Öffentliches Recht

Standort: Europarecht Problem: "Gericht" i.S.d. Art. 234 EG

EUGH, URTEIL VOM 27.04.2006
C-96/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der EuGH hat es abgelehnt, über einen vom Amtsgericht Niebüll gestellten Antrag im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG zu entscheiden, weil das vorlegende AG kein "Gericht" i.S.d. Art. 234 EG sei.

Zur Begründung führt der EuGH aus, das AG handle in dem Ausgangsverfahren, in dem es um die Zulässigkeit der Vergabe des Familiennamens an ein Kind ging, nicht als Organ der Rechtsprechung, sondern der Verwaltung, da es wegen Übertragung des Rechts zur Bestimmung des Nachnamens des Kindes auf einen seiner Elternteile gemäß § 1617 II, III BGB angerufen worden sei. Damit habe der EuGH keine Kompetenz, über die Vorlagefrage zu entscheiden.

Prüfungsrelevanz:

Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG gehört zu den in Praxis und Examen wichtigsten Verfahrensarten vor dem EuGH. Kenntnisse in diesem Bereich können nicht nur von Wahlfachkandidaten erwartet werden. Das Verfahren, welche stark der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG ähnelt, kann gem. Art. 234 EG explizit nur von einem (nationalen) "Gericht" eingeleitet werden. Für den Gerichtsbegriff hat der EuGH im Laufe der Zeit eine Reihe von Kriterien aufgestellt, welche in der vorliegenden Entscheidung zusammengefasst werden. Wesentlich ist, dass es sich um eine dauerhaft eingerichtete staatliche Stelle handeln muss, die auf gesetzlicher Grundlage Rechtsprechungsaufgaben wahrnimmt und mit unabhängigen Richtern besetzt ist. Dies ist bei den Amtsgerichten in Deutschland normalerweise offensichtlich der Fall. Das Urteil zeigt, dass jedoch in jedem einzelfall genau geprüft werden muss, ob wirklich eine Rechtsprechungsaufgabe wahrgenommen wird. Handelt ein Gericht - wie hier - im Bereich der Verwaltung, ist es in diesem konkreten Fall eben kein "Gericht" i.S.d. Art. 234 EG.

Legt eine andere Stelle als ein Gericht eine Frage zur Vorabentscheidung vor, erklärt sich der EuGH regelmäßig für nicht zuständig, weil Art. 234 EG ihm eben nur die Zuständigkeit zur Entscheidung von Vorabentscheidungsfragen eines nationalen Gerichts zubilligt und andere Kompetenznormen nicht existieren.

Vertiefungshinweise:

❑ Gerichtsbegriff des EuGH: *EuGH*, Slg. 1997, I-4961, Rdnr. 23 ff. (Dorsch Consult); Slg. 2000, I-1577, Rdnr. 33 (Gabalfrisa); Slg. 2001, I-4421, Rdnr. 13 (Salzmann); Slg. 2002, I-547, Rdnr. 12 (Lutz)

❑ Weitere Vorabentscheidungen des EuGH: *EuGH*, RA 2004, 685 = EuZW 2004, 753 (Laserdrome); RA 2004, 69 = NVwZ 2004, 87 (Gambelli)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Internet ist gar nicht nett"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nationale Gerichte dürfen den Europäischen Gerichtshof nur nach Art. 234 EG anrufen, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt.

2. Wenn die vorlegende Einrichtung im konkreten Fall keine Rechtsprechungstätigkeit ausübt, ist sie nicht vorlageberechtigt, auch wenn sie ansonsten die Merkmale eines "Gerichts" i.S.d. Art. 234 EG erfüllt (hier: Amtsgericht Niebüll).

Sachverhalt:

Am 27. Juni 1998 wurde in Dänemark das Kind der Eheleute Dorothee Paul und Stefan Grunkin geboren, die beide die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Das Kind besitzt ebenfalls die deutsche Staatsangehörigkeit und lebte bei Erlass der Vorlageentscheidung in Dänemark. Ausweislich einer von der zuständigen dänischen Behörde ausgestellten Namensurkunde („navnebevis") erhielt das Kind nach dänischem Recht den Namen Grunkin-Paul, der in die dänische Geburtsurkunde eingetragen wurde.

Die deutschen Standesämter lehnten es ab, die in Dänemark für das Kind von Frau Paul und Herrn Grunkin getroffene Namensbestimmung anzuerkennen, da nach Artikel 10 EGBGB der Name einer Person dem Recht des Staates unterliege, dessen Staatsangehörigkeit sie besitze, und nach deutschem Recht ein Kind keinen Doppelnamen, bestehend aus den Namen seines Vaters

und seiner Mutter, tragen dürfe. Die von Frau Paul und Herrn Grunkin gegen diese ablehnende Entscheidung eingelegten Rechtsmittel wurden in letzter Instanz vom Kammergericht Berlin abgewiesen. Das Bundesverfassungsgericht nahm die im Namen des Kindes eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Frau Paul und Herr Grunkin, die zwischenzeitlich geschieden sind, führten keinen gemeinsamen Ehenamen und haben es abgelehnt, eine Geburtsnamensbestimmung für das Kind nach § 1617 Absatz 1 BGB zu treffen.

Das Amtsgericht Niebüll ist als Familiengericht vom Standesamt wegen Übertragung des Rechts zur Bestimmung des Nachnamens des Kindes auf einen seiner Elternteile gemäß § 1617 Absätze 2 und 3 BGB angerufen worden. Da nach Ansicht des Amtsgerichts Niebüll das bei ihm anhängige Verfahren als gegenstandslos angesehen werden muss, wenn das Gemeinschaftsrecht eine Anerkennung der in Dänemark rechtsgültigen Namensbestimmung für den deutschen Rechtskreis vorschreiben sollte, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

"Kann im Licht des in Artikel 12 EG-Vertrag enthaltenen Diskriminierungsverbots bzw. im Hinblick auf die in Artikel 18 EG-Vertrag für jeden Unionsbürger verbürgte Freizügigkeit das in Artikel 10 EGBGB verankerte deutsche Kollisionsrecht Bestand haben, soweit es hinsichtlich des Namensrechts allein eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit vornimmt?"

Aus den Gründen:

A. Statthaftigkeit des Antrags

Nach Artikel 234 Absatz 1 EG entscheidet der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung u. a. über die Auslegung des EG-Vertrags und der Handlungen der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Artikel 234 Absatz 2 EG sieht vor: „Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen." Absatz 3 dieses Artikels bestimmt: „Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet."

B. Vorlageberechtigung

Für die Beurteilung der rein gemeinschaftsrechtlichen Frage, ob die vorlegende Einrichtung den Charakter eines Gerichts im Sinne von Artikel 234 EG hat, stellt der Gerichtshof auf eine Reihe von Gesichtspunkten ab wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit (vgl. u. a. Urteile vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96, Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961, Randnr. 23 mit weiteren Nachweisen, vom 21. März 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-110/98 bis C-147/98, Gabalfrisa u. a., Slg. 2000, I-1577, Randnr. 33, vom 14. Juni 2001 in der Rechtssache C-178/99, Salzmann, Slg. 2001, I-4421, Randnr. 13, und vom 15. Januar 2002 in der Rechtssache C-182/00, Lutz u. a., Slg. 2002, I-547, Randnr. 12).

I. Judikatives Handeln erforderlich

Nach Artikel 234 EG hängt zwar die Anrufung des Gerichtshofes nicht davon ab, ob das Verfahren, in dem das nationale Gericht eine Vorlagefrage abfasst, streitigen Charakter hat (vgl. Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93, Corsica Ferries, Slg. 1994, I-1783, Randnr. 12); aus diesem Artikel ergibt sich aber, dass die nationalen Gerichte den Gerichtshof nur anrufen können, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt (vgl. Beschlüsse vom 18. Juni 1980 in der Rechtssache 138/80, Borker, Slg. 1980, 1975, Randnr. 4, und vom 5. März 1986 in der Rechtssache 318/85, Greis Unterweger, Slg. 1986, 955, Randnr. 4, Urteil vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-111/94, Job Centre, Slg. 1995, I-3361, Randnr. 9, Urteile Salzmann, Randnr. 14, und Lutz u. a., Randnr. 13, sowie Urteil vom 30. Juni 2005 in der Rechtssache C-165/03, Längst, Slg. 2005, I-5637, Randnr. 25).

II. Exekutives Handeln nicht ausreichend

Wenn die vorlegende Einrichtung als Verwaltungsbehörde handelt, ohne dass sie gleichzeitig einen Rechtsstreit zu entscheiden hat, kann somit selbst dann, wenn sie die übrigen in Randnummer 12 dieses Urteils aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, nicht davon ausgegangen werden, dass sie eine Rechtsprechungstätigkeit ausübt (vgl. Urteile Job Centre, Randnr. 11, Salzmann, Randnr. 15, und Lutz u. a., Randnr. 14).

III. Subsumtion

Insoweit ist festzustellen, dass nach deutschem Recht in dem Fall, in dem die Eltern, die keinen Ehenamen tragen, jedoch gemeinsam das Sorgerecht für ein Kind ausüben, nicht durch Abgabe einer Erklärung vor dem Standesbeamten den Namen des Vaters oder den Namen der Mutter als Geburtsnamen für dieses Kind gewählt haben, das Familiengericht für die Übertragung des Rechts zur Bestimmung des Nachnamens des Kindes auf einen seiner Elternteile zuständig ist.

Das Familiengericht hat folglich eine Entscheidung zu treffen, ohne dass der Standesbeamte zuvor eine dies-

bezügliche Entscheidung getroffen hat oder hätte treffen können. So ergibt sich aus den Akten, dass das Standesamt sich im Ausgangsverfahren darauf beschränkt hat, das Amtsgericht Niebüll mit der Sache zu befassen.

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass das Amtsgericht Niebüll als Verwaltungsbehörde handelt, ohne dass es gleichzeitig einen Rechtsstreit zu entscheiden hat.

Zwar gab es einen Rechtsstreit zwischen den betroffenen Eltern auf der einen und der Verwaltung auf der anderen Seite über die Möglichkeit, den Doppelnamen „Grunkin-Paul“ in Deutschland eintragen zu lassen. Dieser Rechtsstreit ist jedoch in letzter Instanz vom Kammergericht Berlin entschieden worden und ist nicht Gegenstand des beim Amtsgericht Niebüll laufenden Verfahrens. Im Übrigen gibt es im Ausgangsverfahren keinen Rechtsstreit zwischen den Eltern, da diese über den Namen, den sie ihrem Kind geben wollen, nämlich den aus ihren beiden Nachnamen gebildeten Doppelnamen, einig sind.

Nach alledem kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Amtsgericht Niebüll im Ausgangsverfahren eine Rechtsprechungstätigkeit ausübt. Der Gerichtshof ist daher für eine Beantwortung der vom Amtsgericht Niebüll in seiner Entscheidung vom 2. Juni 2003 gestellten Frage nicht zuständig.

Standort: Grundrechte — Problem: Steuern als Eigentumseingriff

BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.01.2006
2 BVR 2194/99 (NJW 2006, 1191)

Problemdarstellung:

In der Rechtsprechung des BVerfG war bisher anerkannt, dass zum Schutzbereich des Eigentums i.S.d. Art. 14 I 1 GG alle vermögenswerten Rechte fallen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung zugeordnet sind. Damit schützt die Eigentumsgarantie nicht nur dingliche oder sonstige gegenüber jedermann wirkende Rechtspositionen, sondern auch schuldrechtliche Ansprüche. Nicht geschützt ist allerdings immer nur der konkrete Vermögensgegenstand, nicht das Vermögen selbst. Deshalb greifen Gesetze, die nur auf das Vermögen als solches zugreifen (z.B. Steuergesetze, Geldstrafen usw.), nach bisheriger Rspr. nicht in Art. 14 I 1 GG ein.

Hieran hat der 2. Senat des BVerfG nunmehr Zweifel angemeldet. Jedenfalls solche Steuern, die auf das vorhandene, erwirtschaftete Vermögen zugreifen (hier: Einkommens- und Gewerbesteuer), sollen in den Schutzbereich des Eigentums in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. Art. 14 I 2 GG eingreifen. Sie bedürfen mithin der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit will das BVerfG aber keine absolute Obergrenze für die Steuerlast ableiten (diese lag im Fall jenseits von 50%). Vielmehr verweist das Gericht auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Erhebung von Steuern, dem das Grundgesetz nur wenige Schranken setze. Solange die Steuern nicht “erdrosselnd” wirken, seien sie daher zulässig, und “erdrosselnd” sei eine Steuerlast von über 50% auf das Einkommen nicht.

Prüfungsrelevanz:

Mit dem vorliegenden Urteil setzt der 2. Senat des BVerfG sich in Widerspruch zur gefestigten Rspr. des 1. Senats des BVerfG, wonach Geldleistungspflichten nicht an Art. 14 I 1 GG, sondern nur an Art. 2 I GG zu messen seien. Zwar lässt er ausdrücklich offen, ob seine neue Rspr. verallgemeinerungsfähig, d.h. jetzt auch das Vermögen als solches von Art. 14 I 1 GG geschützt sein soll; dies wäre aber nur konsequent. Jedenfalls die sogen. “direkten Steuern”, also solche, die den Bürger unmittelbar belasten und nicht, wie etwa die Umsatz- oder Mineralölsteuer, nur mittelbar über den Konsum anfallen, werden künftig an Art. 14 I 1 GG gemessen werden müssen, denn - so der 2. Senat ausdrücklich - der “Bestand des Hinzuerworbenen” sei geschützt. Schon wegen dieses Konflikts innerhalb des BVerfG wird die Frage in nächster Zeit aktuell und damit prüfungsrelevant bleiben.

Steuerrechtlich enthält die Entscheidung eine deutliche Relativierung zur Kernaussage der Vermögenssteuerentscheidung des BVerfG, wo das BVerfG den sogen. “Halbteilungsgrundsatz” aufgestellt hat, der besagt, dass - so wörtlich - “die steuerliche Gesamtbelastung [...] in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand” verbleiben muss (BVerfGE 93, 121, 138). Nunmehr wird die Festlegung einer Obergrenze um 50% ausdrücklich abgelehnt.

Vertiefungshinweise:

❑ Kein Vermögensschutz durch Art. 14 GG: Grundlegend *BVerfGE* 4, 7, 17 ff.; ferner *BVerfGE* 28, 119, 142 ff.; 95, 267, 300 ff.

❑ Ablehnende Urteilsbesprechung: *Wernsmann*, NJW 2006, 1169

❑ Zum Halbteilungsgrundsatz: *BFH*, NJW 1999, 3798; *FG Münster*, EFG 1998, 1656; *Flume*, DB 1995, 1779; *Vogel*, NJW 1996, 1257; *Lang*, NJW 2000, 457

❑ Öffentliche Leistungen im Schutzbereich des Art. 14 GG: *BVerwG*, RA 2002, 253 = BayVBl 2002, 282

Kursprogramm:
- ❑ *Examenskurs* : "Aus alt mach neu"
- ❑ *Examenskurs* : "Das teuere Pflichtexemplar"

Leitsatz:
Zu der Frage, ob Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GG eine absolute Obergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung ("Halbteilungsgrundsatz") für die Belastung mit Einkommen- und Gewerbesteuer bestimmt.

Sachverhalt:
Der Beschwerdeführer ist Inhaber eines Gewerbebetriebs. Er wurde im Jahr 1994 zusammen mit seiner Ehefrau zur Einkommensteuer veranlagt. Auf der Grundlage eines zu versteuernden Einkommens von 622.878 DM setzte das Finanzamt die Einkommensteuer auf 260.262 DM fest. Die von der Gemeinde festgesetzte Gewerbesteuerschuld des Beschwerdeführers belief sich auf 112.836 DM. Gegen den Einkommensteuerbescheid 1994 legten die Eheleute erfolglos Einspruch ein, mit dem sie rügten, die Einkommen- und Gewerbesteuer verstoße gegen den vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 22. Juni 1995 (BVerfGE 93, 121) ausgesprochenen „Halbteilungsgrundsatz", da die Gesamtbelastung des Einkommens mit Steuern über 50 v. H. liege. Die Klage, mit der sie sinngemäß beantragten, die Einkommensteuer auf 187.731 DM herabzusetzen, blieb vor dem Finanzgericht und dem Bundesfinanzhof ohne Erfolg. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts zurückgewiesen.

Aus den Gründen:
[...] Die Gesamtbelastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Zwar fällt die Steuerbelastung in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Der Eingriff ist jedoch auch nach dem Maßstab des Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG gerechtfertigt.

A. Eingriff in den Schutzbereich
Der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen (stRspr; vgl. BVerfGE 24, 367 [389]; 104, 1 [8 f.] m.w.N.). Der Schutz betrifft grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf (vgl. BVerfGE 112, 93 [107] m.w.N.). Damit schützt die Eigentumsgarantie nicht nur dingliche oder sonstige gegenüber jedermann wirkende Rechtspositionen, sondern auch schuldrechtliche Ansprüche (vgl. BVerfGE 83, 201 [208] m.w.N.). Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, die geschützten vermögenswerten Rechte innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfügen (vgl. BVerfGE 97, 350 [370]; 105, 17 [30]).

I. Klassischer Eingriff
Diese Gewährleistung ist nicht nur dann betroffen, wenn etwa - wie im Gefahrenabwehrrecht - dem Bürger aufgrund seiner Eigentümerstellung die Kosten einer Sanierungsmaßnahme auferlegt werden (vgl. BVerfGE 102, 1 [14 f.]), sondern jedenfalls auch dann, wenn Steuerpflichten - wie im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht - an den Hinzuerwerb von Eigentum anknüpfen. Staatliche Polizeigewalt und Finanzgewalt gehören gleichermaßen zu den Materien des klassischen Eingriffsrechts (vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1895, S. 245 ff., 378 ff., 388) und bildeten bereits den Hintergrund für die so genannte klassische Formel vom Eingriff in Freiheit und Eigentum als Gegenstand des Vorbehalts des Gesetzes (vgl. BVerfGE 40, 237 [249]; 47, 46 [78 f.]); Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 1, 17 ff.; Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 48 ff.).

II. Eingriff durch Steuererhebungen
Ist es der Sinn der Eigentumsgarantie, das private Innehaben und Nutzen vermögenswerter Rechtspositionen zu schützen, greift auch ein Steuergesetz als rechtfertigungsbedürftige Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie ein, wenn der Steuerzugriff tatbestandlich an das Innehaben von vermögenswerten Rechtspositionen anknüpft und so den privaten Nutzen der erworbenen Rechtspositionen zugunsten der Allgemeinheit einschränkt.

1. Keine Enteignung
Der hiergegen ursprünglich gerichtete Einwand, Steuern müssten dann - sinnwidrig - als Enteignung qualifiziert werden (vgl. Forsthoff, VVDStRL 12 [1954], S. 8 [32]), hat sich durch die Entwicklung des Enteignungsbegriffs erledigt. Die generell-abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber bleibt stets - verfassungsmäßige oder verfassungswidrige - Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), während der Enteignungsbegriff (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG) beschränkt ist auf die Entziehung konkreter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, also weitgehend zurückgeführt ist auf Vorgänge der Güterbeschaffung (vgl. BVerfGE 104, 1 [9 f.] m.w.N. der stRspr) und jedenfalls durch gesetzliche Steuerpflichten nicht berührt wird.

2. Vermögensschutz
Auf die weitere Frage, ob Art. 14 GG das Vermögen als Ganzes schützt, kommt es für die Würdigung der Einkommen- und Gewerbesteuer nicht an, denn jedenfalls diese Steuerarten sind als Beeinträchtigung konkreter subjektiver Rechtspositionen zu qualifizieren.

3. Schutz des Erworbenen
Einkünfte - Gewinn oder Überschuss - im Sinne des Einkommensteuerrechts sind das, was der Steuerpflichtige im Laufe eines Jahres erworben hat. Art. 14 GG schützt zwar nicht den Erwerb, wohl aber den Bestand des Hinzuerworbenen. Das ist etwa beim gewerblichen Gewinn der Zuwachs an bilanzierungsfähigen Wirtschaftsgütern, die geschützte Rechtsgüter oder Rechte im Verfügungsbereich des Gewerbetreibenden sind. Bei Arbeitnehmern sind zivilrechtliche Lohnansprüche oder sonstwie erhaltene Zuwendungen geschützte vermögenswerte Rechte. Auch in den übrigen Einkunftsarten werden die Zugänge an geldwerten Gegenständen und dinglichen oder obligatorischen Rechten steuerlich erfasst. Diese bilden den Anknüpfungspunkt für die - im Einzelnen nach Bewertung und Berücksichtigung der Abzüge - zu ermittelnde Steuerpflicht. Der innerhalb einer Besteuerungsperiode erfolgte Hinzuerwerb von Eigentum im Sinne des Art. 14 GG ist tatbestandliche Voraussetzung für die belastende Rechtsfolgenanordnung sowohl des Einkommen- als auch des Gewerbesteuergesetzes. Der Steuerpflichtige muss zahlen, weil und soweit seine Leistungsfähigkeit durch den Erwerb von Eigentum erhöht ist. Dass die Zahlungspflicht für sich genommen dem Steuerpflichtigen die Wahl lässt, aus welchen Mitteln er den staatlichen Steueranspruch erfüllt, ändert nichts daran, dass das Hinzuerworbene tatbestandlicher Anknüpfungspunkt der belastenden Rechtsfolge ist. Zwar mag die Auferlegung von Geldleistungspflichten für sich genommen die Eigentumsgarantie grundsätzlich unberührt lassen (vgl. BVerfGE 14, 221 [241]; stRspr); für die Anknüpfung von Geldleistungspflichten an den Erwerb vermögenswerter Rechtspositionen gilt dies nicht.

III. Rechtsprechung des 1. Senats des BVerfG
Ob der Senat hiermit von der Rechtsprechung des Ersten Senats abweicht, nach der Steuerlasten grundsätzlich den Schutzbereich des Art. 14 GG unberührt lassen, das Eigentumsgrundrecht jedoch dann verletzen, wenn die Geldleistungspflichten den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse so grundlegend beeinträchtigen, dass sie eine erdrosselnde Wirkung haben (vgl. BVerfGE 95, 267 [300]), bedarf keiner Klärung. Die Zuordnung der angegriffenen Steuerlast zum Schutzbereich des Art. 14 GG statt zu dem des subsidiär anwendbaren Art. 2 Abs. 1 GG wirkt sich im Ergebnis nicht entscheidungserheblich aus, denn auch nach den Maßstäben des spezielleren Eigentumsgrundrechts erweist sich die Verfassungsbeschwerde als unbegründet.

B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
Der Zugriff auf das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Eigentum ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

I. Schranken
Die Gesamtbelastung des Beschwerdeführers durch die Einkommen- und Gewerbesteuer erfolgte aufgrund einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Anwendung der einschlägigen Regelungen des Einkommen- und Gewerbesteuergesetzes, die als Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) diese Belastung rechtfertigen.

II. Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke
Die steuerlichen Schrankenbestimmungen des Eigentums unterliegen wie andere Schrankenziehungen den allgemeinen Eingriffsbegrenzungen. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu mit seinen Anforderungen an ein hinreichendes Maß an Rationalität (Eignung und Erforderlichkeit der Beeinträchtigung) und an Abgewogenheit beim Ausgleich zwischen den beteiligten individuellen Belangen und denen der Allgemeinheit.

1. Eigentum verpflichtet
Bei der Eigentumsgarantie ist diese Abwägung neben dem Gewährleistungsgehalt des Art. 14 Abs. 1 GG wesentlich auch durch die Leitlinien des Art. 14 Abs. 2 GG geprägt. Danach ist zwar die grundsätzliche Privatnützigkeit der vermögenswerten Rechte (individuelle Belange) geschützt. Ebenso aber gilt: Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen. - Für Steuereingriffe in vermögenswerte Rechtspositionen folgt daraus, dass der Nutzen einer vermögenswerten Rechtsposition einerseits für die steuerliche Gemeinlast zugänglich ist. Andererseits muss dem Berechtigten ein privater Nutzen bleiben (vgl. BVerfGE 93, 121 [138]).

2. Keine absolute Höchstgrenze für Steuern
Aus diesem in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GG zum Ausdruck kommenden Maßstab, der lediglich den Rahmen der Abwägung kennzeichnet, lässt sich keine allgemein verbindliche, absolute Belastungsobergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung ("Halbteilungsgrundsatz") ableiten. Der Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG ("zugleich") reicht zur Begründung einer mit Sinn und Zweck des Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG sowie seiner Entstehungsgeschichte (vgl. JöR N.F. Band 1 [1951], S. 147) zu vereinbarenden Herleitung einer Höchstbelastungsgrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung nicht aus.
Aufgabe des Gesetzgebers ist es, in Erfüllung seines

Regelungsauftrags (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) der Garantie des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und dem Gebot einer sozial gerechten Eigentumsordnung (Art. 14 Abs. 2 GG) in gleicher Weise Rechnung zu tragen und die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen (vgl. BVerfGE 89, 237 [241]; 91, 294 [310]). Das in Art. 14 GG angelegte Spannungsverhältnis ist vom Gesetzgeber problem- und situationsbezogen jeweils zu einem interessengerechten Ausgleich zu bringen. Auch mit Blick auf die gesetzliche Auferlegung von Steuern kann Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG nicht mit Hilfe des Adverbs "zugleich" als ein striktes, grundsätzlich unabhängig von Zeit und Situation geltendes Gebot hälftiger Teilung zwischen Eigentümer und Staat gedeutet werden.

a. Spielraum des Gesetzgebers

Vielmehr wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch bei der Schrankenbestimmung durch Auferlegung von Steuerlasten, die an vermögenswerte Rechtspositionen anknüpfen, durch die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Soweit im Einzelfall keine vermögenswerte Rechtsposition betroffen ist, gilt der gleiche Maßstab zur Rechtfertigung einer Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG, der ebenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle hinreichend Spielraum für die Gewichtung der Freiheitsbeeinträchtigung und des rechtfertigenden öffentlichen Interesses lässt (vgl. BVerfGE 105, 17 [32]). In jedem Fall geht es um die Frage, wie weit die öffentliche Gewalt den Einzelnen zur Finanzierung des Gemeinwesens heranziehen darf, was ihm also von seinem erzielten wirtschaftlichen Erfolg genommen werden darf und was ihm belassen bleiben muss.

b. Grenze: Erdrosselnde Wirkung

Allerdings bietet die Belastung mit Steuern den im Verhältnismäßigkeitsprinzip enthaltenen Geboten der Eignung und der Erforderlichkeit kaum greifbare Ansatzpunkte für eine Begrenzung. Jenseits "erdrosselnder", die Steuerquelle selbst vernichtender Belastung, die schon begrifflich kaum noch als Steuer qualifiziert werden kann (vgl. BVerfGE 16, 147 [161]; 38, 61 [80 f.]), werden Steuern mit dem Zweck, Einnahmen zur Deckung des staatlichen Finanzbedarfs zu erzielen, gemessen an diesem Zweck grundsätzlich immer geeignet und erforderlich sein (Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 189; Papier, Besteuerung und Eigentum, DVBl 1980, S. 787 [793]). Allein aus der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, im Rahmen einer Gesamtabwägung zur Angemessenheit und Zumutbarkeit der Steuerbelastung, können sich Obergrenzen für eine Steuerbelastung ergeben.

Auch hier stößt jedoch die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Abwägungen des Gesetzgebers zum Verhältnis zwischen öffentlichen Interessen an der Steuererhebung und privaten Interessen an einer möglichst eigentumsschonenden Besteuerung auf besondere Schwierigkeiten. Jede wertende Einschränkung des staatlichen Finanzierungsinteresses durch Steuern läuft Gefahr, dem Gesetzgeber mittelbar eine verfassungsgerichtliche Ausgaben- und damit eine Aufgabenbeschränkung aufzuerlegen, die das Grundgesetz nicht ausdrücklich vorsieht.

aa. Geringe Regelungsdichte des Grundgesetzes

Die Finanzverfassung - mit Ausnahme der speziellen Regelung in Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 GG zur Vermeidung einer "Überbelastung" der Steuerpflichtigen bei der Verteilung der Umsatzsteuer - erwähnt keine materiellen Steuerbelastungsgrenzen.

Immerhin zeigt gerade auch die spezielle Norm des Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 GG, dass die Vermeidung einer Überbelastung der Steuerpflichtigen - gleichsam selbstverständlich - als verfassungsgerechter Grundsatz zu gelten hat. Die Gewährleistung einklagbarer, auch den Gesetzgeber bindender Grundrechte verbietet es, speziell für das Steuerrecht die Kontrolle verfassungsrechtlicher Mäßigungsgebote dem Bundesverfassungsgericht gänzlich zu entziehen. Dem entspräche weder der völlige Verzicht auf verfassungsgerichtliche Abwägungskontrolle zu übermäßigen Steuerlasten noch ein Rückzug auf mögliche Feststellungen schon "erdrosselnder" Wirkungen von Steuerlasten. Trotz mangelnder konkreter Verwaltungszwecke, die in ein Verhältnis zur Steuerbelastung gesetzt und bewertet werden könnten, bleibt die Möglichkeit, in Situationen zunehmender Steuerbelastung der Gesamtheit oder doch einer Mehrheit der Steuerpflichtigen, insbesondere etwa dann, wenn eine solche Belastung auch im internationalen Vergleich als bedrohliche Sonderentwicklung gekennzeichnet werden kann, vom Gesetzgeber die Darlegung besonderer rechtfertigender Gründe zu fordern, nach denen die Steuerlast trotz ungewöhnlicher Höhe noch als zumutbar gelten dürfe.

bb. Bemessungsgrundlage neben dem Steuersatz maßgeblich

Dabei ist wesentlich zu berücksichtigen, dass die zu bewertende Intensität der Steuerbelastung insbesondere bei der Einkommensteuer nicht allein durch die Höhe des Steuersatzes bestimmt wird, sondern erst durch die Relation zwischen Steuersatz und Bemessungsgrundlage. Je breiter die Bemessungsgrundlage ausgestaltet ist, etwa durch Abschaffung steuerlicher Verschonungssubventionen oder Kürzung von Abzügen wegen beruflich oder privat veranlasster Aufwendungen, desto belastender wirkt sich derselbe Steuersatz für die Steuerpflichtigen aus. Entsprechend wirkt derselbe Steuersatz desto weniger belastend, je schmaler die Bemessungsgrundlage ausfällt, in je geringerem Umfang also die - durch großzügige Abzugstatbestän-

de geminderten - Einnahmen in der Bemessungsgrundlage berücksichtigt werden.

cc. Gebot vertikaler Steuergerechtigkeit

Ferner ist zu bedenken, dass die Ausgestaltung der unterschiedlichen Steuersätze in Form eines Tarifs primär am Maßstab verfassungsrechtlich gebotener Lastengleichheit auch in vertikaler Richtung zu messen ist (vgl. BVerfGE 84, 239 [268 ff.]): Die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich zur Besteuerung niedriger Einkommen ist angemessen auszugestalten (vgl. BVerfGE 82, 60 [89]; 99, 236 [260]; 107, 27 [47]; 112, 268 [279]). Weder dieses Gebot vertikaler Steuergerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG) noch das Verbot übermäßiger Steuerbelastung (Art. 14 GG) geben jedoch einen konkreten Tarifverlauf vor; vielmehr setzen beide den unmittelbar demokratisch legitimierten Entscheidungen des Parlaments einen äußeren Rahmen, der nicht überschritten werden darf. Bei der Einkommensteuer liegt es im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, ob der Tarif linear oder progressiv ausgestaltet wird. Wählt der Gesetzgeber einen progressiven Tarifverlauf, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, hohe Einkommen auch hoch zu belasten, soweit beim betroffenen Steuerpflichtigen nach Abzug der Steuerbelastung ein - absolut und im Vergleich zu anderen Einkommensgruppen betrachtet - hohes, frei verfügbares Einkommen bleibt, das die Privatnützigkeit des Einkommens sichtbar macht. Ist letzteres gewährleistet, liegt es weitgehend im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, die Angemessenheit im Sinne vertikaler Steuergerechtigkeit selbst zu bestimmen. Auch wenn dem Übermaßverbot keine zahlenmäßig zu konkretisierende allgemeine Obergrenze der Besteuerung entnommen werden kann, darf allerdings die steuerliche Belastung auch höherer Einkommen für den Regelfall nicht so weit gehen, dass der wirtschaftliche Erfolg grundlegend beeinträchtigt wird und damit nicht mehr angemessen zum Ausdruck kommt (vgl. BVerfGE 14, 221 [241]; 82, 159 [190]; 93, 121 [137]).

3. Subsumtion

Für den Streitfall ist nicht erkennbar, dass eine verfassungsrechtliche Obergrenze zumutbarer Belastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer - sei es im typischen Fall, sei es speziell im Fall des Beschwerdeführers - erreicht wäre, und zwar auch dann nicht, wenn man die Berechnung des Beschwerdeführers zugrunde legt (siehe bereits B. I. 1.). Das Einkommen- und Gewerbesteuerrecht ist auch für hohe Einkommen gegenwärtig nicht so ausgestaltet, dass eine übermäßige Steuerbelastung und damit eine Verletzung der Eigentumsgarantie festgestellt werden könnte. Der Beschwerdeführer wird durch die angegriffenen Entscheidungen nicht in seinen Grundrechten verletzt. Er unterliegt keinem unzumutbaren und damit unverhältnismäßigen Steuerzugriff, denn ihm bleibt auch nach Abzug der Einkommen- und Gewerbesteuer ein bedeutender Ertrag seiner erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit.

Da die Vermögensteuer nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, kann im Übrigen dahinstehen, ob die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebende Belastungsobergrenze bei einer Vermögensteuer, die zur Einkommen- und Gewerbesteuer hinzutritt, typischerweise "in der Nähe einer hälftigen Teilung" zu finden ist.

Standort: VwGO Problem: Aufschiebende Wirkung gegen Kostenbescheid

OVG BERLIN-BBG, BESCHLUSS VOM 23.12.2005
2 S 122/05 (NVwZ-RR 2006, 376)
OVG BERLIN-BBG, BESCHLUSS VOM 03.08.2005
9 S 1.05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Gem. § 80 II Nr. 3 VwGO kann auch durch Landesgesetz bestimmt werden, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen bestimmte Verwaltungsakte keine aufschiebende Wirkung entfalten sollen. Viele Bundesländer haben von dieser Ermächtigung u.a. im Verwaltungsvollstreckungsrecht Gebrach gemacht, weil es einer effektiven Verwaltungsvollstreckung hinderlich wäre, wenn der Vollstreckungsschuldner diese mit Rechtsbehelfen in die Länge ziehen könnte. So bestimmt u.a. § 39 BbgVwVG, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen “Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung” keine aufschiebende Wirkung entfalten sollen (vgl. auch die gleichlautenden §§ 8 AGVwGO NRW, § 4 I 1 BerlAGVwGO, 56a POG Rh.-Pf. u.v.m.). Unter “Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung” fallen zunächst Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln. Streitig ist, ob auch der Kostenbescheid, mit dem die Kosten für die Durchführung von Zwangsmitteln erhoben werden (z.B. die Kosten einer Ersatzvornahme, etwa nach dem Abschleppen eines Pkw), eine solche “Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung” darstellt. Die h.M. verneint dies, weil der Kostenbescheid im Gegensatz zu den “Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung” keine Gefahrenabwehr- und Beugefunktion habe.

Dieser Streit tobt auch beim OVG Berlin-Brandenburg. Während der 9. Senat zum Landesrecht Berlin mit der h.M. die Auffassung vertritt, dass der Kostenbescheid keine “Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung” sei, nimmt der 2. Senat für die gleichlautende Vorschrift des brandenburgischen Landesrechts genau das Gegenteil an. Beide Entscheidungen sind im

Folgenden wiedergegeben. Sie enthalten geradezu exemplarisch die wechselseitig vorgebrachten Argumente, wobei die m.M. nicht verhehlen kann, lediglich ergebnisorientiert, d.h. aus fiskalischen Gründen zu argumentieren.

Prüfungsrelevanz:

Der Streit ist für den vorläufigen Rechtsschutz von großer Bedeutung. Beantragt ein Betroffener beim Verwaltungsgericht, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs oder seiner Klage gegen einen solchen Kostenbescheid anzuordnen (§§ 80 V 1, 1. Fall i.V.m. 80 II Nr. 3 VwGO), fehlte diesem Antrag das allgemeine Rechtsschutzinteresse, wenn der Rechtsbehelf ohnehin schon aufschiebende Wirkung hätte. Statthaft wäre dann mit h.M. ein Antrag analog § 80 V VwGO auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung (a.A.: Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO), wenn die Behörde ihrer ungeachtet Anstalten macht, die Kosten beizutreiben. Deshalb müsste die Streitfrage schon in der statthaften Antragsart erörtert und entschieden werden. Gegebenenfalls ist der Anordnungs- in einen Feststellungsantrag umzudeuten.

Nahezu unstreitig ist übrigens mittlerweile die im Beschluss des 2. Senats des OVG Berlin-Brandenburg vertretene Ansicht, dass Kosten der Verwaltungsvollstreckung keine "öffentlichen Kosten" i.S.d. § 80 II Nr. 1 VwGO sind, so dass die aufschiebende Wirkung nicht schon aus diesem Grund entfällt. Unter § 80 II Nr. 1 VwGO sollen nur solche Kosten zählen, die normativ bestimmt sind und regelmäßig anfallen, so dass haushaltsplanmäßig mit ihnen zu rechen war und ihr Ausfall infolge von Rechtsbehelfen mit aufschiebender Wirkung zu erheblichen Belastungen des Staates führen würde.

Noch interessanter als die vorliegenden Fälle war der des OVG Rh.-Pf., RA 1999, 64 = NVwZ-RR 1999, 23, wo der Kostenbescheid noch *vor* der Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme ergangen war. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass aus den genannten Gründen - kein Beugecharakter - selbst dann keine "Maßnahme in der Vollstreckung" vorliege, obwohl der Kostenbescheid dann ja zumindest zeitlich vor Abschluss der Vollstreckung liegt (a.A. HessVGH, NVwZ-RR 1998, 534).

Vertiefungshinweise:

❑ Aufschiebende Wirkung gegen nachträglichen Kostenbescheid: *OVG Berlin*, NVwZ-RR 1999, 156 (verneint); *OVG Rh.-Pf.*, NVwZ-RR 1999, 27; *SächsOVG*, NVwZ-RR 2003, 475 (bejaht)

❑ Aufschiebende Wirkung gegen vorherigen Kostenbescheid: *HessVGH*, NVwZ-RR 1998, 534 (verneint); *OVG Rh.-Pf.*, RA 1999, 64 = NVwZ-RR 1999, 23 (bejaht)

❑ "Öffentliche Abgaben und Kosten" i.S.d. § 80 II Nr. 1 VwGO: *BayVGH*, NVwZ-RR 1994, 471, aufgegeben in RA 2001, 67 = BayVBl 2001, 55

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die defekte Parkuhr"

1. Teil: OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 23.12.2005 - 2 S 122/05

Leitsatz:

Die nachträgliche Anforderung der Kosten der Ersatzvornahme durch Leistungsbescheid ist eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung i. S. des § 80 II Nr. 3 Alt. 2 VwGO, § 39 BbgVwVG, für die auf Grund landesgesetzlicher Regelung die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage entfällt.

Sachverhalt:

Der Ast. ist Erbe eines leer stehenden ehemaligen Gaststättengebäudes in L., das unmittelbar an einem öffentlichen Verkehrsweg steht. Es weist zahlreiche bauliche Mängel auf, in deren Folge Gefahren durch herabfallende Gebäudeteile entstanden sind. Dies führte zu der Anordnung verschiedener Sicherungsmaßnahmen am Gebäude selbst sowie der Absperrung des öffentlichen Verkehrsraums auf der Grundlage der Brandenburgischen Bauordnung, die der Ag. nach erfolgloser Zwangsgeldandrohung und -festsetzung auf der Grundlage des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für das Land Brandenburg durchsetzte. Nach der Durchführung der Ersatzvornahme erließ der Ag. drei Leistungsbescheide. Diese betrafen die Erstattung der entstandenen Ersatzvornahmekosten in Höhe von insgesamt 26.386,31 Euro. Hiergegen hat der Ast. vor dem VG jeweils Klagen erhoben.

Sein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel der Feststellung der aufschiebenden Wirkung der Klagen gegen die vorgenannten Leistungsbescheide hatte mit Beschluss des VG vom 6.5.2005 Erfolg. Das VG sah die nach der Durchführung der Ersatzvornahme erfolgte Anforderung der Kosten der Ersatzvornahme durch Leistungsbescheid mangels Beugefunktion nicht als Maßnahme "in der Verwaltungsvollstreckung" im Sinne des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für das Land Brandenburg an und stellte die aufschiebende Wirkung der Klagen fest. Hiergegen richtete sich die vorliegende Beschwerde des Ag., die Erfolg hatte.

Aus den Gründen:

Die Klagen des Ast. gegen die Leistungsbescheide zur nachträglichen Anforderung der Kosten der Ersatzvornahme des Ag. vom 20.7.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.2004, vom 27.7.2004 in

der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10. 2004 sowie vom 28.7.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28.10.2004 haben keine aufschiebende Wirkung i. S. des § 80 I VwGO. Die Leistungsbescheide sind sofort vollziehbar.

A. § 80 II Nr. 1 VwGO
Die Vollziehbarkeit der Leistungsbescheide ergibt sich nicht aus § 80 II Nr. 1 VwGO, der die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen die Anforderungen von öffentlichen Abgaben und Kosten ausschließt. Zu den Kosten zählen rechtsnormativ bestimmte und bestimmbare, regelmäßig anfallende öffentlich-rechtliche Geldforderungen zur Abgeltung eines behördlichen Aufwandes. Hierbei hat die entfallende aufschiebende Wirkung den Zweck der finanziellen Sicherung der öffentlichen Aufgabenerfüllung, indem die erforderlichen Einnahmen der öffentlichen Hand zunächst einmal zur Verfügung stehen (OVG Berl-Bbg,, Beschl. v. 9.12.2005 - 2 S 127/05 m.w.Nachw.). Ersatzvornahmekosten sind dagegen weder nach ihrem Anfall noch nach ihrer Höhe annähernd voraussehbar und können damit nicht Teil der auf Erfahrungssätzen beruhenden Haushaltsplanung sein. Allein der Umstand, dass die Vermeidung von finanziellen Deckungsproblemen auch in diesen Fällen erstrebenswert wäre (so VGH München, NVwZ-RR 1994, 471), macht sie nicht zu Kosten i. S. des § 80 II Nr. 1 VwGO.

B. § 80 II Nr. 3 VwGO
Die Vollziehbarkeit der Leistungsbescheide ergibt sich jedoch aus § 80 II Nr. 3 Alt. 2 VwGO, denn bei der nachträglichen Anforderung von Ersatzvornahmekosten handelt es sich um eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung i. S. des § 39 BbgVwVG, gegen die Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben.

I. Systematische Auslegung
Der verwaltungsvollstreckungsrechtliche Charakter der Kostenanforderung durch Leistungsbescheid ist - unabhängig davon, ob diese vor oder nach der Durchführung der Ersatzvornahme erfolgt - schon regelungssystematisch integraler Bestandteil des landesrechtlich in § 19 I BbgVwVG geregelten Zwangsmittels der Ersatzvornahme. Diese strukturelle Verzahnung der Kostenanforderung mit dem Zwangsmittel der Ersatzvornahme verleiht diesem erst die Beugefunktion, und zwar umso mehr, als die nachwirkende Zahlungsverpflichtung aus dem Vollstreckungsverhältnis auch zeitnah realisiert werden kann. Der Senat schließt sich der bisherigen Rechtsprechung des OVG Berlin an und verweist zur Begründung hierauf (OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 156 = OVGE 22, 107).

II. Fiskalische Erwägungen
Jede Entkoppelung von Vollstreckungsmaßnahme und Kostensatz durch die formale vollstreckungsrechtliche Betrachtung, dass nur die Vollstreckungsmaßnahme selbst das eigentliche Zwangsmittel mit Beugecharakter sei, mit dem die behördliche Anordnung durchgesetzt werde, und nicht die nachträgliche Kostenanforderung, zumal Rechtsbehelfe gegen diese die Vollstreckung nicht mehr hindern könnten (so OVG Koblenz, BRS 60 Nr. 172; OVG Bautzen, NVwZ-RR 2003, 475), berücksichtigt nicht das daraus möglicherweise folgende faktische Vollzugshindernis für die mit der Vollstreckung belasteten Behörden. Denn bei ungewisser Aussicht auf einen zeitnahen Kostenersatz dürften diese - insbesondere bei kostenintensiven Ersatzvornahmen und in Zeiten knapper finanzieller Kassen - eher dazu neigen, von der Durchführung einer Ersatzvornahme abzusehen.
Zudem dürfte sich der Zahlungspflichtige zur Rechtsbehelfseinlegung geradezu ermuntert fühlen, wenn er sich auf diese Weise ein entsprechendes Druckpotenzial gegenüber der Behörde verschaffen könnte. Dieser schon in der Entscheidung des OVG Berlin aus dem Jahre 1997 (OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 156 = OVGE 22,107) genannte maßgebende Gedanke, der nicht nur in Fällen der vorzeitigen Anforderung der Ersatzvornahmekosten trägt (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1998, 534), und dem in heutiger Zeit verstärktes Gewicht zukommen dürfte, wie auch die geschilderte Verwaltungspraxis des Ag. bestätigt hat, ist vom OVG Koblenz (BRS 60 Nr. 172), auf das sich das VG Potsdam in seiner Entscheidung gestützt hat, nichtberücksichtigt worden. Insbesondere in Eilfällen wird so eine effektive, weil nicht von einer vorherigen zeitraubenden Kostenanforderung zur eigenen Kostenabsicherung abhängige Vollstreckung in der Gewissheit ermöglicht, nachfolgend zügig zu einer Kostenerstattung zu gelangen und hierdurch ihre Handlungsfähigkeit zu erhalten. [...]

2. Teil: OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 03.08.2005 - 2 S 122/05

Leitsatz (der Redaktion):
Die nachträgliche Anforderung der Kosten der Ersatzvornahme durch Leistungsbescheid ist keine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung i. S. des § 80 II Nr. 3 Alt. 2 VwGO, § 4 BerlAGVwGO, für die auf Grund landesgesetzlicher Regelung die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage entfallen würde.

Sachverhalt:
Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die Klage (VG 34 A 63.03) gegen den Leistungsbescheid der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung vom 16. Januar 2003, mit dem die Erstattung von bereits angefallenen Kosten für eine noch andauernde Ersatzvornahme zur Bodensanierung geltend gemacht wird, aufschie-

bende Wirkung hat. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragsgegners blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Ansicht des Antragsgegners, dass die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO entfalle, ist nicht zu folgen.

Der Berliner Gesetzgeber hat mit § 4 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO die bis zum 31. Dezember 1996 geltende, nunmehr von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO umfasste Ermächtigung des § 183 Abs. 3 VwGO umgesetzt. § 183 Abs. 3 VwGO a.F. ermächtigte die Länder zum gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen, die sich gegen Maßnahmen richten, die in der Verwaltungsvollstreckung getroffen werden. Der Senat folgt der zu § 183 Abs. 3 VwGO a.F. i.V.m. den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen überwiegend vertretenen Ansicht (s. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Kommentar, 10. EL September 2004, § 80 RN 136 p; Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 13. Aufl. 2003, § 80 RN 70 - beide m.w.N.), derzufolge die Anforderung von Kosten einer bereits durchgeführten Ersatzvornahme keine „Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung“ sind.

I. Auslegung des Wortlauts

Die Vollstreckung im Sinne der Durchsetzung (§ 5 Abs. 2 VwVfG Bln i.V.m. § 6 Abs. 1 VwVG) des zu vollziehenden Verwaltungsaktes ist mit Durchführung der Ersatzvornahme abgeschlossen. Dementsprechend greift § 4 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO schon seinem Wortlaut nach nicht ein. Der die Kosten anfordernde Leistungsbescheid ist danach nur als neuer Vollstreckungstitel Grundlage eines weiteren, nunmehr nach § 5 Abs. 2 VwVfG Bln i.V.m. § 1 ff VwVG durchzuführenden Vollstreckungsverfahrens.

II. Kein Beugecharakter

Anders als der Androhung und Festsetzung des Zwangsmittels nach §§ 13 bzw. 14 VwVG fehlt dem Leistungsbescheid der Vollstreckungsmaßnahmen kennzeichnende Beugecharakter. Da bei seinem Erlass die Ersatzvornahme bereits durchgeführt ist, kann die Kostenanforderung den Pflichtigen nicht mehr veranlassen, die gebotene Handlung selbst vorzunehmen. Entgegen der von dem Antragsgegner angeführten Ansicht des Oberverwaltungsgerichts Berlin (Beschluss vom 3. März 1997 - 2 S 24.96 -, NVwZ-RR 1999, S. 156) kommt dem Leistungsbescheid auch nicht deshalb gleichzeitig der Charakter einer Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung zu, weil er seine Grundlage in § 10 VwVG findet und nach § 13 Abs. 4 Satz 1 VwVG die Kosten der Ersatzvornahme vorläufig zu veranschlagen sind.

1. Bei abgeschlossener Zwangsmaßnahme

Sinn und Zweck der die Ermächtigung des § 183 Abs. 3 VwGO a.F. umsetzenden Regelung des § 4 Abs. 1 AGVwGO gebieten es nicht, die Kostenpflicht über den Wortlaut der Bestimmung hinaus als “gleichsam nachwirkende Verpflichtung aus dem Vollstreckungsverhältnis zwecks dessen endgültiger Abwicklung” (OVG Berlin a.a.O., S. 157) anzusehen. Der gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung soll verhindern, dass der Pflichtige allein durch die Einlegung von Rechtsbehelfen die Vollstreckung praktisch lahmlegt oder zumindest erheblich verzögert (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner a.a.O. RN 136 i m.w.N.; so auch OVG Berlin a.a.O. S. 157). Durch Rechtsbehelfe gegen einen die Erstattung bereits verauslagter Kosten anfordernden Leistungsbescheid kann der Pflichtige jedoch regelmäßig keinen Einfluss mehr auf den Vollzug der Grundverfügung nehmen, da die Ersatzvornahme bereits durchgeführt ist.

2. Bei fortdauernder Zwangsmaßnahme

Eine extensive Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO gebieten auch nicht diejenigen Fallkonstellationen, in denen – wie hier – die Ersatzvornahme abschnittsweise durchgeführt wird und die Behörde während der noch laufenden Ersatzvornahme für bestimmte schon durchgeführte Teilmaßnahmen Erstattungsbescheide erlässt, um nicht mit erheblichen Beträgen in Vorleistung treten zu müssen. Der Pflichtige kann die bereits durchgeführten Teilmaßnahmen nicht mehr beeinflussen. Sie sind abgeschlossen. Zwar ist denkbar, dass der Pflichtige aufgrund dieser Kostenanforderungen (allein) in Bezug auf noch nicht vollzogene Teilmaßnahmen weiterhin angehalten wird, diese Teile von sich aus auszuführen (und damit die Behörde von der Ersatzvornahme zu entlasten). Diese Wirkung des Leistungsbescheides zur Kostenerstattung ist aber gleichsam nur reflexartig und nicht Folge seiner originären Funktion, für schon abgewickelte Teile der Vollstreckung finanziellen Ausgleich zu verlangen. Bei einer anderen Betrachtungsweise hätte es die Behörde in der Hand, durch bloßes Aufspalten der Ersatzvornahme für den überwiegenden Teil ihrer Erstattungsforderungen die aufschiebende Wirkung auszuschließen. Für den auf behördlicher Entscheidung beruhenden Ausschluss der aufschiebenden Wirkung hat der Gesetzgeber jedoch allein die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO zur Verfügung gestellt.

III. Fiskalische Überlegungen irrelevant

Nach alledem ist die Befürchtung des Antragsgegners, dass bei aufschiebender Wirkung der Rechtsbehelfe des Antragstellers eine planmäßige Fortsetzung der Bodensanierung nicht gewährleistet sei, weil für Ersatzvornahmen nur begrenzte Haushaltsmittel zur Ver-

fügung stünden, für die hier zu entscheidende Frage ohne Belang. Entscheidet sich die Behörde dafür, die Ersatzvornahme abschnittsweise durchzuführen, diesen allein die noch ausstehenden Teile der Ersatzvornahme der zwangsweisen Durchsetzung der Grundverfügung. [...]

Standort: Steuerrecht Problem: Repetitorgebühren als Werbungskosten

FG KÖLN, URTEIL VOM 19.01.2006
10 K 3712/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das FG Köln hat entschieden, dass Kosten des Jura-Studiums auch dann als Werbungskosten anerkannt werden müssen, wenn es sich um ein Erststudium unmittelbar im Anschluss an das Abitur handelt, also nicht um eine Fortbildungsmaßnahme. Zu den anerkannten Kosten gehören u.a. die Gebühren, die der Kläger im Rahmen seiner Examensvorbereitung an ein juristisches Repetitorium zu zahlen hatte.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist allenfalls im Steuerrecht examensrelevant. Es wird hier auch nicht wegen seiner Bedeutung für Klausuren, Hausarbeiten oder mündliche Prüfungen abgedruckt, sondern um Studierende auf mögliche pekuniäre Vorteile bei der nächsten Steuererklärung aufmerksam zu machen.

Das Urteil bewegt sich ganz auf der Linie des BFH, dessen Rechtsprechung zu dieser Frage mehrfach zitiert wird. Es dürfte daher jedenfalls für den Veranlagungszeitraum bis einschließlich 2003 Bestand haben. Seit der Neufassung des § 10 I Nr. 7 EStG im Jahre 2004 gelten Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung allerdings explizit als Sonderausgaben und nicht mehr als Werbungskosten, die nach § 9 EStG grds. in unbeschränkter Höhe Anrechnung finden. Sonderausgaben können aber immerhin auch bis zu 4.000 € geltend gemacht werden können.

Vertiefungshinweise:

❑ Einschlägige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs: *BFHE* 198, 563; 130, 282; 138, 47; 201, 156; 201, 211; 203, 380

Leitsätze (der Redaktion):

1. Werbungskosten setzen voraus, dass zwischen den Aufwendungen und der jeweiligen Einkunftsart ein Veranlassungszusammenhang besteht.

2. Dieser Veranlassungszusammenhang kann auch gegeben sein, wenn die Aufwendungen vor der Erzielung der Einkünfte getätigt wurden (hier: Jurastudium als Erststudium bei anschließender Tätigkeit als Rechtsanwalt). Dies setzt voraus, dass bereits im Zeitpunkt der Verausgabung anhand objektiver Umstände ein Zusammenhang mit zukünftigen steuerpflichtigen Einnahmen feststellbar ist.

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten darüber, ob Aufwendungen des Klägers im Rahmen seines im Anschluss an das Abitur begonnen Jura-Studiums als Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben zu berücksichtigen sind.

Der im Jahr 1975 geborene Kläger hatte sein Jura-Studium im Anschluss an Abitur und Grundwehrdienst im Sommersemester 1996 aufgenommen. Daneben war er im Streitjahr 2001 als Geschäftsführer der X- GmbH (GmbH; Bruttoarbeitslohn: 36.000 DM) tätig. Im Rahmen der Werbungskosten machte der Kläger Aufwendungen seines Studiums in Höhe von 8.916 DM geltend (Kosten für Repetitor, Fahrtkosten sowie Fahrtkosten zu den Klausuren, Hausarbeit und zur mündlichen Prüfung).

Die Tätigkeit des Klägers für die GmbH endete am 30. Juni 2002. Zum 1. Juli 2002 trat der Kläger in den Referendardienst ein. Nach den schriftlichen Klausurarbeiten Anfang 2004 absolvierte der Kläger seine Wahlstation bei einem Rechtsanwalt in Tokio. Die Referendarzeit des Klägers endete 2004 mit der mündlichen Prüfung für das 2. Staatsexamen. Im Anschluss daran begann der Kläger, der seit 2005 als Rechtsanwalt zugelassen ist und inzwischen als angestellter Rechtsanwalt arbeitet, mit der Anfertigung seiner Dissertation.

Der Beklagte berücksichtigte diese Aufwendungen im vorliegend angefochtenen Einkommensteuerbescheid vom 9. April 2003 bzw. im Änderungsbescheid vom 7. Mai 2003 nicht, weil die Kosten für die Ausbildung in einem nicht ausgeübten Beruf lediglich bis zur Höhe von 2.400 DM als Sonderausgaben berücksichtigt werden könnten. Die Rechtsprechung sei zugunsten des Klägers lediglich insoweit geändert worden, dass inzwischen auch die Kosten eines *berufsbegleitenden* Erststudiums als Werbungskosten berücksichtigt werden könnten. Dies gelte allerdings nicht für die Aufwendungen eines *erstmaligen* Hochschulstudiums im Anschluss an das Abitur. Insbesondere bei einem Jura-Studium, welches alle möglichen Berufsfelder eröffne, sei die erforderliche konkrete berufliche Veranlassung nicht erkennbar, und zwar weder im Hinblick auf die im Streitjahr ausgeübte Geschäftsführertätigkeit des Klägers noch im Hinblick auf seine künftig aufzunehmende Berufstätigkeit.

Der Kläger macht nach erfolglosem Einspruchsverfahren geltend, die Kosten des Studiums seien als Werbungskosten zu berücksichtigen.

Aus den Gründen:
Der Beklagte hat die Aufwendungen zu Unrecht nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit berücksichtigt. Diese Aufwendungen sind keine Kosten der Berufsausbildung i.S. von § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

A. Definition der Werbungskosten
Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG).

I. Werbungskosten nur bei Veranlassungszusammenhang
Der BFH bejaht das Vorliegen von Werbungskosten in inzwischen ständiger Rechtsprechung, wenn zwischen den Aufwendungen und der jeweiligen Einkunftsart ein Veranlassungszusammenhang besteht. Es muss objektiv ein Zusammenhang mit der auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit bestehen und die Aufwendungen müssen subjektiv zur Förderung dieser Tätigkeit gemacht werden(BFH-Urteil vom 10. April 2002 VI R 46/01, BFHE 198, 563).
Ebenso wie Werbungskosten nachträglich entstehen können, sind auch solche Ausgaben als Werbungskosten zu berücksichtigen, die vor dem Beginn einer Tätigkeit und vor der Erzielung von Einnahmen anfallen, wenn sie in einem hinreichend klaren Zusammenhang mit einer bestimmten in Aussicht genommenen Einkunftsart stehen und auch subjektiv zur Erzielung von Einkünften getätigt werden (BFH-Urteil vom 29. Februar 1980 VI R 165/78, BFHE 130, 282; BFH-Urteil vom 21. Dezember 1982 VIII R 48/82, BFHE 138, 47: Schuldzinsen bei Vermietungseinkünften).

1. Frühere Rechtsprechung des BFH
Die ältere Rechtsprechung unterschied zwischen den als Werbungskosten abziehbaren Kosten einer Fortbildung in einem bereits ausgeübten Beruf und den als Sonderausgaben begrenzt absetzbaren Kosten einer Ausbildung zu einem künftigen Beruf (Berufsausbildungskosten). Berufsausbildungskosten wurden immer angenommen, wenn die Bildungsmaßnahme dazu diente, Kenntnisse zu erwerben, die als Grundlage für einen künftigen Beruf notwendig waren oder welche die Grundlage dafür bilden sollten, um von einer Berufs- oder Erwerbsart zu einer anderen überzuwechseln. Denn derartige Aufwendungen stünden noch nicht mit einer konkreten beruflichen Tätigkeit und hieraus fließenden Einnahmen im Zusammenhang; sie erwüchsen grundsätzlich jedem Steuerpflichtigen und gehörten daher zu den nicht abziehbaren Kosten der Lebensführung (vgl. dazu die Nachweise im BFH-Urteil vom 4. Dezember 2002, BFHE 201, 156).

2. Aktuelle Rechtsprechung des BFH
Inzwischen hält der BFH an dieser vom Beklagten noch immer vertretenen Differenzierung jedoch nicht mehr fest. Er hat vielmehr unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass Ausgaben für eine Bildungsmaßnahme bzw. Umschulungsmaßnahme vorab entstandene Werbungskosten oder Betriebsausgaben sein können, soweit sie beruflich veranlasst sind. Dies gilt auch, wenn die Bildungsmaßnahme eine neue Basis für andere Berufsfelder schafft oder einen Berufswechsel vorbereitet (Umschulung) und ebenso in dem Fall einer erstmaligen Berufsausbildung. Ist die Bildungsmaßnahme nämlich auf die Erzielung von Einkünften gerichtet und liegt somit ein erwerbsbezogener Veranlassungszusammenhang vor, kommt es für die steuerliche Berücksichtigung der Aufwendungen nicht darauf an, ob ein neuer, ein anderer oder ein erstmaliger Beruf ausgeübt werden soll. Maßgeblich ist allein, ob die Aufwendungen in einem hinreichend konkreten, objektiv feststellbaren Zusammenhang mit künftigen steuerbaren Einnahmen aus der angestrebten beruflichen Tätigkeit stehen (BFH-Urteil vom 27. Mai 2003 VI R 33/01, BFHE 202, 314 für einen Studenten, der sein technisches Studium abgebrochen und danach eine Ausbildung zum Verkehrsflugzeugführer absolviert hatte; im Anschluss an BFHE 201, 156: Umschulung einer Industriekauffrau zur Fahrlehrerin; BFHE 201, 211: berufsbegleitendes Erststudium; ferner BFHE 203, 380: erstmalige Berufsausbildung zur Bürokauffrau).

II. Veranlassungszusammenhang bei vorab getätigten Ausgaben
Der Abzug von Aufwendungen als vorab entstandene Werbungskosten/Betriebsausgaben setzt voraus, dass bereits im Zeitpunkt der Verausgabung anhand objektiver Umstände ein Zusammenhang mit zukünftigen steuerpflichtigen Einnahmen feststellbar ist.
Den Steuerpflichtigen trifft insoweit die Feststellungslast. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Steuerpflichtige seine dahin gehende Absicht im Einzelfall nur mit Schwierigkeiten darlegen und nachweisen kann. Daher sind die Bekundungen des Steuerpflichtigen im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung seiner Beweisschwierigkeiten und der wirtschaftlichen Gegebenheiten zu würdigen. In die Entscheidung kann auch das spätere tatsächliche Verhalten des Steuerpflichtigen einfließen. Gegebenenfalls ist auch eine vorläufige Steuerfestsetzung geboten (BFH-Urteil vom 26. Januar 2005 VI R 71/03, BFHE 208, 572).
Dabei kann für die im Einzelfall jeweils gebotene Entscheidung hinsichtlich der einkünftedienlichen Veranlassung nicht von Bedeutung sein, dass im Zeitpunkt der Bildungsmaßnahme häufig noch gar nicht feststehen wird, ob der Steuerpflichtige künftig als Angestellter tätig wird oder im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit. Denn die Grundentscheidung des Gesetzgebers für einen Dualismus der Einkunftsarten bei der Einkommensermittlung ist kein Umstand, den der

Steuerpflichtige zu vertreten hat (vgl. BFH-Urteil vom 26. Januar 2005 VI R 71/03, BFHE 208, 572, in welchem insoweit ebenfalls nicht differenziert wird).

B. Subsumtion für Kosten des Jurastudiums

Danach handelt es sich auch bei Aufwendungen für ein unmittelbar im Anschluss das Abitur aufgenommenes Jura-Studium um Werbungskosten in diesem Sinne.

Der Beklagte hängt immer noch der zwischenzeitlich überholten BFH-Rechtsprechung nach, wenn er argumentiert, dass gerade beim Jura-Studium eine konkrete berufliche Veranlassung nicht erkennbar sei, weil es alle möglichen Berufsfelder eröffne. Es mag zutreffen, dass gerade das Jura-Studium als eine Art Grundstudium für die unterschiedlichsten Berufe anzusehen ist. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Entscheidung, ein Studium der Rechtswissenschaften aufzunehmen und die ernsthafte Durchführung dieses Studiums für das Streitjahr auf einen hinreichend konkreten Zusammenhang zu einer künftigen Tätigkeit in einem für einen Volljuristen typischen Beruf schließen lassen und damit eine einkünftedienliche Veranlassung indizieren. Im Streitfall kommt hinzu, dass der Kläger bereits im Streitjahr als Geschäftsführer einer GmbH tätig war und als solcher nicht unerhebliche Einnahmen erzielte. Auch angesichts dieser Tätigkeit hat der erkennende Senat keine Zweifel daran, dass das Studium des Klägers im Streitfall einkünftedienlich veranlasst ist. Die Auffassung des Beklagten, dass ein Jura-Studium für den Geschäftsführer einer GmbH nicht einkünftedienlich veranlasst ist, weil es nicht durch die Tätigkeit als Geschäftsführer "bedingt" sei, ist für das Gericht angesichts der unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen dieser Tätigkeit für den Geschäftsführer nicht nachvollziehbar. [...]

C. Verhältnis zu Sonderausgaben

Entgegen der Ansicht des Beklagten entfaltet der Sonderausgabentatbestand des § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG keine Sperrwirkung dahin, dass der Werbungskostenabzug nach § 9 Abs. 1 EStG bei einer erstmaligen Berufsausbildung stets ausgeschlossen wird. Eine solche Sperrwirkung entspricht nicht dem Gesetz. Aus dem Wortlaut, der Systematik sowie dem Sinn und Zweck des Gesetzes ergibt sich vielmehr, dass der Werbungskosten- bzw. Betriebsausgabenabzug Vorrang vor dem Abzug von Berufsausbildungskosten als Sonderausgaben hat und damit durch § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG nicht eingeschränkt wird bzw. werden kann.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 EStG sind Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine Berufsausbildung nur dann als beschränkt abziehbare Sonderausgaben zu behandeln, "wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind". Sind Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 4 EStG oder Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 EStG zu bejahen, kommt es nicht mehr darauf an, wie der Begriff "Berufsausbildung" in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG definiert wird, ob er beispielsweise nur die erstmalige Berufsausbildung erfasst. Der Sonderausgabenabzug kann gesetzestechnisch einen Abzug von als Werbungskosten anzuerkennenden Ausgaben nicht blockieren. Dazu hätte es einer - für das Streitjahr nicht vorhandenen - gesetzlichen Anordnung bedurft (BFH-Urteile vom 27. Mai 2003 VI R 33/01, BFHE 202, 314; vom 4. Dezember 2002 VI R 120/01, BFHE 201, 156). [...]

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 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. 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 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 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.

Zivilrecht

Standort: Produkthaftung Problem: Pflichten des Importeurs

BGH, URTEIL VOM 28.03.2006
VI ZR 46/05 (NJW 2006, 1589)

Problemdarstellung:

In diesem Fall verlangte der Kl. von der Importeurin einer Tapetenkleistermaschine Schadensersatz und Schmerzensgeld. Er hatte sich erhebliche Schnittverletzungen an der Hand zugezogen, die auf nicht entgratete Blechkanten der Kleisterwanne zurückzuführen waren. Da sich der Vorfall im Mai 2001 zugetragen hatte, bedurfte es für die Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung von Schmerzensgeld ihrer Verschuldenshaftung gem. §§ 823 ff BGB. Die ebenfalls in Betracht kommende Gefährdungshaftung gem. §§ 1 I 1, 4 II ProdHaftG hätte insofern nicht weitergeführt, da die Möglichkeit, gem. § 8 S. 2 ProdHaftG n. F. auf dieser Basis Schmerzensgeld zu verlangen, erst zum 01.08.2002 in Kraft getreten ist.

Der BGH nahm eine Haftung gem. § 823 II BGB i. V. m. § 3 I 2 GSG i. V. m. § 847 BGB a. F. an. Die hinsichtlich der Auswahl des Schutzgesetzes erörterte Differenzierung zwischen dem Gerätesicherheitsgesetz (GSG) und dem Produktsicherheitsgesetz (ProdSG) hat an Bedeutung verloren, da beide Gesetze mit Wirkung zum 01.05.2004 durch das einheitliche Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) abgelöst wurden. Dieses Gesetz enthält indes in § 4 II GPSG eine dem § 3 I 1 GSG vergleichbare Bestimmung und stellt in § 2 VIII 2 GPSG ausdrücklich klar, dass auch der Importeur in den europäischen Wirtschaftsraum ein Gerät "in Verkehr bringt" im Sinne dieses Gesetzes. Die Ausführungen des BGH zu den Verpflichtungen des Importeurs technischer Geräte sind daher ebenso von unverminderter Aktualität, wie die lehrreichen Passagen zur Prüfung des Verschuldens im Rahmen des § 823 II BGB bei feststehender Schutzgesetzverletzung und zu den Aufgaben des BerGer. bei der Beurteilung eines den Umständen des Einzelfalls entsprechenden Schmerzensgeldes.

Prüfungsrelevanz:

Während die auf die Besonderheiten des Berufungsverfahrens abzielenden Abschnitte dieses Urteils in erster Linie für RechtsreferendarInnen von Interesse sein dürften, betrifft die Entscheidung mit dem Gebiet der Produzentenhaftung im übrigen einen auch für das 1. Staatsexamen wichtigen Themenkomplex. Hier bereitet häufig die Unterscheidung der diversen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen und der für sie jeweils geltenden Besonderheiten Schwierigkeiten. Im Rahmen des § 823 I BGB bildet die Produzentenhaftung einen besonderen Anwendungsfall der Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Daneben statuiert das ProdHaftG für den Hersteller, den Importeur und nach Maßgabe des § 4 III ProdHaftG ggfs. auch für den Lieferanten eines fehlerhaften Produkts eine Gefährdungshaftung. Schließlich kann § 823 II BGB mit Vorschriften aus dem GPSG, das zunächst der Prävention dient und ein Instrumentarium behördlicher Schutzmaßnahmen vor gefährlichen Produkten enthält, kombiniert werden und so wiederum eine Verschuldenshaftung statuieren.

Vertiefungshinweise:

❑ Haftung des "Quasi-Herstellers" i. S. d. § 4 I 2 Prod HaftG für gefährlichen Grillanzünder: *BGH*, RA 2005, 592 = NJW 2005, 2695

❑ Keine Haftung der Zigarettenindustrie für Gesundheitsschäden des Rauchers: *LG Bielefeld*, RA 2000, 514 = NJW 2000, 2514; *OLG Hamm*, RA 2005, 90 = NJW 2005, 295

❑ Schmerzensgeldanspruch nach Inhaftierung aufgrund Anwaltsverschuldens: *KG*, RA 2005, 331 = NJW 2005, 1284

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der defekte Gaszug"
❑ *Examenskurs:* "Die Verfolgung"
❑ *Assessorkurs:* "Das englische Teeservice"

Leitsätze:

1. Der Importeur eines in großer Stückzahl aus China importierten technischen Arbeitsmittels (hier: Tapetenkleistermaschine) ist verpflichtet, das Gerät zu Beginn des Inverkehrbringens und sodann stichprobenartig darauf zu untersuchen, ob die Beschaffenheit den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Eine Verletzung dieser Pflicht kann zur Haftung nach § 823 II BGB führen, wenn es bei der bestimmungsgemäßen Verwendung des Geräts (hier: Reinigung) zu einem Körperschaden des Verwenders kommt.

2. Auch nach der Reform des Rechtsmittelrechts

hat das Berufungsgericht die erstinstanzliche Schmerzensgeldbemessung auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen gemäß §§ 513 I, 546 ZPO in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob sie überzeugt. Es darf sich nicht darauf beschränken, die Ermessensausübung der Vorinstanz auf Rechtsfehler zu überprüfen.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt Ersatz materiellen Schadens und Schmerzensgeld wegen Schnittverletzungen an der linken Hand, die er sich nach seiner Behauptung beim Reinigen der Kleisterwanne einer bei der Supermarktkette A. S. erworbenen Tapetenkleistermaschine im Mai 2001 zugezogen habe. Die Bekl. importiert diese Maschinen aus China und vertreibt sie in Deutschland unter der Marke "K. C.". Das Amtsgericht hat der Klage hinsichtlich des materiellen Schadens teilweise stattgegeben und dem Kl. ein Schmerzensgeld von 4.000,- € zuerkannt. Das Landgericht hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. bejaht einen Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 6 ProdSG. Es hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die nach Durchführung einer Beweisaufnahme vom Amtsgericht getroffene Feststellung, der Kl. habe sich beim Reinigen der Tapetenkleistermaschine verletzt, sei nicht zu beanstanden. Die Bekl. sei als Quasi-Herstellerin verantwortlich nach § 3 I 2 ProdSG. Sie vertreibe unter der Marke "K. C." die Tapetenkleistermaschine zum Weiterverkauf unter anderem an A. S. Einen Hinweis auf den chinesischen Hersteller wiesen die Tapetenkleistermaschine und deren Verpackung nicht auf. Darüber hinaus sei die Herstellerdefinition in § 3 I 3 ProdSG zu berücksichtigen. Danach gelte hilfsweise der Importeur als Hersteller. Der Hersteller verletze ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB, wenn er gemäß § 4 II ProdSG ein nicht im Sinne des § 6 I ProdSG sicheres Produkt in den Verkehr gebracht habe. Nach dem Gutachten des Sachverständigen H. seien die Gratkanten der Kleisterwanne, die nach innen ragten, messerscharf. Eine Reinigung entsprechend der auf dem Karton aufgedruckten Anleitung alleine durch Ausspülen sei nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht möglich. Rechtswidrigkeit und Verschulden seien zu bejahen. Der Bekl. sei vorzuwerfen, dass sie sich nicht durch eine eingehende Überprüfung der frei zugänglichen Kanten der Kleisterwanne Gewissheit über die Sicherheit der Geräte verschafft habe. Auch habe sie es unterlassen, zusammen mit der Reinigungsanleitung der Kleisterwanne auf der Verpackung einen Warnhinweis auf die Möglichkeit der Verletzung beim Hineingreifen anzubringen. Die erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Behauptung der Bekl., bei der Tapetenkleistermaschine handele es sich um einen "Ausreißer", sei aus prozessualen Gründen unbeachtlich.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Revision der Bekl. hat keinen Erfolg.

I. Anwendbarkeit des Gerätesicherheitsgesetzes anstelle des Produktsicherheitsgesetzes

Zu Recht weist die Revision allerdings darauf hin, dass für die Beurteilung des Streitfalls nicht das Produktsicherheitsgesetz (ProdSG), sondern das Gerätesicherheitsgesetz (GSG) einschlägig ist. Das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz vom 06.01.2004 (GPSG), welches die vorgenannten Gesetze außer Kraft gesetzt hat, findet auf den Vorfall aus 2001 noch keine Anwendung. Gemäß § 2 III Nr. 2 g ProdSG findet der zweite Abschnitt des Produktsicherheitsgesetzes über Produktsicherheit - mit Ausnahme der im Streitfall nicht relevanten Bestimmungen über Warnungen und Rückruf - keine Anwendung auf Produkte, deren sicherheitsrelevante Beschaffenheit im Gerätesicherheitsgesetz geregelt ist. So liegt es hier. Das Gerätesicherheitsgesetz gilt für das Inverkehrbringen technischer Arbeitsmittel (§ 1 I GSG). Technische Arbeitsmittel sind unter anderem verwendungsfertige Arbeitseinrichtungen, vor allem Werkzeuge und Arbeitsgeräte (§ 2 I GSG). Es muss sich um Einrichtungen handeln, die zu dem Zweck benutzt werden, Arbeit zu verrichten (vgl. Jeiter/Klindt, Gerätesicherheitsgesetz, 3. Aufl., § 2 Rz. 5 f.). Jedes für die Erzielung eines Arbeitserfolgs einsetzbare und nicht vollkommen ungefährliche Gerät ist ein technisches Arbeitsmittel im Sinne des Gerätesicherheitsgesetzes (Peine, Gerätesicherheitsgesetz, 3. Aufl., §§ 1, 1a, 2 Rz. 14; zur weiteren Eingrenzung derselbe Rz. 17 ff.; vgl. die Beispiele bei Kullmann in: Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, VI/97, 2450 S. 10). Nach der Absicht des Gesetzgebers sollen alle technischen Geräte erfasst werden, unabhängig davon, wo sie zum Einsatz gelangen: sei es im Betrieb, im Haushalt oder in einer Dienststelle (Peine, aaO., §§ 1, 1a, 2 Rz. 12). Dazu zählt auch die von der Bekl. importierte und vertriebene Tapetenkleistermaschine. Eine Ausnahme vom Anwendungsbereich nach § 1II Nr. 3 GSG liegt nicht vor. Spezialvorschriften für Tapetenkleistermaschinen sind nicht ersichtlich (vgl. etwa die Beispiele bei Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 16 f.).

II. Haftung der Bekl. gem. § 823 II BGB i. V. m. § 3 I 2 GSG i. V. m. § 847 BGB a. F.

Das Urteil erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig (§ 561 ZPO), da die Bekl. dem Kl., der sich nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen bei der

Reinigung der Tapetenkleistermaschine verletzt hat, für die Verletzungsfolgen nach § 823 II BGB i.V.m. § 3 I 2 GSG, § 847 I 1 BGB a.F. haftet.

1. Einordnung des § 3 I GSG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB

§ 3 I und III GSG ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB (Senat, Urteile vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - VersR 1980, 380 [382] m.w.N. und vom 18.01.1983 - VI ZR 270/80 - VersR 1983, 346 [347]; Beschlüsse vom 17.01.1984 - VI ZR 35/83 - VersR 1984, 270 und vom 28.04.1987 - VI ZR 247/86 - VersR 1988, 635 [636]; vgl. auch OLG Düsseldorf, VersR 1989, 1158 mit Nichtannahmebeschluss des Senats vom 07.03.1989 - VI ZR 257/88 -; OLG Bremen, VersR 2004, 207 [208] mit Nichtzulassungsbeschluss des Senats vom 15.07.2003 - VI ZR 11/03 -; Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 3).

2. Verstoß der Tapetenkleistermaschine gegen die Anforderungen des § 3 I 2 GSG

Die Bekl. hat den äußeren Tatbestand des § 3 I 2 GSG erfüllt, weil sie ein technisches Arbeitsmittel in den Verkehr gebracht hat, das nicht der von der Norm geforderten Beschaffenheit entsprach.

a. Keine Rechtsverordnung nach § 3 I 1 GSG anwendbar

Die Tapetenkleistermaschine fällt nicht in den Regelungsbereich einer in § 3 I 1 GSG angesprochenen Rechtsverordnung. Die insoweit in Betracht kommende Neunte Verordnung zum Gerätesicherheitsgesetz (9. GSGV = Maschinenverordnung; vgl. dort § 1 II) gilt nicht für Maschinen, deren einzige Kraftquelle die unmittelbar angewandte menschliche Arbeitskraft ist (§ 1 V Nr. 1 der 9. GSGV; vgl. Jeiter/Klindt, aaO., § 3 Rz. 32 f.). Es gilt also § 3 I 2 GSG. Danach dürfen technische Arbeitsmittel nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie den Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften so beschaffen sind, dass Benutzer oder Dritte bei ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung gegen Gefahren aller Art für Leben oder Gesundheit soweit geschützt sind, wie es die Art der bestimmungsgemäßen Verwendung gestattet (vgl. Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO).

b. Fehlende Entgratung der Blechkanten Verstoß gegen allgemeine anerkannte Regeln der Technik

Die Tapetenkleistermaschine war nicht dementsprechend beschaffen. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. sind die nach innen ragenden Gratkanten der Kleisterwanne messerscharf. Sämtliche Blechkanten sind nicht abgerundet, so dass eine erhöhte Verletzungsgefahr für den Benutzer besteht. Dieser Zustand entspricht nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik, denn die Blechkanten sind nach den auf sachverständiger Beratung beruhenden Feststellungen des Amtsgerichts, die sich das BerGer. zu Eigen macht, bei der Produktion nach dem Abschneiden der Bleche zu entgraten. Bei dieser Sachlage liegt auch unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen, die der erkennende Senat insoweit stellt (vgl. etwa Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO.; Beschluss vom 17.01.1984 - VI ZR 35/83 - aaO.; Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 27 f.; Peine, aaO., § 3 Rz. 24 ff.), ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik ersichtlich vor.

c. Reinigung der Maschine durch den Kl. als "bestimmungsgemäße Verwendung"

Entgegen der Auffassung der Revision scheidet eine Haftung der Bekl. nicht deshalb aus, weil § 3 I 2 GSG anders als § 6 I ProdSG dem Wortlaut nach nur die bestimmungsgemäße Verwendung erfasst.

aa. Streit um Anwendungsbereich des GSG im Vergleich zu § 6 I ProdSG

Gemäß § 3 I 2 GSG ist der gesetzlich gebotene Schutz bei "bestimmungsgemäßer Verwendung" zu gewährleisten. Bestimmungsgemäße Verwendung in diesem Sinne ist nach § 2 V GSG die Verwendung, für die die technischen Arbeitsmittel nach den Angaben derjenigen, die sie in den Verkehr bringen, insbesondere nach ihren Angaben zum Zwecke der Werbung, geeignet sind (Nr. 1) oder die übliche Verwendung, die sich aus der Bauart und Ausführung der technischen Arbeitsmittel ergibt (Nr. 2). Demgegenüber stellt das Produktsicherheitsgesetz nicht allein auf die bestimmungsgemäße Verwendung, sondern in § 6 I ProdSG daneben auf die zu erwartende Verwendung ab. Es wird nicht einheitlich beurteilt, ob es sich hierbei um mehr als einen sprachlichen Unterschied handelt (vgl. Jeiter/Klindt, aaO., § 3 Rz. 51), oder ob nicht der Schutzbereich des Gerätesicherheitsgesetzes, auch ohne dies ausdrücklich zu benennen, eine nahe liegende Fehlanwendung, einen üblichen Fehlgebrauch (Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 7 m.w.N.) oder eine für den Hersteller vorhersehbare Verwendung erfasst (Jeiter/Klindt, aaO., § 3 Rz. 55 im Hinblick auf EG-Produktsicherheitsrichtlinie 92/59/EWG, vgl. aaO § 2 Rz. 53 und § 3 Rz. 47, 49, 52; Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 7; Peine, aaO., § 3 Rz. 82 [für Spielzeug]).

bb. Notwendige Vor- und Nachbereitungs-handlungen sind bestimmungsgemäße Verwendung

Diese Frage bedarf im Streitfall keiner Beantwortung. Denn der Unfall hat sich bei bestimmungsgemäßer Verwendung ereignet. Der Kl. hat die Maschine entsprechend ihrer Bestimmung zum Einkleistern von Tapeten verwendet. Das Reinigen der Kleisterwanne nach dem Gebrauch ist zur Sicherstellung wiederholter

Nutzung unerlässlich und gehört ebenso zum Verwendungsvorgang wie das Einfüllen des Kleisters davor (vgl. auch OLG Frankfurt, VersR 1977, 1133). Durch den Begriff der bestimmungsgemäßen Verwendung sollen die Nutzung zu anderen Zwecken, wie etwa die eines Rasenmähers zum Heckenschneiden, oder offensichtlicher Fehlgebrauch ausgeschlossen werden (vgl. Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 7; LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 658 [659]), nicht aber notwendige Nach- und Vorbereitungshandlungen an technischen Arbeitsmitteln. Diese sind Teil des einheitlichen Verwendungsbegriffs im Sinne des § 3 I 2 GSG. Auch die auf der Verpackung abgedruckte Reinigungsanleitung nimmt das Hineingreifen in die Wanne zum Zweck der Reinigung bereits dem Wortsinn nach nicht aus dem Verwendungsbegriff heraus. Sie lautet: "Kleisterreste ausgießen und die Wanne unter fließendem Wasser reinigen. Kleistermaschine an der Luft trocknen lassen und im Originalkarton aufbewahren". Eine Beschränkung der Reinigung auf bloßes Ausspülen ohne manuelle Unterstützung ist hieraus nicht zu entnehmen.

d. Inverkehrbringen der Maschine durch die Bekl. gem. § 2 III 1 GSG

Die Bekl. hat die Tapetenkleistermaschine dadurch in den Verkehr gebracht, dass sie diese aus China importierte und an die Handelskette A. S. weiterverkaufte, wo sie der Kl. erwarb (§ 3 I 2 GSG). Gemäß § 2 III 1 GSG ist Inverkehrbringen jedes Überlassen technischer Arbeitsmittel an andere. Hierunter fällt die Lieferung des inländischen Importeurs an den inländischen Händler oder Verbraucher (vgl. Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO.; BGH, Urteil vom 13.05.1981 - VIII ZR 113/80 - NJW 1981, 2640 [2641]; Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 19 und 23; ders., Produkthaftungsrecht, 5. Aufl., Rz. 318).

e. Körperverletzung des Kl. beim Reinigen der Wanne

Das BerGer. stellt verfahrensfehlerfrei fest, dass sich der Kl. beim Reinigen der Kleisterwanne verletzt hat. Die Kausalität der Schutzgesetzverletzung für den beim Kl. eingetretenen Körperschaden wird von der Revision nicht in Frage gestellt.

3. Verschulden der Bekl.

Die Bekl. handelte auch schuldhaft.

a. Anforderungen an Produktimporteure für Beurteilung des Verhaltens der Bekl. maßgeblich

Ein Verstoß gegen den objektiven bzw. äußeren Tatbestand des § 3 I 2 GSG begründet in einem Schadensfall noch keine Haftung. Eine Schadensersatzpflicht besteht für den Produktverantwortlichen nur, wenn ihn ein Verschulden an dem Gesetzesverstoß trifft (vgl. Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO.; Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 33; ders., aaO., Rz. 280 f.; Peine, aaO., § 3 Rz. 157). Bei dieser Prüfung ist zu beachten, dass § 3 I 2 GSG dem Importeur nicht dieselben Pflichten wie einem Hersteller auferlegt. Jedem Produktverantwortlichen kann nur der Standard seines Berufskreises abverlangt werden (Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO.; Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO, S. 34, 35; ders., aaO., Rz. 325, 330; Peine, aaO., § 3 Rz. 159; BT-Drucks. 12/2693 S. 17, 21).

b. Pflicht der Bekl. zur Untersuchung des importierten Produkts

Die Bekl., die das von ihr aus China importierte Produkt in hoher Stückzahl vertreibt, wäre jedenfalls verpflichtet gewesen, die Tapetenkleistermaschinen zu Beginn des Inverkehrbringens und sodann stichprobenartig darauf zu untersuchen, ob die Beschaffenheit den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Eine dahingehende Überprüfungspflicht des Importeurs hat der erkennende Senat bereits bejaht (Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO.). Sie ist auch in der Literatur anerkannt (Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 35 f.; ders., aaO., Rz. 330 f.; Peine, aaO., § 3 Rz. 159; Köhler, BB 1985, Beilage 4, 10 [12]; Schmidt-Salzer, BB 1980, 445 [446]; vgl. auch BT-Drucks. 12/2693 S. 17, 21). Der Fehler wäre bei pflichtgemäßer Untersuchung ohne weiteres entdeckt worden (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 11.12.1979 - VI ZR 141/78 - aaO.).

c. Objektiver Verstoß gegen das Schutzgesetz führt zur Verschuldensvermutung

Es ist nicht zu beanstanden, dass das BerGer. hinsichtlich der Überprüfungspflicht der Bekl. keine näheren Feststellungen getroffen hat. Da die Bekl. § 3 I 2 GSG objektiv verletzt hat, spricht eine Vermutung dafür, dass diese Verletzung des Schutzgesetzes auch schuldhaft erfolgt ist. Es lag an der Bekl., Umstände darzulegen und zu beweisen, die geeignet sind, die Annahme zumindest fahrlässigen Verhaltens auszuräumen (vgl. Senat, Beschluss vom 17.01.1984 - VI ZR 35/83 - aaO. [271]; OLG München, VersR 1975, 605 [606]; Schmidt-Salzer, BB 1980, 445 [446]; alle zu § 3 I GSG; OLG Stuttgart, NJW-RR 1992, 670 [671]; Kullmann, aaO., Rz. 286 zu § 3 III 2 GSG).

d. Behauptung, Maschine sei "Ausreißer", war nicht mehr zu berücksichtigen

Ohne Rechtsfehler geht das BerGer. davon aus, die Bekl. sei insoweit ihrer Darlegungspflicht nicht nachgekommen. Welche Prüfungen der Importeur anstellen und in welchem Umfang er die importierten Geräte untersuchen oder untersuchen lassen muss, ist eine Frage des Einzelfalls (Kullmann in: Kullmann/Pfister, aaO., S. 36; Kullmann, aaO, Rz. 331; Schmidt-Salzer, BB 1980, 445 [446]). Die Häufigkeit der notwendigen Stichproben hängt unter anderem davon ab, ob die im-

portierten Maschinen aus einem Fertigungsvorgang stammen oder nicht. Im letztgenannten Fall sind häufigere Stichproben erforderlich, um die Entdeckung von Fehlern wahrscheinlich zu machen. Ferner kann den Importeur bei Importen aus dem außereuropäischen Bereich eine besondere Verantwortung treffen (Kollmer, NJW 1997, 2015 [2017]; Schmidt-Salzer, BB 1980, 445 [446]). Die Revision legt nicht dar, dass die Bekl. insoweit erstinstanzlich in dem erforderlichen Maße vorgetragen habe. Das BerGer. hat insoweit entgegen der Annahme der Revision auch nicht verfahrensfehlerhaft die Bekl. entlastenden zweitinstanzlichen Sachvortrag übergangen. Es hat ausgeführt, die erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Behauptung der Bekl., bei der Tapetenkleistermaschine handele es sich um einen "Ausreißer", sei neu und unsubstantiiert. Es werde nicht vorgetragen, wie viele Stichproben in Anbetracht der nach Behauptung der Bekl. mehr als zehntausendfach vertriebenen Maschinen die Bekl. selbst durchgeführt habe oder habe durchführen lassen. Das BerGer. hat den zweitinstanzlichen Vortrag der Bekl. entgegen der Auffassung der Revision zu Recht als neu angesehen und deshalb unberücksichtigt gelassen. Er war sowohl in tatsächlicher Hinsicht als auch aus rechtlichen Gründen neu im Sinne der §§ 529 I Nr. 2, 531 II ZPO. Die Bekl. hatte im Schriftsatz vom 29.07.2004 an das Amtsgericht lediglich dargelegt, dass die Tapetenkleistermaschine zehntausendfach im EG-Raum vertrieben werde. Die Frage eines Ausreißers wird in diesem Zusammenhang nur spekulativ behandelt. Zudem handelte es sich um Vorbringen in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz. Dieses ist in zweiter Instanz neu (BGH, Urteil vom 02.04.2004 - V ZR 107/03 - NJW 2004, 2382; vgl. Musielak/Huber, ZPO, 4. Aufl., § 296a Rz. 5 m.w.N.; Musielak/Ball, aaO., § 531 Rz. 14; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 296a Rz. 3). Die Revision zeigt keine Gründe auf, die das Amtsgericht hätten veranlassen müssen, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Die Erheblichkeit eines erstmals in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz enthaltenen Vorbringens allein wäre nicht ausreichend (vgl. Musielak/Stadler, aaO., § 156 Rz. 4; Zöller/Greger, aaO., § 156 Rz. 4). Das Amtsgericht war auch nicht verpflichtet, die Beklagte auf zuvor in ihrem Vortrag nicht andeutungsweise enthaltenes entlastendes Vorbringen hinzuweisen (vgl. BGHZ 156, 269 [270 f.]; BGH, Urteil vom 23.11.2005 - VIII ZR 43/05 - NJW 2006, 434 [435]; Musielak/Stadler, aaO., § 139 Rz. 5, 7, 9; Zöller/Greger, aaO., § 139 Rz. 3, 17), so dass auch insoweit kein zwingender Grund zur Wiedereröffnung bestand (hierzu Zöller/Greger, aaO., § 156 Rz. 3; § 283 Rz. 5). Dass die Berücksichtigung der neuen Tatsachen durch das BerGer. hier ausnahmsweise zulässig gewesen sein könnte (§§ 529 I Nr. 2, 531 II ZPO), legt die Revision nicht dar. Auf ihre im Zusammenhang mit der vom BerGer. angenommenen fehlenden Substantiierung des Vorbringens erhobenen Rügen kommt es danach nicht mehr an.

III. Ausreichende Überprüfung der ausgeurteilten Schmerzensgeldhöhe durch das BerGer.

Die Revision macht auch ohne Erfolg geltend, das BerGer. habe sich hinsichtlich der Höhe des zuerkannten Schmerzensgeldes darauf beschränkt zu prüfen, ob eine Ermessensüberschreitung des Amtsgerichts vorliege. Zwar wäre es fehlerhaft gewesen, wenn sich das BerGer. auf eine bloße Überprüfung der Ermessensausübung des Amtsgerichts beschränkt hätte. So sind seine Ausführungen indes nicht zu verstehen.

1. Bisheriger Streitstand zur Beurteilung des Schmerzensgeldes durch das BerGer.

Die Frage, inwieweit das BerGer. nach der Neuregelung des Rechtsmittelrechts die Bemessung des Schmerzensgeldes durch die Vorinstanz überprüfen kann, wird nicht einheitlich beurteilt. Einerseits wird vertreten, eine Überprüfung sei auf Rechtsfehler beschränkt. Lägen solche nicht vor, dürfe die Berufungsinstanz nicht eigenes Ermessen an die Stelle der Bestimmung durch die Vorinstanz setzen (OLG Braunschweig, VersR 2004, 924 [925]; OLG Karlsruhe, OLGR 2004, 398 [399]; OLG Hamm, VersR 2006, 134 [135]; vgl. auch OLG Hamm, VersR 2004, 757; OLG München, NJW 2004, 959). Nach der Gegenmeinung darf und muss das BerGer. ohne Bindung an die Ermessensausübung des erstinstanzlichen Gerichts, allerdings im Rahmen seiner Bindung an die Tatsachenfeststellungen gemäß § 529 I ZPO, selbst über die Bemessung des im Einzelfall angemessenen Schmerzensgeldes befinden (OLG Brandenburg, VersR 2005, 953 [954]).

2. Auffassung des erkennenden Senats

Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Eine Beschränkung der Prüfungskompetenz des BerGer. - entsprechend der des Revisionsgerichts - hat der Bundesgerichtshof bereits für den Bereich der Vertragsauslegung abgelehnt (BGHZ 160, 83 ff.) und darauf hingewiesen, dass im Bereich der rechtlichen Bewertung festgestellter Tatsachen eine Bindung des BerGer. an eine lediglich mögliche, aber nicht überzeugende Wertung der Vorinstanz nicht besteht (BGHZ 160, 83 [92]). Die insoweit angestellten Erwägungen gelten für die Überprüfung der Schmerzensgeldbemessung in gleicher Weise (vgl. OLG Brandenburg, aaO.; Geisler, jurisPR-BGHZivilR 33/2004 Anm. 6). Auch nach der Reform des Rechtsmittelrechts hat das BerGer. die erstinstanzliche Schmerzensgeldbemessung auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen gemäß §§ 513 I, 546 ZPO in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob sie überzeugt. Hält das BerGer. sie für zwar vertretbar, letztlich aber bei Berücksichtigung aller Gesichtspunkte nicht für sachlich überzeu-

gend, so darf und muss es nach eigenem Ermessen einen eigenen, dem Einzelfall angemessenen Schmerzensgeldbetrag finden. Das BerGer. darf es nicht dabei belassen zu prüfen, ob die Bemessung Rechtsfehler enthält, insbesondere ob das Gericht sich mit allen maßgeblichen Umständen ausreichend auseinandergesetzt und um eine angemessene Beziehung der Entschädigung zu Art und Dauer der Verletzungen bemüht hat (vgl. Senat BGHZ 138, 388 [391] m.w.N.).

3. Konkrete Auseinandersetzung des BerGer. mit den Bemessungsfaktoren für das Schmerzensgeld

Hier hat das BerGer. ausgeführt, das zuerkannte Schmerzensgeld von 4.000,- € bewege sich an der oberen Grenze des zuzubilligenden Rahmens. Eine Abänderung sei jedoch nicht gerechtfertigt, da das Amtsgericht das ihm eingeräumte Ermessen nicht überschritten habe. Auch wenn dieser Satz missverständlich sein könnte, lassen die nachfolgenden Ausführungen erkennen, dass das BerGer. sich selbst mit den für die Schmerzensgeldbemessung maßgebenden Faktoren auseinandergesetzt hat und das vom Amtsgericht zuerkannte Schmerzensgeld als angemessenen Ausgleich für den immateriellen Schaden des Kl. ansieht. Es heißt nämlich, 4.000,- € seien angesichts der Art der Verletzung, der Dauer der Arbeitsunfähigkeit und des Dauerschadens vertretbar. Die Sehnen des linken Handgelenks seien ebenso teilweise durchtrennt gewesen, wie Nerven der Hand. An der Daumenwurzel des Kl. seien eine sichtbare Narbe sowie Gefühlsminderungen geblieben. Der Kl. sei vom 19.05.2001 bis zum 10.06.2001 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Standort: Mietrecht — Problem: Kündigung wegen Zahlungsverzugs

BGH, URTEIL VOM 11.01.2006
VIII ZR 364/04 (NJW 2006, 1585)

Problemdarstellung:

Unterstellt man einmal, dass der hier beklagte Wohnungsmieter die Miete tatsächlich bis zum dritten Werktag eines Monats im voraus zu entrichten hatte, so führte sich der Bekl. nach Beginn des Mietverhältnisses im Juni 1998 direkt gut ein, indem von November 1998 bis Februar 2001 unpünktlich gezahlt wurde. Nachdem der Kl. auf die Durchsetzung einer bereits ausgesprochenen Kündigung verzichtet hatte, schloss sich eine 23-monatige Wohlverhaltensphase an, bevor ab Februar 2003 die Zahlungen immer später und unregelmäßiger beim Kl. eingingen. Nach Abmahnung des Zahlungsverhaltens im Juli 2003 kündigte der Kl. das Mietverhältnis mit Schreiben vom 22.08.2003, vor dessen Zugang - nämlich bereits am 20.08.2003 - der Bekl. die Augustmiete überwies.

Im Räumungsprozess versagte das BerGer. der durch den Kl. ausgesprochenen Kündigung tatsächlich sowohl als außerordentliche wie auch als ordentliche fristgemäße Kündigung die Wirksamkeit. Es nahm den Standpunkt ein, nach Abmahnung des Zahlungsverhaltens müsse der Mieter schon innerhalb eines Jahres dreimal unpünktlich zahlen, um sich einer wirksamen Kündigung versehen zu müssen. Bei allem sozialem Grundgedanken des Wohnraummietrechts ist es ausdrücklich zu begrüßen, dass der BGH dieser Rechtsauffassung eine Absage erteilt hat. Er betont, dass auch bei Fehlen der Voraussetzungen gem. §§ 543 II 1 Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB fortdauernd unpünktliche Zahlungen eine außerordentliche Kündigung nach § 543 I BGB ebenso rechtfertigen können, wie eine ordentliche nach § 573 I, II Nr. 1 BGB. Das Abmahnungserfordernis des § 543 III 1 BGB ist bei der außerordentlichen Kündigung aufgrund der ausdrücklichen Bezugnahme des § 543 III 2 Nr. 3 BGB auf Abs. II 1 Nr. 3 BGB zu beachten, es besteht umgekehrt aber auch kein besonderer Mieterschutz gem. §§ 543 II 2, 569 III Nr. 2 BGB.

Da auf den vorliegenden Altvertrag allerdings noch § 551 I 2 BGB a. F. (Fälligkeit der Miete nach Ablauf der Zeitabschnitte, für die sie zu entrichten ist) anzuwenden war, muss das BerGer. nun prüfen, ob durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kl. wirksam eine Vorauszahlungspflicht vereinbart war.

Prüfungsrelevanz:

An dieser Stelle wurde schon wiederholt die große Praxisrelevanz des Wohnungsmietrechts betont. Diese spiegelt sich nur bedingt in der Häufigkeit mietrechtlicher Problemstellungen in Examensaufgaben wieder. Das vorliegende Urteil betrifft jedoch grundlegende Fragen der (Wohnungs-) Miete, auf die von jedem Examenskandidaten fundierte Antworten erwartet werden. Einerseits wird das Verhältnis der außerordentlichen zur ordentlichen Kündigung eines Wohnungsmietvertrags mit den unterschiedlichen Voraussetzungen, Ausschlussgründen und Beurteilungsmaßstäben ausführlich beleuchtet. Dabei wird andererseits die seit dem 01.09.2001 vorzufindende Systematik des Mietrechts, nach der die allgemeinen Vorschriften der §§ 535 - 548 BGB in den §§ 549 - 577a BGB durch Sonderregelungen für Wohnraummiete ergänzt werden, bevor §§ 578 - 580a BGB sich noch einmal mit der Miete von Geschäftsräumen und Grundstücken befassen (wichtige Ausnahme: § 579 I BGB gilt auch für bewegliche Sachen), sehr deutlich. Angedeutet wird in diesem Urteil die ebenfalls sehr häufige Verknüpfung

von mietrechtlichen Fragen mit dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff BGB), die dann wiederum auch typisch für Examensaufgaben zum Thema Miete ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Anspruch auf Erlaubnis einer Untervermietung nach § 553 BGB: *BGH*, RA 2006, 291 = NJW 2006, 1200

❑ Zum Schadensersatzanspruch des Mieters wegen vorgeschobener Eigenbedarfskündigung: *BGH*, RA 2005, 523 = NJW 2005, 2395

❑ Berechnungsgrundlage für die Mietminderung ist die Bruttomiete: *BGH*, RA 2005, 474 = NJW 2005, 1713

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Hubschrauberleasing"

❑ *Assessorkurs:* "Das Geschäftslokal"

Leitsatz:

Zur Frage, wann eine wiederholte unpünktliche Zahlung der Miete eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen kann.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt Räumung und Herausgabe einer von ihm an den Bekl. vermieteten, in B. gelegenen Wohnung. Nach § 6 Abs.2 des Mietvertrages vom 03.06.1998 sind die Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) des Kl. in der Fassung von April 1997 Vertragsbestandteil. Das vom Kl. verwendete Formular einer Empfangsbestätigung, wonach der Mieter den Empfang der AVB mit seiner Unterschrift bestätigt, ist nicht ausgefüllt und vom Bekl. auch nicht unterzeichnet worden. Nach Nr. 2 Abs. 1 der AVB ist die Miete ("Nutzungsgebühr") monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats zu entrichten. Von November 1998 bis Februar 2001 überwies der Bekl. die Miete zu unterschiedlichen Zeitpunkten während des laufenden Monats, zum Teil auch erst im Folgemonat. Am 14.02.2001 kündigte der Kl. das Mietverhältnis fristlos mit der Begründung, der Bekl. habe die Mieten für Januar und Februar 2001 nicht gezahlt. Dennoch setzten die Parteien das Mietverhältnis fort. Von März 2001 bis Januar 2003 entrichtete der Bekl. die Miete zu Beginn des jeweiligen Monats. Danach überwies der Bekl. die Miete von monatlich 276,20 € wie folgt: für Februar 2003 am 06., für März 2003 am 07. und für April 2003 am 17. des jeweils laufenden Monats; für Mai und Juni 2003 leistete der Bekl. nur Teilzahlungen, und zwar am 24.06. und am 02.07.2003. Mit Schreiben vom 07.07.2003 forderte der Kl. den Bekl. auf, den Mietrückstand in Höhe von 512,66 € bis zum 14.07.2003 auszugleichen; andernfalls werde er das Mietverhältnis wegen Unzumutbarkeit kündigen, weil der Bekl. nicht für pünktliche Mietzahlungen Sorge getragen habe. Durch zwei Teilzahlungen am 14. und 15.07.2003 überwies der Beklagte die Miete für Juli 2003. Mit einem als "2. Abmahnung" bezeichneten Schreiben vom 16.07.2003 beanstandete der Kl. erneut, dass der Bekl. die Miete unpünktlich zahle, und drohte abermals an, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen. Am 20.08.2003 überwies der Bekl. die Miete für den Monat August 2003. Mit Schreiben vom 22.08.2003 kündigte der Kl. das Mietverhältnis fristlos, hilfsweise fristgemäß. Das Amtsgericht hat die auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage durch Versäumnisurteil abgewiesen und dieses nach Einspruch des Kl. aufrechterhalten. Das Landgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit seinem Rechtsmittel verfolgt der Kl. sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Kündigungserklärung des Kl. vom 22.08.2003 rechtfertige einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung nicht. Der Kl. sei trotz der unpünktlichen Mietzahlungen nicht zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung gemäß § 543 I BGB berechtigt. Nach Nr. 2 Abs. 1 der AVB sei der Bekl. zwar verpflichtet, die Miete monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats, zu zahlen. Auch sei das Schreiben des Kl. vom 07.07.2003 als ausreichende Abmahnung wegen fortdauernd unpünktlicher Mietzahlungen anzusehen. Einer Kündigung stehe jedoch entgehen, dass der Bekl. die Miete nach der Abmahnung nur noch einmal, nämlich im August 2003, verspätet gezahlt habe. Eine fristlose Kündigung wegen fortdauernd unpünktlicher Mietzahlungen setze voraus, dass die Miete nach einer Abmahnung mit Kündigungsandrohung innerhalb eines Jahres noch mindestens dreimal verspätet gezahlt werde. Die Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 II 1 Nr. 3 lit. a) und b) BGB) würden unterlaufen, wenn bereits eine einmalige verspätete Mietzahlung nach Abmahnung die fristlose Kündigung nach § 543 I BGB rechtfertigen könnte. Eine verspätete Mietzahlung wiege weniger schwer als die in § 543 II 1 Nr. 3 BGB geregelten Tatbestände. Das vertragswidrige Verhalten des Mieters müsse eine gewisse Nachhaltigkeit zeigen. Daher müsse es auch nach Abmahnung einen gewissen Zeitraum umfassen. Dem stehe nicht entgegen, dass dem Vermieter bei fortlaufend unpünktlicher Mietzahlung unnötiger Kontroll- und Verwaltungsaufwand entstehe. Eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungs-

verzugs gemäß § 543 II 1 Nr. 3 BGB sei im Übrigen bereits deshalb nicht berechtigt, weil der Kl. die Kündigung nicht hinreichend begründet habe (§ 569 IV BGB); ein Kündigungsgrund sei auch nicht gegeben, weil der Bekl. bei Zugang des Kündigungsschreibens vom 22.08.2003 nicht mehr in Zahlungsverzug gewesen sei. Das Mietverhältnis sei auch nicht durch die gleichzeitig erklärte fristgemäße Kündigung beendet worden, weil der Kl. kein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses habe (§ 573 I 1, II Nr. 1 BGB). Eine schuldhafte, nicht unerhebliche Verletzung des Mietvertrages durch den Bekl. liege nicht vor, weil er die Miete nach Abmahnung nur einmal verspätet gezahlt habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Ausschluss der Kündigung nach §§ 543 II 1 Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB gem. § 543 II 2 BGB

Die außerordentliche Kündigung des Kl. ist allerdings nicht aus wichtigem Grund unter dem Gesichtspunkt des Zahlungsverzuges gemäß §§ 543 II 1 Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB gerechtfertigt. Eine solche Kündigung ist gemäß § 543 II 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Vermieter - wie hier - vor dem Zugang der Kündigung (§ 130 BGB) vollständig befriedigt wird, wobei es auf die Rechtzeitigkeit der Erfüllungshandlung ankommt (Schilling in: Münch.-Komm.BGB, 4. Aufl., § 543 Rz. 55; Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl., § 543 Rz. 27).

II. Außerordentliche Kündigung gem. § 543 I BGB dagegen möglich

Ein Anspruch des Kl. auf Räumung und Herausgabe der vom Bekl. gemieteten Wohnung (§ 546 I BGB) kann aber nicht mit der vom BerGer. gegebenen Begründung verneint werden, eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung (§ 543 I BGB) aufgrund fortdauernd unpünktlicher Mietzahlungen komme nur in Betracht, wenn der Mieter die Miete nach einer Abmahnung mit Kündigungsandrohung innerhalb eines Jahres noch dreimal verspätet zahle.

1. Prüfungsumfang des Revisionsgerichts bei Anwendung des § 543 I BGB

Nach § 543 I 1 BGB kann jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 I 2 BGB). Die Beantwortung der Frage, ob eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung; diese obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgebenden Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt hat oder ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (Senatsurteil vom 09.03.2005 - VIII ZR 394/03, NJW 2005, 2552 = WuM 2005, 401 = NZM 2005, 538, unter II 3; Senatsurteil vom 08.12.2004 - VIII ZR 218/03, WuM 2005, 125 = NZM 2005, 300, unter II 4). Das Revisionsgericht kann regelmäßig nur überprüfen, ob das BerGer. Rechtsbegriffe verkannt hat oder ob dem Tatrichter von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, er etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungssätze verletzt hat.

2. Überzogene rechtliche Anforderungen des BerGer. an Kündigungsgrund gem. § 543 I BGB

Der Prüfung anhand dieses Maßstabs hält das Berufungsurteil nicht stand.

a. Fortdauernd unpünktliche Zahlungen möglicher Kündigungsgrund nach § 543 I BGB

Das BerGer. geht zwar zu Recht davon aus, dass fortdauernd unpünktliche Mietzahlungen einen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung im Sinne von § 543 I BGB bilden können (Senatsurteil vom 23.09.1987 - VIII ZR 265/86, NJW-RR 1988, 77 = WM 1988, 62 = WuM 1988, 125, unter II 2, zu § 554a BGB a.F.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2003, 945 [946]; Ehlert in: Bamberger/Roth, BGB, § 543 Rz. 35; Staudinger/Emmerich, BGB [2003], § 543 Rz. 68-70; Kraemer, NZM 2001, 553 [561]). Ferner hat das BerGer. - wenn auch unausgesprochen - zutreffend zugrunde gelegt, dass die Bestimmung über den Ausschluss des Kündigungsrechts bei vollständiger Befriedigung des Vermieters (§ 543 II 2 BGB) hier nicht anzuwenden ist (vgl. bereits Senatsurteil vom 23.09.1987 aaO., unter II 2 a; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 543 Rz. 45; Schilling in: Münch.-Komm.BGB aaO., § 543 Rz. 12; Staudinger/Emmerich aaO., § 543 Rz. 70).

b. Auch Verhalten des Mieters vor Abmahnung nach § 543 III 1 BGB zu berücksichtigen

Das BerGer. hat jedoch die Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 543 I BGB überspannt, wenn es zum einen stets eine dreimalige verspätete Zahlung nach Abmahnung für erforderlich hält und darüber hinaus meint, Zahlungsverzögerungen vor der Abmahnung seien nicht zu berücksichtigen. Die Abmahnung soll dem Mieter Gelegenheit zur Änderung seines Verhaltens geben (Be-

schlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/5663, S. 69). Zweck des Abmahnungserfordernisses ist es, dem Mieter vor Vertragsbeendigung noch eine Chance zu vertragsgemäßem Verhalten einzuräumen (AnwKommBGB/Riecke [2005], § 543 Rz. 35). Es erscheint daher fraglich, ob der Auffassung des BerGer. hinsichtlich des Erfordernisses einer dreimaligen verspäteten Zahlung nach Abmahnung zu folgen ist; dies kann jedoch dahinstehen. Sie kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn der Abmahnung - wie hier - wiederholt Zahlungsverzögerungen vorausgegangen sind. Die Erwägung des BerGer., nur nachhaltig unpünktliche Mietzahlungen könnten den Tatbestand des § 543 I BGB erfüllen, trifft für sich gesehen zwar zu; die fortdauernde Unpünktlichkeit muss sich aber nicht nur in der Zeit nach der Abmahnung verwirklichen. Die weitere Überlegung des BerGer., dass die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 II 1 Nr. 3 BGB) andernfalls unterlaufen würden, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Der Gefahr einer Umgehung anderer Kündigungstatbestände steht entgegen, dass eine Kündigung gemäß § 543 I BGB nur unter besonderen Umständen möglich ist, welche den Schluss zulassen, dass die Vertragsfortsetzung dem Kündigenden nicht mehr zugemutet werden kann (Grapentin in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. IV Rz. 187; Kandelhard in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 543 BGB Rz. 22; Müller in: Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, Stand: November 2005, § 543 BGB Rz. 8). Der Erfolg der Abmahnung (§ 543 III 1 BGB) muss sich vor diesem Hintergrund darin zeigen, dass das beanstandete Verhalten nicht wiederholt wird (Schilling in: Münch.-Komm.BGB aaO., § 543 Rz. 68). Eine Kündigung ist somit nicht bereits deshalb unwirksam, weil zwischen der Abmahnung und dem Zugang der Kündigung nur ein Zahlungstermin liegt, zu dem die Miete nicht pünktlich eingegangen ist. Denn insbesondere nach fortdauernd unpünktlichen Mietzahlungen muss das Verhalten des Mieters nach einer Abmahnung mit Kündigungsandrohung geeignet sein, das Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise wiederherzustellen. Solche Umstände liegen hier nicht vor, weil der Bekl. nicht auf die Abmahnung reagiert und sein Verhalten auch danach fortgesetzt hat. Damit hat er deutlich gemacht, dass er nicht bereit war, seine zögerliche Zahlungsweise ernsthaft und auf Dauer abzustellen. Es mag sein, dass im Einzelfall Ausnahmen in Betracht kommen können, die sich jedoch nicht schematisch bestimmen lassen. Denkbar ist dies etwa in einem - hier nicht vorliegenden - Bagatellfall (so v. Hase, NJW 2002, 2278 [2283] zu § 314 II BGB) oder wenn dem Mieter unter Umständen noch eine Prüfungsfrist zuzubilligen ist (vgl. Staudinger/Emmerich aaO., § 543 Rz. 78 a.E.). Dessen bedurfte es hier jedoch nicht; pünktliche, vollständige Mietzahlungen waren vom Bekl. stets und gerade nach Abmahnung zu erwarten. Da der Tatrichter bei der ihm obliegenden Abwägung von unrichtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, kann der Senat nicht beurteilen, ob dem Kl. die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann.

III. Ordentliche Kündigung wegen unpünktlicher Zahlungen gem. § 573 I 1, II Nr. 1 BGB

Die vorstehenden Erwägungen gelten sinngemäß für die vom Kl. hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung gemäß § 573 I 1, II Nr. 1 BGB.

1. Auch weniger schwere Pflichtverletzungen im Rahmen des § 573 II Nr. 1 BGB beachtlich

Zwar unterliegt auch die Feststellung eines berechtigten Interesses im Sinne dieser Vorschrift einer weitgehend dem Tatrichter vorbehaltenen umfassenden Würdigung der im Einzelfall gegebenen beiderseitigen Interessen (Rechtsentscheide des Senats, BGHZ 103, 91 [101] und BGHZ 92, 213 [216]). Auch diese Kündigung hat das BerGer. aber mit rechtsfehlerhaften Erwägungen als unbegründet angesehen. Bei einer ordentlichen Kündigung wegen schuldhafter, nicht unerheblicher Vertragsverletzungen des Mieters kommen auch Pflichtverstöße von geringerem Gewicht in Betracht, als dies im Rahmen des § 543 I BGB erforderlich ist. Es ist insbesondere nicht zu verlangen, dass dem Vermieter die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist (Häublein in: Münch.-Komm.BGB aaO., § 573 Rz. 56; AnwKommBGB/Hinz aaO., § 573 Rz. 12; so bereits OLG Oldenburg, WuM 1991, 467 [468] = NJW-RR 1992, 79 zu § 564b I BGB a.F.).

2. Fortdauernd unpünktliche Zahlungen Kündigungsgrund ohne Mieterschutz gem. §§ 543 II 2, 569 III Nr. 2 BGB

Das BerGer. hat im Ausgangspunkt nicht verkannt, dass ständige unpünktliche Mietzahlungen ein Recht des Vermieters zur ordentlichen Kündigung begründen können (OLG Oldenburg aaO.; AnwKommBGB/Hinz aaO., § 573 Rz. 17; Reick in: Bamberger/Roth aaO., § 573 Rz. 30; Häublein, ZMR 2005, 1 [6]). Der Senat hat bereits entschieden, dass eine Zahlung der Rückstände innerhalb der Frist des § 569 III Nr. 2 BGB einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung nicht entgegensteht (Urteil vom 16.02.2005 - VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 = NZM 2005, 334, unter II 2). Auch § 543 II 2 BGB ist hier nicht entsprechend anzuwenden (Krenek in: Müller/Walther aaO., § 573 Rz. 21; Reick in: Bamberger/Roth aaO., § 573 Rz. 29; ebenso bereits zu § 554 I 2 BGB a.F. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 79; OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 1487; Grapentin in: Bub/Treier aaO., Kap. IV Rz. 64; a.A. Blank in: Schmidt-Futterer aaO., § 573

Rz. 35). Da der Kl. den Bekl. vor der Kündigung ausreichend abgemahnt hat, bedarf es keiner Entscheidung, ob auch der ordentlichen Kündigung wegen schuldhafter, nicht unerheblicher Vertragsverletzungen eine Abmahnung oder sogar eine mit Kündigungsandrohung versehene (qualifizierte) Abmahnung vorauszugehen hat (vgl. dazu OLG Oldenburg aaO.; Häublein in Münch.-Komm.BGB aaO., § 573 Rz. 58; Reick in: Bamberger/Roth aaO., § 573 Rz. 22). Hat der Vermieter - wie hier - eine Abmahnung mit Kündigungsandrohung ausgesprochen, ist eine erneute Zahlungsunpünktlichkeit jedenfalls bei der Würdigung des Gewichts der Vertragsverletzung und des Verschuldens des Mieters zu berücksichtigen. Wie ausgeführt, hat sich das BerGer. durch das von ihm rechtsfehlerhaft angenommene Erfordernis einer dreimaligen Zahlungsunpünktlichkeit innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach Abmahnung den Weg zu der gebotenen Gesamtabwägung verstellt.

IV. Kündigungsschreiben des Kl. ausreichend begründet

Das angefochtene Urteil kann daher mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Es stellt sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig dar (§ 561 ZPO). Entgegen der von der Revisionserwiderung erhobenen Gegenrüge hat der Kl. den Kündigungsgrund im Schreiben vom 22.08.2003 hinreichend angegeben (§ 569 IV BGB, § 573 III 1 BGB). Die Begründung soll es dem Kündigungsempfänger ermöglichen, zu erkennen, auf welche Vorgänge oder auf welches Verhalten des Mieters der Vermieter die Kündigung stützt, und ob, gegebenenfalls wie, er - der Mieter - sich hiergegen verteidigen kann; an den Inhalt der Begründung dürfen keine zu hohen und übertrieben formalistischen Anforderungen gestellt werden (Senatsbeschluss vom 22.12.2003 - VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850, unter II 2 b aa, m.w.N.). In der Regel wird der Vermieter bei einer Kündigung wegen fortdauernd verspäteter Mietzahlungen die Zahlungseingänge der maßgeblichen vergangenen Monate aufführen müssen, damit der Mieter weiß, von welchem Sachverhalt der Vermieter ausgeht. Im Streitfall war es angesichts der einfachen Sachlage jedoch nicht geboten, dass der Kl. die Zahlungseingänge der Monate Februar bis August 2003 auflistete: Die Daten der Zahlungseingänge sind unter den Parteien nicht im Streit; der Bekl. selbst hatte die Überweisungen vorgenommen und konnte die Zahlungsdaten anhand seiner Kontoauszüge feststellen, zumal es sich um einen überschaubaren Zeitraum handelt. Der Bekl. war somit in der Lage, alles zur Wahrung seiner Interessen Erforderliche zu veranlassen. Das zieht er auch nicht in Zweifel.

V. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Auf die Revision des Kl. ist das Berufungsurteil nach alledem aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 I 1 ZPO).

1. Vereinbarungen der Parteien zum Zahlungstermin aufzuklären

Im weiteren Verfahren wird das BerGer. ferner der Frage nachzugehen haben, ob der Bekl. mit seiner unregelmäßigen Zahlungsweise die vertraglich vereinbarten Fälligkeitstermine überschritten hat, so dass eine Vertragsverletzung vorliegt. Dies erfordert weitere Sachaufklärung. Das BerGer. hat angenommen, der Bekl. sei gemäß Nr. 2 Abs. 1 der AVB des Kl. verpflichtet, die Miete monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats zu entrichten. Eine formularmäßige Bestimmung in Wohnraummietverträgen, wonach die Miete abweichend von § 551 I BGB a.F. monatlich im Voraus zu zahlen war, begegnet auch keinen Bedenken, solange sie - wie hier - nicht mit einer Klausel zusammentrifft, die die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Mieters beschränkt (Rechtsentscheid des Senats, BGHZ 127, 245 [251]). Mit Erfolg erhebt die Revisionserwiderung aber die Gegenrüge einer Verletzung des § 286 I ZPO, weil das BerGer. in diesem Zusammenhang wesentlichen Sachvortrag des Bekl. übergangen hat. Er hat auch nach Vorlage der AVB des Kl. in der Berufungsinstanz bestritten, dass ihm diese ausgehändigt worden seien. Vom Vermieter verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen werden - neben anderen Voraussetzungen - nur dann Bestandteil des Mietvertrages, wenn dem Mieter die Möglichkeit verschafft wird, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (§ 305 II Nr. 2 BGB in Verbindung mit Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB; früher § 2 II Nr. 2 AGBGB). Die Kenntnisnahme wird in der Regel durch Aushändigung der Vertragsbestimmungen ermöglicht (Bub in: Bub/Treier aaO., Kap. II Rz. 391, 397; Hannemann in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 11 Rz. 33-38). Ohne Einbeziehung der AVB hätte der Bekl. die Miete nach § 551 I BGB a.F., der gemäß Art. 229 § 3 I Nr. 7 EGBGB auf ein am 01.09.2001 bestehendes Mietverhältnis weiter anzuwenden ist, erst am Ende des Monats zu entrichten. Beweispflichtig für die Einbeziehung der von ihm verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist der Kl. (vgl. nur Basedow in: Münch.-Komm.BGB aaO., Bd. 2a, § 305 Rz. 88). Das BerGer. wird unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen erneut über den geltend gemachten Räumungsanspruch zu befinden haben, indem es - gegebenenfalls unter Berücksichtigung ergänzenden Sachvortrags der Parteien - Feststellungen zur Fälligkeit der Miete im Hinblick auf die vom Kl. behauptete Einbeziehung seiner AVB trifft. Im Übrigen wird auch zu prüfen sein, ob die Parteien abweichend von § 551 I BGB a.F. durch schlüssiges Handeln eine Vereinba-

rung über die Fälligkeit der Miete jeweils zu Monatsbeginn getroffen haben, indem der Kl. durch seinen Hinweis auf die bisherigen unpünktlichen Mietzahlungen in seiner Kündigung vom 14.02.2001 stillschweigend zum Ausdruck gebracht hat, dass er im Falle einer etwaigen Fortsetzung des Mietverhältnisses auf einer Zahlung zu Monatsbeginn besteht und daraufhin der Bekl. die Miete über einen längeren Zeitraum - 23 Monate - tatsächlich jeweils zu Beginn des Monats gezahlt hat.

2. Bei Unpünktlichkeit der Zahlungen von Verschulden des Bekl. auszugehen.

Sollte der Bekl. hiernach den Fälligkeitstermin überschritten haben, wird das BerGer. die im Rahmen des § 543 I BGB oder des § 573 I 1, II Nr. 1 BGB gebotene Gesamtabwägung nachzuholen haben. Bei der hier gegebenen Sachlage spricht nichts dafür, dass eine etwaige Zahlungsunpünktlichkeit unverschuldet war, wie die Revisionserwiderung geltend macht. Der Bekl. hat sich lediglich darauf berufen, dass er regelmäßig erst zur Monatsmitte "liquide" sei. Der Senat hat bereits entschieden, dass sich der Mieter zwar unter Umständen auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe berufen kann (Urteil vom 16.02.2005 aaO., unter II 2 d cc). Abgesehen von Übergangszeiten wird es für den Mieter jedoch in der Regel vorhersehbar sein, wenn - worauf sich der Bekl. berufen hat - sein Arbeitslohn oder seine Arbeitslosenunterstützung unter Umständen erst zur Monatsmitte überwiesen werden. Darauf musste sich der Bekl. einstellen, zumal er auch von März 2001 bis Januar 2003 in der Lage war, die Miete jeweils zu Beginn des Monats zu entrichten.

Standort: Schadensrecht Problem: Ersatzfähigkeit eines Unfallersatztarifs

BGH, URTEIL VOM 04.04.2006
VI ZR 388/04 (NJW 2006, 1726)

Problemdarstellung:

Erneut stand in diesem Prozess einerseits in Streit, inwieweit eine Autovermietung aus abgetretenem Recht von dem Verursacher eines Verkehrsunfalls bzw. gem. § 3 Nr. 1 PflVG direkt von dessen Haftpflichtversicherer Schadensersatz bezüglich der beim Geschädigten entstandene Mietwagenkosten verlangen könnte. Stellt das Eintreiben dieser Forderung das geschäftsmäßige Besorgen fremder Rechtsangelegenheiten dar, ist die Abtretung der Ansprüche an den Autovermieter gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig. Andererseits stellte sich erneut das Problem, inwiefern ein gegenüber dem Normaltarif für eine Autovermietung erhöhter "Unfallersatztarif" einen ersatzfähigen Schaden darstellt.

Der BGH nutzte die Gelegenheit, um seine hierzu in der jüngsten Vergangenheit entwickelte Rechtsprechung (vgl. die in den Entscheidungsgründen und den nachstehenden Vertiefungshinweisen angegebenen Urteile) zu bestätigen und weiterzuentwickeln: Ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG scheidet aus, wenn der Autovermieter in erster Linie gegen den Unfallverursacher / Haftpflichtversicherer vorgeht, um die ihm eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen. Hierfür spricht u. a., dass der Vermieter zuvor erfolglos versucht hat, seine Forderung aus § 535 II BGB bei seinem Kunden einzutreiben. Ein Unfallsersatztarif kann durch besondere Leistungen des Vermieters in der Unfallsituation - z. B. Vorfinanzierung und Risiko eines Ausfalls mit der Ersatzforderung wegen falscher Beurteilung der Beteiligung des Mieters am Unfallgeschehen - gerechtfertigt und damit ersatzfähiger Schaden sein. Das über den Unfallersatztarif erkennende Gericht hat jedoch nicht die Aufgabe, die Kalkulation des Autovermieters im Einzelnen nachzuvollziehen. Ist der Unfallersatztarif nicht gerechtfertigt, verstößt der zu diesem Tarif anmietende Geschädigte trotzdem nicht gegen § 254 II BGB, wenn ihm ein günstigerer Tarif unter den konkreten Umständen nicht ohne weiteres zugänglich war.

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende Problem hat sich innerhalb sehr kurzer Zeit zu einem "Dauerbrenner" höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelt. Da mit der Frage, welche Mietwagenkosten nach einem Unfall zum erforderlichen Herstellungsaufwand gem. § 249 II 1 BGB zu zählen sind, dem möglichen Mitverschuldens-einwand gem. § 254 II BGB bei übereilter Anmietung eines überteuerten Fahrzeugs und der Einwendung des § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das RBerG unterschiedliche relevante Probleme angesprochen werden, besteht durchaus die Möglichkeit, einzelne dieser Aspekte herauszugreifen und in Examensklausuren mit anderen Themengebieten zu kombinieren. Lesenswert zudem, mit welchem Nachdruck sich das BerGer. der zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bereits bekannten Rechtsprechung des BGH zu Art. 1 § 1 RBerG entgegenstellte, ohne den erkennenden Senat jedoch von seiner Sicht der Dinge überzeugen zu können.

Vertiefungshinweise:

❑ Grundlegend zur Vereinbarkeit der Sicherungszession an Autovermieter mit dem RBerG: *BGH*, RA 2005, 56 = NJW 2005, 135 = VersR 2005, 241

❑ Inwieweit Unfallsersatztarif gerechtfertigt ist, kann Tatrichter nach § 287 ZPO schätzen: *BGH*, RA 2006, 80 = NJW 2006, 360

❑ Tatrichter muss Kalkulation des Unfallsersatztarifs

nicht im Einzelnen betriebs-wirtschaftlich nachvollziehen: *BGH*, NJW 2006, 1506

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "Das verhängnisvolle Skateboard"
❑ *Assessorkurs:* "Ärger mit den Akten"

Leitsätze:
1. Geht es dem Mietwagenunternehmen im Wesentlichen darum, die ihm durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit (Anschluss an Senatsurteile vom 26.10.2004 - VI ZR 300/03 - VersR 2005, 241; vom 05.07.2005 - VI ZR 173/04 - VersR 2005, 1256 und vom 20.09.2005 - VI ZR 251/04 - VersR 2005, 1700).
2. Zur Frage, ob und inwieweit ein Unfallersatztarif erforderlich ist im Sinne des § 249 BGB.

Sachverhalt:
Die Kl., eine Autovermietung, macht gegen den beklagten Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer aus abgetretenem Recht eines Unfallgeschädigten Ansprüche auf Ersatz restlicher Mietwagenkosten geltend. Die volle Haftung des Schädigers ist dem Grunde nach außer Streit. Der Geschädigte mietete nach einem Verkehrsunfall am 26.02.2003 nach Vermittlung durch seine Kfz-Werkstatt bei der Kl. am 06.03.2003 für fünf Tage ein Ersatzfahrzeug zu einem Unfallersatztarif für insgesamt 1.480,16 € an. Gleichzeitig trat er seine die Mietwagenkosten betreffenden Ansprüche gegen den Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer an die Kl. ab. In der Sicherungsabtretungserklärung heißt es u.a.:
"Für den von mir während der Reparatur-/Ausfalldauer meines Kraftwagens angemieteten Ersatzwagen und für die jeweilige Unkostenpauschale trete ich hiermit meine Schadensersatzansprüche gegen den Scha-densstifter und dessen … Haftpflichtversicherung aus diesem Unfall und zwar auf Ersatz der fällig werdenden Ersatzwagenkosten und der jeweiligen Unkostenpauschale zur Sicherung an die … Autovermietung als Zessionarin ab.
Meine persönliche Haftung für die Ersatzwagen-, Reparatur- und sonstigen Kosten bleibt durch diese Abtretung unberührt.
Für die Geltendmachung meiner Schadensersatzansprüche werde ich selbst sorgen. Die genannte Zessionarin ist berechtigt, diese Zession offen zu legen. Leistet der Schadensstifter oder dessen Haftpflichtversicherung bei der Schadensabrechnung keine Zahlung an die Zessionarin, dann ist diese nicht berechtigt, die abgetretenen Schadensersatzansprüche gegen den Schadensstifter oder dessen Haftpflichtversicherer geltend zu machen, bevor sie den Zedenten erfolglos zur Zahlung aufgefordert hat."
Am 18.03.2003 übersandte die Kl. an die Bekl. Kopien der Mietwagenrechnung und der Sicherungsabtretungserklärung mit der Bitte, die Rechnung bei der Schadensregulierung zu berücksichtigen und mitzuteilen, ob und gegebenenfalls wann ein Ausgleich der Mietwagenkosten erfolgen könne. Mit Schreiben vom 14.05.2003 teilte die Bekl. der Kl. mit, dass sie unter Zugrundelegung der marktüblichen Mietwagenpreise 825,01 € (etwa 165,- € pro Tag) ausgleichen werde. Der Geschädigte habe das Angebot der Kl., ihm bei der Anmietung eines Ersatzfahrzeuges zu marktüblichen Konditionen behilflich zu sein, nicht wahrgenommen. Da die Bekl. lediglich den angekündigten Betrag überwies, forderte die Kl. den Geschädigten mit Schreiben vom 07.07.2003 auf, den Restbetrag von 655,15 € bis zum 18.07.2003 auszugleichen. Nachdem durch den Geschädigten keine Zahlung erfolgte, erhob sie Klage gegen die Haftpflichtversicherung. Eine Eigenersparnis des Geschädigten von 18,58 € zog sie von den Restkosten ab. Das Original der Abtretungserklärung händigte die Kl. der Bekl. im Berufungsrechtszug aus.
Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Das BerGer. hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit der Revision verfolgt die Bekl. weiterhin das Ziel der Klageabweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. ist der Auffassung, dass die Kl. aktivlegitimiert sei. Die Abtretung verstoße nicht gegen Art. 1 § 1 RBerG. Ob sie nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Kriterien unter diese Vorschrift falle, könne dahinstehen, weil dieser Rechtsprechung schon im Ansatz nicht gefolgt werden könne. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die Abtretung der bloßen Mietwagenkostenersatzforderung im Unterschied zur Abtretung aller Ersatzansprüche des Unfallgeschädigten generell wirksam sei und nicht unter Art. 1 § 1 RBerG falle. Was Mietwagenunternehmer und Unfallkunde vereinbart hätten und ob sie gewollt hätten, dass die Forderungsrealisierung in erster Linie Sache des Mietwagenunternehmers und nicht des Kunden sein sollte, sei nicht entscheidend. Werde nur die Forderung auf Ersatz der Mietwagenkosten abgetreten, stelle sich deren Geltendmachung durch den Mietwagenunternehmer sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Zweck des Rechtsberatungsgesetzes nicht als Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit dar. Die vom Bundesgerichtshof verlangte Prüfung des eigentlichen Zwecks der Abtretung führe in der Praxis zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten. Die Klageforderung sei auch der Höhe nach berechtigt. Der von der Kl. angewandte Tarif entspreche ortsüblichen Unfallersatztarifen. Der Geschädigte, der bei der Anmietung eines Ersatzfahrzeuges das Nebeneinander von

Unfallersatz- und Normaltarif im Allgemeinen nicht kenne, könne nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 132, 373) die nach einem Unfallersatztarif bemessenen Mietwagenkosten ersetzt verlangen, ohne dass ihm ein Verstoß gegen die Pflicht zur Geringhaltung des Schadens entgegengehalten werden könne. Auch wenn der Geschädigte die von der Bekl. noch vor der Anmietung des Ersatzwagens gegebenen Hinweise auf niedrigere Mietwagenpreise und darauf, dass ihm die Kl. bei der Organisation des Mietwagens behilflich sein könne, nicht beachtet habe, sei dadurch ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nicht gegeben. Diese Hinweise seien nicht genügend konkret gewesen. Der zweitinstanzliche Vortrag der Bekl., sie halte den Ersatzanspruch, der sich daraus ergeben könne, dass die Kl. den Geschädigten pflichtwidrig nicht auf das Nebeneinander von Unfallersatz- und Normaltarifen hingewiesen habe, der streitgegenständlichen Forderung aus abgetretenem Recht entgegen, sei im Berufungsverfahren nicht mehr zuzulassen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Kein Verstoß der Sicherungsabtretung gegen Art. 1 § 1 RBerG

Das BerGer. hat allerdings im Ergebnis zutreffend einen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG verneint, auch wenn es die in erster Linie dem Tatrichter obliegende Würdigung der den vertraglichen Vereinbarungen zugrunde liegenden Umstände unterlassen und allein aufgrund allgemeiner rechtlicher Erwägungen entschieden hat. Bei der vorliegenden Vertragsgestaltung und den übrigen tatsächlichen Umständen ist ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG auch nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht gegeben. Dieser kann die vom BerGer. unterlassene Würdigung selbst vornehmen, weil die dazu erforderlichen Feststellungen bereits zweitinstanzlich getroffen worden sind und insoweit weitere Aufklärung nicht mehr in Betracht kommt (vgl. BGHZ 16, 71 [81]; BGH, Urteil vom 14.12.1990 - V ZR 223/89 - NJW 1991, 1180 und vom 12.12.1997 - V ZR 250/96 - NJW 1998, 1219).

a. Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG unter Würdigung aller die Abtretung begleitenden Umstände zu prüfen

Nach ständiger Rechtsprechung bedarf der Inhaber eines Mietwagenunternehmens, das es geschäftsmäßig übernimmt, für unfallgeschädigte Kunden die Schadensregulierung durchzuführen, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 I RBerG, und zwar auch dann, wenn er sich die Schadensersatzforderung erfüllungshalber abtreten lässt und die eingezogenen Beträge auf seine Forderungen gegen die Kunden verrechnet. Die Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG kommt ihm nicht zugute. Bei der Beurteilung, ob die Abtretung den Weg zu einer erlaubnispflichtigen Besorgung von Rechtsangelegenheit eröffnen sollte, ist nicht allein auf den Wortlaut der getroffenen vertraglichen Vereinbarung, sondern auf die gesamten dieser zugrunde liegenden Umstände und ihren wirtschaftlichen Zusammenhang abzustellen, also auf eine wirtschaftliche Betrachtung, die es vermeidet, dass Art. 1 § 1 RBerG durch formale Anpassung der geschäftsmäßigen Rechtsbesorgung an den Gesetzeswortlaut und die hierzu entwickelten Rechtsgrundsätze umgangen wird (vgl. Senatsurteile vom 26.10.2004 - VI ZR 300/03 - VersR 2005, 241; vom 05.07.2005 - VI ZR 173/04 - VersR 2005, 1256 und vom 20.09.2005 - VI ZR 251/04 - VersR 2005, 1700). Geht es dem Mietwagenunternehmen im Wesentlichen darum, die durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn nach der Geschäftspraxis des Mietwagenunternehmens die Schadensersatzforderungen der unfallgeschädigten Kunden eingezogen werden, bevor diese selbst auf Zahlung in Anspruch genommen werden. Denn damit werden den Geschädigten Rechtsangelegenheiten abgenommen, um die sie sich eigentlich selbst zu kümmern hätten (vgl. Senatsurteil vom 20.09.2005 - VI ZR 251/04 - aaO., m.w.N.). Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des Senats durchaus zulässig, dem praktischen Bedürfnis nach einer gewissen Mitwirkung des Fahrzeugvermieters bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche des Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers Rechnung zu tragen (vgl. Senatsurteil vom 26.10.2004 - VI ZR 300/03 - aaO., m.w.N.). Diese Rechtsprechung hat der erkennende Senat in mehreren nach Verkündung des Berufungsurteils getroffenen Entscheidungen bestätigt (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 15.11.2005 -VI ZR 268/04 - VersR 2006, 283). Die Überlegungen des BerGer. geben keinen Anlass, hiervon abzugehen.

b. Kl. betreibt mit Geltendmachung der Forderung keine fremde Rechtsangelegenheit

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist nach den Umständen des Streitfalls davon auszugehen, dass es der Kl. bei der Einziehung der abgetretenen Forderung nicht um die Besorgung fremder Rechtsgeschäfte ging, die eigentlich dem Geschädigten oblagen, sondern darum, die ihr eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen. Bereits nach ihrem Wortlaut enthält die Abtretungserklärung die Zweckbestimmung zur Sicherung der Zahlungsansprüche der Kl. gegen den Geschädigten und einen deutlichen Hinweis darauf, dass dieser die Schadensersatzansprüche selbst durchzusetzen habe. Außerdem hat sich die Kl. nicht sämtliche Ansprüche des Geschädigten gegen den Schädiger abtreten lassen, die Abtretung ist vielmehr auf die Ersatzansprüche

hinsichtlich der Mietwagenkosten beschränkt. Dies spricht gegen eine umfassende Besorgung fremder Angelegenheiten im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG. Auch aufgrund des weiteren Vorgehens der Kl. ist eine Umgehung des Rechtsberatungsgesetzes nicht nahe liegend. Die Kl. hat mit Schreiben vom 07.07.2003 den Geschädigten aufgefordert, die noch offene Forderung bis zum 18.07.2003 zu begleichen. Erfolglos rügt die Revision in diesem Zusammenhang unzureichende Tatsachenfeststellungen des BerGer. dazu, ob und auf welche Weise die Kl. den Geschädigten "selbst auf Zahlung in Anspruch genommen habe". Dies ist mit der Zahlungsaufforderung und Fristsetzung vom 07.07.2003 in hinreichender Weise erfolgt. Nach den Gesamtumständen muss nicht angenommen werden, dass es sich dabei lediglich um Scheinerklärungen handelte. Auch wenn die Kl. der Bekl. zuvor durch Übersendung einer Kopie der Rechnung Gelegenheit gegeben hat, die Verbindlichkeiten des Geschädigten direkt durch Zahlung an sie zu tilgen, so erforderte dieses Vorgehen keine besonderen Rechtskenntnisse und nahm diesem noch nicht seine Verpflichtung zur eigenen Rechtsbesorgung ab. Auch der Umstand, dass, als der Geschädigte auf die Mahnung nicht reagierte, eine freiwillige Bezahlung des Restbetrages mithin von ihm nicht zu erwarten war, die Kl. sofort die Forderung gerichtlich gegen die Bekl. geltend gemacht hat, führt nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung. Es war der Kl. nicht verwehrt, von der Inanspruchnahme ihres Vertragspartners abzusehen und stattdessen von der ihr eingeräumten Sicherheit Gebrauch zu machen, indem sie nunmehr den Haftpflichtversicherer des Schädigers in Anspruch nahm. Darin liegt keine Besorgung einer Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern einer eigenen Angelegenheit des Mietwagenunternehmens (vgl. Senatsurteile vom 26.10.2004 - VI ZR 300/03 - aaO. und vom 05.07.2005 - VI ZR 173/04 - aaO., m.w.N.).

2. Feststellungen des BerGer. zur Rechtfertigung des Unfallersatztarifs unzureichend

Das Berufungsurteil hat jedoch keinen Bestand, soweit das BerGer. die Klageforderung der Höhe nach für gerechtfertigt hält, weil der den Mietwagenkosten zugrunde liegende Tarif die übliche Höhe anderer Unfallersatztarife nicht übersteige.

a. Ersatzfähigkeit objektiv erforderlicher Mietwagenkosten gem. § 249 II 1 BGB

Zutreffend ist allerdings der Ansatz des BerGer., dass die Kl. von der Bekl. aus abgetretenem Recht nach § 249 II 1 BGB als Herstellungsaufwand den Ersatz der objektiv erforderlichen Mietwagenkosten verlangen kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 132, 373 [375 f.] m.w.N.). Auch ist der Geschädigte, der die Schadensbeseitigung selbst in die Hand nimmt, durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des Zumutbaren den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbeseitigung zu wählen. Doch sind die Voraussetzungen, unter denen das BerGer. einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot annehmen will, zu einschränkend gegenüber den Grundsätzen zur Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten nach Straßenverkehrsunfällen, die der erkennende Senat nach Erlass des Berufungsurteils in mehreren Urteilen entwickelt hat.

b. Mögliche Rechtfertigung eines Unfallersatztarifs gegenüber Normaltarifen

Danach verstößt der Geschädigte bei Anmietung eines Kraftfahrzeugs zu einem Unfallersatztarif, der gegenüber einem Normaltarif teurer ist, nur dann nicht gegen seine Pflicht zur Schadensgeringhaltung, wenn Besonderheiten mit Rücksicht auf die Unfallsituation (etwa die Vorfinanzierung, das Risiko eines Ausfalls mit der Ersatzforderung wegen falscher Bewertung der Anteile am Unfallgeschehen durch den Kunden oder das Mietwagenunternehmen u.ä.) einen gegenüber dem Normaltarif höheren Preis rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlasst und infolge dessen zur Schadensbehebung nach § 249 BGB erforderlich sind (vgl. Senatsurteile BGHZ 160, 377 [383 f.]; vom 26.10.2004 - VI ZR 300/03 - aaO.; vom 15.02.2005 - VI ZR 160/04 - VersR 2005, 569 und VI ZR 74/04 - VersR 2005, 568; vom 19.04.2005 - VI ZR 37/04 - VersR 2005, 850; vom 05.07.2005 - VI ZR 173/04 - aaO.; vom 14.02.2006 - VI ZR 32/05 - und - VI ZR 126/05 - jeweils z.V.b.). Inwieweit dies der Fall ist, hat grundsätzlich der bei der Schadensabrechnung nach § 287 ZPO besonders freigestellte Tatrichter - gegebenenfalls nach Beratung durch einen Sachverständigen - zu schätzen (vgl. Senatsurteile vom 19.04.2005 - VI ZR 37/04 – und vom 23.11.2004 - VI ZR 357/03 – jeweils aaO.; vom 14.02.2006 - VI ZR 126/05 - und - VI ZR 32/05 z.V.b.). Dabei kommt - worauf der Senat bereits mehrmals hingewiesen hat - unter Umständen auch ein pauschaler Aufschlag auf den Normaltarif in Betracht (vgl. Senatsurteile vom 25.10.2005 - VI ZR 9/05 - VersR 2006, 133 und vom 14.02.2006 - VI ZR 126/05 - z.V.b., jeweils m.w.N.). Es ist jedoch nicht erforderlich, die Kalkulation des konkreten Unternehmens nachzuvollziehen. Vielmehr hat sich die Prüfung darauf zu beschränken, ob spezifische Leistungen bei der Vermietung an Unfallgeschädigte den Mehrpreis rechtfertigen. War der "Unfallersatztarif" auch mit Rücksicht auf die Unfallsituation nicht im geltend gemachten Umfang zur Herstellung "erforderlich", kann der Geschädigte im Hinblick auf die gebotene subjektbezogene Schadensbetrachtung (vgl. hierzu Senatsurteil BGHZ 132, 373 [376]) den den Normaltarif übersteigenden Betrag allerdings dann ersetzt verlangen, wenn ihm ein günstigerer Normaltarif nicht ohne weiteres zugänglich war (vgl. Senatsurteile vom 15.02.2005 - VI ZR 160/04 - und VI

ZR 74/04 – jeweils aaO.; vom 19.04.2005 - VI ZR 37/04 - und vom 14.02.2006 - VI ZR 126/05 - und - VI ZR 32/05 - jeweils z.V.b.). Hierfür hat der Geschädigte darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass ihm unter Berücksichtigung seiner individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie der gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten unter zumutbaren Anstrengungen auf dem in seiner Lage zeitlich und örtlich relevanten Markt - zumindest auf Nachfrage - kein wesentlich günstigerer Tarif zugänglich war (Senatsurteil vom 25.10.2005 - VI ZR 9/05 - aaO.).

c. Hinweis auf günstigere Mietwagentarife durch die Bekl.

Im Streitfall weist die Revision mit Recht darauf hin, dass die Bekl. in der Klageerwiderung vorgetragen hat, ein Ersatzfahrzeug hätte vom Geschädigten zu einem ihm von ihr mitgeteilten, über das Internet ermittelten Normaltarif wesentlich günstiger angemietet werden können. Damit hat sie bestritten, dass der von der Kl. aus abgetretenem Recht geltend gemachte Aufwand zur Schadensbehebung "erforderlich" gewesen ist. Nach allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen (vgl. etwa Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., § 249 Rz. 1) ist der Geschädigte bzw. nach Abtretung der Forderung dessen Rechtsnachfolger für die Berechtigung eines höheren Tarifs beweispflichtig (vgl. Senatsurteil BGHZ 160, 377 [385]). Entgegen der Auffassung des BerGer. bestehen auch keine besonderen Anforderungen an die Konkretisierung des die Erforderlichkeit der Kosten in Zweifel ziehenden Vortrags der Bekl. Nach Aufhebung und Zurückverweisung wird das BerGer. daher - gegebenenfalls nach weiterem Sachvortrag der Parteien - mit sachverständiger Hilfe zu prüfen haben, ob der Unfallersatztarif im Streitfall auch mit Rücksicht auf die Unfallsituation "erforderlich" war i. S. d. § 249 BGB. Sollte der Unfallersatztarif nicht dem erforderlichen Herstellungsaufwand entsprechen, wird es darauf ankommen, ob dem Geschädigten ein wesentlich günstigerer Normaltarif ohne weiteres zugänglich war (vgl. Senatsurteile BGHZ 160, 377 [384]; vom 14.04.2005 - VI ZR 37/04 - und vom 14.02.2006 - VI ZR 126/05 - jeweils z.V.b.). Auch hierbei handelt es sich um eine Frage, die den Anspruchsgrund und nicht die Schadensminderungspflicht betrifft, so dass hierfür nicht der Schädiger, sondern der Geschädigte die Beweislast trägt. Was die Frage der Erkennbarkeit der Tarifunterschiede für den Geschädigten anbelangt, wird nach den tatsächlichen Umständen des Streitfalls zu bedenken sein, ob nicht ein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Geschädigter schon unter dem Aspekt des Wirtschaftlichkeitsgebots zu einer Nachfrage nach einem günstigeren Tarif gehalten war. Bereits einen Tag nach dem Unfall wurde dem Geschädigten von der Bekl. eine Tabelle übersandt, aus der sich wesentlich niedrigere Tarife für ein dem Unfallfahrzeug vergleichbares Ersatzfahrzeug entnehmen ließen. Hinzu kommt, dass der Geschädigte das Ersatzfahrzeug erst acht Tage nach dem Unfall anmietete. Gerade im Hinblick auf diesen Zeitraum zwischen Unfall und Anmietung des Ersatzfahrzeuges, der gegen eine besondere Eilbedürftigkeit der Anmietung spricht, lag es für den Geschädigten nahe, sich anderweitig nach günstigeren Tarifen zu erkundigen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 14.04.2005 - VI ZR 37/04 - VersR 2005, 850).

3. Rüge wegen unterlassenen Vergleichshinweises durch die Kl. nicht entscheidungserheblich

Hat die Revision bereits aus den dargelegten Gründen Erfolg, kommt es nicht mehr auf die Rüge an, dass der erstmals im Berufungsverfahren erfolgte Vortrag der Bekl., die Kl. habe den Unfallkunden pflichtwidrig nicht auf das Nebeneinander von Unfallersatz- und Normaltarifen hingewiesen und der sich daraus ergebende Ersatzanspruch könne auch der streitgegenständlichen, aus abgetretenem Recht eingeklagten Mietwagenkostenersatzforderung entgegengehalten werden, zuzulassen sei. Hierauf kommt es, wie der Senat im Urteil vom 15.02.2005 - VI ZR 160/04 - aaO dargelegt hat, aus Rechtsgründen nicht an.

III. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Da das BerGer. das Bestreiten der Anspruchsvoraussetzungen des § 249 II 1 BGB durch die Bekl. noch nicht berücksichtigt hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen.

Standort: Mietrecht Problem: Rückzahlung einer Mietkaution

BGH, URTEIL VOM 18.01.2006
VIII ZR 71/05 (NJW 2006, 1422)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrte in diesem Prozess von den Bekl. Rückzahlung eines Betrages von 450,- €, den die Bekl. aus der bei Beginn des zum 30.06.2003 beendeten Wohnungsmietverhältnisses geleisteten Barkaution einbehalten hatten. Die Bekl. stützten diesen Einbehalt auf eine für das Kalenderjahr 2003 erwartete Pflicht der Kl. zur Nachzahlung von Betriebskosten. Nach Klagezustellung am 15.06.2004 legten die Bekl. sodann die Betriebskosten für 2003 vor- mithin ca. 1 Jahr nach Beendigung des Mietverhältnisses. Mit dem errechneten Nachforderungsbetrag erklärten sie die Aufrechnung, um hinsichtlich des verbleibenden Restbetrags den Klageanspruch sogleich anzuerkennen und auch zu bezahlen. Nachdem die Kl. hinsichtlich des infolge der Aufrechnung erloschenen Teils ihrer Forderung einseitig die Erledigung des Rechtsstreites erklärt hatte, ging es nun in erster Linie um die Frage der Kostenverteilung gem. §§ 91 ff ZPO.

Der BGH hat hier angenommen, dass die Klage auf Rückzahlung des einbehaltenen Kautionsbetrags ursprünglich vollumfänglich unbegründet war. Der entweder mietvertraglich ausdrücklich festgelegte oder sonst aus der einer Kautionsstellung zugrundeliegenden Sicherungsabrede herzuleitende Rückzahlungsanspruch des Mieters werde erst dann fällig, wenn nach angemessener Entscheidungsfrist feststehe, ob und ggfs. in welcher Höhe der Vermieter wegen ihm noch zustehender Ansprüche auf die Kaution zurückgreifen will. Bei den zu sichernden Ansprüchen des Vermieters kann es sich auch um eine Betriebskostennachforderung handeln, obwohl diese ihrerseits erst mit Erteilung einer nachprüfbaren Abrechnung fällig wird. Zu dieser Abrechnung ist der Vermieter wiederum nur binnen 12 Monaten nach Ende des Abrechnungszeitraums - in der Regel das Kalenderjahr - verpflichtet, vgl. § 556 III 2 BGB. Da der Vermieter zur Erstellung der Abrechnung idR. der jährlich erstellten Abrechnungen der Versorgungsunternehmen bedarf, stellt § 556 III 4 BGB folgerichtig klar, dass eine Verpflichtung zu Teilabrechnungen nicht besteht. Dann aber war die Betriebskostenabrechnung der Bekl. rechtzeitig, ihre vorprozessuale Zahlungsverweigerung wegen mangelnder Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches berechtigt und dieser nach sofortiger Aufrechnung sowie Anerkenntnis und Zahlung des Restbetrages erloschen. Folge: die Kosten des Rechtsstreites waren voll von der Kl. zu tragen.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall ist nicht nur wegen der praxisrelevanten mietrechtlichen Probleme - Mietsicherheit i. S. d. § 551 BGB und Betriebskostenabrechnung gem. § 556 III BGB - interessant. Er bietet zudem eine hervorragende Grundlage für eine Klausuraufgabe im 2. Staatsexamen, da hier die einseitige Teilerledigungserklärung mit einem Teil-anerkenntnis, das zudem als sofortig i. S. d. § 93 ZPO zu bewerten war, kombiniert wurde.

Im Falle der einseitigen Erledigungserklärung ist von einer nunmehr auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache gerichteten Klage auszugehen, die begründet ist, soweit die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war und durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist. Neben den prozessualen Besonderheiten dieser Konstellation - insbes. Zulässigkeit der Umstellung auf die Feststellungsklage gem. § 264 Nr. 2 ZPO und Herleitung der Feststellungsinteresses nach § 256 I ZPO aus dem Kosteninteresse - hat der Bearbeiter hier auch die Erfolgsaussichten der ursprünglichen Klage vollständig zu beurteilen.

Im Rahmen des § 93 ZPO ist neben dem sofortigen Anerkenntnis für die Kostentragungs-pflicht des Kl. zudem Voraussetzung, dass vorprozessual kein Anlass zur Klageerhebung geboten wurde.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Frage, wann ein Anerkenntnis "sofortig" i. S. d. § 93 ZPO ist: *Vossler*, NJW 2006, 1034

❑ Beginn der Verjährung gem. § 548 BGB auch dann mit Rückgabe der Mietsache, wenn Ersatzansprüche erst später entstehen: *BGH*, RA 2005, 206 = NJW 2005, 739

❑ Keine generelle Pflicht des Vermieters, Nebenkostenvorauszahlungen bei Vertrags-schluss zutreffend zu kalkulieren: *BGH*, RA 2004, 352 = NJW 2004, 1102

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* "Das Geschäftslokal"

❑ *Assessorkurs:* "Der teure Wandteppich"

Leitsätze:

Die Mietkaution sichert auch noch nicht fällige Ansprüche, die sich aus dem Mietverhältnis und seiner Abwicklung ergeben, und erstreckt sich damit auf Nachforderungen aus einer nach Beendigung des Mietverhältnisses noch vorzunehmenden Abrechnung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten. Deshalb darf der Vermieter einen angemes-

senen Teil der Mietkaution bis zum Ablauf der ihm zustehenden Abrechnungsfrist einbehalten, wenn eine Nachforderung zu erwarten ist.

Sachverhalt:
Die Kl. mietete mit Vertrag vom 01.10.1995 eine Wohnung der Bekl. in B. Sie leistete eine Barkaution und erbrachte während der Mietzeit die vereinbarten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten. Das Mietverhältnis endete zum 30.06.2003. Die Bekl. nahmen eine Zwischenablesung vor. Mit Schreiben vom 01.03.2004 rechneten sie die geleistete Kaution nebst Zinsen ab. Einen Teilbetrag in Höhe von 450,- € hielten sie wegen einer erwarteten Nachforderung aufgrund der für das Vorjahr noch ausstehenden Betriebskostenabrechnung zurück. Mit der am 15.06.2004 zugestellten Klage hat die Kl. Zahlung des einbehaltenen Kautionsbetrages nebst Rechtshängigkeitszinsen verlangt. Aus der Mitte Juni 2004 erfolgten Abrechnung der Betriebskosten für das Jahr 2003 leiteten die Bekl. eine Nachforderung gegen die Kl. in Höhe von 263,33 € her. Daraufhin haben die Bekl. in der Klageerwiderung in Höhe dieses Betrages gegen die Klageforderung aufgerechnet und in Höhe des Restbetrages von 186,67 € den Anspruch der Kl. anerkannt; insoweit hat das Amtsgericht ein Teil-Anerkenntnisurteil erlassen. In seinem Schlussurteil hat das Amtsgericht die Klageforderung als an sich begründet angesehen, hiergegen aber die Aufrechnung mit einem Teilbetrag der Betriebskostennachforderung durchgreifen lassen und insoweit - auf eine einseitig gebliebene Teilerledigungserklärung der Kl. - die Erledigung der Hauptsache festgestellt. Soweit das Amtsgericht die Aufrechnung nicht für begründet erachtet hat, hat es die Bekl. als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kl. diesen Restbetrag der Kaution nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit nicht nur aus diesem, sondern auch aus dem anerkannten Betrag zu zahlen; im Übrigen hat das Amtsgericht die Klage abgewiesen. Auf die vom Amtsgericht zugelassene Berufung der Bekl. hat das BerGer. die Aufrechnung der Bekl. in voller Höhe durchgreifen lassen und dementsprechend die Klage auch hinsichtlich des vom Amtsgericht zugesprochenen Betrages nebst Zinsen abgewiesen; im Übrigen hat es das Rechtsmittel der Bekl. zurückgewiesen, soweit es sich gegen die Feststellung der Erledigung und gegen die Verurteilung zur Zahlung von Zinsen aus dem ausgeurteilten Betrag gerichtet hat. Mit ihrer vom BerGer. zugelassenen Revision begehren die Bekl. weiterhin die Abweisung der Klage auch insoweit, als die Berufung zurückgewiesen worden ist.

Aus den Gründen:
Die Revision hat Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer., dessen Entscheidung in GE 2005, 433 veröffentlicht ist, hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:
Das Amtsgericht habe zu Recht die Erledigung des Rechtsstreits in Höhe des Betrages festgestellt, hinsichtlich dessen das Amtsgericht die Aufrechnung der Bekl. mit deren Anspruch auf Zahlung des Abrechnungssaldos aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2003 für begründet erachtet habe. Die Klage auf Rückzahlung der einbehaltenen Teilkaution sei insoweit bis zur Aufrechnung zulässig und begründet gewesen. Ein Zurückbehaltungsrecht an der einbehaltenen Restkaution habe den Bekl. vor der Abrechnung der Betriebskosten und der mit ihr verbundenen Aufrechnung nicht zugestanden, weil der Nachforderungsanspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter noch zu tragenden Betriebskosten erst mit Erteilung der Abrechnung fällig werde. Aus diesem Grund seien die Bekl. vom Amtsgericht auch zu Recht zur Zahlung der (von ihnen nicht anerkannten) Zinsen auf den im Anerkenntnisurteil ausgeurteilten Betrag von 186,67 € verurteilt worden.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Keine Teilerledigung bezüglich des durch Aufrechnung erloschenen Rückzahlungsbetrages
Zu Unrecht hat das BerGer. - auf die einseitige Erklärung der Kl. hin - die Erledigung der Hauptsache in Höhe eines Teilbetrags von 187,59 € festgestellt. Die Feststellung der Erledigung wäre nur gerechtfertigt, wenn die Klage auf Rückzahlung der von den Bekl. einbehaltenen Restkaution in Höhe von 450,- € zunächst begründet gewesen, dann aber durch die Aufrechnung der Bekl. mit ihrer Betriebskostennachforderung unbegründet geworden wäre. Die Klage war jedoch bereits bei Klageerhebung in voller Höhe unbegründet, weil der Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung der Restkaution bis zur Erteilung der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2003, die mit der Klageerwiderung erfolgte, und der damit verbundenen Aufrechnung nicht fällig wär. Denn jedenfalls bis dahin durften die Bekl. die Restkaution einbehalten. Dies folgt aus dem Sicherungszweck der Mietkaution.

1. Fälligkeit des Kautionsrückzahlungsanspruches erst nach angemessener Entscheidungsfrist für den Vermieter
Der Vermieter ist verpflichtet, eine vom Mieter geleistete Kaution (§ 551 BGB) nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben, sobald er diese zur Sicherung seiner Ansprüche nicht mehr benötigt; diese Verpflichtung beruht, wenn eine entsprechende Vereinbarung im Mietvertrag selbst nicht enthalten ist, auf der ergänzend getroffenen Sicherungsabrede, die der Hingabe der Kaution zugrunde liegt (BGHZ 141, 160

[166]). Fällig wird der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kaution jedoch nicht bereits im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses. Vielmehr ist dem Vermieter, wie der Senat entschieden hat, nach Beendigung des Mietvertrages eine angemessene Frist einzuräumen, innerhalb deren er sich zu entscheiden hat, ob und in welcher Weise er die Kaution zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will; erst danach wird der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kaution fällig (BGHZ 101, 244 [250]). Schon daraus folgt, dass es dem Vermieter jedenfalls bis zum Ablauf der ihm zuzubilligenden Abrechnungsfrist gestattet ist, die Kaution in der Höhe einzubehalten, die zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis angemessen ist; anderenfalls würde die Mietkaution ihrer Sicherungsfunktion nicht gerecht (vgl. auch BGHZ aaO., 251 zum Fortbestand des Zurückbehaltungsrechts nach Ablauf der Abrechnungsfrist bei Gegenforderungen des Vermieters). Wie viel Zeit dem Vermieter zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Diese können so beschaffen sein, dass mehr als sechs Monate für den Vermieter erforderlich und dem Mieter zumutbar sind (BGHZ aaO., 250 f.). An dieser Rechtslage hat sich durch das Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19.06.2001 (BGBl. I S. 1149 ff.) nichts geändert. Von einer gesetzlichen Regelung der Rückzahlungsfrist für die Mietkaution ist bewusst abgesehen worden, weil sich nur anhand der Umstände des Einzelfalles beurteilen lässt, welche Frist angemessen ist (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 14/4553, S. 84, 99 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/5663, S. 77). Zu den Ansprüchen des Vermieters, die durch die Kaution gesichert werden, gehören auch Nachforderungen auf die vom Mieter zu tragenden Betriebskosten. Deshalb darf der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Kaution beziehungsweise einen angemessenen Teil davon bei noch ausstehender Nebenkostenabrechnung bis zum Ablauf der ihm zustehenden Abrechnungsfrist einbehalten, wenn eine Nachforderung zu erwarten ist.

a. Sicherungszweck der Mietkaution

Die Mietkaution sichert alle - auch noch nicht fällige - Ansprüche des Vermieters, die sich aus dem Mietverhältnis und seiner Abwicklung ergeben (Senatsurteil vom 08.03.1972 - VIII ZR 183/70, NJW 1972, 721 [722 f.] = WM 1972, 776 [779] unter II 4 a) und erstreckt sich wegen dieses umfassenden Sicherungszwecks auch auf Nachforderungen aus einer nach Beendigung des Mietverhältnisses vorzunehmenden Abrechnung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten. Dies entspricht auch der nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, 720; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 651; OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 211 [213 f.] und NZM 2005, 783 f.; Scheuer in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V B Rz. 289; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., Teil III Rz. 256; a. A. LG Berlin, NZM 1999, 960 f.). Es steht den Parteien, denen eine Sicherung von Nachforderungen aus Betriebskostenab-rechnungen zu weit geht, frei, für die Kaution einen eingeschränkten Sicherungszweck zu vereinbaren. Eine gesetzliche Einschränkung des Sicherungszwecks einer Mietkaution gilt nur für preisgebundenen Wohnraum (§ 9 V 1 WoBindG); um solchen handelt es sich hier nicht.

b. Hinsichtlich Betriebskostennachzahlung kein Rückgriff auf § 273 BGB erforderlich

Dass der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten erst mit der Erteilung einer - nachprüfbaren - Abrechnung fällig wird (st. Rspr.: BGHZ 113, 188 [194] m.w.N.; Senatsurteil vom 09.03.2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 [1501] unter II 3 c), steht dem Recht des Vermieters, die Kaution bis zu der - in angemessener Frist erteilten - Betriebskostenabrechnung einzubehalten, nicht entgegen. Noch nicht fällige Ansprüche können zwar kein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von § 273 BGB begründen. Diese Vorschrift kommt hier indes nicht zur Anwendung, weil der Rückzahlungsanspruch des Mieters seinerseits, wie ausgeführt (unter 1.), erst nach Ablauf einer angemessenen Überlegungs- und Abrechnungsfrist fällig wird und sich das Recht des Vermieters, die Kaution innerhalb dieser Frist einzubehalten, unmittelbar aus der Kautionsabrede ergibt. Es bedarf insoweit keines Rückgriffs auf das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB.

c. § 551 I BGB enthält nur Regelung zur Kautionshöhe

Auch die neue Regelung in § 551 I BGB, nach der sich die Höhe der Kaution auf das Dreifache der auf einen Monat entfallenden Miete ohne die als Pauschale oder als Vorauszahlung ausgewiesenen Betriebskosten beschränkt, gestattet nicht den Schluss, dass Betriebskostennachforderungen vom Sicherungszweck der Kaution ausgenommen wären. Diese Vorschrift bestimmt ebenso wie ihre Vorläuferbestimmung (§ 550 b BGB a.F.) nicht die Reichweite der vertraglichen Sicherungsabrede, sondern bezieht sich nur auf die Berechnung der Höhe der Kaution.

2. Rechtzeitige Betriebskostenabrechnung für 2003 durch die Bekl.

Nach alledem waren die Bekl. entgegen der Auffassung des BerGer. berechtigt, einen angemessenen Teil der Kaution nach Beendigung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der ihnen zustehenden Frist für die Erteilung der noch ausstehenden Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2003 einzubehalten. Weder die Dau-

er des Einbehalts noch dessen Höhe (450,- €) begegnen im Streitfall Bedenken. Auch das BerGer. beanstandet den Einbehalt unter diesen Gesichtspunkten nicht. Entgegen der Auffassung der Kl. haben die Bekl. die Abrechnung für das Jahr 2003 in angemessener Frist erteilt. Sie haben die Nebenkosten sechs Monate nach Ablauf der Abrechnungsperiode für das Vorjahr abgerechnet und damit auch die Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB nicht überschritten. Dass den Bekl. eine frühere Abrechnung der Nebenkosten für das Jahr 2003 möglich und zumutbar gewesen wäre, hat das BerGer. nicht festgestellt und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich. Der Vermieter hat es im Allgemeinen nicht, wie die Kl. meint, in der Hand, die Nebenkosten bei einer Beendigung des Mietverhältnisses innerhalb einer laufenden Abrechnungsperiode sogleich abzurechnen. Während der noch laufenden Abrechnungsperiode ist er dazu schon wegen der fehlenden Daten von Versorgungsunternehmen in der Regel nicht in der Lage. Zu einer Teilabrechnung der Nebenkosten ist der Vermieter nicht verpflichtet (§ 556 III 4 BGB).

II. Keine Pflicht der Bekl., den anerkannten Rückzahlungsanspruch zu verzinsen

Zu Unrecht hat das BerGer. auch die Berufung der Bekl. hinsichtlich ihrer Verurteilung zur Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen auf den durch das Teil-Anerkenntnisurteil zugesprochenen Betrag von 186,67 € zurückgewiesen. Auch insoweit ist die Klage unbegründet. Ein Zinsanspruch der Kl. aus § 291 BGB hinsichtlich des Teilbetrages der Kaution, zu dessen Rückzahlung die Bekl., wie sie anerkannt haben, seit der Abrechnung verpflichtet waren, besteht nicht. Wird eine Schuld erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit fällig, so ist sie erst von der Fälligkeit an zu verzinsen (§ 291 S. 1, 2. Halbs. BGB). Im vorliegenden Fall war der Kautionsrückzahlungsanspruch der Kl. in Höhe des anerkannten Betrages im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit am 15.06.2004 nicht fällig (oben unter I. 1.). Er wurde erst fällig mit der Erteilung der Betriebskostenabrechnung in der Klageerwiderung, zugleich aber von den Bekl. erfüllt, so dass ein Anspruch der Kl. auf Rechtshängigkeitszinsen nicht mehr entstehen konnte. Unstreitig haben die Bekl. den der Kl. nach der Abrechnung zustehenden Betrag von 186,67 € sofort nicht nur anerkannt, sondern auch an die Kl. ausbezahlt.

III. Aufhebung des Berufungsurteils und eigene Sachentscheidung

Daher ist das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist (§ 562 I ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO). Da die Klage von Anfang an unbegründet war, ist das angefochtene Schlussurteil des Amtsgerichts auf die Berufung der Bekl. entsprechend abzuändern. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits folgt aus § 91 I, § 93 ZPO. Die Bekl. haben keine Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben, weil der Anspruch der Kl. auf Rückzahlung der Kaution bei Klageerhebung noch nicht fällig war, und sie haben den geltend gemachten Anspruch, sobald er teilweise begründet war, sofort anerkannt.

Strafrecht

Standort: § 28 II StGB — Problem: Bandenmitgliedschaft

BGH, BESCHLUSS VOM 08.03.2006
2 STR 609/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte - ohne selbst Mitglied der Bande zu sein - einer Bande Hilfe beim Handeln mit Betäubungsmitteln geleistet. Das Landgericht hatte ihn deshalb insb. wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 I Nr. 1 BtMG, § 27 StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf. Da der Angeklagte nicht selbst Bandenmitglied sei, könne er auch nicht an der Tat der Bande, sondern nur am entsprechenden Grunddelikt (§ 29 a I Nr. 2 BtMG) beteiligt sein.

Prüfungsrelevanz:

Zwar sind die in der vorliegenden Entscheidung relevanten Tatbestände des BtMG kein Prüfungsstoff. Die maßgebliche Frage jedoch, ob ein Teilnehmer, der selber kein Bandenmitglied ist, wegen Teilnahme an dem qualifizierten Bandendelikt oder nur wegen Teilnahme am Grunddelikt bestraft werden kann, ist in besonderem Maße als examensrelevant zu beurteilen, da es auch im Rahmen der prüfungsrelevanten Delikte zahlreiche gibt, bei denen die Begehung durch eine Bande zur Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes führt (z.B. §§ 244 I Nr. 2, 244 a, 250 I Nr. 2, 260 I Nr. 2 StGB).

Ist im Falle der Begehung einer Straftat durch eine Bande ein Qualifikationstatbestand verwirklicht (wie z.B. bei § 244 I Nr. 2 StGB), so stellt sich die Frage, ob die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches strafschärfendes Merkmal i.S.v § 28 II StGB darstellt. In diesem Falle würde nämlich bei einem Teilnehmer, der nicht selbst Mitglied der Bande ist, der Tatbestand der Haupttat gem. § 28 II StGB zum Grunddelikt verschoben, so dass der Teilnehmer nicht wegen Teilnahme an der Qualifikation sondern nur wegen einer solchen am Grunddelikt bestraft würde.

Eine Meinung geht davon aus, dass das qualifizierende Element der Bandendelikte nicht die in der Person des einzelnen Bandenmitglieds liegende erhöhte Gefährlichkeit sei sondern die Gefahr, die von der Existenz der Bande als solcher ausgehe; das strafschärfende Element der Bandendelikte sei also kein persönliches, sondern ein tatbezogenes Merkmal. Deshalb finde auch der § 28 II StGB, der sich nur auf persönliche Merkmale beziehe, keine Anwendung (BGHSt 8, 72; SK-Hoyer, § 244 Rn. 25; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn. 28 mwN). Die herrschende Literatur und mittlerweile auch die Rechtsprechung hingegen sehen - insb. unter Verweis auf den Wortlaut der entsprechenden Delikte “als Mitglied einer Bande” - in der Bandenmitgliedschaft des jeweiligen Beteiligten selbst das qualifizierende Merkmal. Es handele soich also insofern um ein persönliches Merkmal, so dass bei dem Beteiligten, der nicht selber Bandenmitglied sei, der Tatbestand über § 28 II StGB zum jeweiligen Grunddelikt (das keine bandenmäßige Begehung voraussetzt) zu verschieben sei (BGHSt 46, 120 [128]; BGH, StV 1995, 408; SK-Günther, § 250 Rn. 41; Lackner/Kühl, § 244 Rn. 7; Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 22 mwN). In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches strafschärfendes Merkmal: *BGH*St 46, 120; *BGH*, NStZ 1996, 128; 2000, 257; *Arzt*, JuS 1972, 579; *Herzberg*, ZStW 88, 102; *Schünemann*, JA 1980, 396;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: “Das eingespielte Team”

Leitsatz (der Redaktion):

Gehilfen, die nicht selbst Bandenmitglieder sind, können nur wegen Beteiligung am Grunddelikt, nicht aber an der Qualifikation der bandenmäßigen Begehung bestraft werden, da die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB ist.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen, davon in einem Fall in weiterer Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie (im Fall II.3 der Urteilsgründe) wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfrei-

heitsstrafe von sechs Jahren und drei Monaten verurteilt.

II. Rechtsmittel; Entscheidung des BGH
Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts. Die Sachrüge hat in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.
Die Verurteilung im Falle II.3 der Urteilsgründe wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Zur fehlenden Bandenmitgliedschaft des Angeklagten
Mitglied einer Bande kann zwar auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (vgl. hierzu BGHSt 47, 214). Nach den Urteilsfeststellungen hat sich der Angeklagte aber der Bande nicht angeschlossen, sondern ist nur bei den anderen "von der Möglichkeit eines bandenmäßigen Zusammenschlusses ausgegangen und nahm dabei zumindest billigend in Kauf durch seine Tätigkeiten einen solchen zu unterstützen".

2. Zur Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II StGB wegen fehlender Bandenmitgliedschaft
Zutreffend weist der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift darauf hin, dass Gehilfen, die nicht selbst Bandenmitglieder sind, nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden können, da die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB ist (vgl. BGHSt 46, 120, 128).
Der Angeklagte hat sich daher bei der Tat II.3 der Urteilsgründe (nur) wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gemacht.

3. Zur Berichtigung des Schuldspruchs und Beibehaltung des Strafausspruchs
Der Senat hat den Schuldspruch dahingehend selbst berichtigt; § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da der geständige Angeklagte nach einem entsprechenden Hinweis sich nicht erfolgreicher hätte verteidigen können.
Die verhängte Einzelstrafe kann gleichwohl bestehen bleiben, da der Senat in Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt ausschließt, dass der Tatrichter für diese Tat eine niedrigere Strafe als vier Jahre und sechs Monate Freiheitsstrafe verhängt hätte. Die Strafe orientiert sich ersichtlich weder an der Untergrenze noch an der Höchstgrenze des Strafrahmens. Hierbei ist ohnehin darauf hinzuweisen, dass der Angeklagte in diesem Fall tateinheitlich auch eine Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begangen hat und vor allem, dass er nach den Feststellungen in weiterer Tateinheit sich als Täter des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gemacht hat mit der Folge einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe.
Der Generalbundesanwalt hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, dass das Landgericht rechtsfehlerfrei wesentlich zu Lasten des Angeklagten die hohe Menge von 12 kg und die gute Qualität des Kokains gewertet hat, weshalb auch auszuschließen ist, dass das Landgericht einen minder schweren Fall im Sinne des § 29 a Abs. 2 BtMG angenommen hätte.

4. Kostenentscheidung
Der geringfügige Erfolg der Revision rechtfertigt es nicht, den Angeklagten auch nur teilweise von den Kosten seines Rechtsmittels zu entlasten (§ 473 Abs. 4 StPO).

Standort: § 263 StGB — Problem: Vermögensschaden bei Fondsgeschäften

BGH, URTEIL VOM 07.03.2006
1 STR 385/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:
Der Angeklagte hatte - zusammen mit anderen Beteiligten - Anleger zu Einzahlung in verschiedene Fondsgesellschaften bewegt, indem er ihnen insb. hohe Renditen versprochen hatten. Tatsächlich wurden Grundstücke über Strohfirmen gekauft und zu überhöhten Preisen an die Fondsgesellschaften weiterveräußert. Außerdem wurden mit Unternehmen der Beteiligten bzgl. der erworbenen Immobilien Sanierungsverträge geschlossen, die letztlich nur dazu dienten, den Beteiligten Zahlungen ohne echte Gegenleistung zukommen zu lassen. Das LG Würzburg hatte den Angeklagten aufgrund seiner Mitwirkung an diesen Anlagesystem wegen Betrugs (§ 263 I StGB) verurteilt. Die hiergegen gerichteten Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:
Vermögensdelikte sind ständig Gegenstand von Examensaufgaben. Gerade der Tatbestand des Betruges erfreut sich hier einer besonderen Beliebtheit, zumindest bei den Aufgabenstellern. Deshalb ist die Kenntnis von Detailproblemen des Betrugstatbestandes absolut unerlässlich.
Zentrales Problem des vorliegenden Falles ist die Fra-

ge, wann ein Vermögensschaden gegeben ist. Nach ganz herrschender Meinung ist dies der Fall, wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen besitzt als vorher, wobei der Vermögensbestand anhand einer Gesamtsaldierung zu ermitteln ist (BVerfG, NStZ 1998, 506; BGH, NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70 ff.). Nicht ausreichend für einen Schaden ist es somit - dies betont der BGH auch im vorliegenden Fall - dass das Opfer aufgrund der Täuschung eine Verfügung vornimmt, die es ohne die Täuschung nicht getätigt hätte (vgl. BGH, NStZ 1999, 555; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 541 ff.).

Bei einem Austauschverhältnis ist somit ein Vermögensschaden gegeben, wenn der Wert der Leistung des Opfers den Wert der Gegenleistung des Täters übersteigt. Hierbei werden die Fälle des Eingehungs- und des Erfüllungsbetruges unterschieden. Bei einem Eingehungsbetrug ergibt sich der Schaden aus einem Vergleich der sich gegenüber stehenden Leistungspflichten und ist gegeben, wenn der Anspruch, den das Opfer erlangt, in seinem wirtschaftlichen Wert hinter der Verpflichtung ggü. dem Täter zurückbleibt (BGH, NJW 1991, 2537; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 539). Beim (echten) Erfüllungsbetrug hingegen liegt der Schaden darin, dass der Täter eine Leistung erbringt, die weniger wert ist als die geschuldete (Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 540; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 135 f.; zum sog. unechten Erfüllungsbetrug vgl. BayObLG 1999, 663)

Bei einem Anlagebetrug nimmt der BGH eine Vermögensschaden an, wenn der Wert der Zins- bzw. Gewinnerwartungen hinter dem Wert der Aufwendungen bzw. Einlagen zurückbleibt (BGH, NStZ 1996, 191; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 78).

Eine besondere Art des Vermögensschadens stellt der sog. "persönliche Schadenseinschlag" dar. In dieser Fallgruppe erhält das Opfer zwar eine Gegenleistung, die grundsätzlich dem Wert seiner Leistung entspricht. Gleichwohl kann sich ein Vermögensschaden auch aus besonderen Umständen ergeben, insb. wenn das Opfer die Leistung gar nicht oder nicht in zumutbarer Weise verwenden kann (BGHSt 16, 321 [326 ff.]; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 85 ff.).

Im vorliegenden Fall betont der BGH zunächst, dass die Maßnahmen, die die Täter mit den eingezahlten Einlagen durchgeführt haben (riskante Investitionen) nicht nur im Wert hinter den Handlungen zurückblieben, die sie hätten vornehmen müssen (langfristige wertbeständige Kapitalanlage) sondern auch hinter dem Wert der geleisteten Einlagen, so dass sich bereits hieraus ein Schaden ergibt. Außerdem hättte bei dieser Vorgehensweise niemals eine rentenähnliche Auszahlung, die aber von den Opfern angestrebt und von den Tätern auch versprochen worden war, erwirtschaftet werden können, so dass die Zahlung der Einlagen für die Anleger wirtschaftlich sinnlos war, da sie die "Gegenleistungen" der Täter nicht verwenden konnten.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vermögensschaden, insb. bei Anlagegeschäften: *BGH*, NStZ 1996, 191; 1999, 555; NJW 1998, 302; ZIP 2006, 947 (zu diesem Fall bzgl. der übrigen Angeklagten); *Rengier*, JuS 2000, 644;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsatz:

Zum Vermögensschaden beim Betrug durch Fondsanlagen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war für den anderweitig Verfolgten Dr. W tätig, der über ein von ihm gesteuertes Firmengeflecht Fondsanlagen in der Rechtsform der KG anbot. In den Emissionsprospekten wurden den Interessenten und späteren Geschädigten erhebliche Gewinne und Renditen in Aussicht gestellt, die langfristig aus der Vermietung und Wertsteigerung zu erwerbender Immobilien sowie aus Aktienanlagen erwirtschaftet werden sollten. Die anfallenden Kosten wurden als besonders günstig bezeichnet und detailliert ausgewiesen.

Tatsächlich sollten derartige Gewinne nicht erzielt werden; vielmehr beabsichtigte der anderweitig Verfolgte Dr. W, zugunsten der Fondsinitiatoren dem Vermögen der einzelnen Fonds durch Zahlung verdeckter Provisionen oder Manipulationen anderer Art Kapital zu entziehen. Dies sollte insbesondere dadurch bewirkt werden, dass erworbene Immobilien zu überhöhten und damit nicht marktgerechten Preisen an die Fondsgesellschaften verkauft werden. In die Emissionsprospekte wurden derartige "Initiatorengewinne", die durch die beabsichtigten Manipulationen erzielt werden sollten, bewusst nicht aufgenommen. Den Vertrieb der Fondsanteile übernahm eine von den anderweitig Verfolgten D und B K geführte Gesellschaft. Im Zusammenwirken mit Dr. W und den Brüdern K täuschte der Angeklagte die Anleger.

Der Angeklagte war in das von Dr. W entwickelte Gesamtkonzept eingeweiht und eingebunden. Er wirkte mit bei der Verwaltung bestehender Fondsgesellschaften und der Initiierung neuer Fondsanlagen; hierbei waren ihm umfangreiche Vollmachten, unter anderem zur Vertretung der Fondsgesellschaften eingeräumt. Insbesondere sollte der juristisch ausgebildete und als Rechtsanwalt zugelassene Angeklagte Möglichkeiten schaffen, den Fonds über die in den Emissionsprospekten ausgewiesenen Geschäftsbesorgungskosten hinaus zum Nachteil der Anleger Kapital zu entziehen.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Fälle:

I.
Im Fall des von dem Angeklagten und den anderweitig Verfolgten Dr. W, D K und B K entworfenen "Rentenvermögensplan Albert Fonds Nr. 1" (Fall III. 1. der Urteilsgründe; nachfolgend: RVP 1) wurde den Anlegern eine jährliche Ausschüttung von rund 10 % der Einlagenhöhe für die Dauer von 19 Jahren nach einer renditelosen Ansparphase von 15 Jahren in Aussicht gestellt. Nach den Angaben der Emissionsprospekte sollte ein Gesamtkostenbeitrag von 14,8 % des Zeichnungsvolumens zur Abdeckung aller entstehenden Aufwendungen dienen und nicht zur Anlage gelangen.
Nach dem Willen der anderweitig Verfolgten Dr. W und Brüder K sollte die Vertriebsgesellschaft weitere 10 % des Zeichnungsvolumens als verdeckte Innenprovision erhalten. Dem Angeklagten oblag es, die Provisionszahlung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu realisieren. Zu diesem Zweck manipulierte er den Ankauf der als Anlageobjekte vorgesehenen Eigentumswohnungen. In Absprache mit dem Verkäufer wurden die Immobilien durch einen Nachtrag zum Kaufvertrag zu einem erhöhten Kaufpreis an die Fondsgesellschaft veräußert. Diese wurde hierbei von dem Angeklagten R vertreten. Von dem Kaufpreis leitete der Verkäufer 1,12 Mio. DM (= 10 % des Zeichnungsvolumens) an die Vertriebsgesellschaft aufgrund einer fingierten Rechnung weiter.
II.
In dem Fall des von dem Angeklagten und dem anderweitig Verfolgten Dr. W konzipierten "SP Sachwert-Plus Fonds Nr. 08" (Fall III. 2. der Urteilsgründe; nachfolgend: SP 08) wurde den Anlegern eine Rücknahme der Gesellschaftsanteile zu einem Kurswert von 115 bis 125 % nach 25 bzw. 30 Jahren garantiert und darüber hinaus ein erheblich höherer Gewinn in Aussicht gestellt. Besonders betont und beworben wurde in dem Emissionsprospekt die Sicherheit der Anlageform. Der als niedrig bezeichnete Gesamtkostenbeitrag belief sich auf 13 %. Die Beitrittserklärung enthielt zudem die Verpflichtung, ein weiteres Aufgeld von 5 % des Beteiligungsbetrages für die Vertriebsgesellschaft zu zahlen. Die Einlage zuzüglich des Aufgeldes war von den Anlegern sofort nach Beitritt zur Fondsgesellschaft in voller Höhe zu erbringen. Sie wurde über ein durch Verpfändung der Gesellschaftsanteile abgesichertes Darlehen bei der von dem Angeklagten gegründeten, mittlerweile insolventen "Bank für Immobilieneigentum" (nachfolgend: BFI Bank) finanziert.
Unter Mitwirkung des Angeklagten wurde dem Fondsvermögen auf verschiedene Weise Kapital entzogen. Das Anlageobjekt, die in Dresden gelegene "Villa Elvira", wurde von einer zwischengeschalteten GmbH erworben und zu einem um 3,32 Mio. DM erhöhten Kaufpreis an die Fondsgesellschaft weiterveräußert.
Die von dem Angeklagten R vertretene Fondsgesellschaft schloss darüber hinaus mit einer von dem anderweitig Verfolgten Dr. W kontrollierten Baugesellschaft einen Generalunternehmervertrag über die Sanierung der "Villa Elvira" ab, welcher "Garantievereinbarungen" umfasste, die allein dazu dienten, Zahlungsansprüche gegen die Fondsgesellschaft zu fingieren. Der Fondsgesellschaft wurden auf diesem Weg weitere 3,21 Mio. DM entzogen, ohne dass dem Betrag eine Gegenleistung zuzuordnen war. Als Kosten für die Sanierung und Ausstattung der Immobilie wurden gesondert 6,62 Mio. DM gezahlt. Den Verkehrswert des Objektes hat das Landgericht nicht selbst festgestellt, jedoch eine von dem Insolvenzverwalter der BFI Bank veranlasste Wertermittlung herangezogen, wonach das sanierte Objekt im Juli 2003 einen Verkehrswert von nur 3,25 Mio. DM hatte.
Die Mehrzahl der Anleger schloss mit dem Insolvenzverwalter der BFI Bank einen Vergleich dahingehend, dass die Anleger aus den mit der BFI Bank geschlossenen Darlehensverträgen entlassen werden, im Gegenzug ihrer Gesellschaftsanteile verlustig gehen und die bereits erbrachten Zahlungen auf die Darlehensverpflichtung bei der Masse verbleiben.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Landgerichts
Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und acht Monaten verurteilt. Gegen das Urteil haben der Angeklagte, gestützt auf Verfahrensrügen und die Sachrüge, und die Staatsanwaltschaft, gestützt auf die Sachrüge, Revision eingelegt.
Beide Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg.

B. Die Revision des Angeklagten
Die Verfahrensrügen sind aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwaltes genannten Gründen unzulässig. Die erhobene Sachbeschwerde ist unbegründet. Die Feststellungen des Landgerichts tragen den Schuldspruch wegen mittäterschaftlich begangenen Betruges in zwei Fällen und belegen den in Ansatz gebrachten Schuldumfang.

I. Zum Vorliegen einer Täuschung der Anleger
Die Anleger wurden durch die Angaben in den Emissionsprospekten in mehrfacher Hinsicht getäuscht. Ihnen wurde nicht nur - wie das Landgericht in seiner rechtlichen Würdigung darlegt - durch die detaillierte Aufschlüsselung des Gesamtkostenanteiles vorgespiegelt, dass weitere Kosten nicht entstehen und die Fondseinlagen in der verbleibenden Höhe vollständig als Anlagekapital Verwendung finden würden. Die verdeckten Innenprovisionen sind nur ein Bestandteil des nach außen anders dargestellten Fondskonzepts.
Wenn das Landgericht bei jedem einzelnen Fonds feststellt, dass die Fondsinitiatoren von Anfang an nicht die Absicht hatten, den Anlegern die in Aussicht ge-

stellten Gewinne zu erwirtschaften, so ist dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe zu entnehmen, dass die Anleger über Art, Zweck und Qualität der prospektierten Anlageform schlechthin getäuscht wurden.

Dies wird durch eine Vielzahl von Tatsachen belegt. Den Anlegern wurde nach den Angaben der Emissionsprospekte eine sichere, kostengünstige und langfristig hochrentable Geldanlage versprochen, die durch wertbeständige Anlageobjekte unterlegt werden sollte. Im Fall des SP 08 wurde dies bereits durch die Fondsbezeichnung ("Sachwert-Plus") herausgestellt; im Fall des RVP 1 suggerierte die Bezeichnung "Rentenvermögensplan" zudem eine besondere Eignung zur Altersvorsorge. Angesichts der langfristigen, teilweise mit einer entsprechenden Darlehensverpflichtung verbundenen Ansparleistungen, der ausschüttungslosen Ansparphase, der Gesamtlaufzeiten von 34 Jahren (RVP 1) und 25 bzw. 30 Jahren (SP 08) sowie der ausdrücklich betonten Sicherheit der Einlagen (SP 08) und Kalkulierbarkeit einer konkreten Dividende (RVP 1) boten sich alle Fonds auch ihrem Inhalt nach in besonderer Weise als Instrumente zur Alterssicherung an. Dass die Mehrzahl der Anleger hierauf tatsächlich abzielte, unterliegt nach den Feststellungen keinem Zweifel.

Die bestehende Absicht des Angeklagten, für die Anleger die versprochenen Gewinne nicht zu erzielen, sondern unter Ausnutzung des von den Fondsinitiatoren installierten Systems von Treuhand-, Vertriebs-, Bank- und Baugesellschaften noch innerhalb der ausschüttungslosen Anspar- und Investitionsphase den Fondsgesellschaften Kapital in hohem Umfang zu entziehen, setzte er durch Verschleierung der Mittelverwendung um. Die langfristige Bindung der Anleger und die renditelose Anfangslaufzeit dienten tatsächlich nicht dem Aufbau des Fondsvermögens. Das Entziehen des Kapitals zugunsten der Initiatoren erfolgte insbesondere durch die Kaufpreisaufschläge beim Erwerb der Anlageobjekte, die sich nicht - wie von der Revision geltend gemacht - durch Vorgaben des Immobilienmarktes oder besondere Geschäftstüchtigkeit der Fondsbegründer rechtfertigen, sondern auf Absprachen beruhten, welche marktwirtschaftliche Regeln außer Kraft setzen sollten. Der Fall verhält sich nicht anders, als wenn die Aufschläge unmittelbar von der Fondsgesellschaft ohne Umweg über den Voreigentümer oder den Zwischenaufkäufer an die Begünstigten ausgekehrt worden wären (vgl. BGH NStZ 2000, 46, 47 - nachteilige Zwischengeschäfte im Falle der Untreue).

II. Zum Vorliegen eines Vermögensschadens

Die Täuschung der Anleger über den tatsächlichen Inhalt der Anlagemodelle begründet einen Schaden im Umfang der gesamten vertraglichen Bindung und Leistung. Die Bewertung des Landgerichtes, wonach als Gefährdungsschaden die von den Anlegern gezeichneten Anteile und als tatsächlich entstandener Schaden die geleisteten Zahlungen anzusehen sind, ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung ist nicht gleich Vermögensschaden

Allerdings entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass eine Vermögensbeschädigung nicht schon dann vorliegt, wenn jemand infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung getroffen hat, die er bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht getroffen haben würde (BGHSt 3, 99; 16, 222; 16, 321; 30, 388; BGH NStZ 1999, 555). Maßgeblich ist grundsätzlich der objektive Vergleich der Vermögenswerte vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung. An einem Schaden fehlt es, soweit die Vermögensminderung durch den wirtschaftlichen Wert des Erlangten ausgeglichen wird (Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 263 Rdn. 70 ff. m.w.N.). Dass die Anleger über die wahren Absichten des Angeklagten getäuscht worden sind, führt daher nicht ohne weiteres zur Annahme eines Vermögensschadens in Höhe der gesamten gezeichneten Anlagesumme oder sämtlicher erbrachter Zahlungen, soweit ihren Einlagen ein werthaltiges Fondsvermögen gegenübersteht oder - entsprechend der Vorstellung des Angeklagten - gegenübergestellt werden sollte.

Demgegenüber kann die gesamte Leistung des Tatopfers als Schaden anzusehen sein, wenn es die Gegenleistung nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann. In Fällen der betrügerischen Vermittlung von Warenterminoptionsgeschäften hat der Bundesgerichtshof dies angenommen, wenn der Anleger über Eigenart und Risiko des Geschäftes derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte ("aliud"), die empfangene Gegenleistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist (BGHSt 30, 177, 181; 32, 22; BGH NStZ 1983, 313; NJW 1992, 1709; NStZ 2000, 479; NJW 2003, 3644, 3645). Ein in dem Erlangten verkörperter Gegenwert bleibt hier regelmäßig außer Ansatz; er ist nur dann schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn das Tatopfer imstande ist, ihn ohne finanziellen und zeitlichen Aufwand, namentlich ohne Mitwirkung des Angeklagten zu realisieren (vgl. BGHSt 47, 148, 154; BGH NStZ-RR 2000, 331).

2. Zum Eintritt eines Vermögensschadens im vorliegenden Fall

Auch im vorliegenden Fall ist der betrugsrelevante Schaden nach der eingegangenen Verpflichtung der Anleger und den hierauf geleisteten Zahlungen zu bemessen. Zwar rechtfertigt sich dies nicht bereits aus der Erwägung des Landgerichts, dass die Gesellschaftsanteile der Anleger nicht den prospektierten Gegenwert gehabt hätten, weil nur ein um verdeckte

Innenprovisionen verminderter Anteil als Kapitalanlage Verwendung finden sollte. Die Urteilsfeststellungen in ihrer Gesamtheit belegen jedoch, dass das tatsächliche Konzept der Fondsmodelle von dem in den Anlageprospekten dargestellten und von den Anlegern verfolgten Zweck derart abwich, dass die Anleger hieraus keinen Nutzen ziehen konnten.
Die Anlage war zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck - langfristige Rentenzahlungen aus einem über Jahrzehnte akkumulierten Fondsvermögen - für die Anleger unbrauchbar. Die Anleger erhielten nicht die in den Emissionsprospekten beschriebene und von ihnen gewünschte wertbeständige Kapitalanlage, sondern wurden zu langfristigen Investitionen in eine der Bereicherung der Initiatoren dienende, daher höchst risikoreiche Beteiligung gebracht. Angesichts der Höhe des unberechtigt entzogenen Kapitals und der hinzutretenden offen gelegten Kosten zwischen 14,8 % und 18,8 % (inklusive Aufgeld) lag es objektiv fern, dass mit den Anlagemodellen tatsächlich Renditen hätten erwirtschaftet werden können (vgl. Schmid in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht 3. Aufl. § 28 Rdn. 56). Vielmehr barg die Anlageform bereits im Zeitpunkt der Zeichnung durch die Anleger die konkrete Gefahr des endgültigen Verlustes der zu leistenden Einlagen; diese Gefahr hat sich für jene Anleger, die nach den mit der BFI Bank abgeschlossenen Vergleichen ihre erbrachten Leistungen vollständig verloren, letztlich auch realisiert.

3. Kein Schadensausschluss wegen Vermögenserwerbs der Fondsgesellschaften
Vor diesem Hintergrund war es nicht geboten, Feststellungen zum objektiven Verkehrswert der von den Fondsgesellschaften erworbenen Immobilien zu treffen. Die Kammer war auch nicht gehalten, stichtagsbezogen den Wert der Fondsvermögen zu ermitteln und anteilig der Einlagenhöhe jedes Anlegers gegenüberzustellen. Nachdem der Fondszweck angesichts des Umfanges der unberechtigten Kapitalentnahmen durch die Initiatoren nicht mehr erreicht werden konnte, wäre es hierauf nur angekommen, wenn den Beteiligungen der Anleger ein solcher Wert nicht nur rechnerisch, sondern auch wirtschaftlich unmittelbar zukommen würde und die Anleger ihn ohne weiteres realisieren könnten.
Dies ist hier nicht der Fall. Einer unmittelbaren Verteilung des verbliebenen Fondsvermögens auf die Anleger steht bereits entgegen, dass es großteils in den erworbenen Grundstücken gebunden ist, die Anleger als Kommanditisten der Fondsgesellschaften zudem gesellschaftsrechtlichen Vorgaben unterliegen, die eine Vermögensaufteilung regelmäßig an eine für die Einzelanleger nur unter erheblichem Aufwand durchzusetzende Liquidation der Gesellschaft knüpft.
Auch eine Veräußerung oder Beleihung der aufgrund des betrügerischen Anlagekonzeptes nicht kapitalmarktfähigen Beteiligung scheidet aus.

4. Kein Schadensausschluss durch Vergleichsvereinbarung mit dem Insolvenzverwalter
Dass diejenigen Anleger, welche eine Darlehensfinanzierung ihrer Einlagen durch die BFI Bank in Anspruch genommen haben, durch die mit dem Insolvenzverwalter abgeschlossenen Vergleiche aus ihren Darlehensverpflichtungen entlassen wurden, während für die verbleibenden Anleger eine Rückerlangung zumindest eines Teiles ihrer Einlagen bei Auseinandersetzung der Gesellschaft möglich erscheint, bleibt damit allein für die Strafzumessung bedeutsam.
Die Strafkammer hat diese Umstände ausdrücklich berücksichtigt und dem Angeklagten strafmildernd zugute gehalten.

III. Zum Vorliegen einer Mittäterschaft
Zu beanstanden schließlich ist auch nicht, dass das Landgericht die nach den Feststellungen umfangreichen Tatbeiträge des Angeklagten als mittäterschaftliches Handeln angesehen hat. Der Mitwirkung des Angeklagten in der Organisation des Firmengefüges kam bereits deshalb herausgehobene Bedeutung zu, weil der verdeckte Abzug von Fondskapital im Wesentlichen von dem Angeklagten konzipiert und umgesetzt wurde.

C. Die Revision der Staatsanwaltschaft
Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit der Sachrüge entgegen dem Revisionsantrag nur gegen den Schuldumfang im Fall III. 2. der Urteilsgründe (Fonds SP 08) und damit gegen den Einzelstrafausspruch in diesem Fall sowie den Ausspruch über die Gesamtstrafe. Insoweit ist die Revision der Staatsanwaltschaft beschränkt.
Die Rüge versagt. Der Schuldumfang ist vom Landgericht in dem angegriffenen Fall zutreffend bestimmt. Die Kaufpreisüberhöhung durch Zwischenerwerb für die “Villa Elvira” ist vom angesetzten Schaden - sowohl hinsichtlich der Gefährdung als auch hinsichtlich des tatsächlichen Eintritts - umfasst, da die Feststellungen des Landgerichts die völlige Wertlosigkeit der Anteile für die Anleger ergeben. Von den Darlegungen der Kammer unter VIII. des angefochtenen Urteils bleibt der Schuldumfang in dem angegriffenen Fall unberührt.

Standort: §§ 100 a, b StPO Problem: Fernwirkung von Verwertungsverboten

BGH, Beschluss vom 07.03.2006
1 StR 316/05 (StV 2006, 225)

Problemdarstellung:

Gegen den Angeklagten war im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gem. § 100 a StPO die Überwachung der Telekommunkation angeordnet worden, weil sich bei der Überwachung der Telekommunikation anderer Beschuldigter ein Verdacht auch gegen ihn ergeben hatte. Das LG Nürnberg-Fürth hatte nach entsprechender Prüfung die Rechtmäßigkeit der Überwachungsanordnung festgestellt. Deshalb war es auch nicht vom Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes ausgegangen. Die Rechtmäßigkeit der Telekommunikationsüberwachung bei den anderen Beschuldigten hatte es nicht geprüft. Die Verfahrensrüge des Angeklagten gegen dieses Vorgehen wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:

Während strafprozessuale Probleme im ersten Examen neu eine eingeschränkte Relevanz haben (allenfalls in Form von Zusatzfragen), so stellen sie im 2. Examen in erheblichem Umfang den Gegenstand der Verfahrensaufgaben vor. Gerade die im vorliegenden Fall angesprochenen Probleme des Bestehens einer Rügepflicht des Angeklagten und der Fernwirkung bei Beweisverwertungsverboten stellen hierbei typische Konstellationen dar.

Beide Problemstellungen sind letztlich Ausfluss des Themenbereichs der Beweisverwertungsverbote. Besteht ein Beweisverwertungsverbot, so darf das Gericht ein präsentes Beweismittel nicht verwerten, d.h. in seiner Entscheidungsfindung nicht berücksichtigen (vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 55 ff.). Beweisverwertungsverbote sind im Gesetz zwar nur vereinzelt geregelt (z.B. §§ 100 c V 3, 136 a III 2 StPO), jedoch geht der BGH davon aus, dass sich auch jenseits der gesetzlichen Regelungen Beweisverwertungsverbote ergeben können, wenn bei der Erhebung des Beweismittels ein Verfahrensfehler vorlag und höherwertige Rechtsgüter des Angeklagten den Verzicht auf Beweismittel, mit denen der Täter überführt werden könnte, unabweislich machen (BGHSt 19, 325 [331]; 34, 39 [53]). Feste Kriterien haben Rechtsprechung und Literatur hierfür leider bisher nicht entwickelt, so dass das Bestehen eines solchen Verwertungsverbots stark vom Einzelfall abhängt.

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit der Frage, ob das Gericht bei einem eingebrachten Beweismittel von sich aus prüfen muss, ob dieses verwertbar ist oder ob eine solche Prüfung nur auf eine Rüge des Angeklagten hin erfolgen muss (und ggf. darf). Der 3. Strafsenat des BGH hatte sich in einem obiter dictum für eine generelle entsprechende Prüfungspflicht ausgesprochen (BGHSt 47, 362 [366 f.]). In der vorliegenden Entscheidung vertritt der 1. Strafsenat jedoch einen anderen Standpunkt. Bei möglichen Beweisverwertungsverboten im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung geht er davon aus, dass der Tatrichter auch eigentlich unverwertbare Beweismittel grundsätzlich verwerten könne. Es obliege dem Angeklagten, ein Verwertungsverbot geltend zu machen, indem er entsprechenden Anordnungen widerspreche und ggf. einen Beschluss des Gerichts gem. § 238 II StPO herbeiführe. Lediglich bei einem Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (vgl. § 100 c V StPO) solle das Gericht von einer Verwertung des Beweismittels absehen. In diesem Fall könne der Angeklagte durch Stellung eines entsprechenden Beweisantrags dennoch bewirken, dass das Beweismittel einbezogen werde. Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass nach Auffassung des 1. Strafsenats Beweisverwertungsverbote somit vollumfänglich zur Disposition des Angeklagten stehen. Dies, so der 1. Senat, sei auch wichtig, da der Angeklagte ein erhebliches Interesse daran haben könne, ein eigentlich nicht verwertbares Beweismittel doch in den Prozess einzubeziehen, wenn dieses nämlich (auch) seiner Entlastung diene. Eine Ausnahme von der Disponibilität dürfte jedoch - wegen des entsprechenden Wortlauts - insb. bei § 136 a III 2 StPO zu machen sein.

Des weiteren betont der BGH, dass in einem Fall, in dem sich der Tatverdacht gegen den Beschuldigten, der zu einer Überwachung der Telekommunikation gem. § 100 c StPO bei diesem führt, aus Ergebnissen der Telefonüberwachung bei Dritten ergibt, es für die Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme beim Beschuldigten nicht relevant ist, ob die Überwachungen bei den Dritten auch rechtmäßig waren. Selbst wenn dort ein ein Beweisverwertungsverbot begründender Mangel gegeben sein sollte, so würde dies nicht zur Rechtswidrigkeit der Überwachungsansordnung gegen den Beschuldigten führen. Ein Beweisverwertungsverbot entfalte nämlich grundsätzlich keine Fernwirkung; deshalb blieben andere Beweismittel, deren Vorhandensein sich erst durch das unverwertbare Beweismittel ergeben hat, trotzdem verwertbar (Ausnahme beim Verwertungsverbot gem. § 7 Abs. 3 G 10, vgl. BGHSt 29, 244 [247 ff.]).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Rügepflicht des Angeklagten beim Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots: *BGH*St 47, 362, 363; *BGH*, NJW 2005, 3295;

❑ Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten: *BGH*St 27, 355; 29, 244; *OLG Köln*, NZV 2001, 137;

Grünwald, JZ 1966, 500; *Harris*, StV 1991, 313; *Herrmann*, JZ 1985, 608; *Maiwald*, JuS 1978, 385; *Rogall*, JZ 1996, 948;

Leitsätze:

1. Die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme zu Beweiszwecken muss der Tatrichter in der Hauptverhandlung ausdrücklich nur dann prüfen, wenn der Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widerspricht.

2. Im Fall einer Kette von aufeinander beruhenden Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen ist der Prüfungsumfang für die Frage der Verwertbarkeit auf die Überwachungsmaßnahme beschränkt, der die Erkenntnisse unmittelbar entstammen.

Sachverhalt:

Gegen B hatte der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht Halle-Saalkreis nach §§ 100 a, 100 b StPO mit Beschlüssen vom 27. Februar 2003 und vom 21. Mai 2003 Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen wegen des Verdachts des gewerbsmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG) angeordnet. Der diesen Beschlüssen zugrunde liegende Verdacht gegen B gründete sich auf Erkenntnisse aus einer weiteren Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme beim gesondert Verfolgten Ba. Gegen diesen hatte der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht Halle-Saalkreis am 13. Februar und 9. Mai 2003 Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen nach §§ 100 a, 100 b StPO angeordnet, wobei die den Verdacht gegen Ba begründenden Erkenntnisse ihrerseits einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme beim gesondert Verfolgten F entstammten.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in neun Fällen und unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit einer Verfahrensrüge und der Sachbeschwerde.

II. Entscheidung des BGH

Die Revision hat keinen Erfolg, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Näherer Erörterung bedarf lediglich die Verfahrensrüge, mit welcher der Angeklagte die Verwertung von Erkenntnissen aus der Überwachung von Telefonanschlüssen beanstandet.

1. Zur Verwertung der Erkenntnisse aus der Telekommunikationsüberwachung in der angefochtenen Entscheidung

Die Verurteilung wegen neun Fällen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge stützt sich im Wesentlichen auf Zufallserkenntnisse, die anlässlich der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation beim gesondert Verfolgten B in dem gegen diesen geführten Ermittlungsverfahren gewonnen wurden. [...] Die Zufallserkenntnisse aus der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme bei B sind gegen den rechtzeitig erhobenen Widerspruch eines Verteidigers des Angeklagten im Wege des Augenscheins und durch Vernehmung eines ermittelnden Polizeibeamten nach einem entsprechenden Gerichtsbeschluss in die Hauptverhandlung eingeführt worden. Seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten bei den neun Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begründet das Landgericht im Wesentlichen mit den Zufallserkenntnissen aus der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme bei B.

2. Zur Verwertbarkeit der Erkenntnisse

Die Verfahrensrüge, mit der geltend gemacht wird, dass die Erkenntnisse aus der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme bei B nicht hätten verwertet werden dürfen, hat keinen Erfolg.

a. Verwertungsverbot beim Fehlen wesentlicher Voraussetzungen für die Anordnung der Überwachungsmaßnahme

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen mit Blick auf die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens die aus einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme gewonnenen Erkenntnisse nicht als Beweismittel verwendet werden, falls wesentliche sachliche Voraussetzungen für die Anordnung der Überwachungsmaßnahme fehlten (vgl. BGHSt 31, 304, 308 f.; 32, 68, 70; 41, 30, 31; 48, 240, 248). Dies gilt auch für die Verwertbarkeit von Zufallserkenntnissen i.S.v. § 100 b Abs. 5 StGB (vgl. BGHSt 48, 240, 249; BGHR StPO § 100 a Verwertungsverbot 10).

b. Zur Disponibilität des Beweisverwertungsverbots und den sich daraus ergebenden Prüfungspflichten des Gerichts

Grundsätzlich ist jedoch nach Auffassung des Senats ein Verwertungsverbot für den Angeklagten disponibel. Der Angeklagte muss in dem Fall, dass wesentliche sachliche Voraussetzungen für die Überwachungsanordnung fehlten, selbst entscheiden können, ob er

die Verwertung der Erkenntnisse aus einer solchen Maßnahme gleichwohl wünscht oder nicht. Denn er kann ein gewichtiges Interesse an der Verwertung für ihn günstiger Erkenntnisse haben, etwa um einen Entlastungsbeweis zu führen oder um seine Einlassung zu untermauern, sein Tatbeitrag sei allenfalls untergeordneter Natur oder seine Schuldfähigkeit sei beeinträchtigt gewesen. Dass derartige Fallgestaltungen in der Praxis nicht selten sind, zeigt sich daran, dass bei etwa 80 Prozent aller Verfahrensrügen im Zusammenhang mit Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen vom Angeklagten geltend gemacht wird (§ 244 Abs. 2 StPO), zur Entlastung hätten weitere Überwachungsprotokolle eingeführt werden müssen (vgl. Nack, Die Telekommunikationsüberwachung in der strafverfahrensrechtlichen Praxis, Bericht über das 24. Triberger Symposium 2003 S. 48). Hieraus folgt, dass der Tatrichter in der Hauptverhandlung die Rechtmäßigkeit einer Telekommunikationsmaßnahme regelmäßig nur dann zu überprüfen braucht, wenn der Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widerspricht (vgl. BGHR StPO § 100 a Verwertungsverbot 11), wie auch der Richter während des Hauptverfahrens ohnehin nicht gehalten ist, die materielle Rechtmäßigkeit jeder Ermittlungshandlung während des Vorverfahrens von vornherein in Zweifel zu ziehen. Das erkennende Gericht darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass das Ermittlungsverfahren entsprechend den gesetzlichen Vorgaben geführt wurde. Dies gilt erst Recht bei Ermittlungsmaßnahmen, die einer vorherigen Überprüfung im Rahmen einer notwendigen richterlichen Gestattung (vgl. § 162 Abs. 3 StPO) unterliegen, wie z.B. die Durchsuchung, die Beschlagnahme oder eben auch die Überwachung der Telekommunikation, zumal dann für eine zusätzliche - in aller Regel auch bei Erledigung der Maßnahme - nachträgliche Kontrolle schon während des Vorverfahrens das Beschwerdeverfahren offen steht (soweit nicht § 304 Abs. 4, 5 StPO Ausnahmen vorsieht).

Dem Vorsitzenden und dem Gericht ist es freilich nicht verwehrt, die in die Hauptverhandlung einzuführenden Beweismittel auf ihre Verwertbarkeit zu prüfen. Für Erkenntnisse aus einer Telekommunikations-Überwachung gilt:

Gelangt der Tatrichter zu dem Ergebnis, dass der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (vgl. BVerfGE 109, 279; Senat NJW 2005, 3295) berührt ist und deshalb ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, so sieht er von der Aufnahme des Beweises ab. Wollen die Verfahrensbeteiligten - weil sie anderer Ansicht sind - gleichwohl den Beweis erheben lassen, so müssen sie einen hierauf gerichteten Antrag stellen. Auch über ein derartiges Verwertungsverbot kann der Angeklagte disponieren, soweit allein seine eigene Sphäre tangiert ist (vgl. Senat NJW 2005, 3295, 3298).

Hat der Tatrichter im Übrigen Bedenken gegen die Verwertbarkeit, kann er darauf verzichten, dieses Beweismittel zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen. Es ist ihm, auch wenn er aus Rechtsgründen dazu nicht verpflichtet ist, nicht verwehrt, die Verfahrensbeteiligten entsprechend zu unterrichten. Wollen die Verfahrensbeteiligten gleichwohl das Beweismittel in die Hauptverhandlung einführen, so müssen sie dies beantragen.

Ordnet der Vorsitzende die Aufnahme des Beweises an, so müssen die Verfahrensbeteiligten, wenn sie ein Verwertungsverbot geltend machen wollen, der Anordnung widersprechen und gegebenenfalls einen Gerichtsbeschluss nach § 238 Abs. 2 StPO herbeiführen.

Soweit der 3. Strafsenat in BGHSt 47, 362, 366 f. ausgeführt hat, der Tatrichter habe den Beschluss über die Anordnung von Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen stets von Amts wegen zu überprüfen, wobei das Unterlassen der Überprüfung einen eigenständigen revisiblen Rechtsfehler darstelle, der im Einzelfall zur Aufhebung des tatrichterlichen Urteils in der Revision führen könne, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Unabhängig davon, dass es auf diese Frage im vorliegenden Fall nicht ankommt, wäre der Senat an die Auffassung des 3. Strafsenats nicht gebunden, weil dessen Ausführungen nicht tragend sind; denn in jenem Fall hatten die Angeklagten die Verwertung ausdrücklich beanstandet (vgl. BGHSt 47, 362, 363). Hier ist das Landgericht zudem den in BGHSt 47, 362 formulierten Anforderungen nachgekommen.

c. Zur Entbehrlichkeit von Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln im Urteil

Des Weiteren ist es nach Auffassung des Senats von Rechts wegen nicht geboten, dass der Tatrichter in den Urteilsgründen die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus einer Telekommunikations-Überwachung darlegt. Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln sind von § 267 StPO nicht vorgeschrieben. Die Frage, ob die ermittlungsrichterliche Anordnung von Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen rechtens ist, unterliegt wie jede Ver-fahrensfrage dem Freibeweis. Im Urteil sind deshalb Ausführungen zur Verwertbarkeit nicht veranlasst, wenn der Tatrichter die Beweisaufnahme auf Aufzeichnungen aus einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme erstreckt hat. Auf eine entsprechende Verfahrensrüge hin prüft das Revisionsgericht freibeweislich, ob die Erkenntnisse aus der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme unverwertbar sind und das Urteil hierauf beruht.

d. Zum Inhalt der Rüge

Die Revision rügt vorliegend, die Kammer habe ihre Prüfungspflicht verletzt, indem sie nicht hinreichend aufgeklärt habe, ob die gegen B erlassenen Beschlüsse rechtmäßig waren oder nicht. Zudem habe es die Kammer unterlassen, den kompletten Aktenbestand in den

Verfahren gegen B, Ba und F beizuziehen und auszuwerten. Schließlich habe sie nur die gegen B erlassenen Beschlüsse einer näheren Überprüfung unterzogen. Da die verwerteten Zufallserkenntnisse auf einer Kette von Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen beruhten, hätten aber alle Maßnahmen - also auch hinsichtlich Ba und F - entsprechend geprüft werden müssen. Dass der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht Halle-Saalkreis die Beschlüsse vom 27. Februar und 21. Mai 2003, mit denen er Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen gegen B anordnete, nicht hätte erlassen dürfen, behauptet die Revision jedoch nicht.

Die Rüge orientiert sich damit an den vom 3. Strafsenat (in BGHSt 47, 362) formulierten Anforderungen für die Überprüfung von Anordnungen von Maßnahmen zur Telekommunikations-Überwachung. Während es in dem vom 3. Strafsenat entschiedenen Fall allerdings allein um die Anordnung der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen ging, der die in der Hauptverhandlung verwerteten Erkenntnisse entstammten, will der Beschwerdeführer die Grundsätze auch auf eine Kette von Überwachungsmaßnahmen übertragen, wenn nämlich Ergebnisse einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme verwertet werden sollen, deren Anordnung ihrerseits auf Erkenntnissen aus einer vorangegangenen Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme beruht.

aa. Keine Rechtsfehler bei Anordnung der Überwachungsmaßnahme gegen den Angeklagten B

Die Anordnungen von Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen gegen B sind frei von Rechtsfehlern, welche ein Beweisverwertungsverbot begründen könnten. Die Kammer hat aufgrund eigenständiger Prüfung festgestellt, dass die Anordnungsvoraussetzungen des § 100 a Satz 1 StPO beim Erlass vorlagen.

Das Landgericht hat die Anordnungen der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen durch den zuständigen Ermittlungsrichter gegen B auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Es hat den Ermittlungsstand zum Zeitpunkt der ersten Entscheidung rekonstruiert und auf dieser Grundlage die Anordnungen nach Maßgabe der Rechtsprechung (vgl. BGHSt 41, 30, 33 f.; 47, 362, 365 f.; 48, 240, 248) geprüft. Die Kammer hat insbesondere die vom Ermittlungsrichter in Bezug genommenen Überwachungsprotokolle, die im Rahmen der Maßnahmen gegen Ba erstellt wurden und auf die sich auch der Verdacht gegen B stützte, in die Prüfung einbezogen und ausgewertet. Daraus hat das Landgericht gefolgert, dass sich zum Anordnungszeitpunkt aus den vom Ermittlungsrichter in Bezug genommenen Verfahrensunterlagen schlüssig der Verdacht einer Katalogtat i.S.v. § 100 a Satz 1 Nr. 4 StPO ergab, nämlich zumindest der des gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Die Strafkammer hat auch rechtsfehlerfrei die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes und die Vertretbarkeit der zweiten Anordnung von Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen vom 21. Mai 2003 bejaht, was angesichts der insoweit eindeutigen Sachlage keiner näheren Begründung bedurfte.

Soweit angebracht, hat die Kammer zudem die Ermittlungsakten hinsichtlich B ausgewertet und den Prozessbeteiligten zur Kenntnis gebracht. Zwar hat sie nicht den kompletten das Verfahren gegen B betreffenden Aktenbestand beigezogen; jedoch war eine Beiziehung auch nur insoweit erforderlich, als es den Ermittlungsstand im damaligen Verfahren zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnungen nach § 100 a StPO betraf. Folgende Unterlagen lagen der Strafkammer vor: Die gegen B ergangenen Anordnungen waren ohnehin Teil der im Verfahren gegen den Angeklagten angelegten Ermittlungsakten. Daneben hat das Landgericht die beiden gegen Ba ergangenen Beschlüsse, den entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass des ersten Beschlusses sowie 36 Abschriften der im Rahmen der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen bei Ba erstellten Aufzeichnungen von Telefongesprächen beigezogen. Diese Unterlagen haben vorliegend ausgereicht, um die erforderliche Überprüfung durchführen zu können.

bb. Fehlende Prüfung der Rechtmäßigkeit der vorausgegangenen Überwachungsmaßnahmen gegen Ba und F nicht fehlerhaft

Auch die Rüge, die Kammer habe die vorausgegangenen Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen gegen Ba und F nicht hinreichend in ihre Prüfung mit einbezogen, dringt nicht durch.

Im Fall einer Kette von aufeinander beruhenden Überwachungsmaßnahmen ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit auf die Anordnung der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme beschränkt, der die verwerteten Erkenntnisse unmittelbar entstammen. Eine Fernwirkung durch die Rechtswidrigkeit nur einer vorgelagerten, für das Verfahren selbst nicht unmittelbar beweiserheblichen Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme ergibt sich nicht (so auch OLG Hamburg StV 2002, 590, 592).

Ob Erkenntnisse aus einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme, die auf der Grundlage von Erkenntnissen aus einer wegen Fehlens wesentlicher sachlicher Voraussetzungen vorangegangenen anderen rechtswidrigen Überwachungsmaßnahme angeordnet worden ist, ebenfalls unverwertbar sind, hat der Bundesgerichtshof - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden. Eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten hat er jedoch grundsätzlich abgelehnt (vgl. BGHSt 27, 355, 357 f.; 32, 68, 70 f.; 34, 362, 364; BGHR StPO § 110 a Fernwirkung 1; NStZ 1996, 48; NStZ 1996, 200, 201; NStZ 1998, 426, 427). Allen-

falls ausnahmsweise kann nach der Sachlage und der Art des Verwertungsverbots dessen Fernwirkung anzunehmen sein. Für das Verwertungsverbot des § 7 Abs. 3 G 10 bei einer Telefonüberwachung nach § 1 G 10 hat der Bundesgerichtshof eine Fernwirkung bejaht, wobei er ausdrücklich offen gelassen hat, ob Gleiches auch für Überwachungsmaßnahmen nach § 100 a StPO gilt (vgl. BGHSt 29, 244, 247 ff.). Später hat er im Fall einer unter Verstoß gegen § 100 a StPO angeordneten Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme entschieden, dass die Geständnisse der aufgrund dieser Überwachungsmaßnahme ermittelten Angeklagten verwertet werden dürfen, soweit sie nicht durch einen unzulässigen Vorhalt aus der Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme - im Sinne einer Fortwirkung des Verwertungsverbots - beeinflusst sind; auch die Aussagen von Zeugen, die durch weitere Ermittlungen aufgrund von Erkenntnissen aus einer Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme bekannt geworden sind, sind verwertbar (so BGHSt 32, 68, 70 f.). Die Literatur bejaht hingegen überwiegend eine Fernwirkung des Verwertungsverbots bei Erkenntnissen aus einer rechtswidrigen Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme (vgl. die Nachweise bei Schäfer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 100a Rdn. 116).

An dem allgemeinen Grundsatz, dass Beweisverwertungsverboten keine Fernwirkung zukommt, ist festzuhalten. Ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel bewirkt, darf nicht ohne weiteres dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren "lahmgelegt" wird. Dies hat der Bundesgerichtshof schon mehrfach mit Blick auf das Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung ausgeführt (vgl. BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364; 35, 32, 34; ferner BGHR StPO § 110a Fernwirkung 1). Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt das unabweisbare Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. BVerfGE 77, 65, 76; 80, 367, 375; BVerfG Kammer NStZ 1996, 45).

Bei einer Kette von aufeinander beruhenden Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen, welche gerade bei Ermittlungsverfahren wegen Straftaten nach dem BtMG nicht selten vorkommt, würde die Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots infolge einer rechtswidrigen Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme zu einem Dominoeffekt führen. Dann hätte die fehlerhafte Annahme des Verdachts einer Katalogtat bei der Anordnung der Aus-gangsüberwachung die Nichtverwertbarkeit aller Erkenntnisse aus einer Vielzahl nachfolgender Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen zur Folge. Vor diesem Hintergrund verbietet bereits das Interesse an der Aufklärung des wahren Sachverhalts die Annahme einer Fernwirkung. Zudem ist zu berücksichtigen, dass mit einer möglichen Fernwirkung einhergehende Prüfungspflichten - zumindest auf den Widerspruch des Angeklagten hin - es im Einzelfall erforderlich machen würden, alle Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen bis hin zur Ausgangsüberwachung einer eingehenden Untersuchung anhand des Aktenbestandes im jeweiligen Verfahren zu unterziehen. Ein solcher Prüfungsumfang ist - insbesondere auch vor dem Hintergrund des mit der Beiziehung und Auswertung eines umfangreichen Aktenbestands in besonderem Maße berührten Beschleunigungsgebots in Strafsachen - weder veranlasst noch geboten. Die Überprüfung von Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen ist auch mit Blick auf das Beschleunigungsgebot vielmehr auf diejenige Maßnahme zu beschränken, der die verwerteten Erkenntnisse entstammen. Dies kann dazu beitragen, ein den Angeklagten erheblich belastendes, mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang stehendes überlanges Verfahren zu vermeiden.

Der beschränkte Prüfungsumfang rechtfertigt sich auch deshalb, weil ausgeschlossen werden kann, dass die Ergebnisse aus einer möglicherweise nicht rechtmäßigen Telekommunikations-Überwachungsmaßnahme sich inhaltlich auf die Erkenntnisse aus einer daraufhin - für sich gesehen - rechtsfehlerfrei angeordneten Maßnahme zur Überwachung der Telekommunikation auswirken könnten. Dem Schutz des von der Telekommunikations-Überwachung Betroffenen ist überdies dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass jedenfalls für die beweismäßig entscheidende Überwachungsmaßnahme die Anordnungsvoraussetzungen vorgelegen haben müssen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Gefährderanschreiben

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 22.09.2005
11 LC 51/04 (DÖV 2006, 122)

Problemdarstellung:

Im Urteil des OVG Lüneburg ging es um eine verhältnismäßig neue Methode der Gefahrenabwehr, nämlich sogen. "Gefährderanschreiben", mit denen sich die Behörden im Vorfeld von Großveranstaltungen an früher schon auffällig gewordene Personen wenden und diese auffordern, nicht zu der betreffenden Veranstaltung anzureisen, weil sie sonst Nachteile in Form behördlichen Einschreitens gegen sie zu erwarten hätten. Gegen ein solches "Gefährderanschreiben" wendete sich nun der Kläger, der dessen Rechtswidrigkeit festgestellt haben wollte. Die Fallkonstellation wirft eine Vielzahl von prozessualen und materiell-rechtlichen Problemen auf:

1. Das OVG bejaht eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO, weil es sich bei dem "Gefährderanschreiben" nicht um einen Verwaltungsakt, wohl aber um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO handele. Als Abgrenzungskriterien zum bloßen Hinweis auf eine bestehende Rechtslage führt das OVG die Grundrechtsrelevanz des "Gefährderanschreiben" einerseits und seine Finalität andererseits ins Feld.

2. Dass das Rechtsverhältnis bereits erledigt sei, spiele keine Rolle, da § 43 VwGO auch erledigte Rechtsverhältnisse zum Gegenstand haben könne.

3. Das notwendige Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO a.E.) ergebe sich aus Wiederholungsgefahr und Rehablilitationsinteresse.

4. Wegen der o.g. Grundrechtsrelevanz bedürfe das "Gefährderanschreiben" einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Als solche komme hier - unter Geltung des alten NdsNGefAG - nur die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts in Betracht. Diese fordere eine vom Adressaten ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Zwar möge eine Gefahr in diesem Sinne vorliegen, wenn bei der geplanten Großveranstaltung Krawalle drohe; der Adressat müsse jedoch auch (Verhaltens-)störer sein. Dies erfordere eine hinreichend sichere Prognose, dass er sich an der Störung beteiligen werde, woran es im konkreten Fall gefehlt haben soll, obwohl gegen den Betroffenen zahlreiche ähnliche Vorfälle aktenkundig waren. Diese hielt das OVG aber für zu geringfügig und/oder zu lange zurückliegend.

Prüfungsrelevanz:

"Gefährderanschreiben" werden mit Sicherheit in Prüfungsaufgaben zum öffentlichen Recht auftauchen. Gerade wegen der o.g. Probleme in prozessualer und materiell-rechtlicher Hinsicht geben sie einen idealen Prüfungsstoff ab. Zudem bietet die Fußball-WM einen aktuellen Bezug, denn "Gefährderanschreiben" an Fußball-Hooligans sind die klassische Fallgestaltung.

Die Begründetheit des Urteils verhält sich noch zum inzwischen abgeschafften Gefahrenabwehrgesetz des Landes Niedersachsen. Die dortigen Ausführungen - Anwendbarkeit der Generalklausel, vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und notwendige Störereigenschaft des Adressaten lassen sich aber eins zu eins auf den neuen § 11 NdsSOG ebenso übertragen wie auf das Polizei- und Ordnungsrecht der anderen Bundesländer. Nirgendwo gibt es zum "Gefährderanschreiben" eine Spezialregelung, welche die Generalklausel verdrängen könnte, und überall setzt die Generalklausel eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (z.T.: oder öffentliche Ordnung) sowie die Störereigenschaft des Adressaten voraus.

Eine kritische Anmerkungen zum Urteil des OVG ist noch vonnöten:

Das Urteil des OVG enthält in einem Nebensatz noch einen mit äußerster Vorsicht zu genießenden Passus. Dort heißt es: "Hier geht es nicht um die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes oder um die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vorprozessual erledigten Verwaltungsaktes, für die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ebenfalls auf § 43 VwGO zurückzugreifen ist (Urt. v. 14.7.1999 – 6 C 7.98 -, NVwZ 2000, 63)."

Damit wird suggeriert, das BVerwG greife bei vorprozessual erledigten Verwaltungsakten auch auf die Feststellungsklage nach § 43 WvGO zurück. Dies ist jedoch nicht richtig, da das BVerwG auf diese Fallkonstellation nach wie vor die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO analog anwendet, übrigens in Übereinstimmung mit der ganz h.M in der Literatur (vgl. nur Schoch, JK 6/06, POR, Generalklausel 6 als Anm. zu diesem Urteil). Im zitierten Urteil des BVerwG wird zwar eine Wende hin zu § 43 VwGO angedeutet, aber nicht vollzogen. Die RA (RA 1999,

592) hat hierüber ausführlich berichtet. Seither - das Urteil stammt aus dem Jahre 1999 - hat sich in der Rspr. des BVerwG nichts weiter in Richtung § 43 VwGO getan. Es gibt im Gegenteil zahlreiche Entscheidungen, in denen vom BVerwG (vgl. nur RA 2002, 327 = NVwZ-RR 2002, 323) und den Oberverwaltungsgerichten (vgl. nur OVG NRW, RA 2004, 307 = NWVBl 2004, 157, dort sogar in einer Verpflichtungssituation) auch auf vorprozessual erledigte Verwaltungsakte kommentarlos die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO angewendet wurde.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Grundrechtseingriff durch schlichtes staatliches Informationshandeln: *BVerfG*, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621; RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626; *OVG NRW*, NVwZ 1997, 302; *BayVGH*, NVwZ 1995, 793; *Murswieck*, NVwZ 2003, 1; *Lege*, DVBl 1999, 569; *Muckel*, JA 1995, 343

❑ Feststellungsklage nach erledigtem Realakt: BVerfG, RA 2002, 203 = NJW 2002, 2700; BVerwG, BayVBl 1998, 666; VGH BW, BWVBl 1993, 469

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Ohne Hehl und Tadel"

❑ *Examenskurs* : "XYZ"

Leitsätze:

1. Ein polizeiliches Gefährderanschreiben, mit dem dem Adressaten nahegelegt wird, sich nicht an Demonstrationen zu beteiligen, um zu vermeiden, dass er polizeilichen Gefahrabwehrmaßnahmen ausgesetzt wird, greift in die grundgesetzlich geschützte Willensentschließungsfreiheit des Betroffenen, an Demonstrationen teilzunehmen, ein und bedarf deshalb einer gesetzlichen Grundlage.

2. Liegt eine konkrete Gefahr vor, kann ein Gefährderanschreiben auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden, wenn die durch Tatsachen belegte Besorgnis besteht, der Adressat werde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Straftaten begehen, die im sachlichen Zusammenhang mit dem Gefährderanschreiben stehen, und sich deshalb als Störer erweisen.

Sachverhalt:

Der Kläger ist mit fünf gegen ihn eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und einer polizeilichen Überprüfung in der Kriminalakte bei der Polizeiinspektion Göttingen und in bei dem Niedersächsischen Landeskriminalamt (LKA) und dem Bundeskriminalamt (BKA) geführten Dateien über "Gewalttäter links" erfasst. Anlässlich des EU-Gipfels in Brüssel vom 13. bis 15.12.2001 richtete die zuständige Polizeibehörde an den Kläger ein Schreiben mit folgendem Inhalt:

"Gefährderanschreiben. Der Polizei Göttingen ist bekannt, dass Sie im Zusammenhang mit versammlungsrechtlichen bzw. demonstrativen Aktionen polizeilich in Erscheinung getreten sind. Daher ist es nicht auszuschließen, dass Sie auch in Zukunft an demonstrativen Ereignissen teilnehmen werden. Für den 13.-15. Dezember 2001 sind demonstrative Aktionen gegen den EU-Gipfel in Brüssel geplant. Zu diesen Aktionen in Belgien rufen gewerkschaftliche-, studentische-, linksautonome-, Antifa-Gruppen sowie sonstige Globalisierungsgegner auf. Bei gleichgelagerten Aktionen (z. B. Göteborg, Genua pp.) kam es in der Vergangenheit zu erheblichen gewaltsamen Ausschreitungen seitens einiger Demonstrationsteilnehmer. Auch während dieses EU-Gipfels ist damit zu rechnen. Um zu vermeiden, dass Sie sich der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze) oder strafprozessualer Maßnahmen aus Anlass der Begehung von Straftaten im Rahmen der demonstrativen Aktionen aussetzen, legen wir Ihnen hiermit nahe, sich nicht an den o.g. Aktionen zu beteiligen."

Am 25. Januar 2002 hat der Kläger gegen das Land Niedersachsen Klage erhoben, mit der er Feststellung begehrt, dass das Gefährderanschreiben rechtswidrig gewesen sei. Er macht zutreffend geltend, dass gegenwärtig nur ein Ermittlungsverfahren wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt in einem weniger schweren Fall gegen ihn laufe; zwar habe es früher gegen ihn auch Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs aus Anlass politischer Ereignisse gegeben; das letzte Verfahren dieser Art liege aber schon über fünf Jahre zurück. Das Gefährderanschreiben habe ihn so eingeschüchtert, dass er auf die geplante Reise nach Brüssel verzichtet habe. Hat die Klage Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist über die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit auf dem Gebiet des Polizeirechts, die nichtverfassungsrechtlicher Art ist und für die keine abdrängende Sonderzuweisungen besteht.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Hier kommt eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO in Betracht.

1. Feststellungsklage gegen vorprozessual erledigten Verwaltungsakt

Das OVG ist der Ansicht, dass auf vorprozessual erledigte Verwaltungsakte die Feststellungsklage nach § 43 VwGO anwendbar sei, verneint jedoch die VA-Qualität des Gefährderanschreibens:

"Hier geht es nicht um die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes oder um die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vorprozessual erledigten Verwaltungsaktes, für die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ebenfalls auf § 43 VwGO zurückzugreifen ist (Urt. v. 14.7.1999 – 6 C 7.98 -, NVwZ 2000, 63). Das Gefährderanschreiben ist kein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG (i.V.m. § 1 NVwVfG)."

a. Definition

"Nach der bundesgesetzlichen Begriffsbestimmung in Satz 1 der genannten Vorschrift ist Verwaltungsakt jede Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Mit dem Anschreiben vom 7. Dezember 2001 wird keine Regelung getroffen. Hiervon gehen auch die Beteiligten übereinstimmend aus. Eine Regelung ist dann anzunehmen, wenn die Maßnahme der Behörde ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen. Dies ist der Fall, wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden (BVerwGE 77, 268; 111, 246)."

b. Subsumtion

"Die beiden ersten Absätze des Anschreibens enthalten – zum Teil wertende – Tatsachenmitteilungen, denen ein Regelungscharakter nicht beizumessen ist. Die Polizeiinspektion Göttingen verweist im ersten Absatz darauf, dass der Kläger im Zusammenhang mit versammlungsrechtlichen bzw. demonstrativen Aktionen polizeilich in Erscheinung getreten und es deshalb nicht auszuschließen sei, dass er auch in Zukunft an solchen Ereignissen teilnehmen werde. Im zweiten Absatz wird dargestellt, dass bei dem anstehenden EU-Gipfel – wie in der Vergangenheit bei gleichgelagerten Ereignissen – Demonstrationen zu erwarten seien und im Zuge dieser Aktionen mit gewaltsamen Ausschreitungen zu rechnen sei. Soweit dem Kläger im dritten Absatz des Anschreibens nahe gelegt wird, sich nicht an den oben näher beschriebenen Aktionen zu beteiligen, enthält dieser Passus ebenfalls keine verbindliche Regelung. Das Verwaltungsgericht verweist zu Recht darauf, dass die Formulierung "um zu vermeiden, dass Sie sich der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze) oder strafprozessualen Maßnahmen aus Anlass der Begehung von Straftaten im Rahmen der demonstrativen Aktionen aussetzen, [...]" keine unmittelbaren Rechtswirkungen zu Lasten des Klägers entfaltet."

2. Feststellungsklage gegen vorprozessual erledigten Realakt

Das Gericht ist allerdings der Auffassung, dass auch ein vorprozessual erledigter Realakt - wie hier das Gefährderanschreiben - ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO begründen kann, wenn der Realakt grundrechtsrelevant und/oder final auf eine Verhaltenssteuerung gerichtet ist:

a. Rechtsverhältnis

Mit dem Gefährderanschreiben sind allerdings zwischen dem Kläger und der Beklagten (bzw. der für ihre Rechtsvorgängerin handelnden Polizeibehörde) Rechtsbeziehungen entstanden, die ein konkretes und streitiges, mithin feststellungsfähiges Rechtsverhältnis bilden.

aa. Definition

Unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht (BVerwGE 100, 262). Die rechtlichen Beziehungen haben sich dann zu einem Rechtsverhältnis verdichtet, wenn die Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist; es bedarf einer hinreichenden Konkretisierung und darf sich nicht lediglich um die Klärung abstrakter Rechtsfragen handeln (BVerwGE 77, 207; von Albedyll, in: Bader u.a., VwGO, 3 Aufl. 2005, § 43 RdNr. 7). Das erforderliche Rechtsverhältnis kann auch durch schlicht hoheitliches Handeln begründet werden (Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 43 RdNr. 18 und 25; von Albedyll, a.a.O., § 43 RdNr. 11 und 15).

bb. Subsumtion

Bei dem Gefährderanschreiben handelt es sich um eine Erscheinungsform des zuletzt angesprochenen Ver-

waltungshandelns, das einen hinreichend bestimmten überschaubaren Sachverhalt betrifft und deshalb der Feststellung, ob mit ihm in Grundrechte des Klägers eingegriffen worden ist, zugänglich ist.

(1). Grundrechtsrelevanz

Die Beklagte verneint zu Unrecht das Entstehen eines Rechtsverhältnisses unter Hinweis darauf, dass es sich bei dem Gefährderanschreiben nicht um eine polizeiliche Maßnahme, sondern lediglich um einen Hinweis auf die Rechtslage oder unverbindlichen Ratschlag an den Kläger handele, sich nicht an der Begehung von Straftaten in Belgien im Rahmen demonstrativer Aktionen gegen den in Brüssel stattfindenden EU-Gipfel zu beteiligen.

Das Gefährderanschreiben stellt einen von einer Verordnung oder einen Verwaltungsakt abzugrenzenden "anderen Eingriff" im Sinne des Maßnahmenbegriffes in § 2 Nr. 3 NGefAG in der hier noch anzuwendenden Fassung vom 20. Februar 1998 (Nds. GVBl. S. 101) und damit wegen des Tätigwerdens der Polizeibehörde gemäß § 1 Abs. 1 NGefAG eine polizeiliche Maßnahme dar. Einzuräumen ist, dass nicht jedes polizeiliche Handeln die Schwelle zum Eingriff in Grundrechte des Einzelnen überschreitet. Es gibt Bereiche, in denen die Polizei berät und informiert. Damit sind in der Regel keine Belastungen für die Adressaten dieses staatlichen Handelns verbunden. Zu unterscheiden ist dieses Tätigwerden von Maßnahmen, die nicht nur im Anwendungsbereich eines Grundrechts stattfinden, sondern unmittelbar in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen.

(a). Eingriffsqualität

"Dem Gefährderanschreiben kommt eine solche grundrechtseingreifende Wirkung zu. Die von der Polizeiinspektion Göttingen in dem Schreiben vom 7. Dezember 2001 gewählten Formulierungen waren geeignet, auf die durch die Freiheitsrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistete Willensentschließungsfreiheit des Klägers einzuwirken, überhaupt an Demonstrationen aus Anlass des EU-Gipfels in Brüssel zur Kundgabe einer (kollektiven) Meinung teilzunehmen. Den Stellenwert der genannten Grundrechte als Abwehrrechte hat das Verwaltungsgericht mit überzeugenden Erwägungen herausgearbeitet.

Dem erstinstanzlichen Gericht ist auch darin zuzustimmen, dass nicht jede Einflussnahme auf eine Willensentscheidung nach den Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG einen Grundrechtseingriff darstellt, sondern darauf abzustellen ist, welche Wirkungen mit der Maßnahme erzielt werden sollen (vgl. Heintzen, VerwArch 1990, 532, 537). Weist die Polizeibehörde auf mögliche Gefahren und Folgen einer Ausübung der grundgesetzlich geschützten Rechte allgemein hin, ohne dass bereits gegenüber dem Adressaten konkrete Maßnahmen angesprochen oder angedroht werden, verbleibt für den Betroffenen ausreichend Handlungsspielraum, seine Willensentschließung unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte frei zu treffen.

Wird er hingegen unter Bezugnahme auf ihm in der Vergangenheit zur Last gelegte Verfehlungen und auf die polizeiliche Erheblichkeit eines vergleichbaren Verhaltens aus Anlass einer konkret bevorstehenden Demonstration polizeilich angeschrieben, um dadurch seine Teilnahme zu verhindern, so kann der Spielraum für die Willensentschließung etwa aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen und Nachteilen so stark beeinflusst sein, dass der Betroffene keine Entschließungsfreiheit mehr für die Ausübung seiner Versammlungs- und Meinungsfreiheit für sich sieht. Unter Berücksichtigung dieser vom Verwaltungsgericht aufgezeigten Grundsätze ist dem Gefährderanschreiben die Eingriffsqualität nicht abzusprechen."

(b). Auslandsbezug irrelevant

An dieser Eingriffsqualität ändert nach Ansicht des OVG die Tatsache nichts, dass der Kl. seine Grundrechte im Ausland (Belgien) auszuüben beabsichtigt:

"Dagegen wendet die Beklagte zu Unrecht ein, eine Beschränkung von Grundrechten des Klägers scheide aus, weil er beabsichtige, die angesprochenen Freiheitsrechte in Belgien auszuüben. Das Grundgesetz gelte nur in der Bundesrepublik Deutschland, nicht im Ausland. Eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland sei dem Kläger nicht verboten worden. Mit dem Gefährderanschreiben werde lediglich darauf hingewiesen, dass der Kläger möglicherweise mit einem belgischen Einreiseverbot belegt werden könne. Diese Begründung verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Es ist zwar richtig, dass der Geltungsbereich des Grundgesetzes grundsätzlich auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzt ist (Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2002, Einführung RdNr. 28). Zu beachten ist allerdings, dass die Standards der Freiheit der Meinungsäußerung und des Rechts, sich zu versammeln, anknüpfend an Art. 10 und Art. 11 EMRK auch im EU-Gemeinschaftsrecht gewährleistet sind (vgl. Art. 6 Abs. 2 EU und Art. 11 und 12 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union). Darauf kommt es letztlich aber nicht an.

Denn das Gefährderanschreiben ist nicht so zu verstehen, dass der Kläger allein vor polizeilichen Maßnahmen der belgischen Behörden gewarnt wird. In dem dritten Absatz des vorgenannten Schreibens ist ganz allgemein die Rede davon, dass sich der Kläger für den Fall seiner Entschließung, zu dem EU-Gipfel in Brüssel anzureisen, der Gefahr präventiver polizeili-

cher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze) aussetze. Die Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze wird nur als letztes polizeiliches Mittel angeführt. Ferner ist dem Schreiben nicht zu entnehmen, dass nur eine Zurückweisung durch belgische Behörden ist Betracht kommt. Angesprochen wird die Gefahr, dass gegen den Kläger schon in der Bundesrepublik Deutschland, also im Rahmen einer evtl. beabsichtigten Anfahrt nach Brüssel, polizeiliche Maßnahmen ergriffen werden. Als solche Präventivmaßnahmen kommen eine Ausreiseuntersagung gemäß § 10 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 8 PassG oder § 2 Abs. 2 PAuswG (selbst durch die Bundespolizei an der Grenze) und Meldeauflagen der Polizeibehörden in Betracht (vgl. Breucker, NJW 2004, 1631). Dieses polizeiliche Handeln bezöge sich im Falle des Einschreitens noch auf die Phase der Anreise zu einer von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG gedeckten Zusammenkunft. Dieser Bereich des Zugangs zu einer Versammlung wird von der Schutzgarantie des Art. 8 Abs. 1 GG noch erfasst und ist am Maßstab der Verfassungsnorm zu messen (BVerfGE 84, 203, 209; Höfling, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2002, Art. 8 RdNr. 23). Dies gilt auch dann, wenn deutsche Staatsbürger das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland verlassen wollen, um an einer Versammlung im Ausland teilzunehmen. Die Anreise wird dann vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst (Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 13. Aufl. 2004, § 1 RdNrn. 71 u. 122). Belegt wird die vorgenannte Auslegung auch durch den Erlass des Niedersächsischen Innenministeriums vom 28. November 2001, der als durchzuführende Maßnahme nicht nur die Gefährderansprache, sondern auch weitere Maßnahmen wie Meldeauflagen und pass- und personalausweisrechtliche Beschränkungen bzw. Prüfung/ggf. Durchsetzung von Ingewahrsamnahmen, falls die vorgenannten Maßnahmen keinen Erfolg versprächen, anführt."

(2). Finalität

Weiteres Kriterium für das Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses ist nach Ansicht des Gerichts die auf Verhaltenslenkung gerichtete Wirkung des Gefährderanschreibens:

"Entgegen der Ansicht der Beklagten beschränkt sich das zitierte Schreiben nicht darauf, den Kläger darauf hinzuweisen, dass nach belgischem Recht die Möglichkeit besteht, ihn beim Versuch des Grenzübertritts von Deutschland nach Belgien zurückzuweisen. Mit der schriftlichen Ansprache bezweckte die Polizeibehörde vielmehr, den Kläger von einer Teilnahme an Demonstrationen in Brüssel anlässlich des dort stattfindenden EU-Gipfels von vornherein abzuhalten. Diese Absicht ergibt sich aus den eindeutigen Vorgaben des Erlasses des Niedersächsischen Innenministeriums vom 28. November 2001, wonach es Ziel polizeilicher Maßnahmen sei, u.a. die Anreise von Störern zum EU-Gipfel zu verhindern. Die Beklagte hat diese Absicht in ihrer Klageerwiderung im erstinstanzlichen Verfahren und auch in der Berufungsbegründung mittelbar eingeräumt, indem sie eine Parallele zum Einsatz von Gefährderanschreiben bei Fußball-Hooligans hergestellt und erläutert hat, im Bereich dieses Personenkreises werde versucht, gewisse Personen von der Begleitung der eigenen Fußballmannschaft bei Auswärtsspielen abzuhalten. Die vorgenannte Absicht, die Willensentschließungsfreiheit des Klägers zu beeinträchtigen, kommt auch in der Wortwahl des Schreibens vom 7. Dezember 2001 zum Ausdruck. Die Polizeibehörde belässt es nicht bei einem Hinweis zur Rechtslage oder einem unverbindlichen Ratschlag, sondern legt es dem Kläger nahe, sich nicht an demonstrativen Aktionen in Brüssel anlässlich des EU-Gipfels zu beteiligen. Darin ist eine unmissverständliche Aufforderung zu sehen, eine Teilnahme an den beschriebenen Veranstaltungen zu unterlassen. Dass diese Aufforderung zweckgerichtet das Verhalten des Klägers beeinflussen sollte, ergibt sich insbesondere aus dem mit einem Infinitiv eingeleiteten Satzteil: „[...] um zu vermeiden, dass Sie sich der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze) oder strafprozessualer Maßnahmen aus Anlass der Begehung von Straftaten im Rahmen der demonstrativen Aktionen aussetzen [...]". Der Kläger musste und durfte diese Formulierung so verstehen, dass er sich konkreten polizeilichen Maßnahmen aussetzt, falls er der Aufforderung nicht nachkommt. Mit dem Gefährderanschreiben hat die Polizeibehörde somit gezielt und unmittelbar in die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG garantierte Willensentschließungs- und Verhaltensfreiheit eingegriffen."

b. Erledigung

"Der Umstand, dass die polizeiliche Maßnahme mit dem Zugang des Gefährderanschreibens beendet und damit das Rechtsverhältnis erloschen ist, steht der Zulässigkeit des Klagebegehrens nicht entgegen. Gegenstand der Feststellungsklage kann auch ein vergangenes Rechtsverhältnis sein (BVerwG, NJW 1997, 2534)."

c. Zwischenergebnis

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis liegt somit vor. Die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO ist statthaft.

III. Feststellungsinteresse

Der Kläger müsste ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, dass das Gefährderanschreiben rechtswidrig gewesen ist. Hierzu genügt jedes rechtliche, tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse. Das OVG bejaht dies unter Hinweis auf Wiederholungsgefahr und Rehabilitationsinteresse:

1. Wiederholungsgefahr

"Unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr muss der Kläger damit rechnen, dass er in absehbarer Zeit bei einem vergleichbaren Sachverhalt erneut mit einem Gefährderanschreiben überzogen wird. Er ist mit fünf gegen ihn eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und einer polizeilichen Überprüfung in der Kriminalakte bei der Polizeiinspektion Göttingen und in bei dem Niedersächsischen Landeskriminalamt (LKA) und dem Bundeskriminalamt (BKA) geführten Dateien über „Gewalttäter links" erfasst, die auch Grundlage des Gefährderanschreibens vom 7. Dezember 2001 gewesen sind. Damit besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger aus Anlass zukünftiger Veranstaltungen bzw. Demonstrationen, bei denen mit politisch motivierten Gewalttätigkeiten gerechnet wird, erneut Gefährderanschreiben erhalten wird. Dieser Begründung des Verwaltungsgerichts ist die Beklagte nicht entgegengetreten."

2. Rehabilitation

"Der Kläger hat ferner ein ideelles Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Gefährderanschreibens. Dieses versucht ihm die Beklagte vergeblich mit dem Einwand abzusprechen, der Kläger selbst habe das Gefährderanschreiben den Medien zur Verfügung gestellt und müsse sich deshalb den in der Öffentlichkeit entstandenen „Makel" zurechnen lassen.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist anerkannt, dass ein schutzwürdiges ideelles Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung nicht nur in den Fällen in Betracht kommt, in denen abträgliche Nachwirkungen der erledigten Verwaltungsmaßnahme fortbestehen. Vielmehr kann auch die Art des Eingriffs, insbesondere im grundrechtlich geschützten Bereich, verbunden mit dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, erfordern, das Feststellungsinteresse anzuerkennen (BVerwG, NJW 1997, 2534). Hierzu zählen nach der genannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts namentlich Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben. Danach hat der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Feststellung.

Aus dem bereits zitierten Erlass des Niedersächsischen Innenministeriums vom 28. November 2001 ergibt sich, dass der Kläger als potentieller Störer und Gewalttäter bei demonstrativen Aktionen anlässlich des EU-Gipfels in Brüssel angeschrieben wurde. Der Kläger muss deshalb die Möglichkeit haben, die Rechtmäßigkeit dieses Gefährderanschreibens gerichtlich überprüfen zu lassen, um im Falle einer Rechtswidrigkeitsfeststellung eine Art Genugtuung (Rehabilitation) und damit wenigstens einen – wenn auch unvollkommenen – Ausgleich für eine rechtswidrige Verletzung seiner Grundrechte zu erlangen."

IV. Klagebefungnis

Streitig ist, ob im Rahmen des § 43 I VwGO eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern ist. Dies kann hier aber dahinstehen, da der Kläger jedenfalls geltend machen kann, in seinen Grundrechten aus Art. 5 I 1 und 8 I GG verletzt zu sein (vgl.o. zum Rechtsverhältnis). Mithin ist er in jedem Fall klagebefugt.

V. Keine Subsidiarität

Der Kläger hat auch keine Möglichkeit, sein Begehren durch eine nach § 43 II VwGO vorrangige Leistungs- oder Gestaltungsklage durchzusetzen.

VI. Klagegegner

Die Feststellungsklage ist nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten, hier also gegen das Land Niedersachsen als Rechtsträger der Polizei. Dies hat der Kläger getan.

Die Klage ist mithin zulässig.

B. Begründetheit

Die Feststellungsklage ist begründet, sofern das Rechtsverhältnis nicht besteht, d.h. hier die Polizei nicht berechtigt war, dem Kläger das Gefährderanschreiben zu schicken.

I. Ermächtigungsgrundlage

1. Erforderlichkeit

Nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG dürfen jedenfalls wesentliche, d.h. grundrechtsrelevante Maßnahmen von Behörden nur auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Hierzu das OVG:

"Das Gefährderanschreiben setzt als polizeiliche Maßnahme eine Befugnisnorm voraus, die das Einschreiten gestattet. Die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 1 Satz 3 NGefAG, wonach die Polizei im Rahmen der Aufgabe der Gefahrenabwehr insbesondere auch für die Verfolgung von Straftaten vorzusorgen und Straftaten zu verhüten hat, rechtfertigt nicht das polizeiliche Tätigwerden mittels Gefährderanschreiben. Sie würde nur dann ausreichen, wenn mit dem

Gefährderanschreiben die Schwelle zum Grundrechtseingriff nicht überschritten wird (Heintzen, a.a.O., S. 533). Dies ist nach dem Vorgesagten nicht der Fall."

2. Spezialgesetze
"Ein Anwendungsfall des 3. Teils des NGefAG ist hier nicht gegeben."

3. Generalklausel
Es bleibt die Generalklausel des § 11 NGefAG.

[Anm.: Heute wäre dies § 11 NdsSOG. Für die folgende Lösung ergeben sich aus der Neuregelung keine Unterschiede. In anderen Bundesländern käme ebenfalls die Generalklausel zur Anwendung, ohne dass sich hieraus Abweichungen ergäben.]

II. Formelle Rechtmäßigkeit
Laut Sachverhalt hat die zuständige Polizeidienststelle gehandelt. Einer Anhörung bedurfte es nicht, da diese in § 28 VwVfG nur für Verwaltungsakte bestimmt ist, es sich bei dem Schreiben aber nicht um einen solchen handelte (s.o.). Formvorschriften sind nicht ersichtlich. Die formelle Rechtmäßigkeit ist somit gegeben.

III. Materielle Rechtmäßigkeit
In materieller Hinsicht müsste zunächst der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein. Maßgeblich ist also, ob eine Gefahr vorgelegen hat und der Kläger diese Gefahr verursacht hat, so dass das Gefährderanschreiben gegen ihn als Verhaltensstörer gemäß § 6 Abs. 1 NGefAG zu richten war. Dies verneint das OVG nach ausführlicher Prüfung:

1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit
"Nach der Begriffsbestimmung des § 2 Nr. 1 a NGefAG ist Gefahr eine konkrete Gefahr, d.h. eine Sachlage, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird. Der damit erforderlichen Gefahrenprognose ist das Tatsachenwissen zugrunde zu legen, das der Polizeibehörde zum Zeitpunkt ihres Einschreitens bekannt war. Anhand dieses Tatsachenwissens muss aus Sicht eines objektiven, besonnenen Amtswalters das Vorliegen einer Gefahr bejaht werden können (VGH Bad-Württ., Urt. v. 16.11.1999 – 1 S 1315/98 -, VGHBW-Ls 2000, Beilage 2, B 1, veröff. auch in juris; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 411). Daran gemessen bestanden zum Zeitpunkt der Adressierung des Gefährderanschreibens an den Kläger keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine von ihm ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit.
Die handelnde Polizeibehörde durfte zwar nach ihren polizeilichen Erkenntnissen davon ausgehen, dass im Rahmen des EU-Gipfels in Brüssel die Gefahr gewalttätiger Ausschreitungen im Zuge geplanter Demonstrationen bestand. Während des EU-Gipfels in Göteborg vom 13. bis zum 16. Juni 2001 und des G-8-Gipfels vom 20. bis zum 22. Juli 2001 in Genua kam es zu massiven Auseinandersetzungen zwischen Polizei und Globalisierungsgegnern, an denen auch deutsche Staatsangehörige beteiligt waren. Es bestand deshalb begründeter Anlass zu der Befürchtung, dass auch nach Brüssel gewaltbereite Personen anreisen werden und dass Gewalttätigkeiten von den örtlichen Sicherheitskräften nicht verhindert werden können."

2. Störer
"Die Polizeiinspektion Göttingen hat den Kläger jedoch zu Unrecht als Verhaltensstörer angesehen.
Die der Behörde zum Zeitpunkt des Gefährderanschreibens vorliegenden Erkenntnisse rechtfertigten nicht die Annahme, der Kläger werde im Zuge des geplanten EU-Gipfels in Brüssel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Straftaten durch eine gewalttätige Teilnahme an Demonstrationen oder ähnlichen Aktionen begehen. "

a. Theorie der unmittelbaren Verursachung
"Grundsätzlich ist nur derjenige, der durch sein Verhalten unmittelbar eine Gefahr oder Störung verursacht, dafür polizeirechtlich verantwortlich (VGH Bad.-Württ., Urteil vom 16.11.1999 - 1 S 1315/98 -, a.a.O.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 313). Aus Gründen der öffentlichen Sicherheit hätte daher das Gefährderanschreiben in der Gestalt, in der es hier ergangen ist, an den Kläger nur gerichtet werden dürfen, wenn gerade in seiner Person die Gefahr von Rechtsverstößen bei dem bevorstehenden EU-Gipfel bestanden hätte. Dem Verwaltungsgericht ist darin zuzustimmen, dass eine Gefahrenprognose, der Adressat eines Gefährderanschreibens werde sich als Störer erweisen, nicht nur dann gerechtfertigt ist, wenn er bereits wegen der Begehung von mindestens einer auf den Anlass des Gefährderanschreibens bezogenen Gewalttat rechtskräftig verurteilt wurde und beweiskräftige Anhaltspunkte dafür vorliegen, der Verurteilte werde sich erneut an der Begehung gleichgelagerter Delikte beteiligen. Unterhalb dieser Schwelle kann eine Gefahr auch dann gegeben sein, wenn gegen eine Person in zeitlicher Nähe zu der polizeilichen Maßnahme und wegen einer Gewalttat, die im sachlichen Zusammenhang mit dem geplanten Gefährderanschreiben steht, staatsanwaltschaftlich ermittelt wurde, ohne dass es zu einer strafrechtlichen Sanktion gekommen ist. Auch in diesem Fall ist jedoch eine durch Tatsachen belegte Prognose zu verlangen, die Person werde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine anlassbezogene Straftat verwirklichen. Daran gemessen hat das Ver-

waltungsgericht zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 NGefAG in Bezug auf den Kläger verneint."

b. Subsumtion

"Von den in der bei der Polizeiinspektion Göttingen geführten Kriminalakte vermerkten sechs Einzelerkenntnissen beziehen sich fünf auf Vorfälle, die zu weit zurückliegen oder in keinem Zusammenhang mit dem Anlass der polizeilichen Vorfeldmaßnahme, gewalttätige Auseinandersetzungen anlässlich des EU-Gipfels in Brüssel zu unterbinden, standen. Dies gilt namentlich für den in dem Urteil des Verwaltungsgerichts genannten Verdacht des Landfriedensbruches und der Störung öffentlicher Betriebe im Zusammenhang mit einem Castor-Transport im Jahr 1995. Dieses Ereignis lag zum Zeitpunkt der Fertigung des Gefährderanschreibens bereits sechs Jahre zurück und war daher angesichts der fehlenden zeitlichen Nähe nicht mehr verwertbar.

Der in der Kriminalakte genannte jüngste und sechste Tatbestand bietet ebenfalls keine tragfähige Tatsachengrundlage für die Annahme, der Kläger werde bei Demonstrationen oder ähnlichen Aktionen im Zuge des EU-Gipfels in Brüssel durch Gewalttaten straffällig werden. Er bezieht sich auf ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft B. (Az. 34 Js 19828/01) gegen den Kläger wegen des Verdachts des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 StGB anlässlich einer Diskussionsveranstaltung mit dem Innenminister Bayerns, Dr. Beckstein, am 30. Mai 2001 in B. Dem Kläger wurde vorgeworfen, bei seiner Ingewahrsamnahme durch Polizeibeamte aktiven Widerstand geleistet zu haben. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren gemäß §§ 153 a, 170 Abs. 2 StPO mit der Begründung ein, die von dem Kläger angewendete Gewalt sei relativ gering gewesen und es bestünden keine Vorbelastungen, nachdem der Kläger zuvor die erteilte Auflage, einen Geldbetrag von 200,-- DM an eine gemeinnützige Einrichtung zu zahlen, erfüllt, jedoch darauf hingewiesen hatte, die Zahlung stelle kein Schuldeingeständnis hinsichtlich des ihm vorgeworfenen Vergehens dar.

Das letztgenannte Erkenntnismaterial ist für eine Gefahrenprognose des dargestellten Inhalts schon deshalb nicht geeignet, weil der Tatvorwurf im Zusammenhang mit einer politischen Veranstaltung in B. erhoben wird, dem Ort, in dem der Kläger zum damaligen Zeitpunkt gelebt hat. Der Kläger war bisher weder als Globalisierungsgegner aufgefallen noch lagen Erkenntnisse vor, dass er bereits in der Vergangenheit zu dem EU-Gipfel in Brüssel vergleichbaren Veranstaltungen im Ausland angereist war bzw. sich dort an gewalttätigen Auseinandersetzungen beteiligt hatte. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, warum zum Zeitpunkt der Fertigung des Gefährderanschreibens Grund zu der Annahme bestanden haben soll, der Kläger werde dem Aufruf verschiedener Gruppierungen zur Teilnehme an Demonstrationen in Belgien folgen.

Der Senat folgt auch dem Verwaltungsgericht in seiner Einschätzung, dass der dem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren zugrunde liegende Verdacht, der Kläger habe Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte geleistet, nicht ausreicht, um ein Gefährderanschreiben an ihn zu richten. Der Tatvorwurf, der Kläger habe versucht, einen in einer Polizeikette stehenden Polizeibeamten von hinten mit Gewalt anzugehen, reicht für die Gefahrenprognose, der Kläger werde sich als gewalttätiger Störer erweisen, nicht aus. Der Verdacht konnte nicht durch Zeugenaussagen oder beweiskräftige Indizien untermauert werden. Der Polizeibeamte, der den Kläger festgehalten hat, spricht in seiner Strafanzeige lediglich davon, es habe für ihn den Anschein gehabt, dass der Kläger einen Kollegen von rückwärts habe angehen wollen. Weitere Zeugenaussagen sind der Ermittlungsakte nicht zu entnehmen. Der genannte Polizeibeamte hat lediglich noch eine Lageskizze vorgelegt, die aber bezogen auf den Tatvorwurf wenig aussagekräftig ist, weil danach der Zugriff auf den Kläger bereits in einer Entfernung von 11,40 m von der Polizeikette vorgenommen wurde. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass der Kläger beabsichtigt hat, einen Polizeibeamten anzugehen bzw. sogar anzugreifen. Soweit sich der Kläger dagegen gewehrt hat, von dem Polizisten, der die Strafanzeige gestellt hat, mittels einer Kopfumklammerung (sog. „Schwitzkasten") festgehalten und abtransportiert zu werden, ist dieser Tatvorwurf wegen der Geringfügigkeit der angewendeten Gewalt und wegen des mangelnden Bezuges zum Anlass des Gefährderanschreibens nicht geeignet, eine Gefahrenprognose des Inhalts, der Kläger werde sich als Störer erweisen, zu rechtfertigen."

IV. Ergebnis

Die Polizei war nach alledem also nicht berechtigt, dem Kläger das Gefährderanschreiben zu schicken. Seine Feststellungsklage ist begründet und hat Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Pfändung eines Grabsteins

BGH, BESCHLUSS VOM 20.12.2005
VII ZB 48/05 (NJW 2006, 1600)

Problemdarstellung:

Die Gläubigerin hatte hier gegen die Schuldner einen Vollstreckungsbescheid über 1.105,- € erwirkt. Zugrunde lag eine Forderung für die Herstellung und Installation eines aus Granit gefertigten Grabmals für die Grabstätte der verstorbenen (Schwieger-) Mutter der Schuldner. Da weiteres pfändbares Vermögen nicht vorzufinden war, wollte die Gläubigerin die Pfändung in den unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Grabstein betreiben. Gegen die Ablehnung des Vollstreckungsantrags legte die Gläubigerin Erinnerung gem. § 766 II ZPO ein. Im sich anschließenden Verfahren der sofortigen Beschwerde gem. § 793 ZPO nahm das BeschwGer. den Standpunkt ein, der Gerichtsvollzieher habe die Pfändung zu Recht abgelehnt, da ihr § 811 I Nr. 13 ZPO entgegenstehe.

Der BGH nahm im Rechtsbeschwerdeverfahren die Gegenauffassung ein und entschied, dass § 811 I Nr. 13 ZPO nur die unmittelbar für den Bestattungsvorgang bestimmten Gegenstände (Sarg, Leichenhemd o. ä.) erfasse, wohingegen der Grabstein nicht der Bestattung, sondern nur dem anschließenden Gedenken an den Verstorbenen diene. Da der Senat jedenfalls bei einer Pfändung des Steinmetzes wegen seiner Forderung aus der Lieferung des Grabmals auch ein übergesetzliches Pfändungsverbot aus Pietätsgründen ablehnt, war der Grabstein unter Beachtung des § 809 ZPO grundsätzlich pfändbar.

Prüfungsrelevanz:

Die Erfolgsvoraussetzungen einer Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gehören zweifellos zum unverzichtbaren Wissen für das 2. Staatsexamen, sie sollten inzwischen jedoch auch schon im Rahmen der für die 1. Staatsprüfung erforderlichen Grundzüge des Vollstreckungsrechts beherrscht werden. Lehnt ein Vollstreckungsorgan ein Vollstreckungsbegehren ab, ist die Erinnerung gem. § 766 II ZPO allerdings nur einschlägig, soweit diese Ablehnung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt. Im übrigen ist in der Regel die sofortige Beschwerde nach § 793 i. V. m. §§ 567 ff ZPO statthaft.

Neben dieser Problematik der Abgrenzung vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe ist bei einer klausurmäßigen Bearbeitung des Falles natürlich auf die Eigenschaft eines Grabsteins als Scheinbestandteil eines Grundstücks nach § 95 I 1 BGB einzugehen, die im Rahmen der Abgrenzung der Mobiliar- von der Immobiliarvollstreckung eine wichtige Rolle spielt. Zudem sind die Gewahrsamsverhältnisse an bereits aufgestellten Grabsteinen zu beachten, die über § 809 ZPO dazu führen, dass gegen den Willen der den Friedhof betreibenden Gemeinde nicht gepfändet werden kann. Erst danach ist Raum für die Diskussion des § 811 I Nr. 13 ZPO, dessen enge Auslegung der BGH hier bevorzugt.

Vertiefungshinweise:

❑ Pfändbarkeit eines Gestaltungsrechts - Zurückverlangen eines unentgeltlich übertragenen Grundstücks: *BGH*, RA 2003, 503 = NJW 2003, 1858

❑ Kein Nachweis einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung durch Vollstreckungsbescheid: *BGH*, RA 2005, 406 = NJW 2005, 1663

❑ Grundlegend zur Vollstreckungserinnerung: *Wittschier*, JuS 1999, 585 ff; *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Auflage 2005, Rz. 190 ff

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Klavier auf Pump"

❑ *Examenskurs* : "Der gepfändete LKW"

❑ *Assessorkurs:* "Ein toller Mantel"

Leitsatz:

Ein Grabstein ist wegen einer Geldforderung grundsätzlich jedenfalls dann pfändbar, wenn er unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde und der Steinmetz wegen seines Zahlungsanspruchs vollstreckt.

Sachverhalt:

Die Gläubigerin betreibt gegen die Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen eines titulierten Zahlungsanspruchs aus einem Vertrag über die Lieferung eines Grabmals. Nach dem Tode ihrer Mutter bzw. Schwiegermutter beauftragten die Schuldner die Gläubigerin mit der Herstellung und Montage einer so bezeichneten Einzelurnengrabstätte aus Granit bestehend aus der Grabeinfassung und einem Liegemal mit Beschriftung zum Preis von 1.105,- €. Eigentumsvorbehalt war vereinbart. Die Schuldner zahlten nicht. Die Gläubigerin erwirkte über ihren Zahlungsanspruch einen Vollstreckungsbescheid. Vollstreckungsversuche blieben erfolglos; die Schuldner gaben die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO ab. Die Gläubigerin hat den Gerichtsvollzieher beauftragt, das Grabmal zu pfänden. Das hat dieser abgelehnt.

Wird die hiergegen schriftlich eingelegte Erinnerung Erfolg haben, wenn anzunehmen ist, dass die zuständige Friedhofsverwaltung keinerlei Einwände gegen eine Pfändung erheben wird ?

Lösung:
Die Erinnerung wird Erfolg haben, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit
Die Erinnerung müsste zunächst zulässig sein.

I. Statthaftigkeit
Das setzt voraus, dass die Vollstreckungserinnerung statthaft, das heißt der vom Gesetzgeber für das seitens der Gläubigerin verfolgte Rechtsschutzziel vorgesehene Rechtsbehelf ist. Die Rechtsbehelfe des 8. Buches der ZPO sind grundsätzlich speziell und abschließend dem ihnen zugeordneten Rechtsschutzbegehren vorbehalten (Lackmann, ZVR, Rz. 26).
Die Gläubigerin wendet sich hier gegen die Ablehnung der beantragten Vollstreckungshandlung durch den Gerichtsvollzieher. In einem solchen Fall steht dem Gläubiger gem. § 766 II ZPO die Erinnerung beim Vollstreckungsgericht zu. Diese ist mithin auch hier der statthafte Rechtsbehelf.

II. Zuständiges Gericht
Die Gläubigerin müsste sich mit ihrer Erinnerung an das zuständige Gericht wenden. Gem. § 766 II ZPO hat das Vollstreckungsgericht zu entscheiden. Dieses ist gem. § 764 I, II ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk vollstreckt werden sollte. Eine Abweichung von dieser ausschließlichen Zuständigkeitsregelung kommt nicht in Betracht, §§ 802, 40 II 1 Nr. 2, S. 2 ZPO.
Die Gläubigerin müsste sich also an das Amtsgericht wenden, in dessen Bezirk das errichtete Grabmal gepfändet werden soll. Mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt soll hier davon ausgegangen werden, dass dieses Gericht auch angerufen wurde.

[Anm.: Geschäfte der Zwangsvollstreckung nach dem 8. Buch der ZPO, für welche die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts besteht, sind gem. § 20 Nr. 17 RPflG grundsätzlich dem Rechtspfleger übertragen. Dies gilt etwa für den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, § 828 I, II ZPO, oder die Durchführung des Verteilungsverfahrens nach §§ 872 ff ZPO (vgl. hierzu Thomas/Putzo, § 873 Rz. 1). Die Entscheidung über eine Vollstreckungserinnerung wird in § 20 Nr. 17 RpflG a. E. hiervon allerdings ausdrücklich ausgenommen, so dass durch den Richter entschieden wird.]

III. Form
Die Gläubigerin müsste die Erinnerung außerdem formgerecht eingelegt haben. Die Vollstreckungserinnerung kann schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des zuständigen Amtsgericht eingelegt werden (Thomas/Putzo, § 766 Rz. 19). Ob dies aus einer Analogie zu § 569 II, III Nr. 1 ZPO oder zu dem am 01.01.2002 in Kraft getretenen § 573 I 2 ZPO herzuleiten ist, kann dahinstehen, da beide Begründungsansätze zu identischen Ergebnissen führen.
Die Gläubigerin hat ihre Erinnerung hier schriftlich eingelegt, so dass die notwendige Form gewahrt ist.

IV. Erinnerungsbefugnis
Die Gläubigerin müsste auch erinnerungsbefugt sein. Es müsste also nach dem Vortrag der Gläubigern zumindest die Möglichkeit bestehen, dass sie durch das Verhalten des Gerichtsvollziehers in ihren Rechten verletzt ist (vgl. Lackmann, aaO., Rz. 203). Diese Möglichkeit besteht auf Seiten des Vollstreckungsgläubigers immer, wenn das Vollstreckungsorgan die Zwangsvollstreckung ablehnt, verzögert oder von dem Vollstreckungsantrag abweicht (Wittschier, JuS 1999, 585 [587]).
Hier hat der Gerichtsvollzieher den Antrag der Gläubigerin auf Pfändung des Grabmals abgelehnt. Die Erinnerungsbefugnis liegt demnach vor.

[Anm.: Die Erinnerungsbefugnis eines Vollstreckungsschuldners, der sich gegen eine gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahme zur Wehr setzen will, ist stets gegeben. Im Falle der Erinnerung eines eigentlich nicht am Vollstreckungsverfahren beteiligten Dritten ist an dieser Stelle genau die mögliche Verletzung einer drittschützenden Norm wie etwa § 809 ZPO zu erörtern (vgl. Wittschier aaO.; Lackmann, aaO., Rz. 205).]

V. Rechtsschutzbedürfnis
Vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe stellen den Betroffenen der Zwangsvollstreckung ein Instrumentarium zur Wahrung ihrer Rechte während dieses Verfahren zur Verfügung und setzen daher grundsätzlich ein noch laufendes Vollstreckungsverfahren voraus. Für die Erinnerung des Gläubigers nach § 766 II ZPO ist ein Rechtsschutzbedürfnis allerdings ab der Weigerung des Gerichtsvollziehers, eine Vollstreckungsauftrag zu übernehmen, gegeben. Es endet erst mit der vollständigen Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich seiner titulierten Forderung (Wittschier, aaO., 588).
Der Gerichtsvollzieher hat sich hier geweigert, den Vollstreckungsauftrag der Gläubigerin, die mangels Zahlungsfähigkeit der Schuldner auch nicht anderweitig befriedigt wurde, durchzuführen. Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben.

VI. Zwischenergebnis
Da hinsichtlich der allgemeinen Prozessvoraussetzungen keine Hinweise auf Probleme vorliegen, ist die Erinnerung zulässig.

B. Begründetheit
Die Erinnerung des Gläubiger nach § 766 II ZPO ist begründet, wenn der Gerichtsvollzieher die beantragte Vollstreckung durchführen muss, weil die Vollstreckung zulässig ist und keine Verfahrensvorschriften verletzt würden (Lackmann, aaO., Rz. 207). Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige der gerichtlichen Entscheidung (Thomas/Putzo, § 766 Rz. 23).

I. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung
Die von der Gläubigern begehrte Durchführung der Zwangsvollstreckung müsste alsu zunächst generell möglich sein.

1. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen
Die Gläubigerin müsste einen Vollstreckungsantrag gem. § 754 ZPO an das zuständige Vollstreckungsorgan gerichtet haben. Sie hat sich hier an den Gerichtsvollzieher gewandt, der gem. §§ 753 I, 808 I ZPO auch für die von ihr begehrte Sachpfändung zuständig ist.
Fraglich erscheint hier aber, ob ein Grabstein überhaupt der Mobiliarvollstreckung und damit der Sachpfändung gem. §§ 808 ff ZPO unterliegt.
Wenn der Grabstein - etwa durch Verschraubung auf einem kleinen Betonfundament - fest mit dem Teil des Friedhofsgrundstückes, auf dem die (Schwieger-) Mutter der Schuldner beigesetzt ist, verbunden wurde, könnte er gem. §§ 946, 94 I BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden sein. Selbst wenn man davon absieht, dass dieses Grundstück nicht im Schuldnereigentum stand, wäre dann zu beachten, dass die Immobiliarvollstreckung gem. §§ 864 ff ZPO nicht in den Zuständigkeitsbereich des Gerichtsvollziehers fällt. Hier wird gem. § 867 ZPO das Grundbuchamt und gem. § 869 ZPO i. V. m. § 1 I ZVG das Vollstreckungsgericht tätig.
Hingegen darf nicht § 95 I 1 BGB übersehen werden, wonach die Bestandsteilseigenschaft solcher Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbunden werden, ausgeschlossen ist. Hiervon ist auszugehen, wenn die Verbindung mit dem Grundstück lediglich in Ausübung eines zeitlich begrenzten Nutzungsrechts privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur vollzogen wurde. Da Grabstätten in aller Regel aufgrund der Friedhofsordnungen der jeweiligen Gemeinden nur für einen der Ruhezeit der Toten entsprechenden Zeitraum zur Verfügung gestellt werden, erfolgt die Aufstellung eines Grabsteines nur zu einem vorübergehenden Zweck i. S. d. § 95 I 1 BGB (Palandt/Heinrichs, § 95 Rz. 3).
Der Grabstein war der Mobiliarvollstreckung der Gläubigerin mithin nicht als wesentlicher Grundstücksbestandteil bereits gem. § 864 I ZPO entzogen. Er ist auch ersichtlich kein schuldnereigenes Grundstückszubehör, das nach §§ 1120 a. E., 97 BGB in den Haftungsverband der Hypothek fallen und deshalb dem Zugriff des Gerichtsvollziehers nach § 865 I, II 1 ZPO entzogen sein könnte.
Ein Vollstreckungsantrag der Gläubigerin an das zuständige Vollstreckungsorgan lag mithin vor.

2. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
Es müssten weiter die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen.

a. Titel
Der Vollstreckung der Gläubigerin müsste ein wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt zugrunde liegen. Die Gläubigerin ging hier aus einem Vollstreckungsbescheid gegen die Schuldner vor. Dieser ist Vollstreckungstitel gem. § 794 I Nr. 4 ZPO. Auf diese Vollstreckung finden - soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist - gem. § 795 S. 1 ZPO die §§ 724 ff ZPO entsprechende Anwendung.

b. Klausel
Den vorstehenden Ausführungen zufolge bedürfte es für die Vollstreckung der Gläubigerin gem. §§ 794 I Nr. 1, 795 S. 1, 724 I ZPO auch einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels. Für die Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid bestimmt § 796 I ZPO jedoch, dass es einer Vollstreckungsklausel nur in Fällen der Titelumschreibung nach §§ 727 ff ZPO bedarf. Da hier für die genannte Gläubigerin gegen die im Vollstreckungsbescheid bezeichneten Schuldner vollstreckt werden sollte, war eine Klausel entbehrlich.

c. Zustellung
Bei dem Erfordernis der Zustellung bleibt es jedoch auch im Falle der Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid gem. §§ 794 I Nr. 4, 795 S. 1, 750 I ZPO. Hier ist nicht bekannt, ob der Vollstreckungsbescheid den Schuldnern zugestellt war. Allerdings wird ein solcher Bescheid gem. § 699 IV 1 ZPO grundsätzlich von Amts wegen zugestellt. Zudem reicht eine bis zum Beginn der Vollstreckung durch den Gläubiger im Parteibetrieb bewirkte Zustellung gem. § 750 I ZPO grundsätzlich aus.
Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die erforderliche Zustellung durch die Gläubigerin jedenfalls rechtzeitig bewirkt worden wäre.

3. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
Es müssten auch die besonderen Vollstreckungsvor-

aussetzungen vorliegen, soweit derartige im konkreten Fall zu beachten waren. Es kommen hier grundsätzlich in Betracht:
- Eintritt eines Kalendertages, § 751 I ZPO,
- Nachweis einer Sicherheitsleistung, § 751 II ZPO,
- durch den Gläubiger Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung, §§ 756, 765 ZPO,
- Einhaltung einer zweiwöchigen Wartefrist ab Zustellung, §§ 720a, 750 III ZPO; § 798 ZPO.

Hier waren derartige Voraussetzungen nicht zu beachten, insbesondere sieht § 798 ZPO für eine Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid keine Wartefrist vor und ein Vollstreckungsbescheid mit einer Zug-um-Zug-Einschränkung kommt schon wegen §§ 688 II Nr. 2, 690 I Nr. 4 ZPO nicht in Betracht.

4. Keine Vollstreckungshindernisse
Der durch die Gläubigerin begehrten Pfändung dürften schließlich keine Vollstreckungshindernis entgegenstehen. Solche (§ 775 ZPO, Vollstreckungsvereinbarungen, § 89 InsO) sind hier nicht ersichtlich.

5. Zwischenergebnis
Die Voraussetzungen für die seitens der Gläubigerin begehrte Zwangsvollstreckung liegen vor.

II. Ordnungsgemäße Durchführung
Die von der Gläubigerin begehrte Pfändung des Grabsteins müsste auch im Rahmen einen ordnungsgemäßen Vollstreckungsverfahrens möglich sein. Dies erscheint in mehrfacher Hinsicht problematisch.

[Anm.: Im Falle der Vollstreckung des Unternehmers eines Teilzahlungsgeschäftes i. S. d. §§ 499 II, 501 - 504 BGB wegen seiner (Rest-) Zahlungsforderung in die gelieferte Kaufsache gehört hierher nicht die Frage, ob durch die Vollstreckung in diese Sache die Rücktrittsfiktion des § 503 II 4 BGB ausgelöst wird. Dieses ist nach h. M. zwar mit der Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher oder mit dem Antrag des Warenkreditgebers nach § 825 ZPO der Fall, der Verbraucher ist aber gehalten, seine hieraus entstehenden materiellen Gegenrechte (der titulierte Zahlungsanspruch des Gläubigers ist nach § 346 I BGB erloschen, aus dem entstandenen Rückgewährschuldverhältnis können dem Schuldner gem. §§ 348, 320, 322 BGB Zug um Zug zu erfüllende Gegenrechte zustehen) im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO geltend zu machen (vgl. Lackmann, aaO., Rz. 189 m. w. N.).]

1. Beachtung des § 809 ZPO aufgrund (Mit-) Gewahrsams Dritter
Da das Grabmal bereits auf der Grabstätte der (Schwieger-) Mutter der Schuldner errichtet wurde, wäre zu beachten, dass das Friedhofsgrundstück- auch die für die Verstorbene vorgesehene Grabstätte - nicht die alleinige Gewahrsamssphäre der Schuldner darstellt, in welcher der Gerichtsvollzieher gem. § 808 I ZPO grundsätzlich zu pfänden hat. Vielmehr dürfte mindestens gleichrangiger Mitgewahrsam der den Friedhof betreibenden Gemeinde - ausgeübt durch deren Friedhofsverwaltung - bestehen, so dass gem. § 809 ZPO nur bei Herausgabebereitschaft seitens der Friedhofsverwaltung gepfändet werden dürfte.
Von diesseitiger Herausgabebereitschaft geht hier indes die Fallfrage aus, so dass ohne Verstoß gegen § 809 ZPO gepfändet werden könnte.

[Anm.: Im Originalfall war diese Frage in tatsächlicher Hinsicht nicht geklärt, so dass der BGH im Rechtsbeschwerdeverfahren keine eigene Entscheidung treffen konnte, sondern die Sache gem. 577 IV I 1ZPO zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverweisen musste:
"Der Senat kann jedoch in der Sache nicht abschließend entscheiden. Denn das BeschwGer. hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, noch keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Friedhofsverwaltung der Pfändung zugestimmt hat. Ihre Zustimmung ist gemäß § 809 ZPO erforderlich. Dabei kann offen bleiben, ob die Friedhofsverwaltung Alleingewahrsam an der Grabstätte hat (vgl. Wacke, DGVZ 1986, 161 [162]). Denn jedenfalls hat sie neben den Erben Mitgewahrsam (vgl. Zöller/Stöber aaO, § 811 Rz. 37, § 809 Rz. 4)."]

2. Streit: Unpfändbarkeit eines Grabmals gem. § 811 I Nr. 13 ZPO
Schließlich erklärt § 811 I Nr. 13 ZPO die Gegenstände, die zur unmittelbaren Verwendung für eine Bestattung bestimmt sind, für unpfändbar. Ob hierunter auch ein Grabstein zu subsumieren ist, wird unterschiedlich beurteilt "(vgl. die Nachweise bei Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 811 Rz. 37 und bei Schuschke/Walker, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rz. 45)."

a. 1. Ansicht: § 811 I Nr. 13 ZPO nicht anwendbar
Eine Meinung befürwortet die Pfändbarkeit des Grabsteins. Die Vertreter dieser Auffassung "legen die Vorschrift dahin aus, dass nur solche Gegenstände erfasst seien, die unmittelbar der Bestattungshandlung selbst zu dienen bestimmt seien, wie etwa der Sarg oder das Leichenhemd (z.B. OLG Köln, JurBüro 1991, 1703)."
Danach stünde § 811 I Nr. 13 ZPO der Pfändung des Grabsteins nicht entgegen.

b. 2. Ansicht: § 811 I Nr. 13 ZPO anwendbar
"Nach der Gegenansicht soll das Wort "unmittelbar"

nur den Sinn haben, dass sich ein aktueller Trauerfall in der Familie des Schuldners ereignet haben müsse, dem die Bestattungsgegenstände dienen sollten (z.B. Wacke, DGVZ 1986, 161 [163]). Eine Unterscheidung zwischen dem Vorgang des Bestattens und dem sich anschließenden Zeitraum des Bestattetseins sei nicht angebracht. Entscheidend sei der Widmungszweck gegenüber dem Grab (z.B. LG München I, DGVZ 2003, 122)."

Danach wäre der Grabstein unpfändbar. Dieser Ansicht folgte im vorliegenden Fall auch das BeschwGer.:

"Das BeschwGer. führt aus, ein Grabstein sei gemäß § 811 I Nr. 13 ZPO unpfändbar. Die Vorschrift diene dem Schutz des Pietätsempfindens und der Totenruhe. Unter den daher nicht zu eng einzugrenzenden Begriff der Bestattung falle auch als abschließende Maßnahme das Aufstellen des Grabsteins, auch wenn das regelmäßig erst mehrere Wochen nach der Beerdigung erfolgen könne. Unerheblich sei, dass die Gläubigerin ihren eigenen Werklohnanspruch verfolge und unter Eigentumsvorbehalt geliefert habe. Einer unterschiedlichen Behandlung gegenüber anderen Gläubigern fehle die gesetzliche Grundlage. Vorbehaltsverkäufer seien nur in den in § 813 II ZPO genannten Fällen bevorzugt. Die Gläubigerin könne ihr Eigentum durch eine Herausgabeklage und entsprechende Vollstreckung durchsetzen."

c. Streitentscheid durch den erkennenden Senat

Der VII. Zivilsenat des BGH hat sich nunmehr der erstgenannten Meinung angeschlossen und die Anwendung des § 811 I Nr. 13 ZPO abgelehnt:

"Der Senat entscheidet die Streitfrage dahin, dass Grabsteine nicht unter die Vorschrift des § 811 I Nr. 13 ZPO fallen."

aa. Grabstein dient nicht der Bestattung, sondern nur dem Andenken an einen Verstorbenen

"Ein Grabstein ist kein Gegenstand, der zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmt ist. Das Wort Bestattung beschreibt einen Vorgang, nämlich alle Handlungen, die notwendig sind, um den Verstorbenen zu bestatten. Alle Gegenstände, die bei diesem Vorgang unmittelbar Verwendung finden sollen, sind unpfändbar. Zwischen dem Vorgang der Bestattung und dem Gegenstand, der vom Pfändungsverbot erfasst sein soll, muss ein direkter Zusammenhang bestehen. Das ist bei einem Grabstein, bis zu dessen Aufstellung geraume Zeit vergehen kann (bei Grabmälern u.U. sogar Jahre, vgl. den vom Landgericht Hamburg, DGVZ 1990, 90 entschiedenen Fall), nicht der Fall. Er dient nicht der Bestattung, sondern danach dem Andenken des Verstorbenen."

bb. "Unmittelbar" auf Bestattungsvorgang zu beziehen, nicht nur auf Todesfalls in der Familie des Schuldners

"Das Verständnis des Wortes "unmittelbar" dahin, dass nur ein Bezug zu einem aktuellen Trauerfall gegeben sein müsse, entfernt sich zu sehr vom Wortlaut der Vorschrift. Dass diese nicht Bestattungsunternehmen, Sargfabrikanten, Friedhofsgärtner und ähnliche Unternehmen schützen soll, sondern die Familie des Schuldners, in der ein Todesfall zu beklagen ist (Schuschke/ Walker, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rz. 45), ergibt sich bereits aus dem Normzweck. Diese Zielrichtung sagt noch nichts darüber aus, auf welche einzelnen Gegenstände sich der Schutz der Vorschrift erstreckt."

cc. "Bestattung" erfasst nicht auch anschließende Ruhezeit des Verstorbenen

"Die ausdehnende Auslegung des Wortes "Bestattung" dahin, dass auch der anschließende Zustand des Bestattetseins erfasst werde, ist ebenfalls nicht mehr vom Wortlaut der Norm gedeckt. Dieser Zustand kann sich über viele Jahre hinziehen. Er kann nicht mit dem Vorgang der Bestattung gleichgesetzt werden. Hätte der Gesetzgeber einen derart weiten Anwendungsbereich der Norm gewollt, wäre es ein Leichtes gewesen, dies durch eine entsprechende Formulierung klarzustellen."

3. Zur Frage eines übergesetzlichen Pfändungsverbots aus Pietätsgründen

Mangels Anwendbarkeit des § 811 I Nr. 13 ZPO könnte der Pfändung des Grabmals allenfalls eines aus Pietätsgesichtspunkten herzuleitendes übergesetzliches Pfändungsverbot entgegenstehen. Hierzu jedoch der BGH:

"Ob sich ein übergesetzliches Pfändungsverbot außerhalb von § 811 I Nr. 13 ZPO aus Pietätsgründen ergeben kann (so z.B. Kammergericht, DGVZ 1935, 286 = JW 1935, 2072 und Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 811 Rz. 37), muss der Senat nicht abschließend entscheiden. Ein derartiges Pfändungsverbot kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn der Steinmetz den Grabstein unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat und wegen seines Zahlungsanspruchs vollstreckt (Kammergericht, Zöller/Stöber jeweils aaO). In diesem Fall müssen Pietätsgesichtspunkte zurücktreten. Der Steinmetz könnte seinen Herausgabeanspruch klageweise durchsetzen und nach § 883 ZPO vollstrecken. Der Schuldner könnte sich demgegenüber weder auf ein gesetzliches Pfändungsverbot noch auf Pietätsgesichtspunkte berufen (Zöller/Stöber aaO, § 811 Rz. 2 und § 883 Rz. 10; Schuschke/Walker, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rz. 3, 45). In diesem Fall spielen weder das Andenken des Verstorbenen noch das Pietätsempfinden des Schuldners eine Rolle. Es besteht kein Anlass, diesen Gesichtspunkten

gegenüber einem Steinmetzen, der nicht den Herausgabe-, sondern den ebenfalls durch Art. 14 GG geschützten Zahlungsanspruch verfolgt, Vorrang einzuräumen. Der Schuldner hat diese Situation dadurch, dass er seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachgekommen ist, selbst herbeigeführt."

4. Zwischenergebnis
"Danach ist die von der Gläubigerin hergestellte und montierte Urnengrabstätte grundsätzlich pfändbar."

III. Ergebnis
Anhaltspunkte für weitere Verfahrensverstöße im Falle der seitens der Gläubigerin begehrten Pfändung liegen nicht vor. Der Gerichtsvollzieher hat die Pfändung daher zu Unrecht abgelehnt.
Die zulässige Erinnerung ist begründet und wird daher Erfolg haben.

Standort: Strafrecht — Problem: Gesundheitsschädliche Stoffe

BGH, URTEIL VOM 16.03.2006
4 STR 536/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:
Die Angeklagte hatte die vierjährige Tochter ihres Lebensgefährten aus erzieherischen Gründen dazu gezwungen, einen Pudding zu essen, in den das Kind vorher eine große Menge Salz gerührt hatte, weil es geglaubt hatte, es handele sich um Zucker. Die Salzvergiftung, die das Kind durch den Genuss des Puddings erlitt, führte zunächst zu Magenkrämpfen und Durchfall und schließlich zum Tod des Kindes.

Das Landgericht Frankenthal hatte die Angeklagte wegen einfacher Körperverletzung (§ 223 I StGB) verurteilt; eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen (§ 224 I Nr. 1 StGB) hatte es abgelehnt, da Salz kein solcher Stoff sei. Der BGH hingegen ging auch von einer Strafbarkeit gem. § 224 I Nr. 1 StGB aus.

Prüfungsrelevanz:
Körperverletzungs- und Tötungsdelikte stellen in beiden Examen einen absoluten Standardstoff dar, insb. weil man diese Delikte sehr schön mit Problemen des allgemeinen Teils kombinieren kann. Aber auch die Kenntnis von tatbestandsspezifischen Problemen ist unerlässlich.

Setzte der Tatbestand der Vergiftung (§ 229 StGB a.F.) noch voraus, dass der Täter dem Opfer "um dessen Gesundheit zu zerstören, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind", so ist in der jetzigen Form des entsprechenden Tatbestandes (§ 224 I Nr. 1 StGB) lediglich erforderlich, dass der Täter dem Opfer "Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe" beibringt.

Wegen des Wortlauts und der hohen Strafdrohung von § 229 StGB a.F. (ein Jahr bis zehn Jahre) verlangte man früher, dass der Täter eine Gesundheitsschädigung von erheblicher Art beim Opfer herbeiführen wollte (vgl. Joecks, § 224 Rn. 5, 9 f.). Heute wird deshalb i.R.v. § 224 I Nr. 1 StGB diskutiert, ob der vom Täter verabreichte Stoff lediglich geeignet sein muss, eine einfache Gesundheitsschädigung herbeizuführen (so SK-Horn/Wolters, § 224 Rn. 8 a; Gössel/Dölling, BT 1, Rn. 172) oder ob er - zumindest unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (Menge des Stoffes, Art der Verabreichung usw.) - geeignet sein muss, erhebliche Schäden zu verursachen (so Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 2 d; Joecks, § 224 Rn. 11; Rengier, BT 2, § 14 Rn. 7; Wolters, JuS 1998, 582). In der vorliegenden Entscheidung schließt sich der BGH der letzteren Auffassung an.

Vertiefungshinweise:
❑ Zu den Voraussetzungen von § 224 I Nr. 1 StGB: *Hilgendorf*, ZStW 112, 811; *Jäger*, JuS 2000, 31; *Rengier*, ZStW 111, 8; *Wolters*, JuS 1998, 582

Leitsatz:
§ 224 I Nr. 1 StGB erfasst auch Stoffe des täglichen Bedarfs, wenn ihre Beibringung mit der konkreten Gefahr einer erheblichen Schädigung im Einzelfall verbunden ist.

Sachverhalt:
Die A lebte seit Ende 2002 zusammen mit F und dessen aus einer anderen Beziehung stammenden, im März 2000 geborenen Tochter T. Ende November 2003 bekamen sie einen gemeinsamen Sohn.
Am Nachmittag des 25. März 2004 befand sich A ab 16.30 Uhr allein mit beiden Kindern in ihrer Wohnung. Während sie im Wohnzimmer damit beschäftigt war, den Säugling zu füttern, begab sich T in die Küche und holte sich einen 200-Gramm-Becher Schokoladenpudding mit Sahne aus dem Kühlschrank. Ersichtlich um den Pudding zusätzlich zu süßen, wie sie es zuvor bei Erwachsenen im Umgang mit Joghurt beobachtet hatte, wollte sie Zucker darüber streuen, nahm statt dessen aber irrtümlich eine Salzpackung und rührte ca. 32 Gramm Kochsalz in die Süßspeise.

Gleich beim ersten Kosten bemerkte sie, dass der Pudding ungenießbar war, und ließ ihn stehen. Als nunmehr die A in die Küche kam und die auf dem Boden liegende Salzpackung sowie den ungegessenen Pudding sah, stellte sie T zur Rede, die ihr bedeutete, dass der Pudding "widerwärtig" schmecke und sie ihn nicht essen wolle. A wurde zornig. Obgleich sie richtig folgerte, dass das Mädchen versehentlich Salz in die Süßspeise eingerührt hatte, veranlasste sie das sich sträubende Kind zu dessen Erziehung und Bestrafung, die Schokoladencreme vollständig auszulöffeln. Sie nahm dabei zumindest billigend in Kauf, dass der Konsum dieser Speise bei dem Mädchen zu Magenverstimmungen, Bauchschmerzen oder Unwohlsein führen würde.
Jedoch wusste sie weder, wie viel Salz genau die Süßspeise enthielt, noch war ihr bekannt, dass die Aufnahme von 0,5 bis 1 g Kochsalz pro Kilogramm Körpergewicht (T wog 15 kg) in aller Regel zum Tode führt. Wenig später klagte T über Übelkeit und musste erbrechen; auch setzte bei ihr alsbald starker Durchfall ein. Als sich der Zustand des Kindes im Verlauf der nächsten halben Stunde zusehends verschlechterte und es schließlich kaum mehr Reaktionen zeigte, brachte A das Mädchen ins Krankenhaus, wo es um 17.30 Uhr bereits im komatösen Zustand eintraf. Dort wurde sogleich eine extreme Hypernatriämie (Kochsalzintoxikation) festgestellt. Trotz Notfallbehandlung verstarb das Mädchen 34 Stunden nach seiner Aufnahme.

Strafbarkeit der A?

[Bearbeitervermerk: 240 StGB ist nicht zu prüfen. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

Lösung:

I. Strafbarkeit der A gem. § 212 I StGB durch die Anweisung, den Pudding zu essen
Dadurch, dass A der T die Anweisung gab, den versalzenen Pudding zu essen, könnte sich A wegen Totschlags gem. § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

[Anm.: Da im vorliegenden Fall der Tod der T nicht unmittelbar durch die Handlung der A (das Erteilen der Anweisung, den Pudding zu essen) eingetreten ist, sondern hierfür noch eine Mitwirkungshandlung des Opfers selbst erforderlich war (T musste selbst den Pudding verzehren) wäre auch die Prüfung eines Totschlags in mittelbarer Täterschaft (§§ 212 I, 25 I 2. Fall StGB) denkbar in der Form, dass die Täterin A das Opfer T als Werkzeug gegen sich selbst verwendet (vgl. LK-Roxin, § 25 Rn. 106; SK-Samson, § 25 Rn. 104). In dem vorliegenden Fall haben jedoch weder der BGH noch das LG Frankenthal eine mittelbare Täterschaft auch nur angesprochen. Die Annahme einer solchen Konstellation würde allerdings auch nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Deshalb soll hier ebenfalls davon ausgegangen werden, dass es sich vorliegend nicht um einen Fall der mittelbaren Täterschaft handelt.]

1. Tatbestand
Zwar hat A durch ihre Anweisung den Tod der T herbeigeführt und so den objektiven Tatbestand des § 212 I StGB verwirklicht, sie hatte jedoch nicht den gem. § 15 StGB erforderlichen Vorsatz, die T zu töten.
Hiervon geht aus der BGH ohne weitere Ausführungen aus: "Das angefochtene Urteil weist keinen die Angeklagte begünstigenden Rechtsfehler auf, soweit das Landgericht einen Tötungsvorsatz der Angeklagten nicht angenommen und deshalb eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts ausgeschlossen hat."
Mangels Vorsatz hat die A somit den (subjektiven) Tatbestand des § 212 I StGB nicht verwirklicht.

2. Ergebnis
A hat sich nicht gem. § 212 I StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der A gem. § 223 I StGB durch die Anweisung, den Pudding zu essen
A könnte sich jedoch durch die Anweisung an die T, den versalzenen Pudding zu essen, wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Körperliche Misshandlung, Gesundheitsschädigung
Der Tatbestand des § 223 I StGB setzt zunächst als Erfolg eine körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung des Opfers voraus. Diese müssten also bei T gegeben sein.
Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3 a).
Durch den Zwang, den versalzenen Pudding zu essen, also eine üble, unangemessene Behandlung, hat A bei T zunächst Übelkeit, Brechreiz und Durchfall verursacht, was eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens der T darstellt.
Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes (BGH, NJW 1960, 2253; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6).
Die von A bei T hervorgerufene Salzvergiftung (Hypernatriämie) stellt einen pathologischen Zustand dar, so dass auch dieser Erfolg des § 223 I StGB eingetreten ist.

Sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung sind somit gegeben.

b. Kausale Handlung der A

A müsste die körperliche Misshandlung und die Gesundheitsschädigung bei T auch durch eine eigene kausale Handlung hervorgerufen haben.

Kausal ist eine Handlung für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (sog. "conditio-sine-qua-non-Formel" oder äquivalente Kausalität, vgl. BGHSt 49, 1; Puppe, NStZ 2004, 555; Roxin, StV 2004, 485; Tröndle/Fischer, Vor § 13 Rn. 16 mwN).

Hätte A nicht der T die Anweisung gegeben, den versalzenen Pudding zu essen, so hätte T dies auch nicht getan und es wäre nicht zu den o.g. Wirkungen gekommen. Die Handlung der A war also kausal für den tatbestandlichen Erfolg.

c. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (Joecks, § 15 Rn. 6; Wessels/Beulke, AT, Rn. 203).

A wusste, dass der Verzehr des versalzenen Puddings bei der T die eingetretenen Folgen, insb. die Übelkeit, hervorrufen würde und sie wollte dies auch. Sie handelte somit vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Das Handeln der A müsste auch rechtswidrig sein.

Da die A die T dazu zwang, den Pudding zu essen, um sie zu bestrafen und zu erziehen, wäre es denkbar, dass die Körperverletzung vielleicht durch ein Züchtigungsrecht der A gerechtfertigt ist.

Gem. § 1631 II 2 BGB sind allerdings körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen gegenüber Kindern unzulässig. Während diese - erst 1997 eingeführte - Vorschrift von der herrschenden Meinung so verstanden wird, dass ein Züchtigungsrecht generell ausgeschlossen ist (LK-Lilie, § 233 Rn. 10; SK-Horn/Wolters, § 223 Rn. 13 f.; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 18 f.; Kellner, NJW 2001, 769; Roxin, JuS 2004, 177, 179), sieht eine Minderheitsmeinung noch die Möglichkeit der Rechtfertigung einer körperlichen Züchtigung, sofern es sich um eine "mäßige" Misshandlung handelt (so Roellecke, NJW 1999, 337) bzw. soweit die körperliche Bestrafung nicht "entwürdigend" ist (so Lackner/Kühl, § 223 Rn. 11, Hoyer, FamRZ 2001, 521). Selbst wenn aber eine Berufung der A auf ein Züchtigungsrecht grundsätzlich möglich sein sollte, so ist zu berücksichtigen, dass ein Recht zur körperlichen Züchtigung allenfalls gegeben sein kann, wenn durch die Züchtigung das Kind vor zukünftigem gefährlichen Benehmen und selbstzerstörerischen Aktionen bewahrt werden soll; soll die körperliche Züchtigung jedoch lediglich ein bereits begangenes Fehlverhalten ahnden oder als Abschreckung für die Zukunft wirken, ist sie jedenfalls unzulässig (BGH, GA 1963, 82; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 21 f.). Da die A die F deshalb dazu zwang, den versalzenen Pudding zu essen, um sie für das vorherige Verhalten zu bestrafen, wäre also auch nach der Minderheitsmeinung eine Rechtfertigung der A durch ein Züchtigungsrecht nicht gegeben.

A handelte rechtswidrig.

[Anm.: Im Rahmen eines Züchtigungsrechts der A wäre weiter zu berücksichtigen, dass es sich bei A nicht um die Mutter des Opfers handelt, sondern nur um die Lebensgefährtin von dessen Vater. Das Züchtigungsrecht ist allerdings Teil der elterlichen Sorge und steht somit grundsätzlich nur den gem. § 1627 BGB zur Sorge verpflichteten Personen, also den leiblichen Eltern, zu. Ob dieses Recht - sofern man es überhaupt noch anerkennt - von den Eltern auf Dritte übertragen werden kann, ist streitig (vgl. Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 19 mwN). Da A jedoch im Verhältnis zu T die Funktion einer "Ersatzmutter" ausübt und nicht nur partiell für die T verantwortlich ist (wie etwa ein Lehrer), wäre es interessengerecht, der A in demselben Umfang ein Recht zur Züchtigung der T zuzubilligen, wie dies auch die leibliche Mutter der T hätte.]

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Strafantrag (§ 230 StGB)

Der gem. § 230 StGB erforderliche Strafantrag ist lt. Bearbeitervermerk gestellt.

5. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 223 I StGB.

III. Strafbarkeit der A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, 5 StGB durch die Anweisung, den Pudding zu essen

Durch die Anweisung, dass T den Pudding essen sollte, könnte sich A auch wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Grunddelikt (§ 223 I StGB)

A müsste zunächst den objektiven Tatbestand des Grunddelikts (§ 223 I StGB) verwirklicht haben. Dies ist der Fall (s.o.).

b. Qualifikation (§ 224 I StGB)
A müsste weiter Qualifikationsmerkmale des § 224 I StGB verwirklicht haben.

aa. Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen (§ 224 I Nr. 1 StGB)
A könnte der T mit der Überdosis an Salz Gift oder einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff beigebracht haben. Fraglich ist jedoch, ob es sich bei Salz, das ja normalerweise keine gesundheitsschädliche Wirkung hat (und dessen maßvoller Verzehr im Gegenteil sogar gesund ist), um einen solchen Stoff handelt.
Hierzu der BGH: "Der objektive Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist - was das Landgericht ersichtlich auch nicht verkannt hat - erfüllt. Die Vorschrift erfasst das Beibringen von Gift und allen gesundheitsschädlichen Stoffen, die im konkreten Fall die Eigenschaft eines Giftes haben. Abweichend von der Vorgängervorschrift § 229 Abs. 1 StGB in der Fassung vor Inkrafttreten des 6. Strafrechtsreformgesetzes (StrRG), setzt § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht mehr voraus, dass das Gift oder die ihm gleichgestellten Stoffe die Gesundheit zu zerstören geeignet sind. Anders als dies noch in der Entwurfsfassung des 6. StrRG als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles der 'einfachen' Körperverletzung vorgesehen war, verlangt die Gesetz gewordene Vorschrift als Folge der Beibringung von Gift auch nicht mehr die dadurch verursachte Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (vgl. BTDrucks. 13/8587 S. 27/28, 36 und BTDrucks. 13/9064 S. 15). Vielmehr genügt danach für den objektiven Tatbestand bereits die Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes, dessen Beibringung das Opfer im Sinne des § 223 StGB an der Gesundheit schädigt. Dafür erforderlich, aber auch genügend ist, dass die Substanz nach ihrer Art und dem konkreten Einsatz zur erheblichen Gesundheitsschädigung geeignet ist. Entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung (Nachweise bei Tröndle/Fischer StGB 53. Aufl. § 224 Rdn. 5) werden danach - im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Sinne der Nr. 2 des § 224 Abs. 1 StGB - auch an sich unschädliche Stoffe des täglichen Bedarfs erfasst, wenn ihre Beibringung nach der Art ihrer Anwendung oder Zuführung des Stoffes, seiner Menge oder Konzentration, ebenso aber auch nach dem Alter und der Konstitution des Opfers mit der konkreten Gefahr einer erheblichen Schädigung im Einzelfall verbunden ist (vgl. Tröndle/Fischer aaO a.E.; Horn/Wolters in SK StGB 7. Aufl. § 224 Rdn. 8 a; Stree in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 224 Rdn. 2 d a.E.). Dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall durch das Zuführen der versalzenen Speise und der dadurch bei dem Mädchen eingetretenen Kochsalzintoxikation mit unmittelbar darauf zurück zu führendem tödlichen Ausgang vorliegen, versteht sich von selbst."
A hat also den Tatbestand des § 224 I Nr. 1 StGB verwirklicht.

bb. Lebensgefährdende Behandlung (§ 224 I Nr. 5 StGB)
Bei dem Zwang zum Verzehr des versalzenen Puddings könnte es sich auch um eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB handeln.
Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob dieser Tatbestand bereits beim Vorliegen einer abstrakten Lebensgefahr erfüllt ist (so BGH, NStZ 2004, 618; 2005, 156; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 282; LK-Lilie, § 224 Rn. 36 mwN) oder den Eintritt einer konkreten Gefahr voraussetzt (so NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 12). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da T an der tatbestandlichen Behandlung tatsächlich gestorben ist, so dass auf jeden Fall auch eine konkrete Lebensgefahr und damit nach allen Auffassungen eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist.

c. Vorsatz
A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, und zwar sowohl bzgl. des Grunddelikts als auch bzgl. der qualifizierenden Merkmale. Der Vorsatz der A bzgl. des Grunddelikts gem. § 223 I StGB ist gegeben (s.o.).
Ein Vorsatz der A bzgl. einer lebensgefährdenden Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB dürfte wohl - zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zu verneinen sein. Dass die A auch bloß die Möglichkeit gesehen hatte, dass durch den Verzehr des versalzenen Puddings auch nur die abstrakte Möglichkeit bestand, dass T sterben würde, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Der Tod aufgrund einer Hypernatriämie ist so ein seltener und außergewöhnlicher Vorgang, dass man nicht unterstellen kann, dass A auch nur mit einer entsprechenden abstrakten Möglichkeit gerechnet hat. Ein Vorsatz bzgl. § 224 I Nr. 5 StGB ist somit nicht gegeben.
Zum Vorsatz bzgl. der Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen (§ 224 I Nr. 1 StGB) führt der BGH aus: "Auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen ist - insoweit entgegen der Auffassung der Schwurgerichtskammer - aber auch der subjektive Tatbestand [deR §§ 223 I, 224 I Nr. 1 StGB] hinreichend belegt. Auch wenn die Angeklagte die konkrete Menge des von dem Mädchen aufgenommenen Salzes und das Ausmaß der durch den Verzehr der versalzenen Speise begründeten Gesundheitsgefahr nicht erkannte (und nach Auffassung des Landgerichts auch nicht erkennen konnte), so

nahm sie bei ihrer Tathandlung nicht nur eine erhebliche Beeinträchtigung des physischen Wohlbefindens des Mädchens in Kauf, sondern auch weitergehende gesundheitliche Schädigungen in Gestalt von Bauchschmerzen und Übelkeit. Ein solcher Zustand kann, zumal bei einem kleinen Kind, auch pathologischer Art sein und damit dem Begriff der Gesundheitsschädigung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB entsprechen. Dass der Zustand nach der Vorstellung der Angeklagten nicht dauerhaft, sondern nur vorübergehend sein würde, steht dem nicht entgegen (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 223 Rdn. 6). Schon die Heftigkeit, mit der das Mädchen sich gegen den ihm von der Angeklagten abgeforderten Verzehr der 'schlichtweg ekelerregenden' und 'ungenießbaren' Nachspeise zur Wehr setzte, und die Intensität, mit der die Angeklagte das Mädchen zwang, lassen auch ohne weiteres den Schluss zu, dass der Angeklagten auch ein solcher durch den Verzehr des Puddings hervorgerufener pathologischer Zustand bei dem Kind einerlei war und sie ihn gebilligt hat."

A hatte also Vorsatz bzgl. einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 StGB.

IV. Strafbarkeit der A gem. § 227 I StGB durch die Anweisung, den Pudding zu essen

Durch die Anweisung an die T, den versalzenen Pudding zu essen, könnte sich A auch wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Grunddelikt (§ 223 I StGB)

A hat den objektiven und subjektiven Tatbestand der einfachen Körperverletzung verwirklicht (s.o.).

b. Qualifikation (§ 227 I StGB)

aa. Eintritt der schweren Folge

Eine Strafbarkeit wegen der (Erfolgs-) Qualifikation gem. § 227 I StGB setzt zunächst voraus, dass die schwere Folge des § 227 I StGB, also der Tod eines anderen Menschen, eingetreten ist.

Da T gestorben ist, ist die schwere Folge des § 227 I StGB eingetreten.

bb. Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge

§ 227 I StGB setzt voraus, dass der Täter "durch" die Körperverletzung den Tod des Opfers verursacht.

Die Körperverletzung durch den Zwang zum Verzehr des versalzenen Puddings (s.o.) kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod der T infolge der Salzvergiftung entfällt. Das Grunddelikt ist somit kausal für die schwere Folge.

cc. Unmittelbarkeitszusammenhang

Eine Erfolgsqualifikation wie § 227 I StGB setzt weiter voraus, dass die schwere Folge nicht nur zufällig durch das Grunddelikt verwirklicht wurde, sondern dass sie Resultat einer typischen Gefahr des Grunddelikts ist (sog. deliktsspezifischer Gefahrzusammenhang oder Unmittelbarkeitszusammenhang, vgl. BGHSt 48, 34 [37 f.], Dencker, NStZ 1992, 311; Puppe, JR 1992, 511; Tröndle/Fischer, § 227 Rn. 2 a mwN). Insofern ist i.R.v. § 227 I StGB zwar streitig, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang nur dann gegeben ist, wenn der Tod des Opfers aus dem Erfolg des Grunddelikts resultiert (so Bussmann, GA 99, 21; Joecks, § 227 Rn. 8; Roxin, AT 1, § 10 Rn. 115; Lackner/Kühl, § 227 Rn. 2 mwN) oder auch dann, wenn die Handlung des Grunddelikts die schwere Folge herbeiführt (so BGHSt 14, 110; BGH, NStZ 2001, 478; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn. 4 f.). Dieser Streit kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da T an den Folgen der ihr durch die Salzvergiftung zugefügten Gesundheitsschädigung, also des Erfolges des Grunddelikts, gestorben ist und somit nach beiden Meinungen ein Unmittelbarkeitszusammenhang gegeben ist.

dd. Wenigstens Fahrlässigkeit (§ 18 StGB)

Gem. § 18 StGB muss der Täter bei einer Erfolgsqualifikation wie § 227 I StGB bezüglich der Herbeiführung der schweren Folge wenigstens fahrlässig handeln.

Fahrlässig handelt, wer sich objektiv sorgfaltspflichtwidrig verhält, sofern auch der konkrete Erfolg und der wesentliche Kausalverlauf objektiv vorhersehbar waren (Tröndle/Fischer, § 227 Rn. 7 mwN).

Hierzu führt der BGH aus: "Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht auch eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) verneint. Des Verbrechens nach § 227 StGB macht sich schuldig, wer eine vorsätzliche Körperverletzungshandlung begeht, der das Risiko eines tödlichen Ausgangs anhaftet, sofern sich das der Handlung eigentümliche Risiko im Eintritt des Todes des Angegriffenen verwirklicht und dem Täter hinsichtlich der Verursachung des Todes zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist; da der Täter schon durch die schuldhafte Verwirklichung eines der Grunddelikte der §§ 223 f. StGB stets objektiv und subjektiv pflichtwidrig handelt, ist dabei alleiniges Merkmal der Fahrlässigkeit

hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers (st. Rspr.; BGHR StGB § 227 [i.d.F. 6. StrRG] Todesfolge 1 m.w.N.). Hierfür ist entscheidend, ob vom Täter in seiner konkreten Lage nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten der Eintritt des Todes des Opfers - im Ergebnis und nicht in den Einzelheiten des dahinführenden Kausalverlaufs - vorausgesehen werden konnte (BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 6 m.w.N.) oder ob die tödliche Gefahr für das Opfer so weit außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit lag, dass die qualifizierende Folge dem Täter deshalb nicht zuzurechnen ist (vgl. BGHSt 31, 96, 100; BGH NStZ 1997, 82 f. und 341).
[...] Das Landgericht hat nachvollziehbar dargelegt, dass die Angeklagte - und zwar nicht vorwerfbar - keine Kenntnis besaß, dass bereits geringe Mengen an Kochsalz bei einem Kleinkind lebensgefährliche Vergiftungserscheinungen hervorzurufen vermögen; denn das Wissen hierum sei wenig verbreitet und gehöre keinesfalls zu jener medizinischen Sachkenntnis, welche sich fast jede Mutter über kurz oder lang aneigne. Auch wenn es sich nicht um den Fall einer 'medizinischen Rarität' (vgl. dazu BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 9) handelt, lässt dabei auch der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht besorgen, die Schwurgerichtskammer habe hinsichtlich der [...] Vorhersehbarkeit des Todeseintritts zu hohe Anforderungen gestellt."
Mangels Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolges ist somit die erforderliche vorwerfbare Verursachung des Erfolges des § 227 I StGB nicht gegeben.

[Anm.: Dem BGH-Urteil ist nicht ganz genau zu entnehmen, ob die objektive Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolges (und damit der Tatbestand) bereits nicht gegeben ist oder ob der Tod der T durch die Salzvergiftung zwar objektiv aber nicht für die A vorhersehbar war, so dass die subjektive Vorhersehbarkeit (und damit die Fahrlässigkeitsschuld) fehlt.]

2. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 227 I StGB

V. Strafbarkeit der A gem. § 222 StGB durch die Anweisung, den Pudding zu essen
Aus demselben Grund (fehlende Vorhersehbarkeit des Todes der T) ist auch eine Strafbarkeit der A wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB nicht gegeben.

VI. Ergebnis
Die einfache Körperverletzung gem. § 223 I StGB tritt als Grunddelikt hinter die speziellere gefährliche Körperverletzung zurück (BGH, MDR/D 1973, 18; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 169). A ist somit strafbar gem. §§ 223, 224 I Nr. 1 StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Baumann, Karsten: "Das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz der Streitkräfte"
Fundstelle:	Jura 2006, 447 (Heft 6)
Inhalt:	Der Beitrag bespricht die Entscheidung BVerfG, NJW 2006, 751, mit der das BVerfG § 14 III LuftSichG, welcher unter bestimmten Voraussetzungen entführte Luftfahrzeuge dem Abschuss freigab, für verfassungswidrig erklärt hat. Die RA hat über dieses sehr examensrelevante Urteil ausführlich berichtet (RA 2006, 104). Der Autor stellt auch die Bedeutung des Urteils für künftige Normierungsbemühungen des Gesetzgebers heraus.

Autor/Titel:	Kment, Martin: "Ein Monopol gerät unter Druck"
Fundstelle:	NVwZ 2006, 617 (Heft 6)
Inhalt:	Der Autor bespricht das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von Sportwetten (BVerfG, NJW 2006, 1261), über das die RA ausführlich berichtet hat (RA 2006, 248). Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang auch der weitere Beitrag von Bücker, NVwZ 2006, 662, der ebenfalls eine Urteilsbesprechung enthält.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Katzenstein, Matthias: "Zum Status quo des Repetitorwesens im juristischen Studium"
Fundstelle:	JURA 2006, 418 (Heft 6)
Inhalt:	Der Autor setzt sich in seinem Beitrag mit der durch Repetitorien angebotenen Leistung und den Gründen für die starke Nachfrage nach derartigen Angeboten seitens der Studenten auseinander. Ihm ist zuzugestehen, dass der Besuch des Repetitors in der "heißen Phase" der Examensvorbereitung eigene Versäumnisse im Studium nicht stets auffangen kann, wie bereits der Begriff "Repetitor" aufzeigen sollte. Er greift indes zu kurz, wenn er grundsätzlich von einer fallorientierten Vorgehensweise des Repetitors ausgeht, die es versäumt, strukturelle Zusammenhänge aufzuzeigen und wissenschaftlich vertiefende Diskussionen zuzulassen. Ein Kleingruppenrepetitorium, dessen Kursinhalt gerade auch die Vermittlung struktureller Kenntnisse losgelöst von Einzelfällen und die Diskussion rechtlicher Probleme mit den Teilnehmern zum Inhalt hat, weist derartige Schwächen nicht auf.

Autor/Titel:	Schneider, Andreas J. / Klein, Melanie C.: "Die sofortige Beschwerde in der Zwangsvollstreckung"
Fundstelle:	JA 2006, 445 (Heft 6)
Inhalt:	Der Beitrag ist zur Lektüre durch Rechtsreferendare bestimmt und trägt dem Umstand Rechnung, dass sich eine vollständige Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen nicht auf die gängigen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe Erinnerung gem. § 766 ZPO, Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO, Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO und Vorzugsklage nach § 805 ZPO beschränken darf. Klassische Probleme - wie etwa die Abgrenzung zur Vollstreckungserinnerung anhand der Begriffe Vollstreckungsentscheidung und -maßnahme werden anschaulich erörtert. Es fehlen auch nicht Anweisungen zu richtigen Tenorierung des zu verfassenden Beschlusses und zur Möglichkeit der Rechtsbeschwerde gem. § 574 I Nr. 2 ZPO.

Autor/Titel:	Neef, Andreas: "Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei fehlerhafter Anweisung"
Fundstelle:	JA 2006, 458 (Heft 6)
Inhalt:	Die je nach Fallkonstellation unterschiedlich zu bewertende Behandlung bereicherungsrechtlicher Mehrpersonenverhältnisse gehört wohl zu den examensrelevanten Problemen des Zivilrechts, die Studenten wie auch noch Rechtsreferendaren die größten Schwierigkeiten bereiten. Die Anweisungsfälle werden in diesem Aufsatz schrittweise entwickelt und in unterschiedliche Fallgruppen (Fehlen einer wirksamen Anweisung / Ausführung einer Anweisung trotz Widerrufs) unterteilt. Bei der Herleitung gut vertretbarer Lösungen versäumt es der Autor nicht, diese mit allgemeinen Grundsätzen der Rechtsscheinslehre, wie sie insbesondere in den §§ 170 ff BGB zu erkennen sind, zu begründen und so zu verdeutlichen, dass es sich hier nicht um eine vom restlichen BGB "abgenabelte" Sonderproblematik handelt, sondern dass auch hier gute Lösung durch die Anwendung "juristischen Handwerkszeugs" zu erzielen sind.

Strafrecht

Autor/Titel:	Schweinberger, Dirk: "Actio libera in causa: Folgeprobleme des herrschenden Tatbestandsmodells"
Fundstelle:	JuS 2006, 507 (Heft 6)
Inhalt:	Die Rechtsfigur der actio libera in causa (a.l.i.c.)ist häufiger Gegenstand von Examensaufgaben sollte deshalb zum Inhalt jeder Examensvorbereitung gehören. In dem vorliegenden Aufsatz streift der Verfasser, ein Dozent bei Jura Intensiv, nur kurz die Herleitung der a.l.i.c. und geht ausführlich auf spezielle Probleme ein, die sich nach dem herrschenden Modell zur Herleitung dieser Rechtsfigur (dem sog. "Tatbestandsmodell") ergeben, insb. die Auswirkung eines error in persona, der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zum Versuch sowie die Frage nach der Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts von diesem. Sehr schön illustriert anhand zahlreicher Beispielsfälle gibt der Autor insbesondere Hinweise, wo und wie diese Probleme in einem Gutachten zu diskutieren wären. Unbedingt lesenswert!

Autor/Titel:	Hartmann, Bernd J. / Niehaus, Holger: "Zur strafrechtlichen Einordnung von Wettmanipulationen im Fußball"
Fundstelle:	JA 2006, 432 (Heft 6)
Inhalt:	Aufgrund des Falles "Hoyzer" hat die Frage, inwiefern sich Schiedsrichter, Spieler und Wetter strafbar machen, die ein Fußballspiel derart manipulieren, dass das Ergebnis (zumindest der Sieger) von vorne herein feststeht, an Bedeutung gewonnen. In diesem Aufsatz diskutieren die Verfasser die für den Schiedsrichters und den Wetter in Betracht kommenden Straftaten fast schon im Gutachtenstil. Auch wenn Darstellung und Formulierung nicht immer ganz glücklich gewählt sind, trotzdem lesenswert.

Autor/Titel:	Rath, Jürgen: "Internationales Strafrecht (§§ 3 ff. StGB) - Prüfungsschema, Auslandsbezug, Tatortbestimmung"
Fundstelle:	JA 2006, 435 (Heft 6)
Inhalt:	In mündlichen Prüfungen werden immer wieder gerne Fälle mit Auslandsbezug geschildert, in denen der Prüfling zunächst die Aufgabe bekommt, festzustellen, ob überhaupt deutsches Strafrecht anwendbar ist. Dieser Artikel bietet hierfür ein sinnvolles Prüfungsschema und erläutert ausführlich, welcher Ort als Tatort i.S.v. § 9 StGB bei verschiedenen Deliktstypen anzusehen ist.