Öffentliches Recht

Standort: Grundrechte Problem: Schutz eines Pseudonyms

BVERFG, BESCHLUSS VOM 21.08.2006
1 BVR 2047/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob und inwieweit Grundrechte die Verwendung eines Pseudonyms im Internet schützen. Im konkreten Fall war dem Beschwerdeführer von den Zivilgerichten untersagt worden, weiterhin eine Internet-Domain unter seinem Pseudonym ("maxem.de") zu unterhalten, weil ein Dritter, der dieses Pseudonym als Nachnamen trug, dies beantragt hatte.

Die Beschränkung der Möglichkeit, einen Domain-Namen im Internet allein nach eigenen Vorstellungen und unter ausschließlicher Verwendung eines Pseudonyms auszuwählen und nach Registrierung zu nutzen, berührt nach Ansicht des BVerfG nicht den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, sondern "nur" die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG. Zwar sei seit langem anerkannt, dass das Recht am eigenen Namen dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterfalle; für Pseudonyme gelte dies aber nicht uneingeschränkt. Das BVerfG lässt zwar die Einzelheiten ausdrücklich offen, deutet aber an, dass der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur dann betroffen sei, wenn die unter dem Pseudonym auftretende Person insgesamt gehindert werde, am kommunikativen Verkehr teilzunehmen. Dies setze einerseits voraus, dass sie einen gewissen Bekanntheitsgrad unter dem Pseudonym erlangt habe und andererseits sehr weitgehend gehindert werde, weiterhin unter dem Pseudonym aufzutreten. Das Verbot der Verwendung des Pseudonyms als Kennung einer Second-Level-Domain im Internet reiche dazu nicht aus, weil der Betroffene anderswo weiterhin unter seinem Pseudonym auftreten könne, und dies sogar im Internet (z.B. Verwendung von E-Mail-Adressen, Auftreten in Foren und bei Online-Spielen, auch Registrierung einer Internet-Adresse in leicht abgewandelter Form).

Das BVerfG nahm nach alledem nur einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG an, der jedoch zum Schutz des Namensrechts des Dritten durch die Schranke der "verfassungsmäßigen Ordnung" gerechtfertigt sei. Insofern ist interessant, dass das BVerfG den vom BGH angenommenen Vorrang des tatsächlichen Namens vor dem Pseudonym abgesegnet, auch wenn der Verwender des Pseudonyms seine Domain zuerst registriert hatte. Das sonst bei der Registrierung von Internet-Domains geltende Prioritätsprinzip ist damit um eine weitere Einschränkung reicher.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte in einer öffentlich-rechtlichen Prüfungsaufgabe ebenso vorkommen wie in einem zivilrechtlichen Fall, in dem nach Ansprüchen eines Namensinhabers gegen die Verwendung seines Namens durch einen Dritten im Internet gefragt ist. Zur Kenntnis zu nehmen ist, dass der BGH (und mit ihm das BVerfG) dem Verwender des Pseudonyms nur untersagt haben, dieses in unabgewandelter Form bei der Registrierung einer Second-Level-Domain zu verwenden. Hinsichtlich der ausdrücklich vom Unterlassungsbegehren des tatsächlichen Namensträgers mit umfassten Verwendung von E-Mail-Adressen hat der BGH die Klage abgewiesen. Das BVerfG deutet ferner an, dass zumindest eine abgewandelte Verwendung des Pseudonyms auch bei der Registrierung von Internet-Domains zulässig bleibe.

In der öffentlich-rechtlichen Konstellation wäre schon in der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unter der Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG darauf einzugehen, ob die Grundrechte unter Privaten überhaupt gelten. Denn die Beschwerdebefugnis setzt zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers voraus, und eine solche wäre nicht gegeben, wenn die Grundrechte, die grds. ja Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind (vgl. Art. 1 III GG), bei einem Rechtsstreit unter Privaten gar nicht gelten würden. Das BVerfG nimmt sich dieser Problematik auch im vorliegenden Beschluss kurz an und bestätigt seine st.Rspr., wonach eine zumindest mittelbare Bindungswirkung der Grundrechte auch unter Privaten, namentlich bei der Auslegung generalklauselartiger unbestimmter Rechtsbegriffe, zu bejahen sei.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Das angegriffene Urteil des BGH: *BGHZ* 155, 273
- ❑ Verwendung des erheirateten Ehenamens (Verfassungswidrigkeit von § 1355 II BGB): *BVerfG*, RA 2004, 211 = NJW 2004, 1155
- ❑ Namensrecht einer Gemeinde bei Verwendung von

Internet-Domains: *BayVGH*, RA 2002, 76 = BayVBl 2002, 52

Sachverhalt:

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein Urteil des Bundesgerichtshofs, mit dem die Benutzung einer Internet-Domain wegen Namensanmaßung (12 BGB) untersagt wurde.

Der Beschwerdeführer verwendet seit 1991/92 die Bezeichnung "Maxem" als Aliasname für die Kommunikation in Netzwerken, insbesondere im Internet. Unter diesem Namen beteiligt er sich auch im Internet an einem sog. Multiuser-Rollenspiel. Der Name ist aus dem Vornamen seines Großvaters und den Anfangsbuchstaben des Vornamens seines Vaters und seines eigenen Vornamens gebildet. Der Beschwerdeführer unterhielt seit 1998 eine private Homepage unter der Kennung www.maxem.de. Er benutzt zudem mehrere E-Mail-Adressen, die mit dem Namen "Maxem" beginnen.

Der Kläger des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Kläger) heißt mit Nachnamen Maxem. Er war zum Zeitpunkt des Ausgansverfahrens namensgebender Partner einer Rechtsanwaltskanzlei. Der Kläger verklagte den Beschwerdeführer auf Unterlassung der Benutzung des Namens "Maxem" in Form einer E-Mail-Adresse oder Internet-Homepage. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Auf die Revision des Klägers hob der Bundesgerichtshof mit dem angegriffenen Urteil das Urteil des Oberlandesgerichts auf und verurteilte den Beschwerdeführer unter Klageabweisung im Übrigen dazu, es zu unterlassen, den Domain-Namen "maxem.de" zu nutzen.

In der Verwendung des Domain-Namens "maxem.de" durch den Beschwerdeführer liege ein Eingriff in das Namensrecht des Klägers in der Form der Namensanmaßung. Jeder private Gebrauch eines fremden Namens durch einen Nichtberechtigten führe zu einer Zuordnungsverwirrung. Dafür sei ausreichend, dass der Dritte, der den Namen verwendet, als Namensträger identifiziert werde. Auf eine Verwechslung mit dem klagenden Namensträger kommt es nicht an. Eine derartige Identifizierung trete auch ein, wenn ein Dritter den Namen im Rahmen einer Internet-Adresse verwende. Der Verkehr sehe in der Verwendung eines unterscheidungskräftigen, nicht sogleich als Gattungsbegriff verstandenen Zeichens als Internet-Adresse einen Hinweis auf dem bürgerlichen Namen des Betreibers des jeweiligen Internetauftritts.

Werde der eigene Name durch einen Nichtberechtigten als Domain-Name unter der in Deutschland üblichen Top-Level-Domain ".de" registriert, werde dadurch über die Zuordnungsverwirrung hinaus ein besonders schutzwürdiges Interesse des Namensträgers beeinträchtigt. Denn die mit dieser Bezeichnung gebildete Internet-Adesse könne nur einmal vergeben werden. Zwar müsse jeder Namensträger hinnehmen, dass ihm ein anderer Namenträger zuvorkomme. Er brauche aber nicht zu dulden, dass er aufgrund der Registrierung durch einen Nichtberechtigten von der Nutzung seines eigenen Namens ausgeschlossen werde.

Der Gebrauch des Namens "Maxem" durch den Beschwerdeführer sei unbefugt, weil ihm keine eigenen Rechte an diesem Namen zustünden. Der Umstand, dass er den Namen "Maxem" im Internet als Aliasnamen benutze, führe nicht zu einer eigenständigen namenrechtlichen Berechtigung , die ihn gegenüber dem Kläger als Gleichnamigen ausweisen würde. Hierfür wäre erforderlich, dass es mit dem Aliasnamen Verkehrsgeltung erlangt hätte. Stünde jedem Decknamen sofort mit Benutzungsaufnahme ein namensrechtlicher Schutz zu, würde dies zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Schutzes derjenigen Namensträger führen, die für ihren eigenen bürgerlichen Namen Schutz beanspruchten. Dadurch würde der Namenschutz erheblich beeinträchtigt, weil jeder Nichtberechtigte sich auf den Standpunkt stellen könnte, er verwende nicht einen fremden Namen, sonder einen eigenen Aliasnamen. Das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, dass der Beschwerdeführer sich mit dem Namen "Maxem" im Verkehr durchgesetzt habe. Auch seinem Vorbringen lasse sich eine Verkehrsdurchsetzung nicht entnehmen. Im Rahmen seines Internetauftritts komme dem Namen mehr die Funktion eines Spitznamens als die eines den bürgerlichen Namen verdrängenden Pseudonyms zu.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1, Art. 3 I, Art. 14 I und Art. 103 I GG.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, da Annahmegründe im Sinne des § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde ist somit unbegründet.

A. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das angegriffene Urteil verletzt nicht das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art.1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers.

I. Anwendbarkeit unter Privaten

Der grundrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG bewirkt, dass der Staat gehalten ist, den Einzelnen vor Gefährdungen dieses Rechts durch Dritte zu schützen. Bei der Anwendung der diesem Schutz dienenden zi-

vilrechtlichen Normen sowie der Normen, auf die sich gegebenenfalls der Dritte beruft, haben die Gerichte die grundrechtlichen Maßgaben zu beachten. Vorausgesetzt ist allerdings, dass der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berührt ist. Das ist vorliegend nicht der Fall.

II. Schutzbereich betroffen

1. Recht am eigenen Namen

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass der Schutz des Namens Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Der Name eines Menschen hat nicht nur Ordnung- und Unterscheidungsfunktion. Er ist auch Ausdruck der Identität und Individualität. Als solcher lässt er sich nicht beliebig austauschen. Der Name begleitet vielmehr die Lebensgeschichte seines Trägers. Diese wird unter dem Namen als Person identifizierbar (vgl. BVerfGE 97, 391 [399]). Dementsprechend kann der Einzelne verlangen, dass die Rechtsordnung seinen Namen respektiert und schützt (vgl. BVerfGE 78, 38, [49]; 84, 9 [22]; 104, 373 [385], 109, 256 [266]).

2. Schutz von Pseudonymen

Der verfassungsrechtlich durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistete Schutz des Namens erschöpft sich nicht im Schutz des bürgerlichen Namens. Auch der von einem Menschen tatsächlich geführte Name kann verfassungsrechtlichen Schutz genießen, wenn sich mit ihm eine Identität und Individualität des Namensträgers herausgebildet und verfestigt haben und auch herausbilden durften (vgl. BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 11. April 2001 – 1 BvR 1646/97 -, NJWE-FER 2001, S. 193 [194]). Diese Funktion kann auch ein Pseudonym übernehmen (vgl. BVerfGE 78, 38 [52]).

Hier muss nicht entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen ein Pseudonym verfassungsrechtlichen Schutz aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG genießt. Insbesondere kann offen bleiben, ob es dafür bei Pseudonymen, die nicht aus einem früheren bürgerlichen Namen gebildet sind, auf eine Verkehrsgeltung ankommt und welche Anforderungen an einen solche Verkehrsgeltung zu stellen sind.

a. Bei Verwendung im Internet

Jedenfalls ist der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hier deshalb nicht berührt, weil dieses Grundrecht nach seiner Schutzrichtung den vorliegenden Fall nicht erfasst. Der verfassungsrechtliche Schutz des Namens kann sich auch gegen das Verlangen richten, den Namen in bestimmten Zusammenhängen nicht zu verwenden (vgl. BVerfGE 97, 391, [399]). Eine Maßnahme, die den Gebrauch des Zeichens einschränkt, das einer Person als Name dient, berührt jedoch nur dann den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wenn das Zeichen gerade seiner Identität und Individualität stiftenden Funktion als Name benutzt werden soll. Das ist der Fall, wenn der Namensträger gehindert wird, am kommunikativen Verkehr unter seinem Namen teilzunehmen, so dass für andere Kommunikationsteilnehmer die Zurechnung bestimmter persönlicher Verhältnisse wie Lebensgeschichte, Äußerungen oder Handlungen zu dem Namensträger beeinträchtigt oder sogar verhindert wird.

Wird dagegen der Name lediglich als Zeichen zur technischen Adressierung bestimmter Inhalte, hier im Internet, genutzt, berührt das Verbot des Zeichengebrauchs die Identität und Individualität des Namensträgers grundsätzlich nicht. Er ist auch nicht daran gehindert, die Inhalte, die unter der von ihm genutzten Adresse verfügbar sind, als Äußerungen seiner durch seinen Namen benannten Person zu kennzeichnen. Es steht im weiterhin frei, den Namen auch in anderen Zusammenhängen als Kennzeichnung seiner Person zu benutzen.

b. Subsumtion

Nach diesem Maßstab berührt das angegriffene Urteil nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers. Aufgrund der in dem Urteil angesprochenen Unterlassungspflicht ist der Beschwerdeführer nicht daran gehindert sein Pseudonym allgemein zu benutzen oder in dem Verkehr, dem er als “Maxem“ bekannt ist, unter dem Pseudonym aufzutreten. Ihm ist nicht einmal vollständig verwehrt, dass Pseudonym in seiner Internetadresse zu benutzen. Zu unterbleiben hat lediglich die Verwendung des Zeichens “Maxem“ als alleiniger Domain-Name unter der Top-Level Domain “.de“. Dem Beschwerdeführer ist dagegen der Gebrauch dieses Zeichens in Verbindung mit einem klarstellenden Zusatz als Domain-Name, etwa in der Form “maxem-l.de“, nicht untersagt worden.

B. Allgemeine Handlungsfreiheit

I. Eingriff in den Schutzbereich

Die Beschränkung der Möglichkeit, den Domain-Namen allein nach eigenen Vorstellungen und unter ausschließlicher Verwendung eines Pseudonyms auszuwählen und nach Registrierung zu nutzen, berührt allerdings die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Sie ist vorliegend aber durch die verfassungsmäßige Ordnung gerechtfertigt.

1. Verwechslungsgefahr

Ein Namensgebrauch kann zu einer Zuordnungs- und Identitätsverwirrung führen (vgl. BVerfG, 1. Kammer

des Ersten Senats, Beschluss vom 31. März 1994 – 1 BvR 29/94 -, NJW 1994, S. 2346 f.). Im Fall der Verwendung eines Namens als Internet- Domain liegen zudem Konflikte mit dem Namensgebrauch anderer besonders nahe. Dieselbe Second-Level-Domain (etwa "maxem") kann unter einer Top- Level Domain (etwa ".de") aus technischen Gründen nur einmal vergeben werden. Dies führt zu einem Konflikt, wenn mehrere Namensträger desselben Namens ein Interesse daran haben, ihren Namen als Domain zu benutzen.

2. Vorrang des bürgerlichen Namens vor dem Pseudonym

Vorliegend hat der Bundesgerichtshof den Konflikt zwischen dem Interesse des Klägers an einen Schutz vor Zuordnungsverwirrungen und dem Interesse des Beschwerdeführers an der Nutzung der eingetragenen Domain, bei der das gewählte Pseudonym nach Auffassung des Gerichts keine Verkehrsgeltung erlangt hatte, in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zugunsten des Klägers gelöst.

Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Bundesgerichtshof in der Verwendung des Domain-Namens "maxem.de" durch den Beschwerdeführer einen Eingriff in das § 12 BGB geschützte Namensrecht des Klägers sieht. Verfassungsrechtlich ist auch nicht zu beanstanden, dass der Bundesgerichtshof dem Kläger als dem Träger des bürgerlichen namens Maxem trotz früherer Registrierung des Domain-Namens durch den Beschwerdeführer das bessere Recht eingeräumt hat. Das Prioritätsprinzip als Regel der Konfliktentscheidung ist verfassungsrechtlich zwar erlaubt (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 31. März 1994 -1 BvR 29 /94 - , NJW 1994, S. 2346 f.), aber nicht geboten.

Der von dem Bundesgerichtshof aus dem einfachen Recht abgeleitete Vorrang des bürgerlichen Namens ist angesichts von dessen Bedeutung für die Bezeichnung der Person als Entscheidungsregel verfassungsrechtlich jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn das Pseudonym noch keine allgemeine Verkehrsgeltung erlangt hat, wovon der Bundesgerichtshof ausgegangen ist, und es dem Betroffenen nicht verwehrt wird, es zusammen mit einem weiteren Zusatz als Internetadresse zu nutzen.

Standort: Untersuchungsausschuss Problem: Minderheitenrechte

BAYVERFGH, URTEIL VOM 10.10.2006

VF. 19-IVA-06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Ein vom Bayerischen Landtag eingesetzter Untersuchungsausschuss ermittelt gegenwärtig gegen die Bayerische Staatsministerin a.D. Hohlmeier und deren Verwicklung in Verstöße der CSU gegen das bayerische Landeswahlgesetz (sogen. Hohlmeier-Untersuchungsausschuss). Dieser Ausschuss wird mehrheitlich von der CSU angehörigen Mitgliedern des Bayerischen Landtags beherrscht. Nun beantragte eine Ausschussminderheit, einen Zeugen dergestalt zu vernehmen, dass er der Betroffenen - also Frau Hohlmeier - bei seiner Vernehmung persönlich gegenübergestellt werden sollte. Davon erhoffte sich die Ausschussminderheit zusätzliche Erkenntnisse, die ihrer Ansicht nach durch eine einzelne Vernehmung des Zeugen ohne Konfrontation mit der Betroffenen nicht zu erlangen wären.

Sowohl die Ausschussmehrheit als auch der Bayerische Landtag, der in solchen Fällen schlichtend anzurufen ist, lehnten eine derartige Zeugenvernehmung ab. Es müsse genügen, wenn der Zeuge einzeln befragt werde. Daraufhin strengte die Ausschussminderheit, unterstützt von weiteren Abgeordneten des Bayerischen Landtages, ein Organstreitverfahren vor dem BayVerfGH an. Dieser kam zu folgenden interessanten Einschätzungen:

1. Die Antragsteller sind im Organstreitverfahren nicht nur als Landtagsmitglieder antragsberechtigt (was schon ausgereicht hätte); auch eine Ausschussminderheit als solche kann antragsberechtigt sein.

2. Im Organstreitverfahren können nur Rechte und Pflichten aus der Bayerischen Landesverfassung geltend gemacht werden; das Gesetz über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtags (BayUAG) könne allenfalls als Auslegungshilfe herangezogen werden, soweit es diese Rechte und Pflichten näher konkretisiere.

3. Minderheiten haben im Untersuchungsausschuss eigene, einklagbare Rechte.

a. Dazu gehört auch das Recht, eine Beweiserhebung zu verlangen ("Ob" der Beweiserhebung). Dieses Recht sei auch nicht durch eine Erforderlichkeitsprüfung durch die Ausschussmehrheit beschränkt; allein die Unzulässigkeit des Beweisantrags (insofern gelten die Bestimmungen der StPO entsprechend) könne eine Zurückweisung rechtfertigen.

b. Das "Wie" der Beweiserhebung, also Verfahren und Procedere, werde aber durch die den Ausschuss leitende Mehrheit bestimmt. Die Minderheit hat auf die Beweiserhebung bezogen also keinen Anspruch darauf, dass diese auf eine bestimmte Art und Weise erfolgt (z.B. Reihenfolge der Zeugenvernehmung). Da hier nicht die Vernehmung des Zeugen insgesamt abgelehnt worden war (dies hätte das "Ob" betroffen), sondern nur die gewünschte Art und Weise seiner Vernehmung (Gegenüberstellung mit der Betroffenen), war nur das "Wie" der Beweiserhebung tangiert, auf das

die Minderheit keinen Anspruch hat. Die vom BayVerfGH aufgestellte Ausnahme der faktischen Vereitelung der Minderheitenrechte lag hier auch nicht vor, so dass der Antrag abgelehnt wurde.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall könnte in nahezu identischer Weise auf Bundesrecht übertragen werden. Auch das BVerfG ist über Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG für Organstreitverfahren zuständig. Ein solches könnte etwa von Mitgliedern eines Bundestags-Untersuchungsausschusses angestrengt werden. Wenn die Ausschussminderheit als solche klagt, würde sich auch im Bund die Frage nach ihrer Beteiligtenfähigkeit stellen, die mit Blick auf § 63 BVerfGG (Teile des Verfassungsorgans Bundestag mit eigenen Rechten aus Art. 44 GG) nicht anders ausfallen dürfte als hier im bayerischen Landesrecht.

Art. 44 GG, welcher das Recht der Bundestagsuntersuchungsausschüsse regelt, verweist für die Beweiserhebung ebenfalls auf die StPO (Art. 44 II 1 GG). Auch hier stellt sich immer wieder die Frage, welche Rechte die Ausschussminderheit gegenüber der (häufig blockierenden) Ausschussmehrheit hat. Eine Unterscheidung zwischen dem "Ob" und dem "Wie" der Beweiserhebung ist - soweit ersichtlich - vor der vorliegenden Entscheidung des BayVerfGH noch nicht herausgearbeitet worden. Man sollte sich diese daher unbedingt merken.

Ferner gibt es auch im Bund - wie übrigens auch in anderen Bundesländern - ein einfaches Gesetz, dass das Verfahren in den UA näher regelt (PUAG vom 19.6.2001, BGBl. I, 1142). Auch hier müsste beachtet werden, dass nicht dieses, sondern nur Art. 44 GG Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein kann, es aber - wie auch vom BayVerfGH für das bayerische Landesrecht angenommen - als Auslegungshilfe herangezogen werden kann, soweit es Regelungen enthält, die sich nicht zum GG in Widerspruch setzen.

Vertiefungshinweise:

❑ Minderheitenrechte im UA: *BVerfGE* 105, 197; *VerfGH* NRW, RA 2001, 6 = NWVBl 2001, 12

❑ Auskunftsverweigerungsrechte eines Zeugen vor dem UA: *OVG NRW*, NJW 1999, 80

❑ Abwehrrecht gegen die Benennung eines UA nach einer Person: *SaarlVerfGH*, RA 2003, 412 = NVwZ-RR 2003, 393

❑ Ermittlung eines UA gegen Privatpersonen: *BayVerfGH*, NVwZ 1996, 1201; *Kerbein*, ZRP 2001, 302

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Neue Heimat analog"

Leitsätze:

1. Die qualifizierte Minderheit im Untersuchungsausschuss gemäß Art. 25 Abs. 4 BV ist im Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof antragsberechtigt. Auch die Einsetzungsminderheit des Landtags kann ein solches Verfahren einleiten.

2. Im Organstreitverfahren entscheidet der Verfassungsgerichtshof über Streitigkeiten, die sich aus der Verfassung ableiten. Allein durch das Gesetz über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtags verbürgte Rechte können nicht Gegenstand der Überprüfung in einem Verfahren nach Art. 64 BV, Art. 49 VfGHG sein.

3. Der Minderheitenschutz im Rahmen der Beweiserhebung nach Art. 25 Abs. 4 BV bezieht sich darauf, ob ein bestimmtes Beweismittel heranzuziehen und zu verwerten ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie das Verfahren bei der Durchführung der Beweiserhebung ausgestaltet wird. Über den Gang des Verfahrens entscheidet grundsätzlich die Ausschussmehrheit.

4. Der Antrag auf Gegenüberstellung zwischen einem Zeugen und dem Betroffenen bezieht sich auf die Art und Weise der Beweiserhebung. Wie eine Person gehört wird, unterliegt grundsätzlich der Verfahrensautonomie der Ausschussmehrheit. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn durch die Weigerung der Mehrheit, dem Begehren der Minderheit nachzukommen, deren Recht auf angemessene Beteiligung an der Sachaufklärung verletzt würde.

Sachverhalt:

Gegenstand der Verfassungsstreitigkeit ist die Frage, ob der Beschluss des Bayerischen Landtags vom 30. November 2005 (LT-Drs. 15/4389), mit dem eine Vernehmungsgegenüberstellung des Zeugen P. und der Betroffenen Monika Hohlmeier im Untersuchungsausschuss abgelehnt wurde, die Antragsteller in ihren Rechten aus Art. 25 Abs. 4 BV verletzt.

1. Der Bayerische Landtag hat am 16. Dezember 2004 (LT-Drs. 15/2432) auf Antrag u. a. der Antragsteller, die der SPD-Fraktion angehören, mit den Stimmen aller im Landtag vertretenen Parteien einen Untersuchungsausschuss eingesetzt. Untersuchungsgegenstand ist neben weiteren Themenbereichen die Prüfung der Frage, inwieweit Staatsministerin a. D. Hohlmeier über Vorgänge in der CSU, die dem Landeswahlgesetz in Verbindung mit der CSU-Satzung zuwiderliefen und/oder eine Verletzung des Strafgesetzbuchs darstellen, informiert war und gegebenenfalls diese nicht verhinderte oder sogar aktiv unterstützte. In Erledigung entsprechender Beweisbeschlüsse hat der aus den Antragstellern zu 2 und 3 sowie sechs Abgeordneten der CSU-Fraktion und einem Abgeordneten der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bestehende Untersu-

chungsausschuss am 28. April 2005 den Zeugen P. vernommen und am 29. Juli 2005 die Betroffene Hohlmeier angehört.
2. Mit Schreiben vom 7. September 2005 an den Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses haben die Antragsteller zu 2 und 3 die Gegenüberstellung der Betroffenen Hohlmeier mit den Zeugen P., Q. und S. beantragt. Dieser Antrag wurde am 13. Oktober 2005 im Untersuchungsausschuss mit den Stimmen der Vertreter der CSU-Fraktion abgelehnt.
Mit Schreiben vom 8. November 2005 an den Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses, dem als Anlage ein weiteres Schreiben vom 26. Oktober 2005 beigefügt war, haben die Antragsteller zu 2 und 3 beantragt, der Untersuchungsausschuss möge die gleichzeitige Einvernahme – Vernehmungsgegenüberstellung – des Zeugen P. mit der Betroffenen Monika Hohlmeier beschließen. Zur Begründung stellten sie Angaben des Zeugen und der Betroffenen gegenüber, die sich ihrer Meinung nach widersprechen.
Der Antrag wurde am 11. November 2005 im Untersuchungsausschuss abgelehnt. Das Plenum des Bayerischen Landtags hat am 30. November 2005 ebenfalls eine ablehnende Entscheidung getroffen (LT-Drs. 15/4389).
Mit am 6. März 2006 eingegangenem Schreiben haben die Antragsteller ein Organstreitverfahren nach Art. 64 BV, Art. 49 Abs. 1 VfGHG eingeleitet. Sie beantragen festzustellen, dass der Beschluss des Bayerischen Landtags vom 30. November 2005 (LT-Drs. 15/4389) ihre Rechte aus Art. 25 Abs. 4 BV verletzt und dass der Beweisantrag und die Art und Weise der Beweiserhebung, den Zeugen P. und die Betroffene im Weg der Gegenüberstellung zu vernehmen, zulässig sind. Der Antrag wurde abgelehnt.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit
Die Anträge sind zulässig.

I. Zuständigkeit des BayVerfGH
Nach Art. 64 BV, Art. 49 VfGHG entscheidet der Verfassungsgerichtshof über Verfassungsstreitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans.

II. Antragsberechtigung
Die Antragsteller sind im Organstreitverfahren antragsberechtigt.

1. Als Ausschussminderheit
Die Antragsberechtigung der Antragsteller zu 2 und 3 ergibt sich zum einen aus ihrer Funktion als qualifizierte Ausschussminderheit. Sie stellen mehr als ein Fünftel der Mitglieder des neunköpfigen Untersuchungsausschusses. Ihr Antrag auf Gegenüberstellung des Zeugen P. und der Betroffenen wurde zunächst von der Ausschussmehrheit und sodann von der Landtagsmehrheit abgelehnt. Damit können sie eine Verletzung ihres durch Art. 25 Abs. 4 BV gewährleisteten Minderheitenrechts geltend machen.
Die Antragsberechtigung der Minderheit im Untersuchungsausschuss entfällt nicht dadurch, dass nach der Ablehnung eines Antrags zur Beweiserhebung durch die Ausschussmehrheit gemäß Art. 25 Abs. 4 Satz 2 BV zunächst die Entscheidung des Landtags herbeizuführen ist. Dies hat nicht zur Folge, dass der Verfassungsstreit auf die Ebene des Landtags, d. h. allein des Verhältnisses zwischen der Landtagsmehrheit und der Opposition, verlagert wird. Art. 25 Abs. 4 Satz 3 BV enthält keine ausdrückliche Regelung, wer sich gegen die Entscheidung des Landtagsplenums an den Verfassungsgerichtshof wenden kann. Zwar sieht Art. 12 Abs. 3 Satz 2 BayUAG vor, dass ein Fünftel der Mitglieder des Landtags gegen die Entscheidung der Vollversammlung des Landtags den Verfassungsgerichtshof anrufen kann. Diese einfachgesetzliche Regelung lässt die unmittelbar in der Verfassung verankerten Rechte der Ausschussminderheit jedoch unberührt. Da deren Antrag zur Beweiserhebung erfolglos geblieben ist, ist das Recht der Ausschussminderheit nach Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV tangiert (Schweiger in Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des Freistaates Bayern, RdNr. 16 zu Art. 25).

2. Als Landtagsabgeordnete
Die Antragsteller zu 2 und 3 sind zudem – wie auch alle übrigen Antragsteller – als Angehörige der Minderheit, die die Einrichtung des Untersuchungsausschusses verlangt hat, antragsberechtigt. Nach Art. 25 Abs. 1 BV hat der Landtag das Recht und auf Antrag von einem Fünftel seiner Mitglieder die Pflicht, Untersuchungsausschüsse einzusetzen. Die Zahl der Antragsteller überschreitet die Mindestzahl von einem Fünftel der Mitglieder des Landtags. Zwar betrifft die Verfassungsstreitigkeit hier nicht die Einsetzung des Untersuchungsausschusses als solche. Nicht nur die qualifizierte Ausschussminderheit, sondern auch die Einsetzungsminderheit des Landtagsplenums hat jedoch ein durch Art. 25 BV geschütztes Interesse, über die Sachaufklärung mitzubestimmen (vgl. BVerfG vom 8.4.2002 = BVerfGE 105, 197/223). Die Antragsberechtigung der Antragsteller zu 1 bis 41 ergibt sich ferner aus Art. 12 Abs. 3 Satz 2 BayUAG.

III. Antragsgegner
Antragsgegner ist der Bayerische Landtag, der den Beweisantrag der Ausschussminderheit vom 8. November 2005 im Verfahren nach Art. 25 Abs. 4 Satz 2 BV durch Beschluss vom 30. November 2005 (LT-Drs. 15/4389) abgelehnt hat.

IV. Antragsgegenstand
Die Streitigkeit betrifft ein Rechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten, das sich aus der Verfassung ableitet. Das Minderheitenrecht bei der Beweiserhebung ist seit der Verfassungsänderung vom 20. Februar 1998 (GVBl S. 39) in Art. 25 Abs. 4 BV verankert. Dagegen könnten allein durch das Gesetz über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtags verbürgte Rechte nicht Gegen- stand der Überprüfung in einem Organstreitverfahren sein, da sie keine verfassungsrechtlich durchsetzbaren Rechtspositionen vermitteln (VerfGH vom 19.7.1982 = VerfGH 35, 82/86 f.; VerfGH vom 17.2.1998 = VerfGH 51, 34/39 f.; Glauben/Brocker, Das Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern, 2005, § 27 RdNr. 23).

B. Begründetheit
Die Anträge sind unbegründet. Die Antragsteller werden durch die Ablehnung der Gegenüberstellung des Zeugen P. mit der Betroffenen nicht in ihren Rechten aus Art. 25 Abs. 4 BV verletzt.

I. Anspruch auf Einsetzung des UA
Nach Art. 25 Abs. 1 BV hat der Landtag das Recht und auf Antrag von einem Fünftel seiner Mitglieder die Pflicht, Untersuchungsausschüsse einzusetzen.

II. Rechte und Pflichten des UA
Untersuchungsverfahren haben in der parlamentarischen Demokratie eine wichtige Aufgabe zu erfüllen. Durch sie erhalten die Parlamente die Möglichkeit, unabhängig von Regierung, Behörden und Gerichten mit hoheitlichen Mitteln, wie sie sonst nur Gerichten und besonderen Behörden zur Verfügung stehen, selbständig die Sachverhalte zu prüfen, die sie in Erfüllung ihres Verfassungsauftrags als Vertretung des Volkes für aufklärungsbedürftig halten. Aufgabe der Untersuchungsausschüsse ist es, das Parlament bei seiner Arbeit zu unterstützen und seine Entscheidungen vorzubereiten. Das Schwergewicht der Untersuchungen liegt naturgemäß in der parlamentarischen Kontrolle von Regierung und Verwaltung, insbesondere in der Aufklärung von in den Verantwortungsbereich der Regierung und ihrer Mitglieder fallenden Vorgängen, die auf Missstände hinweisen. In der parlamentarischen Praxis verfügen Untersuchungsausschüsse vor allem über den Status und die Funktion eines kontrollpolitischen Instruments der parlamentarischen Minderheit (vgl. BVerfG vom 2.8.1978 = BVerfGE 49, 70/85 f.; Scholz, AöR 105, 564/593 ff.).

1. Beweiserzwingungsrecht
Der Untersuchungsausschuss ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den ihm gesetzten Untersuchungsauftrag effektiv zu erfüllen und die in diesem Zusammenhang erheblichen Umstände aufzuklären (Scholz, AöR 105, 564/603; Glauben/Brocker, a. a. O., § 15 RdNr. 1). Zu diesem Zweck kann er gemäß Art. 25 Abs. 3 Satz 1 BV in entsprechender Anwendung der Strafprozessordnung alle erforderlichen Beweise erheben, auch Zeugen und Sachverständige vorladen, vernehmen, beeidigen und das Zeugniszwangsverfahren gegen sie durchführen. Auf Antrag von einem Fünftel seiner Mitglieder hat der Untersuchungsausschuss zulässigen Anträgen nach Art. 25 Abs. 3 Satz 1 BV stattzugeben (Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV). Durch dieses Beweiserzwingungsrecht wird sichergestellt, dass der für die Einsetzung des Untersuchungsausschusses gemäß Art. 25 Abs. 1 BV bestehende Minderheitenschutz bei der Durchführung des Untersuchungsverfahrens fortwirkt und die Minderheit die Möglichkeit hat, eine umfassende Aufklärung des Untersuchungsgegenstands durchzusetzen (Klein in Maunz/Dürig, Grundgesetz, RdNr. 197 zu Art. 44).

2. Umfang
Die verfassungsrechtlichen Normierungen des Art. 25 BV werden ergänzt durch die Regelungen des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtags. Zwar bestimmt Art. 25 BV nicht, dass das Nähere durch Gesetz zu regeln ist. Mit der Staats- und Parlamentspraxis des Bundes und der Länder ist aber davon auszugehen, dass es zulässig ist, die Einsetzung von Untersuchungsausschüssen, deren Verfahren und Beschlussfassung in einem Gesetz näher zu regeln (VerfGH vom 27.6.1977 = VerfGH 30, 48/60; VerfGH vom 19.4.1994 = VerfGH 47, 87/123).

a. BayUAG als Auslegungshilfe
Die für die Beweiserhebung maßgeblichen Regelungen sind in Art. 11 und 12 BayUAG enthalten. Nach Art. 11 Abs. 1 BayUAG erhebt der Untersuchungsausschuss die durch den Untersuchungsauftrag gebotenen Beweise; die Strafprozessordnung ist entsprechend anzuwenden. Über die Erhebung einzelner Beweise und das Beweiserhebungsverfahren einschließlich Art und Zeitpunkt der Beweiserhebung entscheidet der Untersuchungsausschuss durch Beschluss der Mehrheit der anwesenden Mitglieder (Art. 12 Abs. 1 BayUAG). Unabhängig von Absatz 1 sind Beweise zu erheben, wenn dies von einem Fünftel der Mitglieder des Untersuchungsausschusses beantragt wird und der Antrag und die beantragte Beweiserhebung zulässig sind (Art. 12 Abs. 2 BayUAG).
Soweit die Regelungen des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse des Bayerischen Landtags über das verfassungsrechtlich Gebotene hinausgehen, vermitteln sie der Minderheit allerdings, wie bereits unter IV. 3. dargelegt, grundsätzlich keine entsprechende verfassungsrechtlich durchsetzbare Rechtsposition. Andererseits kann durch einfaches Landesrecht eine in Art. 25 BV garantierte Rechtsposition nicht aberkannt oder eingeschränkt werden (Glauben/Brocker, a. a. O., § 27

RdNr. 24). Die Bestimmungen in Art. 12 Abs. 1 und 2 BayUAG zum Minderheitenschutz bei der Beweiserhebung gehen weder über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus, noch bleiben sie hinter dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Minderheitenschutz zurück. Sie stellen vielmehr eine nähere Präzisierung der in Art. 25 Abs. 3 und 4 BV enthaltenen Regelungen dar.

b. Minderheitenrechte

Der Begriff der Beweiserhebung in Art. 25 Abs. 3 Satz 1 BV, auf den Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV Bezug nimmt, ist weit zu verstehen. Er umfasst nicht nur die Beweisaufnahme in der Sitzung selbst, sondern erstreckt sich funktionell betrachtet auf den gesamten Prozess der Sachverhaltsaufklärung. Beweiserhebung meint die Beschaffung, Sicherung und Verwertung all derjenigen Beweismittel, die auch im Strafprozess herangezogen werden können (vgl. BVerfG vom 1.10.1987 = BVerfGE 77, 1/49; Glauben/Brocker, a. a. O., § 15 RdNr. 2). Das Beweiserhebungsrecht der Minderheit beschränkt sich dabei nicht auf den Erlass der beantragten Beweisbeschlüsse, sondern erfasst auch den Vollzug dieser Beschlüsse und die hierzu erforderlichen Maßnahmen, wie zum Beispiel die Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber einem nicht aussagebereiten Zeugen (vgl. StGH Niedersachsen vom 16.1.1986 = NVwZ 1986, 827).

Anträge der Minderheit gemäß Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV dürfen nur zurückgewiesen werden, wenn der Antrag als solcher oder die beantragte Beweiserhebung nach Maßgabe des Art. 25 Abs. 3 BV unzulässig ist. Für die Beurteilung im Einzelfall sind die Bestimmungen der Strafprozessordnung entsprechend heranzuziehen. Auszugehen ist danach zunächst vom Sinn und Zweck des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens. Von daher ist jeweils zu prüfen, welche strafprozessualen Vorschriften sinngemäß heranzuziehen und in welchem Umfang sie anzuwenden sind (vgl. BVerfGE 77, 1/50).

c. Schranken

Art. 25 Abs. 3 und 4 BV dienen dem Zweck, dass sowohl Mehrheit als auch Minderheit ihre Vorstellungen von einer sachgemäßen Aufklärung des Untersuchungsgegenstands angemessen durchsetzen können. Der Mitgestaltungsanspruch der Minderheit nach Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV ist dem Beweiserhebungsrecht der Mehrheit vom Gewicht her grundsätzlich gleich zu erachten (vgl. BVerfGE 105, 197/222).

aa. Keine Erforderlichkeitskontrolle durch Ausschussmehrheit

Es sind die Beweise zu erheben, die die Ausschussminderheit für erforderlich ansieht; dabei ist der Mehrheit die Überprüfung des Kriteriums der Erforderlichkeit versagt (Glauben/Brocker, a. a. O., § 27 RdNr. 9).

bb. Zulässigkeit des Antrags

Entscheidend ist nach Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV allein die Zulässigkeit.

cc. Verfahrensleitung der Mehrheit

Dieser Minderheitenschutz im Rahmen der Beweiserhebung bezieht sich darauf, ob ein bestimmtes Beweismittel heranzuziehen und zu verwerten ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie das Verfahren bei der Durchführung der Beweiserhebung ausgestaltet wird. Das in Art. 25 Abs. 4 Satz 1 BV für die Beweiserhebung gewährleistete Minderheitenrecht ändert nichts daran, dass die Verfahrensherrschaft im Untersuchungsausschuss grundsätzlich in den Händen der jeweiligen Ausschussmehrheit liegt (Art. 23 BV). Diese entscheidet über den Gang des Verfahrens, wie z. B. die Reihenfolge der Beweiserhebungen (vgl. BVerfGE 105, 197/222 f.; StGH Baden-Württemberg vom 21.10.2002 = DÖV 2003, 201; Glauben/Bro-cker, a. a. O., § 27 RdNr. 14; Zinn/Stein, Verfassung des Landes Hessen, Erl. 7 b zu Art. 92).

Aus dem Minderheitenschutz des Art. 25 Abs. 4 BV ergibt sich nicht, dass auch jedem zulässigen, die Durchführung der Beweiserhebung betreffenden Antrag stattzugeben wäre. Denn dies hätte zur Folge, dass sich der im demokratischen System gegebene Grundsatz der Verfahrensherrschaft der Mehrheit in eine Verfahrensherrschaft der Minderheit verkehren würde. Zwar können Rechte der Minderheit nicht nur durch die Ablehnung von Beweisanträgen, sondern auch durch die Gestaltung des Verfahrens beeinträchtigt sein. In den Fällen, in denen das "Wie" der Verfahrensgestaltung infrage steht, ist zulässigen Verfahrensanträgen jedoch nicht grundsätzlich stattzugeben, sondern es ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob Minderheitenrechte (vgl. Art. 25 Abs. 1 BV) verletzt sind.

d. Subsumtion

Die Antragsteller begehren die Gegenüberstellung zwischen der Betroffenen und dem Zeugen P. im Untersuchungsverfahren.

aa. Zulässigkeit des Antrags

(1). Nach StPO

Für Gegenüberstellungen im Strafverfahren gelten gemäß den Regelungen der Strafprozessordnung folgende Grundsätze: Nach § 58 Abs. 2 StPO ist eine Gegenüberstellung eines Zeugen mit anderen Zeugen oder mit dem Beschuldigten im Vorverfahren (Ermittlungsverfahren) zulässig, wenn es für das weitere Verfahren geboten erscheint. Die Gegenüberstellung in der strafprozessualen Hauptverhandlung ist gesetzlich nicht besonders geregelt, weil sie bereits durch die Pflicht des Gerichts, die Wahrheit zu erforschen (§ 244 Abs. 2 StPO), gerechtfertigt ist. Zweck einer Vernehmungs-

gegenüberstellung ist es, Widersprüche zwischen der Aussage des Zeugen und den Angaben des Beschuldigten oder anderer Zeugen aufzuklären. Die Prozessbeteiligten haben jedoch keinen Anspruch auf Anordnung einer Gegenüberstellung. Ein darauf gerichteter Antrag ist kein Beweisantrag im Sinn des § 244 Abs. 3 bis 6 StPO, sondern ein die Modalitäten der Beweisaufnahme betreffender Antrag, über den der Vorsitzende des Gerichts im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis (§ 238 Abs. 1 StPO) zu befinden hat. Eine Gegenüberstellung ist eine besondere Form der Zeugenvernehmung, deren Durchführung im Aufklärungsinteresse geboten sein kann. Ob von der Möglichkeit einer Gegenüberstellung Gebrauch gemacht wird, liegt im richterlichen Ermessen. Das Unterlassen einer Gegenüberstellung rechtfertigt die Revision im Strafverfahren nur, wenn dadurch gegen § 244 Abs. 2 StPO verstoßen, d. h. die Aufklärungspflicht des Gerichts verletzt wurde (BGH vom 12.8.1960 = NJW 1960, 2156; BGH vom 19.5.1988 = NStZ 1988, 420; Dahs in Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2001, Rn. 10 f., 18 zu § 58; Gollwitzer, a.a.O., RdNr. 17 zu § 244; Herdegen, a.a.O., RdNr. 15 zu § 244; Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. 2005, RdNrn. 8, 15 zu § 58; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4. Aufl. 2002, RdNrn. 1221 ff.).

Da die Strafprozessordnung im Untersuchungsverfahren nur sinngemäß angewendet werden kann, ist es nicht gerechtfertigt, einen Antrag im Zusammenhang mit der Beweiserhebung im Untersuchungsausschuss allein deshalb abzulehnen, weil er die Voraussetzungen eines formellen Beweisantrags im Sinn des § 244 StPO nicht erfüllt. Während im Strafverfahren die Verwirklichung eines bestimmten fest umrissenen Tatbestands im Hinblick auf die persönliche Schuld eines Angeklagten geprüft wird, geht es im Untersuchungsausschuss um die Aufklärung eines Sachverhalts unter politischen Gesichtspunkten. Anders als im Strafverfahren gibt es im parlamentarischen Untersuchungsverfahren auch nicht den Unterschied zwischen beweisantragsberechtigten Personen auf der einen und dem Gericht auf der anderen Seite (vgl. Quaas/Zuck, NJW 1988, 1873/1875). Mehrheit und Minderheit sind gleichermaßen Bestandteile des Untersuchungsausschusses und damit des parlamentarischen Hilfsorgans, das der Landtag mit der Aufklärung eines bestimmten Sachverhalts beauftragt hat. Die strafprozessualen Kategorien des Beweisantrags einerseits und des Beweisermittlungsantrags bzw. der Beweisanregung andererseits sind im Untersuchungsverfahren zur Beurteilung der Zulässigkeit eines Antrags daher nur bedingt geeignet (VerfG Brandenburg vom 16.10.2003 = LKV 2004, 177; Glauben/Brocker, a. a. O., § 16 RdNr. 3).

(2). Abweichungen wegen Besonderheiten des Verfahrens im UA

Die Besonderheiten des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens im Vergleich zum Strafprozess lassen Gegenüberstellungen eines Zeugen mit einem anderen Zeugen oder mit dem Betroffenen im Untersuchungsausschuss nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen. Allerdings wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass eine Gegenüberstellung nur ausnahmsweise zulässig sein soll, wenn es für den Untersuchungszweck geboten ist. Zwar könnten auch im Untersuchungsverfahren Widersprüche zwischen Aussagen klärungsbedürftig sein. Dabei dürfe aber nicht übersehen werden, dass die Gefahren eines politisch motivierten Missbrauchs von Gegenüberstellungen besonders groß seien (Glauben/Brocker, a.a.O., § 19 RdNr. 18; Plöd, Die Stellung des Zeugen in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages, 2003, S. 125). Dementsprechend bestimmt § 24 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (PUAG), dass die Gegenüberstellung von Zeugen zulässig ist, wenn es für den Untersuchungszweck geboten ist. In mehreren Ländern gelten entsprechende Regelungen (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 UAG – Hamburg, § 28 Abs. 2 UAG – Mecklenburg-Vorpommern, § 19 Abs. 1 Satz 2 UAG Rheinland-Pfalz, § 19 Abs. 1 Satz 2 UAG – Thüringen).

bb. Verfahrensleitung

Der von den Antragstellern beanstandete Beschluss des Landtags vom 30. November 2005 bezieht sich nicht auf einen Antrag der Ausschussminderheit im Sinn des Art. 25 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 BV. Es geht nicht darum, dass die Ausschussmehrheit die Erhebung bestimmter Beweise verweigert hätte. Der Zeuge P. wurde bereits vernommen; auch die Betroffene wurde gehört. Gegenstand des Verfassungsstreits ist vielmehr das Begehren der Minderheit, eine bereits durchgeführte Beweiserhebung auf eine bestimmte Art und Weise zu wiederholen. Wie eine Person gehört wird, unterliegt jedoch grundsätzlich der Verfahrensautonomie der Ausschussmehrheit (vgl. BVerfGE 105, 197/227).

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn durch die Weigerung der Mehrheit, dem Begehren der Minderheit nachzukommen, deren Recht auf angemessene Beteiligung an der Sachaufklärung verletzt würde. Art. 25 Abs. 1 BV schützt die Minderheit vor einer Ablehnung von Anträgen zum Verfahren der Beweiserhebung, wenn sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls die beantragte Verfahrensweise zur effektiven Klärung des Sachverhalts aufdrängt.

Hierfür sind im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte erkennbar. Zwar ist davon auszugehen, dass Widersprüche zwischen der Aussage des Zeugen P. und den Angaben der Betroffenen bestehen. Über die Frage, ob diese eine Gegenüberstellung angezeigt erscheinen lassen, hat – entsprechend der Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden nach § 238 Abs. 1 StPO – die Ausschussmehrheit zu befinden, der dabei

– entsprechend dem richterlichen Ermessen im Strafprozess – ein nur bezüglich der Einhaltung seiner Grenzen verfassungsgerichtlich nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht. Insoweit ist eine Prognose hinsichtlich der Tragweite und des Beweiswertes der beantragten Maßnahme erforderlich und zulässig (vgl. Gollwitzer, a. a. O., RdNr. 59 zu § 244). Die Einschätzung der Landtagsmehrheit, dass eine Gegenüberstellung keinen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht (vgl. LT-Drs. 15/55 S. 4148, 4152), lässt eine Verletzung der Minderheitenrechte hier aber nicht erkennen, zumal ein Betroffener im Untersuchungsausschuss – anders als ein Zeuge – im Fall einer Aussage keiner Wahrheitspflicht unterliegt.

Der zu wahrheitsgemäßen Angaben verpflichtete Zeuge P. wurde am 28. April 2005 und damit zeitlich vor der Betroffenen vernommen. Dieser konnten somit bei ihrer Anhörung die Angaben des Zeugen P. vorgehalten werden. Angesichts dieser Möglichkeit ergibt sich eine andere Beurteilung auch nicht daraus, dass die Betroffene nicht verpflichtet war, im Untersuchungsausschuss anwesend zu sein. Auch im Strafprozess folgt aus der Aufklärungspflicht nicht, dass bei widersprüchlichen Aussagen ohne gleichzeitige Anwesenheit der betreffenden Personen grundsätzlich eine Gegenüberstellung anzuordnen wäre. Widersprüchen kann zum einen, wie bereits dargelegt, durch Vorhalte nachgegangen werden. Zum anderen gehört es zum Wesen der dem Gericht obliegenden Beweiswürdigung (§ 261 StPO), dass es sich mit widersprüchlichen Angaben vernommener Personen auseinandersetzt und diese bewertet. Dementsprechend wird es Sache des Untersuchungsausschusses sein, verbliebene Widersprüche im Schlussbericht zu bewerten. [...]

Standort: Art. 4 GG Problem: Äußerung über andere Glaubensgemeinschaft

BAYVGH, URTEIL VOM 29.09.2005
7 B 03.1369 (NVWZ-RR 2006, 587)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtlich korporierte Glaubensgemeinschaft (hier: die Evangelisch-Lutherischen Kirche) sich durch ihre Vertreter abfällig über eine andere Glaubensgemeinschaft (hier: "Universelles Leben") äußern darf.

Das Gericht stellt zunächst fest, dass es für eine derartige Äußerung keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG, welcher es staatlichen Exekutiv- und Judikativorganen verwehre, wesentliche Maßnahmen ohne gesetzliche Grundlage zu treffen, gelte nicht für Glaubensgemeinschaften, auch wenn diese öffentlich-rechtlich korporiert seien. In Glaubensfragen handelten diese nämlich nicht als staatliche, sondern als kirchliche Stelle.

Insofern ist es konsequent, wenn der VGH solche Glaubensgemeinschaften in Ausübung ihrer Glaubensfreiheit nicht - wie staatliche Stellen - als grundrechtsgebunden, sondern - wie Bürger - als grundrechtsberechtigt ansieht und die Zulässigkeit der abfälligen Äußerungen einer Abwägung der betroffenen Grundrechte (jeweils Art. 4 GG) entnimmt. Dabei überträgt das Gericht die bereits zu Art. 5 I GG in der Rspr. des BVerfG entwickelten Grundsätze auf Art. 4 GG. Hier wie dort sind Tatsachenbehauptungen zulässig, solange sie wahr sind; Werturteile sind generell zulässig, solange sie nicht als sogen. "Schmähkritik" jede Sachlichkeit vermissen lassen. Für die öffentlich-rechtlich korporierten Glaubensgemeinschaften soll bei der Beurteilung, ob eine solche "Schmähkritik" vorliegt, allerdings ein etwas strengerer Maßstab als für den Durchschnittsbürger gelten, weil ihnen durch ihre besondere Möglichkeit zur Einflussnahme auf die öffentliche Meinung auch eine etwas höhere Verantwortung obliege. Trotz dieses strengeren Maßstabs hält der VGH aber z.B. den Ausdruck "Psychosekte" nicht für Schmähkritik.

Prüfungsrelevanz:

Bei dem Problemkreis "staatliche Warnungen" handelt es sich um einen Examensklassiker, zu dem es mittlerweile eine Fülle von Literaturbeiträgen (vgl. nur die hervorragende Zusammenfassung des status quo bei Murswieck, NVwZ 2003, 1 ff.) und Urteilen (vgl. Vertiefungshinweise) gibt. Immer neue Fälle (Jugendsekten, Reisen in Kriegsgebiete, Glykolwein, BSE-Rindfleisch, Endiviensalat, Gammelfleisch usw.) sorgen für stetige Aktualität.

Das Hauptproblem der "klassischen" Fallkonstellation ist, ob und wann es einer Ermächtigungsgrundlage der staatlichen Stelle für eine solche Warnung bedarf. Darin liegt der wesentliche Unterschied zum vorliegenden Fall, in dem zwar eine Glaubensgemeinschaft handelte, die öffentlich-rechtlich korporierte ist, die aber keine hoheitliche Aufgabe wahrnahm.

Auf die Anspruchsgrundlage auf Unterlassen der kritischen Äußerungen geht der VGH nicht ein. In einer Examensaufgabe wäre aber regelmäßig von einer solchen auszugehen. Sie wird in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung im gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch zu finden sein. Dieser setzt u.a. die Rechtswidrigkeit der drohenden Folge (=Äußerung) voraus; unter diesem Punkt wäre dann die hier vom VGH behandelte Frage zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen die

Äußerung zulässig ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Kritik der Sektenbeauftragten der Evangelisch-Lutherischen Kirche an der Glaubensgemeinschaft "Universelles Leben": *BayVGH*, NVwZ-RR 2006, 586

❑ Keine Ermächtigungsgrundlage für Äußerungen von öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften erforderlich: *BayVGH*, NVwZ 1994, 787

❑ Zulässigkeit staatlicher Warnungen vor einer Glaubensgemeinschaft: *BVerfGE* 105, 252; 105, 279 = RA 2002, 449; *BVerwG*, NJW 1991, 1770; *BVerwGE* 90, 112; *BVerwG*, NVwZ 1994, 162 (alle zu "Osho")

❑ Weitere "Warnungsfälle": *OVG Münster*, NVwZ 1997, 302 und *OVG Hamburg*, NVwZ 1995, 498 (beide zu "Scientology"); *VGH München*, NVwZ 1995, 793 ("Universelles Leben")

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

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Alcopops"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaft (hier: der Evangelisch-Lutherischen Kirche) benötigen für die Äußerung von Kritik an der Tätigkeit anderer Religionsgemeinschaften (hier: "Universelles Leben") keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.

2. Solche Äußerungen sind vielmehr als Ausprägung ihres Grundrechts auf Glaubens- und Religionsfreiheit aus Art. 4 GG zulässig, sofern sie einen angemessenen Grad an Sorgfalt, Sachlichkeit und Wahrhaftigkeit beachten.

Sachverhalt:

Der Kl., eine Religionsgemeinschaft, erhob beim VG gegen die Bekl., eine öffentlich-rechtliche korportierte Religionsgemeinschaft, Klage mit folgendem Antrag: "Der Bekl. wird untersagt, ausdrücklich oder sinngemäß zu äußern oder äußern zu lassen:

1. Frau W, auf deren Neuoffenbarungen sich das Universelle Leben gründe, sage von sich: "Ich bin das Absolute Gesetz selbst." ohne dass die Bekl. hinzufügt bzw. hinzufügen lässt, dass nach der Lehre des Universellen Lebens darunter das göttliche Sein bzw. die göttliche Liebe zu verstehen sei, und dass jeder zu dem so verstandenen Absoluten Gesetz werde, der in Gott lebe;

2. das Universelle Leben sei vor allem durch die Merkmale einer Psychosekte gekennzeichnet: Der Mensch solle durch Umprogrammierung der Gehirnzellen seiner individuellen Persönlichkeit beraubt werden;

3. das Universelle Leben sei als totalitäre Sekte zu bezeichnen und stehe in Verbindung mit Scientology."

Das VG wies die Klage ab. Auch die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der VGH lässt - jedenfalls was die Äußerung der Frau W "Ich bin das Absolute Gesetz selbst" betrifft - offen, ob der Kl. prozessführungsbefugt bzw. aktiv legitimiert ist (krit. hierzu OLG Bamberg, Urteil vom 13.12.2004 - 4 U 135/04), denn die Berufung ist jedenfalls in der Sache unbegründet.

B. Begründetheit

I. Ermächtigungsgrundlage

Wie der VGH bereits mehrfach entschieden hat (grundlegend: VGH München, NVwZ 1994, 787 [789]; Urteil vom 18.12.1995 - 7 CE 95.2108), ergibt sich eine mangelnde Befugnis für die angegriffenen Äußerungen nicht bereits daraus, dass für die Kirche keine gesetzliche Grundlage besteht, die es ihr erlaubte, sich mit anderen konkurrierenden Religionsgemeinschaften und deren Einrichtungen auseinanderzusetzen und diese dabei zu kritisieren. Auf Grund der Sonderstellung der Kirchen auch in ihrer Eigenschaft als Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt es sich bei solcher Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht um Ausübung staatlicher Gewalt, für die allein das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage gilt.

II. Glaubens- und Religionsfreiheit

Nach ständiger Rechtsprechung des VGH ergibt sich das Recht der Bekl. zu kritischen Äußerungen gegenüber anderen Glaubens- und Heilslehren und solchen Gemeinschaften grundsätzlich aus dem ihr zustehenden Recht aus Art. 4 I und II GG zur Wahrnehmung der Freiheit ihres Glaubens.

1. Äußerungen von Schutzbereich umfasst

Diese Freiheit umfasst entsprechend dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft den gesamten Bereich des religiösen und weltanschaulichen Lebens, des Werbens und der Propaganda für ihre Glaubensrichtung. Maßgeblich ist allein, inwieweit die Religionsgemeinschaft es für erforderlich hält, ihr religiöses Verständnis in der Welt zur Entfaltung und Wirksamkeit zu bringen. Sie ist nicht auf Äußerungen zu "christlichen Lehrinhalten" rein akademischer Natur beschränkt. Das Grundrecht der Religionsfreiheit gibt der Religionsgemeinschaft auch das Recht, ohne Störung durch den Staat eine - auch scharfe - öffentliche Kritik an der Tätigkeit anderer Religions-

gemeinschaften zu verbreiten.

2. Schranke der Glaubensfreiheit Dritter
Das auch diesen zustehende Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung gibt keinen Anspruch darauf, dass solche öffentliche Kritik unterbleibt und die Tätigkeit religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften als reines Internum anzusehen sei, denen ein "kritikfreier Raum" vorbehalten bleiben müsse (VGH München, NVwZ 1994, 787 [789]).

a. Parallele zu Art. 5 I GG
Ein Unterlassungsanspruch gegenüber kritischen, abwertenden Äußerungen besteht damit grundsätzlich nur, wenn es sich bei den beanstandeten Äußerungen um unrichtige Tatsachenbehauptungen handelt. Ebenso wie im Bereich des Art. 5 I GG, dessen Grundsätze hier entsprechend herangezogen werden können (vgl. BVerfG, NJW 1989, 3269), können Meinungsäußerungen als Werturteile im Bereich religiösen Wirkens in der Welt nicht schon dann untersagt werden, wenn sie grundlos, falsch oder emotional, nicht rational sind (BVerwG, NJW 1993, 1845). Die Belange der Meinungsfreiheit treten nur dann regelmäßig zurück, wenn sich die Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde, also als Formalbeleidigung oder Schmähkritik darstellt, wobei an eine solche Einstufung strenge Anforderungen zu stellen sind.

aa. Unterscheidung zwischen Tatsache und Werturteil
Tatsachenbehauptungen liegen dann vor, wenn sich die Richtigkeit der Gesamtbehauptung durch eine Beweiserhebung klären lässt, es sich also um beweisbare Vorgänge handelt. Demgegenüber sind Meinungsäußerungen in ihrem wesentlichen Inhalt durch Elemente des Meinens und Dafürhaltens gekennzeichnet und einem objektiven Richtigkeitsbeweis nicht zugänglich. Sind beide Äußerungsformen miteinander verbunden und macht dies gemeinsam den Sinn der Äußerung aus, so liegt dann insgesamt eine Meinungsäußerung vor, wenn das Gesamtergebnis durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird, insbesondere wenn durch eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte der Sinn der Äußerung aufgehoben oder verfälscht würde. Vermengen sich in einer Äußerung wertende und tatsächliche Elemente in der Weise; dass die Äußerung insgesamt als Werturteil anzusehen ist, kann im Rahmen der Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen die Richtigkeit der in der Meinungsäußerung enthaltenen tatsächlichen Behauptungen eine Rolle spielen. Enthält die Meinungsäußerung erwiesen falsche oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen, so wird regelmäßig das Grundrecht der Religionsfreiheit im Sinne einer religiösen Meinungsfreiheit hinter das Grundrecht auf Religionsfreiheit der kritisierten Religionsgemeinschaft zurücktreten müssen. Es ist daher eine einzelfallbezogene Abwägung vorzunehmen.

bb. Gesteigerter Sorgfaltsmaßstab
Soweit sich der Kl. darauf beruft, der Sektenbeauftragte einer öffentlich-rechtlichen korporierten Religionsgemeinschaft unterliege bei kritischen Äußerungen in der Öffentlichkeit über andere Glaubensgemeinschaften im Hinblick auf deren Grundrechte gesteigerten Sorgfaltspflichten, ist auf Folgendes hinzuweisen:

(1). Keine Grundrechtsbindung
Grundsätzlich unterliegen die öffentlich-rechtlich korporierten Kirchen, soweit sie nicht ausnahmsweise hoheitliche Befugnisse wahrnehmen, im Rahmen der geistigen Auseinandersetzung mit anderen Religionen und sonstigen weltanschaulichen Fragen nicht den dem Staat gesetzten Grenzen. Sie sind also weder unmittelbar an die einzelnen Grundrechte gebunden noch unterliegen sie im Übrigen denselben Beschränkungen, die für den Staat gelten, wenn er beispielsweise Informationen über weltanschauliche Gruppierungen gibt (vgl. hierzu zuletzt insbesondere: BVerfGE 105, 252).

(2). Jedoch besonders starker Einfluss auf die öffentliche Meinung
Der BGH weist allerdings darauf hin (BGHZ 154, 54), dass andererseits für einen interessengerechten und dem Grundrechtssystem entsprechenden Ausgleich der betroffenen Rechtspositionen auch Berücksichtigung finden muss, dass die öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften allgemein einen erhöhten Einfluss in Staat und Gesellschaft haben und nutzen, und dass gerade auch die kirchlichen Sektenbeauftragten in den Augen der Öffentlichkeit eine gesteigerte Sachkompetenz genießen (so bereits VGH München, NVwZ 1994, 787 [789]) und damit auch eine erhöhte Verantwortung der Sektenbeauftragten korrespondiert.
Wegen der besonderen Machtmittel und des erhöhten Einflusses auf Staat und Gesellschaft lägen den öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften die besonderen Pflichten des Grundgesetzes näher als anderen Religionsgemeinschaften (BVerfG, NVwZ 2001, 908 f.; BGH, NJW 2003, 1308 [1310]). Der VGH hat zwar erhebliche Zweifel, ob eine Anknüpfung an den Korporationsstatus ein geeignetes Kriterium zur Begründung einer erhöhten Verantwortung der Sektenbeauftragten ist (kritisch hierzu Wissmann, VerwArch 2005, 369). Ebenso wie der BGH ist aber auch der VGH der Auffassung, dass von den (derzeit) öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften - auch außerhalb des ihnen übertragenen Bereichs hoheitlicher Befugnisse - in weiter gehendem Umfang als von jedem Bürger Rechtstreue verlangt werden muss, insbesondere die Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen

Ordnung ist (BGHZ 154, 54 = NJW 2003, 1308 [1310]).

(3). Daher gesteigerter Sorgfaltsmaßstab zu bejahen
Aus alledem ist zu folgern, dass von den (derzeit) öffentlichrechtlich korporierten Religionsgemeinschaften zwar nicht Neutralität verlangt werden kann, wohl aber ein angemessener Grad an Sorgfalt, Sachlichkeit und Wahrhaftigkeit (BGHZ 154, 54; ebenso bereits VGH München, NVwZ 1994, 787 [789]).

(4). Auch gegenüber anderen Glaubensgemeinschaften
Nach Auffassung des VGH gilt diese erhöhte Sorgfaltspflicht nicht nur gegenüber anderen "Personen und Unternehmen", wie es nach Auffassung der Bekl. der Leitsatz 3 sowie die hierzu gegebene Begründung der genannten Entscheidung des BGH nahe legen sollen. Denn aus den oben stehenden Ausführungen ergibt sich, dass die erhöhte Sorgfaltspflicht gerade auch gegenüber anderen nicht korporierten Religionsgemeinschaften bestehen muss.

b. Abwägung
Das ändert jedoch nichts daran, dass gerade gegenüber dem Kl. und den ihm zugeordneten Vereinigungen auch scharfe, plakative und überspitzte Formulierungen zulässig sind, zumal das Universelle Leben selbst die beiden großen korporierten Kirchen - und auch andere Institutionen - nachhaltig und heftig kritisiert (BVerfG, NVwZ 1995, 471; VGH München, Urteil vom 18.12.1995 - 7 CE 95.2108). Auch unter Beachtung der genannten gesteigerten Sorgfaltspflicht des Sektenbeauftragten sind die beanstandeten Aussagen durch die religiöse Äußerungsfreiheit der Bekl. gedeckt. Der VGH nimmt hierzu auf die zutreffenden Ausführungen des VG im angefochtenen Urteil Bezug. Ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen:

aa. Tatsachenbehauptung
Was die Äußerung des Sektenbeauftragten betrifft, Frau W sage von sich: "Ich bin das Absolute Gesetz selbst", folgt ihre Zulässigkeit bereits daraus, dass es sich dabei um die Wiedergabe eines wörtlichen Zitats handelt, das richtig und nicht etwa verkürzt wiedergegeben wurde. Das Begehren des Kl., er könne von der Bekl. verlangen, das Zitat stets nur zusammen mit der Interpretation wiederzugeben, "dass nach der Lehre des Universellen Lebens darunter das göttliche Sein bzw. die göttliche Liebe zu verstehen sei, und dass jeder zu dem so verstandenen Absoluten Gesetz werde, der in Gott lebe", greift demgegenüber nicht durch. Im religiösen Meinungskampf ist die Bekl. nicht an das Selbstverständnis des Kl. gebunden mit der Folge, dass der Kl. der Bekl. als Religionsgemeinschaft vorgeben könnte, wie die Bekl. die Glaubenssätze des Kl. verbindlich zu verstehen habe (vgl. z.B. VGH München, NVwZ 1994, 787 m.w.N.).

bb. Werturteile
Im Rahmen der weltanschaulich-religiösen Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Religionsgemeinschaften ist schließlich auch die Äußerung des Sektenbeauftragten der Bekl. zulässig, dass die Gruppe des Universellen Lebens vor allem durch die Merkmale einer Psychosekte gekennzeichnet sei, da der Mensch durch "Umprogrammierung der Gehirnzellen" seiner individuellen Persönlichkeit beraubt werde.
Der Kl. führt zwar zu Recht aus, dass die Bezeichnung als Sekte ganz allgemein für kleine religiöse Gemeinschaften im heutigen gesellschaftlichen Bewusstsein weitgehend eine abwertende Komponente enthält. Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf aber selbst der Staat, der im Gegensatz zur Bekl. dem Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität unterliegt, den Begriff "Psychosekte" verwenden, da derartige Äußerungen schon nicht den Schutzbereich des Grundrechts der Religions- oder Weltanschauungsfreiheit berühren (BVerfGE 105, 252 [295]). Derartige Äußerungen enthalten nach der genannten Rechtsprechung keine diffamierenden oder verfälschenden Darstellungen, sondern bewegen sich im Rahmen einer sachlich geführten Informationstätigkeit über die betroffenen Gemeinschaften und wahren somit die selbst vom Staat geforderte Zurückhaltung. Dies muss erst recht für die Bekl. als Religionsgemeinschaft gelten, die - mit der genannten Einschränkung - grundsätzlich dem Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität nicht unterliegt.
Der VGH hat sich bereits mehrfach mit den Äußerungen der Bekl. gegenüber der Glaubensgemeinschaft Universelles Leben befasst (vgl. insb. VGH München, NVwZ 1994, 787; Beschluss vom 18.12.1995 - 7 CE 95.2108). Er lässt offen, ob alle in diesen Entscheidungen nicht beanstandeten Äußerungen den o.g. erhöhten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Sektenbeauftragten der Bekl. genügen. Jedenfalls sind die hier in Streit stehenden Äußerungen insoweit nicht zu beanstanden, als dort - letztlich im Zusammenhang - behauptet wird, bei der Glaubensgemeinschaft des Universellen Lebens handle es sich um eine totalitäre Psychosekte. Der VGH weist noch einmal (s. VGH München, Urteil vom 18.12.1995 - 7 CE 95.2108) darauf hin, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, das wahre Wesen der Lehre des Universellen Lebens anhand einer Gesamtschau der von diesem herausgegebenen Schriften festzustellen. Das Gericht ist auch nicht zum Schiedsrichter im Streit zwischen Religionsgemeinschaften berufen. Es macht sich die Aussagen des Sektenbeauftragen weder zu Eigen, noch stellt es fest, dass diese zutreffen. Alleiniger Gegenstand der Entscheidungen des Gerichts ist, ob sich aus den Schriften des Universellen Lebens hinreichende Anhaltspunkte für die Aussagen des Sektenbeauftragten ergeben und ob diese Aussagen noch vom Recht auf religiöse Meinungsfreiheit gedeckt sind. Dass die Nachforschungen des Sektenbeauftragten die Aussage tragen, bei der

Glaubensgemeinschaft des Universellen Lebens handle es sich um eine totalitäre Organisation, hat der VGH mehrfach entschieden (s. zuletzt VGH München, Beschluss vom 18.12.1995 - 7 CE 95.2108). Daran hat sich nichts geändert.

Standort: Baurecht Problem: Geltungsdauer eines Bauvorbescheids

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 17.03.2006
8 B 1920/05 (NVWZ-RR 2006, 597)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Berechnung der Geltungsdauer eines Bauvorbescheids. In NRW beträgt diese nach § 71 I 2 BauO NRW grds. zwei Jahre. Wie ist es nun, wenn der Bauvorbescheid innerhalb dieser zwei Jahre von der Baugenehmigungsbehörde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung zurückgenommen wurde, der Begünstigte sich gegen diese Rücknahme mit Rechtsbehelfen (Widerspruch und Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO) gewehrt hat und die Behörde schlussendlich ihre Rücknahmeentscheidung wieder aufhebt?

Das OVG NRW meint, dass die Geltungsdauer des Bauvorbescheids für die Zeit von der Bekanntgabe der Rücknahme bis zu ihrer Aufhebung jedenfalls gehemmt gewesen sei, sich m.a.W. am Ende um diesen Zeitraum verlängere. Dies gelte auch, wenn der Begünstigte gleichwohl von dem Bauvorbescheid habe Gebrauch machen - d.h. einen Bauantrag unter Ausnutzung seiner Bindungswirkung stellen - können, weil er die Rücknahme mit Suspensiveffekt angefochten habe (wobei im vorliegenden Fall verkomplizierend hinzu kam, dass die Rücknahme für sofort vollziehbar erklärt worden war, so dass es zum Eintritt des Suspensiveffekts eines erfolgreichen Antrags nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO bedurfte).

Das OVG erwägt sogar, von einer Unterbrechung der Geltungsdauer auszugehen. Dies hätte zur Folge, dass die zwei Jahre nach Aufhebung der Rücknahme des Bauvorbescheids neu zu laufen begonnen hätten. Da es hierauf im vorliegenden Fall aber nicht ankam - der Bauantrag war auch innerhalb der Geltungsdauer gestellt worden, wenn man "nur" von einer Hemmung ausging - musste sich das Gericht diesbezüglich nicht festlegen.

Prüfungsrelevanz:

Die Bindungswirkung eines Bauvorbescheids bewirkt, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Bauvorhabens von den Angaben im Bauvorbescheid nicht abgewichen werden darf, sofern der Bauantrag innerhalb der Geltungsdauer des Bauvorbescheids gestellt wird. In einer Examensaufgabe wäre es ein grober Fehler, die Zulässigkeit eines solchen Bauvorhabens an einer Voraussetzung scheitern zu lassen, deren Einhaltung durch den bindenden Bauvorbescheid vorgegeben ist. Es wäre sogar fehlerhaft, diese Voraussetzung überhaupt zu prüfen. Soweit die Bindungswirkung reicht, ist lediglich in einem Ergebnissatz festzustellen, dass die Wahrung der Voraussetzung durch den bindenden Bauvorbescheid vorgegeben ist.

Die Geltungsdauer der Bauvorbescheide muss daher genau berechnet werden können. Sie beginnt nach st.Rspr. des BVerwG (NVwZ 1989, 863) mit der Bekanntgabe des Bauvorbescheids, nicht - wie früher vereinzelt vertreten wurde - erst mit seiner Bestandskraft. Sie endet mit Ablauf der Frist, die je nach Bundesland unterschiedlich lang bemessen sein kann, regelmäßig jedoch zwei (so im vorliegenden Fall in NRW, § 71 I 2 BauO NRW) oder drei (so z.B. in § 74 II NdsBauO) Jahre beträgt. Die Berechnung des Fristendes kann, wie der vorliegende Fall zeigt, zuweilen schwierig werden und sich deshalb für Prüfungsaufgaben anbieten.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verlängerung der Geltungsdauer eines Bauvorbescheides: *NdsOVG*, NVwZ-RR 1995, 246

❑ Zur Anwendbarkeit des § 212a BauGB auf Bauvorbescheide: *BayVGH*, RA 1999, 603 = BayVBl 1999, 467

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Garagenterrasse"

Leitsätze:

1. Ein auf die Zurückstellung eines Baugesuchs bezogenes Verfahren ist von der Immissionsschutzbehörde fortzuführen, wenn das zur Genehmigung gestellte Vorhaben immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig wird.

2. Die Geltungsdauer eines Vorbescheids dürfte gehemmt oder unterbrochen werden, wenn der Vorbescheid unter Anordnung sofortiger Vollziehung zurückgenommen wird.

3. Wird vor Ablauf der Geltungsdauer eines Vorbescheids ein Genehmigungsantrag gestellt, besteht die Bindungswirkung des Vorbescheids fort.

4. Die Frist für die Zurückstellung eines Baugesuchs nach § 15 III 3 BauGB von sechs Monaten nach Kenntnis von dem Bauvorhaben läuft in den Fällen, in denen die Gemeinde selbst Baugenehmigungsbehörde ist, grundsätzlich ab Eingang des Genehmigungsantrags. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde das Baugesuch für unzulässig hält.

Sachverhalt:
Die Ast. wandte sich gegen die Zurückstellung zweier Anträge, ihr am 2.4.2002 erteilte Vorbescheide für die Errichtung je einer Windkraftanlage zu verlängern. Die Vorbescheide, deren Verlängerung die Ast. begehrte, hatte der Bürgermeister der Stadt S. mit Bescheiden vom 13.1.2004 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung zurückgenommen.
Bereits am 11.3.2004 beantragte die Ast. die Verlängerung ihrer Vorbescheide. Nach einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, in dem die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Ast. gegen die Rücknahmebescheide wiederhergestellt worden war, erinnerte die Ast. Anfang April 2005 an ihre Verlängerungsanträge und beantragte vorsorglich erneut die Verlängerung. Mit Bescheiden vom 5.4.2005 hob der Bürgermeister der Stadt S. die Rücknahmebescheide wieder auf. Spätestens im Mai 2005 reichte die Ast. Bauanträge ein. Den Antrag der Ast. auf Verlängerung der Vorbescheide stellte der Bürgermeister der Stadt S. mit den streitgegenständlichen Bescheiden vom 14.6.2005 gem. § 15 III BauGB für die Dauer von zwölf Monaten unter Anordnung der sofortigen Vollziehung zurück. Dagegen erhob die Ast. Widerspruch.
Ihr Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Widersprüche hatte in zweiter Instanz Erfolg.

Aus den Gründen:
Der Antrag ist zulässigerweise gegen den Ag. gerichtet, obwohl die angefochtenen Bescheide vom 14. 6. 2005 vom Bürgermeister der Stadt S. erlassen worden sind; der Ast. hat nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der angefochtenen Zurückstellungen. Die vorzunehmende Interessenabwägung fällt zugunsten der Ast. aus, weil die angefochtenen Zurückstellungsbescheide aller Voraussicht nach rechtswidrig sind.

A. Zulässigkeit

I. Antragsgegner
Dass das Staatliche Umweltamt E. der richtige Ag. ist, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:
Auf die streitgegenständlichen Zurückstellungen vom 14.6.2005 ist bereits nach allgemeinen Grundsätzen das derzeit geltende Recht anzuwenden, weil im Hauptsacheverfahren auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit der (noch nicht ergangenen) Widerspruchsentscheidung abzustellen wäre. Danach führt der Ag. das Verfahren hinsichtlich der Zurückstellungen zu Recht weiter, weil ihm seit dem 1.7.2005 die Entscheidungen über die zurückgestellten Verlängerungsanträge obliegen. Die Verfahren auf Verlängerung der in Rede stehenden Bauvorbescheide sind nach den derzeit geltenden Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom Ag. zu Ende zu führen; damit ist dieser auch für die streitgegenständlichen Zurückstellungen zuständig geworden.

II. Allg. Rechtsschutzinteresse

1. Änderung der Rechtslage
Da Windkraftanlagen über 50 m Höhe gem. § 1 I der 4. BImSchV und Nr. 1.6 ihres Anhangs seit dem l.7.2005 einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen, kommt die Erteilung von Baugenehmigungen und Bauvorbescheiden ebenso wie die Verlängerung von Bauvorbescheiden für Windkraftanlagen nicht mehr in Betracht. Gemäß § 67 IV BImSchG sind Verfahren, die vor dem Inkrafttreten einer Rechtsänderung begonnen worden sind, nach den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsvorschriften zu Ende zu führen (vgl. für eine vergleichbare Rechtsänderung BVerwGE 121, 182; 122, 117; OVG Münster, Urteil vom 24.1.2005 - 10 D 144/02).
§ 67 IX 3 BImSchG steht dem nicht entgegen; diese Regelung sieht die Anwendbarkeit alten Rechts nur für Verfahren auf Erteilung einer Baugenehmigung vor, die vor dem 1.7.2005 rechtshängig geworden sind. Unabhängig davon, ob diese Vorschrift für Verfahren auf Erteilung oder Verlängerung eines Bauvorbescheids entsprechend anwendbar ist, wäre im hier streitigen Fall neues Recht anwendbar, weil die Verlängerungsbegehren der Ast. nicht vor dem 1.7.2005 rechtshängig geworden sind.

2. Fortgeltende Bindungswirkung der Vorbescheide
Die Ast. hat trotz der von ihr eingereichten Bauanträge nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Widersprüche gegen die angefochtenen Zurückstellungsbescheide. Das Rechtsschutzinteresse kann ihr nicht von vornherein deshalb abgesprochen werden, weil ihre Bauanträge noch innerhalb der Geltungsdauer der Vorbescheide eingereicht worden sind. Die damit verbundenen Fragen sind nicht einfach zu beurteilen und in der Rechtsprechung des OVG Münster - soweit ersichtlich - in dieser Form auch noch nicht entschieden worden.
Allerdings dürften der am 11.5.2005 gestellte Bauantrag vom 14.4.2005 und der spätestens zum selben Zeitpunkt gestellte Bauantrag vom 19.5.2003 bei summarischer Betrachtung noch innerhalb der Geltungsdauer der Vorbescheide gestellt worden sein, so dass deren Bindungswirkung unabhängig von der begehrten Verlängerung fortbestehen dürfte (vgl. zur Erhaltung der Bindungswirkung durch rechtzeitige Antragstellung Schulte, in: Boeddinghaus/Hahn/Schulte, NWBauO, § 71 Rdnr. 54; Heintz, in: Gädtke/Temme/Heintz, NWBauO, 10. Aufl. [2003], § 71 Rdnr. 18; OVG Münster, BRS 27 Nr. 140; BRS 38 Nr. 110; entsprechend für den immissionsschutzrechtlichen Vor-

bescheid Dietlein, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 9 BImSchG Rdnr. 82; s. auch BVerwGE 69, 1).

a. Kein Fristlauf während der Rücknahme

Die zweijährige Geltungsdauer der Vorbescheide (§ 71 I 2 NWBauO) dürfte nicht bereits im April 2004 geendet haben, sondern zumindest um den Zeitraum zwischen Bekanntgabe der Rücknahme der Vorbescheide im Januar 2004 und Bekanntgabe der Aufhebung dieser Rücknahmebescheide im April 2005 verlängert worden sein. So ist für die Geltungsdauer einer Baugenehmigung anerkannt, dass sie unterbrochen oder gehemmt wird, wenn ein Bauherr durch hoheitlichen Eingriff gehindert wird, von ihr innerhalb der gesetzlichen Fristen Gebrauch zu machen (vgl. OVG Münster, BRS 29 Nr. 122; BRS 35 Nr. 166; dazu Schulte, § 77 Rdnrn. 11 f.; Heintz, § 77 Rdnrn. 10 f.).

Dasselbe gilt für Bauvorbescheide. Der Zweck ihrer zweijährigen Bindungswirkung würde verfehlt, müsste der Bauherr neben dem Vorbescheid einen Bauantrag stellen, solange er noch wegen nicht abgeschlossener Widerspruchs- oder Gerichtsverfahren damit rechnen muss, dass die ihm günstige Wirkung des Vorbescheids wieder entfällt.

Deshalb dürfte die Geltungsdauer eines Vorbescheides für die Zeit eines hoheitlichen Eingriffs in Form etwa einer Stilllegungs- oder Rücknahmeverfügung auch dann nicht laufen, wenn die Baugenehmigung oder der Bauvorbescheid vollziehbar ist (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 22.6.2001 - 7 A 3553/00 unter Hinweis auf OVG Münster, Urteil vom 9.5.1997 - 7 A 1071/96; zum Vorbescheid: VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 485 - für Fälle des Nachbarwiderspruchs ohne aufschiebende Wirkung).

b. Hemmung oder Unterbrechung?

Dabei ist allerdings umstritten, ob der Fristlauf gehemmt (die Frist also nur um die Dauer der Hemmung verlängert wird) oder ob er unterbrochen wird (die Frist also nach Ende der Unterbrechung neu zu laufen beginnt).

Auch wenn man nur von einer Hemmung ausgeht, dürften die Vorbescheide bei Bauantragstellung spätestens am 11.5.2005 noch wirksam gewesen sein. Die zweijährige Geltungsdauer begann mit der Bekanntgabe der Vorbescheide vom 2.4.2002 gem. den §§ 43 I 1, 41 II NWVwVfG am dritten Tag nach Aufgabe zur Post, also am 5.4.2002, zu laufen. Für die Zeit von der Bekanntgabe der Rücknahmebescheide am 16.1.2004 bis zur Bekanntgabe der Aufhebungsverfügungen am 17. bzw. 18.4.2005 dürfte davon auszugehen sein, dass die Ast. an der Ausnutzung der Bauvorbescheide gehindert war. Im Fall einer Hemmung dürften die Vorbescheide noch etwa zweieinhalb Monate (= Zeit zwischen der Bekanntgabe der Rücknahmebescheide am 16.1.2004 und dem regulären Ablauf der Geltungsdauer der Vorbescheide am 5.4.2004) nach Bekanntgabe der Rücknahmebescheide am 17. bzw. 18.4.2005 - und damit über den 11. 5. 2005 hinaus - fortgegolten haben.

3. Bestandskraft irrelevant

Die Bindungswirkung der Vorbescheide hängt auch nicht davon ab, ob sie bereits unanfechtbar geworden sind (vgl. BVerwG, NVwZ 1989, 863).

B. Begründetheit

Bei der gem. § 80 V VwGO in der Sache vorzunehmenden Interessenabwägung überwiegt das Interesse der Ast., vom Vollzug der angefochtenen Zurückstellungsbescheide vorerst verschont zu bleiben, das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung. Denn nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage werden sich die angefochtenen Bescheide - entgegen der Auffassung des VG - aller Voraussicht nach als rechtswidrig erweisen.

I. Frist des § 15 III 3 BauGB

Dabei bedarf es keiner Klärung, ob die hier mittelbar angestrebten Entscheidungen über die Verlängerung der Geltungsdauer von Bauvorbescheiden als Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben i. S. des § 15 III 1 BauGB anzusehen sind. Auch wenn dies der Fall wäre, könnte gleichfalls offen bleiben, ob die Frist des § 15 III 3 BauGB von sechs Monaten, nachdem die Gemeinde in einem Verwaltungsverfahren von dem Bauvorhaben förmlich Kenntnis erhalten hat, schon ab Kenntnis des ursprünglichen Bauantrags liefe, so dass die Frist bei der Entscheidung über einen Verlängerungsantrag zumindest regelmäßig verstrichen wäre. Selbst wenn nämlich für einen Antrag auf Verlängerung eines Bauvorbescheids (ggf. erneut) die Zurückstellungsmöglichkeit bestünde, ist die Frist des § 15 III 3 BauGB nicht gewahrt worden.

1. Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde

Hier hätte die Entscheidung über die Verlängerungsanträge auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des § 15 III BauGB nur innerhalb der Sechsmonatsfrist zurückgestellt werden dürfen. Die Gemeinde war bei Eingang der Verlängerungsanträge selbst Baugenehmigungsbehörde, so dass es nicht nur keines gesonderten Antrags der Gemeinde nach § 15 III 1 BauGB bedurfte (vgl. BGH, NVwZ 2002, 124 = DVB12001, 1619; Rieger, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. [2006], § 15 Rdnr. 8; Bielenberg/Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 15 Rdnr. 36; unter Bezugnahme auf BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83), sondern ihr als Gemeinde darüber hinaus auch kein besonderes Antragsrecht im Vorfeld der Entscheidung über die Zurückstellung zugestanden hat (vgl. dazu die auf § 15 BauGB übertragbaren Erwägungen des BVerwG zu §

36 BauGB: BVerwGE 121, 339 = NVwZ 2005, 83).
Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob die Sechsmonatsfrist des § 15 111 3 BauGB frühestens mit Beginn des In-Kraft-Tretens der Regelung am 20. 7. 2004 begonnen haben kann (vgl. OVG Koblenz, ZfBR 2005, 484), oder ob auch davor liegende Zeiträume zu berücksichtigen sind (vgl. Lemmel, BauR 2005, 1878). Denn spätestens am 20. 7. 2004 hätte der Fristlauf bei Anwendbarkeit des § 15. III BauGB auf die Verlängerungsanträge begonnen.

2. Zeitpunkt der Kenntnisnahme
Die Gemeinde hat nämlich bereits vor diesem Zeitpunkt in einem Verwaltungsverfahren von den Verlängerungsanträgen förmlich Kenntnis erhalten. Die Verlängerungsanträge der Ast. sind am 11. 3. 2004 bei der Stadt S. eingegangen. Anwaltlich vertreten hat die Stadt S. zwar mit Schreiben vom 18. 3. 2004 dahingehend reagiert, sie wolle die unter Anordnung der sofortigen Vollziehung zurückgenommenen Vorbescheide nicht verlängern und sehe die Verlängerungsanträge damit als erledigt an, sofern die Ast. nicht mitteile, dass sie weiterhin eine rechtsmittelfähige Bescheidung der Verlängerungsanträge wünsche. Spätestens nachdem die Ast. daraufhin mit Schreiben vom 30.3.2004 auf einer Entscheidung über ihre Verlängerungsanträge ausdrücklich bestanden hatte, konnte die Stadt S. jedoch nicht mehr davon ausgehen, dass die Anträge mit dem Schreiben ihrer Anwälte vom 18.3.2004 erledigt waren. Spätestens mit dem Erhalt des Schreibens vom 30.3.2004 hatte die Stadt S. Kenntnis von dem Fortbestand der Verlängerungsbegehren der Ast. Dieser Zeitpunkt ist spätestens als Fristbeginn in § 15 III 3 BauGB bezeichnet, weil dort der Zeitraum geregelt ist, "in dem die Gemeinde nach Kenntnis vom Zulassungsverfahren tätig werden kann" (vgl. Begr. des Bauausschusses, BT Dr 15/2996).
Gerade in den Fällen, in denen die Gemeinde mit der Genehinigungsbehörde identisch ist, kann sie nach dem erkennbaren Sinn der Regelung den Beginn des Fristlaufs insbesondere nicht dadurch beliebig hinauszögern, dass sie unter Verstoß gegen § 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 NWVwVfG i.V. mit den §§ 77 II und 71 II NWBauO Verlängerungsanträge nicht zum Anlass nimmt, entsprechende Verwaltungsverfahren auch tatsächlich zu betreiben. Insbesondere war sie zur Bescheidung der Verlängerungsanträge unabhängig davon verpflichtet, ob sie die Anträge wegen der vollziehbaren Rücknahmeverfügungen seinerzeit für unzulässig oder unbegründet hielt (vgl. Clausen, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. [2004], § 22 Rdnr. 19).
Die Frist begann auch nicht erneut dadurch zu laufen, dass die Stadt S. die Erinnerungen der Ast. vom 1. 4. 2005 als neue Verlängerungsanträge betrachtete und nur die Entscheidung über sie aussetzte.

II. Ergebnis
Nach alledem durften die Entscheidungen über die Verlängerungsanträge zumindest später als sechs Monate nach dem 20. 7. 2004, also ab dem 20.1.2005, nicht mehr zulässigerweise zurückgestellt werden.

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:	Ass. Kathrin Lüdtkemeier (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte *früherer* Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: ZPO Problem: Streitverkündung gegenüber Sachverständigen

BGH, BESCHLUSS VOM 27.07.2006
VII ZB 16/06 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehren von den Bekl. die Zahlung restlichen Werklohns. Die Beklagten machen u.a. geltend, die Vertragsleistungen seien nicht vertragsgemäß erbracht worden.

Im Rahmen dieses Verfahrens fertigten die Sachverständigen H und B als (Mit-) Gutachter zwei Gutachten an. Die Bekl. behaupten, die Gutachten seien teilweise grob fahrlässig unrichtig, so dass ihnen Ansprüche aus § 839 a BGB auf Schadensersatz zustünden. Die Bekl. verkündeten den Sachverständigen den Streit. Das LG lehnte die Zustellung der Streitverkündungsschriftsätze ab, da die Zustellung rechtsmissbräuchlich sei.

Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde sowie die zugelassene Rechtsbeschwerde haben keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Bei der Streitverkündung handelt es sich um eine prüfungsrelevante Problemstellung, die vor allem das Assessorexamen betrifft. Hier geht es im Kern um die Frage, ob einem Sachverständigen, der mit der Erstellung eines Gutachtens in einem anhängigen Rechtsstreit betraut ist, der Streit verkündet werden kann. Diese Fragestellung könnte als Teilproblem leicht in eine Examensklausur eingebaut werden. Grundsätzlich ist an die Streitverkündung gem. §§ 72 f. BGB dann zu denken, wenn im Falle eines ungünstigen Prozessausgangs Ansprüche gegen Dritte in Betracht kommen. Allerdings ist zu beachten, dass die Wirkungen der Streitverkündung nur dann eintreten, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 72 f. BGB beachtet werden; die Zulässigkeit der Streitverkündung ist jedoch erst eine Frage des Nachfolgeprozesses.

Hier ging es konkret um die Frage, ob die Streitverkündungsschriftsätze den Sachverständigen hätten zugestellt werden müssen, um die Voraussetzung zur Streitverkündung zu schaffen. Der erkennende Senat des BGH schließt sich erstmalig ausdrücklich der in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht an, dass eine Streitverkündung in einem anhängigen Rechtsstreit nicht zulässig sei. Dies sei nicht zu vereinbaren mit der Stellung des Sachverständigen. Der Sachverständige sei ein zur Unparteilichkeit verpflichteter Helfer des Gerichts und insoweit kein Dritter im Sinne des § 72 I ZPO, sondern Beteiligter des Prozesses. Daher sei auch bereits die Zustellung des Schriftsatzes an sich zu verweigern. Bereits durch die Zustellung werde der ordnungsgemäße Fortgang des Verfahrens gefährdet. Der Sachverständige könne sich veranlasst sehen, dem Rechtsstreit beizutreten, womit seine Befangenheit herbeigeführt wäre.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Haftung eines Sachverständigen: *OLG Karlsruhe*, RA 2005, 156 = NJW 2005, 515; *BGH*, RA 2003, 774 = NJW 2003, 2825

Leitsätze:

Die Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen gegen diesen aus angeblich fehlerhafter, im selben Rechtsstreit erbrachter Gutachterleistungen ist unzulässig. Der Streitverkündungsschriftsatz ist nicht zuzustellen.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von den Bekl. die Bezahlung restlichen Werklohns. Die Bekl. machen u.a. geltend, die Werkleistungen seien teilweise nicht vertragsgerecht erbracht worden. Der Sachverständige H. hat im Auftrag des Landgerichts unter dem 13.09.2004 ein schriftliches Gutachten erstattet, der Sachverständige B. als Mitgutachter ein solches unter dem 21.06.2005. Die Bekl. behaupten, Gutachten und Mitgutachten seien teilweise grob fahrlässig unrichtig. Mit Schriftsatz vom 19.10. 2005 haben sie den beiden Sachverständigen den Streit verkündet. Sie machen geltend, bei einer den Gutachten folgenden rechtskräftigen Entscheidung zu ihrem Nachteil stünden ihnen Schadensersatzansprüche gemäß § 839 a BGB gegen die Sachverständigen zu. Das Landgericht hat die Zustellung der Streitverkündungsschriftsätze abgelehnt, da die Streitverkündung rechtsmissbräuchlich sei. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstreben die Beklagten die Zustellung der Streitverkündungsschriftsätze an die Sachverständigen H. und B.

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde der Beklagten ist gemäß § 574

I 1 Nr. 2, III ZPO zulässig. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.
Das BeschwGer. führt aus, die Streitverkündungsschriftsätze seien den Sachverständigen zu Recht nicht zugestellt worden, weil die Streitverkündung vorliegend eine nicht hinnehmbare, letztlich missbräuchliche Einflussnahme auf das Gerichtsverfahren darstelle und die für die Gerichtsgutachtertätigkeit unverzichtbare Unparteilichkeit untergrabe. Ziel der Bekl. sei es, die erforderliche weitere Sachaufklärung durch die gerichtlich eingesetzten Gutachter zu unterbinden. Denn die Streitverkündung gegenüber den gerichtlichen Sachverständigen habe, wie dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. unzweifelhaft bewusst sei, bei einem Beitritt zwingend den Verlust der Unparteilichkeit des Sachverständigen zur Folge, während für den Streitverkünder die Interventionswirkung des § 68 ZPO nicht zu erzielen sei.

B. Argumentation der Rechtsbeschwerde
Die Rechtsbeschwerde ist demgegenüber der Auffassung, der Partei müsse Gelegenheit gegeben werden, die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für einen ihr gemäß § 839 a BGB zustehenden Anspruch zu schaffen. Werde ihr die Möglichkeit der Streitverkündung versagt, beraube man sie eines ganz wesentlichen Mittels, welches dem Sachverständigen vor Augen führe, dass eine Partei erwäge, wegen eines falschen Gutachtens gegen ihn vorzugehen. Es sei auch nicht ersichtlich, weshalb die Streitverkündung zum Schutz des Sachverständigen zu unterbleiben habe. Bei einem nach seiner pflichtgemäßen Beurteilung richtigen Gutachten habe der Sachverständige nichts zu befürchten. Habe das Gutachten Mängel, sei es seine Aufgabe, das Gutachten richtig zu stellen.

C. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde
Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die Streitverkündung an den gerichtlichen Sachverständigen unzulässig und die Zustellung der Streitverkündungsschriftsätze als rechtsmissbräuchlich zu verweigern ist.

a. Nach Rspr. und Literatur keine Möglichkeit der Streitverkündung bei anhängigem Rechtsstreit
In Rechtsprechung (OLG Koblenz, Beschluss vom 28.09. 2005 - 12 W 251/05, BauR 2006, 144) und Literatur (Böckermann MDR 2002, 1348; Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., § 72 Rdn. 1; Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, ZPO, 64. Aufl., § 72 Rdn. 5; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 72 Rdn. 3; Rickert/König NJW 2005, 1829; Kamphausen, BauR 2006, 142; differenzierend: Ulrich, BauR 2006, 724; Weise, NJW-Spezial 2006, 165) wird teilweise angenommen, eine Streitverkündung an den gerichtlichen Sachverständigen komme während eines anhängigen Rechtsstreits nicht in Betracht. Der gerichtliche Sachverständige sei als zur Unparteilichkeit verpflichteter Helfer des Gerichts kein außenstehender Dritter im Sinne des § 72 ZPO, sondern - wie der Richter - selbst Prozessbeteiligter. Die Streitverkündung an den gerichtlichen Sachverständigen sei damit generell unzulässig.

b. Der VII. Senat schließt sich der Ansicht der Rspr. und Literatur an
Der Senat hat diese Frage bisher offengelassen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 10.02. 2005 - VII ZB 22/04, BauR 2005, 899 = ZfBR 2005, 449), jedoch bereits im Urteil vom 12.01.2006 (VII ZR 207/04, BauR 2006, 716 = NZBau 2006, 239 = ZfBR 2006, 341) auf erhebliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Streitverkündung gegenüber einem Sachverständigen in einem derartigen Fall hingewiesen. Er schließt sich nunmehr der oben unter a. dargestellten Rechtsauffassung an. Die Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen gegen diesen aus angeblich fehlerhafter, im selben Rechtsstreit erbrachter Gutachterleistungen ist bereits deshalb allgemein unzulässig, weil der Sachverständige in diesem Verfahren nicht als Dritter im Sinne des § 72 I ZPO behandelt werden kann. Er steht als neutraler, vom Gericht bestellter "Gehilfe des Richters" ähnlich dem Richter nicht außerhalb des Prozesses. Wie dieser ist er, um in Erfüllung seiner prozessrechtlichen Aufgabe dem Richter die notwendige Sachkunde für die Entscheidung des Rechtsstreits zu vermitteln, zur Unparteilichkeit verpflichtet und unterliegt gemäß § 406 ZPO einer vergleichbaren Regelung über die Ablehnung wegen Befangenheit. Mit dieser verfahrensrechtlichen Stellung des Sachverständigen, insbesondere der unabdingbaren Gewährleistung seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, wäre es unvereinbar, ihn als Dritten im Sinne des § 72 I ZPO zu behandeln und ihn aus Gründen in die Rolle eines Streitverkündungsempfängers zu versetzen, die ihren Ursprung gerade in seiner Aufgabenerfüllung im Rahmen desselben Rechtsstreits haben. Ein Beitritt nach § 74 ZPO, der ihm dann nicht verwehrt werden dürfte, müsste ihn zwangsläufig an die Seite einer Prozesspartei stellen und damit seine verfahrensrechtliche Position entgegen der im Prozessrecht vorgesehenen Aufgabenverteilung völlig verändern. Er wäre nunmehr der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nach § 406 ZPO ausgesetzt und könnte auf diese Weise von einer Prozesspartei nach Belieben aus dem Rechtsstreit entfernt werden. Damit wäre die Entscheidung, ob ein Sachverständiger weiter im Verfahren verbleiben soll, in die Hand der Partei gegeben und das Recht des Gerichts beeinträchtigt, den Sachverständigen pflichtgemäß auszuwählen. Diesem aus der verfahrensrechtlichen Stellung des Sach-

verständigen folgenden Verständnis des § 72 I ZPO dahin, dass er nicht als Dritter im Sinne dieser Regelung anzusehen ist, stehen auch keine höherrangigen schutzwürdigen Interessen der Prozesspartei entgegen, die eine andere Auslegung gebieten könnten. Soweit sie in besonderen Fallkonstellationen möglicherweise ein Interesse an einer Interventionswirkung nach § 68 ZPO haben sollte, das jedenfalls nicht den Hauptstreitpunkt über Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Sachverständigengutachtens betreffen kann (vgl. dazu Rickert/König, NJW 2005, 1829), kann dies nicht dazu führen, entgegen den dargestellten verfahrensrechtlichen Grundregeln den Rechtsstreit den Gefahren auszusetzen, die aus einer faktischen Parteidisposition über den Sachverständigen resultieren würden. Vielmehr stellt sich eine Streitverkündung an den Sachverständigen regelmäßig als rechtsmissbräuchlicher Versuch dar, einen Sachverständigen, mit dessen Begutachtung die Partei nicht einverstanden ist, aus dem Rechtsstreit zu entfernen, statt die Bedenken, die gegen die gutachterliche Stellungnahme bestehen mögen, mit den insoweit vorgesehenen prozessualen Mitteln zur Geltung zu bringen.

c. Zustellung des Schriftsatzes unterbleibt

Die Zustellung einer Streitverkündungsschrift, die eine aus den dargelegten Gründen generell unzulässige Streitverkündung an den Sachverständigen bewirken soll, ist vom Gericht zu verweigern. Dies folgt daraus, dass eine Zustellung der Streitverkündungsschrift in derartigen Fällen bereits die Gefahren für einen ordnungsgemäßen Fortgang des Rechtsstreits heraufbeschwören würde, derentwegen die Streitverkündung selbst als unzulässig zu erachten ist. Im Falle einer Zustellung würde der Sachverständige, auch wenn die Streitverkündung als solche unzulässig ist, sich veranlasst sehen können, den Beitritt zum Rechtsstreit zu erklären und damit seine Befangenheit herbeizuführen. Damit wäre der Erfolg des regelmäßig rechtsmissbräuchlichen Vorgehens der Partei erreicht. Dem muss dadurch begegnet werden, dass es schon nicht zur Zustellung der Streitverkündungsschrift kommt.

Standort: Kaufrecht — Problem: Sachmangel

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 19.06.2006
1 U 38106 (NJW 2006, 2858)

Problemdarstellung:

Der Kl. verlangt Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufvertrages. Der Kl. erwarb einen Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von etwa 84.000 km zum Zeitpunkt der Übergabe. Nach einer Fahrleistung des Kl. von nur 1200 km seit der Übernahme erlitt das Fahrzeug einen Getriebeausfall. Der Bekl. erklärte sich zur Nacherfüllung trotz Aufforderung durch den Kl. nicht bereit; das Getriebe sei bei der Übergabe des Fahrzeugs funktionstüchtig und das Fahrzeug dadurch fahrtauglich gewesen.

Das LG hatte den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Das OLG bestätigte dieses Urteil des LG in der Berufung.

Prüfungsrelevanz:

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ist eines der examensrelevantesten Themen. Gerade die Anwendung des Gewährleistumgsrechts auf Kaufverträge über Gebrauchtwagen war in letzter Zeit häufig Gegenstand der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung.

Dieses Urteil ist zum einen lesenswert aufgrund der umfassenden Ausführungen zum Sachmangelbegriff. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich der erkennende Senat ausführlich mit Klauseln aus der Kaufvertragsurkunde befasst. Weder die Klausel "Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers ... .", noch die Zusage "Das Fahrzeug ist fahrbereit", vermochten einen Sachmangel i .S. des § 434 I 1 BGB begründen.

Auch ein Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 1 BGB wurde verneint. Dabei handele es sich ausschließlich um nicht abgesprochene, nach dem Vertrag jedoch faktisch vorausgesetzte und für den Verkäufer erkennbare Verwendungen außerhalb der gewöhnlichen Verwendung. Entsprechende Feststellungen, die eine Vertragswidrigkeit in dieser Hinsicht begründen konnten, wurden nicht getroffen.

Ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB wurde bejaht. Ausführliche Anmerkungen des Senates zum Auffinden des Maßstabs, anhand dessen die Mangelhaftigkeit der Kaufsache festgestellt werden kann, folgen. Zunächst sei die Vergleichsgruppe zu bestimmen. Bei dieser handele es sich um Fahrzeuge, die nach Alter und Laufleistung in etwa dem Kaufgegenstand entsprechen. Eine Begrenzung der Vergleichsfahrzeuge auf diejenigen des gleichen Typs der gleichen Marke sei jedoch nicht vorzunehmen, sog. interner Vergleich.

In bestimmen Konstellationen könne der interne Vergleich kein maßgebliches Bild vermitteln. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn es sich um Konstruktions- oder Serienfehler handele. Es sei ein Vergleich mit anderen, typgleichen oder sonst vergleichbaren Fahrzeugen anzustellen unter Berücksichtigung des jeweiligen Standes der Technik. Dieser herstellerübergreifende Vergleich sei bereits dem Wortlaut des § 434 I 2 Nr. 2 BGB zu entnehmen. Mit "üblich" sei ein zu ermittelndes faktisches Niveau gemeint. Allerdings dürfe der herstellerübergreifende Vergleich nicht zu breit angelegt werden. So müsse z.B. im vorliegenden Fall der Vergleichsmaßstab auf europäische Fahrzeuge be-

schränkt werden, da es sich bei dem Kaufgegenstand hier um ein solches Fahrzeug handele, welches für den europäischen Markt gefertigt worden sei.

Der Kaufgegenstand entsprach diesen Erwartungen des Käufers nicht. Üblicherweise könne sich der Käufer darauf verlassen, dass ein Automatikgetriebe 150.000 km halte. Auch liege ein Verschleißschaden nicht vor. Der Sachverständige erklärte insoweit, dass ein Verschleißschaden dieser Art gewöhnlich nicht bei der hier vorliegenden Laufleistung von 85.000 km auftrete.

Der Mangel lag auch bei Gefahrübergang vor. Dem stehe nicht entgegen, dass das Fahrzeug nach der Übergabe noch für etwa 1.000 - 2.000 km fahrtauglich war. Hierbei greift der erkennende Senat die Rechtsprechung zum Vorliegen eines Grundmangels auf.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Sachmangelbegriff bei Gebrauchtwagen: *BGH*, RA 2006, 282 = NJW 2006, 1195; *BGH*, RA 2005, 676 = NJW 2005, 3490; *OLG Koblenz*, RA 2004, 412 = NJW 2004, 1670

❑ Zu Rechtsproblemen des Gebrauchtwagenkaufs: *Hampel*, JuS 2003, 465

❑ Zur Abgrenzung von Verschleiß / Sachmangel: *BGH*, NJW 2006, 434 = MDR 2006, 510

❑ Zum Grund- bzw. Anlagemangel: *BGH*, RA 2006, 457 = NJW 2006, 2250; *BGH*, RA 2005, 676 = NJW 2005, 3490

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:*"Gutes Rad ist teuer!"

❑ *Assessorkurs:* "Der versicherte PKW"

Leitsatz (der Redaktion):

Tritt bei dem gekauften Gebrauchtwagen eines bestimmten Herstellers, bedingt durch eine konstruktive Schwäche, bei vergleichsweise niedrigem Kilometerstand ein vorzeitiger Getriebeausfall ein, der auf der Grundlage eines objektiven Qualitätsstandards, gemessen an Automatikgetrieben vergleichbarer Mittelklassewagen anderer Wettbewerber, dem Erwartungshorizont eines durchschnittlich verständigen Gebrauchtwagenkäufers nicht entspricht, so stellt dies einen Sachmangel dar.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt die Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufvertrags. Gemäß der verbindlichen Bestellung vom 11. 08. 2004 kaufte der Kl., ein Verbraucher, von dem bekl. Autohaus einen gebrauchten Pkw der Marke X. zum Preis von 5500,- €. Die Rubrik "Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers" blieb unausgefüllt. Als Stand des Kilometerzählers ist die Zahl 84 000 eingetragen. Unter dem 16. 9. 2004 teilte der Kl. der Bekl. mit, nach einer Fahrleistung von nur knapp 1200 km seit Übernahme (13. 08. 2004) sei das Fahrzeug nicht mehr fahrtauglich. Wahrscheinlich sei der Defekt im Bereich des Getriebes zu suchen. Die anschließende Untersuchung des Automatikgetriebes durch die Bekl. bestätigte die Vermutung des Kl. Gegen Zahlung eines Eigenanteils von 1250,- € sei man zu einer Reparatur bereit. Der Kl. ging auf diesen Vorschlag nicht ein. Durch seine Anwälte ließ er die Bekl. auffordern, bis zum 05.10.2004 die Bereitschaft zu erklären, das Fahrzeug kostenlos in Stand zu setzen. Mit anwaltlichem Antwortschreiben vom 06.10.2004 machte die Bekl. geltend, bei Übergabe des Fahrzeugs sei das Getriebe in Ordnung gewesen. Eine kostenlose Instandsetzung werde deshalb abgelehnt. Daraufhin leitete der Kl. ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Das AG Wesel beauftragte den Sachverständigen L mit der Erstattung des beantragten Gutachtens. Nach Vorlage des Gutachtens stellte der Kl. Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids. Gleichzeitig wurde die Bekl. mit Anwaltsschreiben vom 23.03.2005 zur Rückzahlung des Kaufpreises aufgefordert. Unter Berufung auf die Feststellungen des Sachverständigen L hat der Kl. im anschließenden Streitverfahren beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an ihn 5711,45 € zu zahlen.

Das LG hat der Klage uneingeschränkt stattgegeben. Die Berufung der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das LG hat der Klage zu Recht stattgegeben. Der Kl. ist zum Rücktritt vom Kauf berechtigt (§§ 437 Nr. 2, 440, 323 1 BGB). Zwar geht aus der Akte nicht hervor, dass er erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung, hier: Nachbesserung, gesetzt hat. Dem Anwaltsschreiben vom 28. 9. 2004 ist lediglich zu entnehmen, dass die Bekl. innerhalb der gesetzten Frist (5. 10. 2004) ihre Bereitschaft erklären sollte, das Fahrzeug kostenlos nachzubessern. Ob dies als Fristsetzung i. S. des § 323 I BGB genügt, kann dahingestellt bleiben. Denn durch die ernsthafte und endgültige Verweigerung einer kostenlosen Nachbesserung in Verbindung mit dem nachhaltigen Leugnen eines Sachmangels ist eine Fristsetzung jedenfalls entbehrlich geworden (§ 323 II Nr. 1 BGB). Mit dem LG ist der Senat der Ansicht, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe sachmangelhaft gewesen ist (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).

1. Vorliegen eines Sachmangels

Auf dem Boden dieser im Wesentlichen unangegriffenen Feststellungen liegt ein Sachmangel vor.

a. Kein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB

Allerdings weicht die tatsächliche Beschaffenheit, so wie der Senat sie unter 1 festgestellt hat, nicht von der vereinbarten Beschaffenheit ab. Weder ausdrücklich

noch stillschweigend haben die Parteien eine Vereinbarung getroffen, die Grundlage für die Annahme eines Sachmangels i. S. des 434 I 1 BGB sein könnte.

aa. Kein Sachmangel durch Angabe der Kilometerlaufleistung im Kaufvertrag

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass in der Kaufvertragsurkunde der Stand des Kilometerzählers mit 84 000 angegeben ist. Wie der Senat durch Urteil vom B. 5. 2006 (BeckRS 2006, 06976) entschieden hat, ist zwar mit der Erklärung "Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers ... km" zumindest eine Beschaffenheitsangabe des Inhalts verbunden, dass der Erhaltungszustand des Fahrzeugs und insbesondere des Motors nicht wesentlich stärker verschlissen sei, als die mitgeteilte Laufleistung erwarten lasse. Diese Aussage ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Zum einen hat die Bekl., aus welchen Gründen auch immer, keine Angabe über die Gesamtfahrleistung gemacht, jedenfalls nicht in der Kaufvertragsurkunde. Die entsprechende Rubrik ist frei geblieben. Vermerkt ist lediglich der Stand des Kilometerzählers, und dies möglicherweise auch nur pauschal (Rundung). Hinzu kommt, dass es im Streitfall um einen "Verschleißschaden" an der Kupplung eines Automatikgetriebes geht. Den Hinweis in dem Bestellschein auf den gegenwärtigen Kilometerstand so weit auszulegen, dass auch der Verschleißzustand der Kupplung des Automatikgetriebes erfasst ist, hält der Senat für bedenklich. Letztlich kann diese Frage dahingestellt bleiben. Denn es steht nicht fest, welcher Verschleißzustand des fraglichen Bauteils bei einem Fahrzeug vom Typ X. mit einer Kilometerlaufleistung von 84 000 zu erwarten ist. Der Sachverständige L hat sich in dieser Frage, bei der es um einen internen Vergleich unter Ausklammerung von Fremdfabrikaten geht, nicht festlegen können.

bb. Kein Sachmangel durch Zusage, das Fahrzeug sei fahrbereit

Die im Bestellschein mit "Ja" angekreuzte Zusage "Das Fahrzeug ist fahrbereit" vermag die Feststellung eines Sachmangels im subjektiven Sinne gleichfalls nicht zu begründen. Nach der Rechtsprechung des BGH zum früheren Kaufrecht nahm der Verkäufer mit der Erklärung "Fahrzeug ist bereit" die Gewähr dafür, dass der Wagen nicht mit verkehrsgefährdenden Mängeln behaftet ist, auf Grund derer er bei einer Hauptuntersuchung als verkehrsunsicher eingestuft werden müsste (BGHZ 122, 256 = NJW 1993, 1854). Ohne den "Mindestsicherheitsstandard" eines Gebrauchtfahrzeugs mit Hilfe der Zusicherung "fahrbereit" näher zu bestimmen, hat der BGH auf die Mängelgruppen der so genannten TÜV Richtlinie verwiesen. Das Getriebe ist dort ebenso wie der Motor nicht aufgeführt. Dementsprechend hat die Rechtsprechung zum ehemaligen Kaufrecht davon abgesehen, Haftungsfolgen an die Zusage "Fahrzeug ist fahrbereit" zu knüpfen, wenn ein Gebrauchtfahrzeug infolge eines Getriebedefekts nicht mehr fahrtauglich war (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnrn. 1340, 1341).

b. Kein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Eine Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit kann auch nicht damit begründet werden, das Fahrzeug des Kl. sei für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ungeeignet gewesen (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB). Bei der vertraglich vorausgesetzten Verwendung geht es um etwas anderes als um die gewöhnliche Verwendung eines Kraftfahrzeugs als Verkehrs- und Transportmittel. Gemeint ist eine nicht abgesprochene, nach dem Vertrag jedoch faktisch vorausgesetzte und für den Verkäufer erkennbare Verwendung außerhalb der gewöhnlichen Verwendung. Letztere spielt erst im Zusammenhang mit dem Sachmangelbegriff nach Maßgabe des § 434 I 2 Nr. 2 BGB eine Rolle. Feststellungen, die eine Vertragswidrigkeit i. S. von § 434 I 2 Nr. 1 BGB begründen, hat der Senat nicht treffen können.

c. Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Sachmangelhaft ist das Fahrzeug des Kl. indessen i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB. Hiernach ist die gekaufte Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Auch wenn das LG auf diese Kriterien nicht näher eingegangen ist, hat es im Ergebnis Mangelhaftigkeit in diesem objektiven Sinne bejaht. Dem schließt sich der Senat an. Die Einwendungen der Berufung greifen nicht durch.

aa. Maßstab der Mangelhaftigkeit: enge Sichtweise

Im Kern geht es der Berufung darum, den Maßstab für die Mangelhaftigkeit unter Ausschluss von Konkurrenzprodukten allein nach dem Stand der (Getriebe-)Technik von Fahrzeugen der Marke X. zu bestimmen. Habe dieser Typ eine so genannte "konstruktive Schwäche" , müsse der Käufer das einschließlich der Folgen als gewissermaßen "normal" und damit als Normalbeschaffenheit hinnehmen.

bb. Maßstab der Mangelhaftigkeit: weite Sichtweise geboten

Dieser Sichtweise kann der Senat aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zustimmen. Sie ist zu eng. Auch ein gebrauchtes Kraftfahrzeug ist nicht allein deshalb frei von einem Sachmangel, weil es einen Defekt hat, der auch anderen Fahrzeugen derselben Marke desselben Typs als so genannter Serienfehler anhaftet.

(1) Auffinden der richtigen Vergleichsgruppe

Ob der vom Sachverständigen L ermittelte und von

ihm so bezeichnete “Werkstofffehler" als Konstruktions- oder als Fabrikationsfehler einzuordnen ist oder ob Beschreibungen wie “konstruktive Schwäche" oder “produktspezifische Eigentümlichkeit" den konkreten Fall treffen, mag auf sich beruhen. Diese der kaufrechtlichen Sachmangelhaftung ohnehin fremden Kategorien haben allenfalls eine ordnende, fallgruppenbildende Funktion. Abgesehen davon sind die Übergänge fließend. Gemeinsam ist all diesen Beschreibungen, dass sie nicht Einzelfälle, sondern “Serienfehler" (“Systemfehler") kennzeichnen. Was sie darüber hinaus verbindet, ist der Umstand, dass sie dem Käufer in der Regel nicht bekannt sind und ihm vernünftigerweise auch nicht bekannt sein müssen. Ob eine materialbedingte Unzulänglichkeit, wie sie hier vorliegt, einen Sachmangel nach den objektiven Kriterien des § 434 I 2 Nr. 2 BGB darstellt, ist auch eine Frage des richtigen Vergleichsmaßstabs. Das Gesetz bringt das durch die Formulierung “bei Sachen der gleichen Art" zum Ausdruck. Im Fall eines Gebrauchtwagenkaufs, wie hier, sind Sachen der gleichen Art nicht neue oder gar fabrikneue Kraftfahrzeuge, sondern gleichfalls gebrauchte Kraftfahrzeuge. Bei dieser ersten Differenzierung, die auch dem Gesetzgeber vor Augen gestanden hat (vgl. BT Dr 14/6040, S. 214), kann indes nicht Halt gemacht werden. Um den richtigen Vergleichsmaßstab zu gewinnen, sind weitere Eingrenzungen erforderlich. Das leuchtet ohne weiteres ein, soweit es um die Merkmale “Alter" und “Laufleistung" geht. Die Vergleichsgruppe ist aus solchen Fahrzeugen zu bilden, die nach Alter und Laufleistung in etwa dem Kaufobjekt entsprechen. Das sieht die Berufung nicht anders. Begrenzt sehen möchte sie die Vergleichsgruppe in einem weiteren Punkt: Einbezogen werden sollen nur Fahrzeuge des gleichen Typs derselben Marke (Fabrikat bzw. Hersteller).

(2) Fabrikationsbezogener Internvergleich nicht immer ausreichend bei Neuwagenkäufen

Im Ausgangspunkt ist dagegen - schon aus praktischen Gründen der Sachverhaltsaufklärung - nichts einzuwenden (s. auch OLG Koblenz, NJW RR 2003, 1380). In bestimmten Fallkonstellationen kann der von der Berufung befürwortete fabrikatsbezogene Internvergleich jedoch kein endgültiges und letztlich maßgebliches Bild vermitteln. Davon geht auch die Berufung aus, soweit es um den Fall eines Konstruktionsfehlers oder eines ähnlichen Serienfehlers geht. Dass in solchen Fällen der Blick auch auf Konkurrenzprodukte gerichtet werden muss, entspricht der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, jedenfalls für den Kauf neuer Kraftfahrzeuge unter der Geltung des früheren Kaufrechts (vgl. Reinking/Eggert, Rdnr. 241). So hat das OLG Köln im Zusammenhang mit der seinerzeit geltenden Neuwagen-Gewährleistungsklausel ausgeführt, dass ein Automatikgetriebe hinsichtlich seiner Funktionstüchtigkeit dem Stand der Technik entsprechen müsse, den Automatikgetriebe vergleichbarer Mittelklassewagen im Zeitpunkt des Kaufs aufgewiesen haben (DAR 1986, 320). Der Annahme, die Gewährleistung des Verkäufers sei auf den technischen Stand seiner Produkte am Auslieferungstag beschränkt, ist das OLG Köln ausdrücklich entgegengetreten. In einer solchen Auslegung sei die Gewährleistungsklausel unwirksam. Denn sie würde eine unzulässige Einschränkung des Fehlerbegriffs bedeuten, weil der jeweilige technische Stand des beklagten Verkäufers (damals zugleich Hersteller) der Maßstab dafür wäre, ob sein Produkt mit einem Fehler behaftet sei oder nicht. Der BGH hat eine ähnliche Klausel, die auf den Stand der Technik “für vergleichbare Fahrzeuge des Typs des Kaufgegenstands" abstellt, als unwirksame Abweichung vom Gesetz behandelt (NJW 2001, 292). Bei der im Klauselkontrollverfahren maßgebenden kundenfeindlichsten Auslegung bestehe Anlass zu zweifeln, nach welchem Maßstab sich die Fehlerfreiheit im Streitfall richte. Wie der Vergleichsmaßstab zu bilden ist, wenn Fahrzeuge einer bestimmten Modellreihe den gleichen Konstruktions- oder Herstellungsfehler aufweisen, kann der Senat dieser Entscheidung des BGH (NJW 2001, 292) nicht entnehmen. Mit der obergerichtlichen Judikatur, der in diesem Punkt durch die Neubestimmung des Sachmangelbegriffs im Rahmen der Schuldrechtsreform nicht der Boden entzogen ist, ist ein Vergleich mit anderen, typgleichen Fahrzeugen oder sonst vergleichbaren Fahrzeugen unter Berücksichtigung des jeweiligen allgemeinen Standes der Technik vorzunehmen (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2005, 2235; OLG Koblenz, NJW-RR 2003, 1380).

(3) Übertragbarkeit der Grundsätze auf den Kauf gebrauchter Fahrzeuge

Diese überzeugend begründete Rechtsprechung zum Kauf neuer Kraftfahrzeuge, häufig ein Fall des Gattungskaufs mit objektiver Standardbestimmung auch nach § 243 I BGB, hält der Senat für übertragbar auf den Kauf gebrauchter Kraftfahrzeuge, in der Regel ein Fall des Stückkaufs. Auch bei diesem Typ von Kaufvertrag sind Produkte von Wettbewerbern bei der Festlegung des objektiven Qualitätsstandards i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB einzubeziehen, wenn es - wie im Streitfall - um ein Phänomen geht, das nicht nur dem konkreten Kaufobjekt, sondern einer Vielzahl von Fahrzeugen eines bestimmten Typs ein- und desselben Herstellers anhaftet. Anderenfalls würde der Anspruch des Käufers auf Lieferung marktüblicher durchschnittlicher Qualität unzulässig verkürzt. Schon der Wortlaut des Gesetzes (“Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist"), legt einen weiten, herstellerübergreifenden Vergleich nahe. Mit “üblich" ist nicht gemeint, was bei einem bestimmten Hersteller üblich oder normal ist. Die Üblichkeit ist vielmehr auch an dem faktischen Niveau zu messen, das ver-

gleichbare Waren anderer Hersteller erreicht haben und das inzwischen die Markterwartung prägt (so Schimmel/Buhlmann, Fehlerquellen im Umgang mit dem neuen Schuld, S. 113; vgl. auch Faust, in: BambergerlRoth, BGB, § 434 Rdnrn. 59, 64). In der Tat wird der Erwartungshorizont eines durchschnittlichen, verständigen Gebrauchtfahrzeugkäufers nicht nur durch das von ihm ausgesuchte Produkt, sondern auch durch damit'im Wettbewerb stehende Produkte geprägt. Ohne konkrete Absprachen bestimmt sich die Käufererwartung nach der "Darbietung" des Fahrzeugs durch Verkäufer und Hersteller ("öffentliche Äußerungen"), nach dem Herkunftsland/Herstellerland mit seinem technischen Standard und auch nach dem Zeitpunkt der Produktion. Letzterer Aspekt ist insbesondere beim Kauf von älteren Fahrzeugen von Bedeutung. Die Erwartung wesentlich beeinflussend ist ferner der Ruf von Marke und Typ/Modell nach der allgemeinen Verkehrsauffassung. Hier spielen nicht nur die allgemeinen Printmedien, sondern auch Motorzeitschriften wie die ADAC-Motorwelt und die jährlich erscheinenden TÜV-Reports eine bedeutsame Rolle.

(4) Abgrenzung von Verschleißschaden und Sachmangel

Der so definierten Käufererwartung entsprach das Fahrzeug des Kl. nicht. Berechtigterweise kann und darf ein verständiger Durchschnittskäufer davon ausgehen, dass ein Mittelklassewagen vom Typ X. trotz seines Alters von rund sieben Jahren und einer Laufleistung von etwa 84 000 km nicht auf den ersten 1000 bis 2000 km wegen eines gravierenden Defekts am Automatikgetriebe gebrauchsuntauglich wird. Dass ein zur Weiterbenutzung gekauftes Kraftfahrzeug auch bestimmungsgemäß benutzt werden kann und nicht wegen schwerwiegender Mängel nicht mehr fahrbereit ist,, entspricht der Normalerwartung eines jeden Gebrauchtfahrzeugkäufers. Wer als Verbraucher und technischer Laie von einem professionellen Kfz-Händler kauft, hegt diese Erwartung in besonderem Maße. Allerdings muss ein Gebrauchtfahrzeugkäufer mangels gegenteiliger Vereinbarung mit normalem (natürlichem) Verschleiß grundsätzlich rechnen, weshalb solche Fälle nicht von der Sachmangelhaftung erfasst werden (so jetzt auch BGH, NJW 2006, 434 = MDR 2006, 510). Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor. Es mag sich zwar mit den Worten des Sachverständigen L um einen "Verschleißschaden" handeln. Immerhin zeigt der Druckkolben E 1 einen erhöhten Abrieb, wovon sich der Senat überzeugt hat. Man kann das als "Verschleiß" bezeichnen. Normaler, also üblicher Verschleiß ist es aber nicht. Denn der erhöhte Abrieb steht in einem ursächlichen Zusammenhang mit einem Konstruktions- bzw. Werkstofffehler aus der Sphäre des Herstellers. Allein das "Weiterfressen" der materialbedingten Unzulänglichkeit ist' laufleistungsbedingt. Abgesehen davon hat der Sachverständige L mitgeteilt, bei einer Laufleistung von 85 000 km trete ein natürlicher bzw. normaler Verschleiß gewöhnlich nicht auf.

(5) Kein Ausschluss wegen "konstruktionsbedingter Besonderheiten und Eigentümlichkeiten"

Die bekl. Kfz-Händlerin kann sich auch nicht auf die Rechtsprechung berufen, wonach "konstruktionsbedingte Besonderheiten und Eigentümlichkeiten" eines bestimmten Fahrzeugtyps unter Umständen nicht die Qualität eines Sachmangels im rechtlichen Sinn haben. Denn diese Aussage hat das OLG Koblenz (NJWRR 2003, 1380) zum einen für einen Fall getroffen, der nach dem früheren Kaufrecht zu beurteilen war. Zum anderen ist ein Werkstofffehler, wie ihn der Sachverständige L festgestellt hat, etwas anderes als eine "konstruktionsbedingte Besonderheit oder Eigentümlichkeit". Derartige Defizite können im Übrigen auch dann unter den Sachmangelbegriff im Sinne des Auffangtatbestands in § 434 I 2 Nr. 2 BGB fallen, wenn die Gebrauchstauglichkeit und/oder Verkehrssicherheit des Fahrzeugs nicht beeinträchtigt ist (vgl. OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 11629, in MDR 2006, 227 nicht abgedruckt).

(6) Eingrenzung des grds. globalen, fabrikationsübergreifenden Vergleichs

Um Verkäufer gebrauchter Kraftfahrzeuge, auch gewerbsmäßige, nicht für überzogene Qualitätserwartungen der Kundschaft haften zu lassen, ist allerdings sorgfältig darauf zu achten, dass der grundsätzlich globale, fabrikatsübergreifende Vergleich nicht zu breit angelegt wird. So kann beispielsweise von einem so genannten Exoten, der für,den nordamerikanischen Markt gebaut worden ist, nicht ohne weiteres das Maß an Zuverlässigkeit und Haltbarkeit erwartet werden wie von einem nach der Bauart ähnlichen Fahrzeug, das für den europäischen Markt bestimmt ist. Im konkreten Fall hat der Senat die Beschaffenheit des Automatikgetriebes des streitgegenständlichen X. gemessen an Automatikgetrieben in Mittelklassewagen, die andere Hersteller für den europäischen Markt gebaut haben. Nach der nachvollziehbar begründeten Einschätzung des Sachverständigen L sind solche Fahrzeuge, auch aus der Zeit 1996/ 1997, mit Automatikgetrieben ausgerüstet, die im Durchschnitt mindestens 150 000 km halten. In diese Richtung durfte auch die Erwartung des Kl. gehen. Dafür, dass das Getriebe bereits nach einer Fahrleistung zwischen 1000 und 2000 km funktionsuntauglich wird und nur mit einem erheblichen Kostenaufwand (mindestens 2000 Euro) wieder fahrbereit gemacht, werden konnte, hatte er bei verständiger Sicht der Dinge keine konkreten Anhaltspunkte. Selbst dem Sachverständigen L war bis zur Befassung mit dem Streitfall ein ähnlicher Fall nicht bekannt. Hätten beide Parteien vor Vertragsschluss Kenntnis von dem "Getriebeproblem" gehabt, wäre der Vertrag nicht

oder jedenfalls mit anderem Inhalt zu Stande gekommen.

(7) Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang, da als Grundmangel vorhanden
Gegen. die Annahme eines haftungsbegründenden Sachmangels kann die Bekl. nicht einwenden, im Zeitpunkt der Übergabe sei das Fahrzeug fahrtauglich gewesen. Richtig ist zwar, dass es auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, hier der Auslieferung am 13.08. 2004, ankommt. Bezogen auf diesen Zeitpunkt lag jedoch die Ursache für den späteren Getriebeausfall bereits vor. Ihrerseits stellt sie eine vertragswidrige Beschaffenheit dar. Abgesehen davon genügt eine Schadenanfälligkeit, verstanden als konkrete Gefahr des Eintritts eines erheblichen Schadens. Nichts anderes besagt der Gedanke, wonach der Mangel schon "im Keim" bzw. "in der Anlage" vorhanden gewesen sein muss (vgl. BGH, NJW 2006, 2250; OLG Frankfurt a. M., DAR 2005, 339). So liegen die Dinge hier. Auf S. 10 seines Gutachtens hat der Sachverständige L nämlich ausgeführt, dass die Anlage zum späteren Getriebeausfall bereits zum Zeitpunkt der Übergabe bestanden habe. Allerdings hat er bei dieser Einschätzung auf eine Laufleistung von nur 1000 km abgestellt. Aber selbst wenn der Kl. bis zum Auftreten des Defekts in der ersten Septemberhälfte 2004 knapp die doppelte Fahrstrecke zurückgelegt haben sollte, ändert sich im Ergebnis nichts.

(8) Kein Ausschluss gem. § 323 V 2 BGB
Eine unerhebliche Pflichtverletzung, die den Rücktritt ausschließt (§ 323 V 2 BGB), liegt unzweifelhaft nicht vor.

2. Abweisung der Berufung
Die Rechtsfolge des nach alledem wirksamen Rücktritts hat das LG unangefochten festgestellt. Gleiches gilt für die Position "Anwaltskosten".

Standort: Kaufrecht — Problem: Nachlieferung beim Stückkauf

BGH, URTEIL VOM 07.06.2006
VIII ZR 209/05 (NJW 2006, 2839)

Problemdarstellung:
Der Kl. erwarb bei der Bekl. einen Gebrauchtwagen, den er bei der Niederlassung der Bekl. in L zuvor besichtigt hatte. Die Niederlassung in L hatte das Fahrzeug bei einer Tochtergesellschaft der Bekl. erworben, welche es zuvor durch ein DEKRA - Gutachten hatte bewerten lassen. In dem Bestellformular, das dem Vertrag zwischen Kl. und Bekl. zugrunde lag, war unter der Rubrik "Vorschäden lt. Vorbesitzer: KEINE " angegeben. Nach der Übergabe an den Kl. stellte sich jedoch heraus, dass das Fahrzeug einen erheblichen Schaden erlitten hatte und nicht fachgerecht repariert worden war. Die Reparatur war in einer Werkstatt der Bekl. in M durchgeführt worden. Der Kl. erklärte die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung und begehrte die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 29.000 € nebst Zinsen an die D - GmbH, welche den Kaufpreis finanziert hatte.

Das LG wies die Klage ab. Auf die Berufung des Kl. gab das OLG der Klage statt. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Prüfungsrelevanz:
In dieser Entscheidung setzte sich der BGH unter anderem mit zwei sehr examensrelevanten Fragestellungen auseinander, die hier in einen Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen eingekleidet waren.

Gegenstand der Entscheidung war zum einen eine Zusicherung der Verkäufers "ins Blaue hinein". In der Sache ging es darum, dass der Verkäufer bereits dann arglistig handelt, wenn er zu Fragen, deren Beantwortung erkennbar maßgebliche Bedeutung für den Kaufvertragsschluss hat, ohne tatsächliche Grundlage ins Blaue hinein unrichtige Angaben macht. Der Verkäufer hat nach den Feststellungen des BerGer. die Unfallfreiheit des PKW ohne hinreichend sichere Erkenntnisgrundlage, somit ins Blaue hinein, zugesichert. Der Verkäufer hat eine Untersuchung des PKW deshalb nicht veranlasst, weil das Fahrzeug aus dem eigenen Bereich der Bekl., d.h. von deren Tochtergesellschaft, stammte. Nach der Rechtsansicht des erkennenden Senates handelt es sich nicht um eine ausreichende Erkenntnisgrundlage für die gegenüber dem Kl. abgegebene uneingeschränkte Erklärung, das Fahrzeug sei unfallfrei. Dem Verkäufer hätten nur diejenigen Unterlagen zur Verfügung gestanden, die ihm zeigen sollten, wie viel er vor dem Verkauf noch investieren müsse. Anhaltspunkte über eine Unfallfreiheit des PKW seien dem nicht zu entnehmen gewesen. Entlasten könne den Verkäufer auch das DEKRA - Gutachten nicht, da dieses ihm nicht vollständig vorgelegen habe und dieses zudem keine Angaben über die Unfallfreiheit enthielt. Der Verkäufer hätte daher zwar den PKW nicht ohne besondere Anhaltspunkte auf Unfallschäden untersuchen müssen, hätte jedoch dem Kl. gegenüber die Begrenzung seines Kenntnisstandes deutlich machen müssen.

Weiterhin stand die Frage der Möglichkeit der Nacherfüllung eines Gebrachtwagens in Form der Nachlieferung zur Entscheidung. Der BGH stellte insoweit klar, dass zwar die Nacherfüllung an sich auch bei ei-

nem Stückkauf nicht a priori ausgeschlossen sei; die Nacherfüllung komme jedenfalls dann in Betracht, wenn nach der Vorstellung der Vertragsparteien der Kaufgegenstand gegen eine gleichartige und gleichwertige Sache ausgetauscht werden könne. In den speziellen Fallgestaltungen der Kaufverträge über Gebrauchtwagen komme jedoch eine Neulieferung dann nicht mehr in Betracht, wenn der Käufer zuvor den Kaufgegenstand besichtigt habe.

Vertiefungshinweise:

❑ Zusicherung des Verkäufers "ins Blaue hinein": *BGH*, RA 2001, 552 = NJW 2001, 2326; NJW 1998, 3197; NJW 1975, 642

❑ Nachlieferung beim Stückkauf: *Roth*, NJW 2006, 2953; *LG Ellewangen*, RA 2002, 192 = NJW 2002, 517

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf",

❑ *Examenskurs:* "Gutes Rad ist teuer"

❑ *Assessorkurs:* "Der versicherte PKW"

Leitsätze:

1. Zur Frage der arglistigen Täuschung bei einem Gebrauchtwagenkauf durch Zusicherung der Unfallfreiheit des Fahrzeugs "ins Blaue hinein".

2. Die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache ist auch beim Stückkauf nicht von vornherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Beim Kauf eines Gebrauchtwagens liegt es in der Regel nahe, dies zu verneinen, wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Fahrzeugs vorangegangen ist.

Sachverhalt:

Der Kl. kaufte von der Bekl., einer Automobilherstellerin, einen von ihrer Niederlassung in L. im Internet angebotenen Gebrauchtwagen M. zum Preis von 29.000,- €. Der Kaufvertrag wurde am 14.03.2002 in der L. Niederlassung der Bekl. geschlossen, nachdem der Kl. das Fahrzeug dort besichtigt hatte. Das dem Vertrag zugrunde liegende Bestellformular enthielt die Eintragung:

"Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden lt. Vorbesitzer: KEINE".

Die Niederlassung in L. hatte das Fahrzeug von einer Tochtergesellschaft der Bekl., der D. GmbH, erworben, die es zuvor durch ein DEKRA-Gutachten hatte bewerten lassen. Das Fahrzeug wurde dem Kl. am 21.03.2002 übergeben. Nachdem der Kl. bei einem Werkstattbesuch erfahren hatte, dass das Fahrzeug einen erheblichen und nicht fachgerecht reparierten Unfallschaden erlitten habe, beanstandete er dies gegenüber der Bekl. Ein daraufhin von der Bekl. am 29.01.2003 in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten bestätigte den Verdacht. Es stellte sich heraus, dass die betreffende Reparatur im September 1998 in der Niederlassung der Bekl. in M. durchgeführt worden war. Mit Schreiben vom 24.04.2003 erklärte der Kl. die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung. Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, 29.000,- € nebst Zinsen an die D. GmbH zu zahlen, die den Kaufpreis finanziert hatte. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom BerGer. zugelassenen Revision begehrt die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer., dessen Entscheidung unter anderem in NJW-RR 2005, 1579 veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Dem Kl. stehe der geltend gemachte Zahlungsanspruch nach § 812 I 1, 1. Alt. BGB zu. Den Kaufpreis habe der Kl. ohne rechtlichen Grund geleistet, weil er seine Kaufvertragserklärung gemäß § 123 I BGB wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten habe. Er habe bewiesen, dass der für die Bekl. tätige Verkäufer B. die Unfallfreiheit des Fahrzeugs ohne Einschränkung versichert habe. Die Angabe im Bestellformular, dass das Fahrzeug "laut Vorbesitzer" keine Unfallschäden aufwies, sei nicht als (Teil-) Widerruf der weitergehenden mündlichen Auskunft des Verkäufers zu verstehen gewesen. Auch wenn der Verkäufer B. selbst die Unfallfreiheit nicht arglistig - "ins Blaue hinein" - behauptet haben möge, liege von Seiten der Bekl. eine arglistige Täuschung des Kl. vor, weil sich die Bekl. nach § 166 I BGB das nicht mitgeteilte Wissen anderer Personen aus ihrem Bereich zurechnen lassen müsse. Die Voraussetzungen für eine Wissenszurechnung seien erfüllt. Die Speicherung der umfänglichen, in einer Niederlassung der Bekl. in M. durchgeführten Unfallreparatur wäre geboten gewesen, weil die Reparatur durch einen Leasingnehmer der Tochtergesellschaft der Bekl. in Auftrag gegeben worden sei, ein Verkauf der bei den Tochtergesellschaften der Bekl. angefallenen Gebrauchtfahrzeuge über eine der Niederlassungen der Bekl. wahrscheinlich sei und die Niederlassungen im Falle von aus dem Bereich der Bekl. stammenden Fahrzeugen üblicherweise auf eigene Untersuchungen verzichteten. Wenn die bei der Niederlassung der Bekl. in M. erlangte Information

über den Unfallschaden - wie hier - nicht an die mit dem Verkauf befasste Niederlassung in L. weitergeleitet worden sei, liege ein Organisationsfehler in der unternehmensinternen Kommunikation vor, der die Zurechnung der in der Niederlassung M. erworbenen Kenntnis rechtfertige, als wäre sie bei dem Verkäufer in der Niederlassung in L. angekommen. Wenn die Anfechtung des Kaufvertrages dagegen wegen fehlenden Anfechtungsgrundes als unwirksam anzusehen sein sollte, bestehe jedenfalls ein Zahlungsanspruch des Kl. nach §§ 346 I, 434, 437 Nr. 2, 326 V BGB. Die Anfechtungserklärung des Kl. sei im Falle ihrer Unwirksamkeit gemäß § 140 BGB in eine Rücktrittserklärung umzudeuten. Die fehlende Unfallfreiheit sei ein Sachmangel. Eine Fristsetzung des Kl. zur Nacherfüllung sei nach § 326 V BGB entbehrlich gewesen, weil die Nacherfüllung unmöglich sei. Durch Nachbesserung lasse sich der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen nicht verändern. Die Lieferung eines anderen funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen Gebrauchtwagens scheide zwar nach dem neuen Kaufrecht nicht schon deshalb aus, weil ein Stückkauf vorliege. Jedoch müsse das Fahrzeug nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Beteiligten austauschbar sein. Davon sei nicht auszugehen, wenn die Kaufwahl, wie hier, nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des persönlichen Eindrucks des Käufers getroffen worden sei. Der Kl. habe den Rücktritt nach § 218 BGB rechtzeitig erklärt. Zwar sei die Verjährungsfrist für den Gewährleistungsanspruch nach Ziff. VII 1 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. auf ein Jahr verkürzt; jedoch hätten die bereits vor Eintritt der Verjährung begonnenen Verhandlungen den Lauf der Verjährungsfrist gehemmt. Zu Gunsten der Bekl. könne nicht berücksichtigt werden, dass die Bekl. Gegenansprüche auf Rückgewähr des Fahrzeugs und Nutzungsentschädigung habe; denn die Bekl. habe die ihr insoweit zustehende Einrede aus
§ 348 BGB nicht erhoben.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Einen Anspruch des Kl. gegen die Bekl. aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen arglistiger Täuschung bei Abschluss des Kaufvertrages hat das BerGer. jedenfalls im Ergebnis zu Recht bejaht. Unabhängig davon ist die vorsorgliche Hilfsbegründung, mit der das BerGer. dem Kl. einen Rückzahlungsanspruch nach §§ 346 I, 437 Nr. 2, 326 V BGB zugebilligt hat, nicht zu beanstanden. Hinsichtlich beider Anspruchsgrundlagen wäre jedoch - entgegen der Auffassung des BerGer. - eine Zug-um-Zug-Verurteilung wegen des Anspruchs der Bekl. auf Rückgabe des Fahrzeugs und Herausgabe der Nutzungen auszusprechen gewesen.

I. Anspruch auf Rückzahlung aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB wegen wirksamer Anfechtung des Kaufvertrages, § 142 I BGB

Der Kl. hat den Kaufpreis ohne rechtlichen Grund geleistet (§ 812 I 1, 1. Alt. BGB). Der Kaufvertrag vom 14.03.2002 ist gemäß § 142 I BGB unwirksam. Die vom Kl. mit Schreiben vom 24.04.2003 erklärte Anfechtung des Vertrages greift durch, weil der Verkäufer B. den Kl. arglistig darüber getäuscht hat, dass das Fahrzeug nicht unfallfrei war (§ 123 I BGB); diese Täuschung ist der Bekl. gemäß § 166 I BGB zuzurechnen.

1. Verfahrensrügen greifen nicht

Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Angabe des Verkäufers B. über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs objektiv wahrheitswidrig war. Die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet.

a. Kein Beweisverwertungsverbot bzgl. der Zeugenaussagen wegen Verspätung, § 295 I ZPO

Ohne Erfolg rügt die Revision, die Aussagen der hierzu in erster Instanz vernommenen Zeugen P. und O. unterlägen einem Beweisverwertungsverbot, weil die Zeugen das Telefongespräch des Kl. mit dem Verkäufer B. ohne dessen Wissen mitgehört hätten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18.02.2003 - XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727, unter II m. w. N.; BVerfGE 106, 28 [47 ff]). Die Bekl. kann sich auf den von der Revision geltend gemachten Verfahrensfehler nicht mehr berufen, weil sie den Mangel bei der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat, obwohl er ihr bekannt sein musste (§ 295 I ZPO). Denn die Bekl. hat in Kenntnis des Umstandes, dass der Zeuge B. in seiner Vernehmung ausgeschlossen hatte, von einem Mithören des Telefonats durch Dritte gewusst zu haben, in der auf die Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung rügelos verhandelt.

b. Kein Verstoß gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, § 286 ZPO

Zu Unrecht beanstandet die Revision, das BerGer. habe rechtsfehlerhaft verkannt (§ 286 ZPO), dass der Zeuge B. lediglich erklärt habe, der Wagen sei nach den Angaben der Vorbesitzer unfallfrei. Das BerGer. ist in seiner Beweiswürdigung, die es im Wesentlichen auf die Aussagen der Zeugen P. und O. gestützt hat, davon ausgegangen, der Zeuge B. habe eingeräumt, es könne sein, dass der Kl. ihn nach der Unfallfreiheit gefragt habe, und er werde die Frage dann auch bejaht haben, weil das Fahrzeug für ihn nach der Aktenlage unfallfrei gewesen sei. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Ausweislich des von der Revision in Bezug genommenen Sitzungsprotokolls hat der Zeuge B. bekundet, der Wagen sei für ihn unfallfrei gewesen; wenn der Kl. ihn hierzu gefragt habe, werde er dies

definitiv so weitergegeben haben.

c. Kein Widerruf der Auskunft zur Unfallfreiheit durch die Vertragsklausel

Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. angenommen, der Kl. habe die Angabe im Bestellformular "Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden lt. Vorbesitzer: KEINE" nicht als (Teil-)Widerruf der zuvor erhaltenen Auskunft über die Unfallfreiheit auffassen müssen, weil Standardformeln solcher Art nicht besagten, dass weitergehende Erklärungen im Vorfeld des Vertrags unrichtig seien. Die Auslegung dieser Erklärung durch das BerGer., die vom Revisionsgericht lediglich darauf überprüft werden kann, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsurteil vom 22.07.1998 - VIII ZR 220/97, NJW 1998, 3197 = WM 1998, 2436, unter II 2 a), ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision demgegenüber meint, die Auskunft des Zeugen B. sei durch die Eintragung im Bestellformular eingeschränkt worden, setzt sie lediglich ihr eigenes Verständnis gegen die - rechtsfehlerfreie - tatrichterliche Auslegung.

2. Arglistige Täuschung durch Tätigung von Angaben ins Blaue hinein, § 123 I BGB

Entgegen der Auffassung des BerGer. ist dem Verkäufer B. selbst arglistiges Handeln vorzuwerfen. Arglistig handelt, wer unrichtige Erklärungen in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit abgibt; bedingter Vorsatz reicht hierfür aus (vgl. Senatsurteil vom 25.03.1998 - VIII ZR 185/96, NJW 1998, 2360 unter II 1 b m. w. N.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats handelt ein Verkäufer bereits dann arglistig, wenn er zu Fragen, deren Beantwortung erkennbar maßgebliche Bedeutung für den Kaufentschluss seines Kontrahenten hat, ohne tatsächliche Grundlagen ins Blaue hinein unrichtige Angaben macht (BGHZ 63, 382 [388] m. w. N.). Nach den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. hat der Verkäufer B. die Unfallfreiheit "ohne hinreichende Erkenntnisgrundlage" (Senatsurteil vom 25.03.1998, aaO), somit "ins Blaue hinein" zugesichert, ohne dass es hierfür auf die vom BerGer. erörterte Frage ankommt, ob der Bekl. oder dem Verkäufer B. das Wissen zuzurechnen ist, das die Mitarbeiter der M. Niederlassung der Bekl. über den Unfallschaden des Fahrzeugs vor mehr als drei Jahren erlangt hatten. Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Verkäufer B. eine Untersuchung des Fahrzeugs deshalb nicht veranlasst hat, weil das Fahrzeug "von der Bank", das heißt aus dem eigenen Bereich der Bekl. oder ihrer Tochtergesellschaft, gekommen sei. Dieser Umstand bildete keine hinreichende Erkenntnisgrundlage für die dem Kl. gegenüber abgegebene - uneingeschränkte - Erklärung, dass das Fahrzeug unfallfrei sei. Zur Verfügung stand dem Verkäufer B. nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. lediglich eine Auflistung von Schäden, die ihm als Verkäufer zeigen sollte, wie viel er vor dem Verkauf noch investieren müsse. Eine solche Aufstellung sagte über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs nichts aus. Auch hat der Verkäufer B. , wie das BerGer. weiter festgestellt hat, seine Erklärung nicht im Vertrauen auf das DEKRA-Gutachten abgegeben; dieses hatte ihm nicht vollständig vorgelegen und enthielt im Übrigen auch keine Aussagen über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs. Zwar trifft den Verkäufer eines Gebrauchtwagens, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne Vorliegen besonderer Anhaltspunkte für einen Unfallschaden nicht die Obliegenheit, das zum Verkauf angebotene Fahrzeug auf Unfallschäden zu untersuchen (vgl. BGHZ 63, 382 [386 ff]; Senatsurteil vom 21.01.1981 - VIII ZR 10/80, NJW 1981, 928 unter II 2 b aa). Jedoch muss der Verkäufer, der von einer eigenen Untersuchung des Fahrzeugs absieht und gleichwohl dessen Unfallfreiheit zusichert, die Begrenztheit seines Kenntnisstandes deutlich machen, wenn er - wie dies nach den Feststellungen des BerGer. hier der Fall war - die Unfallfreiheit in einer Weise behauptet, die dem Käufer den Eindruck vermitteln kann, dies geschehe auf der Grundlage verlässlicher Kenntnis. Einen solchen - einschränkenden - Hinweis hat der Verkäufer B. versäumt. Er hat die Unfallfreiheit des Fahrzeugs dem Kl. gegenüber zugesichert, ohne deutlich zu machen, dass er über die Unfallfreiheit keine eigenen Erkenntnisse hatte und auch die ihm vorliegenden Akten darüber nichts aussagten.

II. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem.§§ 346 I, 437 Nr. 2, 326 V BGB

Nicht zu beanstanden sind die Ausführungen, mit denen das BerGer. im Rahmen seiner Hilfsbegründung einen Anspruch des Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 326 V BGB bejaht hat. Das BerGer. hat die Anfechtungserklärung des Kl. hilfsweise - für den Fall ihrer Unwirksamkeit - in die Erklärung eines Rücktritts vom Kaufvertrag umgedeutet (§ 140 BGB). Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Der Rücktritt des Kl. ist, wenn die Anfechtung nicht durchgreifen würde, entgegen der Auffassung der Revision wirksam. Durch den Rücktritt wurde der Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis nach §§ 346 ff. BGB umgewandelt. Der Kl. war zum Rücktritt berechtigt und hat diesen rechtzeitig erklärt.

1. Rücktrittsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 1. Alt, 326 V BGB

Zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass dem Kl.

ein Rücktrittsrecht zustand. Gemäß § 437 Nr. 2, 1. Alt. BGB kann der Käufer einer mangelhaften Sache nach § 326 V BGB von dem Vertrag zurücktreten. Das vom Kl. gekaufte Fahrzeug war mangelhaft, weil es entgegen der vereinbarten Beschaffenheit nicht unfallfrei war (§ 434 I BGB). Der Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB setzt weiter voraus, dass der Verkäufer nach § 275 I - III BGB nicht zu leisten braucht. Auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Bei einem Sachmangel hat der Käufer zwar einen vorrangigen Anspruch auf Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache (Ersatzlieferung) nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB. Ein solcher Nacherfüllungsanspruch des Kl. ist jedoch gemäß § 275 I BGB ausgeschlossen, weil der Bekl., wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Eine Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels (§ 439 I, 1. Alt. BGB) kommt nicht in Betracht, weil sich der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen nicht durch Nachbesserung korrigieren lässt (vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 209; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rz. 1425). Auch die andere Art der Nacherfüllung, die Ersatzlieferung (§ 439 I, 2. Alt. BGB), ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des BerGer. bei dem hier vorliegenden Gebrauchtwagenkauf unmöglich.

a. Kein grds. Ausschluss der Nachlieferung beim Stückkauf im Hinblick auf § 275 I BGB

Das BerGer. ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass die Lieferung eines anderen - funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen - Gebrauchtwagens nicht schon deshalb ausscheidet, weil es sich um einen Stückkauf handelt. Demgegenüber soll nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung eine Ersatzlieferung beim Stückkauf in jedem Fall unmöglich sein (Ackermann, JZ 2002, 378; Faust, ZGS 2004, 252 m. w. N.; P. Huber, NJW 2002, 1004 [1006]; U. Huber, Festschrift für Schlechtriem, 2003, S. 521, 523 Fz. 9; Tiedtke/Schmitt, JuS 2005, 583 [586]; Lorenz, JZ 2001, 742 [744], anders jedoch nunmehr ders. in Münch.Komm.-BGB, 4. Aufl., Vor § 474 Rz. 17). Zur Begründung wird ausgeführt, dass sich die Leistungspflicht des Verkäufers beim Stückkauf nur auf die verkaufte Sache beziehe und somit jede andere Sache von vornherein untauglich sei, den vertraglich geschuldeten Zustand herbeizuführen (vgl. U. Huber, aaO., m. w. N.; Ackermann, aaO., 379). Dieser Auffassung, die in der Rechtsprechung und überwiegend auch im Schrifttum abgelehnt wird (OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 [1054]; LG Ellwangen, NJW 2003, 517; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114 [2119 f.]; Canaris, JZ 2003, 831, 1156; Münch.Komm.-BGB/Westermann, aaO., § 439 Rz. 11 f.; Palandt/Putzo, BGB, 65. Aufl., § 439 Rz. 15; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rz. 28 ff.; Ball, NZV 2004, 217 [220]), ist das BerGer. zu Recht nicht gefolgt. Eine einschränkende Auslegung des § 439 I BGB dahin, dass der Käufer einer Stücksache eine Ersatzlieferung in keinem Fall verlangen kann, findet im Wortlaut des § 439 I BGB keine Stütze und ist mit dem aus den Gesetzesmaterialien hervorgehenden Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar; sie würde dazu führen, dass der Vorrang des Anspruchs auf Nacherfüllung, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (vgl. hierzu Entwurfsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 94 f., 220 f., 230; BGHZ 162, 219 [226 ff]), beim Stückkauf von vornherein entfiele. Das widerspräche dem Willen des Gesetzgebers.

aa. Wortlaut des § 439 I BGB

Gemäß § 439 I BGB, der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden ist, kann der Käufer als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Wortlaut der Bestimmung, wonach es weder hinsichtlich der Nachbesserung noch der Ersatzlieferung darauf ankommt, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt, enthält keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass ein Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung nur bei einem Gattungskauf, nicht dagegen bei einem Stückkauf gegeben sei. Die nach früherem Recht bestehende Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf, wonach der Käufer nur im letzteren Falle die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen konnte (§ 480 I 1 BGB a.F.), ist im neuen Recht aufgegeben worden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 230).

bb. Gesetzesmaterialien

Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Schaffung des - in §§ 459 ff. BGB a.F. nicht geregelten - Nacherfüllungsanspruchs des Käufers unabhängig davon, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt, sowohl den Interessen des Käufers als auch denen des Verkäufers entspricht, und hat die Möglichkeit der Nacherfüllung durch die Lieferung einer mangelfreien anderen Sache bewusst auch für den Fall eines Stückkaufs vorgesehen. In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt, der Käufer habe nicht in erster Linie ein Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufs oder an der Herabsetzung des Kaufpreises; ihm gehe es vor allem darum, eine mangelfreie Sache zu erhalten. Dieses Interesse könne “in den meisten Fällen - auch beim Stückkauf - durch Nachbesserung oder Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden” (BT-Drucks. 14/6040, S. 89, 220, 230). Daraus ist zu ersehen, dass der Gesetzgeber die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache beim Stückkauf nicht als grundsätzlich ausgeschlossen angesehen hat.

b. Einschränkung des Grundsatzes bei "bestimmten gebrauchten Sachen"

Auch wenn danach, wie dargelegt, eine Ersatzlieferung beim Stückkauf nicht von vorneherein ausscheidet, so ist sie doch, wie schon in der Entwurfsbegründung betont worden ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 209), nicht in jedem Fall möglich; dies gilt insbesondere für den Kauf gebrauchter Sachen. In den Gesetzesmaterialien wird darauf hingewiesen, dass beim Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache eine Nachlieferung "zumeist von vornherein aus-scheiden" werde (BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Die mit dieser Erwägung in Einklang stehende Annahme des BerGer., dass auch im hier vorliegenden Fall eines Gebrauchtwagenkaufs die Ersatzlieferung eines anderen Fahrzeugs unmöglich im Sinne des § 275 I BGB war, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; vgl. Palandt/Putzo, aaO., § 439 Rz. 15). Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Das BerGer. ist bei seiner Auslegung des Kaufvertrages zu dem Ergebnis gelangt, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Kaufsache nach dem Willen der Beteiligten austauschbar war, und hat dies damit begründet, dass der Kl. seine Kaufentscheidung nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des bei der Besichtigung gewonnenen persönlichen Eindrucks von dem Fahrzeug getroffen habe. Diese tatrichterliche Würdigung, die vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar ist, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision meint, der Bekl. sei die Lieferung eines gleichwertigen Gebrauchtfahrzeugs nicht unmöglich, weil der Kl. nicht auf ein bestimmtes individuelles Fahrzeug Wert gelegt habe, sondern es ihm nur um einen bestimmten Typ mit einer bestimmten Ausstattung gegangen sei, kann sie damit keinen Erfolg haben. Der tatrichterlichen Auslegung des Kaufentschlusses durch das BerGer. setzt die Revision nur ihre eigene Auffassung von der Austauschbarkeit des Fahrzeugs entgegen, ohne Auslegungsfehler aufzuzeigen. Die Auslegung des BerGer. beruht auf der Überlegung, dass beim Kauf eines Gebrauchtwagens, auch wenn es dem Käufer - wie von der Revision unter Bezugnahme auf entsprechendes Vorbringen in der Klageschrift dargetan - auf einen bestimmten Typ und eine bestimmte Ausstattung des Fahrzeugs ankommt, in der Regel erst der bei einer persönlichen Besichtigung gewonnene Gesamteindruck von den technischen Eigenschaften, der Funktionsfähigkeit und dem äußeren Erscheinungsbild des individuellen Fahrzeugs ausschlaggebend für den Entschluss des Käufers ist, das konkrete Fahrzeug zu kaufen, das in der Gesamtheit seiner Eigenschaften dann nicht gegen ein anderes austauschbar sein soll. Diese Sichtweise des BerGer. liegt nicht nur beim Gebrauchtwagenkauf nahe, sondern ist beim Kauf gebrauchter Sachen in der Regel sachgerecht. Angesichts der vielfältigen Unterschiede im Abnutzungsgrad gebrauchter Sachen - auch gleichen Typs - ist Zurückhaltung bei der Annahme geboten, dass beim Kauf einer gebrauchten Sache auch die Lieferung einer anderen Sache dem Parteiwillen entspreche. Wenn eine Ersatzlieferung als möglich angesehen wird, hat dies auf Grund des Vorrangs der Nacherfüllung zur Folge, dass sich die Parteien zunächst über die Lieferung einer anderen gebrauchten Sache auseinander zu setzen haben, bevor ein Rücktritt vom Vertrag oder ein anderes Recht aus § 437 Nr. 2 und 3 BGB beansprucht werden kann. Angesichts des naturgemäß unterschiedlichen Erhaltungszustands gebrauchter Sachen und der damit verbundenen Schwierigkeit, eine in jeder Hinsicht gleichwertige Ersatzsache zu beschaffen, wäre häufiger Streit über die Gleichwertigkeit der angebotenen oder zu beschaffenden Ersatzsache absehbar, wenn auch bei gebrauchten Sachen regelmäßig Anspruch auf eine Ersatzlieferung bestünde. Dies liefe den Interessen beider Kaufvertragsparteien zuwider. Das wollte auch der Gesetzgeber vermeiden, indem er zum Ausdruck brachte, dass beim Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache eine Nachlieferung "zumeist von vorneherein ausscheiden" werde (BT-Drucks. 14/6040, S. 232; ebenso zum Gebrauchtwagenkauf: Reinking/Eggert, aaO., Rz. 1421 f.; vgl. dazu auch Ball, aaO.). Umstände, welche bei einem Gebrauchtwagenkauf, wie er hier vorliegt, die Annahme eines Ausnahmefalles nahe legen könnten, in dem die Lieferung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs als möglich erscheint (dazu Ball, aaO.), sind weder vom BerGer. festgestellt noch sonst ersichtlich. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision insoweit nicht auf.

2. Keine Unwirksamkeit des Rücktritts, §§ 438 IV 1, 218 I 1 BGB

Entgegen der Auffassung der Revision ist der Rücktritt des Kl. nicht nach §§ 438 IV 1, 218 I 1 BGB in Verbindung mit Ziff. VII 1 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. wegen eingetretener Verjährung des (hypothetischen) Nacherfüllungsanspruchs des Kl. unwirksam.

a. Maßgeblicher Zeitpunkt hins. § 218 I 1 BGB ist der der Ausübung des Gestaltungsrechts

Die Revision meint, der Rücktritt des Kl. sei unwirksam, weil die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Kl. am 13.08.2003, dem Zeitpunkt der Erhebung der auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichteten Klage, bereits abgelaufen gewesen sei. Damit dringt die Revision nicht durch. Gemäß § 438 IV 1 i. V. m. § 218 I 1 BGB ist der Rücktritt wegen nicht ver-

tragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Dadurch hat der Gesetzgeber sicherstellen wollen, dass der Gläubiger sein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann, wenn der Erfüllungs- oder ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr durchsetzbar wäre; die Anspruchsverjährung soll auch Auswirkungen auf das Rücktrittsrecht haben, obwohl Gestaltungsrechte als solche der Verjährung nicht unterliegen (BT-Drucks. 14/6040, S. 124). Dementsprechend kommt es nach § 218 I 1 BGB für die Rechtzeitigkeit des Rücktritts darauf an, dass der Rücktritt erklärt wird, bevor der Anspruch auf die Leistung oder der etwaige Nacherfüllungsanspruch verjährt ist. Maßgebend ist mithin der Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts, nicht dagegen der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff. BGB).

b. Hemmung der Verjährung gem. § 203 BGB

Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der Kl. den in der Anfechtung zu sehenden Rücktritt (§ 140 BGB) im Schreiben vom 24.04.2003 erklärt hat, bevor ein etwaiger Anspruch des Kl. auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB) verjährt gewesen wäre. Die Mängelansprüche des Klägers unterlagen nach VII 1 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl., die nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. Vertragsinhalt geworden sind, einer verkürzten Verjährungsfrist von einem Jahr. Die einjährige Verjährung wurde mit der Ablieferung des Fahrzeugs am 21.03.2002 in Gang gesetzt (§ 438 II BGB). Die als Rücktrittserklärung umzudeutende Anfechtung vom 24.04.2003 ist rechtzeitig erfolgt, weil der Eintritt der Verjährung, wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, aufgrund der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen über den Sachmangel gemäß § 203 BGB gehemmt worden war. Zwar hat das BerGer. die Zeitpunkte des Beginns und der Beendigung der Verhandlungen nicht ausdrücklich angegeben. Sie ergeben sich jedoch aus den vom BerGer. getroffenen tatsächlichen Feststellungen. Danach trat eine Hemmung der Verjährung spätestens am 29.01.2003 ein, als die Bekl. einen Sachverständigen mit der Begutachtung des Fahrzeugs beauftragte, um die Reklamation des Kl. zu überprüfen. Die Hemmung der Verjährung endete - wovon auch die Revision ausgeht - frühestens mit der Erklärung der Anfechtung beziehungsweise des Rücktritts im Schreiben des Kl. vom 24.04.2003. Danach wäre zu diesem Zeitpunkt ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch des Kl. noch nicht verjährt gewesen.

III. Verurteilung Zug - um - Zug gem. §§ 812 I, 818 II BGB bzw. §§ 346 f. BGB

Zu Recht beanstandet die Revision die uneingeschränkte Verurteilung der Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises. Das BerGer. hat es versäumt, die Verurteilung dahin einzuschränken, dass die Bekl. Zahlung nur Zug um Zug gegen Erfüllung ihrer Gegenansprüche auf Rückgabe des Fahrzeugs und Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu leisten hat. Eine solche Zug-um-Zug-Verurteilung ist hinsichtlich beider Anspruchsgrundlagen, auf die das BerGer. die Verurteilung der Bekl. gestützt hat, geboten. Das BerGer. ist - zutreffend - selbst davon ausgegangen, dass der Kl., an dessen Bank der Kaufpreis zurückzuzahlen ist, seinerseits das Fahrzeug zurückzugeben und die gezogenen Nutzungen herauszugeben hat. Diese Gegenansprüche der Bekl. ergeben sich hinsichtlich der Anfechtung des Vertrages (oben unter I.) aus §§ 812 I, 818 II BGB und hinsichtlich eines etwaigen Rücktritts vom Vertrag (oben unter II.) aus §§ 346 f. BGB. Auch hat das BerGer. nicht verkannt, dass die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien Zug um Zug zu erfüllen sind, wenn die Bekl. das ihr insoweit zustehende Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht hat (§§ 273 f. BGB bzw. § 348 i. V. m. §§ 320 ff. BGB). Nicht gefolgt werden kann indessen der Annahme des BerGer., die Bekl. habe das ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht nicht ausgeübt. Dies ist zwar nicht ausdrücklich geschehen. Dessen bedarf es aber auch nicht. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung setzt keinen formellen Antrag des Bekl. voraus; vielmehr reicht es aus, wenn der Bekl. einen uneingeschränkten Klageabweisungsantrag stellt, sofern der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (Senatsurteil vom 07.10.1998 - VIII ZR 10/97, NJW 1999, 53 unter II 2). Ein solcher Fall liegt hier vor. Zu Recht beanstandet die Revision, das BerGer. habe den Prozessstoff unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht erschöpfend gewürdigt. Schon in der Klageerwiderung hat die Bekl. geltend gemacht, der Kl. könne nicht einerseits das Fahrzeug immer weiter fahren und abnutzen und andererseits dessen Rücknahme verlangen. Darin kam in Verbindung mit dem Klageabweisungsantrag hinreichend zum Ausdruck, dass sich die Bekl. gegen die Klage auch unter dem Gesichtspunkt verteidigte, dass ihrer Auffassung nach ein etwaiger Erfolg der Klage die Rücknahme des zwischenzeitlich abgenutzten Fahrzeugs zur Folge haben müsse. Dies reichte zur Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 273 BGB beziehungsweise § 320 BGB unter Berücksichtigung des Umstandes aus, dass auch der Kl. selbst von einer Verknüpfung des Erfolgs seiner Klage mit einer Rückgabe des Fahrzeugs ausging; seine Bereitschaft, das Fahrzeug zurück zu geben, wenn die Bekl. den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung zurückzahlt, hatte er durch seine Zustimmung zu einem entsprechenden Vergleichsvorschlag des Landgerichts zum Ausdruck gebracht. Danach hatte die Bekl. keine Veranlassung zu der Be-

sorgnis, sie werde zur Rückzahlung des Kaufpreises allein deshalb uneingeschränkt verurteilt werden, weil sie ihr Verlangen nach einer beiderseitigen Rückabwicklung des Kaufvertrages, wie das BerGer. gemeint hat, nicht deutlich gemacht habe. Wenn das BerGer. gleichwohl davon ausgehen wollte, dass die Bekl. eine beiderseitige Rückabwicklung der empfangenen Leistungen für den Fall eines Erfolgs der Klage nicht begehre, so hätte es, wie die Revision mit Recht rügt, zumindest der Bekl. gemäß § 139 ZPO einen Hinweis auf seine von den Vorstellungen beider Parteien abweichende Auffassung geben müssen. Die Bekl. hätte dann, wie die Revision ausführt, selbstverständlich klargestellt, dass sie das ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht habe erheben wollen.

IV. Aufhebung und Rückverweisung an das BerGer. gem. §§ 562 I, 563 I ZPO

Auf die Revision der Bekl. ist das Berufungsurteil daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da das BerGer. Feststellungen zur Höhe des der Bekl. zustehenden Anspruchs auf Nutzungsentschädigung nicht getroffen hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif, sondern an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Standort: Aufrechnung — Problem: Tilgungsbestimmung

BGH, URTEIL VOM 11.05.2006
VII ZR 261/04 (NJW 2006, 2845)

Problemdarstellung:

Die Kl. macht Ansprüche aus abgetretenem Recht gegen die Bekl. geltend. Die Kl. lieferte der Fa. A. aufgrund eines Warenkreditvertrages unter Eigentumsvorbehalt Material für Heizungs- und Sanitäranlagen. Die Bekl. beauftragte die Fa. A. mit der Ausführung der Gewerke Heizung und Sanitär für verschiedene Bauvorhaben. Die Bekl. entrichtete den Werklohn durch Abschlagszahlungen an die Fa. A.. Die Kl. zeigte der Bekl. die Abtretung der Forderungen basierend auf der Vereinbarung mit der Fa. A. unter dem 23.08.1996 an. Danach bestimmte die Bekl. nachträglich, dass ihre an die Fa. A. bisher geleisteten Abschlagszahlungen vorrangig auf die an die Kl. abgetretenen Teile der Werklohnforderungen der Fa. A. aus den Bauverträgen anzurechnen seien.

Das LG hat angenommen, dass der Kl. die Werklohnforderungen der Fa. A. wirksam abgetreten worden seien. Es hat die Klage im Hinblick auf die Tilgungsbestimmung der Bekl. abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb ohne Erfolg. Mit der durch das BerGer. zur Frage der Wirksamkeit einer nachträglichen Tilgungsbestimmung zugelassenen Revision verfolgt die Kl. die Klageforderung weiter.

Prüfungsrelevanz:

In der Sache geht es um die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine nachträgliche Tilgungsbestimmung entspr. § 366 I BGB ausgeübt werden kann. § 366 I BGB betrifft ein Wahlrecht des Schuldners, welches er grds. bei der Vornahme der Leistung ausüben muss (Palandt-Heinrichs, § 366 Rn. 4). Die Bestimmung als solche ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Schuldners.

§ 366 I BGB regelt unmittelbar jedoch nicht, was zu geschehen hat, wenn der Schuldner aufgrund einer ohne seine Kenntnis vorgenommenen Teilabtretung vom Bestehen des Tilgungsbestimmungsrechts gem. § 366 I BGB keine Kenntnis hat und es insoweit nicht ausüben kann. Grds. ist dem Schuldner auch in diesen Fällen ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht entspr. § 366 I BGB einzuräumen. Dies folge nach Ansicht des erkennenden Senates bereits aus der Wertung der §§ 404 ff. BGB, da der Schuldner durch die Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung nicht schlechter gestellt werden dürfe. Allerdings sei der Schuldner gehalten, die nachträgliche Tilgungsbestimmung unverzüglich entspr. § 121 I BGB auszusprechen, nachdem er von der Teilabtretung Kenntnis erlangt habe und sein Wahlrecht entspr. § 366 I BGB insoweit ausüben wolle.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Aufrechnung: *BGH*, RA 2002, 643 = NJW 2002, 2865

❑ Zur Forderungsabtretung: *BGH*, RA 2003, 694 = NJW 2003, 2987

Kursprogramm:

❑*Examenskurs:* "Mieser Klebstoff"

❑*Assessorkurs:* "Ärger mit den Akten"

Leitsätze:

Der Schuldner ist nach Offenlegung einer aufgrund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgten Teilabtretung der gegen ihn gerichteten Forderung an den Vorbehaltslieferanten grundsätzlich berechtigt, in entsprechender Anwendung des § 366 I BGB nachträglich zu bestimmen, dass seine an den bisherigen Gläubiger erbrachten Abschlagszahlungen vorrangig auf die dem Vorbehaltslieferanten zustehende Teilforderung anzurechnen sind. Entsprechend dem § 121 I BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken muss der Schuldner die Leistungsbestimmung unverzüglich vornehmen, nachdem er

von der Teilabtretung Kenntnis erhalten hat.

Sachverhalt:
Die Kl. macht aus abgetretenem Recht Restwerklohnansprüche der Fa. A. gegen die Bekl. bis zum Betrag von 184.000 € geltend. Die Kl. lieferte der inzwischen insolvent gewordenen Fa. A. aufgrund eines im Jahr 1993 geschlossenen Warenkreditvertrags unter Eigentumsvorbehalt Material für Heizungs- und Sanitäranlagen. Die von der Fa. A. akzeptierten Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen der Kl. (künftig: AVL) enthalten unter "VII. Eigentumsvorbehalt" u.a. eine Regelung über einen verlängerten Eigentumsvorbehalt mit einer Vorausabtretung der Werklohnforderung, sofern der Käufer das von der Verkäuferin gelieferte Material aufgrund eines Werkvertrages mit einem Dritten verwendet. Die Bekl. beauftragte die Fa. A. zwischen Februar 1994 und März 1996 mit der Ausführung der Gewerke Sanitär und Heizung für die Bauvorhaben K. und K.-N. Die Kl. zeigte der Bekl. die Abtretung mit Schreiben vom 23.08. 1996 an. Die Bekl. bestimmte nachträglich, dass ihre an die Fa. A. geleisteten Abschlagszahlungen vorrangig auf die an die Kl. abgetretenen Teile der Werklohnforderungen der Fa. A. aus den näher bezeichneten Bauverträgen anzurechnen seien. Die Kl. hat zunächst behauptet, sie habe gegen die Fa. A. noch Forderungen aus Lieferungen für die Bauvorhaben K.-N. in Höhe von 565.161,12 DM und K. in Höhe von 962.330,29 DM. Sie ist der Ansicht, dass ihr unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen aus den Bauaufträgen für die Blöcke 10/11, 13/15, 33 und 35/52 (Bauvorhaben K.) sowie für die Blöcke 8 und 14 (Bauvorhaben K.-N.) Werklohnansprüche gegen die Bekl. wirksam abgetreten worden seien, die die Höhe ihrer gegen die Fa. A. gerichteten Forderungen überstiegen. Sie hat diese Werklohnforderungen zunächst bis zur Höhe der behaupteten Restforderung gegenüber der Fa. A. in Höhe von 780.993,95 € (1.527.491,41 DM) geltend gemacht. Das Landgericht hat angenommen, dass der Kl. Werklohnforderungen der Fa. A. für das Bauvorhaben K.-N. in Höhe von 367.771,35 DM und für das Bauvorhaben K. in Höhe von 613.755,29 DM wirksam abgetreten worden seien. Es hat die Klage im Hinblick auf die nachträgliche Tilgungsbestimmung der Bekl. abgewiesen. Die Berufung der Kl., mit der diese bis zur Höhe eines Betrags von 184.000 € jeweils einen erststelligen Teilbetrag der an sie abgetretenen Werklohnforderungen aus den Bauaufträgen entsprechend der erstinstanzlich bestimmten Reihenfolge geltend gemacht hat, ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom BerGer. zur Frage der Wirksamkeit einer nachträglichen Tilgungsbestimmung zugelassenen Revision verfolgt die Kl. die Klageforderung in Höhe von 184.000 € mit der Maßgabe weiter, dass bis zu diesem Betrag jeweils erststellige Teilbeträge der nach Auffassung des Landgerichts wirksam an sie abgetretenen Werklohnansprüche gegen die Bekl. aus den Bauverträgen gemäß der in den Vorinstanzen bestimmten Reihenfolge gefordert werden.

Aus den Gründen:
Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.. Auf das Schuldverhältnis findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12. 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer., dessen Entscheidung in BauR 2005, 388 abgedruckt ist, geht in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon aus, dass der Kl. Werklohnansprüche gegen die Bekl. aus näher bezeichneten Aufträgen für die Bauvorhaben K. und K.-N. in Höhe des Rechnungswerts des von der Kl. gelieferten Materials wirksam abgetreten worden seien. Die an die Kl. abgetretenen Werklohnansprüche seien durch Abschlagszahlungen der Bekl. in entsprechender Höhe gemäß §§ 362, 366 I BGB erloschen. Die Bekl. sei berechtigt gewesen, nachträglich zu bestimmen, dass ihre an die Fa. A. geleisteten Abschlagszahlungen zunächst den im Voraus an die Kl. abgetretenen Teil der Werklohnforderungen tilgen sollten. Dem Schuldner, der in Unkenntnis einer Teilabtretung Leistungen an den bisherigen Gläubiger erbringe, stehe ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht entsprechend § 366 I BGB zu, um zu gewährleisten, dass er das ihm nach dieser Vorschrift zustehende Bestimmungsrecht ausüben könne.

II. Entscheidung in der Revision
Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Ausreichende Begründung gem. § 547 Nr.6 ZPO durch zulässige Bezugnahme
Die Revision beanstandet zu Unrecht, dass die Entscheidung des BerGer. nicht im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO mit Gründen versehen ist. Nach § 540 I 1 ZPO muss das Berufungsurteil die von den Parteien gestellten Berufungsanträge wiedergeben und erkennen lassen, welche tatsächlichen Feststellungen der Entscheidung zugrunde liegen (vgl. BGH, Urteile vom 30.09. 2003 - VI ZR 438/02, BGHZ 156, 216, 218 und vom 06.06. 2003 - V ZR 392/02, WM 2003, 2424, 2425 mit Nachw.). Welche Anforderungen danach im Einzelfall an die Entscheidungsgründe eines Berufungsurteils zu stellen sind, ist unter Berücksichtigung des mit § 540 I 1 Nr. 2 ZPO verfolgten Zwecks zu beurteilen, eine Überprüfung der Entscheidung durch das Revisionsgericht zu ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 30.09.2003, aaO, S. 218 f. mit Nachw.). Das BerGer. hat seine Entscheidung unter Beachtung dieser Grundsätze ausreichend begründet. Die Berufungsanträge

werden im Urteil wörtlich wiedergegeben. Der Streitgegenstand der Berufung ist durch die Bezugnahme auf die Berufungsbegründungsschrift der Kl. vom 11. 12. 2002, aus der sich das mit der Berufung verfolgte Rechtsmittelbegehren ergibt, hinreichend bezeichnet. Eine wörtliche Wiedergabe der Erläuterungen zu den mit der Berufung verfolgten Teilansprüchen war neben der gemäß § 540 ZPO zulässigen Bezugnahme auf schriftsätzliches Parteivorbringen nicht geboten, da das BerGer. in seinen Entscheidungsgründen von einer vollständigen Erfüllung aller Teilansprüche ausgegangen ist.

2. Kein Erlöschen der wirksam an die Kl. abgetretenen Ansprüche gem. § 362 BGB

Die bisherigen Feststellungen des BerGer. tragen nicht die Annahme, dass die an die Kl. wirksam abgetretenen Werklohnansprüche der Fa. A. aus den Bauvorhaben K. und K.-N. durch Erfüllung gemäß § 362 BGB erloschen sind.

a. Wirksamkeit der Teilabtretung

Mit der Revision verfolgt die Kl. ursprünglich der Fa. A. zustehende Werklohnforderungen in dem Umfang weiter, in dem sie ihr nach der vom BerGer. bestätigten Entscheidung des Landgerichts teilabgetreten worden sind, nämlich in Höhe des Rechnungsbetrages für das jeweils eingesetzte von ihr an die Fa. A. gelieferte Material. Gegen die Wirksamkeit dieser Teilabtretung bestehen aus Rechtsgründen keine Bedenken. Die hinreichende Bestimmbarkeit des jeweils abgetretenen Teils der Forderungen ist nicht zweifelhaft. Die Bezugnahme auf die Rechnungsbeträge für das eingesetzte Material reicht hierfür aus (vgl. BGH, Urteil vom 08.10. 1986 - VIII ZR 342/85, BGHZ 98, 303, 312).

b. Grds. nachträgl. Ausüben des Tilgungsbestimmungsrechts entspr. § 366 I BGB zulässig

Im Ansatz zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass die Bekl. grundsätzlich in entsprechender Anwendung des § 366 I BGB berechtigt gewesen ist, nach Offenlegung der erfolgten Teilabtretung der gegen sie gerichteten Werklohnforderungen aus den Bauvorhaben K. und K.-N. nachträglich zu bestimmen, dass ihre in Unkenntnis der Abtretung an die Fa. A. geleisteten Abschlagszahlungen vorrangig auf die der Kl. zustehenden Forderungsteile anzurechnen seien. Der Schuldner, der in Unkenntnis einer Teilabtretung Teilleistungen an den bisherigen Gläubiger erbracht hat, ist berechtigt, sein Tilgungsbestimmungsrecht in entsprechender Anwendung des § 366 I BGB nachträglich auszuüben, nachdem er von der Aufspaltung der Forderung auf mehrere Teilgläubiger Kenntnis erlangt hat (so OLG Hamm, BauR 2002, 638, 640; MünchKommBGB-Wenzel, 4. Aufl., § 366 Rdn. 3; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., § 366 Rdn. 12; Erman/H. P. Westermann, BGB, 11. Aufl., § 366 Rdn. 3, 9; Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., § 366 Rdn. 3; Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl., § 366 Rdn. 3 und 4a; a.A.: OLG Köln, OLGR 1998, 417; OLG Zweibrücken, OLGR 1998, 216; Staudinger/Olzen, BGB, (2000) § 366 Rdn. 31).

aa. Grds. vorherige Bestimmung des Schuldners maßgeblich

Nach § 366 I BGB wird, wenn der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht, diejenige Schuld getilgt, die der Schuldner bei der Leistung bestimmt. Dem Schuldner steht ein Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 366 I BGB darüber hinaus für den Fall zu, dass eine einheitliche Forderung zwischen mehreren Gläubigern aufgeteilt ist (vgl. BGH, Urteile vom 07.05.1991 - XII ZR 44/90, NJW 1991, 2629, 2630 und vom 27.02.1967 - VII ZR 221/64, BGHZ 47, 168, 171 mit Nachw.).

bb. Nachträgl. Bestimmungsrecht im Falle der dem Schuldner unbekannten Teilabtretung

§ 366 I BGB regelt dagegen nicht unmittelbar die Frage, was zu gelten hat, wenn der Schuldner bei der Leistung infolge einer ihm nicht offen gelegten Teilabtretung von dem Bestehen eines Tilgungsbestimmungsrechts nach § 366 I BGB keine Kenntnis hat und es folglich nicht ausüben kann. In diesem Fall ist es ihm gestattet, sein Recht nachträglich wahrzunehmen. Damit wird der durch die verdeckte Teilabtretung für den Schuldner begründete Nachteil ausgeglichen, dass seine Dispositionsfreiheit über die Art der Anrechnung von ihm erbrachter Teilleistungen im Zeitpunkt der Leistung nicht gewährleistet war.

(1) Einzige Möglichkeit der Ausübung des Schuldnerwahlrechts, entspr. § 366 I BGB

Dem Schuldner wird durch die nicht offen gelegte Teilabtretung der gegen ihn gerichteten Forderung die Möglichkeit entzogen, bei der Leistung gemäß § 366 I BGB zu bestimmen, wie Teilleistungen auf die infolge der Abtretung auf verschiedene Gläubiger aufgeteilte Forderung angerechnet werden sollen. Die zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger vereinbarte Sicherungsabtretung dient vorrangig den Interessen des bisherigen Gläubigers und des Zessionars, nicht aber des Schuldners. Nach Anzeige der Teilabtretung besteht kein rechtfertigender Grund, es dem Schuldner zu verwehren, in entsprechender Anwendung des § 366 I BGB sein Leistungsbestimmungsrecht nachträglich auszuüben. Erst die Anzeige eröffnet ihm die Möglichkeit, ein Wahlrecht, wie es § 366 I BGB gewährt, auszuüben.

(2) Rechtsgedanke der §§ 404 ff. BGB

Für die Einräumung eines nachträglichen Leistungs-

bestimmungsrechts spricht der sich aus §§ 404 ff. BGB ergebende Grundsatz, den Schuldner durch die Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung nicht schlechter zu stellen, als er ohne diese stehen würde. Der Zessionar darf deshalb nicht darauf vertrauen, dass Teilleistungen des Schuldners, die dieser in Unkenntnis einer Teilabtretung und damit der Möglichkeit erbringt, bei der Leistung eine Bestimmung über die Art und Weise ihrer Anrechnung zu treffen, entsprechend der in § 366 II BGB bestimmten Reihenfolge auf die mit der Abtretung entstandenen Teilforderungen angerechnet werden. Er hat es nach Offenlegung der Teilabtretung vielmehr hinzunehmen, dass der Schuldner in entsprechender Anwendung des § 366 I BGB nachträglich eine Tilgungsbestimmung zu seinem Nachteil trifft.

cc. Kenntnis von der Teilabtretung, § 366 II BGB

Die Anwendung der ergänzenden Regelung des § 366 II BGB kommt nur in Betracht, wenn der Schuldner in Kenntnis der Teilabtretung von seinem Leistungsbestimmungsrecht keinen Gebrauch macht. Die an den bisherigen Gläubiger erbrachten Teilleistungen des Schuldners sind dann in der Regel verhältnismäßig auf die dem bisherigen und dem neuen Gläubiger zustehenden Teilforderungen anzurechnen (vgl. BGH, Urteile vom 07.05.1991 - XII ZR 44/90, NJW 1991, 2629, 2630 und vom 27.02.1967 - VII ZR 221/64, BGHZ 47, 168, 171 mit Nachw.).

dd. Unverzügliches Ausüben des nachträgl. Bestimmungsrechts, entspr. § 121 I BGB

Der Schuldner ist entsprechend dem § 121 I BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken allerdings gehalten, sein Leistungsbestimmungsrecht unverzüglich auszuüben, nachdem er von der Teilabtretung Kenntnis erhalten hat. Er darf bei der Ausübung des nachträglichen Tilgungsbestimmungsrechts nicht besser stehen, als er im Falle einer Irrtumsanfechtung einer nach § 366 I BGB bei der Leistung getroffenen Tilgungsbestimmung gestanden hätte. Auf die Anfechtung einer Tilgungsbestimmung nach § 366 I BGB wegen Irrtums sind die Anfechtungsvorschriften grundsätzlich entsprechend anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.1988 - XI ZR 81/88,BGHZ 106, 163, 166 m. Nachw.). Den Schuldner trifft die Beweislast dafür, dass eine etwaige Verzögerung der nachträglichen Leistungsbestimmung auf Gründen beruht, die er nicht zu vertreten hat.

c. Feststellungen des BerGer. unzureichend

Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob die Bekl. die Tilgungsbestimmung unverzüglich im Sinne des § 121 I BGB vorgenommen hat, nachdem ihr die Abtretung der Forderungen angezeigt worden ist. Zugunsten der Kl. ist in der Revision davon auszugehen, dass die Bekl. die nachträgliche Leistungsbestimmung nicht unverzüglich getroffen hat.

III. Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Für die neue Verhandlung weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin: Das BerGer. hat zunächst die erforderlichen Feststellungen dazu nachzuholen, ob die nach Aktenlage erst geraume Zeit nach Anzeige der Abtretung vorgenommene Tilgungsbestimmung der Bekl. auf einer von ihr zu vertretenden Verzögerung beruht. Sollte die Bekl. ihr nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht nicht unverzüglich ausgeübt haben, hat das BerGer. unter Berücksichtigung des Umstands, dass die an die Kl. abgetretenen Teilforderungen durch die erbrachten Abschlagszahlungen dann gemäß § 366 II BGB verhältnismäßig getilgt worden sind, zu prüfen, in welcher Höhe die auf die Kl. übergegangenen Forderungsteile durch die vor Offenlegung der Abtretung geleisteten Abschlagszahlungen der Beklagten erfüllt worden sind. Ferner hat es den von der Bekl. geltend gemachten weiteren Einwendungen gegen die an die Kl. abgetretenen Teilforderungen sowie der erhobenen Verjährungseinrede nachzugehen.

Strafrecht

Standort: § 211 StGB Problem: Heimtücke

BGH, URTEIL VOM 27.06.2006
1 STR 113/06 (NSTZ 2006, 502)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte griff aus Eifersucht seine Geliebte an und würgte sie von hinten; als er sie bereits im Würgegriff hatte, entschloss er sich dazu, sie zu töten und erstach sie. Das Landgericht Augsburg hatte den Angeklagten wegen Totschlags (§ 212 I StB) verurteilt. Einen Heimtückemord (§ 211 StGB) hatte es abgelehnt, da das Opfer im Tatzeitpunkt nicht arg- und wehrlos gewesen sei und der Täter auch nicht den Willen gehabt habe, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers auszunutzen, was aber beides Voraussetzung für eine heimtückische Tötung i.S.v. § 211 II StGB sei. Der BGH hob diese Entscheidung auf, da eine heimtückische Tötung nicht ausgeschlossen sei.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte stellen einen besonders beliebten Prüfungsstoff dar, da es hier zahlreiche spezifische Probleme gibt (die Voraussetzungen der verschiedenen Mordmerkmale, das Verhältnis zwischen Mord und Totschlag und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB usw.) und sich diese Delikte auch hervorragend mit Problemen des Allgemeinen Teils (Täterschaft und Teilnahme, Versuch usw.) kombinieren lassen. Insofern werden in beiden Examen gerade zu § 211 StGB auch detaillierte Kenntnisse erwartet.

Im vorliegenden Fall diskutiert der BGH das Vorliegen einer heimtückischen Tötung. Eine solche ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; NStZ 2003, 535; LK-Jähnke, § 211 Rn. 412 mwN). Arglos ist das Opfer, wenn es sich keines Angriffs auf Leib und Leben von Seiten des Täters versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17), wehrlos ist das Opfer dann, wenn es infolge seiner Arglosigkeit keine oder nur verminderte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (Küper, JuS 2000, 741; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 24 a). In der Literatur wird teilweise zusätzlich zu diesen Voraussetzungen noch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch verlangt, was notwendigerweise voraussetzt, dass (bis zur Tat) zwischen Täter und Opfer ein Vertrauensverhältnis besteht (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN).

Eine Arglosigkeit des Opfers ist jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn dieses in der konkreten Tatsituation mit einem Angriff des Täters auf Leib und Leben des Opfers rechnet; dies ist jedoch selbst dann nicht selbstverständlich, wenn dem Angriff eine verbale Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer vorausgegangen ist, da das Opfer dann immer noch bzgl. eines Angriffs auf Leib und Leben arglos sein kann (BGH, NStZ 2002, 368; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 24). Rechnet das Opfer allerdings aufgrund der vorangegangenen Auseinandersetzung mit einem Angriff des Täters auf Leib und Leben, so ist es nicht mehr arglos und eine heimtückische Tötung scheidet dann aus (BGH, NStZ 2003, 146; NStZ-RR 2004, 234; Tröndle/Fischer, § 211 Rnb. 17 a mwN).

Dass das Opfer mit einem Angriff des Täters rechnet schließt eine heimtückische Tötung jedoch dann ausnahmsweise nicht aus, wenn die Zeitspanne zwischen dem Erkennen des Angriffs und dessen Ausführung so kurz ist, dass dem Opfer keine Abwehrmöglichkeit mehr bleibt (BGH, NStZ 2002, 368; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 24). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Arglosigkeit des Opfers ist grundsätzlich derjenige des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (BGH, NStZ-RR 1999, 234; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17 mwN). Hat der Täter das Opfer also zunächst mit Körperverletzungsvorsatz angegriffen und geht nachträglich zu einer Tötungshandlung über, ist somit eine Arglosigkeit in der Regel nicht mehr gegeben (BGHSt 19, 321; BGH, StV 1998, 545; Lackner/Kühl, § 211 Rn. 7).

Diese Ansätze kombiniert der BGH in der vorliegenden Entscheidung: In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Täter das Opfer zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz angreift und erst nachträglich zu einer Tötungshandlung übergeht ist das Opfer jedenfalls dann noch arglos, wenn ihm nicht mehr die Zeit verbleibt, auf den Angriff des Täters zu reagieren. Die Konstellation könne dann nicht anders sein als in dem Falle, in dem der Täter von vornherein mit Tötungsvorsatz handele (ähnlich bereits BGH, NStZ-RR 2004, 234 (= RA 2004, 298)).

Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung weiter, dass das Bewusstsein des Täters, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung auszunutzen, nicht zwingend voraussetzt, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gezielt herbeigeführt

hat, sondern auch dann möglich ist, wenn der Täter eine bereits vorgefundene Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung ausnutzt (ebenso BGHSt 8, 219; 18, 88; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 18 b). Auch spricht - wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung betont - gegen ein Ausnutzungsbewusstsein nicht, dass der Täter im Tatzeitpuznkt erheblich alkoholisiert war; damit setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort, dass eine verminderte oder fehlende Schuldfähigkeit des Täters im Rahmen des subjektiven Tatbestandes grundsätzlich keine Relevanz hat (vgl. BGH, NStZ 2004, 324 = RA 2004, 416).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Mordmerkmal der Heimtücke: *BGH*, StV 1985, 235; NStZ-RR 1997, 168; 2004, 234; NStZ 2003, 146; *Bosch/Schindler*, Jura 2000, 77; *Kargl*, Jura 2004, 189; *Quentin*, NStZ 2005, 128; *Rotsch*, JuS 2005, 12; *Schneider*, NStZ 2003, 428; *Widmaier*, NJW 2003, 2789; *Zaczyk*, JuS 2004, 750

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

❑ *Examenskurs*: "Argentina"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine heimtückische Tötung i.S.v. § 211 StGB durch Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers kann auch dann gegeben sein, wenn der Täter dem Opfer zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs. Dabei macht es aber keinen Unterschied, ob der überraschende Angriff von vornherein mit Tötungsvorsatz geführt wird oder ob der ursprüngliche Handlungswille derart schnell in den Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt bis zu dem Zeitpunkt andauert, zu dem der Täter mit Tötungsvorsatz angreift. In beiden Fällen bleibt dem Opfer keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen.

2. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit durch eigenes Veranlassen gezielt herbeiführt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte lebte vorübergehend im Haushalt seiner Cousine B, des späteren Tatopfers, zu der er eine intime Beziehung unterhielt. Am Abend des 28.02.2005 kamen in ihm unbegründete Eifersuchtsgedanken auf. Er steigerte sich derart hinein, dass er nicht einschlafen konnte. Der Angeklagte, der alkoholabhängig ist, aber seit 7 Jahren abstinent lebte, wurde alkoholrückfällig. Er trank heimlich 0,5 Liter 40prozentigen Calvados.

Am nächsten Morgen, dem 01.03.2005, bemerkte B die Alkoholisierung des Angeklagten. Sie erklärte ihm, dass sie mit einem Alkoholiker nichts zu tun haben wolle und äußerte Unverständnis über seine Eifersucht. Im Rahmen dieses Streitgesprächs trat der Angeklagte von hinten an B heran und nahm sie mit seinem rechten Unterarm mindestens 20 bis 30 Sekunden in einen Halswürgegriff: Dadurch erlitt sie leichte Verletzungen im Bereich der inneren Halsorgane. Mit der linken Hand ergriff er nun mit erst jetzt sicher nachweisbarem Tötungsvorsatz ein Küchenmesser und versetzte ihr damit 2 Messerstiche in den Bauchbereich, die die Leber kreuzförmig durchstachen. Dann löste er den Unterarmgriff und fügte ihr einen oberflächlichen Bauchstich und einen oberflächlichen Stich in die linke seitliche Brustwand zu. Danach versetzte er ihr 5 weitere Stiche in den Rücken-, Lenden- und seitlichen Rumpfbereich, wobei sie möglicherweise bereits am Boden lag, sich in einer Drehbewegung befand oder er um sie herumgegangen war. Von diesen Stichen führten 3 binnen weniger Minuten zum Tode durch Verbluten und Zusammenbruch der Atmung.

Die Tat erfolgte zwischen 7 und 8 Uhr, nachdem die beiden Söhne des Tatopfers zur Schule gegangen waren. Der Angeklagte trank nach der Tat noch 0,1 1 Calvados. Nach vorangegangenen anderen Telefonaten benachrichtigte. er um 11.04 Uhr die Polizei. Die ihm um 12.01 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine BAK von 2,09 ‰.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das LG hat das Tatgeschehen als Totschlag gewertet. Das Vorliegen des Mordmerkmals Heimtücke hat es ausgeschlossen. Zwar sei das Opfer objektiv arg- und wehrlos gewesen, als der Angeklagte es von hinten in den Unterarmwürgegriff genommen habe, für diesen Zeitpunkt sei aber ein Tötungsvorsatz nicht sicher feststellbar gewesen. Als der Angeklagte dann zum Messer gegriffen habe, sei das Opfer nicht mehr arglos gewesen. Im Übrigen gebe es keinen Nachweis für ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit durch den Angeklagten. Zwar habe ein gewisses Vertrauens- und Überraschungsmoment vorgelegen. Ein Ausnutzungsbewusstsein wäre aber nur dann nach-

weisbar, wenn der Angeklagte die Angriffsmöglichkeit von hinten, etwa durch ein Veranlassen der Getöteten sich umzudrehen, gezielt herbeigeführt hätte. Auch spreche die hochgradige Alkoholisierung des Angeklagten gegen eine Bewusstseinsbildung bezüglich der Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
Im Anschluss an die Anhörung von zwei Sachverständigen ist das LG von einer nicht ausschließbar erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten infolge Alkoholintoxikation i.S.v. § 21 StGB zur Tatzeit ausgegangen.
Das LG hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt. Mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision beanstandet die StA die Verneinung des Mordmerkmals Heimtücke. Die Revision wird vom GBA vertreten und erstrebt eine Verurteilung wegen Mordes. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

II. Entscheidung des BGH
Die rechtliche Bewertung des LG zur objektiven und subjektiven Tatseite eines heimtückisch begangenen Mordes ist nicht frei von Rechtsfehlern. Insoweit ist der festgestellte Sachverhalt auch nicht erschöpfend gewürdigt.

l. Zu den objektiven Voraussetzungen einer heimtückischen Tötung
Die objektiven Voraussetzungen der Heimtücke können selbst dann erfüllt sein, wenn der Unterarmwürgegriff von hinten nicht mit Tötungsvorsatz erfolgte und der Angeklagte einen solchen Vorsatz erst fasste, als er nach dem Messer griff. Dies schließt die Arglosigkeit des Opfers nicht von vornherein aus.
Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSt 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 II Heimtücke 2 mwN). Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSt 32, 382, 384). Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGHR StGB § 211 II Heimtücke 3, 15). Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs. Dabei macht es aber keinen Unterschied, ob der überraschende Angriff von vornherein mit Tötungsvorsatz geführt wird oder ob der ursprüngliche Handlungswille derart schnell in den Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt bis zu dem Zeitpunkt andauert, zu dem der Täter mit Tötungsvorsatz angreift. In beiden Fällen bleibt dem Opfer keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen (BGHR StGB § 211 II Heimtücke 3).
Jedenfalls letztere Konstellation ist hier gegeben. Nach den Feststellungen des LG hielt der Angeklagte das Opfer 20 bis 30 Sekunden im Unterarmwürgegriff, den er von hinten ausgeführt hatte, bevor er sich entschloss, es zu töten. Das Opfer hatte in dieser Lage nach Erkennender Gefahr keine Möglichkeit mehr, sich gegen den Tötungsangriff zur Wehr zu setzen, was die fehlenden Abwehrverletzungen bestätigen. Dann war das Opfer - an den aufgezeigten Maßstäben gemessen - aber auch zu diesem Zeitpunkt infolge Arglosigkeit wehrlos.

2. Zu den subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke
Die Verneinung eines Ausnutzungsbewusstseins des Angeklagten entbehrt einer tragfähigen Grundlage.

a. Zum bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers durch den Täter
Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NStZ 2003, 535).
Es ist nicht erforderlich, wie das LG meint, dass der Täter die Angriffsmöglichkeit von hinten durch eigenes Veranlassen gezielt herbeiführt. Wenn der Angeklagte hier seinem Opfer von hinten den Unterarm um den Hals legte und es würgte, so liegt die Annahme nahe, dass er sich des überraschenden Angriffs bewusst war. Die Ausführungen, mit denen das LG ein Ausnutzungsbewusstsein verneint, sind in der rechtlichen Bewertung in zweifacher Hinsicht fehlerhaft. Einerseits bedarf es des bewussten Herbeiführens eines Hinterhaltes nicht, andererseits liegt - wie oben ausgeführt - eine rechtsfehlerhafte Bewertung der Arglosigkeit zu Grunde.

b. Kein Ausschluss des Ausnutzungsbewusstseins wegen Alkoholisierung des Täters
Soweit das LG ausführt, auch die hochgradige Alkoholisierung des Angeklagten spreche gegen eine Bewusstseinsbildung bezüglich der Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, fehlt dafür jedwede Begründung. Im Hinblick auf die Ausführungen zur nicht ausschließbar verminderten Schuldfähigkeit infolge Alkoholisierung versteht es sich nicht von selbst, dass der Angeklagte den Überraschungseffekt nicht in sein Bewusstsein aufgenommen habe.
Die Alkoholisierung beeinträchtigte danach die Fähigkeit des Angeklagten zur Unrechtseinsicht nicht. Eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit wurde nicht positiv festgestellt, sondern konnte nicht ausgeschlossen werden. Nach Auffassung des Sachver-

ständigen, der auf Grund der Blutprobe eine maximale Blutalkoholkonzentration von BAK 3,29 ‰ für die Tatzeit von 7 Uhr und eine solche von 3,09 ‰ für die Tatzeit von 8 Uhr errechnete, zeigte der Angeklagte angesichts dieser Alkoholisierung erstaunlich wenige Ausfallerscheinungen, was darauf schließen lasse, dass er doch nicht ganz trocken gewesen sei. Bei der Berechnung der Tatzeit-BAK hat der Sachverständige den festgestellten Nachtrunk außer Acht gelassen. Unter Berücksichtigung des Nachtrunks bewege sich die erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit - so der Sachverständige - dann "am unteren Ende der Nichtausschließbarkeit". Das LG hätte bei einer erschöpfenden Würdigung des Sachverhalts diese Ausführungen in seine Erwägungen einbeziehen und sich damit auseinandersetzen müssen [...]

Standort: § 255 StGB — Problem: Schmiergeldzahlung

BGH, URTEIL VOM 29.06.2006
5 STR 485/05 (NJW 2006, 2864)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Geschäftsführer einer GmbH. Als solcher vergab er zwei Aufträge der GmbH an die G-KG ohne Angebote von Konkurrenzunternehmen einzuholen, weil er vorher von einem Mittelsmann, der von der G-KG hierfür bezahlt worden war, erhebliche finanzielle Zuwendungen erhalten hatte. Außerdem kaufte der Angeklagte für die GmbH zwei Grundstücke, wobei er in einem Fall infolge eines Gutachten des Mittelmannes, das für das Grundstück einen überzogenen Wert aufwies, einen überhöhten Kaufpreis zahlte, obwohl der Angeklagte aufgrund eines anderen Gutachtens wusste, dass das Grundstück tatsächlich einen geringeren Wert hatte. Außerdem kaufte er auf Drängen des Mittelsmanns ein anderes Grundstück, dessen Eigentümer kurz vor der Insolvenz stand, obwohl er es nach Eintritt der Insolvenz vermutlich zu einem wesentlich geringeren Preis hätte erwerben können. Das Landgericht Wuppertal hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Untreue (§ 266 I StGB) in vier Fällen verurteilt. Der BGH bestätigte diese Verurteilung in drei von vier Fällen. Lediglich der Kauf des Grundstücks des insolventen Eigentümers stelle keine Untreue dar.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand der Untreue, dessen Tatbestandsmerkmal "Vermögensnachteil" Kern der vorliegenden Ausführungen des BGH ist, ist häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben, wenn auch nicht ganz so oft wie z.B. § 242 I StGB oder § 263 I StGB. Trotzdem werden - insb. wegen des etwas kompliziert strukturierten Tatbestandes des § 266 I StGB und den sich daraus ergebenden Problemen bzgl. der Voraussetzungen und des Verhältnisses der verschiedenen Tatbestandvarianten hier Grund- und auch Detailkenntnisse erwartet. Das vom BGH auch angesprochene Problem des Verwerfens eines Ablehnungsgesuches gem. § 26 a StPO dürfte allerdings nur im zweiten Examen Relevanz erlangen.

Eine Strafbarkeit gem. § 266 I StGB setzt sowohl für den Missbrauchs- (§ 266 I 1. Fall StGB) als auch für den Treuebruchs-Tatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB) voraus, dass beim Opfer ein Vermögensnachteil eintritt. Der Begriff des "Vermögensnachteils" entspricht dem des "Vermögensschadens" i.S.v. § 263 I StGB (Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 59), so dass ein solcher gegeben ist, wenn das Vermögen des Opfers - was über eine Gesamtsaldierung zu ermitteln ist - nach der Tathandlung geringer ist als davor (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 40).

Im vorliegenden Fall bestand in den Fällen der Auftragsvergabe die tatbestandsmäßige Pflichtverletzung - des Angeklagten darin, dass dieser aufgrund der vorher erfolgten Schmiergeldzahlungen die Aufträge an ein bestimmtes Unternehmen vergab, ohne vergleichbare Angebote von Konkurrenzunternehmen einzuholen. Das Landgericht ist hier davon ausgegangen, dass in einer solchen Konstellation Schmiergeldzahlungen nur den Zweck haben können, den Vergebenden zu einer Auftragsvergabe zu Preisen zu veranlassen, die in einer Wettbewerbssituation (wenn also auch die Angebote anderer Unternehmen berücksichtigt werden) nicht hätten erzielt werden können. Deshalb ist das LG - ohne weitere Prüfung - von einem Vermögensnachteil bei der GmbH, die den Auftrag vergeben hatte, ausgegangen, da man unterstellen könne, dass die G-KG überhöhte Preise verlangt habe. Diese Vorgehensweise des LGs, das ohne weitere Prüfung vom Vorliegen eines Vermögensnachteils ausgeht, ist zwar vor dem Hintergrund der Komplexität des Sachverhaltes und der Schwierigkeit der Ermittlung desjenigen Preises, den die GmbH bei freiem Wettbewerb (nur) an die G-KG hätte zahlen müssen, nachvollziehbar (und wird auch vom BGH - in Übereinstimmung mit BGH, NJW 2006, 163 - nicht beanstandet). Sie dürfte jedoch insb. vor dem Hintergrund des Grundsatzes "in dubio pro reo" nicht ganz unbedenklich sein, da das LG nicht wirklich überprüft, ob im Falle eines freien Wettbewerbs tatsächlich ein niedriger Preis erzielt worden wäre und deshalb tatsächlich ein Vermögensnachteil bei der GmbH eingetreten ist.

Eine Untreue dadurch, dass der Angeklagte ein Grundstück von einem wirtschaftlich angeschlagenen Eigentümer gekauft hatte, ohne abzuwarten, ob dieser vielleicht insolvent werden und sich im Insolvenzverfah-

ren u.U. ein günstigerer Kaufpreis erzielen lassen würde, hat der BGH (im Gegensatz zum LG) abgelehnt. Es bestünde keine Pflicht des Vertreters dahingehend, die wirtschaftliche Not des potenziellen Vertragspartners so weit fortschreiten zu lassen, bis dieser sich bestimmte Vertragskonditionen "diktieren" lassen müsse. Deshalb könne auch ein Vermögensnachteil beim Vertretenen nur dann angenommen werden, wenn vor Eintritt der Insolvenz ein übertriebener Preis gezahlt werde, was sich im vorliegenden Fall aber nicht feststellen ließ. Diese Wertung des BGH ist sehr erfreulich, denn ansonsten wäre eine Pflichtverletzung eines Vertreters i.S.v. § 266 I StGB stets gegeben, wenn dieser in Anbetracht einer Insolvenz des Vertragspartners vor deren Eintritt noch mit ihm Verträge schließen würde, was doch irgendwie reichlich zynisch anmuten würde.

Der BGH hatte sich noch mit der prozessualen Frage auseinanderzusetzen, ob im vorliegenden Fall der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO (Mitwirkung eines Richters, der wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war und dessen Ablehnungsgesuch mit Unrecht verworfen worden ist) vorlag. Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte sämtliche Mitglieder der erkennenden Kammer des LGs wegen Befangenheit abgelehnt, weil diese in einem Verfahren mitgewirkt hatten, in dem ein Gehilfe des Angeklagten verurteilt worden war. Die Kammer hatte das Ablehnungsgesuch gem. § 26 a I Nr. 2 StPO verworfen. In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass eine Verwerfung gem. § 26 a StPO nur dann "mit Unrecht" i.S.v. § 338 Nr. 2 StPO erfolgt, wenn sie auf einer willkürlichen oder die Anforderungen des Art. 101 I 2 GG grundlegend verkennenden Rechtsanwendung beruht. Die Verwerfung eines Ablehnungsgesuches gem. § 26 a I Nr. 2 StPO sei jedenfalls dann revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn dieses zwar einen Ablehnungsgrund abgebe, aber insofern nur pauschal auf eine Mitwirkung des Richters/der Richter an einem abgetrennten Verfahren hingewiesen wird, ohne besondere Umstände anzugeben, aus denen eine Befangenheit folge.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verwerfung eines Ablehnungsantrags gem. § 26 a StPO: *BVerfG*, NJW 1995, 2912; *BGH*, NStZ 1999, 311; NStZ-RR 2002, 66; StraFo 2004, 238

❑ Zum Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB, insb. bei Schmiergeldzahlungen: *BGH*, NJW 2006, 163; wistra 2001, 341; NStZ 1995, 233; 2004, 205; NStZ-RR 2001, 650; *OLG Frankfurt*, NStZ-RR, 2004, 244; *Vogel*, JR 2005, 123

Leitsätze:

1. Zur Anwendung von § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO bei Vorbefassung des Gerichts nach Abtrennung von Verfahren gegen Tatbeteiligte und deren gesonderter Aburteilung.

2. Kommt es durch Schmiergeldzahlungen an einen Treupflichtigen zur Ausschaltung des Wettbewerbs, liegt es nahe, dass Preise vereinbart werden, die unter Wettbewerbsbedingungen nicht erzielbar wären. In diesem Fall ist die Annahme eines Vermögensnachteils in Höhe sachfremder oder unter Wettbewerbsbedingungen nicht ohne weiteres durchsetzbarer Rechnungsposten gerechtfertigt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war "kaufmännischer" Geschäftsführer der Adhäsionsklägerin G W mbH Wuppertal (nachfolgend: GWG). In dieser war der Angeklagte maßgeblich an der Vergabe von zwei großen Bauaufträgen und dem Ankauf von zwei Grundstücken beteiligt. Dabei handelte es sich um die Vergabe von Generalunternehmeraufträgen an das Bauunternehmen H G GmbH und Co. KG (nachfolgend: G-KG) zur Errichtung des vierten Bauabschnitts eines von der H-Stiftung geplanten Altenwohnheims mit einem Auftragsvolumen von ca. 30 Mio. DM (nachfolgend: Projekt H-Stiftung)
und zur Errichtung eines von der D-Stiftung geplanten Wohnquartiers für betreutes Altenwohnen mit
einem Auftragsvolumen von ca. 28 Mio. DM (nachfolgend: Projekt D-Stiftung). Die Grundstücksaufkäufe betrafen zum einen ein Grundstück in der Wuppertaler Tannenbergstraße (nachfolgend: Grundstück Tannenbergstraße) zur Errichtung von etwa 200 Studentenwohnungen für etwa 7,1 Mio. DM und zum anderen ein Grundstück der ehemaligen B-Brauerei in Wuppertal zur städtebaulichen Entwicklung des brachliegenden Geländes zum Preis von 7,7 Mio. DM (nachfolgend: Grundstück B).

Der Angeklagte ließ sich bei der Auftragsvergabe und den Grundstücksankäufen wesentlich von erheblichen Zuwendungen des gesondert Verfolgten K leiten. K - ein frühpensionierter ehemaliger Oberamtsanwalt, in Wuppertal als "Mister 10 %" bekannt - war bereits seit geraumer Zeit erfolgreich im Immobilien- und Baugeschäft tätig und hatte seit Beginn der 80er Jahre durch die Investition in größere Bauprojekte mit der G-KG Kontakt bekommen, von der er für die Beauftragung jeweils verdeckte Provisionen erhielt. K wurde im Vorstand der H-Stiftung und der D-Stiftung auch tätig, um in dieser Funktion bei zukünftigen Bauvorhaben für eine Auftragsvergabe an die G-KG zu sorgen und damit weitere Provisionen zu verdienen. Aus demselben Beweggrund unterhielt K auch jahrelang enge Beziehungen zu dem Angeklagten, dem ursprünglich mitangeklagten gesondert abgeurteilten "technischen" Geschäftsführer der GWG, S, und dem ebenfalls ursprünglich mitangeklagten gesondert abgeurteilten Prokuristen der GWG, St. K kam es dabei darauf an, diese durch großzügige Zuwendungen zu einer ihm nützlichen Geschäftspolitik der GWG zu bewegen.

Der Angeklagte erhielt von K in den Jahren 1995 bis 1998 Bargeldzuwendungen von insgesamt 150.000 DM und Sachzuwendungen in Form von Reisen, Uhren etc. im Wert von insgesamt ca. 125.000 DM.
Der Angeklagte gab diese Zuwendungen in seinen Steuererklärungen für die jeweiligen Jahre nicht an und verkürzte hierdurch Einkommensteuern in Höhe von insgesamt etwa 130.000 DM.
Die zwischen der G-KG und K vereinbarten Provisionen für die Bauvorhaben H-Stiftung und D-Stiftung in Höhe von 5 % der Auftragssumme hat das Landgericht als Mindestschaden der GWG im Rahmen der ohne Wettbewerb erfolgten Auftragsvergabe gewertet. Nach Auffassung des Landgerichts handelt es sich dabei um einen sachfremden Rechnungsposten, der bei wettbewerbskonformer Vergabe nicht in die Kalkulation der G-KG eingeflossen wäre und deshalb letztlich von der GWG nicht hätte getragen werden müssen. Das Landgericht hat bei dem Angeklagten, der keine positive Kenntnis von der Provisionsabsprache zwischen G und K hatte, bedingten Vorsatz hinsichtlich der Höhe des Vermögensnachteils angenommen.
Betreffend das Grundstück Tannenbergstraße hatte K ein Gutachten über den Verkehrswert in Auftrag gegeben, das unter Ansetzung nicht angefallener Baunebenkosten in Höhe von 2,2 Mio. DM einen Wert von 7,1 Mio. DM auswies. Etwa ein Jahr vor dem schließlich zu diesem Preis erfolgten Ankauf des Grundstücks durch die GWG hatte ein anderes Unternehmen das Grundstück zum Preis von 6,1 Mio. DM erwerben wollen; der Verkäufer war auch zu einem Verkauf zu diesem Preis bereit. Die Differenz zwischen beiden Kaufpreisen hat das Landgericht als vom Eventualvorsatz des Angeklagten erfassten Mindestschaden gewertet. Der Verkäufer des Grundstücks B, der gesondert Verfolgte Z, ein Geschäftsfreund Ks, war im Jahr 1995 in finanziellen Schwierigkeiten und stand kurz vor der Insolvenz, nachdem ihm die finanzierende Deutsche Bank gedroht hatte, die Kredite für dieses Projekt zu kündigen.
Z hatte das Grundstück bereits 1993 der GWG zum Kauf angeboten, woraufhin die GWG die Prüfung einer städtebaulichen Entwicklung des Geländes beschloss. Auf Druck Ks, der dem Angeklagten die finanziellen Schwierigkeiten seines Freundes Z beschrieb und wegen dessen drohender Insolvenz zur Eile drängte, wurde im März 1995 der notarielle Kaufvertrag über das Grundstück B zu dem von der Deutschen Bank vorgegebenen Kaufpreis von 7,7 Mio. DM geschlossen; die Deutsche Bank war Inhaberin einer auf dem Grundstück lastenden Grundschuld über 6 Mio. DM.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts
Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in vier Fällen und wegen Steuerhinterziehung in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Zudem hat es den Angeklagten verurteilt, an die Adhäsionsklägerin 1.511.378,73 Euro nebst 4% Zinsen seit dem 25. Februar 2003 zu zahlen. Die Revision des Angeklagten erzielt den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet. [...]
Das Landgericht hat eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch den Angeklagten darin gesehen, dass dieser beim Grundstücksankauf nicht bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Zs zugewartet und sich dadurch einer günstigeren Ankaufsmöglichkeit begeben hat. Der GWG sei hierdurch ein Mindestvermögensnachteil von 2 Mio. DM entstanden, weil um mindestens diesen Betrag der Kaufpreis bei längerem Zuwarten günstiger ausgefallen wäre.

II. Entscheidung des BGH
Die Revision hat mit der Sachrüge nur teilweise Erfolg.

1. Zu den Verfahrensrügen

a. Zur Rüge des Vorliegens eines absoluten Revisionsgrundes gem. § 338 Nr. 3 StPO
Der von der Revision geltend gemachte absolute Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO wegen etwa unrechtmäßiger Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO liegt nicht vor.

aa. Der Rüge zugrunde liegender Sachverhalt
Der Rüge liegt im Wesentlichen folgender Verfahrensgang zugrunde:
Ursprünglich wurde wegen der Vorwürfe im Zusammenhang mit Schmiergeldzahlungen Ks gegen sieben Angeklagte verhandelt: den Angeklagten sowie die früheren Mitangeklagten S, St, K, G, Pi und Sch. K und Sch wurde dabei u. a. eine Beteiligung an Untreuetaten des Angeklagten vorgeworfen. Nachdem K ein umfassendes Geständnis abgelegt hatte, hat die Wirtschaftsstrafkammer das Verfahren gegen ihn im November 2003 abgetrennt und ihn u. a. wegen Anstiftung zu vier vom Angeklagten begangenen Untreuetaten verurteilt.
Kurz zuvor war bereits das Verfahren gegen den früheren Mitangeklagten Pi abgetrennt worden. Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Abtrennung des Verfahrens gegen K wies der Vorsitzende in einem Rechtsgespräch ausdrücklich darauf hin, dass die Feststellungen der Strafkammer in diesem abgetrennten Verfahren nicht verbindlich für die verbleibenden Mitangeklagten seien, insbesondere weil ein solches Urteil auf der geständigen Einlassung Ks beruhe; eine Abtrennung werde aber nicht erfolgen, wenn die Verteidigung deshalb ein Ablehnungsgesuch stelle.
Im März 2004 lehnten der Angeklagte und der damali-

ge Mitangeklagte S sämtliche Mitglieder der erkennenden Wirtschaftsstrafkammer mit der Begründung ab, nach Abtrennung des Verfahrens gegen den Mitangeklagten Sch am 01.03.2004 (55. Verhandlungstag) sei dieser am 23.03.2004 wegen Beihilfe zu zwei vom Angeklagten und S begangenen Untreuetaten (Projekte H-Stiftung und D- Stiftung) verurteilt worden; dies begründe - auch vor dem Hintergrund des im Oktober 2003 geführten Rechtsgesprächs - die Besorgnis der Befangenheit, weil sich die Kammer notwendigerweise schon eine Überzeugung von der Begehung einer Haupttat durch den Angeklagten und S habe machen müssen und dies der Vorsitzende auch bei seiner mündlichen Urteilsbegründung in Sachen Sch deutlich erklärt habe. Zudem habe der Vorsitzende in einem weiteren abgetrennten Verfahren gegen den Mitangeklagten G durch Erörterung von Verfallsbeträgen deutlich gemacht, dass er auch in diesem Verfahren vom Vorliegen einer Untreuehandlung durch den Angeklagten ausgehe.

Die Befangenheitsanträge wurden von der Wirtschaftsstrafkammer gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig zurückgewiesen, weil die Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs ungeeignet sei, was dem Fehlen einer Begründung gleichstehe: Sachlich begründete Entscheidungen in abgetrennten Verfahren nach mehr als 50 Hauptverhandlungstage andauernder Beweisaufnahme könnten aus Sicht eines vernünftigen Angeklagten kein Anlass zum Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters sein.

bb. Zum Nichtvorliegen des Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO

Es kann dahinstehen, ob der Vortrag des Beschwerdeführers in jeder Hinsicht den Anforderungen von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspricht. Die Rüge ist jedenfalls unbegründet.

Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO liegt nicht vor. Bei dem angegriffenen Urteil hat kein Richter mitgewirkt, nachdem ein gegen ihn gerichtetes Ablehnungsgesuch mit Unrecht verworfen wurde. Die Entscheidung der Strafkammer, nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO zu verfahren, war weder willkürlich noch hat die Kammer damit die Grenzen dieser Norm in einer die Anforderungen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennenden Weise überschritten. Eine Überprüfung der Entscheidung unter Beschwerdegesichtspunkten ergibt zumal keinen Grund, der geeignet wäre, die Besorgnis der Befangenheit gegen die abgelehnten Kammermitglieder zu begründen.

(1) Zur Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs "mit Unrecht" i.S.v. § 338 Nr. 3 StPO

Ein Ablehnungsgesuch ist nach der neueren Rechtsprechung des Senats zwar auch dann im Sinne von § 338 Nr. 3 StPO "mit Unrecht verworfen", wenn die unter Mitwirkung des abgelehnten Richters beschlossene Verwerfung gemäß § 26 a StPO als unzulässig auf einer willkürlichen oder die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennenden Rechtsanwendung beruht; auf die sachliche Berechtigung der Ablehnungsgründe kommt es in diesem Fall nicht an (anknüpfend an BVerfG - Kammer - StV 2005, 478: BGHSt 50, 216; vgl. auch BGH NJW 2005, 3434; BVerfG - Kammer - StraFo 2006, 232). Willkür in diesem Sinne liegt vor, wenn die Entscheidung des Gerichts auf einem Fall grober Missachtung oder grober Fehlanwendung des Gesetzesrechts beruht und daher in der Sache offensichtlich unhaltbar ist. Ebenso zu behandeln ist der Fall, dass das Gericht bei der Rechtsanwendung Bedeutung und Tragweite des von der Verfassung garantierten Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) grundlegend verkennt. Ob ein solcher Fall vorliegt, kann nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (BGHSt 50, 216, 219 f.).

(2) Voraussetzungen für die Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs gem. § 26 a StPO

Nach diesen Maßstäben hat die Kammer die Grenzen der Vorschrift des § 26 a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, nicht überschritten:

Grundsätzlich ist die Gleichsetzung eines Ablehnungsgesuchs, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung einer Richterablehnung völlig ungeeignet ist, mit einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes (§ 26a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StPO) unbedenklich. Entscheidend für die Abgrenzung zu Ablehnungsgesuchen, die nach § 27 StPO zu behandeln sind, ist die Frage, ob das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist oder ob es über diese bloß formale Prüfung hinaus eine nähere inhaltliche Prüfung der Ablehnungsgründe erfordert, wodurch sich der abgelehnte Richter im Rahmen einer Entscheidung nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO zum "Richter in eigener Sache" machen würde.

Nach diesen Kriterien unbedenklich ist die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO, das lediglich damit begründet wird, der Richter sei an einer Vorentscheidung beteiligt gewesen. Hierzu gehört auch die Mitwirkung an einem Urteil über dieselbe Tat gegen einen daran Beteiligten in einem abgetrennten Verfahren (BGHSt aaO S. 221). Da eine solche Beteiligung an Vorentscheidungen im nämlichen und in anderen damit zusammenhängenden Verfahren von Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsrecht ausdrücklich vorgesehen und vorausgesetzt wird, kann die Vorbefassung als solche - abgesehen von den in § 22 Nr. 4 und Nr. 5, § 23 und § 148 a Abs. 2 Satz 1 StPO genannten Aus-

schließungstatbeständen - die Besorgnis der Befangenheit aus normativen (nicht tatsächlichen) Erwägungen grundsätzlich nicht begründen. Wird das Ablehnungsgesuch allein auf solche Umstände der Vorbefassung gestützt, kann es ohne inhaltliche Prüfung als unzulässig nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO verworfen werden, weil eine solche Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist und dies dem Fehlen einer Begründung gleichsteht (BGHSt aaO S. 221). Anders verhält es sich lediglich beim Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen sowie die übrigen genannten Aspekte hinausgehen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Äußerungen in früheren Urteilen nach der Sachlage unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalten oder wenn ein Richter sich bei einer Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat (BGHSt aaO S. 221 f.).

(3) Vorbefassung des Gerichts mit der Sache in einem anderen Verfahren kein Befangenheitsgrund

Die Befangenheitsanträge werden vorliegend inhaltlich entscheidend darauf gestützt, dass sich die Kammer durch die abschließende Entscheidung in einem abgetrennten Verfahren zwangsläufig eine Meinung über die Täterschaft des Angeklagten gebildet habe. Eine notwendige Vorbefassung des Gerichts ist jedoch - wie ausgeführt - für sich gesehen grundsätzlich kein geeigneter Befangenheitsgrund; dies gilt auch, wenn Verfahren gegen einzelne Angeklagte zur Verfahrensbeschleunigung abgetrennt werden und anschließend ein Schuldspruch wegen Teilnahme an später abzuurteilenden Taten erfolgt.

Besondere Umstände, die über die Vorbefassung als solche hinaus ausnahmsweise eine inhaltliche Sachprüfung notwendig machten, sind nicht ersichtlich, mindestens nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Unsachliche oder nicht gebotene Äußerungen der abgelehnten Richter werden mit den Befangenheitsanträgen nicht geltend gemacht, sondern lediglich mit der Vorentscheidung im Zusammenhang stehende Äußerungen, welche die bei der Verurteilung eines Teilnehmers zwingend notwendige Überzeugung des Gerichts von der Begehung einer Haupttat belegen. Dies reicht aber - wie oben ausgeführt - aus Rechtsgründen gerade nicht, für sich allein die Besorgnis der Befangenheit im Verfahren gegen den Haupttäter zu begründen.

Dass die Abtrennung selbst auf sachfremden Erwägungen beruht hätte, ist weder von der Revision geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

Im Zusammenhang mit der Abtrennung des Verfahrens gegen den Mitangeklagten K hat der Vorsitzende zutreffend die Verteidigung darauf hingewiesen, dass die Feststellungen zu einer Beihilfehandlung in einem abgetrennten Verfahren keinerlei Verbindlichkeit für die Feststellungen in einem anderen Verfahren gegen den Haupttäter entfalten. Eine Wiederholung dieser rechtlichen Selbstverständlichkeit war im weiteren Verfahrensgang (anlässlich weiterer Abtrennungen oder von Urteilen in abgetrennten Verfahren) entgegen der Auffassung der Revision nicht veranlasst. Aus Zeitungsbeiträgen über die Urteilsverkündung in abgetrennten Verfahren, deren Inhalt und Wortwahl auch nach dem Vortrag der Revision nicht den abgelehnten Richtern zuzurechnen ist, kann eine Besorgnis der Befangenheit ebenfalls nicht hergeleitet werden. Von jedem Richter ist selbstverständlich zu erwarten, dass er bei dem als Haupttäter Angeklagten auch dann für neue Feststellungen und eine abweichen de rechtliche Würdigung offen bleibt, wenn er zuvor in einem abgetrennten Verfahren einen früheren
Angeklagten wegen Teilnahme an der dem Haupttäter vorgeworfenen Tat abgeurteilt und sich lediglich in diesem Zusammenhang notwendigerweise die Überzeugung vom Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat gebildet hat.

(4) Kein Verstoß gegen § 26 a StPO durch die Kammer bei Verwerfung des Ablehnungsgesuchs

Wie sich aus dem Vorgenannten ergibt, war ein Vorgehen der Kammer nach § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO vertretbar. Die abgelehnten Richter haben sich nicht zum "Richter in eigener Sache" gemacht, sondern die geltend gemachten Befangenheitsgründe aus rein rechtlichen Gründen als ungeeignet angesehen, ohne sie dafür inhaltlich näher prüfen zu müssen. Damit haben sie bei der Ablehnung der Befangenheitsanträge weder willkürlich gehandelt, noch die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt. [...]

b. Zu den sonstigen Verfahrensrügen

Auch die weiteren Verfahrensrügen bleiben erfolglos: Bei der Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) fehlt es an der bestimmten Behauptung des zu erwartenden Beweisergebnisses. Bei der Rüge eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 3 und 4 StPO trägt der Beschwerdeführer eine Vielzahl unterschiedlicher Beweisanträge und Beschlüsse vor, ohne konkret anzugeben, welche einzelne Entscheidung des Gerichts er mit welcher Begründung angreift. Die zur Begründung der Rüge vorgebrachten pauschalen Rechtsausführungen können den notwendigen geordneten Revisionsvortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) nicht ersetzen. Die weiteren Rügen sind mangels vollständigen Vortrags der die Verfahrensfehler begründenden Tatsachen unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

2. Zur Sachrüge

a. Zur Untreue durch Auftragsvergabe an die G-KG

Die Schuldsprüche wegen Untreue durch Auftrags-

vergabe an die G-KG bei den Projekten H-Stiftung und D-Stiftung halten revisionsgerichtlicher Überprüfung stand.

aa. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.

Die Aussage des Hauptbelastungszeugen K ist insbesondere im Hinblick auf ihre Entstehung im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache hinreichend kritisch gewürdigt worden. Auch die von der Revision aufgezeigten einzelnen Widersprüche und Erinnerungslücken Ks hat das Landgericht gesehen und in seine Würdigung miteinbezogen. Der vom Landgericht gezogene Schluss, K habe dem Angeklagten bereits 1995 einen Betrag in Höhe von 50.000 DM zugewendet, ist auf der Grundlage der landgerichtlichen Feststellungen möglich und deshalb vom Revisionsgericht hinzunehmen.

bb. Zum Vorliegen eines Vermögensnachteils i.S.v. § 266 I StGB

Das Landgericht ist auf tragfähiger Beweisgrundlage zu dem Schluss gekommen, dass der Angeklagte als Geschäftsführer der GWG seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der GWG verletzt hat, indem - er - zur Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs aufgrund erheblicher Schmiergeldzahlungen veranlasst - die Generalunternehmeraufträge an die G-KG zu einem überhöhten Preis vergeben hat, obwohl die konkrete Möglichkeit eines Abschlusses zu einem niedrigeren Preis bestand. Diese konkrete Möglichkeit hat das Landgericht nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe aus dem Umstand geschlossen, dass die Provisionszahlungen an K in Gs Preiskalkulation der Aufträge eingeflossen sind und ein solcher Rechnungsposten bei einem lauteren Vorgehen der Beteiligten unter Wettbewerbsbedingungen nicht zusätzlich eingerechnet worden wäre.

Ein derartiger Schluss ist vor dem Hintergrund der erheblichen Schmiergeldzahlungen Ks, die zur Auftragsvergabe an G ohne Einholung mehrerer Angebote beigetragen haben, aus Sicht des Revisionsgerichts nicht zu beanstanden. Lässt sich ein Treupflichtiger durch Schmiergeldzahlungen davon abhalten, seine Pflichten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Treugebers (hier: durch Auftragsvergabe unter Wettbewerbsbedingungen) wahrzunehmen, liegt regelmäßig die Annahme eines Vermögensnachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB in Höhe sachfremder Rechnungsposten nahe (vgl. BGHSt 47, 83, 88 zur Submissionsabsprache).

Die Zahlung von Schmiergeldern in beträchtlicher Höhe und über einen längeren Zeitraum zum Zweck der Auftragserlangung lässt in aller Regel darauf schließen, dass hierdurch unter Wettbewerbsbedingungen nicht erzielbare Preise erlangt werden. Denn ein solches Verhalten ist wirtschaftlich nur sinnvoll, wenn damit nicht nur die Schmiergelder, sondern auch darüber hinausgehende wirtschaftliche Vorteile zu Lasten des Auftraggebers (Treugebers) erwirtschaftet werden können. Die Ausschaltung von Wettbewerb durch Vorteilszuwendungen an die Entscheidungsträger führt dazu, dass Marktmechanismen keine Wirkung entfalten können. In solchen Fällen liegt es nach der Lebenserfahrung nahe, dass auf diese Art erzielte Preise höher liegen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise, weil Unternehmen, die nicht im Wettbewerb bestehen müssen, überhöhte Preise verlangen können und Preissenkungsspielräume nicht nutzen müssen (vgl. BGH NJW 2006, 163, 164 f.; vgl. auch BGHSt 38, 186, 194).

cc. Zur Höhe des Vermögensnachteils

Den Umfang der sachfremden Rechnungsposten hat das Landgericht in Höhe der Provisionszahlung an K angenommen. Derartige Provisionszahlungen sind zwar, worauf die Revision zutreffend hinweist, für sich gesehen grundsätzlich noch nicht zu beanstanden. Unter den festgestellten Umständen liegt es aber nahe, dass unter Wettbewerbsbedingungen gerade dieser Rechnungsposten von der G-KG nicht zu erwirtschaften gewesen wäre, dass vielmehr die Preiskalkulation entsprechend niedriger hätte ausfallen können. Dass bei einer wettbewerbskonformen Auftragsvergabe sämtliche in Frage kommenden Bauunternehmen Provisionen in der an K gezahlten erheblichen Höhe von 5 % der Auftragssumme in ihre Kalkulation eingestellt hätten, liegt fern.

dd. Zum Vorsatz

Letztlich ist auch der subjektive Tatbestand hinreichend belegt. Angesichts der vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellten objektiven Umstände - umfangreiche Vorteilszuwendungen im Wert von mehreren hunderttausend DM nicht nur an den Angeklagten, sondern mit seiner Kenntnis auch an den anderen Geschäftsführer, sichtbar überaus luxuriöse Lebensführung Ks - ist der Schluss auf bedingten Vorsatz des Angeklagten hinsichtlich einer Überhöhung des Preises um insgesamt 5 % der Auftragssumme nicht zu beanstanden. Weiterer Ausführungen hierzu in den Urteilsgründen bedurfte es angesichts der geschilderten Umstände nicht.

b. Zur Untreue durch die Grundstückskäufe

Hinsichtlich der beiden Grundstücksaufkäufe hält der Schuldspruch wegen Untreue nur im Fall des Grundstücks Tannenbergstraße revisionsgerichtlicher Überprüfung stand (aa); in diesem Fall ist lediglich der Strafausspruch zu beanstanden (bb). Im Fall des Grundstücks B spricht der Senat den Angeklagten hingegen vom Vorwurf der Untreue frei (cc).

aa. Zur Untreue durch den Kauf des Grundstücks Tannenbergstraße

Das Landgericht hat auf der Grundlage tragfähiger Beweiswürdigung festgestellt, dass der Angeklagte bei dem Grundstücksankauf Tannenbergstraße seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt hat, indem er - motiviert durch umfangreiche Zuwendungen Ks - ungeprüft ein von der Verkäuferseite in Auftrag gegebenes Wertgutachten als Grundlage der Preisfestsetzung und damit letztlich einen zu hohen Preis akzeptiert hat, obwohl die konkrete Möglichkeit eines günstigeren Vertragsabschlusses durch ein Infragestellen des Verkäufergutachtens bestand. Dass sich der Angeklagte als Treupflichtiger durch die Schmiergeldzahlungen Ks davon abhalten ließ, die wirtschaftlichen Interessen seines Treugebers durch Überprüfung eines von der Verkäuferseite vorgelegten Wertgutachtens wahrzunehmen, begründet unter den gegebenen Umständen (das Gutachten wies nicht näher belegte Baunebenkosten von 2,2 Mio. DM aus) ohne weiteres eine Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der GWG. Diese Pflichtverletzung hat auch zu einem entsprechenden Vermögensnachteil der GWG geführt, weil diese nach den Feststellungen des Landgerichts das Grundstück bei ordnungsgemäßer Prüfung ohne weiteres zu einem geringeren Kaufpreis hätte erwerben können.

Dem Schluss des Landgerichts, der Mindestvermögensnachteil der GWG sei mit ca. 1 Mio. DM anzusetzen, nämlich mit der Differenz zu einem etwa ein Jahr zuvor ausgehandelten konkreten Kaufangebot, steht nach Auffassung des Senats - entgegen der Meinung der Bundesanwaltschaft - auch kein durchgreifender Erörterungsmangel in Hinblick auf mögliche Entwicklungen des Grundstückmarkts entgegen: Dafür könnte zwar sprechen, dass nach den Urteilsfeststellungen zu Beginn der Vertragsverhandlungen in Wuppertal ein vorübergehender Mangel an preiswerten Studentenwohnungen bestand; dagegen spricht aber die Feststellung der Wirtschaftsstrafkammer, wonach der Geschäftsführer des Hochschulsozialwerks kurz vor der Vertragsunterzeichnung mitteilte, dass sich die Nachfrage nach Studentenwohnungen mittlerweile wieder etwas gelegt habe. Weil sich das Landgericht mit diesen Fragen an mehreren Stellen der Urteilsgründe beschäftigt hat, schließt der Senat jedenfalls aus, dass es diesen Aspekt bei der Bestimmung des Nachteilsumfangs etwa nicht bedacht haben könnte.

Vor diesem Hintergrund durfte die Wirtschaftsstrafkammer maßgeblich darauf abstellen, dass K aufgrund der Enttäuschung über den zunächst gescheiterten Verkauf des Grundstücks den mit der vorherigen Kaufinteressentin ausgehandelten Preis ohne jede sachliche Grundlage völlig willkürlich um 1 Mio. DM erhöhte, dass der unter dubiosen Umständen erteilte Gutachtenauftrag diesen erhöhten Preis von 7,1 Mio. DM dem Gutachter als zu errechnenden Grundstückswert vorgab und das Verkehrswertgutachten deshalb nicht näher belegte "Baunebenkosten" in Höhe von 2,2 Mio. DM enthielt, denen im Wesentlichen keine realen Leistungen zugrunde lagen. Unter diesen Umständen begegnet es keinen Bedenken, dass das Landgericht bei der konkreten Schadensberechnung zum Vergleich auf das etwa ein Jahr zuvor abgegebene Kaufangebot über 6,1 Mio. DM abgestellt hat.

Ohne Rechtsfehler konnte das Landgericht angesichts dieses Vorlaufs und der umfangreichen Vorteilszuwendungen von K auf einen entsprechenden Eventualvorsatz des Angeklagten schließen. Wer sich als Treupflichtiger durch erhebliche Schmiergeldzahlungen davon abhalten lässt, seinen Pflichten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Treugebers nachzukommen, indem er sich jeder Überprüfung von Wertangaben der Verkäuferseite trotz eines ganz erheblichen Geschäftsumfangs bewusst verschließt, nimmt regelmäßig eine Schädigung seines Treugebers in erheblicher Höhe in Kauf.

bb. Zur Strafzumessung des Landgerichts

Allerdings hält die Strafzumessung des Landgerichts in diesem Fall revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand. Damit folgt der Senat insoweit jedenfalls im Ergebnis der Bundesanwaltschaft.

Die Kammer hat für den Fall des Grundstücks Tannenbergstraße eine Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und in den Fällen der H-Stiftung und der D-Stiftung trotz dort teils gering, teils wesentlich höheren Nachteilsumfangs (1 Mio. DM und 1,5 Mio. DM) jeweils drei Jahre Freiheitsstrafe verhängt. Bei der Strafzumessung im Fall des Grundstücks Tannenbergstraße hat das Landgericht allerdings nicht erkennbar bedacht, dass sich der Schuldumfang in beiden Untreuekonstellationen wesentlich unterscheidet: Bei der Vergabe der Generalunternehmeraufträge an die G-KG im Volumen von jeweils ca. 30 Mio. DM hat der Angeklagte aktiv jeglichen Wettbewerb ausgeschaltet, wobei den Kontrollgremien teilweise mit nicht unerheblicher krimineller Energie die Durchführung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs durch eine fingierte Ausschreibung vorgespiegelt wurde. Demgegenüber hat der Angeklagte im Fall des Grundstücks Tannenbergstraße lediglich auf der Grundlage eines nicht näher hinterfragten Wertgutachtens vor etwaigen überhöhten Forderungen der Verkäuferseite die Augen verschlossen und seinen Treugeber hierdurch um die konkrete Möglichkeit eines vorteilhafteren Vertragsschlusses gebracht. Dieses Vorgehen ist gegenüber den Beauftragungsfällen in Hinblick auf die Intensität der Vermögensbetreuungspflichtverletzung und auch in subjektiver Hinsicht von deutlich geringerem Gewicht. Dieser grundlegende Unterschied im Schuldumfang muss im vorliegenden Fall letztlich auch in der Strafzumessung und der angemessenen Abstufung der Strafen untereinander zum Ausdruck kommen.

cc. Zum Fehlen einer Untreue durch den Kauf des Grundstücks B

Keinen Bestand kann die Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue im Fall II. 6 der Urteilsgründe (Grundstück B) haben.

Die Feststellungen des Landgerichts rechtfertigen eine Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue nicht. Das Landgericht hat eine Untreuehandlung des Angeklagten darin erblickt, dass er nicht längere Zeit abgewartet hat, um nach der Insolvenz Zs einen wesentlich günstigeren Ankauf durchzusetzen. Es erscheint schon zweifelhaft, ob die Vermögensbetreuungspflicht gebietet, bei einem wirtschaftlich angeschlagenen Geschäftspartner solange mit einem beabsichtigten Geschäftsabschluss zuzuwarten, bis der Vertragspartner in Vermögensverfall gerät, um dann den Kaufgegenstand im Wege der Zwangsversteigerung günstiger erwerben zu können. Jedenfalls hat das Landgericht keine konkreten Feststellungen dazu getroffen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund der wirtschaftlichen Schwierigkeiten Zs bereits die gesicherte Aussicht auf einen vorteilhafteren Vertragsschluss bestanden hätte (vgl. hierzu Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 266 Rdn. 60 m.w.N.). Eine weitere Verhandlung des Preises schied nach den Feststellungen der Wirtschaftsstrafkammer aus, weil die Deutsche Bank als Hauptgläubigerin den Preis "diktierte"; eine Insolvenz Zs und damit die eventuelle Möglichkeit eines Grundstückserwerbs im Zwangsversteigerungsverfahren war nach den Urteilsfeststellungen noch nicht derart konkret, dass schon eine gesicherte Erwerbsaussicht zu einem erheblich günstigeren Preis bestand. Dass bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Zs die Chance, das Grundstück etwa billiger zu erwerben, in absehbarer Zeit bestanden hätte, begründet die gesicherte Erwartung eines vorteilhafteren Vertragsschlusses unter den gegebenen und rechtsfehlerfrei festgestellten Umständen (noch) nicht. Dass der Grundstückspreis für sich gesehen unangemessen war, hat das Landgericht ebenfalls nicht festgestellt.

Auch die Schätzung eines Mindestschadens von 2 Mio. DM entbehrt einer hinreichenden Grundlage. Die hierfür allein herangezogene Aussage eines Mitarbeiters der Deutschen Bank, man habe Z wegen Vermietungsproblemen zum Grundstücksverkauf geraten, die Grundschulden von 6 Mio. DM auf 3 Mio. DM wertberichtigen müssen und er selbst habe lediglich mit einem wesentlich geringeren Verkaufserlös gerechnet, belegt lediglich, dass die Bank mit dem durch ihre Vorgaben "diktierten" Kaufpreis ein aus ihrer Sicht gutes Geschäft gemacht hat. Angesichts des nach außen durch die Höhe bestehender Grundschulden von insgesamt 6 Mio. DM belegten Grundstückswerts ist auch die Feststellung des Landgerichts bezüglich des Eventualvorsatzes des Angeklagten zur Nachteiilszufügung bei einem Kaufpreis von 7,7 Mio. DM nicht tragfähig begründet.

Der Senat spricht den Angeklagten in diesem Fall frei. Die Sache ist entscheidungsreif (§ 354 Abs. 1 StPO). Der Senat schließt aus, dass weitergehende Feststellungen möglich sind, die eine Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue in diesem Fall tragfähig begründen könnten.

c. Zum Fehlen von Rechtsfehlern zum Nachteil des Angeklagten im Übrigen (§ 301 StPO)

Die weitere Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten erbracht. Der Erörterung bedarf insoweit nur Folgendes:

aa. Zu den Steuerstraftaten

Die Verurteilung wegen Steuerhinterziehung in vier Fällen ist nicht zu beanstanden. Die von K erhaltenen erheblichen Zuwendungen waren gemäß § 22 Nr. 3 EStG als "sonstige Einkünfte" in den jeweiligen Einkommensteuererklärungen der Jahre 1995 bis 1998 zu erklären. Nach den Feststellungen des Landgerichts erfolgten die Zahlungen und Sachgeschenke nicht aus bloßer freundschaftlicher Verbundenheit, sondern weil K dafür - wie auch geschehen - ein Entgegenkommen des Angeklagten in geschäftlicher Hinsicht erwartete. Die Erklärungspflicht des Angeklagten war auch nicht etwa in Hinblick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit suspendiert (vgl. BGHSt 50, 299, 316 ff.).

bb. Zur Strafzumessung im Übrigen

Die Strafzumessung in den beiden übrigen Untreuefällen und den Fällen der Steuerhinterziehung hält sich im Rahmen des weiten Ermessensspielraums des Tatrichters. Mit der Erwägung, der Angeklagte habe als erster Geschäftsführer der GWG eine besondere Vertrauensstellung missbraucht und dabei aus eigennützigen Motiven gehandelt, hat das Landgericht nicht gegen § 46 Abs. 3 StGB vorstoßen, weil es damit ersichtlich lediglich die im Vergleich zum Mitgeschäftsführer S besonders hervorgehobene Stellung des Angeklagten in der Geschäftsführung der GWG und seine Motivation zur Tatbegehung berücksichtigt hat. Der Senat schließt aus, dass die weggefallene Einsatzstrafe von vier Jahren Freiheitsstrafe und die weggefallene Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten die Bemessung der übrigen Einzelfreiheitsstrafen in den verbleibenden Untreuefällen (zweimal drei Jahre) oder der Geldstrafen in den Fällen der Steuerhinterziehung (zwischen zehn und 180 Tagessätzen) beeinflusst hat. [...]

Standort: § 315 b StGB Problem: Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr

BGH, URTEIL VOM 13.06.2006
4 STR 123/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Beschuldigte hatte während einer Taxifahrt auf der Autobahn ins Lenkrad gegriffen und so das Fahrzeug ins Schleudern gebracht. Nachdem es der Taxifahrerin gelungen war, den Pkw anzuhalten und sie diesen verlassen hatte, lief der Beschuldigte ihr nach, stieß sie zu Boden und hielt sie dort so fest, dass ihr Kopf auf der Fahrspur der Autobahn lag und mehrere Fahrzeuge ihr nur knapp ausweichen konnten. Das Landgericht Landshut hatte das Verhalten des Beschuldigten insb. als gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315 b I StGB) und als gefährliche Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB) gewürdigt und die Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Die hiergegen gerichtete Revision des Beschuldigten wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

§ 315 b StGB stellt wegen der tatbestandsspezifischen Probleme traditionell einen beliebten Prüfungsstoff dar; selbiges gilt für § 224 I StGB, sodass das vorliegende Urteil eine erhebliche Examensrelevanz aufweist.

§ 315 b I StGB verlangt einen gefährlichen Eingriff *in den* Straßenverkehr, setzt also grundsätzlich voraus, dass der Täter von außerhalb des Straßenverkehrs in diesen hineinwirkt. Verkehrsteilnehmer sind somit grundsätzlich insofern privilegiert als für sie nur der (enge) Tatbestand des § 315 c I StGB Anwendung findet und nicht der (weitere) Tatbestand des § 315 b I StGB; § 315 c StGB kommt also eine "Sperrwirkung" zu (vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 315 b Rn. 9 ff.). Ausnahmsweise wird jedoch auch das Verhalten eines Verkehrsteilnehmers von § 315 b I StGB erfasst, nämlich dann, wenn sich dieses als "Pervertierung" der Teilnahme am Straßenverkehr darstellt, was der Fall ist, wenn der Täter das von ihm gesteuerte (Kraft-) Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Absicht bewusst zweckwidrig verwendet und zudem mit (zumindest bedingtem) Schädigungsvorsatz handelt (BGH, StraFo 2003, 215).

Der 4. Strafsenat des BGH hatte in einer früheren Entscheidung (NZV 1990, 35) vertreten, dass ein Griff ins Lenkrad nur dann einen gefährlichen Eingriff i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB darstelle, wenn der Täter die Absicht habe, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in die Sicherheit des Straßenverkehrs zu pervertieren, was wohl den o.g. Anforderungen entsprechen würde; in der vorliegenden Entscheidung lässt er dies jedoch dahinstehen, da mit dem Festhalten des Opfers durch den Täter auf der Fahrbahn der Autobahn auf jeden Fall ein gefährlicher Eingriff i.S.v. § 315 b I StGB gegeben sei. Bei dieser Tathandlung sei eine qualifizierte "Pervertierungs"-Absicht schon deshalb nicht erforderlich, da es sich hierbei nicht um eine Verkehrsteilnahme handele, sondern um einen Eingriff von außen in den Straßenverkehr, so dass hier § 315 c StGB auch keine Sperrwirkung entfalte und deshalb der Tatbestand des § 315 b I StGB ohne qualifizierte Anforderungen anwendbar sei. Auch dies steht in Übereinstimmung mit der ständigen BGH-Rechtsprechung.

Des weiteren befasst sich der BGH im vorliegenden Urteil mit der Frage nach den Voraussetzungen für eine "das Leben gefährdende Behandlung" i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB. Während in der Literatur i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB teilweise der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr verlangt wird (vgl. Schröder, JZ 1967, 522; NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27 mwN), lässt die Gegenauffassung, insb. die Rechtsprechung, eine generelle Eignung der Behandlung zur Lebensgefährdung (also eine abstrakte Gefahr) ausreichen (BGH, NStZ-RR 1997, 67; 2005, 44; SK-Horn/Wolter, § 224 Rn. 30 mwN); tatsächlich dürften diese Ansätze allerdings nur äußerst selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH die bisherige Rechtsprechung fort, betont allerdings, dass die (abstrakte) Lebensgefahr Folge der Behandlung des Opfers durch den Täter sein müsse und nicht Folge des Erfolgs der Körperverletzung. Deswegen reicht es auch für eine lebensgefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB nicht aus, dass der Täter das Opfer auf eine Autobahn schubst. Denn hier resultiert die Lebensgefahr für das Opfer aus dem Erfolg der Körperverletzung (dem Liegen auf der Autobahn) und nicht aus der Behandlung des Opfers durch den Täter (dem Schubsen).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Tathandlung i.R.v. § 315 b I StGB, insbesondere bei Verkehrsteilnehmern: *BGH*, NStZ-RR 2000, 343; StraFo 2003, 215 = RA 2003, 327; NStZ 2004, 625 = RA 2004, 606; *König*, NStZ 2004, 175

❑ Zur lebensgefährlichen Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB: *BGH*St 2, 163; *BGH*, NJW 2002, 3264; NStZ 2004, 618; 2005, 156; *Frisch*, JuS 1990, 365; *Geerds*, Jura 1988, 291; *Stree*, Jura 1980, 291

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Schwiegermutter"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Senat hat in einer früheren Entscheidung die Auffassung vertreten, bei einem Griff des Beifahrers in das Fahrzeuglenkrad liege ein gefährlicher Eingriff i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB nur vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff zu pervertieren, es müsse ihm darauf ankommen, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Ob an dieser Rechtsauffassung uneingeschränkt festzuhalten ist, kann offen bleiben.

2. Erfolgt die Tathandlung des § 315 b I StGB nicht im Rahmen der Teilnahme am Straßenverkehr (sog. "Außeneingriff"), ist für die Tatbestandserfüllung eine besondere verkehrsfeindliche Einstellung des Täters nicht erforderlich .

3. § 315 b I StGB setzt in allen Tatbestandsvarianten eine besondere kausale Verknüpfung zwischen Gefährdungshandlung und Gefährdungserfolg voraus. Erforderlich ist, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für das Schutzobjekt verdichtet.

4. § 224 I Nr. 5 StGB setzt voraus, dass die Körperverletzung "mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" begangen wird. Erforderlich, aber auch genügend ist, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls (generell) geeignet ist, das Leben zu gefährden. Erforderlich ist aber insofern, dass sich die Lebensgefahr aus der Art der Behandlung und nicht aus einer Folge der Körperverletzung ergibt.

Sachverhalt:

Der Beschuldigte bestieg in Straubing ein Taxi, um sich zum Flughafen München fahren zu lassen. Auf der Bundesautobahn A 92 gab er plötzlich vor, einen Herzinfarkt zu haben und keine Luft mehr zu bekommen. Als die Taxifahrerin daraufhin die Fahrt verlangsamte, um auf dem Seitenstreifen anzuhalten und einen Notarzt zu benachrichtigen, war der auf dem Beifahrersitz sitzende Beschuldigte damit nicht einverstanden und bestand auf eine Weiterfahrt. Er griff unvermittelt in das Lenkrad des Taxifahrzeugs, so dass dieses ins Schlingern geriet. Die Taxifahrerin konnte das Fahrzeug jedoch wieder unter Kontrolle bringen, hielt auf dem Seitenstreifen an und weigerte sich weiterzufahren. Anschließend stieg sie aus dem Taxi aus und entfernte sich unter Mitnahme der Fahrzeugschlüssel einige Meter.

Der Beschuldigte nahm darauf hin ihre Verfolgung auf, warf sie zu Boden und entnahm aus ihrer Jackentasche einen Autoschlüssel. Nachdem er festgestellt hatte, dass es sich nicht um die zu dem Taxi passenden Fahrzeugschlüssel handelte, verfolgte er die Taxifahrerin erneut und stieß sie - als er sie erreicht hatte - wiederum zu Boden. Die Taxifahrerin fiel dabei seitlich auf die rechte Fahrspur der viel befahrenen Bundesautobahn A 92. Ihr Kopf kam in Richtung Mittelleitplanke ungefähr auf der Höhe des Mittelstreifens zu liegen.

Sodann setzte sich der Beschuldigte auf die Taxifahrerin und forderte sie auf weiterzufahren. Während die Taxifahrerin dergestalt fixiert auf der Fahrbahn lag, fuhren mehrere nachfolgende PKW mit hoher Geschwindigkeit dicht an ihrem Kopf vorbei. Andere Fahrzeuge mussten ausweichen und auf die linke Fahrspur wechseln, um sie und den Beschuldigten nicht zu überfahren. Der Beschuldigte nahm hierbei die Gefährdung des nachfolgenden Verkehrs sowie die lebensbedrohliche Lage der Taxifahrerin billigend in Kauf. Durch den Sturz erlitt diese unter anderem Prellungen im rechten Schulterbereich sowie Blutergüsse am Kopf und am Knie.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat im Sicherungsverfahren die Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Die auf eine Verfahrensrüge und die Sachrüge gestützte Revision des Beschuldigten erweist sich als unbegründet.

1. Zur Verfahrensrüge

Die erhobene Verfahrensrüge ist bereits unzulässig, da sie - wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat - nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügt.

2. Zur Sachrüge

Das Rechtsmittel hat auch in sachlichrechtlicher Hinsicht im Ergebnis keinen Erfolg. Näherer Erörterung bedarf insoweit nur die Annahme des Landgerichts, der Beschuldigte habe durch sein Verhalten auch den objektiven Tatbestand eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB) und einer gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) verwirklicht. [...]

a. Zum Vorliegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I StGB

Das Landgericht hat das Verhalten des Beschuldigten rechtlich als einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB) gewertet. Zu der für die (objektive) Tatbestandserfüllung erforderlichen (konkreten) Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert hat es ausgeführt, in der konkreten Verkehrssituation habe es vom bloßen Zufall abgehangen, ob es zu einem Überfahren der Taxifahrerin und des Beschuldigten komme oder auf Grund eines Ausweichmanövers eines der sich mit hoher Geschwindigkeit herannähernden Fahrzeuge zu einem sonstigen Verkehrsunfall. Dies hält rechtlicher Nachprüfung

stand.

aa. Zum Griff ins Lenkrad als taugliche Tathandlung
Als taugliche Tathandlung im Sinne des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB kam zunächst der Griff des Beschuldigten in das Lenkrad des Taxi in Betracht. Allerdings hat der Senat in einer früheren Entscheidung (NZV 1990, 35 mit Anm. Molketin) die Auffassung vertreten, bei einem Griff des Beifahrers in das Fahrzeuglenkrad liege ein gefährlicher Eingriff nur vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff zu pervertieren, es müsse ihm darauf ankommen, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Soll hingegen nur auf einen Verkehrsvorgang Einfluss genommen werden, etwa zur Erzwingung eines bestimmten Fahrverhaltens, so seien die Voraussetzungen des § 315 b StGB nicht gegeben (vgl. hierzu kritisch König in LK 11. Aufl. § 315 b Rdn. 54).

bb. Zum Festhalten des Opfers auf der Fahrbahn als Tathandlung
Ob an dieser Rechtsauffassung uneingeschränkt festzuhalten ist, bedarf hier keiner Entscheidung, da der Beschuldigte jedenfalls (objektiv) die Tatbestandsvariante des § 315 b Abs.1 Nr. 2 StGB verwirklicht hat. Indem er die Taxifahrerin dergestalt zu Boden stieß, dass sie quer auf der rechten Fahrspur einer Bundesautobahn zu liegen kam, und sich anschließend auf sie setzte, hat er die Sicherheit des Straßenverkehrs durch das Bereiten eines Hindernisses beeinträchtigt. Da diese Tathandlung nicht im Rahmen der Teilnahme am Straßenverkehr erfolgte (sog. “Außeneingriff”), war für die Tatbestandserfüllung eine besondere verkehrsfeindliche Einstellung des Täters nicht erforderlich (vgl. hierzu BGHSt 48, 233, 236 f.; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 3). Das Verhalten des Beschuldigten hat auch zu einer konkreten Gefährdung eines der in § 315 b Abs. 1 StGB bezeichneten Rechtsgüter geführt.
Eine solche kann entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts allerdings nicht bereits daraus hergeleitet werden, dass die Taxifahrerin durch den Sturz auf die Fahrbahn verletzt worden ist. § 315 b Abs. 1 StGB setzt in allen Tatbestandsvarianten eine besondere kausale Verknüpfung zwischen Gefährdungshandlung und Gefährdungserfolg voraus. Erforderlich ist, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für das Schutzobjekt verdichtet (BGHSt 48, 119, 122). Der Sturz der Taxifahrerin, der zu ihren Verletzungen führte, war indes nicht die Folge einer abstrakten Verkehrsgefahr, sondern umgekehrt die Ursache dafür, dass eine solche Gefahr überhaupt erst entstand. Das Landgericht hat jedoch angesichts der hier gegebenen besonderen Umstände - vollständige Blockade der Fahrspur einer viel befahrenen Bundesautobahn durch ein schlecht wahrnehmbares Hindernis, mit hoher Geschwindigkeit nachfolgender Verkehr - rechtsfehlerfrei eine konkrete Gefährdung der herannahenden nachfolgenden Fahrzeuge und deren Insassen bejaht.

b. Zum Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 244 I Nr. 5 StGB
Die Annahme des Landgerichts, der Beschuldigte habe auch den objektiven Tatbestand einer gefährlichen Körperverletzung verwirklicht, begegnet hingegen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB setzt voraus, dass die Körperverletzung “mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung” begangen wird. Erforderlich, aber auch genügend ist, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls (generell) geeignet ist, das Leben zu gefährden (st. Rspr.; vgl. nur Tröndle/Fischer StGB 53. Aufl. § 224 Rdn. 12). Die getroffenen Feststellungen belegen indes nicht, dass die Art der Behandlung - hier: Stoßen auf den Boden - bereits für sich als lebensbedrohend in diesem Sinne angesehen werden kann. Der - für das Landgericht ersichtlich maßgebliche - Umstand, dass es infolge der durch den Stoß verursachten Lage des Tatopfers auf der Fahrbahn zu einem nachfolgenden, sein Leben bedrohendem Unfallgeschehen hätte kommen können, ist für die rechtliche Bewertung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ohne Relevanz. In diesem Fall würde der Körperverletzungserfolg erst durch den nachfolgenden Unfall, nicht aber "mittels" der Art der Behandlung durch den Täter eintreten (vgl. auch Senat, Urteil vom 22. Dezember 2005 - 4 StR 347/05 zu § 224 Abs.1 Nr. 2 StGB). Das Verhalten des Beschuldigten stellt sich danach “nur" als eine vorsätzliche (einfache) Körperverletzung (§ 223 StGB) dar.

c. Zur Richtigkeit des Maßregelausspruchs
Der aufgezeigte Rechtsfehler gefährdet jedoch nicht den Bestand des Maßregelausspruchs. Das Landgericht hat die Voraussetzungen des § 63 StGB rechtsfehlerfrei dargetan. Es hat mit zutreffenden Erwägungen ausgeführt, dass von dem Beschuldigten infolge seines Zustandes auch in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Diese Einschätzung wird durch die dargestellte rechtlich fehlerhafte Beurteilung einer der insgesamt fünf Anlasstaten nicht berührt.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Betretungsrechte und Art. 13 GG

BAYVERFGH, URTEIL VOM 30.01.2006
VF. 5-VII-05 (NVWZ-RR 2006, 585

Problemdarstellung:

Der BayVerfGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen staatlichen Stellen das Betreten von Wohnraum gestattet werden muss. Im konkreten Fall ging es um Art. 83 BayBauO, der dies den Bauaufsichtsbehörden seinem Wortlaut nach ohne besondere Voraussetzungen ermöglichte.

Nach Ansicht des BayVerfGH geht das nicht. Das Betreten von Wohnraum stelle einen Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung i.S.d. Art. 13 I GG dar, welcher der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch die Schranken der Art. 13 II bis VII GG bedürfe. In Betracht kommt für das bloße Betreten, das keine Durchsuchung i.S.d. Art. 13 II GG darstellt, nur Art. 13 VII GG. Dessen strenge Voraussetzungen fanden sich in Art. 83 BayBauO zwar nicht wieder; das Gericht meint jedoch, sie im Wege einer verfassungskonformen Auslegung in die Norm hineinlesen zu können. Auf diesem Wege konnte es sie vor dem Schicksal der Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit retten.

Prüfungsrelevanz:

Vorschriften mit Betretungsrechten wie Art. 83 BayBauO gibt es auch im Bundesrecht (vgl. nur § 17 II HandwO) und in anderen Bundesländern (insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht, vgl. nur §§ 41 PolG NRW, 24 NdsSOG, 21 IV BremPolG u.v.m.). Dabei ist hinsichtlich der Prüfung von Art. 13 GG wie folgt zu differenzieren:

1. Geht es ausschließlich um das Betreten von *Geschäftsräumen* (wie in § 17 II HandwO), so ist schon streitig, ob diese überhaupt in den Schutzbereich von Art. 13 I GG fallen. Das BVerfG bejaht dies generell (vgl. nur BVerfGE 32, 54 ff.), während die h.L. dies nur für solche Geschäftsräume anerkennen will, die nicht allgemein zugänglich sind (vgl. die Nachweise bei Jarass/Pieroth, GG, Art. 13 Rdnr. 2). Unterstellt, der Geschäftsraum fällt in den Schutzbereich, so ist weiter zu fragen, ob ein Eingriff vorliegt. Die Literatur würde dies überwiegend unter Anwendung der üblichen Bagatellformel bejahen, während die Rspr. des BVerfG ein uneinheitliches Bild bietet: In BVerfG, DVBl 1998, 393 wurde ein Eingriff auch kommentarlos bejaht, während ein solcher in BVerfGE 32, 54 ff. noch verneint wurde, wenn das zur Betretung ermächtigende Gesetz zur Verfolgung eines legitimen Zwecks diene und sich nur auf die üblichen Geschäftszeiten beziehe. Lege man den Schutzbereich des Art. 13 I GG in Bezug auf Geschäftsräume nämlich weit aus, so das BVerfG a.a.O., sei es andererseits gerechtfertigt, an einen Eingriff in diesem Bereich etwas höhere Anforderungen zu stellen als bei Privat- oder Mischräumen. Bloße Betretungsrechte seien dann nicht an Art. 13 GG, sondern nur an Art. 2 I GG zu messen.

2. Völlig anders liegt es, wenn - wie hier - zumindest auch *Privaträume* betreten werden dürfen. Dann liegt nach allen Ansichten ein Eingriff in Art. 13 I GG vor, wobei weder die Eröffnung des Schutzbereichs noch der Eingriffscharakter problematisch sind. Bei der Rechtfertigung ist dann zu prüfen, ob die Norm den Anforderungen des Art. 13 VII GG genügt. Falls nein, darf nach der vorliegenden Entscheidung des BayVerfGH mit Selbstvertrauen vertreten werden, die fehlenden Voraussetzungen des Art. 13 VII GG seien im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu ergänzen, d.h. wie ungeschriebene Tatbestandsmerkmale zu behandeln.

Vertiefungshinweise:

❑ Rechtsprechung des BVerfG zum Betreten von Geschäftsräumen: *BVerfGE* 32, 54; 97, 228; *BVerfG*, DVBl 1998, 393

❑ Betretungsrechte im Gefahrenabwehrrecht und verfassungskonforme Auslegung: *OVG Bremen*, RA 2004, 74 = NordÖR 2003, 457

❑ Literatur zu Betretungsrechten: *Battis*, JuS 1973, 28; *Schwan*, DÖV 1975, 662

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Steuerspitzelei"

Leitsatz:

Art. 83 BayBauO ist - soweit er Wohnungen betrifft - in verfassungskonformer Auslegung um die sich aus dem unmittelbar anzuwendenden Art. 13 VII GG ergebenden Einschränkungen zu ergänzen.

Sachverhalt (vereinfacht):

In Art. 83 der Bayerischen Landesbauordnung ist das Recht der Bauaufsichtsbehörden zum Betreten von Baugrundstücken, Wohnungen usw. geregelt. Die Vor-

schrift lautet:

"Art. 83: Betreten der Grundstücke und der baulichen Anlagen
Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes Beauftragten sind berechtigt, in Ausübung ihres Amtes Grundstücke und bauliche Anlagen einschließlich der Wohnungen auch gegen den Willen der Betroffenen zu betreten."

Bauherr B meint, diese Regelungen verletzten ihn in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG. Sein Anspruch auf Unverletzlichkeit der Wohnung werde auf unnötige, weit reichende und pauschale Weise eingeschränkt. Insbesondere sei bedenklich, dass Mitarbeitern der Bauaufsichtsbehörde ohne jede Einschränkung erlaubt sei, Wohnungen unangemeldet und gegen den Willen des Inhabers zu betreten. Wenn überhaupt, dann könne ihnen dies allenfalls während der Bauzeit gestattet sein. Hat B Recht?

[Anm.: Im Originalfall ist der BayVGH statt auf Art. 13 GG auf den entsprechenden Art. 106 der Bayerischen Landesverfassung eingegangen. Die fraglichen Stellen sind, soweit hier von Bedeutung, in der folgenden Lösung kenntlich gemacht.]

Lösung:
B hat Recht, sofern Art. 83 BayBauO in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise in den Schutzbereich des Art. 13 I GG eingreift.

A. Schutzbereich betroffen
Art. 13 I GG schützt die Unverletzlichkeit der Wohnung. Unter Wohnung in diesem Sinne ist der elementare Lebensraum eines Menschen zu verstehen, in dem er das Recht hat, "in Ruhe gelassen zu werden".

I. Räumlichkeiten
Da Art. 83 BayBauO ausdrücklich auch zum Betreten einer Wohnung ermächtigt, ist der Schutzbereich insoweit betroffen. Das gilt auch für sonstige "bauliche Anlagen" i.S.d. Art. 83 BayBauO, soweit diese Menschen als Lebensraum dienen (z.B. Nebengebäude, Gartenhäuser etc.).

II. Grundstücke
Soweit davon die Rede ist, dass "Grundstücke" betreten werden dürfen, stellt sich die Frage, ob auch befriedetes Besitztum als solches in den Schutzbereich des Art. 13 I GG fällt. Dies wird z.T. unter dem Hinweis bejaht, ähnlich wie § 123 StGB schütze Art. 13 I GG die Privatsphäre umfassend (Kunig, in: v. Münch, GG, Art. 13 Rdnr. 10 m.w.N.). Die wohl h.M. (Jarass/Pieroth, GG, Art. 13 Rdnr. 2 m.w.N.) hält demgegenüber einen umschlossenen Raum für erforderlich, ohne dass allerdings an dessen Beschaffenheit besondere Anforderungen gestellt werden (Hausboot, Keller usw. genügen). Grundstücke an sich fallen nach dieser Ansicht nicht in den Schutzbereich des Art. 13 I GG.
Für die h.M. spricht, dass schon der Wortlaut des Art. 13 I GG nicht auf befriedetes Besitztum an sich passt, denn der Mensch "wohnt" nicht im Garten. Auf einem Grundstück kann er sich jedenfalls nicht in gleicher Weise vor Dritten zurückziehen wie in einer Räumlichkeit. § 123 StGB kann als nachrangiges Recht für die Auslegung von Verfassungsrecht nicht maßgeblich sein. Lücken im Grundrechtsschutz existieren auch nicht, da Eigentum und Besitz an Grundstücken von Art. 14 I GG geschützt werden. Mithin ist der Schutzbereich des Art. 13 I GG nicht betroffen, soweit es um das Betreten von Grundstücken dient.

Immerhin betrifft Art. 83 BayBauO aber in Teilen den Schutzbereich des Art. 13 I GG, soweit darin von Wohnungen und sonstigen zu Wohnzwecken genutzten baulichen Anlagen die Rede ist.

B. Eingriff
Ein Eingriff liegt vor, soweit der Schutzbereich spürbar verkürzt wird, es sich bei der staatlichen Handlung also nicht nur um eine Bagatelle handelt. Der BayVGH stellt fest, dass Art. 83 BayBauO zwar nicht zur Durchsuchung ermächtige, sieht aber auch im bloßen Betreten einer Wohnung einen intensiven Eingriff: "Das Betretungsrecht nach Art. 83 BayBauO umfasst die Befugnis der mit dem Vollzug der Bayerischen Bauordnung Beauftragten, Grundstücke und bauliche Anlagen auch gegen den Willen der Betroffenen zu betreten und in Augenschein zu nehmen. [...] Mit diesem Inhalt beschränkt Art. 83 BayBauO - soweit er Wohnungen betrifft - das Grundrecht aus Art. 106 III BayVerf. [entspricht Art. 13 I GG, Anm.d.Red.] (s. Art. 88 BayBauO). Dieses Grundrecht steht in engem Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatsphäre des Bürgers. Auch wenn es nicht zu einer Durchsuchung kommt, bedeutet das Eindringen staatlicher Organe in eine Wohnung regelmäßig einen schweren Eingriff in die persönliche Lebenssphäre des Betroffenen. Dem Einzelnen soll das Recht "in Ruhe gelassen zu werden" gerade in seinen Wohnräumen gesichert werden (vgl. BVerfGE 75, 318 [328]). Das Grundrecht aus 106 III BayVerf. [entspricht Art. 13 I GG, Anm.d.Red.] schützt dementsprechend vor willkürlichen Eingriffen in die räumliche Individualsphäre; es untersagt, dass Organe der öffentlichen Gewalt in die Wohnung wider Willen des Inhabers eindringen (vgl. Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. [1992], Art. 106 Rdnr. 2)."

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

I. Schranken
Die Schranken des Art. 13 I GG sind in Art. 13 II bis VII GG geregelt.

1. Durchsuchung, Art. 13 II GG
"Das Betretungsrecht ermächtigt nach Wortlaut und Sinn des Art. 83 BayBauO allerdings nicht zu einer Durchsuchung, d.h. einem ziel- und zweckgerichteten Suchen nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines verborgenen Sachverhalts (vgl. VGH München, BayVBl 1987, 21 f.; vgl. zum Ganzen: Bauer, in: Simon/Busse, BayBauO, Art. 83 Rdnrn. 4 f.)."

2. Sonstige Eingriffe und Beschränkungen
Der BayVGH sieht, da auch keine technischen Mittel zur Wohnraumüberwachung eingesetzt werden dürfen (Art. 13 III - VI GG) die Schranke des Art. 13 I GG daher hier allein in Art. 13 VII GG. Eingriffe und Beschränkungen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung sind hiernach im Übrigen zulässig u.a. auf Grund eines Gesetzes zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

II. Eingriff gedeckt
Art. 83 BayBauO enthält aber jedenfalls seinem Wortlaut nach keine Beschränkung des Betretungsrechts der Bauaufsichtsbehörden auf Fälle der Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ein allumfassendes, voraussetzungsloses Betretungsrecht, wie B es rügt, wäre nicht von der Schranke des Art. 13 VII GG gedeckt.

1. Verfassungskonforme Auslegung
Der BayVGH meint jedoch, im Wege einer verfassungskonformen Auslegung die Voraussetzungen des Art. 13 VII GG in Art. 83 BayBauO hineinlesen zu können:
"Sinn des Betretungsrechts ist es zu prüfen, ob die für die Bauaufsicht maßgebenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind. Für die Überprüfung muss ein sachlicher Grund vorliegen, der sich allgemein daraus ergibt, dass bauliche Anlagen so zu errichten, zu ändern oder instandzuhalten sind, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit, und die natürlichen Lebensgrundlagen nicht gefährdet werden (Art. 3 BayBauO). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten. [...] Deshalb ist nach einhelliger Ansicht, der sich der BayVerfGH anschließt, Art. 83 BayBauO -soweit er Wohnungen betrifft - in verfassungskonformer Auslegung um die sich aus dem unmittelbar anzuwendenden Art. 13 VII GG ergebenden Einschränkungen zu ergänzen (vgl. VGH München, BayVBl 1987, 21 f.; BVerwGE 41, 31; Bauer, Art. 83 Rdnr. 6). Eingriffe und Beschränkungen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung sind hiernach zulässig auf Grund eines Gesetzes zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.
Art. 83 BayBauO enthält eine solche gesetzliche Ermächtigung zu Eingriffen in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung. Er lässt jedoch bei der veranlassten verfassungskonformen Auslegung Eingriffe in dieses Grundrecht nur unter den in Art. 13 VII GG genannten Voraussetzungen zu. [...]
Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bedarf die allgemeine gesetzliche Ermächtigung, eine Wohnung auch gegen den Willen der Betroffenen zu betreten, im Einzelfall der Konkretisierung durch eine entsprechende Duldungsanordnung. Durch einen solchen Verwaltungsakt wird in nachprüfbarer Weise festgestellt, dass die Voraussetzungen des Art. 83 BayBauO unter Berücksichtigung der Schranken des Art. 13 VII GG vorliegen (vgl. hierzu im Einzelnen: VGH München, BayVBl 1987, 1987, 21)".

2. Keine weiteren Voraussetzungen nötig
Demgegenüber ist es nach Ansicht des BayVGH nicht geboten, das Betretungsrecht zusätzlich noch auf die Bauzeit zu beschränken:
"Eine Beschränkung der Betretungsbefugnis auf die Bauzeit ergibt sich weder aus Art. 106 III BayVerf. [entspricht Art. 13 I GG, Anm.d.Red.] noch aus rechtsstaatlichen Grundsätzen. Im vorrangigen Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung muss unabhängig vom Vorliegen einer Baustelle die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriffen im Rahmen der oben erörterten gesetzlichen Voraussetzungen überprüft werden können. Das gilt auch und gerade für Wohnungen, bei denen (bau-)sicherheitsgefährdende Zustände besonders gravierende Folgen haben können."

D. Ergebnis
B hat insoweit Recht, als ein voraussetzungsloses Betretungsrecht gegen Art. 13 I GG verstoßen würde, soweit es Wohnungen betrifft. Bei verfassungskonformer Auslegung des Art. 83 BayBauO im Lichte des Art. 13 VII GG ist die Norm - um die dort genannten Voraussetzungen erweitert - jedoch insgesamt verfassungsgemäß. Dem tatsächlichen Betreten muss dabei der Erlass einer Duldungsverfügung vorausgehen.

Standort: Mietrecht Problem: Verunreinigung durch Tabakkonsum

BGH, URTEIL VOM 28.06.2006
VIII ZR 124/05 (NJW 2006, 2915)

***Problemdarstellung*:**

Der Kl. war Vermieter der Bekl.. Die Parteien hatten einen Mietvertrag über Wohnraum geschlossen. Die Bekl. zogen nach einer vierjährigen Mietzeit aus der Wohnung aus. Der Kl. begehrte in dem amtsgerichtlichen Verfahren Ersatz der Renovierungs- und Reinigungskosten. Der Formularmietvertrag sah vor, dass der Mieter innerhalb bestimmter feststehender Fristen den Wohnraum zu renovieren habe. Spätestens nach Auszug des Mieters müssten die Reparaturen insoweit vorgenommen werden. Es fehlte in beiden Klauseln der Ansatz, dass die Renovierung abhängig sei, von dem jeweiligen Renovierungsbedarf. Der Mieter nahm weder die Schönheitsreparaturen während der Mietzeit, noch nach dem Auszug vor. Zudem rauchten die Bekl. in den Mieträumen, was zu Nikotinablagerungen in den Mieträumen führte. Trotz Aufforderung des Kl. mit entsprechender Fristsetzung nahmen die Bekl. die vom Kläger geforderten Renovierungs- und Reinigungsarbeiten nicht vor.

Fraglich ist, ob der Kl. einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Kosten in Höhe von insgesamt 9.218,28 € hat.

Prüfungsrelevanz:

Das Mietrecht ist ein sehr examensrelevantes Thema. Gerade die Frage der Wirksamkeit der formularmäßigen Abwälzung der Renovierungspflicht auf den Mieter war in letzter Zeit häufig Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Grundsätzlich hat der Vermieter gem. § 535 I 2 BGB für die Erhaltung des Mietgegenstandes Sorge zu tragen. Die Zulässigkeit der Abwälzung dieser Pflicht auf den Mieter wird ganz allgemein bejaht. Dies ergibt sich schon aus der Überlegung, dass der Vermieter die ihm entstehenden Instandhaltungskosten auf die Mietkosten umlegen wird, um die Vermietung rentabel zu halten. Deshalb ist es im Interesse des Mieters, die Mietkosten nicht durch die Renovierungskosten des Vermieters zu erhöhen, sondern dem Mieter die Pflicht aufzuerlegen, die entsprechenden Arbeiten durchzuführen. Die Abwälzung der Pflicht kann durchaus formularmäßig erfolgen. Allerdings ist zu beachten, dass Klauseln, die dem Mieter die Renovierungspflicht nach einem sog."starren Fristenplan" auferlegen, d.h. unabhängig davon, ob die Mieträume tatsächlich renovierungsbedürftig sind, grd. gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam sind, da sie gegen Treu und Glauben verstoßen. Daraus folgt, dass es dem Vermieter durchaus gestattet ist, Fristenregelungen zu treffen, solange er gewährleistet, dass diese Fristen überschritten werden können, wenn sich der Wohnraum nach Ablauf der Frist nicht in einem renovierungsbedürftigen Zustand befindet.

Des weiteren befasst sich der VIII. Senat des BGH mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen sich der Mieter vertragswidrig verhält, wenn er in dem Mietraum Tabak konsumiert. Durch das Rauchen in den Mieträumen entstehen Nikotinablagerungen. Grds. ist der Mieter zur Nutzung der Mieträume innerhalb der durch den Vertrag gezogenen Grenzen berechtigt, § 535 I 1 BGB. Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch vertragsgemäßen Gebrauch hervorgerufen werden, hat der Mieter nicht zu vertreten, § 538 BGB. Haben also die Vertragsparteien eine das Rauchen in den Mieträumen einschränkende oder untersagende Vereinbarung nicht getroffen, verhält sich der Mieter, der in der gemieteten Wohnung raucht, vertragsgemäß. Das bedeutet, dass die durch das Rauchen hervorgerufenen Ablagerungen in der Wohnung grds. nicht vertragswidrig sind.

Schließlich wird erörtert, welche Anforderungen an die Klausel, dass die Übergabe der Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses "besenrein" zu erfolgen habe, zu stellen sind. Die Verpflichtung zur "besenreinen Übergabe" beschränkt sich auf die Beseitigung grober Verschmutzungen. Wann jedoch grobe Verschmutzungen vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalles und obliegt der tatrichterlichen Würdigung.

Vertiefungshinweise:

❑ Wirksamkeit von Klauseln zur Schönheitsreparatur: BGH, RA 2006, 428 = NJW 2006, 2115; BGH, RA 2005, 206 = NJW 2005, 739; BGH, RA 2004, 439 = NJW 2005, 425;

❑ Zulässigkeit des Rauchens in Mieträumen: LG Karlsruhe, WuM 2002, 50; LG Hamburg, WuM 2001, 469; LG Köln, WuM 1991, 578

❑ "Besenreinheit" von Mieträumen: LG Wiesbaden, WuM 2001, 236

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:*"Das Geschäftshaus"

❑ *Assessorkurs:*"Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

Zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Vermieters von Wohnraum gegen den Mieter wegen Verunreinigungen der Wohnung durch Tabakkonsum. Die Verpflichtung zur "besenreinen" Rückgabe der Mietwohnung beschränkt sich auf die Beseitigung grober Ver-

schmutzungen.

Sachverhalt (verkürzt):
Die Bekl. waren vom 03.01.2000 bis zum 31.01.2004 Mieter einer Wohnung des Kl. in H. . Der Mietvertrag vom 03.01.2000 enthält unter anderem folgende Formularklauseln:

§ 8 Schönheitsreparaturen, Ansprüche bei Vertragsende [...]
2. Die während der gesamten Vertragsdauer nach Maßgabe des unter § 8, Ziff. 3 vereinbarten Fristenplanes fällig werdenden Schönheitsreparaturen trägt der Mieter auf eigene Kosten. …Bei Beendigung des Mietvertrages gilt die nachstehend festgelegte Regelung.
3.Der Mieter verpflichtet sich, die Schönheitsreparaturen innerhalb folgender Fristen auszuführen:
a) Küche, Wohnküche, Kochküche, Speisekammer, Besenkammer, Bad, Dusche, WC alle drei Jahre
b) Wohnzimmer, Schlafzimmer, Dielen, Korridore und alle sonstigen Räume alle fünf Jahre ...
5. Hat der Mieter trotz Fristsetzung und Ablehnungsandrohung die Räume zu Ziff. 3 a mindestens drei Jahre, die Räume zu Ziff. 3 b mindestens fünf Jahre benutzt, ohne diese Räume in der genannten Zeit renoviert zu haben, so hat er spätestens bei Beendigung des Mietverhältnisses die Renovierung fachmännisch nachzuholen. [...]

§ 9 Beginn der Renovierungsfristen
Die Renovierungsfristen gemäß § 8 Abs. 3 dieses Vertrages beginnen mit dem Anfang des Mietverhältnisses zu laufen.

§ 17 Beendigung des Mietverhältnisses
1. Unabhängig von den Verpflichtungen des Mieters, die sich aus §§ 8 -10 dieses Vertrages ergeben, sind die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses in besenreinem Zustand zurückzugeben. [...]

Mit Schreiben vom 19.01. 2004 forderte der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung zur Vornahme von Tapezier- und Reinigungsarbeiten sowie zu weiteren Mängelbeseitigungsmaßnahmen auf. Dies lehnten die Bekl. ab. Auf Antrag des Kl. wurde in einem selbständigen Beweisverfahren ein Sachverständigengutachten über den Zustand der Wohnung eingeholt. Mit seiner Klage hat der Kl. von den Bekl. Zahlung von Schadensersatz wegen der Kosten für die Erneuerung von Teppichboden (795,41 €), Malerarbeiten an Wänden und Decken (4.996,89 €) sowie an Türen und Türrahmen (2.177,50 €), der Reinigung von Fenstern (727,50 €) sowie der Küche einschließlich der mitvermieteten Einbauküche(308 €) und des Austauschs von Halogenlampen in der Küche (13 €) begehrt. Insgesamt verlangt der Kl. 9.218,28 € nebst Zinsen.

Wird die vor dem zuständigen Amtsgericht erhobene Klage Erfolg haben?

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

A. Zulässigkeit der Klage
Die Klage wurde vor dem zuständigen Amtsgericht erhoben. Das Amtsgericht ist insbesondere gem. § 23 Nr.2 a) GVG sachlich streitwertunabhängig zuständig. Da keine Anhaltspunkte für weitergehende Probleme vorliegen, ist von der Zulässigkeit der Klage auszugehen.

B. Begründetheit der Klage
Die Klage ist begründet, soweit dem Kl. gegen die Bekl. ein Anspruch auf Zahlung von 9.218,28 € nebst Zinsen zusteht. Ein solcher könnte sich aus §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB ergeben.

I. Wirksames Schuldverhältnis
Dies setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein wirksames Schuldverhältnis besteht. Die Parteien haben sich am 03.01.2000 darauf geeinigt, dass der Kl. den Bekl. die Räume gegen Entgelt zum Gebrauch überlässt. Damit haben die Parteien einen wirksamen Mietvertrag gem. § 535 I BGB geschlossen.

II. Verletzung einer fälligen, noch möglichen Leistungspflicht
Die Bekl. müssten eine fällige, noch mögliche Leistungspflicht verletzt haben. In Betracht kommen hier dreierlei Anknüpfungspunkte: Zum einen könnte eine Pflichtverletzung im Hinblick auf die unterlassenen oder mangelhaft erbrachten Schönheitsreparaturen vorliegen, zum anderen könnte die "Verursachung von Nikotinrückständen" eine aus dem Mietvertrag folgende Pflicht verletzt haben. Ferner könnte eine Pflichtverletzung in der Rückgabe des Mietobjektes nach Beendigung des Mietverhältnisses in nicht "besenreinem Zustand" liegen.

1. Pflichtverletzung, da Schönheitsreparaturen nicht durchgeführt
Fraglich ist, ob die Bekl. die Schönheitsreparaturen nicht bzw. nicht vertragsgemäß durchgeführt haben. Dazu müssten die Bekl. zu deren Vornahme in dem entsprechenden Umfang verpflichtet sein. Grds. Obliegt dem Vermieter gem. § 535 I 2 BGB die Instandhaltungspflicht. Diese Verpflichtung könnte auf die Bekl. i.R.d. § 8 des Mietvertrages vom 03.01.2000 übertragen worden sein.

a. Zulässigkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen
Das Abwälzen der Schönheitsreparaturen auf den Mie-

ter müßte zulässig sein. Die Zulässigkeit der Abwälzung ist seit langem anerkannt und ergibt sich u.a. aus der Überlegung, dass der Vermieter, sofern dieser die Reparaturen selbst ausführen müsste, einen Renovierungsunternehmer beauftragen würde, um die Arbeiten vorzunehmen. Die daraus entstehenden Kosten würden seitens des Vermieters auf die Mieter umgelegt. Dies wäre aus Sicht des Vermieters nötig, um die Vermietung rentabel zu halten. Die Tatsache, dass letztlich auch in diesem Falle die Mieter die Kosten zu trägen hätten, führt zu einem erheblichen Interesse der Mieter, die Schönheitsreparaturen selbst vornehmen zu können.

b. Wirksamkeit der Klausel
Fraglich ist, ob § 8 des Mietvertrages wirksam ist. Die Wirksamkeit der Klausel könnte anhand der §§ 305 ff. BGB zu überprüfen sein.

aa. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)
Es müsste sich um AGB gem. § 305 I 1 BGB handeln. Dazu müsste es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen handeln, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei stellt.
Vorliegend handelt es sich um Formularklauseln. Mithin ist davon auszugehen, dass es sich insoweit um vorformulierte Vertragsbedingungen i.d. Sinne handelt.

bb. Einbeziehung in den Vertrag
Die AGB müssten in den Vertrag einbezogen worden sein, § 305 II BGB. Es ist davon auszugehen, dass der Kl. als Verwender den Bekl. jedenfalls in ausreichender Weise die Möglichkeit zur Kenntnisnahme eröffnete.

cc. Kein Fall der §§ 305 b, c BGB
Vorrangige Individualabreden sind nicht ersichtlich. Auch handelt es sich nicht um eine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c BGB.

dd. Inhaltskontrolle, § 307 BGB
Fraglich ist, ob die Klausel der Inhaltskontrolle standhält.

(1.) Abweichung von der gesetzlichen Regelung, § 307 III BGB
Die Inhaltskontrolle müsste eröffnet sein. Dazu müsste die Klausel von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Wie bereits dargestellt weicht § 8 des Mietvertrages von § 535 I 2 BGB ab. Also ist die Inhaltskontrolle eröffnet.

(2.) Kontrolle anhand § 307 I, II BGB
Fraglich ist, nach welchem Maßstab die Klausel zu überprüfen ist. Die grds. vorrangig zu prüfenden §§ 309, 308 BGB enthalten keine entsprechende Regelung. Also ist die Wirksamkeit der Klausel anhand des § 307 BGB zu prüfen.

(3.)Wirksamkeit des § 8 Ziff. 2, 3 des Mietvertrages
§ 8 Ziff. 3 des Mietvertrages, der den Fristenplan enthält, nach dem der Mieter sich verpflichtet, die Schönheitsreparaturen durchzuführen, müsste wirksam sein. Die Klausel könnte wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters gegen Treu und Glauben verstoßen und insoweit gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam sein.
"Aus der Sicht eines verständigen Mieters hat die in § 8 Ziff. 3 des Mietvertrags enthaltene Regelung die Bedeutung, dass der Mieter nach Ablauf der dort festgelegten, verbindlichen Fristen von drei Jahren beziehungsweise von fünf Jahren auch dann zur Renovierung verpflichtet ist, wenn die Wohnung nach ihrem tatsächlichen Erscheinungsbild noch nicht renovierungsbedürftig ist (vgl. Senat, Urteil vom 05.04.2006 - VIII ZR 178/05, NJW 2006, 1728, unter II 2 a, zu einem insoweit inhaltsgleichen Fristenplan). ... Eine solche "starre" Fälligkeitsregelung benachteiligt den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher gemäß § 307 I 1, II Nr.1 BGB unwirksam (Senat, Urteil vom 23.06. 2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, unter II 2; Urteil vom 22.09.2004 - VIII ZR 360/03, NJW 2004, 3775, unter II 1 b; Urteil vom 05.04.2006, aaO).
Also handelt es sich bei der Klausel um eine solche mit "starrem Fristenplan". Ein Verstoß gegen § 307 I 1, II Nr. 1 BGB ist gegeben. Die Klausel ist unwirksam.

(4.) Wirksamkeit des § 8 Ziff. 2, 5 des Mietvertrages
§ 8 Ziff. 5 des Mietvertrags, wonach der Mieter die Renovierung spätestens bei Beendigung des Mietverhältnisses nachzuholen hat, wenn er die Räume zu § 8 Ziff. 3 Buchst. a) mindestens drei Jahre und die Räume zu Ziff. 3 Buchst. b) mindestens fünf Jahre benutzt hat, müsste wirksam sein. Die Klausel könnte gegen § 307 I 1, II Nr. 1 BGB verstoßen.
"§ 8 Ziff. 5 enthält keine von den starren Fristen des § 8 Ziff. 3 abweichende Fälligkeitsregelung. Vielmehr ist auch diese - eigenständige - Fälligkeitsbestimmung gemäß § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie - wie § 8 Ziff. 3 - den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses allein aufgrund des Ablaufs der dort bestimmten, verbindlichen Fristen zur Renovierung verpflichtet, selbst wenn ein Renovierungsbedarf noch nicht besteht."

Mithin ist auch diese Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam.

(5.) Keine geltungserhaltene Reduktion der Klauseln
Fraglich ist, ob die Fristregelungen des § 8 Ziff. 3 und 5 trennbar sind von der Übertragung der Renovierungspflicht auf den Mieter als solche nach § 8 Ziff. 2. Dies hätte zur Folge, dass der Mieter im Grundsatz weiterhin zur Ausführung der Schönheitsreparaturen, unabhängig von den Fristen, verpflichtet wäre.
"Bei dem Fristenplan nach § 8 Ziff. 3 des Mietvertrages handelt es sich nicht um eine von der Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen trennbare Fälligkeitsregelung. Vielmehr bildet der Fristenplan mit der Schönheitsreparaturpflicht eine Einheit (vg. Senat, NJW 2004, 2586; NJW 2004, 3775). Denn der Fristenplan hat turnusmäßig wiederkehrende Renovierungspflichten zum Gegenstand. Führt der Mieter während des Mietverhältnisses entsprechend seiner vertraglichen Verpflichtung die Schönheitsreparaturen unter Beachtung des Fristenplans aus, beginnen die Renovierungsfristen erneut zu laufen. Die Anzahl der vom Mieter im Verlauf der gesamten Mietdauer vorzunehmenden Renovierungen richtet sich daher nach der Dauer der im Fristenplan festgelegten Renovierungsintervalle. Würden § Ziff. 2 und 3 des Mietvertrages ohne den Fristenplan bestehen bleiben, müssten die Zeiträume, nach deren Ablauf die Schönheitsreparaturen auszuführen sind, durch Auslegung unter Zugrundelegung zulässiger Renovierungsintervalle bestimmt werden (vgl BGHZ 92, 363(368f.) = NJW 1985, 480). Hierdurch würde der Umfang der auf den Mieter übertragenen Renovierungsverpflichtung jedoch auf das in zeitlicher Hinsicht (gerade noch) zulässige Maß zurückgeführt. Dies wäre eine unzulässige geltungserhaltene Reduktion der Formularklausel.
Nichts anderes gilt hinsichtlich der in § 8 Ziff. 5 des Mietvertrages enthaltenen Renovierungspflicht."
Mithin sind die Klauseln des § 8 Ziff. 3 und 5 nicht von § 8 Ziff. 2 des Vertrages zu trennen, da anderenfalls ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gegeben wäre.

ee. Zwischenergebnis:
Sowohl § 8 Ziff. 2 und 3 des Mietvertrags, die die Verpflichtung des Mieters zur Ausführung von Schönheitsreparaturen regeln, als auch § 8 Ziff. 2 und 5, der eine Pflicht des Mieters zur Renovierung bei Beendigung des Mietverhältnisses vorsieht, sind gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

c. Ergänzende Vertragsauslegung
Fraglich ist, ob nunmehr durch die Unwirksamkeit der Klauseln eine Vertragslücke entstanden ist, die durch eine ergänzende Auslegung des Vertrages gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend zu schließen ist, dass der Mieter dennoch zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet ist.
Grundsätzlich richtet sich gemäß § 306 II BGB der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften, soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind.
"Eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer durch die Unwirksamkeit einer Formularklausel entstandenen Lücke setzt voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der Lücke einer Vervollständigung bedarf. Dies ist nur dann der Fall, wenn dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet (st.Rspr.; Senat, BGHZ 143, 103, 120 m.w.Nachw.)."
Hier fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung, dem Entstehen einer Lücke im Vertrag. Die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache ist gemäß § 535 I 2 BGB dem Vermieter auferlegt. Diese gesetzliche Regelung tritt nach § 306 II BGB auch dann an die Stelle der unzulässigen Klausel, wenn eine für ihren Verwender günstigere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Abwälzung der Instandhaltungspflicht bestünde (vgl. BGHZ 87, 309, 321; 96, 18, 26, jew. zu § 6 II AGBG).
Also ist für die ergänzende Auslegung des Vertrages kein Raum.

d. Zwischenergebnis:
Die Beklagten sind nicht aufgrund des Mietvertrags vom 03.01.2000 zur Ausführung von Schönheitsreparaturen bzw. zur Renovierung der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet. Daher scheidet auch ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz mangels Verletzung einer Pflicht aus.

2. Pflichtverletzung wegen der Verunreinigung durch Tabakkonsum
Fraglich ist, ob die Bekl. eine Pflicht aus dem Mietvertrag durch den Konsum von Tabak in den Mieträumen verletzt haben. Denn durch das Rauchen in der Wohnung entstanden dort Nikotinablagerungen.
"Der Mieter ist zur Nutzung des gemieteten Wohnraums innerhalb der durch die vertraglichen Vereinbarungen gezogenen Grenzen berechtigt (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB). Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten (§ 538 BGB). Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, verhält sich ein Mieter, der in der ge-

mieteten Wohnung raucht und hierdurch während der Mietdauer Ablagerungen verursacht, grundsätzlich nicht vertragswidrig (so auch LG Köln, WuM 1991, 578 und NZM 1999, 456; LG Saarbrücken, WuM 1998, 689, 690; LG Hamburg, WuM 2001, 469; LG Karlsruhe, WuM 2002, 50; LG Berlin, GE 2004, 1096; Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III A. Rdnr. 945; Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl., § 535 Rdnr. 29; Staudinger/Emmerich, BGB (2003), § 538 Rdnr. 3)."

Die Mietvertragsparteien haben eine Regelung bzgl. des Rauchens in der Wohnung nicht getroffen. Mithin haben sich die Bekl. grundsätzlich nicht vertragswidrig verhalten.

Eine Pflichtverletzung könnte sich nur dann ergeben, wenn die Bekl. die Wohnung durch das Rauchen über den vertragsgemäßen Gebrauch hinaus abgenutzt haben.

"Der Sachverständige G. hat in seinem im selbständigen Beweisverfahren erstatteten schriftlichen Gutachten die festgestellten Gebrauchsspuren zum Teil als "Schädigungen der Oberfläche" bezeichnet. Daraus kann jedoch keine Pflichtverletzung hergeleitet werden. Dies folgt daraus, dass die vom Sachverständigen für erforderlich gehaltenen Maßnahmen zur Mängelbeseitigung sich im Wesentlichen auf die Tapezier-, Anstrich- und Lackierarbeiten beschränken, die zur Beseitigung typischer Gebrauchsspuren im Rahmen von Schönheitsreparaturen erforderlich sind, sowie auf Reinigungsmaßnahmen. Soweit der Sachverständige Silikonfugen an den Fenstern und Dichtungsgummis an den Türen und Türrahmen als möglicherweise erneuerungsbedürftig angesehen hat, sind auch solche typischen Gebrauchsspuren im Hinblick auf die mehr als vierjährige Mietzeit von den Beklagten nicht zu vertreten (§ 538 BGB), zumal sie unwidersprochen vorgetragen haben, dass die Silikonfugen in der zehn Jahre alten Wohnung bisher noch nicht erneuert worden waren. Der Vermieter wird dadurch, dass der Mieter die durch Tabakkonsum verursachten Gebrauchsspuren grundsätzlich nicht zu vertreten hat, nicht unbillig benachteiligt. Denn der Vermieter hat die Möglichkeit, die Pflicht zur Ausführung der erforderlichen Schönheitsreparaturen - auch im Wege formularvertraglicher Vereinbarung (st.Rspr., Senat, BGHZ 92, 363) - auf den Mieter abzuwälzen, wie es in der Praxis weithin üblich ist. Dass es im vorliegenden Fall aufgrund einer den Mieter unangemessen benachteiligenden Abwälzung von Renovierungspflichten an einer wirksamen vertraglichen Vereinbarung fehlt - so dass es bei der Instandhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 I 2 BGB verbleibt (vgl. oben a cc) -, geht zu Lasten des Klägers als Verwender der unzulässigen Formularklauseln." Mithin begründet der Tabakkonsum der Bekl. in dem angemieteten Wohnraum keine Pflichtverletzung in diesem Sinne. Daher scheidet auch ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz unter diesem Gesichtspunkt aus.

3. Keine Rückgabe in "besenreinem" Zustand

Weiterhin könnten die Bekl. ihre vertragliche Pflicht zur Rückgabe der Mieträume in besenreinem Zustand (§ 17 Ziff. 1 des Mietvertrags) verletzt haben. Die Verpflichtung zur "besenreinen" Rückgabe beschränkt sich auf die Beseitigung grober Verschmutzungen (vgl. LG Saarbrücken, WuM 1998, 689 f.; LG Wiesbaden, WuM 2001, 236, 237; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau bei Wohn- und Gewerberaum, 2. Aufl., F Rdnr. 83 f.; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., IV Rdnr. 598; vgl. auch Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl.: "mit dem Besen grob gereinigt"). Vorliegend enthält der Sachvortrag des Kl. keine Anhaltspunkte, die auf grobe Verschmutzungen der Räumlichkeiten schließen lassen. Mithin kann der Kl. auch aus diesem Umstand keine Pflichtverletzung herleiten.

III. Ergebnis: Ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB besteht nicht. Also ist die zulässige Klage nicht begründet.

Standort: § 267 StGB Problem: Fotokopie als Urkunde

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 22.05.2006
1 SS 13/06 (NJW 2006, 2869)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich von den Schwerbehinderten- und Sonderparkausweisen seiner schwerbehinderten Tochter Kopien angefertigt und diese in seinem Auto ausgelegt, um vorzuspiegeln, dass das Auto von einer Person genutzt würde, die zum Parken auf Sonderparkplätzen berechtigt sei. Einem Polizisten war es jedoch aufgefallen, dass es sich hierbei um Kopien handelte. Das Amtsgericht hatte den Angeklagten insb. vom Vorwurf der Urkundenfälschung (§ 267 I StGB) freigesprochen und nur ein Bußgeld gegen diesen wegen einer Parkordnungswidrigkeit verhängt. Auf die Sprungrevision (§ 335 StPO) der Staatsanwaltschaft hin hob das OLG Stuttgart den Freispruch auf, da das Vorliegen einer Urkundenfälschung durchaus möglich sei und verwies zurück an das AG.

Prüfungsrelevanz:

Urkundsdelikte sind relativ häufig Gegenstand von Examensklausuren, was wohl eher nicht an ihrer hohen praktischen Relevanz liegt sondern vielmehr daran, dass sie sich ganz hervorragend mit Vermögensdelikten (insb. - wie der vorliegende Fall auch zeigt - mit § 263 StGB) kombinieren lassen und diese einen absoluten Standardstoff in beiden Examen darstellen. Deswegen sind Grundkenntnisse zumindest der Standardprobleme der Urkundsdelikte auch unbedingt erforderlich.

Das vom OLG Stuttgart im vorliegenden Fall angesprochene Problem, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Fotokopien Urkunden darstellen können, stellt hierbei eine klassische Fragestellung dar. Der BGH hat sich diesbezüglich dahingehend geäußert, dass Fotokopien "grundsätzlich" keine Urkunden seien (BGHSt 23, 179). Ein Teil der Literatur versteht diese Äußerung in dem Sinne, dass Fotokopien niemals Urkunden sein können (vgl. Keller, JR 1993, 300). Die Oberlandesgerichte und ein Großteil der Literatur hingegen legen diese Rechtsprechung dahingehend aus, dass Fotokopien zwar grundsätzlich nicht, ausnahmsweise aber doch Urkunden darstellen können (vgl. OLG Dresden, wistra 2001, 360; Zaczyk, NJW 1989, 2515), und zwar dann, wenn der Täter vorhat, die Kopie nicht als Kopie sondern als Original auszugeben.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Urkundseigenschaft von Fotokopien: *BGH*, NJW 1997, 750; *BayObLG*, NJW 1989, 2553; 1990, 3221; *Arzt*, JR 1997, 468; *Emde*, wistra 1995, 328; *Erb*, GA 1998, 577; *Freund*, JuS 1991, 723; *Jahn*, JuS 2006, 855; *Kudlich*, NStZ 1997, 432; *Lampe*, StV 1989, 206

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die Fotokopie"

Leitsatz (der Redaktion):

Eine Kopie ist dann als Urkunde i.S.v. § 267 I StGB zu behandeln, wenn der Täter eine fotografische Reproduktion als angeblich vom Aussteller herrührende Urschrift hergestellt hat und mit dieser den Anschein einer Originalurkunde erwecken wollte. Den Anschein einer Originalurkunde erweckt eine Reproduktion dann, wenn sie der Originalurkunde soweit ähnlich ist, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht auszuschließen ist. Dabei kommt es jedoch weder entscheidend auf die Qualität des Falsifikats noch darauf an, ob das Vorliegen einer Kopie sofort erkennbar ist oder nicht.

Sachverhalt (ergänzt):

Die Tochter des A leidet an Mukoviszidose. A stellte den auf ihn zugelassenen Pkw auf einem durch Zusatzzeichen als Schwerbehindertenparkplatz ausgewiesenen Parkplatz ab und begab sich für circa eine halbe Stunde auf seine Dienststelle. Hierbei befand er sich nicht in Begleitung seiner Tochter, die auf Grund ihrer Erkrankung Inhaberin eines Schwerbehindertenausweises sowie eines Parkausweises für Behinderte ist und diese zum Parken auf Schwerbehindertenparkplätzen berechtigt. Um eine angebliche Parkberechtigung vorzutäuschen, hatte A Farbkopien sowohl des Schwerbehindertenausweises als auch des Parkausweises sichtbar im Auto ausgelegt. Beide Ausweise wurden vom Polizeihauptmeister B sofort als Fotokopien erkannt. Die Kopie des Schwerbehindertenausweises wurde unter dem Parkausweis halb verdeckt angebracht. Der Parkausweis wurde von A beidseits kopiert und in einer Klarsichtfolie eingeschweißt. Auf der Kopie sind deutlich Knitterspuren des Originalausweises zu erkennen. Beim Schwerbehindertenausweis ist die Kopie schon daraus ersichtlich, dass kein Originallichtbild auf dem Schwerbehindertenausweis aufgebracht ist und die Ösen, mit denen das Lichtbild be-

festigt wird, kopiert sind. A hatte diese Kopien extra als Farbkopien angefertigt und eingeschweißt, damit diese - zumindest bei einer nur flüchtigen Kontrolle durch Polizisten oder Mitarbeiter des Ordnungsamtes - nicht als solche erkannt sondern jeweils für die Originalausweise gehalten würden.

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. § 267 I 1. Fall StGB durch das Anfertigen der Kopien

A könnte sich dadurch, dass er Kopien des Schwerbehinderten- und Parkausweises seiner Tochter anfertigte, wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Urkunde

Zunächst müsste es sich bei den Kopien des Schwerbehindertenausweises und des Parkausweises um Urkunden handeln.

Urkunde i.S.v, § 267 I StGB ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt (BGHSt 16, 94; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 2 mwN). Ob jedoch eine Fotokopie überhaupt eine Urkunde i.S.v. § 267 I StGB darstellen kann, ist streitig.

a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung stellt eine Fotokopie niemals eine Urkunde dar (Keller, JR 1993, 300; Lampe, StV 1989, 207; Geppert, Jura 1990, 273).

Nach dieser Auffassung wären also die Kopien der Ausweise keine Urkunden.

b. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung sind Fotokopien grundsätzlich keine Urkunden, erlangen jedoch dann Urkundsqualität, wenn sie der Täter vorhat, die Kopien im Rechtsverkehr als Originale einzusetzen (OLG Dresden, wistra 2001, 360; Joecks, § 267 Rn. 44; Lampe, StV 1989, 207; Zaczyk, NJW 1989, 2515).

Dieser Auffassung schließt sich auch das OLG Stuttgart in der vorliegenden Entscheidung an: "Eine Urkunde im strafrechtlichen Sinne ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt ist, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lässt (st. Rspr.; vgl. BGHSt 16, 94 [95] = NJW 1961, 1542; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. § 267 Rdnr. 2 m. umfangr. Nachw.). Ausgehend von dieser Begriffsbestimmung umfasst eine Fotokopie in der Regel nicht die wesentlichen Merkmale einer Urkunde. Sie verkörpert grundsätzlich keine eigene Gedankenerklärung, sondern dokumentiert nur, dass ein bestimmter Aussteller einmal eine bestimmte Erklärung abgegeben hat, gibt also als auf technischem Wege hergestelltes Abbild einer Urkunde lediglich stellvertretend für das Original eine fremde Gedankenerklärung wieder (BGHSt 5, 291 [293] = NJW 1954, 608; BGHSt 20, 17 [181 = NJW 1964, 2427; BGHSt 24, 140 [141] = NJW 1971, 1812). Darüber hinaus lässt eine Kopie regelmäßig auch keinen Aussteller erkennen. Hat der Aussteller seine Gedankenerklärung einmal aus der Hand gegeben, kann ein nicht mehr zu überblickender Personenkreis Fotokopien dieser Erklärung herstellen, so dass der Rechtsverkehr nicht feststellen kann, von wem sie gefertigt wurden.

Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Kopie nach außen als Reproduktion des Originals erscheint und der Hersteller sie auch so nutzen will. Dagegen ist eine Kopie dann als Urkunde zu behandeln, wenn der Täter eine fotografische Reproduktion als angeblich vom Aussteller herrührende Urschrift hergestellt hat und mit dieser den Anschein einer Originalurkunde erwecken wollte, an die der Rechtsverkehr das nach § 267 StGB zu schützende Vertrauen auf die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden anknüpft (BayObLG, NJW 1990, 1677 [1679]; NJW 1990, 3221; Zaczyk, NJW 1989, 2515 [2517]). Denn wenn der ursprüngliche Aussteller die Fotokopie im Einzelfall - unstreitig - zum Originalersatz bzw. zur Zweiturkunde autorisieren kann (Gribbohm, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 267 Rdnr.112; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 267 Rdnr. 42 b m. w. Nachw.), dann kann im Interesse des Rechtsverkehrs nichts anderes gelten, wenn der Hersteller der Kopie diese zur Täuschung im Rechtsverkehr als Originalersatz herstellt bzw. gebraucht (Zaczyk, NJW 1989,2515).

Den Anschein einer Originalurkunde erweckt eine Reproduktion dann, wenn sie der Originalurkunde soweit ähnlich ist, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht auszuschließen ist (OLG Saarbrücken, NJW 1982, 2268; OLG Köln, StV 1987, 297; Gribbohm, in: LK-StGB, § 267 Rdnr. 115). Denn dann gibt das gefertigte Schriftstück nicht nur wieder, was in einem anderen Schriftstück verkörpert ist, sondern täuscht - auch wenn es sich tatsächlich (nur) um eine Kopie handelt - vor, es enthalte eine eigene Erklärung des angeblichen Ausstellers, für die dieser einstehen wolle. Dabei kommt es jedoch [...] weder entscheidend auf die Qualität des Falsifikats (BayObLG, JZ 1988, 272; NJW 1989, 2553; Cramer/Heine, in: LK-StGB, § 267 Rdnr. 42 b) noch darauf an, ob das Vorliegen einer

Kopie sofort erkennbar ist oder nicht. Selbst bei relativ schlechten Fälschungen besteht ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs daran, darauf vertrauen zu können, dass eine verkörperte Erklärung von dem stammt, von dem sie ausweislich ihrer Verkörperung zu stammen scheint, sofern nur überhaupt die ernst zu nehmende Möglichkeit einer unzutreffenden Zuordnung geschaffen wurde. Für die Abgrenzung zu der Herstellung einer bloßen Fotokopie als Nichturkunde kommt es danach auf den Willen des Fälschers an, also darauf, ob er die Kopie zur Verwendung als (falsches) Original geschaffen hat oder als bloße Kopie in den Rechtsverkehr bringen will (Gribbohm, in: LK-StGB, § 267 Rdnr. 116). Hierbei kann die Qualität des Falsifikats allerdings eine Indizwirkung entfalten. Je besser diese Qualität ist, umso mehr spricht für eine Fälschungsabsicht des Täters."

Im vorliegenden Fall hatte A sich vorgestellt, die Kopien - so wie es bei den Original-Ausweisen erforderlich wäre - in seinem Auto auszulegen, um den Anschein zu erwecken, es handele sich hierbei um die Original-Ausweise; er wollte die Kopien also als Originale verwenden, so dass die Kopien nach dieser Auffassung Urkunden i.S.v. § 267 I StGB darstellen würden.

c. Stellungnahme

Für die erste Auffassung spricht - wie auch das OLG Stuttgart bereits ausführt -, dass Fotokopien nur bedingt die Voraussetzungen der Urkundsdefinition erfüllen. Tatsächlich enthalten sie keine eigene Gedankenerklärung, sondern reproduzieren nur diejenige des Originals. Auch lässt eine Kopie nicht ihren Aussteller erkennen, sondern allenfalls den des Originals. Dennoch ist der zweiten Meinung zu folgen. Da die Qualität von (Farb-) Kopien mittlerweile so gut ist, dass diese vom Laien gar nicht mehr vom Original unterschieden werden können, besteht ein dringendes Bedürfnis, auch Kopien - zumindest in bestimmten Fällen - in den Anwendungsbereich der Urkundsdelikte einzubeziehen. Nach der ersten Meinung stellt es eine Urkundenfälschung (in Form des Verfälschens einer echten Urkunde) dar, wenn der Täter Veränderungen an einer Originalurkunde vornimmt; fertigt er dann eine Kopie dieser Urkunde an, die er in den Rechtsverkehr einbringt, so ist dies das Gebrauchen einer verfälschten Urkunde (vgl. OLG Düsseldorf, StV 2001, 234). Fertigt der Täter allerdings zunächst eine Kopie der Originalurkunde an, die er verändert, dann noch einmal kopiert und gebraucht dann die zweite Kopie, so würde dieses Geschehen nach der ersten Meinung keine Urkundenfälschung darstellen, obwohl es der erstgenannten Fallgestaltung an Unwert in Nichts nachsteht. Hat der Täter vor, eine Kopie als Original zu verwenden, so gibt er selbst ihr die Urkundseigenschaft mit: Er will dann ja vorgeben, die verkörperte Gedankenerklärung sei originär diejenige des vorgelegten Schriftstücks (der Kopie) und nicht eine aus einem anderen Schriftstück reproduzierte. Auch wird durch ihn der Aussteller des Originals (der in der Kopie ja reproduziert wurde) als Aussteller der Kopie ausgegeben, da der Täter ja die Kopie selber als Original ausgibt. Deshalb ist es nicht nur sinnvoll, sondern auch in Übereinstimmung mit den herrschenden Definitionen richtig, eine Kopie zumindest dann als Urkunde anzusehen, wenn diese als Original in den Rechtsverkehr gelangen soll.

Die Kopien des Schwerbehinderten- und Parkausweises stellen also Urkunden dar.

3. Unechtheit

Die Kopien müssten unechte Urkunden sein.

Eine Urkunde ist dann unecht, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist (OLG Düsseldorf, wistra 1999, 233; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn. 48 mwN). Aussteller einer Urkunde ist derjenige, der sich aus der Urkunde als Verantwortlicher für ihren Inhalt ergibt (OLG Köln, NJW 2002, 528; Hecker, juS 2002, 225; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn. 16 mwN).

Die Kopien des Schwerbehinderten- und Parkausweises geben die jeweiligen Behörden als Aussteller an, da davon auszugehen ist, dass deren Dienstsiegel und die Unterschrift des zuständigen Beamten mitreproduziert wurden. Tatsächlich stammen die Urkunden aber gar nicht von den entsprechenden Behörden, sondern von A. Die Urkunden sind also unecht.

2. Herstellen

A müsste diese Urkunden hergestellt haben.

Herstellen einer Urkunde i.S.v. § 267 I StGB ist das Hervorbringen einer Urkunde, die den unrichtigen Anschein erweckt, von dem in ihr bezeichneten Aussteller herzurühren (BGHSt 33, 160; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 20).

A hat die Originalurkunden selbst kopiert und so mit den Kopien Urkunden hervrogebracht, die unrichtigerweise den Anschein erweckten, von den in ihnen bezeichneten Behörden herzurühren (s.o.). A hat die Urkunden somit hergestellt.

3. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

4. Täuschungsabsicht

A müsste auch "zur Täuschung im Rechtsverkehr" gehandelt haben.

Der Täter handelt jedenfalls dann zur Täuschung im

Rechtsverkehr, wenn er die Absicht hat, einen anderen über die Echtheit der Urkunde zu täuschen und so zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen (BayObLG, NJW 1994, 208; Freund, JuS 1994, 126).
A wollte mit den angefertigten Kopien Polizisten und Mitarbeiter des Ordnungsamtes darüber täuschen, dass sein Auto von einer Person genutzt würde, die dazu berechtigt ist, auf Schwerbehindertenparkplätzen zu parken und diese auch zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlassen, nämlich zur Unterlassung der Verhängung einer Geldbuße. Eine solche hätte aber tatsächlich gegen des A verhängt werden können, wenn er als Nichtberechtigter auf einem Sonderparkplatz für Schwerbehinderte parkt (vgl. §§ 12 III, 49 StVO, § 24 StVG).
A hat also zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt.

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

III. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 267 I 1. Fall StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch das Auslegen der Kopien im Auto
A könnte sich durch das Auslegen der Kopien im Auto wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber B und zum Nachteil der Ordnungsbehörde strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Täuschung
A müsste zunächst über Tatsachen getäuscht haben.
Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Joecks, § 263 Rn. 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 6). Tatsachen sind alle Vorgänge und Zustände der Gegenwart und Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind (RGSt 56, 227; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 6 mwN).
Durch das Auslegen der Kopien des Schwerbehinderten- und Parkausweises hat A auf das Vorstellungsbild des B in einer Weise eingewirkt, die geeignet war, bei B eine Fehlvorstellung darüber hervorzurufen, dass die Person, die das Fahrzeug auf dem Schwerbehindertenparkplatz abgestellt hatte, hierzu auch berechtigt war. Da es auch dem Beweise zugänglich ist, ob A berechtigt ist, auf einem Schwerbehindertenparkplatz zu parken, hat A also über Tatsachen getäuscht.

2. Täuschungsbedingter Irrtum
A müsste durch die Täuschung bei B einen Irrtum erzeugt oder unterhalten haben.
Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jeder Widerspruch zwischen der Vorstellung des Opfers und der Wirklichkeit, also jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 33; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 33).
B hatte hier erkannt, dass es sich bei den ausgelegten Ausweisen nur um Kopien handelte und deshalb nicht geglaubt, dass A tatsächlich dazu berechtigt sei, auf dem Schwerbehindertenparkplatz zu parken. Eine Fehlvorstellung des B ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 263 I StGB.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB durch das Auslegen der Kopien im Auto
A könnte sich durch das Auslegen der Kopien im Auto jedoch wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber B und zum Nachteil der Ordnungsbehörde strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung
Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betrugs ist mangels Irrtums des B nicht gegeben (s.o.). Die Strafbarkeit des versuchten Betrugs ergibt sich aus § 263 II StGB.

II. 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).

1. Bzgl. Täuschung über Tatsachen
A müsste zunächst Tatentschluss bzgl. einer Täuschung über Tatsachen gehabt haben.
A hatte vor, vorbeikommende und sein Auto kontrollierende Polizisten oder Mitarbeiter des Ordnungsamtes über das Bestehen einer Berechtigung zum Parken auf dem Sonderparkplatz für Schwerbehinderte, also eine Tatsache (s.o.), zu täuschen.

2. Bzgl. Täuschungsbedingten Irrtums
A müsste sich auch vorgestellt haben, durch die Täuschung einen entsprechenden Irrtum hervorzurufen.
A ging davon aus, dass die Hoheitsträger die ausgelegten Ausweiskopien für echt halten und deshalb davon ausgehen würden, dass er tatsächlich dazu berechtigt sei, den Schwerbehindertenparkplatz zu nutzen, obwohl dies nicht der Wahrheit entsprach. Er wollte somit durch die Täuschung eine Fehlvorstellung über Tatsachen, also einen Irrtum, hervorrufen.

3. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung
A müsste sich weiter vorgestellt haben, dass der Getäuschte eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vornehmen würde.
Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 55 mwN).
A hatte sich hier vorgestellt, dass der Getäuschte es unterlassen würde, den Bußgeldanspruch, der der zuständigen Ordnungsbehörde wegen des ordnungswidrigen Verhaltens des A (vgl. §§ 12 III, 49 StVO) gem. §§ 24, 26 StVG zustand, geltend zu machen. Fraglich ist jedoch, ob dieser Bußgeldanspruch überhaupt "Vermögen" i.S.v. § 263 I StGB darstellt. Sollte dies nicht der Fall sein, so würde sich auch die Nichtgeltendmachung des Bußgeldanspruchs nicht vermögensmindernd auswirken und wäre deshalb keine Vermögensverfügung.
§ 263 StGB schützt das Vermögen einer natürlichen oder juristischen Person als wirtschaftliche Potenz, also soweit es Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs ist. Rechtliche Sanktionen mit finanziellem Charakter wie z.B. Bußgelder oder Geldstrafen stehen jedoch außerhalb wirtschaftlicher Betätigung, d.h. sie dienen nicht der Erzielung von Einkünften für die zuständigen Behörde sondern erfüllen eine besondere staatliche (Sanktions-) Funktion, so dass sie keine vermögensrelevanten Ansprüche i.S.v. § 263 I StGB darstellen (OLG Köln, NJW 2002, 527; LK-Tiedemann, § 263 Rn. 145; SK-Samson/Günther, § 263 Rn. 149 a; Matzky, Jura 2003, 191 [193]). Durch die Nichtgeltendmachung des Anspruches auf Ordnungsgeld tritt also eine Vermögensminderung bei der Behörde und damit eine Vermögensverfügung nicht ein.
A stellte sich somit keine Umstände vor, die eine Vermögensverfügung des Getäuschten darstellen würden und hatte somit keinen Tatentschluss bzgl. einer Vermögensverfügung.

III. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.

D. Strafbarkeit des A gem. § 267 I 3. Fall StGB durch das Auslegen der Kopien im Auto
A könnte sich jedoch durch das Auslegen der Kopien in seinem Auto wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 3. Fall StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Unechte Urkunde
Bei den Kopien des Schwerbehinderten- und Parkausweises handelte es sich um unechte Urkunden (s.o.).

2. Gebrauchen
Diese unechten Urkunden müsste A gebraucht haben.
Der Täter gebraucht eine Urkunde, wenn er sie dem zu Täuschenden zugänglich macht und diesem so die Möglichkeit der Kenntnisnahme gibt (BGHSt 2, 52; 5, 151; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn. 73 mwN).
Dadurch, dass A die Kopien im Auto offen auslegte, ermöglichte er es, dass der zu Täuschende - der kontrollierende Beamte - von den Urkunden Kenntnis nahm. A hat die Urkunden somit durch das Auslegen im Auto gebraucht.

3. Vorsatz
A handelte vorsätzlich.

4. Täuschungsabsicht
A handelte auch zur Täuschung im Rechtsverkehr (s.o.).

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 267 I 3. Fall StGB.

E. Konkurrenzen und Ergebnis
A hat durch das Anfertigen der Kopien den Tatbestand des § 267 I 1. Fall StGB und durch das Auslegen der Kopien im Auto den des § 267 I 3. Fall StGB verwirklicht. § 267 I StGB ist jedoch eigentlich ein zweiaktiges Delikt, dessen zweiter Akt (das Gebrauchmachen) lediglich (über die Täuschungsabsicht) in den subjektiven Tatbestand verlegt ist. Deshalb bilden in dem Fall, dass der Täter zunächst eine unechte Urkunde herstellt oder eine echte Urkunde verfälscht und dann später die hergestellte oder verfälschte Urkunde gebraucht, beide Akte - sofern der Gebrauch von vornherein so geplant war - nur eine einheitliche Urkundenfälschung (BGH, GA 55, 246; BayObLG, NJW 1965, 2166; Schönke/Schröder/Heine, § 267 Rn. 79; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 44). A hat sich also insgesamt nur einmal wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht (gem. § 267 I 1. und 3. Fall StGB).

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Ortloff, Karsten-Michael: "Die Entwicklung des Bauordnungsrechts"
Fundstelle:	NVwZ 2006, 999 (Heft 9)
Inhalt:	Hervorragende Bestandsaufnahme zum status quo im Bauordnungsrecht, das in der Literatur neben dem Bauplanungsrecht häufig nur ein Schattendasein fristet, im ersten und zweiten juristischen Staatsexamen aber ebenso wie jenes in aller Regel zum Pflichtfachstoff gehört. Besonders erfreulich ist, dass der Autor nicht nur auf materiellrechtliche Fragen eingeht, sondern auch die mit ihnen einher gehenden prozessualen Probleme erläutert.

Autor/Titel:	Budroweit, Andreas / Wuttke, Alexander: "Der vorläufige Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung (§§ 80, 80a VwGO)
Fundstelle:	JuS 2006, 876 (Heft 10)
Inhalt:	§ 80 a VwGO gehört sicherlich zu den problematischsten Vorschriften der VwGO. Die Autoren erörtern alle im Zusammenhang mit seiner Anwendung auftretenden Probleme. In erster Linie wendet sich der Beitrag wohl an Referendare, denn als Einstieg werden ausschließlich praxisorientierte Fragestellungen gewählt ("Was kann der Nachbar tun?", "Was ist dem Bauherrn zu raten" usw.). Trotzdem ist er auch für Studenten sehr lesenswert, denn eine derart umfassende Darstellungen des § 80a VwGO ist anderswo kaum zu finden.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Wallisch, Jochen: "Die Tenorierung zivilgerichtlicher Entscheidungen - Eine Übung für Referendare"
Fundstelle:	JuS 2006, 883 (Heft 10)
Inhalt:	Der Beitrag leistet eine Hilfestellung für Referendare, die die Tenorierung im zivilgerichtlichen Verfahren einüben möchten. Es handelt sich um die Fortsetzung des Beitrags aus der JuS 2006, 799 ff.. Ausgehend von Kurzfällen werden die wichtigsten Entscheidungsformeln sehr übersichtlich dargestellt. Behandelt werden hier die Erledigung, das Berufungsverfahren, Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung sowie der vorläufige Rechtsschutz.

Autor/Titel:	Fritsche, Jörg: "Der Abschluss von Verträgen, §§ 145 ff. BGB"
Fundstelle:	JA 2006, 674 (Heft 10)
Inhalt:	Der Beitrag fasst die wichtigsten Voraussetzungen des Abschlusses von Verträgen zusammen. Die Kenntnisse des Vertragsschlusses gehören zu den Grundkenntnissen des Juristen, bieten jedoch eine Reihe von Problemfeldern, die insb. Studierende oft in der Schwierigkeit unterschätzen. Der Autor legt systematisch den Vertragsschluss durch Angebot und Annahme dar und setzt sich dabei mit den Klausurrelevanten Fragestellungen, z.B. der Bestimmtheit, der Abgrenzung von Antrag zur invitatio ad offerendum, auseinander. Der Aufsatz bietet Studenten und Referendaren eine gute Möglichkeit, die Grundlagen des Vertragsschlusses komprimiert zu wiederholen.

Autor/Titel:	Roth, Herbert : Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache”
Fundstelle:	NJW 2006, 2953 (Heft 41)
Inhalt:	Der Aufsatz setzt sich mit der Entscheidung des BGH, Urteil vom 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 (BGH, NJW 2006, 2839), welche in diesem Heft dargestellt wird, kritisch auseinander. Nach dem Leitsatz 2 dieses Urteils ist die Lieferung einer mangelfreien Sache auch beim Stückkauf nicht grds. ausgeschlossen. Möglich sei eine Nacherfüllung nach Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache, sofern sie mangelhaft ist, durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden könne. Der Autor stimmt diesem im Leitsatz dargelegten Grundsätzen zu. Er leitet diese genannten Grundsätze bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 439 BGB) ab, der die Stückschuld nicht ausdrücklich ausschließe. Dem stünden auch keine dogmatischen Bedenken entgegen. Dass sich der Nachlieferungsanspruch bei der Stückschuld auf ein anderes Stück beziehen könne als sein Erfüllungsanspruch, folge ggf. aus dem durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen, welcher vorrangig zu berücksichtigen sei.

Strafrecht

Autor/Titel:	Fahl, Christian: “Strafbarkeit der ‘Lastschriftreiterei’ nach § 263 StGB"
Fundstelle:	Jura 2006, 733 (Heft 10)
Inhalt:	In diesem Aufsatz befasst sich der Autor mit einer aktuellen Version des Betruges: Der Täter schließt einen Darlehensvertrag mit einem Dritten ab, der das Darlehen aber nicht auszahlt, sondern dem Täter eine Einzugsermächtigung erteilt. Der Täter bucht die Darlehenssumme vom Konto des Darlehensgebers im Lastschriftverfahren ab. Sollte das Darlehen nicht zurückgezahlt werden, so hat der Darlehensgeber (zumindest innerhalb einer gewissen Frist) die Möglichkeit, die Einzugsermächtigung zu widerrufen und die Rückbuchung des Betrages zu bewirken, und zwar wegen der entsprechenden Vereinbarungen im Bankwesen selbst dann, wenn das Konto des Darlehensnehmers im Zeitpunkt der Rückbuchung keine entsprechende Deckung aufweist. Somit trägt im Ergebnis nicht der Darlehensgeber das Insolvenzrisiko des Darlehensnehmers, sonder dessen Hausbank. Hier wird eine aktuelle Entscheidung des BGH (NJW 2005, 3008 = RA 2005, 484) zum Anlass genommen, eine entsprechende Vorgehensweise unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit gem. § 263 I StGB zu prüfen, wobei der Verfasser ausführlich vorgeht und zu dem Ergebnis kommt, dass dem BGH vom Ergebnis her (wenn auch nicht bzgl. der Begründung) zuzustimmen ist.

Autor/Titel:	Eppner, Dirk und Hahn, Antje: “Allgemeine Fragen der Beleidigungsdelikte”
Fundstelle:	JA 2006, 702 (Heft 10)
Inhalt:	Wenn auch die Beleidigungsdelikte nicht gerade den Schwerpunkt vieler Examensaufgaben darstellen mögen, so sind sie dennoch Prüfungsstoff und zumindest Grundkenntnisse insofern sinnvoll. Diese vermitteln die Autoren im vorliegenden Beitrag, indem sie klassische Probleme der §§ 185 ff. StGB (Beleidigungsfähigkeit von Kollektiven und Relevanz von Art. 5 GG) ansprechen, wenn auch überaus kurz und ohne echte Hilfestellung bzgl. der gutachterlichen Prüfung.

Autor/Titel:	Lips, Monika: “Die strafprozessuale Verfahrensrüge”
Fundstelle:	JA 2006, 719 (Heft 10)
Inhalt:	Der Revisionsführer muss im Falle einer Verfahrensrüge gem. § 344 II 2 StPO die den Mangel enthaltenden Tatsachen in der Revisionsbegründung angeben. Dies führt sowohl in der Praxis als auch in entsprechenden Aufgabenstellungen im Referendariat und im 2. Examen zu erheblichen Schwierigkeiten, da insb. der BGH an den Inhalt der Verfahrensrüge ganz erhebliche Anforderungen stellt. Die Autorin stellt nicht nur den Gang des Revisionsverfahrens in der Praxis kurz dar, sie geht auch auf verschiedene denkbare Verfahrensfehler und die Anforderungen bzgl. der entsprechenden Verfahrensrügen ein und liefert praktische Beispiele. Für Referendare höchst lesenswert.