Öffentliches Recht

Standort: § 48 VwVfG; Art. 16 I GG Problem: Rücknahme der Einbürgerung

BVERFG, URTEIL VOM 24.05.2006
2 BVR 669/04 (NVWZ 2006, 807)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine durch vorsätzlich falsche Angaben erschlichene Einbürgerung nach § 48 VwVfG (im Fall: § 48 VwVfG des Landes Baden-Württemberg) zurückgenommen werden darf. Scheinbar schieben hier Art. 16 I 1 GG und Art 16 I 2 GG einen Riegel vor. Ersterer schließt den *Entzug* der deutschen Staatsangehörigkeit gänzlich aus, während letzterer einen *sonstigen Verlust* gegen den Willen des Betroffenen zwar auf gesetzlicher Grundlage zulässt, dies aber nur, wenn dadurch keine Staatenlosigkeit eintritt. Vom seltenen Fall der doppelten Staatsbürgerschaft abgesehen wäre Staatenlosigkeit jedoch immer die Folge des Verlustes der deutschen Staatsbürgerschaft, so auch im konkreten Fall. Das BVerfG lässt den Entzug hier aber dennoch zu:

1. Art. 16 I 1 GG verbiete diesen trotz seines Wortlauts nicht in jedem Fall. Jedenfalls dann, wenn die Gründe für den Entzug der Einflussnahmemöglichkeit des Betroffenen unterliegen und die Folgen seines Handelns für ihn vorhersehbar wären, greife Art. 16 I 1 GG nicht ein. Das BVerfG begründet diesen Standpunkt ausführlich unter Verweis auf die historische und systematische Auslegung. Es setzt sich auch mit den in der Literatur vertretenen Mindermeinungen auseinander, wonach Art. 16 I 1 GG schlichtweg jeden Entzug gegen den Willen des Betroffenen verbiete (so eine Ansicht) oder jedenfalls jeden Entzug durch Verwaltungsakt (im Gegensatz zu einem Entzug unmittelbar durch Gesetz, so eine weitere Ansicht).

2. Art. 16 I 2 GG schütze ferner jedenfalls solche Personen nicht vor Staatenlosigkeit, die sich ihre Einbürgerung erschlichen hätten. Diese unterfielen nicht dem Schutzzweck der Norm. Außerdem müsse eine Rechtsordnung sich gegen den Missbrauch ihrer Vorschriften schützen können.

3. Sodann war die Frage, ob eine Ermächtigungsgrundlage für den Entzug vorhanden war. Da im Staatsangehörigkeitengesetz (StaG) des Bundes eine solche nicht existiert, war die Behörde auf die allgemeine Vorschrift des § 48 VwVfG BW angewiesen. Deren Anwendbarkeit warf nun eine Reihe von weiteren Verfassungsfragen auf:

a. Fraglich war schon die Gesetzgebungskompetenz des Landes. Kann das Land Baden-Württemberg in seinem Landesrecht die Rücknahme von Verwaltungsakten regeln, die auf einem Gebiet erlassen wurden, für die eine ausschließliche Bundeskompetenz besteht (hier: ARt. 73 Nr. 2 GG)? Das BVerfG deutet an, dass diese Frage zu verneinen sei, entscheidet sie aber nicht endgültig, da Art. 71 GG bei ausdrücklicher Ermächtigung des Landesgesetzgebers durch ein Bundesgesetz landesrechtliche Regelungen auch im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes zulasse, und § 1 III VwVfG des Bundes eine solche Ermächtigung enthalte.

b. Weiterhin war fraglich, ob der Verlust der Staatsbürgerschaft in §§ 17 ff. StaG abschließend geregelt ist, oder das VwVfG subsidiär zur Anwendung kommen kann. Das BVerfG entschied sich für letzteres.

c. Schließlich waren immerhin vier Richter der Ansicht, § 48 VwVfG BW sei zu allgemein, um dem Gesetzesvorbehalt des Art. 20 III GG i.V.m. dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen, wollte man ihn auf den Entzug der Staatsbürgerschaft anwenden. Der Gesetzgeber hätte einen solchen vielmehr in einer eigenen Vorschrift ausdrücklich regeln müssen, eine Generalklausel genüge dazu nicht. Diese Ansicht haben die vier Richter in einem ausführlichen, hier aus Platzgründen nicht wiedergegebenen Sondervotum festgehalten.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall wird unmittelbar in Examensaufgaben umgesetzt werden. Er bietet eine Fülle von Möglichkeiten. Zum einen könnte er als Verfassungsbeschwerde aufgezogen werden, mit welcher der Betroffene die Verletzung von Art. 16 I 1 GG und Art. 16 I 2 GG durch den Entzug seiner Staatsbürgerschaft rügt. Noch reizvoller wäre es aber, die verwaltungsrechtliche Konstellation abzuprüfen und (ggf. eingebettet in einen Rechtsbehelf) nach der Rechtmäßigkeit des Entzugs der Staatsbürgerschaft zu fragen. Im Gutachten wird dann als erstes nach einer Ermächtigungsgrundlage zu suchen und in Ermangelung einer Regelung im StaG allein § 48 VwVfG des jeweiligen Landes zu finden sein. Sodann wäre unmittelbar zu problematisieren, ob jener § 48 VwVfG auf den Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit Anwendung finden kann, was angesichts der oben unter Punkt 1 bis 3 aufgeführten Probleme zweifelhaft ist, von der h.M. aber bejaht wird.

Nicht übersehen werden sollte der letzte Absatz der

BVerfG-Entscheidung, in dem das Gericht noch einmal darauf hinweist, dass der landesrechtliche § 48 VwVfG für den Fall einer arglistig erschlichenen Staatsbürgerschaft eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage bildet, dies in anderen Fällen - das BVerfG nennt beispielhaft Auswirkungen auf das Wohl von Kindern - aber durchaus anders wäre. Dann fehlte es gegenwärtig an der notwendigen (speziellen) Ermächtigungsgrundlage, eine Entziehung der Staatsbürgerschaft wäre schon aus diesem Grunde rechtswidrig. Es bleibt abzuwarten, ob der Bundesgesetzgeber angesichts dieser Tatsache (und der instabilen Rechtslage, denn immerhin die Hälfte der BVerfG-Richter hielten § 48 VwVfG ja ohnehin nicht für ausreichend), in sein StaG eine Rücknahmevorschrift integrieren wird.

Vertiefungshinweise:

❑ Urteilsanmerkung: *Kämmerer*, NVwZ 2006, 1015

❑ Entzug der deutschen Staatsbürgerschaft: *BVerfG*, NJW 1990, 2193; NVwZ 2001, 1393; *BVerwGE* 100, 139 [145 ff.]; *Scholz/Uhle*, NJW 1999, S. 1510, 1511

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die wilde Ehe"

Leitsätze:

1. Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG schließt die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung nicht grundsätzlich aus.

2. Eine Auslegung des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG, nach der das Verbot der Inkaufnahme von Staatenlosigkeit sich auch auf den Fall der erschlichenen Einbürgerung erstreckte, entspricht nicht dem Willen des Verfassungsgebers; sie liegt außerhalb des Schutzzwecks der Norm.

3. Für den Fall der zeitnahen Rücknahme einer Einbürgerung, über deren Voraussetzungen der Eingebürgerte selbst getäuscht hat, bietet § 48 Verwaltungsverfahrensgesetz für Baden-Württemberg eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Rücknahme einer durch Täuschung erwirkten Einbürgerung.

Der Beschwerdeführer stammt aus Nigeria. Im November 1999 beantragte er seine Einbürgerung in den deutschen Staatsverband. Dabei gab er an, bei einer Gerüstbaufirma in Hanau beschäftigt zu sein, und legte eine auf seinen Namen ausgestellte Bescheinigung der Firma über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses sowie eine Lohnabrechnung vor. Am 17. Januar 2000 wurde ihm eine Einbürgerungszusicherung unter dem Vorbehalt der Aufgabe der nigerianischen Staatsangehörigkeit erteilt. Die Botschaft der Bundesrepublik Nigeria bestätigte mit Schreiben vom 25. Januar 2000 unter dem Betreff "Verzicht auf die nigerianische Staatsangehörigkeit" den Erhalt des Reisepasses des Beschwerdeführers und erhob keine Einwände gegen den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit. Am 9. Februar 2000 wurde der Beschwerdeführer auf der Grundlage der §§ 8, 9 Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) eingebürgert.

In einem in der Folgezeit gegen den Beschwerdeführer eingeleiteten Ermittlungsverfahren stellte sich heraus, dass der Beschwerdeführer bei der Firma, bei der er angeblich arbeitete, nicht bekannt, sondern eine andere Person, deren Identität nicht geklärt werden konnte, dort unter seinem Namen beschäftigt war.

Durch Urteil des Amtsgerichts Pforzheim wurde der Beschwerdeführer am 31. Juli 2001 wegen unerlaubten gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 120 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, die auf seine Berufung hin durch Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 20. Februar 2002 auf drei Jahre herabgesetzt wurde.

Mit Bescheid vom 27. Februar 2002 nahm die Stadt Pforzheim, gestützt auf § 48 des baden-württembergischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (LVwVfG BW), die Einbürgerung rückwirkend zum Datum ihres Wirksamwerdens zurück, erklärte die Einbürgerungsurkunde sowie den Reisepass und den Personalausweis, die dem Beschwerdeführer ausgestellt worden waren, für ungültig und ordnete die Rückgabe der genannten Dokumente sowie die sofortige Vollziehung des Bescheids an. Die Einbürgerung sei rechtswidrig gewesen, weil sie gemäß § 9 in Verbindung mit § 8 StAG voraussetze, dass der Ausländer imstande sei, sich und seine Angehörigen zu ernähren. Dies sei tatsächlich nicht der Fall gewesen. Da der Beschwerdeführer die Einbürgerungsbehörde durch Vorlage wissentlich falscher, entscheidungserheblicher Unterlagen über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses arglistig getäuscht habe, sei sein Vertrauen auf den Bestand der Einbürgerung nicht schutzwürdig.

Wegen der strafrechtlichen Verurteilung lägen die Voraussetzungen eines Einbürgerungsanspruchs auch im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vor. Es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer weiterhin im Besitz der nigerianischen Staatsangehörigkeit sei, so dass er durch die Rücknahme seiner Einbürgerung nicht staatenlos werde. Sollte er tatsächlich staatenlos werden, hindere im Übrigen auch dies die Rücknahme nicht, denn er sei aufgrund arglistiger Täuschung eingebürgert worden, so dass kein schutzwürdiges Vertrauen bestehe. Art. 16 GG schütze nur die wohlerworbene Staatsangehörigkeit.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 16 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet. Durch die angegriffenen Entscheidungen werden Grundrechte des Beschwerdeführers nicht verletzt. Das Verbot der

Entziehung der Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG) steht der Rücknahme einer durch Täuschung erwirkten rechtswidrigen Einbürgerung nicht grundsätzlich entgegen (I.). Auch der in Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Schutz vor Staatenlosigkeit verbietet die Rücknahme einer solchen Einbürgerung gegen den Willen des Betroffenen nicht in jedem Fall, in dem der Betroffene durch eine gegen seinen Willen erfolgende Rücknahme staatenlos wird (II.). § 48 LVwVfG BW reicht als gesetzliche Grundlage der Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung nach Ansicht der die Entscheidung gemäß § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG tragenden Richter aus (III.).

I. Verbot des Entzugs der deutschen Staatsbürgerschaft, Art. 16 I 1 GG

Das in Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG ausgesprochene Verbot, die deutsche Staatsangehörigkeit zu entziehen, schließt die Rücknahme erschlichener oder auf vergleichbar vorwerfbare Weise erwirkter Einbürgerungen nicht aus. Während Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit unter bestimmten Voraussetzungen zulässt, ist die Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG ausnahmslos verboten. Die Bedeutung dieses Verbots ist von jeher umstritten.

1. Literatur: Jeder gegen den Willen des Betroffenen eintretende Verlust verboten

Dem Wortsinn nach liegt eine Entziehung nur vor, wenn dem Betroffenen etwas gegen seinen Willen genommen, nicht dagegen, wenn es freiwillig abgegeben wird. Die auch in Teilen der Literatur vertretene Auffassung des Beschwerdeführers, jeder gegen den Willen des Betroffenen eintretende Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit sei eine nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG verbotene Entziehung (vgl. etwa Ziemske, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundgesetz, 1995, S. 220 f.; Bleckmann, Staatsrecht II, S. 1104, Rn. 5), wird jedoch durch den Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 GG selbst widerlegt.

a. Wörtliche Auslegung

Nach Satz 2 dieser Bestimmung darf ein Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nur aufgrund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird. Damit setzt das Grundgesetz selbst voraus, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch ein gegen den Willen des Betroffenen eintretender Verlust rechtmäßig sein kann. Eine Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit liegt demnach nur dann, aber nicht immer dann vor, wenn der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit gegen den Willen des Betroffenen eintritt. Welche zusätzlichen Merkmale die unzulässige Entziehung im Unterschied zum nicht generell ausgeschlossenen Verlust charakterisieren, ist dem Wortsinn der Vorschrift nicht zu entnehmen.

b. Historische Auslegung

Die Entstehungsgeschichte des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG lässt zwar eine allgemeine Zielrichtung des Entziehungsverbots, nicht aber dessen genaue Bedeutung erkennen. Die Bestimmung geht zurück auf eine Anregung des Abgeordneten von Mangoldt im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates. Von Mangoldt verwies auf Art. 13 der UN-Menschenrechtserklärung ("Niemand kann willkürlich seiner Staatsangehörigkeit oder des Rechtes beraubt werden, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln"), der sich auf die Ausbürgerungen in der Zeit des Nationalsozialismus beziehe, und warf die Frage auf, ob man gegen Gesetze über die Aberkennung der Staatsangehörigkeit eine verfassungsrechtliche Sicherung vorsehen solle (vgl. Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Band 5/II, Ausschuss für Grundsatzfragen, Boppard am Rhein 1993, Nr. 32, S. 709). Die erklärte Absicht, im Einklang mit völkerrechtlichen Bestrebungen Vorkehrung zu treffen gegen missbräuchliche Aberkennungen der Staatsangehörigkeit, wie es sie in der Zeit des Nationalsozialismus gegeben habe und gegenwärtig "im Osten" gebe (von Mangoldt, a.a.O., S. 709 und Nr. 33, S. 714), blieb unumstrittene Grundlage der weiteren Beratungen zu Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG im Parlamentarischen Rat. Von besonderer Bedeutung für die Auslegung des Entziehungsverbots sind demnach die historischen Missbräuche, von denen das Verbot der Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit sich abgrenzt und vor deren Wiederkehr es schützen soll.

aa. Rechtslage im Dritten Reich

Im nationalsozialistischen Deutschland ermöglichte bereits 1933 das Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit den Widerruf unerwünschter Einbürgerungen - mit Wirkung auch für Dritte, die ihre Staatsangehörigkeit von dem unmittelbar Betroffenen ableiteten - sowie die Aberkennung der Staatsangehörigkeit von Bürgern, die sich im Ausland aufhielten, für den Fall, dass diese durch treuewidriges Verhalten deutsche Belange geschädigt oder eine Rückkehraufforderung nicht befolgt hatten. Für den Widerruf machte das zugehörige Verordnungsrecht ausdrücklich völkisch-nationale Gesichtspunkte maßgebend. Die Aberkennung wurde in der durch Erlasse bestimmten Praxis nicht nur gegen politisch missliebige Personen, sondern in weitem Umfang auch aus rassischen Gründen sowie zur Sanktionierung von Verstößen gegen Straf-, Steuer- und Devisengesetze verhängt (vgl. Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 14. Juli 1933, RGBl I S. 480; Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 10.

Juli 1935, RGBl I S. 1015; Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 26. Juli 1933, RGBl I S. 538; zur Praxis Lehmann, Acht und Ächtung politischer Gegner im Dritten Reich, in: Hepp [Hrsg.], Die Ausbürgerung deutscher Staatsangehöriger 1933-45 nach den im Reichsanzeiger veröffentlichten Listen, Bd. 1, 1985, S. IX [XIII f.]).

Mit dem Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935 und dazu erlassenem Verordnungsrecht wurde neben dem Staatsangehörigkeitsstatus ein weiterer, an rassische und treuebezogene Voraussetzungen gebundener Zugehörigkeitsstatus, das Reichsbürgerrecht, geschaffen, an das nunmehr die Inhaberschaft der vollen politischen Rechte geknüpft war; die Einführung des Reichsbürgerstatus wirkte damit als Teileinziehung des Staatsangehörigkeitsstatus gegenüber denen, die die geforderten Voraussetzungen nicht erfüllten (vgl. Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935, RGBl I [1935] S. 1146; Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935, RGBl I S. 1333; vgl. dazu Ernst, Das Staatsangehörigkeitsrecht im Deutschen Reich unter der Herrschaft der Nationalsozialisten und seine Auswirkungen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Münster 1999, S. 39 ff., sowie, zur Anknüpfung auch ökonomischer und sozialer Entrechtung der Betroffenen in der Folgezeit, Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 393 ff.).

Die Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz (vom 25. November 1941, RGBl I S. 722) beraubte jüdische Deutsche ihrer deutschen Staatsangehörigkeit, indem sie für Juden den Verlust daran knüpfte, dass der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte oder nahm; zum Verlust der Staatsangehörigkeit führte danach nicht nur die Emigration – hier waren vor allem die in großer Zahl bereits früher Emigrierten betroffen -, sondern auch die Deportation in eines der außerhalb der Reichsgrenzen gelegenen Vernichtungslager (vgl. auch Lehmann, a.a.O., S. XIV f.).

Nachdem spezielle staatsangehörigkeitsrechtliche Regelungen bereits für bestimmte Personengruppen in den eingegliederten Ostgebieten den Erwerb einer Staatsangehörigkeit auf Widerruf vorgesehen hatten, führte 1943 die Zwölfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz neben einer Schutzangehörigkeit für nicht volksdeutsche Reichseinwohner die Staatsangehörigkeit auf Widerruf als eine weitere, neue Zugehörigkeitskategorie des allgemeinen Staatsangehörigkeitsrechts ein (Zwölfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. April 1943, RGBl I S. 268; dazu Verordnung über die Staatsangehörigkeit auf Widerruf vom 25. April 1943, RGBl I S. 269). Von der Widerrufsmöglichkeit, die bereits 1933 das Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit eingeführt hatte, unterschied sich die hier vorgesehene dadurch, dass sie an keinerlei bestimmte Voraussetzungen gebunden war.

bb. Diskussion im Parlamentarischen Rat

Bei der Bezugnahme auf Ausbürgerungspolitiken "im Osten" stand den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates die Praxis der in kommunistischen Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg teils unmittelbar durch Rechtsnormen bewirkten, teils einzelaktförmigen Ausbürgerungen von Staatsbürgern, die ihrer Volkszugehörigkeit nach ehemaligen Kriegsgegnern zugerechnet wurden, vor Augen – vor allem die Ausbürgerungen im Zusammenhang mit der Vertreibung Deutscher (vgl. Der Parlamentarische Rat, a.a.O., Nr. 42, S. 947; siehe z.B. für die Ausbürgerungen in der Tschechoslowakei das Verfassungsdekret des Präsidenten der Republik vom 2. August 1945 über die Regelung der tschechoslowakischen Staatsbürgerschaft der Personen deutscher und madjarischer Nationalität - eines der sogenannten Beneš-Dekrete -, abgedruckt in: Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte [Hrsg.], Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa, Band IV/1, Die Vertreibung der Deutschen Bevölkerung aus der Tschechoslowakei, 1957, S. 240 f., sowie den Runderlass des Ministeriums des Innern vom 24. August 1945 über die Regelung der tschechoslowakischen Staatsbürgerschaft nach dem Dekret vom 2. August 1945, ebd. S. 245 ff.; als Beispiel für vorgesehene einzelaktförmige Ausbürgerungen siehe das polnische Dekret vom 13. September 1946 über den Ausschluss von Personen deutscher Nationalität aus der polnischen Volksgemeinschaft, abgedruckt in: Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte [Hrsg.], Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa, Band I/3, 1960, S. 293 ff.; weitere einschlägige staatsangehörigkeitsrechtliche Regelungen dort S. 34 ff. u.a.).

In der Frage, wie das beabsichtigte Verbot gefasst werden und was alles darunter fallen müsse, um Entwicklungen dieser Art für die Zukunft vorzubeugen, gingen die Meinungen im Parlamentarischen Rat auseinander. Umstritten war vor allem, ob es notwendig und ausreichend sei, ein Verbot "willkürlicher" Verlustzufügungen vorzusehen. Eine entsprechende Formulierung ("Niemand darf willkürlich seiner Bundesangehörigkeit beraubt werden"; in der ersten Lesung des Hauptausschusses geändert in "Die Bundesangehörigkeit darf nicht willkürlich entzogen werden") setzte sich im Grundsatzausschuss zunächst auf Vorschlag des Abgeordneten von Mangoldt durch. Jedes Staatsangehörigkeitsgesetz, so hatte von Mangoldt ausgeführt, werde gewisse Vorschriften über den Verlust der Staatsangehörigkeit enthalten müssen; als Beispiele nannte er die Frau, die einen Ausländer heirate und dessen Staatsangehörigkeit erwerbe, und den Deutschen, der sich ins Ausland begebe und dort ohne Genehmigung von deutscher Seite ein Amt übernehme oder in das Militär eintrete und sich den Pflichten in Deutschland entziehe

(Der Parlamentarische Rat, a.a.O., Bd. 5/II, Nr. 33, S. 714).

Im weiteren Verlauf setzte sich nach wiederholten kontroversen Diskussionen die schließlich Gesetz gewordene Fassung durch, die das Wort "willkürlich" nicht enthielt. Für die Streichung dieses Wortes und, in einer späteren Phase, gegen dessen Wiederaufnahme in den Text hatten sich verschiedene Abgeordnete mit unterschiedlichen Argumenten ausgesprochen. Der Abgeordnete Wagner sah in einer derart interpretationsoffenen Formulierung keinen hinreichenden Schutz gegen die Fehlentwicklungen, denen vorgebeugt werden sollte; zu dem Beispielsfall einer Verletzung der Treuepflicht durch Betätigung in ausländischen Diensten gab er zu bedenken, ob nicht ein irgendwann etwa heraufziehender neuer Nationalismus schon eine Propaganda für internationale Verständigung als Im-Dienst-Stehen beim Feind betrachten könne (Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/49, 44. Sitzung, S. 569 [581]). Der Abgeordnete Schmid nahm auf das andere von von Mangoldt angeführte Fallbeispiel – das der deutschen Frau, die heiratsbedingt eine ausländische Staatsangehörigkeit erwirbt - Bezug, wandte sich gegen die "in der Gesetzgebung aller Staaten seit einigen Jahrzehnten" festzustellende Tendenz, mehrfache Staatsangehörigkeiten auszuschließen, und sprach sich dafür aus, den Verlust der Staatsangehörigkeit überhaupt auf Fälle des freiwilligen Verzichts zu beschränken (a.a.O., S. 581). Den Einwand, ein nicht auf Willkürfälle beschränktes Entziehungsverbot widerspreche dem zweiten Satz des Art. 16 Abs. 1 GG, der Entziehungen zulasse, wies in einer späteren Sitzung der Abgeordnete Zinn mit der Interpretation zurück, das Entziehungsverbot des Satzes 1 betreffe die einseitige Wegnahme durch Verwaltungsakt, während der nach Satz 2 zulässige Verlust als Folge eines gesetzlich festgelegten Tatbestandes, zum Beispiel der Eheschließung mit einem Ausländer, eintrete (a.a.O., S. 618).

Ein klares, zumindest innerhalb der jeweiligen Mehrheiten einheitliches Verständnis des Entziehungsverbots im Parlamentarischen Rat wird aus diesen Diskussionen nicht ersichtlich. Auch auf Seiten derer, die sich gegen eine Qualifizierung des Entziehungsverbots durch das wertende Kriterium der Willkür ausgesprochen hatten, bestand schon hinsichtlich der erörterten Fallgruppen – etwa hinsichtlich der Frage, ob ehebedingter Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit zum Verlust der deutschen führen solle - keine Einigkeit darüber, ob sie von dem Verbot erfasst sein sollten oder nicht. Erst recht tritt kein mehrheitlicher Konsens über allgemeine Kriterien zutage, durch die die verbotene Entziehung sich vom nicht grundsätzlich ausgeschlossenen Verlust der Staatsangehörigkeit unterscheiden soll.

2. Literatur: Entzug durch Verwaltungsakt verboten

Die wiedergegebene Äußerung des Abgeordneten Zinn ist zur Grundlage einer Auslegung geworden, nach der "Entziehung" die einseitige Wegnahme im Einzelfall oder die Wegnahme durch Verwaltungsakt ist (Schätzel, Staatsangehörigkeit, in: Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 535 [570, 574]; Lichter, Die Staatsangehörigkeit nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Aufl. 1955, S. 49; Kokott, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Rn. 16 zu Art. 16 GG; Hesselberger, in: ders., GG, 13. Aufl. 2003, Rn. 3 zu Art. 16 GG). Diese formale Abgrenzung entspricht, so weit sie reicht, der in der Streichung des Wortes "willkürlich" zutage getretenen Absicht, den Schutz vor Entziehung gegen politisch motivierte Fehldeutungen des Entziehungsbegriffs abzusichern. Zugleich verfehlt diese Abgrenzung aber ihrerseits den unumstrittenen Zweck des Entziehungsverbots, denn der beabsichtigte Schutz vor allem gegen rassisch und politisch motivierte Ausbürgerungen ist mit ihr nicht ausreichend zu gewährleisten. Selbst eindeutig ausgrenzende und menschenrechtswidrige Ausbürgerungen oder Verkürzungen des Staatsangehörigkeitsstatus wären von einem so definierten Entziehungsbegriff nicht erfasst, soweit sie, wie es bei vielen der betrachteten historischen Ausbürgerungspraktiken der Fall war, durch rechtssatzförmige Regelungen bewirkt werden, die den Verlust der Staatsangehörigkeit als automatische Folge der Verwirklichung bestimmter Tatbestände vorsehen.

a. Systematische Auslegung

Gegen eine Auslegung, die in der Verwaltungsakt- oder Einzelaktförmigkeit das entscheidende Merkmal der Entziehung im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG sieht, spricht auch, dass derselbe Begriff in Art. 116 GG anders verwendet wird. Nach Art. 116 Abs. 2 Satz 1 GG sind frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, auf Antrag wieder einzubürgern. Unter den Entziehungsbegriff fallen hier unstreitig nicht nur Aberkennungen der Staatsangehörigkeit durch Einzelakt; vielmehr erfasst die Bestimmung jede, auch die durch allgemeine Regelung wie die Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz erfolgte, Aberkennung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen (vgl. Hailbronner/Renner, Staatsangehörigkeitsrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 90 zu Art. 116 GG; Makarov/von Mangoldt, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Bd. 2, Art. 116 Rn. 82; Boetius, AöR 92 [1967], S. 33 [46]).

b. Historische Auslegung

Das historische Material enthält auch keinen Hinweis darauf, dass an einen zusammengesetzten Entziehungsbegriff gedacht war, der das Verbot einzelaktförmiger Verlustzufügungen als eines von mehreren, je für sich den Entziehungscharakter einer Maßnahme begründenden Merkmalen enthält. Gegen eine solche Interpretation spricht auch, dass der Weg der rechtssatzförmigen Regelungen, etwa der unstreitig nicht prinzipiell un-

zulässigen Nichtigkeitsregelungen, auf den der Gesetzgeber damit gedrängt würde, keineswegs der für die betroffenen Einzelnen und die Stabilität der Staatsangehörigkeitsverhältnisse insgesamt schonendere ist. Auch eine rechtssatzförmige Bestimmung kann unangemessen eingreifenden, zu weitreichenden Charakter haben, und gerade Nichtigkeitsregelungen können zu einer Rechtsunsicherheit führen, die in Staatsangehörigkeitsfragen nicht hinnehmbar ist.

Im Gesetz zur Regelung der Staatsangehörigkeit vom 22. Februar 1955, das die Folgen der Sammeleinbürgerungen deutscher Volkszugehöriger in unter nationalsozialistischer Herrschaft angeschlossenen und besetzten Gebieten regelt, zeigt sich dies in der Umgehungslösung, die der Gesetzgeber - damals in der Annahme, das Entziehungsverbot schließe Einbürgerungsrücknahmen wegen ihres Einzelaktcharakters aus - mit § 24 StARegG gewählt hat (vgl. Makarov/von Mangoldt, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Rn. 9 zu § 24 StARegG).

3. Standpunkt des BVerfG und der h.M.

Die Auslegung des Entziehungsbegriffs kann daher nur an den allgemeinen und unumstrittenen Zweck des Entziehungsverbots anknüpfen. Bei den historischen Praktiken, von denen das Verbot der Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit sich abgrenzt, handelte es sich um Beeinträchtigungen des Staatsangehörigkeitsstatus durch Aufspaltung in Zugehörigkeitsverhältnisse besserer und minderer Güte und um Wegnahmen der Staatsangehörigkeit nach Maßgabe unterschiedlicher Kriterien der Würdigkeit. Die Wegnahmen und Verkürzungen des Staatsangehörigkeitsstatus unterschieden sich dabei in den rechtlichen Formen, glichen sich aber darin, dass sie der Staatsangehörigkeit ihre Bedeutung als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit raubten und sie damit in ein Mittel der Ausgrenzung statt der Integration verkehrten. Entziehung ist danach jede Verlustzufügung, die die - für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame - Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit beeinträchtigt.

a. Einflussnahmemöglichkeit des Betroffenen

Eine Beeinträchtigung der Verlässlichkeit und Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus liegt insbesondere in jeder Verlustzufügung, die der Betroffene nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen kann (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Juni 1990, NJW 1990, S. 2193; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10. August 2001 - 2 BvR 2101/00 -, NVwZ 2001, S. 1393; BVerwGE 100, 139 [145]; für Vermeidbarkeit oder Beeinflussbarkeit oder zumutbare Vermeidbarkeit als Kriterium der Abgrenzung zwischen zulässigem Verlust und verbotener Entziehung auch Gross, DVBl 1954, S. 801 [802]; Boetius, AöR 92, S. 49 ff. [53]; Seifert, DÖV 1972, S. 671 [672]; Scholz/Uhle, NJW 1999, S. 1510 [1511]; Randelzhofer, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 16 Rn. 49; Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Rn. 12 zu Art. 16 GG; Allesch, in: Umbach/Clemens, GG Bd. 1, 2002, Rn. 10 zu Art. 16 GG; Kämmerer, in: Bonner Kommentar, Art. 16 Rn. 49).

b. Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit

Zur Verlässlichkeit des Staatsangehörigkeitsstatus gehört auch die Vorhersehbarkeit eines Verlusts und damit ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Bereich der staatsangehörigkeitsrechtlichen Verlustregelungen.

4. Zwischenergebnis

Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG schließt danach die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung nicht grundsätzlich aus. Wenn demjenigen, der durch Täuschung oder vergleichbares Fehlverhalten, etwa durch Bestechung oder Bedrohung, eine rechtswidrige Einbürgerung erwirkt hat, die missbräuchlich erworbene Rechtsposition nicht belassen wird, beeinträchtigt dies weder ein berechtigtes Vertrauen des Betroffenen noch kann das Vertrauen Anderer, die sich im Verfahren ihrer Einbürgerung solche Missbräuche nicht haben zuschulden kommen lassen, beschädigt werden. Auch eine Diskriminierung liegt angesichts des guten, vom Betroffenen selbst gesetzten Grundes für die Rücknahme offensichtlich nicht vor.

II. Schutz vor Staatenlosigkeit, Art. 16 I 2 GG

Der in Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Schutz vor Staatenlosigkeit steht der Rücknahme der Einbürgerung des Beschwerdeführers nicht entgegen.

1. Wörtliche Auslegung

Die Rücknahme einer durch bewusst falsche Angaben erwirkten rechtswidrigen, aber nicht nichtigen Einbürgerung bedeutet für den Betroffenen, dass er die ihm wirksam verliehene deutsche Staatsangehörigkeit verliert. Dem Wortlaut nach scheint daher Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG, der Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Verlusts der Staatsangehörigkeit aufstellt, uneingeschränkt anwendbar zu sein.

2. Teleologische Auslegung

Die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung daran scheitern zu lassen, dass der Betroffene dadurch möglicherweise staatenlos wird, läge aber so eindeutig außerhalb des Sinns und Zwecks der Vorschrift, dass der insoweit überschießende Wortlaut für die Auslegung nicht maßgebend sein kann.

a. Rückwirkung schließt Anwendbarkeit nicht aus

Die Anwendbarkeit des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG ist im

vorliegenden Fall allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Rücknahme der Einbürgerung rückwirkend ausgesprochen wurde. Daran, dass die Rücknahme der erschlichenen Einbürgerung einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit bewirkt, ändert sich auch dann nichts, wenn die Rücknahme rückwirkend zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einbürgerung erfolgt. Da Art. 16 Abs. 1 GG, wie die Verfassung insgesamt, nicht nur der rechtlichen Beurteilung im Nachhinein dienen, sondern auch und vor allem schon im Vorhinein steuernde Wirkung entfalten soll, muss seine Bedeutung aus der zeitlichen Betrachtung ex ante ermittelt werden. Aus der Perspektive vor Erlass eines Rechtsaktes, der eine Einbürgerung rückwirkend beseitigt, stellt sich die rückwirkende Beseitigung aber als Beseitigung einer bestehenden Staatsangehörigkeit dar. Dementsprechend ist allgemein anerkannt, dass auch Regelungen, die eine Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Staatsangehörigkeitserwerbs ex tunc vorsehen, gegen das Entziehungsverbot verstoßen können (vgl. statt vieler Masing, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 75 zu Art. 16). Genügte der Umstand, dass ein Wegfall der Staatsangehörigkeit rückwirkend zum Zeitpunkt des Erwerbs eintritt, um die Vorgaben des Art. 16 Abs. 1 GG unanwendbar zu machen, so liefe der Schutz des Grundrechts ganz unabhängig davon, wie es im Übrigen interpretiert wird, gegenüber jeder gesetzlichen Regelung leer, die eine Wegnahme der Staatsangehörigkeit ex tunc vorsieht oder ermöglicht. Das Grundrecht könnte dann selbst gegen Maßnahmen nicht mehr schützen, die im Kern seiner historischen Schutzrichtung liegen.

b. Täuschung aber nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst

Eine Auslegung des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG, nach der das Verbot der Inkaufnahme von Staatenlosigkeit sich auch auf den Fall der erschlichenen Einbürgerung erstreckte, entspricht nicht dem Willen des Verfassungsgebers; sie liegt außerhalb des Schutzzwecks der Norm. Einen Vertrauensschutz für durch Täuschung erwirkte Einbürgerungen hat der Verfassungsgeber, wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat, nicht im Blick gehabt (BVerwGE 118, 216 [220]). Das heutige Staatsangehörigkeitsrecht, das unter detailliert normierten Voraussetzungen Rechtsansprüche auf Einbürgerung einräumt, zeichnete sich zur Zeit der Beratungen des Parlamentarischen Rates noch nicht entfernt ab. Auch die naheliegende Gefahr, dass dieses Rechtsangebot, von Vielen wahrgenommen, des öfteren auch zu Erschleichungen missbraucht wird, drängte sich nicht auf. Die bloße Tatsache, dass eine Fallgestaltung nicht im Blickfeld des Gesetzgebers lag, rechtfertigt es zwar für sich genommen nicht, diese Fallgestaltung vom Anwendungsbereich eines Gesetzes auszunehmen, das sie dem Wortlaut nach erfasst. Gegen die Annahme, dass mit Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG ein Verbot der Inkaufnahme von Staatenlosigkeit auch für die Fälle der Rücknahme erschlichener oder auf andere Weise bewusst durch rechtswidriges Handeln erwirkter Einbürgerungen aufgestellt werden sollte, sprechen jedoch weitere, zwingende Gründe.

aa. Völkerrechtlicher Hintergrund

Der Schaffung des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG lag die erklärte Absicht zugrunde, sich in Abgrenzung von der nationalsozialistischen Ausbürgerungspolitik und den Ausbürgerungen, von denen Deutsche im Zuge der Vertreibungen betroffen waren, an völkerrechtliche Bestrebungen zur Bekämpfung der Staatenlosigkeit anzuschließen (vgl. die Äußerungen des Abgeordneten von Mangoldt in der 26. und der 32. Sitzung des Grundsatzausschusses, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Band 5/II, Ausschuss für Grundsatzfragen, Boppard am Rhein 1993, Nr. 33, S. 715 und Nr. 42, S. 947).

Staatenlosigkeit als Folge eines Verlusts der Staatsangehörigkeit ausnahmslos zu vermeiden, war von dieser Zielsetzung her nicht geboten. Dass dies auch nicht beabsichtigt war, zeigt sich darin, dass Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit mit der Folge der Staatenlosigkeit ausdrücklich für diejenigen Fälle nicht ausschließt, in denen der Verlust mit Willen des Betroffenen eintritt. Dieser Fallgruppe eines ausdrücklich zugelassenen Eintritts von Staatenlosigkeit kann der Fall der Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung, durch die der Betroffene staatenlos wird, nicht unmittelbar zugeordnet werden; er steht ihr aber bei wertender Betrachtung insofern nahe, als der Betroffene hier jedenfalls die Ursachen für die Rücknahme willentlich und darüber hinaus in vorwerfbarer Weise selbst gesetzt hat.

Mit der an völkerrechtliche Bestrebungen gegen die Staatenlosigkeit anknüpfenden Zielsetzung des Verfassungsgebers ist die Inkaufnahme von Staatenlosigkeit im Fall der Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung vereinbar. Es gab und gibt weder einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts noch eine die Bundesrepublik Deutschland bindende völkerrechtliche Vereinbarung, die die Inkaufnahme von Staatenlosigkeit in einem solchen Fall ausschließen. Bereits das Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30. August 1961 (BGBl 1977 II S. 597 ff.), das auf Arbeiten der International Law Commission und eine Entschließung der Generalversammlung der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1954 zurückgeht, verbietet zwar in Art. 8 Abs. 1 grundsätzlich die Entziehung der Staatsangehörigkeit für den Fall, dass der Betroffene dadurch staatenlos wird, lässt aber eine Ausnahme ausdrücklich für den Fall zu, dass die Staatsangehörigkeit durch falsche Angaben oder betrügerische Handlungen erworben wurde (Art. 8 Abs. 2 Buchst. b) des Übereinkommens). Das im Rahmen des Europarats aufgelegte Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit (BGBl 2004 II, S. 578), das die Bundesrepublik Deutschland

am 11. Mai 2005 ratifiziert hat, gestattet in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) einen Verlust der Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates unter anderem für den Fall, dass diese in einer dem Antragsteller zurechenbaren Weise durch arglistiges Verhalten, falsche Angaben oder Verschleierung einer erheblichen Tatsache erworben wurde, erstreckt in Art. 7 Abs. 2 diese Verlustmöglichkeit auch auf Kinder des Antragstellers, und nimmt in Art. 7 Abs. 3 diese Fallkonstellation von dem Verbot eines Staatsangehörigkeitsverlusts, der zur Staatenlosigkeit führt, aus.

Dass der Schutz vor Staatenlosigkeit, den Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet, entstehungsgeschichtlich an entsprechende Bestrebungen der internationalen Gemeinschaft anknüpfte, bedeutet nicht, dass dieser Schutz in seiner Reichweite von vornherein auf den diesbezüglichen Stand des Völkerrechts beschränkt wäre. Gegen eine derart einschränkende Auslegung spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern auch der Umstand, dass das Anliegen, Staatenlosigkeit zu vermeiden, zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes noch keine völkerrechtliche Gestalt angenommen hatte, die einer solchen Auslegung zugrundegelegt werden könnte (vgl. Weis, Nationality and Statelessness in International Law, 1956, S. 165 ff.; Hofmann, Art. Denationalization and Forced Exile, in: Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1, 1992, S. 1001 ff.).

Darin, dass in völkerrechtlichen Vereinbarungen Staatenlosigkeit gerade für den Fall der Rücknahme erschlichener Einbürgerungen ausdrücklich hingenommen wird, liegt jedoch keine bloße Zufälligkeit des Völkerrechts. Vielmehr zeigt sich darin ein allgemeiner Rechtsgedanke, der auch für die Verfassungsauslegung von Bedeutung ist. Die völkerrechtlichen Bestimmungen, die die Rücknahme der erschlichenen Einbürgerung auch in diesem Fall zulassen, sind Ausdruck der Selbstbehauptung des Rechts.

bb. Schutz der Rechtsordnung

Eine Rechtsordnung, die sich ernst nimmt, darf nicht Prämien auf die Missachtung ihrer selbst setzen. Sie schafft sonst Anreize zur Rechtsverletzung, diskriminiert rechtstreues Verhalten (vgl. BVerfGE 84, 239 [268 ff.]; 110, 94 [112 ff.]) und untergräbt damit die Voraussetzungen ihrer eigenen Wirksamkeit.

Es ist grundsätzlich Sache der gesetzgeberischen Beurteilung, auf welche Weise neben der normativen Geltung des Rechts auch dessen praktische Wirksamkeit am besten zu sichern ist (vgl. BVerfGE 88, 203 [261 ff.]). In der Regel besteht hier ein großes Spektrum von Möglichkeiten, das weichere und härtere, direkt und indirekt wirkende, bürgerlichrechtliche, öffentlichrechtliche und strafrechtliche Instrumente einschließt. Auch soweit es um die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und hier besonders um den Schutz vor der gezielten Herbeiführung rechtswidriger Entscheidungen durch Täuschung, Bestechung oder Bedrohung der Entscheidungsträger geht, ist dem Gesetzgeber im Allgemeinen nicht der Einsatz bestimmter einzelner Sicherungsmittel von Verfassungs wegen vorgegeben. So verbietet die Verfassung es nicht prinzipiell, auch begünstigende Verwaltungsakte, die auf diese Weise erwirkt worden sind, in Geltung zu lassen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen dürfen jedoch insgesamt jedenfalls nicht so beschaffen sein, dass sie – zumindest aus der Sicht der weniger Gewissenhaften - zu rechtswidrigem Verhalten oder zur Herstellung rechtswidriger Zustände geradezu einladen. Die Bereitschaft zu rechtmäßigem Verhalten darf nicht dadurch untergraben werden, dass statt des rechtstreuen Verhaltens der Rechtsverstoß begünstigt wird.

Nicht zufällig gewährt daher das Recht dem missbräuchlich Handelnden für Rechtspositionen, die er in Widerspruch zum geltenden Recht durch Täuschung oder noch schwerwiegendere Missbräuche erwirkt hat, in der Regel keinen Bestandsschutz, sondern ermöglicht es, mindestens innerhalb gewisser Fristen den Erwerb der Rechtsposition rückgängig zu machen. Es handelt sich um die nächstliegende Möglichkeit, dem geltenden Recht Nachdruck zu verleihen und eine Begünstigung von Rechtsverstößen zu vermeiden.

Wie die oben wiedergegebene Äußerung des Abgeordneten Schmid im Parlamentarischen Rat zeigt, war den am Verfassungsgebungsverfahren Beteiligten bewusst, dass das einfachgesetzliche Einbürgerungsrecht seit längerem - damals noch deutlicher als heute - von der Tendenz geprägt war, mehrfache Staatsangehörigkeiten zu vermeiden. Zu dieser Ausrichtung des Staatsangehörigkeitsrechts gehörte und gehört, dass Einbürgerungen im Regelfall die Aufgabe der früheren Staatsangehörigkeit voraussetzen (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und § 12 StAG) und dass demzufolge die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung im Regelfall Staatenlosigkeit des Betroffenen zur Folge hat. Auch wenn es bei derartigen Einbürgerungen im Einzelfall gute Gründe geben kann, auf eine Rücknahme als die nächstliegende Reaktion des Rechtsstaates zu verzichten, kann angesichts der Bedeutung dieser Reaktionsmöglichkeit für die Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht angenommen werden, dass der Verfassungsgeber gerade im Einbürgerungsrecht diese Möglichkeit verschließen wollte oder ein solches Ergebnis hätte hinnehmen wollen. Auf die Frage, ob der Beschwerdeführer tatsächlich im Zusammenhang mit seiner Einbürgerung die nigerianische Staatsangehörigkeit aufgegeben hat, kommt es danach nicht an. Die Entscheidung zu II. ist mit 6 : 2 Stimmen ergangen.

III. Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts des Art. 16 I 2 GG durch § 48 VwVfG BW

Die Rücknahme der Einbürgerung erfolgte auf der Grundlage des § 48 LVwVfG BW. Nach Ansicht der den Entscheidungsausspruch tragenden Richter Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff und Landau genügt diese

gesetzliche Bestimmung den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, jedenfalls wenn der Betroffene die Einbürgerung durch Täuschung bewirkt hat.

1. Gesetzgebungskompetenz
Die Anwendung des § 48 LVwVfG BW ist nicht wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Landes Baden-Württemberg ausgeschlossen.

a. Bundeskompetenz aus Art. 73 Nr. 2 GG
Zwar handelt es sich bei der Regelung der Voraussetzungen und Folgen einer Einbürgerungsrücknahme nicht allein um Verwaltungsverfahrensrecht im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG, sondern auch um materielles Staatsangehörigkeitsrecht (vgl. BVerwGE 74, 357 [362]; BVerwG, Beschluss vom 9. März 1988, NJW 1988, S. 2552), für das nach Art. 73 Nr. 2 GG eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht.

b. Aber ausdrückliche Ermächtigung der Länder, Art. 71 GG
Soweit man die Regelung der Voraussetzungen und Folgen einer Einbürgerungsrücknahme nicht zum Verwaltungsverfahrensrecht im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG, sondern zum materiellen Staatsangehörigkeitsrecht rechnet, ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz der Länder für Rücknahmeregelungen, wie sie die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder übereinstimmend enthalten, jedenfalls aus Art. 71 GG in Verbindung mit der ausdrücklichen bundesgesetzlichen Ermächtigung durch § 1 Abs. 3 VwVfG (vgl. Hoffmann, in: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl., § 1 Rn. 74; Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 61; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 1 Rn. 42). Der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes war sich der Tatsache bewusst, dass das Gesetz materielle Regelungen enthält, die, soweit eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes – wie vorliegend das Staatsangehörigkeitsrecht - betroffen ist, ohne eine Vorschrift wie § 1 Abs. 3 VwVfG der Zuständigkeit des Landesgesetzgebers entzogen würden. Der im Vermittlungsausschuss eingefügte § 1 Abs. 3 VwVfG stellte die Reaktion auf die Stellungnahme des Bundesrates (BTDrucks 7/910, S. 99) dar, nach der es für die Behörden der Länder kein Nebeneinander von Bundes- und Landesverfahrensrecht geben dürfe. Der Bundesgesetzgeber wollte dem Landesgesetzgeber damit die Möglichkeit einer Gesamtkodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts in einem Landesverwaltungsverfahrensgesetz eröffnen.

2. Bestimmtheitsgrundsatz
Für den vorliegenden Fall der zeitnahen Rücknahme einer Einbürgerung, über deren Voraussetzungen der Eingebürgerte selbst erwiesenermaßen getäuscht hat, bietet § 48 LVwVfG BW eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage. [...]

a. Vertrauensschutz des Bürgers
Der rechtsstaatlich-subjektive Gehalt des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG schützt auch das Interesse des einzelnen Staatsbürgers daran, anhand der gesetzlichen Lage vorhersehen zu können, unter welchen Voraussetzungen er seinen Status verliert. Dieser vertrauensbildende Schutz ist besonders wichtig, da der Staatsangehörigkeitsstatus seiner Natur nach für den Einzelnen von grundlegender Bedeutung ist. [...] Im vorliegenden Fall, da der Betroffene selbst nachweislich durch Täuschung die Einbürgerung herbeiführte und diese zeitnah zurückgenommen wird, ist der grundrechtlich geforderten Rechtssicherheit und Normenklarheit genüge getan, wenn der Betroffene anhand einer allgemeinen gesetzlichen Verwaltungsverfahrensvorschrift die Folge der Rücknahme voraussehen kann. In einem solchen Fall steht dem Täuschenden kein schützenswertes Vertrauen zu, so dass das rechtsstaatliche Interesse an der rückwirkenden Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände regelmäßig überwiegt. Diese Vorgaben kann der Betroffene § 48 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 analog LVwVfG BW (zur entsprechenden Anwendung des Abs. 2 vgl. BVerwGE 78, 139 ff.; BVerwG, NVwZ 1994, S. 896 [897]) und der gefestigten Rechtsprechung in Täuschungsfällen entnehmen (vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 17. Juni 2002 – 5 B 01.1385 – juris, BVerwGE 118, 216 ff.; zu Parallelvorschriften vgl. BSG, NVwZ 1991, S. 407). Im Rahmen des Ermessens hat die Verwaltung zwar einen Spielraum für besonders schutzwürdige Ausnahmefälle. Angesichts der notwendigen Flexibilität bei außergewöhnlichen Umständen könnten diese aber im vorliegenden Regelfall der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände auch in einem Spezialgesetz nicht präziser gefasst werden, ohne die mit einer Ermessensentscheidung eröffnete Möglichkeit einer dem Einzelfall angemessenen Reaktion zu gefährden (zu entsprechenden Gefahren: Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, 1999, Rn. 509). Eine speziellere gesetzliche Regelung, die etwa dem Beispiel des § 12 Bundesbeamtengesetz folgte, könnte sich als behördliche Pflicht zur Rücknahme gerade zuungunsten des Betroffenen auswirken.

b. Gewaltenteilung
Es genügt dem Gebot der Gewaltenteilung im Rahmen des Vorbehalts des Gesetzes grundsätzlich, wenn die Verwaltung die lange erprobten allgemeinen Rücknahmeregelungen des § 48 LVwVfG BW anwendet.
Der verfassungsrechtlichen Forderung nach Tätigwerden des Gesetzgebers ist grundsätzlich schon dann entsprochen, wenn objektiv eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung den in Frage stehenden Sachverhalt

erfasst und inhaltlich verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt (vgl. BVerfGE 77, 381 [404]). Es ist dem Gesetzgeber dabei nicht von vorneherein verwehrt, Generalklauseln zu verwenden und Spielräume zu eröffnen (vgl. BVerfGE 13, 153 [161]). Auch angesichts der Dichte verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gibt es kein Bedürfnis, die Bestimmtheitsanforderungen an den Gesetzgeber zu verschärfen (vgl. BVerfGE 40, 237 [250]), etwa um drohender behördlicher Willkür in einem grundrechtssensiblen Bereich entgegen zu wirken. Die Rechtsprechung überprüft die Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme und die Einhaltung der Ermessensgrenzen im Rahmen des § 48 LVwVfG BW. Sie kann dabei sowohl auf die Entwicklungen in anderen verwaltungsrechtlichen Konstellationen zurückgreifen als auch in dem speziellen Grundrechtsbereich die verfassungsrechtlichen Anforderungen konkretisieren.
Mit § 48 LVwVfG BW besteht eine Regelung, in der das Ermessen der Verwaltung durch ein rechtsstaatliches Abwägungsprogramm zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begrenzt wird (vgl. BVerfGE 59, 128 [166 ff.]). Diese Norm ist verfassungsrechtlich vorgeprägt [wird ausgeführt].

3. Verhältnis zum StaG
Der Gesetzgeber hat bei der Regelung der Staatsangehörigkeit auf eine verbreitete und bewährte Systematik zurückgegriffen. Besondere Verlust- und Entlassungsregelungen sind spezialgesetzlich in §§ 17 ff. StAG festgeschrieben. Im Übrigen gelten subsidiär die allgemeinen Regeln der Verwaltungsverfahrensgesetze (vgl. BVerwGE 118, 216 [218 ff.]; 119, 17 [19]; VGH BW, NVwZ 1990, S. 1198 [1199]; OVG NRW, InfAuslR 1997, S. 82 ff.; Hess. VGH, ZAR 1998, S. 184; InfAuslR 1998, S. 505 [506]; Hamb. OVG, NVwZ 2002, S. 885 [886]; OVG Lüneburg, NJW 2005, S. 524; a.A. OVG Berlin, InfAuslR 2003, S. 211; für die h.L. statt vieler Hailbronner/Renner, Staatsangehörigkeitsrecht, 4. Aufl. 2005, Art. 16 GG Rn. 35 ff.). Das Ineinandergreifen allgemeiner und spezieller Aufhebungsvorschriften findet sich auch in anderen grundrechtlich relevanten Bereichen, wie beispielsweise im Asylrecht (vgl. BVerwG, NVwZ 2001, S. 335; Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rz. 14), im Ausländerrecht (vgl. BVerwGE 98, 298) oder im Bereich der Berufsfreiheit (vgl. zur Gaststättenerlaubnis HessVGH, NVwZ-RR 1993, S. 407). Diese Systematik wurde im Gesetzgebungsverfahren zum Staatsangehörigkeitsneuregelungsgesetz im Jahr 1999 bewusst beibehalten [wird ausgeführt].

4. Wesentlichkeitstheorie
Die Zurückhaltung des Gesetzgebers verfehlt auch nicht die Anforderungen der sogenannten Wesentlichkeitstheorie.

a. Grundsatz
Danach verpflichten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen (BVerfGE 41, 251 [260]; 45, 400 [417 f.]; 47, 46 [78 f.]). Die Grundentscheidung über die Rücknahme von Verwaltungsakten hat der jeweilige Gesetzgeber in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder getroffen. Der Bundesgesetzgeber ist von einer ergänzenden Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder ausgegangen; er hat die wesentlichen Bedingungen, unter denen eine erschlichene Einbürgerung zurückgenommen werden kann, nicht einer ungeregelten Verwaltungspraxis überlassen. Der Status der Staatsangehörigkeit ist zwar eine institutionell ausgeformte Rechtsposition; deshalb gelten aber keine gesteigerten Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung der Rücknahme von Einbürgerungen unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit.[...]

b. Ausnahme bei besonderen Fallkonstellationen (obiter dictum)
Gleichwohl sind Fallkonstellationen möglich, die in § 48 VwVfG keine hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Wiederherstellung eines gesetzmäßigen Rechtszustandes finden, weil die grundrechtlich geschützte Erwartung eines Eingebürgerten eine am Maßstab des Gesetzes ausreichend vorhersehbare Verwaltungsentscheidung verlangt. Dies ist denkbar in Fällen, in denen wesentliche Fragen der sachlichen und zeitlichen Reichweite der Rücknehmbarkeit von Einbürgerungen durch § 48 LVwVfG BW nicht grundrechtsspezifisch und konkret gelöst werden. Die Regelungsbedürftigkeit der Aufhebung von Einbürgerungen sowie der Nichtigkeit von Einbürgerungsakten zeigt sich insbesondere bei im vorliegenden Fall nicht einschlägigen Konstellationen, in denen die Rechtmäßigkeit der Einbürgerung von Angehörigen, insbesondere Kindern im Vordergrund steht. Hier stellen sich besondere grundrechtsbezogene Probleme, die eine hinreichend bestimmte Entscheidung des Gesetzgebers angezeigt erscheinen lassen. Die Frage, welche Auswirkungen ein Fehlverhalten im Einbürgerungsverfahren auf den Bestand der Staatsangehörigkeit Dritter haben kann, die an diesem Fehlverhalten nicht beteiligt waren, bedarf einer Antwort durch den Gesetzgeber. Der Gesetzgeber könnte darüber hinaus dem durch die Einbürgerung bewirkten Vertrauenstatbestand durch spezifische Regelungen Rechnung tragen, die die Möglichkeit, die Staatsangehörigkeit zurückzunehmen, einschränken, indem er insoweit zum Beispiel Befristungsregelungen oder Altersgrenzen einführt. Auch unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechtsberechtigten besteht eine Vielfalt möglicher Lösungswege bei der Rücknehmbarkeit der Einbürgerung, die dazu führt, dass der Gesetzgeber die angemessenen Lösungen selbst auszuwählen und auszugestalten hat.

Standort: POR Problem: Abstrakte Rechtsnachfolge

BVERWG, URTEIL VOM 16.03.2006
7 C 3.05 (NVWZ 2006, 928)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hat entschieden, dass ein Gesamtrechtsnachfolger auch für schädliche Bodenveränderungen und Altlasten haftet, die von seinen Rechtsvorgängern durch unerlaubte Ablagerungen verursacht worden sind, und zwar selbst dann, wenn diese Ordnungspflicht gegenüber dem Rechtsvorgänger noch nicht durch einen Verwaltungsakt konkretisiert worden war. Die Übergangsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht höchstpersönlicher Natur sind, sei in der Rechtsprechung des BVerwG seit Anfang der 1970er Jahre anerkannt. Zur abweichenden Beurteilung der Gesamtrechtsnachfolge in gesetzlich bestimmte Pflichten, die noch nicht durch einen entsprechenden Verwaltungsakt konkretisiert worden sind, bestehe kein Grund.

Darüber hinaus wendet das BVerwG die Regelungen über die Gesamtrechtsnachfolge aus dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) auf diesen Fall an, obwohl er vor dessen Inkrafttreten spielte. Darin liege keine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung (Art. 20 III GG, weil das BBodSchG die alte Rechtslage lediglich fortschreibe.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem der Rechtsnachfolge stellt sich vor allem im Polizei- und Ordnungsrecht, wenn zu fragen ist, ob der Rechtsnachfolger für einen Zustand der übergegangenen Sache oder ein Verhalten des Rechtsvorgängers verantwortlich in Anspruch genommen werden soll. Ganz überwiegend wird ein Übergang auf den Rechtsnachfolger für möglich gehalten, wenn ein *Übergangstatbestand* existiert und der Verwaltungsakt *übergangsfähig* ist. Als Übergangstatbestand kommen neben den seltenen, expliziten Regelungen im öffentlichen Recht (hier: § 4 III 1 BBodSchG) nach ganz h.M. auch die zivilrechtlichen Regelungen in Betracht, soweit sie eine Gesamtrechtsnachfolge enthalten (z.B. §§ 1922, 1967 BGB). Für übergangsfähig wird ein VA gehalten, wenn er nicht höchstpersönlich ist.

Das BVerwG setzt in diesem Urteil - soweit ersichtlich - nun erstmals explizit die konkrete und abstrakte Rechtsnachfolge gleich. Damit ist Folgendes gemeint:

1. Von *konkreter* Rechtsnachfolge spricht man, wenn der Rechtsvorgänger bereits einen Verwaltungsakt erhalten hatte und danach gefragt ist, ob dieser auch gegenüber dem Rechtsnachfolger wirkt. Hierfür gibt es ein praktisches Bedürfnis. Besonders deutlich wird dies bei der Verhaltensverantwortlichkeit, denn eine solche wird den Rechtsnachfolger vielfach gar nicht treffen, so dass ein zweiter, eigener VA ihm gegenüber mangels Störereigenschaft gar nicht erlassen werden könnte. Hier ist die Rechtsnachfolge die einzige Möglichkeit seiner Inanspruchnahme.

Aber auch bei der Zustandshaftung besteht ein solches praktisches Bedürfnis. Zwar könnte hier gegenüber dem Rechtsnachfolger ein zweiter VA gleichen Inhalts erlassen werden; dieser könnte von ihm jedoch noch mit Rechtsbehelfen angefochten werden. Ein dem Rechtsvorgänger gegenüber erlassener, bestandskräftig gewordener VA schlösse dies hingegen aus, denn die Bestandskraft würde sich auch auf den Rechtsnachfolger erstrecken.

2. Von *abstrakter* Rechtsnachfolge spricht man, wenn vor der Rechtnachfolge noch kein Verwaltungsakt an den Rechtsvorgänger ergangen ist. Hierzu boten Rechtsprechung und Literatur bisher ein uneinheitliches Bild. Teilweise wird vertreten, ohne Verwaltungsakt könne nichts übergehen, weil noch nichts Übergangsfähiges vorhanden sei. Abstrakte Polizeipflichten seien lediglich eine Fiktion. Zudem fehle es jedenfalls bei der Zustandsverantwortlichkeit an einem praktischen Bedürfnis, weil mangels eines gegenüber dem Rechtsvorgänger erlassenen Verwaltungsakts ein solcher auch nicht bestandskräftig geworden sein könne. Es müsse in jedem Fall ein eigener VA gegenüber dem Rechtsnachfolger ergehen, der auch in jedem Fall noch angefochten werden könne. Das Problem reduziere sich also auf die Verhaltensverantwortlichkeit, wenn eine solche den Rechtsnachfolger nicht treffe. Dieser Fall war bisher streitig, eine h.M. nicht auszumachen (vgl. zu den Ansichten die Vertiefungshinweise).

3. Das BVerwG versucht hingegen den Eindruck zu erwecken, als sei die Rechtsnachfolge in die abstrakte Ordnungspflicht seit langem anerkannt. Es meint, einen - so wörtlich - "allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts" entdeckt zu haben, wonach "sachbezogene Verhaltenspflichten [...] rechtsnachfolgefähig sind". Dies war - wie gesagt - bisher aber allenfalls für konkrete Ordnungspflichten anerkannt und ansonsten sehr streitig. Zum Beleg dieses "allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsrechts" muss das BVerwG demgemäß auch so exotische Fälle wie solche nach dem Wohnraumbewirtschaftungsgesetz vom 31. März 1953 oder die Rechtsnachfolge der BRD für das Deutsche Reich bemühen. Zum Polizei- und Ordnungsrecht kann es hingegen keine höchstrichterliche Entscheidung vorweisen (was daran liegen mag, dass es sich i.d.R. um nicht revisibles Landesrecht handelt).

Um so praxis- und examensrelevanter ist das jetzt zum BBodSchG gesprochene Machtwort des BVerwG, bei

dem es deutlich zu erkennen gibt, dass auch für landesrechtliches Polizei- und Ordnungsrecht nichts anderes gelten könne: Auf den vorherigen Erlass eines Verwaltungsakts gegenüber dem Rechtsvorgänger kommt es für die polizei- und ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Rechtsnachfolgers nicht (mehr) an.

Vertiefungshinweise:

❑ Rechtsnachfolge in die abstrakte Ordnungspflicht: *VGH BW*, NVwZ 1986, 942; NVwZ-RR 2003, 103; *BayVGH*, BayVBl 2000, 149; NVwZ-RR 1997, 617

❑ Überblick zur Rechtsnachfolge in abstrakte und konkrete Ordnungspflichten: *Rau*, Jura 2000, 37

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Schiefe Schieferplatten"

Leitsätze:

1. Die Bestimmungen des Bundes-Bodenschutzgesetzes über die Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung beanspruchen auch für die Zeit vor dessen Inkrafttreten Geltung.

2. Die Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers verstößt nicht gegen das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung von Gesetzen. Sie ist normativer Ausdruck eines seit langem anerkannten allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsrechts, wonach öffentlich-rechtliche Pflichten auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen.

Sachverhalt:

Seit Beginn des letzten Jahrhunderts wurde links- und rechtsrheinisch (im Elsass und im Markgräflerland) der Abbau von Rohsalzen betrieben. Die nicht nutzbaren Teile der abgebauten Salze kamen auf Halde. Bereits in den 1960er Jahren war den Behörden der von dem Abbau ausgehende Salzeintrag in das Grundwasser der Oberrheinebene bekannt. Erst nach 1988 erfolgten Grundwasserbeprobungen bezogen auf den Salzeintrag der Halde des Bergwerkes Buggingen, deren Ergebnisse eine mehrfache Überschreitung der nach der Trinkwasserverordnung zulässigen Grenzwerte für Chlorid, Natrium und Kalium ergaben. Beprobungen im Abstrom der Halde in den Jahren 1993 und 1997 bestätigten diese Werte.

Die Klägerin ist im Wege der Gesamtrechtsnachfolge aus dem Zusammenschluss mehrerer Salz abbauender Unternehmen hervorgegangen. Mit Bescheid vom 19. Februar 1999 verpflichtete das Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald sie, einen fachlich geeigneten Gutachter mit der Erstellung eines Sanierungsplanes zu beauftragen und zweimal jährlich eine Messstelle auf die Parameter Chlorid, Natrium und Kalium zu beproben.

Widerspruch und Klage hiergegen blieben erfolglos. Die Anordnungen des Landratsamtes seien durch die Widerspruchsbehörde zutreffend auf das nunmehr in Kraft getretene Bundes-Bodenschutzgesetz gestützt worden. Die Kalihalde Buggingen sei eine Altlast. Die Klägerin sei zu Recht als Gesamtrechtsnachfolgerin der Verursacher der Ablagerungen in Anspruch genommen worden. Auf die Berufung der Klägerin hat der VGH BW die Bescheide hingegen aufgehoben. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision des Beklagten ist begründet. Das angegriffene Urteil verletzt Bundesrecht. Ob es sich aus anderen Gründen als richtig darstellt, kann der Senat nicht entscheiden, weil es an den hierzu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlt; darum ist das angegriffene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen.

A. Keine eigene Verhaltensverantwortlichkeit der Klägerin

Der Verwaltungsgerichtshof hat eine Inanspruchnahme der Klägerin als Handlungsstörerin auf der Grundlage des § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) vom 17. März 1998 (BGBl I S. 502) geprüft und aus zutreffenden Gründen verneint.

B. Rechtsnachfolge in die Verhaltensverantwortlichkeit ihrer Rechtsvorgängerin

I. Übergangstatbestand

Die in § 4 BBodSchG normierten (Sanierungs-)Pflichten zur Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung erstrecken sich auch auf schädliche Bodenveränderungen und Altlasten, die vor Inkrafttreten des Gesetzes verursacht wurden.

1. Auslegung des BBodSchG

Zwar erfassen Gesetze, soweit sie nichts anderes regeln, grundsätzlich nur künftige Sachverhalte. Zu einer auf die Vergangenheit bezogenen Pflichtigkeit der Sanierungsverantwortlichen fehlt dem Gesetz eine ausdrückliche Aussage.

a. Teleologie

Seine in § 1 Abs. 1 BBodSchG zum Ausdruck gebrachte Zielsetzung, neben der Sicherung der Bodenfunktionen auch in der Vergangenheit beeinträchtigte Bodenfunktionen wiederherzustellen, lässt sich aber nur dahin verstehen, dass das Gesetz auch vor seinem Inkrafttreten verursachte schädliche Bodenveränderungen und Altlasten erfasst. Auch die Anknüpfung des

Gesetzes in § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BBodSchG an die Gesamtrechtsnachfolge lässt erkennen, dass es auf die gegenwärtige Rechtsstellung eines (für die Sanierung) Verantwortlichen ankommt, dessen Haftung auf Handlungen seines Rechtsvorgängers in der Vergangenheit erstreckt werden soll.

b. Systematik

Dieses Ergebnis wird durch eine gesetzessystematische Auslegung bestätigt: Das Bundes-Bodenschutzgesetz kennt spezielle, nur auf die Zukunft bezogene Stichtagsregelungen (etwa in § 4 Abs. 5 und Abs. 6 Satz 1 BBodSchG). Dies zwingt zum Umkehrschluss, dass die sonstigen Gefahrenabwehrpflichten in § 4 BBodSchG auch vergangenheitsbezogen zu verstehen sind.

c. Historie

Der Lauf des Gesetzgebungsverfahrens stützt dieses Ergebnis zusätzlich. Erst der Bundesrat brachte die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers in das Verfahren ein (BTDrucks 13/8182 vom 8. Juli 1997), weil dem „Verursacherprinzip stärker Rechnung zu tragen sei“. Dies deutet darauf hin, dass die Verantwortlichkeit für von einem Rechtsvorgänger verursachte Störung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge fortbestehen soll. Schließlich würde ein nur zukunftsbezogenes Verständnis des Bundes-Bodenschutzgesetzes dessen zentrales Anliegen der Sanierung bereits vorhandener Altlasten weitgehend ins Leere laufen lassen. Soweit in der Bezugnahme auf eine in der Vergangenheit verursachte Altlast eine „unechte“ Rückwirkung liegt, begegnet diese keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil das Gesetz auf die Beseitigung einer aktuellen fortbestehenden Umweltgefahr zielt und angesichts der tatbestandlichen Rückanknüpfung an Sachverhalte, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes ins Werk gesetzt worden sind, ein Vertrauen der Pflichtigen auf den Fortbestand der geltenden Vorschriften nicht geschützt ist (BVerfGE 30, 392 ; 72, 200).

2. Keine unzulässige Rückwirkung

Davon abgesehen kann von einer Rückwirkung der Sanierungspflicht des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast (§ 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BBodSchG) keine Rede sein, soweit er schon bisher auf der Grundlage des Abfallrechts, des Wasserrechts oder des allgemeinen Ordnungsrechts zur Störungsbeseitigung in Anspruch genommen werden konnte, der Verursacher somit durch das Bundes-Bodenschutzgesetz nachträglich von keinen belastenden oder verschlechternden Regelungen betroffen wird. Das ist weitgehend der Fall:

a. Rechtsnachfolge in konkrete Ordnungspflichten

Bereits das Gesetz über die Beseitigung von Abfällen (AbfG) vom 7. Juni 1972 (BGBl I S. 873) bot ausreichende gesetzliche Grundlagen zur Wertung und Kontrolle von Altlasten. § 11 Abs. 1 Satz 2 AbfG erfasste diese unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens, nahm auf das Wohl der Allgemeinheit Bezug und damit auf die grundlegende Bestimmung des § 2 Abs. 1 AbfG. Aus § 4 AbfG folgte die Abfallrechtswidrigkeit der Altlasten, da deren Abfälle nicht in dafür vorgesehene Anlagen abgelagert waren. Die Befugnisse zum Einschreiten ergaben sich aus den Abfallgesetzen der Länder in unterschiedlicher Ausprägung. Zum Teil gingen sie von umfassenden Generalklauseln (§ 10 des Abfallgesetzes für Baden-Württemberg vom 18. November 1975, GVBl S. 757), zum Teil von auf § 4 AbfG sich beziehenden Befugnissen aus (Art. 19 Bayerisches Abfallgesetz vom 1. Juni 1973, BayRS 2129-2-1-U). Fehlte Derartiges oder war der Anwendungsbereich der abfallrechtlichen Befugnisnorm zu begrenzt, stand das allgemeine Polizeirecht zur Verfügung mit den aus dem Abfallrecht sich ergebenden Maßstäben (Paetow, NVwZ 1990, 510). Gingen mit der Ablagerung von Altlasten schädliche Grundwasserverunreinigungen einher, folgte aus § 34 Abs. 2 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) vom 27. Juli 1957 (BGBl I S. 1110; in Kraft getreten am 1. März 1959) eine ausreichende behördliche Befugnis zum Einschreiten. Die Sanierung von Altlasten betreffend knüpft das Bundes Bodenschutzgesetz nunmehr in § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 in erheblichem Umfang an dieses System des Abfall- und Sicherheitsrechts an und schreibt in Bezug auf den Störer eine überkommene Rechtslage nunmehr unter dem Regime des Bundesbodenschutzrechtes fort. § 4 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BBodSchG kommt soweit die Verantwortlichkeit für eine Sanierung und Beseitigung einer Altlast bereits vom alten Recht erfasst war somit lediglich deklaratorischer Charakter zu. Die Frage nach einer Rückwirkung würde sich nur stellen, wenn das bisherige Recht in Teilbereichen (vgl. Schink, DVBl 1985, 1149) eine Sanierungsverantwortlichkeit des Verursachers der Altlast nicht hätte begründen können.

b. Rechtsnachfolge in abstrakte Ordnungspflichten

aa. Allgemeiner Grundsatz in der Rechtsordnung

Die Gesamtrechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Pflichten, deren Konkretisierung durch einen Verwaltungsakt noch aussteht, war der bisherigen Rechtsordnung keineswegs fremd. Sie folgte aus dem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts, dass sachbezogene Verhaltenspflichten den zivilrechtlichen Bestimmungen des Erbrechts und des Umwandlungsrechts folgend rechtsnachfolgefähig sind (grundsätzlich Erichsen, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 11 Rn. 50). Die jeweilige Verantwortlichkeit des Gesamtrechtsnachfolgers ist insoweit akzessorisch zur Haftung des Verursachers zu verstehen, d.h. er tritt in dessen materielle Polizei-

pflichten ein, kann sich aber auch auf sämtliche Einwendungen des Rechtsvorgängers berufen.

bb. Stand der Rechtsprechung

Dem entspricht auch die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, und zwar ohne danach zu unterscheiden, ob die jeweilige Pflichtenlage erst abstrakt angelegt oder bereits konkretisiert war: So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass nach dem Wohnungsgesetz vom 8. März 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 5) bzw. nach dem Wohnraumbewirtschaftungsgesetz vom 31. März 1953 (BGBl I S. 97) begründete Pflichten bei Tod des Verfügungsberechtigten auf die Gesamtrechtsnachfolger (§§ 1922, 1967 BGB) übergehen, da diese Verpflichtungen eine vertretbare Leistung zum Gegen¬stand haben (Urteil vom 19. März 1956 BVerwG 5 C 265.54 BVerwGE 3, 208; vgl. auch Urteil vom 20. Januar 1977 BVerwG 5 C 18.76 BVerwGE 52, 16). Das gleiche gilt für eine die Zustandverantwortlichkeit konkretisierende Beseitigungsanordnung nach den Bauordnungen der Länder (Urteil vom 22. Januar 1971 BVerwG 4 C 62.66 Buchholz 11 Art. 14 GG Nr. 114). Die Übergangsfähigkeit sachlich bestimmter Pflichtigkeiten wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass diese noch nicht durch Erlass eines Bescheides zu einer konkreten Verpflichtung erstarkt sind (Urteil vom 18. September 1981 BVerwG 8 C 72.80 BVerwGE 64, 105 zu § 25 des Wohnungsbindungsgesetzes vom 31. Januar 1974). Das Bundesverwaltungsgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass auch unfertige Verpflichtungen im Sinne einer vorerst bestehenden Pflichtigkeit auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen (Urteil vom 6. Juli 1965 BVerwG 2 C 34.63 BVerwGE 21, 302 und Urteil vom 11. März 1971 BVerwG 2 C 36.68 BVerwGE 37, 314 ; zu „unfertigen“, noch werdenden oder schwebenden übergangsfähigen Rechtsbeziehungen vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Juni 1960 VII ZR 229/58 BGHZ 32, 367). Auch der erkennende Senat ist in seinem Urteil vom 3. November 2005 BVerwG 7 C 27.04 (zur Veröffentlichung in Buchholz vorgesehen) davon ausgegangen, dass die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reichs für dessen materielle Polizeipflichten als Verhaltensverantwortliche einzustehen hätte, wenn nicht die Erlöschensregelung in § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes auch Forderungen aus der materiellen Polizeipflicht des Deutschen Reichs erfasste (zum Übergang ab¬strakter Polizeipflichten vgl. auch Urteil vom 15. März 2001 BVerwG 11 C 11.00 Buchholz 445.3 Landeswasserrecht Nr. 3).

Vor dem Inkrafttreten des Bundes-Bodenschutzgesetzes bestand somit im Hinblick auf die Gesamtrechtsnachfolgefähigkeit abstrakter Polizeipflichten keine unklare Rechtslage. Die Übergangsfähigkeit derartiger Pflichten war vielmehr von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts schon seit langem vorgezeichnet. Dabei ist das Fehlen höchstrichterlicher Entscheidungen zum Polizei- und Ordnungsrecht weitgehend bedingt durch die Irrevisibilität der landesrechtlichen Bestimmungen.

cc. Fehlende Konkretisierung durch Verwaltungsakt irrelevant

Dagegen kann die Klägerin nicht mit Erfolg einwenden, dass zum Einen das geltende Polizei- und Ordnungsrecht keine subjektiv öffentlichen Pflichten des Bürgers kenne, sondern nur Eingriffsermächtigungen der öffentlichen Gewalt und Regelungen darüber, gegen wen sich polizeiliche Verfügungen auf der Grundlage der Befugnisnormen richten dürften (Papier, DVBl 1996, 125 ; ders. NVwZ 1986, 256 ; ders. JZ 1994, 810 ; ebenso Spieth/ Wolfers, NVwZ 1999, 355 mit Darstellung des Meinungsstreites in Fußnote 47), und dass zum Anderen das Entstehen der Polizeipflicht nicht hinreichend gewiss sowie deren Inhalt oder Umfang nicht hinreichend vorhersehbar sei (Papier, DVBl 1996, 125).

(1). Drei-Stufen-Modell des BVerwG

Der Auffassung, die abstrakte Polizeipflichten für eine Fiktion hält, widersprechen schon die Strukturen der ordnungsrechtlichen Beziehungen zwischen (potenziellem) Störer und Polizeiträger: Im Sicherheitsrecht besteht (gefahrenunabhängig) auf einer ersten Stufe die Unterworfenheit des Bürgers unter den abstrakt-generellen Gefahrenabwehrtatbestand; nur hiermit korreliert der abstrakt-generelle Eingriffstatbestand. Auf der zweiten Stufe folgt die mit dem Gefahreneintritt sich ergebende, abstrakte Polizeipflicht, die auf der dritten Stufe dann durch Erlass eines Bescheides konkretisiert wird (vgl. grundsätzlich Dietlein, Nachfolge im öffentlichen Recht, Berlin 1999 S. 86 ff.). Wollte man eine auf der zweiten Stufe entstehende abstrakte Polizeipflicht als bloße Fiktion unberücksichtigt lassen, müsste es mangels Abschichtung in der Tat bei der auf der ersten Stufe vorhandenen generellen Gefahrenvorsorgepflicht (mit der entsprechenden behördlichen Eingriffsermächtigung) verbleiben, und dies trotz des Umstandes, dass der Störer einen sicherheitsrechtlichen Tatbestand bereits verwirklicht hat und daher ipso iure zur Gefahrenbeseitigung verpflichtet ist. Versteht man demgegenüber richtigerweise die materielle Polizeipflicht auch als eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Gefahrenbeseitigung und zur Minimierung des Schadens in einem ersten Zugriff, eine Pflicht, die bereits unmittelbar mit dem Eintritt der Gefahr entsteht, so hebt sich diese Pflichtenstellung von der allgemeinen Gefahrenvorsorgepflicht ab und stellt bereits eine konkrete Pflichtigkeit dar, die gegebenenfalls nur noch der Umsetzung durch einen Verwaltungsakt bedarf (Ossenbühl, Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, 1995, S. 57;

Becker, BBodSchG, Stand: 1. Dezember 2004, Teil 3, § 4 Rn. 21).

(2). Bestimmtheit
Damit erledigt sich auch der Einwand der Unbestimmtheit der Voraussetzungen einer Inanspruchnahme: Bei der abstrakten Polizeipflicht handelt es sich um eine unfertige Verpflichtung, deren wesentliches Merkmal nämlich die Pflicht zur Gefahrenabwehr oder Störungsbeseitigung im Zeitpunkt der Gesamtrechtsnachfolge bereits angelegt und damit hinreichend bestimmt ist. Diese materielle Verpflichtung geht auf den Gesamtrechtsnachfolger über und wird durch das Hinzutreten weiterer Umstände (Ermessensausübung, Bescheiderlass) konkretisiert (Stadie, DVBl 1990, 501). [...]

3. Kein Verstoß gegen Vorbehalt des Gesetzes
Der Möglichkeit der Gesamtrechtsnachfolge in abstrakte Polizeipflichten schon vor Inkrafttreten des Bundes-Bodenschutzgesetzes steht entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht entgegen, dass es bisher an einer positivrechtlichen, den Gesamtrechtsnachfolger verpflichtenden Eingriffsregelung fehlte. Die in der Literatur geforderte verfassungsrechtliche Sicht der Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers unter dem Blickwinkel des Gesetzesvorbehalts (Ossenbühl, a.a.O. S. 58 ff.; ähnlich Peine, DVBl 1980, 941) verkennt, dass der Übergang der Ordnungspflicht deren Übergangsfähigkeit unterstellt lediglich die Existenz einer Übergangsnorm voraussetzt (ausführlich Dietlein, a.a.O. S. 152 ff.). Ob die aus dem Zivilrecht abzuleitenden Nachfolgebestimmungen §§ 1922, 1967 BGB einerseits, § 20 Abs. 1, § 174 UmwG 1995 andererseits in unmittelbarer oder analoger Anwendung auf das öffentliche Recht Anwendung finden, muss nicht abschließend erörtert werden (vgl. ausführlich Riedl, Die Rechts- und Pflichtennachfolge im Verwaltungsrecht, Diss. jur. Erlangen, 1998, S. 100 ff.), weil sich durch ihre Klärung am Ergebnis des Rechtsstreits nichts ändern könnte.
Dem Vorbehalt des Gesetzes liegt das verfassungsrechtliche Gebot zugrunde, dass der Bürger dem Verfahrensrecht und dem materiellen Recht entnehmen können muss, unter welchen Voraussetzungen in sein Eigentum und in seine Freiheit eingegriffen werden darf. Dieses Gebot ist aber erst dann zu beachten, wenn der Polizeiträger in die Rechte des Bürgers eingreift. War die Polizeipflicht durch Bescheiderlass bereits in der Person des Rechtsvorgängers konkretisiert, geht diese Verpflichtung im Rahmen der Universalsukzession über. War die Polizeipflicht noch nicht konkretisiert, geht eine abstrakte Polizeipflicht im Rahmen der Universalsukzession über mit der Folge, dass sich erst in der Person des Gesamtrechtsnachfolgers die Frage nach dem Vorbehalt des Gesetzes stellt; dabei ist dieselbe polizeiliche Eingriffsbefugnis anwendbar, die gegenüber dem Rechtsvorgänger zur Anwendung gelangt wäre. Da auch der Gesamtrechtsnachfolge im öffentlichen Recht eine derivative Haftung zugrunde liegt, genügen die dem Zivilrecht zu entnehmenden gesetzlichen Regelungen der Rechtsnachfolge allein bezogen auf den Übergang der Pflichtigkeit auch einem im weiteren Sinne verstandenen Vorbehalt des Gesetzes (Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Auflage 2002, Rn. 455 f.; im Ergebnis ebenso Papier, DVBl 1996, 125 ; Schlabach/Simon, NVwZ 1992, 143).

II. Übergangsfähigkeit
Entgegen der Ansicht der Klägerin scheitert die Übergangsfähigkeit der Verhaltensstörerhaftung auch nicht an der Höchstpersönlichkeit der Polizeipflicht.

1. Für Höchstpersönlichkeit
Dieses Vorbringen ist noch der älteren Rechtsprechung (Urteil vom 9. Mai 1960 BVerwG 1 C 55.59 BVerwGE 10, 282 ff.) und Literatur (vgl. etwa Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Auflage 1924, S. 245 ff.) verhaftet, dass nämlich Polizeipflichten wegen der Nähe des Störers zum Schadenseintritt höchstpersönlicher Natur, damit einer Übertragung durch Universalsukzession entzogen seien und infolge ihrer Bindung an die Person des Störers mit dessen Tod untergingen.

2. Gegen Höchstpersönlichkeit
Zutreffend ist die Annahme, dass höchstpersönliche Rechte und Pflichten nicht nachfolgefähig sind. Höchstpersönlich ist aber nur eine Rechtsbeziehung, die sich nicht von der Person des Trägers lösen lässt und sich in diesem persönlichen Bezug erschöpft (Urteil vom 18. September 1981 BVerwG 8 C 72.80 BVerwGE 64, 105). Derartige, auf eine Person fixierte Rechtsverhältnisse kommen im Regelfall nur bei natürlichen Personen in Betracht; bei einer juristischen Person wie der Klägerin fehlt von der Natur der Sache her diese Personenbezogenheit. Die Verhaltensverantwortlichkeit begründet vorrangig die Verpflichtung, eine selbst verursachte Störung oder Gefahr hier: eine Altlast zu beseitigen; die sich hierin erschöpfende Verpflichtung ist schon von vornherein nicht höchstpersönlich, wenn die Beseitigung der Störung auch durch Dritte erfolgen kann und damit auch einer Ersatzvornahme zugänglich wäre. Erweist sich eine Pflicht zur Gefahrenabwehr als eine vertretbare Handlung, kann sie nicht höchstpersönlich sein und ist damit gesamtrechtsnachfolgefähig.

3. Subsumtion
Diese Voraussetzung ist bei der in Rede stehenden abstrakten Polizeipflicht gegeben [wird ausgeführt].

Standort: Abschleppen von KfZ Problem: Zivilrechtl. Unterlassungsansprüche

BGH, URTEIL VOM 26.01.2006
I ZR 83/03 (NVWZ 2006, 964)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob gegen einen Abschleppunternehmer, der im Auftrag des Staates verbotswidrig abgestellte KfZ abschleppt und im Anschluss daran die Herausgabe des KfZ an den Berechtigten von der Begleichung der Abschleppkosten abhängig macht, privatrechtliche Unterlassungsansprüche (hier: nach UWG) geltend gemacht werden können.

Der BGH verneint die Frage. Der Abschleppunternehmer handle im öffentlichen Auftrag und damit hoheitlich, ähnlich einem Verwaltungshelfer. Dies gelte für den gesamten Abschleppvorgang (Entfernen des KfZ, Verwahrung desselben, Geltendmachung der Kosten), der einheitlich zu betrachten und nicht künstlich in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil aufgesplittet werden dürfe. Hoheitliches Handeln sei aber jedenfalls dann kein Handeln im geschäftlichen Verkehr i.S.d. UWG, wenn es sich - wie beim Abschleppen eines KfZ - um Eingriffsverwaltung auf gesetzlicher Grundlage handele.

Am Rande stellt der BGH klar, dass (unter Geltung des Landesrechts NRW) vom Abschleppunternehmer tatsächlich ein Zurückbehaltungsrecht am abgeschleppten KfZ bis zur Zahlung der Abschleppkosten geltend gemacht werden kann, und zwar unabhängig davon, ob man den Abschleppvorgang als Sicherstellung (vgl. § 43 PolG NRW) oder als Ersatzvornahme (vgl. §§ 52 PolG NRW bzw. 59 VwVG NRW) ansehe.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle sind die vielleicht häufigste Problematik in öffentlich-rechtlichen Examensaufgaben überhaupt. Der vorliegende Fall hat zwar einen (nicht minder interessanten) zivilrechtlichen Einstieg, enthält aber auch eine Reihe von Ausführungen, die im öffentlichen Recht von Interesse sind:

1. Das Zurückbehaltungsrecht an sichergestellten Sachen, zu dessen Begründung der BGH noch auf eine alte Entscheidung des OVG NRW aus dem Jahre 1983 verweist, ist mittlerweile in § 77 V VwVG NRW i.V.m. § 11 IV 2 KostO NRW explizit geregelt.

2. Die Stellung des privaten Abschleppunternehmers beim Abschleppen von KfZ im Auftrag von Hoheitsträgern (i.d.R. Polizei- oder Ordnungsbehörden) ist seit langem umstritten. Dies ist für zahlreiche Fallkonstellationen wichtig, neben der Vorliegenden vor allem für Amtshaftungsansprüche bei Beschädigung des abgeschleppten KfZ (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB), die nach Art. 34 S. 1 GG die Ausübung eines öffentlichen Amtes voraussetzen.

a. Als h.M. kann mittlerweile gelten, dass ein Privatmann jedenfalls dann öffentlich-rechtlich handelt, wie auch der BGH vorliegend annimmt, wenn er als "verlängerter Arm" der Behörde für diese weisungsgebunden eine öffentlich-rechtliche Aufgabe im Rahmen der Eingriffsverwaltung - hier: Gefahrenabwehr - erledigt. Der BGH spricht in den Entscheidungsgründen davon, dass ein Abschleppunternehmer einem "Verwaltungshelfer" im o.g. Sinne *angenähert* sei, weil er beim Abschleppen wie jener im Auftrag einer Behörde für diese und in deren Namen Verwaltungsaufgaben (Gefahrenabwehr) erledige.

b. Eine m.M. (vgl. *Maurer*, VerwR AT, § 23 Rz. 64; *Würtenberger*, JZ 1993, 1003, 1005) hält dem entgegen, der Abschleppunternehmer entscheide in jedem Einzelfall frei, ob er den Abschleppauftrag übernehmen könne und wolle. Wegen dieser Entscheidungsfreiheit und wegen der privatrechtlichen Natur des Auftragsverhältnisses zwischen Abschleppunternehmer und Staat (Werkvertrag) sei er weder Verwaltungshelfer noch diesem "angenähert", sondern handle rein privatrechtlich.

Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidungen der Vorinstanzen: *LG Düsseldorf*, SchadenPraxis 2002, 342 (Klage stattgegeben); *OLG Düsseldorf*, OLGRep 2003, 475 (Klage abgewiesen)

❑ Rechtsnatur des Abschleppvorgangs: *BGHZ* 48, 98; 121, 161; *OLG Nürnberg*, JZ 1967, 61

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die defekte Parkuhr"

❑ *Examenskurs* : "Das mobile Halteverbot"

Leitsatz:

Ein Abschleppunternehmer, der auf Weisung der Polizeibehörde Kostenansprüche wegen des Abschleppens eines verbotswidrig abgestellten Kraftfahrzeugs geltend macht, handelt nicht im geschäftlichen Verkehr, sondern als verlängerter Arm der Behörde. Gegen seine Mitwirkung bei der Einziehung der Kostenforderung sind deshalb wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Die Beklagte betreibt in D. einen Abschleppdienst. Der Kläger ist Rechtsanwalt mit Kanzleisitz in D. Am 15. Dezember 2000 schleppte die Beklagte im Auftrag des örtlichen Polizeipräsidiums das verbotswidrig ab-

gestellte Kraftfahrzeug des Klägers ab und verbrachte es auf ihr Betriebsgelände. Als der Kläger sein Kraftfahrzeug am selben Tag abholen wollte, sich aber nur bereit erklärte, die entstandenen Kosten nach Zusendung einer Rechnung oder mit Kreditkarte, nicht aber bar zu begleichen, verweigerte ein Mitarbeiter der Beklagten auf Anweisung des zuständigen Sachbearbeiters der Polizeibehörde die Herausgabe des Kraftfahrzeugs. Auch ein weiterer Versuch des Klägers im Januar 2001, das Kraftfahrzeug bei der Beklagten abzuholen, schlug fehl. Der Geschäftsführer der Beklagten war nur bereit, den Pkw gegen Zahlung der entstandenen Kosten in bar herauszugeben.

Das Kraftfahrzeug erhielt der Kläger Anfang Februar 2001 zurück, nachdem er die geforderten Kosten überwiesen und der Prozessbevollmächtigte des Polizeipräsidiums D. sich in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren damit einverstanden erklärt hatte, dass der Kläger den Pkw abholen könne.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte verstoße durch die Geltendmachung der Abschleppkosten gegen das Rechtsberatungsgesetz und verhalte sich deshalb wettbewerbswidrig. Sie übe eine erlaubnispflichtige Inkassotätigkeit aus, ohne über die erforderliche Erlaubnis zu verfügen. Das LG hat seiner Unterlassungsklage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Die Revision des Kl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des OLG

Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch des Klägers als unbegründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

I. Einheitliche, öffentlich-rechtliche Tätigkeit

Auf den zur Beurteilung anstehenden Fall seien vorrangig Amtshaftungsgrundsätze anzuwenden. Eine Inanspruchnahme der Beklagten auf Unterlassung eines bestimmten Verwaltungshandelns sei danach ausgeschlossen. Die Beklagte handele nicht als privater Unternehmer, sondern in Ausübung eines öffentlichen Amtes, indem sie die Herausgabe im Auftrag der Polizeibehörde abgeschleppter Fahrzeuge von der Bezahlung der entstandenen Kosten abhängig mache. Der Abschleppunternehmer sei gleichsam Erfüllungsgehilfe der Polizei und in seiner Stellung einem Verwaltungshelfer angenähert. Diese für den Abschleppvorgang geltenden Grundsätze seien auch auf die anschließende Verwahrung und Abwicklung der Herausgabe anzuwenden. Die verschiedenen Phasen des Abschleppvorgangs und seiner Abwicklung seien rechtlich einheitlich einzuordnen und nicht in einen hoheitlichen und einen privatrechtlichen Teil aufzuspalten.

Der Abschleppunternehmer mache mit der Entgegennahme der Zahlung den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch als Beauftragter der Behörde geltend. Mit der Übermittlung der Erklärung der Polizeibehörde an den Halter, an dem Kraftfahrzeug werde bis zur Zahlung der Kosten ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, übermittle der Unternehmer als Bote nur eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung der Behörde. Daran ändere die Erstellung einer Rechnung über die entstandenen Kosten durch die Beklagte nichts.

II. Keine zivilrechtlichen Unterlassungsansprüche gegen Ausübung öffentlich-rechtlicher Tätigkeit

Stelle sich der Forderungseinzug der Beklagten gegen den Halter eines abgeschleppten Fahrzeugs als Verwaltungshandeln der Polizeibehörde dar, könne das Unterlassungsbegehren des Klägers nicht gegen die Beklagte geltend gemacht werden. Gegen einen Beamten könne auch nicht mit Hilfe eines Schadensersatzanspruchs ein Rechtszwang auf seine weitere Amtsführung ausgeübt werden, die der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zugerechnet werde, deren Funktion der Beamte ausübe. Ansonsten würde über das Verfahren gegen den Beamten auf das Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Einfluss genommen und in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsbehörde eingegriffen.

Diese Erwägungen seien im Streitfall entsprechend anzuwenden. Eine Inanspruchnahme der Beklagten könne auch nicht mit einer Doppelnatur der Betätigung der öffentlichen Hand begründet werden, die je nach der Beziehung, in der sie Wirkungen äußere, einmal als hoheitlich und zum anderen als privatrechtlich zu beurteilen sei. Es liege ein rein hoheitliches Handeln vor, das einheitlich als öffentlichrechtlich einzustufen sei.

B. Entscheidung des BGH

Die Revision ist nicht begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Unterlassungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz zu. Dies gilt sowohl nach altem (§ 1 UWG a.F. i.V. mit Art. 1 § 1 Satz 1 RBerG) als auch nach neuem Recht (§§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit Art. 1 § 1 Satz 1 RBerG). Ein Unterlassungsanspruch des Klägers setzt ein Handeln der Beklagten im geschäftlichen Verkehr voraus. Daran fehlt es im Streitfall. Die Frage, ob die Beklagte und das Land Nordrhein-Westfalen, dessen örtlich zuständige Polizeibehörde die Beklagte eingeschaltet hat, durch ihr Verhalten dem Rechtsberatungsgesetz zuwider gehandelt haben, kann daher offen bleiben.

I. Hoheitliches Handeln kein Handeln im Geschäftsverkehr i.S.d. UWG

Ein Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG a.F. setzt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Dies gilt auch für einen auf § 3 UWG gestützten Unterlassungsanspruch, der eine Wettbewerbshandlung i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG voraussetzt (vgl. Fezer/Fezer,

UWG, § 2 Rdn. 16; Gloy in Gloy/ Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl., § 11 Rdn. 2; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 2 UWG Rdn. 4). Daran fehlt es, wenn die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich tätig wird (vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1953 I ZR 118/52, GRUR 1953, 293, 294; Urt. v. 26.2.1960 I ZR 166/58, GRUR 1960, 384, 386; OLG München GRUR 2004, 169, 171; Harte/Henning/ Keller, UWG, § 2 Rdn. 25). Dieser Bereich staatlichen Handelns ist anders als die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand (vgl. BGH, Urt. v. 21.7.2005 I ZR 170/02, GRUR 2005, 960, 961 = WRP 2005, 1412 Friedhofsruhe) und die allgemeine öffentliche Aufgabenerfüllung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung (vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 18.10.2001 I ZR 193/99, GRUR 2002, 550, 554 = WRP 2002, 527 Elternbriefe) einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen (vgl. Meckel in HKWettbR, 2. Aufl., § 2 Rdn. 5; Fezer/Fezer aaO § 2 Rdn. 25; Harte/Henning/Keller aaO § 2 Rdn. 25; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 UWG Rdn. 13.21).

II. Zum Vorliegen hoheitlichen Handelns beim Abschleppen von KfZ durch Private im Auftrag von Hoheitsträgern

Von einem hoheitlichen Handeln ist bei dem von dem Kläger beanstandeten Verhalten der Beklagten im Streitfall auszugehen, weil diese von der Polizeibehörde des Landes Nordrhein-Westfalen zur Durchführung ihrer hoheitlichen Tätigkeit eingeschaltet worden ist und hiergegen gerichtete Unterlassungsansprüche, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, sich ausschließlich gegen die öffentliche Hand und nicht gegen die Beklagte richten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt ein Abschleppunternehmer, der von der Polizeibehörde durch privatrechtlichen Vertrag mit dem Abschleppen eines Fahrzeugs beauftragt wird, bei der Durchführung der polizeilich angeordneten Abschleppmaßnahme in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes. Seine Stellung ist derjenigen eines Verwaltungshelfers angenähert. Er wird ohne eigene Entscheidungsmacht als verlängerter Arm der Verwaltungsbehörden tätig (vgl. BGHZ 48, 98, 103; 121, 161, 165; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., § 1 Rdn. 59). Der Abschleppvorgang stellt sich materiellrechtlich als polizeiliche Vollstreckungsmaßnahme dar (vgl. BGHZ 121, 161, 164 ff.).

Die polizeiliche Maßnahme war im Streitfall auf die öffentlichrechtliche Vorschrift des § 43 Polizeigesetz des Landes NordrheinWestfalen (PolG NRW) gestützt. Danach kann die Polizei oder ein von ihr beauftragter Dritter eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden. Auf diese Bestimmung hat die Polizei ausweislich des von der Beklagten vorgelegten polizeilichen Merkblatts, in dem auch die Höhe des Kostenbetrags ausgewiesen ist, das Abschleppen des Fahrzeugs des Klägers gestützt. Die Verantwortlichkeit für ein als Amtspflichtverletzung zu beurteilendes Fehlverhalten der Beklagten bei dem Abschleppvorgang trifft allein die öffentlichrechtliche Körperschaft, die die Beklagte beauftragt hat (Art. 34 Satz 1 GG i.V. mit § 839 BGB). Daneben haftet der Abschleppunternehmer nicht, soweit nicht seine hier nicht interessierende Halterhaftung nach § 7 StVG in Rede steht (vgl. BGHZ 121, 161, 167 f.).

Entsprechendes gilt für eine Inanspruchnahme der Beklagten auf Unterlassung der mit dem Abschleppvorgang zusammenhängenden Handlungen, die die Beklagte ausschließlich auf Anweisung der Polizei vornimmt. Der Unternehmer handelt hier nur als verlängerter Arm der Verwaltungsbehörde ohne eigene Entschließungsfreiheit.

III. Zurückbehaltungsrecht

Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass auch die Geltendmachung der Kostenansprüche der Polizeibehörden aus dem Abschleppvorgang durch die Beklagte dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen ist, der dem Wettbewerbsrecht nicht unterliegt.

1. Bei Sicherstellung

Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 PolG NRW sind sichergestellte Sachen in Verwahrung zu nehmen; die Verwahrung kann, etwa wenn sie bei der Polizeibehörde unzweckmäßig erscheint, Dritten übertragen werden (§ 44 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 PolG NRW). Gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3 PolG NRW kann die Herausgabe der Sache von der Zahlung der Kosten abhängig gemacht werden. Die Verwahrung des abgestellten Kraftfahrzeugs und seine Herausgabe vollziehen sich ausschließlich nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Der Polizeibehörde steht kraft öffentlichen Rechts die Befugnis zu, wegen des auch ohne Leistungsbescheid fälligen Kostenerstattungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben (vgl. OVG NRW, DVBl 1983, 1074). Dem öffentlichrechtlichen Bereich zuzuordnen ist dementsprechend die in § 46 Abs. 3 Satz 3 PolG NRW vorgesehene Ermächtigung, die Herausgabe der Sache von der Zahlung der Kosten abhängig zu machen (vgl. OVG NRW DVBl 1983, 1074, 1075).

2. Bei Ersatzvornahme

Nichts anderes gilt im Übrigen, wenn der Abschleppvorgang, nicht wie im Streitfall auf die landesgesetzlichen Polizeivorschriften über die Sicherstellung und Verwahrung von Gegenständen gestützt wird, sondern auf eine Ersatzvornahme. Danach kann die Durchsetzung des mit Verkehrszeichen oder Verkehrseinrichtungen verbundenen Gebots, ein dort abgestelltes Fahrzeug alsbald wegzufahren, im Wege der Ersatzvornahme durch Abschleppen unter Beachtung des

Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 623; VGH Kassel, NVwZRR 1999, 23; Lampert, NJW 2001, 3526, 3527). Auch in diesem Fall ist die Maßnahme der öffentlichrechtlichen Eingriffsverwaltung zuzuordnen.

Die Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme vollzieht sich ebenfalls nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Die Herausgabe des abgeschleppten Kraftfahrzeugs kann auch in diesem Fall von der Zahlung der Kosten abhängig gemacht werden (vgl. VGH Kassel NVwZRR 1999, 23, 27). Rechtsgrundlage für die Kostenerstattung im Falle der Ersatzvornahme ist § 52 Abs. 1 PolG NRW i.V. mit § 77 VwVG NRW. Nach § 77 Abs. 5 VwVG NRW kann die Herausgabe der Sache von der Zahlung eines Vorschusses bis zur voraussichtlichen Höhe der noch festzusetzenden Kosten abhängig gemacht werden.

Die Revision bringt ohne Erfolg vor, die Polizeibehörde schließe mit dem Abschleppunternehmer auf privatrechtlicher Grundlage Geschäfte ab. Es handele sich um die kommerzielle Beschaffung sachlicher und personeller Mittel (Dienstleistungen). Diese Beschaffungsgeschäfte unterstünden den Regeln des Privatrechts. Auch der Einzug öffentlich-rechtlicher Kostenerstattungsforderungen erfolge auf privatrechtlicher Grundlage.

Das Beschaffungsgeschäft ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Der Kläger hat seinen Unterlassungsantrag nicht gegen eine Vereinbarung zwischen der Polizeibehörde und der Beklagten als Abschleppunternehmerin gerichtet, sondern er erstrebt das Verbot der Geltendmachung der Behördenansprüche aufgrund von Abschleppmaßnahmen durch die Beklagte. Deren Geltendmachung erfolgt jedoch auf öffentlichrechtlicher Grundlage (vgl.o.).

Standort: VwZG Problem: Zustellungsfehler; Rechtsbehelfsbelehrung

BVERWG, BESCHLUSS VOM 31.05.2006
6 B 65105 (NVWZ 2006, 943)

Problemdarstellung:

1. Das BVerwG hatte sich im Rahmen einer Beschwerde über die Nichtzulassung der Revision gegen einen Musterungsbescheid mit der Frage zu beschäftigen, wann ein Zustellungsmangel nach dem VwZG geheilt werden kann. Eine solche Heilungsmöglichkeit nach § 8 VwZG (im Fall: § 9 VwZG a.F.) setzt nach st.Rspr. des BVerwG ungeschrieben voraus, dass die Behörde den Verwaltungsakt überhaupt zustellen wollte, sie ihn m.a.W. nicht versehentlich formlos bekannt machen wollte. Für den Fall der Zustellung gegen Empfangsbekenntnis (EB) nach § 5 VwZG entfalle der Zustellungswille aber nicht allein dadurch, dass die Behörde auf das Unterschreiben eines EB durch den Adressaten verzichte.

2. Ferner ging es um die Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 I VwGO unrichtig ist und damit die Jahresfrist des § 58 II VwGO auslöst, wenn in ihr vom Fristbeginn ab "Bekanntgabe" die Rede ist, wenn es richtig ab "Zustellung" hätte heißen müssen. Das BVerwG verneint dies jedenfalls solange, wie der Zeitpunkt des Fristbeginns bei "Bekanntgabe" und "Zustellung" identisch ist. Dies dürfte bei Zustellung gegen EB gem. § 5 VwZG und mittels Postzustellungsurkunde (PZU) gem. § 3 VwZG stets der Fall sein, und auch bei der Zustellung mittels eingeschriebenen Briefes unterscheiden sich die "Drei-Tages-Fiktion" in § 4 VwZG für die Zustellung und in § 41 II VwVfG für die Bekanntgabe nicht.

Für landesrechtlich gelagerte Fälle dürfte solange nichts anderes gelten, wie Landes-VwVfG und Landes-VwZG insoweit dem Bundesrecht entsprechen, was vielfach der Fall ist. Allerdings kann es selbstverständlich sein, dass ein Landesgesetzgeber in seinem VwZG und VwVfG unterschiedliche Regelungen zum Fristbeginn bei Bekanntgabe und Zustellung normiert. In diesen Fällen wäre eine "Bekanntgabe" und "Zustellung" verwechselnde Rechtsbehelfsbelehrung sehr wohl unrichtig, wie sich aus den Gründen der vorliegenden Entscheidung und aus ihrem Leitsatz ergibt, der die Richtigkeit einer von "Bekanntgabe" statt "Zustellung" sprechenden Rechtsbehelfsbelehrung explizit nur für Fälle feststellt, in denen nach § 5 VwZG (des Bundes) zugestellt wurde.

Prüfungsrelevanz:

Das VwZG des Bundes hat sich in der neuen Fassung vom 12.08.2005 bekanntlich in vielen Punkten geändert. Eine dieser Änderungen betraf auch die Heilung von Zustellungsmängeln (früher § 9 VwZG a.F., jetzt § 8 VwZG n.F.), um die es im vorliegenden Fall ging. Komplett neu gefasst wurden die Zustellung im Ausland (§ 9 VwZG n.F.) und die öffentliche Zustellung (§ 10 VwZG n.F.). Die zahlreichen Sondervorschriften über die Zustellung gegen EB (§§ 10 ff. VwZG a.F.) sind entfallen; an ihre Stelle ist der Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der ZPO in § 5 II VwZG n.F. getreten. Mit diesen Änderungen sollte jeder Kandidat im ersten und zweiten juristischen Staatsexamen vertraut sein, da sich Fristprobleme leicht in Examensaufgaben integrieren lassen.

Hingewiesen sei noch darauf, dass die "Bekanntgabe" jedenfalls bei per Post übermittelten Verwaltungsakten nicht mit dem "Zugang" verwechselt werden darf. Bei der Bekanntgabe gibt es die oben erwähnte "Drei-

Tages-Fiktion" in § 41 II VwVfG, derentwegen es vorkommen kann, dass ein Verwaltungsakt erst nach seinem Zugang als bekanntgegeben gilt, denn die "Drei-Tages-Fiktion" tritt explizit nur dann nicht ein, wenn der Zugang tatsächlich erst *nach* diesen drei Tagen oder gar nicht erfolgte; sie bleibt m.a.W. bei früherem Zugang in Kraft. Da es jene "Drei-Tages-Fiktion" auch bei Zustellung per Einschreiben gibt (§ 4 VwZG), wäre eine "Zugang" statt "Zustellung" schreibende Rechtsbehelfsbelehrung jedenfalls bei Zustellung per Einschreiben falsch (so explizit *OVG NRW*, RA 2001, 117 = NVwZ 2001, 212, übrigens in einem Fall, in dem das Justizprüfungsamt [!] falsch belehrt hatte).

Vertiefungshinweise:

❑ Zustellungswille der Behörde als Voraussetzung für Heilungsmöglichkeit bei Zustellungsmängeln: *BVerwGE* 104, 301; *BVerwG*, NJW 1988, 1612

❑ "Bekanntgabe" statt "Zustellung" in der Rechtsbehelfsbelehrung: *BVerwG*, NJW 1991, 508

❑ Weitere Fälle zu Problemen mit der Rechtsbehelfsbelehrung: *BVerwG*, RA 2002, 633 = BayVBl 2002, 678 (richtig, aber trotzdem unrichtig); *VG Darmstadt*, RA 2000, 321 = NVwZ 2000, 591 (unrichtig geworden); *OVG Münster*, RA 2000, 443 = NWVBl 2000, 264 (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung); *OVG Greifswald*, RA 1999, 485 = NVwZ-RR 1999, 476 (Amt statt Behörde); *OVG Frankfurt/Oder*, RA 2004, 369 = NVwZ-RR 2004, 315 (Rechtsträger statt Behörde)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Waffenbesitzkarte"

❑ *Examenskurs* : "Stuckateurgewerbe"

❑ *Assessorkurs* : "Fieser Verein"

Leitsätze:

1. Der systematische Verstoß der Wehrverwaltung gegen § 5 I 2 VwZG a.F. (= § 5 I 3 VwZG n.F.) bei der Aushändigung von Musterungsbescheiden an Wehrpflichtige ohne Empfangsbekenntnis stellt den Zustellungswillen bei der zustellungspflichtigen Behörde nicht in Frage. Deshalb kann der Verstoß nach § 9 VwZG a.F. (= § 8 VwZG n.F.) geheilt werden.

2. Die Rechtsbehelfsbelehrung eines nach § 5 I VwZG zugestellten Musterungsbescheides, nach welcher der Widerspruch innerhalb von zwei Wochen nach "Bekanntgabe" des Bescheides erhoben werden kann, ist nicht unrichtig.

Sachverhalt:

Der Kl. stützte seine Grundsatzrüge (§ 132 I 1 Nr. 1 VwGO) auf insgesamt sechs für klärungsbedürftig gehaltene Fragen, darunter die, ob ein Verstoß der Wehrverwaltung gegen § 5 I 2 VwZG a.F. (= § 5 I 3 VwZG n.F.) bei der Aushändigung von Musterungsbescheiden an Wehrpflichtige ohne Empfangsbekenntnis nach § 9 VwZG a.F. (= § 8 VwZG n.F.) geheilt werden kann und ob die Rechtsbehelfsbelehrung eines nach § 5 I VwZG zugestellten Musterungsbescheides, nach welcher der Widerspruch innerhalb von zwei Wochen nach "Bekanntgabe" des Bescheides erhoben werden kann, unrichtig ist.

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Heilung eines Zustellungsmangels

[...] Der Kl. hält außerdem die Frage für grundsätzlich klärungsbedürftig, ob es für die Annahme eines gem. § 9 VwZG a.F. (= § 8 VwZG i. d. F. des Gesetzes vom 12.8. 2005, BGBl I, 2354) der Heilung fähigen Zustellungsmangels ausreiche, dass die Behörde den Willen hatte, dem Adressaten das Schriftstück durch einfache Zuleitung bekannt zu machen.

I. Ansicht des Klägers

Diese Frage sei erheblich, denn das VG gehe in seinem Urteil davon aus, bei der Übergabe des Musterungsbescheides an den Kl. sei zwar die zwingende Vorschrift des § 5 I 2 VwZG a.F. (= § 5 I 3 n.F.) nicht eingehalten worden. Der Fehler sei aber nach § 9 VwZG a.F. geheilt worden. Das VG habe zutreffend angenommen, dass eine Heilung von Zustellungsmängeln nur möglich sei, wenn die Behörde den Willen gehabt habe, eine Zustellung vorzunehmen. Soweit das VG aber ausgeführt habe, für die Annahme des Zustellungswillens reiche es aus, dass die Behörde das zuzustellende Schriftstück dem Empfangsberechtigten zuleite, sei ihm nicht zu folgen. Eine - vom Zustellungswillen der Behörde getragene - Zustellungshandlung sei jedenfalls auch darauf gerichtet, die Zustellung formgerecht vorzunehmen. Danach komme die Heilung eines Zustellungsmangels nur in Betracht, wenn die Behörde jedenfalls die Intention gehabt habe, nicht nur bekannt zu geben, sondern förmlich zuzustellen. Die grundsätzliche Bedeutung der Frage liege darin, dass das Bundesministerium der Verteidigung mit Erlass vom 29.12.1997 (VMBl 1998, 136) angeordnet habe, dass die nachgeordneten Wehrersatzbehörden in der Rechtsbehelfsbelehrung der von ihnen erlassenen belastenden Verwaltungsakte beim Beginn der Widerspruchsfrist auf die Bekanntgabe abzustellen hätten. Diese Anordnung verstoße gegen § 33 I 1 WPflG, wonach die Widerspruchsfrist erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen beginne.

II. Ansicht des BVerwG

Die aufgeworfene Frage wäre in der Allgemeinheit, in

der sie vom Kl. formuliert worden ist, in dem mit der Beschwerde angestrebten Revisionsverfahren nicht zu beantworten. Soweit sie nach den tatsächlichen Feststellungen des VG im Streitfall entscheidungserheblich ist, kann sie auf der Grundlage der vorliegenden Rechtsprechung des BVerwG auch ohne vertiefte Prüfung in einem Revisionsverfahren beantwortet werden.

1. Mangelhafte Zustellung

Nach § 44 I WPflG, hier anzuwenden in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.2.2002 (BGBl I, 954), waren die im Wehrpflichtgesetz vorgesehenen Bescheide - und somit auch die Musterungsbescheide (§ 19 IV WPflG) - zuzustellen (Satz 1); für das Zustellungsverfahren galt das Verwaltungszustellungsgesetz in seiner damaligen Fassung (Satz 2). Dieser Verpflichtung ist die Wehrersatzbehörde bei der Musterung des Kl. in der Weise nachgekommen, dass sie diesem den Musterungsbescheid am Tag der Musterung durch einen Bediensteten aushändigen ließ (§ 5 I 1 VwZG a.F.); dabei wurde das Datum der Aushändigung auf dem Bescheid vermerkt (§ 5 I 3 VwZG a.F.). Dagegen verzichtete die Behörde darauf, den Kl. gem. § 5 I 2 VwZG a.F. ein Empfangsbekenntnis unterzeichnen zu lassen und dieses sodann zu ihren Akten zu nehmen. Dieser Verzicht entsprach, wie der Kl. vor dem VG vorgetragen und die Bekl. nicht in Abrede gestellt hat, einer ständigen behördlichen Praxis und diente der Vereinfachung der Aktenführung.

2. Heilung

Das VG hat diesen Sachverhalt zu Recht dahin gewürdigt, dass der in dem Verzicht auf die Einholung eines Empfangsbekenntnisses liegende Zustellungsmangel gem. § 9 VwZG a.F. durch die nachweisliche Übergabe des Bescheides am Musterungstage geheilt wurde.

a. Zustellungswille als Voraussetzung

Allerdings setzt die Anwendung des § 9 VwZG a.F. nach der Rechtsprechung des BVerwG (Buchholz 340 § 9 VwZG Nr. 12; NVwZ 1999, 178) voraus, dass die Behörde den Willen hatte, eine Zustellung vorzunehmen.

b. Subsumtion

Diese Voraussetzung war hier jedoch zweifelsfrei erfüllt, und zwar auch dann, wenn der erforderliche Zustellungswille nicht nur auf die Übermittlung des Schriftstücks als solche, sondern darüber hinaus auch auf dessen Bekanntgabe in den besonderen Formen des Verwaltungszustellungsrechts zu beziehen sein sollte (vgl. BVerwG, Buchholz 340 § 9 VwZG Nr. 12).

aa. Verzicht auf EB bei Übergabe nicht mit Bekanntgabe durch einfachem Brief gleichzusetzen

Denn der Verzicht der Behörde auf die Einholung eines Empfangsbekenntnisses lässt weder an ihrem Bekanntgabewillen noch daran zweifeln, sich zur Bekanntgabe einer besonderen Bekanntgabeform nach dem Verwaltungszustellungsgesetz zu bedienen, nämlich der Aushändigung des Bescheides an den Empfänger durch einen Bediensteten gern. § 5 I VwZG a.F. Vielmehr hat die Behörde mit dem Verzicht auf die Einholung eines Empfangsbekenntnisses vor allem ihre eigenen Interessen missachtet, denn das Empfangsbekenntnis dient dem Nachweis des Zeitpunktes, zu dem der Empfänger von dem Zugang des zuzustellenden Schriftstücks Kenntnis erlangt hat und bereit war, dieses entgegenzunehmen (vgl. Engelhardt/App, VwZG, 6. Aufl. [2004], § 5 Rdnr. 10). Entgegen der Auffassung des Kl. ist die von der Bekl. praktizierte Verfahrensweise mit einer lediglich formlosen Übersendung von Schriftstücken nicht gleichzusetzen. Mit der persönlichen Aushändigung des Bescheides und dem dort angebrachten Vermerk des Zustellungsdatums durch den Bediensteten erfüllt die Bekl. gerade diejenigen Anforderungen in § 5 I VwZG, die unter dem Gesichtspunkt des Empfängerschutzes wesentlich sind, insbesondere den Gefahren für die Kenntniserlangung bei einer Übermittlung durch einfachen Brief vorbeugen.

bb. Systematische Verstöße irrelevant

Aus den vorstehend dargelegten Gründen kann auch die Frage, ob es "für die Annahme des Zustellungswillens unschädlich (ist), wenn die Behörde bewusst und systematisch die Zustellungsvorschriften missachtet und ausdrücklich die in gesetzlicher Form vorzunehmende und zu beurkundende Übergabe des Schriftstücks zu verhindern versucht", die Zulassung der Revision nicht rechtfertigen.

Denn nach dem Gesagten stellt selbst der systematische Verzicht der Bekl. auf die Einholung eines Empfangsbekenntnisses ihren Zustellungswillen bei der Aushändigung der Musterungsbescheide nicht in Frage. Entgegen der Auffassung des Kl. kann der Bekl. im Verhältnis zum Empfänger kein treuwidriges Verhalten zur Last gelegt werden. Wie bereits dargelegt, begibt sich die Bekl. mit dem Verzicht auf die Einholung eines Empfangsbekenntnisses eines Beweismittels, welches sie unter Umständen benötigt, wenn der Empfänger bestreitet, den Bescheid überhaupt oder zu einem bestimmten Zeitpunkt erhalten zu haben. Demgegenüber wird jedenfalls durch den Vermerk des Zustellungsdatums auf dem ausgehändigten Bescheid die Aufmerksamkeit des Empfängers darauf gelenkt, dass nach Maßgabe der Rechtsbehelfsbelehrung die Widerspruchsfrist zu laufen beginnt.

B. "Bekanntgabe" statt "Zustellung" in der Rechtsbehelfsbelehrung

Außerdem hält der Kl. die Fragefür grundsätzlich klärungsbedürftig, ob die vierzehntägige Widerspruchs-

frist bei belastenden Verwaltungsakten im Wehrpflichtrecht auch dann zu laufen beginnt, wenn in der Rechtsbehelfsbelehrung auf die Bekanntgabe abgestellt wird.

I. Bei Empfangsbekenntnis keine unterschiedlichen Zeitpunkte denkbar

Die Frage ist in der Rechtsprechung des BVerwG für die vergleichbare Situation bei der Zustellung mit Postzustellungsurkunde und dabei erfolgender Belehrung über die Klagefrist bereits geklärt. Wird in einem solchen Fall der Widerspruchsbescheid dem Adressaten mit Postzustellungsurkunde zugestellt, ist der Hinweis, die Klagefrist beginne mit der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides - statt mit dessen Zustellung - zu laufen, weder unrichtig noch irreführend (§ 58 II VwGO). Diese Belehrung über den Beginn der Klagefrist entspricht vielmehr der Rechtslage, weil der Widerspruchsbescheid in der besonderen Form der Zustellung mit Postzustellungskunde bekannt gegeben wird und bei dieser Zustellungsart die Zustellung auch aus der Sicht des Empfängers stets zugleich die Bekanntgabe ist (BVerwG, Buchholz 310 § 74 VwGO Nr. 9). Diese rechtliche Beurteilung trifft auch auf die vorliegende Situation bei der Zustellung durch die Behörde gegen Empfangsbekenntnis (§ 5 I VwZG) und dabei erfolgender Belehrung über die Einlegung des Widerspruchs nach § 33 I 1 WPflG zu. Auch hier können Zustellung und Bekanntgabe nicht auseinander fallen, so dass beim Adressaten kein Irrtum über den Lauf der Widerspruchsfrist entstehen kann. Die Rechtsbehelfsbelehrung eines nach § 5 I VwZG zugestellten Musterungsbescheides, nach welcher der Widerspruch innerhalb von zwei Wochen nach "Bekanntgabe" des Bescheides erhoben werden kann, ist daher nicht zu beanstanden.

II. Keine weitere "Zustellung" zu erwarten

Der Kl. wirft weiterhin die Frage auf, ob bei der von Gesetzes wegen vorgeschriebenen Zustellung eines Bescheides die auf die bloße Bekanntgabe abstellende Rechtsbehelfsbelehrung geeignet ist, einen die Rechtsfolge des § 58 II VwGO hervorrufenden Irrtum insoweit zu erregen, als der Adressat nach wie vor die förmliche Zustellung erwarten kann.

Diese Frage bedarf nach den vorangegangenen Ausführungen für die hier gegebene Fallkonstellation ebenfalls nicht der Klärung in einem Revisionsverfahren. Die Belehrung, die Klagefrist oder die Widerspruchsfrist beginne mit Bekanntgabe - statt Zustellung - des Widerspruchsbescheides bzw. Ausgangsbescheides zu laufen, kann - wie bereits erwähnt - keinen Irrtum des Adressaten über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist hervorrufen und dadurch die rechtzeitige Klageerhebung oder Widerspruchseinlegung erschweren, wenn der Bescheid ihm im Wege der Zustellung mit Postzustellungsurkunde oder nach § 5 I VwZG bekannt gegeben worden ist. Denn bei diesen Zustellungsarten ist die Zustellung auch aus der Sicht des Empfängers stets zugleich die Bekanntgabe. Daran kann ein Zustellungsempfänger bei vernünftiger Überlegung nicht zweifeln. Geradezu fern liegend ist die Annahme des Kl., der rechtskundige Empfänger könne nach einem Zustellungsmangel, wie er hier vorliegt, weiterhin eine förmliche Zustellung erwarten. Sollte dieser den Zustellungsmangel bemerken, der auf der fehlenden Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses beruht, so wird er gleichwohl mit Blick auf § 9 VwZG a.F. (= § 8 VwZG n.F.) seine Rechte durch fristgemäße Widerspruchseinlegung zu wahren wissen. [...]

Zivilrecht

Standort: Schuldrecht Problem: Voraussetzungen des § 320 BGB

BGH, URTEIL VOM 19.05.2006
V ZR 40/05 (NJW 2006, 2773)

Problemdarstellung:

Die Bekl. dieses Rechtsstreites hatte an die Kl. im Rahmen eines Bauträgervertrags ein von ihr mit einem Reihenhaus zu bebauendes Grundstück verkauft. Der Vertrag sah einen sich am Baufortschritt orientierenden Zahlungsplan vor. Die Grundstücksauflassung sollte erst nach Erfüllung aller Zahlungsverpflichtungen der Kl. aus dem Vertrag erfolgen. In einem Rechtsstreit umgekehrten Rubrums auf Zahlung der beiden letzten Kaufpreisraten unterlag die hiesige Bekl. zum Teil, da der Anspruch auf Zahlung der vorletzten Rate i. H. v. 25.737, 44 € verjährt war. Nunmehr verlangte die Kl. Grundstücksauflassung, wozu die Bekl. nur Zug um Zug gegen Begleichung der ausstehenden Rate bereit war.

Der BGH erteilt in seiner Entscheidung der Rechtsauffassung des BerGer., nach der die Bekl. sich nicht auf § 320 BGB berufen könne, weil ihr Kaufpreiszahlungsanspruch bereits verjährt gewesen sei, noch bevor der Grundstücksauflassungsanspruch entstanden war, eine scharfe Absage. Es erscheint tatsächlich verwunderlich, dass einem OLG-Senat nicht der Widerspruch innerhalb der eigenen Argumentation auffiel, wonach die Begleichung aller Zahlungsverpflichtungen der Kl. aus dem Vertrag Entstehungsvoraussetzung ihres Auflassungsanspruchs sein sollte, weshalb dieser noch nicht entstanden gewesen sei, als der Anspruch auf die Kaufpreisrate verjährte. Nachdem diese immer noch unbezahlt ist, hielt das OLG gleichwohl nunmehr eine uneingeschränkte Verurteilung der Bekl. zur Grundstücksauflassung für richtig.

Tatsächlich ist zwischen der Entstehung des Grundstücksauflassungsanspruchs dem Grunde nach mit dem Abschluss des Kaufvertrags und seiner vertraglich festgelegten Fälligkeit infolge der Begleichung der Kaufpreiszahlungsverpflichtung zu unterscheiden. Aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung beider Ansprüche reicht zur Entstehung der „Zurückbehaltungslage“ i. S. d. § 320 BGB aus, dass der Anspruch des Gläubigers (Auflassung) dem Grunde nach entstanden war, bevor die Gegenforderung des Schuldners (Kaufpreiszahlung) verjährte. Weder bedarf es der Erfüllbarkeit, noch der Fälligkeit des Hauptanspruches. Da diese „Zurückbehaltungslage“ einmal vorgelegen hatte, erhielt der BGH der Bekl. in entsprechender Anwendung des § 390 S. 2 BGB a. F. ihr Zurückbehaltungsrecht, so dass die Kl. die letzte Kaufpreisrate nun doch zahlen muss, wenn sie Grundstückseigentümerin werden will.

Prüfungsrelevanz:

Obwohl § 390 S. 2 BGB durch die Schuldrechtsreform aufgehoben wurde, ist diese Entscheidung von unverminderter Aktualität. Die entsprechende Regelung findet sich nunmehr in § 215 BGB n. F. und nimmt den Erhalt der „Zurückbehaltungslage“ ausdrücklich auf. Auch § 215 BGB will lediglich dafür sorgen, dass die Verjährung der Gegenforderung dem Schuldner nicht die Möglichkeit nimmt, sich gestützt auf diese Gegenforderung mit dem Aufrechnungseinwand oder der Einrede eines Zurückbehaltungsrechts gegen seine Inanspruchnahme zu verteidigen. Maßgeblich für diese Möglichkeit bleibt also, dass die Voraussetzungen des § 387 BGB (Aufrechnungslage) oder des jeweiligen Zurückbehaltungsrechts vor Verjährung der Gegenforderung vorlagen. Die in den Entscheidungsgründen des vorliegenden Urteils herausgearbeiteten Unterschiede zwischen den Voraussetzungen der §§ 387, 320, 273 BGB sind daher auch bei der Anwendung des § 215 BGB n. F. zu beachten.

Vertiefungshinweis:

❑ Treuwidriges Berufen auf § 273 BGB: *BGH*, RA 2004, 769 = NJW 2004, 3484

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* “Mieser Klebstoff”

Leitsatz:

Der Schuldner kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch nach der Verjährung seines Anspruchs erheben, wenn dieser vor dem Eintritt der Verjährung entstanden und mit dem Anspruch des Gläubigers synallagmatisch verknüpft war; dass sich beide Ansprüche in unverjährter Zeit fällig gegenübergestanden haben, ist nicht erforderlich.

Sachverhalt:

Die Bekl. verkaufte mit notariellem Vertrag vom 07.07.1994 eine noch zu vermessende Grundstücksfläche an die Kl. und verpflichtete sich, darauf ein Reihenhaus zu errichten. Der Kaufpreis von 678.300,-

DM war in nach dem Baufortschritt fälligen Raten zu zahlen. In Ziffer III des Vertrages wurde vereinbart, dass die Auflassung des Grundstücks nach Erfüllung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen des Käufers erfolgen sollte. Das Reihenhaus war Ende 1994 bezugsfertig. Da die Kl. die beiden letzten Kaufpreisraten nicht zahlte, machte die Bekl. sie gerichtlich geltend. Ende 1999 wurde die Kl. rechtskräftig verurteilt, die letzte Rate zu zahlen, was sie Anfang 2000 auch tat. Der weitergehende Antrag der Bekl. wurde mit der Begründung abgewiesen, ihr Anspruch auf Zahlung der vorletzten Kaufpreisrate sei verjährt. Die Kl. verlangt nunmehr die Übereignung des Grundstücks. Die Bekl. ist hierzu nur gegen Zahlung der vorletzten Rate in Höhe von 25.737,44 € bereit. Das Landgericht hat der Klage Zug um Zug gegen Zahlung dieses Betrages stattgegeben. Auf die Berufung der Kl. hat das Oberlandesgericht die Bekl. ohne Einschränkung zur Auflassung des Grundstücks und zur Bewilligung der Eigentumsumschreibung verurteilt. Mit ihrer von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kl. beantragt, erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint, die Bekl. könne ihren verjährten Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises dem Auflassungsanspruch der Kl. nicht einredeweise entgegenhalten, da die Voraussetzungen von § 390 S. 2 BGB a.F. nicht vorlägen. Ein verjährter Anspruch begründe in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift nur dann ein Zurückbehaltungsrecht, wenn sich die beiderseitigen Ansprüche in unverjährter Zeit vollgültig gegenübergestanden hätten. Dagegen sei § 390 S. 2 BGB a.F. nicht einschlägig, wenn die Forderung des Gläubigers vor dem Eintritt der Verjährung entweder noch nicht entstanden oder zwar entstanden, aber noch nicht erfüllbar gewesen sei. Die vorletzte Kaufpreisrate sei zwei Jahre nach Bezugsfertigkeit des Hauses, also Ende 1996, verjährt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Auflassungsanspruch der Kl. mangels Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen noch nicht entstanden gewesen. Das gelte unabhängig von der vertraglichen Regelung zur Auflassung, denn auch ohne eine solche Vereinbarung müsse der Bauträger die Auflassung erst nach Zahlung der geschuldeten Vergütung erklären. Das Ergebnis ändere sich auch dann nicht, wenn zwischen dem Anspruch auf Zahlung der vorletzten Kaufpreisrate und einem daneben bestehenden Anspruch auf Zahlung des Gesamtkaufpreises unterschieden werde. Die Forderung aus der Schlussrechnung der Bekl. sei nämlich im Februar 1997 fällig geworden und somit Ende 1999 verjährt. Auch zu diesem Zeitpunkt sei der Auflassungsanspruch der Kl. mangels Zahlung der letzten Kaufpreisrate aber noch nicht entstanden gewesen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

I. Zurückbehaltungsrechte können auch auf verjährte Gegenansprüche gestützt werden

Zutreffend geht das BerGer. allerdings davon aus, dass auch verjährte Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 273, 320 BGB) begründen können. Das ergibt sich in der hier maßgeblichen, bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) aus einer entsprechenden Anwendung von § 390 S. 2 BGB (Senat, BGHZ 48, 116; BGHZ 53, 122 [125]; vgl. auch § 215 BGB n.F.).

II. Forderung des Gläubigers muss aber vor Verjährung des Gegenanspruchs entstanden sein

Im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu beanstanden ist ferner die Annahme des BerGer., § 390 S. 2 BGB a.F. finde keine Anwendung, wenn die Forderung des Gläubigers bei Eintritt der Verjährung des Gegenanspruchs noch nicht entstanden war.

1. Erhalt einer einmal entstandenen "Zurückbehaltungslage"

Die unmittelbare Anwendung von § 390 S. 2 BGB a.F. setzt eine vor Eintritt der Verjährung bestehende Aufrechnungslage voraus und kommt deshalb - weil es andernfalls an einer Aufrechnungslage fehlte - nur in Betracht, wenn die Forderung des Gläubigers (Hauptforderung) entstanden und mindestens erfüllbar war, bevor die Gegenforderung verjährte (vgl. § 387 BGB sowie Staudinger/Gursky, BGB [2000], § 390 Rz. 44). Die entsprechende Anwendung von § 390 S. 2 BGB a.F. auf ein Zurückbehaltungsrecht ist ebenfalls nur möglich, wenn die Forderung des Gläubigers entstanden war, bevor der Anspruch des Schuldners verjährte. Sie zielt darauf ab, eine in unverjährter Zeit bestehende "Zurückbehaltungslage" aufrechtzuerhalten (vgl. MünchKomm-BGB/Krüger, 4. Aufl., § 273 Rz. 34). Eine solche Lage kann nicht vorgelegen haben, wenn auf Seiten des Gläubigers noch keine (Haupt-) Forderung existierte.

2. Unterscheidung zwischen Entstehung und Fälligkeit des Auflassungsanspruches der Kl.

Entgegen der Auffassung des BerGer. folgt daraus allerdings nicht, dass § 390 S. 2 BGB a.F. im vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Der Auflassungsanspruch der Kl. ist nämlich nicht - wie das BerGer. offenbar meint - erst mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate Anfang 2000 entstanden. Diese Auffassung ist schon deshalb nicht haltbar, weil das BerGer. auf

der Grundlage seiner Rechtsauffassung, wonach der Auflassungsanspruch der Kl. vereinbarungsgemäß erst nach Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen entstehen sollte, konsequenterweise zu dem Ergebnis hätte gelangen müssen, dass der Auflassungsanspruch bis heute nicht entstanden ist. Die Kl. hat ihre Zahlungsverpflichtungen nämlich bis heute nicht vollständig erfüllt, da die vorletzte Rate weiterhin aussteht. Die mittlerweile eingetretene Verjährung des Kaufpreisanspruchs führt nicht zu dessen Erlöschen (vgl. Senat, BGHZ 156, 269 [271]) und kann daher mit der Erfüllung der vorletzten Rate nicht gleichgesetzt werden. Vor allem aber hat das BerGer. versäumt, zwischen der Entstehung und der Fälligkeit eines Anspruchs zu unterscheiden, und sich damit den Blick darauf verstellt, dass der Auflassungsanspruch der Kl. vor der Verjährung des Kaufpreisanspruchs der Bekl. entstanden war.

a. Entstehung des Grundstücksauflassungs-anspruches grundsätzlich mit Vertragsschluss

Der Auflassungsanspruch eines Käufers entsteht grundsätzlich mit dem Abschluss eines wirksamen Grundstückskaufvertrages (vgl. § 433 I BGB), nur seine Fälligkeit wird in aller Regel von der Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht (Senat, Urt. v. 11.11.1994, V ZR 149/93, WM 1995, 203 [204]; vgl. auch Senat, BGHZ 149, 1 [6]; Urt. v. 31.10.1980, V ZR 95/79, WM 1981, 16 sowie zum Begriff des Entstehens eines Anspruchs BGH, Urt. v. 23.01.2001, X ZR 247/98, WM 2001, 687 [688 f.]). Entsprechendes gilt für die - grundsätzlich nach Kaufrecht zu beurteilende (vgl. BGHZ 96, 275 [278] sowie Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rz. 674 m. w. N) - Verpflichtung des Bauträgers, dem Erwerber das Eigentum an dem bebauten Grundstück zu verschaffen. Etwas anderes ergibt sich nicht aus den von dem BerGer. für seine abweichende Auffassung angeführten Nachweisen (Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl., Rz. 352; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rz. 436; Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., J Rz. 582). Sie betreffen - wie sich bereits den Formulierungen unschwer entnehmen lässt - nicht das Entstehen, sondern die Fälligkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs, die auch bei Bauträgerverträgen üblicherweise von der Zahlung des geschuldeten Kaufpreises abhängig gemacht wird. So weist Basty (aaO.) lediglich darauf hin, dass die Eigentumsumschreibung von der Zahlung des geschuldeten Kaufpreises abhängig gemacht werden sollte, und Brych/Pause (aaO.) formulieren, der Bauträger sei "spätestens" nach Bezahlung der gesamten Vertragssumme zur Übereignung des Vertragsgegenstandes verpflichtet. Auch dort, wo es heißt, Voraussetzung der Auflassung sei die Bezahlung der geschuldeten Vergütung durch den Erwerber (Pause, aaO.), ergibt sich aus den vorhergehenden Ausführungen, dass die Abwicklung des Bauträgervertrags und damit die Fälligkeit der Auflassung dargestellt wird (vgl. Pause, aaO., Rz. 435).

b. Keine abweichende Vereinbarung mit zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag

Soweit das BerGer. meint, die Entstehung des Eigentumsverschaffungsanspruchs der Kl. sei jedenfalls nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht worden, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Zwar ist die tatrichterliche Auslegung einer Individualvereinbarung revisionsrechtlich nur beschränkt nachprüfbar. Sie bindet das Revisionsgericht aber dann nicht, wenn sie unter Verletzung der gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) vorgenommen worden ist (Senat, Urt. v. 14.10.1994, V ZR 196/93, WM 1995, 263 m. w. N.). Diese erfordern, dass der Tatrichter alle für die Auslegung erheblichen Umstände umfassend würdigt und seine Erwägungen dazu nachvollziehbar darlegt. Zumindest die wichtigsten für und gegen eine bestimmte Auslegung sprechenden Umstände sind in ihrer Bedeutung für das Auslegungsergebnis zu erörtern und gegeneinander abzuwägen. Ist die Begründung in diesem Sinne lückenhaft, so leidet die Entscheidung an einem revisionsrechtlich erheblichen Mangel (vgl. BGH, Urt. v. 16.10.1991, VIII ZR 140/90, WM 1992, 32 [33]; Urt. v. 21.10.1992, VIII ZR 99/91, WM 1993, 114 [115]). Ein solcher Mangel liegt hier vor. Das BerGer. hat die Vereinbarung der Parteien, wonach die Auflassung nach Erfüllung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen des Käufers erfolgen sollte, ohne Begründung als eine das Entstehen des Auflassungsanspruchs regelnde Bestimmung angesehen. Mit der Bedeutung der Vertragsbestimmung und der sich aufdrängenden Möglichkeit, dass es sich bei ihr um eine bloße Fälligkeitsregelung handelt, hat sich das BerGer. nicht auseinandergesetzt. Damit fehlt dem angefochtenen Urteil die Grundlage für eine revisionsrechtliche Nachprüfung der Vertragsauslegung. Der Senat kann die erforderliche Auslegung selbst vornehmen, da keine weiteren tatsächlichen Feststellungen zu erwarten sind. Sie führt zu dem Ergebnis, dass Ziffer III des Vertrages nicht das Entstehen, sondern nur die Fälligkeit des Auflassungsanspruchs der Kl. regelt. Bei dem Herausschieben der Auflassung bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises, wie sie die Parteien hier vereinbart haben, handelt es sich um ein typisches Sicherungsmittel für den Verkäufer im Rahmen der Abwicklung eines Grundstücks- oder Bauträgervertrages. Da die gesetzlich vorgesehene Abwicklung Zug um Zug bei diesen Verträgen aus tatsächlichen Gründen meist nicht möglich ist (vgl. Wolf in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl., Teil 2, Rz. 363), wird der Verkäufer in der Regel dadurch gesichert, dass eine der Voraussetzungen des Eigentumsübergangs - entweder die Auflas-

sung (§ 925 BGB) oder die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873 I BGB) - bis zur Zahlung des Kaufpreises hinausgeschoben wird (vgl. Kanzleiter, DNotZ 1996, 242 [243]; Hagen/Brambring/Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 8. Aufl., Rz. 595 ff.). Eine über die Festlegung der Fälligkeit hinausgehende inhaltliche Änderung der aus § 433 I BGB folgenden Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ist hierfür nicht erforderlich und kann deshalb grundsätzlich nicht als vom Parteiwillen umfasst angesehen werden. Auch hier bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Parteien eine weiterreichende Regelung treffen wollten. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Revisionserwiderung brauchte den Parteien keine Gelegenheit gegeben zu werden, zu diesem Punkt vor dem BerGer. weiter vorzutragen, da sich ein anderes Verständnis des Vertrages nicht zugunsten der Kl. auswirkte. Hätten die Parteien in Ziffer III nicht die Fälligkeit, sondern das Entstehen des Auflassungsanspruchs geregelt und von der Erfüllung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen der Kl. abhängig gemacht, wäre der Auflassungsanspruch der Kl. bis heute nicht entstanden, die Klage mithin unschlüssig. Wie bereits unter B. II. 2. ausgeführt, bewirkt der Eintritt der Verjährung nicht das Erlöschen der Forderung. Die Forderung besteht vielmehr fort und kann auch weiterhin erfüllt werden (vgl. Münch.Komm.-BGB/Grothe, 4. Aufl., § 222 Rz. 1). Demgemäß kann die Verjährung einer Forderung nicht mit dem Bewirken der Leistung (vgl. § 362 I BGB) gleichgesetzt und der noch offene, wenn auch verjährte Teil des Kaufpreisanspruchs der Bekl. nicht als erfüllt angesehen werden.

c. Fällige Hauptforderung zur Zeit der Verjährung der Gegenforderung im Rahmen des § 320 BGB nicht erforderlich

Der Anwendung von § 390 S. 2 BGB a.F. steht auch nicht entgegen, dass der Auflassungsanspruch der Kl. - mangels vollständiger Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen - noch nicht fällig war, als der noch offene Kaufpreisanspruch der Bekl. (spätestens) Ende 1999 verjährte. Dabei kann dahinstehen, ob eine die entsprechende Anwendung von § 390 S. 2 BGB a.F. rechtfertigende "Zurückbehaltungslage" bei einem auf § 273 BGB gestützten Zurückbehaltungsrecht erfordert, dass sich die Ansprüche in unverjährter Zeit vollgültig und fällig gegenübergestanden haben, oder ob es genügt, dass die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (so die Formulierung in Senat, BGHZ 48, 116, wo es auf die Unterscheidung allerdings nicht ankam; vgl. auch Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 273 Rz. 8 u. Bamberger/Roth/Henrich, BGB, § 215 Rz. 3). Letzteres ist jedenfalls ausreichend, wenn das Zurückbehaltungsrecht seine Grundlage - wie hier - in § 320 BGB, also in einer synallagmatischen Verknüpfung der beiderseitigen Ansprüche, hat. Während das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB selbständige und zunächst unverbundene Ansprüche lediglich in ihrer Durchsetzung verknüpft, sind Ansprüche, die eine Einrede nach § 320 BGB begründen, auch in ihrer Entstehung und in ihrem Fortbestand wechselseitig miteinander verbunden (vgl. Staudinger/Otto, BGB [2004], Vorbem zu §§ 320-326 Rz. 10 ff.). Beide Leistungen sind um der jeweils anderen Leistung willen versprochen worden und stehen deshalb - weil der gegenseitige Vertrag sonst der Absicht der Vertragsparteien zuwider in einen einseitigen umgewandelt würde - in einem dauerhaften Abhängigkeitsverhältnis. Diese Verbindung wird durch die Verjährung einer der Ansprüche nicht beseitigt, sondern entfällt erst mit dem Eintritt des geschuldeten Leistungserfolgs (vgl. RG HRR 1930, Nr. 1434; RGZ 149, 321 [327 f.] sowie Erman/H.P. Westermann, 11. Aufl., § 320 Rz. 18 m. w. N.). Bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist die entsprechende Anwendung von § 390 S. 2 BGB a.F. deshalb - sofern der Fortbestand der Einrede nicht unmittelbar aus § 320 BGB abgeleitet wird (so Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 194 Rz. 6; Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, 1988, S. 56; vgl. auch Staudinger/Peters, BGB [2004], § 215 Rz. 3 u. 13b) - schon dann geboten, wenn die gegenseitigen Ansprüche in unverjährter Zeit miteinander synallagmatisch verknüpft waren, wenn also der Anspruch des Gläubigers - unabhängig von seiner Fälligkeit - entstanden war, bevor der Anspruch des Schuldners verjährte (ebenso Staudinger/Otto, BGB [2004], § 320 Rz. 22; Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl., § 320 Rz. 5; a.A. offenbar Münch.Komm.-BGB/Emmerich, 4. Aufl., Band 2a, § 320 Rz. 35). Hieraus folgt, dass der Bauträger, dessen Kaufpreisanspruch verjährt ist, die Auflassung des bebauten Grundstücks bis zum Ausgleich der verjährten Forderung verweigern kann (ebenso Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rz. 688; ders., MittBayNot 1999, 530; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rz. 404 u. 438; ders., NJW 2000, 769 [772]; Reithmann, NotBZ 1998, 235 [237]).

d. Erfüllbarkeit der Hauptforderung im Rahmen des § 320 BGB ebenfalls unbeachtlich

Auf die von den Parteien aufgeworfene Frage der Erfüllbarkeit des Auflassungsanspruchs kommt es nicht an. Die Anwendung von § 390 S. 2 BGB a.F. hängt nur dann von der Erfüllbarkeit der Hauptforderung ab, wenn die Aufrechnungslage oder die "Zurückbehaltungslage", die über die Verjährung der Gegenforderung hinaus aufrechterhalten werden soll, eine erfüllbare Hauptforderung voraussetzt. Das ist bei der Einrede nach § 320 BGB nicht der Fall. Sie beruht, wie dargelegt, auf der wechselseitigen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung und soll diese bis zum Eintritt des beiderseitigen Leistungserfolgs sichern. Für die Anwendung des § 390 S. 2 BGB a.F. genügt es

daher, dass Gegen- und Hauptforderung - wie hier - in unverjährter Zeit entstanden und miteinander synallagmatisch verknüpft waren.

III. Auflassungsverpflichtung im Ergebnis nur Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises
Da die Bekl. zur Übertragung des Eigentums an dem verkauften Grundstück somit nur Zug um Zug gegen Zahlung des noch offenen Kaufpreises verpflichtet ist, ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen (§§ 562 I, 563 III ZPO).

IV. Kostenentscheidung
Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 I, 97 I ZPO.

Standort: Schuldrecht Problem: Eigenhaftung des Verhandlungsführers

BGH, URTEIL VOM 13.12.2005
KZR 12/04 (NJW-RR 2006, 993)

Problemdarstellung:
Die Kl. dieses Prozesses begehrte Schadensersatz in immenser Höhe von nahezu 1 Mio. €, weil sie mit dem Betrieb eines Restaurants im Rahmen eines Franchisesystems nach Tätigung erheblicher Investitionen gescheitert war. Sie schrieb dies einer fehlerhaften Wirtschaftlichkeitsrechnung zu, welche die Bekl. als Verhandlungsführerin des US-amerikanischen Franchisegebers erstellt hatte. Ferner wollte sich die Kl. in besonderer Weise auf die Aussage des Franchise-Direktors der Bekl. verlassen haben, wonach man im Falle des Scheiterns das Restaurant übernehmen und weiterführen werde, wie sich dies für eine große Franchisefamilie gehöre. Der BGH rügte, dass das BerGer. diesem Sachvortrag der Kl. nicht weiter nachgegangen ist, um seine Richtigkeit zu prüfen. Er hält diese Bemerkung für geeignet, eine Haftung der Bekl. als Verhandlungsführerin wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nach § 280 I i. V. m. §§ 311 III, 241 II BGB zu begründen. Da andere Anknüpfungspunkte für eine Begründung der Haftung der Bekl. im Ergebnis nicht griffen, war dies der entscheidende Punkt, den das BerGer. nunmehr in tatsächlicher Hinsicht zu klären hat, um ein sachgerechtes Urteil fällen zu können.

Prüfungsrelevanz:
Diese BGH-Entscheidung ist gleich in mehrfacher Hinsicht interessant. Im Mittelpunkt steht natürlich der § 311 III BGB, mit dem der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung die Rechtsprechung des BGH zur Haftung Dritter, die nicht selbst Vertragspartei werden sollten, wegen ihres Verschuldens bei Vertragsverhandlungen kodifizieren wollte. Leider fallen die Ausführungen des Senats zur Begründung, warum er hier kein haftungsbegründendes wirtschaftliches Eigeninteresse der Bekl. festzustellen vermochte, ausführlicher aus, als die Begründung der Annahme, der Franchisedirektor der Bekl. habe durch seine Aussage möglicherweise besonderes persönliches Vertrauen erweckt, welches eine Anwendung der §§ 280I, 311 III, 241 II BGB rechtfertige. Beachtenswert sind aber außerdem die Ausführungen zu einem möglichen konkludenten Abschluss eines selbständigen Beratungsvertrags sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Ursächlichkeit des Verfahrensfehlers des BerGer. für das gefundene Urteil. Kurz und prägnant wird deutlich, dass ein Urteil schon dann auf einem Verfahrensfehler beruht i. S. d. § 545 I ZPO, wenn ohne diesen Fehler eine andere Entscheidung möglich gewesen wäre.

Vertiefungshinweise:
❑ Zusammenfassende Darstellung von c.i.c., Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform: *Schwab*, JuS 2002, 773
❑ Examensklausur zu obiger Thematik: *Rohe/Winter*, JuS 2003, 872

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Augen auf beim Mustangkauf"
❑ *Assessorkurs:* "Ein englisches Teeservice"

Leitsatz (der Redaktion):
Erklärt der Verhandlungsführer einer Franchisegeberin im Rahmen der Vertragshandlungen, im Falle des Scheiterns werde die Franchisegeberin das eröffnete Restaurant übernehmen und weiterführen, "wie es sich für eine große Franchisefamilie gehöre", kann dies zu einer Eigenhaftung aus culpa in contrahendo ("c.i.c.", § 280 I i. V. m. §§ 311 III, 241 II BGB n. F.) unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens führen.

Sachverhalt:
Die Kl. nimmt die Bekl., soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten in Bezug auf ein Franchiseverhältnis in Anspruch. Die Kl. schloss im September 1996 mit der in D. (USA) ansässigen P. Inc. einen Franchisevertrag über ein "P."-Restaurant in F. Dem Vertragsschluss waren Verhandlungen der Kl. mit der Bekl. vorausgegangen, die

das "P."-Geschäft für die Franchisegeberin in Deutschland koordiniert und eigene "P."-Restaurants betreibt. In dieser Eigenschaft führte der damalige Franchise-Direktor Dr. B. der Bekl. die Vertragsgespräche mit der Kl. Im Zuge dieser Verhandlungen erhielt die Kl. von der Bekl. eine Wirtschaftlichkeitsberechnung für den in Aussicht genommenen Standort der Gaststätte. Anfang Dezember 1996 eröffnete die Kl. das Restaurant. Die erwirtschafteten Umsätze blieben hinter ihren Erwartungen zurück. Im Laufe des Jahres 2000 stellte sie den Betrieb ein. Die Kl. macht geltend, die Wirtschaftlichkeitsberechnung, durch deren Vorlage sie zum Abschluss des Franchisevertrages veranlasst worden sei, sei fehlerhaft; sie basiere auf unrichtigen und unvollständigen Daten und gelange zu unrealistischen Umsatz- und Gewinnprognosen. Mit der Klage (Klageanträge zu 1 bis 3) verlangt die Kl. von der Bekl. Ersatz der für die Gaststätte gezahlten Miete in Höhe von 261.508,14 €, der Franchise- und Werbekosten von insgesamt 136.799,07 € und der für den Umbau und das Inventar der Gaststätte aufgewendeten Kosten in Höhe von 597.304,42 €. Die Klage ist - ebenso wie zwei weitere Klageanträge - in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Kl. hat der erkennende Senat unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde die Revision hinsichtlich der Klageanträge zu 1 bis 3 zugelassen. Insoweit verfolgt die Kl. das Klagebegehren mit der Revision weiter. Die Bekl. beantragt die Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:
Das Rechtsmittel hat Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit hier noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:
Die Kl. könne die Bekl. weder aus dem Gesichtspunkt des Verhandlungsverschuldens noch wegen positiver Verletzung eines selbständigen Beratungsvertrages in Anspruch nehmen. Auch deliktische Ansprüche stünden ihr nicht zu. Eine Haftung der Bekl. wegen Verhandlungsverschuldens scheide schon dem Grunde nach aus, weil die Voraussetzungen, unter denen der Verhandlungsgehilfe wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten ausnahmsweise persönlich hafte, nicht erfüllt seien. Die Bekl. habe weder im eigenen wirtschaftlichen Interesse gehandelt noch für ihre Person besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen. Dass ihr damaliger Franchise-Direktor die Wirtschaftlichkeitsberechnung erstellt habe, reiche dafür nicht aus. Die Übernahme einer zusätzlichen, von ihr persönlich verbürgten Gewähr für die Richtigkeit und Verlässlichkeit dieser Wirtschaftlichkeitsberechnung durch die Bekl. habe die Kl. nicht genügend dargetan. Ihre Behauptung, Dr. B. habe ihr zugesichert, im Falle des Scheiterns werde die Bekl. das Restaurant übernehmen und weiterführen, "wie es sich für eine große Franchisefamilie gehöre", reiche dafür nicht aus. Die - bestrittene - Übernahme einer solch ungewöhnlichen, über die vertraglichen Pflichten des Franchisegebers weit hinausgehenden, zudem vorbehaltlosen und nur mündlich erteilten Garantie des Verhandlungsführers hätte in besonderem Maße der Darlegung der Umstände, unter denen sie erteilt worden sei, bedurft, um die rechtliche Verbindlichkeit und eine damit verbundene Vertrauenshaftung der Bekl. plausibel zu machen. Da es daran fehle, sei der von der Kl. dafür angetretene Zeugenbeweis nicht zu erheben. Die von der Bekl. erstellte Wirtschaftlichkeitsberechnung sei auch nicht Gegenstand eines selbständigen Auskunfts- und Beratungsvertrages der Parteien gewesen. Im Rahmen der dazu anzustellenden Gesamtwürdigung aller Umstände fielen zwar einerseits die besondere Sachkunde der Bekl. und die entscheidende Bedeutung der Berechnung für den Entschluss der Kl., den Franchisevertrag abzuschließen, ins Gewicht. Andererseits müsse aber berücksichtigt werden, dass es sich bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung um eine Prognose handele, für die im Allgemeinen keine Haftung übernommen werde. Zudem sei die Bekl. nur als Verhandlungsführerin für die Franchisegeberin tätig geworden, so dass allenfalls mit dieser ein Auskunftsvertrag hätte zustande kommen können. Gegen einen Auskunftsvertrag spreche ferner, dass die Parteien kein an die Bekl. zu zahlendes Entgelt als Ausgleich für die mit einem Auskunftsvertrag verbundenen erheblichen Haftungsrisiken vereinbart hätten. Für die tatsächlichen Voraussetzungen einer deliktischen Haftung der Bekl. fehle es teils an Sachvortrag, teils an Beweisantritten der Kl., aus denen ein mindestens bedingt vorsätzliches Täuschungsverhalten der Bekl. hergeleitet werden könnte.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

I. Kein selbständiger Auskunftsvertrag zwischen den Parteien
Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Auffassung des BerGer., zwischen den Parteien sei kein selbständiger Auskunfts- oder Beratungsvertrag zustande gekommen.

1. Sachkunde des Auskunftgebers und Bedeutung der Auskunft Indizien für Vertragsschluss
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrages zwischen Geber und Empfänger der Auskunft und damit eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft zwar dann anzunehmen sein, wenn diese für den Emp-

fänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt (BGH, Urt. v. 17.09.1985 - VI ZR 73/84, NJW 1986, 180 unter II 1; Urt. v. 19.03.1992 - III ZR 170/90, WM 1992, 1246 unter 1, jeweils m. w. N.). Aus dieser Rechtsprechung ist jedoch - entgegen der Auffassung der Revision - nicht zu entnehmen, dass für das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages ohne Rücksicht auf die Besonderheiten der jeweiligen Fallgestaltung stets allein schon die Sachkunde des Auskunftgebers und die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger ausreichen. Diese Umstände stellen vielmehr, wie das BerGer. richtig gesehen hat, lediglich Indizien dar, die, wenn auch mit erheblichem Gewicht, in die Würdigung der gesamten Gegebenheiten des konkreten Falles einzubeziehen sind.

2. Umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls entscheidend

Für den stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrages ist, wie das BerGer. weiter zutreffend ausgeführt hat, entscheidend darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (BGH, Urt. v. 17.09.1985 aaO.). So hat der Bundesgerichtshof bei der rechtlichen Beurteilung von Fallgestaltungen, in denen der konkludente Abschluss eines Auskunftsvertrages angenommen oder in Erwägung gezogen wurde, außer der Sachkunde des Auskunftgebers und der Bedeutung seiner Auskunft für den Empfänger jeweils auch weitere Umstände mitberücksichtigt, die für einen Verpflichtungswillen des Auskunftgebers sprechen können, wie z.B. dessen eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Geschäftsabschluss, ein persönliches Engagement in der Form von Zusicherungen nach Art einer Garantieübernahme, das Versprechen eigener Nachprüfung der Angaben des Geschäftspartners des Auskunftempfängers, die Hinzuziehung des Auskunftgebers zu Vertragsverhandlungen auf Verlangen des Auskunftempfängers, die Einbeziehung in solche Verhandlungen als unabhängige neutrale Person oder eine bereits anderweitig bestehende Vertragsbeziehung zwischen Auskunftgeber und Auskunftempfänger (vgl. BGH, Urt. v. 17.09.1985 aaO., m.N.). Derartige Umstände hat das BerGer. im vorliegenden Fall nicht festzustellen vermocht. Es hat im Gegenteil eine Reihe hier gegebener Umstände angeführt und in seine Gesamtwürdigung einbezogen, denen es ohne Rechtsfehler entnommen hat, dass die Bekl. - auch aus der Sicht der Kl. - bei der Erstellung der Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht den Willen hatte, eine vertragliche Haftung für die Richtigkeit der gestellten Prognose oder der ihr zugrunde gelegten Daten zu übernehmen. Soweit die Revision diese Würdigung angreift, setzt sie in revisionsrechtlich unzulässiger Weise ihre eigene abweichende Wertung der festgestellten Umstände an die Stelle der tatrichterlichen Beurteilung durch das BerGer.

II. Mögliche Haftung der Bekl. wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen

Soweit das BerGer. auch eine Schadensersatzpflicht der Bekl. wegen Verhandlungsverschuldens verneint hat, sind seine Ausführungen dagegen nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Voraussetzungen für die Haftung des Verhandlungsgehilfen allgemein

Zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass der Verhandlungsgehilfe einer Vertragspartei wegen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten ausnahmsweise dann selbst haftet, wenn er ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat und gleichsam in eigener Sache tätig wird (st. Rspr., z.B. BGH, Urt. v. 03.04.1990 - XI ZR 206/88, WM 1990, 966 unter III 2 a m. w. N.) oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen für seine Person besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt, indem er eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für die Seriosität und die Erfüllung des Geschäfts bietet (st. Rspr., z.B. BGH, Urt. v. 07.11.1994 - II ZR 138/92, WM 1995, 108 unter II 2 a).

2. Kein haftungsbegründendes wirtschaftliches Eigeninteresse der Bekl.

Ersteres hat das BerGer. rechtsfehlerfrei verneint. Der Umstand, dass die Bekl. in den Konzern der US-amerikanischen Franchisegeberin eingebunden ist und durch ihre Vertragsverhandlungen mit der Kl. den Konzerninteressen nutzte, begründet kein Eigeninteresse der Bekl. am Zustandekommen des Vertrages. Liefervergünstigungen, die der Bekl. aufgrund von Rahmenverträgen mit Lieferanten der Franchisenehmer zugeflossen sein sollen, hat das BerGer. zu Recht wie Provisionszahlungen behandelt, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Annahme eines die Haftung des Vermittlers begründenden wirtschaftlichen Eigeninteresses nicht ausreichen (BGH, Urt. v. 23.10.1985 - VIII ZR 210/84, NJW 1986, 586 unter II 1 c; Urt. v. 17.10.1989 - XI ZR 173/88, WM 1989, 1923 unter I 2 a). Dass die Bekl. nach der Behauptung der Kl. Abschluss- und Franchisegebühren vereinnahmt hat, ohne sie an die Franchisegeberin abzuführen, hat das BerGer. damit erklärt, dass diese Einnahmen aus steuerlichen Gründen und zur Vereinfachung des Zahlungsverkehrs an die Stelle von Zuschüssen getreten sind, die die Bekl. anderenfalls von der Konzern-Muttergesellschaft zum Ausgleich von Ver-

lusten erhalten hätte. Diese tatrichterliche Würdigung greift die Revision nicht an.

3. Mögliche Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens durch die Bekl.

Soweit das BerGer. eine Eigenhaftung der Bekl. auch unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens verneint hat, beruht das Urteil dagegen auf einem von der Revision mit Recht gerügten Verfahrensfehler. Die Kl. sieht eine zusätzliche, von der Bekl. selbst übernommene Gewähr für die Richtigkeit der ihr übergebenen Wirtschaftlichkeitsberechnung darin, dass der damalige Franchise-Direktor Dr. B. der Bekl. ihr, wie sie unter Beweisantritt vorgetragen hat, zu Beginn der Vertragsverhandlungen in einem persönlichen Gespräch zugesichert habe, im Falle eines Scheiterns des Projekts werde die Bekl. das Restaurant übernehmen und weiterführen, "wie sich das für eine große Franchisefamilie gehöre". Über diesen Beweisantritt durfte sich das BerGer. nicht mit der Begründung hinwegsetzen, das Vorbringen lasse mangels näherer Darlegung der Umstände, unter denen die Zusage erteilt worden sein soll, eine rechtliche Verbindlichkeit nicht plausibel erscheinen und sei aus diesem Grunde prozessual unbeachtlich und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich.

a. Klägervortrag zu Aussagen des Franchise-Direktors Dr. B. hinreichend substantiiert

Sofern diese Begründung in dem Sinne zu verstehen sein sollte, dass das BerGer. die Behauptung der Kl. als nicht hinreichend substantiiert angesehen hat, hat es damit die an den Sachvortrag einer Prozesspartei zu stellenden Anforderungen überspannt. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Klageanspruchs ist schlüssig und damit als Prozessstoff erheblich, wenn der Kl. Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das mit der Klage geltend gemachte Recht als in der Person des Kl. entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Der Sachvortrag bedarf im Hinblick auf die Erwiderung des Gegners nur dann der Ergänzung, wenn er infolge dieser Einlassung unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zulässt. Eine Beweisaufnahme zu einem bestrittenen erheblichen Vorbringen darf nicht abgelehnt werden, wenn die Behauptung konkret genug ist, um eine Stellungnahme des Gegners zu ermöglichen und die Erheblichkeit des Vorbringens zu beurteilen. Für den Umfang der Darlegungslast ist der Grad der Wahrscheinlichkeit der Sachverhaltsschilderung ohne Bedeutung (BGH, Urt. v. 13.12.2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 m.w.Nachw.). Dem Tatrichter bleibt es unbenommen, bei der Beweisaufnahme die Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach allen Einzelheiten zu fragen, die ihm für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Bekundung erforderlich erscheinen, insbesondere auch nach Ort, Zeit und Umständen der behaupteten Abreden. Er kann aber die Angabe dieser Einzelheiten nicht schon von der beweispflichtigen Partei verlangen und darf die Beweiserhebung hiervon nicht abhängig machen (BGH, Urt. v. 12.07.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 b m. w. N.; Urt. v. 04.10.1988 - VI ZR 7/88, VersR 1988, 1276 unter II 1 b; Urt. v. 15.02.1990 - III ZR 87/88, VersR 1990, 656 unter II 2 a).

b. Unzulässigkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung

Sollte das Berufungsurteil dahin zu verstehen sein, dass das BerGer. sich in Ermangelung näherer Darlegung der Umstände, unter denen die Zusage erteilt worden sein soll, wegen fehlender Plausibilität einer rechtlichen Verbindlichkeit der behaupteten Zusage auch im Falle einer den Vortrag der Kl. bestätigenden Zeugenaussage von der Wahrheit der unter Beweis gestellten Behauptung nicht würde überzeugen können, so läge darin eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung (vgl. BVerfG, 1. Kammer des 1. Senats, NJW-RR 2001, 1006; BGH, Urt. v. 21.06.1989 - IVb ZR 4/88, BGHR ZPO § 286 I Beweisantrag, Ablehnung 3; Urt. v. 13.03.1996 - VIII ZR 186/94, NJW 1996, 1541 unter II 2; Urt. v. 19.03.2002 - XI ZR 183/01, WM 2002, 1004 unter II 2 c).

4. Ursächlichkeit des Verfahrensfehlers für das Urteil des BerGer.

Das angefochtene Urteil beruht auf dem aufgezeigten Verfahrensfehler. Es ist nicht auszuschließen, dass das BerGer. zu einem der Kl. günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es dem Beweisantritt der Kl. nachgegangen wäre (vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 198/94, NJW 1995, 1841 unter II 2).

III. Aufhebung und Rückverweisung an das BerGer.

Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben, soweit das Oberlandesgericht die Berufung der Kl. gegen die Abweisung der Schadensersatzklage zurückgewiesen hat (§ 562 ZPO). Der Rechtsstreit ist insoweit nicht zur Endentscheidung reif, weil es dazu, wie dargelegt, weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Damit diese nachgeholt werden können, ist die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I ZPO).

Standort: Werkvertragsrecht Problem: Werklohn nach Kündigung

BGH, URTEIL VOM 11.05.2006
VII ZR 146/04 (NJW 2006, 2475)

Problemdarstellung:

Gem. § 649 S. 1 BGB kann der Besteller eines Werkvertrags diesen bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen. Der Werkunternehmer hat dann einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich dessen, was er infolge der Vertragsbeendigung an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 S. 2 BGB). Insbesondere bei auf längere Zusammenarbeit angelegten Werkverträgen, die dem Charakter eines Dauerschuldverhältnisses ähneln (etwa längerfristige Wartungs- oder Softwarebetreuungsverträge; zu deren rechtlicher Einordnung als Werkverträge lies Palandt/Sprau, vor § 631 Rz. 22), gibt § 314 BGB dem Besteller ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund. Nach bisheriger – sehr umstrittener – Rechtsprechung sollte die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers nicht von der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten (Teil-) Leistungen abhängig sein (vgl. zu alledem Palandt/Sprau, § 649 Rz. 3 f., 10 m. w. N.).

Der VII. Zivilrechtssenat des BGH vollzieht in dieser Frage nunmehr eine Kehrtwendung und nimmt an, dass § 641 I BGB auch im Falle eines vorzeitig gekündigten Werkvertrags anwendbar ist und zur Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch führt. Anderenfalls stünde der Unternehmer gar in einem Fall, in dem er durch sein Verhalten selbst Anlass zur Kündigung gegeben hat, besser, als im Falle der ordnungsgemäßen Beendigung des Vertrags. Dieses soll jedenfalls gelten, solange eine Abnahme der bis zur Kündigung durch den Werkunternehmer erbrachten Teilleistungen überhaupt möglich ist, wovon der Senat im Falle eines Bauvertrags grundsätzlich ausgeht.

Prüfungsrelevanz:

Der Werkvertrag ist zweifellos den examensrelevanten Vertragstypen des BGB zuzuordnen, die zwar nicht mit der Bedeutung des Kaufrechts Schritt halten können, gleichwohl aber in der Examensvorbereitung hinreichend Berücksichtigung finden müssen. Einerseits hilft hier die seit Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung weitgehend parallele Struktur der Gewährleistungsregeln bei Kauf- und Werkvertrag, andererseits sind spezifische Besonderheiten zu beachten, was gerade die Abnahme und ihre für den Werkunternehmer zentrale Bedeutung als Fälligkeitsvoraussetzung seines Vergütungsanspruches betrifft. Hier sollten schwerwiegende Rechtsprechungsänderungen natürlich beachtet werden, zudem enthält das vorliegende Urteil lesenswerte Ausführungen zur Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB sowie allgemein zum akzessorischen Sicherungsrecht der Bürgschaft, §§ 765 ff BGB.

Vertiefungshinweise:

❑ Abtretung der durch Bürgschaft gesicherten Werklohnforderung des Hauptunternehmers keine ausreichende Sicherheit nach § 648a BGB für Subunternehmer: *BGH*, RA 2005, 651

❑ Vertrag über Lieferung und Errichtung eines Ausbauhauses nicht nach § 355 BGB widerrufbar: *BGH*, RA 2006, 114 = IBR 2006, 126

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

❑ *Examenskurs:* "Endlich ins Internet"

❑ *Assessorkurs* : "Der unfertige Golfplatz"

Leitsätze:

1. Auf eine Bürgschaft, die der Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet § 648a BGB keine Anwendung.

2. Nach Kündigung eines Bauvertrags wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung, vgl. Senat, Urteil vom 09.10.1986 - VII ZR 249/85, BauR 1987, 95 = ZfBR 1987, 38).

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. wegen einer Werklohnforderung aus einer Bürgschaft in Anspruch. Die Kl. als Auftragnehmerin (= AN) schloss am 01.07.1996 mit der Firma H. GmbH i.L. (im Folgenden: Auftraggeberin = AG) einen Generalunternehmervertrag unter Vereinbarung der VOB/B. Der Vertrag enthält folgende Bestimmungen:

"5.5: Die Ausübung der Rechte aus der vertraglichen Gewährleistung steht den in § 12 des Vertrags genannten Personen zu. Soweit die Gewährleistungsvorschriften Zahlungsansprüche zugunsten der AG gewähren würden (z.B.: Ersatzvornahme, fehlgeschlagene Nachbesserung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Wandelung, Minderung, verspätete Herstellung), stehen die daraus resultierenden Zahlungsansprüche nicht der AG zu. Diese Zahlungsansprüche entstehen bereits originär für die Käufer, und zwar für jeden einzelnen.

12.1: Alle vertraglichen Rechte, die der AG zustehen

und in diesem Vertrag in den einzelnen Vorschriften genannt sind oder ihr von Gesetzes wegen zustehen, insbesondere alle auf Aufsichts-, Weisungs-, Rüge-, Gewährleistungs-, Nachbesserungs-, Kündigungs- und Rücktrittsrechte sowie sonstige, der AG zustehende vertragliche Rechte werden unbedingt und unwiderruflich von der AG zur Ausübung übertragen auf den Koordinator.
10.1: Der garantierte Festpreis kann in Raten gemäß dem beiliegenden Zahlungsplan entsprechend dem jeweiligen Baufortschritt angefordert werden. Zur Zahlungssicherung der AN stellt die AG auf eigene Kosten durch die Treuhänderin ausschließlich der AN … eine Zahlungsbürgschaft einer als Zoll- und Steuerbürgin zugelassenen deutschen Bank über die Summe von 300.000,- DM."
Die Bekl. hat am 25.09.1996 bis zum Betrag von 300.000,- DM für die vertragsgemäße Zahlung der Auftraggeberin die selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage übernommen. Der Koordinator hat am 16.10.1998 den Bauvertrag außerordentlich gekündigt. Die Kl. hat am 01.09.2001 die von ihr erbrachten Leistungen mit insgesamt 2.598.020,11 DM und einem zu zahlenden Restbetrag von 551.107,11 DM schlussgerechnet. Unter dem 20.12.2001 hat sie die Bekl. zur Zahlung der Bürgschaftssumme aufgefordert, die sie nunmehr klageweise geltend macht. Die Bekl. meint, sie könne aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen werden, weil es sich um eine Bauhandwerkersicherung handele und die danach erforderlichen Leistungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Darüber hinaus sei die verbürgte Forderung mangels Abnahme und Abnahmefähigkeit der Werkleistung nicht fällig. Außerdem stünden der Werklohnforderung Ersatzvornahme- und Mängelbeseitigungskosten sowie Minderungs- und Mängelbeseitigungsansprüche entgegen. Das Landgericht hat die Bekl. in Höhe des verbürgten Betrags zur Zahlung verurteilt. Die dagegen eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:
Die Revision der Bekl. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer. Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

A. Zur Anwendbarkeit des § 648a BGB auf die streitgegenständliche Bürgschaft

I. Auffassung des BerGer.
Das BerGer. ist der Auffassung, die Bekl. sei aus der Bürgschaft zur Zahlung verpflichtet. Es handle sich bei der von ihr erteilten Bürgschaft nicht um eine Sicherheit im Sinne des § 648a BGB. Auf diese Vorschrift werde in der Bürgschaftsurkunde weder Bezug genommen noch ergäben sich für eine dahingehende Einschränkung entsprechende Anhaltspunkte. Die Bekl. könne daher Zahlungen an die Kl. nicht unter Berufung auf § 648a II 2 BGB deshalb verweigern, weil die Hauptschuldnerin die Werklohnforderung weder anerkannt habe noch zu deren Zahlung verurteilt worden sei.

II. Auffassung des erkennenden Senats
Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das BerGer. geht zutreffend davon aus, dass es sich nicht um eine Bürgschaft im Sinne des § 648a BGB handelt, sondern um eine vertraglich vereinbarte Bürgschaft zur Sicherung der Zahlungsansprüche der Kl. Die Wirksamkeit der Sicherungsvereinbarung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Kl. gemäß § 648a BGB Sicherheit verlangen kann. § 648a VII BGB schließt lediglich im Anwendungsbereich des § 648a I BGB, also bei einem Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Vertragsschluss, eine von den Vorschriften des § 648a I - V BGB abweichende Vereinbarung aus. Auf eine Bürgschaft, die der Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet § 648a VII BGB hingegen keine Anwendung. Diese Frage war vom IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 24.01.2002 - IX ZR 204/00, BauR 2002, 796 = ZfBR 2002, 358 [359] = NZBau 2002, 216 noch offen gelassen worden. Der Regelungsgehalt des § 648a BGB unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der rechtlichen Funktion, die eine von vornherein getroffene vertragliche Sicherungsvereinbarung hat. Letztere verschafft dem Unternehmer einen auf übereinstimmendem Willen der Vertragsparteien beruhenden, durchsetzbaren Anspruch auf Bestellung der Sicherheit in vereinbarter Höhe. § 648a BGB gibt dem Unternehmer hingegen, um seinem Interesse an Absicherung seiner Vergütungsforderung Nachdruck zu verleihen, lediglich das Recht, die Leistung zu verweigern und den Vertrag zu kündigen, wenn die geforderte Sicherheit, hinsichtlich deren Art dem Auftraggeber ein Wahlrecht zusteht, nicht erbracht wird. Die Vorschrift des § 648a VII BGB soll sicherstellen, dass die Regelung dieser unter den Voraussetzungen des § 648a I BGB einseitig verlangten Sicherheit nicht durch Parteiabreden verändert wird. Hingegen ist es nicht Sinn des § 648a VII BGB, Vereinbarungen der Parteien hinsichtlich einer im Bauvertrag geregelten Sicherheitenbestellung zu beschränken. Der erkennende Senat hat demgemäß bereits im Urteil vom 09.11.2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, 28 ausgeführt, dass der Inhalt einer solchen vertraglichen Sicherungsabrede nicht mit der Regelung des § 648a BGB kollidiert.

B. Zur Fälligkeit der gesicherten Werklohnforderung der Kl.

I. Auffassung des BerGer.
Das BerGer. führt aus, der Werklohnanspruch der Kl. sei fällig. Eine Abnahme der Werkleistung sei im Falle der Kündigung nicht notwendig, um die Fälligkeit des Werklohns herbeizuführen.

II. Auffassung des erkennenden Senats
Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Bisherige Rechtsprechung zur Fälligkeit des Werklohns nach vorzeitiger Kündigung
Dem BerGer. ist einzuräumen, dass die von ihm vertretene Auffassung der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht. Danach bedurfte das infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung unfertige Werk keiner Abnahme, um die Vergütung fällig werden zu lassen (Urteil vom 09.10.1986 - VII ZR 249/85, BauR 1987, 95 = ZfBR 1987, 38); die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs und aller sich aus der vorzeitigen Beendigung ergebenden vergütungsgleichen Ansprüche wurde für den VOB-Vertrag allein von der Erteilung einer prüfbaren Schlussrechnung abhängig gemacht (BGH aaO.; Urteil vom 04.05.2000 - VII ZR 394/97, BauR 2000, 1191 = ZfBR 2000, 471).

2. Neue Beurteilung dieser Frage durch den erkennenden Senat
An dieser Rechtsprechung wird für die Fälligkeit der Vergütungsforderung aus einem gekündigten Bauvertrag nicht festgehalten.

a. Aktuelle Rechtsprechung zu Verjährungsfristen nach VOB/B
Mit Urteil vom 19.12.2002 (VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244) hat der Senat entschieden, dass die Verjährungsfristen gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B oder gemäß § 13 Nr. 7 III VOB/B nach einer Kündigung oder Teilkündigung auf einen Anspruch nach § 4 Nr. 7 S. 1 und 2 VOB/B grundsätzlich erst anwendbar sind, wenn die bis zur Kündigung erbrachte Leistung abgenommen worden ist. Erst die Abnahme der durch die Kündigung beschränkten vertraglich geschuldeten Werkleistung beendet das Erfüllungsstadium des gekündigten Vertrags und führt die Erfüllungswirkungen der Werkleistung herbei. Es gilt insoweit nichts anderes als bei einem nicht gekündigten Vertrag.

b. Daraus resultierende Frage zur Fälligkeit des Werklohns nun zu entscheiden
Im Hinblick auf diese Entscheidung hat der Senat mit Urteil vom 22.09.2005 (VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159) darauf hingewiesen, dass die Auffassung, bei vorzeitiger Beendigung eines Vertrags sei eine Abnahme zur Begründung der Fälligkeit der Werklohnforderung nicht erforderlich, einer Überprüfung bedarf. Während seinerzeit eine Klärung wegen der Besonderheit des Sachverhalts nicht geboten war, hat der Senat die Frage nunmehr zu entscheiden. Denn das BerGer. hat offen gelassen, ob die Teilleistung der Kl. abgenommen wurde, weil die Abnahme aus seiner Sicht nicht entscheidungserheblich war. Es hat auch keine Feststellungen zu Umständen getroffen, die auch bei einem vollständig erfüllten Vertrag die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für die Werklohnforderung entbehrlich machen könnten. Es ist daher zugunsten der Revisionskl. von einer erforderlichen aber fehlenden Abnahme auszugehen.

c. Abnahme der Teilleistungen nach Kündigung erforderlich, soweit diese möglich ist
Gemäß § 641 I BGB ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch des Unternehmers. Soweit es um die Vergütungsforderung aus einem Bauvertrag geht, besteht kein rechtfertigender Grund, von dieser Voraussetzung abzusehen, wenn der Unternehmer infolge der Kündigung des Vertrages lediglich eine Teilleistung erbracht hat. Die Kündigung, die den Vertrag für die Zukunft beendet, beschränkt den Umfang der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil und seinen Vergütungsanspruch ebenfalls auf diesen Teil der ursprünglich geschuldeten Leistung (BGH, Urteile vom 25.03.1993 - VII ZR 17/92, BauR 1993, 469 = ZfBR 1993, 189 und vom 19.12.2002 - VII ZR 103/00, aaO.). Der nunmehr im geschuldeten Leistungsumfang reduzierte Bauvertrag richtet sich bezüglich der Fälligkeit der Vergütungsforderung weiterhin nach den werkvertraglichen Regelungen, wie sie auch für den ursprünglichen Vertragsumfang galten. Es ist kein rechtlich tragfähiger Grund dafür ersichtlich, an die Fälligkeitsvoraussetzungen des für den erbrachten Leistungsteil geschuldeten Vergütungsanspruchs geringere Anforderungen zu stellen, als sie für den Fall des vollständig durchgeführten Vertrages bestehen. Vielmehr würde eine Reduzierung dieser Anforderungen, ein Verzicht auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung, dazu führen, dass der Unternehmer, ohne dass hierfür ein überzeugender Grund zu ersehen ist, selbst in denjenigen Fällen besser gestellt würde, in denen er Anlass zur Kündigung gegeben hat. Diese Gleichstellung der Fälligkeitsvoraussetzungen erfordert allerdings, dass eine Abnahme auch der nur teilweise erbrachten Leistung grundsätzlich möglich ist. Ob dies bei Werkverträgen aller Art generell bejaht werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls im Rahmen eines Bauvertrages stehen der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistung keine durchgreifenden Bedenken entgegen, da es in der Regel um hinreichend abgrenzbare Teilleistungen geht, die auch in diesem Stadium der Überprüfung dahin zugänglich sind, ob

sie vertragskonform erbracht worden sind. Hiervon geht auch die Regelung in § 8 Nr. 6, 1. HS VOB/B aus, wonach der Auftragnehmer Aufmaß und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistung alsbald nach der Kündigung verlangen kann. Die Abnahme kann auch hier zum Zwecke der Feststellung der Vertragsgemäßheit dieselbe Funktion erfüllen, wie beim nicht gekündigten Vertrag (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2002 - VII ZR 103/00, aaO.; Kniffka, ZfBR 1998, 113; Thode, ZfBR 1999, 116). Der Senat verkennt nicht, dass sich diese Überprüfung im Einzelfall zuweilen als schwierig herausstellen kann, etwa dann, wenn die Abgrenzung zwischen noch nicht erbrachter oder mangelhaft erbrachter Teilleistung fraglich ist. Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten sind dem Werkvertragsrecht aber auch im Übrigen keineswegs fremd und können sachgerecht bewältigt werden. Sie können es nicht rechtfertigen, von einer rechtlich geregelten Fälligkeitsvoraussetzung abzusehen.

3. Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Das BerGer. wird daher zu prüfen haben, ob die von der Kl. erbrachte Teilleistung abgenommen ist oder eine solche Abnahme, wie auch bei vollständig erbrachter Leistung, ausnahmsweise entbehrlich ist, etwa, weil nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung (BGH, Urteil vom 16.05.2002 - VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399 = ZfBR 2002, 676) oder Schadensersatz (BGH, Urteil vom 22.09.2005 - VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159) verlangt wird oder die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig abgelehnt wurde (BGH, Urteil vom 03.03.1998 - X ZR 4/95, NJW-RR 1998, 1027). Insoweit wird zu berücksichtigen sein, dass in der Kündigung eine konkludente Abnahme nicht gesehen werden kann und eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B beim gekündigten VOB-Vertrag nicht in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 19.12.2002 - VII ZR 103/00, aaO.). Zu bedenken wird auch sein, dass sich die Auftraggeberin und damit auch die Bekl., sollte eine Ersatzvornahme erfolgreich durchgeführt sein, nicht mehr darauf wird berufen können, ursprünglich die Abnahme zu Recht verweigert zu haben (vgl. dazu Kniffka, ZfBR 1998, 113 [114]).

C. Hinweise für die weitere Behandlung des Falls durch das BerGer.

Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen: Sollte das BerGer. zu dem Ergebnis kommen, dass die Leistung der Kl. abgenommen wurde oder es wegen besonderer Umstände für die Fälligkeit der Werklohnforderung auf eine Abnahme nicht ankommt, wird zu prüfen sein, ob die Werklohnforderung infolge der im anwaltlichen Schreiben vom 03.11.1998 erklärten Aufrechnung mit einem Anspruch der Käufer auf Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von 700.000,- DM erloschen ist. Insoweit fehlt es bisher an Feststellungen des BerGer. Auf ein Erlöschen der Werklohnforderung könnte sich auch die Bekl. als Bürgin berufen. Diese hat in der Bürgschaft nur auf die Einrede der Aufrechenbarkeit im Sinne des § 770 II BGB verzichtet, nicht aber auf die Geltendmachung des Erlöschens der Hauptforderung durch eine bereits erfolgte Aufrechnung. Sollte die Aufrechnung nicht zum Erlöschen der Werklohnforderung geführt haben, wird die von der Bekl. im Hinblick auf Mängel der Werkleistung erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu prüfen sein. Gemäß § 768 I 1 BGB kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Dazu gehört auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Dies gilt selbst für den Fall, dass die Gewährleistungs- und Nachbesserungsrechte auf einen Dritten zur Ausübung übertragen worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.1971 - VII ZR 243/69, BGHZ 55, 354). Der Senat weist ferner darauf hin, dass entgegen der Ansicht des BerGer. durch eine Kündigung des Auftraggebers sein Recht, Nachbesserung zu verlangen, regelmäßig nicht entfällt.

Standort: Zivilprozessrecht — Problem: Sofortiges Anerkenntnis

BGH, BESCHLUSS VOM 30.05.2006
VI ZB 64/05 (NJW 2006, 2490)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatten sich für den Bekl. nach Klagezustellung dessen Rechtsanwälte legitimiert und mitgeteilt, binnen der gesetzten Frist auf die Klage erwidern zu wollen. Dieses geschah zunächst, um die im schriftlichen Vorverfahren bestehende Möglichkeit eines Versäumnisurteils zugunsten des Kl. gem. §§ 276 I1, II, 331 III ZPO auszuschalten, ein Klageabweisungsantrag wurde noch nicht gestellt. Innerhalb der Klageerwiderungsfrist nach § 276 I 2 ZPO erkannte der Bekl. sodann den Großteil der Klageforderung an und zahlte. Nach entsprechender Erledigungserklärung durch den Kl. kam es im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 91a ZPO dann darauf an, ob das Anerkenntnis als „sofort“ i. S. d. § 93 ZPO bewertet werden konnte.

Der BGH entschied hierzu entgegen der wohl noch herrschenden Literaturauffassung, dass ein Anerkenntnis auch im schriftlichen Vorverfahren nach § 276 ZPO bis zum Ablauf der Klageerwiderungsfrist als „sofortig“ eingestuft werden kann, wenn der Bekl. den Kl. zuvor nicht bereits durch einen auf Klageabweisung gerichteten Sachantrag zu weiteren Maßnahmen veranlasst hat. Er weist auf die durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz zum 01.09.2004 in Kraft getretene

Änderung des § 307 ZPO hin, derzufolge nunmehr in jedem Stadium des Verfahrens aufgrund eines Anerkenntnisses eine Verurteilung des Bekl. ohne mündliche Verhandlung möglich ist. Ein Bekl., der vorprozessual keinen Anlass zur Klageerhebung geboten hat, müsse vor diesem Hintergrund auch bei gerichtlicher Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens nach § 276 ZPO die Klageewiderungsfrist als Bedenkzeit, wie er auf die Klage reagieren will, zur Verfügung haben. Erkennt er danach an, ohne durch sein Verhalten Kosten veranlasst zu haben, müsse ihm § 93 ZPO offen stehen.

Prüfungsrelevanz:

Indem der BGH in diesem Beschluss auf das Veranlasserprinzip als wesentlichen Grundgedanken der §§ 91 ff ZPO rekurriert, trägt er wesentlich zum Grundverständnis der zivilprozessualen Kostentragungsregeln, die natürlich insbesondere im Assessorexamen beherrscht werden müssen, bei. Häufig taucht der § 93 ZPO in Klausuraufgaben nicht in seinem direkten Anwendungsbereich des Anerkenntnisurteils auf, sondern seine Grundgedanken sind – wie im vorliegenden Fall auch – im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung nach § 91a ZPO heranzuziehen. Dessen originäre Anwendungsfälle – diejenigen der übereinstimmenden Erledigterklärungen der Parteien – bilden einen sehr beliebten Prüfungsstoff im 2. juristischen Staatsexamen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Billigkeit der Kostenentscheidung bei Erledigung nach Aufrechnung des Bekl.: *Althammer/Löhnig*, NJW 2004, 3077 ff

❑Zu den Auswirkungen des 1. Justizmodernisierungsgesetztes auf § 93 ZPO ausführlich: *Vossler*, NJW 2006, 1034 ff

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* "Jugendstil in Dortmund"

❑ *Assessorkurs* : "Der teure Wandteppich"

Leitsatz:

Bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens kann der Beklagte den geltend gemachten Anspruch innerhalb der Klageerwiderungsfrist jedenfalls dann "sofort" im Sinne des § 93 ZPO anerkennen, wenn die Verteidigungsanzeige keinen auf eine Abweisung der Klage gerichteten Sachantrag enthält.

Sachverhalt:

Der klagende Verein hat als Alleinerbe der am 27.10.2001 verstorbenen Frau R. einen Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. geltend gemacht. Diesen hat er darauf gestützt, der Bekl. habe als Betreuer der Erblasserin deren Vermögen durch Veruntreuungen um insgesamt 10.052,33 € geschädigt. Wegen dieser und weiterer vergleichbarer Straftaten zum Nachteil anderer Betreuter wurde der Bekl. durch Urteil des Landgerichts D. vom 29.04.2004 rechtskräftig zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten verurteilt, die er zur Zeit verbüßt. Der Kl. hat mit einem am 18.01.2005 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz hinsichtlich des genannten Betrages Klage erhoben. Das Landgericht hat das schriftliche Vorverfahren angeordnet und den Bekl. aufgefordert, binnen einer Notfrist von zwei Wochen anzuzeigen, ob er sich gegen die Klage verteidigen wolle, und binnen einer Frist von weiteren zwei Wochen auf die Klage zu erwidern. Die Klage und die gerichtliche Verfügung sind dem Bekl. am 18.02.2005 in der Justizvollzugsanstalt zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 02.03.2005 haben die Prozessbevollmächtigten des Bekl. dessen Interessenvertretung angezeigt und mitgeteilt, sie wollten innerhalb der gesetzten Frist auf die Klage erwidern. Mit Schriftsatz vom 10.03.2005 hat der Bekl. die Forderung anerkannt und beantragt, die Kosten des Verfahrens dem Kl. aufzuerlegen, da er vorgerichtlich nicht zur Zahlung aufgefordert worden sei. Ferner hat der Bekl. die Aufrechnung mit einer noch offenen Forderung aus der Betreuung der Erblasserin in Höhe von 337,24 € erklärt. Den sich daraus ergebenden Betrag einschließlich Zinsen überwies er an den Kl. Der Kl. hat nach Eingang der Zahlung von 9.715,09 € den Rechtsstreit in dieser Höhe für erledigt erklärt und beantragt, dem Bekl. insoweit die Kosten aufzuerlegen. Die Gegenforderung hat er bestritten. Das Landgericht hat den Parteien hinsichtlich der Gegenforderung einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, wonach der Kl. unterstelle, dass der Bekl. für seine Betreuungsleistungen 300,- € ansetzen könne und er mit Blick darauf die Restforderung nicht mehr geltend mache, der Rechtsstreit in der Hauptsache insgesamt erledigt sei und das Gericht über die Kosten insgesamt gemäß § 91a ZPO im schriftlichen Verfahren entscheiden solle. Dem haben die Parteien schriftlich zugestimmt. Darauf hat das Landgericht durch Beschluss den Abschluss des Vergleichs festgestellt und die Kosten des Verfahrens dem Kl. auferlegt, weil der Bekl. die Forderung im Sinne des § 93 ZPO sofort anerkannt habe. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Kl. hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Kl.

Aus den Gründen:

Die statthafte (§ 574 I Nr. 2 ZPO) Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.

Das BeschwGer. hat im Wesentlichen ausgeführt: Der Bekl. habe keine Veranlassung zur Klageerhebung

gegeben. Er sei mit der Klageforderung vorgerichtlich nicht konfrontiert worden. Anhaltspunkte dafür, dass er bei einer außergerichtlichen Zahlungsaufforderung seiner Schadensersatzpflicht nicht nachgekommen wäre, bestünden nicht und ließen sich insbesondere nicht aus dem Umstand der Inhaftierung herleiten. Der Bekl. habe die Klageforderung auch "sofort" anerkannt. Das mit Schriftsatz vom 10.03.2005 erklärte Anerkenntnis sei ausreichend. Nach einer im Vordringen begriffenen Ansicht könne der Bekl. jedenfalls dann, wenn er zunächst innerhalb der Frist gemäß § 276 I 1 ZPO nur seine Verteidigungsbereitschaft anzeige, jedoch keinen Sachantrag stelle, noch innerhalb der anschließenden Frist zur Klageerwiderung "sofort" anerkennen. Dem sei zu folgen. Dem gegenüber vertritt der Kl. die Auffassung, der Bekl. habe Veranlassung zur Klageerhebung gegeben; zudem könne ein sofortiges Anerkenntnis nur innerhalb der Notfrist des § 276 I 1 ZPO erklärt werden.

B. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde
Die Entscheidung des Beschwerdegerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

I. Kein Anlass zur Klageerhebung durch vorprozessuales Verhalten des Bekl.
Seine Ansicht, der Bekl. habe keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben, beruht auf einer rechtlich nicht zu beanstandenden Bewertung des festgestellten Sachverhalts. Veranlassung zur Klageerhebung gibt eine Partei, wenn ihr Verhalten vor dem Prozess aus der Sicht des Kl. bei vernünftiger Betrachtung hinreichenden Anlass für die Annahme bietet, er werde ohne Inanspruchnahme der Gerichte nicht zu seinem Recht kommen (BGH, Urteil vom 27.06.1979 - VIII ZR 233/78 - NJW 1979, 2040 f.; Beschlüsse vom 03.03.2004 - IV ZB 21/03 - NJW-RR 2004, 999 f.; vom 08.03.2005 - VIII ZB 3/04 - NJW-RR 2005, 1005 [1006]). Ohne Rechtsfehler nimmt das BeschwGer. an, dass dafür im Streitfall nichts ersichtlich ist. Der Kl. hat unstreitig vor Klageerhebung keinen Kontakt zum Bekl. aufgenommen, ihn insbesondere nicht außergerichtlich zum Ausgleich des Schadens aufgefordert. Dass der mit der Klage geltend gemachte Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen Veruntreuung von Geldbeträgen hergeleitet wurde, mag zu einem sofortigen Verzug geführt haben. Daraus lässt sich indes nicht, wie die Rechtsbeschwerde meint, zugleich herleiten, der Kl. habe davon ausgehen müssen, den Anspruch ohne Klageerhebung nicht realisieren zu können. Die Rechtsbeschwerde trägt selbst vor, dass die strafrechtliche Verurteilung des Bekl. wegen 835 Taten zum Nachteil von 41 Geschädigten auf seiner eigenen Einlassung beruhte. Angesichts dessen und der Vielzahl der daraus resultierenden Ansprüche der Geschädigten sowie in Anbetracht der Inhaftierung des Bekl. begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, wenn das BeschwGer. davon ausgeht, der Kl. habe aus der unterbliebenen Kontaktaufnahme seitens des Bekl. nicht schließen dürfen, eine außerprozessuale Zahlungsaufforderung werde ohne Erfolg bleiben und er werde nur durch eine Klage zu seinem Recht kommen.

II. Anerkenntnis des Bekl. "sofort" i. S. d. § 93 ZPO
Auch die Auffassung des BeschwGer., der Bekl. habe den Klageanspruch "sofort" anerkannt, ist frei von Rechtsfehlern.

1. Bisheriger Meinungsstand zum sofortigen Anerkenntnis im schriftlichen Vorverfahren
Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur bisher vielfach die Ansicht vertreten worden, ein "sofortiges" Anerkenntnis im Sinne des § 93 ZPO könne bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens nur bis zum Ablauf der Notfrist des § 276 I 1 ZPO erfolgen (OLG Brandenburg, OLGR 2003, 305 [306]; OLG Celle, NJW-RR 1998, 1370; OLG Frankfurt, NJW-RR 1993, 126 [127 f.]; OLG Hamburg, OLGR 1996, 204; OLG München, MDR 1989, 267; OLG Naumburg, OLGR 2002, 239 [240]; OLG Nürnberg, MDR 1998, 680; OLG Stuttgart, OLGR 2000, 84 f.; OLG Zweibrücken, OLGR 2001, 394 f.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 64. Aufl., § 93 Rz. 102; HK-ZPO/Gierl, § 93 Rz. 27; Musielak/Wolst, ZPO, 4. Aufl., § 93 Rz. 5; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 27. Aufl., § 93 Rz. 9; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 93 Rz. 6; Zimmermann, ZPO, 7. Aufl., § 93 Rz. 2). Nach der Gegenansicht kann der Bekl. jedenfalls dann, wenn er innerhalb der Frist gemäß § 276 I 1 ZPO zunächst nur seine Verteidigungsbereitschaft anzeigt, jedoch keinen Sachantrag ankündigt, noch innerhalb der anschließenden Frist zur Klageerwiderung "sofort" anerkennen (vgl. OLG Bamberg, NJW-RR 1996, 392 [393 f.]; OLG Brandenburg, MDR 2005, 1310; OLG Hamburg, MDR 2002, 421 f.; OLG Karlsruhe, OLGR 2004, 513 [514]; OLG Nürnberg, NJW 2002, 2254 [2255]; OLG Schleswig, MDR 1997, 971 [972]; Zöller/Herget, ZPO, 25. Aufl., § 93 Rz. 4; Zöller/Greger, aaO., § 276 Rz. 13; Deichfuß, MDR 2004, 190 [192]; Meiski, NJW 1993, 1904 [1905]; Vossler, NJW 2006, 1034 [1035]).

2. Auffassung des erkennenden Senats
Die zuletzt genannte Ansicht ist richtig.

a. Änderung des § 307 ZPO durch das 1. JuMoG zum 01.09.2004
Nach der vor dem 01.09.2004 geltenden Rechtslage konnte ein Anerkenntnisurteil - falls nicht die Voraussetzungen für eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren vorlagen (§ 128 ZPO) - wie jedes andere Endurteil nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen. § 307 II ZPO a.F. sah allerdings für den Fall der Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens (§ 276

ZPO) den Erlass eines Anerkenntnisurteils im schriftlichen Verfahren vor, wenn der Bekl. nach der Aufforderung zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft erklärte, den Anspruch ganz oder teilweise anzuerkennen. Die Mehrzahl der zitierten Entscheidungen ist unter der Geltung dieser Rechtslage ergangen. Nach dem Inkrafttreten des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes (1. JuMoG) bestimmt § 307 S. 2 ZPO, dass es für den Erlass eines Anerkenntnisurteils generell keiner mündlichen Verhandlung mehr bedarf. Erkennt der Bekl. den geltend gemachten Anspruch an, kann das Gericht vielmehr unabhängig von der Wahl der Verfahrensart in jedem Stadium des Rechtsstreits ein Anerkenntnisurteil im schriftlichen Verfahren erlassen. Da die vorliegende Klage erst 2005 anhängig wurde, ist auf der Grundlage der neuen Rechtslage zu entscheiden. Ob nach altem Recht eine abweichende Beurteilung gerechtfertigt war, ist zweifelhaft, kann indes offen bleiben.

b. Veranlasserprinzip Grundgedanke der §§ 91 ff ZPO

Die Auffassung, nur ein Anerkenntnis in der Notfrist des § 276 I 1 ZPO könne als "sofortiges" gelten, wird damit begründet, dass "sofort" nur die erste Gelegenheit, bei der ein Anerkenntnisurteil erlassen werden kann, meinen könne. Dies seien bei der Bestimmung eines frühen ersten Termins (§ 275 ZPO) eben dieser, beim schriftlichen Vorverfahren indes die in der Frist des § 276 I 1 ZPO einzureichende Verteidigungsanzeige. Dies erscheint gemessen am Normzweck des § 93 ZPO als zu eng. Die Kostenregelungen der deutschen Verfahrensgesetze werden von dem Gedanken der Billigkeit beherrscht, insbesondere dem Veranlasserprinzip. Der Grundsatz, dass bei streitigen Verfahren die Prozesskosten regelmäßig von dem unterlegenen Teil zu tragen sind, ist daraus abgeleitet, denn wer unterliegt, hat die Vermutung gegen sich, zum Streit Anlass gegeben zu haben. Dies zeigt insbesondere die Bestimmung des § 93 ZPO, welche die Regelung des § 91 ZPO aus Billigkeitsgründen durchbricht (BGHZ 60, 337 [343]). Sie dient damit zugleich dem Schutz des Bekl. vor übereilten Klagen und der Vermeidung unnötiger Prozesse (HK-ZPO/Gierl, aaO., Rz. 1; Münch.Komm.-ZPO/Belz, 2. Aufl., § 93 Rz. 1; Musielak/Wolst, aaO., Rz. 1; Stein/Jonas/Bork, aaO, Rz. 1). Auch die zweite Voraussetzung der Norm für eine Kostenbelastung des Klägers, das Anerkenntnis müsse ein "sofortiges" sein, ist an diesem Zweck zu messen.

aa. Bei frühem erstem Termin (§ 275 ZPO) Klageerwiderungsfrist als Bedenkzeit

Bestimmt das Gericht einen frühen ersten Termin, so konnte auf der Grundlage der bisherigen Rechtslage ein Anerkenntnis in der Regel nur in diesem Termin abgegeben werden (zu Ausnahmen, etwa bei unschlüssigem Klagevortrag oder fehlender Anspruchsberechtigung vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 03.03.2004 - IV ZB 21/03 - und vom 08.03.2005 - VIII ZB 3/04 - aaO.). Umstritten war lediglich, ob es der Anwendung des § 93 ZPO entgegenstand, wenn der Klageanspruch vor dem Termin bestritten, insbesondere Klageabweisung beantragt wurde (vgl. Musielak/Wolst, aaO, Rz. 4 - bejahend - und Stein/Jonas/Bork, aaO, Rz. 7 m.w.N. - verneinend -; weitere Fundstellen bei Deichfuß, aaO, S. 191 bei Fn. 12-14). Es ist zweifelhaft, ob an dieser Beurteilung festgehalten werden kann, nachdem § 307 S. 2 ZPO nunmehr bestimmt, dass es zum Erlass eines Anerkenntnisurteils einer mündlichen Verhandlung nicht bedarf. Es erscheint erwägenswert anzunehmen, dass danach ein "sofortiges" Anerkenntnis auch bei der Bestimmung eines frühen ersten Termins in der Regel bereits in der Klageerwiderung abgegeben werden muss (so Vossler, aaO.). Selbst wenn man dem nicht folgt und an der bisherigen Auffassung festhält, steht aber im Verfahren mit frühem ersten Termin dem Bekl. die gesetzte Klageerwiderungsfrist zur Verfügung, um zu entscheiden, ob und wie er sich gegen die Klage verteidigen oder den Klageanspruch anerkennen will.

bb. Bedenkzeit für den Bekl. auch im schriftlichen Vorverfahren erforderlich

Nichts anderes kann gelten, wenn das Gericht das schriftliche Vorverfahren anordnet. Dieses Verfahren dient wie der frühe erste Termin zur umfassenden Vorbereitung des Haupttermins (§ 272 I und II ZPO). Wird im frühen ersten Termin anerkannt, erübrigen sich vorbereitende Maßnahmen. Wird mit der Klageerwiderung in der dafür gesetzten Frist anerkannt, gilt Gleiches. Die Billigkeitsentscheidung, die nach § 93 ZPO zu treffen ist, kann nicht davon abhängen, ob ein Anerkenntnis in der Frist zur Abgabe der Verteidigungserklärung oder in der anschließenden Frist zur Klageerwiderung abgegeben wird. In beiden Fällen ist es dem Bekl. nicht zuzumuten, einen Anspruch anzuerkennen, den er nicht in einem hinreichend lang bemessenen Zeitraum prüfen konnte. Dazu darf er die - nötigenfalls verlängerte - Klageerwiderungsfrist in Anspruch nehmen. Dies führt zu keiner Ausweitung des Verfahrens; denn bis zum Ablauf dieser Frist sind, sofern die Verteidigungserklärung keinen Sachantrag ankündigt oder das Klagevorbringen bestreitet, in der Regel weder Maßnahmen des Gerichts noch des Kl. veranlasst. Allein die formalisierte und zur Vermeidung eines Versäumnisurteils (§ 331 III ZPO) erforderliche Anzeige der Verteidigungsbereitschaft nebst der Mitteilung, fristgerecht zur Klage vortragen zu wollen, enthält noch kein Bestreiten der Klageforderung, sondern lediglich die Ankündigung, überhaupt zur Klage Stellung nehmen zu wollen. Ein Aufschluss, wie sich der Bekl. zum Klageanspruch in der Sache stellt, ergibt sich daraus nicht. Ist der Fall - wie hier - derart gelagert, ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, die Voraussetzungen des § 93 ZPO allein

deshalb zu verneinen, weil der Bekl. das Anerkenntnis noch nicht in der Notfrist abgegeben hat. Die Erklärung des Anerkenntnisses erst in der Klageerwiderung führt dann weder zu einem weiteren prozessualen Aufwand noch zu weiteren Verfahrenskosten, so dass für die Kostenbelastung des Bekl. lediglich formal an den Ablauf einer Frist angeknüpft würde, die jedenfalls nach der neuen Rechtslage für die Möglichkeit, ein Anerkenntnisurteil im schriftlichen Verfahren zu erlassen, ohne jede Bedeutung ist.

cc. Keine Möglichkeit des Bekl., die Frist des § 276 I 1 ZPO zu beeinflussen

Die abweichende Ansicht führt danach zu einer am Normzweck gemessen nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der beklagten Partei im schriftlichen Vorverfahren. Insbesondere nötigt sie den Bekl., der sich den Vorteil des § 93 ZPO erhalten will, in dieser Verfahrensart zu einer Entscheidung über das weitere Vorgehen innerhalb des nicht variablen kurzen zweiwöchigen Zeitraums, während der Bekl. bei Bestimmung eines frühen ersten Termins auf den Zeitrahmen nötigenfalls durch Fristverlängerungsanträge Einfluss nehmen kann. Dem steht nicht entgegen, dass nach § 277 III ZPO die Frist zur Klageerwiderung nach § 275 I 1, III ZPO wie die nach § 276 I 2 ZPO nur 2 Wochen beträgt, dem Bekl. im schriftlichen Vorverfahren also insgesamt mindestens 4 Wochen zur Verfügung stehen, dem im Verfahren mit frühem ersten Termin im ungünstigsten Fall aber nur 2 Wochen. Die Notfrist des § 276 I 1 ZPO ist unbedingt einzuhalten, um ein Versäumnisurteil nach § 331 III ZPO zu vermeiden. Sie kann, anders als die Klageerwiderungsfrist, nicht verlängert werden (vgl. § 224 ZPO), gegen ihre Versäumung kommt allenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht (§ 233 ZPO). Abgesehen davon wird die vom Richter zu setzende Klageerwiderungsfrist vielfach - je nach Sach- und Terminslage - von vornherein großzügiger bemessen sein als mit der Mindestfrist von 2 Wochen.

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.

Strafrecht

Standort: § 164 StGB Problem: Pauschalbehauptungen

KG, BESCHLUSS VOM 03.04.2006

(5) 1 SS 329/05 (12/06), (569) 68 JS 22/01 NS (29/03) (NSTZ-RR 2006, 276)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, gegen den aufgrund der Angaben einer Zeugin wegen Vergewaltigung ermittelt wurde, wollte die die Ermittlungen führenden Polizisten in Misskredit bringen und wandte sich deshalb an deren vorgesetzte Dienststelle und behauptete dieser gegenüber in insgesamt zwei Schreiben, die Polizisten hätten die Zeugin beeinflusst, um so bewusst ein Strafverfahren gegen einen Unschuldigen (den Angeklagten) durchzuführen.

Das Amtsgericht Berlin-Tiergarten und das Landgericht Berlin hatten den Angeklagten wegen falscher Verdächtigung (§ 164 StGB) zu einer Geldstrafe verurteilt. Das Kammergericht sprach den Angeklagten in der Revision frei, da sein Verhalten eine Verurteilung insb. wg. § 164 I StGB nicht trage.

Prüfungsrelevanz:

Straftaten gegen die Rechtspflege, insb. § 164 StGB, gehören in beiden Examen zum Prüfungsstoff. Insofern werden zwar eher Grundkenntnisse erwartet, die Auseinandersetzung mit Detailproblemen wird jedoch insb. in mündlichen Prüfungen auch verlangt. Die vom Kammergericht auch angesprochene Frage der Befugnis eines Revisionsgerichts zur Heranziehung der Prozessakten dürfte als spezielles prozessuales Problem allerdings ausschließlich im zweiten Examen von Bedeutung sein.

Gem. § 164 I StGB macht sich wegen falscher Verdächtigung strafbar, wer einen anderen "wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht" verdächtigt. Insofern ist allerdings anerkannt, dass Tatsachenbehauptungen keine Verdächtigung i.S.v. § 164 I StGB darstellen, wenn sie so allgemein gehalten und unsubstantiiert sind, dass sie der Behörde, dergegenüber sie gemacht wurden, nicht ermöglichen, selbst das Vorliegen einer rechtswidrigen Tat oder Dienstpflichtverletzung zu überprüfen, sondern allenfalls Anlass geben, beim Anzeigeerstatter Rückfrage zu halten (Schönke/Schröder-Lenckner, § 164 Rn. 6/7). Das Kammergericht präzisiert diesen Ansatz in der vorliegenden Entscheidung weiter: Die Verdächtigung muss dem Denunzierten ein bestimmtes, durch individuelle Merkmale konkretisiertes Verhalten zur Last legen, das bei entsprechender Subsumtion den Verdacht einer Straftat oder einer Dienstpflichtverletzung begründen kann. Die Anschuldigungen des Angeklagten im vorliegenden Falle, der sich lediglich darauf berufen hatte, die Zeugin sei durch die Polizisten "beeinflusst" worden, reichten hierzu jedenfalls nicht.

Das Kammergericht setzt sich weiter mit der (prozessualen) Frage auseinander, ob ein Revisionsgericht ergänzend die Prozessakten des Tatsachengerichts heranziehen darf. Gem. § 337 StPO kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhe. Die Revision eröffnet also nur eine begrenzte Prüfungsmöglichkeit: das Revisionsgericht überprüft das Urteil und das ihm zugrunde liegende Verfahren nur auf Rechtsfehler; die Richtigkeit der vom Tatsachengericht rechtsfehlerfrei festgestellten Tatsachen kann und darf es nicht prüfen (Meyer-Goßner, Vor § 333 Rn. 1; § 337 Rn. 1; Willms, JR 1975, 55). Ist die Revision zulässig und begründet, darf das Revisionsgericht deshalb auch grundsätzlich keine eigene Sachentscheidung treffen, es verweist an das Tatsachengericht zurück (§ 354 II, III StPO). Nur ausnahmsweise trifft das Revisionsgericht ein eigene Sachentscheidung, und zwar gem. § 354 I StPO insb. dann, wenn ohne weitere tatsächliche Erörterungen nur auf Freispruch oder Einstellung entschieden werden kann.

Insofern ist es üblich, dass das Revisionsgericht, selbst wenn es davon ausgeht, dass eine Strafbarkeit wegen der vom Tatsachengericht abgeurteilten Taten nicht gegeben ist, nicht selbst freispricht, sondern zurückverweist, "weil nicht auszuschließen ist, dass weitere Feststellungen getroffen werden könnten, die eine Verurteilung ermöglichen". Gegen diese übliche Vorgehensweise spricht sich das Kammergericht in der vorliegenden Entscheidung aus. Allein auf den Verdacht hin, es könnten sich neue, eine Verurteilung ermöglichende Tatsachen ergeben, dürfe nicht zurückverwiesen werden (so auch Meyer-Goßner, § 354 Rn. 3). Da die Durchführung einer erneuten Tatsacheninstanz den Angeklagten u.U. (z.B. wegen der Fortdauer einer Untersuchungshaft) schwer träfe, dürfe das Revisionsgericht nicht pauschal zurückverweisen, sondern müsse gründlich prüfen, ob die Feststellung weiterer Tatsachen, die eine Verurteilung rechtfertigten, ernsthaft zu erwarten sei. Könne das Revisionsgericht

diese Prognoseentscheidung nicht allein aus den Urteilsgründen heraus treffen (was eher die Regel sein dürfte), so könne es auch ergänzend die Prozessakten heranziehen, um seine Entscheidung über Zurückverweisung oder Freispruch selbst treffen zu können. Dies gehe auch nicht über die Entscheidungskompetenz eines Revisionsgerichtes hinaus, da die Heranziehung der Prozessakten hier ja nicht eine eigene Tatsachenfeststellung durch das Revisionsgericht ermöglichen solle, sondern nur die (gem. § 354 I StPO) dem Revisionsgericht zugewiesene Entscheidung, ob es zurückverweist oder eine eigene Sachentscheidung trifft.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Erfordernis konkreter Anschuldigungen i.R.v. § 164 I StGB: *OLG Karlsruhe*, NStZ-RR 1997, 37

❑ Zur eigenen Sachentscheidung des Revisionsgerichts: *BGH*, NJW 1993, 2451; 1999, 1562; NStZ-RR 2004, 270; *OLG Köln*, NJW 1979, 729; *Jagusch*, NJW 1962, 1417;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der falsche Kneipenbummel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Verdächtigung i.S.v. § 164 I StGB liegt nur vor, wenn das gesamte tatsächliche Vorbringen des Täters nicht nur nach seiner persönlichen Auffassung, sondern nach objektiv-richtiger Würdigung einen Verdacht hervorruft oder verstärkt. Die auf Tatsachen gestützte Verdächtigung muss dem Denunzierten ein bestimmtes, durch individuelle Merkmale konkretisiertes Verhalten zur Last legen, das bei entsprechender Subsumtion den Verdacht einer Straftat oder einer Dienstpflichtverletzung begründen kann. Wertende Behauptungen erfüllen diese Voraussetzung nur, wenn sie in erkennbarer Weise zu 'greifbaren, des Beweises fähigen Tatsachen' in Beziehung gesetzt werden

2. Das Revisionsgericht darf zur Beantwortung der Frage, ob auf Freispruch durchentschieden werden kann oder die Sache zurückverwiesen werden muss, für diesen Teil seiner Tätigkeit ergänzend die Prozessakten heranziehen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte, der den aufgrund der belastenden Angaben der Zeugin Re erhobenen Tatvorwurf [der Vergewaltigung] nicht akzeptieren wollte, entschloss sich, die diesbezüglichen Ermittlungsergebnisse und die die Ermittlungen führenden Polizeibeamten in Misskredit zu bringen. Zu diesem Zweck verfasste er am 9. Oktober 2000 einen an die Personalstelle des Landeskriminalamtes 2123 gerichteten "Antrag auf Dienstaufsichtsbeschwerde" und erstattete zugleich Strafanzeige gegen die Kriminalkommissarin H (jetzt N) und den Polizeihauptkommissar (gemeint ist: Polizeihauptmeister) R wegen "nachweislich vorhalten von Akteninhalt und aufbauen einer Belastungszeugin, die somit zum sehr großen Teil zur Falschaussage dadurch beeinflußt wurde". Zugleich brachte der Angeklagte den Verdacht der Urkundenfälschung durch "einbauen von akteninhalt als Block" betreffend Aussagen des verdeckten Ermittlers EKHK K zum Ausdruck und bemängelte die abweichenden Unterschriften. Durch eine am 18. Oktober 2000 eingegangene erweiterte Dienstaufsichtsbeschwerde, die auszugsweise folgenden Inhalt hatte: "Die sich mit den Ermittlungen befassten Polizeibeamten nahmen im Verfahren (68 Js 260/98) die Aussagen durch höchstwahrscheinliches beeinflussen der aufgebauten Belastungszeugin N. Re bewußt der Wahrheit zuwider die böswillige falsche Aussage auf, da sie eine böswillige Strafverfolgung erzielen wollten, obwohl sie besseres Wissen hatten bzw. Kenntnis davon hatten, daß dies nicht so sein kann…" [wollte der Angeklagte seine Anschuldigungen weiter untermauern].

Aus den Gründen:

I. Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Amtsgericht Tiergarten in Berlin - (286) 68 Js 22/01 Ls (45/02) - verurteilte den Angeklagten am 8. Januar 2003 wegen falscher Verdächtigung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus dem Urteil des Landgerichts Berlin - (534) 68 Js 260/98 KLs (11/02) - vom 5. Juli 2002 (gemäß dem Schuldspruch aus dem Urteil des Landgerichts Berlin - 506-44/00 - vom 28. Mai 2001 wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Vergewaltigung) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten.

Seine dagegen gerichtete Berufung verwarf das Landgericht durch das angefochtene Urteil vom 21. Januar 2005 mit der Maßgabe, dass der Angeklagte - unter Wegfall der einbezogenen Einzelstrafen aus dem Urteil des Landgerichts Berlin vom 5. Juli 2002 - zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 30 Euro verurteilt wird. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat Erfolg; sie führt zum Freispruch. Seine gegen die Kosten- und Auslagenentscheidung des angefochtenen Urteils gerichtete sofortige Beschwerde ist gegenstandslos.

II. Entscheidung des Kammergerichts

1. Zum Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen, insb. eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses

Die auf die zulässige Revision von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensvoraussetzungen liegen vor. Anlass zur Erörterung besteht zu der Frage, ob der Verurteilung durch das Landgericht in ihrem gesamten

Umfang ein wirksamer Eröffnungsbeschluss zugrunde liegt.
In Anklagesatz vom 3. Juni 2001, der Inhalt des Eröffnungsbeschlusses vom 29. Juli 2002 ist (vgl. BGH GA 1980, 108; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl., § 207 Rdn. 1), wird der
Tatvorwurf wie folgt beschrieben: "Mit Schreiben vom 9. Oktober 2000, gerichtet an den Polizeipräsidenten in Berlin, behauptete der Angeschuldigte Y bewusst der Wahrheit zuwider, dass die Zeugen PHM R und KK'in H in der Absicht, den Angeschuldigten zu Unrecht verfolgen zu können, anlässlich der Vernehmungen der Zeugin Re am 4. und 8. Juni 1999 im Verfahren 68 Js 260/98 deren Unterschriften gefälscht hätten, um eine schlüssige, den Angeschuldigten belastende Aussage der Zeugin zu den Akten bringen zu können.
Dies tat der Angeschuldigte, um die Einleitung eines behördlichen Verfahrens gegen die Zeugen R und H, das dann unter dem Aktenzeichen 68 Js 630/00 bearbeitet worden ist, zu erreichen, wodurch er in dem gegen ihn gerichteten Verfahren Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Angaben der Zeugen R, H und Re zu wecken suchte.
[...] Im Anklagesatz war indes weder davon die Rede, dass in einer Vernehmungsniederschrift "Akteninhalt als Block eingebaut" sei, noch war die am 18. Oktober 2000 eingegangene erweiterte Dienstaufsichtsbeschwerde erwähnt worden. Die aus diesem Grunde erforderlich Prüfung, ob das Landgericht nur über durch den Eröffnungsbeschluss bestimmte Tat im Sinne des § 264 StPO geurteilt hat, prüft der Senat selbständig aufgrund eigener Sachuntersuchung unter Benutzung aller erforderlichen verfügbaren Erkenntnisquellen im Freibeweisverfahren nach (vgl. Meyer-Goßner, Einl. Rdn. 152; § 337 Rdn. 6).
Die Prüfung ergibt, dass das Landgericht den ihm durch § 264 StPO gesteckten Rahmen eingehalten hat. Gegenstand der Anklage ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, nämlich der Inhalt der Dienstaufsichtsbeschwerde des Angeklagten vom 9. Oktober 2000, in der er den Verdacht der Urkundenfälschung geäußert hat. Zu dem in der Anklageschrift allein enthaltenen Vorwurf, die Unterschriften der Zeugin Re seien gefälscht, tritt der Vorwurf des "Einbauens von Akteninhalt" hinzu. Beide hat der Angeklagte als konkrete Untermauerung seiner laienhaften rechtlichen Bewertung als Urkundenfälschung durch die Verknüpfung "Zum einen … zum anderen" untrennbar verbunden. Auch das am 18. Oktober 2000 eingegangene Schreiben bezieht sich in Form und Inhalt auf das erstgenannte. Schon der Betreff lautet: "Erweiterung der getätigten Dienstaufsichtsbeschwerde".
Sein Inhalt ist ohne das in Bezug genommene Schreiben nicht verständlich. Dem gegen den Angeklagten gerichteten Tatvorwurf, die Polizeibeamten wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht verdächtigt zu haben, kann sinnvoll nicht Absatz für Absatz in getrennten Verfahren nachgegangen werden.

2. Zur Sachrüge
Das Urteil muss auf die Sachrüge aufgehoben werden.

a. Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft zur Revision
Die Generalstaatsanwaltschaft Berlin hat zu der Revision ausgeführt:
"Die Revision, mit der der Angeklagte die Verletzung sachlichen Rechts rügt, ist begründet. Die Feststellungen tragen den Schuldspruch nicht.

aa. Zur Erforderlichkeit konkreter Anschuldigungen i.R.v. § 164 StGB
Die Strafvorschrift des § 164 StGB setzt voraus, dass der Täter einem anderen - objektiv unwahr und wider besseres Wissen - eine rechtswidrige Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) oder die Verletzung einer Dienstpflicht (§§ 77 Abs. 1 BBG, 40 LBG) zur Last legt (§ 164 Abs. 1 StGB) oder sonstige Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt, die geeignet sind, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Verdächtigten herbeizuführen oder fortdauern zu lassen (§ 164 Abs. 2 StGB). Für behördliche Verfahren und andere behördliche Maßnahmen genügen keine Vermutungen, Werturteile oder Schlussfolgerungen. Nur 'zureichende tatsächliche Anhaltspunkte' können ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren (§ 152 Abs. 2 StPO) oder ein Disziplinarverfahren (§§ 17 Abs. 1 Satz 1 BDG, 17 Abs. 1 LDiszG) auslösen (vgl. LK-Ruß, StGB 11. Aufl., § 164 Rdnr. 7; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl., § 164 Rdnr. 5 a). Eine Verdächtigung i.S.v. § 164 Abs. 1 StGB - und nur eine solche kommt hier nach den Feststellungen in Betracht - liegt also nur vor, wenn das gesamte tatsächliche Vorbringen des Täters nicht nur nach seiner persönlichen Auffassung, sondern nach objektiv-richtiger Würdigung einen Verdacht hervorruft oder verstärkt (vgl. OLG Karlsruhe, OLGSt Nr. 2 zu § 164 StGB; NStZ-RR 1997, 37, 38; LK-Ruß a.a.O.). Die auf Tatsachen gestützte Verdächtigung muss dem Denunzierten ein bestimmtes, durch individuelle Merkmale konkretisiertes Verhalten zur Last legen, das bei entsprechender Subsumtion den Verdacht einer Straftat oder einer Dienstpflichtverletzung begründen kann (vgl. OLG Karlsruhe, NStZ-RR a.a.O.; OLGSt a.a.O.; LK-Ruß a.a.O., Rdnr. 8). Wertende Behauptungen erfüllen diese Voraussetzung nur, wenn sie in erkennbarer Weise zu 'greifbaren, des Beweises fähigen Tatsachen' in Beziehung gesetzt werden (vgl. OLG Karlsruhe, OLGSt a.a.O.; LK-Ruß a.a.O., Rdnr. 7).
Dass diese Voraussetzungen bei den hier in Rede stehenden beiden Schreiben des Angeklagten erfüllt gewesen sind, belegen die Feststellungen nicht. Danach

erhob der Angeklagte mit seinem an die Personalstelle des Landeskriminalamtes gerichteten Schreiben vom 9. Oktober 2000 Dienstaufsichtsbeschwerde gegen zwei Kriminalbeamte, die mit Ermittlungen in dem gegen ihn gerichteten Verfahren 68 Js 260/98 der Staatsanwaltschaft Berlin befasst waren, und erstattete zugleich damit Strafanzeige gegen sie wegen 'nachweislich vorhalten von Akteninhalt und aufbauen einer Belastungszeugin, die somit zum sehr großen Teil zur Falschaussage dadurch beeinflusst wurde', äußerte ferner den Verdacht der Urkundenfälschung durch 'einbauen von Akteninhalt als Block' betreffend die Aussagen eines in dem vorbezeichneten Ermittlungsverfahren als verdeckter Ermittler tätig gewesenen Kriminalbeamten und bemängelte abweichende Unterschriften. Mit seiner am 18. Oktober 2000 eingegangenen 'erweiterten Dienstaufsichtsbeschwerde' beanstandete der Angeklagte ausweislich der Urteilsfeststellungen: 'Die sich mit den Ermittlungen befaßten Polizeibeamten nahmen im Verfahren (68 Js 260/98) die Aussagen, durch höchstwahrscheinliches beeinflussen der aufgebauten Belastungszeugin N. Re bewusst der Wahrheit zuwider die böswillige falsche Aussage auf, da sie eine böswillige Strafverfolgung erzielen wollten, obwohl sie besseres Wissen hatten bzw. Kenntnis davon hatten, daß dies nicht so sein kann ...'.

(1) Zum Fehlen konkreter Anschuldigungen im vorliegenden Fall

Dieses Vorbringen war nicht geeignet, den Verdacht einer Straftat oder eines Dienstvergehens gegen die angezeigten Polizeibeamten zu begründen, bzw. nicht ersichtlich objektiv unwahr.

(a) Zum Schreiben des Angeklagten vom 09.10.2000

Soweit der Angeklagte in seinem Schreiben vom 9. Oktober 2000 sinngemäß den Vorwurf erhob, dass eine Belastungszeugin durch Vorhalte aus den Akten 'zum sehr großen Teil' zur Falschaussage veranlasst worden sei, geht aus den Urteilsgründen zwar hervor, dass damit die Zeugin Re gemeint gewesen ist, die - ausweislich der Feststellungen zu den strafgerichtlichen Vorverurteilungen des Angeklagten - das Opfer einer Vergewaltigung war, für die der Angeklagte durch Urteil des Landgerichts Berlin vom 28. Mai 2001 im Verfahren (506) 68 Js 260/98 KLs (44/00) bestraft wurde. Welche Teile der Aussage der Zeugin Re falsch sein sollen und durch welche Vorhalte die Zeugin zu ihrer teilweise falschen Aussage veranlasst worden sein soll, bleibt jedoch im Dunkeln. Somit handelt es sich bei diesem Vorbringen um bloße Pauschalbehauptungen ohne Bezug zu 'greifbaren, des Beweises fähigen' Tatsachen. Gleiches gilt, soweit der Angeklagte in demselben Schreiben den Verdacht der Urkundenfälschung in Bezug auf Aussagen des verdeckten Ermittlers durch 'einbauen von Akteninhalt als Block' äußerte. Den Urteilsgründen ist zwar noch zu entnehmen, dass es sich bei dem verdeckten Ermittler um den 'E' handelte, der - ausweislich der Feststellungen zum Gegenstand des Urteils des Landgerichts Berlin vom 28. Mai 2001 im Verfahren (506) 68 Js 260/98 (44/00) - mit einen "Ö" mehrere Rauschgiftgeschäfte tätigte, für deren Vermittlung der Angeklagte wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln bestraft wurde. Aus den Urteilsgründen geht aber nicht hervor, was mit 'einbauen von Akteninhalt als Block' in Bezug auf Aussagen des verdeckten Ermittlers gemeint war, und somit auch nicht, ob es sich hierbei um eine 'greifbare, des Beweises fähige' Tatsachenbehauptung gehandelt hat, die geeignet war, den Verdacht der Urkundenfälschung oder einer anderen Straftat oder eines Dienstvergehens gegen die angezeigten Polizeibeamten zu begründen. Soweit der Angeklagte in diesem Schreiben den Vorwurf der Urkundenfälschung auf 'die abweichenden Unterschriften' stützte, meinte er - wie sich aus den Urteilsgründen an anderer Stelle ergibt - offenbar nicht die Unterschrift des verdeckten Ermittlers, sondern die der Zeugin Re, die dem Landgericht die Abweichungen in ihrer Unterschrift, mit der sie die einzelnen Seiten der Vernehmungsprotokolle versehen habe, damit erklärt hat, dass sie alles schnell hinter sich bringen wollte und im Übrigen auch übermüdet gewesen sei. Danach liegt es nahe, dass die Unterschriften dieser Zeugin auf den einzelnen Seiten der Vernehmungsprotokolle in der Tat nicht unerheblich voneinander abwichen und der Hinweis des Angeklagten hierauf somit keine unwahre Tatsachenbehauptung war.

(b) Zur "erweiterten Dienstaufsichtsbeschwerde" des Angeklagten vom 18.10.2000

Auch die am 18. Oktober 2000 eingegangene 'erweiterte Dienstaufsichtsbeschwerde' des Angeklagten enthielt, soweit ihr Inhalt aus den Urteilsgründen ersichtlich ist, keine Tatsachen, die geeignet waren, den Verdacht einer Straftat oder eines Dienstvergehens gegen die verdächtigten Polizeibeamten zu begründen. Denn der Vorwurf, diese Polizeibeamten hätten die Belastungszeugin Re 'höchstwahrscheinlich' zu deren böswillig falscher Aussage veranlasst, obwohl sie gewusst hätten, dass es sich nicht so, wie von der Zeugin behauptet, verhalten haben konnte, stellt sich - jedenfalls soweit aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils ersichtlich - mangels jeglicher Begründung für die Richtigkeit dieser pauschalen Behauptung - etwa durch Anführung auch nur entfernter Indizien - als bloße Vermutung dar und war daher nicht geeignet, den für die Einleitung eines strafrechtliches Ermittlungsverfahrens bzw. eines Disziplinarverfahrens gemäß § 152 Abs. 2 StPO bzw. gemäß § 17 Abs. 1 LDiszG erforderlichen Anfangsverdacht zu begründen (vgl. Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl., § 152 Rdnr. 4 m.w.N.).

(2) Zum Fehlen des Handelns "wider besseres Wissen"

Darüber hinaus ist aber auch die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe gewusst, dass die schriftlich festgehaltenen Angaben der Zeugin Re zutrafen, - und daher (zumindest) insoweit, als sich seine Vorwürfe auf das Zustandekommen und den Inhalt der Aussagen dieser Zeugin bezogen, - 'wider besseres Wissen' gehandelt, nicht hinreichend durch Tatsachen belegt. Zwar ist in den Urteilsgründen nicht stets in allen Einzelheiten darzulegen, auf welche Weise das Gericht zu bestimmten Feststellungen gelangt ist (vgl. Meyer-Goßner, a.a.O., § 267 Rdnr. 12). Die Einlassung des Angeklagten muss jedoch mitgeteilt und unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise gewürdigt werden (vgl. BGH StV 1984, 64; Meyer-Goßner, a.a.O.) und die Beweiswürdigung muss erkennen lassen, dass sie auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsichtigen Tatsachengrundlage beruht (vgl. BGH StV 1995, 453; Meyer-Goßner, a.a.O., § 261 Rdnr. 2).

Danach ist es zwar nicht zu beanstanden, dass das Landgericht es aufgrund der Bekundungen der Zeugin Re, der ebenfalls als Zeugen vernommenen Polizeibeamten, die der Angeklagte im Zusammenhang mit der Aussage der Zeugin Re der Beweismanipulation und der Urkundenfälschung bezichtigt hatte, sowie der Angaben zweier weiterer Polizeibeamter, die die Zeugin Re zur Echtheit der in Rede stehenden Unterschriften befragt hatten, und aufgrund eines schriftvergleichenden Gutachtens es für erwiesen erachtet hat, dass die Zeugin Re bei ihrer Aussage von der Polizei nicht beeinflusst wurde und dass sie die Vernehmungsprotokolle auch unterschrieben hat.

Anders verhält es sich jedoch mit der Annahme, dem Angeklagten sei die Richtigkeit der Aussage der Zeugin Re auch bewusst gewesen. Dass auch diese Annahme auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht, weisen die Feststellungen nicht aus. Auf die Angaben des Angeklagten im vorliegenden Verfahren konnte diese Feststellung nicht gestützt werden, da er sich darauf berufen hat, 'dass er die Aussage der Zeugin Re nach wie vor in Zweifel ziehe und es ein 'abgekartetes Spiel' gewesen sei'. Die Feststellungen zur Aussage der Zeugin Re im vorliegenden Verfahren tragen diese Annahme ebenfalls nicht. Das Landgericht hat die Zeugin Re zwar für glaubwürdig erachtet. Soweit sich diese Bewertung nicht nur auf das Zustandekommen der in Rede stehenden Aussagen dieser Zeugin bei der Polizei und die Authentizität der hierüber aufgenommenen Vernehmungsprotokolle, sondern auch auf die inhaltliche Richtigkeit der damaligen Aussage der Zeugin Re bei der Polizei bezieht, ist die Würdigung des Landgerichts aber nicht nachvollziehbar. Denn in Bezug auf die in Rede stehende Vergewaltigung wird lediglich ausgeführt, dass die Zeugin im vorliegenden Verfahren auf Vorhalt des Inhalts ihrer damaligen Aussage bei der Polizei bekundet hat, sie habe sich hierzu aus Angst vor dem Angeklagten zunächst nicht geäußert, dann jedoch 'aus freien Stücken' hierüber berichtet, und, dass die Zeugin ersichtlich mit den damaligen Geschehnissen abgeschlossen habe und die Erinnerung daran verdrängen wolle. Der Inhalt der damaligen Aussagen der Zeugin Re bei der Polizei wird jedoch weder mitgeteilt noch erörtert. Sollte die Annahme, dass der Angeklagte wusste, dass die von der Polizei protokollierten Angaben der Zeugin Re zutrafen, darauf beruhen, dass das Landgericht die Vergewaltigung der Zeugin Re durch den Angeklagten wegen der Rechtskraft des wegen dieser Tat gegen ihn ergangenen Urteils vom 28. Mai 2001 als feststehend angesehen und sich deshalb hierzu keine eigene Überzeugung gebildet hat, würde dieser Annahme die notwendige Tatsachengrundlage fehlen, weil der Strafrichter an die Tatsachen, die in einem rechtskräftigen Strafurteil festgestellt sind, nicht gebunden ist und sie deshalb nicht ungeprüft übernehmen darf (vgl. BGHSt 43, 106, 107, 108).

bb. Zum Vorliegen anderer Delikte

Eine Verurteilung wegen Beleidigung, Verleumdung oder übler Nachrede (§§ 185-187 StGB) kommt nicht in Betracht, weil der hierfür erforderliche Strafantrag (§ 194 StGB) nicht gestellt ist.

Das Urteil kann daher keinen Bestand haben."

b. Zustimmung des Kammergerichts zu den Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft

Diese Ausführungen treffen zu und rechtfertigen die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

III. Zur Befugnis des Kammergerichts bzgl. einer eigenen Sachentscheidung

Der Senat spricht den Angeklagten frei. Er vermag der Generalstaatsanwaltschaft Berlin nicht darin zu folgen, die Sache sei zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, weil nicht auszuschließen sei, dass weitere Feststellungen getroffen werden könnten, die eine Verurteilung ermöglichten. Solche Feststellungen sind ausgeschlossen.

1. Formelhafte Zurückverweisung durch das Revisionsgericht unzulässig

Die oft ohne genauere sachbezogene Prüfung nur formelhaft benutzte Wendung 'weil nicht auszuschließen ist, dass weitere Feststellungen getroffen werden könnten, die eine Verurteilung ermöglichen' wird der großen Bedeutung der Entscheidung über Freispruch oder Zurückverweisung allgemein nicht gerecht. Für den Angeklagten bedeutet es einen großen Unterschied, ob er vom Revisionsgericht freigesprochen wird oder ob er sich einer erneuten Hauptverhandlung mit ungewissem Ausgang stellen muss. Im vorliegenden Fall kann zwar schon dem Zusammenhang der Urteilsgründe

zufolge vermutet werden, dass sich fünfeinhalb Jahre nach der Dienstaufsichtsbeschwerde keine ergänzenden Feststellungen zu Lasten des Angeklagten mehr werden treffen lassen, was zur Entscheidung genügen könnte. Denn bei den Ausführungen, die der Angeklagte im Rahmen eines gegen ihn geführten Ermittlungsverfahrens gemacht hatte, handelte es sich um Verteidigungsvorbringen, bei dem der Angeklagte nicht um sein Recht gebracht werden darf, ihm verdächtige prozessuale Geschehnisse als solche zu bezeichnen.

Der Angeklagte hat die Dienstaufsichtsbeschwerde einschließlich ihrer Erweiterung erstattet, als das Strafverfahren gegen ihn lief, das später zu der Verurteilung durch das Landgericht Berlin am 28. Mai 2001 und am 5. Juli 2002 führte. Mit den Hinweisen auf (vermeintliche) Unstimmigkeiten bei dem Zustandekommen der Aussage der Zeugin Re und seiner laienhaften Wertung als Urkundenfälschung verteidigte er sich gegen einen von ihm als unzutreffend empfundenen Tatvorwurf und dessen Zustandekommen mit dem Ziel, diese Unstimmigkeiten seitens der Polizei näher untersuchen zu lassen. Wie die Generalstaatsanwaltschaft Berlin zutreffend ausgeführt hat, ergibt sich den Urteilsgründen zufolge nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nichts dafür, dass der Angeklagte zur Zeit der Erstattung der Dienstaufsichtsbeschwerde wusste, dass es zu keinerlei Manipulationen gekommen war, er seine Vorwürfe also wider besseres Wissen erhoben hätte.

Da in dem angefochtenen Urteil der Text der Dienstaufsichtsbeschwerde aber nicht im Gesamtzusammenhang wiedergegeben wird, ist das Verständnis der dem Angeklagten als strafbar vorgeworfenen Zitate erschwert. Allein aufgrund der dort mitgeteilten Bruchstücke lässt sich nicht entscheiden, ob die Vorwürfe des Angeklagten gegen die Polizeibeamten in ihrer Gesamtbewertung dessen Verurteilung wegen falscher Verdächtigung tragen könnten, wenn der gesamte Text ins Auge genommen wird.

2. Zur Befugnis des Revisionsgerichts zur ergänzenden Heranziehung von Akten

Der Senat neigt zu der Auffassung, dass das Revisionsgericht für die Frage, ob auf Freispruch durchentschieden werden kann oder die Sache zurückverwiesen werden muss, für diesen Teil seiner Tätigkeit ergänzend die Akten heranziehen darf. Erfasst man nämlich den gesamten Inhalt der im Urteil nicht vollständig wiedergegebenen, von dem Angeklagten gefertigten Schriftstücke, wird die Erkenntnis unausweichlich, dass nur noch mit ergänzenden Feststellungen zugunsten des Angeklagten zu rechnen sein wird.

a. Zur Erforderlichkeit der Heranziehung für die Entscheidung des Revisionsgerichts

Allein auf die Vermutung hin, Feststellungen zu Lasten des Angeklagten könnten sich noch ergeben, darf die Zurückverweisung nicht erfolgen (vgl. Meyer-Goßner, § 354 StPO Rdn. 3).

Diesem zutreffenden Grundsatz kann wirksam Rechnung getragen werden, indem in Fällen, in denen die Frage nach möglichen, verurteilungsrelevanten Feststellungen nicht bereits allein nach den Urteilsgründen beantwortet werden kann, zu ihrer Beantwortung auch der Akteninhalt daraufhin überprüft wird (so auch: OLG Köln NJW 1979, 729, 730; OLGSt (a.F.) § 170 b StGB 27, 30; Temming in HK, StPO 3. Aufl., § 354 Rdn. 3; a.A.: Hanack in LR, StPO 25. Aufl., § 354 Rdn. 2; Kuckein in KK, StPO 5. Aufl., § 354 Rdn. 3; offengelassen in: BGHR StPO § 354 Abs. 1 Freisprechung 1), jedenfalls soweit er für das Revisionsgericht eindeutige Schlüsse zulässt.

Damit würde nicht der Grundsatz in Frage gestellt, dass der Prüfung auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts hin, die hier zur Aufhebung des Urteils geführt hat, nur der Urteilsinhalt zugrundegelegt werden darf. Denn erst der Aufhebung nachfolgend und von jener Entscheidung über die Rechtsfehlerhaftigkeit des Urteils verschieden stellt sich die prognostische Frage, ob noch weitere Feststellungen möglich sind, um eine sachliche Grundlage für eine Verurteilung zu gewinnen.

Schon die Fragestellung selbst legt die Prüfung auch des Akteninhalts nahe. Denn sie verlangt die Beurteilung, ob weitere, in den Urteilsgründen gerade nicht enthaltene Feststellungen noch möglich sind, die eine Verurteilung tragen könnten. Die dafür erforderliche Prüfung ist häufig ohne Rückgriff auf nur in den Akten mitgeteilte Umstände nicht sachgerecht möglich. Nur dadurch lässt sich feststellen, ob das Tatgericht Tatsachen oder Beweismittel übersehen hat, die für eine Verurteilung von Bedeutung sein könnten.

b. Keine Verwischung der Kompetenzen von Tat- und Revisionsgericht

Dagegen kann nicht erfolgreich eingewandt werden, mit der Prüfung auch des Akteninhaltes im Zusammenhang dieser Entscheidung werde in die Kompetenzverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht eingegriffen.

aa. Prognose bzgl. der Möglichkeit weiterer Feststellungen ist Entscheidung des Revisionsgerichts

Denn zum einen obliegt die prognostische Bewertung, ob noch Feststellungen möglich sind, also die Grundlage für die Entscheidung, ob die Sache zurückzuverweisen oder auf Freispruch zu erkennen ist, allein dem Revisionsgericht. Ihm muss die sachgerechte Entscheidung dieser Frage ermöglicht werden, was nicht der Fall ist, wenn es auf ein von ihm als fehlerhaft erkanntes Urteil beschränkt ist. Eine Kompetenzerweiterung des Revisionsgerichts vermag der Senat darin nicht zu sehen. Denn das Revisionsgericht stellt nicht anstelle

des Tatrichters Tatsachen fest. Auch die im Schrifttum zustimmend aufgenommene Beurteilung 'nach den Gründen der angefochtenen Entscheidung in Verbindung mit allgemeinen Sätzen der Lebenserfahrung' (vgl. Kuckein aaO) liegt auf tatsächlichem Gebiet. Sie knüpft indes die Rechtsfolge - neben dem Urteil - nur an das bei jedem Richter in unterschiedlichem Maße vorhandene Erfahrungswissen, also an ein gegenüber dem Akteninhalt in wesentlich geringerem Maße überprüfbares und der Vermutung näheres Kriterium.

bb. Erweiterte Kompetenzen des Revisionsgericht entsprechen der neueren Rechtsentwicklung

Zum anderen läge diese Auslegung des geltenden Rechts auf einer Linie mit der neueren Rechtsentwicklung, die dahin geht, die Reaktionsmöglichkeiten des Revisionsgerichts zu erweitern, um unnötige Zurückverweisungen zu vermeiden, dadurch eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen und Justizressourcen zu schonen. Diese - von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts wesentlich angestoßene - Entwicklung zeigt sich - anders als bei der hier in Rede stehenden Frage tatsächlich mit einer Kompetenzverschiebung verbunden - etwa in der Einfügung der Absätze I a) und I b) in § 354 StPO (vgl. Maier/Paul NStZ 2006, 82), die es dem Revisionsgericht ermöglichen soll, Fehler bei der Rechtsfolgenentscheidung ohne Zurückverweisung selbst zu korrigieren.

cc. Prozessökonomie und Schutz des Angeklagten als weitere Argumente für Heranziehung

Für diese Auffassung sprechen weitere Gründe. Die Zurückverweisung, insbesondere nach gänzlicher Aufhebung des Urteils, und die erneute vollständige Verhandlung der Sache beeinträchtigen den Anspruch des Angeklagten, bei Entscheidungsreife freigesprochen zu werden und belasten vor allem ihn, zumal wenn er - anders als hier - in Untersuchungshaft ist. Sie führen auch zu überflüssigem Aufwand aller weiteren Verfahrensbeteiligten, eventuell auch (erneut) des Revisionsgerichts. Die Zurückverweisung führt auch notwendig zu einer Verfahrensverzögerung, die regelmäßig der Justiz anzulasten sein wird (vgl. BVerfG NStZ 2006, 47, 48).

Damit sind auch rein prozessökonomische Gründe angesprochen. Nicht nur die Schonung knapper werdender justizieller Ressourcen, sondern auch ihr sinnvoller Einsatz allgemein verlangen es, eine Sache nicht erneut vor dem Tatgericht zu verhandeln, deren Zurückverweisung hätte vermieden werden können (vgl. zu diesem Gedanken BGH NStZ 2006, 181), wenn zwar nicht die Prüfung der Urteilsgründe, wohl aber die des Akteninhalts zuverlässig das Ergebnis hätte erbringen können, dass relevante weitere Feststellungen nicht mehr zu erwarten sind und deshalb der Freispruch geboten ist.

c. Zur Pflicht des Revisionsgerichts zur Heranziehung von Akten

Zu bedenken ist allerdings, dass die Befugnis zum Rückgriff auf den Akteninhalt auch die Pflicht dazu nach sich ziehen kann. Insbesondere bei umfangreicheren Sachen kann es mit den dem Revisionsgericht zugewiesenen Aufgaben kollidieren, größere Aktenkonvolute lediglich zur Vermeidung einer Zurückverweisung und zur Optimierung der Prognose auf weitere Beweismittel durchzusehen. Der vorliegende Fall gibt weder die Veranlassung noch die Möglichkeit, auf die mannigfaltigen Gestaltungen einzugehen, die bedacht werden müssten, um einen Rückgriff auf die Akten in praktikabler Weise einzugrenzen. Der Senat lässt diese Frage daher im Ergebnis offen, weil der Rückgriff auf den im Streitfall bedeutsamen Teil der Akten ihm nämlich aus einem anderen Grunde möglich ist.

3. Zur Erforderlichkeit der Heranziehung von Akten aus anderen Gründen im vorliegenden Fall

Was zulässig in das Revisionsverfahren eingeführt ist, darf das Revisionsgericht umfassend verwerten (vgl. BGHSt 22, 282, 288 = NJW 1969, 517). Vom Inhalt der beiden, die Dienstaufsichtsbeschwerde des Angeklagten enthaltenden Schreiben hat der Senat im Zusammenhang mit der Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen Kenntnis nehmen müssen. Dasselbe gilt von dem äußeren Bild der Unterschriften unter die Protokolle der Vernehmungen der Zeugin Re, auf die der Angeklagte in der Dienstaufsichtsbeschwerde Bezug genommen hat. Die Zeugin hat dort teils mit ihrem Familiennamen und teils mit ihrem Vornamen N unterschrieben und über den Buchstaben 'u' im Vornamen nur manchmal einen Haken gesetzt. Die vermeintlichen Tathandlungen und die ihnen folgenden Äußerungen des Angeklagten sind in diesen Urkunden schriftlich dokumentiert und durch sie begrenzt. Weitere Feststellungen sind dazu nicht zu erwarten. Allenfalls ist festzuhalten, dass das Berufungsgericht die Urkunden - zum Nachteil des Angeklagten - nicht vollständig ausgewertet hat. So wird erst durch den Gesamtzusammenhang deutlich, was der Angeklagte mit dem 'Einbauen von Akteninhalt' gemeint hat. Er will nämlich einen Absatz aus einer Vernehmung des EKHK K wörtlich ('nach Wort und Silbe') in dem Protokoll der Vernehmung der Zeugin Re wiedergefunden haben (!).

Nichts spricht nach dem Akteninhalt dafür, dass insoweit weitere Beweisergebnisse zu erwarten wären, die insbesondere die maßgebliche Feststellung erlaubten, der Angeklagte habe bei Erstattung der Dienstaufsichtsbeschwerde gewusst, dass seine Vorwürfe (richtiger: Mutmaßungen) bezüglich straf- und dienstrechtlichen Fehlverhaltens der Polizeibeamten falsch waren.

Zeugen, die dazu dem Angeklagten Nachteiliges bekunden könnten, sind nicht vorhanden. Auf die fernliegende Möglichkeit hin, der Angeklagte könnte in diesem zentralen Punkt, er habe seine an konkrete Auffälligkeiten anknüpfenden Mutmaßungen von Anfang an für unwahr gehalten - anders als früher - ein dahingehendes Geständnis ablegen, darf die Zurückverweisung nicht gestützt werden. Die Polizeibeamten, die an dem Zustandekommen der von dem Angeklagten noch in der Berufungshauptverhandlung beanstandeten Aussage der Zeugin Re mitgewirkt haben, und diese selbst sind zu dem damit verbundenen Geschehen vernommen und das Schriftgutachten zu den inkriminierten Unterschriften der Zeugin ist eingeführt und verwertet worden. Weitere Erkenntnisquellen sind weder erkennbar, noch von der Generalstaatsanwaltschaft Berlin genannt worden. [...]

Standort: § 240 StGB — Problem: Gewalt durch Drängeln im Verkehr

OLG KÖLN, BESCHLUSS VOM 14.03.2006
83 SS 6/06 (NZV 2006, 386)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war in der Kölner Innenstadt extrem dicht auf ein vor ihm fahrendes Fahrzeug aufgefahren, wohl um den Fahrer dazu zu bewegen, weiter rechts zu fahren, damit er diesen überholen konnte. Da die Straße hierfür jedoch zu eng war, hielt der Vorausfahrende erst nach mehreren hundert Metern Fahrt an. Amts- und Landgericht hatten den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen versuchter Nötigung (§§ 240 I, 22, 23 I StGB) verurteilt; das OLG Köln bestätigte diese Entscheidung.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) ist in beiden Examen häufig anzutreffen und das im vorliegenden Fall anzusprechende Problem der Voraussetzungen für eine Gewaltanwendung i.S.v. § 240 I StGB stellt hier ein Standardproblem dar, bei dem die Prüfer (zu Recht) vertiefte Kenntnisse des Examenskandidaten erwarten (vgl. dazu auch die Entscheidungen zur "Interrnet-Blockade" in diesem Heft).

Der Begriff der "Gewalt" i.S.v. § 240 I StGB hat im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung eine erhebliche Entwicklung erfahren (vgl. die Darstellung bei Joecks, Vor § 232 Rn. 19 ff.): Das Reichsgericht hatte zunächst den sog. "engen" Gewaltbegriff vertreten und Gewalt nur angenommen bei (erheblicher) Kraftentfaltung auf Seiten des Täters, die unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirkt zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (RGSt 56, 87). Der BGH verzichtete auf das Kriterium erheblicher Kraftentfaltung und ließ es für eine Gewaltanwendung genügen, dass der Täter unmittelbar auf den Körper des Opfers zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstandes einwirkte (BGHSt 1, 145). Später gab der BGH das Erfordernis einer körperlichen Einwirkung dann ganz auf und ließ es für eine Gewaltanwendung ausreichen, dass der Täter aufgrund einer physischen oder psychischen Zwangseinwirkung beim Opfer einen als körperlich empfundenen Zwang auslöste (BGHSt 23, 54; sog. "vergeistigter" Gewaltbegriff). Diese Definition rügte jedoch das BVerfG als verfassungswidrige Ausweitung des Tatbestandes des § 240 I StGB über dessen Wortlaut hinaus (BVerfGE 92, 1). Da der Gesetzgeber über § 240 I StGB nicht jede Zwangsausübung unter Strafe habe stellen wollen, könne auch nicht jede Übelszufügung Gewalt darstellen. Gewalt verlange - gerade in Abgrenzung zur Drohung - stets ein körperliches Element, so dass die rein psychische Zwangswirkung nicht unter diesen Begriff fallen könne und Gewalt somit zwar vielleicht keine unmittelbare Einwirkung auf den Körper, aber doch einen körperlich wirkenden oder zumindest als körperlich empfundenen Zwang voraussetze.

Auch angesichts dieser Einschränkung des Gewaltbegriffs durch das BVerfG entspricht es allerdings der ständigen Rechtsprechung (und auch der herrschenden Literatur), dass ein Drängeln im Straßenverkehr sehr wohl Gewalt i.S.v. § 240 I StGB darstellen kann, da das Fahrzeug des Täters ein körperliches Hindernis darstelle und deshalb eine physische Zwangswirkung gegeben ist (ähnlich auch BVerfGE NJW 2002, 1024). Diese Rechtsprechung bestätigt auch das OLG Köln in dem vorliegenden Urteil.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Gewaltbegriff des § 240 StGB: *BVerfGE*, NJW 2002, 1031; *BGH*, NJW 1995, 2643; *Sinn*, NJW 2002, 1024; *Dierlamm*, NStZ 1992, 573; *Graul*, JR 1994, 51; *Mittelsdorf*, JuS 2002, 1062

❑ Zur Nötigung durch Drängeln im Straßenverkehr: *OLG Düsseldorf*, NZV 2000, 301; StV 2001, 350; *OLG Hamm*, NZV 2006, 388; *OLG Stuttgart*, NJW 1995, 2647; *Maatz*, NZV 2006, 337

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Verkehrsblockade"

Leitsatz:

Auch im innerstädtischen Straßenverkehr kann ein dichtes und bedrängendes Auffahren von solcher Intensität sein, dass sich' die Fahrweise des Drängers als Gewaltanwendung im Sinne des § 240 I

StGB darstellt.

Sachverhalt:

Am 10.02.2004 gegen 8.45 Uhr befuhr der Zeuge A mit einem Mercedes A 160 in K von der Straße D kommend in den Kreisverkehr V-Platz ein. Der Zeuge fuhr langsam, weil sich. am Rande des Kreisverkehrs auf dem Fahrradstreifen Radfahrer befanden und der Zeuge nach rechts in die X-Sraße einbiegen wollte. Bereits auf dem V-Platz kurz vor der Ausfahrt X-Straße fuhr der Angeklagte mit seinem PKW der Marke BMW 5er Reihe dicht auf das Fahrzeug des Zeugen A auf und betätigte die Lichthupe sowie das Signalhorn. Der Zeuge A bog - weiter langsam fahrend - in die X-Straße ein und beschleunigte sein Fahrzeug auf ca. 40 km/h bis 50 km/h. Der Angeklagte bog - weiter dicht hinter dem Fahrzeug des Zeugen A fahrend - ebenfalls in die X-Straße ein. Bis zur Ampelanlage Kreuzung X/Y Straße, mithin über eine Strecke von knapp 300 m fuhr der Angeklagte so dicht auf das Fahrzeug des Zeugen A auf, dass dieser das Nummernschild sowie den Kühlergrill des Fahrzeugs des Angeklagten durch den Rückspiegel nicht mehr sehen konnte. Während der gesamten Strecke bis zur Kreuzung X/Y-Straße betätigte der Angeklagte permanent die Lichthupe und ein- bis zweimal auch das Signalhorn, um den Zeugen A zu veranlassen, sein Fährzeug auf die rechte Seite der breiten, aber nicht in Fahrspuren unterteilten Fahrbahn zu lenken. Trotz des dichten Auffahrens konnte der Zeuge A das Betätigen der Lichthupe durch den Seitenspiegel wahrnehmen, weil der Angeklagte leicht nach links versetzt hinter ihm fuhr und mindestens dreimal versuchte, das Fahrzeug zu überholen. Dies war jedoch wegen des herrschenden Gegenverkehrs nicht möglich.

Wegen auf der rechten Seite parkender Fahrzeuge konnte der Zeuge A sein Fahrzeug nicht auf die rechte Seite lenken. Vielmehr beschleunigte der Zeuge sein Fahrzeug leicht, um sich von dem Angeklagten abzusetzen. Der Angeklagte fuhr aber weiterhin in der beschriebenen Weise dicht auf. Der Zeuge traute sich nicht zu bremsen, weil er befürchtete, dass der Angeklagte aufgrund des geringen Abstandes mit seinem Fahrzeug auffahren könnte.

Vor der Kreuzung X/Y Straße, deren Lichtzeichenanlage Rot zeigte, ordnete sich der Zeuge A rechts ein, um in die Straße E einzubiegen.

Der Angeklagte, der geradeaus in den H-Weg einfahren wollte, setzte sich links neben das Fahrzeug es Zeugen. Beide drehten die Fenster herunter und beschimpften sich gegenseitig. Insoweit ist das Verfahren gegen den Angeklagten beim Amtsgericht eingestellt worden [...].

Aus den Gründen:

I. Entscheidungen der Vorinstanzen; rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen versuchtet Nötigung zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 60,00 € verurteilt.

Das Landgericht hat die Berufung des Angeklagten verworfen. [...] Zur rechtlichen Wertung hat das Landgericht ausgeführt:

"Nach den getroffenen Feststellungen hat sich der Angeklagte zumindest einer versuchten Nötigung gemäß § 22, 23, 240 StGB strafbar gemacht.

Entgegen der Ansicht der Verteidigung kann auch eine bedrängende Fahrweise gegenüber dem Vorausfahrenden unter wesentlicher Unterschreitung des Sicherheitsabstandes im Stadtverkehr Gewalt im Sinne des § 240 1 StGB sein. Ebenso wie auf Autobahn oder Bundesstraßen sind entscheidend immer die Umstände des Einzelfalles. Hierbei sind Dauer und Intensität der Zwangseinwirkung und das Maß der dadurch bewirkten Gefährdung des Vorausfahrenden von entscheidender Bedeutung, wobei insbesondere die Örtlichkeit, die Annäherungsgeschwindigkeit und Intensität der Einwirkung auf den Willen des Vorausfahrenden (Kürze des Abstandes, Betätigen von Hupe, Lichthupe, Fahrtrichtungsanzeiger etc.) zu beurteilen sind. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien hat der Angeklagte vorliegend Gewalt im Sinne des § 240 I StGB eingesetzt, um den Zeugen A zu bewegen, sein Fahrzeug auf die rechte Seite der Fahrbahn zu lenken, um dem Angeklagten das Überholen und ein zügigeres Fortkommen zu ermöglichen. Der Angeklagte hat den Zeugen A als Vorausfahrenden von dem Kreisverkehr V-Platz bis zur Kreuzung X/Y-Straße massiv bedrängt. Er ist über eine Strecke von knapp 300 m so dicht auf das Fahrzeug des Zeugen aufgefahren, dass dieser durch den Rückspiegel weder das Nummernschild noch den Kühlergrill des von dem Angeklagten gefahrenen PKW sehen konnte. Er hat permanent die Lichthupe betätigt und hat darüber hinaus einmal im Kreisverkehr und auch später noch ein- bis zweimal auf der X-Straße das Signalhorn betätigt. Ein derartiges Verhalten stellt sowohl von Dauer und Intensität der Zwangseinwirkung als auch vom Maß der dadurch bewirkten Gefährdung des Vorausfahrenden eine Gewalteinwirkung im Sinne des § 240 I StGB dar, da es einen besonnenen Kraftfahrer auch im Stadtverkehr bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h his 50 km/h in Furcht und Sorge zu versetzen vermag."

II. Entscheidung des OLG

Die Revision des Angeklagten mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts hatte keinen Erfolg.

Das Rechtsmittel ist entsprechend dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft als unbegründet im Sinne des § 349 II StPO zu verwerfen. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung ergibt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten.

1. Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft

Die Generalstaatsanwaltschaft hat zur Begründung ihres Antrags im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

"Die Revision kann in der Sache keinen Erfolg haben.

Die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung tragen den Schuldspruch rechtsbedenkenfrei.

Sie sind weder unvollständig oder widersprüchlich noch verstoßen sie gegen die Denkgesetze.

Entgegen den Ausführungen der Revision liegen nach den Urteilsgründen die Voraussetzungen für eine Verurteilung wegen versuchter Nötigung durch Anwendung von Gewalt gemäß §§ 240 I, 22, 23 StGB vor.

Nach einheitlicher Rechtsprechung liegt Gewalt nicht nur bei Anwendung körperlicher Kraft gegenüber dem Opfer vor, durch die ein tatsächlicher oder erwarteter Widerstand gebrochen werden soll, sondern umfasst auch solche Einwirkungen auf den Willen eines anderen, die auf psychischer Kraftentfaltung beruhen, das Opfer körperlich unfähig machen und mithin von diesem nicht nur als seelischer, sondern auch als körperlicher Zwang empfunden werden (OLG Köln, VRS 67, 224).

Für die Gewaltanwendung im Straßenverkehr durch zu dichtes Auffahren wird in der Rechtsprechung zudem verlangt, dass durch das dichte Auffahren der besonnene, vorausfahrende Autofahrer in Furcht und Schrecken versetzt und hierdurch zu ungewollten, unfallträchtigen Situationen veranlasst wird. Entsprechend kann nicht jede geringfügige Beeinträchtigung als Gewalt gewertet werden. Vielmehr wird eine gewisse Intensität der Einwirkung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorausgesetzt. Wesentliche Faktoren sind unter anderem die Dauer der bedrängten Fahrweise, die gefahrene Geschwindigkeit, Abstandsgröße, Annäherungsgeschwindigkeit, der Gebrauch der Lichthupe und des Signalhorns und die örtlichen Verhältnisse.

Die Urteilsfeststellungen erfüllen entgegen der Ausführungen der Revision in ihrem Zusammenwirken und in der Gesamtbetrachtung den Gewaltbegriff im Sinne des Nötigungstatbestandes.

Nach den Feststellungen der Strafkammer steht fest, dass der Angeklagte bereits mit Betätigung der Lichthupe und des Signalhorns dicht auf das zunächst im Kreisverkehr langsam fahrende Fahrzeug des Zeagen A auffuhr und die dichte Fahrweise für ca. 300 Meter beibehielt. Durch das Betätigen des Signalhorns und. der Lichthupe wollte der Angeklagte den Zeugen A veranlassen, sein Fahrzeug auf die rechte Fahrbahn zu lenken. Da ein Fahrspurwechsel nicht möglich war, versuchte der Angeklagte mehrfach links an dem Fahrzeug des Zeugen A vorbeizufahren, was jedoch aufgrund des starken Gegenverkehrs nicht möglich war.

Soweit die Revision darauf abstellt, eine Nötigung durch dichtes Auffahren könne lediglich bei Autobahnverkehr erfolgen, geht dies schon deswegen fehl, weil die jeweilige konkrete Verkehrssituation der Beurteilung unterliegt und im Übrigen die Gefahrenquellen im Stadtverkehr in der Regel erheblich vielfältiger sind als im Autobahnverkehr. Dies folgt schon aus der Vielzahl der Verkehrsteilnehmer wie Radfahrer, Fußgänger sowie parkende Fahrzeuge. Der Stadtverkehr verlangt daher nicht weniger die Aufmerksamkeit der Fahrzeugführer als auf Autobahnen. Auch hieraus folgt, dass ein zu dichtes Auffahren im Zusammenspiel mit Lichthupe und dem Betätigen des Signalhorns und den wiederholten riskanten Überholversuchen trotz Gegenverkehrs eine massive Beeinträchtigung des Vorausfahrenden begründet, so dass diese Handlungen geeignet sind, Gefahrensituationen herbeizuführen. Dies muss auch gelten, soweit im Stadtverkehr mit geringeren Geschwindigkeiten gefahren wird als auf Autobahnen, zumal eine besondere Unfallgefahr allein aus der Höhe der Geschwindigkeit nicht herzuleiten ist. [...]

Die Revision kann auch nicht mit der Argumentation durchdringen, bei den Urteilsfeststellungen fehle es an der Darlegung der Auswirkungen der Gewaltanwendung auf den Geschädigten, weil dieser weder nervös gewesen sei und Fahrunsicherheiten nicht gezeigt halbe. Auf den tatbestandlichen Erfolg der Nötigungshandlung kann es hier nicht ankommen, da lediglich eine Verurteilung wegen versuchter Nötigung erfolgt ist. Nach den Feststellungen des Gerichts war die Tathandlung jedenfalls objektiv geeignet, einen entsprechenden Erfolg herbeizuführen.

Die Überprüfung des Urteils hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs deckt ebenfalls Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht auf."

2. Entscheidung des Senats

Diesen Ausführungen stimmt der Senat zu.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass bedrängende Fahrweise Gewaltanwendung im Sinne des § 240 I StGB ist, wenn durch dieses Fahrverhalten eine Gefahrenlage geschaffen wird, die geeignet ist, einen durchschnittlichen (besonnenen) Fahrer in Sorge und Furcht zu versetzen, und von ihm als körperlicher (nicht bloß seelischer) Zwang empfunden wird, seinen Willen dem des Täters unterzuordnen (vgl. BGHSt 19, 263; ständige Senatsrechtsprechung, vgl. nur Senat, VRS 76, 361 = NZV 1989,157; VRS 83, 339 = NZV 1992, 371; VRS 93, 338 = NZV 1997, 318; VRS 98,124 = NZV 2000, 99 = DAR 2000, 84-jeweils mit zahlreichen Nachweisen). Danach ist - wie auch das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - für die Annahme willensbeugender Gewalt im Straßenverkehr entscheidend die Intensität der Einwirkung des beanstandeten Fahrverhaltens im Einzelfall (vgl. nur OLG Karlsruhe, VRS 94, 262 = NStZ-RR 1998, 58 = StraFo 1998, 97; OLG Frankfurt, NZV 2004,158; ständige Senatsrechtsprechung, vgl. nur Senat, VRS 83, 339 = NZV 1992, 371), wobei für die Beurteilung auf die Sicht eines objektiven Beobachters abzustellen ist (vgl.

BayObLG, NJW 1993, 2882).
Die in Betracht kommenden Einzelfälle beschränken sich nicht etwa auf Verkehrssituationen im Schnellverkehr wie auf Autobahnen und Bundesstraßen außerorts. Insbesondere auch der innerstädtische Straßenverkehr ist von einer Vielzahl von Gefahren geprägt, deren Realisierung trotz der niedrigeren Geschwindigkeiten durch bedrängendes Fahrverhalten im Sinne der vom Berufungsgericht getroffenen Festsstellungen erheblich vergrößert wird. Der Fahrzeugführer im (fließenden) innerstädtischen Straßenverkehr gerät häufig - etwa durch Fußgänger oder Fahrzeugführer, die sich mit ihren Fahrzeugen aus dem ruhenden Verkehr in den fließenden einordnen - in Situationen, die ihn zum plötzlichen und starken Bremsen veranlassen müssen. Auf diese Gegebenheiten will und muss sich ein besonnener Fahrzeugführer konzentrieren können. Eine bedrängende Fahrweise wie die des Angeklagten ist daher geeignet, einen solchen Fahrzeugführer in Furcht und Sorge zu versetzen, sieht er sich doch durch den Drängler in seiner Konzentration auf das Verkehrsgeschehen vor ihm beeinträchtigt und der konkreten Möglichkeit ausgesetzt, auf Gefahrensituationen nicht angemessen reagieren zu können, nicht zuletzt aus Sorge vor einem Auffahren des Dränglers. Daher kann auch im innerstädtischen Straßenverkehr ein dichtes und bedrängendes Auffahren von solcher Intensität sein, dass sich die Fahrweise des Dränglers als Gewaltanwendung im Sinne des § 240 I StGB darstellt. Dass das Fahrverhalten des Angeklagten von dieser Intensität war, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei gewürdigt, wie die Generalstaatsanwaltschaft zutreffend ausgeführt hat.

Standort: § 240 StGB — Problem: "Internet-Blockade" als Gewalt

AG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 01.07.2005
991 DS 6100 JS 226 314/01 (NSTZ 2006, 399)
OLG FRANKFURT AM.M., BESCHLUSS VOM 22.05.2006
1 SS 319/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte auf seiner Internet-Seite dazu aufgefordert, an einer sog. "Internet-Demonstration" gegen die Website der Lufthansa teilzunehmen, um diese dazu zu bewegen, in Zukunft nicht mehr an der Beförderung abzuschiebender Personen mitzuwirken. Zur Durchführung dieser Internet-Demonstration sollten sich die Teilnehmer ein Programm herunterladen und installieren, über das ihre Rechner gleichzeitig und mit hoher Frequenz Anfragen an die Website der Lufthansa schicken würden, sodass die Website wegen zu vieler gleichzeitig erfolgender Anfragen lahm gelegt würde. Die Internet-Demonstration wurde dann auch wie vom Angeklagten geplant ausgeführt und die Website der Lufthansa war für einen längeren Zeitraum nicht zu erreichen bzw. reagierte nur extrem langsam. Das Amtsgericht Frankfurt am Main hatte den Angeklagten wegen seines Verhaltens wegen Öffentlicher Aufforderung zu Straftaten (§ 111 I StGB), nämlich zur Begehung einer Nötigung (§ 240 I StGB), verurteilt. In der (Sprung-) Revision hob das OLG Frankfurt am Main diese Verurteilung auf und sprach den Angeklagten frei, da das Verhalten, zu dem dieser aufgerufen habe, weder den Tatbestand der Nötigung noch den einer anderen Straftat erfülle.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung geht es - ebenso wie im Beschluss des OLG Köln (NZV 2006, 386, abgedruckt in diesem Heft) - um die Frage nach den Voraussetzungen für eine Gewaltanwendung i.S.v, § 240 I StGB (bzgl. der Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Frage s. dort). Lesenswert an der vorliegenden OLG-Entscheidung ist vor allem dessen ausführliche Auseinandersetzung mit der BverfG-Rechtsprechung zum Gewaltbegriff. Interessant ist auch die Prüfung des Amtsgerichts, ob die Berufung des Angeklagten auf Grundrechte einer Verwerflichkeit i.S.v. § 240 II StGB entgegenstehe.

Das Amtsgericht hatte im vorliegenden Fall angenommen, dass die geplante Internet-Demonstration eine Gewaltanwendung i.S.v § 240 I StGB in Form der Sachgewalt darstelle. Anders als z.B. § 249 I StGB verlangt § 240 I StGB nicht die Anwendung von Gewalt "gegen eine Person", so dass auch die Anwendung von Gewalt gegen Sachen ausreichen kann. Aufgrund der BVerfG-Rechtsprechung zum Gewaltbegriff (vgl. BVerfGE 92, 1) setzt Gewalt i.S.v. § 240 I StGB jedoch stets voraus, dass dies zu einem körperlichen Zwang beim (menschlichen) Opfer führt. Insofern kann z.B. in dem bloßen Entziehen oder Unbrauchbarmachen einer Sache (z.B. eines Transportmittels) wohl keine Gewaltanwendung zu sehen sein (Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 234 ff. Rn. 13; Joecks, § 240 Rn. 17), in dem Verschließen einer Tür zwecks Ein- oder Aussperrens jedoch schon (Tröndle/Fischer, § 240 Rn. 13; Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 234 ff. Rn. 13 mwN). Eine vergleichbare Konstellation sah das AG im vorliegenden Fall: es werde auf eine Sache, nämlich das "Leitungsnetz" eingewirkt, was andere Nutzer vom Zugriff auf die Seite aussperre. Das OLG hielt dieser Argumentation entgegen, dass das "Aussperren" eines Nutzers von einer Internet-Seite keine physische Zwangswirkung beinhalte und deshalb nicht als Gewalt von § 240 I StGB erfasst werden könne (anders als das Aussperren aus

einem Raum). Auch sei der Mausklick des Täters keine Kraftentfaltung, die aber für eine Gewaltanwendung erforderlich sei, da sich diese Handlung nicht (auch nicht mittelbar) gegen den Körper des Opfers richte.

Wegen der interessanten Argumentation des AGs werden hier ausnahmsweise sowohl die Ausgangs- als auch die Revisionsentscheidung wiedergegeben, obwohl das AG-Urteil durch den Beschluss des OLG aufgehoben wurde.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Gewaltbegriff des § 240 StGB: *BVerfGE*, NJW 2002, 1031; *BGH*, NJW 1995, 2643; *Sinn*, NJW 2002, 1024; *Dierlamm*, NStZ 1992, 573; *Graul*, JR 1994, 51; *Mittelsdorf*, JuS 2002, 1062

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Verkehrsblockade"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Strafbarkeit der "Blockade" einer Internet-Seite als Nötigung (§ 240 StGB).

Sachverhalt:

Im Jahr 2001 war der Angeklagte Inhaber der Internet-Domains "….de" und "….de". Am 07.03.2001 rief der Angeklagte erstmalig per Flugblatt bzw. Internet zu einer so genannten Internetdemonstration gegen die Lufthansa auf. Politischer Hintergrund war, dass u.a. der Angeklagte die Lufthansa bewegen wollte, vom so genannten Abschiebegeschäft Abstand zu nehmen, d.h. nicht weiter an der Beförderung auf dem Luftweg von abzuschiebenden Personen mitzuwirken und daran zu verdienen. Gedanklicher Ansatz für diese neue Protestform war die Tatsache, dass die Lufthansa in der Vergangenheit begonnen hatte, zunehmend ihre geschäftlichen Aktivitäten über das Internet abzuwickeln, insbesondere den Kunden online Flugbuchungen zu ermöglichen. Es war daher beabsichtigt, die Lufthansa auf diesem Geschäftsfeld zu treffen, indem das Vertrauen der Kunden in dieses neue Medium und das Image der Lufthansa beeinträchtigt werden sollte.

In diesem ersten Aufruf vom 07.03.2001 heißt es konkret:

"Man darf gespannt sein, wie die Lufthansa auf die Online-Demo reagiert. Der Konzern verfügt über enorme Rechenkapazitäten für seine Internetpräsenz. Sollte es trotzdem gelingen, die Homepage wie geplant zu blockieren, würde dies sicherlich nicht das Vertrauen der KundenInnen fördern, die zukünftig nicht mehr im Reisebüro, sondern im Internet buchen sollen. […]

Damit computerunkundige DemonstrantInnen aber auch per Mausklick teilnehmen können, wird noch rechtzeitig vor der Internet-Demo eine Protest-Software veröffentlicht".

Am 14.05.2001 stellte der Angeklagte sodann unter der Überschrift "Deportation class: Internet-Demo gegen das Abschiebegeschäft" und "Lufthansa goes offline – Online-Demonstration gegen 'Deportation Business'" folgenden Aufruf ins Internet (…): "Kein Mensch ist illegal und Libertad! rufen zur Blockade der Lufthansa-Homepage am 20. Juni 2001 auf. […] Wenn Konzerne, die mit Abschiebungen Geld verdienen, ihre größten Filialen im Netz aufbauen, dann muss man auch genau dort demonstrieren. Ähnlich wie bei deiner Sitzblockade soll der Zugang zur Homepage der Lufthansa AG durch tausende InternetnutzerInnen zeitweise versperrt werden. Aber das geht nur, wenn viele mitmachen. Kein Mensch ist illegal und Libertad! rufen deshalb internationale und deutsche Grupen auf, sich an den Vorbereitungen der Internet-Demo zu beteiligen. Ein genauer Termin steht noch nicht fest, aber für den Tag X erwarten wir mehrere tausend TeilnehmerInnen."

Später wurde dieser Tag auf der Internetseite konkretisiert auf den 20.06.2001. Hintergrund war, dass an diesem Tag die Lufrthansa in O1 ihre Hautpversammlung abhielt. Neben der Demonstration vor Ort sollte auch im Internet demonstriert werden. Als konkreter Zeitpunkt war die Zeit zwischen 10:00 und 12:00 Uhr gewählt, zeitgleich zur Eröffnungsrede des Vorstandsvorsitzenden der Lufthansa AG, Herrn B. Des weiteren wurde eine spezielle Software entwickelt, um den massenhaften Zugriff in winzigen zeitlichen Abständen auf die Internet-Seite der Lufthansa zu ermöglichen.

Diese wurde für alle gängigen Betriebssysteme am 18.06.2001 mit Installationsanweisung zum Herunterladen ins Netz gestellt; vom Angeklagten wurde von seinen Seiten auf diese Software per Link […] hingewiesen. Diese Software garantierte, dass die Zugriffsgeschwindigkeit auf die Internetseite der Lufthansa in einer Art und Weise optimiert wurde, die durch das wiederholte manuelle Laden dieser Seite in einem Internetbrowser nicht möglich wäre, ferner dass wiederholte Anfragen tatsächlich an den Lufthansa-Rechner gestellt werden und dass diese nicht an der ersten Abfrage aus dem Zwischenspeicher (Cache) des eigenen Internetbrowsers geladen werden.

Am 10.06.2001 wurde die Aktion beim Ordnungsamt der Stadt O1 zum gewählten Datum, 20.06.2001 angemeldet. Die Stadt erklärte, eine Anmeldung einer Online-Demo sei nicht vorgesehen.

Unmittelbar vor der Aktion, am 18.06.2001, wurde der Vorstandsvorsitzende der Lufthansa, B, per Email auf die Internetdemo hingewiesen.

Obwohl die Lufthansa bereits weit im Vorfeld der Aktion Kenntnis erlangte und sich entsprechend darauf einstellte, insbesondere weitere Leitungskapazitäten zur Datenübertragung zukaufte, wurde die Aktion aus Sicht des Angeklagten ein Erfolg. Auf die Homepage

der Lufthansa wurde im Gültigkeitszeitraum der Software von 10:00 bis 12:00 Uhr erheblich verstärkt zugegriffen, so dass es zu erheblich verzögertem Aufbau der Seite (3 bis 10 Minuten) oder sogar zum Totalausfall kam, je nachdem aus welchem Netz man selber zugreifen wollte. Die Übertragung der Rede von Hr. B war nicht betroffen. Es erfolgten ca. 1.262.000 Zugriffe von 13.614 IP-Adressen. Neben der Negativpublicity entstand der Lufthansa ein materieller Schaden von 5.496,39 € (Kosten für eigenes Personal) und 42.370,80 € Fremdkosten, die ihr von der damaligen Tochterfirma C berechnet wurden.
Diese Summe setzt sich zusammen aus 24.297 € für die Fa. D, 6.340,50 € für die C (Personalkosten) sowie 11.7333,30 € für die Fa. E GmbH.

Entscheidung des AG Frankfurt am Main vom 01. 07.2005 (991 Ds 6100 Js 226 314/01)

Aus den Gründen:
Der Angeklagte hat öffentlich - im Internet - zu einer strafbaren Handlung, nämlich zu einer Nötigung gemäß § 240 StGB aufgerufen.
Das Gericht qualifiziert die in diesem Fall vom Angeklagten propagierte Blockade der Leitung durch elektrische Signale, ausgelöst durch Mausklick, als Gewalt i. S. v. § 240 I StGB. Bereits durch den Mausklick ist eine, wenn auch geringe Kraftentfaltung durch den Täter gegeben, die sich durch technische Wirkung verstärkt, da sie eine Reaktion auslöst. Es sei darauf hingewiesen, dass das Maß dieser Kraftentfaltung etwa dem Auslösen des Abzugs an einer Waffe entspricht, wobei in beiden Fällen technische Reaktionen erfolgen, ohne diese beiden Fälle ansonsten gleichstellen zu wollen. Gewalt wird heute üblicherweise als physische Zwangseinwirkung auf das Opfer definiert. Das Gericht sieht hier eine physische Zwangseinwirkung auf das Leitungsnetz; das vereinte Handeln vieler Teilnehmer, insbesondere das mit der besonderen Software ausgelöste Feuerwerk der Signale sollte gemäß dem Willen des Angeklagten die Anfragen der wirklich an der Seite Interessierten blockieren.
Die Zwangseinwirkung durch elektrische Energie wirkt hier allerdings nicht direkt gegen die Person des Nutzers (wie z. B. beim Stromstoß durch Elektroschocker), sondern im ersten Ansatz gegen eine Sache, nämlich gegen das Leitungsnetz, das durch die ausgelösten elektrischen Signale überlastet wird. Es ergibt sich jedoch eine mittelbare Wirkung auf den Internet-User, der genötigt wird, seinen Zugriff auf die Seite der Lufthansa zum gewünschten Zeitpunkt zu unterlassen, da er mit seinen Signalen nicht durchdringt. Der Gesetzeswortlaut verlangt nicht "Gewalt gegen eine Person" wie dies z. B. in § 249 StGB der Fall ist. Gewalt gegen Sachen ist ausreichend, wenn sie auch von der Person, gegen die die Handlung gerichtet ist, als körperlicher und nicht nur geistiger Zwang empfunden wird. Hiermit ist nicht nur der Fall gemeint, dass sich durch die Einwirkung auf die Sache am Körper des Opfers Reaktionen wie Schmerzen oder Angstzustände ergeben.
Als körperlich wird Zwang empfunden, wenn das Opfer ihm gar nicht, nur mit erheblicher Kraftentfaltung oder in unzumutbarer Weise begegnen kann (vgl. OLG Köln, NJW 1996, 472 f.). Dies ist hier der Fall; der Internetnutzer wird hier durch vis absoluta genötigt, er hat keine Wahlmöglichkeit. Da genau dies die Absicht des Angeklagten als Aufrufer zur Aktion war, reicht in diesem Fall jedoch auch diese mittelbare Zwangseinwirkung aus. Diese subjektive Voraussetzung reicht aus, um reine Diebstähle, Sachbeschädigungen und straflose Sachentziehungen vom Tatbestand der Nötigung abzugrenzen und diesen nicht ausufern zu lassen (vgl. hierzu LK-Träger/Altvater § 240 Rn 50).
Weiteres Nötigungsopfer ist die Lufthansa selber. Es handelt sich hier um den Fall der Dreiecksnötigung. Gewalt gegen Dritte ist als ausreichend anzusehen, wenn die zu nötigende Person dem Opfer der Gewalt so nahe steht, dass sie sich dadurch beeinflussen lässt (vgl. Tröndle/Fischer § 240 Rn 14 mwN). Zwischen den (potenziellen) Kunden und Usern der Seite und der Lufthansa besteht ein Naheverhältnis in diesem Sinne. Nötigungen an den Usern haben Einfluss auf den Betreiber der Seite, die Lufthansa. Dass der Angeklagte dies ebenso wertete, ergibt sich aus seiner Einschätzung zur Wichtigkeit des Images. Hier soll der Wille der Lufthansa gebeugt werden durch vis compulsiva. Die Lufthansa war auch vorab von der Aktion in Kenntnis gesetzt worden, damit sich die Zwangswirkung entfalten konnte. Es wurde von der Lufthansa auch als Zwangseinwirkung empfunden, wie die Gegenmaßnahmen zeigen.
Des Weiteren sieht das Gericht auch die Tatbestandsalternative der Drohung mit einem empfindlichen Übel zu Lasten der Lufthansa gegeben. Aus den Aufrufen des Angeklagten geht eindeutig hervor, dass über den kurzfristigen Erfolg der Blockade langfristig das Vertrauen der Kunden der Lufthansa in das Medium Internet erschüttert werden sollte. Unabhängig vom 20.06.2001 war also eine nachhaltige Wirkung angestrebt, in Kenntnis des Wunsches der Lufthansa das Geschäft auf diesem Sektor auszubauen. Die 2stündige Aktion am 20.06.2001 sollte also weit über diesen Zeitraum hinauswirken. Dies sind Auswirkungen, die auch in ihrer Motivationskraft auf das Nötigungsopfer Lufthansa wesentlich durchschlagender sind als ein 2stündiger Buchungsausfall. Der Zusammenhang "um zu" ergibt sich nach Auffassung des Gerichts eindeutig aus den Aufrufen des Angeklagten im Internet, die die beabsichtigte Wirkung beschreiben und das Ziel der Aktion nennen. Indem das Übel angewandt wird, beweisen die Täter Einfluss auf die Wirkungen zu haben.
Das Gericht bejaht ferner die Verwerflichkeit des Handelns und damit die Rechtswidrigkeit i. S. v. § 240 II

StGB. Das eingesetzte Mittel (Blockade der Homepage) ist zur Erreichung des Zwecks (Abrücken der Lufthansa vom sog. Abschiebegeschäft) verwerflich und nicht wie nach Auffassung der Verteidigung geboten.

Die Teilnehmer an der Aktion können sich nicht auf Art. 8 GG berufen. Es handelt sich hier nicht um eine Versammlung i. S. v. Art. 8 GG. Unter Versammlung wird üblicherweise das Zusammenkommen mehrerer Menschen zu gemeinsamer Zweckverfolgung bzw. zu gemeinsamen Handeln verstanden (v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 8 Rn 15). Hier fehlt es bereits daran, dass mehrere Menschen an einem gemeinsamen Ort zusammen kommen. Lediglich die durch verschiedene Menschen ausgelösten elektronischen Signale haben sich in den Leitungen zum Server zusammengefunden (für das Erfordernis körperlicher Anwesenheit in einem Kollektiv vgl. auch Dreier GG, Art. 8 Rn 31 unter Hinweis auf Seidel DÖV 2002, 283, 285 und Kraft/Meister MMR 2003, 366, 367 ff.). Selbst wenn man im Hinblick auf die neuen technischen Möglichkeiten, die bei Erlass des Grundgesetzes noch nicht bestanden und vorhersehbar waren, von diesem Merkmal absehen würde, so fehlt es jedoch in diesem Fall anders als im Chatroom oder der Videokonferenz über Webcam an der inneren Verbundenheit der Teilnehmer untereinander, die den gemeinsam verfolgten Zweck ausdrücken und die die Versammlung von der bloßen Ansammlung unterscheidet. Die Veranstaltung muss auf Meinungsbildung und Meinungsäußerung in Gruppenform gerichtet sein. Dies ist nur möglich, wenn die Teilnehmer die Möglichkeit haben, untereinander zu kommunizieren und eine so gebildete Meinung gegebenenfalls nach außen zu vermitteln. Beides ist hier nicht möglich. Weder können die einzelnen Teilnehmer untereinander kommunizieren, da sie voneinander keine Kenntnis haben. Noch ist ein Vermitteln der Meinung nach außen möglich, da auch die nicht an der Demonstration teilnehmenden User, d.h. die normalen Interessenten am Angebot der Lufthansa Homepage, keine Kenntnis erlangen von der Online-Demo, sondern nur vom Umstand der Verzögerung des Zugriffs bzw. von der Unmöglichkeit des Zugriffs. Ansonsten wäre auch das massenhafte Absenden von Postkarten eine Versammlung, da auch hier von allen Absendern der gleiche politische Zweck verfolgt werden kann und die Postkarten beim Empfänger zusammenkommen.

Der Angeklagte kann sich auch nicht auf Art. 5 GG, die Meinungsfreiheit, berufen. Auch wenn entgegen dem Wortlaut des Art. 5 GG auch Meinungsäußerungen durch bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen geschützt werden, so ist hier der Schutzbereich aus folgender weiteren Überlegung heraus überschritten. Art. 5 GG ist ein Kommunikationsgrundrecht. Es schützt die geistige Auseinandersetzung, auch wenn dies zu wirtschaftlichen Nachteilen führt, bis zum Boykottaufruf. Nicht geschützt werden jedoch Ausdrucksformen, welche die rein geistige Wirkung überschreiten und durch zusätzliche Mittel der aktiven Machtausübung der eigenen Meinung im Sinne einer Meinungserzwingung Nachdruck verleihen und damit die innere Freiheit der Meinungsbildung anderer nachhaltig beeinträchtigen (vgl. Dreier, GG, Art. 5 I, II Rn 73). Hier soll nach dem Aufruf des Angeklagten die Ebene des Meinungskampfs verlassen und die Ebene der Blockade im physischen Sinn beschritten werden.

Ferner sind weder die Informationsfreiheit noch die Kunstfreiheit tangiert (vgl. hierzu Kraft/Meister Rechtsprobleme virtueller Sit-ins, MMR 2003, 366 ff.). ,

Das Gericht hat im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation berücksichtigt, dass das unmittelbar abzunötigende Verhalten, Unterlassen des Aufrufs der Seite nur Mittel zum eigentlichen Zweck, zum Erreichen des politischen Fernziels war, ohne dabei die politische Zielsetzung inhaltlich zu bewerten. Auf der anderen Seite ist zu sehen, dass die Beeinträchtigung gerade ausdrücklich beabsichtigt ist und nicht nur eine nicht zu verhindernde Nebenfolge ist. Insofern besteht entgegen den Ausführungen der Verteidigung ein Unterschied zu einer herkömmlichen Demonstration - sei sie angemeldet oder nicht -, die immer mit Einschränkungen für Anwohner und Verkehrsteilnehmer einhergeht, diese jedoch nicht beabsichtigt. Die Handlungsfreiheit der Internetnutzer und die wirtschaftlichen Belange der Lufthansa werden also bewusst beeinträchtigt.

Das Mittel der Online-Demonstration ist ungeeignet zur Erreichung des angestrebten politischen Zwecks. Das Gericht verkennt dabei nicht, dass alle Menschen als potenzielle Kunden immer einen gewissen mittelbaren Einfluss ausüben können ebenso wie alle potenzielle Wähler sind, die immer einen mittelbaren Einfluss auf politische Verhältnisse nehmen können. Ein solch entfernter Bezug kann jedoch nicht ausreichen. Die betroffenen User stehen in keiner direkten Beziehung zur Abschiebepraxis der Lufthansa, sie sind dafür weder verantwortlich noch haben sie direkten Einfluss auf die Geschäftspraktiken der Lufthansa. Auch die Lufthansa selber als Opfer hat nur im beschränkten Maß Einfluss, da sie zumindest zum Teil gesetzlich gebunden ist. Der Beförderungsunternehmer ist gemäß § 64 Aufenthaltsgesetz bzw. damals § 73 Ausländergesetz zur Beförderung bei Zurückweisung verpflichtet.

Ferner stand die Aktion auch außer Verhältnis zum Ziel der Onlinedemonstration. Im Rahmen dieser Abwägung ist von Bedeutung, dass dem Angeklagten sowie den politisch gleich Gesinnten diverse andere legale Mittel im politischen Meinungskampf zur Verfügung standen, u. a. der Weg, der beschritten wurde, nämlich der Demonstration im realen Raum, in Köln. Die Suche nach neuen Protestformen ist zwar im Ansatz nachvollziehbar, in dieser Form jedoch nicht zu tolerieren.

Des Weiteren war hier von für das Gericht entschei-

dender Bedeutung die beabsichtigte lange Dauer der Blockadeaktion, die durch das Computerprogramm von 10 bis 12 Uhr angelegt war. Dieser Zeitraum geht für das erkennende Gericht weit über eine symbolische Aktion, die Nutzer und Betreiber als lediglich eine Belästigung akzeptieren müssen, hinaus. Diese Dauer geht auch weit über alltägliche Behinderungen durch Netzüberlastung hinaus.

Die Zahl der von der Aktion Betroffenen war in der (Wunsch-)Vorstellung des Angeklagten hoch, wenn er auf seiner Seite schrieb, dass Konzerne, die mit der Abschiebung Geld verdienen, ihre größte Filiale im Internet aufbauen. Dass nicht festgestellt werden kann, wie viele Kunden letztlich betroffen waren, spielt dabei keine Rolle. Beim Aufruf zur Nötigung kommt es für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit nur auf das subjektive Bild des Täters an. Darüber hinaus war der nicht unerhebliche Schaden zu sehen. Auch wenn sich hier direkte Buchungsausfälle nicht konkretisieren ließen, so ist doch auch ein Schaden, was zur Verhinderung des Erfolgs der Aktion aufgewendet werden musste, nämlich insbesondere die Kosten für zusätzliche Leitungskapazitäten, aber auch die Personalkosten, auch wenn es sich hierbei um stehendes Personal gehandelt hat [...]

Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 22.05.2006 (1 Ss 319/05)

Aus den Gründen:

Die Revision führt mit der Sachrüge zum Freispruch des Angeklagten.

I. Keine Strafbarkeit des Angeklagten wegen öffentlicher Aufforderung zu Straftaten

Die Annahme des Amtsgerichts, der Angeklagte habe zu einer Nötigung aufgefordert, hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht Stand.

1. "Internet-Demonstration" keine Nötigung gem. § 240 I StGB

Das Verhalten, zu dem der Angeklagte aufgefordert hat, erfüllt weder das Tatbestandsmerkmal der Gewalt, noch das der "Drohung mit einem empfindlichen Übel".

a. Zum Begriff der "Gewalt" i.S.v. § 240 I StGB

Der Begriff der Gewalt ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Ausgangspunkt für die Frage, ob im vorliegenden Fall Gewalt anzunehmen ist, ist das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot.

Dazu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, der Begriff der Gewalt, der im Sprachgebrauch mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet werde, müsse hier im Zusammenhang des Normgefüges verstanden werden. Der Gesetzgeber habe in § 240 StGB nicht jede Zwangseinwirkung auf den Willen Dritter unter Strafe stellen wollen. Andernfalls würden auch zahlreiche Verhaltensweisen, die im Sozialleben, etwa im Erziehungswesen, in der Arbeitswelt oder im Verkehrsbereich, teils erforderlich, teils unvermeidlich seien, der Strafdrohung unterfallen. Um das zu vermeiden, habe er sich nicht damit begnügt, das pönalisierte Verhalten als Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu beschreiben, sondern die Strafbarkeit einer derartigen Handlung von der Wahl bestimmter Nötigungsmittel abhängig gemacht, nämlich Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel. Eine Ausweitung der Mittel im Wege der Interpretation, etwa auf List oder Suggestion, scheide nach einhelliger Auffassung in Judikatur und Literatur aus. Das gelte selbst dann, wenn diese Mittel eine ähnliche Wirkung auf das Nötigungsopfer hätten wie die beiden im Gesetz pönalisierten. Artikel 103 Abs. 2 GG setze aber nicht nur der Tatbestandsergänzung, sondern auch der tatbestandsausweitenden Interpretation Grenzen. Die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber die pönalisierten Mittel bezeichnet habe, dürfe nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben werde. Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten sei und die Begrenzung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 Abs. 2 StGB die Funktion habe, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, könne die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern müsse über diesen hinaus gehen. Deswegen habe sich mit dem Mittel der Gewalt im Unterschied zur Drohung von Anfang an die Vorstellung einer körperlichen Kraftentfaltung auf Seiten des Täters verbunden. Zwangseinwirkungen, die nicht auf dem Einsatz körperlicher Kraft, sondern auf geistig-seelischem Einfluss beruhen, erfüllten unter Umständen die Tatbestandsalternative der Drohung, nicht jedoch der Gewaltanwendung. An der Körperlichkeit als Gewaltmerkmal habe die Rechtsprechung seitdem zwar festgehalten, auf die Kraftentfaltung jedoch soweit verzichtet, dass nunmehr bereits die körperliche Anwesenheit an einer Stelle, die ein anderer einnehmen oder passieren wolle, zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Gewalt genüge, falls der andere durch die Anwesenheit des Täters psychisch gehemmt werde, seinen Willen durchzusetzen. Das Tatbestandsmerkmal der Gewalt werde dadurch in einer Weise entgrenzt, dass es die vom Gesetzgeber zugedachte Funktion, unter den notwendigen, unvermeidlichen oder alltäglichen Zwangseinwirkungen auf die Willensfreiheit Dritter die strafwürdigen zu bestimmen, weitgehend verliere. Es beziehe zwangsläufig zahlreiche als sozialadäquat zu betrachtende Verhaltensweisen in den Tatbestand ein, deren Strafbarkeit erst durch das Korrektiv der Verwerflichkeitsklausel in § 240 Abs. 2 StGB ausgeschlossen werde.

Die Auslegung des Gewaltbegriffs in der höchstrichterlichen Rechtssprechung habe folglich gerade jene Wirkungen, die zu verhüten Artikel 103 Abs. 2 GG bestimmt sei. Es lasse sich nicht mehr mit ausreichender Sicherheit vorhersehen, welches körperliches Verhalten, dass andere psychisch an der Durchsetzung deswegen hindert, verboten sein solle und welches nicht.

Die Ausweitung des Gewaltbegriffs lasse sich auch nicht damit rechtfertigen, dass andernfalls unerwünschte Strafbarkeitslücken aufträten. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass mit der weiten Auslegung der Norm erfasste Verhalten ähnlich strafwürdig seien wie das ihr unzweifelhaft unterfallende, bleibe es Sache des Gesetzgebers, die Strafbarkeitslücken zu schließen (BVerfGE 91, 1, 16ff.).

b. Zum Fehlen von "Gewalt" i.S.v. § 240 I im vorliegenden Fall

Ausgehend von diesen Grundsätzen fehlt es vorliegend bereits an der erforderlichen Kraftentfaltung. Zwar ist im Gegensatz zu dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall ein aktives Verhalten, das Betätigen der Maus, gegeben. Allerdings kann nicht jede aktive Handlung die Voraussetzungen der Gewalt erfüllen. Dem Merkmal würde jegliche Unterscheidungskraft genommen, wenn es mit dem Handlungsbegriff der allgemeinen Verbrechenslehre zusammen fiele (LK-Träger-Altvater, StGB, § 240 Rdnr. 37). Die Körperkraft muss vielmehr darauf abzielen, beim Opfer eine körperliche Wirkung auszulösen, mithin auf dessen Körper gerichtet sein (LK, a.a.O.). Dies verkennt das Amtsgericht, wenn es darauf hinweist, dass das Maß der Kraftentfaltung etwa dem Auslösen des Abzugs an einer Waffe entspreche, wobei in beiden Fällen technische Reaktionen hervorgerufen würden. Es fehlt vorliegend entgegen der Ansicht des Amtsgerichts und vereinzelten Stimmen in der Literatur (Kraft Meister/MMR 2003, 366, 370; NK-Toepel §240 Rdnr.65) an einer technisch erheblich verstärkten Kraftentfaltung. Die bloße Muskelinervation genügt nicht, wenn sie auch notwendige Voraussetzung für den Krafteinsatz ist. Nicht der vordergründige Aspekt des auf die Taste gesenkten Fingers, sondern die Sinneinheit von körperlichem Aktivwerden als Beginn eines Prozesses, in dem ("Gewalt" entfesselnde) Kraft eingesetzt wird, wodurch eine - intendiert oder zumindest für möglich gehalten - physisch wirkende (als "Gewaltanwendung" einstufbare) Kraftwirkung beim Opfer ausgelöst wird, trägt die Zuordnung zum Begriff der körperliche Kraftentfaltung im Sinne des Gewaltbegriffs (Paeffgen, FS Grünwald, 433, 444). Die Wirkung des Tastendrucks beschränkt sich vorliegend auf den Bereich des Internets, dass das Amtsgericht als technisches Konstrukt bezeichnet. Sie ist nicht gegen Körper der User gerichtet.

Weiterhin ist auch die erforderliche Zwangswirkung beim Opfer, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur psychisch vermittelt, sondern physischer Natur sein muss, nicht gegeben.

Bereits im Ansatz verfehlt ist insoweit die Argumentation des Amtsgerichts, dass der Zwang als körperlich empfunden wird, dem das Opfer gar nicht oder nur mit erheblicher Kraftentfaltung oder in unzumutbarer Weise begegnen kann (so jedoch OLG Köln, NJW 1996, 472 f). Sie stellt lediglich auf die mögliche Reaktion des Opfers ab und charakterisiert nicht - wie nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich - das Verhalten des Täters (vgl. LK-Träger/Altvater a.a.O. Rdnr. 32). Auch die Erwägung des BGH (JR 88, 75), dass nötigende Gewalt immer dann gegeben ist, wenn dem Anderen ein empfindliches Übel zugefügt wird und er dadurch von einem beabsichtigten Tun abgehalten wird, ist auf der Basis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr haltbar (so auch Schönke/Schröder-Eser, StGB, Vorbemerkung § 234 Rdnr. 13). Die Argumentation des BGH enthält zudem einen logischen Fehler. Die Verwirklichung eines angedrohten Übels kann nur dann in jedem Falle als Gewaltanwendung angesehen werden, wenn jedes "empfindliche Übel", das angedroht werden könnte, denknotwendig dem Begriff der Gewalt unterfiele. Dass diese Interpretation verfehlt ist, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Da § 240 Abs. 1 StGB gerade nicht lautet "wer einen anderen mit der Zufügung oder der Androhung eines empfindlichen Übels nötigt," muss dem Gewaltbegriff selbständige Bedeutung zukommen (vgl. Arzt/Weber, Strafrecht BT, § 9 Rdnr. 71). Wenn dies nicht der Fall wäre, bräuchte der Gesetzgeber in verschiedenen Strafvorschriften nicht zwischen der Drohung "mit einem empfindlichen Übel" und der Drohung "mit Gewalt" zu unterscheiden und dürfte vor allem daran nicht unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen (Meurer/Bergmann JR 88, 49, 50).

Zwar ist die Übelanwendung bei vordergründiger Betrachtungsweise als schwerwiegendere Unrechtsverwirklichung anzusehen. Die Schließung von Strafbarkeitslücken ist jedoch - wie auch das BVerfG in der zitierten Entscheidung betont hat - nicht Aufgabe der Rechtssprechung, sondern ausschließlich des Gesetzgebers. Zudem wird dabei übersehen, das die Unrechtsteigerung nicht zwangsläufig dem spezifischen Unwertgehalt des Nötigungstatbestandes, der Beeinträchtigung der Willensbetätigungsfreiheit, entspricht. Realisiert der Drohende seine Androhung und hält dabei keine weitergehenden Drohungen aufrecht, begibt er sich unter Umständen des effektivsten Druckmittels auf den zu Nötigenden (Sommer NJW 1985, 769, 771).

Soweit das Amtsgericht die Einwirkung auf das Leitungsnetz mit der Einwirkung auf eine Sache gleichsetzt und der Ansicht ist, dass sich diese Handlung den Erfordernissen der Entscheidung des Bundesverfas-

sungsgerichts entsprechend als physischer Zwang auswirke, steht diese Auffassung nicht im Einklang mit den überwiegenden Stellungnahmen in der Literatur, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gewalt in den unter dem Stichwort "Gewalt gegen Sachen" diskutierten Fällen nicht bejahen (Schönke/Schröder Eser, StGB Rdnr. 10; MKGropp/Sinn StGB, § 240 Rdnr. 63; Buchwald DRiZ 1997, 513, 520; Paeffgen a.a.O.). Zweifelhaft ist bereits, ob das Internet einer Sache gleich gesetzt werden kann. Vergleichbar sind die Fälle insoweit, als sich die Einwirkungen in beiden Fällen nicht primär gegen eine Person richtet.

Doch selbst unter Zugrundelegung der zu dem Komplex "Gewalt gegen Sachen" ergangenen Rechtsprechung kann Gewalt im vorliegenden Fall nicht bejaht werden. Eine Betrachtung der Entwicklung dieser Grundsätze ergibt, dass zunächst das Reichsgericht und später ihm folgend die obergerichtliche Rechtsprechung Gewalt nur dann bejaht hat, wenn sich die Einwirkung auf die Sache körperlich auswirkte und nicht lediglich Zwang durch den Sachentzug ausgeübt wurde. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung sind Entscheidungen des Reichsgerichts. Das Reichsgericht hat dazu ausgeführt, dass die Gewalt physisch empfunden werden müsse, um als gegen die Person gerichtet anerkannt zu werden (RGSt 20, 354, 356). Nur unter dieser Voraussetzung fielen Tätigkeiten, welche sich äußerlich ausschließlich gegen Sachen wendeten, in den Bereich der im § 240 StGB erforderlichen Nötigung eines Anderen durch Gewalt. Die bloße Herbeiführung eines Zustandes in Rechnung auf die Wirkung, welche derselbe auf das Gemüt und auf die Entschließung des dadurch Betroffenen hervorbringen könne oder werde, genüge daher nicht. Die Herbeiführung eines solchen Zustandes sei bei jedem Diebstahl und in verschiedensten anderen Vergehen annehmbar, ohne dass es vom Gesetzgeber bezweckt gewesen wäre, dabei die Strafbestimmung des § 240 StGB mit in Betracht ziehen zu lassen, wie sich schon aus dem Wortlaut ergebe (RGSt 20, 354, 355). Zur Begründung für die Auffassung zieht das Reichsgericht die Entstehungsgeschichte heran (RGSt 3, 139). Danach habe der zweite Entwurf des StGB wie folgt gelautet: "Wer gegen einen anderen Gewalt anwendet u.s.w., um ihn zu nötigen". Die Motive S. 117 erwähnten noch besonders, dass die Aufnahme des Begriffs von Gewalt gegen einen anderen erfolgt sei, um das Gesetz mit der Auffassung der meisten deutschen Strafgesetzbücher - ausschließlich des Preußens - in Einklang zu setzen. Von diesen Gesetzbüchern hätten die meisten Vorschriften enthalten, aus denen sich zweifellos ergeben habe, dass die Gewalt, um als solche strafbar zu sein, gegen die Person des anderen gerichtet sein müsse. Bei den Beratungen im Reichstag sei die in dem Entwurf vorgeschlagene Fassung mit der jetzt im Gesetz ersichtlichen vertauscht worden. Zur Begründung des hierauf gerichteten und angenommenen Antrags sei ausdrücklich hervorgehoben und von allen Seiten unbeanstandet gelassen, dass eine materielle Änderung der Vorlage damit nicht bezweckt werde, soviel den Erfolg und die Strafbarkeit des Versuchs, sowie die Mitherbeiziehung der Bedrohung mit Verübung von Vergehen betreffe, dass dagegen im übrigen die vorgeschlagenen Abänderung nur reaktionell sei. Ergebe sich hieraus, dass dem in § 240 StGB enthaltenen Ausdruck "Nötigung eines anderen durch Gewalt" keine andere Bedeutung beigelegt werden dürfe, als demjenigen, welchen der Entwurf zur Bezeichnung des nämlichen Begriffs gebraucht habe, so folge weiter, dass eine ausschließlich gegen die Sache gerichtete Gewalt dem im Gesetz unter Strafe gestellten Zwang nicht beigezählt werden könne (RGSt a.a.O.). Auf dieser Grundlage hat das Reichsgericht (RGSt 7, 269, 271) Gewalt bejaht, wenn durch die Einwirkung auf eine Wohnung deren Integrität in einer Weise verletzt worden sei, dass sie mehr oder weniger aufgehört habe, als solche zu existieren. Ein Wohnraum, aus welchem das Mobiliar entfernt sei, und welchem die Verschlüsse durch Türen und Fenstern fehlten, könne regelmäßig für den seitherigen Bewohner seinen Zweck nicht mehr erfüllen und ihm daher den Entschluss aufnötigen, denselben zu verlassen. Von der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde auf der Grundlage dieser Judikatur in derartigen Fällen Gewalt zum Teil verneint (OLG Köln StV 96,266; OLG Neustadt MDR 57, 309; BayObLG NJW 59, 496) und teilweise bejaht (OLG Köln MDR 59, 233;OLG Karlsruhe MDR 59,233; OLG Hamm NJW 83, 1505; OLG Köln NJW 96, 472). Das OLG Neustadt hat die Unterbrechung der Stromzufuhr unter Zugrundelegung der vom Reichsgericht entwickelten Grundsätzen verneint, da sie keine unmittelbar körperlich wirksame Willensbeeinflussung darstelle. Das BayObLG hat im Fall der Absperrung einer Wasserleitung und des Ausbleibens des Wassers das Vorliegen von Gewalt ebenfalls mit der Begründung abgelehnt, dass sich das Ausbleiben des Wassers nicht körperlich auswirke (NJW a.a.O.). Das OLG Hamm (NJW a.a.O.) hat Gewalt im Falle der Verhinderung von Heizölliefe-rungen bejaht und darauf verwiesen, dass es einen beachtlichen Unterschied zu den vorerwähnten Fällen mache, dass sich in der Frostperiode das Ausbleiben der Heizungswärme sicherlich wesentlich stärker als das Sperren von Strom und Wasser körperlich auswirke, so dass das Verbleiben in der Wohnung geradezu unmöglich sei und gesundheitliche Gefahren heraufbeschwören könne. Jedenfalls wegen dieser Auswirkungen sei das Zudrehen der Heizung ebenso als Nötigung mit Gewalt zu werten wie das Aushängen von Fenstern und Türen. Diesen Fällen ist gemein, dass die Einwirkung auf die Sachen letztendlich eine physische Wirkung beim Opfer zeitigt. Das OLG Köln hat deshalb folgerichtig im Fall der Wegnahme eines PKW ausgeführt, dass Gewalt im Sinne von §240 StGB nur

dann zu bejahen ist, wenn die Wegnahme als körperlicher Zwang empfunden wird. Die eigenmächtige Wegnahme reiche dafür nicht aus, da der bloße Zwang, eine vollendete Tatsache hinzunehmen, noch kein Angriff auf die Willensentschließungs- und betätigungsfreiheit, das Schutzgut des § 240 StGB, sei.

Auch Träger/Altvater (LK-Träger/Altvater StGB § 240 Rdnr. 50), auf die sich das Amtsgericht beruft, führen aus, dass die Wegnahme oder die Zerstörung von Gegenständen oder Einwirkungen auf die Umwelt des Opfers, die dessen Handlungsmöglichkeiten beschränken, nicht ohne weiteres als nötigende Gewalt eingestuft werden könne, weil dies dazu führen würde, dass Diebstähle und Sachbeschädigungen, aber auch straflose Sachentziehungen oder die Verletzung von vertraglichen Pflichten den Tatbestand der Nötigung erfüllten. Man könne dem nicht schon dadurch entgehen, dass man die mit Sachentziehung oder Sachbeschädigung verbundenen Zwänge als nicht physisch bezeichne. Der Betroffene könne in diesen Fällen nicht nach seinem Willen handeln; dass dem entgegenstehende Hindernis sei durchaus körperlicher und nicht nur psychischer Natur. Diese Interpretation des Erfordernisses der physischen Zwangswirkung nimmt dem Merkmal jedoch jede Unterscheidungskraft, weil sie die körperliche Einwirkung im Ergebnis auf das bloße Setzen einer physischen Ursache reduziert, was letztlich bei jeder Handlung gegeben sein dürfte (vgl. Lesch StV 96, 152, 153). Auch die weitere Differenzierung von Träger/Altvater überzeugt nicht. Sie führen insoweit aus, dass dann, wenn sich die Tathandlungen in der Schaffung vollendeter Tatsachen erschöpfe und der Täter damit keine weitergehenden Ziele verfolge und es ihm nicht gerade auf diese Wirkung beim Opfer ankomme, keine Nötigung vorliege. Dass das Opfer zumindest vorläufig gezwungen sei, sich in die ihm unangenehme Situation zu fügen, reiche hierzu nicht aus, auch wenn dies körperlicher Zwang sei und damit Gewalt bedeute. Erforderlich sei, dass es dem Täter um mehr gehe als um den mit seiner Tat als notwendige Folge verbundenen Nachteil beim Opfer. Nötigung sei in diesen Fällen nur dann anzunehmen, wenn es dem Täter gerade auf diese Wirkung ankomme oder wenn er weitergehende Ziele erstrebe. Dass die Erfüllung des Tatbestandes hier von der inneren Willensrichtung des Täters abhänge, sei nichts ungewöhnliches und rechtfertige insbesondere den Vorwurf des "Gesinnungsstrafrechts" nicht. So werde etwa die Frage, ob an sich neutrale Handlungen als Beihilfe zu bewerten sind, gemeinhin mit Blick auf den inneren Tatbestand beantwortet. Dem ist entgegen zu halten, dass der Begriff der nötigenden Gewalt jedoch nicht von der Intention des Täters abhängig gemacht werden kann, da es dieser sonst in der Hand hätte, ob sein Verhalten als "nötigende Gewalt" oder als bloßer Zwang zu bewerten wäre. In den Fällen der Sachentziehung ist die Zwangswirkung aber immer gleich, egal, ob die Sache weggenommen wurde, um eine Handlung des Opfers zu erreichen, oder nur, um die Sache in Besitz zu bekommen. Wer eine Sache wegnimmt, begeht einen Diebstahl, aber keine Nötigung, auch wenn der Gewahrsamsinhaber den Verlust der Sache erdulden oder er wegen der verlorenen Sachherrschaft andere Handlungsmöglichkeiten wählen muss. Deshalb wird der Zwang auch nicht dadurch zur nötigenden Gewalt, dass der Täter des Diebstahls mit der Wegnahme gerade eine andere Möglichkeit des Opfers erreichen will (MK-Gropp/Sinn, StGB, § 240 Rdnr. 63). Dementsprechend wird in der Literatur in den Fällen der Unterbrechung der Wärmeversorgung für den Mieter Gewalt erst dann bejaht, wenn sich diese Handlung physisch auswirkt, das heißt, wenn er zu frieren beginnt (MK a.a.O.; NK- Toepel § 240 Rdnr. 71). Letztendlich stellen auch Träger/Altvater im Fall der Sachentziehung nicht alleine auf die subjektiven Vorstellungen des Täters ab. Wie die von ihnen angeführten Beispielsfälle zeigen, halten auch sie die physische Komponente für einen maßgeblichen Umstand. Für den Fall der Unterbrechung der Versorgung werten sie es als Gewalt, wenn bereits das Ausbleiben der Leistung körperlich wirkt und diese physische Wirkung geeignet ist, den Betroffenen unmittelbar zu motivieren. Nur wenn das der Fall sei, liege Gewalt vor. Das Abdrehen der Heizung im Winter sei Gewalt; im Sommer könne dies allenfalls als konkludente Drohung aufgefasst werden. Dieses Beispiel zeigt, dass die von Träger/Altvater vertretene Auffassung in sich nicht schlüssig ist, sondern vielmehr zu Abgrenzungsproblemen führt, die nicht mit nachvollziehbaren Kriterien gelöst werden können und mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar sind.

Die demnach für das Vorliegen von Gewalt erforderliche physische Einwirkung auf die Person des Genötigten in dem von der h.M. verstandenen Sinn ist vorliegend nicht gegeben.

Die Wirkung beim Opfer, den User, erschöpft sich in dem Umstand, dass er die Website der A nicht aufrufen kann. Eine physische Beeinträchtigung ist damit nicht verbunden. Auch verfolgte der Angeklagte mit dieser Wirkung bei dem Usern kein weitergehendes Ziel im Sinne eines Handelns, Duldens oder Unterlassens. Die Absicht, dass das Vertrauen der Kunden in dieses neue Medium und das Image der Lufthansa beeinträchtigt werden sollte, ist lediglich auf eine Beeinflussung der Meinung der Kunden gerichtet und nicht auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen i. S.v. § 240 StGB. Die Situation ist deshalb mit der der bloßen Sachentziehung, die nach den obigen Grundsätzen nicht als Gewalt gewertet werden kann, vergleichbar.

Dies verkennen Kraft/Meister (MMR 03, 366, 370), die die "Onlineblockade" mit dem Fall der Sitzblockade vergleichen, und ausführen, dass die technischen Vorgänge in der Summe dazu führen, dass es unmöglich werde, die entsprechende Homepage aufzusuchen.

Diese Ausführungen sind bereits im Ansatz verfehlt, da im Falle der Sitzblockade die Opfer in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden, was im Fall der "Onlineblockade" nicht gegeben ist. Die Internetuser können sich weiterhin uneingeschränkt bewegen und fortbewegen. Es besteht kein Unterschied zu den Fällen des Diebstahls, in dem die einzige Einschränkung darin besteht, dass die Sache nicht genutzt werden kann. Die von Kraft/Meister vertretene Auslegung führt im Ergebnis dazu, dass die vom Gesetzgeber durch den Begriff der Gewalt beabsichtigte Eingrenzung wieder aufgehoben wird. Wie sich aus den Grundsätzen der zitierten Bundesverfassungsgerichtsentscheidung ergibt, ist eine derartige Interpretation jedoch verfassungsrechtlich unzulässig.
Da Gewalt im Sinne vom § 240 StGB zu verneinen ist, bedarf es keiner Erörterung, ob - wie vom Amtsgericht angenommen - Gewalt gegen Dritte, die Internetuser, ausreichend ist , um die Lufthansa zu nötigen.

c. Zum Fehlen einer Drohung i.S.v. § 240 I StGB
Der festgestellte Sachverhalt erfüllt auch nicht den Tatbestand der versuchten Nötigung in Form der Drohung mit einer empfindlichen Übel.
Die Drohung bezeichnet das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Verwirklichung davon abhängen soll, dass der Bedrohte nicht nach dem Willen des Täters reagiert (Schönke/Schröder-Eser Vorbemerkung § 234 Rdnr. 30). Das Übel muss als vom Willen des Drohenden abhängig dargestellt werden. Mit dem Handeln oder mit Entscheidungen Dritter kann gedroht werden, wenn der Täter dies beeinflussen kann oder vorgibt zu können (Tröndle/Fischer, StGB § 240 Rdnr. 36). Hier hat der Angeklagte die Durchführung der Internetblockade nicht etwa davon abhängig gemacht, dass die Lufthansa ihre Mitwirkung an Abschiebungen einstellt. Der Aufruf vom 14.05.2001 war vielmehr nicht mit Bedingungen versehen. Zwar sollte sich die Demonstration gegen die Mitwirkung der Lufthansa an den Abschiebungen richten. Dieser Umstand alleine ist jedoch nicht geeignet, vorliegend entgegen dem Wortlaut der Erklärung eine konkludente Drohung anzunehmen. Die vom Amtsgericht zitierte Rechtsprechung, wonach von einer konkludenten Drohung dann auszugehen ist, wenn die Wirkung des zugefügten Übels auf den Genötigten fortdauern soll und gerade die Furcht vor der Fortdauer geeignet ist, den Genötigten zu dem vom Täter gewollten Handeln zu veranlassen und dadurch das Übel abzuwenden (vgl. OLG Koblenz NJW 1993, 1808, 1809) ist nicht einschlägig. Grundsätzlich gilt, dass eine Drohung nur als Inaussichtstellung, als Hinweis auf etwas Zukünftiges begriffen werden kann und in der Verwirklichung eines Geschehens nicht zugleich die Inaussichtstellung liegen kann (BGH NStZ 84, 854). Es kann daher nur in Ausnahmefällen in der Verwirklichung des Übels die Ankündigung eines weitergehenden Übels enthalten sein (Sommer, NJW 85, 770, 771). Ein derartiger Ausnahmefall ist hier nicht gegeben. Die Aktion war von vornherein zeitlich begrenzt. In dem Aufruf war als Zeitraum ausdrücklich der 20.06.2001 von 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr benannt. Anhaltspunkte für die Absicht, die Aktion fortzusetzen oder zu wiederholen, sind nicht erkennbar. Wenn das Amtsgericht ausführt, dass aus den Aufrufen des Angeklagten eindeutig hervorgehe, dass über den kurzfristigen Erfolg der Blockade langfristig das Vertrauen der Kunden der Lufthansa in das Medium Internet erschüttert werden und der Lufthansa ein Imageschaden zugefügt werden sollte, und damit die konkludente Drohung begründen will, verfängt diese Argumentation nicht. Das Amtsgericht beschreibt damit vielmehr lediglich die beabsichtigten Wirkungen und nicht eine konkludente Drohung des Angeklagten.
Der Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten in Form der Aufforderung zu einer Nötigung liegt danach nicht vor.

2. Internet-Demonstration keine Datenveränderung gem. § 303 a StGB
Auch eine Strafbarkeit wegen Aufforderung zu dem Tatbestand der Datenveränderung (§ 111 StGB i.V.m. § 303 a StGB) kann auf der Basis der Urteilsfeststellungen ausgeschlossen werden. Zunächst ist nach herrschender Meinung (Schönke/Schröder-Stree § 303 a Rdnr. 3; LK-Tolksdorf, StGB, § 303 a Rdnr. 5; NK-Zaczyk § 303 a Rdnr. 32; Hilgendorf/Valerius, Computer und Internetstrafrecht Rdnr. 197; Kraft/Meister MMR 2003, 372) für den Tatbestand ein Eingriff in fremde Verfügungsbefugnis erforderlich. Dies bedeutet vorliegend, dass es für die Datenunterdrückung keine Rolle spielt, dass die Website für Dritte im Internet nicht mehr erreichbar ist. Vielmehr kommt es darauf an, dass der Verfügungsberechtigte, in der Regel also der Betreiber der Website, nicht mehr auf die Daten zugreifen kann (Hilgendorf/Valerius a.a.O.). Ob der Verfügungsberechtigte am Zugriff auf die Daten gehindert war, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Darauf kommt es indessen nicht an. Nach Ansicht des Senats scheidet der Tatbestand der Datenveränderung nämlich bereits mangels Vorliegens des Tatbestandsmerkmals des "Unterdrückens" aus. Nach den wiedergegebenen Feststellungen kommt eine Aufforderung zum Vorenthalten von Daten allenfalls für die Zeit zwischen 10.00 Uhr und 12.00 Uhr am 20.06.2001 in Betracht.
Entgegen der in der Literatur vertretenen Auffassung (Tröndle/Fischer, StGB, § 303 a Rdnr. 10; LK-Tolksdorf, StGB a.a.O., Rdnr. 27; NK-Zaczyk Rdnr. 8; SK-Heuer, StGB, Rndr. 9; Hilgendorf, JuS 96, 891) ist das Merkmal "Unterdrücken" dann nicht gegeben, wenn die Daten - wie hier allenfalls für zwei Stunden - nur vorübergehend und nicht auf Dauer entzogen werden. Die von der Gegenauffassung vorgetragenen Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Soweit geltend

gemacht wird, mit der Forderung nach einem dauerhaften Entzug werde die Datenunterdrückung in eine Datenzueignung umgedeutet (LK-Tolksdorf, StGB a.a.O., Rdnr. 27), wird verkannt, dass aufgrund der systematischen Stellung der Regelung diese Argumentation bereits im Ansatz verfehlt ist. Die Vorschrift unterfällt nicht dem Abschnitt "Diebstahl und Unterschlagung", sondern dem Abschnitt "Sachbeschädigung". Aufgrund des gegenüber den Zueignungsdelikten eigenständigen, andersartigen Deliktscharakters lässt sich aus der dargestellten Erwägung nichts für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Unterdrücken" herleiten. Gleiches gilt für den Verweis auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Unterdrücken" bei dem Tatbestand der Urkundenunterdrückung (§ 274 StGB, vgl. LK Tolksdorf, StGB, § 303 a, Rdnr. 27). Die in der Literatur (Tröndle/Fischer, § 274 Rndr. 5; LK-Gribbohm, StGB, § 274 Rdnr. 31) zu dieser Vorschrift vertretene Auffassung, dass für das Tatbestandsmerkmal "Unterdrücken" ein zeitweiliges Vorenthalten ausreiche, geht zurück auf die Rechtssprechung des Reichsgerichts (RGSt 39, 81). Das Reichsgericht hat in dem entschiedenen Fall nicht ohne jede Einschränkung das zeitweilige Unterdrücken einer Urkunde für tatbestandsmäßig erachtet. Es hat vielmehr ausgeführt, dass auch ein zeitweiliges Vorenthalten der Urkunde sich als Unterdrücken darstellen kann. Das treffe namentlich dann zu, wenn der beabsichtigte Nachteil gerade dadurch herbeigeführt werden solle, dass die Urkunde innerhalb eines gewissen Zeitraums vorenthalten werde, während für den Täter ein weiteres Interesse an dem Vorenthalten nicht bestehe (RGSt a.a.O.). Das Reichsgericht hat für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Unterdrücken" hinsichtlich der Urkundenunterdrückung demnach das weitere in § 274 StGB enthaltenen Tatbestandsmerkmal der Nachteilszufügungsabsicht herangezogen und damit ein dem Bestimmtheitsgebot genügendes und geeignetes Kriterium gefunden, um zu bestimmen, unter welchen Umständen ein zeitweiliges Vorenthalten der Urkunde ausreicht. Vorliegend ist jedoch ein derartiges weiteres Tatbestandsmerkmal, dass zur einschränkenden Interpretation der zeitweiligen Nutzung herangezogen werden könnte, nicht vorhanden. Geeignete Kriterien dafür, welcher Zeitraum bei der zeitweiligen Nutzung ausreichend sein könnte, sind weder von der Gegenansicht erörtert, noch ersichtlich. Angesichts dessen und im Hinblick darauf, dass die Gesetzesfassung des Tatbestands der Datenveränderung uferlos weit gefasst wurde (so Frommel JuS 87, 667; Hilgendorf JuS 96, 891, die allerdings nicht die hier vertretene Konsequenz ziehen) ist eine restriktive Interpretation geboten. Andernfalls würden unter Verletzung des Ultima Ratio Grundsatzes auch vollkommen harmlose Aktivitäten in den Tatbestandsbereich des § 303 a StGB hineingezogen (so auch Hilgendorf a.a.O.) Weiterhin enthält auch der Wortsinn keine zeitliche Komponente. Unterdrücken bedeutet etwas "zurückhalten oder nicht aufkommen lassen" (Duden, Das große Wörterbuch d. dt. Sprache z. Stichwort "Unterdrücken"). Daraus lässt sich nichts für die Ansicht herleiten, die ein zeitweiliges Unterdrücken für ausreichend erachtet. Vor allem findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber ein vorläufiges Entziehen für ausreichend angesehen hat. Danach liegt ein Unterdrücken von Daten nur dann vor, wenn diese dem Zugriff des Berechtigten entzogen und deshalb nicht mehr verwendet werden können (Bundestagsdrucksache 10/5058, S. 35). Im Blick auf den in den Materalien zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen und wegen der nicht lösbaren und hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots bedenklichen Abgrenzungsproblemen, zu denen die Gegenansicht führt, ist der hier vertretenen Auffassung der Vorzug zu geben.

Mithin kann der festgestellte Sachverhalt auch nicht unter den Tatbestand der Aufforderung zur Datenveränderung subsumiert werden.

II. Zum Vorliegen von Ordnungswidrigkeiten

Ob das Verhalten des Angeklagten den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 116, 118 OWiG erfüllt, begegnet durchgreifenden Bedenken , bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung. Die Ordnungswidrigkeit wäre verjährt.

Gem. § 31 Abs. 2 Nr. 4 OWiG verjähren Ordnungswidrigkeiten nach dieser Vorschrift in 6 Monaten. An die Stelle dieser Frist tritt nicht die für die angeklagte, aber nicht erwiesene Straftat geltende Verjährungsfrist (OLG Köln VRS 70, 27). Dies folgt aus der gesetzlichen Regelung in § 33 Abs. 4 S. 2 OWiG. Die Verjährungsfrist für eine Ordnungswidrigkeit ist auch dann nach den für die Ordnungswidrigkeiten geltenden Verjährungsfristen zu beurteilen, wenn die Ordnungswidrigkeit zunächst deshalb nicht verfolgt worden ist, weil davon ausgegangen wurde, sie treffe mit einer Straftat zusammen (§ 21 OWiG). Zwar wirken die Unterbrechungshandlungen für die gesamte Tat im prozessualen Sinne. Die Verjährungsfristen bleiben hiervon jedoch unberührt. Insbesondere betrifft auch die Vorschrift des § 33 Abs. 3 S. 3 OWiG nur die dort bezeichnete Fristen, nämlich die Höchstgrenze einer Verjährung (OLG Köln a.a.O., KK-Weller, OWiG, § 33 Rdnr. 126; OLG Hamm, VRS 53, 367). Vorliegend sind nach dem Erlass des Durchsuchungsbeschlusses am 30.08.2001 (§ 33 Abs.1 Nr.4 OWiG) bis zur Anklageerhebung, die frühestens am 10.01.2005 erfolgte, keine weiteren Unterbrechungshandlungen im Sinne von § 33 Abs. 1 OWiG festzustellen . Eine Ordnungswidrigkeit nach den oben genannten Vorschriften wäre mithin verjährt.

III. Aufhebung des Urteils und Freiuspruch

Das Urteil kann mithin keinen Bestand behalten. Da

die zu dem Anklagevorwurf der Aufforderung zur Nötigung fehlerfrei und vollständig getroffenen Feststellungen ergeben - wie vorstehend ausgeführt -, dass sich der Angeklagte weder unter diesem, noch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt strafbar gemacht hat bzw. der Verfolgung seines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit jedenfalls das Prozesshindernis der Verjährung entgegensteht, und weitere Feststellungen, die zu einer Verurteilung führen könnten, auch unter Berücksichtigung des Gebots umfassender Sachaufklärung und erschöpfender Beweiswürdigung nicht zu erwarten sind, bedarf es keiner Zurückverweisung, sondern kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 354 Abs. 1 StPO). Der Angeklagte ist freizusprechen.

Bei der vorliegenden Konstellation - Nichtvorliegen einer Straftat, dauerndes Verfahrenshindernis bzgl. der Ordnungswidrigkeit - überwiegt der erstgenannte Gesichtspunkt (KK-Steindorf, OWiG, § 82, Rdnr. 9). Dies rechtfertigt sich aus der Heranziehung des allgemeinen Grundgedankens, dass der freisprechenden Sachentscheidung hinsichtlich eines schwerer wiegenden Vorwurfs Vorrang gebührt gegenüber der Einstellung bezüglich des Verfahrens wegen einer weniger gewichtigen Beschuldigung (KK a.a.O.). [...]

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Durchsuchung bei Gefahr im Verzug

BVERFG, BESCHLUSS VOM 08.03.2006
2 BVR 1114/05 (NVWZ 2006, 925)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich auf eine Verfassungsbeschwerde hin mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen eine Durchsuchung von Wohnraum ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss vorgenommen werden kann. Dies ist nach Art. 13 II GG nur bei "Gefahr im Verzug" möglich. Das BVerfG meint, dass auch bei Gefahr im Verzug aber in jedem Fall versucht werden müsse, zuvor einen Ermittlungsrichter zu erreichen, und zwar selbst dann, wenn die Durchsuchung außerhalb der üblichen Dienstzeiten stattfinden soll und der ermittelnden Staatsanwaltschaft bekannt ist, dass es keinen richterlichen Bereitschaftsdienst am zuständigen Gericht gibt. Lediglich dann, wenn schon dieser Versuch eine Vereitelung des Durchsuchungszwecks bedeuten könnte, sei er entbehrlich.

Darüber hinaus müsse die Staatsanwaltschaft das vergebliche Bemühen um die Einholung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses genau dokumentieren, um dem Betroffenen anschließend eine effektive gerichtliche Überprüfung der Vorgänge zu ermöglichen, Art. 19 IV GG.

Prüfungsrelevanz:

Das BVerfG präzisiert in diesem Beschluss die Anforderungen an eine polizeiliche Durchsuchung von Wohnraum ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss. Der Fall kann selbstverständlich nicht nur über den verfassungsrechtlichen Einstieg (Verfassungsbeschwerde und Grundrechtsverletzung) geprüft, sondern auch verwaltungsrechtlich eingeleitet werden, indem (u.U. innerhalb eines Rechtsbehelfs) nach der Rechtmäßigkeit der Durchsuchung gefragt wird. Dann wäre zunächst eine Ermächtigungsgrundlage zu suchen, die in §§ 102 ff. StPO zu finden wäre, wenn es sich um eine Durchsuchung zu *repressiven* Zwecken (Strafverfolgung) handelte. Der Richtervorbehalt mit der Ausnahme bei Gefahr im Verzug ergibt sich dann aus § 105 StPO. Handelt es sich um eine Durchsuchung zu *präventiven* Zwecken (Gefahrenabwehr), sind die polizei- und ordnungsrechtlichen Vorschriften der Länder einschlägig, die allesamt ebenfalls zur Durchsuchung von Wohnraum ermächtigen und die Regel des Richtervorbehalts wie die Ausnahme der Gefahr im Verzug normieren (vgl. z.B. §§ 41, 42 PolG NRW).

Interessant ist dann auch die Frage nach der statthaften Klageart. Begreift man die Durchsuchung als schlichtes Verwaltungshandeln (Realakt), wäre die (negative) Feststellungsklage nach § 43 I VwGO einschlägig. Sieht man in der Durchsuchung hingegen zugleich den Erlass einer konkludenten Duldungsverfügung, wäre diese grds. anfechtbar, § 42 I VwGO. Allerdings wird sie sich mit Abschluss der Durchsuchung vielfach durch Zeitablauf erledigt haben, § 43 II VwVfG, so dass dann die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO zur Anwendung käme. Die Erledigung wiederum wird in aller Regel aber schon vor Klageerhebung eingetreten sein; in diesen Fällen kommt § 113 I 4 VwGO nach wohl h.M. seiner systematischen Stellung im 10. Abschnitt der VwGO und seiner Bezugnahme auf § 113 I 1 VwGO wegen nur analog zur Anwendung, während eine m.M. dann auch § 43 VwGO anwenden will.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Durchsuchung bei "Gefahr im Verzug": *BVerfG*, NJW 2004, 1442
- ❑ Keine konkludente Duldungsverfügung bei Anwendung von Verwaltungszwang: *VG Weimar*, RA 2000, 530 = NVwZ-RR 2000, 478
- ❑ Feststellungsklage bei erledigtem Realakt: *BVerfG*, RA 2002, 203 = NJW 2002, 2700; *BVerwG*, BayVBl 1998, 666; *VGH BW*, VBlBW 1993, 469
- ❑ Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte: *BVerwG*, RA 1999, 592 = NVwZ 2000, 63; *Ehlers*, Jura 2001, 415

Kursprogramm:

- ❑ *Examenskurs* : "Steuerspitzelei"
- ❑ *Examenskurs* : "Ohne Hehl und Tadel"

Sachverhalt:

Bei dem Beschwerdeführer Bf. wurde an einem Freitag gegen 17.15 Uhr anlässlich einer Verkehrskontrolle ein THC-Test mit positivem Ergebnis durchgeführt. Bei seiner Befragung gab er an, eine kleine Menge Cannabis in seiner Wohnung aufzubewahren. Der Staatsanwalt ordnete zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt nach 18.00 Uhr fernmündlich eine Wohnungsdurchsuchung an, ohne zuvor den Versuch

unternommen zu haben, einen Ermittlungsrichter einzuschalten. Bei der zwischen 19.30 Uhr und 20.30 Uhr vollzogenen Durchsuchung der Wohnung des Beschwerdeführers stellte die Polizei 0,5 Gramm Haschisch sicher. Der Vorgang wurde am nächsten Tag in einem Ermittlungsprotokoll festgehalten, das sich jedoch nicht zur fehlenden Einschaltung eines Ermittlungsrichters bzw. den Motiven hierfür verhielt.
Der Bf. wendete sich zunächst auf dem ordentlichen Rechtsweg gegen die Durchsuchung. AG und LG erklärten sie jedoch für rechtmäßig. Die Einschaltung eines Ermittlungsrichters sei nicht erforderlich gewesen, weil Gefahr im Verzug vorgelegen habe. Der fehlende Versuch, den zuständigen Ermittlungsrichter zu erreichen, sei unschädlich, weil der Staatsanwaltschaft bekannt gewesen sei, dass im fraglichen Zeitraum noch kein durchgehender richterlicher Bereitschaftsdienst im Bereich des LG eingerichtet gewesen sei. Einer gesonderten Dokumentation dieser Vorgänge in einem Ermittlungsprotokoll habe es nicht bedurft, weil all dies offensichtlich gewesen sei.
Der Bf. meint, die Beschlüsse des AG und LG verletzten ihn in seinen Grundrechten aus Art. 13 I GG und Art. 19 IV GG.

Zu Recht?

Lösung:

A. Art. 13 I GG
Der Bf. ist in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG verletzt, sofern ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich desselben vorliegt.

I. Schutzbereich betroffen
Der Schutzbereich ist eröffnet, wenn es sich bei den durchsuchten Räumlichkeiten des Bf. um eine "Wohnung" i.S.d. Art. 13 I GG handelt. Das BVerfG hält dies für unproblematisch und wiederholt an dieser Stelle nur kurz seinen in st.Rspr. vertretenen Wohnungsbegriff:
"Art. 13 Abs. 1 GG gewährt einen räumlich geschützten Bereich der Privatsphäre, in dem jedermann das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 51, 97 [107]; 103, 142 [150 f.])."
Hier handelt es sich um die privaten Räumlichkeiten des Bf., also sein Refugium, in das er sich zurückziehen kann. Damit liegt eine "Wohnung" im o.g. Sinne vor.

II. Eingriff
Unter einem Eingriff ist jede spürbare Beeinträchtigung in der Ausübung der geschützten Freiheit zu verstehen. Art. 13 II GG nennt selbst die Durchsuchung als typischen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG. Unter einer "Durchsuchung" ist das zielgerichtete Forschen staatlicher Organe nach Verborgenem zu verstehen. Dass hier eine Durchsuchung vorlag, ist im Sachverhalt vorgegeben. Das BVerfG begnügt sich daher mit folgender kurzer Feststellung:
"Eine Wohnungsdurchsuchung greift in die grundrechtlich geschützte persönliche Lebenssphäre schwerwiegend ein."

III. Rechtfertigung
Fraglich ist, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dann müsste er von den Schranken des Art. 13 II GG gedeckt sein.

1. Schranke
Das BVerfG nimmt zunächst ausführlich Stellung zu der Frage, welche Anforderungen Art. 13 II GG an die einen Eingriff rechtfertigende Schranke stellt. Dabei liegt besonderes Augenmerk auf dem Richtervorbehalt, der hier ja nicht beachtet worden ist, weil vor der Durchsuchung kein Ermittlungsrichter kontaktiert, geschweige denn dessen vorheriger Durchsuchungsbeschluss abgewartet wurde.

a. Grundsatz: Richtervorbehalt
"Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Der persönlich und sachlich unabhängige, strikt dem Gesetz unterworfene Richter kann die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren (vgl. BVerfGE 103, 142 [151])."

b. Ausnahme: Gefahr im Verzug
"Deshalb muss die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder deren Hilfsbeamte bei Gefahr im Verzuge (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO), durch die ein schnelles, situationsgerechtes Handeln der Ermittlungsbehörden ermöglicht werden soll, nach Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG die Ausnahme neben der Regel richterlicher Anordnung bleiben (vgl. BVerfGE 103, 142 [153, 158]). Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des Ermittlungsrichters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Nur in Ausnahmesituationen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben (vgl. BVerfGE 103, 142 [155 f.]).
Die Landesjustiz- und die Gerichtsverwaltungen sowie die Ermittlungsrichter haben sicherzustellen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Sie müssen die Voraussetzungen für

eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle der Wohnungsdurchsuchungen schaffen. Dazu gehört die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage (vgl. § 104 Abs. 3 StPO) - auch außerhalb der üblichen Dienststunden (vgl. BVerfGE 103, 142 [152, 156]; NJW 2004, S. 1442)."

2. Eingriff gedeckt

Die Durchsuchung wurde hier nicht im Vorfeld durch einen gerichtlichen Durchsuchungsbeschluss abgesegnet, ist also nicht vom Richtervorbehalt gedeckt. Es bleibt die Ausnahme, also ein Handeln unter Gefahr im Verzug. Dann müssten die o.g. Voraussetzungen hierfür erfüllt sein.

Wie oben zitiert, muss sich die Staatsanwaltschaft vor der Durchsuchung in jedem Fall bemühen, einen Ermittlungsrichter zu erreichen. Das ist hier jedoch nicht geschehen. Fraglich ist, ob dies ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn - wie hier - die Durchsuchung außerhalb der Dienstzeiten stattfinden sollte und ihr bekannt war, dass es keinen richterlichen Bereitschaftsdienst am zuständigen Gericht gibt. Das BVerfG verneint dies:

"Die Auffassung der Fachgerichte, der fehlende richterliche Bereitschaftsdienst rechtfertige die Anordnung der Durchsuchung einer Wohnung durch den Staatsanwalt ohne den vorausgegangenen Versuch, einen Beschluss des Ermittlungsrichters zu erwirken, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Denn sie läuft darauf hinaus, die im Grundgesetz verankerte Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters zu unterlaufen.

Eine Ausnahme dahingehend, dass schon die zeitliche Verzögerung wegen eines Versuchs, die Anordnung eines Ermittlungsrichters einzuholen, den Erfolg der Durchsuchung hätte gefährden können, lag fern. Denn der Beschwerdeführer befand sich ausweislich der strafrechtlichen Ermittlungsakten mindestens von 17.15 Uhr (Zeitpunkt der Verkehrskontrolle) bis 19.15 Uhr (Ende seiner förmlichen Vernehmung) im Gewahrsam der Strafverfolgungsbehörden, so dass für ihn keine Möglichkeit bestand, kurzfristig in seiner Wohnung befindliche Beweismittel selbst zu beseitigen oder durch Dritte beseitigen zu lassen."

IV. Zwischenergebnis

Der Eingriff in Art. 13 I GG war nicht von den Schranken des Art. 13 II GG gedeckt. Der Bf. ist somit durch die Beschlüsse des AG und LG in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG verletzt.

B. Art. 19 IV GG

Fraglich ist, ob darüber hinaus eine Verletzung von Art. 19 IV GG vorliegt.

I. Öffentliche Gewalt

Dann müsste zunächst ein Handeln der "öffentlichen Gewalt" i.S.d. Art. 19 IV GG vorliegen. Unter die öffentliche Gewalt in diesem Sinne fällt vor allem die vollziehende Gewalt (statt aller: Krüger, in: Sachs, GG, Art. 19 Rdnr. 120). Mit der von Staatsanwaltschaft und Polizei durchgeführten Durchsuchung liegt ein solches Handeln der vollziehenden Gewalt vor.

II. Verletzung subjektiver Rechte des Bf.

Es müsste ferner ein subjektiv-öffentliches Recht des Bf. verletzt worden sein. Unter die subjektiv-öffentlichen Rechte in diesem Sinne fallen zunächst die Grundrechte (wiederum statt aller: Krüger, a.a.O., Rdnr. 127). Hier liegt, wie oben gezeigt, infolge der Durchsuchung eine Verletzung des Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG vor.

III. Gebot effektiven Rechtschutzes

Art. 19 IV GG enthält gegen solche Rechtsverletzungen nicht nur den Zugang zu gerichtlichem Rechtschutz, sondern das umfassende Gebot effektiven Rechtschutzes. Der Zugang zu den Gerichten allein vermag die subjektiv-öffentlichen Rechte des Betroffenen nicht zu schützen; vielmehr muss auch eine richterliche Kontrolldichte gewährleistet sein, die seine Rechtsausübung garantiert. Dies ist besonders problematisch, wenn staatliche Eingriffe heimlich oder - wie hier - so eilig vorgenommen werden, dass der Betroffene ihre für ihn negativen Folgen nicht im Vorfeld abwenden kann. In diesen Fällen ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass den Gerichten wenigstens im Nachhinein die Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Maßnahme möglich bleibt.

1. Umfassende Dokumentationspflicht

Für eine in Art. 13 I GG eingreifende Durchsuchung durch Staatsanwaltschaft und Polizei fordert das BVerfG deshalb eine umfassende Dokumentation der Vorgänge um die Durchsuchung. Nur so sei sicher gestellt, dass die Gerichte sie im Nachhinein noch auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen können:

"Die handelnden Beamten, möglichst der - vorrangig verantwortliche - Staatsanwalt, haben die Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel sowie die tatsächlichen Umstände, auf die die Gefahr des Beweismittelverlustes gestützt wird, sowie die Bemühungen, einen Ermittlungsrichter zu erreichen, in einem vor der Durchsuchung oder unverzüglich danach gefertigten Vermerk vollständig zu dokumentieren. So kann die gemäß Art. 19 Abs. 4 GG gebotene vollständige gerichtliche Nachprüfung der Annahme von Gefahr im Verzuge gewährleistet werden (vgl. BVerfGE 103, 142 [155, 156, 159 f.])."

2. Subsumtion

Die im vorliegenden Fall vorgenommene Kontrolle der Dokumentationspflichten durch AG und LG hält das BVerfG für unzureichend:

"Darüber hinaus haben AG und LG die Eilanordnung

der Staatsanwaltschaft nicht aufgrund hinreichender Dokumentation der Eingriffssituation kontrolliert (vgl. zur Dokumentationspflicht der Strafverfolgungsbehörden BVerfGE 103, 142 [160]).
Die nicht unmittelbar nach dem Eingriff, sondern erst am nächsten Tag bzw. zwei Tage nach dem Eingriff gefertigten Vermerke des Polizeibeamten enthielten insbesondere weder Angaben über den Zeitpunkt der Information des Staatsanwalts und über die Dauer des Gewahrsams des Beschuldigten noch eine Darlegung der Umstände, auf die der drohende Beweismittelverlust gestützt wurde. Den angefertigten Vermerken ist nicht einmal zu entnehmen, ob sich die handelnden Polizeibeamten bewusst waren, vom Regelfall einer vorherigen richterlichen Prüfung der Durchsuchungsvoraussetzungen abzuweichen. Es finden sich keine Erwägungen zur besonderen Dringlichkeit der Durchsuchung und ebenso keine Erörterung zu den Gründen, die gegen den Versuch gesprochen haben könnten, vor Durchführung der Durchsuchungsmaßnahme einen Ermittlungsrichter zu erreichen. Eine solche Darlegung in der Dokumentation war hier auch nicht deshalb entbehrlich, weil allein die Beschreibung der tatsächlichen Umstände die Dringlichkeit der Durchsuchung als evident hätte erscheinen lassen (vgl. zur Frage der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft für Durchsuchungsanordnungen zur Nachtzeit: BVerfG, NJW 2004, S. 1442). Daher war eine Rekonstruktion der tatsächlichen Umstände, welche Gefahr im Verzug hätten begründen können und eine darauf bezogene verfassungsrechtlich gebotene volle gerichtliche Kontrolle nicht möglich."

IV. Ergebnis
Die Beschlüsse des Land- und des Amtsgerichts verstoßen auch gegen Art. 19 IV GG.

Standort: Kaufrecht Problem: Beschaffenheitsvereinbarung "Jahreswagen"

BGH, URTEIL VOM 07.06.2006
VIII ZR 180/05 (NJW 2006, 2694)

Problemdarstellung:
Im vorliegenden Fall hatte der BGH zu entscheiden, welche Bedeutung im Falle eines Gebrauchtwagenverkaufes die Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB) "Jahreswagen" hat. Der Bekl. hatte ein so bezeichnetes Fahrzeug von der Kl. erworben. Tatsächlich waren seit der Erstzulassung des PKW erst rund 6 Monate vergangen, vor dieser Erstzulassung hatte der Wagen aber bereits eine Standzeit von ca. 26 Monaten verbracht.
Der BGH entschied, dass eine Standzeit von mehr als 12 Monaten zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Erstzulassung mit der Bezeichnung als Jahreswagen nicht zu vereinbaren sei, da ein KfZ einem natürlichen Alterungsprozess ausgesetzt sei, der bereits mit dem Verlassen des Herstellungsbetriebs beginne. Der Käufer eines "Jahreswagens" könne nach der Verkehrsanschauung dementsprechend jedenfalls erwarten, dass ein solches Fahrzeug eine Standzeit von 12 Monaten nicht überschreite. Demzufolge ging der Senat in diesem Fall davon aus, dass dem Bekl. infolge mangelbedingter Minderung des Kaufpreises ein Anspruch nach §§ 437 Nr. 2, 2. Alt, 323 I, 441 I, IV, 346 I BGB zustand, den er der durch die Kl. eingeklagten Forderung im Wege der Aufrechnung entgegenhalten konnte.

Prüfungsrelevanz:
Dieser Fall berührt neben der oben skizzierten speziellen Fragestellung der kaufrechtlichen Gewährleistung weitere examensrelevante Gebiete des Schuldrechts. Einerseits war die Prüfung des minderungsbedingten Kaufpreisrückzahlungsanspruches in eine Aufrechnung gem. §§ 387 ff BGB gekleidet, andererseits erscheint nicht ganz unproblematisch, auf welche Anspruchsgrundlage die Kl. ihre Hauptforderung aus Lieferung und Einbau eines CD-Wechslers sowie von vier Alufelgen für das zuvor erworbene KfZ stützen konnte. Die Falllösung geht hier von einem Kauf inkl. Montageverpflichtung der Verkäufers aus, der einheitlich nach kaufrechtlichen Regeln zu behandeln ist (vgl. § 434 II 1 BGB). Der BGH, der sich zu der Rechtsnatur der dem Grunde nach zwischen den Parteien unstreitigen Hauptforderung nicht näher äußert, spricht von "Vergütung für die Einbauten", was auf eine werkvertragliche Einordnung hindeuten könnte. Die Aufarbeitung dieses Falles als Examensklausur gibt dem Aufgabensteller mithin die Möglichkeit, das schuldrechtliche Wissen der Kandidaten auf recht breiter Ebene zu überprüfen.

Vertiefungshinweise:
❑ Zur Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung / Eigenschaftszusicherung "fabrikneu": *BGH*, RA 2005, 337 = NJW 2005, 1422; *BGH*, RA 2003, 687 = NJW 2003, 2824; *BGH*, RA 2000, 473 = NJW 2000, 2018
❑ Zur Frage der Nacherfüllung beim Stückkauf: *LG Ellwangen*, RA 2003, 192 = NJW 2003, 517; *OLG Braunschweig*, NJW 2003, 1053

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Augen auf beim Mustangkauf"
❑ *Assessorkurs* : "Der versicherte PKW"

Leitsatz:
Ein von einem Kraftfahrzeughändler als "Jahres-

wagen" verkauftes Gebrauchtfahrzeug entspricht regelmäßig nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn zwischen der Herstellung und der Erstzulassung mehr als zwölf Monate liegen.

Sachverhalt:
Der Bekl. kaufte am 28.01.2002 von der Kl., einer Kraftfahrzeughändlerin, einen als "Jahreswagen" bezeichneten Gebrauchtwagen A. zum Preis von 25.300,- €. Das Fahrzeug war im Mai 1999 hergestellt und am 08.08.2001 erstmals zugelassen worden. Da sich der Wagen im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses noch im Bestand der ersten Halterin, der Fahrzeugvermietung E.-GmbH befand, vereinbarten die Parteien den 15.05.2002 als Liefertermin. Im Mai 2002 baute die Kl. im Auftrag des Bekl. in dem Fahrzeug einen CD-Wechsler ein und montierte vier Aluräder. Mit ihrer Klage hat die Kl. von dem Bekl. die Zahlung der für die vorgenannten Einbauten vereinbarten Vergütung von insgesamt 2.700,- € nebst Zinsen verlangt. Der Bekl. hat gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung mit einem Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises erklärt, den er mit einer Minderung unter anderem wegen der bereits im Mai 1999 erfolgten Herstellung des Fahrzeugs begründet hat. Der Kl. gelang es nicht, ihre Behauptung nachzuweisen, sie habe den Bekl. bei Vertragsschluss auf das Baujahr des Fahrzeugs hingewiesen. Im Wege der Widerklage hat der Bekl. den die Klageforderung übersteigenden Minderungsbetrag von zuletzt 1.350,- € nebst Zinsen geltend gemacht.

Werden die vor dem zuständigen Amtsgericht erhobenen Klagen Erfolg haben, wenn der durch den Bekl. geltend gemachte Minderungsbetrag - das Vorliegen eines Minderungsrechts unterstellt- angemessen ist ?

Lösung:

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

I. Zulässigkeit der Klage
Die Klage wurde vor dem zuständigen Amtsgericht erhoben. Da keine Anhaltspunkte für weitergehende Probleme vorliegen, ist von der Zulässigkeit der Klage auszugehen.

II. Begründetheit der Klage
Die Klage ist begründet, soweit der Kl. gegen den Bekl. ein Anspruch auf Zahlung von 2.700,- € zusteht. Ein solcher könnte sich aus § 433 II BGB ergeben.

1. Wirksamer Kaufvertrag
Das setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde, durch den der Bekl. sich zur Zahlung eines Kaufpreises i. H. v. 2.700,- € verpflichtet hat.
Die Parteien haben sich im Mai 2002 darauf geeinigt, dass die Kl. in das durch den Bekl. zuvor erworbene Fahrzeug einen CD-Wechsler einbaut und vier Alufelgen montiert. Hierfür sollte die Kl. 2.700,- € erhalten. Fraglich ist aber, ob diese Einigung tatsächlich als Kaufvertrag eingeordnet werden kann.

a. Abgrenzung zum Werkvertrag, §§ 631 ff BGB
Während ein Kaufvertrag auf Übergabe und Übereignung eines fertigen Gegenstandes gerichtet ist, verpflichtet sich der Unternehmer des Werkvertrags zur Herstellung und Verschaffung eines individuellen Werkes im Sinne eines bestimmten Arbeitsergebnisses (Palandt/Sprau, vor § 631 Rz. 1, 6). Ein reiner Auftrag zur Montage bereits vorhandener Fahrzeugzubehörteile wäre danach als Werkvertrag zu qualifizieren. Hier legt aber schon die Höhe der vereinbarten Vergütung nahe, dass auch die Beschaffung und Lieferung des CD-Wechslers sowie der Alufelgen zu den vertraglichen Pflichten der Kl. gehören sollte. Verträge, in denen sich der Lieferant einer Sache zusätzlich auch zur Montage derselben verpflichtet, sind jedoch grundsätzlich dem Kaufrecht zu unterstellen (vgl. bereits BGH, NJW 1998, 3197). Dieses wird nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 01.01.2002 durch § 434 II 1 BGB verdeutlicht, wonach im Falle eines solchen Vertrags auch die mangelhafte Montage der Sache durch den Verkäufer zu einem nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht zu beurteilenden Sachmangel führt. Zwar kann auch nach dieser Rechtslage das deutliche Übergewicht der Montageleistung insgesamt zu einer Qualifizierung als Werkvertrag führen (so Münch.Komm.-BGB/Westermann, § 434 Rz. 30), allerdings kann im vorliegenden Fall allenfalls der Montage eines CD-Wechslers größere Bedeutung beigemessen werden. Die Montage neuer Alufelgen gestaltet sich dagegen weniger kompliziert und der Großteil der durch den Bekl. versprochenen Vergütung dürfte die Gegenleistung für den Erhalt der georderten Zubehörteile darstellen.
Mithin ist hier nicht von dem Abschluss eines Werkvertrags auszugehen.

b. Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag, § 651 BGB
Schließlich kommt auch noch die Qualifizierung des Vertrags als Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB. Dann aber müsste sich die Kl. zur Lieferung einer von ihr herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sache verpflichtet haben. CD-Wechsler und Alufelgen waren aber nicht durch die Kl. herzustellen und ihr Einbau in ein vorhandenes Fahrzeug kann auch nicht als Herstellung oder Erzeugung einer beweglichen Sache angesehen werden.
Damit kommt auch die Annahme eines Werkliefe-

rungsvertrags gem. § 651 BGB nicht in Betracht.
Der Vertrag ist Kaufvertrag i. S .d. §§ 433 ff BGB zu qualifizieren. Mit seinem Abschluss ist der Klageanspruch entstanden.

[Anm.: Eindeutiger wäre die rechtliche Qualifikation als Kaufvertrag dann, wenn schon anlässlich des Fahrzeugkaufes im Januar 2002 der vorherige Einbau der genannten teile vereinbart worden wäre. Da zwischen den jeweiligen Parteivereinbarungen allerdings ein Zeitraum von ca. 4 Monaten lag und die Gegenleistung des Bekl. jeweils gesondert vereinbart wurde, dürfte von zwei selbständigen Verträgen auszugehen sein.]

2. Anspruch erloschen gem. § 389 BGB
Der Zahlungsanspruch der Kl. könnte allerdings gem. § 389 BGB erloschen sein, soweit der Bekl. wirksam mit einem ihm zustehenden Gegenforderung aufgerechnet hat.

[Anm.: Die nachfolgende Prüfung der Aufrechnungsvoraussetzungen entspricht dem im 1. Staatsexamen üblichen Aufbau. Zu der bei praxisorientiertem Aufbau abweichenden Prüfungsreihenfolge sowie den Besonderheiten der Prozessaufrechnung vgl. die Anmerkungen zu BGH, RA 2006, 483 (Heft 8) = NJW 2006, 2618.]

a. Aufrechnungslage, § 387 BGB
Es müsste zunächst eine Aufrechnungslage bestanden haben. Die dafür erforderliche erfüllbare Hauptforderung des Gläubigers lag in Gestalt der Klageforderung über 2.700,- € vor.

aa. Fällige Gegenforderung
Dem Bekl. müsste dann eine fällige Gegenforderung gegen die Kl. zugestanden haben. Er beruft sich auf einen Anspruch auf teilweise Kaufpreisrückzahlung wegen Minderung gem. §§ 437 Nr. 2, 2. Alt., 323 I, 441 I, IV, 346 I BGB.

(1.) Kaufvertrag
Der Minderungsgrund der §§ 437 Nr. 2, 2. Alt., 323 I, 441 I BGB setzt das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrags voraus. Dieser wurden hinsichtlich des PKW zwischen den Parteien am 28.01.2002 geschlossen.

(2.) Mangel, § 434 I 1 BGB
Der durch die Kl. gelieferte PKW müsste mangelhaft gewesen sein. Hier kommt das Vorliegen eines Sachmangels gem. § 434 I 1 BGB in Betracht. Dann müsste das Fahrzeug von einer konkreten Beschaffenheitsvereinbarung abweichen. Zur Beschaffenheit einer Kaufsache zählen neben ihren natürlichen Eigenschaften wie Material, Zustand etc. auch alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die nach der Parteivereinbarung oder der Verkehrsüblichkeit den Verwendungszweck bestimmen (so Jauernig/Berger, § 434 Rz. 6).
Der PKW wurde hier im Januar 2002 als Jahreswagen verkauft. Tatsächlich wurde er bereits im Mai 1999 produziert, war aber andererseits zum Zeitpunkt des Verkaufes erst seit knapp 6 Monaten zugelassen. Fraglich ist daher, inwieweit die Bezeichnung "Jahreswagen" als Beschaffenheitsvereinbarung eingeordnet werden kann und ob der gelieferte PKW den sich daraus ergebenden Anforderungen entsprach.

(2.1) Ansicht des BerGer.
Angesichts der Erstzulassung knapp 6 Monate vor dem Verkauf an den Bekl. könnte man den Standpunkt einnehmen, dass hier ein Jahreswagen geliefert wurde. So sah es im konkreten Fall das BerGer.:
"Dem Bekl. stehe kein Rückzahlungsanspruch wegen einer Minderung des Kaufpreises für das von der Kl. erworbene Fahrzeug zu, weil es keinen Sachmangel aufweise. Hinsichtlich des Alters des Fahrzeugs enthalte der schriftliche Kaufvertrag lediglich die - zutreffende - Angabe, dass es am 08.08.2001 erstmals zugelassen worden sei. Der Wagen habe auch insoweit den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen, als es sich, wie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststehe, um einen sogenannten Jahreswagen handeln sollte. Diese Eigenschaft sei gegeben, wenn das Alter des Fahrzeugs seit der Erstzulassung weniger als zwölf Monate betrage und es nicht länger in Gebrauch gewesen sei. Das sei hier der Fall, weil von der Erstzulassung bis zum Verkauf und sogar bis zur Übergabe des Fahrzeugs an den Bekl. weniger als ein Jahr vergangen sei."

(2.2) Ansicht des BGH
Andererseits lag das Produktionsdatum des PKW zum Zeitpunkt der Auslieferung an den Bekl. bereits ca. 3 Jahre zurück. Dieses hielt der BGH für ausschlaggebend:
"Nach einer in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum verbreiteten Ansicht handelt es sich nach der Verkehrsauffassung bei einem Jahreswagen um ein Gebrauchtfahrzeug aus erster Hand, das von einem Werksangehörigen ein Jahr lang ab der Erstzulassung gefahren worden ist (OLG Köln, NJW-RR 1989, 699; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rz. 1345 m. w. N.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 434 Rz. 164)."

(2.2.1) Keine Minderung wegen Autovermietung als Voreigentümer
"Legt man diese Definition zugrunde, kommt eine Minderung des Kaufpreises im vorliegenden Fall zwar nicht bereits deshalb in Betracht, weil das Fahrzeug seit seiner Erstzulassung nicht durch einen Werksangehörigen, sondern als Mietwagen genutzt worden ist;

denn dem Bekl. war bereits bei Vertragsabschluss die Verwendung des Fahrzeugs im Mietwagengeschäft durch die E.-GmbH bekannt, so dass ein etwaiges Minderungsrecht unter diesem Gesichtspunkt von vornherein ausgeschlossen war (§ 442 I 1 BGB). Auch die Revision macht insoweit kein Minderungsrecht des Beklagten geltend."

(2.2.2) Minderung aufgrund des Fahrzeugalters

"Das BerGer. hätte jedoch berücksichtigen müssen, dass es für die Auslegung des Begriffs "Jahreswagen" als Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB) auch auf das Gesamtalter des Fahrzeugs einschließlich der vor der Erstzulassung liegenden Standzeit ankommt. Es kann dahinstehen, ob der Käufer eines Jahreswagens, soweit die Parteien hierüber keine Vereinbarungen getroffen haben, berechtigterweise erwarten kann, ein Fahrzeug zu erwerben, das im Zeitpunkt der Erstzulassung noch sämtliche Eigenschaften eines "fabrikneuen" Wagens aufweist. Nach der Rechtsprechung des Senats zur Sachmängelgewährleistung bei Neufahrzeugen gemäß §§ 459 ff. BGB a.F. liegt im Verkauf eines Neuwagens durch einen Kraftfahrzeughändler grundsätzlich die stillschweigende Zusicherung, dass das verkaufte Fahrzeug die Eigenschaft hat, "fabrikneu" zu sein; das ist bei einem unbenutzten Kraftfahrzeug regelmäßig nur dann der Fall, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, wenn es keine durch längere Standzeit bedingten Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate liegen (Senatsurteile vom 22.03.2000 - VIII ZR 325/98, NJW 2000, 2018, unter II; vom 15.10.2003 - VIII ZR 227/02, NJW 2004, 160, unter II 2 und 3, jew. m. w. N.; vom 12.01.2005 - VIII ZR 109/04, NJW 2005, 1422, unter II 2). Auch die Vereinbarung der Beschaffenheit eines Gebrauchtfahrzeugs als Jahreswagen gemäß § 434 I 1 BGB (n.F.) hat jedenfalls - ohne dass es einer ausdrücklichen Vereinbarung hierüber bedarf - regelmäßig zum Inhalt, dass das verkaufte Fahrzeug bis zum Zeitpunkt seiner Erstzulassung keine Standzeit von mehr als zwölf Monaten aufweist. Darüber, ob Gleiches etwa für den Fall eines Modellwechsels vor der Erstzulassung gilt, braucht nicht entschieden zu werden. Nach der Verkehrsanschauung ist die Lagerdauer für die Wertschätzung eines Kraftfahrzeugs von wesentlicher Bedeutung (vgl. Senatsurteil vom 15.10.2003, aaO., unter II 3 m. w. N.); so ist eine lange Standdauer für einen Neuwagenkäufer ein wertmindernder Faktor, weil jedes Kraftfahrzeug einem Alterungsprozess unterliegt, der bereits mit dem Verlassen des Herstellungsbetriebes einsetzt; im Regelfall ist deshalb davon auszugehen, dass eine Lagerzeit von mehr als zwölf Monaten die Fabrikneuheit eines Neuwagens beseitigt (vgl. Senat, aaO.). Eine andere Beurteilung ist auch beim - hier vorliegenden - Kauf eines Jahreswagens vom Kraftfahrzeughändler nicht gerechtfertigt. Auch für den Käufer eines Jahreswagens ist die vor der Erstzulassung liegende Standdauer des Fahrzeugs als wertbildender Faktor von erkennbar wesentlicher Bedeutung. Aus der Sicht eines verständigen Käufers dient die an das Alter des Fahrzeugs anknüpfende Kennzeichnung eines Gebrauchtfahrzeugs als Jahreswagen dem Zweck, das Fahrzeug einerseits von ("fabrikneuen") Neufahrzeugen und andererseits von älteren Gebrauchtwagen, denen nach der Verkehrsanschauung regelmäßig eine geringere Wertschätzung zukommt, abzugrenzen. Der Käufer eines Jahreswagens handelt in der jedenfalls für den gewerblich tätigen Verkäufer erkennbaren Erwartung, einen "jungen" Gebrauchtwagen aus erster Hand zu erwerben, der sich hinsichtlich seines Alters von einem Neufahrzeug im Wesentlichen lediglich durch die einjährige Nutzung im Straßenverkehr seit der - aus den Fahrzeugpapieren ersichtlichen - Erstzulassung unterscheidet. Es würde daher den schutzwürdigen Interessen des Käufers nicht gerecht, die vertraglich geschuldete Beschaffenheit eines Jahreswagens im Hinblick auf die höchstzulässige Standzeit vor der Erstzulassung anders zu beurteilen als die Lagerdauer eines Neufahrzeugs bis zu dessen Verkauf. Daraus folgt, dass ein von einem Kraftfahrzeughändler als Jahreswagen verkauftes Gebrauchtfahrzeug regelmäßig nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht, wenn zwischen der Herstellung und der Erstzulassung mehr als zwölf Monate liegen. Umstände, die im vorliegenden Fall eine andere Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung gebieten würden, sind weder vorgetragen noch im Übrigen ersichtlich. [...]

Die noch vertragsgemäße Standzeit von zwölf Monaten war hier bei weitem überschritten, weil seit der Herstellung des vom Bekl. gekauften Fahrzeugs im Mai 1999 bis zur Erstzulassung im August 2001 mehr als 26 Monate verstrichen waren."

(2.3) Stellungnahme

Die Argumentation des BGH überzeugt, da die Bezeichnung als "Jahreswagen" nach allgemeinen Sprachgebrauch tatsächlich einen Hinweis auf das tatsächliche Alter das Fahrzeuges gibt und nicht lediglich auf den seit der Erstzulassung verstrichenen Zeitraum. Anderenfalls wäre es möglich, auch noch wesentlich ältere Fahrzeugexemplare als "Jahreswagen" anzubieten, solange diese nach ihrer Produktion nicht zeitnah erstmals zugelassen wurden. Für dieses Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung spricht zudem der Gesichtspunkt des effektiven Verbraucherschutzes, der nicht durch ein spitzfindiges Abstellen auf den Erstzulassungstermin seitens des Verkäufers unterlaufen werden können sollte.

Der von der Kl. gelieferte PKW wies mithin einen Sachmangel i. S. d. § 434 I 1 BGB auf.

(3.) bei Gefahrübergang
Der Mangel müsste gem. § 434 I 1 BGB bereits bei Gefahrübergang, also zum Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache an den Käufer, § 446 BGB, vorgelegen haben. Zum Zeitpunkt der Fahrzeugübergabe am 15.05.2002 war die noch vertragsgemäße Standzeit des PKW eindeutig überschritten.

(4.) erfolglose Nachfrist
Jedenfalls im Falle eines behebbaren Mangels ist eine Minderung des Kaufpreises seitens des Käufers gem. §§ 437 Nr. 2, 2. Alt. 323 I, 441 I BGB grundsätzlich erst dann möglich, wenn dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB gesetzt wurde.
Da die zu lange Standzeit des vertragsgegenständlichen PKW allerdings nicht mehr zu beheben ist, könnte hier ein unbehebbarer Mangel mit der Folge angenommen werden, dass sich das Minderungsrecht des Bekl. ohne das Erfordernis einer erfolglosen Nacherfüllungsfrist aus §§ 437 Nr. 2, 2. Alt., 326 V, 323 I, 441 I BGB herleiten ließe. Die Annahme eines unbehebbaren Mangels würde aber zugleich implizieren, dass der Kl. hier nicht die Möglichkeit der Nacherfüllung im Wege der Ersatzlieferung eines anderen, mit dem verkauften PKW wirtschaftlich vergleichbaren, jedoch mangelfreien Fahrzeugs offenstand. Dieses könnte sich aus der Überlegung ergeben, dass der Kaufvertrag sich auf ein konkretes Fahrzeug bezog, die Lieferverpflichtung der Kl. sich mithin auf diesen PKW beschränkte. Der generelle Ausschluss der Nacherfüllung im Wege der Nachlieferung im Falle eines sog. "Stückkaufs" wird in der Rechtsprechung hingegen zunehmend in Frage gestellt (vgl. LG Ellwangen, RA 2003, 192 = NJW 2003, 517; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053; zustimmend Palandt/Putzo, § 439 Rz. 15).
Dieses kann ihm Ergebnis jedoch dahinstehen. Das gesamte Verhalten der Kl. zeigt, dass sie das Vorliegen eines Mangels generell bestreitet und daher auch nicht gewillt ist, Gewährleistungsrechte des Bekl. welcher Art auch immer anzuerkennen. Insoweit ergibt sich auch bei angenommener Möglichkeit einer Nacherfüllung durch Nachlieferung die Entbehrlichkeit der diesbezüglichen Nachfrist jedenfalls aus § 323 II Nr. 1 BGB.

(5.) kein Ausschluss
Das Minderungsrecht des Bekl. dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. Hinweise auf einen rechtsgeschäftlichen Gewährleistungsausschluss liegen nicht vor.

[Da es sich bei der Kl. um eine Kraftfahrzeughändlerin handelt, bei dem Bekl. mangels entgegenstehender Anhaltspunkte um einen Verbraucher i. S. d. § 13 BGB, wäre die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung angesichts des § 475 I BGB idR. ohnehin nicht gegeben.]

Gem. § 442 I BGB ist die Gewährleistung aber auch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss kannte oder ihn infolge grober Fahrlässigkeit übersehen hat. Die Kl. hat behauptet, sie habe den Bekl. bei Vertragsschluss auf das Produktionsdatum des PKW hingewiesen. Hierzu jedoch der BGH:
"Das Minderungsrecht des Bekl. ist auch nicht nach § 442 I 1 BGB ausgeschlossen. Dass die Kl., wie sie vorgetragen hat, dem Bekl. bei den Vertragsverhandlungen das Baujahr des Fahrzeugs mitgeteilt hat, hat das BerGer. nach der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme nicht als erwiesen angesehen. Diese tatrichterliche Würdigung, die keinen Rechtsfehler erkennen lässt, wird im Revisionsverfahren nicht angegriffen."
Damit liegt kein Gewährleistungsausschluss vor.

(6.) Minderungserklärung
Gem. § 441 I 1 BGB muss der Käufer ein ihm zustehendes Minderungsrecht durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Verkäufer ausüben (Palandt/Putzo, § 441 Rz. 9). Es kann davon ausgegangen, dass der Bekl. eine solche Erklärung abgegeben hat, da er seinen Rückzahlungsanspruch auf eine bereits durchgeführte Minderung stützt.

(7.) Keine Unwirksamkeit gem. §§ 438 V, 218 I BGB
Anhaltspunkte dafür, dass die Minderungserklärung infolge bereits eingetretener Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Bekl. gem. §§ 438 V, 218 I BGB unwirksam gewesen sein könnte, liegen nicht.

(8.) Berechnung des geminderten Kaufpreises
Im Falle einer wirksamen Minderung ist der Kaufpreis gem. § 441 III 1 BGB in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem der Wert der Kaufsache durch den Mangel im Verhältnis zum Wert der Sache im mangelfreien Zustand herabgesetzt ist. Laut Bearbeitervermerk ist von der korrekten Berechnung des Minderbetrages seitens des Bekl. auszugehen.

(9.) Rückforderung des zu viel gezahlten Kaufpreises, §§ 441 IV, 346 I BGB
Hat der Käufer den - zwischenzeitlich wirksamen geminderten - Kaufpreis zuvor voll bezahlt, so kann er den überzahlten Betrag gem. §§ 441 IV, 346 I BGB vom Verkäufer zurückfordern.
Demzufolge stand dem Bekl. hier infolge seiner wirksamen Kaufpreisminderung ein entsprechender Rückzahlungsanspruch gegen die Kl. zu. Diese Anspruch war gem. § 271 I BGB auch sofort fällig.

bb. Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit
Gem. § 387 BGB können Ansprüche nur gegenein-

ander aufgerechnet werden, wenn diese gleichartig sind und grundsätzlich auch das Erfordernis der Gegenseitigkeit gewahrt ist. Der Anspruch auf teilweise Kaufpreisrückzahlung des Bekl. stand dem gegen ihn gerichteten Zahlungsanspruch der Kl. gegenüber.
Somit lag eine Aufrechnungslage i. S. d. § 387 BGB vor.

b. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB
Auch von seinem Gestaltungsrecht gem. § 387 BGB muss der Bekl. durch Abgabe einer Aufrechnungserklärung i. S. d. § 388 BGB Gebrauch gemacht haben.
Der Bekl. hat eine Aufrechnungserklärung abgegeben. Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit dieser Erklärung liegen nicht vor.

c. Keine Aufrechnungsverbote, §§ 390 ff BGB
Schließlich dürften der Aufrechnung des Bekl. keine Aufrechnungsverbote nach Maßgabe der §§ 390 ff BGB entgegenstehen. Hinweise auf das Eingreifen derartiger Verbote liegen hier nicht.

Demzufolge ist der Anspruch der Kl. auf Kaufpreiszahlung i. H. v. 2.700,- € gem. § 389 BGB erloschen.

III. Ergebnis zur Klage
Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

B Widerklage
Die Widerklage des Bekl. hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Widerklage
Da das erkennende Amtsgericht laut Bearbeitervermerk auch für diese Klage zuständig ist, bestehen keine Zweifel an dem Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen.
Da es sich bei der Widerklage um ein privilegiertes Gegenangriffsmittel des Bekl. handelt, sind hinsichtlich ihrer Zulässigkeit weitere, besondere Sachurteilsvoraussetzungen zu beachten. So kann eine Widerklage nur ab Rechtshängigkeit der Klage erhoben werden und muss sich nach dem Grundsatz der Parteiidentität gegen den Kläger richten (Schellhammer, Zivilprozess, Rz. 1575 f.). Diese Voraussetzungen liegen hier unproblematisch vor.
Weiterhin darf sich der Widerklageantrag nicht auf die bloße Verneinung des Klageanspruches richten, sondern muss als Gegenangriff ein darüber hinausgehendes Ziel verfolgen (Schellhammer, aaO., Rz 1573).
Der Bekl. beschränkt sich hier nicht auf die Verneinung des klageweise geltend gemachten Zahlungsanspruches, sondern begehrt seinerseits Zahlung von 1.350,- € von der Kl. Damit liegt ein echter Gegenangriff und somit auch ein verglichen mit der Klage anderer Streitgegenstand vor.
Schließlich verlangt § 33 ZPO, dass der geltend gemachte Gegenanspruch mit dem Klageanspruch oder einem gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmittel in Zusammenhang steht. Ob es sich hierbei um eine besondere Sachurteilsvoraussetzung oder lediglich um einen besonderen Gerichtsstand der Widerklage handelt, ist zwischen Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. zum Streitstand Zöller/Vollkommer, § 33 Rz. 1 m. w. N.). Dieser Streit kann aber dahinstehen, wenn die Voraussetzungen des § 33 ZPO jedenfalls gegeben sind.
Hier macht der Bekl. mit seiner Widerklage den Rest des Kaufpreisrückzahlungsanspruches geltend, mit dem er sich im Übrigen im Wege der Aufrechnung gegen die Klageforderung verteidigt hat. Damit liegt ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Gegenstand von Klage und Widerklage vor, so dass die Voraussetzungen des § 33 ZPO gegeben sind (vgl. hierzu Zöller/Vollkommer, § 33 Rz. 16).

Die Widerklage ist somit zulässig.

II. Begründetheit der Widerklage
Wie bereits im Rahmen der Begründetheit der Klage festgestellt wurde, steht dem Bekl. gegen die Kl. tatsächlich ein Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 437 Nr. 2, 2. Alt., 323 I, 441 I, IV, 346 I BGB zu. Da weiter von einer korrekten Berechnung des Minderungsbetrags auszugehen ist, bestehen auch hinsichtlich der Höhe der mit der Widerklage geltend gemachten Restforderung keine Bedenken.

III. Ergebnis zur Widerklage
Die Widerklage ist nach alledem zulässig und begründet, sie wird Erfolg haben.

[Anm.: Im tatsächlich durch den BGH entschiedenen Fall war die Sache nicht zur Endentscheidung durch den BGH als Revisionsgericht reif, da es an tatsächlichen Feststellungen zur Berechnung des Minderungsbetrags nach § 441 III BGB fehlte. Die Sache war daher zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, §§ 562 I, 563 I 1 ZPO.]

Standort: § 211 StGB Problem: Vorsätzliche "Geisterfahrt" als Mord

BGH, URTEIL VOM 16.03.2006
4 STR 594105 (NSTZ 2006, 503)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der über eine vorhergehende Demütigung sehr verärgert war, wollte sich selbst töten und fuhr deshalb nachts auf der A 3 entgegen der Fahrtrichtung, wobei er sogar noch die Beleuchtung seines Pkws löschte, um von entgegenkommenden Fahrzeugen nicht frühzeitig entdeckt zu werden, so dass diese nicht mehr die Chance haben würden, ihm noch rechtzeitig auszuweichen. Als ihm ein anderer Pkw entgegenfuhr, schaltete er kurz vor der Kollision seine Scheinwerfer wieder ein. Der Fahrer des anderen Fahrzeuges versuchte, dem Angeklagten auszuweichen, konnte aber nur verhindern, dass die Fahrzeuge frontal zusammenstießen. Bei der Kollision wurden mehrere Beifahrer des anderen Fahrzeugs getötet, dessen Fahrer sowie der Angeklagte aber nur (schwer) verletzt. Das Landgericht Regensburg hatte den Angeklagten bzgl. der getöteten Personen insb. wegen Mordes (§ 211 StGB), bzgl. der Überlebenden wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I StGB) verurteilt. Der BGH bestätigte das Vorliegen von Mordmerkmalen, hob jedoch die Verurteilung wegen versuchten Mordes auf, da der Angeklagte von dem Versuch durch das Anschalten der Beleuchtung zurückgetreten sei.

Prüfungsrelevanz:

Die zentralen Probleme des vorliegenden Falles - das Vorliegen von Mordmerkmalen sowie die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch - stellen in beiden Examen absolute Standardprobleme dar. Selbst die vom BGH nur am Rande erwähnten Delikte der §§ 315 b, 315 c StGB bieten im vorliegenden Fall Anlass zu detaillierten Ausführungen. Insofern kann es als sicher eingeschätzt werden, dass der vorliegende Fall in absehbarer Zeit Gegenstand von Examensaufgaben sein wird.

Im vorliegenden Fall befasst sich der BGH zunächst mit den Voraussetzungen des Mordmerkmals der Heimtücke. Während die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur hierfür das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausreichen lassen (vgl. BGHSt 9, 390; BGH, NStZ 1984, 261; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 20 mwN), fordert die wohl herrschende Lehre zusätzlich oder statt dessen einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch zwischen Täter und Opfer (Otto, JR 1991, 383; Jakobs, JZ 1984, 996). In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort und betont (auch dies im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung), dass für die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers der Zeitpunkt des ersten Angriffs des Täters maßgeblich ist.

Auch das Mordmerkmal des Verwendens gemeingefährlicher Mittel wird vom BGH im vorliegenden Fall diskutiert. Gemeingefährliche Mittel i.S.v. § 211 StGB sind solche Mittel, deren Ausdehnung der Täter im konkreten Einzelfall nicht kontrollieren kann und die deshalb geeignet sind, eine größere Zahl von Personen zu gefährden (BGH, NJW 1985, 1477; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 103). Der BGH kommt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass es bei einer "Geisterfahrt" auf einer Autobahn, gerade nachts und bei ausgeschalteter Fahrzeugbeleuchtung, der Kontrolle des Täters entzogen ist, wie viele andere Verkehrsteilnehmer mit in den beabsichtigten Unfall einbezogen werden, so dass auch dieses Mordmerkmal verwirklicht ist.

Schließlich spricht der BGH noch das Problem des sog. "halbherzigen Rücktritts" an. I.R.v. § 24 I 1 2. Fall StGB und § 24 II 1 StGB ist streitig, ob es für ein "Verhindern der Vollendung der Tat" ausreicht, dass der Täter den Erfolgseintritt nur irgendwie durch eine (äquivalent) kausale Handlung verhindert oder ob er die Vollendung durch optimale Bemühungen verhindern (also das "Bestmögliche" tun) muss. Der BGH setzt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort und lässt auch einen "halbherzigen" Rücktritt genügen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Mordmerkmal der Heimtücke: *BGH*St 32, 382; *BGH*, NJW 1991, 1963; NStZ-RR 1999, 234; *Bosch/Schindler*, Jura 2000, 77; *Jakobs*, JZ 1984, 996; *Küper*, JuS 2000, 740; *Otto*, JR 1991, 38; *Schneider*, NStZ 2003, 428

❑ Zum Mordmerkmal des Verwendens gemeingefährlicher Mittel: *BGH*, NStZ 2006, 167; JuS 2006, 88 (=RA 2005, 661); *v. Damwitz*, Jura 1997, 569; *Kargl*, StraFo 2001, 365; *Mitsch*, JuS 1996, 215

❑ Zum "halbherzigen Rücktritt": *BGH*, StraFo 2002, 360 (= RA 2002, 726), NJW 2003, 1058 (= RA 2003, 246); NStZ 2003, 198 (=RA 2002, 726); 2004, 614 (= RA 2004, 545); 2005, 614; *Herzberg*, NJW 1991, 1637; *Rotsch/Sahan*, JZ 2005, 206

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Wilde Ehe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln kann auch dann erfüllt sein, wenn ein Tötungsmittel eingesetzt wird, das seiner Natur nach nicht gemeingefährlich ist, sofern das

Mittel in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat.
2. Das für die Annahme der Heimtücke erforderliche Bewusstsein der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tatbegehung setzt voraus, dass der Täter die äußeren Umstände der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers wahrgenommen und sie bewusst zur Tatbegehung instrumentalisiert hat. Dabei kann die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlt. Andererseits hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen
3. Ein gemäß § 24 I 1 2. Fall StGB strafbefreiender Rücktritt setzt nicht voraus, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindert und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder "optimale" gewählt hat.

Sachverhalt (vereinfacht):
A war am 19.06.2004 gegen 1.15 Uhr von der Abschlussfeier seines Fußballvereins nach Hause zurückgekehrt. Er war darüber verärgert, dass ihm, als er auf der Feier am Tisch eingeschlafen war, ein Büschel Haare abgeschnitten worden war. Um seine Wut abzureagieren, fuhr A mit dem von ihm und anderen Familienmitgliedern genutzten Opel Zafira zum Deggendorfer Kreuz und weiter in Richtung Regensburg. Gegen 3.30 Uhr verließ er bei Schwarzach die Autobahn. Nach kurzem Halt fuhr er, ohne die Scheinwerfer einzuschalten, über die Autobahnausfahrt Schwarzach in Gegenrichtung auf die Autobahn. Dort setzte er auf der Standspur die Fahrt fort und beschleunigte das Fahrzeug, obwohl er auf eine Entfernung von mindestens 500 m erkannte, dass ihm ein Fahrzeug entgegenkam. Entweder befuhr A zu diesem Zeitpunkt mit seinem Fahrzeug bereits die rechte Fahrspur der A 3 oder er war, als er das entgegenkommende Fahrzeug wahrgenommen hatte, mit seinem Fahrzeug von der Standspur auf die rechte Fahrspur gewechselt. Dabei handelte er in der Absicht, einen Unfall zu verursachen, um Selbstmord zu begehen und nahm billigend in Kauf, dass durch einen Zusammenstoß mit dem entgegenkommenden Pkw andere Verkehrsteilnehmer getötet oder schwer verletzt würden. Ihm war bewusst, dass die Insassen des entgegenkommenden Fahrzeugs nicht damit rechneten, dass ihnen ein unbeleuchtetes Fahrzeug entgegenkam, so dass der Führer des Fahrzeugs keine Möglichkeit haben würde, einen Unfall zu vermeiden. Als eine Kollision der Fahrzeuge auf der rechten in Richtung Regensburg führenden Fahrspur für A und F, den Führer des entgegenkommenden Fahrzeugs, objektiv durch eine Bremsung nicht mehr zu vermeiden war, gab A seine Suizidabsicht auf und schaltete das Licht an seinem Fahrzeug ein, um den F auf sich aufmerksam zu machen. Dieser versuchte nach links auszuweichen, was ihm jedoch nicht mehr gelang. Die Fahrzeuge stießen überlappend mit dem jeweils rechten Frontbereich zusammen. In dem Fahrzeug, mit dem der von A geführte Opel Zafira kollidierte, befand sich neben F auch dessen Ehefrau E, die bei dem Unfall tödliche Verletzungen erlitt. F überlebte schwer verletzt, wobei die erlittenen Verletzungen einen mehrwöchigen Krankenhausaufenthalt erforderlich machten.

Strafbarkeit des A?

[Bearbeitervermerk: Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe sowie §§ 227, 303 StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

I. Strafbarkeit gem. § 211 StGB zum Nachteil der E
A könnte sich dadurch, dass er mit ausgeschalteter Beleuchtung in falscher Richtung auf der Autobahn fuhr, gem. § 211 StGB wegen Mordes zum Nachteil der E strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tod der E
E ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 211 StGB ist somit eingetreten.

b. Kausale Handlung
A müsste den Tod der E auch kausal durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.
Kausal für einen Erfolg ist eine Handlung dann, 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 1, 332; Puppe, NStZ 2004, 554; Wessels/Beulke, AT, Rn. 156 mwN).
Wäre A nicht mit seinem Fahrzeug mit (zunächst) ausgeschaltetem Licht auf der falschen Fahrspur der Autobahn gefahren wäre es nicht zu dem Zusammenstoß gekommen und E wäre nicht an dessen Folgen gestorben. Die Handlung des A war also kausal für den Tod der E.

c. Heimtücke
A könnte E heimtückisch getötet haben.

aa. 1. Meinung
Nach einer Auffassung ist die Tötung des Opfers dann

heimtückisch i.S.v. § 211 StGB, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willenrichtung zur Tötung ausnutzt (BGHSt 9, 390; BGH, NStZ 1984, 261; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 23). Zum vorliegenden Fall führt der BGH aus:

"Dass der Angeklagte unmittelbar vor der Kollision die Scheinwerfer einschaltete, steht der Annahme der Arg- und Wehrlosigkeit der Insassen des ihm entgegenkommenden Pkw nicht entgegen, denn hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ist auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs abzustellen (vgl. BGHSt 19, 321, 322; BGHR StGB § 21111 Heimtücke 3). Der Angeklagte hatte zur Ausführung seines mit bedingtem Tötungsvorsatz geführten Angriffs aber bereits mit dem gezielten Zufahren mit seinem unbeleuchteten Pkw auf das entgegenkommende Fahrzeug angesetzt. Die zu diesem Zeitpunkt gegebene Arg- und Wehrlosigkeit der Fahrzeuginsassen bestand auch nach dem Erkennen der Gefahrensituation fort, denn die danach bis zur Kollision verbliebene Zeitspanne ließ, auch für den Führer des Pkw, keine Möglichkeit, dem Angriff auszuweichen (vgl. BGH NStZ 2006, 167, 168 mwN). Nach den Feststellungen war dem Angeklagten bewusst, dass die Insassen des entgegenkommenden Pkw nicht mit Gegenverkehr rechneten und der Führer des Fahrzeugs keine Möglichkeit haben würde, den Unfall zu vermeiden.

Entgegen der Auffassung der Revision hält auch die Annahme des LG, dass der Angeklagte zur Durchführung der Tat die sich aus der Arglosigkeit der Tatopfer und deren sich daraus ergebende Wehrlosigkeit ausgenutzt hat, rechtlicher Nachprüfung stand.

Das für die Annahme der Heimtücke erforderliche Ausnutzungsbewusstsein setzt voraus, dass der Täter die äußeren Umstände der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers wahrgenommen und sie bewusst zur Tatbegehung instrumentalisiert hat (st. Rspr.; vgl. die Zusammenfassung bei MünchKomm-StGB-Schneider § 211 Rn 140 mwN). Dabei kann die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlt (vgl. BGH NJW 1983, 2456; BGHR StGB § 211 II Heimtücke 26). Andererseits hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen (vgl. BGH NStZ 2006, 1167, 168 mwN). Wird das Ausnutzungsbewusstsein bejaht, bedarf es allerdings besonders dann, wenn der Täter durch die Tat zugleich seinem eigenen Leben ein Ende setzen will, einer Darlegung der Erwägungen, die das Gericht zu der Annahme des Ausnutzungsbewusstseins geführt haben, weil in einem derartigen Fall in der Regel die Möglichkeit nicht fern liegen wird, dass der Täter sich der Bedeutung der von ihm erkannten Arg- und Wehrlosigkeit für die Ausführung der Tat nicht bewusst gewesen ist (vgl. BGH GA 1979, 337, 338). Hier bedurfte es einer ausdrücklichen Erörterung dieser Möglichkeit jedoch nicht.

Wie der GBA zutreffend ausgeführt hat, musste der Angeklagte, um den Unfall wie beabsichtigt herbeizuführen, die Insassen, insbesondere den Führer des entgegenkommenden Fahrzeugs überraschen, und fuhr deshalb ohne Licht. Die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit der Insassen des entgegenkommenden Fahrzeugs war hier unverzichtbarer Teil des Tatplans."

Nach dieser Auffassung ist also eine heimtückische Tötung gegeben.

bb. 2. Meinung

Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung ist anstatt oder zusätzlich zu den Voraussetzungen der ersten Meinung ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch zwischen Täter und Opfer erforderlich (Hassemer, JuS 1971, 626; Jakobs, JZ 1984, 996; Otto, JR 1991, 383).

Da sich Täter und Opfer im vorliegenden Fall überhaupt nicht kannten und deshalb auch kein Vertrauensverhältnis zwischen diesen bestand, kann auch ein (besonders verwerflicher) Vertrauensbruch nicht gegeben sein. Nach dieser Auffassung wäre also eine heimtückische Tötung nicht gegeben.

cc. Stellungnahme

Zwar ist der zweiten Meinung insofern zuzustimmen, dass die Mordmerkmale wegen der bei § 211 StGB drohenden hohen Strafe stets restriktiv auszulegen sind (so auch BVerfGE 45, 187). Dennoch erscheinen die Anforderungen der letztgenannten Meinung zu streng, da sie für eine heimtückische Tötung stets das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer voraussetzen, so dass ein Heimtückemord nur in Betracht kommt, wenn Täter und Opfer sich zumindest kennen. Dies führt jedoch dazu, dass die klassischen Konstellationen des "Heckenschützen" oder "Giftmischers", die aber als Leitbilder hinter dem Mordmerkmal der Heimtücke stehen, von diesem im Ergebnis gar nicht mehr erfasst werden, da es hier eher unüblich ist, dass Täter und Opfer sich kennen. Somit ist die erstgenannte Auffassung vorzugswürdig. Eine unbillige Ausweitung des Tatbestandes des Heimtückemordes kann diese außerdem vermeiden, indem sie in Extremfällen auf Rechtsfolgenseite eine Strafmilderung über § 49 I Nr. 1 StGB analog vornimmt.

A hat die E also heimtückisch getötet.

d. Gemeingefährliche Mittel

A könnte E auch mit gemeingefährlichen Mitteln getötet haben. Dann müsste der Pkw des A, mit dem dieser nachts in verkehrter Richtung ohne Licht auf der Autobahn fuhr, ein "gemeingefährliches Mittel" i.S.v. § 211

StGB sein.
Gemeingefährliche Mittel im Sinne dieser Vorschrift sind solche Mittel, deren Ausdehnung der Täter im konkreten Einzelfall nicht kontrollieren kann und die deshalb geeignet sind, eine größere Zahl von Personen zu gefährden (BGH, NJW 1985, 1477; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 103)
Hierzu führt der BGH aus: "Zutreffend hat das LG das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln bejaht. Dieses Mordmerkmal kann auch dann erfüllt sein, wenn - wie hier - ein Tötungsmittel eingesetzt wird, das seiner Natur nach nicht gemeingefährlich ist, sofern das Mittel in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat (vgl. BGH NStZ 2006, 167, 168 mwN). Diese Anforderungen sind nach den Feststellungen erfüllt.
Mit seiner Fahrweise hatte der Angeklagte die 6 Insassen des Pkw, mit dem das von ihm geführte Fahrzeug zusammenstieß, aber auch die Insassen weiterer entgegenkommender Kraftfahrzeuge gefährdet. Der Fahrer des Pkw, der zum Überholen angesetzt hatte, konnte nur durch eine Vollbremsung einen Zusammenstoß mit den vor ihm kollidierenden Fahrzeugen vermeiden und erlitt dabei leichte Verletzungen. Welche und wie viele Personen durch das vom Angeklagten mit einer Geschwindigkeit von mindestens 117 km/h in den Gegenverkehr gelenkte Fahrzeug gefährdet, verletzt und getötet werden konnten, war für den Angekl. nicht beherrschbar. Dieser hatte durch die für die entgegenkommenden Verkehrsteilnehmer unberechenbare Fahrt 'in besonderer Rücksichtslosigkeit' eine Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl von Personen geschaffen. Er hatte es nicht in der Hand, wie viele Menschen als Repräsentanten der Allgemeinheit in den von ihm geschaffenen Gefahrenbereich geraten und durch sein Verhalten gefährdet werden könnten (vgl. BGH aa0)."
A hat E also mit gemeingefährlichen Mitteln getötet.

e. Vorsatz
A müsste vorsätzlich gehandelt haben.
A hat es billigend in Kauf genommen, dass bei dem Unfall Personen in dem entgegenkommenden Fahrzeug getötet würden, er handelte also mit Eventualvorsatz bzgl. der Tötung der E. Auch hatte er Vorsatz bzgl. der heimtückischen Tötung und des Einsatzes eines gemeingefährlichen Mittels.
A handelte also vorsätzlich.

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

3. Ergebnis
A hat sich gem. § 211 StGB zum Nachteil der E strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB zum Nachteil der E
A könnte sich weiterhin durch das Befahren der Autobahn entgegen der Fahrtrichtung und mit ausgeschalteter Beleuchtung wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB zum Nachteil der E strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Grunddelikt (§ 223 I StGB)
A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts (§ 223 I StGB) verwirklicht haben.

aa. Körperliche Misshandlung / Gesundheitsschädigung
A müsste die E körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.
Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Schönke/Schröder-Stree/Eser, § 229 Rn. 2, § 223 Rn. 3). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes (BGH, NJW 1960, 2253; Schönke/Schröder-Stree/Eser, § 229 Rn. 2, § 223 Rn. 5). Laut Sachverhalt hat E bei dem Unfall (tödlich wirkende) Verletzungen erlitten, so dass sie sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt worden ist.

bb. Kausale Handlung
Die Fahrt des A kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete Erfolg entfiele, so dass die Handlung auch kausal ist (s.o.).

cc. Vorsatz
A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.
Der Vorsatz zur Körperverletzung ist (als "wesensgleiches Minus") stets im Tötungsvorsatz enthalten (sog. Einheitstheorie, vgl. Joecks, § 223 Rn. 27, Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 17 mwN). Da A Vorsatz zur Tötung der E hatte (s.o.), hatte er somit auch einen Vorsatz, die E zu verletzen.

b. Qualifikation (§ 224 I StGB)
A könnte auch qualifizierende Umstände des § 224 I StGB verwirklicht haben.

aa. Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 I Nr. 2 StGB)
Das Auto, mit dem A den Unfall herbeiführte, könnte ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellen, sodass A die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkezugs begangen hätte.
Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und

der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Körperverletzung zuzufügen (BGHSt 30, 375 [377]; BGH, StV 1998, 485; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 8 f.). Ein fahrender Pkw ist, insbesondere bei hohen Fahrgeschwindigkeiten und vor allem dann, wenn er mit einem anderen Fahrzeug kollidiert, das sich auch mit erheblicher Geschwindigkeit bewegt, geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen und stellt deshalb ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB dar (BGH, VRS 44, 422; 56, 190). A hat also mit seinem Pkw ein gefährliches Werkzeug verwendet.

bb. Hinterlistiger Überfall (§ 224 I Nr. 3 StGB)
A könnte die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB begangen haben.
Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB ist ein Angriff, dessen sich der Angegriffene nicht versieht und auf den er sich deshalb nicht einstellen kann (BGH, GA 61, 241; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 10); hinterlistig ist ein Überfall, wenn der Täter in einer planmäßigen, auf Verdeckung seiner wahren Absichten gerichteten Weise vorgeht, um so dem Opfer die Abwehr des Angriffs zu erschweren (BGH, GA 69, 61; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 10).
Dass bei einer Fahrt auf der Autobahn ein Fahrzeug entgegenkommt ist ein plötzlicher Umstand, mit dem ein Fahrer nicht zu rechnen braucht und auf den er sich - insb. bei Dunkelheit und der dadurch bedingten schlechteren Sicht - auch nicht einstellen kann. A hatte auch zu Beginn seiner Ausführungshandlung die Beleuchtung seines Fahrzeugs gelöscht, damit er von dem Gegenverkehr schwerer erkannt werden konnte, sodass diese ihm nicht mehr ausweichen konnten. Er handelte also auch hinterlistig.
A hat die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen.

cc. Lebensgefährdende Behandlung (§ 224 I Nr. 5 StGB)
Die "Geisterfahrt" des A könnte auch eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen.
Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob dieser Qualifikationstatbestand bereits beim Vorliegen einer abstrakten Lebensgefahr verwirklicht ist (so die herrschende Meinung, vgl. BGH, NJW 2002, 3265; NStZ 2004, 618; Frisch, JuS 1990, 365; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 12 mwN) oder ob es hierzu einer konkreten Lebensgefahr bedarf (so NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 12 mwN). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da E an den erlittenen Verletzungen gestorben ist, sodass sogar eine konkrete Lebensgefahr bestand und deshalb nach beiden Auffassungen eine lebensgefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist.

dd. Vorsatz
Auch bzgl. der qualifizierenden Umstände handelte A vorsätzlich.

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

3. Ergebnis
A hat zwar den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil der E durch die "Geisterfahrt" verwirklicht. Gleichzeitig hat er jedoch auch einen Mord zum Nachteil der E begangen (s.o.). Da die (gefährliche) Körperverletzung lediglich ein notwendiges Durchgangsstadium für eine Tötung ist, tritt sie hinter das Tötungsdelikt zurück (NK-Neumann, § 212 Rn. 30; Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 18).

III. Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des F
A könnte sich dadurch, dass er mit ausgeschalteter Beleuchtung in falscher Richtung auf der Autobahn fuhr, auch gem. §§ 211, 22, 23 I StGB wegen versuchten Mordes zum Nachteil des F strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung
Da F nicht gestorben ist, ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt aich aus dem Verbrechenscharakter des Delikts (§§ 211 I, 12 I StGB) i.V.m. § 23 I StGB.

2. Tatentschluss
A müsste mit Tatentschluss gehandelt haben.
Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).
A hatte hier Vorsatz zur Begehung eines Mordes an den Insassen des ihm entgegen kommenden Fahrzeugs (s.o.); somit hatte er auch Tatentschluss zur Begehung eines Mordes zum Nachteil des F.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.
Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGHSt 31, 178; NStZ 1997, 83; StV 1997, 241; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

In dem Zeitpunkt, in dem A in die falsche Fahrtrichtung auf der Autobahn ohne Fahrzeugbeleuchtung losfuhr, hatte er Handlungen vorgenommen, die unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollten, sodass auch bereits eine konkrete Gefährdung des Lebens der übrigen Verkehrsteilnehmer eingetreten war und er deshalb auch die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hatte. A hat also zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt.

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

5. Rücktritt (§ 24 I StGB)
A könnte jedoch dadurch, dass er die Scheinwerfer seines Fahrzeuges kurz vor dem Zusammenstoß wieder anschaltete und so dem F Gelegenheit gab, noch zu reagieren, von dem Versuch gem. § 24 I StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.

a. Kein fehlgeschlagener Versuch
Nach herrschender Meinung ist ein Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Versuch bereits fehlgeschlagen ist, was der Fall ist, wenn der Täter glaubt, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann (BGH, NStZ-RR 2000, 41; NJW 2003, 1057; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN).
Es ist jedoch keine Grund dafür ersichtlich, dass A davon ausgegangen sein sollte, dass es ihm nicht mehr möglich wäre, den geplanten Mord an anderen Verkehrsteilnehmern zu begehen, sodass der Versuch nicht fehlgeschlagen war.

b. Unbeendeter oder beendeter Versuch
Die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt i.R.v. § 24 I StGB hängen davon ab, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt.
Ein Versuch ist unbeendet, solange der Täter glaubt, er habe noch nicht alles getan, was nach seiner Vorstellung zur Vollendung der Tat erforderlich ist; beendet ist der Versuch, wenn er glaubt, er habe bereits alles seinerseits zur Tatbestandsvollendung Erforderliche getan (BGH, StraFo 2004, 24; Wessels/Beulke, AT, Rn. 631).
A wusste, dass er in dem Zeitpunkt, in dem er mit seinem Auto mit ausgeschalteter Beleuchtung in Gegenrichtung auf der Autobahn fuhr, alles seinerseits Erforderliche für den Mord an den Insassen entgegenkommender Fahrzeuge getan hatte, so dass es sich vorliegend um einen beendeten Versuch handelte.

c. Rücktrittsvoraussetzungen (§ 24 I 1 2.Fall StGB)
Ein Rücktritt vom beendeten Versuch gem. § 24 I 1 2.Fall StGB setzt voraus, dass der Täter freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.
Im vorliegenden Fall ist das Verhalten des A, dass dieser seine Beleuchtung wieder angeschaltet und so dem F sein Entgegenkommen angezeigt hat, kausal geworden dafür, dass der F dem Fahrzeug des A noch soweit ausweichen konnte, dass dieser nur mit der Beifahrerseite des Pkws des F kollidierte, was F das Leben gerettet hat. Allerdings hat A nicht - was ihm möglich gewesen wäre - versucht, durch ein eigenes Ausweichen oder Abbremsen den Unfall zu verhindern. i.R.v. § 24 I 2.Fall StGB ist in diesen Fällen eines sog. "halbherzigen Rücktritts" streitig, ob es für einen entsprechenden Rücktritt ausreicht, dass der Täter nur äquivalent kausal wird für die Verhinderung der Tatvollendung oder ob er das Bestmögliche tun muss, um den Erfolgseintritt zu verhindern.

aa. 1. Meinung
Nach einer Auffassung genügt es für einen strafbefreienden Rücktritt nicht, dass der Täter nur (irgendwie) den Erfolgseintritt verhindert; er muss dies durch die bestmöglichen ("optimalen") Verhinderungsmaßnahmen tun (Herzberg, NJW 1991, 1637; Roxin, JA 1986, 427).
Nach dieser Auffassung wäre ein strafbefreiender Rücktritt des A nicht gegeben, da dieser - wie bereits dargestellt - nicht das Bestmögliche zur Rettung des Lebens des A getan hat.

bb. 2. Meinung
Nach der Gegenauffassung ist es jedoch ausreichend, dass der Täter durch sein eigenes Verhalten den Erfolgseintritt äquivalent kausal verhindert hat; dass er auch die optimalen Verhinderungsmaßnahmen ergriffen hat, ist für einen Rücktritt nach § 24 I 1 2.Fall StGB nicht erforderlich (BGH, NStZ 1999, 128; 2005, 614; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 59 mwN).
Dieser Auffassung folgt der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung: "Soweit es die Mordversuche betrifft, sind die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts gemäß § 24 I Halbs. 2 StGB erfüllt, denn der Angeklagte hat nach den rechtsfehlerfrei in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo (vgl. dazu BGH VRS 61,262, 263) getroffenen Feststellungen freiwillig die Vollendung der Tat verhindert. Mit dem Einschalten der Scheinwerfer ermöglichte der Angeklagte dem Führer des entgegenkommenden Fahrzeugs, einen Frontalzusammenstoß zu vermeiden, so dass die Fahrzeuge nur überlappend im Beifahrerbereich kollidierten. Die Annahme des LG, dass dieses Verhalten des Angeklagten zumindest mitursächlich dafür war, dass die Personen, die jeweils auf der Fahrerseite gesessen hatten, keine tödlichen Verletzungen erlitten, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dass der Täter - wie hier - eine neue Kausalreihe in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat minde-

stens mitursächlich ist, reicht aus (vgl. BGH aaO; BGHSt 33,295, 301- jew. mwN). Ein gemäß § 24 1 Halbs. 2 StGB strafbefreiender Rücktritt setzt entgegen der Auffassung der Bf'in nicht voraus, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindert und dies - wovon das LG zutreffend zu Gunsten des Angeklagten ausgegangen ist - auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder 'optimale' gewählt hat (vgl. BGHSt 48, 147 mwN). Der Annahme der Freiwilligkeit des Rücktritts steht nicht entgegen, dass der Angeklagte zunächst mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte. Maßgeblich ist, dass er beim Einschalten der Scheinwerfer - nicht ausschließbar - davon ausging, dass der Unfall dadurch noch vermieden werden konnte (vgl. BGH VRS 61, 262, 263), mithin den für möglich gehaltenen Todeserfolg nicht mehr billigte. [...]"
Nach dieser Meinung wäre also ein Rücktritt gegeben.

cc. Stellungnahme
Zwar spricht der Opferschutzgedanke für die erstgenannte Meinung: Um sicherzustellen, dass die Rücktrittsbemühungen des Täters dem Opfer auch mit möglichst hoher Wahrscheinlichkeit nützen, ist es sinnvoll, ihn zu verpflichten, das Bestmögliche zur Rettung des Opfers zu tun. Andererseits kann dies auch genau den gegenteiligen Effekt haben: Wenn der Täter sich nicht sicher sein kann, dass es ihm als Rücktritt angerechnet wird, dass er das Opfer rettet (weil er nicht das "Optimale" zu dessen Rettung getan hat), wird er vielleicht komplett davon Abstand nehmen, überhaupt etwas für das Opfer zu tun. Auch spricht der Gesetzeswortlaut gegen die erste Meinung, denn für einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2.Fall StGB ist es - anders als bei § 24 I 2 StGB - gerade nicht erforderlich, dass der Täter sich auch "ernsthaft" um die Verhinderung bemüht. Somit ist der letztgenannten Meinung zu folgen. A ist vom Mordversuch strafbefreiend zurückgetreten.

6. Ergebnis
A hat sich nicht gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des F strabar gemacht.

IV. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I N r. 2, 3, 5 StGB zum Nachteil des F
A hat sich jedoch durch das Herbeiführen des Unfalls wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB zum Nachteil des F strafbar gemacht (vgl. o.).

V. Strafbarkeit gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 2 StGB
Dadurch, dass er mit ausgeschalteter Beleuchtung in falscher Richtung auf der Autobahn fuhr, könnte sich A wegen qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Grunddelikt (§ 315 b I Nr. 3 StGB)
A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts (§ 315 b I Nr. 3 StGB) verwirklicht haben.

aa. Anwendbarkeit
Fraglich ist jedoch, ob der Tatbestand des § 315 b I Nr. 3 StGB auf das Verhalten des A überhaupt anwendbar ist.
Wie sich bereits aus der gesetzlichen Überschrift des § 315 b StGB ("Gefährliche Eingriffe *in den* Straßenverkehr") ergibt, findet dieser Tatbestand grundsätzlich nur auf Handlungen Anwendung, die von außerhalb des Straßenverkehrs in diesen hinein einwirken. Straßenverkehrsteilnehmer sind insofern privilegiert, als dass für sie bei einem gefährlichen (Fehl-)Verhalten im Straßenverkehr grundsätzlich nicht der (sehr weite) Tatbestand des § 315 b I Nr. 3 StGB greift, sondern - nur der (enge) Tatbestand des § 315 c I Nr. 2 StGB. Ausnahmsweise findet § 315 b I Nr. 3 StGB jedoch auch auf Verkehrsteilnehmer Anwendung, wenn sich deren Verhalten nicht als echte Teilnahme am Straßenverkehr, sondern als Pervertierung einer solchen darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn ein Kfz-Fahrer im fließenden Verkehr sein Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Gesinnung bewusst zweckwidrig mit (zumindest bedingtem) Verletzungsvorsatz einsetzt (BGHSt 28, 87; BGH, StraFo 2003, 215; Krey, BT 1, Rn. 771).
A hat im vorliegenden Fall im fließenden Verkehr sein Fahrzeug bewusst zweckwidrig eingesetzt, indem er es als (Selbst-) Tötungsinstrument verwendete und nicht als Fortbewegungsmittel. Auch besaß er eine Verkehrsfeindliche Gesinnung: Die Gefährdung anderer Verkehrteilnehmer war ihm vollkommen egal, was sich insb. darin zeigt, dass er noch extra die Fahrzeugbeleuchtung ausschaltete, um von entgegenkommenden Fahrzeugen nicht so rechtzeitig erkannt zu werden, dass diese noch hätten ausweichen können. Schließlich besaß A auch Vorsatz nicht nur zur Gefährdung, sondern auch zur Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer (s.o.). Das Verhalten des A stellt sich somit als Pervertierung einer Teilnahme am Straßenverkehr dar, sodass § 315 b I Nr. 3 StGB auf den vorliegenden Fall Anwendung findet.

bb. Tathandlung: Ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff
A müsste für § 315 b I Nr. 3 StGB einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vorgenommen haben wie ihn § 315 b I Nr. 1 und 2 StGB beschreiben.
A fuhr nachts auf der Autobahn in die verkehrte Richtung ohne Fahrzeugbeleuchtung. Dies entspricht von der Vorwerfbarkeit und der Intensität der Gefährdung her vor allem dem Bereiten eines Hindernisses (§ 315 b I Nr. 2 StGB); tatsächlich ist das Verhalten des A sogar noch schwerwiegender, da sein Pkw nicht nur

ein schwer zu erkennendes, statisches Hindernis darstellt, sondern sich den anderen Fahrzeugen sogar noch mit hoher Geschwindigkeit nähert.
Eine taugliche Tathandlung ist somit gegeben

cc. Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert
Durch sein Handeln müsste A eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert begründet haben.
A hat durch seine "Geisterfahrt" nicht nur Leib und Leben von F und E gefährdet, er hat sogar E getötet und F verletzt. Auch eine konkrete Gefährdung des Autos des F, also einer fremden Sache von bedeutendem Wert, ist gegeben.

dd. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs
A müsste außerdem die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt haben.
Eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit i.S.v. § 315 b I StGB ist dann gegeben, wenn infolge der Tathandlung andere Personen nicht mehr gefahrlos am Straßenverkehr teilnehmen können (Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315 b Rn. 3).
Zumindest für F und E war eine gefahrlose Teilnahme am Straßenverkehr nicht mehr möglich, so dass eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs vorliegend gegeben ist.

ee. Vorsatz
A handelte vorsätzlich, insb. auch bzgl. der konkreten Gefährdung von F und E, da er bzgl. dieser sogar Tötungsvorsatz hatte (s.o.).

b. Qualifikation (§ 315 b III StGB i.V.m. § 315 III StGB)
A könnte weiter auch noch den Qualifikationstatbestand des § 315 b III StGB i.V.m. § 315 III StGB verwirklicht haben.

aa. § 315 III Nr. 1 a StGB
A könnte in der Absicht gehandelt haben, einen Unglücksfall herbeizuführen.
Zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 315 III Nr. 1 a StGB ist es erforderlich, dass der Täter in der Absicht handelt, ein plötzliches Ereignis herbeizuführen, das zu einem erheblichen (Personen- oder Sach-) Schaden führt (BGH, NZV 1992, 325; NJW 1996, 329; Tröndle/Fischer, § 315 Rn. 22).
A handelte hier gezielt, um einen Unfall herbeizuführen (und sich so selbst zu töten). Er hatte also die Absicht, ein (für den anderen Unfallbeteiligten) plötzliches Ereignis herbeizuführen, das auch - insb. angesichts der hohen Geschwindigkeiten - unweigerlich zumindest mit erheblichen Sachschäden bei beiden Fahrzeugen verbunden gewesen wären. Insofern ist eine Absicht des A i.S.v. § 315 III Nr. 1 a StGB gegeben.

bb. § 315 III Nr. 2 StGB
A könnte weiterhin durch die Tat wenigstens fahrlässig (vgl. § 18 StGB) eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen verursacht haben.
Eine schwere Gesundheitsschädigung i.S.v. § 315 III Nr. 2 StGB ist insb. dann gegeben, wenn das Opfer langwierig ernsthaft erkrankt oder seine Arbeitskraft erheblich beeinträchtigt wird (BGH, NJW 2002, 2043; Tröndle/Fischer, § 315 Rn. 23, § 306 b Rn. 4)
Auf die Tötung der E kann insofern nicht abgestellt werden, da der Tod keine "schwere Gesundheitsschädigung" i.S.v. § 315 III Nr. 2 StGB darstellt (vgl. Tröndle/Fischer, § 315 Rn. 24). Zur Behandlung der von F erlittenen Verletzungen war jedoch ein mehrwöchiger Krankenhausaufenthalt erforderlich, so dass bei diesem eine langwierige ernsthafte Erkrankung gegeben ist.
A handelte bzgl. dieser Folge auch wenigstens fahrlässig, sodass auch der Qualifikationstatbestand des § 315 III Nr. 2 StGB vorliegt.

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

3. Ergebnis
A ist strafbar gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 2 StGB.

VI. Strafbarkeit gem. § 315 c I Nr. 2 f StGB
A könnte sich durch die "Geisterfahrt" auch wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem.. § 315 c I Nr. 2 f StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tathandlung
A müsste zunächst eine Tathandlung i.S.v. § 315 c I Nr. 2 f StGB vorgenommen haben, d.h. er müsste grob verkehrswidrig und rücksichtslos auf Autobahnen oder Kraftfahrtstraßen gewendet haben oder rückwärts oder entgegen der Fahrtrichtung gefahren sein.
A ist auf einer Autobahn entgegen der Fahrrichtung gefahren. Dies müsste jedoch auch grob verkehrswidrig und rücksichtslos gewesen sein.
Grob verkehrswidrig ist die Tathandlung dann, wenn sie einen besonders schwer wiegenden Verstoß gegen die Verkehrsvorschriften darstellt (OLG Karlsruhe, NJW 1960, 546; Tröndle/Fischer, § 315 c Rn. 13). Rücksichtslos handelt der Täter, wenn er sich im Straßenverkehr aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Tun nicht aufkommen lässt (BGH, VRS 50, 343; OLG Oldenburg, DAR 2002, 89; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lie-

ben, § 315 c Rn. 30 mwN).
Sofern das Fahren auf der Autobahn entgegen der Fahrtrichtung nicht grundsätzlich einen besonders schwer wiegenden Verstoß darstellen sollte, so ist das Verhalten des A im vorliegenden Fall jedenfalls deshalb grob verkehrswidrig, weil er zusätzlich zu der Nichteinhaltung der Fahrtrichtung auch noch die Fahrzeugbeleuchtung ausschaltete, damit die entgegen kommenden Fahrzeuge ihn nicht bzw. nur zu spät sehen konnten. Die "Geisterfahrt" unternahm der E, weil er aufgrund der vorherigen Demütigung lebensmüde war und sich selbst bei einem Unfall töten wollte. Dass dabei auch die anderen Unfallbeteiligten unweigerlich schwer verletzt oder getötet würden, war ihm egal. Er handelte also aus eigensüchtigen Gründen und damit auch rücksichtslos.
Eine tatbestandsmäßige Handlung ist somit gegeben.

b. Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert
A hat eine konkrete Gefahr für Leib und Leben von F und E sowie für das Fahrzeug des F, also eine fremde Sachen von bedeutendem Wert, begründet (s.o.).

c. Zurechnungszusammenhang
§ 315 c I StGB setzt auch einen Zurechnungszusammenhang voraus, d.h. die eingetretene Gefahr muss gerade auf das Fehlverhalten des Täters zurückzuführen sein; bei einem ordnungsgemäßen Verhalten des Täters dürfte diese Gefahr also nicht entstanden sein (BGHSt 8, 33; Joecks, § 315 c Rn. 20).
Hätte A sich verkehrsgerecht verhalten und wäre nicht entgegen der Fahrrichtung auf der Autobahn gefahren, dann wäre es zu einer Gefährdung von E unf F auch nicht gekommen. Der Zurechnungszusammenhang ist somit gegeben.

d. Vorsatz
A handelte auch vorsätzlich

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

3. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 315 c I Nr. 2 f StGB.

VI. Gesamtergebnis
A hat die Tatbesände des Mordes (§ 211 StGB) zum Nachteil der E, der gefährdlichen Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB) zum Nachteil des F sowie des qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 2 StGB) und der Straßenverkehrsgefährdung (§ 315 c I Nr. 2 f StGB) durch dieselbe Handlung - die "Geisterfahrt" - verwirklicht. Wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche bzw. deshalb weil sich das Tötungs- und das Körperverletzungsdelikt gegen unterschiedliche Personen richten, bleiben diese Delikte in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Kapolnek, Benno / Mittag, Matthias: "Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht"
Fundstelle:	JA 2006, 664 (Heft 8/9)
Inhalt:	Der Beitrag fasst den Nachbarschutz im Bauplanungs- und Bauordnungsrecht sehr übersichtlich zusammen, indem er den Stand der h.M. zu den wichtigsten Vorschriften wiedergibt und die "Schutznormtheorie" sowie das "Gebot der Rücksichtnahme" erläutert. Anschließend werden die verschiedenen Rechtschutzarten des Nachbarn besprochen, also welche Klage (bzw. welcher Antrag im vorläufigen Rechtschutz) in welcher Situation zu stellen ist. Besser kann man das Baunachbarrecht nicht zusammenfassen.

Autor/Titel:	Rossi, Matthias / Lenski, Sophie-Charlotte: "Föderale Regelungsbefugnisse für öffentliche Rauchverbote"
Fundstelle:	NJW 2006, 2657 (Heft 37)
Inhalt:	Viele EU-Mitgliedsstaaten haben Rauchverbote in öffentlichen Gebäuden und Gaststätten erlassen. In Deutschland ist das Thema auch in aller Munde, weshalb sich eine Erörterung der Regelungsmöglichkeiten für Examensaufgaben, insbesondere für die mündliche Prüfung, geradezu aufdrängt. Die Autoren dieses Aufsatzes vertreten die Auffassung, dass der Bundesgesetzgeber bei uns keine umfassende Gesetzgebungskompetenz zum Erlass eines Rauchverbots hätte. Lediglich partiell, z.B. für seine Beamten, könne der Bund Regelungen erlassen; alles Weitere sei Ländersache.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Stöber, Michael: "Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag"
Fundstelle:	NJW 2006, 2661 (Heft 37)
Inhalt:	Der Aufsatz setzt sich mit der bislang herrschenden Meinung auseinander, wonach im Falle eines mangelbedingten Rücktritts des Käufers vom Kaufvertrag der vertragsgemäße Belegenheitsort der Kaufsache - in der Regel also der Wohn- oder Geschäftssitz des Käufers - einheitlicher Erfüllungsort für alle sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff BGB) ergebenden Verpflichtungen sein soll. Konsequenz dieser Ansicht ist insbesondere, dass der Käufer seinen Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung gem. § 29 I ZPO stets am für seinen Wohn- oder Geschäftssitz zuständigen Gericht einklagen kann und sich nicht am - möglicherweise weit entfernten - Wohn- oder Geschäftssitz des beklagten Verkäufers orientieren muss. Der Autor weist daraufhin, dass sich die zur Begründung dieser Ansicht herangezogene Entscheidung BGHZ 87, 104 explizit nur auf den angenommenen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Rücknahme der Kaufsache (§ 433 II BGB analog) bezog. Er vertritt die Auffassung, dass auch im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses der gesetzliche Erfüllungsort für die jeweiligen Verpflichtungen gesondert bestimmt werden muss, was für die Kaufpreisrückzahlungsverpflichtung des Verkäufers nach § 269 I, II BGB zu dessen Wohn- oder Geschäftssitz führe.

Autor/Titel:	Petersen, Jens: "Der Irrtum im Bürgerlichen Recht"
Fundstelle:	JURA 2006, 660 (Heft 9)
Inhalt:	Selbstverständlich beginnt diese zusammenfassende Darstellung der rechtlichen Bedeutung von Irrtümern im Bürgerlichen Recht mit Ausführungen zu den unterschiedlichen Anwendungsfällen des § 119 BGB. Anschließend werden etwa der über § 313 BGB zu lösende Kalkulationsirrtum oder die bereicherungsrechtliche Problematik der Rückforderung eines auf eine vermeintliche eigene Schuld irrtümlich gezahlten Geldbetrages angesprochen. Etwas ausführlicher werden zudem die erbrechtlichen Anfechtungsregeln mit der weitergehenden Berücksichtigungsfähigkeit sogenannter Motivirrtümer abgehandelt. Insgesamt ist der Beitrag allerdings sehr knapp und übersichtlich gehalten, so dass er lediglich einer ersten Annäherung an die Irrtumsthematik oder einer kurzen Wiederholung dienen kann.

Autor/Titel:	Althammer, Christoph: "Der Maklervertrag nach § 652 I BGB"
Fundstelle:	JA 2006, 594 (Heft 8/9)
Inhalt:	Der Autor stellt seinen Ausführungen eine sicherlich zutreffende Einordnung des Maklervertrags voran, wonach die vergleichsweise geringe Häufigkeit diesbezüglicher Examensaufgaben in keinem Verhältnis zur praktischen Bedeutung dieses Vertrags steht. Wer auch für den Maklerfall der Fälle im Examen gerüstet sein will, findet hier eine vollständige und sehr gut strukturierte Darstellung der Voraussetzungen des Maklerlohnanspruches nach § 652 I BGB, die auch alle wichtigen Problemfälle und Streitigkeiten anspricht und durch entsprechende Vertiefungshinweise die Möglichkeit bietet, das Thema eingehender zu behandeln.

Strafrecht

Autor/Titel:	Lubig, Sebastian: "Die Auswirkungen von Personenverwechslungen auf übrige Tatbesteiligte -Zur Abgrenzung von Motiv- und Tatbestandsirrtum"
Fundstelle:	Jura 2006, 655 (Heft 9)
Inhalt:	Error in persona und aberratio ictus stellen ganz klassische Problemstellungen im Rahmen des Strafrechts dar, denen jeder Examenskandidat früher oder später mit Sicherheit begegnen wird. Besonders interessant werden diese Fallgruppen, wenn sich die Frage stellt, wie sich ein (für den Irrenden selbst nach h.M. unbeachtlicher) error in Person des Handelnden auf andere Beteiligte - mittelbare Täter, Mittäter oder Teilnehmer - auswirkt. Der Verfasser stellt in diesem Aufsatz nicht nur die verschiedenen Konstellationen von error in persona und aberratio ictus anschaulich dar, sondern präsentiert auch die unterschiedlichen Lösungsansätze und Meinungen übersichtlich und nachvollziehbar dar. Unbedingt lesenswert.

Autor/Titel:	Schreiber, Hans-Ludwig: "Das ungelöste Problem der Sterbehilfe"
Fundstelle:	NStZ 2006, 473 (Heft 9)
Inhalt:	"Sterbehilfe" in ihren verschiedenen denkbaren Formen ist nicht nur ein gesellschaftliches, sondern auch ein juristisches Problem. Der Autor stellt die verschiedenen Formen von Sterbehilfe dar und diskutiert eine sinnvolle Lösung der strafrechtlichen Probleme bei der Prüfung der jeweiligen Strafbarkeiten. Hierbei setzt er sich insb. mit dem Vorhaben der Bundesregierung auseinander, diesen Problemkreis über die Einfügung eines § 216 III StGB zu lösen, der insb. den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen von Strafe ausnimmt, wenn er dem Patientenwillen entspricht, was letztlich zu einer strafausschließenden Wirkung einer entsprechenden Patientenverfügung führen würde.

Autor/Titel:	Marlie, Marcus: "Voraussetzungen der Mittäterschaft - Zur Fallbearbeitung in der Klausur"
Fundstelle:	JA 2006, 613 (Heft 8/9)
Inhalt:	Der Verfasser setzt sich in diesem Aufsatz mit der klassischen Examensaufgabe auseinander, unter welchen Voraussetzungen eine Mittäterschaft (§ 25 II StGB) gegeben ist, wie man die Prüfung dieser Voraussetzungen in einem Gutachten sinnvoll darstellt und wann man Mittäter besser getrennt oder zusammen prüft. Wenn auch die vorgeschlagenen Gliederungspunkt nicht vollends überzeugen, so ist der (kurze) Aufsatz zumindest wegen der übersichtlichen Darstellung des Meinungsspektrums lesenswert.

Autor/Titel:	Perron, Walter / Bott, Ingo / Gutfleisch, Ulf: "Zwei Doktoranden"
Fundstelle:	Jura 2006, 706 (Heft 9)
Inhalt:	Der Beitrag enthält eine Übungsklausur, die sich laut Autoren an Fortgeschrittene wendet, tatsächlich aber durchaus Examensniveau hat. Inhaltlich geht es vor allem um Vermögensdelikte, namentlich Raub, räuberische Erpressung und Unterschlagung. Darüber hinaus tauchen diverse Fragen zum Nötigungstatbestand auf, hier insbesondere zum Gewaltbegriff, und "Klassiker" wie die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, Mordmerkmale und der Rücktritt vom Versuch fehlen natürlich auch nicht.