Öffentliches Recht

Standort: Europarecht Problem: Rückforderung von vertraglichen Beihilfen

OVG BERLIN-BBG, BESCHLUSS VOM 07.11.2005
8 S 93.05 (NVwZ 2006, 106)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg ging es um die Frage, ob eine durch privatrechtlichen Vertrag gewährte und abgewickelte, europarechtswidrige Subvention durch Verwaltungsakt zurückgefordert werden kann. Die Entscheidung enthält an zwei Stellen Ausführungen, die gänzlich neu sind:

1. Das OVG meint, dass die Rückforderung sich nach dem gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch richte. Soweit ersichtlich, ist dergleichen bisher für Subventionen auf privatrechtlicher Grundlage nicht vertreten worden. Vielmehr richtet sich die Rechtsnatur der Rückforderung nach der des Ausgangsrechtsverhältnisses ("Kehrseitentheorie" oder "actus contrarius"). Liegt der Subvention ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde, richtet sich die Rückforderung bei Unwirksamkeit desselben also nach § 812 ff. BGB. Das OVG meint allerdings, dass die im vorliegenden Fall ergangene Entscheidung der EG-Kommission, welche die Rückforderung verbindlich vorgeschrieben habe, dem Ganzen ein öffentlich-rechtliches Gepräge gebe. Diese Begründung ist sehr angreifbar, denn zum einen Betraf die Kommissionsentscheidung das Rechtsverhältnis der EG zur Bundesrepublik Deutschland, nicht das zwischen der BRD und der Subventionsempfängerin, und zum anderen bestimmt die Kommission, "ob" eine Rückforderung zu geschehen hat, nicht "wie". Bei der Frage, ob öffentliches oder ziviles Recht auf die Rückforderung anzuwenden sind, handelt es sich aber eindeutig um das Procedere, also das "Wie". Der EuGH hat wiederholt betont, dass das "Wie" der Rückforderung sich allein nach dem Recht der Mitgliedsstaaten richte (vgl. nur EuGH, NVwZ 2001, 310), also gerade nicht durch europarechtliche Vorgaben geprägt sei.

Man erkennt, dass das OVG sich offensichtlich mit Blick auf das gewünschte Ergebnis bemüht hat, ein öffentlich-rechtliches Rückforderungsverhältnis zu konstruieren, denn sonst - bei Anwendung der §§ 812 ff. BGB - hätte das OVG das folgende, eigentliche Knallbonbon seiner Entscheidung nicht mehr zünden können:

2. Grundsätzlich ist es nicht möglich, eine vertraglich abgewickelte Subvention durch Verwaltungsakt (VA) zurückzufordern, da es der Verwaltung hierfür an der sogen. "VA-Befugnis", also der Ermächtigung, durch Verwaltungsakt zu handeln, fehlt. Eine solche VA-Befugnis ist zwar für Rückforderungsverhältnisse in § 49a VwVfG enthalten; dessen Anwendbarkeit setzt aber voraus, dass die Subvention durch (mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommenen, widerrufenen oder durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung unwirksam gewordenen) VA bewilligt worden ist, woran es hier fehlte. Darüber hinaus ist eine "VA-Befugnis" im Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger gewohnheitsrechtlich anerkannt; an einer Subordination fehlt es aber bei einer vertraglichen Regelung der Subvention auch.

Das OVG meint nun, die VA-Befugnis aus europarechtlichen Regelungen, namentlich des Art. 14 III der "Verordnung über besondere Vorschriften für die Anwendung des Art. 93 EG (heute: Art. 88 EG)" - VO 659/1999/EG - entnehmen zu können. Jener Art. 14 lautet:

Artikel 14: Rückforderung von Beihilfen

(1) In Negativentscheidungen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, daß der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern (nachstehend "Rückforderungsentscheidung" genannt). Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstoßen würde.

(2) Die aufgrund einer Rückforderungsentscheidung zurückzufordernde Beihilfe umfasst Zinsen, die nach einem von der Kommission festgelegten angemessenen Satz berechnet werden. Die Zinsen sind von dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung zahlbar.

(3) Unbeschadet einer Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 185 des Vertrags erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird. Zu diesem Zweck unternehmen die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Gemeinschaftsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen.

Auch diese Ansicht ist neu. Sie läuft völlig der aktuellen Rspr. des BVerwG zuwider, wonach noch nicht einmal eine durch *VA* bewilligte, aber durch Vertrag abgewickelte Subvention per VA zurückgefordert werden darf (BVerwG, RA 2006, 3 = DVBl 2006, 118). Nun soll es für eine vertraglich - noch dazu durch zivilrechtlichen Vertrag - abgewickelte Subvention eine VA-Befugnis aus Europarecht geben. Setzte sich diese Rspr. durch, würde sie das Subventionsrecht revolutionieren. Allerdings lässt sich schon dem Wortlaut des Art. 14 III der o.g. EG-Verordnung keine VA-Befugnis entnehmen. Zudem hat die Kommission in einer Erklärung zum Ratsprotokoll der Verordnung ausdrücklich erklärt, dass die Verordnung nur das Verfahren bei Beihilferückforderungen regeln, nicht aber innerstaatliches Recht modifizieren sollte (zit. nach Hildebrandt/Castillon, NVwZ 2006, 298 [300], in Fn. 35).

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss des OVG ist als Beschwerdeentscheidung im vorläufigen Rechtsschutz ergangen und war daher unanfechtbar; es bleibt abzuwarten, ob das BVerwG und andere Gerichte dieser Ansicht bei anderer Gelegenheit folgen werden. Falls es eine Einzelmeinung bleibt, wird der Beschluss schnell wieder an Bedeutung verlieren. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegt jedenfalls eine bedeutende Meinung vor, die die Rückforderung durch privatrechtlichen Vertrag bewilligter Subventionen nicht nur dem öffentlichen Recht zuordnet, wenn eine Kommissionsentscheidung vorliegt, welche die Rückforderung vorgeschrieben hat, sondern darüber hinaus die Geltendmachung durch VA erlaubt.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Besprechung dieses Beschlusses: *Hildebrandt/Castillon*, NVwZ 2006, 298
- ❑ Entscheidung der Vorinstanz: *VG Berlin*, EuZW 2005, 659 mit Anm. Heidenhain
- ❑ VA-Befugnis bei Rückabwicklung von Subventionen: *BVerwG*, RA 2006, 3 = DVBl 2006, 118

Kursprogramm:

- ❑ *Examenskurs* : "Der Bauer ist sauer"
- ❑ *Examenskurs* : "Baugeschäfte mit der Stadt"

Sachverhalt:.

Die bis zum Jahre 2004 als K-GmbH (K) firmierende Antragstellerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen einen für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakt der Antragsgegnerin über die Rückforderung einer gemeinschaftswidrigen Beihilfe.

A. Vorgeschichte

Die Antragsgegnerin – frühere Treuhandanstalt – verkaufte im Oktober 1992 die Geschäftsanteile einer ostdeutschen Werft an die K-GmbH. Diese Privatisierung wurde mit Zustimmung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Kommission) mit einer Gesamtbeihilfe von 637,5 Mio. € (1.246,9 Mio. DM) gefördert. Die Kommission wies in ihren Genehmigungsschreiben darauf hin, dass die ostdeutschen Werften nachweislich nur die für ihre Umstrukturierung notwendigen Beihilfen erhalten dürften.

In einem sich anschließenden Prüfverfahren stellte die Kommission fest, dass die K 262 Mio. € (512,5 Mio. DM) Betriebsbeihilfen als Verlustausgleich erhalten habe, während sich die tatsächlichen Verluste auf nur 206,613 Mio. € (404,101 Mio. DM) beliefen, so dass K 55,423 Mio. € (108,399 Mio. DM) zuviel als Verlustausgleich erhalten habe. Da eine für Umstrukturierungszwecke bewilligte Betriebsbeihilfe in Höhe von 42,1 Mio. € (entspricht 82,4 Mio. DM) nicht ausgezahlt worden sei, ergebe sich eine Rückforderungssumme von 13.293.077 € (25.999.000 DM).

Nach Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens stellte die Kommission unter Art. 1 ihrer Entscheidung vom 20. Oktober 2004 fest, dass die staatliche Beihilfemaßnahme Deutschlands zugunsten der K in Höhe der Rückforderungssumme mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei. Deutschland wurde angewiesen (Art. 2 Abs. 1), alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe zurückzufordern. Nach Art. 2 Abs. 2 soll die Rückforderung gemäß den innerstaatlichen Verfahren erfolgen, sofern diese die sofortige Vollstreckung dieser Entscheidung ermöglichen. Art. 2 Abs. 3 bis 5 regeln die Verzinsung des zurückzuzahlenden Betrages. Die Bundesrepublik Deutschland, an die die Entscheidung gerichtet ist (Art. 4), wird verpflichtet, innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der Entscheidung der Kommission mitzuteilen, welche Maßnahmen ergriffen wurden bzw. geplant sind, um der Entscheidung nachzukommen (Art. 3).

Mit Bescheid vom 11. Mai 2005 forderte die Antragsgegnerin von der Antragstellerin die Rückzahlung der staatlichen Beihilfe in Höhe von 13.293.077 € (25.999.000 DM) nebst Zinsen in Höhe von 13.020.112,91 € (25.465.127,43 DM) berechnet vom 1. März 1995 bis 10. Mai 2005 zuzüglich weiterer Tageszinsen in Höhe von 2.958,69 € auf Basis des aktuell gültigen Zinssatzes von 4,08 % ab 11. Mai 2005.

B. Ansicht der Ag.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus: Art. 88 II, 87 EGV und die Entscheidung der Kommission vom 20. Oktober 2004 stellten in Verbindung mit dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Rückforderung der gemeinschaftswidrig erlangten Beihilfe dar. Die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs seien gegeben, weil die Rückforderung von

gemeinschaftswidrig erlangten Vermögenswerten auf Grund und in Vollzug einer verbindlichen Entscheidung der Kommission öffentlich-rechtlicher Natur sei. Deutschland sei verpflichtet, die Kommissionsentscheidung, die unter die Bedingung sofortiger Vollstreckbarkeit gestellt worden sei, auf dem schnellsten Weg, also mittels Verwaltungsakts durchzusetzen. Da es sich bei der Rückforderung gemeinschaftswidrig erlangter Beihilfen um eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung hoheitlicher Natur handele, sei das für die Geltendmachung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs erforderliche Subordinationsverhältnis gegeben. Als nationale Behörde habe sie, die Antragsgegnerin, lediglich die Kommissionsentscheidung durchzuführen und verfüge über keinerlei Ermessen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung beruhe auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO i.V.m. Art. 242 EGV. Das besondere Interesse ergebe sich daraus, dass Deutschland durch die verbindliche Kommissionsentscheidung zur Rückforderung und zu allen in seiner Rechtsordnung verfügbaren rechtlichen Schritten einschließlich der Anordnung der sofortigen Vollziehung verpflichtet sei, um die sofortige und tatsächliche Vollstreckung dieser Entscheidung zu ermöglichen. Eine Missachtung der Rückforderungsentscheidung der Kommission würde ein Vertragsverletzungsverfahren zu Lasten Deutschlands nach sich ziehen. Wegen der Bindung an die Kommissionsentscheidung und der Verpflichtung zu deren sofortiger Umsetzung liege die sofortige Vollziehung der Rückforderung der gewährten Beihilfe im öffentlichen Interesse.

C. Ansicht der ASt.

Die Antragstellerin hat dagegen um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Sie vertritt die Auffassung, dass der Rückforderungsbescheid ohne ihre erforderliche Anhörung und bereits deshalb rechtswidrig erlassen worden sei. Außerdem fehle die erforderliche Rechtsgrundlage. Die Antragsgegnerin habe die Negativentscheidung der Kommission nicht durch Verwaltungsakt umsetzen dürfen, weil die streitgegenständliche Beihilfe durch privatrechtlichen Vertrag gewährt worden sei. Die Antragsgegnerin müsse daher bei der Umsetzung der Kommissionsentscheidung zivilrechtlich vorgehen. Die zivilprozessualen Möglichkeiten der Antragsgegnerin gewährleisteten eine gemeinschaftsrechtlich ausreichende Umsetzung der Kommissionsentscheidung. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung leide an formellen und materiellen Begründungsmängeln.

D. Entscheidung der Vorinstanz

Das Verwaltungsgericht Berlin hat mit Beschluss vom 15. August 2005 dem Antrag entsprochen und zur Begründung die Auffassung vertreten, dass es an einer Rechtsgrundlage für ein Handeln durch Verwaltungsakt fehle. Diese ergebe sich weder aus Normen des Gemeinschaftsrechts noch aus der der Rückforderung zugrunde liegenden Kommissionsentscheidung, die lediglich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweise, aber weder eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Rückforderung darstelle noch den verfassungsrechtlichen Grundsatz durchbreche, dass es einer Ermächtigungsgrundlage für ein behördliches Handeln durch Verwaltungsakt bedürfe. Durch die nach deutschem Recht mögliche Geltendmachung des Anspruchs im Klagewege werde die Rückforderung auch nicht praktisch unmöglich. Offen bleiben könne, ob die Voraussetzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, insbesondere die öffentlich-rechtliche Leistungserlangung gegeben seien. Die Antragsgegnerin hat dagegen Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

A. Interessenabwägung

Einem Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zu entsprechen, wenn sich der mit Widerspruch bzw. Klage angefochtene Verwaltungsakt schon bei summarischer Prüfung im Eilverfahren als offensichtlich rechtswidrig erweist, da an der Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte kein öffentliches Interesse besteht. Darüber hinaus ist einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auch dann zu entsprechen, wenn sich bei der im Aussetzungsverfahren allein möglichen summarischen Prüfung weder eine offensichtliche Rechtswidrigkeit noch eine offensichtliche Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes feststellen lässt, die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache also offen erscheinen, und bei Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen das private Aussetzungsinteresse Vorrang beanspruchen kann.

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Gemessen hieran hat der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz keinen Erfolg. Der angefochtene Verwaltungsakt erweist sich nicht als offensichtlich rechtswidrig, die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs sind vielmehr offen (1.). Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung überwiegt das öffentliche Interesse das private Aussetzungsinteresse der Antragstellerin (2.). Die Sache bedarf im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht der Vorlage an den EuGH (3.).

1. Ermächtigungsgrundlage

Materiellrechtliche Rechtsgrundlage für die Rückforderung ist bei der gebotenen summarischen Prüfung aller Voraussicht nach der gewohnheitsrechtlich anerkannte (BVerwG, DÖV 1977, 606) öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch. Dieser dient der öffentlich-rechtlichen Rückabwicklung rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen.

2. Tatbestand

a. Öffentlich-rechtliche Vermögensverschiebung
Das Rechtsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin hinsichtlich der Rückforderung des zu erstattenden Betrages dürfte ungeachtet dessen, dass die ihm zugrunde liegende Vermögensverschiebung im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages (Privatisierung eines ursprünglich volkseigenen Betriebes durch einen sog. share-deal) erfolgte, öffentlich-rechtlicher Natur sein.
Die Kommission hat auf Grund der Art. 87 Abs. 1, 88 Abs. 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, der durch Zustimmungsgesetz vom 8. April 1998 (BGBl. 1998 II S. 386 ff., ber. BGBl. 1999 II S. 416) innerstaatliche Rechtsverbindlichkeit erlangt hat (vgl. dazu EuGH, NJW 1993, 49 und Urteil v. 11.7.1996 Rs. C-39/94; BVerwG, NJW 1998, 3728), eine an Deutschland gerichtete Entscheidung getroffen. Diese so genannte Negativentscheidung der Kommission ist öffentlich-rechtlicher Natur und dürfte nach ihrem Inhalt und ihren Wirkungen gegenüber dem betroffenen Beihilfeempfänger das Rückforderungsverhältnis zu diesem ebenfalls öffentlich-rechtlich gestalten.

aa. Unmittelbare Wirkung der Kommissionsentscheidung zwischen ASt. und Ag.
Die Kommission stellt in ihrer Negativentscheidung fest, dass und in welcher Höhe die gewährte Beihilfe gemeinschaftswidrig ist, wer Empfänger der Beihilfe war, dass der Mitgliedstaat sie von diesem gemäß den innerstaatlichen Verfahren – sofort vollstreckbar – zurückzufordern hat und welche Zinsen der Beihilfeempfänger ab wann zahlen muss. Zwar ist diese Entscheidung nach ihrem Art. 4 (nur) an Deutschland gerichtet, ihre Rechtswirkungen (Art. 249 Abs. 4 EGV) gehen jedoch über eine bloße Verpflichtung oder Ermächtigung des Mitgliedstaates hinaus. Sie gestalten das Rückforderungsverhältnis zur Antragstellerin unmittelbar (vgl. zur unmittelbaren innerstaatlichen Wirkung von Entscheidungen der Organe der Europäischen Gemeinschaft: EuGH, Urt. v. 10.11.1992 - Rs. C-156/91 - Hansa Fleisch, und BGH, Urt. v. 9.10.2003 - III ZR 342.02 - BGHZ 156, 294 ff., beide Urteile betreffen Entscheidungen des Rates, Art. 202 ff. EGV). Unionsbürger und dementsprechend auch Wirtschaftsunternehmen, die von einer juristischen Person betrieben werden, sind von einer derartigen Entscheidung unmittelbar betroffen, wenn diese dem Mitgliedstaat bei seinem Ausführungsakt - wie hier - keinen Ermessensspielraum mit der Folge belässt, dass der Unionsbürger bereits durch die Entscheidung selbst betroffen ist (Nettesheim in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kom. Bd. III, Art. 249 EGV Rn. 203 mit zahlreichen Nachweisen aus der älteren Rspr. des EuGH). Dementsprechend kann der betroffene Beihilfeempfänger Nichtigkeitsklage (Art. 231 Abs. 1 EGV) beim Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) erheben und das EuG kann - da die Klage keine aufschiebende Wirkung (Art. 242 Satz 1 EGV) hat - auf Antrag die Durchführung der angefochtenen Handlung aussetzen, wenn es dies den Umständen nach für nötig hält.
Darüber hinaus bildet die Kommissionsentscheidung unmittelbar die öffentlich-rechtliche Grundlage für die Zinsforderung. Es sind nicht etwa Prozesszinsen oder Verzugszinsen (§ 291 BGB) zu erheben, sondern der zurückzufordernde Betrag ist, um die durch die Beihilfe eingetretene Wettbewerbsverzerrung vollständig auszugleichen (vgl. Heidenhain, Handbuch des Beihilfenrechts, § 34 Rn. 31), von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, in dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger erstmals zur Verfügung stand; ferner sind die Zinsen anhand eines Referenzzinssatzes zu berechnen (Art. 14 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 (jetzt Art. 88 EGV) des EG-Vertrages (ABl. 1999, L 83/1) - BVVO – in Verbindung mit Art. 11 der Durchführungsverordnung 794/2004 (ABl. 2004, L 140/1). Damit finden die Zinsansprüche ihre Rechtsgrundlage unmittelbar in öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

bb. Vereinbarkeit mit EuGH-Rspr.
Die Annahme, dass das Rückforderungsverhältnis zum Beihilfeempfänger öffentlich-rechtlicher Natur sein kann, entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 27. Juni 2000, Rs. C-404/97 – Kommission/Portugiesische Republik, NVwZ 2001, 310 Tz 38 und 46). Danach ist die Aufhebung einer rechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit und kann diese Folge nicht davon abhängen, in welcher Form die Beihilfe gewährt worden ist. Aufgrund dieser unmittelbaren Verknüpfung dürfte die Rückforderung die rechtliche Natur der ihr zugrunde liegenden Feststellung teilen, unabhängig davon, ob die Beihilfegewährung privatrechtlich erfolgte. Bestätigt wird dies dadurch, dass der vorgenannten Entscheidung eine Beihilfe zugrunde lag, die Portugal einem Unternehmen in Form einer Bankbürgschaft gewährt hatte, damit das Unternehmen ein Bankdarlehn zu einem Zinssatz erhalten konnte, der unter der marktüblichen Verzinsung lag. Auch dem Beschluss des Präsidenten des EuG vom 6. Dezember 1996 (Rs. T-155/96 – Fort Malakoff, zitiert nach eur-lex) lässt sich nicht entnehmen, dass die Rückforderung einer in Gestalt eines zu niedrigen Kaufpreises für ein städtisches Grundstück gewährten Beihilfe durch eine zivilgerichtliche Klage durchgesetzt werden muss. Das Gericht befasst sich nur damit, ob der Erlass einer einstweiligen Maßnahme gegen die Kommissionsentscheidung wegen der

Gefahr eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens, notwendig war.
Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Dezember 2002 (Rs. C-209.00 – WestLB, NVwZ 2003, 338 ff.) spricht ebenfalls nicht gegen die Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Rückforderung. Danach ist ein Mitgliedstaat, der nach einer Kommissionsentscheidung zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet ist, europarechtlich frei in der Wahl der Mittel, mit denen er dieser Verpflichtung nachkommt, vorausgesetzt, die gewählten Mittel beeinträchtigen nicht die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts (Tz. 34, 35). [...]

b. Ohne Rechtsgrund
Die weiteren Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs dürften ebenfalls vorliegen. Die Vermögensverschiebung ist rechtsgrundlos erfolgt, denn die Kommission hat festgestellt, dass die Beihilfe in Höhe des Rückforderungsbetrages rechtswidrig zur Verfügung gestellt worden ist. Der privatrechtliche Vertrag, auf Grund dessen die Zahlung der Beihilfe erfolgt ist, dürfte insoweit nichtig sein und daher als Rechtsgrundlage für das weitere Behaltendürfen ausscheiden (BGH, Urt. v. 4. April 2003 - V ZR 314.02 – zitiert nach juris).

c. VA-Befugnis
Bei summarischer Prüfung ist es auch nicht offensichtlich, dass die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch Verwaltungsakt ausgeschlossen ist.

aa. Keine Regelung im nationalen Recht
Zwar fehlt es an einer an sich erforderlichen nationalen gesetzlichen Grundlage für das Handeln der Antragsgegnerin durch Verwaltungsakt.

bb. Aber VA-Befugnis aus Art. 14 Abs. 3 BVVO
Im Hinblick auf Art. 14 Abs. 3 BVVO dürfte jedoch den rechtsstaatlichen Anforderungen ausreichend Rechnung getragen werden.
Nach dieser innerstaatlich unmittelbar geltenden (Art. 249 Abs. 2 EGV) Vorschrift erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedsstaates, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird. Dementsprechend hat die Kommission in Art. 2 Abs. 2 ihrer Entscheidung vom 20. Oktober 2004 angeordnet, dass die Rückforderung der Beihilfe gemäß den innerstaatlichen Verfahren erfolgt, sofern diese die sofortige Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen. Was unter „sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung“ im Sinne des Art. 14 Abs. 3 BVVO zu verstehen ist, ist in der Rspr. bislang nicht geklärt.
Nach der vor Inkrafttreten der BVVO ergangenen Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 20. September 1990, EUGHE 1990, 3453 = NVwZ 1990, 1161 Tz. 12) muss das nationale Recht so angewandt werden, dass die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich und das Gemeinschaftsinteresse voll berücksichtigt wird. Der Senat geht zwar mit der Antragstellerin davon aus, dass die Rückforderung durch die Erhebung einer Klage zur Geltendmachung der Rückforderung wohl nicht praktisch unmöglich, sondern allenfalls erschwert wird. Dennoch stellt sich die Frage, ob durch die in Art. 14 Abs. 3 BVVO aufgenommene positive Wendung „sofortige Vollstreckung“ die Anforderungen an das nationale Verfahren verschärft worden sind in dem Sinne, dass nunmehr der Mitgliedstaat sein nationales Recht so anzuwenden hat, dass eine sofortige Vollstreckung der Rückforderung gegenüber dem Beihilfeempfänger ermöglicht wird. Wortlaut und Zweck der Regelung weisen in diese Richtung. Von einer „sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung“ der Kommissionsentscheidung kann schwerlich die Rede sein, wenn der Mitgliedstaat nicht durch den Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsakts selbst einen vollstreckbaren Titel erstellte, sondern sich im Wege einer zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage, also durch Zwischenschaltung eines unter Umständen langwierigen gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, erst einen vollstreckbaren Titel beschaffen müsste (vgl. auch Heidenhain, Handbuch des europäischen Beihilferechts, 2003, § 34 Rn. 31), um erst dann mit der Vollstreckung der Kommissionsentscheidung beginnen zu können. Nur durch Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes dürfte auch gewährleistet sein, dass der durch die Beihilfe eingetretene ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteil unverzüglich beseitigt und damit dem Gemeinschaftsinteresse in vollem Umfang Rechnung getragen wird.
Ausgehend hiervon dürfte Art. 14 Abs. 3 BVVO es gebieten, die Rückforderung durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt geltend zu machen und aus Gründen des Gemeinschaftsrechts von einer nationalen gesetzlichen Grundlage ausnahmsweise abzusehen.

d. Sonstige Voraussetzungen
Der angefochtene Verwaltungsakt leidet auch nicht an sonstigen Rechtsfehlern, die einer Überprüfung durch das nationale Gericht unterliegen [wird ausgeführt].

B. Besonderheiten bei europarechtlichem Einschlag
Der Europäische Gerichtshof (Urt. v. 9. November 1995 – Rs. C 465/93 – Atlanta) hat zwar entschieden, dass das nationale Gericht wegen des Erfordernisses der Kohärenz des Systems des Rechtsschutzes durch die europäische und die nationale Gerichtsbarkeit nicht gehindert ist, in Bezug auf einen (hier in der Gestalt des Bescheides vom 11. Mai 2005 vorliegenden) nationalen Verwaltungsakt, der auf einer Gemeinschafts-

verordnung beruht, deren Gültigkeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens (Art. 234 EGV) ist, einstweilige Anordnungen zur vorläufigen Gestaltung oder Regelung der streitigen Rechtspositionen oder -verhältnisse zu treffen.

I. Voraussetzungen für Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das nationale Gericht

Das nationale Gericht darf derartige einstweilige Anordnungen u. a. aber nur dann erlassen, wenn es erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung der Gemeinschaft hat und diese in der Entscheidung darlegt und wenn es, sofern der Gerichtshof mit dieser Gültigkeitsfrage noch nicht befasst ist, sie diesem selbst vorlegt.

II. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Diese Grundsätze sind sinngemäß auf den vorliegenden Fall zu übertragen, der sich von den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen allerdings dadurch unterscheidet, dass es hier nicht um eine allgemein geltende europarechtliche Verordnung in Sinne des Art. 249 Abs. 2 EGV, also um eine Rechtsnorm, sondern um eine einem innerstaatlichen Verwaltungsakt entsprechende Entscheidung eines Einzelfalles geht (Art. 249 Abs. 4 EGV). Ferner wird hier nicht der Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO, sondern die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Umsetzungsentscheidung vom 11. Mai 2005 begehrt. Allerdings ist der letztgenannte Unterschied zu vernachlässigen, weil die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für den Erlass einstweiliger Anordnungen herausgearbeiteten Kriterien ohne weiteres auf einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO übertragen werden können, zumal da der Europäische Gerichtshof in seinem grundlegenden Urteil vom 9. November 1995 (a.a.O. - Atlanta) beide in Art. 242 Satz 2 und Art. 243 EGV angesprochenen Arten des einstweiligen Rechtsschutzes wegen ihrer vergleichbaren Auswirkungen auf die Gemeinschaftsrechtsordnung gleich behandelt.

Dem Umstand, dass es hier nicht um die Gültigkeit einer dem innerstaatlichen Verwaltungsakt zugrunde liegenden europarechtlichen Norm, sondern um die Wirksamkeit einer Einzelfallentscheidung geht, dürfte in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urt. v. 27. Juni 2000, a.a.O. - Kommission/Portugal, Tz. 35) Rechnung getragen werden können. Danach kann ein Mitgliedstaat eine an ihn gerichtete Einzelfallentscheidung nur dann unbeachtet lassen, wenn der fragliche Rechtsakt mit besonders schweren und offensichtlichen Fehlern behaftet ist, so dass er als inexistenter Rechtsakt qualifiziert werden könnte. Diese Anforderungen dürften im Wesentlichen denen entsprechen, die das deutsche Recht an die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts stellt (§§ 43 Abs. 1, 44 Abs. 1 VwVfG). Dass die Entscheidung der Kommission diese Unwirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt, ist nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht vorgetragen. [...]

III. Subsumtion

Ein Überwiegen des öffentlichen Interesses, das hier wegen des europarechtlichen Bezuges auch das Gemeinschaftsinteresse an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung umfasst (vgl. dessen Anerkennung durch das BVerfG, DVBl. 2000, 900), ist wegen des vom Europäischen Gerichtshof betonten Erfordernisses der Kohärenz des Systems des Rechtsschutzes durch die europäische und die nationale Gerichtsbarkeit (EuGH, Urt. v. 9. November 1995 – Rs. C-465/93 – Atlanta, NJW 1996, 1333) nur dann zu verneinen, wenn die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erforderlich wäre, um zu vermeiden, dass die Antragstellerin einen schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden erleidet, und wenn das Interesse der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt wird (zu dessen hoher Bedeutung vgl. auch EuGH, Urt. v. 20. September 1990 – Rs. C-5/89 – Leitsatz 4, zitiert nach eur-lex = NVwZ 1990, 1161 und EuG, Beschl. v. 3. Dezember 2002 – T-181/02 – Erba Lautex , zitiert nach eur-lex). Dabei wird ein reiner Geldschaden grundsätzlich nicht als nicht wieder gutzumachen angesehen (EuG, Beschl. v. 15.6.1987 – Rs. T-142/87 – Tz. 23 – Tubemeuse; EuGH, Urt. v. 21.2. 1991 – Rs. C-143/88 und Rs. C-92/89 – Tz. 28 – 31 – Süderdithmarschen; v. 9.11.1995, a.a.O., Tz. 32, 39 – 42 und 51 – Atlanta; vgl. zur innerstaatlichen Anwendung dieser Grundsätze OVG NRW, Beschl. v. 18.7. 1996 – 13 B 1210/96 – NJW 1996, 3291 und v. 26.11. 2001 - 13 B 942.01 - NVwZ 2002, 612).

Die Antragstellerin hat einen solchen schwerwiegenden Schaden, der in erster Linie darin bestehen könnte, dass ihre wirtschaftliche Existenz durch die zurückzuzahlende Summe ernstlich gefährdet wäre, nicht substanziiert dargelegt. Hinzu kommt das Risiko für die Bundesrepublik Deutschland, sich einer Vertragsverletzungsklage (Art. 226 EGV) auszusetzen. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Klage gegen die Kommissionsentscheidung vom 20. Oktober 2004 keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 242 Satz 1 EGV), also ein überwiegendes öffentliches Interesse vermutet wird.

C. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Schließlich ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung von der Antragsgegnerin den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO entsprechend schriftlich begründet worden. [...]

Standort: Grundrechte Problem: Bild als unwahre Tatsachenbehauptung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 14.02.2005
1 BVR 240/04 (NJW 2005, 3271)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Schutz ein grafisch verfremdetes Bild genießt. Konkret handelte es sich um eine in einem Satiremagazin veröffentlichte Karikatur des ehemaligen Telekom-Vorstandsvorsitzenden Ron Sommer, der auf einem abbröckelnden, magentafarbenen "T" sitzend dargestellt wurde. Sein Kopf wurde dabei im Wege der Fotomontage auf einen anderen Körper versetzt und der länge nach um ca. 5% gestreckt, so dass er unvorteilhaft wirkte. Folgende Probleme stellten sich:

1. Der BGH, dessen Entscheidung Sommer mit seiner Verfassungsbeschwerde angriff, hatte das gesamte Bild einheitlich betrachtet, es insgesamt als Satire eingestuft und die gerügte Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Sommer (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) schon deshalb verneint, weil dieses zwar unstreitig das Recht am eigenen Bild schütze, eine satirisch verfremdete Darstellung des Abgebildeten aber kein "eigenes" Bild desselben mehr sei. Eine Aufsplittung des Bildes getrennt zu betrachtende Teile lehnte der BGH als künstlich ab. Zudem würden dadurch die einzelnen Elemente aus dem Zusammenhang gerissen.

Dies sieht das BVerfG anders. Jedenfalls dann, wenn der manipulierte Teil der Abbildung einen eigenständigen Aussagegehalt habe, müsse das Bild aufgesplittet und jeder Teil für sich daraufhin untersucht werden, ob er unter das "Recht am eigenen Bild" falle. So lag es hier. Das grafische "T" und der Oberkörper der Person waren verfremdet und stammten erkennbar nicht von Sommer. Sein Kopf war aber trotz der geringfügigen Verfremdung leicht zu erkennen und ihm zuzuordnen. Deshalb war dieser Teil durch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG geschützt.

2. Sodann stellte sich die Frage, ob und wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingeschränkt werden kann. Das BVerfG prüft die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG als verfassungsimmanente Schranke.

a. Ein Bild kann grds. Meinungsäußerung sein, zumal Art. 5 I 1 GG diese Form der Kundgabe sogar ausdrücklich erwähnt. Nur handelt es sich bei einem Foto um eine (bildliche) *Tatsache*, die nach st.Rspr. des BVerfG jedenfalls für sich genommen nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt (vgl. nur BVerfGE 65, 1 ff. - Volkszählung). Vielmehr muss die Tatsache untrennbar mit einem *Werturteil* verknüpft sein oder als Grundlage derselben dienen, um ihrerseits am Schutz des Art. 5 I 1 GG teilzunehmen. Das BVerfG setzt das Bild daher zunächst in Bezug zu dem es umgebenden Text und betont, das Bild unterfalle deshalb Art. 5 I 1 GG, weil es insofern untrennbar mit dem wertenden Text verbunden sei, als es dessen kritisch-satirische Aussage über den Abgebildeten grafische wiederhole, veranschauliche und vertiefe.

b. Sodann folgt die eigentlich bemerkenswerte Überlegung: Bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen sind nämlich nicht durch Art. 5 I 1 GG geschützt. Das BVerfG meint nun, ein verfremdetes Bild sei eine unwahre Tatsachenbehauptung! Es gebe vor, dass die abgebildete Person wie dargestellt aussehe, was aber nicht stimme. Deshalb sah es die Meinungsfreiheit hier nicht als taugliche Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an, hob das Urteil des BGH auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an den BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil eignet sich hervorragend als Examensklausur. Leider schweigt es an vielen Stellen, auf die im Examen unbedingt eingegangen werden müsste:

1. Schon in der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde müsste die Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG problematisiert werden, die ja bekanntlich die Möglichkeit einer Gundrechtsverletzung voraussetzt. Vorliegend handelte es sich um einen zivilrechtlichen Rechtsstreit. Im Zivilrecht gelten die Grundrechte nach ganz h.M. nicht unmittelbar (vgl. Art. 1 III GG). Müssten die Zivilgerichte die Grundrechte nicht beachten, könnte ihre Entscheidung sie aber auch nicht verletzen. Deshalb wäre auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln des Zivilrechts einzugehen. Als solche kommen hier etwa das "sonstige Recht" aus § 823 I BGB und das "berechtigte Interesse" aus § 23 II KUG in Betracht.

2. Das BVerfG hat dem Beschwerdeführer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Eine solche Möglichkeit ist im BVerfGG im Gegensatz zu anderen Prozessordnungen (vgl. nur § 60 VwGO) nicht vorgesehen und wird in der Literatur überwiegend abgelehnt, zumal es auch kein allgemeines Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung gibt (vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., Kommentar zum BVerfGG, Loseblatt, vor § 17 Rz. 19). Hierzu verliert das Gericht kein Wort.

3. In der Begründetheit hätte die Ansicht des BGH, wonach das Bild einheitlich zu betrachten sei und als satirisch-verfremdete Darstellung nicht dem Recht am eigenen Bild unterfalle, wohl schon im Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts behandelt werden müssen (liegt noch ein "eigenes" Bild des Be-

schwerdeführers vor?) und nicht, wie im Urteil des BVerfG, erst bei den Schranken.

4. Unbeantwortet bleibt auch die Frage, warum das BVerfG unmittelbar auf Art. 5 I 1 GG als verfassungsimmanente Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingeht. Der übliche Weg wäre es gewesen, über die geschriebene Schranke aus Art. 2 I GG zu gehen, §§ 823, 1004 BGB oder §§ 22, 23 KUG als geschriebenes Recht und damit als Teil der "verfassungsmäßigen Ordnung" i.S.d. Art. 2 I GG anzusehen und bei deren Anwendung auf den konkreten Fall zu prüfen, ob und wie die Generalklauseln dieser Normen im Lichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einerseits und der Meinungsfreiheit andererseits anzuwenden sind.

5. Gänzlich fehlt schließlich die Überlegung, ob dem Satiremagazin nicht die Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG zur Seite steht. Dies verwundert umso mehr, als das BVerfG in vielen Entscheidungen satirische Darstellungen als Kunst angesehen und Idealkonkurrenz zwischen Art. 5 I 1 und Art. 5 III GG angenommen hat (vgl. nur BVerfGE 28, 226, 233; 75, 369, 377; 86, 1, 9; ausführlich Kübler, FS Mahrenholz, 303 ff.) und die Kunstfreiheit das im Verhältnis zur Meinungsfreiheit stärkere Grundrecht darstellt (Art. 5 III GG unterliegt im Gegensatz zu Art. 5 I 1 GG nicht den Schranken des Art. 5 II GG).

Vertiefungshinweise:

❑ Recht am eigenen Bild contra Berichterstattung in der Presse: *BVerfG*, EuGRZ 2000, 71; *VGH BW*, RA 2001, 193 = VBlBW 2001, 102

❑ Weitere Entscheidungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht: *BVerfG*, RA 2004, 211 = NJW 2004, 1155; *SaarlVerfGH*, RA 2003, 412 = NVwZ-RR 2003, 393 (jeweils Recht am eigenen Namen); *OLG Düsseldorf*, RA 2002, 317 = NVwZ 2002, 629; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 115 = NVwZ 2002, 117 (jeweils Recht auf informationelle Selbstbestimmung)

❑ Tatsachenbehauptungen im Schutzbereich der Meinungsfreiheit: *BVerfG*, RA 1999, 409 = NJW 1999, 2262; RA 2000, 365 = NStZ 2000, 363

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der auf einem grafisch manipulierten Bild Abgebildete kann sich jedenfalls dann auf den Schutz des Rechts am eigenen Bild als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG berufen, wenn er trotz der Manipulation noch ohne weiteres als Person zu erkennen ist.

2. Lässt sich nur ein Teil des Bildes eindeutig einer Person zuordnen, ist dieser Teil jedenfalls dann getrennt vom übrigen Bild zu betrachten, wenn er einen eigenständigen Aussagegehalt hat.

3. Ein manipuliertes Bild, auf dem der Abgebildete noch ohne weiteres als Person zu erkennen ist, ist eine unwahre Tatsachenbehauptung und als solche nicht von der Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG geschützt.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Verwendung von Bilddarstellungen im Rahmen einer Fotomontage.

Der Beschwerdeführer war der Vorstandsvorsitzende der Deutschen Telekom AG. Im Jahre 2000 berichtete die Beklagte des Ausgangsverfahrens (künftig: Beklagte) in einer bei ihr verlegten Zeitschrift über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Deutschen Telekom. Sie illustrierte den Artikel mit einer Ablichtung eines Mannes in einem Geschäftsanzug, der auf einem bröckelnden, magentafarbenem großen "T" sitzt und unbeschwert nach oben sieht. Die fotografische Abbildung des Kopfes des Beschwerdeführers ist im Zuge einer Fotomontage auf den Oberkörper eines anderen Mannes gesetzt worden. Dabei wurde die Abbildung des Kopfes technisch bearbeitet. Die Intensität dieser Bearbeitung ist von den Gerichten nicht abschließend aufgeklärt worden. Unstreitig ist der Kopf allerdings um ca. 5 % gestreckt worden. Die Beklagte verwandte das Motiv auch zur weiteren Illustration des Artikels und wiederholte es in einer späteren Ausgabe.

Der Beschwerdeführer möchte nicht hinnehmen, dass sein Gesicht bei der Herstellung der Fotomontage mittels unterschwelliger Manipulation negativ verändert wurde. Es wirke in Folge des technischen Eingriffs insgesamt länger, Wangen und Kinn seien fleischiger und breiter, der Kinnbereich fülliger und die Hautfarbe blasser als auf der Originalaufnahme. Der Kopf sei zudem im Verhältnis zum Körper insgesamt zu klein und sitze zu tief auf den Schultern, sodass der Hals kürzer und dicker erscheine.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Unterlassungsklage des Beschwerdeführers stattgegeben und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Die Beklagte könne sich für die satirische Darstellung grundsätzlich auf den Schutz der Meinungsfreiheit berufen. Sie habe das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers jedoch in rechtswidriger Weise verletzt, indem sie seinen Kopf mittels unterschwelliger Manipulation negativ verändert abgebildet habe. Durch das satirische Gewand der Aussage der bildlichen Darstellung unterfalle die angegriffene Fotomontage zwar im Grundsatz auch dem Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Jedenfalls sei nach Abwägung die Veränderung der Darstellung des Beschwerdeführers als unzutreffende Tatsachenbehauptung aber nicht mehr gerechtfertigt. Die nicht satiretypische, aber wirklichkeitsnahe Darstellung des Kopfes des Beschwerdeführers sei einer gesonderten Betrachtung zugänglich.

Auf die Revision der Beklagten hin hat der Bundesgerichtshof mit dem angegriffenen Urteil die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen. Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers komme bei einer Güterabwägung mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit vorliegend kein Übergewicht zu. Im Rahmen der Satire sei zunächst die satirische Einkleidung von dem eigentlichen Aussagegehalt zu trennen. Soweit das Berufungsgericht annehme, dass die Veränderungen an der Abbildung des Beschwerdeführers von dem Betrachter gar nicht als satirische Verfremdung wahrgenommen würden, ziehe es den Rahmen der hier maßgeblichen satirischen Einkleidung zu eng und verkenne deren Bedeutung. Die vom Berufungsgericht vorgenommene "Einzelbetrachtung" der Bestandteile der Fotomontage sei bereits im Ansatz verfehlt, da nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des erkennenden Senats die Einzelteile einer Satire im Gesamtzusammenhang zu bewerten seien.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) durch die angegriffene Entscheidung.

Aus den Gründen:

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffene Entscheidung verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

A. Zulässigkeit

Der fristgerecht beim Bundesverfassungsgericht eingegangenen Verfassungsbeschwerde waren keinerlei Anlagen beigefügt. Der Verfahrensbevollmächtigte des Beschwerdeführers hat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und dargelegt sowie durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung belegt, dass eine ansonsten erfahrene und zuverlässige Bürokraft aus Versehen die Beifügung der Anlagen zu dem Verfassungsbeschwerdeschriftsatz trotz mündlicher Instruktion des Verfahrensbevollmächtigten am gleichen Tage unterlassen habe.

Die Kammer gewährt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr nach § 93 c Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG statt. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführer (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) angezeigt (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG).

B. Begründetheit

Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung liegen vor (§ 93 c BVerfGG).

I. Eingriff in den Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sichert, dass der Einzelne selbst darüber bestimmen darf, wie er sich in der Öffentlichkeit darstellt (vgl. BVerfGE 35, 202 [220 f.]; 63, 131 [142]; 101, 361 [380]). Das Recht am eigenen Bild als Ausprägung dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechts schützt den Grundrechtsträger daher vor der Verbreitung seines Bildes, sofern eine Einwilligung oder ein sonstiger Rechtfertigungsgrund - etwa nach §§ 23 f. KUG - fehlt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch vor der Verbreitung eines technisch manipulierten Bildes, das den Anschein erweckt, ein authentisches Abbild einer Person zu sein.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Schranken

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt wegen des Vorbehalts in Art. 2 Abs. 1 GG Einschränkungen. Zu seinen Schranken gehören sowohl die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) als auch die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Der Bundesgerichtshof hat vorliegend betont, dass der Schutzbereich der Kunstfreiheit nicht schon allein wegen der satirischen Art der Darstellung eröffnet sei, letztlich aber dahinstehen lassen, ob die beanstandete Darstellung durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt wird, da sie jedenfalls unter dem Schutz der Meinungsfreiheit stehe (Art. 5 Abs. 1 GG), der vorliegend dem Persönlichkeitsrecht vorgehe. Maßstab der Überprüfung einer Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung ist vorliegend daher Art. 5 Abs. 1 GG. Zur Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts stehen dem Betroffenen zivilrechtliche Schutzansprüche, insbesondere aus §§ 823, 1004 BGB, §§ 22 f. KUG, zur Verfügung. Auf sie war der Unterlassungsantrag vorliegend gestützt, den der Bundesgerichtshof jedoch zurückgewiesen hat.

2. Eingriff von Schranken gedeckt

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der Beschwerdeführer müsse die Verbreitung des technisch manipulierten Fotos eines Gesichts hinnehmen, hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht uneingeschränkt stand.

a. Meinungsfreiheit als kollidierendes Verfassungsrecht

Die Anwendung des einfachen Rechts durch die Fachgerichte wird vom Bundesverfassungsgericht nicht überprüft, wohl aber, ob sie hierbei die Bedeutung und Tragweite der von ihrer Entscheidung berührten Grundrechte unrichtig oder unvollkommen bestimmt oder ihr Gewicht unrichtig eingeschätzt haben (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 97, 391 [401]; 101, 361 [388 f.]; stRspr). Der Bundesgerichtshof hat die Reichweite des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes mit der

Folge verkannt, dass er nicht mehr zu der gebotenen Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit gekommen ist.

aa. Grafik an sich von Meinungsfreiheit geschützt
Es ist verfassungsrechtlich allerdings nicht zu beanstanden, dass der Bundesgerichtshof die Bildaussage in den verfassungsrechtlichen Schutz des betroffenen Berichts mit einbezogen hat. Er deutet die Bilddarstellung als Illustration einer Wortberichterstattung über ein die Öffentlichkeit interessierendes Thema, nämlich den Zustand der Deutschen Telekom und die darauf bezogene Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers. Die bildliche Darstellung nehme am grundrechtlichen Schutz des Berichts teil, dessen Illustration sie diene.

bb. Aufsplittung in einzelne Bildelemente
Zu Unrecht aber nimmt der Bundesgerichtshof an, dass ein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers, nicht auf diese Weise abgebildet zu werden, nicht verletzt sei, so dass dessen Einwilligung in die Veröffentlichung des Bildes entbehrlich gewesen sei.

(1). Ansicht des BGH
Bei der rechtlichen Bewertung hat der Bundesgerichtshof die Fotomontage als satirische Darstellung eingeordnet und daher die Rechtsprechung der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts herangezogen, nach der für die Erfassung des eigentlichen Inhalts die Darstellung von ihrer satirischen Einkleidung zu befreien ist, um sodann den dahinter liegenden Aussagegehalt der Darstellung zu ermitteln (vgl. BVerfGE 75, 369 [377f.]; 86, 1 [12]; RGSt 62, 183 ff.; BGHZ 143, 199 [209] m.w.N.). Dies hat der Bundesgerichtshof vorliegend in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen dahingehend getan, dass die Darstellung des Beschwerdeführers symbolisieren solle, er "throne" unbeschwert über den Problemen der Deutschen Telekom.
Allerdings ist der Bundesgerichtshof nicht dem Berufungsgericht gefolgt, dass die Darstellung des Kopfes und die an ihr vorgenommene Manipulation rechtlich gesondert zu bewerten seien, sondern hat angenommen, dass eine Gesamtbetrachtung der Fotomontage erfolgen müsse. Deshalb sei eine Einordnung der gesamten Abbildung, also auch des Kopfes, in die Einheit der satirischen Darstellung geboten. Eine Beurteilung der fotografischen Abbildung des Kopfes als unwahre Tatsachenbehauptung scheide von vornherein aus, weil der Betrachter zweifelsfrei erkennen könne, dass die aus dem großen "T" und der darauf sitzenden Person bestehende Gesamtdarstellung eine grafische Montage sei. Es werde daher eine in vollem Umfang realistische Abbildung gar nicht erwartet. Eine sezierende Betrachtungsweise sei mit Rücksicht auf den Satirecharakter ausgeschlossen, da bei einer Einzelbetrachtung der Bestandteile das Risiko bestehe, dass der satirische Gehalt der Darstellung verfehlt werde. Für die Fotomontage sei im Übrigen nicht die Aussage kennzeichnend, der Kläger sähe so aus wie abgebildet. Vielmehr reiche es für die satirische Illustrierung des Berichts, dass der Betrachter den Kläger erkennen könne.

(2). Ansicht des BVerfG
Diese Ausführungen halten einer verfassungsrechtlichen Prüfung nur begrenzt stand.

(a). Aussagekern
Die Auffassung des Bundesgerichtshofs führt letztlich dazu, dass Manipulationen der fotografischen Abbildung des Gesichts einer Person, die deren Identifizierbarkeit nicht ausschließen, niemals Persönlichkeitsverletzungen sein können, wenn sie zusammen mit anderen Darstellungen in einen satirischen Kontext gerückt werden. Damit würde der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber technischen Manipulationen, insbesondere nicht leicht erkennbaren Manipulationen, schon allein deshalb entfallen, weil die veränderte Abbildung in einen satirisch-verzerrenden Kontext gestellt wird. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur rechtlichen Beurteilung satirischer Darstellungen will jedoch den Persönlichkeitsschutz in solchen Situationen nicht grundsätzlich beschränken oder gar ausschalten. Sie will lediglich sichern, dass etwas nicht deshalb von vornherein aus dem Schutz der mit dem Persönlichkeitsrecht kollidierenden Kommunikationsgrundrechte herausfällt, weil es in einen Kontext geordnet ist, der - wie es bei satirischen Darstellungen der Fall ist - mit Übertreibungen, Verzerrungen und Verfremdungen als Stilmittel arbeitet. Die Gesamtbetrachtung soll maßgebend werden, wenn bei einer Aufspaltung einzelner Aussagen der Schutz der Gesamtaussage oder der der Einzelaussage als Bestandteil der Gesamtaussage beeinträchtigt würde. Deshalb soll zunächst der Aussagekern erfasst und daraufhin überprüft werden, ob er mit Art. 5 GG unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes vereinbar ist. Der ermittelte Aussagekern ist, soweit er eine Wertung ausdrückt, daraufhin zu überprüfen, ob eine Schmähkritik vorliegt. Enthält er demgegenüber eine Tatsachenmitteilung, so ist zu klären, ob sie wahr oder auf sonstige Weise gerechtfertigt ist.

(b). Form der Aussage
Die rechtliche Beurteilung beschränkt sich jedoch nicht auf den Aussagekern. Vielmehr ist auch die Einkleidung der Aussage gesondert daraufhin zu überprüfen, ob sie eine Kundgabe der Missachtung einer Person enthält (vgl. BVerfGE 75, 369 [378]; 86, 1 [12]) oder auf andere Weise das Persönlichkeitsrecht verletzt. Dabei ist zu beachten, dass die Maßstäbe für die Beurteilung der Einkleidung insoweit andere und im Regelfall weniger streng als bei der Beurteilung des

Aussagekerns sind, als der gewählten Darstellungsart die Verfremdung wesenseigen ist (vgl. BVerfGE 75, 369 [378]).
Der verfassungsrechtliche Schutz der Einkleidung einer Aussage in eine Fotomontage entfällt aber nicht vollständig, wenn die isolierbaren Einzelteile je für sich betrachtet entstellend wirken.

(3). Subsumtion
Vorliegend ist nicht auszuschließen, dass die Verwendung eines technisch manipulierten Fotos des Gesichts des Beschwerdeführers eine eigenständige Persönlichkeitsbeeinträchtigung bewirkt.

(a). Aussagekern
Die vom Bundesgerichtshof betonte Absicht, die Aufmerksamkeit des Betrachters durch eine "ins Auge springende" Darstellung zu fesseln - hier durch eine als komisch empfundene, nicht in vollem Umfang der Realität entsprechende Situation - wird durch die Fotomontage umgesetzt: Der Beschwerdeführer thront schlaksig und unbeschwert auf dem großen "T". Dies ist eine grafische Umsetzung der kritischen Aussage des Berichts über den Beschwerdeführer, die von der Meinungsfreiheit gedeckt ist.

(b). Form der Aussage
Soweit das Gesicht des Beschwerdeführers aber durch technische Manipulation verändert ist, erlangt dieser Teil der grafischen Umsetzung der Aussage eigenständige Persönlichkeitsrelevanz.
Das fotografische Abbild des Kopfes enthält durch die technische Manipulation eine unrichtige Aussage, auch wenn der Beschwerdeführer trotz der Manipulation noch identifizierbar ist. Wie weit ein solcher Eingriff im Kontext einer satirischen Darstellung hinzunehmen ist, hängt auch davon ab, ob der Betrachter der Abbildung die manipulative Veränderung erkennen und deswegen gar nicht zu der irrigen Einschätzung kommen kann, der Abgebildete sähe in Wirklichkeit so aus. Eine Erkennbarkeit der Entstellung ist etwa einer karikaturhaften Zeichnung meist eigen. So aber liegt es hier nicht. Das für die Montage benutzte Bild des Kopfes beansprucht, eine fotografische Abbildung zu sein und gibt dem Betrachter keinen Anhaltspunkt für die Manipulation der Gesichtszüge. Ein solcher Anhalt folgt auch nicht daraus, dass die übrige Darstellung deutlich erkennbar den Charakter des Fiktiven hat. Für die Abbildung des Kopfes gilt dies gerade nicht.

b. Unwahre Aussage unterfällt nicht der Meinungsfreiheit

aa. Unwahrheit
Das fotografische Abbild übermittelt ohne Verwendung von Worten Informationen über die abgelichtete Person. Fotos suggerieren Authentizität und die Betrachter gehen davon aus, dass die abgebildete Person in Wirklichkeit so aussieht. Diese Annahme aber trifft bei einer das Aussehen verändernden Bildmanipulation, wie sie heute relativ einfach mit technischen Mitteln herbeigeführt werden kann, nicht zu. Der Träger des Persönlichkeitsrechts hat zwar kein Recht darauf, von Dritten nur so wahrgenommen zu werden, wie er sich selbst gerne sehen möchte (vgl. BVerfGE 97, 125 [148 f.]; 97, 391 [403]; stRspr), wohl aber ein Recht, dass ein fotografisch erstelltes Abbild nicht manipulativ entstellt ist, wenn es Dritten ohne Einwilligung des Abgebildeten zugänglich gemacht wird. Die Bildaussage wird jedenfalls dann unzutreffend, wenn das Foto über rein reproduktionstechnisch bedingte und für den Aussagegehalt unbedeutende Veränderungen hinaus verändert wird. Solche Manipulationen berühren das Persönlichkeitsrecht, einerlei ob sie in guter oder in verletzender Absicht vorgenommen werden oder ob Betrachter die Veränderung als vorteilhaft oder nachteilig für den Dargestellten bewerten. Stets wird die in der bildhaften Darstellung in der Regel mitschwingende Tatsachenbehauptung über die Realität des Abgebildeten unzutreffend.

bb. Kein Schutz durch die Meinungsfreiheit
Die Unwahrheit der Aussage hat Auswirkungen auf die Reichweite des Schutzes durch die Meinungsfreiheit. Eine unrichtige Information, die der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Möglichkeit zutreffender Meinungsbildung nicht dienen kann, ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut (vgl. BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8]; 94, 1 [8]). So liegt es auch bei der Verwendung von fotografischen Abbildungen in satirischen Kontexten, wenn die Manipulation dem Betrachter nicht erkennbar ist, so dass er die Veränderung nicht als Teil der für satirische Darstellungen typischen Verfremdungen und Verzerrungen deuten und damit für seine Meinungsbildung bewertend einordnen kann.

III. Ergebnis
Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht. Soweit der Bundesgerichtshof maßgeblich darauf abstellt, dass eine satirische Bildaussage ganzheitlich zu erfassen und eine Herauslösung des Gesichts des Beschwerdeführers als Bildbestandteil keine gesondert zu berücksichtigende Bildaussage sei, verkennt er die grundrechtserhebliche Wirkung einer verdeckten Bildmanipulation in einer Situation, in der der manipulierte Teil der Abbildung nicht als "Teil-" oder "Nebenaussage" der Bilddarstellung zurücktritt, sondern einen davon ablösbaren eigenständigen Aussagegehalt hat. Dann bedarf es einer eigenständigen Beurteilung unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes.
Ob im vorliegenden Fall eine über technisch unver-

meidbare Änderungen hinaus reichende Manipulation der Gesichtszüge des Beschwerdeführers erfolgt ist und ob sie dem Betrachter erkennbar war, ist durch die Instanzgerichte nicht abschließend geklärt. Der Beschwerdeführer hatte vorgetragen, es liege eine mehrfach gestufte Bildmanipulation vor, wohingegen die Beklagte nur eingeräumt hat, dass das verwandte Foto des Gesichts des Beschwerdeführers aus technischen Gründen der Fotokollage um 5 % in der Länge gestreckt sei. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben gleichwohl eine tief greifende Manipulation des ursprünglich verwandten Bildes und eine schwerwiegende Veränderung der Bildaussage zum Nachteil des Beschwerdeführers angenommen. Der Bundesgerichtshof konnte die rechtliche Einordnung der Veränderung des Bildes auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung offen lassen. Ebenso hat er nicht abschließend gefragt, ob die Veränderungen derart geringfügig sind, dass sie nur bei besonders aufmerksamer Betrachtung unter Vergleich mit dem Originalfoto des Beschwerdeführers erkennbar sind und deshalb das Persönlichkeitsrecht nicht nennenswert verletzen konnten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Bundesgerichtshof bei einer Berücksichtigung der dargelegten verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre. Die angegriffene Entscheidung ist daher gemäß § 95 BVerfGG aufzuheben und an den Bundesgerichtshof zurück zu verweisen.

Standort: Kommunalrecht Problem: Behandlung der Tagesordnung

VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 30.8.2005
1 K 5578/03 (NWVBL 2006, 152)

Problemdarstellung:

Das VG Düsseldorf hatte im Rahmen eines sogen. Kommunalverfassungsstreits zwischen einer Ratsfraktion und dem Rat darüber zu entscheiden, ob der Rat einen von der Fraktion vorgeschlagenen Tagesordnungspunkt (TOP) erörtern muss oder befugt ist, ihn ohne Sachdebatte abzusetzen. Das VG arbeitet dabei den Stand der Rechtsprechung zu diesem Thema heraus:

1. Nach § 48 I 2 GO NRW ist der Bürgermeister zunächst verpflichtet, einen Vorschlag einer Ratsfraktion auf die Tagesordnung zu setzen. Nach h.M. hat er hierbei ein formelles, jedoch kein materiell-inhaltliches Prüfungsrecht. Während er also z.B. die Vorschlagsberechtigung, die Einhaltung der gesetzlichen Fristen usw. zu prüfen und einen unzulässigen Vorschlag ggf. zurückzuweisen hat, müssen alle formell ordnungsgemäßen Vorschläge auf die Tagesordnung gesetzt werden, unabhängig von ihrem Inhalt (a.A. eine m.M., die auch ein inhaltliches Prüfungsrecht, zumindest aber eine Evidenzkontrolle bejaht).

2. Diese Pflicht des Bürgermeisters sagt aber noch nichts darüber aus, wie der Rat den TOP zu behandeln hat. Hierüber enthält die GO NRW keine ausdrückliche Regelung.

3. Um das Vorschlagsrecht der Fraktion nicht gänzlich leerlaufen zu lassen und dem Informations- und Kontrollinteresse der Öffentlichkeit zu genügen, muss der Rat der vorschlagenden Fraktion aber zumindest die Möglichkeit einräumen, die Relevanz des TOP in der Ratssitzung zu erläutern.

4. Wird diese Möglichkeit gegeben und kommt der Rat gleichwohl zur Überzeugung, dass der TOP irrelevant, rechtlich unzulässig oder aus einem anderen Grund nicht in der Sache erörterungswürdig ist, steht es in seinem Ermessen, ihn wieder abzusetzen.

5. Von den Verwaltungsgerichten überprüfbare Ermessensgrenze ist lediglich ein offensichtlicher Missbrauch, wenn sich also keinerlei sachliche Gründe für die Absetzung des TOP finden lassen.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall lässt sich auf andere Bundesländer übertragen, soweit deren Gemeindeordnungen eine § 48 GO NRW vergleichbare Bestimmung enthalten, wonach das zuständige Organ (Bürgermeister, Ratsvorsitzender usw.) Vorschläge einer Fraktion auf die Tagesordnung zu setzen hat, über deren Behandlung durch den Rat aber nichts gesagt wird.

Der prozessuale Einstieg über einen sogen. "Kommunalverfassungsstreit" ist ebenfalls ein gängiges Examensproblem. Nach h.M. handelt es sich hierbei nicht um eine Klageart sui generis, sondern um eine allgemeine Leistungsklage oder Feststellungsklage, deren Besonderheit darin liegt, dass Organe oder Organteile derselben Gemeinde untereinander streiten. Zu den sich hieraus ergebenden Besonderheiten vgl. die Vertiefungshinweise.

Ein Problem des vorliegenden Falles sei an dieser Stelle herausgegriffen: Die Klage war von einer Ratsfraktion erhoben worden, deren Amtszeit abgelaufen war, die sich jedoch nach der Kommunalwahl erneut gebildet hatte. Das OVG NRW hatte hierzu bereits 1990 entschieden (NWVBl 1990, 265), dass die Klage der alten Fraktion mit deren Auflösung unzulässig geworden ist, weil diese mangels Fortbestehens kein Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO mehr haben könne. Anders liege es mit ihrer Nachfolgefraktion, wenn dieser derselbe Nachteil drohe. Diese könne dem Rechtsstreit im Wege der (subjektiven) Klageänderung nach § 91 I VwGO beitreten, weil es sachdienlich sei.

Das VG Düsseldorf nimmt diesen Ball nun auf und führt aus, die Nachfolgefraktion könne sich über § 91 I VwGO im Wege des Parteiwechsels auch an die Stelle der alten Fraktion setzen und so den von ihrer Vorgängerfraktion begonnenen Rechtsstreit weiterführen. Man muss also genau unterscheiden, ob die Nachfolgefraktion *an die Stelle* der alten Fraktion tritt (so hier mit der Folge, dass nach dem Parteiwechsel nur eine - zulässige - Klage der neuen Fraktion vorliegt) oder sie zur alten Fraktion *hinzu tritt* (so im Fall des OVG NRW, a.a.O., mit der Folge, dass zwei Klagen vorliegen, nämlich eine - unzulässige - der alten und eine - zulässige - der neuen Fraktion).

Anders ist es wieder bei Gemeindeorganen wie Bürgermeister und Rat, weil diese über Kommunalwahlen hinaus unabhängig von ihrer personalen Besetzung stets kontinuierlich fortbestehen, so dass deren Kommunalverfassungsstreitigkeiten zulässig bleiben, ohne dass es einer subjektiven Klageänderung bedarf.

VG Düsseldorf und OVG NRW haben das Nachfolgeproblem beim Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO angesiedelt: Eine nicht existente Fraktion könne kein *Interesse* an einer Feststellung haben. Handelte es sich um einen Kommunalverfassungsstreit in Form einer allgemeinen Leistungsklage, wo ein Feststellungsinteresse bekanntlich nicht zu prüfen ist, müsste es mit der gleichen Logik in der Klagebefugnis analog § 42 II VwGO angesprochen werden, denn eine nicht existente Fraktion kann auch keine *Rechte* haben. Ebenso vertretbar ist es aber, das Problem stets in der Beteiligtenfähigkeit anzusprechen, denn eine nach Auflösung nicht mehr existente Fraktion dürfte - im Gegensatz zu ihrer Nachfolgerin - auch nicht mehr beteiligtenfähig i.S.d. § 61 VwGO sein (so ThürOVG, RA 2000, 378 = DVBl 2000, 935).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Kommunalverfassungsstreit: *OVG NRW*, RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281; RA 2003, 319 = NVwZ-RR 2003, 376; *Ehlers*, JuS 1990, 105

❑ Auflösung einer Fraktion im laufenden Rechtsstreit: *OVG NRW*, NWVBl 1990, 265; *HessVGH*, NVwZ 1986, 328; *ThürOVG*, RA 2000, 378 = DVBl 2000, 935

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

❑ Formelles Prüfungsrecht des Bürgermeisters bei Festsetzung der TO: *OVG NRW*, RA 2005, 423 = NVwZ-RR 2005, 427

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

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Unter den Wolken"

❑ *Examenskurs* : "Rauchverbot"

Leitsätze:

1. Die Fortführung einer kommunalverfassungsrechtlichen Klage einer Fraktion durch die nach den Gemeinderatswahlen erneut gebildete Fraktion stellt eine sachdienliche subjektive Klageänderung i.S.v. § 91 VwGO dar, wenn der ursprüngliche Streit über das Bestehen organschaftlicher Rechte im Rat fortbesteht.

2. Das Initiativrecht aus § 48 I 2 GO NRW umfasst das Recht, den Antrag vor dem Rat in angemessenem Umfang mündlich zu erläutern. Insoweit genügt es, wenn eine Fraktion Gelegenheit erhält, im Rahmen einer Geschäftsordnungsdebatte die aus ihrer Sicht bestehende Notwendigkeit einer Sacherörterung darzulegen.

Sachverhalt:

Klägerin des Rechtsstreits ist die T-Fraktion im beklagten Rat. Sie begehrt die Feststellung, dass die in der vorangegangenen Kommunalwahlperiode unter demselben Namen gebildete Fraktion durch den Beschluss des Beklagten, einen von dieser eingebrachten Antrag zur Personalwirtschaft der Stadt von der Tagesordnung abzusetzen, in ihren Rechten verletzt sei. Die Debatte über den Antrag war nach wiederholter Unterbrechung zunächst abgebrochen worden, nachdem die Beschlussunfähigkeit des Rates festgestellt worden war. In der nächsten Ratssitzung beschloss der Beklagte nach längerer Geschäftsordnungsdebatte, den Antrag von der Tagesordnung abzusetzen. Die Klägerin ist der Auffassung, diese Vorgehensweise habe das den Ratsfraktionen zustehende Initiativrecht aus § 48 Abs. 1 Satz 2 GO NRW verletzt, das auch das Recht umfasse, Anträge vor einer Entscheidung des Rats in angemessenem Umfang mündlich zu erläutern.

Aus den Gründen:

Die Feststellungsklage blieb erfolglos.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Die Klage ist als Feststellungsbegehren statthaft. Zwischen den Beteiligten bestehen u. a. durch § 48 GO NW verfasste wehrfähige innerorganschaftliche Beziehungen, die Gegenstand eines Rechtsverhältnisses i. S. v. § 43 Abs. 1 VwGO sein können.

II. Feststellungsinteresse

An der nachgesuchten Feststellung hat die Klägerin

auch ein berechtigtes Interesse. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die nach der Kommunalwahl neu gebildete T-Fraktion, namens derer in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer Sachanträge gestellt worden sind, mit jener Fraktion identisch ist, namens derer die Klage ursprünglich erhoben ist. Auch wenn man diese Frage - anders als bei den Organen "Rat" und "Bürgermeister" - mit dem Argument verneinen wollte, der freiwillige Zusammenschluss von Ratsmitgliedern zu einer Fraktion sei nach seiner Zweckbestimmung von vornherein auf die Dauer einer Wahlperiode beschränkt, wäre die Klage zulässig.
In diesem Fall wäre die neu gebildete T-Fraktion im Wege eines gewillkürten Parteiwechsels an die Stelle der früheren Fraktion getreten. Diese subjektive Klageänderung wäre ungeachtet der fehlenden Einwilligung des Beklagten nach § 91 Abs. 1 VwGO wegen Sachdienlichkeit zulässig. Denn der Streitstoff des Verfahrens bleibt trotz Klägerwechsels im Wesentlichen derselbe und das streitige Rechtsverhältnis kann durch Fortführung des Verfahrens durch die neu gebildete T-Fraktion einer endgültigen Klärung zugeführt werden.
Insoweit ist unschädlich, dass das Ereignis, das Anlass zur Klage gegeben hat, in der vergangenen Wahlperiode gegenüber der damals bestehenden T-Fraktion eingetreten ist. Denn das Kommunalverfassungsstreitverfahren setzt nicht notwendig voraus, dass dem klagenden Organ oder Organteil selbst eine Rechtsverletzung bereits zugefügt worden ist. Das vom Gesetz lediglich geforderte Interesse an der Feststellung liegt vielmehr auch dann vor, wenn zwischen den Beteiligten organschaftliche Rechte streitig sind und zu erwarten ist, dass sich jener Streit alsbald in der täglichen Zusammenarbeit konkretisieren wird (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1990, 265; VGH Kassel, NVwZ 1986, 328). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Denn zwischen den Beteiligten ist weiterhin umstritten, welches Recht der T-Fraktion zur Begründung ihrer Anträge gegenüber der Ratsmehrheit zusteht.

B. Begründetheit
Die Klage ist unbegründet, weil die umstrittene Verfahrensweise des Beklagten die T-Fraktion nicht in organschaftlichen Rechten verletzt hat.

I. Rechtsgrundlage
Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 GO NW hat der Bürgermeister in die Tagesordnung Vorschläge aufzunehmen, die ihm von einer Fraktion vorgelegt werden. Diese Norm trägt das Feststellungsbegehren weder von ihrem Wortlaut noch von ihrem Sinn.

II. Pflichten des Bürgermeisters
Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist ihr Adressat der Oberbürgermeister. Dagegen sagt die Vorschrift grundsätzlich nichts darüber, welches weitere Schicksal der Tagesordnungspunkt bei der Behandlung durch den Rat hat. Diese vom Wortlaut vorgegebene Deutung entspricht dem Sinn der Bestimmung. Denn das Initiativrecht nach § 48 Abs. 1 S. 2 GO NW regelt das Spannungsverhältnis zwischen den beiden durch unmittelbare demokratische Wahl legitimierten Gemeindeorganen Bürgermeister und Rat. Wird eine Initiative aus der Vertretungskörperschaft von dem im Gesetz beschriebenen Quorum getragen, soll nur die Vertretungskörperschaft selbst darüber entscheiden, ob sie sich mit der Angelegenheit befassen will. Dem Bürgermeister kommt demgemäß selbst dann das Recht zu einer Vorentscheidung nicht zu, wenn der Rat aus Rechtsgründen keine Sachentscheidung treffen dürfte (vgl. etwa OVG NRW, DÖV 1984, 300).

III. Pflichten des Rates
Schützt § 48 Abs. 1 GO NW daher primär die Souveränität der Vertretungskörperschaft gegenüber dem Bürgermeister, so folgt hieraus zugleich, dass sie den Willensbildungsprozess innerhalb der Vertretung nicht unmittelbar im Blick hat.

1. Erläuterungsrecht der Fraktion
Allerdings hat die Rechtsprechung von jeher dem Initiativrecht auch Gesichtspunkte des Minderheitenschutzes entnommen. Es soll gewährleisten, dass die politischen Vorstellungen auch der kleinen Fraktionen vor den Rat gebracht werden können und umfasst demgemäß die Befugnis, Vorschläge vor dem Rat in angemessenem Umfang mündlich zu erläutern. Es schließt demgemäß aus, dass die Ratsmehrheit ohne jegliche Auseinandersetzung mit dem von der Minderheit gestellten Antrag zur weiteren Tagungsordnung übergeht, ohne den Antragstellern die Chance zu geben, die Mehrheit von der Notwendigkeit zu überzeugen, dass eine Befassung und eine Entscheidung für den Gegenstand zulässig und geboten sei (vgl. OVG NRW, DÖV 1989, 595).

2. Keine Pflicht zur Behandlung des TOP auf bestimmte Weise
Demgegenüber ist nicht weniger zu berücksichtigen, dass der Rat als Selbstverwaltungsgremium eine der Geschäftsordnungsautonomie eines Parlamentes entsprechende Befugnis zur Selbstgestaltung seiner inneren Angelegenheiten hat (vgl. etwa OVG Lüneburg, Die Gemeinde 1984, 227). Dies schließt aus, die Vertretungskörperschaft für verpflichtet zu halten, zu dem Punkt der Tagesordnung eine Debatte in der Sache zu ermöglichen. Dementsprechend kann sich die Debatte im Rat auch auf
die Frage beschränken, ob die Vertretungskörperschaft das mit dem Antrag verbundene Anliegen aufgreifen und diskutieren oder auf eine weitere Erörterung verzichten will. Gründe für eine Entscheidung im letzteren Sinne können namentlich sein, dass die Gemeinde

sich mit dem Gegenstand überhaupt nicht befassen darf (vgl. OVG NRW, a.a.O.), dass der Rat sich bereits unmittelbar zuvor in gegenteiliger Hinsicht festgelegt hatte, weitere Entwicklungen abwarten will oder aus sonstigen Gründen eine Befassung mit dem Gegenstand für sinnlos hält. Dem Initiativrecht ist in diesen Fällen genügt, wenn die Antragsteller die Gelegenheit haben, die aus ihrer Sicht bestehende Notwendigkeit einer Sacherörterung darzulegen.

3. Ermessen des Rates

Allerdings hat die Debatte im Rat nicht ausschließlich den Zweck, den Meinungsbildungsprozess innerhalb der Vertretungskörperschaft herbeizuführen. Ihre grundsätzlich geforderte Öffentlichkeit (§ 48 Abs. 2 S. 1 GO NW) dient auch dem aus dem Demokratieprinzip abzuleitenden Zweck, den politischen Willensbildungsprozess für die Bürgertransparent zu machen; die Kontrolle durch die Öffentlichkeit bedeutet außerdem eine weitere Sicherung der Integrität des Entscheidungsprozesses. Auch diesem Anliegen wird genügt, wenn der Rat über die Frage der sachlichen Behandlung eines Antrages diskutiert, von einer materiellen Beratung aber absieht. Denn auch mit dieser Debatte stellt sich die Vertretungskörperschaft der Beurteilung durch die Wählerinnen und Wähler, ob das Absehen von einer Sachdebatte als sachgerecht oder als Unterdrücken unliebsamer Kritik bewertet wird. Dementsprechend war in der Rechtsprechung von jeher unbestritten, dass der Rat allein darüber befindet, ob und in welcher Weise er sich mit der jeweiligen Angelegenheit befassen will (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2004, 378; OVG Lüneburg, Die Gemeinde 1984, 227).

4. Grenze: Rechtsmissbrauch

Das dem durch unmittelbare Wahl demokratisch legitimierten Beklagten hiernach eingeräumte Ermessen, sich des Anliegens der T-Fraktion anzunehmen oder von einer Erörterung abzusehen, ist vom Gericht nur in eingeschränktem Umfange überprüfbar. Vor dem Hintergrund der vorgenannten Erwägungen und des Fehlens weiterer normativer Vorgaben findet es seine Grenze nur am offenkundigen Missbrauch, d. h. dem sinnwidrigen Gebrauch einer formalrechtlich zugeordneten Position. Daran kann etwa gedacht werden, wenn die Erörterung einer Angelegenheit im Plenum wegen ihres Gewichtes aufdrängen muss und ebenso auf der Hand liegt, dass ihre Verhinderung auf dem Wunsch beruht, eine Debatte vor den Augen der Öffentlichkeit zu verhindern. Hiervon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein [wird ausgeführt].

Standort: Baurecht — Problem: Schlusspunkttheorie

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 14.07. 2005
20 CS 05.1732 (BAYVBL 2006, 220)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob und wann die Beseitigung eines Bauwerks verfügt werden kann, obwohl eine Baugenehmigung existiert. Es kommt zu dem Ergebnis, dass dies nur möglich sei, wenn

1. die Beseitigungsverfügung wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift ergehe, die im Baugenehmigungsverfahren nicht geprüft worden sei,
2. die Baugenehmigung nichtig und damit unwirksam (§§ 43 III, 44 VwVfG) sei oder
3. die Baugenehmigung vor der Beseitigungsverfügung zurückgenommen oder widerrufen worden sei (§§ 48, 49 i.V.m. 43 II VwVfG).

Prüfungsrelevanz:

Hinsichtlich der Ziffer 1 der o.g. Möglichkeiten zum Erlass einer Beseitigungsanordnung trotz vorhandener Baugenehmigung ist größte Vorsicht geboten, da die Bauordnungen der Länder unterschiedliche Regelungen enthalten können, welche einer Übertragung dieser bayerischen Lösung auf andere Bundesländer entgegen stehen können. Grundsätzlich lassen sich drei Konzepte unterscheiden:

1. Im sogen. *Konzentrationsmodell* schließt die Baugenehmigung alle für das Vorhaben erforderlichen weiteren behördlichen Entscheidungen ein. Es gibt nur eine Genehmigung - die Baugenehmigung. Diese legalisiert das Vorhaben allumfassend und setzt somit den "Schlusspunkt" unter alle erforderlichen Genehmigungen. Die oben unter 1. genannte Möglichkeit zum Erlass einer Beseitigungsanordnung besteht hier nicht. Vielmehr muss eine vorhandene Baugenehmigung vorher zwingend aus der Welt geschafft werden, üblicherweise über §§ 48, 49 VwVfG. Eine solche Konzeption liegt etwa der brandenburgischen Bauordnung zugrunde, vgl. § 67 I 2 BbgBauO.
2. Im sogen. *Separationsmodell* werden im Baugenehmigungsverfahren nur bestimmte, i.d.R. baurechtsspezifische Vorschriften geprüft. Daneben kann die Einholung weiterer Erlaubnisse durch den Bauherrn erforderlich sein, wenn das Bauvorhaben solcher bedarf, also z.B. immissionsschutzrechtlicher oder - wie hier - straßenverkehrsrechtlicher Art. Wird dies versäumt, kann unter Hinweis auf die weiter erforderlichen, aber nicht vorhandenen Genehmigungen die Beseitigung des Vorhabens verfügt werden, ohne dass die Baugenehmigung vorher aufgehoben werden müsste. Eine solche Konzeption gibt es bspw. in Hessen, vgl. § 64 I HessBauO.

3. Denkbar ist schließlich ein *Koordinationsmodell*, wo die Einholung weiterer Erlaubnisse erforderlich sein kann, sich diese aber nicht der Bauherr (Bürger) beschaffen muss. Vielmehr ist es Aufgabe der Baugenehmigungsbehörde, sich im Baugenehmigungsverfahren um die Einholung solcher Erlaubnisse zu kümmern, bevor sie eine Baugenehmigung erteilt. Wird die Baugenehmigung ohne die Einholung weiterer Genehmigungen erteilt, ist damit gleichzeitig die Aussage verbunden, dass es solcher weiterer Genehmigungen nicht bedarf. Bedarf es solcher weiterer Genehmigungen gleichwohl, ist die Baugenehmigung rechtswidrig und kann ggf. nach §§ 48, 49 VwVfG aufgehoben werden. Solange dies nicht geschehen ist, entfaltet sie aber umfassende Legalisierungswirkung und steht daher jeglicher Beseitigungsanordnung entgegen. Ein solches Modell gibt es z.B. in NRW, vgl. § 72 I Nr. 2, II BauO NRW (so jedenfalls der 10. Senat des OVG NRW, vgl. DÖV 2004, 302; der 7. Senat des OVG NRW geht unter Hinweis auf § 75 III 2 BauO NRW von einem Separationsmodell aus, vgl. OVG NRW, BRS 64 Nr. 163; NWVBl 2002, 31. Dies ist aber wohl m.M., vgl. ausführlich Gädtke/Temme/Heintz, BauO NRW, Kommentar, § 75 Rz. 81 ff.).

Vertiefungshinweise:

❑ Urteilsanmerkung: *Jäde*, BayVBl 2006, 221

❑ Legalisierungswirkung von Genehmigungen: *BGH*, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs* : "Das leuchtende Hühnerei"

❑ *Examenskurs* : "Laserdrome"

Leitsatz (der Redaktion):

1. Zum Regelungsgehalt einer Baugenehmigung gehört auch die Festlegung, bezüglich welcher öffentlich-rechtlichen Vorschriften sie das Bauvorhaben legalisieren soll.

2. Welche öffentlich-rechtlichen Vorschriften die sind, ist im Einzelfall nach den üblichen Auslegungsmethoden zu ermitteln.

Sachverhalt:

Dem Antragsteller wurde mit Bescheid des Landratsamts R. vom 23.7.1997 die Baugenehmigung zur Errichtung von zwei Werbeschildern an der Bundesautobahn A 3 erteilt. Die Autobahndirektion Südbayern hatte unter Berufung auf das Verbot der verkehrsablenkenden Werbung außerhalb geschlossener Ortschaften in § 33 der Straßenverkehrsordnung (StVO) ihre nach § 9 des Bundesfernstraßengesetzes notwendige Zustimmung zunächst versagt, nach diversen Besprechungen und einer nach ihren Vorgaben erfolgten Ortsveränderung und Umgestaltung der Schilder jedoch erteilt. Die Schilder wurden aufgestellt und seither an Ort und Stelle belassen.

Nachdem es zu Bezugnahmen anderer Bauwerber auf die Schilder gekommen war, ordnete die Autobahndirektion Südbayern nach Anhörung des Antragstellers mit Bescheiden vom 22.6.2004 unter Zwangsgeldandrohung an, dass die Werbetafeln bis spätestens 12.7. 2004 zu beseitigen seien, und untersagte deren erneute Aufstellung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Schilder seien formell rechtswidrig, weil neben der Baugenehmigung noch eine Ausnahmegenehmigung nach der Straßenverkehrsordnung erforderlich gewesen wäre.

Mit Bescheid vom 14.4.2005 wurde der Widerspruch des Antragstellers gegen den Ausgangsbescheid im Wesentlichen zurückgewiesen, und es wurde unter Ziffer VII folgende weitere sofort vollziehbare und mit Zwangsgeld bewehrte Regelung getroffen: "Spätestens drei Tage nach Zustellung dieses Bescheids sind die Werbeschilder bis zur Unanfechtbarkeit der Baubeseitigungsanordnungen mit Planen abzudecken". Wegen dieser Verpflichtung wurde inzwischen in einem weiteren Bescheid die Ersatzvornahme angedroht.

Über die am 6.5.2005 erhobene Klage des Antragstellers gegen die Bescheide vom 22.6.2004 i.d.F. des Widerspruchsbescheids hat das Verwaltungsgericht bisher nicht entschieden. Den anschließenden Antrag des Antragstellers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage legte das Verwaltungsgericht dahin aus, dass er sich nur gegen Ziffer VII des Widerspruchsbescheides richtet, und gab ihm mit diesem Inhalt mit Beschluss vom 14.6.2005 statt. Der Antragsgegner hat Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat mit Recht dem Eilantrag des Antragstellers stattgegeben (§ 80 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO). Seine Zweifel an der Sinnhaftigkeit und an der Eilbedürftigkeit der streitigen Maßnahme sind zu unterstreichen.

A. Umfang der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung

Außerdem und vor allem kommt ein Sofortvollzug nicht in Betracht, weil die zugrunde liegenden Beseitigungsanordnungen rechtswidrig sind. Mit ihnen wird versucht, an der fortbestehenden Baugenehmigung "vorbei" die Beseitigung der Werbeanlagen durchzusetzen. Dies ist im Regelfall und so auch hier unzulässig, weil es gerade Sinn einer Baugenehmigung ist, die materielle Rechtmäßigkeit einer Anlage formell zu bestätigen und damit die Anlage vor behördlichen Beseitigungsverlangen zu schützen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, die das Gesetz für bestimmte Fälle vorsieht, ist hier nicht einschlägig.

I. Früher: Schlusspunkttheorie

Die Baugenehmigung stellt die Vereinbarkeit des geplanten Vorhabens mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften fest. Nach der früheren Auffassung bezog sich dies auf sämtliche öffentlich-rechtliche Vorschriften, sodass die Baugenehmigung in Bezug auf deren Prüfung gleichsam den Schlusspunkt bildete (sogenannte Schlusspunkttheorie); dies bedeutete insbesondere, dass vor Erteilung der Genehmigung alle sonst noch erforderlichen öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse vorliegen mussten.

II. Heute: Nur noch Legalisierungswirkung bezüglich der zu prüfenden Vorschriften

Inzwischen ist diese Auffassung in Rechtsprechung (BayVGH, BayVBl. 1993, 370) und Gesetzgebung aufgegeben worden. Seit der Neubekanntmachung der Bayerischen Bauordnung vom 18.4.1994 (GVBl. S. 251) setzt die Erteilung der Baugenehmigung nicht mehr, wie vorher, die Beachtung sämtlicher öffentlich-rechtlichen Vorschriften voraus, sondern nur mehr solcher, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind (Art. 79 Abs. 1, jetzt Art. 72 Abs. 1 Satz 1 BayBO).

Demgegenüber kann eine Anordnung zur Baubeseitigung weiterhin auf einen Widerspruch zu sämtlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gestützt werden (Art. 82 Satz 1 BayBO). Dass die Vorschrift in diesem Sinne zu verstehen ist, wird in Art. 72 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO klargestellt: Danach bleiben von einer Beschränkung der Prüfung öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Genehmigungsverfahren die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt. Infolge dieser Rechtslage ist eine Beseitigungsanordnung denkbar, die sich gegen ein (weiterhin) genehmigtes Vorhaben richtet und auf die Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften Bezug nimmt, die im vorangegangenen Baugenehmigungsverfahren nicht geprüft wurden (Lechner, in: Simon, BayVO, RdNr. 317 zu Art. 72). Vorauszusetzen ist demnach für einen derartigen ausnahmsweisen Eingriff trotz fortbestehender Genehmigung, dass die Genehmigung tatsächlich keine bestandskräftige Regelung in Bezug auf die fraglichen Vorschriften getroffen hat. Aus der Aufgabe der Schlusspunkttheorie folgt nämlich, dass zum Regelungsgehalt einer Baugenehmigung die Festlegung gehört, in Bezug auf welche öffentlich-rechtlichen Vorschriften das Bauvorhaben für rechtmäßig erklärt und demnach vor behördlichen Beseitigungsverlangen geschützt werden soll.

B. Auslegung erforderlich

Der Regelungsgehalt ist insoweit nach den üblichen Auslegungsmethoden aus dem Erklärungsinhalt der Baugenehmigung abzuleiten, hilfsweise - im Sinne einer gesetzeskonformen Auslegung - aus den bei Erteilung der Baugenehmigung geltenden Vorschriften.

C. Subsumtion

Die Auslegung führt im vorliegenden Fall zu einem eindeutigen Ergebnis: Die Baugenehmigung des Jahres 1997 hatte nicht nur auch, sondern sogar vorwiegend, wenn nicht ausschließlich die Vereinbarkeit der Werbetafeln mit § 33 Abs. 1 Nr. 3 StVO zum Gegenstand; nach dieser Vorschrift ist außerhalb geschlossener Ortschaften jede Werbung und Propaganda durch Bild, Schrift, Licht oder Ton verboten, wenn dadurch Verkehrsteilnehmer in einer den Verkehr gefährdenden oder erschwerenden Weise abgelenkt oder belästigt werden können.

Unter ausdrücklichem Bezug auf diese Vorschrift wurden die ursprünglich geplanten Werbeschilder im behördlichen Schriftverkehr, in zwei Besprechungen mit dem Bauwerber und einer damit verbundenen Umplanung so in Gestaltung und Situierung verändert, dass sie nach Auffassung der Autobahndirektion Südbayern unter dem Blickwinkel der Straßenverkehrsordnung genehmigungsfähig waren. Für den Kläger als Empfänger der damaligen Baugenehmigung war ohne weiteres erkennbar, dass dies der hauptsächliche Regelungsinhalt der erteilten Genehmigung war.

Zu der vom Beklagten nunmehr vor allem vermissten Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 StVO, für die die Regierung der Oberpfalz zuständig gewesen wäre, ist im Übrigen zu bemerken, dass die behördlichen Entscheidungen des Jahres 1997 eher dahin zu verstehen sind, dass nach Umgestaltung der Schilder das Verbot des § 33 Abs. 1 Nr. 3 StVO gar nicht mehr berührt war und es infolgedessen keiner Ausnahmegenehmigung bedurfte; die Annahme, man habe in der Baugenehmigung zugleich eine Ausnahmegenehmigung gesehen, die wegen erkannter Verkehrsgefährdung notwendig geworden sei, liegt demgegenüber fern. Bei alledem ist für die Auslegung, wie auch in anderen Fällen, auf den Empfängerhorizont abzustellen, der im vorliegenden Fall weniger durch die insoweit inhaltslose Baugenehmigung als durch das den Kläger einbindende Verwaltungsverfahren geprägt war. Danach musste der Kläger eindeutig davon ausgehen, dass seine umgestalteten Schilder nunmehr auch und, gerade in Bezug auf § 33 StVO "abgesegnet" waren.

Keinesfalls sind Bürger, die eine derartige Genehmigung erhalten, zur Nachprüfung verpflichtet, ob sie rechtlich in Ordnung geht oder ob noch andere Behörden zu beteiligen gewesen wären; dies ist vielmehr Sache der Behörden. Ob die damalige Baugenehmigung zu Recht oder zu Unrecht ergangen ist, ist deshalb im gegebenen Zusammenhang bedeutungslos; sie ist jedenfalls, da Nichtigkeit offenbar ausscheidet, bestandskräftig geworden und ist dies weiterhin. Wenn die Behörden sie heute als eine Fehlentscheidung ansehen, müssen sie sich zunächst von ihr nach Art. 48 BayVwVfG durch Rücknahme zu lösen versuchen. Erst dann ist ein unmittelbares Vorgehen gegen die ehedem genehmigte Anlage rechtlich möglich.

Zivilrecht

Standort: Mietrecht Problem: Fehlende Attraktivität eines Einkaufszentrums

BGH, URTEIL VOM 21.09.2005
XII ZR 66/03 (NJW 2006, 899)

Problemdarstellung:

Die Bekl. dieses Prozesses hatte in einem bei Vertragsschluss noch zu errichtenden Einkaufs- und Vergnügungszentrum größere Flächen für den Betrieb einer staatlich konzessionierten Spielbank angemietet. Später kam noch eine kleinere Fläche für den Betrieb eines Bistro dazu. In einer wohl auf Betreiben der Bekl. dem Mietvertrag betreffend die Spielbank vorangestellten Präambel wurde ausführlich dargelegt, welche weiteren Geschäfte in dem Center betrieben werden sollten, um dessen Attraktivität herzustellen bzw. auf Dauer zu erhalten. Nachdem das Center zunächst verspätet fertiggestellt worden war, stellte sich dann heraus, dass die erhoffte Mieterstruktur nicht erreicht werden konnte. Statt dessen standen Geschäftlokale leer, andere wurden an Unternehmen ohne Publikumsverkehr vermietet. Die Geschäfte der Bekl. entwickelten sich dementsprechend schlecht, weshalb sie große Teile der Miete einbehielt. Der Zwangsverwalter des Centers klagte daraufhin Mietrückstände für den Zeitraum Oktober 1999 bis Juli 2001 ein. Die Bekl. verteidigte sich mit dem Minderungseinwand, den sie insbesondere auf die nicht zufriedenstellende Mieterstruktur und die anderslautende Ankündigung in der Präambel stützte. Jedenfalls aber sollten diese Umstände nach dem Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage eine Mietherabsetzung rechtfertigen oder aber zu einer Haftung der Vermieterin aus c.i.c. (= §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB n. F.) führen.

Der BGH lehnte all dies ab und bestätigte die Verurteilung der Bekl. durch die Vorinstanzen. Die nicht zufriedenstellende Mieterstruktur des Einkaufs- und Vergnügungszentrums sei keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Räumlichkeiten. Sie könne daher trotz des im Mietrecht geltenden weiten Mangelsbegriffs nicht als solcher eingestuft werden. Auch lasse sich der streitgegenständlichen Präambel keine Eigenschaftszusicherung i. S. d. § 537 II 1 BGB a. F. = § 536 II BGB n. F. entnehmen. Das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage (= § 313 BGB n . F.) ist nach Auffassung des BGH schon deshalb nicht anwendbar, weil grundsätzlich das Risiko, mit dem in angemieteten Geschäftsräumen zu betreibenden Geschäft die erhofften Gewinne zu erzielen, dem Verwendungsrisiko des Mieters zuzuordnen sei. Für eine Haftung der Vermieterin aus c.i.c. fehlten Hinweise darauf, dass in der Präambel in vorwerfbarer Weise falsche Angaben über den bereits sichergestellten Vermietungszustand gemacht wurden.

Prüfungsrelevanz:

Um die Lesbarkeit der vorliegenden Entscheidung zu erhalten, wurden Ausführungen zu diversen von der Bekl. weiter erfolglos gerügten Mängeln hinsichtlich Bauzustand, Management und Ausstattung des Einkaufscenters herausgekürzt. Es verbleiben die ausgesprochen prüfungsrelevanten Ausführungen zum mietrechtlichen Mangelbegriff des § 537 BGB a. F. = § 536 BGB n. F. sowie zu den Anwendungsvoraussetzungen des inzwischen in § 313 BGB kodifizierten Rechtsinstituts der Störung der Geschäftsgrundlage. Die diesbezüglichen Ausführungen des BGH, welche insbesondere die Rechtsprechung zum mietrechtlichen Mangelbegriff bestätigen und die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und der subsidiären Lösung über die Störung der Geschäftsgrundlage weiter präzisieren, sind ohne Einschränkung auf die Rechtslage nach Inkrafttreten von Mietrechts- sowie Schuldrechtsreform übertragbar.

Vertiefungshinweise:

❑ Vom BGH in dieser Entscheidung herangezogenes Urteil zu mangelnder Kundenakzeptanz eines Ladenlokals: *BGH*, RA 2000, 418 = NJW 2000, 1714

❑ Krankenversicherung als Geschäftsgrundlage eines Behandlungsvertrags: *BGH*, RA 2005, 465 = NJW 2005, 2069

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Verkalkuliert"

❑ *Examenskurs:* "Geschäftshaus"

❑ *Assessorkurs:* "Das Geschäftslokal"

❑ *Assessorkurs:* "Der Zwangsverwalter"

Leitsätze:

1. Zur Frage, ob eine Vollvermietung und eine bestimmte Mieterstruktur als zugesichert anzusehen ist, wenn die Parteien einen bestimmten Vermietungszustand in die Präambel des Mietvertrages aufgenommen haben (im Anschluss an Senatsurteil vom 26.05.2004 - XII ZR 149/02 - NZM 2004, 618).

2. Zur Anwendbarkeit der Grundsätze über den

Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Anmietung einer Teilfläche in einem erst zu erstellenden Zentrum für Handel und Dienstleistungen, wenn dieses nach der Eröffnung nicht in der erwarteten Weise von den Kunden angenommen wird (im Anschluss an Senatsurteile vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 und vom 19.07.2000 - XII ZR 176/98 - NZM 2000, 1005).

Sachverhalt:
Der Kl. fordert als Zwangsverwalter des H.-Centers in S. von der Bekl. rückständige Miete für zwei Objekte für die Zeit von Oktober 1999 bzw. Januar 2001 bis Juli 2001. Mit Vertrag vom 08./09.10.1998 vermietete die damalige Vermieterin der Bekl. Flächen im H.-Center in S. zum Betrieb einer staatlich konzessionierten Spielbank. In der Präambel des Vertrags heißt es:

"Die Vermieterin erstellt ein regionales Objekt für Handel und Dienstleistung, das 'H.-Center' in S., auf dem Grundstück T.-Damm, Ecke B.-straße, derzeit leeres Grundstück. Das Objekt wird eine Gesamtfläche von ca. 28.000 qm haben, wovon im Erdgeschoss und im ersten Obergeschoss jeweils 5.600 qm von Einzelhandel und Entertainment gemischt genutzt werden.
Im Erdgeschoss werden folgende Firmen vertreten sein: R.-Verbrauchermarkt, S.-Drogeriemarkt, G.-Spielotheken AG, E.-Autovermietung, R.-Zierpflanzen, A.-Apotheken, Bistro E., S.-Back, R.-Schuh-Schlüsseldienst und Bank G. Weiterhin wird ein Hotel mit 115 Zimmern auf einer Fläche von ca. 5.700 qm auf insgesamt vier Etagen betrieben.
Im ersten Obergeschoss wird ein Entertainment-Center entstehen mit einer B.-Bowlingbahn, einem Café der Firma S.-Back, einer Erlebnisgastronomie der S.-Brauerei und einem Spezialitätenrestaurant. Zum Objekt gehört auch ein eigenes Parkhaus mit 345 Parkplätzen, welches durch die Firma I. B. betrieben wird."

Das Mietverhältnis, das am 01.09.1999 beginnen sollte, wurde fest auf zehn Jahre abgeschlossen. Die vereinbarte monatliche Miete betrug 25.500,- DM, einschließlich 3.000,- DM Nebenkostenvorauszahlungen. Der Vertrag enthält unter anderem folgende weitere Regelungen:

"§ 9 Gewährleistung
9.1 Schadensersatzansprüche der Mieterin einschließlich solcher aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen und unerlaubter Handlung sind ausgeschlossen, es sei denn, sie beruhen:
a) auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Vermieterin oder ihrer Erfüllungsgehilfen;
b) auf der fahrlässigen Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht durch die Vermieterin oder ihrer Erfüllungsgehilfen.
[…]
9.3 Das Recht zur Minderung des Mietzinses gemäß § 537 I BGB *[a. F.]* ist von einer vorherigen Feststellung durch einen von der IHK zu benennenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen abhängig, es sei denn, die Vermieterin stimmt der geltend gemachten Minderung zu."
[…]
"§ 16 Sonstiges
16.1 Die beigefügte Hausordnung ist Bestandteil dieses Vertrages (Anlage 6).
[…]
16.5 Dem Vermieter ist während der Mietzeit nicht gestattet, in dem in der Präambel genannten Objekt (H.-Center) Sexshops oder andere Mieter zuzulassen, die ein negatives Image aufweisen."
[...]
Mit Vertrag vom 04./30.04.2000 mietete die Bekl. von der Vermieterin weitere Flächen im H.-Center zum Betrieb eines Bistros. In der Vorbemerkung des Vertrages heißt es unter anderem:
"Das Raumprogramm sowie die angestrebte Mieterstruktur ist nicht Vertragsgrundlage dieses Mietvertrages und stellt keine zugesicherte Eigenschaft für die vermietete Fläche dar."

Die monatliche Miete betrug einschließlich der Nebenkostenvorauszahlung von 800,- DM und der Mehrwertsteuer insgesamt 6.728,- DM. Da das H.-Center zum 01.09.1999 noch nicht fertig gestellt war, besprachen die Vertragsparteien eine Mietminderung für die Zeit bis einschließlich Dezember 1999. Der Kl. behauptet, man habe sich für Oktober 1999 auf eine geminderte Miete in Höhe von 15.080,- DM und für November und Dezember 1999 auf je 23.780,- DM geeinigt. Die Bekl. bestreitet eine solche Einigung. Die Bekl., die Minderung wegen Mängeln des Mietobjekts einwandte, holte im Einvernehmen mit der Vermieterin ein Gutachten des von der IHK öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen M. ein, das dieser unter dem 05.11.1999 erstattete. Unter Berücksichtigung unstreitiger Zahlungen der Bekl. in Höhe von insgesamt 169.140,- DM (= 86.479,91 €) fordert der Kl. für die Spielbank von der Bekl. Mietrückstände bis einschließlich Juli 2001. Für das Bistro zahlte die Bekl. die Miete zunächst in vollem Umfang, ab Januar 2001 jedoch lediglich 2.981,20 DM monatlich. Der Kl. verlangt für die Zeit bis Juli 2001 den vollen Unterschiedsbetrag in Höhe von 3.746,80 DM monatlich, insgesamt also 26.227,60 DM (= 13.409,96 €).
Das Landgericht verurteilte die Bekl. zur Zahlung von 96.055,18 € nebst gestaffelten Zinsen sowie zur Zahlung weiterer 3.843,69 € (richtig: 3.834,69 € = 7.500 DM) Zug um Zug gegen Erteilung der Nebenkostenabrechnung für die Spielbank für die Jahre 1999 und 2000. Die Berufung der Bekl. blieb im wesentlichen erfolglos. Abgesehen von der Berichtigung des Zug um Zug zu zahlenden Betrags auf 3.834,69 € (= 7.500

DM) setzte das Oberlandesgericht die vorbehaltlose Verurteilung der Bekl. lediglich wegen eines Rechenfehlers bei den Rückständen auf 95.697,27 € herab. Gegen die Verurteilung zur Zahlung dieses Betrages richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Bekl.

Aus den Gründen:
Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das Oberlandesgericht führt im wesentlichen aus:

I. Keine weitere Minderung der Miete für die Spielbank
Die für die Spielbank zu zahlende Miete sei über das von der Vermieterin zugestandene Maß hinaus nicht gemindert. Die Vermieterin habe für den Monat Oktober 1999 ca. 46 % und für die Folgemonate ca. je 8 % der Nettomiete an Minderung zugestanden. Eine höhere Minderung wegen der unstreitig durchgeführten Bauarbeiten sei nicht anzusetzen. Hierauf habe das Landgericht zutreffend hingewiesen. Dessen Ausführungen habe die Bekl. in der Berufungsinstanz nicht angegriffen. Die weiter von der Bekl. vorgetragenen Tatsachen zum Zustand des H.-Centers, die weitgehend unstreitig seien, rechtfertigten ebenfalls keine Minderung. Die qualitativen und quantitativen Abweichungen des Vermietungszustands von der in der Präambel des Mietvertrags aufgeführten Mieterstruktur stellten keinen Fehler im Sinne von § 537 I BGB a.F. dar. Denn das Ausbleiben der Vollvermietung und der Anmietung von Geschäftsräumen durch sämtliche in der Präambel des Mietvertrages aufgeführten Firmen beeinträchtigten die Tauglichkeit der gemieteten Räume zu dem vertraglich vereinbarten Betrieb einer Spielbank nicht unmittelbar. Deshalb sei auch die Vermietung von Gewerbeflächen an die T.-AG, die keinen Publikumsverkehr habe, kein Fehler im Sinne von § 537 I BGB a.F. [...] Keine Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des gemieteten Objekts begründeten weiterhin folgende Tatsachen:
[...]
Eine Minderung des Mietzinses für die Spielbank gemäß § 537 I 1, II BGB a.F. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft komme nicht in Betracht. Die von den Parteien in der Präambel des Vertrages gemachten Angaben stellten keine zusicherungsfähigen Eigenschaften des hier streitigen Mietobjekts dar. Im übrigen habe die Bekl. eine Zusicherung nicht schlüssig behauptet. Hierzu werde auf die zutreffenden Gründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Hervorzuheben sei, dass, wie auch das Landgericht ausgeführt habe, einer Präambel keine Rechtserheblichkeit zukomme. Sie lege lediglich die Zielrichtung des Vertrages dar. Aus der Stellung und der Bezeichnung im Vertrag sei augenscheinlich, dass die Angaben keine rechtliche Bindung entfalten sollten. Umstände, die eine hiervon abweichende Wertung zuließen, seien nicht ersichtlich. Dies gelte auch für die der Bekl. übergebenen Exposés, die inhaltlich der Präambel entsprochen hätten; sie stellten lediglich eine Anpreisung dar und enthielten keine rechtsverbindlichen Erklärungen.

II. Keine Minderung der Miete für das Bistro
Auch für das Bistro sei die Miete nicht herabzusetzen. Das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass eine Minderung nicht aus dem Umstand hergeleitet werden könne, dass der Kl. als Vermieter gegenüber der Bekl. eventuell die Erklärung schulde, auf sein Vermieterpfandrecht zu verzichten. Auch greife die Bekl. das Urteil insoweit nicht an.

III. Keine Störung der Geschäftsgrundlage
Schließlich könne eine Herabsetzung der Miete auch nicht auf die Grundsätze des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage gestützt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714) sei für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und Umstände gehe, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollten. Eine solche vertragliche Risikoverteilung schließe für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trage grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache. Dazu gehöre bei der gewerblichen Miete vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Die Parteien könnten allerdings die Risikoverteilung vertraglich ändern. Ob dies der Fall sei, sei durch Auslegung zu ermitteln. Im Ergebnis rechtfertige der Vertragsinhalt jedoch nicht die Annahme, die Parteien hätten eine Verlagerung des unternehmerischen Geschäftsrisikos von dem Mieter auf den Vermieter vereinbart. Dies könne vorliegend jedoch dahinstehen. Denn es fehle bereits an einer solchen erheblichen Störung der möglichen Geschäftsgrundlage, die eine Würdigung als Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertige. Vielmehr werde das H.-Center weiterhin von Einzelhandel und Unterhaltungsbetrieben gemischt genutzt. Dies zeige die gegenwärtig unstrittig vorhandene Belegung einzelner Geschäftsbereiche (erstes Obergeschoss: T.-AG, Bowlingbahn, Räume der Bekl.; Erdgeschoss: S.-Drogeriemarkt, Hotel, R.-Zierpflanzen, V.-Computerladen, T.-börse (Tabakwaren), Nagelstudio, Sonnenstudio, RE., B. & B. sowie eine Spielhalle, die demnächst schließe). Dem stehe nicht entgegen, dass die Kl. selbst konzeptwidrig Flächen an die T.-AG vermietet habe. Hierdurch werde der Gesamtcharakter des Centers nicht aufgehoben oder nachhaltig gestört. Vielmehr sei dadurch lediglich ein Leerstand verhindert worden. Abzustellen sei in

diesem Zusammenhang auch darauf, dass es entgegen dem Vortrag der Bekl. nur schwer vorstellbar sei, dass die Spielbank wesentliche Umsätze durch Laufkundschaft erziele. Der Besuch einer Spielbank erfolge in der Regel nicht spontan. Unter diesem Gesichtspunkt könne keine Abhängigkeit der Spielbank von den in der Präambel genannten Unternehmen, mit Ausnahme des - tatsächlich vorhandenen - Hotels, festgestellt werden. Entscheidend bleibe immer der generelle Standort und nicht dessen konkretes Umfeld. Eine Haftung der Vermieterin aus Verschulden bei Vertragsschluss, z.B. weil sie eventuell unter Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht schuldhaft unzutreffende Informationen über die Vermietung des Gesamtobjekts erteilt habe, bedürfe keiner näheren Untersuchung, denn die Bekl. fordere keinen Schadensersatz

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung und den Angriffen der Revision stand.

I. Abweichung von angekündigter Mieterstruktur kein Mangel der Mietsache

Die Revision macht zunächst geltend, dass die Nichteinhaltung der zugesagten Mieterstruktur durch die Vermieterin ebenso wie die Vermietung an die T.-AG und das Leerstehen sonstiger Flächen einen Fehler der Mietsache im Sinne von § 537 I BGB a.F. (§ 536 I BGB) darstellten. Denn diese Umstände seien geeignet, Passanten, somit auch potentielle Kunden der Bekl., überhaupt vom Besuch des Zentrums abzuhalten. Das Ambiente des Einkaufszentrums werde so gestaltet, dass potentiellen Kunden ein Besuch oder der Aufenthalt in dem Center von vornherein verleidet werde. Von ausschlaggebender Bedeutung sei, dass der Charakter, welcher dem Center als Einkaufs- und Unterhaltungszentrum zukommen sollte, nicht gewahrt sei und unter Berücksichtigung der Leerflächen und der weitgehenden Vermietung an T. auch nicht gewahrt werden könne.

Damit dringt die Revision nicht durch. Wie das BerGer. zu Recht ausgeführt hat, ist unter einem Mangel im Sinne von § 537 I BGB a.F. die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. So können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände - etwa die Behinderung des Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal - einen Fehler des Mietobjekts begründen. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (Senatsurteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 [1715] m.N.). Unter diesen Voraussetzungen liegt ein Mangel der vermieteten Räume nicht vor. Auch wenn man unterstellt, dass das H.-Center seinen Charakter als Einkaufs- und Vergnügungszentrum teilweise verloren hätte, läge nur eine mittelbare Beeinträchtigung der von der Bekl. gemieteten Räume vor. Auf ein Verschulden der Vermieterin kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Die gemieteten Räume können unabhängig vom Zustand des H.-Centers als Spielbank betrieben werden.

II. Auch keine Minderung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft

Die Revision macht weiter zu Unrecht geltend, dass die Bekl. den Mietzins unter dem Gesichtspunkt des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 537 II BGB a.F.; jetzt § 536 II BGB) mindern könne.

1. Präambel zwar rechtserheblich, hier aber nicht als Zusicherung auszulegen

Zu Recht rügt allerdings die Revision die Auffassung des BerGer., einer Präambel komme grundsätzlich keine Rechtserheblichkeit zu; sie lege lediglich die Zielrichtung des Vertrages dar und sei deshalb insbesondere für die Auslegung des Vertrages von Bedeutung. Es spricht nämlich nichts dagegen, dass Parteien in der Präambel eines zivilrechtlichen Vertrages verbindliche Zusicherungen abgeben können. Hiervon ist auch der Senat in seinem Urteil vom 26.05.2004 (XII ZR 149/02 - NZM 2004, 618) ausgegangen. Die vom Oberlandesgericht zur Unterstützung seiner Rechtsansicht herangezogene Definition (Creifelds, Rechtswörterbuch, 16. Aufl., Stichwort Präambel) bezieht sich auf völkerrechtliche Verträge. Hierfür mögen andere Grundsätze gelten. Allerdings hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen das BerGer. ausdrücklich Bezug nimmt, die Präambel des Vertrages unabhängig hiervon dahingehend ausgelegt, dass sie keine Zusicherung im Sinne von § 537 II BGB a.F. enthalte. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a. Vertragsauslegung Aufgabe des Tatrichters

Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint oder sogar näher liegt. Die tatrichterliche Auslegung kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten

Verfahrensfehler beruht (vgl. Senatsurteil vom 26.05.2004 aaO). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen; sie liegen auch nicht vor.

b. Anforderungen an eine Zusicherung i. S. d. § 537 II BGB a. F. (= § 536 II BGB n. F.)

Die Revision macht in diesem Zusammenhang geltend, das BerGer. habe rechtsfehlerhaft den Vortrag der Bekl. übergangen, dass die Präambel auf ihre ausdrückliche Forderung hin in den Mietvertrag aufgenommen worden sei, da ihr Geschäftsführer geäußert habe, er lege Wert auf ein attraktives Entertainment-Center, nur in einem solchen würde sich die Spielbank rentieren, es solle für die Besucher ein Erlebnis sein, das Center zu besuchen, hierfür sei eine Vermietung in gepflegter Atmosphäre Voraussetzung. Ein Rechtsfehler liegt jedoch nicht vor, weil, wie das Landgericht, auf das das Oberlandesgericht verweist, richtig ausführt, von einer Zusicherung nur dann ausgegangen werden kann, wenn der Zusichernde über allgemeine Anpreisungen und Beschreibungen der Mietsache hinaus bindend erklärt, die Gewähr für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zu übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen. Eine solche Erklärung aber hat die Vermieterin auch nach den Behauptungen der Bekl. nicht abgegeben. Das Landgericht konnte daher dem Umstand entscheidende Bedeutung beimessen, dass die detaillierte Gewährleistungsregelung im Vertrag dagegen spreche, dass die Vermieterin für das Vorhandensein der in der Präambel genannten Umstände rechtsverbindlich einstehen wollte. Deswegen konnte das Oberlandesgericht auch außer Acht lassen, dass in der Präambel des Vertrages über das Bistro ausdrücklich erklärt wurde, dass keine Zusicherungen erfolgen würden. Daraus ist nicht zu schließen, dass für die Spielbank etwas anderes gegolten habe. Letztlich versucht die Revision, ihre Auslegung an die Stelle der des BerGer. zu setzen. Das ist ihr aber verwehrt (vgl. Senatsurteil vom 26.05.2004 aaO).

2. Vollvermietung oder bestimmte Mieterstruktur keine zusicherungsfähigen Eigenschaften

Zu Recht ist das BerGer. darüber hinaus davon ausgegangen, dass die in der Präambel des Vertrages gemachten Angaben keine zusicherungsfähigen Eigenschaften des streitigen Mietobjekts darstellen. Als Eigenschaften im Sinne von § 537 II 1 BGB a.F. (§ 536 II BGB) kommen neben der physischen Beschaffenheit die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Mietgegenstands zu seiner Umwelt in Betracht, die für die Brauchbarkeit und den Wert des Mietobjekts von Bedeutung sind. Diese Beziehungen müssen jedoch ihren Grund in der Beschaffenheit des Mietobjekts selbst haben, von ihm ausgehen, ihm auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Mietsache liegen (Senatsurteil vom 16.02.2000 aaO, 1715). Nach diesem Maßstab aber scheidet die Vollvermietung des H.-Centers, seine Mieterstruktur und somit sein Charakter eines Einkaufs- und Vergnügungszentrums als zusicherungsfähige Eigenschaft der zum Betrieb einer Spielbank angemieteten Räume aus. Abgesehen davon kann bei dem vom Oberlandesgericht festgestellten Vermietungsumfang entsprechend der in der Präambel angegebenen Mieterstruktur nicht davon gesprochen werden, dass es sich beim H.-Center nicht mehr um ein Einkaufs- und Vergnügungszentrum handeln würde. Die Vermietung an die T.-AG erfolgte nur, um einen Leerstand zu vermeiden, der der Attraktivität des H.-Centers ebenso geschadet hätte.

III. Keine Herabsetzung der Miete wegen gestörter Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB n. F.)

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Miete sei, wenn die Gewährleistungsvorschriften nicht eingreifen sollten, nach den Grundsätzen des Fehlens bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage herabzusetzen.

1. Störung der Geschäftsgrundlage darf nicht in Risikobereich der betroffenen Partei fallen

Wie der Senat bereits in Bezug auf Einkaufszentren ausgeführt hat, ist für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 BGB) - hier etwa der beiderseitigen Vorstellung und sicheren Erwartung einer positiven Entwicklung des Einkaufszentrums aufgrund der darin vorgesehenen Mieterstruktur und der Vollvermietung - grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen.

a. Vertragsimmanente Risikozuweisungen bei Gewerberaummiete

Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters, das dieser nicht nachträglich auf den Vermieter verlagern kann. Diese im Gewerberaummietrecht angelegte Risikoverteilung ändert sich nicht dadurch, dass das vermietete Geschäft in einem Einkaufszentrum liegt und nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter erwartet, die notwendige geschäftsbelebende Funktion des Einkaufszentrums werde verwirklicht werden können. Wie auch in anderen Geschäftslagen fällt es in den

Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäftes in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei einem erst geplanten Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtprojekts mit entsprechenden negativen Folgen für das Einzelgeschäft. Allein der Umstand, dass auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projekts ausgeht, verlagert das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für das einzelne gemietete Geschäft in dem Einkaufszentrum nicht von dem Mieter auf den Vermieter. Dieser trägt seinerseits ohnehin das gesamte Vermietungsrisiko und damit die Gefahr, bei einem Scheitern des Projekts seine Investitionen zu verlieren (vgl. insbesondere Senatsurteil vom 19.07.2000 - XII ZR 176/98 - NJW-RR 2000, 1535 [1536]). Die Parteien können allerdings die Risikoverteilung ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Das hat das BerGer. hier dahingestellt sein lassen, weil es davon ausgeht, dass jedenfalls keine Störung der Geschäftsgrundlage vorliege.

b. Keine abweichende Risikoverteilung aufgrund Angaben in der Präambel

Die Revision ist hingegen der Ansicht, die Vermieterin habe das Geschäftsrisiko der Bekl. übernommen. Denn die Vertragsparteien hätten in der Präambel zum Ausdruck gebracht, dass ihre Willensbildung auf der gemeinsamen Vorstellung beruhe, es seien bereits genügend Mieter für das Betreiben des Einkaufszentrums gewonnen worden, die eine geeignete Mieterstruktur und damit eine Attraktivität des Einkaufs- und Vergnügungszentrums sichern würden, somit auch den funktionierenden Betrieb der Spielbank. Den konkreten Angaben der Vermieterin in der Präambel, die auf Veranlassung der Bekl. erfolgt seien, habe die Bekl. entnehmen können und müssen, dass die Vermieterin auch für die Realisierung des Konzepts ihr gegenüber einstehen wolle. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Es versteht sich von selbst, dass der Erbauer eines Einkaufszentrums von der Realisierbarkeit seines Objekts und einer weitgehenden Vollvermietung ausgeht, da er nur in diesem Falle seine Investitionen nicht verliert. Teilt er diese Überzeugung seinen potentiellen Mietern mit und legt er gleichzeitig den als sicher geglaubten Vermietungszustand dar, so übernimmt er nicht allein deswegen das Geschäftsrisiko des Mieters. Vielmehr bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien, die jedoch vorliegend von der Beklagten nicht behauptet wird.

2. Geschäftsgrundlage zudem nicht weggefallen oder gestört, da H.-Center nach wie vor in Betrieb

Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass die Vermieterin das Geschäftsrisiko der Bekl. übernommen hat, ist eine Herabsetzung des Mietzinses nicht gerechtfertigt. Vielmehr führt das BerGer. in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise aus, dass von einem Wegfall oder Fehlen der Geschäftsgrundlage noch nicht gesprochen werden kann, weil das H.-Center in dem hier maßgeblichen Zeitraum im Wesentlichen nach wie vor vom Einzelhandel und von Unterhaltungsbetrieben gemischt genutzt werde. Dies zeigt die unstrittig vorhandene Belegung der Geschäftsflächen. Die konzeptwidrige Vermietung an die T.-AG steht dem nicht entgegen, weil dadurch weder der Gesamtcharakter des Centers aufgehoben noch nachhaltig gestört ist. Die genannte Vermietung hat einen Leerstand verhindert, der dem Gesamteindruck mindestens ebenso abträglich gewesen wäre. Auch in diesem Falle wäre die “Mall” eingeschränkt gewesen. Schließlich konnte das Oberlandesgericht auch ohne Rechtsfehler darauf abstellen, dass es nur schwer vorstellbar sei, dass die Spielbank wesentliche Umsätze durch Laufkundschaft erzielt und für ihren Betrieb vor allen anderen das Hotel, das noch besteht, wichtig ist. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 144 ZPO bedurfte es hierzu nicht, zumal die Revision selbst vorträgt, dass sich das Angebot der von der Bekl. betriebenen Spielbank - anders als Spielotheken oder sonstige Vergnügungszentren - besonders an zahlungskräftige Kunden richte, die auf eine seriöse, diskrete, sichere und niveauvolle Einrichtung “zum Aufenthalt in gehobener Klasse” Wert lege.

IV. Keine Herabsetzung der Miete wegen nicht eingehaltener Garantie einer Vollvermietung

Damit scheidet auch aus, dass die Bekl. eine Anpassung des Mietzinses wegen einer Garantiezusage bzw. einer Garantieerklärung der Vermieterin auf Sicherstellung einer dauerhaften oder jedenfalls langfristigen Vollvermietung verlangen kann (vgl. hierzu Senatsurteil vom 16.02.2000 aaO, 1718). Im Übrigen kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte in der Präambel eine Vollvermietung zugesagt oder garantiert hätte.

V. Kein Anspruch auf Herabsetzung der Miete aus c.i.c. (§§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB n. F.)

Im Gegensatz zur Meinung der Revision kann die Bekl. auch nicht nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (jetzt § 311 II BGB) eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Zwar scheitert dies entgegen den Ausführungen des BerGer. nicht schon daran, dass die Bekl. in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich Schadensersatz verlangt hat. Vielmehr genügte es, dass sie eine Herabsetzung des Mietzinses forderte, was gegebenenfalls auch die Folge eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss sein kann (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 64. Aufl. § 311 Rz. 59 m.N.). Voraussetzung eines solchen Anspruchs wäre jedoch, dass die Vermieterin die Bekl. über die Vollvermietung

oder sonstige erhebliche Umstände vorsätzlich oder, im Hinblick auf § 9 I des Mietvertrages, grob fahrlässig falsch unterrichtet hätte. Hierzu fehlt es jedoch an entsprechendem Vortrag der Bekl. in den Vorinstanzen.

VI. Mietminderung auch aufgrund der weiteren gerügten Mängel nicht gegeben

Schließlich hat das BerGer. entgegen den Ausführungen der Revision das Vorliegen der weiter von der Bekl. gerügten Mängel rechtsfehlerfrei verneint: *[...]*

VII. Hinsichtlich Bistro keine Minderung wegen fehlenden Verzichts auf Vermieterpfandrecht

Hinsichtlich des Bistros wird von der Revision zu Recht hingenommen, dass der Bekl. eine Minderung der Miete nicht deswegen zugestanden werden kann, weil der Kl. keinen schriftlichen Verzicht auf sein Vermieterpfandrecht abgibt. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, das der Bekl. wegen der Nichtabgabe der Erklärung möglicherweise zustehen könnte, hat sie in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht. Das Gegenteil folgt, entgegen der Meinung der Revision, nicht schon daraus, dass sie sich auf das Fehlen der Erklärung berufen hat. Denn die Bekl. wollte die volle Miete nicht erst nach Vorlage der Verzichtserklärung, sondern überhaupt nicht zahlen.

Standort: Deliktsrecht Problem: Mitverantwortlichkeit des Geschädigten

BGH, URTEIL VOM 13.12.2005
VI ZR 68/04 (NJW 2006, 896)

Problemdarstellung:

Die klagende Sozialversicherungsträgerin machte hier aus gem. § 116 I SGB X übergegangenem Recht einen Anspruch auf Ersatz von Behandlungskosten geltend, nachdem ihre Versicherte durch einen Verkehrsunfall auf der Autobahn A 29 schwerste Verletzungen erlitten hatte. Der PKW der Versicherten war bei schlechten Witterungsverhältnissen auf dem rechten Seitenstreifen zum Stehen gekommen. Ein herannahender Bundeswehr-LKW war beim Passieren der Unfallstelle auf die linke Fahrspur ausgewichen. Hier kollidierte er mit einem LKW, der trotz des schlechten Wetters und der Warnsignale (Warndreieck, Warnblinkanlage) zum Überholen angesetzt hatte. Der Anhänger des überholenden LKW wurde nach rechts geschleudert und erfasste dort die Versicherte.

Der BGH hatte sich hier mit der Frage auseinanderzusetzen, wie das Verhältnis der einzelnen Ersatzpflichtigen (Halter des überholenden LKW, dessen Fahrzeugführer, Haftpflichtversicherer, Halterin des Bundeswehr-LKW) zueinander auszugestalten ist und welche Rolle das auf Seiten der Versicherten im Unfallereignis ebenfalls verwirklichte Betriebsrisiko ihres PKW spielt.

Der erkennende Senat stellte zunächst klar, dass alle für den Schaden der Versicherten Verantwortlichen gem. § 840 I BGB gesamtschuldnerisch haften - unabhängig davon, ob ihre Einstandspflicht auf Verschuldens- oder ggfs. "nur" auf Gefährdungshaftung beruht (für den Haftpflichtversicherer beachte § 3 Nr. 2 PflVG). Ein Mitverschulden oder - wie hier - eine auf Seiten des Geschädigten mitwirkende Betriebsgefahr ist sodann allerdings zunächst in ein Verhältnis zum Verursachungsbeitrag des jeweils einzelnen Verantwortlichen zu setzen (Einzelabwägung). Sodann ist sicherzustellen, dass der Geschädigte bei Inanspruchnahme aller Schädiger, d. h. auch desjenigen, demgegenüber sein Mitverursachungsbeitrag am geringsten wiegt, nicht mehr verlangen kann, als dies angesichts seines Mitverursachungsbeitrags insgesamt gerechtfertigt ist (Gesamtabwägung).

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung betrifft zunächst die Berücksichtigung der auf Seiten eines Unfallgeschädigten, der seinerseits mit einem KfZ unfallbeteiligt war, mitwirkenden Betriebsgefahr. Hier ist auf jeden Fall der Kardinalfehler zu vermeiden, von der scheinbar eindeutigen Regelung des § 9 StVG ausgehend ein Mitverschulden des Geschädigten i. S. d. § 254 BGB zu prüfen. War auf seiner Seite die Betriebsgefahr eines KFZ mitursächlich, so bedarf es vielmehr einer Abwägung dieser Betriebsgefahr mit dem Verursachungsbeitrag des Schädigers nach Maßgabe des § 17 II, III i. V. m. Abs. I StVG (bei Beteiligung des Fahrzeugführers zusätzlich i. V. m. § 18 III StVG). Umstände, die einen Mitverschuldensvorwurf begründen könnten, sind hier als die Bedeutung der Betriebsgefahr für das Unfallereignis erhöhende Faktoren zu berücksichtigen.

Weiter fördert die Entscheidung das Verständnis der Gesamtschuld i. S. d. §§ 421 ff BGB. Dass aufgrund des Mitverursachungsbeitrags des Geschädigten zunächst gegenüber jedem einzelnen Gesamtschuldner eine Kürzungsquote festzulegen ist, entspricht dem Grundsatz der Einzelwirkung gem. § 425 BGB. Zusätzlich fordert der BGH im Urteil jedoch die Festlegung einer Gesamthaftungsquote, welche die Haftung der Verantwortlichen insgesamt auf einen dem Verursachungsbeitrag des Geschädigten entsprechenden Betrag begrenzt.

Vertiefungshinweise:

❑ Anrechnung der Betriebsgefahr eines KfZ gegen-

über einem unfallverursachenden Inlineskater: *LG Bielefeld*, RA 2004, 542 = NJW 2004, 2245

❑ Weite Auslegung des Merkmals "bei Betrieb" i. S. d. § 7 I StVG: *BGH*, RA 2005, 521 = NJW 2005, 2081

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das verhängnisvolle Skateboard"

❑ *Assessorkurs:* "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze:

Nimmt der Geschädigte mehrere Nebentäter in Anspruch, so ist seine Mitverantwortung gegenüber jedem der Schädiger gesondert nach § 254 BGB (§ 17 StVG) abzuwägen (Einzelabwägung). Zusammen haben die Schädiger jedoch nicht mehr als den Betrag aufzubringen, der bei einer Gesamtschau des Unfallgeschehens dem Anteil der Verantwortung entspricht, die sie im Verhältnis zur Mitverantwortung des Geschädigten insgesamt tragen (Gesamtabwägung). Die aus der Gesamtschau zu gewinnende Schadensquote ist stets zu ermitteln, wenn der Geschädigte gegen mehrere Schädiger gleichzeitig vorgeht oder wenn sich nach der Inanspruchnahme eines Schädigers die Frage stellt, was die übrigen Schädiger noch aufzubringen haben.

Sachverhalt:

Die Kl., ein Sozialversicherungsträger, verlangt von den Bekl. unter Berufung auf einen Anspruchsübergang nach § 116 I SGB X Erstattung ihrer Aufwendungen für die bei ihr versicherte U. M. (künftig: die Versicherte), die am 15.09.1998 bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt worden ist.

Nachdem die am Revisionsverfahren nicht mehr beteiligte Bekl. zu 5, gegen die die Klage im vorliegenden Rechtsstreit rechtskräftig abgewiesen worden ist, auf der BAB 29 auf das Fahrzeug der Versicherten aufgefahren war und dieses dabei beschädigt worden ist, stellte deren Onkel, der zum Unfallzeitpunkt den Pkw führte, diesen auf dem rechten Standstreifen ab. Die Versicherte war Beifahrerin. Die Unfallstelle wurde durch die unbeteiligte Zeugin W. durch ein im Abstand von mindestens 100 m zur Unfallstelle aufgestelltes Warndreieck und ein Fahrzeug mit eingeschalteter Warnblinkanlage abgesichert. Zur Unfallzeit herrschten Nieselregen und schlechte Sicht. Etwa zehn Minuten nach dem Auffahrunfall hielten sich die Versicherte und ihr Onkel auf dem Standstreifen auf. Kurz darauf näherte sich der von einem Fahrschüler gesteuerte Bundeswehr-LKW der Bekl. zu 4 auf der rechten Fahrspur. Der Fahrer verringerte wegen des Unfallgeschehens seine Geschwindigkeit und zog den LKW innerhalb der Fahrspur nach links zur Mittellinie. Auf derselben Fahrspur folgte dem Bundeswehr-LKW der Bekl. zu 1, der als bei der Bekl. zu 2 beschäftigter Berufskraftfahrer deren LKW Scania führte. Der LKW Scania ist bei der Bekl. zu 3 haftpflichtversichert. Der Bekl. zu 1 fuhr mit einer Geschwindigkeit von mindestens 80 km/h und setzte, als das Fahrzeug der Bekl. zu 4 langsamer wurde, zum Überholen an. In diesem Augenblick zog der neben dem Fahrschüler sitzende Fahrlehrer den Bundeswehr-LKW nach links auf den linken Fahrstreifen, um der Versicherten oder ihrem Onkel auszuweichen, die sich außerhalb des verunfallten PKW bewegten. Der Bekl. zu 1, der bereits auf den linken Fahrstreifen gewechselt war, fuhr auf den Bundeswehr-LKW auf. Der Anhänger des LKW Scania wurde dadurch nach rechts geschleudert und erfasste die Versicherte und ihren Onkel. Die Kl. begehrt von den Bekl. als Gesamtschuldnern Ersatz ihrer in Höhe von 46.151,17 € bezifferten Aufwendungen für die Versicherte sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für künftige Aufwendungen, soweit die Voraussetzungen der §§ 116, 119 SGB X gegeben sind.

Das Landgericht hat den Klageanspruch durch Grund- und Teilurteil gegen die Bekl. zu 1 bis 3 als Gesamtschuldner zu 45 % sowie gegen die Bekl. zu 4 zu 30 % dem Grunde nach für gerechtfertigt erkannt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Unter Zurückweisung der Berufungen der Kl. und der Bekl. zu 1 bis 3 hat das Oberlandesgericht auf die Anschlussberufung der Bekl. zu 4 deren Verpflichtung dem Grunde nach auf "weitere" 20 % reduziert. Mit der vom Senat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Kl. hinsichtlich der Haftungsanteile der Bekl. zu 1 bis 4 zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre Ansprüche gegenüber den Bekl. zu 1 bis 4 in vollem Umfang weiter. Die Bekl. zu 1 bis 3 haben sich der Revision mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist, angeschlossen.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, der Klageanspruch sei dem Grunde nach gegen die gesamtschuldnerisch haftenden Bekl. zu 1 bis 3 zu 45 % und gegen die Bekl. zu 4 zu weiteren 20 % gerechtfertigt. Der Unfall stelle für die Bekl. zu 1 bis 4 kein unabwendbares Ereignis im Sinne der §§ 7 II, 18 I 2 StVG a.F. dar. Hinsichtlich der Haftung der Bekl. zu 1 bis 3 sei von einer höheren Betriebsgefahr des LKW nebst Anhänger als bei einem PKW auszugehen. Hinzu kämen als weitere unfallursächliche, die Betriebsgefahr erhöhende Umstände das Verschulden des Bekl. zu 1, der mit 80 km/h trotz schlechter Sicht und nasser Fahrbahn in jedem Fall zu schnell gefahren sei. Darüber hinaus habe der Bekl. zu 1 entgegen § 5 III StVO bei unklarer Verkehrslage zum Überholen angesetzt, wenn er die haltenden Fahrzeuge, Warnblinker und Warndreieck wahrgenommen habe. Habe er diese nicht wahrgenommen, spreche dies für das Unterschreiten des gemäß § 4 III StVO vorgeschriebenen Mindestabstandes von 50 m. Alternativ

habe der Bekl. zu 1 den Unfall durch allgemeine Unaufmerksamkeit (§ 1 II StVO) oder unangepasste Geschwindigkeit (§§ 3 I, 18 V Nr. 1 StVO) verursacht und verschuldet. Die Gesamtschuld der Bekl. zu 1 und 2 folge aus §§ 7, 18 StVG, 840 BGB, die der Bekl. zu 2 und 3 aus § 3 Nr. 2 PflVG. Die Bekl. zu 4 hafte lediglich aus § 7 I StVG für die Betriebsgefahr des Bundeswehr-LKW. Ein kausales Verschulden des Fahrschülers oder des Fahrlehrers sei nicht festzustellen. Eine überhöhte Ausgangsgeschwindigkeit von 80 km/h sei jedenfalls nicht unfallursächlich gewesen, weil der Fahrschüler die Geschwindigkeit bei Erkennen der Gefahrenlage reduziert habe. Für den Unfall sei nur das Ausweichen auf den linken Fahrstreifen kausal geworden, das jedoch unter den gegebenen Umständen zur Vermeidung schwerer Schäden gerechtfertigt gewesen sei. Die Kl. müsse sich die Betriebsgefahr des PKW ihrer Versicherten zurechnen lassen. Diese sei durch deren Verschulden und das ihres Onkels erhöht, weil beide nach dem Abstellen des Fahrzeugs ausgestiegen seien, sich auf dem rechten Standstreifen aufgehalten und damit gegen § 18 IX StVO verstoßen hätten. Die Geschädigte habe auch gegen § 14 I StVO verstoßen, weil sie trotz Herannahens des LKW und schlechter Sicht auf der Fahrerseite ausgestiegen sei. Ein etwaiger Anspruch der Versicherten gegen ihren Onkel mindere die Haftung der Bekl. gegenüber der Kl. wegen § 116 VI SGB X nicht, da eine häusliche Gemeinschaft zwischen den beiden Verwandten nicht vorgetragen worden sei. Bei Abwägung der Anteile an der Verursachung des Unfalls sei die Betriebsgefahr des PKW der Versicherten, die eigentlich nur mit 15 % zu bemessen sei, wegen der genannten Umstände auf 35 % erhöht. Die Bekl. zu 4 hafte wegen der Betriebsgefahr des Bundeswehr-LKW in Höhe von 20 %. Der Haftungsanteil der Bekl. zu 1 bis 3 betrage 45 %.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diesen Ausführungen des BerGer. kann nicht in allen Punkten gefolgt werden. Auch sind die ihnen zugrunde liegenden Tatsachen teilweise nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, was von Revision und Anschlussrevision gerügt wird.

I. Entscheidung auf die Revision der Kl.

Die Revision der Klägerin:

1. Gesamtschuldnerische Haftung aller Bekl.

Mit seiner Formulierung, dass die Klage gegen die gesamtschuldnerisch haftenden Bekl. zu 1 bis 3 zu 45 % und daneben gegen die Bekl. zu 4 zu weiteren 20 % gerechtfertigt sei, hat das BerGer. verkannt, dass richtigerweise die Bekl. zu 1 bis 4 als Gesamtschuldner anzusehen sind.

a. Haftungseinheit aus Halter, Fahrer und Versicherer

Sind mehrere nebeneinander für einen Schaden verantwortlich, besteht trotz der gegebenenfalls der Höhe nach unterschiedlichen Haftungsverpflichtungen zwischen den einzelnen Schädigern eine Gesamtschuld gegenüber dem Geschädigten nach § 840 I BGB (vgl. BGHZ 17, 214). Dies gilt auch, wenn sich die Haftung einzelner oder sämtlicher Schädiger nur aus Gefährdungshaftung ergibt (vgl. Senatsurteile BGHZ 30, 203 [206, 208] und vom 18.01.1957 - VI ZR 303/55 - LM Nr. 5 zu § 840 BGB). Im vorliegenden Fall besteht zwischen den Bekl. zu 1 bis 3 und der Bekl. zu 4 nach § 840 I BGB ein Gesamtschuldverhältnis. In diesem Gesamtschuldverhältnis bilden die Bekl. zu 1 und 2 eine Haftungseinheit, an der die Bekl. zu 3 nach § 3 Nr. 1 und 2 PflVG teilnimmt. Für Fahrer und Halter desselben Kraftfahrzeuges ist der Haftungsanteil gemäß §§ 17 I, 18 III StVG a.F. jeweils unter Zugrundelegung des gemeinsamen Ursachenbeitrags zu ermitteln (vgl. Senatsurteil vom 26.04.1966 - VI ZR 221/64 - VersR 1966, 664 [665]; Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 38. Aufl., § 17 StVG, Rz. 4; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 3. Aufl., § 18 StVG, Rz. 30). Für die Gesamtschau neben weiteren Schädigern und Geschädigten sind sie wie ein Schädiger zu behandeln (vgl. Staudinger/Vieweg, BGB, Bearb. 2002, § 840, Rz. 46). An dieser Haftungseinheit nimmt der Haftpflichtversicherer des Fahrzeugs wegen des sich aus § 3 Nr. 1 und 2 PflVG ergebenden Schuldbeitritts teil (vgl. dazu Senat BGHZ 57, 265 [269 f.]). Dementsprechend entfällt im Ausgleich zwischen den Schädigern auf Fahrer, Halter und Haftpflichtversicherer desselben Fahrzeugs auch dieselbe Quote (vgl. Senatsurteil vom 26.04.1966 - VI ZR 221/64 - aaO).

b. Einzel- und Gesamtabwägung bei Mitverantwortlichkeit ggü. mehreren Schädigern

Nach § 840 I BGB besteht zwar grundsätzlich im Außenverhältnis mehrerer Schädiger zum Geschädigten die volle Haftung des jeweiligen Schädigers, ohne dass ein Schädiger auf den Tatbeitrag des anderen verweisen kann. Lediglich im Innenverhältnis ist zwischen den Gesamtschuldnern nach § 426 I BGB die Last des Schadens nach den Anteilen an dessen Herbeiführung aufzuteilen. Das bereitet keine Schwierigkeiten, wenn alle Nebentäter für den vollen Schaden haften, denn dann ist die für die Gesamtschuld charakteristische Situation gegeben, dass durch die Leistung eines Schuldners das volle Gläubigerinteresse befriedigt wird. Trifft hingegen - wie im Streitfall - auch den Geschädigten ein Mitverschuldensvorwurf und führt die Abwägung nach § 254 BGB oder § 17 StVG dazu, dass die Ersatzansprüche, die dem Verletzten gegen mehrere Nebentäter zustehen, zu mindern sind, so ist das Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem Abwägungsprinzip des § 254 BGB bzw. des § 17 I 2 StVG a.F. in Einklang zu bringen, indem die Einzelabwägungen zwischen dem Geschädigten und den jeweiligen Schädigern mit einer aus der Gesamtschau gewonnenen So-

lidarabwägung im Sinne einer Gesamtabwägung verknüpft werden (vgl. Senat BGHZ 30, 203 [211 f.]; ebenso BGHZ 61, 351 [354]). In einem solchen Fall umfasst die Gesamtschuld nicht den gesamten Schaden. Soweit der Geschädigte seinen Verantwortungsanteil selbst zu tragen hat, kann der jeweilige Schädiger dem Geschädigten dessen Mithaftungsquote entgegenhalten. Diese bemisst sich nach dem Verhältnis der beiden Tatanteile unter Ausklammerung der übrigen Schädiger. Dabei haftet jeder Schädiger bis zu dem Betrag (Einzelquote), der dem jeweiligen Verhältnis seiner eigenen Verantwortung im Vergleich zur Mitverantwortung des Geschädigten entspricht (Einzelabwägung); insgesamt kann der Geschädigte von allen Schädigern jedoch nicht mehr fordern als den Anteil an dem zu ersetzenden Schaden (Gesamtquote), der im Wege einer Gesamtschau des Schadensereignisses den zusammenaddierten Verantwortungsanteilen sämtlicher Schädiger im Verhältnis zur Mitverantwortung des Geschädigten entspricht (Gesamtabwägung; vgl. Senat BGHZ 30, 203 [211 f.] nebst Berechnungsbeispiel; Senatsurteil vom 14.07.1964 - VI ZR 106/63 - VersR 1964, 1053 [1055]; ebenso BGHZ 61, 351 [354]; BGH, Urteil vom 05.12.1974 - II ZR 56/73 - VersR 1975, 255 [257]; Staudinger/Vieweg, aaO, § 840, Rz. 45 nebst Beispielen in Rz. 34 unter (3); MünchKomm/Wagner, BGB, 4. Aufl., § 840 BGB, Rz. 23 ff.; Geigel/Rixecker, Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl., 2. Kap., Rz. 25; vgl. auch Steffen, DAR 1990, 41 ff. [42]; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., § 10 XIII 3 c m.w.N.; Soergel/Zeuner, BGB, 12. Aufl., § 840, Rz. 17; Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl., § 840, Rz. 6; Greger, aaO, § 9 StVG, Rz. 114; Keuk, AcP 168 (1968), 175, 205 f.). Diese aus der Gesamtschau zu gewinnende Schadensquote ist stets zu ermitteln, wenn der Geschädigte gegen mehrere Schädiger gleichzeitig vorgeht oder wenn sich nach der Inanspruchnahme eines Schädigers die Frage stellt, was die übrigen Schädiger noch aufzubringen haben.

c. Widersprüchliche Haftungsquoten und Fehlen einer Gesamthaftungsquote im Urteil des BerGer.

Unter Außerachtlassung dieser aufgezeigten rechtlichen Grundsätze hat das BerGer. verkannt, dass das die Haftung reduzierende Mitverschulden des Geschädigten der Annahme einer Gesamtschuld zwischen den Nebentätern nicht zwingend entgegensteht, und hat deshalb die Mitverschuldensquote der Versicherten im Verhältnis zu den Bekl. zu 1 bis 3 einerseits und der Beklagten zu 4 andererseits einheitlich mit 35 % festgesetzt. Bei Zugrundelegung der vom BerGer. angenommenen Haftungsquote der Bekl. zu 4 von 20 % und der Bekl. zu 1 bis 3 von 45 % betrüge aber der Mitverschuldensanteil der Klägerin 80 % gegenüber der Bekl. zu 4 und 55 % gegenüber den Bekl. zu 1 bis 3. Auch lässt die Abwägung der Unfallbeiträge der jeweiligen Schädiger durch das BerGer. die für die Schadensverteilung erforderliche Gesamtschau auf das gesamte Unfallgeschehen und die Bildung einer sich daraus ergebenden Gesamtquote der Haftung der Bekl. vermissen. Im Urteil ist zum Ausdruck zu bringen, welchen Betrag oder Anteil die einzelnen Schädiger - entsprechend ihrer Einzelquote - zu leisten haben. Desweiteren sind diese Verpflichtungen auf einen der Gesamthaftungsquote entsprechenden Betrag oder Anteil zu begrenzen (vgl. dazu Senat BGHZ 30, 203 [213]; BGH, Urteil vom 29.06.1959 - II ZR 3/58 - VersR 1959, 608 [609, 613 unter III]).

2. Betriebsgefahr des Bundeswehr-LKW durch BerGer. zu gering bewertet

Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet auch die Bewertung der Betriebsgefahr des LKW der Bekl. zu 4 im Verhältnis zum PKW der Versicherten der Kl. Das rügt die Revision zu Recht.

a. Abwägung des Tatrichters nach § 17 StVG nur eingeschränkt revisionsrechtlich nachprüfbar

Die Entscheidung über eine Haftungsverteilung im Rahmen des § 254 BGB oder des § 17 StVG ist zwar grundsätzlich Sache des Tatrichters und im Revisionsverfahren nur darauf zu überprüfen, ob alle in Betracht kommenden Umstände vollständig und richtig berücksichtigt und der Abwägung rechtlich zulässige Erwägungen zugrunde gelegt worden sind (vgl. Senatsurteile vom 12.07.1988 - VI ZR 283/87 - VersR 1988, 1238 f.; vom 05.03.2002 - VI ZR 398/00 - VersR 2002, 613 [615 f.]; vom 25.03.2003 - VI ZR 161/02 - VersR 2003, 783 [785] jeweils m.w.N.; BGH, Urteile vom 20.07.1999 - X ZR 139/96 - NJW 2000, 217 [219] m.w.N. und vom 14.09.1999 - X ZR 89/97 - NJW 2000, 280 [281 f.]). Die Abwägung ist aufgrund aller festgestellten Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. In erster Linie ist hierbei nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung das Maß der Verursachung von Belang, in dem die Beteiligten zur Schadensentstehung beigetragen haben; das beiderseitige Verschulden ist nur ein Faktor der Abwägung (Senatsurteil vom 20.01.1998 - VI ZR 59/97 - VersR 1998, 474 [475] m.w.N.).

b. Vortrag der Kl. zu überhöhter Geschwindigkeit des Bundeswehr-LKW übergangen

Mit Recht rügt die Revision aber in diesem Zusammenhang, dass die Abwägung des BerGer. hinsichtlich der Bekl. zu 4 auf verfahrensfehlerhaft festgestellten Tatsachen beruht. Die zugrunde gelegte Feststellung, die Insassen des Bundeswehr-LKW treffe kein für den Verkehrsunfall kausales Verschulden, weil der Fahrschüler bei Erkennen der Gefahrenlage die überhöhte Ausgangsgeschwindigkeit von 80 km/h angemessen reduziert habe, hat das BerGer. in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise unter Außerachtlassung entscheidungserheblichen, unter Beweis gestellten Vortrags der

Kl. getroffen. Die Kl. hat bereits in erster Instanz vorgetragen, dass angesichts der durch Regen eingeschränkten Sicht allenfalls eine Ausgangsgeschwindigkeit von 60 km/h für den Bundeswehr-LKW angemessen gewesen sei. Bei einer solchen angepassten Geschwindigkeit hätte das Fahrzeug gefahrlos und rechtzeitig vor der späteren Unfallstelle zum Stillstand gebracht werden können. Zum Beweis dafür hat die Kl. die Einholung eines unfallanalytischen Gutachtens beantragt. In ihrer Berufungsbegründung hat sie diesen Vortrag wiederholt. Danach durfte das BerGer. nicht ohne Nachweis hinreichender eigener Sachkunde ein unfallursächliches Verschulden des LKW-Fahrers verneinen. Da sich ein Verschulden des Fahrzeugführers in jedem Fall betriebsgefahrerhöhend auswirkt, kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung die Abwägung der Verursachungsanteile im Rahmen des § 17 I 2 StVG a.F. zu Lasten der Kl. ausgegangen ist.

II. Entscheidung auf die Anschlussrevision der Bekl. zu 1 bis 3

Die Anschlussrevision der Bekl. zu 1 bis 3:

1. Unfall kein unabwendbares Ereignis für Bekl. zu 1

Entgegen der Rügen der Anschlussrevision begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das BerGer. ohne Einholung eines unfallanalytischen Gutachtens zur Erkennbarkeit des Erstunfalls für den Bekl. zu 1 die Unabwendbarkeit des Unfalls im Sinne des § 7 II StVG a.F. verneint und dem Bekl. zu 1 eine schuldhafte Mitverursachung angelastet hat. Die Bekl. zu 1 bis 3, die für die Unabwendbarkeit des Unfallgeschehens darlegungs- und beweispflichtig sind, haben keine konkreten Tatsachen vorgetragen, deren Berücksichtigung eine andere Bewertung der Beteiligung des Bekl. zu 1 gerechtfertigt erscheinen ließe.

a. Anforderungen an den "Idealkraftfahrer"

Der Fahrer, der mit Erfolg die Unabwendbarkeit des Unfalls geltend machen will, muss sich wie ein "Idealfahrer" verhalten haben (vgl. Senatsurteile vom 28.05.1985 - VI ZR 258/83 - VersR 1985, 864 und vom 17.02.1987 - VI ZR 75/86 - VersR 1987, 1034 [1035]; vgl. ferner BGH, Urteil vom 21.02.1985 - III ZR 205/83 - NJW 1985, 1950 [1951] m.w.N.). Denn die Haftung aus § 7 StVG ist nicht wie die Haftung aus § 823 BGB Haftung aus Verhaltensunrecht, sondern sie bezweckt den Ausgleich von Schäden aus den Gefahren auch eines zulässigen Kraftfahrzeugbetriebs. § 7 II StVG a.F. stellt deshalb nicht einem verkehrswidrigen Verhalten das im Straßenverkehr vom Kraftfahrer zu verlangende gegenüber, sondern sein Maßstab hat die Gefahren aus dem Betrieb des Kraftfahrzeugs, für die die Gefährdungshaftung eintreten soll, auszugrenzen gegenüber fremden Gefahrenkreisen, für die, wenn sie sich im Schadensereignis aktualisieren, die Gefährdungshaftung nach ihrem Sinn und Zweck nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Dabei darf sich die Prüfung aber nicht auf die Frage beschränken, ob der Fahrer in der konkreten Gefahrensituation wie ein "Idealfahrer" reagiert hat, vielmehr ist sie auf die weitere Frage zu erstrecken, ob ein "Idealfahrer" überhaupt in eine solche Gefahrenlage geraten wäre, denn der sich aus einer abwendbaren Gefahrenlage entwickelnde Unfall wird nicht dadurch unabwendbar, dass sich der Fahrer in der Gefahr nunmehr (zu spät) "ideal" verhält (vgl. Krumme/Steffen, StVG, 1977, § 7 Rz. 25). Damit verlangt § 7 II StVG a.F., dass der "Idealfahrer" in seiner Fahrweise auch die Erkenntnisse berücksichtigt, die nach allgemeiner Erfahrung geeignet sind, Gefahrensituationen nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. Senat BGHZ 117, 337 [340 ff]).

b. Überholmanöver des Bekl. zu 1 entsprach in keinem Fall dem Verhalten des Idealkraftfahrers

Nach den insoweit nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des BerGer. hat der Bekl. zu 1 in jedem Fall bemerkt, dass der Bundeswehr-LKW langsamer wurde, weshalb eine Verkehrsstörung nahe lag, die er bei verkehrsgerechtem Verhalten sogar hätte wahrnehmen müssen. Trotzdem setzte er zum Überholen an, wodurch es in der Folge zur Kollision kam. Es liegt auf der Hand, dass er bei dieser Fahrweise nicht alle möglichen Gefahrenmomente wie ein "Idealfahrer" berücksichtigt hat. Revisionsrechtlich auch nicht zu beanstanden ist die Auffassung des BerGer., dass den Bekl. zu 1 ein Verschuldensvorwurf trifft, weil er entweder mit einer den Witterungs- und Fahrbahnverhältnissen nicht angepassten zu hohen Geschwindigkeit gefahren sei und bei Wahrnehmung der Warnzeichen trotz unklarer Verkehrslage zum Überholen angesetzt habe oder - falls er die Warnzeichen nicht bemerkt habe - den gemäß § 4 III StVO vorgeschriebenen Abstand nicht eingehalten oder infolge Unaufmerksamkeit den Unfall verschuldet habe. Das BerGer. war auch nicht gehalten, die von der Revision aufgestellte weitere theoretische Sachverhaltsvariante, dass sich die Geschwindigkeit des Bundeswehr-LKW ohne Aufleuchten der Bremsleuchten verringert habe und der Bekl. zu 1 aufgrund des so verkürzten Blickfelds die Warnzeichen nicht habe wahrnehmen können, in seine Überprüfung einzubeziehen. Diese Sachverhaltsalternative ist von keiner Partei in den Tatsacheninstanzen vorgetragen worden.

c. Berechtigte Annahme überhöhter Geschwindigkeit des Bekl. zu 1 durch das BerGer.

Im Ergebnis zutreffend hat das BerGer. für die Haftung aus § 823 BGB bzw. § 831 BGB sowie die Bemessung der Haftungsanteile nach §§ 17 I 2, 18 III StVG a.F. ein Verschulden des Bekl. zu 1 wegen des Fahrens mit zu hoher Geschwindigkeit bejaht.

aa. Grundsatz des "Fahrens auf Sicht" schränkt zulässige Höchstgeschwindigkeit ein

Zwar ist die Auffassung des BerGer., § 18 V StVO gestatte, dass LKW mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 3,5 t auf Autobahnen "nur" unter günstigsten Bedingungen mit einer Geschwindigkeit von 80 km/h fahren dürften, zu eng. Denn § 18 V StVO bestimmt lediglich, dass "auch" unter günstigsten Bedingungen die dort näher bestimmten Höchstgeschwindigkeiten einzuhalten sind. Die Frage, ob gleichwohl eine geringere Geschwindigkeit einzuhalten ist, richtet sich hingegen nach den allgemeinen Vorschriften der StVO, insbesondere nach dem Grundsatz des "Fahrens auf Sicht" (§§ 3 I, 18 VI StVO). Danach war es für den Bekl. zu 1 in jedem Fall geboten, die Geschwindigkeit des von ihm geführten LKW den Straßen-, Sicht- und Witterungsverhältnissen anzupassen (§ 3 I 1 und 2 StVO). Die Auffassung des BerGer., dass der Bekl. zu 1 unter solchen Umständen nur mit einer geringeren Geschwindigkeit als 80 km/h hätte fahren dürfen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

bb. Keine erneute Beweiserhebung zu Witterungsverhältnissen erforderlich

Soweit die Anschlussrevision meint, das BerGer. habe die Zeugenaussagen zur Fahrbahnbeschaffenheit und den Witterungsverhältnissen anders gewürdigt als das Erstgericht und es hätte deshalb einer erneuten Zeugenvernehmung bedurft, trifft dies nicht zu. Die Vernehmung von Zeugen ist - wie die Erhebung jeden Beweises - nur notwendig bei Beweisbedürftigkeit der entsprechenden Beweistatsache. Da das BerGer. seine Feststellungen insoweit auf die Erklärungen des Bekl. zu 1 in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht und den im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils als unstreitig festgestellten Vortrag der Parteien gestützt hat, war mangels Beweisbedürftigkeit eine weitere Zeugenvernehmung entbehrlich.

2. Verfahrensfehlerhafte Tatsachenfeststellungen zum Aufenthaltsort der Versicherten

Die Anschlussrevision rügt jedoch mit Erfolg, dass das BerGer. ohne erneute Beweisaufnahme nicht abweichend von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz annehmen durfte, es sei nicht erwiesen, dass die Versicherte oder ihr Onkel die Fahrbahn betreten haben.

a. Abweichende Beurteilung der Glaubwürdigkeit erfordert stets erneute Zeugenvernehmung

Die Form einer erneuten, nach § 529 I Nr. 1 ZPO erforderlichen Tatsachenfeststellung richtet sich hinsichtlich des Zeugenbeweises gemäß §§ 525 S. 1, 398 I ZPO nach den von der Rechtsprechung hierzu bereits vor der Neufassung des § 529 ZPO entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHZ 158, 269 [275]; Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl., § 529, Rz. 13 und § 398, Rz. 5). Danach kann in der Berufungsinstanz ein angetretener Zeugenbeweis durch die Verwertung der Niederschrift der erstinstanzlichen Zeugenvernehmung unter anderem nur ersetzt werden, wenn der persönliche Eindruck, den der Zeuge bei seiner Vernehmung hinterließ bzw. bei einer erneuten Vernehmung hinterlassen würde, für die Würdigung seiner Aussage nicht entscheidend ist (vgl. Senatsurteil vom 08.01.1985 - VI ZR 96/83 - VersR 1985, 341 f.; BGHZ 53, 245 [257 f.]; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 398, Rz. 5). Bei einer abweichenden Beurteilung der Glaubwürdigkeit durch das BerGer. zu der des vernehmenden Gerichts - wie auch im Streitfall - kommt es aber auf den persönlichen Eindruck des Zeugen stets an (vgl. BGHZ 158, 269 [275], st. Rspr.).

b. Versicherte nach Aussagen der 1. Instanz (möglicherweise) auf die Fahrbahn getreten

Nachdem das Landgericht auf der Grundlage der Aussagen der Zeugen G. und F. in tatsächlicher Hinsicht festgestellt hatte, dass entweder die Versicherte beim Aussteigen aus dem PKW oder der ihr zu Hilfe eilende Onkel auf die Fahrbahn getreten sind, durfte das BerGer. seinerseits nicht diesen Zeugen ein unzuverlässiges Erinnerungsvermögen unterstellen und in Abweichung von den Feststellungen im Urteil des Landgerichts annehmen, die Versicherte und ihr Onkel seien lediglich auf dem Seitenstreifen gestanden, ohne sich selbst einen persönlichen Eindruck von den Zeugen zu verschaffen.

c. Betreten der Fahrbahn von maßgeblicher Bedeutung für die Haftungsquoten

Die Anschlussrevision macht zu Recht geltend, dass die mögliche Feststellung, die Versicherte oder ihr Onkel hätten die rechte Fahrbahn betreten, zu Lasten der Kl. die Betriebsgefahr des PKW der Versicherten erhöhen und sich auf die Haftungsquote der Bekl. zu 1 bis 3 auswirken könnte.

aa. Alternative Tatsachenfeststellung wäre zulässig

Eine Berücksichtigung bei der Haftungsabwägung scheidet nicht schon deshalb aus, weil unter Umständen nur eine alternative tatsächliche Feststellung - wie vom Landgericht - getroffen werden könnte, dass die Versicherte oder ihr Onkel die Fahrbahn betreten haben (vgl. dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 131, Rz. 18; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 142 ff.). Für eine alternative Feststellung ist allerdings erforderlich, dass sich aus sämtlichen danach noch möglichen Sachverhaltsvarianten dieselbe Rechtsfolge ergibt (vgl. BGHZ 14, 363 [364]). Dies wäre aber im Streitfall gegeben.

bb. Voraussetzungen für die Zurechnung eines Schadensereignisses zum KfZ-Betrieb

Soweit die Versicherte die Fahrbahn betrat, wäre dieses

Verhalten ihr zweifelsfrei zuzurechnen. Hätte ihr Onkel die Fahrbahn betreten, hinge die den Bekl. zu 1 bis 3 günstige Zurechnung im Rahmen der Haftungsabwägung nach § 17 I 2 StVG a. F. davon ab, ob dieses Verhalten noch als ein Geschehen "bei dem Betrieb" des Kraftfahrzeugs (§ 7 I StVG a.F.) zu werten ist, denn für den Verursachungsanteil des geschädigten Kraftfahrzeughalters sind gemäß § 17 I 2 StVG a.F. neben seinem Mitverschulden alle Umstände zu berücksichtigen, die bei ihm eine Haftung gemäß § 7 StVG begründen würden, wenn ein Dritter der Geschädigte wäre. Hinsichtlich des Ausgleichs mehrerer Halter soll es nämlich keinen Unterschied machen, ob der Geschädigte ein Dritter oder einer der Halter ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 20, 259 [261] und vom 24.06.1953 - VI ZR 319/52 - DAR 1953, 156). Ein Geschehen ist dem Betrieb des Kraftfahrzeugs zuzuordnen, wenn sich die von diesem ausgehende Gefahr auf den Schadensablauf ausgewirkt hat, also das Schadensereignis in dieser Weise durch das Kraftfahrzeug mitgeprägt worden ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 105, 65 [66 f.]; 107, 359 [366]; 115, 84 [86]; VersR 2005, 566 [567]; vom 26.04.2005 - VI ZR 168/04 - NJW 2005, 2081). Ergibt sich der schadensrelevante Ursachenbeitrag nicht unmittelbar durch den Betrieb des Kraftfahrzeugs selbst, sondern hängt er mit diesem lediglich im weiteren Sinn zusammen, muss er sich nahe zeitlich und örtlich aus dem Betrieb des Kraftfahrzeugs als einer der Fortbewegung und dem Transport dienenden Maschine ergeben (vgl. Senatsurteile BGHZ 37, 311 [317 f.]; 71, 212 [214]; 105, 65 [67]; ebenso BGHZ 113, 164 [165]). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

cc. Aufenthalt auf der Fahrbahn dem Betrieb des KFZ der Versicherten in jedem Fall zuzurechnen

Sofern der Onkel der Versicherten die Fahrbahn betrat, geschah dies im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang des dem Betrieb des Kraftfahrzeugs unzweifelhaft zuzurechnenden vorausgegangenen Unfalls. Aufgrund des Unfalls ist der PKW auf der Standspur abgestellt worden und haben sich die Versicherte oder ihr Onkel gegebenenfalls im Bereich des rechten Fahrbahnrandes bewegt. Für die Bemessung des der Kl. zuzurechnenden Verursachungsanteils kommt es deshalb nicht entscheidend darauf an, ob die Versicherte selbst oder ihr Onkel die Fahrbahn betreten hat. In beiden Fällen wäre dieses Geschehen der Betriebsgefahr des Fahrzeugs zuzurechnen und bei der Abwägung gemäß § 17 I 2 StVG a.F. zu berücksichtigen.

3. Häusliche Gemeinschaft zwischen Versicherter und ihrem Onkel irrelevant

Soweit die Anschlussrevision beanstandet, das BerGer. habe den von der Kl. nicht bestrittenen und in der Berufungsbegründung wiederholten erstinstanzlichen Vortrag der Bekl. zu 1 bis 3 außer Acht gelassen, dass die Versicherte mit ihrem Onkel zum Unfallzeitpunkt in häuslicher Gemeinschaft gewohnt habe, kommt es hierauf nicht an. Auch die Anschlussrevision räumt ein, dass das BerGer. das Mitverschulden des Onkels bei der Abwägung der Betriebsgefahr des Fahrzeugs der Versicherten bereits berücksichtigt hat. Die sich hieraus ergebende Haftungsreduzierung kann nicht nochmals über § 116 VI SGB X berücksichtigt werden.

4. Weitere Verfahrensrügen der Anschlussrevision greifen nicht durch

Die übrigen Verfahrensrügen der Anschlussrevision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Insoweit wird von einer weiteren Begründung abgesehen (§ 564 ZPO).

Standort: Insolvenzrecht Problem: Aufschiebend bedingte Verfügungen

BGH, URTEIL VOM 17.11.2005
IX ZR 162/04 (NJW 2006, 915)

Problemdarstellung:

Der Kl. dieses Rechtsstreites war der Insolvenzverwalter eines Softwareunternehmens, über dessen Vermögen Anfang Oktober 2001 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Bereits 1998 hatte dieses Unternehmen mit der Bekl. einen Vertrag über die Nutzung einer Software zur Entwicklung und dreidimensionalen Animation von Gebäuden geschlossen. Für den Fall der außerordentlichen Kündigung dieses Vertrags aus wichtigem Grund war vorgesehen, dass alle Nutzungs- und Vertriebsrechte an der Software auf die Bekl. übergehen sollten. Die Bekl. erklärte diese Kündigung als Reaktion darauf, dass der Kl. gem. § 103 II InsO erklärte, den Nutzungsvertrag nicht weiter erfüllen zu wollen.

Der BGH hatte sich nun mit der Frage zu befassen, ob die Bekl. das Nutzungsrecht an der 2001 aktuellen Version der Gebäudesoftware wirksam erworben hatte. Dem schien insbesondere § 91 InsO entgegenzustehen, wonach nach Insolvenzeröffnung Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse grundsätzlich nicht erworben werden können, selbst wenn eine Verfügung des Schuldners nicht mehr erforderlich ist (vgl. für Verfügungen des Schuldners nach Verfahrenseröffnung § 81 InsO). Der BGH nimmt jedoch an, dass Gegenstände, über die vor Verfahrenseröffnung derart aufschiebend bedingt verfügt wurde, dass der spätere Schuldner die Vollendung des Rechtserwerbs aus eigener Entscheidung nicht verhindern konnte, bereits in diesem Moment aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden wurden und dementsprechend auch nicht zur Insolvenz-

masse zu zählen sind. § 91 InsO ist danach nicht anwendbar, was auch dann gilt, wenn der fragliche Gegenstand zur Zeit der Verfügung in seiner späteren Form noch gar nicht existierte. Entscheidend ist dann, dass dieser Gegenstand jedenfalls vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Schuldner geschaffen wurde, also endgültig entstanden ist. Der Eintritt der Bedingung für die Vollendung des Rechtserwerbs darf in einem solchen Fall auch vom Willen des Erwerbes abhängen und derartige Vereinbarungen verstoßen auch nicht gegen das Verbot des § 119 InsO, das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO zu unterlaufen, solange sie nicht gezielt diesen Effekt herbeiführen wollen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH setzt sich sehr ausführlich mit der Rechtsstellung des Erwerbers eines Gegenstandes, über den aufschiebend bedingt verfügt wurde, für den Fall auseinander, dass der Veräußerer des Gegenstandes in Insolvenz fällt. Das Urteil sollte deshalb nicht als "tiefes Insolvenzrecht, das im Examen sowieso nicht drankommt", abgetan werden. Einerseits wird die Kenntnis der §§ 81, 91 InsO durchaus von jedem Examenskandidaten erwartet, jedenfalls sobald ein überdurchschnittliches Ergebnis angestrebt wird. Das Urteil trägt darüber hinaus viel zum generellen Verständnis von durch aufschiebend bedingte Verfügungen begründeten Anwartschaften bei. Letztlich hat der BGH in dieser Entscheidung den in §§ 106 I, 107 I InsO verankerten Rechtsgedanken verallgemeinert und auch die aufschiebend bedingte Verfügung über Nutzungs- und Vertriebsrechte an einer Computersoftware als insolvenzfest angesehen.

Vertiefungshinweise:

❏ Beweislast für unbedingten Vertragsschluss bei der Partei, die hieraus Rechte ableiten will: *BGH*, RA 2002, 584 = NJW 2002, 2862

❏ Anspruch auf Zahlung auf erstes Anfordern entfällt bei masseloser Insolvenz des Bürgschaftsgläubigers: *BGH*, RA 2002, 712 = NJW 2002, 3170

❏ Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz des Bereicherungsgläubigers: *BGH*, RA 2005, 274 = NJW 2005, 884

Kursprogramm:

❏ *Examenskurs:* "Der ratsuchende Insolvenzverwalter"

❏ *Assessorkurs:* "Die angefochtene Aufrechnung"

Leitsätze:

1. Eine aufschiebend bedingte Verfügung über eine künftige Sache oder ein künftiges Recht ist insolvenzfest, wenn der fragliche Gegenstand bis zur Insolvenzeröffnung entstanden ist und danach die Bedingung eintritt.

2. Wenn insolvenzfest vereinbart wird, die Ausübung eines Kündigungsrechts sei die aufschiebende Bedingung für einen Rechtsübergang, scheitert dieser nicht daran, dass er vom Willen des Berechtigten abhängt.

3. Hat vor Insolvenzeröffnung - wenngleich aufschiebend bedingt - ein dinglicher Rechtsübergang stattgefunden, kann der Insolvenzverwalter diesen nicht mehr dadurch verhindern, dass er die Nichterfüllung des zugrunde liegenden Vertrages wählt.

Sachverhalt:

Im Jahre 1997 wurde die m.-AG (nachfolgend: Schuldnerin) gegründet. Die Schuldnerin befasste sich hauptsächlich mit der Entwicklung und dem Vertrieb von EDV-Programmen. Unter anderem hatte sie die Software A. entwickelt, ein System zum computergestützten Entwurf und zur dreidimensionalen Darstellung von Gebäuden. Im Jahre 1998 gründeten die Aktionäre der Schuldnerin die verklagte GmbH. Deren Geschäftsgegenstand war die Entwicklung eines auf der A.-Software aufbauenden Moduls für die Planung von Einbauküchen. Am 30.03.1998 - zu diesem Zeitpunkt war die Version A. +3.1 am Markt - schlossen die Schuldnerin und die Bekl. einen Vertrag über die Nutzung, die Weiterentwicklung und den Vertrieb der A.-Produkte und aller darauf basierender Zusatzmodule. Nr. 6 Abs. 1 und 2 des Vertrages lauten:

"Dieser Vertrag kann von jedem Vertragsteil nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes - ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist - gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn Tatsachen gegeben sind, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen der Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann.

Bei Kündigung dieses Vertrages durch die Firma m. oder die Firma p. gehen die Source-Codes von A. in der zum Zeitpunkt der Kündigung aktuellen Version incl. der Nutzungs- und Vertriebsrechte dieser Version auf die Firma p. über. Für den Übergang der Source-Codes sowie der Nutzungs- und Vertriebsrechte zahlt die Firma p. eine einmalige Vergütung in Höhe des Umsatzes der letzten sechs Monate vor Ausspruch der Kündigung."

Am 01.10.2001 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kl. zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser erklärte gegenüber der Bekl. den Nichteintritt in den Nutzungsvertrag gemäß § 103 InsO. Daraufhin kündigte die Bekl. den Vertrag und forderte vom Kl. die Übergabe der Source-Codes zu der nunmehr aktuellen Version A. +6. Der Kl. lehnte dies ab und verwies die Bekl. auf zur Insolvenztabelle anzumeldende Schadensersatzansprüche. In dem vorliegenden Rechtsstreit nimmt der Kl. die Bekl. unter anderem auf Rückzahlung eines Darlehens sowie

Unterlassung der Vervielfältigung und des Vertriebs von Software in Anspruch. Die Bekl. hat widerklagend unter anderem beantragt, ihre Berechtigung festzustellen, das Computerprogramm A. in der Version +6 nebst Handbüchern und Begleitmaterial zu Entwicklungszwecken zu nutzen, die bezeichnete Software unter dem Namen "A." zu vertreiben, d.h. Kopien herzustellen und ohne zeitliche oder räumliche Begrenzung an Dritte unter Begründung einfacher Nutzungsrechte weiter zu geben, die bezeichnete Software selbst oder durch andere zu verändern, weiter zu entwickeln und die weiter entwickelte Software in jeder bekannten oder unbekannten Nutzungsart zu verwerten. Das Landgericht hat im Wege eines Teilurteils der Widerklage stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Kl. mit seiner vom Senat zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:
Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung über Zwischenfeststellungsklage durch Teilurteil
Die Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts sind nicht etwa deswegen aufzuheben, weil ein Teilurteil ergangen ist. Zwar ist die Entscheidung über die Widerklage präjudiziell für den überwiegenden Teil der weiteren Klage- und Widerklageanträge. Ein Teilurteil darf insofern nur ergehen, wenn es sich um eine Zwischenfeststellungswiderklage handelt (§ 256 II ZPO), bei welcher die Entscheidung auch für die Behandlung der noch offenen Anträge bindet (Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 256 Rz. 21 f). Von einer solchen Zwischenfeststellungsklage ist das Landgericht jedoch zutreffend ausgegangen.

B. Entscheidung und Begründung des Ber.Ger. zur Zwischenfeststellungsklage
Das BerGer. hat ausgeführt, der in Nr. 6 Abs. 2 des Nutzungsvertrages vereinbarte Rechtserwerb sei durch § 91 InsO nicht ausgeschlossen gewesen. Das von der Bekl. beanspruchte Nutzungsrecht an dem Computerprogramm A. in der Version +6 sei nicht Bestandteil der Insolvenzmasse, vielmehr bereits mit Abschluss des Vertrages vom 30.03.1998, somit lange vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wirksam und unwiderruflich aus dem Vermögen der Schuldnerin ausgeschieden. Es sei aufschiebend bedingt für den Fall der Vertragskündigung auf die Bekl. übertragen worden. Dass nicht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung der aktuellen Version begründet worden sei, ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut der genannten Bestimmung. Im Insolvenzfall seien bedingte Rechte wie bereits bestehende zu behandeln. Ob die Bedingung vor oder nach Insolvenzeröffnung eintrete, sei unerheblich. Dass seinerzeit nur die Version A. +3.1 vorgelegen habe und diese dann mehrfach bis zur aktuellen Version A. +6 überarbeitet worden sei, habe keine Bedeutung. Es handele sich um dieselbe Software in verschiedenen Bearbeitungsversionen. Das Recht zur Überarbeitung und Anpassung der Version A. +3.1 an den technischen Fortschritt sei der Bekl. mit übertragen worden. Die Vereinbarung über den bedingten Rechtserwerb der Bekl. widerspreche nicht den Wertungen des Insolvenzrechts. Nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei als Bedingung vereinbart worden, sondern die Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. Zweck der Regelung sei die Absicherung der Bekl. im Falle einer vorzeitigen Beendigung des langfristig angelegten Nutzungsvertrages und nicht eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger gewesen. Die Bekl. habe die Möglichkeit erhalten sollen, die begonnene Entwicklungs- und Vertriebstätigkeit fortzusetzen. Deshalb stehe auch § 31 V UrhG der Begründung eines umfassenden Bearbeitungsrechts nicht entgegen.

C. Entscheidung des BGH in der Revision
Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

I. Erwerb der Nutzungsrechte durch die Bekl. steht § 91 I InsO nicht entgegen
Der Erwerb der Nutzungsrechte an der Software A. auf Grund des Vertrages vom 30.03.1998 ist der Masse gegenüber nicht gemäß § 91 I InsO unwirksam.

1. Aufschiebend bedingte Übertragung eines Rechts führt zum Ausscheiden aus Schuldnervermögen
Danach können Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden. Bei den im Streit befindlichen Nutzungsrechten handelt es sich jedoch nicht um einen Gegenstand der Insolvenzmasse. Die Nutzungsrechte sind durch den Vertrag vom 30.03.1998 - also vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens - aufschiebend bedingt auf die Bekl. übertragen worden. Gegen dieses Ergebnis, zu dem das BerGer. in tatrichterlicher Auslegung des Vertrages gelangt ist, wendet sich die Revision nicht. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 155, 87 [92]) werden bedingt begründete Rechte im Insolvenzfall als bereits bestehend behandelt. Dies gilt selbst dann, wenn die Bedingung erst nach Insolvenzeröffnung eintritt (BGHZ 70, 75 [77]). Insolvenzfest ist nicht nur die uneingeschränkte Übertragung eines bedingten Rechts, sondern auch die unter einer Bedingung erfolgte Übertragung eines unbedingten Rechts (BGHZ 155, 87 [92 f.]). Entscheidend ist, ob das Recht aus dem Vermögen des Schuldners bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ausgeschieden war, so dass für ihn keine Möglichkeit mehr bestand, es auf Grund alleiniger Entscheidung wieder zurück zu erlangen.

2. Nutzungsrecht bei Insolvenzeröffnung bereits aufschiebend bedingt auf Bekl. übertragen
Dies hat das BerGer. ohne Rechtsfehler bejaht.

a. Vorausverfügung über die bei Insolvenzeröffnung aktuelle Software
Zu Unrecht macht die Revision geltend, im Streitfall habe das von der Bekl. erworbene Recht im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht bestanden. Damals habe die Bekl. auf Grund des Nutzungsvertrages vom 30.03.1998 lediglich ein einfaches Nutzungsrecht gemäß § 31 II in Verbindung mit § 69a IV UrhG gehabt. Nach Nr. 6 Abs. 2 des Nutzungsvertrages habe sie bei Kündigung zusätzlich die Source-Codes von A. in der zu diesem Zeitpunkt aktuellen Version einschließlich der entsprechenden Nutzungs- und Vertriebsrechte erwerben sollen. Da das Urheberrecht als solches nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragbar sei (§ 29 I in Verbindung mit § 69a IV UrhG), hätten diese zusätzlichen Rechte mit dinglicher Wirkung aus dem Vollrecht der Schuldnerin abgespalten werden müssen. Sie seien somit nach Insolvenzeröffnung neu geschaffen worden.
Mit dinglicher Wirkung abgespalten wurden die fraglichen Rechte indes - allerdings aufschiebend bedingt - bereits durch den Vertrag vom 30.03.1998. Zwar hat der Senat in seiner Entscheidung vom 27.05.2003 (BGHZ 155, 87 [93]) darauf abgestellt, der bedingte Anspruch habe sich "nicht auf eine in Zukunft noch vorzunehmende Investition" des Schuldners bezogen. Im vorliegenden Fall ist durch den Vertrag vom 30.03.1998 aufschiebend bedingt über Gegenstände verfügt worden, die sich bei Erklärung der Kündigung auf Grund technischer Weiterentwicklung in einem gegenüber dem Jahr 1998 deutlich veränderten, damals nicht näher bestimmten und in den Einzelheiten nicht voraussehbaren Zustand befanden. Die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegende Version A. +3.1 ist bis zu der bei Erklärung der Kündigung durch die Bekl. aktuellen Version A. +6 überarbeitet worden. Es ist nicht festgestellt, wer dies besorgt hat. Nach dem Vortrag in den Tatsacheninstanzen liegt es nahe, dass die Schuldnerin diese Entwicklungsarbeit erbracht hat. Gegebenenfalls hat diese also nach der aufschiebend bedingten Verfügung neue Investitionen auf deren Gegenstand getätigt. Dies ist jedoch nicht entscheidend. Es kommt für die Anwendung des § 91 InsO nicht darauf an, ob die aufschiebend bedingte Verfügung zunächst eine künftige Sache oder ein künftiges Recht betroffen hat, wenn der fragliche Gegenstand nur bis zur Insolvenzeröffnung entstanden ist, die entsprechenden Investitionen der Schuldnerin somit bis dahin abgeschlossen waren. Auch in diesem Falle fehlte im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung für die Wirksamkeit der Verfügung nur noch der Eintritt der Bedingung, und wirkt, wenn er nach Insolvenzeröffnung erfolgt, auf den Zeitpunkt der Verfügung zurück. Einen entsprechenden Sachverhalt hat der Kl. nicht bestritten.

b. Unschädlich, dass Bedingungseintritt nach Insolvenzeröffnung vom Willen der Bekl. abhing
Nicht durchgreifend ist ferner das Argument der Revision, der Erwerb der Bekl. sei an eine Bedingung geknüpft worden, deren Eintritt ausschließlich von ihrer einseitigen Willensentschließung abhängig gewesen sei. Allerdings hat der Senat den Schutz, den gemäß § 95 I 1 InsO der zur Aufrechnung berechtigte Gläubiger einer von einer Rechtsbedingung abhängigen Gegenforderung genießt, auf Fälle beschränkt, in denen die Aufrechnungslage ohne weiteres Zutun der Parteien - gleichsam automatisch - entsteht (BGH, Urt. v. 29.06.2004 - IX ZR 147/03, NZI 2004, 583 [584]). Die Aufrechnung ist somit dann ausgeschlossen, wenn eine der beiden Forderungen erst nach Insolvenzeröffnung durch eine Kündigung begründet wird (BGH, Urt. v. 29.06.2004 aaO). Auch im Falle der Senatsentscheidung vom 27.05.2003 (BGHZ 155, 87 ff) war jedoch die Bedingung, die erst nach Insolvenzeröffnung eingetreten war und den Anspruch gegen die Masse hatte entstehen lassen, von einer Willensentschließung des Gläubigers abhängig gewesen. Dieser hatte ein vertragliches Rücktrittsrecht ausgeübt. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, die Wahrnehmung eines vertraglichen Kündigungsrechts anders zu behandeln als diejenige eines Rücktrittsrechts. Wenn das Kündigungs- oder Rücktrittsrecht als solches insolvenzfest, insbesondere nicht nach § 119 InsO unwirksam ist (dazu Näheres unter II.), kann dessen Ausübung nicht daran scheitern, dass sie lediglich vom Willen des Berechtigten abhängt.

c. Wahlrecht des Ins.-Verw. gem. § 103 InsO steht Vollendung des Rechtserwerbs nicht entgegen
Entgegen der Ansicht der Revision hatte der Kl. nach Insolvenzeröffnung keine Möglichkeit mehr, den Rechtserwerb durch die Bekl. zu verhindern. Eine solche Möglichkeit verschaffte dem Kl. insbesondere nicht das Wahlrecht gemäß § 103 InsO. Allerdings fiel der Vertrag vom 30.03.1998 unter diese Vorschrift. Ein Lizenzvertrag wird entsprechend der Rechtspacht als Dauernutzungsvertrag im Sinne der §§ 108, 112 InsO eingeordnet (Paulus, ZIP 1996, 2 [6]; Cepl, NZI 2000, 357 [359]; Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 37 Rz. 3; MünchKomm-InsO/Eckert, § 112 Rz. 8; HK-InsO/Marotzke, 3. Aufl., § 112 Rz. 23; vgl. auch zu §§ 17, 19 KO: BGH, Urt. v. 27.04.1995 - X ZR 60/93, KTS 1995, 656 [658]; zu § 36 II VerglO: RGZ 155, 306 [310]). Da hier kein unbewegliches Vermögen betroffen ist, eröffnen derartige Nutzungsverträge nach übereinstimmender Auffassung der insolvenzrechlichen (Paulus, ZIP 1996, 2 [6]; MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rz. 76; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Aufl., § 103 Rz. 26) und der urheberrechtlichen Literatur (Möhring/Nicolini/Lütje,

UrhG, 2. Aufl. § 112 Rz. 13; Mestmäcker/Schulze/Kirchmaier, UrhG § 112 Rz. 18) für den Insolvenzverwalter eines jeden der Beteiligten ein Wahlrecht nach § 103 InsO, falls sie im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllt waren. Dies trifft für den Vertrag vom 30.03.1998 zu, weil die gegenseitigen Dauerleistungen für die Zukunft noch ausstanden. Durch die Entscheidung, den Vertrag nicht zu erfüllen, konnte der Kl. jedoch den Eintritt der aufschiebenden Bedingung für den dinglichen Rechtsübergang auf die Bekl. nicht verhindern. Dies wäre möglicherweise der Fall gewesen, wenn durch die Ablehnung der Erfüllung die darauf gerichteten Ansprüche endgültig erloschen wären (so die früher vertretene "Erlöschenstheorie", vgl. hierzu etwa BGHZ 129, 336 [338]; 135, 25 [26]). Wegen der Nichterfüllung erloschener Erfüllungsansprüche hätte der Vertrag schwerlich fristlos gekündigt werden können. Indessen hat der Senat die "Erlöschenstheorie" aufgegeben. Nach seiner nunmehr vertretenen Ansicht bewirkt die Verfahrenseröffnung keine materiell-rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages. Sie hat vielmehr lediglich zur Folge, dass die noch ausstehenden Ansprüche des Vertragspartners, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, gegen die Insolvenzmasse nicht mehr durchsetzbar sind (BGHZ 150, 353 [359]; 155, 87 [90]). Im vorliegenden Fall will die Bekl. indes nicht schuldrechtliche Ansprüche gegen die Masse durchsetzen. Vielmehr beruft sie sich auf einen dinglichen Rechtsübergang, der bereits vor Insolvenzeröffnung - wenngleich aufschiebend bedingt - stattgefunden hat. Diese Wirkung wurde von der Insolvenzeröffnung nicht berührt. Vergeblich beruft sich die Revision darauf, durch die einseitige Willenserklärung der Bekl. sei auch der obligatorische Erwerbsgrund erst zu einem Zeitpunkt geschaffen worden, als der zugrunde liegende Vertrag selbst nach § 103 InsO seine Wirkung gegenüber der Insolvenzmasse bereits verloren gehabt habe. Die Kündigungserklärung trug zu dem obligatorischen Erwerbsgrund nichts bei; dieser war schon in dem Vertrag vom 30.03.1998 enthalten. Die Bestimmung in Nr. 6 Abs. 2 begründete auch nicht etwa eine bloße Kaufoption zugunsten der Bekl., welche diese durch die Kündigungserklärung ausgeübt hat. Diese Deutung wird durch die - von der Revision gebilligte - tatrichterliche Auslegung ausgeschlossen, wonach "ein aufschiebend bedingter Rechtsübergang und nicht die bloße Vereinbarung eines künftigen Schuldverhältnisses" Vertragsgegenstand ist. Die Frage, ob Kaufoptionen, die von einer an sich insolvenzbeständigen Vorausverfügung begleitet sind, an § 91 InsO scheitern (vgl. hierzu BGHZ 109, 368 [374 f.]), stellt sich damit nicht. Darüber hinaus beeinflussen weder die Insolvenzeröffnung noch die Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter ein vertraglich eingeräumtes Kündigungs- oder Rücktrittsrecht (BGHZ 155, 87 [90]; BGH, Urt. v. 26.11.2003 - IV ZR 6/03, ZIP 2004, 176 [177]; vgl. ferner OLG Köln, ZIP 2003, 543 [544]; OLG Hamburg, ZInsO 2004, 812 [813]). Entscheidend ist insoweit allein, ob die vertraglichen Voraussetzungen für die Kündigung oder den Rücktritt vorliegen. Das BerGer. ist, dem Landgericht folgend, davon ausgegangen, dass die Bekl. im vorliegenden Fall zur fristlosen Kündigung berechtigt war. Von der Revision wird dies nicht gerügt. Ein Rechtsfehler ist insofern auch nicht erkennbar. Der Kl. hatte erklärt, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. Dann ist es dem Vertragspartner in aller Regel unzumutbar, an dem Vertrag festzuhalten. Dass die fristlose Kündigung - weil sie den vorerst aufschiebend bedingten Rechtsübergang unbedingt werden ließ - die Bekl. in eine ähnlich vorteilhafte, wenn nicht sogar komfortablere Lage versetzte wie bei einer Fortsetzung des Vertrages, ändert daran nichts.

II. Vereinbarkeit des vertraglichen Kündigungsrechts mit §§ 103, 119 InsO

Dass die vertragliche Regelung in Nr. 6 der Bekl. das Kündigungsrecht auch für den Fall der Nichterfüllungswahl seitens des Insolvenzverwalters der Schuldnerin verschafft hat, macht sie nicht nach § 119 InsO unwirksam. Eine Lösungsklausel für den Insolvenzfall, die teilweise als unwirksam nach § 119 InsO angesehen wird (Tintelnot in: Kübler/Prütting, aaO., § 103 Rz. 15 ff; a.A. Münchkomm-InsO/Huber, § 103 Rz. 28), ist nicht verabredet worden. Zwar wird die Wahl der Nichterfüllung seitens des klagenden Insolvenzverwalters im praktischen Ergebnis durch die vorliegende Vertragsgestaltung unterlaufen. Rechtlich war diese jedoch nicht auf dieses Ziel ausgerichtet. Die Kündigungsbefugnis knüpfte nicht an die Insolvenzeröffnung und auch nicht an die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 InsO an. Kündigungsgrund war vielmehr das Vorliegen von Tatsachen, auf Grund derer die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar war. Solche Tatsachen konnten auch und gerade außerhalb einer Insolvenz gegeben sein. Außerdem sollte bei Vorliegen solcher Tatsachen jeder der beiden Vertragsteile zur Kündigung berechtigt sein. Die Auffassung der Revision, in den praktischen Auswirkungen komme das Kündigungsrecht der Auferlegung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllungswahl gleich, ist unzutreffend. Eine derartige Regelung verstieße allerdings gegen § 119 InsO (MünchKomm-InsO/Huber, § 119 Rz. 57; Uhlenbruck/Berscheid, aaO., § 119 Rz. 12; Balthasar in Nerlich/Römermann, InsO, § 119 Rz. 9; Tintelnot in: Kübler/Prütting, aaO., § 119 Rz. 13; Braun/Kroth, InsO, 2. Aufl., § 119 Rz. 8; vgl. ferner FK-InsO/Wegener, aaO., § 119 Rz. 8). Durch die vertragliche Regelung werden der Insolvenzmasse jedoch keine Nachteile auferlegt, die über diejenigen hinausgehen, welche mit jeder Beendigung des Nutzungsvertrages verbunden sind. Die damit einher gehenden Nachteile sind auch keine

spezielle Sanktion dafür, dass der Kl. in Ausübung seines gesetzlichen Wahlrechts die Nichterfüllung gewählt hat. Sie wären in gleicher Weise eingetreten, wenn das Nutzungsverhältnis aus anderen, ebenfalls zur fristlosen Kündigung berechtigenden Gründen beendet worden wäre.

III. Keine wirksame Insolvenzanfechtung durch den Kl. Schließlich greift auch die von dem Kl. geltend gemachte Anfechtung nicht durch. Wegen des zeitlichen Abstands des Vertragsschlusses vom 30.03.1998 zu dem am 20.07.2001 gestellten Antrag auf Insolvenzeröffnung kommt von vornherein nur eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung (§ 133 InsO) in Betracht. Die Annahme sowohl des Landgerichts als auch des BerGer., es fehle schlüssiges Tatsachenvorbringen für einen Benachteiligungsvorsatz, ist nicht - wie die Revision (unter Hinweis auf BGHZ 124, 76 [81 ff]) geltend macht - deshalb unhaltbar, weil die bloße Insolvenz der Schuldnerin das Erwerbsrecht der Bekl. habe auslösen sollen. Denn eben daran fehlt es - wie oben unter II. dargelegt - im vorliegenden Fall.

Standort: Klauselrecht Problem: Qualifizierte Klausel für Widerrufsvergleich

BGH, BESCHLUSS VOM 04.10.2005
VII ZB 40/05 (NJW 2006, 776)

Problemdarstellung:

In diesem Verfahren wehrte sich der Schuldner gegen die Zwangsvollstreckung aus einem Prozessvergleich, der seinerzeit unter Widerrufsvorbehalt geschlossen worden war. Zwar hatte er von der Widerrufsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht, jedoch war er der Auffassung, dass die vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs nicht von der Urkundsbeamtin des Prozessgerichts des 1. Rechtszuges hätte erteilt werden dürfen. Der Schuldner hielt vielmehr gem. §§ 794 I Nr. 1, 795, 726 I ZPO i. V. m. § 20 Nr. 12 RPflG den Rechtspfleger im Rahmen des qualifizierten Klauselerteilungsverfahrens für zuständig. In dieser schon lange streitigen Frage bekam der Vollstreckungsschuldner mit seiner Auffassung in der Rechtsbeschwerdeinstanz nunmehr vom BGH Recht.

Prüfungsrelevanz:

Das dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren vorgelagerte, selbständige Klauselerteilungsverfahren mit eigenen Organen und Rechtsbehelfen gem. §§ 724 ff ZPO sollte ReferendarInnen jedenfalls in seinen Grundzügen bekannt sein. Zu diesen Grundzügen kann neben dem eingangs skizzierten Charakter dieses Verfahrens durchaus auch die höchstrichterliche Entscheidung einer klassischen Streitfrage gezählt werden. Leider begnügt sich der erkennende Senat im vorliegenden Beschluss darauf, sich der Rechtsprechung des BAG anzuschließen, ohne dies argumentativ näher auszuführen. Es sei daher die Lektüre des unten angegebenen Beschlusses des OLG Stuttgart empfohlen. Dieses hatte der Argumentation des BAG, wonach das Ausbleiben des Widerrufs nun einmal eine Bedingung für die Vollstreckung aus dem Vergleich sei, die zur Anwendbarkeit des § 726 I ZPO führe, noch entgegengehalten, dass § 726 I ZPO nur bei tatsächlich qualifiziertem Prüfungsbedarf zur Frage des Bedingungseintritts anzuwenden sei. Dieser Prüfungsbedarf fehle im Falle eines Widerrufsvergleichs, da sich der (Nicht-) Eingang des Widerrufs zweifelsfrei den Gerichtsakten entnehmen lasse.

Vertiefungshinweise:

❏ Gegenteilige Auffassung: *OLG Stuttgart*, RA 2005, 198 = NJW 2005, 909

❏ Ebenfalls für Anwendbarkeit des § 726 I ZPO: *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rz. 724

❏ Zum Adressaten des Widerrufs bei fehlender Festlegung im Vergleich: *BGH*, RA 2005, 709 = NJW 2005, 3576

Kursprogramm:

❏ *Assessorkurs:* "Probleme einer Witwe"

Leitsatz:

Ist ein Vergleich unter Widerrufsvorbehalt geschlossen worden, ist der Rechtspfleger für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zuständig (im Anschluss an BAG, Beschluss vom 05.11.2003 - 10 AZB 38/03, NJW 2004, 701).

Sachverhalt:

Die Gläubigerin betreibt gegen die Schuldner die Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Vergleich vom 27.10.2003. Die Ziffern 1 und 2 des Vergleichs lauten:

"1. Die Bekl. verpflichten sich, samtverbindlich die Klageforderung in Höhe von € 4.288,52 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.07.2002 zu bezahlen.

2. Soweit die Bekl. an die Klagepartei € 3.300,- bis 08.12.2003 bezahlen, wird die Differenz zum Klagebetrag nachgelassen."

Von dem ihr in Ziffer 5 eingeräumten Widerrufsrecht hat die Gläubigerin keinen Gebrauch gemacht. Am 13.11.2003 erteilte die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle der Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs. Der Schuldner zu 3 hat dagegen gemäß § 732 ZPO Erinnerung eingelegt. Das Amtsgericht -

Vollstreckungsrichter - hat sie mit Beschluss vom 05.10.2004 zurückgewiesen. Das BeschwGer. hat die sofortige Beschwerde mit Beschluss vom 24.01.2005 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom BeschwGer. zugelassene Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:
Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

A. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.
Das BeschwGer. ist der Ansicht, der Vergleich habe einen vollstreckungsfähigen Inhalt, auch wenn in Ziffer 1 die Gläubigerin als Zahlungsempfängerin nicht genannt sei. Der Vergleich sei dahin auszulegen, dass die Schuldner die in Ziffer 1 genannte Summe an die Gläubigerin zu zahlen hätten. Die Vollstreckungsklausel vom 13.11.2003 sei auch von dem zuständigen Organ, der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle, erteilt worden, § 794 I Nr. 1, § 795, § 724 II ZPO. Zwar sei die Wirksamkeit des Vergleichs durch das Widerrufsrecht der Gläubigerin aufschiebend bedingt gewesen, so dass für die Erteilung der Vollstreckungsklausel § 726 ZPO maßgebend sei. Gleichwohl sei nicht der Rechtspfleger gemäß § 20 Nr. 12 RPflG zuständig. Denn die Frage des Widerrufs des Vergleichs sei eine aktenkundige, leicht zu überprüfende Vollstreckungsvoraussetzung. Wegen der entgegenstehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Beschluss vom 05.11.2003 - 10 AZB 38/03, NJW 2004, 701) werde die Rechtsbeschwerde zugelassen.

B. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde
Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung vom 13.11.2003 war für unzulässig zu erklären.

I. Vollstreckungsfähiger Inhalt des Prozessvergleichs
Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde folgt die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung allerdings nicht daraus, dass der Vergleich keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hätte. Die Auslegung des BeschwGer., die Vergleichssumme nach Ziffer 1 des Vergleichs sei an die Gläubigerin zu zahlen, trifft zu.

II. Urkundsbeamtin nicht für Klauselerteilung zuständig
Die Vollstreckungsklausel ist jedoch von der nicht zuständigen Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle erteilt worden. Ist ein Vergleich unter Widerrufsvorbehalt und damit unter einer Bedingung geschlossen worden, ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Beschluss vom 05.11.2003 - 10 AZB 38/03, NJW 2004, 701) der Rechtspfleger für die Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 726 I ZPO zuständig. Dem tritt der Senat bei.

III. Kostenentscheidung
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (*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.

Strafrecht

Standort: § 211 StGB — Problem: Niedriger Beweggrund

BGH, BESCHLUSS VOM 10.01.2006
5 STR 341/05 (NJW 2006, 1008)

Problemdarstellung:

Fünf Jahre vor der angeklagten Tat war ein Kurde nach einem Versöhnungstreffen zur Beilegung einer Familienfehde von einem bisher unbekannten Täter hinterrücks erschossen worden. Bei den Angeklagten handelt es sich um die Witwe, den Sohn und den Neffen des Getöteten. Diese waren fest davon überzeugt, dass das Oberhaupt der verfeindeten Familie die Tat begangen habe. Dieser war extra in ein anderes Bundesland gezogen und lebte in ständiger Angst davor, selbst Opfer einer "Blutrache" zu werden. Die Angeklagten befanden sich auf dem Weg zur Frau des vermeintlichen Mörders, die sich in einem Krankenhaus aufhielt, um die Hintergründe der früheren Tat mit ihr zu erörtern. Da fiel ihnen das Fahrzeug des Gesuchten auf. Sie beschlossen, dieses zu verfolgen und den vermeintlichen Mörder selbst hinzurichten. Der Sohn des ersten Opfers steuerte das Fahrzeug, seine Mutter saß auf dem Rücksitz und der Neffe erschoss den vermeintlichen Mörder, nachdem sie ihm bis nach Hause gefolgt waren.

Das Landgericht hatte den Sohn und den Neffen wegen gemeinschaftlichen Mordes (§§ 211, 25 II StGB) und die Witwe wegen Beihilfe zum Mord (§§ 211, 27 StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da weder der Sohn noch die Witwe wegen Beteiligung am Mord strafbar seien.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte stellen in beiden Examen einen häufigen Prüfungsgegenstand dar, da sich diese Tatbestände insb. mit Problemen aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme oder Irrtumskonstellationen sehr schön verbinden lassen. Auch detaillierte Kenntnisse über die Besonderheiten der entsprechenden Tatbestände werden hier erwartet.

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der BGH zunächst mit den Anforderungen für das Mordmerkmal der "Heimtücke". Während die Rechtsprechung hier nur das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung fordert (BGHSt 2, 251; BGH, NJW 2005, 1287), verlangen große Teile der Literatur wegen der gebotenen restriktiven Auslegung der Mordmerkmale eine weitere normative Einschränkung, indem sie zusätzlich eine besondere Verwerflichkeit der Tötung (Bockelmann, BT 2, § 3 IV; Woesner, NJW 1980, 1138), einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26; Jakobs, JZ 1984, 996) oder ein besonders tückisches Verhalten (Spendel, JR 1983, 269; Schild, JA 1991, 48) verlangen.

Die unstreitig erforderliche Arglosigkeit des Opfers setzt voraus, dass dieses sich im Zeitpunkt des Angriffs durch den Täter eines solchen gerade nicht versieht (BGH, StV 1998, 544; Lackner/Kühl, § 211 Rn. 7 mwN). Da das Opfer im vorliegenden Fall aber seit geraumer Zeit in der Angst vor einer Blutrache durch Mitglieder der Familie der Angeklagten lebte und auch im konkreten Tatzeitpunkt durch seinen Sohn darauf aufmerksam gemacht wurde, dass sie während der Fahrt von einem anderen Auto (nämlich dem der Angeklagten) verfolgt wurden, war das Opfer nach Auffassung des BGH nicht arglos, so dass ein Heimtückemord ausschied.

Der BGH diskutierte dann, ob die Angeklagten aus niedrigen Beweggründen gehandelt hätten. Die Tatmotive des Täters sind dann "niedrig" i.S.v. § 211 StGB, wenn sie sittlich auf tiefster Stufe stehen und besonders verachtenswert sind (BGH, NStZ 1999, 129; 2002, 369; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 9 mwN). Erfolgt eine Tötung als "Blutrache", so - dies führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung aus - stellt dies grundsätzlich einen niedrigen Beweggrund dar, da sich der Täter durch seine Handlung bewusst über die Rechtsordnung hinwegsetzt, indem er selbst für ein erlittenes Unrecht nicht nur ein Todesurteil fällt, sondern dieses auch noch gleich selbst vollstreckt (ähnlich schon BGH, StV 1998, 130). In der vorliegenden Entscheidung nimmt der BGH jedoch erstmalig eine weitergehende Differenzierung vor: Ist der Anlass für die "Blutrache" lediglich eine Ehrverletzung, so ist ein niedriger Beweggrund in aller Regel gegeben; erfolgt die Rache jedoch als Vergeltung für die Tötung eines nahen Angehörigen, so liegen niedrige Beweggründe jedenfalls dann nicht vor, wenn als Tatanlass nicht so sehr das Verüben von Rache sondern vielmehr die psychologische Ausnahmesituation im Vordergrund steht, die durch die seelische Belastung beim Verlust einer nahe stehenden Bezugsperson entsteht. Deswegen hat der BGH sowohl bei der Witwe als auch beim Sohn des vorher Getöteten das Vorliegen niedriger Beweggründe abgelehnt. Bei dem Neffen, der die tödlichen Schüsse abgegeben hat-

te, konnte der BGH allerdings eine entsprechende Belastung nicht feststellen, so dass dieser aus niedrigen Beweggründen handelte.

Schließlich macht der BGH (wenn auch nur in einem obiter dictum ohne Relevanz für die vorliegende Entscheidung) noch Ausführungen über das Verhältnis von Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB). Hierbei handelt es sich um einen alten, sehr festgefahrenen Streit, dessen Kenntnis allerdings vor allem im ersten Examen unerlässlich ist. Die Literatur sieht im Mord eine (unselbstständige) Qualifikation des Totschlags, sodass die Mordmerkmale strafschärfend wirken und auf die subjektiven Mordmerkmale (als besondere persönliche strafschärfende Merkmale) § 28 II StGB Anwendung findet (Rengier, MDR 1980, 2; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 39; Schönke/Schröder-Eser, Vor § 211 Rn. 5 mwN). Nach der Rechtsprechung hingegen sind Mord und Totschlag selbstständige Tatbestände, sodass die Mordmerkmale strafbegründend wirken und bzgl. der subjektiven Mordmerkmale § 28 I StGB anzuwenden ist (BGHSt 1, 368; BGH, NJW 2005, 996). Im Gegensatz zu allen früheren Entscheidungen lässt der 5. Senat im vorliegenden Urteil deutlich durchblicken, dass er die Kritik der Literatur an der Auffassung der Rechtsprechung für berechtigt hält. Dies mag ein erster Schritt in Richtung einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung sein. Sollte dies tatsächlich geschehen, so könnte eine der klassischsten Streitigkeiten im Strafrecht tatsäclich ad acta gelegt werden. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung sollte hier auf jeden Fall beobachtet werden.

Die Ausführungen des BGH zur Unzulässigkeit von Nachfragen bei einer Vernehmung des Beschuldigten, nachdem sich dieser auf sein Schweigerecht berufen hat, dürften eher für das zweite Staatsexamen von Bedeutung sein.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Heimtücke i.S.v. § 211 StGB: *BGH*St 11, 139; 18, 37; 32, 382; 39, 353; *Bosch/Schindler*, Jura 2000, 77, 81; *Miehe*, JuS 1996, 1000; *Küper*, JuS 2000, 740; *Kargl*, StraFo 2001, 365; *Schneider*, NStZ 2003, 428

❑ Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB, insb. bei Rache: *BGH*, NStZ 1995, 79; StV 1994, 182; 1998, 130; *Momsen*, NStZ 2003, 237; *Saliger*, StV 2003, 22

❑ Zum Verhältnis von § 211 StGB und § 212 StGB: *BGH*St 22, 375; 23, 40; 36, 233; *BGH*, NJW 1996, 2241; 2005, 996; *Beulke*, NStZ 1990, 278; *Küpper*, JuS 1991, 639; *Timpe*, JZ 1990, 98

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Motiv der „Blutrache" ist regelmäßig als niedriger Beweggrund anzusehen. Eine Ausnahme kann gelten, wenn dem Täter seinerseits durch das Opfer mit der Tötung eines nahen Angehörigen erhebliches Leid zugefügt wurde, das ihn zur Tatzeit noch gravierend belastete.

2. Zur Problematik wiederholten Nachfragens bei einem unverteidigten Angeklagten, der sich auf sein Schweigerecht beruft und seine Aussagebereitschaft von einer vorherigen Besprechung mit seinem Verteidiger abhängig macht.

Sachverhalt:

Ursprung des abgeurteilten Geschehens, der Tötung des H K im Sommer 2003, war ein bislang ungesühntes Tötungsdelikt an Ham G , Ehemann der Han G , Vater des B G und Onkel des Has G. Ham G war im Sommer 1998 nach einer erfolgreichen Versöhnung zwischen den Familien K und G hinterrücks in seinem Auto erschossen worden, als er gerade - herzlich verabschiedet - vom Haus des H K aufbrach. Zum Tatort war Ham G im Anschluss an das eigentliche Versöhnungstreffen, bei dem das geistliche Oberhaupt der in Deutschland ansässigen Y mitwirkte, zu deren Religionsgemeinschaft beide aus dem türkischen Kurdengebiet stammenden Familien gehören, nur auf den nachdrücklichen Wunsch des H K gekommen. Die Angeklagten vermuteten deshalb, dieser sei der eigentliche Drahtzieher der aus ihrer Sicht besonders niederträchtigen Tötung ihres Verwandten. Diese Tat ist bis heute von der saarländischen Justiz noch nicht aufgeklärt. Nachdem zunächst ein - offensichtlich bewusst vorgeschickter - Jugendlicher die Tat zu Unrecht auf sich genommen hatte und freigesprochen wurde, ist die Sache nach neuerlicher Eröffnung des Hauptverfahrens im Mai 2001 gegen andere Mitglieder der Familie K (darunter allerdings nicht H K) bis zur Verkündung des angegriffenen Urteils noch nicht terminiert worden.

Die als Nebenkläger an jenem Verfahren beteiligten Angehörigen des Getöteten Ham G waren über die fehlende Sühne der Tat zunehmend enttäuscht und fühlten sich von den Behörden im Stich gelassen. H K lebte seit der Tötung Ham G s mit seiner Familie in steter Furcht vor Racheakten der Familie G: Er wandte sich aus Angst vor Nachstellungen wiederholt an die Polizei, legte dort Aufzeichnungen über eingegangene Drohanrufe vor, beanspruchte Polizeischutz, veräußerte schließlich alsbald nach der Tötung Ham G s seinen Betrieb und siedelte aus Sicherheitsgründen vom Saarland in den Raum Göttingen um. Dort fühlte er sich jedoch ebenfalls beobachtet und verfolgt; er ließ häufig Kennzeichen fremder Fahrzeuge von der Polizei überprüfen und erstattete Anzeige, wenn unbekannte Personen nach seiner Auffassung sein Haus beobachteten.

Letztmalig berichtete H K seiner Familie aufgeregt zwei bis drei Wochen vor seiner Tötung, dass ihm ein Fahrzeug mit auffälligem Kennzeichen entgegengekommen sei; den PKW ordnete er der Familie G zu.

Am Tattag wurde H K unmittelbar vor dem eigentlichen Tatgeschehen auf der gesamten Fahrt in seinem PKW von einem Göttinger Krankenhaus, wo er seine Ehefrau besucht hatte, zu seinem Wohnhaus in Reinhausen von den Angeklagten im PKW des Has G verfolgt; B G steuerte dieses Fahrzeug. Aufgrund von Angaben zuvor besuchter Bekannter wähnten die Angeklagten H K auf einem mehrtägigen Besuch in einer anderen Stadt; sie wollten diese Gelegenheit dazu nutzen, die Ehefrau H K's bei einem Krankenhausbesuch durch Han G über den Hintergrund der Tötung Ham G's auszuhorchen. Am Krankenhaus erkannten die Angeklagten zufällig den ihnen verhassten H K; sie entschlossen sich spontan, die günstige Gelegenheit zu seiner Verfolgung und Tötung zu nutzen. G K, der neunjährige Sohn H K's, der den Vater zusammen mit dessen fünfjähriger Enkelin zu dem Krankenbesuch der Mutter begleitet hatte, machte seinen Vater auf der Rückfahrt mehrfach auf ein ihnen folgendes Fahrzeug aufmerksam. Er wies auch darauf hin, dass der verfolgende PKW sogar rote Ampeln überfahre, um hinter ihnen zu bleiben.

H K ließ seine beiden Kinder direkt vor der Tür seines Hauses aussteigen und parkte seinen PKW nach einem Wendemanöver auf der gegenüberliegenden Straßenseite. Noch während er sich im Fahrzeug befand, wurde er aus dem PKW der Angeklagten heraus von Has G erschossen. Dieser saß auf der Beifahrerseite; hinter ihm saß die Angeklagte Han G. Aufgrund mehrerer Zeugenaussagen wurden die Angeklagten nach kurzer Flucht zeitnah zur Tat festgenommen. Während sie die eigentliche Tatwaffe zerlegt aus dem Fenster geworfen hatten, verbarg Han G bei ihrer Festnahme am Körper eine weitere scharfe Pistole ihres Sohnes B.

Das Landgericht hat die Tötung H K s als gemeinschaftlichen heimtückischen Mord aus niedrigen Beweggründen bewertet; die Angeklagten hätten aus dem Motiv der "Blutrache" gehandelt, was auf moralisch tiefster Stufe stehe.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Schwurgericht hat die Angeklagten B G und Has G jeweils wegen (gemeinschaftlichen) Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Gegen die Angeklagte Han G hat es wegen Beihilfe zum Mord und wegen unerlaubten Besitzes und Führens einer halbautomatischen Kurzwaffe eine Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und zwei Monaten verhängt (Einzelfreiheitsstrafen: sechs Jahre, sechs Monate). Zudem sind ein PKW und verschiedene Waffenteile eingezogen worden; den Angeklagten B und Has G ist jeweils die Fahrerlaubnis - bei einer Sperrfrist von zwei Jahren - entzogen worden. Die Revisionen der Angeklagten B und Han G haben [teilweise Erfolg]; im Übrigen sind die Rechtsmittel dieser Angeklagten ebenso unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO) wie die Revision des Angeklagten Has G insgesamt.

II. Entscheidung des BGH

Die Verfahrensrügen haben keinen Erfolg, während die Sachrügen zum Wegfall des Mordmerkmals der Heimtücke bei allen Angeklagten und zusätzlich des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe bei B und Han G führen.

1. Zur Verfahrensrüge

Zu den verfahrensrechtlichen Beanstandungen sieht der Senat über die Ausführungen des Generalbundesanwalts hinaus Anlass zu folgenden Bemerkungen:

a. Zur Zulässigkeit des Ausschlusses der Angeklagten gem. § 247 S. 1 StPO

Die Rüge, bei der Vernehmung des neunjährigen Zeugen G K über die von ihm wahrgenommenen Umstände der Tötung seines Vaters H K hätten die nach § 247 Satz 2 Alt. 1 StPO ausgeschlossenen Angeklagten wieder zugelassen werden müssen, weil dies der Zeuge gewünscht habe, geht fehl. Über die Frage, ob von der Vernehmung in Anwesenheit der Angeklagten ein erheblicher Nachteil für das Wohl eines kindlichen Zeugen zu befürchten ist, hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, nicht der kindliche Zeuge zu entscheiden. Rechtsfehler lässt die Entscheidung des Landgerichts nicht erkennen.

Dass das Schwurgericht den Angeklagten nicht die Möglichkeit eingeräumt hat, die Vernehmung durch eine Videosimultanübertragung mitzuverfolgen (vgl. hierzu BGHR StPO § 247 Abwesenheit 25; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 247 Rdn. 14a; jeweils m.w.N.), berührt nicht den geltend gemachten absoluten Revisionsgrund, sondern die Pflicht zur Unterrichtung der aus der Hauptverhandlung entfernten Angeklagten. Auch insoweit wäre schon in Ermangelung eines in der Hauptverhandlung gestellten entsprechenden Antrags revisionsgerichtlich nichts zu erinnern.

b. Zum Verhalten der Polizisten im Ermittlungsverfahren

Im Ansatz zutreffend rügen die Beschwerdeführer einzelne Verhaltensweisen von Ermittlungsbeamten bei der Befragung des Angeklagten B G als Beschuldigter im Ermittlungsverfahren.

aa. Sachverhalt

Nach den Feststellungen des Schwurgerichts erklärte B G wiederholt, keine Angaben zur Sache machen, sondern zunächst einen Verteidiger konsultieren zu wollen. Gleichwohl äußerte er sich bis zu seiner Vorführung in drei verschiedenen Situationen gegenüber drei Polizeibeamten zu einzelnen Sachverhaltsfragen: Zum einen kam es zu einer Spontanäußerung über Schmauchspuren und zu der bei seiner Mutter gefunde-

nen Pistole im Rahmen der erkennungsdienstlichen Behandlung. Im weiteren Verlauf der Nacht erklärte B G gegenüber dem Polizeibeamten KOK Ku nach erfolgter erneuter Belehrung, er wolle keine Aussage machen, es sei denn, sein Anwalt würde ihm dies empfehlen. Nachdem KOK Ku des ungeachtet fragte, ob sie während weiterer Wartezeit "miteinander sprechen" könnten, erklärte sich B G bereit, sich mit dem Zeugen zu unterhalten, und berichtete anschließend von seinen persönlichen Verhältnissen und der Vorgeschichte der Tat. Der Zeuge Ku fragte nun nach, ob B G jetzt doch etwas zur Tat sagen wolle. Dieser wiederholte, dass er zur Tat selbst nichts sagen wolle, erklärte aber, dass "getan wurde, was getan werden musste". Zudem wiederholte B G seine spontanen anfänglichen Angaben zu der bei seiner Mutter gefundenen Waffe.

Auf die ihm aktuell überbrachte neue Information, dass diese Waffe tatsächlich nicht die Tatwaffe sein konnte, fragte der Zeuge Ku den Angeklagten B G nach dem Verbleib der Tatwaffe und betonte dabei eine mögliche Gefährdung spielender Kinder. B G machte dazu deutlich, dass er zu diesem Punkt nichts sagen wolle. Auf weitere Fragen des Zeugen Ku zur Fahrstrecke von Reinhausen bis zur Festnahme machte B G hierzu Angaben. Deren förmliche Protokollierung lehnte er indes ab; statt dessen bat er darum, dass ein namentlich benannter Verteidiger von seiner Festnahme informiert werden sollte. Diese Bitte erfüllte der Zeuge Ku in der Folgezeit nicht.

Am Morgen des Folgetages sollte B G von dem Zeugen KK Be der Haftrichterin vorgeführt werden. Der Zeuge wusste, dass der Angeklagte B G noch ohne Kontakt zu dem benannten Verteidiger gewesen war und keine Angaben machen wollte. Gleichwohl suchte KK Be während der Wartezeit das Gespräch mit ihm. B G machte anschließend erneut Angaben zu seinen Lebensumständen und zur Vorgeschichte der Tat; schließlich erklärte er noch, dass H K ständig mit einem Anschlag auf sein Leben habe rechnen müssen, weil er angerufen und ihm die Möglichkeit eröffnet worden sei, er solle sich selbst erschießen.

Vor der Haftrichterin schwieg B G wie auch in der Folgezeit. Erst gegen Ende der Hauptverhandlung hat er sich in einer vorbereitenden Erklärung leugnend zur Sache eingelassen und - wie der Angeklagte Has G - die Tötung einem nicht benannten vierten Familienmitglied angelastet.

bb. Nachfragen nach Berufung des Beschuldigten auf ein Schweigerecht grundsätzlich unzulässig

Bedenklich erscheint bereits die Frage an B G, ob man nicht "miteinander sprechen" könne, nachdem sich der Angeklagte gerade nach Belehrung ausdrücklich auf sein Schweigerecht berufen und eventuelle Äußerungen von der vorherigen Konsultation eines Verteidigers abhängig gemacht hatte. Durch dieses Verhalten könnte bei einem Beschuldigten der fehlerhafte Eindruck hervorgerufen werden (vgl. auch § 136 a Abs. 1 Satz 1 StPO), ein solches bloßes "Gespräch" unterscheide sich in seiner Verwertbarkeit von einer "förmlichen" Vernehmung. Dass B G tatsächlich nicht in dieser Weise getäuscht wurde, ergibt sich indes aus seinem differenzierten Aussageverhalten; nach wie vor unterschied er genau, zu welchen Themen er etwas sagen wollte (insbesondere Tatvorgeschichte) und zu welchen nicht (konkrete Tatumstände).

Darüber hinaus kann stetiges Nachfragen ohne zureichenden Grund das Schweigerecht des unverteidigten Beschuldigten entwerten. Nachfragen sind nach ausdrücklicher Ausübung des Schweigerechts zwar dann gänzlich unproblematisch, wenn - wie hier hinsichtlich der Tatwaffe und der davon ausgehenden Fremdgefährdung - neue Informationen erlangt werden, zu denen sich der Beschuldigte noch nicht positionieren konnte, eine neue prozessuale Situation eingetreten oder eine gewisse Zeitspanne verstrichen ist, in denen sich die Auffassung des Beschuldigten geändert haben kann. Jenseits solcher neuer Umstände oder eines möglichen Sinneswandels darf das Schweigerecht jedenfalls bei einem unverteidigten Beschuldigten nicht dadurch missachtet werden, dass beständig auf verschiedenen Wegen versucht wird, den

Beschuldigten doch noch zu Angaben in der Sache zu bringen.

cc. Pflicht zur Benachrichtigung eines Verteidigers bei entsprechendem Wunsch des Beschuldigten

Erst recht bedenklich sind beharrliche Nachfragen gegenüber einem Beschuldigten, der sich zur Frage einer Aussage zunächst mit einem von ihm benannten Verteidiger besprechen und bis dahin schweigen will, wenn die Benachrichtigung dieses Verteidigers unterbleibt. Zwar sieht der Senat auch in Konstellationen wie der vorliegenden keinen Anlass für ein Innehalten mit einer Vernehmung des Beschuldigten bis zur Bestellung eines Pflichtverteidigers (vgl. BGHSt 47, 233, 235 ff.; vgl. aber auch BGHSt 47, 172, 176 ff.; BGH, Beschl. vom 18. und 19. Oktober 2005 - 1 StR 114/05 und 117/05). Der Wunsch des Beschuldigten nach Rücksprache mit seinem Verteidiger zur Erörterung der Frage, ob eine Einlassung erfolgen soll oder nicht, darf aber nicht durch ständige Nachfrage missachtet werden, ohne dass dem Wunsch nach Benachrichtigung eines benannten Verteidigers zuvor nachgekommen wird. Die Besprechung mit einem Verteidiger soll dem Beschuldigten die Möglichkeit eröffnen, sich in der für seine Verteidigung höchst bedeutsamen Frage, ob er aussagen will oder nicht, mit einem Verteidiger zu beraten (BGHSt 38, 372, 373). Bittet ein Beschuldigter, der seine Aussagebereitschaft an die vorherige Konsultation eines Verteidigers knüpft, ausdrücklich um Benachrichtigung eines benannten Verteidigers, darf nicht weiter in den Beschuldigten gedrungen werden, wenn die erbetene Benachrichtigung nicht erfolgt (vgl. auch

BGHSt 42, 15, 19; 38, 372, 373 einerseits, BGHSt 42, 170, 171 f. andererseits).
Das Schweigerecht des Beschuldigten würde missachtet, wenn - wie hier vor dem Haftrichtertermin - ein benannter Verteidiger nicht informiert, sondern stattdessen ein Beschuldigter ohne ergänzende Hinweise weiter befragt wird, obgleich er zuvor ausdrücklich erklärt hat, er wolle ohne vorherige Konsultation seines Verteidigers nichts sagen.

dd. Kein Beruhen des Urteils auf den Fehlern
Ob das danach im Ausgangspunkt zu Recht beanstandete Vorgehen der Ermittlungsbeamten nach entsprechendem Widerspruch in der Hauptverhandlung angesichts der differenzierten Reaktionen des befragten Beschuldigten, die für eine zutreffende Einschätzung der Verwertbarkeit seiner Äußerungen sprechen, zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der auf diese Weise erlangten Angaben führen würde und ob sich hierauf gegebenenfalls auch Mitbeschuldigte berufen könnten (vgl. dazu BGHR StPO § 136 Belehrung 5; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 136 Rdn. 20 m.w.N.), kann letztlich offen bleiben. Der Senat kann ausschließen, dass das Urteil auf diesen Angaben B G's im Ermittlungsverfahren beruht (§ 337 Abs. 1 StPO).
Die Angaben B G's hat das Schwurgericht lediglich an solchen Stellen der Beweisführung verwertet, die nichts mit der eigentlichen Tatbegehung zu tun haben oder in anderer Weise von B G oder anderen Zeugen hinreichend bestätigt wurden. Dass H K vom neben ihm sitzenden Beifahrer erschossen wurde, als B G den PKW seines Cousins führte, hat B G in der Hauptverhandlung selbst zugegeben.
Diese Aussage korrespondiert mit weiteren Zeugenaussagen. Zur Widerlegung der wenig detailreichen Angaben B und Has G's zu einem angeblichen vierten Familienmitglied, das unvorhersehbar spontan und ohne Billigung der übrigen Fahrzeuginsassen H K erschossen habe, und zur Überzeugungsbildung von der gemeinschaftlichen Tötung H K s unter Beteiligung von Han G hat das Schwurgericht nicht auf die Angaben B G's im Ermittlungsverfahren, sondern auf mehrere Aussagen geschehensnaher Zeugen, das Spurenbild im PKW der Angeklagten, ihre Einlassungen in der Hauptverhandlung zum Tatgeschehen und die Feststellungen zur tatnahen Festnahme zurückgegriffen.
Dass die bei seiner Mutter gefundene Pistole ihm gehört, hat B G auch in seiner Einlassung in der Hauptverhandlung angegeben. Die weiteren Angaben B G's zur Vorgeschichte der Tat, zu seinen persönlichen Verhältnissen und zur Fahrstrecke waren, soweit die entsprechenden Feststellungen die Angeklagten überhaupt be- und nicht entlasten, angesichts weiterer Beweismittel für die Beweiswürdigung ersichtlich entbehrlich.

2. Zur Sachrüge
Die Sachrüge führt zur Aufhebung des Mordmerkmals der Heimtücke bei allen Angeklagten und zur Aufhebung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe bei den Angeklagten B und Han G.

a. Zum Fehlen einer heimtückischen Tötung
Die Feststellungen des Schwurgerichts belegen eine heimtückische Tötung nicht.

aa. Voraussetzungen für Heimtücke i.S.v. § 211 StGB
Nach ständiger Rechtsprechung handelt heimtückisch, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist der Getötete dann, wenn er nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen, gar mit einem lebensbedrohlichen Angriff rechnet. Diese Arglosigkeit kann aus unterschiedlichen Gründen entfallen. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles (vgl. BGHSt 48, 207, 210 m.w.N.). Heimtückisch handelt nur, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat ausnutzt. Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter sich bewusst ist, einen ahnungs- und schutzlosen Menschen zu überraschen, und dass er diese Situation in ihrer Bedeutung für die Tatausführung erkennt und nutzt (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 11).

bb. Keine Arglosigkeit des Opfers im vorliegenden Fall
Nach diesen Kriterien hält die Annahme einer heimtückischen Tötung revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand: H K rechnete seit geraumer Zeit ernsthaft und begründet mit einem Anschlag auf sein Leben. Deshalb hatte er seine Firma mit Verlust verkauft und war in ein anderes Bundesland umgezogen. Auch noch kurz vor der Tat war er stets misstrauisch und besorgt, wenn ihm in seiner Wohnumgebung fremde Fahrzeuge auffielen. Vor diesem ganz besonderen Hintergrund - einer wesentliche Teile des Lebens bestimmenden jahrelangen Angst vor einem tödlichen Anschlag - durfte sich das Landgericht hinsichtlich der festgestellten wiederholten und eindrücklichen Warnungen H K's durch seinen Sohn vor der Verfolgung durch einen fremden PKW unmittelbar vor der Tat nicht mit der Erwägung begnügen, aus seinen beschwichtigenden Äußerungen gegenüber seinem Sohn G ergebe sich, dass er selbst arglos gewesen sei. Denn dabei hat das Schwurgericht die nahe liegende Möglichkeit außer Acht gelassen (vgl. hierzu BGHSt 25, 365, 367), dass solche Beschwichtigungen gegenüber Kindern gerade auch von tatsächlich besorgten Eltern geäußert werden können, die ihre Kinder damit lediglich in Sicherheit wiegen und beruhigen wollen (vgl. Mosbacher NStZ 2005, 690, 691). In diesem Zusammenhang blieb zudem die Aussage G K's unberücksichtigt, wonach sein Vater mit erheblicher Geschwindigkeit unmittelbar vor die Haustür gefahren sei, um dort zunächst die Kinder mit der Aufforderung aussteigen zu lassen, schnell ins Haus zu laufen; dies spricht dafür, dass H K die Kinder

deshalb in Sicherheit bringen wollte, weil er die Gefahr erkannt hatte.
Bei Berücksichtigung dieser vom Schwurgericht vernachlässigten gewichtigen Umstände, die gegen die Annahme von Arglosigkeit sprechen, vermögen die tatrichterlichen Feststellungen zum Verhalten des Opfers unmittelbar vor Abgabe der tödlichen Schüsse - Abstellen des Fahrzeugs und Abziehen des Fahrzeugschlüssels - alleine die Annahme von Heimtücke nicht tragfähig zu belegen; solches Verhalten kann unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falls auch als nicht besonders überlegtes, eher kopfloses Verhalten eines angstbesetzten Verfolgten gesehen werden.
Abgesehen davon ist auch die subjektive Seite einer heimtückischen Tötung nicht rechtsfehlerfrei belegt. Die Angeklagten können nach den Feststellungen zu ihrer spontanen Verfolgungsfahrt vom Krankenhaus bis zum Wohnhaus ihres Opfers angesichts der Drohungen im Vorfeld kaum davon ausgegangen sein, dass diese Verfolgung unbemerkt und H K arglos geblieben ist.
Der Senat schließt angesichts der Gegebenheiten des vorliegenden Falls aus, dass weitergehende Feststellungen möglich sind, die zur tragfähigen Annahme von Heimtücke führen könnten; dieses Mordmerkmal hat demnach zu entfallen.

b. Zum Fehlen niedriger Beweggründe bei den Angeklagten B und Han G
Bei den Angeklagten B und Han G begegnet auch die Annahme niedriger Beweggründe auf der Grundlage der landgerichtlichen Feststellungen durchgreifenden Bedenken.
Der Verweis des Schwurgerichts auf das als niedrig zu bewertende Motiv der "Blutrache" greift bei diesen Angeklagten zu kurz.

aa. Voraussetzungen für "niedrige Beweggründe" i.S.v. § 211 StGB
Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat "niedrig" sind, also nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, mithin in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag als verwerflich und deshalb als besonders verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen. Dabei ist der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt, zu entnehmen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 41 m.w.N.; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 211 Rdn. 14 ff.).
Gefühlsregungen wie Wut, Zorn, Ärger, Hass und Rachsucht kommen nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind (st. Rspr., vgl. nur BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 16, 22, 23, 28, 30, 36; BGH NStZ 1995, 181; BGH StV 2001, 228, 229). Beruhen diese tatauslösenden und tatbestimmenden Gefühlsregungen dagegen auf dem (berechtigten) Gefühl erlittenen schweren Unrechts und entbehren sie damit nicht eines beachtlichen, jedenfalls einleuchtenden Grundes, spricht dies gegen eine Bewertung als "niedrig" im Sinne der Mordqualifikation (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 18, 30, 32). Schwerwiegende Kränkungen durch das Opfer, die das Gemüt des Betroffenen immer wieder heftig bewegen, können sogar im Fall heimtückischer Tötung die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe unangebracht sein lassen (vgl. Großer Senat BGHSt 30, 105, 119; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 7).

bb. Niedriger Beweggrund bei Tötung aus "Blutrache"
Eine Tötung aus dem Motiv der "Blutrache" ist in aller Regel deshalb als besonders verwerflich und sozial rücksichtslos anzusehen, weil sich der Täter dabei seiner persönlichen Ehre und der Familienehre wegen gleichsam als Vollstrecker eines von ihm und seiner Familie gefällten Todesurteils über die Rechtsordnung und einen anderen Menschen erhebt (BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 29; Nehm in Festschrift für Albin Eser 2005 S. 419, 422 ff.; vgl. zu Tötungen aus "Blutrache" auch BGH, Urt. vom 28. August 1979 - 1 StR 282/79; BGH, StV 1998, 130; BGH, Urt. vom 24. Juni 1998 - 3 StR 219/98; BGH, Beschl. vom 23. März 2004 - 4 StR 466/03 und 9/04). Ein niedriger Beweggrund wird in aller Regel in denjenigen Fällen von "Blutrache" ohne weiteres anzunehmen sein, in denen allein die Verletzung eines Ehrenkodex als todeswürdig angesehen wird oder in denen ein Angehöriger einer Sippe als Vergeltung für das Verhalten eines anderen Sippenangehörigen, an dem ihn keine persönliche Schuld trifft, getötet wird.
Auch die Tötung als Vergeltung für ein als ehrenwidrig bewertetes Verhalten, das indes seinerseits nicht in der Tötung oder zumindest schweren Verletzung einer anderen Person bestand, wird regelmäßig als niedrig zu bewerten sein. Eine differenzierte Betrachtung ist hingegen insbesondere dann geboten, wenn mit der "Blutrache" - wie hier - Vergeltung an jemandem geübt wird, der seinerseits nachvollziehbar als schuldig an der Tötung eines anderen Menschen erachtet wird. Allgemein darf die Bezeichnung eines Motivs als "Blutrache" nämlich nicht die notwendige differenzierte Betrachtung des tatsächlichen Geschehens ersetzen (vgl. Nehm in Festschrift für Albin Eser 2005 S. 419, 424). Bei allgemein motivierten Tötungsantrieben wie Wut, Zorn, Hass oder Verzweiflung kann die Gefahr bestehen, dass sie fälschlich einer mit Selbstverständlichkeit

als niedrig zu bewertenden Blutrache zugeordnet werden, obgleich die Niedrigkeit am Maßstab der inländischen Werteordnung zu verneinen wäre (vgl. Nehm aaO). Gerade bei dem Verlust naher Angehöriger durch eine Gewalttat sind rachemotivierte Tötungen nicht ohne weiteres als Mord aus niedrigen Beweggründen zu bewerten (BGH, Urt. vom 28. August 1979 – 1 StR 282/79; BGH StV 1998, 130; vgl. aber auch Schneider in MünchKomm StGB § 211 Rdn. 86 f.). Hat der Täter aus persönlichen Motiven aufgrund schwerer Kränkung durch Tötung eines ihm besonders nahe stehenden Angehörigen gehandelt, ist diese Form von "Selbstjustiz" zwar keineswegs billigenswert (vgl. BGH StV 1998, 130; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 28; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 7). Die Tat kann aber auch nicht nur deshalb als besonders verwerflich eingestuft werden, weil der Täter aus einem Kulturkreis stammt, in dem der Gesichtspunkt der "Blutrache" bis heute relevant ist (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 211 Rdn. 14b). Es ist also danach zu differenzieren, ob der Angeklagte tatsächlich allein aus einem ersichtlich nicht billigenswerten Motiv der "Blutrache", und damit aus niedrigen Beweggründen, oder aus einer besonderen Belastungssituation infolge des Verlustes seiner wesentlichen Bezugsperson bzw. aus ähnlichen, nicht per se niedrigen Motiven heraus gehandelt hat (vgl. BGH, Urt. vom 24. Juni 1998 - 3 StR 219/98).

Ob ein durch Tötung naher Angehöriger zugefügtes Leid auch jenseits von Spontantaten (hierzu Schneider aaO Rdn. 87) derart erheblich ist, dass der Beweggrund insgesamt nicht mehr als besonders verwerflich und verachtenswert erscheint, kann nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls bestimmt werden. Maßstab sind insbesondere Gewicht und nähere Umstände der Vortat (vgl. BGH StV 1998, 130), u. U. deren strafjustizelle Aufarbeitung, Näheverhältnis zum Getöteten (vgl. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO), Grad fortdauernder persönlicher Betroffenheit (vgl. hierzu auch BGH, Beschl. vom 23. März 2004 – 4 StR 466/03 und 9/04) und konkrete objektive Umstände der Tötung (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 7).

cc. Keine niedrigen Beweggründe der Angeklagten B und Han G im vorliegenden Fall

Nach diesen Kriterien ist die Annahme niedriger Beweggründe bei den Angeklagten B und Han G nicht tragfähig begründet. B G ist der älteste Sohn des auf besonders niederträchtige Weise ermordeten Ham G und muss sich, seit er 20 Jahre alt ist, als Familienoberhaupt maßgeblich um seine Mutter und weitere fünf Geschwister kümmern. Er war - wie Han G - davon überzeugt, dass H K für diesen Anschlag verantwortlich war, weil dieser durch nachdrückliches Zureden Ham G erst dazu gebracht hatte, nach einer Versöhnungszeremonie zum späteren Tatort zu fahren. Trotz der inzwischen vergangenen Zeit war in der Familie des Ermordeten, die auch aufgrund dieser Tat bis jetzt in beengten wirtschaftlichen Verhältnissen zusammenlebt, der Schmerz über die Tat noch deutlich gegenwärtig: die Tötung Ham G's war ständiges Gesprächsthema und insbesondere Han G war davon noch stark emotional betroffen. Die Tat blieb bislang ungesühnt. Der konkrete Entschluss zur Tötung H K's entstand spontan aus der Situation eines zufälligen Treffens am Göttinger Krankenhaus. Angesichts dieser besonderen Umstände entbehrt die Wertung des Landgerichts, auch die Angeklagten B und Han G hätten allein aus einem als niedrig anzusehenden Motiv der "Blutrache" gehandelt, einer tragfähigen Grundlage.

Der Senat schließt aus, dass eine solche angesichts der bisherigen rechtsfehlerfreien Feststellungen noch gefunden werden könnte.

c. Zum Vorliegen niedriger Beweggründe beim Angeklagten Has G

Anders verhält es sich allerdings mit dem Angeklagten Has G , der die tödlichen Schüsse auf H K abgegeben hat. Bei ihm hat das Schwurgericht - anders als bei den noch akut unter den Auswirkungen der Tötung Ham G's leidenden Han und B G - keine eigene besonders gravierende persönliche Betroffenheit durch den Tod seines Onkels festgestellt, die über die Verletzung der "Familienehre" maßgeblich hinausgereicht hätte. Hierfür spricht nicht nur der im Vergleich zu Han und B G fernere Verwandtschaftsgrad zum Getöteten Ham G; dabei handelt es sich um ein Kriterium, das auch nach Auffassung des Gesetzgebers bei der rechtlichen Bewertung der Betroffenheit von einem Tötungsdelikt erheblich ist (vgl. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO). Hinzu kommt die räumliche Entfernung von der Familie des getöteten Ham G: Der Angeklagte Has G lebt seit Jahren in Niedersachsen, während die Familie von Ham G seit vielen Jahren im Saarland ansässig ist. In seiner wirtschaftlichen Existenz war der als Unternehmer erfolgreiche Angeklagte Has G ebenfalls nicht vom Tode Ham G's betroffen. Aufgrund dieser weit größeren räumlichen, familiären und wirtschaftlichen Distanz zum Tode Ham G's erscheint bei Has G das Verhältnis zwischen Anlass und Tat in deutlich weiter reichendem Maße als beim Totschlag verachtenswert und damit niedrig (vgl. auch BGH NStZ 2004, 34); (nur) bei ihm kommen diejenigen Gesichtspunkte zum Tragen, die das Motiv der "Blutrache" in aller Regel als niedrigen Beweggrund kennzeichnen.

3. Zur Beihilfe der Han G

Die tatrichterliche Wertung, Han G habe eine Beihilfe zur Tötung H K's begangen, ist aus revisionsgerichtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Das Schwurgericht hat seine Feststellung, die Angeklagte habe ihren Sohn und ihren Neffen bei der Tötung H K's zumindest psychisch unterstützt und hierdurch eine Beihilfe zu deren Tat geleistet, auf eine Ge-

samtschau aller wesentlichen Umstände gestützt. Auf eine aktive Beihilfehandlung durch mitbestimmenden Einfluss auf das Fahrtziel und den spontanen Tat plan konnte das Schwurgericht vor dem Hintergrund der engen familiären Verbundenheit aus dem besonderen Interesse der Angeklagten an einer Sühne der Ermordung ihres Ehemanns, aus der Tatsache, dass sie das vorherige Reiseziel (Besuch im Krankenhaus) wesentlich bestimmt hatte, und aus ihrem Verhalten bei der Verfolgung durch die Polizei (Verbergen einer Pistole ihres Sohnes am Körper) schließen. Diese Schlussfolgerung beruht auf einer tragfähigen rationalen Grundlage und ist im vorliegenden Fall nicht nur möglich, sondern naheliegend; sie ist vom Revisionsgericht hinzunehmen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Erwägungen des Schwurgerichts über die "Sitzposition" der Angeklagten in diesem Zusammenhang für sich gesehen weniger überzeugen; die Angeklagte konnte angesichts des spontanen Verfolgungsentschlusses bei Fahrtantritt kaum davon ausgehen, dass H K gerade - wie später geschehen - auf der Beifahrerseite erschossen werde.

III. Zu den Mordmerkmalen

Im Ergebnis hat der Wegfall eines Teils der vom Schwurgericht herangezogenen Mordmerkmale folgende Auswirkungen:

1. Zur Strafbarkeit der Has G wegen Beihilfe zum Totschlag

Nach Wegfall des Mordmerkmals der Heimtücke bleibt Has G wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt; B G ist dagegen als Mittäter des gemeinsam ins Werk gesetzten Tötungsgeschehens wegen Totschlags schuldig (vgl. auch BGHSt 36, 231). Die Angeklagte Han G hat eine Beihilfe zur gemeinschaftlichen Tötung von H K begangen, die sich für Has G als Mord aus niedrigen Beweggründen, für B G als Totschlag darstellt.

Danach ist die Angeklagte Han G lediglich wegen einer Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen. Wegen Beihilfe zu einem vom Angeklagten Has G begangenen Mord könnte Han G allenfalls dann verurteilt werden, wenn sie als Gehilfin ihren Tatbeitrag in Kenntnis der niedrigen Beweggründe Has G's erbracht hätte (vgl. BGH NStZ 1996, 384, 385 m.w.N., insoweit in BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 33 nicht abgedruckt). Dass Han G selbst aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat, schließt der Senat wie beim Angeklagten B G aus (s. o.). Die Feststellungen des Schwurgerichts legen zudem nahe, dass die in bäuerlichen Verhältnissen aufgewachsene, des Lesens und Schreibens nicht mächtige, kaum deutsch sprechende und deshalb ganz besonders in ihrem Kulturkreis verhaftete Angeklagte Han G die zur Niedrigkeit der Tötungshandlung des Has G führenden bestimmenden Wertungsgesichtspunkte in ihrem Bedeutungsgehalt geistig nicht nachvollziehen konnte. Auf dieser Grundlage lässt sich der notwendige Vorsatzbezug zum Mordmerkmal des Haupttäters letztlich nicht tragfähig begründen. Da weitergehende Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, ändert der Senat den Schuldspruch auf Beihilfe zum Totschlag (§ 354 Abs. 1 StPO).

2. Zum Verhältnis der Tötungsdelikte

Deshalb kann dahinstehen, ob es sich bei den täterbezogenen Mordmerkmalen um strafschärfende besondere persönliche Merkmale im Sinne von § 28 Abs. 2 StGB und nicht um strafbegründende im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB handelt:

a. Rechtsprechung

Nach der bisherigen Rechtsprechung aller Strafsenate des Bundesgerichtshofs stehen Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB) nicht im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation zueinander, vielmehr bilden sie danach zwei selbständige Tatbestände (st. Rspr. seit BGHSt 1, 368; zuletzt ausführlich BGH NStZ 2005, 381 m.w.N.). Weil die Mordmerkmale des § 211 StGB nach dieser Auffassung die Strafbarkeit im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB begründen, scheidet eine Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB aus. Für den Schuldspruch des Teilnehmers kommt es demnach nicht auf seinen Tatbeitrag, sondern zunächst darauf an, ob der Haupttäter Mordmerkmale verwirklicht oder nicht. Bei täterbezogenen Mordmerkmalen wie den vorliegend in Rede stehenden niedrigen Beweggründen ist nach der bisherigen Rechtsprechung ein Schuldspruch wegen Beihilfe zum Mord auch dann geboten, wenn der Teilnehmer selbst kein derartiges Mordmerkmal verwirklicht, solange er hinsichtlich der niedrigen Beweggründe des anderen Teils vorsätzlich handelt. Dem Teilnehmer kommt in diesen Fällen allerdings die Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB zugute.

b. Literatur

Demgegenüber versteht die Gegenauffassung (soweit ersichtlich ausnahmslos die gesamte Literatur, vgl. nur Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. Vor §§ 211 ff. Rdn. 3; Jähnke in LK 11. Aufl. Vor § 211 Rdn. 39; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl. Vor § 211 Rdn. 22; Schneider in MünchKomm Vor §§ 211 ff. Rdn. 135 ff.; je m.w.N.) das Verhältnis zwischen den Tatbeständen Mord und Totschlag als Verhältnis von Qualifikation und Grunddelikt.

Die täterbezogenen Mordmerkmale sind demnach nicht strafbegründend im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB, sondern strafschärfend gemäß § 28 Abs. 2 StGB. Dies hat zur Folge, dass der Teilnehmer, der selbst kein Mordmerkmal erfüllt, bei einem täterbezogenen Mordmerkmal des Haupttäters wie dem Handeln aus niedrigen Beweggründen nur wegen Teilnahme zum Totschlag

schuldig gesprochen werden kann; seine Strafe ist in diesem Fall dem - ggf. nach § 27 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten - Strafrahmen des § 212 StGB zu entnehmen.

c. Stellungnahme des Senats

Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verhältnis von Mord und Totschlag werden gewichtige Argumente entgegengehalten: Sie führe zu schwer überbrückbaren Wertungswidersprüchen und unausgewogenen Ergebnissen, widerspreche der sonst üblichen Systematik und sei unnötig kompliziert (vgl. zuletzt nur Puppe, JZ 2005, 902 ff.; Jäger JR 2005, 477, 479 f.; ausführlich etwa Küper JZ 1991, 761 ff., 862 ff. und 910 ff.; Schneider in MünchKomm Vor §§ 211 ff. Rdn. 138 ff.; je m.w.N.; vgl. aus der Rechtsprechung nur: BGHSt 6, 329 und 36, 231 [Mittäterschaft]; BGHSt 23, 39 [gekreuzte Mordmerkmale]; BGH NStZ 2006, 34, und BGH, Urteil vom 24. November 2005 – 4 StR 243/05 [Sperrwirkung der Strafrahmenuntergrenze für Beihilfe zum Totschlag]).

Probleme der bisherigen Rechtsprechung werden am vorliegenden Fall besonders anschaulich: Die gemeinschaftlich durch Has und B G begangene Tötung H K's kann schwerlich als Verwirklichung zweierlei verschiedenen Unrechts und zweier selbständiger Tatbestände verstanden werden, sondern stellt sich als ein Tötungsunrecht im Sinne von § 212 StGB dar, zu dem lediglich bei einem der Täter mit dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe besonders erschwerende persönliche Umstände (vgl. § 28 Abs. 2 StGB) hinzukommen; ein solches Verhältnis entspricht nach der üblichen Systematik demjenigen zwischen Grunddelikt und Qualifikation. Dies wird besonders deutlich, wenn es um die Bewertung des Tatbeitrags von Han G geht: Ihre Unterstützung der gemeinschaftlichen Tötung H K s lässt sich nicht künstlich in eine objektive Beihilfe zum Mord durch Has G und eine (hierzu tateinheitliche) objektive Beihilfe zum Totschlag durch B G aufspalten. [...]

Standort: § 239 a StGB Problem: Anwendbarkeit im 2-Personen-Verhältnis

BGH, URTEIL VOM 08.03.2006
5 STR 473/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten stellten das Opfer auf der Toilette einer Bar, wo sie es schlugen und bedrohten und so zur Herausgabe seines Geldes bewegen wollten. Das Opfer erklärte, kein Geld bei sich zu führen, erklärte sich jedoch bereit, von einem in der Nähe befindlichen Geldautomaten Geld abzuheben und dieses den Angeklagten auszuhändigen. Diese begaben sich daraufhin mit dem Opfer zum Geldautomaten, wo jedoch die Abhebung scheiterte, da das Opfer sein Tageslimit bereits ausgeschöpft hatte. Daraufhin nahmen die Angeklagten dem Opfer sein Handy und das Bargeld weg, das er bei sich trug. Das Landgericht Berlin verurteilte die Angeklagten wegen schweren Raubes (§§ 249 I, 250 StGB) und gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I StGB). Der BGH führt aus, dass zusätzlich noch eine Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubes (§ 239 a StGB) gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Die teleologische Reduktion von §§ 239 a, b StGB in Zwei-Personen-Verhältnissen stellt in beiden Examen ein klassisches Problem dar, da diese Tatbestände im Zusammenhang mit äußerst examensrelevanten Delikten wie Raub (§ 249 I StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255 StGB) häufig zu erörtern sind.

Vom Wortlaut her sind die §§ 239 a, b StGB, die bis 1989 noch zwingend ein Dreiecksverhältnis voraussetzten, mittlerweile auch in Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar (da der Tatbestand z.B. des § 239 a StGB bereits erfüllt ist, wenn der Täter "einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt, um die Sorge des Opfers um sein Wohl [...] zu einer Erpressung (§ 253) auszunutzen"). Eine uneingeschränkte Anwendung dieser Tatbestände in Zwei-Personen-Verhältnissen würde jedoch dazu führen, dass die Delikte, die solche Konstellationen klassischerweise erfassen - wie insb. §§ 249 I; 253 I, 255 StGB (oder § 177 I StGB im Verhältnis zu § 239 b StGB) -, letztlich durch die hohe Mindeststrafe der §§ 239 a, b StGB "ausgehebelt" würden.

Deshalb besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass die §§ 239 a, b StGB in Zwei-Personen-Verhältnissen einer teleologischen Reduktion bedürften. Nach unterschiedlichen Lösungsversuchen verschiedener BGH-Senate hat der Große Strafsenat des BGH (BGHSt 40, 350) darauf abgestellt, dass es sich bei §§ 239 a, b StGB um unvollkommen zweiaktige Delikte handele. Zwischen dem - objektiv erforderlichen - Akt des Sich-Bemächtigens oder Entführens und dem - in die Tätervorstellung verlagerten - Akt des Ausnutzens (zu einer Erpressung bei § 239 a StGB bzw. zu einer qualifizierten Nötigung bei § 239 b StGB) müsse ein funktionaler Zusammenhang in der Weise bestehen, dass der Täter im Zeitpunkt der Vornahme des ersten Aktes grundsätzlich die Vorstellung haben muss, dass die von ihm durch den ersten Akt geschaffene Zwangslage vor ihrer Ausnutzung eine gewisse Stabilisierung erfahren wird (vgl. auch die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 6 ff.).

In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH in konsequenter Fortführung der bisherigen Rechtspre-

chung, dass das Verhalten der Angeklagten in der Bar noch keinen erpresserischen Menschenraub darstelle, da hier zwar ein Sich-Bemächtigen durch die Schläge und die Drohungen gegeben sei, die Bemächtigungslage aber unmittelbar und nicht erst nach Eintritt einer Stabilisierung ausgenutzt werden sollte. Eine solche Stabilisierung der Zwangslage sei jedoch gegeben, sofern man als abgenötigtes Verhalten die Duldung der Wegnahme des Handys und des Bargeldes am Geldautmaten ansehe, da allein durch den Weg, den Opfer und Täter zum Geldautomaten gemeinsam zurücklegen müssten, die erforderliche Stabilisierung eintrete. Interessant ist insofern, dass der BGH es für unbeachtlich hält, dass das Verhalten, das das Opfer nach Stabilisierung der Zwangslage vornimmt (Duldung der Wegnahme des Geldes) nicht dem Verhalten entspricht, das die Täter ursprünglich geplant hatten (Abhebung von Geld am Automaten).

Ein weiterer Punkt, den der BGH (nach seiner Auffassung allerdings folgerichtig) gar nicht erörtert ist die Tatsache, dass das abgenötigte Verhalten einen (schweren) Raub darstellt, § 239 a StGB allerdings voraussetzt, dass der Täter handelt, um eine Erpressung zu ermöglichen. Dass der Täter die Absicht hat, einen Raub zu ermöglichen schließt jedoch nach der Rechtsprechung eine Anwendung des § 239 a StGB nicht aus, da sie den Raub nur als lex specialis der (räuberischen) Erpressung ansieht (vgl. BGHSt 7, 252; BGH, NStZ 1999, 350; 2003, 604). Somit hat ein Täter, der einen Raub ermöglichen will, immer auch die Absicht, eine (darin stets enthaltene) räuberische Erpressung zu ermöglichen. Da die Literatur ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Raub und räuberischer Erpressung annimmt (vgl. Rengier, JuS 1981, 661; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 11 mwN), muss sie - im Gegensatz zur Rechtsprechung - in den Fällen, in denen der Täter einen Raub ermöglichen will, den Tatbestand des § 239 a StGB allerdings ablehnen. Sie löst solche Fälle dann allerdings über § 239 b StGB.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Anwendbarkeit von § 239 a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis: *BGH*St 40, 350; *BGH*, NStZ 2005, 508; *Baier*, JA 2000, 191; *Fahl*, Jura 1996, 496

❑ Zur Anwendbarkeit von § 239 a StGB bei Absicht zur Ermöglichung eines Raubes: *BGH*, NStZ 2003, 604; NStZ-RR 2004, 333; *Ingelfinger*, JuS 1998, 531

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

§ 239 a I StGB setzt ein Entführen oder ein Sich-Bemächtigen eines Menschen voraus. Ein solches liegt im - auch bei zwei Mittätern gegebenen - "Zwei-Personen-Verhältnis" vor, wenn der Täter die physische Herrschaft über einen anderen erlangt, wobei weder eine Ortsveränderung erforderlich ist, noch der Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt sein muss. Allerdings verlangt eine solche Bemächtigungssituation, dass diese im Blick auf die erstrebte Erpressungshandlung eine eigenständige Bedeutung hat; sie setzt ferner eine gewisse Stabilisierung der Beherrschungslage voraus, die dann durch den Täter ausgenutzt werden soll.

Sachverhalt:

Die Angeklagten hielten sich am 6.1.2005 in der B-Bar am Brunsbüttler Damm in Berlin-Spandau auf. In dieser Gaststätte saß auch der später geschädigte He mit zwei Begleitern an einem gesonderten Tisch. Der Angeklagte L, von imposanter und furchteinflößender Statur, kam an den Tisch der drei und forderte: "Jetzt legt jeder von euch zehn Euro auf den Tisch, sonst gibt's richtig Stress". Hierzu waren diese nicht bereit. Der Mitangeklagte H machte dem Geschädigten He den Vorschlag, mit ihm auf die Toilette zu gehen, um dort alles in Ruhe zu besprechen. Der Angeklagte L folgte auf ein Zeichen des Mitangeklagten. Nachdem sich die Angeklagten kurz verständigt hatten, schlugen sie beide im Bereich der Herrentoilette mit der flachen Hand und mit der Faust dem Geschädigten He mehrfach ins Gesicht und forderten vom ihm die Herausgabe seiner Wertsachen. He erlitt schmerzhafte Prellungen im Gesicht, blutete aus der Nase und Oberlippe; zudem brach ein Stück eines Schneidezahns ab. Der Mitangeklagte H bedrohte den Geschädigten im Anschluss an die Misshandlungen mit einem Teleskopschlagstock, den ihm vorher der Angeklagte L gereicht hatte. Der Geschädigte, der innerhalb des Lokals keine Hilfe mehr erwartete, nachdem die Angeklagten zwischenzeitlich einen seiner Begleiter und den Wirt "abgewimmelt" hatten, erklärte den Angeklagten, er habe kein Geld bei sich, könne aber welches am Geldautomaten abheben. Er wusste dabei, dass er das Tageslimit für sein Konto bereits ausgeschöpft hatte, hoffte aber, auf diese Weise den Angeklagten entkommen zu können. Die Angeklagten, die dem Geschädigten einschärften, sich unauffällig zu verhalten, folgten dem Geschädigten zum Geldautomaten am Spandauer Rathaus, wobei sie für ein kurzes Stück den Bus benutzten. Am Geldautomaten misslang wegen des bereits erschöpften Tageslimits ein dreimaliger Versuch des Geschädigten, Geld abzuheben. Daraufhin nahmen die Angeklagten dem Opfer Bargeld in Höhe von etwa 100 € sowie das Handy weg, was der Geschädigte aus Angst vor weiteren Misshandlungen geschehen ließ.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den zur Tatzeit 21-jährigen Ange-

klagten L sowie den knapp zwei Jahre jüngeren Angeklagten H wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung schuldig gesprochen. Den Angeklagten L hat es zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren sechs Monaten, den Mitangeklagten H - unter Einbeziehung früherer Jugendstrafen - zu einer Jugendstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision zu Ungunsten des Angeklagten L, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird. Die Revision der Staatsanwaltschaft führt zu einer Korrektur des Schuldspruchs; im Übrigen bleibt sie ohne Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

Die Revision der Staatsanwaltschaft führt zu einer Korrektur des Schuldspruchs; sie bleibt aber im Übrigen ohne Erfolg.

1. Zum Vorliegen eines erpresserischen Menschenraubs (§ 239 a StGB)

Entgegen der Auffassung des Landgerichts erfüllt das Verhalten der Angeklagten den Tatbestand des erpresserischen Menschenraubes (§ 239 a StGB). Das Landgericht hätte die Angeklagten deshalb wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und erpresserischem Menschenraub schuldig sprechen müssen.

a. Tatbestandliche Voraussetzungen von § 239 a StGB

Der Tatbestand des erpresserischen Menschenraubes setzt ein Entführen oder ein Sich-Bemächtigen eines Menschen voraus. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt im - auch bei zwei Mittätern gegebenen - "Zwei-Personen-Verhältnis" (Täter-Opfer) ein Sich-Bemächtigen vor, wenn der Täter die physische Herrschaft über einen anderen erlangt, wobei weder eine Ortsveränderung erforderlich ist, noch der Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt sein muss (BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Sich-Bemächtigen 6, 7). Allerdings verlangt das Vorliegen einer Bemächtigungssituation, dass diese im Blick auf die erstrebte Erpressungshandlung eine eigenständige Bedeutung hat; sie setzt weiterhin eine gewisse Stabilisierung der Beherrschungslage voraus, die dann durch den Täter ausgenutzt werden soll. Beide Kriterien dienen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 40, 350 ff.) dazu, vor allem bei Zwei-Personen-Verhältnissen den Anwendungsbereich der §§ 239 a, 239 b StGB von demjenigen klassischer Delikte mit Nötigungselementen wie den §§ 177, 253, 255 StGB abzugrenzen (BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Sich-Bemächtigen 4, 8).

b. Kein § 239 a StGB durch Schläge und Drohungen auf der Toilette

Ein Sich-Bemächtigen im Sinne dieser Bestimmung liegt allerdings nicht bereits in dem Veranlassen des Geschädigten, ihnen zur Herrentoilette zu folgen, und den sich daran anschließenden Gewalthandlungen durch die Angeklagten. Durch die Schläge und die Drohung mit dem Teleskopschlagstock hatten sie zwar die notwendige physische Herrschaft über den Geschädigten erlangt. Die Angeklagten forderten jedoch bereits im unmittelbaren Zusammenhang mit den Schlägen die Herausgabe von Geld und Wertsachen. Eine nach dem Tatbestand des § 239 a StGB erforderliche stabile (Zwischen-) Lage als Basis für weitere Nötigungen bestand deshalb nicht (vgl. BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Sich-Bemächtigen 4).

c. § 239 a StGB durch das weitere Geschehen

Der auf den Vorschlag des Geschädigten umgesetzte neue Tatplan, nämlich das Abheben von Geld aus dem Geldautomaten, erfüllt jedoch den Tatbestand des § 239 a StGB. Mit dem Verlassen des Lokals ist eine stabile Bemächtigungssituation entstanden. Diese war bedingt durch die physische Übermacht der beiden Angeklagten und wurde zusätzlich verstärkt durch die fortwirkende Einschüchterung aufgrund der vorangegangenen Misshandlungen. Dabei ist es unerheblich, dass die dann realisierte Bemächtigungslage auf das Opfer selbst zurückging. Sein Vorschlag, den Geldautomaten aufzusuchen und dort Geld von seinem Konto abzuheben, hob die Bemächtigungslage zu seinen Lasten nicht auf. Diese Anregung bedeutete nicht, dass He die Angeklagten - was für sie auch offensichtlich war - freiwillig zu dem Geldautomaten führen wollte. Vielmehr bewirkte er nur eine Änderung der Tatausführung, die ihn zunächst vor weiteren unmittelbar drohenden Handlungen schützen und seine Flucht erleichtern sollte. An der Bemächtigungslage, die zu einer Erpressung des abgehobenen Gel-des dienen sollte, änderte dies nichts, zumal der Geschädigte während des Verbringens zum Geldautomaten auch tatsächlich keine Gelegenheit sah, den Angeklagten zu entkommen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Annahme einer Bemächtigungssituation im Sinne des § 239 a StGB auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Opfer im Vergleich zu seiner bedrängten Situation auf der Herrentoilette durch den gemeinsamen Weg zum Geldautomaten nicht in eine qualifiziert schlechtere Lage gebracht worden sei. Das Landgericht leitet dies aus der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderten eigenständigen Bedeutung der Bemächtigungssituation ab. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Mit der eigenständigen Bedeutung der Bemächtigungslage ist - in Abgrenzung insbesondere zu den Raubdelikten - lediglich gemeint, dass über die in jeder mit Gewalt verbundenen Nötigungshandlung liegende Beherrschungssituation hinaus eine weitergehende Druckwirkung auf das Opfer sich gerade auch aus der stabilisierten Bemächtigungslage ergeben und

der Täter beabsichtigen muss, die durch das Sich-Bemächtigen des Opfers geschaffene Lage für sein weiteres erpresserisches Vorgehen auszunutzen (BGH NStZ-RR 2004, 333, 334). Erforderlich ist eine finale Beziehung zwischen der Bemächtigungslage und ihrer Ausnutzung zum Zwecke der Erpressung, an deren Vorliegen hier kein ernsthafter Zweifel bestehen kann. Ob das Opfer aufgrund der ersten Raubattacke in einer bedrängteren Lage war, ist dabei unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, dass nunmehr nach dem modifizierten Tatplan die weitere Kontrolle über das Opfer die Voraussetzung für die erstrebte Erpressung des aus dem Geldautomaten noch zu ziehenden Betrages bilden sollte.

d. Kein Ausschluss von § 239 a StGB durch nachträgliche Änderung der Zielrichtung der Täter

Der Annahme eines erpresserischen Menschenraubes nach § 239 a StGB steht schließlich nicht entgegen, dass der Vermögensverlust sich auf das in seiner Börse mitgeführte Geld und das Handy bezog. Auch die Wegnahme dieser Vermögenswerte erfolgte unter Ausnutzung der vorher geschaffenen Bemächtigungssituation. Die Änderung der Zielrichtung der Wegnahmehandlung nach der fehlgeschlagenen Abhebung vom Geldautomaten stellt dabei eine unerhebliche Abweichung vom Kausalverlauf dar, weil die Angeklagten von ihrem Opfer Geld und Wertsachen wollten und diese letztlich auch erhalten haben. Da der Tatbestand der Erpressung die Raubhandlung mit umfasst, liegt ein erpresserischer Menschenraub auch dann vor, wenn die Bemächtigungslage für einen Raub im Sinne des § 249 StGB ausgenutzt wird (BGH NStZ 2002, 31, 32; NStZ-RR 2004, 333, 334). Die Korrektur des Schuldspruchs kann der Senat selbst vornehmen, weil nicht ersichtlich ist, wie sich der Angeklagte hiergegen hätte anders verteidigen können.

2. Zur Beibehaltung des Strafausspruchs

Einer Aufhebung des Strafausspruchs bedarf es bei dieser Sachverhaltskonstellation nicht, weil der Senat ausschließen kann, dass sich die fehlerhafte Verneinung des Tatbestands des erpresserischen Menschenraubes nach § 239 a StGB auf die verhängte Strafe ausgewirkt hat. Das Landgericht hat nämlich zu Recht den Schwerpunkt der Tat in den Misshandlungen auf der Herrentoilette des Lokals gesehen, die in der Absicht erfolgten, den Geschädigten zur Herausgabe von Geld und Wertsachen zu veranlassen. Es hat weiterhin das Sich-Bemächtigen des Opfers bei der Bemessung der Strafe ersichtlich schärfend gewürdigt, insoweit aber auch rechtsfehlerfrei mildernd berücksichtigt, dass die Idee zur Fahrt zum Geldautomaten vom Opfer selbst ausgegangen ist.

Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft lässt insbesondere die vom Landgericht gegebene Begründung einer Annahme eines minder schweren Falles keinen Rechtsfehler erkennen. Das Landgericht hat insoweit die von der Rechtsprechung verlangte Gesamtwürdigung von Tat und Täter sorgfältig und mit vertretbaren Erwägungen vorgenommen. Das vom Landgericht gefundene Ergebnis hält sich innerhalb des ihm zukommenden Ermessensspielraums (BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall Gesamtwürdigung 7). Es ist offensichtlich, dass der Tatrichter hinsichtlich des erpresserischen Menschenraubes gleichfalls von einem minder schweren Fall im Sinne des § 239 a Abs. 2 StGB ausgegangen wäre und die Strafe trotz unterschiedlicher Höchststrafe gleich bemessen hätte. [...]

Standort: § 263 StGB — Problem: Vermögensschaden bei Subventionen

BGH, BESCHLUSS VOM 26.01.2006
5 STR 334/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte Subventionen für die Renovierung eines denkmalgeschützten Gebäudes erhalten. Hierzu hatte er Rechnungen des Unternehmens eines Bekannten vorgelegt, obwohl dieser die abgerechneten Bauleistungen gar nicht erbracht hatte. Der Angeklagte hatte die Renovierungen zwar tatsächlich durchführen lassen (wovon sich auch eine Bauingeneurin überzeugt hatte), allerdings durch Angestellte seines eigenen Unternehmens.

Das LG Berlin hatte den Angeklagten insb. wegen Betruges (§ 263 I StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da die bisherigen Feststellungen das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht belegten.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Betruges gehört sicherlich zu denjenigen Delikten, die in beiden Examen am häufigsten geprüft werden. Deshalb wird insofern auch eine umfassende Kenntnis der entsprechenden Detailprobleme erwartet.

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, wann ein Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB gegeben ist. Nach ganz herrschender Meinung liegt ein solcher vor, wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen besitzt als davor, wobei der Vermögensbestand anhand einer Gesamtsaldierung zu ermitteln ist (BVerfG, NStZ 1998, 506; BGH, NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70 ff.). Bei Austauschverhältnisses ist demnach ein Vermögensschaden gegeben, wenn der Wert der Leistung des Opfers den Wert der Gegenleistung des Täters übersteigt. Bei Subventionsverhältnissen wie im vorliegenden Fall ist dies nicht

ganz so einfach festzustellen, da der Subventionsgeber keine unmittelbare Gegenleistung des Subventionsempfängers erwartet.

Dennoch, so betont der BGH in dieser Entscheidung, seien auch im Falle der täuschungsbedingten Gewährung von Subventionen die allgemeinen Grundsätze zum Schadensbegriff anwendbar. Die "Gegenleistung" des Subventionsempfängers sei die zweckgerichtete Verwendung der gezahlten Subventionen. Eine zweckwidrige Verwendung der Subventionen führe also zu einem Vermögensschaden. Würde der Subventionszweck trotz Täuschung erreicht, liege also grundsätzlich mangels Vermögensschadens kein Betrug vor. Insofern entspricht die Argumentation des BGH zur Schadensbegründung im vorliegenden Fall (und auch in anderen Fällen, vgl. BGHSt 43, 293; BGH, NJW 1995, 539) im wesentlichen derjenigen zum Betrug bei bewusster Selbstschädigung des Opfers, also vor allem in den Fällen des sog. Spenden- oder Bettelbetrugs (vgl. BGH, NStZ 1995, 134; Jordan, JR 2000, 1563; Rudolphi, NStZ 1995, 289; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 104 mwN), wobei der BGH allerdings in der Gewährung von Subventionen grundsätzlich keine bewusste Selbstschädigung sieht (vgl. BGHSt 19, 44; BGH, NJW 1992, 2167).

Da das Landgericht im vorliegenden Fall den Zweck der Subvention im Urteil nicht genau dargelegt hatte, vermochte der BGH nicht zu prüfen, ob dieser erfüllt oder verfehlt wurde, sodass das Vorliegen eines Schadens nicht festgestellt werden konnte. Er betont jedoch, dass, sofern der Zweck der Subvention die Erhaltung des denkmalgeschützten Gebäudes gewesen sein sollte, dieser Zweck wohl erreicht worden sein dürfte, da die Renovierung ja tatsächlich durchgeführt wurde. Ein Schaden könne dann allenfalls noch darin bestehen, dass der Angeklagte über die fingierten Rechnungen höhere Renovierungskosten veranschlagt hatte als sie tatsächlich angefallen sind.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB, insb. beim Erschleichen von Subventionen: *BGH*St 31, 93; 40, 287; 43, 293; *BGH*, NStZ 1984, 549; 2001, 248; NJW 2004, 3569; *Hilgendorf*, JuS 1994, 466; *Rübenstahl/Wasserburg*, NStZ 2004, 521; *Saliger/Sinner*, NJW 2005, 1073; *Tiedemann*, ZStW 86, 9190; *Wagner*, NStZ 2003, 543

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Listigs Lotterieglück"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn durch die Täuschungshandlung das Gesamtvermögen des Verfügenden gemindert wird. Bei Austauschverhältnissen ist der gebotene Vermögensvergleich aufgrund einer Saldierung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen.

2. Dieser Grundsatz findet auch bei Subventionsleistungen Beachtung, weil dort in vergleichbarer Weise ein durch gegenseitige Pflichten geprägtes Leistungsverhältnis gegeben ist. Das Austauschverhältnis besteht bei der Subventionsgewährung darin, dass der Subventionsnehmer gegenüber dem Subventionsgeber die zweckgerichtete Verwendung der ihm zugewandten Subventionsgelder schuldet. Diese Gegenseitigkeitsbeziehung wird gestört, wenn die Mittelverwendung nicht dem Subventionszweck entspricht. Deshalb fügt derjenige dem Staat als dem Subventionsgeber einen Schaden zu, der sich solche haushaltsrechtlich gebundenen Mittel erschleicht, obwohl er nicht zu der begünstigten Bevölkerungsgruppe zählt. Ein Schaden ergibt sich für den Subventionsgeber dann daraus, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird.

Sachverhalt:

Der Angeklagte erwarb in Berlin-Köpenick in der Wilhelminenhofstraße ein Grundstück. Das mit einem denkmalgeschützten Gebäude bebaute Anwesen wollte er ausbauen und modernisieren.

Zum Zwecke des Ankaufs und des Umbaus des Gebäudegrundstücks nahm der Angeklagte, der im Mai 2000 einen entsprechenden Fördervertrag unterzeichnet hatte, Fördermittel des Landes Berlin in Anspruch, die über die IBB ausgereicht wurden. Danach verpflichtete sich das Land Berlin, das Vorhaben mit einem nicht rückzahlbaren Baukostenzuschuss sowie einem zinslosen Darlehen bis zu einer maximalen Höhe von jeweils 900.000 Euro zu fördern, wobei diese Beträge später durch zwei Änderungsverträge auf jeweils 840.000 Euro reduziert wurden. Die Auszahlung der Fördermittel sollte entsprechend dem Baufortschritt und den eingesetzten Eigenmitteln erfolgen.

Der Angeklagte legte, um Förderbeträge nach Baufortschritt abrufen zu können, Rechnungen der L-GmbH vor, denen keine Leistungen zugrunde lagen. Der anderweitig verfolgte S, der faktisch die L-GmbH leitete, erhielt für die Ausstellung der Scheinrechnungen eine Provision in Höhe von 10 % der Rechnungssumme. Die Arbeiten wurden tatsächlich von den Unternehmen des Angeklagten, der B-GmbH und der D-GmbH, unter der Bauleitung des Angeklagten ausgeführt. Auf der Grundlage der Scheinrechungen leistete die IBB, nachdem die dort beschäftigte Bauingenieurin G den entsprechenden Bautenstand in quantitativer und qualitativer Hinsicht bestätigt hatte, zwischen April und Dezember 2001 in vier Raten Zahlungen in Höhe von ca. 400.000 DM, 720.000 DM, 430.000 DM und nochmals 430.000 DM an den Angeklagten.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts
Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in vier Fällen, Subventionsbetrugs, Steuerhinterziehung in 18 Fällen, versuchter Steuerhinterziehung sowie vorsätzlicher Verletzung der Buchführungspflicht zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision hat [teilweise] Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]
Das Landgericht hat [in der Vorlage der Scheinrechnungen] jeweils einen Betrug zu Lasten des Landes Berlin gesehen, weil der Angeklagte durch die Vorlage der Scheinrechnungen eine Täuschungshandlung begangen habe. Selbst wenn er die Bauarbeiten durch seine eigenen Unternehmen erbracht und den jeweils vertraglich vorgesehenen Bautenstand erreicht hätte, sei bei dem Land Berlin ein Schaden eingetreten. Der Angeklagte habe aufgrund der vertragswidrigen Vorlage von Scheinrechnungen die ihn treffenden vertraglichen Verpflichtungen nicht eingehalten. Da deshalb die Voraussetzungen für die Förderung nicht vorgelegen hätten, sei dem Land Berlin mit der Auszahlung ein die gesamte Subventionsleistung umfassender Schaden entstanden, zumal sich auch nicht feststellen lasse, in welcher Höhe vom Angeklagten erbrachte Aufwendungen in die Sanierung eingeflossen seien.

II. Entscheidung des BGH
Die Verurteilungen wegen Betrugs halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Zum Vorliegen eines Vermögensschadens
Die Ausführungen des Landgerichts zum Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB begegnen durchgreifenden Bedenken.

a. Vermögensschaden beim Betrug, insb. bei Subventionsgewährung
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Vermögensschaden vor, wenn durch die Täuschungshandlung das Gesamtvermögen des Verfügenden gemindert wird (BGHSt 16, 321, 325; 220, 221; 3, 99, 102; BGH NStZ 1997, 32). Bei Austauschverhältnissen ist der gebotene Vermögensvergleich aufgrund einer Saldierung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen. Dieser Grundsatz findet auch bei Subventionsleistungen Beachtung, weil dort in vergleichbarer Weise ein durch gegenseitige Pflichten geprägtes Leistungsverhältnis gegeben ist. Das Austauschverhältnis besteht bei der Subventionsgewährung darin, dass der Subventionsnehmer gegenüber dem Subventionsgeber die zweckgerichtete Verwendung der ihm zugewandten Subventionsgelder schuldet (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 48). Diese Gegenseitigkeitsbeziehung wird gestört, wenn die Mittelverwendung nicht dem Subventionszweck entspricht. Deshalb fügt derjenige dem Staat als dem Subventionsgeber einen Schaden zu, der sich solche haushaltsrechtlich gebundenen Mittel erschleicht, obwohl er nicht zu der begünstigten Bevölkerungsgruppe zählt. Ein Schaden ergibt sich für den Subventionsgeber dann daraus, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird (BGHSt 31, 93, 95). Maßstab für die Schadensbestimmung ist deshalb der Subventionszweck, wie er durch die hierfür einschlägigen Rechtsgrundlagen umschrieben ist. Wird der Zweck erreicht, dann führt ein sonstiger Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze nicht ohne weiteres zu einem Vermögensschaden (vgl. auch BGHSt 31, 93, 96; 19, 37, 45). Dies entspricht im Übrigen der ständigen Rechtsprechung zur vergleichbaren Problematik des Nachteils beim Untreuetatbestand im Sinne des § 266 StGB (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 48, 54).

b. Kein hinreichenden Feststellungen zum Subventionszweck
Das Landgericht hat keine konkreten Feststellungen zu dem hier der Subventionsvergabe zugrunde liegenden Zweck getroffen. Es beschränkt sich auf die Darlegung, dass die Förderleistung in Zusammenhang mit der Sanierung denkmalgeschützter Bauwerke erbracht wurde. Weiterhin nennt es Einzelheiten der Vertragsgestaltung, die z. B. ein Verbot der Einschaltung von Generalunternehmen oder den weitgehenden Ausschluss der Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer enthalten, was das Landgericht zutreffend als Kostensenkungsklausel interpretiert, mit der Verteuerungen durch entsprechende Zuschläge vermieden werden sollen.
Es liegt allerdings nahe, dass der Denkmalschutz, nicht aber wirtschaftspolitische Ziele (etwa die Stützung der mittelständischen Bauwirtschaft) den wesentlichen Zweck der Subventionierung darstellten. Damit wollte der Subventionsgeber die Konservierung und Sanierung von aus kulturellen, geschichtlichen oder architektonischen Gründen erhaltenswerten Gebäuden fördern. Er verfolgte dabei aber ersichtlich auch das Interesse, die Eigentümer solcher Denkmale zu unterstützen, die wegen der erhöhten Aufwendungen und der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeiten bei solchen Bauwerken ein besonderes Opfer tragen müssen. Sollte deshalb die Förderung des Denkmalschutzes der Hauptzweck der Förderung gewesen sein, ist zu beachten, dass der Angeklagte den Subventionszweck - nämlich den denkmalschutzgerechten Umbau des erworbenen Anwesens - jedenfalls dem Grunde nach erfüllt haben könnte. Dies ließe sich folgern aus den Bestätigungen der bei der IBB beschäftigten Ingenieurin G, die quantitativ und qualitativ den Eintritt des den Förderanträgen zugrunde gelegten Bautenstandes

festgestellt hat.
Hätte der Angeklagte diese Sanierungsarbeiten mit eigenen Kräften seiner eigenen Baufirma erbracht, dann wären ihm grundsätzlich Aufwendungen angefallen, die unter dem Gesichtspunkt des Subventionszwecks ersatzfähig wären. Insoweit ist nämlich sowohl der Subventionszweck der Förderung des Kulturguts Denkmal als auch derjenige der individuellen Entlastung des aus dem Denkmalschutz Verpflichteten erfüllt.

c. Bestimmung (der Höhe) des Schadens nicht möglich
Dies hat Auswirkungen auf die Bestimmung des Betrugsschadens.
Schaden in dem hier genannten Sinn ist dann nicht der gesamte ausbezahlte Betrag, sondern lediglich derjenige Anteil, der von dem Subventionsgeber zuviel an den Angeklagten geleistet wurde. Entgegen der Auffassung des Landgerichts erfüllt die wahrheitswidrige Vorlage der Rechnungen nicht schon deshalb den Betrugstatbestand, weil die IBB als Subventionsgeberin die Auszahlung hätte verweigern können, wenn sie die Scheinrechnungen als solche erkannt hätte. Der Beleg durch Rechnungen betrifft nämlich lediglich den verwaltungstechnischen Nachweis der zweckgerechten Erfüllung der Subvention. Eine Täuschung über Nachweise reicht für sich genommen für die Annahme eines Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB nicht aus (vgl. auch BGHSt 31, 93, 96). Der Betrug schützt nämlich nicht die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern ist eine Vermögensstraftat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar (BGHSt 16, 220, 221). Maßgeblich ist deshalb, dass die Inanspruchnahme der Subvention auch zweckwidrig gewesen sein muss (Cramer in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 104). Das Landgericht hätte deshalb den Wert der Aufwendungen bestimmen müssen, die der Angeklagte durch seine Unternehmen (Arbeitskosten, Geräteeinsatz und Material) erbracht hat. Dies kann gegebenenfalls durch sachverständige Hilfe oder im Wege einer Schätzung erfolgen. Die Subventionsquote, die auf den Differenzbetrag entfällt, der sich aus der Summe der Scheinrechnungen abzüglich der tatsächlichen Aufwendungen des Angeklagten errechnet, ergäbe dann den anzusetzenden Betrugsschaden.
Sollte sich nach der oben genannten Rechnungsmethode der Schaden nicht aufklären lassen, käme in Betracht, die an den Zeugen S für die Erstellung der Scheinrechnungen gezahlten Provisionsleistungen in Höhe von 10 % der Rechnungssumme als Mindestschaden anzusehen. Würde sich herausstellen, dass diese Scheinrechnungen dem Erhalt der Subventionsleistungen gedient haben, dann drängte sich auf, dass die eigenen Aufwendungen des Angeklagten wenigstens 10 % unterhalb des Scheinrechnungsbetrages gelegen haben müssen, weil anderenfalls die Einreichung von Scheinrechnungen keinen Sinn für ihn gemacht hätte. Insoweit gelten die Grundsätze, die von der Rechtsprechung zu Schmiergeldern oder Ausgleichzahlungen als Mindestschaden bei Untreue- oder Betrugshandlungen entwickelt wurden (vgl. BGHSt 47, 295, 298 f.; 49, 317, 332 f.; BGH, Urt. vom 2. Dezember 2005 - 5 StR 119/05, zur Veröffentlichung im BGHSt vorgesehen).
Sollte der neue Tatrichter keinen Vermögensschaden feststellen können, käme eine Strafbarkeit nach § 264 StGB in Betracht. Voraussetzung hierfür wäre, dass der Angeklagte als Subventionsempfänger die Subvention für ein von ihm geführtes Unternehmen (zum Begriff vgl. BGH NJW 2003, 2179, 2181) - wie im Tatkomplex 5 der Urteilsgründe - in Anspruch genommen hat (§ 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB). [...]

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Verfassungsmäßigkeit von Sportwetten

BVERFG, URTEIL VOM 28.03.2006
1 BVR 1054/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde darüber zu entscheiden, ob das staatliche Glücksspielmonopol im Freistaat Bayern verfassungsgemäß ist.

Der EuGH hatte bereits mehrfach entschieden, dass ein staatliches Glücksspielmonopol nur dann gerechtfertigt sei, wenn die mit ihm einhergehende Begrenzung privater Aktivitäten auf diesem Gebiet in erster Linie dem Ziel der Bekämpfung von Spielsucht diene (siehe Vertiefungshinweise). Die Finanzierung staatlich-sozialer Aktivitäten aus Glücksspieleinnahmen dürfe allenfalls eine für den Staat erfreuliche Nebenfolge sein, nicht aber der eigentliche Grund der Regelung.

Ganz auf dieser Linie bewegt sich nun auch das BVerfG, soweit es nationales Recht, namentlich Art. 12 I 1 GG angeht: Allein die Verhinderung von Spielsucht, nicht aber die Erzielung staatlicher Einnahmen sei ein legitimer Zweck für die Einschränkung der Berufsfreiheit durch staatliche Glücksspielmonopole. Da das angegriffene Bayerische Staatslotteriegesetz auch, aber nicht nur auf die Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet war, erklärte das BVerfG es für unverhältnismäßig und damit für verfassungswidrig.

Von einer Nichtigkeitserklärung, welche der privaten Veranstaltung von Glücksspielen in Bayern zumindest vorübergehend schrankenlos Tür und Tor geöffnet hätte, sah das BVerfG jedoch ab. Vielmehr sollen die einschlägigen Normen nach dem Urteilstenor trotz ihrer Verfassungswidrigkeit in Kraft bleiben, bis der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Neuregelung geschaffen hat, längstens aber bis zum 31.12.2007. Es ist davon auszugehen, dass nach diesen Vorgaben auch andere Bundesländer, in denen ja ausnahmslos ähnliche Regelungen wie in Bayern existieren, Handlungsbedarf sehen werden.

Prüfungsrelevanz:

Folgende Randbemerkungen könnten im Rahmen von Examensaufgaben noch von Interesse sein:

1. Das BVerfG sieht die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung staatlicher Glücksspielmonopole in Art. 74 I Nr. 11 GG - "Recht der Wirtschaft". Dabei handelt es sich um eine konkurrierende Bundeskompetenz. Die Länder haben die Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich (nur), weil es bisher an einer Regelung im Bundesrecht fehlt (vgl. Art. 72 I GG). Das BVerfG betont daher ausdrücklich, dass die angeregte Neuregelung nicht notwendigerweise von den Ländern kommen muss. Vielmehr könne auch der Bund eine einheitliche Regelung schaffen, die weiteren Voraussetzungen des Art. 72 II GG hierfür lägen vor.

2. Obwohl Art. 12 I 1 GG nur von der Freiheit spricht, den "Beruf frei zu wählen", gehört neben der Berufswahl auch die Berufsausübung nach allg.M. zum Schutzbereich, weil sich in der Berufsausübung täglich die Berufswahl aktualisiert, die eine sich von der anderen also nicht trennen lässt. Aus dem selben Grund erstreckt sich der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG, der nur von der "Berufsausübung" spricht, auch auf die Berufswahl. Dies war hier wichtig, da eine Berufswahlregelung durch Gesetz vorlag.

3. Die vom BVerfG entwickelte "3-Stufen-Theorie" zur Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Art. 12 I 1 GG wird vorliegend zwar nicht explizit erwähnt, aber dennoch angewendet. So spricht das Gericht davon, dass die eingreifende Norm "durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt" sein müsse. Diese Ausrichtung der Rechtfertigungsanforderungen an der Eingriffsintensität ist die wichtigste Konsequenz der "3-Stufen-Theorie".

Das BVerfG stuft das staatliche Glücksspielmonopol übrigens (wie schon vor ihm das BVerwG, vgl. Vertiefungshinweise) als objektive Berufswahlschranke ein, indem es ein "überragend wichtiges Gemeinwohlziel" zur Rechtfertigung fordert, dessen es ja nur auf dieser höchsten Eingriffsstufe bedarf (vgl. zur "3-Stufen Theorie" Pieroth/Schlink, Grundrechte, 19. Aufl., Rz. 846 ff.)

4. Die vom BVerfG vorgenommene Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Norm, ohne deren Nichtigkeit zu erklären, ist im BVerfGG eigentlich nicht vorgesehen. Vielmehr bestimmt § 95 III BVerfGG ausdrücklich: "Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären." Wenn aber kein Gesetz schlimmer wäre als ein verfassungswidriges Gesetz und/oder der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, nimmt sich das BVerfG in st.Rspr. die Freiheit heraus, in solchen Fällen lediglich

die Verfassungswidrigkeit der Norm festzustellen (vgl. BVerfGE 99, 280, 298; 104, 74, 91; 105, 73, 133). In der Literatur (vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., Kommentar zum BVerfGG, Loseblatt, § 95 Rz. 32) wird dies als zulässige richterliche Rechtsfortbildung angesehen.

Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidungen der Vorinstanzen: *BVerwGE* 114, 92; *BayVGH*, GewArch 2001, 65; *VG München*, SpuRt 2001, 208

❑ Zulässigkeit staatlicher Wettspielmonopole im Lichte des Europarechts: *EuGH*, GewArch 2000, 19; RA 2004, 69 = NVwZ 2004, 87

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Alter Mann als Kassenarzt"

Leitsatz:

Ein staatliches Monopol für Sportwetten ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft das Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten, bei denen sich der Veranstalter gegenüber den einzelnen Wettteilnehmern für den Fall der richtigen Voraussage des Ergebnisses eines zukünftigen Sportereignisses zur Vervielfachung des Wetteinsatzes mit einer festen Gewinnquote verpflichtet (sogen. Oddset-Wetten). Die Beschwerdeführerin (Bf.) betreibt ein Wettbüro in München, in dem sie als Buchmacherin gewerbsmäßig Pferdewetten abschließt und vermittelt. Sie beabsichtigt, ihre Tätigkeit über den Bereich des Pferdesports hinaus auf andere Sportereignisse auszudehnen, in denen sie Oddset-Wetten anbieten möchte. Hieran sieht sie sich jedoch durch die geltende Rechtslage gehindert:

Bundesrechtlich stellt § 284 StGB das Veranstalten von verbotenen Glücksspielen unter Strafe, wobei sich die Strafbarkeit auch auf die Werbung für diese erstreckt (§ 284 IV StGB). Im Bund gibt es bis auf zwei Ausnahmen - den Pferdesport (Rennwett- und Lotteriegesetz vom 8. April 1922 [RGBl I, S. 335, 393], zuletzt geändert am 24. August 2002 [BGBl I, S. 3412, 3420]) und einige wenige, noch von den Behörden der ehemaligen DDR kurz vor der Wiedervereinigung erteilte Erlaubnisse - keine Zulassung privater Sportwetten.

Es existiert jedoch ein Staatsvertrag der Länder (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 01.07.2004, BayGVBl 2004, S. 230 - im Folgenden: Lotteriestaatsvertrag), in dem die Länder einen bundesweit einheitlichen Rahmen für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von Glücksspielen geschaffen haben. Ziel der staatlichen Kontrolle von Glücksspielen soll es nach § 1 dieses Vertrages sein,

1. den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,
2. übermäßige Spielanreize zu verhindern,
3. eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken auszuschließen,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß und nachvollziehbar durchgeführt werden und
5. sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird.

Das Bayerische Staatslotteriegesetz vom 29. April 1999 (BayGVBl 1999, S. 226) sieht vor, dass in Bayern Sportwetten nur vom Freistaat Bayern selbst veranstaltet und gewerblich vermittelt werden dürfen. Entsprechende Regelungen existieren in den anderen Ländern. Alle Länder unterhalten Lotterieunternehmen, die im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammen geschlossen sind. Seit 1999 bieten sie auch die Sportwette ODDSET an und vertreiben sie über die Lottoannahmestellen und das Internet.

Die Bf. sieht in dem staatlichen Monopol für Sportwetten, das außerhalb der o.g. Ausnahmen besteht, einen unzulässigen Eingriff in ihre Berufsfreiheit.

Verstößt das staatliche Glücksspielmonopol nach dem Bayerischen Staatslotteriegesetz gegen Art. 12 I 1 GG?

Lösung:

Ein Verstoß gegen die in Art. 12 I 1 GG geregelte Berufsfreiheit liegt vor, wenn das Gesetz in nicht gerechtfertigter Art und Weise in den Schutzbereich des Grundrechts eingreift.

A. Schutzbereich betroffen

"Art. 12 Abs. 1 GG schützt neben der freien Berufsausübung auch das Recht, einen Beruf frei zu wählen. Unter Beruf ist dabei jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient (vgl. BVerfGE 105, 252 [265] m.w.N.).

Sowohl das Veranstalten als auch das Vermitteln von Sportwetten erfüllen diese Merkmale und stehen somit als berufliche Tätigkeiten unter dem Schutz des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG."

I. Erlaubtsein

"Der Qualifizierung als Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG steht nicht entgegen, dass diese Tätigkeiten

nach der in den angegriffenen Entscheidungen vertretenen Auffassung einfachgesetzlich verboten sind und das Anbieten von Wetten in Bayern dem Staat vorbehalten ist. Einer die Merkmale des Berufsbegriffs grundsätzlich erfüllenden Tätigkeit ist der Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht schon dann versagt, wenn das einfache Recht die gewerbliche Ausübung dieser Tätigkeit verbietet. Vielmehr kommt eine Begrenzung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG in dem Sinne, dass dessen Gewährleistung von vornherein nur erlaubte Tätigkeiten umfasst (vgl. BVerfGE 7, 377 [397]), allenfalls hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können.
Dies ist bei der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten durch private Wettunternehmen und der Vermittlung von Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, nicht der Fall, auch wenn zur Begründung der ausschließlichen Zulassung eines staatlich verantworteten Wettangebots angeführt wird, dass die Ausnutzung der natürlichen Spiel- und Wettleidenschaft der Bevölkerung zu privaten und gewerblichen Gewinnzwecken sozial unerwünscht sei. Die Rechtsordnung kennt das Angebot von Sportwetten als erlaubte Betätigung. Das Rennwett- und Lotteriegesetz lässt eine Sonderform des Sportwettens zu und gestaltet den Beruf des Buchmachers für den Abschluss oder das Vermitteln von Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen für Pferde als privates Gewerbe aus. Zudem sind in der Deutschen Demokratischen Republik im Jahre 1990 von einzelnen Gewerbebehörden Erlaubnisse für das Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten durch private Wettunternehmen erteilt worden; das Gewerbegesetz der Deutschen Demokratischen Republik vom 6. März 1990 (GBl I S. 138) sah in § 3 in Verbindung mit der dazu ergangenen Durchführungsverordnung vom 8. März 1990 (GBl I S. 140) die Möglichkeit der Erteilung einer Gewerbeerlaubnis für "Glücksspiele gegen Geld" vor. Schließlich ist das Anbieten von Sportwetten als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Gemeinschaftsrechts anerkannt (vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003 - C-243/01 - Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 52 ff.).”

II. Sportwetten keine rein staatliche Veranstaltung
“Ebenso wenig handelt es sich beim Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten um Tätigkeiten, die von vornherein nur der öffentlichen Hand zugänglich und ihr vorbehalten sind. Ungeachtet der Frage, ob auf diese Weise überhaupt Art. 12 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab ausgeschlossen werden kann (vgl. BVerfGE 41, 205 [218]), folgt allein aus der Monopolisierung der Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Wetten [...] des Staatslotteriegesetzes in Bayern noch nicht, dass die betreffenden Tätigkeiten als solche keiner beruflichen Ausübung durch Private zugänglich sind. Für das Gegenteil spricht wiederum das Rennwett- und Lotteriegesetz. Dieses unterwirft Pferdewetten privater Rennvereine und gewerblich tätiger Buchmacher einer gesetzlichen Regelung, ohne diese mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zu betrauen.”

Mithin ist der Schutzbereich des Art. 12 I 1 GG betroffen.

B. Eingriff
“[Das] in Bayern bestehende staatliche Wettmonopol stellt wegen des mit ihm einhergehenden Ausschlusses gewerblicher Wettveranstaltung durch private Wettunternehmen sowie des Ausschlusses der Vermittlung von Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, den rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin dar.”

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

I. Schranken
“Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit sind nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, der auch für Maßnahmen gilt, die die Freiheit der Berufswahl betreffen (vgl. BVerfGE 7, 377 [399 ff.]; 86, 28 [40]), nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung erlaubt, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt.”
Als derartige Schranke kommt hier das Bayerische Staatslotteriegesetz in Betracht. Es handelt sich um ein Gesetz i.S.d. Art. 12 I 2 GG.

II. Eingriff von Schranken gedeckt
Die Norm muss aber ihrerseits verfassungsgemäß sein, um einen Eingriff in die Berufsfreiheit decken zu können. Hierzu das BVerfG:
“Dies ist der Fall, wenn die eingreifende Norm kompetenzgemäß erlassen wurde, durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. BVerfGE 95, 193 [214]; 102, 197 [212 f.]).”

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit (Kompetenz)
Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit der Norm ist allein die Gesetzgebungskompetenz des Landes fraglich. Diese ergibt sich aus Art. 70 GG, wenn keine sie verdrängende Bundeskompetenz besteht. Hierzu das BVerfG:
“Der Freistaat Bayern war unabhängig von der Rege-

lungszuständigkeit des Bundes für das Strafrecht für den Erlass des Staatslotteriegesetzes zuständig. Das gilt schon deshalb, weil der Bund von einer möglichen Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), abgesehen vom Bereich des Wettens auf Pferdesportereignisse, jedenfalls keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG)."

2. *Materielle Verfassungsmäßigkeit (Verhältnismäßigkeit)*

In materieller Hinsicht muss das die Berufsfreiheit einschränkende Gesetz insbesondere den Anforderungen der Art. 19 I, II und 20 III GG genügen, von denen hier allein die Wahrung des aus Art. 20 III GG ableitbaren Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit fraglich ist. Verhältnismäßig ist ein Gesetz, wenn es zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

a. Legitimer Zweck

Fraglich ist also zunächst, worin legitime Ziele für die Begründung eine staatlichen Glücksspielmonopols liegen können und ob diese dem Bayerischen Staatslotteriegesetz zugrunde gelegen haben.

aa. Bekämpfung der Spielsucht

"Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols und die dadurch beabsichtigte Begrenzung und Ordnung des Wettwesens ist die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht. Dabei handelt es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung steht fest, dass Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen können [wird ausgeführt]. Ohne dass abschließend zu klären ist, inwieweit angesichts dieses Befundes nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Pflicht des Staates zum Schutz der Gesundheit der Bürger besteht, ist die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren jedenfalls ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihre Familien und für die Gemeinschaft führen kann (vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003 - C-243/01 - Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 67 m.w.N.).

Allerdings haben unterschiedliche Glücksspielformen ein unterschiedliches Suchtpotenzial. Bei weitem die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten spielen nach derzeitigem Erkenntnisstand an Automaten, die nach der Gewerbeordnung betrieben werden dürfen. An zweiter Stelle in der Statistik folgen Casino-Spiele. Alle anderen Glücksspielformen tragen gegenwärtig deutlich weniger zu problematischem und pathologischem Spielverhalten bei (vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293 [296]).

Das Suchtpotenzial von Sportwetten mit festen Gewinnquoten kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden. Erste Untersuchungen und internationale Erfahrungen sprechen dafür, dass die Gefährlichkeit zwar geringer als bei den so genannten "harten" Casino-Glücksspielen, aber durchaus vorhanden ist (vgl. Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212 [218]). Wie sich das Suchtpotenzial im Hinblick auf Sportwetten entwickeln würde, wenn diese in erheblich ausgeweitetem Maße praktiziert würden, ist gegenwärtig nicht absehbar. Auch wenn Sportwetten für die große Mehrheit der Spieler reinen Erholungs- und Unterhaltungscharakter haben dürften (vgl. Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212 [218]; Schmidt/Kähnert, Konsum von Glücksspielen bei Kindern und Jugendlichen - Verbreitung und Prävention, Abschlussbericht vom August 2003, S. 166), darf der Gesetzgeber auch bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten schon aufgrund des gegenwärtigen Erkenntnisstandes mit einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial rechnen und dies mit dem Ziel der Abwehr einer höchstwahrscheinlichen Gefahr zum Anlass für Prävention nehmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Jugendschutz."

bb. Verbraucherschutz und Prävention von Straftaten

"Weitere legitime Ziele sind der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung. Allerdings bestehen typische Betrugsgefahren durch manipulierte Spielgeräte und Spielmittel oder durch Einflussnahme auf den Spielverlauf bei Sportwetten mit fester Gewinnquote in geringerem Maße als bei anderen Glücksspielen, da auf ein von dritter Seite veranstaltetes Sportereignis gewettet wird, das der Wettunternehmer selbst nicht beeinflussen kann. Auch die Übervorteilung der Spieler durch Täuschung über die Gewinnchancen ist bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten geringer, da Risiko und Gewinnchance aufgrund der fest vereinbarten Gewinnquoten transparenter sind als bei anderen Glücksspielen.

Stärker als bei Spielformen, bei denen der Veranstalter nur das von den Spielern eingesammelte Geld nach Einbehalt eines gewissen Anteils auskehrt, kann der Spieler hingegen durch die Zahlungsunfähigkeit des Veranstalters gefährdet werden. Wie bei anderen gewerblichen Betätigungen, bei denen dem Unternehmer fremde Gelder anvertraut sind, ist bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten daher die finanzielle Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Veranstalters im Interesse der Wettteilnehmer zu sichern.

Legitimes Ziel eines staatlichen Wettmonopols ist außerdem die Abwehr von Gefahren aus mit dem Wetten verbundener Folge- und Begleitkriminalität. Soweit

insbesondere Sportwetten Suchtpotenzial haben, geht von ihnen auch die typische Gefahr aus, dass Süchtige ihre Sucht durch kriminelle Handlungen finanzieren (vgl. Meyer/Althoff/Stadler, Glücksspiel und Delinquenz, 1998, S. 124 ff.). Wegen der mit Sportwetten erzielbaren hohen Gewinne ist auch der Einstieg des organisierten Verbrechens nahe liegend. Eine für Festquoten-Sportwetten spezifische Gefahr der Begleitkriminalität besteht schließlich im Sportwettbetrug. Die Verbindung von Sport mit Wetten auf den Ausgang von Sportereignissen kann bei Wettteilnehmern zu der Versuchung führen, den Spielausgang nicht dem Glück zu überlassen, sondern das Ergebnis in einem für sie günstigen Sinne zu manipulieren."

cc. Fiskalische Interessen des Staates

"Demgegenüber scheiden fiskalische Interessen des Staates als solche zur Rechtfertigung der Errichtung eines Wettmonopols aus.

Ein Ziel des staatlichen Wettmonopols ist es auch sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird, wie dies nunmehr in § 1 Nr. 5 des Lotteriestaatsvertrags Ausdruck findet. [...] Eine Abschöpfung von Mitteln ist jedoch nur als Weg zur Suchtbekämpfung und als Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolsystem gerechtfertigt, nicht dagegen als selbständiges Ziel.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht es im Spielbankenbeschluss als ein legitimes Ziel angesehen, einen erheblichen Teil der Einnahmen von Spielbanken Gemeinwohlzwecken zuzuführen (vgl. BVerfGE 102, 197 [216]). Dies wurde aber mit den besonderen Gewinnmöglichkeiten begründet, die sich aus dem privaten Betreiben einer Spielbank ergeben. Insofern kann es sowohl zur Verteuerung und damit Reduzierung des Angebots wie zum Ausgleich besonders hoher Gewinnmöglichkeiten gerechtfertigt sein, Gewinne aus Glücksspieleinnahmen über die sonst üblichen Steuersätze hinaus abzuschöpfen. Auch im Spielbankenbeschluss hat der Senat jedoch betont, dass das Ziel, aus fiskalischen Gründen die Einnahmen des Staates zu erhöhen, allein eine Beschränkung der Berufswahlfreiheit nicht rechtfertigen kann (vgl. BVerfGE 102, 197 [216])."

dd. Verhinderung von Gewinnstreben

"Das in § 1 Nr. 3 des Lotteriestaatsvertrags niedergelegte Ziel, "eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken auszuschließen", wäre ebenfalls kein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel, wenn es nur um den Ausschluss privaten Gewinnstrebens gehen sollte. Der Ausschluss privaten Gewinnstrebens kann vielmehr bei einer Tätigkeit, die von Art. 12 Abs. 1 GG gerade auch hinsichtlich ihrer Ausübung zum privaten finanziellen Nutzen geschützt wird, nur ein seinerseits rechtfertigungsbedürftiges Mittel darstellen, mit dem die anderen legitimen Ziele erreicht werden sollen. Ein legitimes Ziel ist demgegenüber die Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs."

b. Geeignetheit

"Die gesetzliche Errichtung eines staatlichen Wettmonopols stellt grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur Erreichung der legitimen Ziele dar. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88 [115]; 67, 157 [175]; 96, 10 [23]; 103, 293 [307]). Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu (vgl. BVerfGE 25, 1 [17, 19 f.]; 77, 84 [106 f.]). Es ist vornehmlich seine Sache, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293 [307]).

Nach diesem Maßstab lässt sich die Annahme des Gesetzgebers, dass die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols ein geeignetes Mittel ist, die mit dem Wetten verbundenen Gefahren zu bekämpfen, im Grundsatz nicht beanstanden. Dies gilt auch für die Annahme, dass eine Marktöffnung aufgrund des dann entstehenden Wettbewerbs zu einer erheblichen Ausweitung von Wettangeboten und diese Ausweitung auch zu einer Zunahme von problematischem und suchtbeeinflusstem Verhalten führen würde.

Die Eignung entfällt nicht deshalb, weil das staatliche Wettmonopol nur beschränkt durchsetzbar ist. Es wird immer auch illegale Formen des Glücksspiels geben, die nicht völlig unterbunden werden können. Auch bestehen unter den heutigen technischen Bedingungen die Möglichkeiten, Sportwetten über das Internet weltweit zu platzieren, ohne dass der Staat deren Verfügbarkeit in Deutschland völlig unterbinden könnte. Aus der technischen und ökonomischen Entwicklung folgende Vollzugshindernisse machen jedoch eine prinzipiell geeignete Organisation staatlicher Gemeinwohlverfolgung auf nationaler Ebene nicht ungeeignet."

c. Erforderlichkeit

"Der Gesetzgeber durfte auch von der Erforderlichkeit eines Wettmonopols ausgehen. Er verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ebenfalls über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. BVerfGE 102, 197 [218]). Infolge dieser Einschätzungsprärogative können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts wie der Abwehr der Gefahren, die mit dem Veranstalten und Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind, für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten

Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1 [12, 19 f.]; 40, 196 [223]; 77, 84 [106]).

Nach diesen Maßstäben ist die Einschätzung der Erforderlichkeit eines Wettmonopols durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, Verbraucher- und Jugendschutz sowie die Vermeidung von Folge- und Begleitkriminalität grundsätzlich auch durch die Normierung entsprechender rechtlicher Anforderungen an ein gewerbliches Wettangebot privater Wettunternehmen zu realisieren. Deren Einhaltung könnte durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht sichergestellt werden (vgl. auch EuGH, Urteil vom 6. November 2003 - C-243/01 - Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 73 f.). Hinsichtlich der Suchtgefahren durfte der Gesetzgeber jedoch angesichts seines weiten Beurteilungsspielraums davon ausgehen, dass sie mit Hilfe eines auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichteten Wettmonopols mit staatlich verantwortetem Wettangebot effektiver beherrscht werden können als im Wege einer Kontrolle privater Wettunternehmen (vgl. BVerfGE 102, 197 [218 f.])."

d. Angemessenheit

"Das in Bayern errichtete staatliche Wettmonopol stellt jedoch in seiner gegenwärtigen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Bürgern ist der - strafbewehrte - Ausschluss gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen nur dann zumutbar, wenn das bestehende Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dient."

aa. Bayerisches Staatslotteriegesetz

"Das Staatslotteriegesetz regelt vor dem Hintergrund des § 284 StGB, dass allein der Freistaat Bayern Wetten - allerdings nicht Pferdewetten - veranstalten darf (Art. 2) und dass sie nur in solchen Annahmestellen gewerblich vermittelt werden dürfen, die eine schriftliche Vereinbarung mit der staatlichen Lotterieverwaltung geschlossen haben (Art. 3 Abs. 1). Der auch im Freistaat Bayern geltende Lotteriestaatsvertrag konkretisiert die für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen maßgeblichen Ziele und enthält Vorgaben für Art und Umfang der Werbemaßnahmen sowie über die Bereithaltung von Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten (§ 4). Der Freistaat Bayern hat, wie die anderen Länder auch, nach § 5 des Lotteriestaatsvertrags die ordnungsrechtliche Aufgabe, ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Diese Vorgaben reichen nicht, um die dem Wettmonopol zugrunde liegenden gewichtigen Gemeinwohlbelange zu verwirklichen. Eine Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und problematischem Spielverhalten ist allein durch ein staatliches Wettmonopol noch nicht gesichert. Ein Monopol kann auch fiskalischen Interessen des Staates dienen und damit in ein Spannungsverhältnis zu der Zielsetzung geraten, die Wettleidenschaft zu begrenzen und die Wettsucht zu bekämpfen. [...]

Das Staatslotteriegesetz enthält nahezu ausschließlich Bestimmungen zur Zuständigkeit und Organisation. Die in Art. 4 des Staatslotteriegesetzes geregelten inhaltlichen Anforderungen an staatliche Lotterien und Wetten beschränken sich dabei auf die - für Wetten mit festen Gewinnquoten allerdings suspendierte - Vorgabe, dass in den amtlichen Spielbedingungen mindestens die Hälfte des Spielkapitals zur Ausschüttung an die Spielteilnehmer vorzusehen ist, sowie auf eine Definition des Begriffs Spieleinsatz. Im Übrigen wird nur bestimmt, dass die Spielbedingungen durch die Staatliche Lotterieverwaltung mit Zustimmung des Staatsministeriums der Finanzen festgesetzt werden. Sowohl die Definition der maßgeblichen inhaltlichen Anforderungen als auch die Ausgestaltung des tatsächlichen Wettangebots obliegen danach allein der Staatlichen Lotterieverwaltung und dem Staatsministerium der Finanzen. Damit ist nicht durch strukturelle Vorgaben, etwa die Einschaltung einer neutralen Kontrollinstanz, dafür vorgesorgt, dass die fiskalischen Interessen hinter das Ziel der Erreichung der Schutzzwecke des Gesetzes zurücktreten."

bb. § 284 StGB

"Auch die Vorschrift des § 284 Abs. 1 StGB beseitigt das verwaltungsrechtliche Regelungsdefizit des Staatslotteriegesetzes nicht. § 284 StGB enthält keine inhaltlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Wettangebots."

cc. Lotteriestaatsvertrag

"Das verwaltungsrechtliche Regelungsdefizit wird nicht durch den von sämtlichen Ländern ratifizierten Lotteriestaatsvertrag ausgeglichen. Dabei ist angesichts des bayerischen Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland vom 23. November 2004 (BayGVBl S. 442) davon auszugehen, dass die im Lotteriestaatsvertrag enthaltenen Vorgaben für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von Glücksspielen im Freistaat Bayern unmittelbar Anwendung finden und das Staatslotteriegesetz ergänzen sollen.

Zwar bestimmt § 4 des Lotteriestaatsvertrags über den allgemeinen Verweis auf die Ziele des § 1 des Lotte-

riestaatsvertrags hinaus, dass die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen und Werbemaßnahmen nach Art und Umfang nicht irreführend und unangemessen sein dürfen sowie dass seitens der Veranstalter, Durchführer und gewerblichen Spielvermittler Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten bereitzuhalten sind. Dies gewährleistet jedoch allein noch nicht eine Begleitung des Wettangebots durch aktive Maßnahmen zur Suchtbekämpfung und zur Begrenzung der Wettleidenschaft. Vor allem die Anforderungen an Werbemaßnahmen zielen letztlich nur auf die Verhinderung von grundsätzlich unlauterer oder im Einzelfall übertriebener Werbung, verhindern aber keine ausschließlich am Ziel expansiver Vermarktung orientierte Werbung."

D. Ergebnis

Die gegenwärtige gesetzliche Regelung des staatlichen Glücksspielmonopols im Bayerischen Staatslotteriegesetz greift in unangemessener Weise in die Berufsfreiheit privater Anbieter ein. Zwar wäre ein solcher Eingriff angemessen und damit insgesamt verhältnismäßig, wenn er ausschließlich der Verhinderung von Spielsuchtgefahren diente; eine solche Ausrichtung lassen die bestehenden Normen jedoch nicht erkennen. Der Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ist somit nicht von den Schranken des Grundrechts gedeckt. Das im Bayerische Staatslotteriegesetz begründete staatlichen Glücksspielmonopol verstößt daher gegen Art. 12 I 1 GG.

[Anm.: Das BVerfG führt in seinem Urteil weiter aus, dass neben der hier interessierenden, lückenhaften gesetzlichen Umsetzung der Bekämpfung von Spielsucht, welche schon für sich genommen zur Verfassungswidrigkeit der Normen führt, die faktischen Verhältnisse, insbesondere die Praxis bei der staatlichen ODDSET-Wette, im Gegenteil auf eine starke fiskalische Motivation hindeuten. Die ODDSET-Wette werde nämlich umfangreich beworben, sei über Internet und Lottoannahmestellen jedermann leicht zugänglich und betreibe kaum Suchtprävention.]

Standort: Zivilrecht — Problem: Ausschlussfrist des § 556 III 3 BGB

BGH, URTEIL VOM 18.01.2006
VIII ZR 94/05 (NJW 2006, 903)

Problemdarstellung:

Der Kl. dieses Prozesses hatte als ehemaliger Wohnungsmieter vom Bekl. Anfang Januar 2004 eine Mietnebenkostenabrechnung für den Zeitraum November 2001 bis Dezember 2002 erhalten. Er entrichtete den ausgewiesenen Nachforderungsbetrag i. H. v. 185, 89 € in Unkenntnis der Regelung des § 556 III 3 BGB. Im anschließenden Rückforderungsprozess kam es sodann entscheidend auf die Frage an, ob § 214 II 1 BGB, der die Rückforderung einer auf einen verjährten Anspruch hin erbrachten Leistung ausschließt, auch dann (entsprechend) anwendbar ist, wenn dem Anspruch des Zahlungsempfängers nicht die Einrede der Verjährung entgegenstand, sondern eine Ausschlussfrist, wie die gem. § 556 III 2, 3 BGB. Der BGH lehnt eine Analogie zu § 214 II 1 BGB ab, da diese Vorschrift dem Umstand Rechnung trage, dass die verjährte Forderung noch bestehe und lediglich in ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt sei. Das Eingreifen einer Ausschlussfrist führe dagegen zum Erlöschen des betroffenen Rechts, was mit der Anwendungssituation des § 214 II 1 BGB nicht vergleichbar sei.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung bietet sich deshalb als Grundlage für eine - hinsichtlich ihres Umfanges eher einfache - Klausur an, da drei examensrelevante Themengebiete berührt werden: Einerseits wird die Pflicht des Wohnungsmieters zur Zahlung sogenannter Mietnebenkosten berührt. Dieser in der Praxis häufig zu Streitigkeiten führende Aspekt des Mietrechts dürfte zwar nicht dergestalt examensrelevant werden, dass die Prüfung von Nebenkostenabrechnungen abverlangt wird, gleichwohl sollte der § 556 BGB als Basis für derartige Nebenkostenabwälzungen auf den Mieter bekannt sein. Zweitens geht es um den bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB ("condictio indebiti") und die verschiedenen hier zu beachtenden Ausschlussgründe. Schließlich wird die Unterscheidung zwischen der Verjährungseinrede und Ausschlussfristen einschließlich der Übertragbarkeit einzelner Vorschriften des Verjährungsrechts auf den letztgenannten Komplex erörtert.

Vertiefungshinweise:

❑ Pflicht des Vermieters, Nebenkostenvorauszahlungen realitätsnah zu kalkulieren: *BGH*, RA 2004, 352 = NJW 2004, 1102

❑ Verjährungsverzicht lässt laufende Verjährungshemmung unberührt: *BGH*, RA 2004, 388 = NJW 2004, 1654

❑ Einschränkung des § 817 S. 2 BGB bei Schneeballsystem ("Schenkkreis"): *BGH*, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Schwarzarbeit"

❑ *Assessorkurs:* "Die gepfändete Mietforderung"

Leitsatz:

Der sich aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB ergebende Bereicherungsanspruch eines Wohnungsmieters, der die wegen Versäumung der Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB nach § 556 III 3 BGB ausgeschlossene Betriebskostennachforderung des Vermieters bezahlt hat, ist nicht in entsprechender Anwendung des § 214 II 1 BGB ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Der Kl. war Mieter einer in W. gelegenen Wohnung des Bekl., für die er neben der Miete vereinbarungsgemäß Vorauszahlungen auf die Betriebskosten entrichtete. Das Mietverhältnis endete zum 31.12.2003. Mit Schreiben vom 26.01.2004 teilte der Bekl. dem Kl. die Betriebskostenabrechnung für den Zeitraum vom 01.11.2001 bis zum 31.12.2002 mit. Die sich daraus ergebende Nachforderung in Höhe von 185,89 € beglich der Kl. In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. den Bekl. nach zweimaliger vergeblicher Mahnung auf Rückzahlung des vorgenannten Betrages nebst Verzugszinsen mit der Begründung in Anspruch genommen, die Nachforderung sei wegen Versäumung der einjährigen Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB nach § 556 III 3 BGB ausgeschlossen gewesen, was er bei der Zahlung - unbestritten - nicht gewusst habe. Ferner hat der Kl. die Erstattung einer vorgerichtlich entstandenen anwaltlichen Auslagenpauschale i. H. v. 3,70 € verlangt.
Hat der Kl. die geltend gemachte Ansprüche ?

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

Lösung:

A. Anspruch auf Rückzahlung der 185,89 € gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der 185,89 € aus § 812 I 1 Fall 1 BGB haben. Dann müsste der Bekl. einen Vermögensvorteil durch Leistung des Kl. ohne Rechtsgrund erlangt haben.

I. Bekl. "etwas" erlangt

Der Bekl. müsste also zunächst "etwas" i. S. d. § 812 BGB, d. h. einen vermögenswerten Vorteil erlangt haben. Dieser Vermögensvorteil kann jede Verbesserung der Vermögenssituation sein (Jauernig/Schlechtriem, § 812 Rz. 2).
Der Bekl. hat hier seitens des Kl. eine Zahlung i. H. v. 185,89 € erhalten. Ob dem Bekl. hier Eigentum und Besitz an entsprechendem Bargeld verschafft wurde oder er lediglich eine entsprechende Kontogutschrift verbuchen konnte, kann letztlich dahinstehen. Jedenfalls hat er einen Vermögensvorteil in Höhe dieser 185,89 € erlangt.

II. Durch Leistung des Kl.

Die Vermögensverschiebung zugunsten des Bekl. müsste durch eine Leistung des Kl. bewirkt worden sein. Unter Leistung wird die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens verstanden (Palandt/Sprau, § 812 Rz. 3; Jauernig/Schlechtriem, § 812 Rz. 4; zweifelnd Münch.Komm.BGB/Lieb, § 812 Rz. 26 ff).
Der Kl. hat die 185,89 € an den Bekl. gezahlt, um seiner vermeintlichen Pflicht aus dem Mietvertrag, für den Zeitraum November 2001 bis Dezember 2002 Mietnebenkosten zu tragen, endgültig nachzukommen. Es lag mithin eine Leistung mit dem Ziel vor, eigene Verbindlichkeiten aus dem inzwischen beendeten Mietvertrag zu tilgen.

III. Ohne rechtlichen Grund

Diese Leistung an den Bekl. müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Im Falle des § 812 I 1 Fall 1 BGB ("condictio indebiti") ist dies gegeben, wenn die Schuld, welche der Leistende tilgen wollte, tatsächlich nicht bestand (Palandt/Sprau, § 812 Rz. 71).

1. Anspruch des Bekl. gem. § 535 II i. V. m. § 556 BGB als Rechtsgrund

Der Kl. könnte hier allerdings gem. § 535 II i. V. m. § 556 BGB zur Zahlung der Betriebskosten verpflichtet gewesen sein. Die Parteien eines Mietvertrages können vereinbaren, dass der Mieter bestimmte Betriebskosten des gemieteten Objekts neben der Grundmiete zu tragen hat. Im Falle der Vermietung von Wohnraum ist diese Möglichkeit durch § 556 I 2 BGB beschränkt auf die Kosten gem. § 27 BetrKV 2. Liegt eine solche Vereinbarung vor, zählen die durch den Mieter zu erbringenden Zahlungen zur Miete i. S. d. § 535 II BGB (Palandt/Weidenkaff, § 535 Rz. 72).
Hier hat der Bekl. dem Kl. eine Betriebskostenabrechnung erstellt und Nachforderungen geltend gemacht, die sodann auch vom Kl. gezahlt wurden. Es ist daher von der Vereinbarung einer monatlichen Vorauszahlung auf die zu tragenden Betriebskosten nach § 556 II 1 Fall 1 BGB auszugehen, über die nach Maßgabe des § 556 III BGB abzurechnen war. Anhaltpunkte für eine Unwirksamkeit dieser Vereinbarung liegen nicht vor. Damit war der Kl. grundsätzlich nach § 535 II i. V. m. § 556 BGB zur Zahlung der Betriebskosten verpflichtet.

2. Erlöschen des Anspruches des Bekl. gem. § 556 III 3 BGB

Zum Zeitpunkt der Zahlung durch den Kl. Anfang des Jahres 2004 könnte der Anspruch des Bekl. jedoch bereits wegen Versäumung der Abrechnungsfrist des §

556 III 2 BGB gem. § 556 III 3 BGB erloschen gewesen sein. Das setzt voraus, dass der Bekl die Abrechnungsfrist versäumt hat, und dass dieses zum Erlöschen des Nachforderungsanspruches führt.

a. Versäumen der Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB

Zum Zeitpunkt der Abrechnung der Betriebskosten für den Zeitraum November 2001 bis Dezember 2002 im Januar 2004 der BGH:

"Gemäß § 556 III 2 und 3 BGB [...] ist die Betriebskostenabrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen; nach Ablauf dieser Frist ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten. Danach hat der Bekl. dem Kl. die Betriebskostenabrechnung für den Zeitraum vom 01.11.2001 bis zum 31.12.2002 mit Schreiben vom 26.01.2004 nicht fristgemäß mitgeteilt."

b. Erlöschen des Nachforderungsanspruches bei Versäumen der Abrechnungsfrist gem. § 556 III 3 BGB

Für den Fall des Versäumens der Abrechnungsfrist bestimmt § 556 III 3 BGB, dass eine Nachforderdung des Vermieters ausgeschlossen ist, sofern er nicht die Verspätung der Abrechnung nicht zu vertreten hat. Zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 556 III 3 BGB im konkreten Fall und den daraus resultierenden Rechtsfolgen führt der BGH aus:

"Da nicht ersichtlich ist, dass der Bekl. die Versäumung der Frist nicht zu vertreten hat, und entsprechender Tatsachenvortrag von der Revisionserwiderung auch nicht aufgezeigt wird, ist die Geltendmachung der Nachforderung ausgeschlossen. Angesichts dessen hat der Kl. seine Zahlung an den Bekl. entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auf eine nicht bestehende Schuld und damit ohne Rechtsgrund geleistet. Bei nicht fristgerechter Abrechnung verliert der Vermieter den Anspruch auf Nachzahlung von Betriebskosten (so ausdrücklich die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Mietrechtsreformgesetz [im Folgenden nur: Gesetzentwurf], BT-Drucks. 14/4553, S. 37). Die Regelung des § 556 III 3 BGB, die auf § 20 III 4 NMV zurückgeht, enthält ebenso wie diese Vorschrift eine Ausschlussfrist (Gesetzentwurf, BT-Drucks. aaO, S. 51; Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. aaO, S. 87; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/5663, S. 79; ferner Senatsurteil vom 17.11.2004 - VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 unter II 1 b; Senatsurteil vom 09.03.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 unter II 5 c). Der Ablauf einer Ausschlussfrist führt - anders als der Ablauf einer Verjährungsfrist - nicht zu einer bloßen Einredebefugnis gegenüber einem fortbestehenden Recht, sondern hat den Untergang des Rechts zur Folge (vgl. BGHZ 122, 23 [24]; Münch.Komm.BGB/Grothe, 4. Aufl., Bd. 1a, vor § 194 Rz. 10; Staudinger/Peters, BGB [2004], Vorbem. zu §§ 194 ff. Rz. 13, jew. m.w.N.). Der Schuldner, der nach Ablauf einer Ausschlussfrist Leistungen auf einen untergegangenen Anspruch erbringt, leistet ohne Rechtsgrund und kann somit das Geleistete aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht [2002], § 2 Rz. 9)."

3. Zwischenergebnis

Dementsprechend kommt der BGH hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen des § 812 I 1 Fall 1 BGB auch zu folgendem Zwischenergebnis:

"Die Voraussetzungen des vorbezeichneten Anspruchs sind gegeben. Davon geht ersichtlich auch das BerGer. aus. Der Kl. hat dem Bekl. zum Ausgleich seiner Nachforderung in der Betriebskostenabrechnung vom 26.01.2004 185,89 € gezahlt. Diese Leistung ist ohne Rechtsgrund erfolgt, da die Nachforderung des Bekl. ausgeschlossen ist."

IV. Kein Ausschluss

Fraglich ist aber, ob der dem Grunde nach gegebene Anspruch des Kl. aus der condictio indebiti nicht seinerseits wiederum ausgeschlossen ist.

1. § 814 BGB

Hier kommt zunächst der Ausschlussgrund des § 814 BGB in Betracht, wonach derjenige, der eine Leistung solvendi causa erbracht hat, diese nicht zurückfordern kann, wenn er in Kenntnis seiner Nichtschuld geleistet hat. Dieser Ausschlussgrund greift aber nicht schon dann ein, wenn dem Leistenden die Tatsachen bekannt waren, aus denen sich das Entfallen der Leistungspflicht ergab. Vielmehr muss diese Rechtsfolge zumindest im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre auch nachvollzogen worden sein (Münch.Komm.BGB/Lieb, § 814 Rz. 10).

Es reicht demzufolge nicht aus, dass der Kl. wusste, dass seit dem Ende des Abrechnungszeitraums bereits mehr als 12 Monate verstrichen waren. Ihm müsste zum Zeitpunkt seiner Zahlung vielmehr auch klar gewesen sein, dass eine Zahlungspflicht aufgrund dieses Umstandes nicht bestand. Diese Kenntnis des Kl. lag zur Zeit der Zahlung unstreitig nicht vor, so dass § 814 BGB dem geltend gemachten Rückzahlungsverlangen hier nicht entgegensteht.

2. § 214 II 1 BGB analog

Dem Rückzahlungsverlangen könnte § 214 II 1 BGB entgegenstehen, wonach das auf eine verjährte Forderung Geleistete selbst dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn in Unkenntnis der Verjährung geleistet wurde. Die Anwendbarkeit des § 214 II 1 BGB ist jedoch fraglich.

a. § 556 III 2 BGB keine Verjährungsfrist
Den obigen Ausführungen unter A. III. 2. b. zufolge stand dem Anspruch des Bekl. die Frist des § 556 III 2 BGB entgegen. Hierbei handelt es sich nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Ausschlussfrist, deren Ablauf den Nachforderungsanspruch erlöschen lässt. Die auf eine verjährte Forderung abstellende Regelung des § 214 II 1 BGB ist demzufolge ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar.

b. Analoge Anwendbarkeit des § 214 II 1 BGB
Möglicherweise könnte § 214 II 1 BGB auf den Fall einer Zahlung auf eine Forderung, die aufgrund abgelaufener Ausschlussfrist bereits erloschen war, jedoch analog anzuwenden sein. Dann müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen, die aufgrund der vergleichbaren Interessenlage mittels einer Analogie zu § 214 II 1 BGB zu schließen wäre.

aa. Ansicht des BerGer.: Analogievoraussetzungen liegen vor
Das BerGer. hat hier eine solche Analogie befürwortet und dies wie folgt begründet (vgl. LG Hagen, DWW 2005, 238): Die Zahlung auf die verspätet vorgelegte Nebenkosten-abrechnung sei mit der Zahlung auf eine verjährte Forderung vergleichbar. Sie sei auf eine Abrechnung von tatsächlich angefallenen Betriebskosten erfolgt. Daher sei der vorliegende Fall gerade mit dem des § 214 II 1 BGB vergleichbar, denn eine Forderung solle zur Schaffung von Rechtssicherheit nach gewisser und bestimmter Zeit nicht mehr geltend gemacht werden können. Der Zweck der Regelung des § 556 III 3 BGB liege in dem Schaffen einer Abrechnungssicherheit sowie der Vermeidung von Streit. Gerade die Vermeidung von Streitigkeiten sei aber nur dann gewährleistet, wenn eine Zahlung auf eine verfristete Abrechnung nicht zurückverlangt werden könne.

bb. Gegenansicht des BGH
Der BGH ist dieser Argumentation jedoch entgegengetreten:
"§ 214 II 1 BGB, wonach das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, steht dem Bereicherungsanspruch des Kl. nicht entgegen. Diese Bestimmung ist hier entgegen der Ansicht des BerGer. nicht analog anwendbar. Allerdings ist die entsprechende Heranziehung einzelner für die Verjährung geltender Bestimmungen auf Ausschlussfristen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht schlechthin ausgeschlossen; vielmehr ist von Fall zu Fall nach Sinn und Zweck der jeweiligen Bestimmung zu entscheiden, inwieweit Verjährungsvorschriften auf Ausschlussfristen auch dann anzuwenden sind, wenn nicht ausdrücklich auf sie verwiesen wird (BGHZ 122, 23 [25]; 112, 95 [101]; 84, 101 [108]; 73, 99 [101 f.]). Danach kommt hier eine analoge Anwendung des § 214 II 1 BGB nicht in Betracht."

cc. Stellungnahme
Der BGH führt zur Begründung seiner Auffassung folgende Argumente an, aufgrund derer die analoge Anwendbarkeit des § 214 II 1 BGB tatsächlich abzulehnen ist.

(1). Keine Zahlung auf tatsächlich noch bestehende Forderung
"Der Ausschluss der Rückforderung nach § 214 II BGB beruht darauf, dass der Anspruch durch die Verjährung nicht erlischt und der Gläubiger deswegen durch die Leistung des Schuldners nur das erhalten hat, worauf er trotz der Verjährung einen - wenn auch einredebehafteten - Anspruch besaß (Münch.Kom-BGB/Grothe, aaO, § 214 Rz. 9). Nach Ablauf einer Ausschlussfrist erlischt das betroffene Recht gemäß den vorstehenden Ausführungen (unter *A. III. 2. b.*) hingegen, so dass eine gleichwohl noch erbrachte Leistung dann auf eine nicht mehr bestehende Schuld erfolgt. Daher ist § 214 II BGB nach Sinn und Zweck der Vorschrift auf Ausschlussfristen nicht entsprechend anwendbar (Münch.Komm.BGB/Grothe, aaO, § 214 Rz. 9; Staudinger/Peters, aaO, § 214 Rz. 39). Dies gilt auch für die Ausschlussfrist des § 556 III 3 BGB (a.A. Langenberg, Betriebskostenrecht, 4. Aufl., G Rz. 73 mit Verweis auf das Berufungsurteil)."

(2). Sinn und Zweck des § 556 III 3 BGB erzwingen keine abweichende Beurteilung
"Sinn und Zweck des § 556 III 3 BGB rechtfertigen entgegen der Ansicht des BerGer. keine andere Beurteilung. Die Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB und der durch § 556 III 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit für den Mieter und sollen Streit vermeiden (Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/4553, S. 37). Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss (Senatsurteil vom 17.11.2004, aaO, unter II 1 b). Daraus lässt sich nicht herleiten, dass dem Mieter, der in Unkenntnis der Ausschlussfrist geleistet hat, ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch versagt ist."

c. Zwischenergebnis
Damit steht § 214 II 1 BGB dem Rückforderungsanspruch des Kl. weder in direkter noch in analoger Anwendung entgegen.

3. Ausschluss aufgrund deklaratorischen Schuldanerkenntnisses des Kl.

Der Anspruch könnte schließlich aufgrund eines sog. deklaratorischen Schuldanerkenntnisses des Kl. gem. §§ 311, 241 BGB ausgeschlossen sein. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ist ein "Schuldbestätigungsvertrag", durch den die Parteien eine Unsicherheit betreffend ein zwischen ihnen bestehendes Schuldverhältnis dadurch beseitigen, dass der Schuldner auf alle Einwendungen und Einreden verzichtet, die er bei Vertragsschluss kennt oder mit denen er zumindest rechnet (Palandt/Sprau, § 781 Rz. 3 f.). Ein solcher Vertrag könnte hier dadurch zustande gekommen sein, dass der Kl. auf die verspätete Nebenkostenabrechnung des Bekl. zunächst vorbehaltlos zahle. Er könnte hierdurch konkludent darauf verzichtet haben, das zwischenzeitliche Erlöschen des Nachforderungsanspruches des Bekl. geltend zu machen.
Dazu jedoch der BGH:
"Dem Bereicherungsanspruch des Kl. [...] auch kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Kl. entgegen. Vor der Mietrechtsreform war es allerdings herrschende Meinung, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Abrechnungsnachforderung durch den Mieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Ausschluss nachträglicher Einwendungen zur Folge habe (vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 BGB, Rz. 403 f.; Staudinger/Weitemeyer, BGB [2003], § 556 Rz. 133, jew. m.w.N.). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung auch noch nach der Mietrechtsreform berechtigt ist oder ob und inwieweit der Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses nunmehr die dem Mieter gemäß § 556 III 5 BGB zukommende Einwendungsfrist von einem Jahr und das Verbot dem Mieter nachteiliger Regelungen in § 556 IV BGB entgegenstehen (vgl. dazu Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO, Rz. 407 ff.; Staudinger/Weitemeyer, aaO, Rz. 134; Münch.Komm.BGB/Schmid, aaO, § 556 Rz. 102 f.; Sternel, ZMR 2001, 937 [940]; Kinne, GE 2004, 1572 [1581], jew. m.w.N.). Unabhängig davon kommt hier ein dem Bereicherungsanspruch des Kl. entgegenstehendes deklaratorisches Schuldanerkenntnis schon deswegen nicht in Betracht, weil ein solches Anerkenntnis nur die Einwendungen des Schuldners ausschließt, die dieser bei Abgabe der Erklärung kannte oder mit denen er zumindest rechnete (Senatsurteil BGHZ 69, 328 [331]; BGH, Urteil vom 09.02.1998 - II ZR 374/96, WM 1998, 656 unter 1 m.w.N.). Der Kl. wusste aber bei der vorbehaltlosen Zahlung gerade nicht, dass die Betriebskostennachforderung des Bekl. wegen Versäumung der Nachforderungsfrist ausgeschlossen ist, und rechnete hiermit auch nicht."

4. Ausschluss des Rückforderungsanspruches gem. § 242 BGB
Der BGH stellte schließlich klar, dass der Bekl. die Rückzahlung der ohne Rechtsgrund erhaltenen 185,89 € auch nicht gem. § 242 BGB verweigern kann:
"Aus dem gleichen Grunde kann sich der Bekl. entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung gegenüber dem Bereicherungsanspruch des Kl. schließlich auch nicht auf Vertrauensschutz (§ 242 BGB) berufen (vgl. dazu einerseits Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO, Rz. 413, andererseits Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rz. 3273 a)."

V. Ergebnis
Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der 185,89 € aus § 812 I 1 Fall 1 BGB.

B. Anspruch auf Rückzahlung der 185,89 € gem. § 813 I 1 BGB
Ein Anspruch des Kl. aus § 813 I 1 BGB kommt hier nicht in Betracht, da der Kl. den obigen Ausführungen zufolge nicht auf eine bloß einredebehaftete, sondern auf eine tatsächlich bereits erloschene Forderung geleistet hat.
§ 813 I 1 BGB ergänzt indes nur den Tatbestand der condictio indebiti gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB, indem er einen Bereicherungsausgleich auch in Fällen zulässt, in denen auf eine dauerhaft einredebehaftete Forderung (Ausnahme: Verjährung, vgl. §§ 813 I 2, 214 II BGB) geleistet wurde (Münch.Komm.BGB/Lieb, § 813 Rz. 1; Jauernig/Schlechtriem, § 813 Rz. 1).
Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

C. Anspruch auf Erstattung der Auslagenpauschale i. H. v. 3,70 € sowie auf Zahlung von Verzugszinsen
Fraglich ist daher lediglich noch, ob der Kl. auch einen Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen anwaltlichen Auslagenpauschale i. H. v. 3,70 € sowie auf Zahlung von Verzugszinsen geltend machen kann.

I. Ersatz der Auslagenpauschale gem. §§ 280 I, II, 286 BGB
Die Auslagenpauschale könnte als Verzugsschaden gem. §§ 280 I, II , 286 BGB zu ersetzten sein. Dann müsste der Bekl. sich im Schuldnerverzug befunden haben. Bei den Anwaltskosten müsste es sich zudem um einen ersatzfähigen verzögerungsschaden handeln.

1. Verzugsvoraussetzungen gem. § 286 BGB
Schuldnerverzug ist gem. § 286 BGB die schuldhafte Nichtleistung trotz Mahnung auf einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch.
Wie oben geprüft hat der Kl. gegen den Bekl. einen fälligen und einredefreien Anspruch aus § 812 I 1 Fall1 BGB i. H. v. 185, 89 €. Auf diesen Anspruch hat der Bekl. trotz zweimaliger Mahnung nicht gezahlt. Hinsichtlich des Vertretenmüssens greift die Vermutungsregel des § 286 IV BGB zugunsten des Kl. ein.
Die Anspruchsvoraussetzungen des § 280 I, II, 286 BGB liegen damit dem Grunde nach vor.

2. Verzögerungsschaden

Hinsichtlich der Ersatzfähigkeit der Anwaltskosten könnte deren Eigenschaft als Schaden, d. h. als unfreiwillige Vermögenseinbuße, zweifelhaft sein, da die Einschaltung eines Rechtsanwalts grundsätzlich auf einem freiwilligen Willenentschluss des Gläubigers beruht.

Allerdings ist anerkannt, dass Rechtsverfolgungskosten nach Verzugseintritt als Schäden ersetzt verlangt werden können, wenn es sich um sachdienliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Anspruchs handelte. Hierzu zählt in der Regel auch die Beauftragung eines Rechtsanwalts (Palandt/Heinrichs, § 286 Rz. 47). Sofern die anwaltliche Auslagenpauschale mithin nach Verzugseintritt angefallen ist, kann der Kl. diese gem. §§ 280 I, II, 286 BGB auch ersetzt verlangen.

II. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen gem. §§ 286, 288 I BGB

Aufgrund des eingetretenen Schuldnerverzugs ist der Bekl. schließlich gem. §§ 286, 288 I BGB verpflichtet, Verzugszinsen aus 185,89 € i .H. v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 247 BGB auf das Jahr zu zahlen.

Standort: Strafrecht — Problem: Führen eines Fahrzeugs

OLG DRESDEN, BESCHLUSS VOM 19.12.2005
3 SS 588105 (NJW 2006, 1013)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Fahrlehrer, hatte eine Fahrstunde gegeben, obwohl er eine Blutalkoholkonzentration von 1,49 ‰ aufwies. Während dieser Fahrt in einem Fahrschulwagen, der also auch auf dem Beifahrersitz Gas-, Brems- und Kupplungspedale aufwies, hatte der Angeklagte zwar Richtungsanweisungen gegeben und die Fahrschülerin einmal darauf hingewiesen, dass sie zu weit rechts fahre, weiter eingegriffen hatte er jedoch nicht. Das Amtsgericht hatte den Angeklagten wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 I StGB) verurteilt. Auf die (Sprung-) Revision des Angeklagten (§ 335 StPO) hin hob das OLG Dresden diese Verurteilung auf.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 316 I StGB ist in beiden Examen Prüfungsstoff und dort - insb. wegen seiner hohen praktischen Relevanz - regelmäßig Gegenstand von Examensaufgaben.

Tathandlung des § 316 I StGB ist (ebenso wie bei § 315 c StGB) das "Führen" eines Fahrzeugs. Nach ganz herrschender Meinung führt derjenige ein Fahrzeug i.S.v. §§ 315 c, 316 StGB, der das Fahrzeug in Bewegung setzt oder es unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrtbewegung lenkt (BGHSt 36, 343; Tröndle/Fischer, § 315 c Rn. 3 mwN).

Im vorliegenden Fall kam das OLG Dresden zu dem Schluss, dass ein Fahrlehrer, der seiner Fahrschülerin lediglich Anweisungen gibt, ohne in das Fahrverhalten einzugreifen (obwohl er dies wegen der auch an seinem Sitzplatz vorhandenen Pedale könnte), das Fahrzeug nicht i.S.v. §§ 315 c, 316 StGB führt. Dies dürfte auch einer Subsumtion unter die herrschende Definition entsprechen, da der Fahrlehrer vielleicht - weil die Fahrschülerin davon ausgeht, seinen Anweisungen Folge leisten zu müssen - faktisch die Fahrtrichtung des Fahrzeugs bestimmt, er dies aber nicht unter Handhabung der technischen Vorrichtungen tut. Interessant hierbei ist jedoch die Vorschrift des § 2 XV 2 StVG, derzufolge bei einer Fahrschulfahrt der Fahrlehrer und nicht der Fahrschüler als Führer des Fahrzeugs gilt. Das OLG Dresden betont jedoch, das diese Regelung nach Wortlaut und Sinn und Zweck nur im Rahmen des StVG und gegebenenfalls für zivilrechtliche Haftungsfragen Geltung haben soll, nicht jedoch im Strafrecht (a.A.: AG Cottbus, NStZ 2002, 546; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 316 Rn. 23).

Weiter erörtert das OLG, ob vielleicht ein Führen des Fahrzeugs durch den Fahrlehrer im Wege der mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Fall StGB) vorliegt. Nach herrschender Meinung scheidet eine solche bei §§ 315 c, 316 StGB von vornherein aus, da es sich bei diesen Tatbeständen um eigenhändige Delikte handelt (BGHSt 18, 6; Tröndle/Fischer, § 316 Rn. 49). Eine Täterschaft (auch eine mittelbare) würde somit voraussetzen, dass der Täter die Tathandlung selbst vornimmt, also selbst das Fahrzeug führt, so dass eine mittelbare Täterschaft bei §§ 315 c, 316 StGB im Ergebnis ausgeschlossen wäre. Zwar sind nach einer Gegenauffassung §§ 315 c, 316 StGB keine eigenhändigen Delikte (vgl. LK-König, § 315 c Rn. 42; Joerden, BA 2003, 1904). Auch nach dieser Auffassung dürfte jedoch - so das OLG Dresden - eine mittelbare Täterschaft ausscheiden, da die Fahrschülerin als Tatmittlerin den insofern erforderlichen Strafbarkeitsmangel nicht aufweise. Hierbei übersieht das OLG allerdings, dass ein Strafbarkeitsmangel nach wohl herrschender Auffassung (insb. nach der Rechtsprechung) keine notwendige Voraussetzung für eine mittelbare Täterschaft ist sondern eine solche in bestimmten Fällen auch bei einem volldeliktisch handelndem Vordermann in Betracht kommt (sog. "Täter hinter dem Täter", vgl. BGHSt 40, 218; 45, 270; BGH, wistra 2004, 341; Hefendehl, GA 2004, 575; Heine, JZ 2000, 920; SK-Hoyer, § 25 Rn. 87 ff. mwN). Die insofern zumindest von der herrschenden Meinung anerkannte Konstellation der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherr-

schaft (vgl. BGHSt 40, 218; BGH, NStZ 1997, 544; StV 1998, 417; Bloy, GA 1996, 441; a.A.: Rotsch, NStZ 2005, 13; Otto, Jura 2001, 753) wäre auch im vorliegenden Fall - wenn man denn die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft bei §§ 315 c, 316 StGB anerkennt - durch der Erörterung wert gewesen, da eine Fahrschülerin während der Schulfahrt wohl grundsätzlich an die Weisungen ihres Fahrlehrers gebunden sein dürfte.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Führen eines Fahrzeugs i.S.v. §§ 315 c, 316 StGB: *BGH*, NJW 1989, 723; 1990, 1245; NZV 1995, 364; *AG Cottbus*, NStZ 2002, 546; *Hentschel*, JR 1991, 113; *Joerden*, BA 2003, 104

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Skatabend"

Leitsatz:

Ein alkoholisierter Fahrlehrer, der sich während einer Fahrschulfahrt auf die Bestimmung des Fahrtwegs und eine mündliche Korrektur der Fahrweise beschränkt, führt das Fahrzeug nicht i. S. des § 316 I StGB.

Sachverhalt:

A unternahm als Fahrlehrer mit seiner Fahrschülerin F eine Überlandfahrt. Das hierbei benutzte Kraftfahrzeug war als Fahrschulwagen umgebaut und war auch auf der Beifahrerseite mit zusätzlichen Pedalen für Gas, Bremse und Kupplung ausgerüstet. Das Fahrzeug wurde von der F, die zu diesem Zeitpunkt etwa 20 Fahrstunden absolviert hatte, gesteuert. A gab der F während der Fahrt Anweisungen, die den Fahrtweg betrafen. In einem Fall wies er die F an, nicht so weit rechts zu fahren. A war bereits während der Fahrt alkoholisiert. Eine um 18.38 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration von 1,49 ‰ im Tatzeitpunkt.

Hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. § 316 I StGB

A könnte sich dadurch, dass er der F Anweisungen bzgl. der Strecke und der Fahrweise gab und die Möglichkeit hatte, jederzeit über die auch auf seiner Seite befindlichen Pedale in den Betrieb des Fahrschulwagens einzugreifen, wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr gem. § 316 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste zunächst den Tatbestand des § 316 I StGB erfüllt haben, d.h. er müsste vorsätzlich ein Fahrzeug geführt haben, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen.

Fraglich ist bereits, ob A überhaupt ein Fahrzeug geführt hat, da er ja immerhin nicht gesteuert und auch nicht über die Pedale die Geschwindigkeit des Fahrschulwagens kontrolliert hat.

Das OLG Dresden führt hierzu aus: "Nach Art. 103 II GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Vorschrift verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 71, 108 [114] = NJW 1986, 1671; BVerfGE 73, 206 [234] = NJW 1987, 43; BVerfGE 92, 1 [12] = NJW 1995, 1077 = NStZ 1994, 578 m. w. Nachw.).

Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist (BVerfGE 1, 299 = NJW 1952, 737 L; BVerfGE 11, 126 = NJW 1960, 1563; BVerfGE 48, 246 [256] = NJW 1978, 2499).

Der Begriff des 'Führens' in § 316 I StGB kann nicht dahin ausgelegt werden, dass ihm auch ein Fahrlehrer unterfällt, dessen Verhalten sich auf die Bestimmung des Fahrtwegs und eine mündliche Fahrkorrektur beschränkt. Vielmehr hat im vorliegenden Fall ausschließlich die Fahrschülerin das Fahrzeug geführt.

Das StGB definiert den Begriff des 'Führens' nicht.

Nach § 2 XV 2 StVG gilt jedoch der Fahrlehrer bei Fahrschulfahrten als Führer des Kraftfahrzeugs im Sinne dieses Gesetzes (des StVG), wenn der Fahrschüler keine entsprechende Fahrerlaubnis besitzt. Bereits nach ihrem Wortlaut ('im Sinne dieses Gesetzes') hat die Vorschrift damit ausschließlich Geltung für das StVG.

Auch der mit der Vorschrift verfolgte Zweck verbietet eine Übertragung der gesetzlichen Fiktion auf das StGB. Denn die Vorschrift ist ein Schutzgesetz zu Gunsten des Fahrschülers, weil dieser (Janiszewski/Jagow/Burmann, StraßenverkehrsR, 18. Aufl., § 2 StVG Rdnrn. 21 b ff.). Sie dient insbesondere dazu, den Fahrschüler vor einer Strafbarkeit nach § 21 StVG zu schützen und entfaltet im Übrigen nur Wirkung für die Frage zivilrechtlicher Gefährdungshaftung (König, DAR 2003, 448 [449]; Joerden, BA 2003, 104 [106]; König, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 315 c Rdnr. 42; AG Cottbus, NStZ 2002, 546 L = DAR 2003, 476 [4771).

Aus dem Sinn des Wortes 'Führen' in § 316 I StGB und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (vgl. BGHSt 35, 390 [392 f.] = NJW 1989, 723) ergibt sich

nach ständiger Rechtsprechung des BGH, dass nur derjenige Führer eines Fahrzeugs sein kann, wer sich selbst aller oder wenigstens eines Teils der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient, die für seine Fortbewegung bestimmt sind. Es muss also jemand, um Führer eines Fahrzeugs sein zu können, das Fahrzeug unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter Allein- oder Mitverantwortung in Bewegung setzen oder das Fahrzeug unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrbewegung durch den öffentlichen Verkehrraum ganz oder wenigstens zum Teil lenken (BGHSt 18, 6 [8 f] = NJW 1962, 2069; BGHSt 35, 390 [393] = NJW 1989; 723; BGHSt 36, 341 [343 f.] _ NJW 1990, 1245 = NStZ 1990, 232).
Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung war im vorliegenden Fall ausschließlich die Fahrschülerin Führerin des Kraftfahrzeugs.
Der Angeklagte hat keine wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient. Ohne Einfluss auf die rechtliche Bewertung ist dabei, dass der Beifahrer sich vorbehält, im Notfall einzugreifen und die Führung des Fahrzeugs zu übernehmen (BGHSt 13, 226 [227 f.] = NJW 1959, 1883).
Die vom Angeklagten mündlich erteilte Korrektur, nicht so weit rechts zu fahren, führt zu keiner anderen Bewertung.
Nach einer zivilrechtlichen Entscheidung des BGH führt die das Steuer bedienende Person das Fahrzeug dann nicht, wenn sie den Anweisungen der anderen Personen bedingungslos folgt, Art und Richtung der Bewegung des Fahrzeugs ganz dem anderen überlässt und nur ohne eigene Verantwortung dem anderen hilft, der dadurch selbst die Führung des Fahrzeugs übernommen hat (BGH, NJW 1977, 1056 L = VRS 52 [1977] 408 [409]). So liegt der Fall hier nicht. Insbesondere hat das AG gerade nicht festgestellt, dass die Fahrschülerin Art und Richtung der Bewegung des Fahrzeugs ganz dem Angeklagten unter bedingungsloser Folgeleistung überlassen hat.
Nach einer Entscheidung des OLG Hamm betätigt sich jemand an der Führung eines Kraftfahrzeugs, wenn die Fahrkenntnisse des Fahrzeugführers mangelhaft sind und sich der Lenker im Wesentlichen nach den technischen Anweisungen des anderen richtet. In einem solchen Fall hänge das gesamte Fahrgeschehen weitgehend vom Willen des anderen ab, der deshalb als Führer des Kraftfahrzeugs anzusehen sei (OLG Hamm, VRS 37 [1969], 281 [282]). Auch so liegt der Fall hier nicht. Die Fahrschülerin hatte bereits 20 Fahrstunden genommen und absolvierte die Überlandfahrt - abgesehen von der einmaligen mündlichen Korrektur - beanstandungsfrei. Darüber hinausgehende technische Anweisungen hat der Angeklagte nicht gegeben.
Nach einer Entscheidung des OLG Schleswig soll der Führer eines Motorboots auch dann Fahrzeugführer bleiben, wenn er einem Fahrgast die Führung des Ruders und zugleich des Motors überlässt. Der Schiffsführer sei anders als der Halter eines Kraftfahrzeugs zu keiner Zeit bloß Mitfahrender, sondern bleibe auch bei Überlassung des Ruders an einen anderen für die Führung des Schiffs verantwortlich (OLG Schleswig, SchlHA 1970, 196). Auch diese Entscheidung trifft den vorliegenden Fall nicht, weil die Entscheidung ausdrücklich zwischen einem Kraftfahrzeugführer und einem Schiffsführer unterscheidet."
A hat also das Fahrzeug nicht selbst geführt.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 316 I StGB.

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 316 I, 25 I 2. Fall StGB
A könnte sich dadurch, dass er der F Anweisungen bzgl. der Strecke und der Fahrweise gab, wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 316 I, 25 I 2. Fall StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
A müsste zunächst ein Fahrzeug geführt haben. A selbst hat kein Fahrzeug geführt (s.o.). Jedoch hat die F den Fahrschulwagen und somit ein Fahrzeug geführt (s.o.) und diese Handlung der F könnte dem A über § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen sein.
Hierzu das OLG Dresden: "Eine Strafbarkeit des Angeklagten durch anderes strafrechtlich relevantes Verhalten als das der unmittelbaren Täterschaft (§ 25 I Alt. 1 StGB) ist nicht denkbar. Nach der [...] Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der Literatur (Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 316 Rdnrn. 2, 3; König, in: LK-StGB, § 315 c Rdnr. 201 m. w. Nachw.; Janiszewski/Jagow/Burmann, § 316 StGB Rdnr. 2; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 316 Rdnr. 22) handelt es sich bei § 316 StGB um ein eigenhändiges Delikt. Damit ist eine Strafbarkeit auf Grund mittelbarer Täterschaft, Mittäterschaft sowie Nebentäterschaft ausgeschlossen (Tröndle/Fischer, Vorb. § 25 Rdnr. 1; Roxin, in LK-StGB, § 25 Rdnr: 40), und zwar selbst für den Fall, dass man die Rechtsfigur des eigenhändigen Delikts bei § 316 StGB überhaupt in Frage stellen wollte (vgl. allg. Roxin, in: LK-StGB, § 25 Rdnrn. 40 ff.; Schubarth, ZStW 110 [1998], 827).
Eine mittelbare Täterschaft des Angeklagten scheidet nämlich schon deshalb aus, weil bei der Fahrschülerin keine 'Defizite' (Tröndle/Fischer, § 25 Rdnr. 4) festzustellen sind und sie deshalb nicht als Werkzeug (Roxin, in: LK-StGB, § 25 Rdnr. 40; Joecks, in: Münch-Komm-StGB, 1998, § 25 Rdnr. 49) des Angeklagten gehandelt hat."
Eine mittelbare Täterschaft des A ist nicht gegeben und die Handlung der F dem A somit nicht über § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. §§ 316 I, 25 I 2. Fall StGB.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 316 I, 25 II StGB
Auch eine Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlicher Trunkenheit im Verkehr gem. §§ 316 I, 25 II StGB scheidet aus. Nach der herrschenden Meinung stellt § 316 I StGB ein eigenhändiges Delikt dar (s.o.), so dass nur derjenige (Mit-) Täter sein kann, der die Tathandlung - das Führen eines Fahrzeugs - selbst vornimmt. Damit wäre eine Mittäterschaft des A von vornherein ausgeschlossen, da dieser das Fahrzeug nicht selbst führte (s.o.). Selbst wenn man den eigenhändigen Charakter des § 316 I StGB leugnet, wäre eine mittäterschaftliche Begehung nicht gegeben, da die handelnde F selbst nicht fahruntüchtig war und somit den Tatbestand des § 316 I StGB selbst nicht verwirklicht, so dass ihr Verhalten auch nicht dem A als tatbestandsmäßige Handlung zugerechnet werden kann.

D. Ergebnis
A ist straflos.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Schröppel, Otto / Schübel-Pfister, Isabel: "Aktuelles Verwaltungsprozessrecht"
Fundstelle:	JuS 2006, 314 (Heft 4)
Inhalt:	Der Beitrag gibt einen Überblick über examensrelevante Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit, die besprochen und in den Kontext der bisherigen Rechtsprechung gesetzt werden. Es handelt sich in erster Linie um Entscheidungen zum Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, zum allgemeinen Rechtsschutzinteresse und zum Rechtsmittelrecht.

Autor/Titel:	Groh, Thomas / Kaplonek, Benno: "No License to kill"
Fundstelle:	Jura 2006, 304 (Heft 4)
Inhalt:	Es handelt sich um einen Fall zur bekannten "Laserdrome"-Problematik, über welche die RA schon mehrfach berichtet hat. Dieser Fall wird gutachterlich gelöst, wobei der Beitrag mit "Hausarbeit" überschreiben ist, tatsächlich aber allenfalls den Schwierigkeitsgrad einer Fortgeschrittenenklausur erreicht. Er ist daher zur Klausurvorbereitung durchaus geeignet.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Preuß, Nicola: "Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft"
Fundstelle:	JuS 2006, 305 (Heft 4)
Inhalt:	Gem. § 107 BGB bedarf ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger (vgl. §§ 2, 106 BGB) zu einer Willenserklärung, die für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Dies werden gem. §§ 1626 I, 1629 I BGB in der Regel die Eltern des Minderjährigen sein. Da deren Vertretungsmacht wiederum verschiedenen Einschränkungen unterliegt - etwa bleibt das Verbot des Selbstkontrahierens gem. §§ 1629 II 1, 1795 II, 181 BGB grundsätzlich unberührt -, stellt sich häufig die Frage - nicht zuletzt immer wieder bei einem beabsichtigten Grundstückserwerb des Minderjährigen -, inwieweit diese Rechtsgeschäfte überhaupt mit rechtlichen Nachteilen i. S. d. § 107 BGB einhergehen. Die Autorin nimmt zwei aktuelle BGH-Entscheidungen, die u. a. in der RA 2005, 211 und 342 nachzulesen sind, zum Anlass, um dieses examensrelevante Thema zu erläutern.

Autor/Titel:	Vossler, Norbert: "Das sofortige Anerkenntnis im Ziviprozess nach In-Kraft-Treten des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes"
Fundstelle:	NJW 2006, 1034 (Heft 15)
Inhalt:	Die für Praktiker ausgesprochen relevante Frage, wann ein Anerkenntnis des Bekl. im Zivilprozess noch "sofortig" ist und dementsprechend zur Kostenfolge des § 93 ZPO führen kann, wird hier vor dem Hintergrund erörtert, dass das am 01.09.2004 in Kraft getretene Erste Justizmodernisierungsgesetz den § 307 ZPO dahingehend geändert hat, dass nach § 307 S. 2 ZPO n. F. ein Anerkenntnisurteil nun generell ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass nunmehr unabhängig von der Frage, ob schriftliches Vorverfahren gem. § 276 ZPO angeordnet oder früher erster Termin nach § 275 ZPO anberaumt wurde, ein Anerkenntnis dann als "sofortig" einzustufen sei, wenn es noch innerhalb der Klageerwiderungsfrist erklärt wurde. Sofern der Bekl. vorprozessual auch keinen Anlass zur Klageerhebung geboten hat, steht ihm § 93 ZPO offen.

Autor/Titel:	Schreiber, Klaus: "Beschränkte dingliche Rechte"
Fundstelle:	Jura 2006, 270 (Heft 4)
Inhalt:	Nach kurzer und treffender dogmatischer Einleitung zum Charakter dinglicher Rechte und ihrer Abgrenzung zu nur relativ wirkenden obligatorischen Rechten liefert der Autor in diesem Lernbeitrag einen strukturierten Überblick über die verschiedenen dem 3. Buch des BGB bekannten dinglichen Rechte. Er behandelt hierbei auch die Vormerkung und versäumt es nicht, darauf hinzuweisen, dass deren Charakter als dingliches *Recht* durchaus in Zweifel zu ziehen ist. Auch die Frage der Entstehung einer Auflassungsanwartschaft an einem Grundstück im Gegensatz zum Anwartschaftsrecht an einer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten beweglichen Sache wird erörtert. Insgesamt liefert der Beitrag eine gute Möglichkeit, sich einen ersten Überblick über beschränkte dingliche Rechte zu verschaffen oder sein diesbezügliches Wissen durch eine Wiederholung der Grundstrukturen aufzufrischen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit"
Fundstelle:	Jura 2006, 108 (Heft 2)
Inhalt:	Zwar ist nur bei wenigen examensrelevanten Tatbeständen eine objektive Bedingung der Strafbarkeit zu prüfen (insb. §§ 186, 231, 323 a StGB), dort spielt die besondere Einordnung und systematische Stellung dieser Merkmale aber stets - zumindest in Examensaufgaben - eine zentrale Rolle, so dass entsprechende Kenntnisse unerlässlich sind. Leider hält sich dieser Aufsatz lange mit der - grundlegenden aber doch sehr abstrakten - Frage der Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldgrundsatz auf und räumt den interessanteren Punkten - Auswirkung auf Tatzeitpunkt und -ort sowie Darstellung objektiver Strafbarkeitsbedingungen in Klausuren - etwas wenig Raum ein.

Autor/Titel:	Kindhäuser, Urs / Nikolaus, Sonja: "Der Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)"
Fundstelle:	JuS 2006, 193 (Heft 3)
Inhalt:	Bei Examenskandidaten erfreut sich der Tatbestand des Betruges wegen der zahlreichen dort enthaltenen Problemstellungen keiner besonderen Beliebtheit - ganz im Gegensatz zu den Aufgabenstellern. In diesem Aufsatz (dem ersten einer Reihe) erörtern die Verfasser die verschiedenen Tatbestandsmerkmale des Betruges, wobei besonderer Wert auf die Darlegung (und Erörterung) der einschlägigen Definitionen und die Präsentation der verschiedenen möglichen Fallgruppen gelegt wird. Sowohl zur erstmaligen Erarbeitung des Tatbestandes als auch für die Wiederholung unbedingt zu empfehlen.

Autor/Titel:	Kütterer-Lang, Hannah: "Versuch der Anstiftung und Rücktritt - BGH, NJW 2005, 2867"
Fundstelle:	JuS 2006, 206 (Heft 3)
Inhalt:	Die Verfasserin benutzt eine aktuelle Entscheidung des BGH (vgl. RA 2005, 604) als Aufhänger für die Diskussion der verschiedenen Varianten des Rücktritts vom Versuch der Anstiftung (§ 30 I StGB) gem. § 31 I Nr. 1, II StGB, insb. beim untauglichen Versuch der Anstiftung. Lesenswert, wenn auch sehr hart am vorliegenden Fall; mehr allgemeine Ausführungen wären gerade zu diesem Thema willkommen gewesen.