Öffentliches Recht

Standort: Europarecht — Problem: Haftung für Judikativakte

EUGH, URTEIL VOM 13.06.2006
C-173/03 (EUZW 2006, 561)

Problemdarstellung:

Der EuGH hat vor Jahren im Wege richterlicher Rechtsfortbildung den "gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch" entwickelt, den er seither in st.Rspr. vertritt. Ursprünglich ging es um die Haftung der Mitgliedsstaaten für die Nichtumsetzung einer EG-Richtlinie, im Laufe der Zeit hat der EuGH den Anspruch aber immer weiter präzisiert und ausgeweitet. Heute besteht ein solcher "gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch" gegen den Mitgliedsstaat unter den folgenden drei Voraussetzungen:

1. Ein Mitgliedsstaat verstößt durch seine staatlichen Organe gegen primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht, wobei

a) die verletzte gemeinschaftsrechtliche Vorschrift zumindest auch bezweckt, dem Einzelnen (Geschädigten) Rechte zu verleihen und

b) der Verstoß offenkundig ist.

2. Es muss dem Betroffenen ein Schaden entstanden sein.

3. Zwischen dem offenkundigen Verstoß und dem entstandenen Schaden muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen.

Probleme bereitet dieser Anspruch gegenwärtig vor allem noch, soweit es um Verstöße der Judikative geht. Dies aus zwei Gründen:

- Die Rechtssicherheit würde leiden. Man stelle sich z.B. vor, dass ein Kläger einen Zahlungsanspruch durch alle Instanzen zu erstreiten versucht und verliert, und sodann einen neuen Prozess anstrengt, diesmal nicht auf Zahlung des ursprünglichen Betrages gegen den Beklagten (daran würde ihn die Rechtskraft des letztinstanzlichen Urteils hindern), sondern auf Schadensersatz in selbiger Höhe gegen den Staat, weil er die gegen ihn ergangenen Urteile für gemeinschaftswidrig hält. Diese Kette ließe sich beliebig fortsetzen - der Kläger könnte auf die Idee kommen, auch wegen der ablehnenden Urteile im Schadensersatzprozess wiederum Schadensersatz zu fordern - und würde die mit dem Schadensersatzbegehren befassten Gerichte zudem nötigen, die (eigentlich rechtskräftigen) Entscheidungen im ursprünglichen Prozess inzidenter wieder zu überprüfen und damit in Frage zu stellen.

- Die Entscheidungsfreude der Richter würde leiden. Jedes untergeordnete Gericht müsste befürchten, wegen einer Entscheidung auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, sobald eine Berufungs- oder Revisionsinstanz seine Entscheidung aufhebt und einer Partei in der Zwischenzeit durch die Verzögerung ein Schaden entstanden ist.

Deshalb sieht das nationale Recht vieler Mitgliedsstaaten Haftungserleichterungen für Richter vor. In Deutschland schließt das sogen. "Richterprivileg" des § 839 II BGB bspw. jede Haftung der Richter für auch noch so gravierende Fehler bei der Urteilsfindung aus, soweit sie nicht gerade eine Straftat begangen haben. In Italien, dem Land des Ausgangsverfahrens des vorliegenden Falles, ist die Haftung der Richter in vielen Fällen gänzlich ausgeschlossen, in allen anderen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, wobei die Gerichte die grobe Fahrlässigkeit wiederum derart eng interpretierten, dass sie faktisch nie gegeben ist.

Der EuGH hatte in seiner bahnbrechenden Köbler-Entscheidung (siehe Vertiefungshinweise) allerdings bereits explizit entschieden, dass auch judikatives Unrecht einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auslösen kann. Den o.g. Bedenken sei allein über das Merkmal der Offenkundigkeit des Verstoßes (siehe oben Nr. 1b) Rechnung zu tragen.

In der nun vorliegenden Entscheidung erklärt der EuGH noch einmal explizit, dass es an den o.g. Kriterien nichts zu rütteln gebe. Ein genereller Haftungsausschluss im nationalen Recht für judikatives Unrecht sei daher unzulässig. Nichts anderes gelte für die Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sofern darunter strengere Kriterien zu verstehen seien als die vom EuGH postulierte Offenkundigkeit. Im nationalen Recht dürften allenfalls erweiternde, nicht jedoch die Haftung über die o.g. Kriterien hinaus beschränkende Regelungen enthalten sein.

Prüfungsrelevanz:

Der "gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch" ist ein richterrechtliches, vom EuGH geschaffenes Rechtsinstitut, das wie eine geschriebene Anspruchsgrundlage erkannt und ggf. angewendet werden muss. Die o.g. Voraussetzungen sollten daher jedem Examenskandidaten bekannt sein, zumal sich der Anspruch auch im Pflichtfach einsetzen lässt. Denkbar ist etwa die Kombination mit Amtshaftungsansprüchen

nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, z.B. in der - auch im vorliegenden Fall einschlägigen - Variante, dass ein letztinstanzliches nationales Gericht entgegen Art. 234 EG dem EuGH eine europarechtliche Frage nicht zur Vorabentscheidung vorlegt. Amtshaftungansprüche würden dann spätestens an § 839 II BGB scheitern, denn die Nichtvorlage beim EuGH entgegen Art. 234 EG ist zwar europarechtswidrig, aber keine Straftat. Es bliebe der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftunganspruch, der dieser Einschränkung nach dem vorliegenden Urteil nicht unterworfen wäre, sondern recht unproblematisch durchginge, denn die "Offenkundigkeit" des Verstoßes, das einzige vom EuGH anerkannte Einschränkungskriterium, wäre bei einer Verletzung von Art. 234 EG i.d.R. kaum zu bestreiten.

§ 839 III BGB wird vom BGH hingegen auch auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch angewendet (BGH, RA 2004, 763 = BayVBl 2004, 699).

Vertiefungshinweise:

❑ Urteilsanmerkungen: *Seegers*, EuZW 2006, 564

❑ Grundlegende Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch: *EuGH*, EuZW 2003, 718 (Köbler); Slg. 1991, I-5357 (Francovich); Slg. 1996, I-1029 (Brasserie du pêcheur)

❑ Literatur zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch: *Ehlers*, JZ 1996, 776; *v.Danwitz*, DVBl 1997, 1; speziell zu judikativem Unrecht *Wegener*, EuR 2004, 84

❑ Passivlegitimation: *BGH*, RA 2005, 191 = DVBl 2005, 371

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Der alte Mann und das Recht"

❑ *Examenskurs* : "Brasserie du pêcheur"

❑ *Examenskurs* : "MP Travel Line"

Leitsätze:

1. Das Gemeinschaftsrecht steht nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die allgemein die Haftung des Mitgliedstaats für Schäden ausschließen, die dem Einzelnen durch einen einem letztinstanzlichen Gericht zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, wenn sich dieser Verstoß aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften oder einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung durch dieses Gericht ergibt.

2. Das Gemeinschaftsrecht steht ferner nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die diese Haftung auf Fälle von Vorsatz oder grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzen, sofern diese Begrenzung dazu führt, dass die Haftung des betreffenden Mitgliedstaats in weiteren Fällen ausgeschlossen ist, in denen ein offenkundiger Verstoß gegen das anwendbare Recht im Sinne der Randnummern 53 bis 56 des Urteils vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-224/01 (Köbler) begangen wurde.

Sachverhalt:

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft den Grundsatz der außervertraglichen Haftung der Mitgliedstaaten für Schäden, die dem Einzelnen durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, und die Voraussetzungen für die Auslösung dieser Haftung, wenn dieser Verstoß einem nationalen Gericht zuzurechnen ist.

A. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

Die TDM und die Tirrenia di Navigazione (im Folgenden: Tirrenia) sind zwei Seeschifffahrtsunternehmen, die in den siebziger Jahren regelmäßige Fährverbindungen zwischen dem italienischen Festland und den Inseln Sardinien und Sizilien unterhielten. Die TDM verklagte 1981, nachdem sie unter Vergleich gestellt worden war, die Tirrenia vor dem Tribunale Neapel auf Ersatz des Schadens, den sie im Laufe der vorangegangenen Jahre aufgrund der von Tirrenia angewandten Niedrigpreispolitik erlitten habe.

Die TDM machte dabei geltend, dass ihre Wettbewerberin Artikel 2598 Absatz 3 des italienischen Zivilgesetzbuchs über Akte unlauteren Wettbewerbs nicht beachtet und gegen die Artikel 85, 86, 90 und 92 EWG-Vertrag (später Artikel 85, 86, 90 und 92 EG-Vertrag, jetzt Artikel 81 EG, 82 EG, 86 EG und, nach Änderung, 87 EG) verstoßen habe, da die Tirrenia die wesentlichen Normen dieses Vertrages verletzt und insbesondere ihre beherrschende Stellung auf dem in Rede stehenden Markt missbraucht habe, indem sie dank des Erhalts staatlicher Beihilfen, deren Rechtmäßigkeit im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht zweifelhaft sei, weit unter dem Gestehungspreis liegende Preise angewandt habe.

B. Prozessgeschichte des Ausgangsverfahrens

Diese Schadensersatzklage wurde mit Urteil des Tribunale Neapel vom 26. Mai 1993, bestätigt durch Urteil der Corte d'appello Neapel vom 13. Dezember 1996, abgewiesen; die italienischen Gerichte führten zur Begründung aus, dass die von den italienischen Behörden gewährten Beihilfen rechtmäßig seien, da sie dem Gemeinwohl dienenden Zielen, insbesondere im Zusammenhang mit der Entwicklung des Mezzogiorno, entsprächen oder jedenfalls die Ausübung von anderen Fährverbindungstätigkeiten, die mit den von der TDM beanstandeten im Wettbewerb stünden, nicht beeinträchtigten. Der Tirrenia könne somit kein Akt unlauteren Wettbewerbs zur Last gelegt werden.

Der Insolvenzverwalter der TDM war der Ansicht, dass diese beiden Gerichtsentscheidungen rechtsfehlerhaft seien, da sie insbesondere auf einer falschen Auslegung der Regeln des EG-Vertrags über staatliche

Beihilfen beruhten, und legte daher Rechtsmittel gegen das Urteil der Corte d'appello Neapel ein; im Rahmen dieses Rechtsmittels ersuchte er die Corte suprema di cassazione, dem Gerichtshof nach Artikel 177 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 Absatz 3 EG) die einschlägigen Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorzulegen.

Die Corte suprema di cassazione lehnte es in ihrem Urteil Nr. 5087 vom 19. April 2000 (im Folgenden: Urteil vom 19. April 2000) jedoch ab, diesem Antrag nachzukommen, da die Entscheidung der Tatsachenrichter den Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des EG-Vertrags beachte und darüber hinaus uneingeschränkt mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere mit dessen Urteil vom 22. Mai 1985 in der Rechtssache 13/83 (Parlament/Rat, Slg. 1985, 1513), im Einklang stehe. [...]

Die Corte suprema di cassazione wies daher das bei ihr eingelegte Rechtsmittel zurück, nachdem sie auch die von der TDM vorgebrachten Rügen eines Verstoßes gegen die nationalen Vorschriften über Akte unlauteren Wettbewerbs und der Unterlassung der Corte d'appello Neapel, über ihren Antrag auf Vorlage der einschlägigen Auslegungsfragen an den Gerichtshof zu entscheiden, zurückgewiesen hatte. Dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Verfahren liegt diese Zurückweisungsentscheidung zugrunde. Der Insolvenzverwalter der TDM, die sich inzwischen in Liquidation befand, war nämlich der Ansicht, dass das Urteil vom 19. April 2000 auf einer falschen Auslegung der Regeln des EG-Vertrags über Wettbewerb und staatliche Beihilfen und auf der unzutreffenden Prämisse beruhe, dass es eine einschlägige ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes gebe, und verklagte daher die Italienische Republik vor dem Tribunale Genua auf Ersatz des Schadens, der der TDM aufgrund der Auslegungsfehler der Corte suprema di cassazione und deren Verletzung der Vorlagepflicht entstanden sei, die ihr nach Artikel 234 Absatz 3 EG obliege. Die TDM macht unter Berufung insbesondere auf die Entscheidung 2001/851/EG der Kommission vom 21. Juni 2001 über eine staatliche Beihilfe Italiens zugunsten der Seeverkehrsgesellschaft Tirrenia di Navigazione (ABl. L 318, S. 9) – die zwar nach dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Zeitraum gewährte Beihilfen betraf, jedoch am Ende eines Verfahrens erlassen wurde, das die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vor der mündlichen Anhörung bei der Corte suprema di cassazione in der Rechtssache, in der das Urteil vom 19. April 2000 ergangen ist, eingeleitet hatte – geltend, dass das Rechtsmittelverfahren ganz anders ausgegangen wäre, wenn sich die Corte suprema di cassazione an den Gerichtshof gewandt hätte. Ebenso wie die Kommission in der genannten Entscheidung hätte der Gerichtshof nämlich die gemeinschaftliche Dimension der Seekabotagetätigkeiten sowie die Schwierigkeiten bei der Würdigung der Vereinbarkeit staatlicher Subventionen mit den Regeln des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen hervorgehoben, was die Corte suprema di cassazione veranlasst hätte, die der Tirrenia gewährten Beihilfen für rechtswidrig zu erklären. [...]

C. Richterprivileg nach italienischem Recht

Die italienische Republik bestreitet unter Berufung auf das Gesetz Nr. 117/88 und insbesondere auf dessen Artikel 2 Absatz 2, wonach die Auslegung von Rechtsvorschriften im Rahmen der Ausübung der Rechtsprechungsaufgaben keine Haftung des Staates auslösen kann, bereits die Zulässigkeit dieser Schadensersatzklage. Für den Fall jedoch, dass das vorlegende Gericht die Klage als zulässig betrachte, macht sie hilfsweise geltend, dass die Klage jedenfalls abzuweisen sei, da die Voraussetzungen für ein Vorabentscheidungsersuchen nicht vorlägen und das Urteil vom 19. April 2000, das rechtskräftig sei, nicht mehr in Frage gestellt werden könne.

Die TDM wirft auf dieses Vorbringen hin die Frage auf, ob das Gesetz Nr. 117/88 den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entspricht. Sie macht insbesondere geltend, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die in diesem Gesetz aufgeführten Klagen und die Rechtsprechungspraxis der nationalen Gerichte (einschließlich der Corte suprema di cassazione) auf diesem Gebiet so restriktiv seien, dass sie es übermäßig erschwerten oder sogar praktisch unmöglich machten, vom Staat eine Entschädigung für durch Gerichtsentscheidungen verursachte Schäden zu erhalten. Diese Regelung verstoße somit gegen die vom Gerichtshof u. a. in seinen Urteilen vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357) und 5. März 1996 in den Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029) aufgestellten Grundsätze.

D. Vorabentscheidungsfragen

Das Tribunale Genua hat daher Zweifel, wie der bei ihm anhängige Rechtsstreit zu entscheiden ist und ob es möglich ist, die Grundsätze, die der Gerichtshof in den in der vorstehenden Randnummer zitierten Urteilen in Bezug auf in Ausübung einer Gesetzgebungstätigkeit begangene Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht aufgestellt hat, auf die rechtsprechende Gewalt zu erstrecken; es hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Haftet ein Mitgliedstaat im Rahmen der außervertraglichen Haftung dem Einzelnen gegenüber für Fehler seiner Richter bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts oder für die Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere dafür, dass ein letztinstanzliches Gericht der Pflicht zur Vorlage an

den Gerichtshof nach Artikel 234 Absatz 3 EG nicht nachkommt?
2. Sofern ein Mitgliedstaat für Fehler seiner Richter bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere dafür haftet, dass ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Artikels 234 Absatz 3 EG eine Vorlage an den Gerichtshof unterlässt, stehen dann einer solchen Haftung nationale Rechtsvorschriften über die Staatshaftung für von Richtern begangene Fehler entgegen – und verstoßen deshalb gegen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts –, wonach
– die Haftung für die in Ausübung der Rechtsprechungstätigkeit vorgenommene Auslegung von Rechtsvorschriften sowie Sachverhalts- und Beweiswürdigung ausgeschlossen ist,
– die Haftung des Staates auf Fälle von Vorsatz und grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzt wird?

E. Prozessgeschichte des Vorabentscheidungsverfahrens

Nach der Verkündung des Urteils vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-224/01 (Köbler, Slg. 2003, I-10239) hat der Kanzler des Gerichtshofes dem vorlegenden Gericht eine Kopie dieses Urteils übermittelt und es um Mitteilung gebeten, ob es angesichts des Inhalts dieses Urteils die Aufrechterhaltung des Vorabentscheidungsersuchens für sinnvoll halte. Mit Schreiben vom 13. Januar 2004, eingegangen bei der Kanzlei des Gerichtshofes am 29. Januar 2004, hat sich das Tribunale Genua nach Anhörung der Parteien des Ausgangsverfahrens dahin gehend geäußert, dass das Urteil Köbler die erste seiner beiden Vorlagefragen erschöpfend beantworte, so dass der Gerichtshof darüber nicht mehr zu entscheiden brauche. Es hat es jedoch für sinnvoll erachtet, seine zweite Frage aufrechtzuerhalten, damit der Gerichtshof „auch im Licht der im Urteil Köbler […] aufgestellten Grundsätze“ über die Frage entscheide, ob „einer solchen Haftung nationale Rechtsvorschriften über die Staatshaftung für von Richtern begangene Fehler entgegenstehen, wonach die Haftung für die in Ausübung der Rechtsprechungstätigkeit vorgenommene Auslegung von Rechtsvorschriften sowie Sachverhalts- und Beweiswürdigung ausgeschlossen ist und die Haftung des Staates auf Fälle von Vorsatz und grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzt wird“.

Aus den Gründen:

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das beim vorlegenden Gericht anhängige Verfahren eine Klage wegen Staatshaftung für eine Entscheidung eines obersten Gerichts, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist, zum Gegenstand hat. Die vom vorlegenden Gericht aufrechterhaltene Frage ist daher so zu verstehen, dass es im Wesentlichen darum geht, ob das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die vom Gerichtshof im Urteil Köbler aufgestellten Grundsätze einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen, die zum einen jegliche Haftung des Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch einen von einem letztinstanzlichen nationalen Gericht begangenen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, ausschließt, wenn sich dieser Verstoß aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften oder einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung durch dieses Gericht ergibt, und zum anderen diese Haftung im Übrigen auf Fälle von Vorsatz und grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzt.

A. Ansicht der Kläger des Ausgangsverfahrens und der Kommission

I. Haftungsausschluss

Die TDM und die Kommission sind der Ansicht, dass diese Frage eindeutig zu bejahen sei. Da nämlich die Sachverhalts- und Beweiswürdigung und die Auslegung von Rechtsvorschriften zur Rechtsprechungstätigkeit gehörten, würde ein in solchen Fällen bestehender Ausschluss der Haftung des Staates für dem Einzelnen durch die Ausübung dieser Tätigkeit entstandene Schäden in der Praxis dazu führen, dass der Staat von jeglicher Haftung für der rechtsprechenden Gewalt zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht befreit würde.

II. Haftungsbegrenzung

Darüber hinaus könne auch die Begrenzung dieser Haftung auf Fälle von Vorsatz und grob fehlerhaftem Verhalten des Richters tatsächlich zu einer Befreiung von jeglicher staatlichen Haftung führen, da zum einen bereits der Begriff „grob fehlerhaftes Verhalten“ von dem Richter, der über eine eventuelle Klage auf Ersatz der durch eine gerichtliche Entscheidung verursachten Schäden zu entscheiden habe, nicht frei gewürdigt werden könne, sondern vom nationalen Gesetzgeber, der im Voraus – und abschließend – die Fälle grob fehlerhaften Verhaltens aufzähle, streng umrissen worden sei.
Die TDM trägt vor, dass zum anderen die bei der Durchführung des Gesetzes Nr. 117/88 in Italien gewonnene Erfahrung zeige, dass die italienischen Gerichte und insbesondere die Corte suprema di cassazione dieses Gesetz und die Begriffe „grob fehlerhaftes Verhalten“ und „unentschuldbare Fahrlässigkeit“ äußerst eng auslegten. Diese Begriffe würden von der Corte suprema di cassazione als „offensichtliche und grobe Rechtsverletzung großen Ausmaßes“ oder als Rechtsverletzung, bei der das Recht „entgegen allen logischen Kriterien“ ausgelegt worden sei, interpretiert, was in der Praxis zu einer gleichsam automatischen Zurückweisung der gegen den italienischen Staat gerichteten Beschwerden führe.

B. Ansicht der italienischen Regierung

Die italienische Regierung, die in diesem Punkt von Irland und der Regierung des Vereinigten Königreichs unterstützt wird, ist demgegenüber der Ansicht, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige uneingeschränkt mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts im Einklang stehe, da sie ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Notwendigkeit der Erhaltung der Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt und den Geboten der Rechtssicherheit einerseits und der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes für den Einzelnen in den krassesten Fällen von der rechtsprechenden Gewalt zuzurechnenden Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht andererseits herstelle.

Die Haftung der Mitgliedstaaten für aus solchen Verstößen resultierende Schäden müsse somit, wenn sie denn anzuerkennen sei, auf die Fälle beschränkt werden, in denen ein hinreichend charakterisierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht festgestellt werden könne. Sie sei jedoch ausgeschlossen, wenn ein nationales Gericht einen Rechtsstreit auf der Grundlage einer Auslegung der Vorschriften des EG-Vertrags entschieden habe, die in der von diesem Gericht gegebenen Begründung angemessen zum Ausdruck komme.

C. Würdigung des EuGH

I. Grundsatz: Auch judikatives Unrecht kann Staatshaftung auslösen

Hierzu ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof im Urteil Köbler, das nach dem Datum ergangen ist, an dem sich das vorlegende Gericht an den Gerichtshof gewandt hat, darauf hingewiesen hat, dass der Grundsatz, dass ein Mitgliedstaat zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, die dem Einzelnen durch diesem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, für jeden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht unabhängig davon gilt, welches Organ dieses Staates durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat (vgl. Randnr. 31 des Urteils Köbler).

Der Gerichtshof hat insbesondere auf die entscheidende Rolle, die die rechtsprechende Gewalt beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, sowie den Umstand abgestellt, dass ein letztinstanzliches Gericht definitionsgemäß die letzte Instanz ist, vor der der Einzelne die ihm aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Rechte geltend machen kann; er hat daraus geschlossen, dass der Schutz dieser Rechte gemindert – und die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt – wäre, wenn der Einzelne nicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Entschädigung für die Schäden erlangen könnte, die ihm durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts zuzurechnen ist (vgl. Urteil Köbler, Randnrn. 33 bis 36).

II. Zulässige Einschränkungen

Aufgrund der Besonderheit der richterlichen Funktion sowie der berechtigten Belange der Rechtssicherheit haftet der Staat in einem solchen Fall allerdings nicht unbegrenzt. Wie der Gerichtshof entschieden hat, haftet er nur in dem Ausnahmefall, dass das letztinstanzliche nationale Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat.

Bei der Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss das mit einer Schadensersatzklage befasste nationale Gericht alle Gesichtspunkte des Einzelfalls berücksichtigen, insbesondere das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Artikel 234 Absatz 3 EG durch das in Rede stehende Gericht (Urteil Köbler, Randnrn. 53 bis 55).

1. Kein genereller Ausschluss zulässig

a. Bei fehlerhafter Auslegung von Rechtsvorschriften

Ebenso lassen es entsprechende Erwägungen hinsichtlich der Notwendigkeit, dem Einzelnen einen effektiven gerichtlichen Schutz der ihm aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Rechte zu gewährleisten, nicht zu, dass der Staat allein deshalb nicht haftbar gemacht werden kann, weil sich ein einem letztinstanzlichen nationalen Gericht zuzurechnender Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aus der Auslegung von Rechtsvorschriften durch dieses Gericht ergibt.

Zum einen gehört nämlich die Auslegung von Rechtsvorschriften gerade zum Wesen der Rechtsprechungstätigkeit, da der Richter, um welchen Tätigkeitsbereich es auch immer gehen mag, wenn ihm voneinander abweichende oder einander widersprechende Ansichten vorgetragen werden, gewöhnlich die einschlägigen – nationalen und/oder gemeinschaftlichen – Rechtsvorschriften auslegen muss, um den ihm vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden. Zum anderen lässt sich nicht ausschließen, dass es gerade bei der Ausübung einer solchen Auslegungstätigkeit zu einem offenkundigen Verstoß gegen das geltende Gemeinschaftsrecht kommt, etwa wenn der Richter einer materiellen oder verfahrensrechtlichen Gemeinschaftsbestimmung, insbesondere im Hinblick auf die jeweils einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes, eine offensichtlich falsche Bedeutung zumisst (vgl. in diesem Sinne Urteil Köbler, Randnr. 56) oder das nationale Recht auf eine Weise auslegt, die in der Praxis zu einem Verstoß gegen das geltende Gemeinschaftsrecht führt.

Wie der Generalanwalt in Nummer 52 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, würde man den vom Gerichts-

hof im Urteil Köbler aufgestellten Grundsatz seines Inhalts berauben, wenn man unter derartigen Umständen jegliche Haftung des Staates ausschlösse, weil sich der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften durch ein Gericht ergibt. Dies gilt erst recht für letztinstanzliche Gerichte, die auf nationaler Ebene die einheitliche Auslegung der Rechtsvorschriften zu gewährleisten haben.

b. Bei fehlerhafter Sachverhalts- und Beweiswürdigung

Entsprechendes gilt in Bezug auf Rechtsvorschriften, die allgemein jegliche Haftung des Staates ausschließen, wenn sich der einem Gericht dieses Staates zuzurechnende Verstoß aus einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung ergibt.

Zum einen stellt diese Würdigung nämlich ebenso wie die Auslegung von Rechtsvorschriften einen weiteren wesentlichen Aspekt der Rechtsprechungstätigkeit dar, weil die Anwendung der Rechtsvorschriften auf den jeweiligen Fall unabhängig von der Auslegung, der der mit einer bestimmten Rechtssache befasste nationale Richter folgt, oft davon abhängen wird, wie dieser Richter den Sachverhalt sowie den Wert und die Relevanz der von den Parteien des Rechtsstreits zu diesem Zweck beigebrachten Beweise würdigt. Zum anderen kann auch eine solche Würdigung – für die manchmal komplexe Prüfungen erforderlich sind – in bestimmten Fällen zu einem offenkundigen Verstoß gegen das geltende Recht führen, ob sie nun im Rahmen der Anwendung der besonderen Vorschriften über die Beweislast, den Wert der betreffenden Beweise oder die Zulässigkeit der Beweisarten oder im Rahmen der Anwendung von Vorschriften, die eine rechtliche Qualifizierung des Sachverhalts erfordern, durchgeführt wird.

Unter diesen Umständen jede Möglichkeit einer Haftung des Staates auszuschließen, weil der dem nationalen Gericht vorgeworfene Verstoß die von diesem vorgenommene Sachverhalts- oder Beweiswürdigung betrifft, würde ebenfalls dazu führen, dass der im Urteil Köbler angeführte Grundsatz in Bezug auf einem letztinstanzlichen nationalen Gericht zuzurechnende offenkundige Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht seiner praktischen Wirkung beraubt würde.

Wie der Generalanwalt in den Nummern 87 bis 89 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, gilt dies in ganz besonderem Maße im Bereich der staatlichen Beihilfen. In diesem Bereich jegliche staatliche Haftung auszuschließen, weil sich der von einem nationalen Gericht begangene Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aus einer Sachverhaltswürdigung ergibt, könnte zu einer Schwächung der dem Einzelnen gebotenen Verfahrensgarantien führen, da die Wahrung der Rechte, die dieser aus den einschlägigen Vorschriften des EG-Vertrags ableitet, weitgehend von einer Schritt für Schritt erfolgenden rechtlichen Qualifizierung des Sachverhalts abhängt. Würde jedoch die Haftung des Staates aufgrund der Sachverhaltswürdigung eines Gerichts vollständig ausgeschlossen, genösse der betreffende Einzelne keinerlei gerichtlichen Schutz, wenn ein letztinstanzliches nationales Gericht einen offensichtlichen Fehler bei der Kontrolle dieser rechtlichen Qualifizierung des Sacherhalts beginge.

2. Kein generelles Richterprivileg zulässig

Zur Begrenzung der Haftung des Staates auf Fälle von Vorsatz oder grob fehlerhaftem Verhalten des Richters ist schließlich, wie in Randnummer 32 des vorliegenden Urteils ausgeführt, daran zu erinnern, dass der Gerichtshof im Urteil Köbler entschieden hat, dass der Staat nur in dem Ausnahmefall, dass das letztinstanzliche nationale Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat, für Schäden haftet, die einem Einzelnen durch diesem Gericht zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind.

a. Offenkundigkeit als allein entscheidendes Kriterium

Ob ein offenkundiger Verstoß vorliegt, bemisst sich insbesondere nach einer Reihe von Kriterien wie dem Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, der Entschuldbarkeit des unterlaufenen Rechtsirrtums oder der Verletzung der Vorlagepflicht nach Artikel 234 Absatz 3 EG durch das in Rede stehende Gericht; ein solcher Verstoß wird jedenfalls angenommen, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt (Urteil Köbler, Randnrn. 53 bis 56).

b. Keine Haftungserleichterungen zu Lasten des Bürgers zulässig

Folglich kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass das nationale Recht die Kriterien hinsichtlich der Natur oder des Grades des Verstoßes festlegt, die erfüllt sein müssen, damit der Staat für einen einem letztinstanzlichen nationalen Gericht zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht haftet, doch können mit diesen Kriterien auf keinen Fall strengere Anforderungen aufgestellt werden, als sie sich aus der Voraussetzung eines offenkundigen Verstoßes gegen das geltende Recht ergeben, wie sie in den Randnummern 53 bis 56 des Urteils Köbler beschrieben ist. Ein Entschädigungsanspruch entsteht somit, sofern die letztgenannte Voraussetzung erfüllt ist, wenn nachgewiesen ist, dass die verletzte Rechtsvorschrift bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, und zwischen dem geltend gemachten offenkundigen Verstoß und dem dem Betroffenen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (vgl. dazu insbesondere Urteile Francovich u. a., Randnr. 40, Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 51, und Köbler, Randnr. 51).

Wie sich insbesondere aus Randnummer 57 des Urteils Köbler ergibt, sind diese drei Voraussetzungen erforderlich und ausreichend, um einen Entschädigungs-

anspruch des Einzelnen zu begründen, schließen aber nicht aus, dass der Staat nach nationalem Recht unter weniger strengen Voraussetzungen haftet.

III. Ergebnis

Aufgrund der Gesamtheit der vorstehenden Erwägungen ist daher auf die Frage des vorlegenden Gerichts, wie sie in dessen Schreiben vom 13. Januar 2004 neu formuliert worden ist, zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die allgemein die Haftung des Mitgliedstaats für Schäden ausschließen, die dem Einzelnen durch einen einem letztinstanzlichen Gericht zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, wenn sich dieser Verstoß aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften oder einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung durch dieses Gericht ergibt. Das Gemeinschaftsrecht steht ferner nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die diese Haftung auf Fälle von Vorsatz oder grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzen, sofern diese Begrenzung dazu führt, dass die Haftung des betreffenden Mitgliedstaats in weiteren Fällen ausgeschlossen ist, in denen ein offenkundiger Verstoß gegen das anwendbare Recht im Sinne der Randnummern 53 bis 56 des Urteils Köbler begangen wurde.

Standort: Art. 20a GG Problem: Staatsziel als Ermächtigungsgrundlage

BVERWG, URTEIL VOM 23.11.2005
8 C 14.04 (BAYVBL 2006, 675)

Problemdarstellung:

Regelt eine Gemeinde in einer Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang zu einer öffentlichen Einrichtung, bedarf sie hierzu einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Denn mit dem Anschluss- und Benutzungszwang ist ein Grundrechtseingriff (jedenfalls Art. 2 I GG, häufig auch Art. 14 I GG) verbunden, der nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG den Vorbehalt des Gesetzes auslöst.

Im vorliegenden Fall nun hatte die Gemeinde einen solchen Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärmeversorgung geregelt und es so dem klagenden Bauherrn verwehrt, eine Ölheizung in sein Haus einzubauen. Da sie eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hierfür nicht vorweisen konnte, berief sie sich unmittelbar auf das Staatsziel des Umweltschutzes aus Art. 20a GG.

Das BVerwG erteilt einer solchen Möglichkeit im vorliegenden Urteil eine klare Absage: Art. 20a GG verpflichte zwar alle Staatsgewalten und damit auch die Gemeinde, den Umweltschutz zu fördern. Die Norm sei aber nicht selbst kompetenzbegründend, sondern verpflichte nur dazu, innerhalb *bestehender* Kompetenzen das Staatsziel zu beachten. Da eine anderweitige, einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht bestand - § 11 II der Gemeindeordnung des Landes Baden-Württemberg wurde insoweit erwogen, gab aber i.E. nichts her - war die gemeindliche Satzung über den Anschluss- und Benutzungszwang rechtswidrig. Inzwischen hat der Landesgesetzgeber die Baden-Württembergische Gemeindeordnung allerdings neu gefasst. § 11 Abs. 1 Satz 1 GemO n. F. sieht nunmehr den Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Fernwärmeversorgung auch für den Fall vor, dass sie dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens einschließlich des Klima- und Ressourcenschutzes dient.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall ist ein schönes Beispiel für die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes einerseits und die Reichweite von Staatszielbestimmungen andererseits:

1. Nach der traditionellen Lehre vom Totalvorbehalt bedarf *jedes* Verwaltungshandeln wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG einer gesetzlichen Grundlage. Dieser überkommenen Ansicht hat das BVerfG von jeher die "Wesentlichkeitstheorie" entgegen gesetzt, wonach nur *wesentliche* Maßnahmen dem Gesetzgeber vorbehalten seien. Der Gesetzgeber könne nämlich gar nicht Alles und Jedes regeln. Wollte er das gesamte Verwaltungshandeln normativ erfassen, müsste er mit so weiten Generalklauseln arbeiten, dass für eine Legitimation der einzelnen Verwaltungsentscheidung durch den Gesetzgeber nichts gewonnen wäre. Zu wesentlichen Maßnahmen i.S.d. BVerfG-Rechtsprechung zählen vor allem Grundrechtseingriffe.

2. Staatszielbestimmungen, wie sie neben Art. 20a GG z.B. in der Präambel des Grundgesetzes zu finden sind (nach der Erfüllung der Staatszielbestimmung "Deutsche Einheit" bleiben dort noch die Europäische Integration und der Weltfrieden), haben zwar, wie das BVerwG vorliegend klarstellt, selbst keine unmittelbare regelnde Bedeutung, d.h. sie können weder Zuständigkeiten begründen noch gar Ermächtigungsgrundlagen sein; vielmehr bedürfen sie der Umsetzung durch andere, ihrerseits regelnde Normen (wie z.B. der Tierschutz aus Art. 20a GG sich im TierschG wiederfindet, die Europäische Integration aus der Präambel in Art. 23 GG usw.). Sie sind andererseits aber auch nicht völlig bedeutungslose Programmsätze, sondern entfalten mittelbare Wirkung bei der Auslegung von Vorschriften, die ihre Zielsetzung berühren. Sie können in dieser Funktion als Abwägungskriterium bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen (Tatbestandsseite) ebenso eine Rolle spielen wie bei einer zu treffenden Ermessensentscheidung (Rechtsfolgenseite). Wie das BVerwG in einem Nebensatz andeutet, bedeu-

tet dies aber nun wieder nicht, dass das Staatsziel in jedem Fall vorrangig zu berücksichtigen ist; es ist vielmehr durchaus mit anderen Zwecken abwägungsfähig. So verpflichtet das Staatsziel "Weltfrieden" aus der Präambel z.B. nicht etwa zum Pazifismus, sondern steht unter Abwägung mit dem Interesse an der Vaterlandsverteidigung der Existenz der Bundeswehr nicht entgegen. Deshalb kann auch der Umweltschutz nach Art. 20a GG durchaus hinter anderen, ggf. vorrangigen Zielen zurücktreten.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vorbehalt des Gesetzes: *OVG NRW*, RA 2002, 427 = NWVBl 2002, 239; *VG Düsseldorf*, RA 1999, 132 = NWVBl 1999, 66

❑ Bedeutung von Staatszielbestimmungen: *BVerfGE* 36, 1, 18ff. (Wiedervereinigungsgebot); *BVerfGE* 90, 286, 345 ff. (Weltfrieden)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Stipendium"

❑ *Examenskurs* : "Das Opferlamm"

Leitsatz:

Art. 20 a GG ermächtigt eine Gemeinde nicht, Aufgaben des Umweltschutzes losgelöst von ihrem Kompetenzbereich an sich zu ziehen.

Sachverhalt:

Die Kläger begehren die Feststellung, dass sie zum Einbau und Betrieb einer Ölheizung auf ihrem Grundstück berechtigt sind. Sie sind Eigentümer eines Grundstücks in A., das seit 2001 mit einem Wohnhaus bebaut ist. Es liegt im Geltungsbereich der Satzung über die Fernwärmeversorgung der Beklagten sowie in einem Gebiet, das die Beklagte als Baugebiet neu ausgewiesen hat und für das 1995 ein Bebauungsplan aufgestellt worden ist. Insgesamt wurden ca. 246 Wohneinheiten auf ungefähr 19 ha Grund neu errichtet. Der Bebauungsplan enthält u. a. ein Verwendungsverbot für die Brennstoffe Holz und Kohle. Die Klage hatte Erfolg. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Ebenso wenig verletzt die vom Verwaltungsgerichtshof vorgenommene Auslegung von § 11 Abs. 2 GemO a.F. Art. 20 a GG.

A. Staatsziel Umweltschutz

I. Inhalt

Gemäß Art. 20 a GG schützt der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

Die Verpflichtung zum Schutz der natürlichen Grundlagen ist als Staatsziel ausgestaltet, d. h. staatliche Gewalt ist verfassungsrechtlich verpflichtet, das Gemeinschaftsgut "natürliche Lebensgrundlagen" im Sinne eines Optimierungsgebots zu schützen. Der Umweltschutz wird damit zu einer fundamentalen Staatsaufgabe.

II. Normadressaten

Art. 20 a GG wendet sich in erster Linie an den Gesetzgeber, den die Verpflichtung trifft, den in dieser Norm enthaltenen Gestaltungsauftrag umzusetzen (BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 309 S. 47/50; Buchholz 310 § 42 VwGO Nr. 250 S. 36/40). Art. 20 a GG bezieht aber auch die Exekutive und die Rechtsprechung in den Schutzauftrag mit ein.

B. Bindungswirkung

I. Allgemein

Bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Betätigung von Ermessen ist das Schutzgebot des Art. 20 a GG Auslegungs- und Abwägungshilfe (BVerwG, BayVBI. 1998, 602). Durch die Einordnung der Staatszielbestimmung in die verfassungsmäßige Ordnung und den Vorbehalt von Gesetz und Recht wird klargestellt, dass der Umweltschutz keinen absoluten Vorrang genießt, sondern in Ausgleich mit anderen Verfassungsprinzipien und -rechtsgütern zu bringen ist.

II. Insbesondere für Gemeinden

Als untergesetzliche Normgeberin hat auch die Gemeinde dem Schutzauftrag des Art. 20 a GG Rechnung zu tragen. Aus anderen gleichrangigen Verfassungsprinzipien und aus Grundrechten ergeben sich aber Grenzen, die bei der Verwirklichung des Staatszieles zu beachten und abzuwägen sind. Die Gemeinde darf unter Berufung auf Art. 20 a GG daher weder Maßnahmen des Umweltschutzes losgelöst von ihrem Kompetenzbereich an sich ziehen noch ihnen einen absoluten Vorrang einräumen mit der Konsequenz, dass Grundrechtseinschränkungen im Bereich des Umweltschutzes immer zu tolerieren wären.

C. Subsumtion

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist ein Verstoß gegen Art. 20 a GG nicht ersichtlich.

I. Keine Ermächtigung aus der Gemeindeordnung

Für eine Auslegung, dass die gesetzliche Ermächtigung die Gemeinden auch zu einem Anschluss- und Benutzungszwang aus Gründen eines überörtlichen Klimaschutzes ermächtigt, bietet § 11 Abs. 2 GemO a.

F. keinen Raum. Nach dem Verständnis dieser Vorschrift, wie sie der Verwaltungsgerichtshof in Auslegung irrevisiblen Landesrechts gewonnen hat, ist ein öffentliches Bedürfnis für einen Anschluss- und Benutzungszwang nur gegeben, wenn das Ziel verfolgt wird, die lokale Umweltsituation zu verbessern.

II. Keine Ermächtigung aus Art. 20a GG

Eine darüber hinausgehende Ermächtigung lässt sich dem Art. 20 a GG nicht entnehmen. Die Verfassungsbestimmung knüpft an bestehende Kompetenzen an, in deren Rahmen das Staatsziel verwirklicht werden kann. Einer Erweiterung der Ermächtigung ohne Entscheidung des Gesetzgebers steht bereits die Unbestimmtheit des Schutzguts, dem ein dahingehender Rechtssatz nicht entnommen werden kann, und der dem Gesetzgeber einzuräumende Gestaltungsspielraum entgegen, der auch die Entscheidung umfasst, auf welcher Ebene und in welcher Weise - neben den bereits bestehenden Regelungen wie z. B. dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz - das Staatsziel umzusetzen ist. Zudem bedarf die Anordnung und damit auch die Erweiterung eines Anschluss- und Benutzungszwangs wegen der Grundrechtsbetroffenheit der Gemeindeeinwohner einer Ermächtigung durch den Gesetzgeber.

Standort: § 81 VwGO — Problem: Klageerhebung per Funkfax

BVERWG, BESCHLUSS VOM 30.03.2006
8 B 8106 (NJW 2006, 1989)

Problemdarstellung:

§ 81 I 1 VwGO verlangt, dass eine Klage "schriftlich" zu erheben ist. Von diesem Grundsatz gibt es einige geschriebene Ausnahmen:

- In § 81 I 2 VwGO ist normiert, dass beim Verwaltungsgericht eine Klage auch zur Niederschrift erhoben werden kann;
- in § 55a VwGO ist die Möglichkeit vorgesehen, eine Klage in elektronischer Form zu erheben, sofern sie eine Signatur nach dem Signaturgesetz trägt;
- über § 173 VwGO ist § 130 Nr. 6 ZPO auch im Verwaltungsprozess anwendbar, der eine Klageerhebung per Telefax gestattet.

Problematisch wird es, wenn von diesen Ausnahmen weiter abgewichen wird, also eine Klage z.B. per E-Mail erhoben oder - wie hier - das Telefax nicht im traditionellen Sinne zunächst getippt bzw. ausgedruckt, sodann unterschrieben und schließlich gefaxt, sondern ohne vorherigen Ausdruck unmittelbar aus dem PC übermittelt wird (sogen. "Computerfax", oder hier: "Funkfax"). Der Gemeinsame Senat der Obersten Bundesgerichte hatte hierzu bereits im Jahr 2000 entschieden, dass ein solches Computerfax jedenfalls dann genügt, wenn es mit einer eingescannten Unterschrift versehen ist. Es blieb die Frage, was zu gelten hat, wenn eine solche fehlt.

Das OLG München (NJW 2003, 3429) meinte hierzu, dass auch eine eingetippte oder gänzlich fehlende Unterschrift nicht schade, wenn aus dem gesamten Schriftstück offensichtlich (d.h. ohne die Notwendigkeit einer Beweiserhebung hierüber) erkennbar sei, dass es vom genannten Absender stamme und mit dessen Willen in Verkehr gebracht wurde. Dieser Auffassung schließt sich das BVerwG im vorliegenden Urteil an, allerdings ohne die vorausgegangene Entscheidung des OLG auch nur zu erwähnen.

Neu ist ferner, dass das BVerwG diese Rspr. gegen eine m.M. in der Literatur verteidigt, wonach seit Inkrafttreten des § 55a VwGO Computerfaxe nicht mehr genügen sollen, wenn sie keine elektronische Signatur tragen. Das Gericht hält § 55a VwGO insoweit nicht für einschlägig, weil er ausschließlich für elektronische Dokumente gelte, wozu ein Computerfax nicht gehöre.

Prüfungsrelevanz:

Formprobleme der vorliegenden Art können in jede Examensaufgabe mit Leichtigkeit eingebaut werden. Sie stellen sich in aller Regel schon unter dem Zulässigkeitspunkt "Frist", denn nur ein formgerecht eingereichter Antrag wahrt die Frist. Ist der Rechtsbehelf hingegen nicht fristgebunden, wie z.B. Leistungs- oder Feststellungsklagen, ist die "Form" nach § 81 VwGO ggf. in einem eigenen Zulässigkeitspunkt zu erörtern.

Vertiefungshinweise:

❑ Zulässigkeit des Computerfaxes: *GS-OBG*, RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340; *BGH*, RA 1999, 15 = NJW 1998, 3649; *BSG*, NJW 1997, 1254; *OLG München*, NJW 2003, 3429; *Düwell*, NJW 2000, 3334; *Schwachheim*, NJW 1999, 621

❑ E-Mail und Schriftform: *OVG Lüneburg*, RA 2005, 327 = NVwZ 2005, 470

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Ausgespielt"

Leitsätze:

Die Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes und des BVerwG zu den Anforderungen an die wirksame Klageerhebung durch Computerfax findet auch auf die Übermittlung per "Funkfax" Anwendung. An dieser Rechtsprechung ist auch nach Einfügung des

§ 55 a VwGO festzuhalten.

Sachverhalt:
Das VG hat die Klage mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, dass die Klageerhebung mit einem nicht unterschriebenen "Funkfax" nicht den Anforderungen des § 81 VwGO entspricht. Die Beschwerde führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:
Die Verfahrensrüge ist begründet. Das VG hat die Klage zu Unrecht mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, dass die Klageerhebung mit einem nicht unterschriebenen "Funkfax" nicht den Anforderungen von § 81 VwGO entspreche und somit die Klage nicht innerhalb der laufenden Klagefrist wirksam erhoben worden sei.

A. Stand der Rechtsprechung des GmS-OBG
Der GmS-OGB hat in dem Beschluss vom 5. 4. 2000 (RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340) entschieden, dass maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit des elektronisch übermittelten Schriftsatzes nicht eine etwa beim Absender vorhandene Kopiervorlage oder eine nur im Textverarbeitungs-PC befindliche Datei, sondern allein die auf seine Veranlassung am Empfangsort (Gericht) erstellte körperliche Urkunde sei. Der alleinige Zweck der Schriftform, die Rechtssicherheit und insbesondere die Verlässlichkeit der Eingabe zu gewährleisten, könne auch im Falle einer derartigen elektronischen Übermittlung gewahrt werden. Die Person des Erklärenden sei in der Regel dadurch eindeutig bestimmt, dass seine Unterschrift eingescannt oder der Hinweis angebracht sei, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen könne.

B. Stand der Rechtsprechung des BVerwG
Nach der Rechtsprechung des BVerwG im Urteil vom 26.8.1983 (Buchholz 310 § 81 VwGO Nr. 9) kennt der Grundsatz des Erfordernisses der eigenhändigen Unterschrift Ausnahmen, wenn sich aus dem bestimmenden Schriftsatz allein oder in Verbindung mit beigefügten Unterlagen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen, hinreichend sicher, das heißt ohne die Notwendigkeit einer Klärung durch Rückfrage oder durch Beweiserhebung, ergeben (daran anknüpfend BVerwG, Beschluss vom 19.12.2001 - 3 B 33/01, Rdnr. 2 m.w.N.).

C. Subsumtion für Funkfax
Diesen Anforderungen entspricht die Klageschrift. Das Schriftstück vom 24.1.2005 ist überschrieben mit "Klage des Rechtsanwalts Hans-Dieter R, [...], Telefon [...] ; Fax [...]". Es schließt mit "Unterzeichnete sowie beglaubigte und einfache Abschriften reiche ich nach. Zwecks Fristwahrung per Funkfax, ab am 24.1.2005, R, Rechtsanwalt".
Das mit Klage bezeichnete Schriftstück bezeichnet den Klagegegner und den Klagegegenstand mit Aktenzeichen und setzt sich inhaltlich mit der angefochtenen Entscheidung so auseinander, dass auf eine gewisse Sachkenntnis zu schließen ist. Der Schriftsatz ist aus sich heraus verständlich. Zweifel am Urheber und dessen Willen, das Schriftstück in den Verkehr bringen zu wollen, sind im Hinblick auf die eindeutige Formulierung nicht begründet. Ferner ist in dem Zusatz "Zwecks Fristwahrung per Funkfax" ein Hinweis zu sehen, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen kann.

D. Keine Änderung durch § 55a VwGO
An dieser Rechtsprechung ist auch nach Einfügung des § 55 a VwGO festzuhalten (a.A. aber Kuntze, in: Bader, VwGO, 3. Aufl. [2005], § 81 Rdnr. 11 a.E.). Da ein Computerfax oder Funkfax kein elektronisches Dokument darstellt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. [2005], § 55 a Rdnr. 5) ist die Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar. Die Regelung des § 55 a I 3 VwGO zur qualifizierten Signatur lässt auch keine Rückschlüsse auf die Anforderungen hinsichtlich der Schriftform zu. Sinn der hohen Anforderungen an die Signatur ist - wie die Regelung des Satzes 4 zeigt (vgl. auch § 2 Nrn. 2, 3 SigG) - neben dem Nachweis der Urheberschaft (Authentizität) insbesondere auch der Schutz des Dokuments vor nachträglicher Veränderung (Integrität) (vgl. Kopp/Schenke, § 55 a Rdnr. 10). Das Problem der Integrität des Dokuments stellt sich - anders als bei einem elektronischen Dokument - bei einem per Fax übermittelten Dokument nicht anders als bei einem traditionellen, handschriftlich unterzeichneten Schriftstück.

E. Entscheidung
Im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens macht der Senat von der Möglichkeit des § 133 VI VwGO Gebrauch, das angefochtene Urteil ohne vorheriges Revisionsverfahren durch Beschluss aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das VG zurückzuverweisen.

Standort: Verfassungsbeschwerde Problem: Subsidiarität bei Rechtsnormen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 17.01.2006
1 BVR 541/02; 1 BVR 542/02 (NVWZ 2006, 923)

Problemdarstellung:

A. Aus § 90 II BVerfGG folgert das BVerfG über die explizit geregelte Rechtswegerschöpfung hinaus, dass der Beschwerdeführer im Vorfeld einer Verfassungsbeschwerde alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel ausgeschöpft haben muss, um sein Recht vor den Fachgerichten durchzusetzen und so eine Verfassungsbeschwerde zu vermeiden.

B. Dieser "Grundsatz der Subsidiarität" wird besonders bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen bedeutsam, gegen die es keinen Rechtsweg gibt, also z.B. bei Gesetzen, aber auch bei Rechtsverordnungen und Satzungen, die nicht unter die Normenkontrolle nach § 47 VwGO fallen.

I. In diesen Fällen steht das BVerfG auf dem Standpunkt, dass der Beschwerdeführer Rechtsbehelfe ergreifen muss, die zumindest *inzidenter* eine Überprüfung der Norm ermöglichen. Hält der Beschwerdeführer in spe z.B. eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass eines belastenden Verwaltungsakts für verfassungswidrig, kann es ihm zumutbar sein, erst einen solchen Verwaltungsakt abzuwarten und gegen diesen Rechtsbehelfe einzulegen (Widerspruch, Anfechtungsklage). In der Begründetheitsprüfung dieser Rechtsbehelfe ist dann auf die Frage einzugehen, ob eine (wirksame) Ermächtigungsgrundlage für den angefochtenen Verwaltungsakt vorliegt, was eine Inzidenterkontrolle der für verfassungswidrig gehaltenen Norm erfordert. Eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die Ermächtigungsgrundlage wäre dann unzulässig wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität aus § 90 II BVerfGG.

Im vorliegenden Fall ging es um eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts, in deren Rahmen der Kläger die Anspruchsgrundlage für verfassungswidrig hielt, weil der ihm gewährte Anspruch seiner Meinung nach zu niedrig ausgefallen sei. Ist die Anspruchsgrundlage aber verfassungswidrig, folgt daraus nicht ein Anspruch auf ein Mehr an Leistung, sondern zunächst einmal die Unwirksamkeit der Norm, also gar kein Anspruch. Die so entstandene Lücke dürfen die Gerichte auch nicht selbst schließen, indem sie gleichwohl (höhere) Ansprüche zusprechen; vielmehr ist der Gesetzgeber aufgerufen, seine verfassungswidrige Norm durch eine verfassungsgemäße zu ersetzen (Gewaltenteilung, Art. 20 II GG). Deshalb konnte eine Inzidenterkontrolle der vom Beschwerdeführer für verfassungswidrig gehaltenen Anspruchsgrundlage hier nicht über die Verpflichtungsklage erfolgen - diese wäre auch unbegründet, wenn die Norm verfassungswidrig wäre.

II. In solchen Fällen war immer schon fraglich, ob der Kläger eine *Feststellungsklage* gem. § 43 I VwGO erheben müsse mit dem Ziel, die Feststellung zu erreichen, dass die (verfassungswidrige) Norm nicht geeignet sei, Rechte des Klägers zu verletzen (einzuschränken):

1. Für *Parlamentsgesetze* wurde und wird dieses Erfordernis ganz überwiegend verneint, denn es soll nach der Konzeption der VwGO keinen fachgerichtlichen Rechtsschutz des Bürgers gegen Parlamentsgesetze geben; dies ist im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG unbedenklich, da dieser effektiven Rechtsschutz nur gegen die "öffentliche Gewalt" gewährt und die Legislative nicht zur "öffentlichen Gewalt" in diesem Sinne gehört.

2. Unzweifelhaft zur öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 IV GG gehört aber die Exekutive. Wie ist es nun, wenn diese Normen erlässt (*Rechtsverordnungen, Satzungen*)? Das BVerfG hatte die Frage bisher explizit offen gelassen, entscheidet sie im vorliegenden Beschluss aber nunmehr dahin gehend, dass dann wegen Art. 19 IV GG eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO möglich sein müsse. Im vorliegenden Fall war die Norm, die der Beschwerdeführer für verfassungswidrig hielt, eine Rechtsverordnung des Bundes, gegen die eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO nicht möglich ist (vgl. § 47 I Nr. 2 VwGO: "Im Rang unter dem Landesgesetz stehend"; Bundesrechtsverordnungen stehen im Rang aber über dem Landesgesetz, Art. 31 GG). Seine Verpflichtungsklage auf ein Mehr an Begünstigung wurde aus den oben unter B.I. genannten Gründen letztinstanzlich abgewiesen. Die anschließende Verfassungsbeschwerde wies das BVerfG als unzulässig zurück, weil der Beschwerdeführer gegen den Grundsatz der Subsidiarität aus § 90 II BVerfGG verstoßen habe, indem er es versäumt habe, zuvor eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO mit dem Antrag zu erheben, festzustellen, dass die Rechtsverordnung ihn nicht in seinen Rechten verletze.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Beschluss wirft eine Vielzahl an Fragen auf:

A. In der Literatur ist schon streitig, ob man aus § 90 II BVerfGG über die dort geforderte Rechtswegerschöpfung hinaus überhaupt einen "Grundsatz der Subsidiarität" als weitere (ungeregelte) Zulässigkeitsvoraussetzung ableiten darf (vgl. zum Ganzen Maunz u.a., BVerfGG, § 90 Rn. 192 ff.). Wäre das BVerfG zu einer solchen richterrechtlichen Rechtsfortbildung in eigener Sache nicht befugt, könnte auch keine Verfas-

sungsbeschwerde an einem solchen Grundsatz der Subsidiarität scheitern.

B. Erkennt man den Grundsatz der Subsidiarität hingegen an (st.Rspr. des BVerfG), stellt sich die Frage, ob man die Herbeiführung einer Inzidenterkontrolle der Norm und/oder die Erhebung einer Feststellungsklage unmittelbar gegen die Norm wirklich fordern kann. Auch dies wird in der Lit. unter Hinweis auf die ungewissen Erfolgsaussichten eines solchen Rechtsbehelfs vielfach als unzumutbar abgelehnt. Zudem sehe § 93 III BVerfGG gerade vor, dass eine Verfassungsbeschwerde auch unmittelbar gegen Normen zulässig sei, gegen die es keinen Rechtsweg gebe (denn in diesen Fällen verlängere sich die Beschwerdefrist gem. § 93 III BVerfGG auf ein Jahr, also müsse es solche Fälle wohl geben). Das BVerfG löst solche Härtefälle allein nach § 90 II 2 BVerfGG, der sogen. Vorabentscheidung aus wichtigem Grund.

C. Gegen die Feststellungsklage im Besonderen wird eingewendet, die Bejahung einer solchen stelle eine Umgehung des § 47 VwGO dar, welcher der Judikative nur die dort genannten Normen (und dies auch nur unter den dort genannten Voraussetzungen) zur Kontrolle unterwerfe, nicht aber - im Umkehrschluss - sonstige Normen. Würde man für jene eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO für statthaft halten, umginge man die Sperrwirkung des § 47 VwGO. Mit diesem Einwand setzt sich vorliegend auch das BVerfG auseinander, nach dessen Ansicht § 47 VwGO eine solche Sperrwirkung nicht zukomme. Urteile nach § 43 VwGO gelten immer nur inter partes; eine allgemeine Verwerfung wie nach § 47 V 2 VwGO sei nicht möglich. Darin liege der gravierende Unterschied zwischen § 47 VwGO und § 43 VwGO.

D. Selbstverständlich kann die vorliegende Problematik nicht nur in einer Verfassungsbeschwerde unter dem "Grundsatz der Subsidiarität" geprüft werden. Denkbar ist auch die verwaltungsrechtliche Konstellation, dass jemand sich tatsächlich mit einer Feststellungsklage gegen eine Rechtsverordnung (oder Satzung) wendet. Dann müsste in deren Statthaftigkeit diskutiert werden, ob eine solche zulässig ist, und dies bei nicht unter § 47 VwGO fallenden Rechtsverordnungen oder Satzungen mit der vorliegenden Entscheidung des BVerfG unter Hinweis auf Art. 19 IV GG wohl bejaht werden, zumal § 47 VwGO eben keine Sperrwirkung entfaltet, bei Parlamentsgesetzen allerdings nach wie vor verneint werden, weil diese nicht unter Art. 19 IV GG fallen, dieser also auch keine Rechtsschutzmöglichkeit gebietet.

Vertiefungshinweise:

❑ Besprechung der Entscheidung: *Sachs*, JuS 2006, 1012

❑ Rechtsschutz gegen Normen: *Schenke*, JuS 1981, 81; *Frenz*, BayVBl 1993, 483

❑ Gewährung einer Beihilfe bei unwirksamer Bewilligungsverordnung: *BVerwGE* 102, 113

❑ Feststellungsklage gegen Rechtsverordnungen: *BVerwGE* 111, 276, 278; *BSGE* 72, 15, 17

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Reiten im Walde"

Leitsatz:

Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gegen Rechtsverordnungen.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerden betreffen zum einen die Frage, ob der Bundesverordnungsgeber in einer Rechtsverordnung die Einwohner verschiedener Länder bei der Gewährung landwirtschaftlicher Ausgleichszahlungen unterschiedlich behandeln darf, und zum anderen die Frage, wie der Einzelne Rechtsschutz gegen eine Rechtsverordnung erlangen kann.

In der Verordnung über eine Stützungsregelung für Erzeuger bestimmter landwirtschaftlicher Kulturpflanzen (Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung) des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. November 1995 (BGBl I S. 1561) ist bestimmt, dass für den Getreideanbau Ausgleichszahlungen gewährt werden, deren Höhe davon abhängig ist, in welcher Erzeugerregion sich der Hof des jeweiligen Landwirtes befindet. Die Erzeugerregionen sind in einer Anlage zur Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung festgelegt, wobei der durchschnittliche Ertrag an Getreide in einer Region maßgeblich für die Einteilung der Erzeugerregionen war.

Die Höfe der Beschwerdeführer liegen in einer niedersächsischen Erzeugerregion, in welcher der durchschnittliche Getreideertrag und damit auch die Höhe der Ausgleichszahlungen sich am unteren Ende der Skala befinden. Sie sehen in der unterschiedlichen Behandlung der Landwirte je nach Erzeugerregionen einen Verstoß gegen Art. 3 I GG. Ihre auf Bewilligung einer höheren Ausgleichszahlung gerichteten Anträge blieben ebenso erfolglos wie die anschließend ergriffenen Rechtsbehelfe (Widerspruch, Verpflichtungsklage und Antrag auf Zulassung der Berufung). VG und OVG stellten sich auf den Standpunkt, dass die Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung zwar gegen Art. 3 I GG verstoße, dieser Verstoß aber nicht notwendigerweise zur Besserstellung der Beschwerdeführer führen müsse; vielmehr liege wegen Unwirksamkeit der Rechtsverordnung infolge eines Verfassungsverstoßes nunmehr eine Regelungslücke vor, die nicht die Gerichte, sondern der Verordnungsgeber

schließen müsse.
Die Verfassungsbeschwerden blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:
Die Verfassungsbeschwerden sind unzulässig. Ihnen steht der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entgegen. Die Beschwerdeführer haben es unterlassen, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde eine Feststellungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Verwaltungsgericht zu erheben.

A. Rechtswegerschöpfung
Die Beschwerdeführer haben zwar in der von ihnen gewählten verwaltungsgerichtlichen Verfahrensart den Rechtsweg erschöpft, wie es § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG verlangt.

B. Grundsatz der Subsidiarität
Der Grundsatz der Subsidiarität erfordert jedoch, dass ein Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus alle ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern (vgl. BVerfGE 74, 102 [113] m.w.N.; 104, 65 [70]; st.Rspr.).

I. Herleitung
Die Verfassungsbeschwerde ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein zusätzlicher Rechtsbehelf zum fachgerichtlichen Verfahren, sondern ein außerordentlicher Rechtsbehelf, mit dem der Träger des vermeintlich verletzten Grundrechts Eingriffe der öffentlichen Gewalt abwehren kann (vgl. BVerfGE 94, 166 [213 f.]; 107, 395 [413]; st.Rspr.). Sie besitzt eine andere Qualität als die an die Fachgerichte adressierten Rechtsbehelfe. Das gilt sowohl im Hinblick auf den besonderen Prüfungsmaßstab wie auch wegen der Annahmevoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG (vgl. BVerfGE 107, 395 [413]).
Die dem Grundsatz der Subsidiarität zugrunde liegende Erwägung, zunächst dem sachnäheren Fachgericht die Kontrolle auch der Einhaltung der Verfassung zu überlassen (vgl. BVerfGE 69, 122 [125 f.]; 74, 69 [74 f.]; s. auch BSGE 72, 15 [20]), spricht dagegen, die Verfassungsbeschwerde für den Bereich der untergesetzlichen Rechtsetzung als Primärrechtsschutz anzuerkennen. Dies gilt selbst dann, wenn die untergesetzliche Norm einer unmittelbaren verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich ist (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 2. April 1997 - 1 BvR 446/96 -, NVwZ 1998, S. 169 [170]).

II. Kontrolle von Normen durch die Fachgerichte
Die Beschwerdeführer konnten ihr Ziel allein auf dem von ihnen eingeschlagenen Weg einer Verpflichtungsklage mit inzidenter Prüfung der Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung nicht erreichen. Sie hätten aber effektiven Rechtsschutz vor den Fachgerichten durch die zusätzliche Erhebung einer Feststellungsklage erlangen können. Die Notwendigkeit der Anerkennung einer solchen fachgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit gegen untergesetzliche Rechtssätze folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG. Auch die Rechtsetzung der Exekutive in der Form von Rechtsverordnungen und Satzungen ist Ausübung öffentlicher Gewalt und daher in die Rechtsschutzgarantie einzubeziehen (offen gelassen in BVerfGE 31, 364 [367 f.]).
Dieser Rechtsschutz wird in der Regel durch die inzidente Überprüfung der Rechtmäßigkeit der untergesetzlichen Rechtssätze im Rahmen von Verfahren gegen deren Anwendung im Einzelfall erfolgen. Ist dies nicht möglich oder führt eine inzidente Prüfung allein nicht zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung, so kommt außerhalb des Anwendungsbereichs von § 47 VwGO insbesondere die Feststellungsklage als Rechtsschutzmittel in Betracht.

1. Inzidenterkontrolle in der Verpflichtungsklage
Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführer mit der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage zwar einen zulässigen Rechtsweg beschritten, der auch zu einer inzidenten Überprüfung der Rechtsverordnung führte, auf dem sie aber ihre Grundrechte nicht effektiv verteidigen konnten. Denn die Verwaltungsgerichte haben die Klagen der Beschwerdeführer zu Recht abgewiesen, obwohl sie die Rechtsverordnung wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig hielten.

a. Grundsatz: Keine Privilegierung bei unwirksamer Norm
Die Auffassung der Verwaltungsgerichte, sie könnten den Verpflichtungsklagen nicht stattgeben, da es dem Ermessen des Normgebers überlassen bleiben müsse, wie die aus der Verfassungswidrigkeit resultierende Lücke zu schließen sei, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dies entspricht vielmehr der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Folgen von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Kann der Gesetzgeber zwischen mehreren denkbaren und verfassungsrechtlich gleichermaßen zulässigen Lösungen wählen, griffe eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung durch das Bundesverfassungsgericht in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Gestaltungsfreiheit ein (vgl. BVerfGE 37, 217 [260 f.]; 39, 316 [332 f.]; 88, 87 [101]; 93, 165 [178]). Nichts anderes gilt für die Fachgerichte, soweit sie im Rahmen der ihnen zustehenden Kontroll- und Verwerfungskompetenz über untergesetzliche Normen einen Gleichheitsverstoß feststellen (vgl. BVerwGE 102, 113 [117 f.]).

b. Ausnahme: Privilegierung als allein verfassungs-

gemäße Ausfüllung der Lücke
Etwas anderes würde allein dann gelten, wenn ausnahmsweise nur eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung verfassungsgemäß gewesen wäre. Im vorliegenden Fall gab es als Alternative zu der von den Verwaltungsgerichten für verfassungswidrig gehaltenen Regelung jedoch nicht nur die für die Beschwerdeführer günstige Variante (keine Regionalisierung unterhalb der Landesebene), sondern mehrere Varianten, die bei entsprechender Ausgestaltung verfassungsgemäß sein könnten (großräumige Regionalisierung unterhalb der Landesebene, kleinräumige Regionalisierung, Regionalisierung ohne Rücksicht auf Ländergrenzen). Darüber hinaus hatten die Verwaltungsgerichte zu berücksichtigen, dass bei einer Neuregelung der Bundesverordnungsgeber erneut zu überprüfen hätte, ob er die Verordnungsermächtigung auf die Länder delegiert. Als mögliche gesetzgeberische Reaktionen auf die Verfassungswidrigkeit der Bundesrechtsverordnung waren daher auch Landesrechtsverordnungen in Betracht zu ziehen. Damit konnte der Verordnungsgeber zwischen mehreren denkbaren und verfassungsrechtlich zulässigen Lösungen wählen.
Bei Gleichheitsverstößen, die wie die hier beanstandeten in der Vergangenheit liegen, stellt sich die Problematik zwar insofern anders dar, als die begünstigte Vergleichsgruppe - soweit die begünstigenden Bescheide bestandskräftig geworden sind - nicht rückwirkend schlechter gestellt werden kann, so dass eine umfassende Neuregelung für die Vergangenheit ausscheidet (vgl. BVerfGE 99, 69 [83]). Der Normgeber kann diese Fälle zusammen mit einer Neuregelung des Gebiets im Wege einer Übergangsregelung für Altfälle bewältigen. Aber auch für Altfälle gilt, dass die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit gewahrt bleiben muss; soweit daher trotz des Ausschlusses einer umfassenden Neuregelung für die Vergangenheit noch verschiedene Möglichkeiten für den Gesetzgeber bleiben, eine verfassungsgemäße Übergangsregelung zu schaffen, darf das Gericht dem Normgeber nicht vorgreifen. Die Verwaltungsgerichte sahen sich daher aus verfassungsrechtlichen Gründen zu Recht außer Stande, dem Rechtsschutzbegehren der Beschwerdeführer durch eine Stattgabe zu entsprechen.
Während das Bundesverfassungsgericht bei Gleichheitsverstößen die Möglichkeit hat, den Normgeber durch eine mit der Unvereinbarkeitserklärung verbundene Anordnung einer Neuregelung zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung zu zwingen, ist dies den Verwaltungsgerichten im Rahmen einer Verpflichtungsklage nach der derzeitigen verwaltungsprozessualen Rechtslage nicht möglich. Zwar könnte der Normgeber, in diesem Fall die Bundesregierung, die inzidente Feststellung der Verfassungswidrigkeit zum Anlass nehmen, die Norm zu korrigieren; angesichts der durch die inter-partes-Wirkung beschränkten Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile und der unterschiedlichen Auffassung verschiedener Gerichte zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung ist er dazu jedoch nicht gezwungen.

2. Feststellungsklage
Diese Rechtslage steht nicht im Widerspruch zum Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG, da die Beschwerdeführer auf anderem Wege wirksameren Rechtsschutz hätten erhalten können. So hätten die Beschwerdeführer vor den Verwaltungsgerichten eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO unmittelbar gegen die Bundesrepublik Deutschland richten können mit dem Ziel festzustellen, dass sie durch die Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung in ihren subjektiven Rechten, nämlich ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG, verletzt worden sind. Diese Überprüfung der Rechtmäßigkeit untergesetzlicher Rechtssätze mit Hilfe der Feststellungsklage ist nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung möglich (vgl. BVerwGE 111, 276 [278 f.]; BSGE 72, 15 [17 ff.]).

a. Statthaftigkeit
Die Anerkennung einer solchen Feststellungsklage mit einem derartigen Klageziel stellt keinen Bruch mit dem System des Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung dar und führt insbesondere nicht zur Einführung einer der Verwaltungsgerichtsordnung bisher nicht bekannten Klageart. Sie rechtfertigt sich im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG daraus, dass Streitgegenstand die Anwendung der Rechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt ist, so dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Norm lediglich als - wenn auch streitentscheidende – Vorfrage aufgeworfen wird (vgl. BVerwG, a.a.O.). Es handelt sich daher bei einer solchen, auf Feststellung einer Rechtsverletzung gerichteten Klage gegen den Normgeber nicht um eine Umgehung der in § 47 VwGO nur für Landesrechtsverordnungen vorgesehenen prinzipalen Normenkontrolle. § 47 VwGO entfaltet gegenüber der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage keine Sperrwirkung (vgl. BVerwG, a.a.O., S. 278). Dem System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann nicht entnommen werden, dass außerhalb des § 47 VwGO die Überprüfung von Rechtsetzungsakten ausgeschlossen sein soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 1982 - BVerwG 5 C 103.81 -, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 78).
Auf dieser Grundlage kann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegenüber dem Normgeber auch die Feststellung begehrt werden, dass das Recht der Kläger auf Gleichbehandlung den Erlass oder die Änderung einer Rechtsverordnung gebiete. Auch bei dieser, das Verpflichtungsinteresse der Kläger berücksichtigenden Variante eines Feststellungsantrags bleibt die Anknüpfung an ein zugrunde liegendes Rechtsverhält-

nis zwischen den Parteien erhalten (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002 - BVerwG 2 C 13.01 -, NVwZ 2002, S. 1505 [1506]).

b. Keine Subsidiarität

Der Gesichtspunkt der Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO) steht einem Verweis auf diese Verfahrensart nicht entgegen. Eine Verpflichtungsklage allein kann im vorliegenden Fall nicht zum Erfolg führen, und es droht daher keine Umgehung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Bestimmungen über Fristen und Vorverfahren (vgl. dazu BVerwGE 111, 276 [279]; BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002, a.a.O.).

Gegenüber den von den Beschwerdeführern im Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten verfolgten Verpflichtungsklagen hat die auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Klage den Vorteil, den Normgeber als Partei in die Rechtskraftwirkung einzubeziehen, ohne auf seine Entscheidungsfreiheit mehr als in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang einzuwirken (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002, a.a.O.). Dem Umstand der fehlenden Vollstreckbarkeit eines Feststellungsurteils im Vergleich zu einem Leistungsurteil kommt hingegen kein Gewicht zu, weil zum einen ein Leistungsurteil aus den beschriebenen Gründen der Gewaltenteilung in der vorliegenden Konstellation nicht ergehen kann, und zum anderen generell davon auszugehen ist, dass öffentliche Stellen als Beklagte einem Urteil auch ohne Vollstreckungsdruck Folge leisten werden.

C. Keine Vorabentscheidung

Die Voraussetzungen für eine Vorabentscheidung entsprechend § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG liegen nicht vor. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der den Beschwerdeführern durch den Verweis auf die Erhebung einer Feststellungsklage entstehende Nachteil schwer und unabwendbar ist. Die Verfassungsbeschwerden sind nicht von allgemeiner Bedeutung. Angesichts des Außerkrafttretens der Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung würde eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Rechtslage nicht über den Einzelfall hinaus allgemein klären (vgl. hierzu BVerfGE 19, 268 [273]; 62, 338 [342]). Das Vorhandensein einer begrenzten Anzahl gleichgelagerter Fälle, denen noch nicht bestandskräftig gewordene Bescheide zugrunde liegen, ändert hieran nichts.

Standort: Mündliche Prüfung — Problem: Sonnenbrille tragender Prüfer

VG KÖLN, URTEIL VOM 22.03.2006
6 K 1676/04 (NWVBl 2006, 435)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Urteil hatte sich das VG Köln mit der Frage zu beschäftigen, ob es einem Prüfer gestattet ist, während der mündlichen Prüfung eine dunkle Sonnenbrille zu tragen, die es dem Prüfling unmöglich macht, die Augen des Prüfers zu sehen.

Das VG führt zunächst aus, dass kein Anspruch auf einen freundlichen Prüfer bestehe. Auch müsse ein Prüfling mit negativem Feedback in deutlich artikulierter Form, ja sogar mit verbalen "Ausrutschern" des Prüfers leben, wenn die eigenen Äußerungen solche zwar im Nachhinein als unangemessen, in der konkreten Situation aber als verständlich erscheinen lassen.

Eine Sonnenbrille, mit welcher der Prüfer seine Augen verdecke, könne einen Durchschnittskandidaten aber derart verunsichern, dass er in seinem aus Art. 3 I GG folgenden Anspruch auf ein faires Prüfungsverfahren verletzt sei. Etwas anderes gelte nur dann, wenn ein zwingender Grund für das Tragen einer solchen Sonnenbrille vorliege (etwa medizinischer Art) und der Prüfer dies vor Beginn des Prüfungsgesprächs thematisiert habe.

Im konkreten Fall hatte die erforderliche Beweisaufnahme ergeben, dass der Prüfer in der fraglichen Prüfung keine schwarze, sondern "nur" eine getönte Sonnenbrille getragen hatte, die seine Augen "noch" erkennen ließ. Eine solche sei zulässig. Deshalb wies das VG die Klage ab.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist zwar zu einer Medizinerprüfung ergangen, dürfte sich aber ohne Weiteres auf mündliche Prüfungsgespräche in den juristischen Staatsexamina oder universitäre Prüfungen übertragen lassen, denn der Grundsatz der Chancengleichheit gilt auch dort. Dogmatischer Aufhänger ist Art. 3 I GG, der alle Staatsgewalten bindet, und somit auch von Prüfern zu beachten ist.

Im Übrigen kann es nicht schaden zu wissen, dass Prüfer grundsätzlich keine dunklen Sonnenbrillen tragen dürfen.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Fehler im Sachverhalt einer Examensklausur: *BerlVerfGH*, RA 2004, 765 = NVwZ 2004, 1351
- ❑ Täuschungsversuch in der Prüfung: *VG Mainz*, RA 2003, 288 = NJW 2003, 1545)
- ❑ Klausurbewertung nach Mittelwert der beiden Prüfergutachten zulässig: *BVerwG*, NVwZ 2004, 1375
- ❑ Anspruch auf Wiederholung der Prüfung: *VGH Mannheim*, DÖV 1984, 814
- ❑ Berufsfreiheit im Prüfungsrecht: *BVerfGE* 52, 380

[388]; 79, 212 [218]; 84, 34 [45]

Kursprogramm:
❑ *Assessorkurs* : "Das Prüfungsgespräch"

Leitsatz:
Zur Frage ordnungsgemäßer Prüfungsbedingungen in einer mündlichen (Gruppen-)Prüfung, hier: Tragen einer Sonnenbrille bzw. getönten Brille durch einen Prüfer.

Sachverhalt:
Die Klägerin ist Studierende der Medizin. Im Frühjahr 2003 unterzog sie sich der zweiten und damit letzten Wiederholungsprüfung. Der schriftliche Teil der Prüfung wurde mit der Note "ausreichend" bewertet. Die mündliche Prüfung legte die Klägerin mit der Note "mangelhaft" ab. Daraufhin teilte die Klägerin der Beklagten mit: Sie lehne den Prüfer Prof. Dr. S. wegen Befangenheit ab. Zur Begründung führte sie u.a. aus:
"Atmosphärisch" möchte sie hervorheben, dass Prof Dr. S. eine "dunkel getönte Brille (Sonnenbrille?)" getragen habe, durch die man seine Augen nicht habe erkennen können. Zudem habe er durch das angegebene nervöse Drehen seiner Armbanduhr sowie durch permanente Unterbrechungen der Ausführungen der Klägerin in Form barscher Kommentare die Klägerin stark irritiert mit der Folge, dass sie "unter diesem Psychoterror" Schwierigkeiten gehabt habe, konzentriert nachzudenken.
Mit Bescheid vom 27.10.2003 wurde die Ärztliche Vorprüfung der Klägerin für insgesamt nicht bestanden erklärt. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass die Klägerin in der mündlichen Prüfung die Note "mangelhaft" erzielt habe und der schriftliche Teil der Prüfung mit der Note "ausreichend" bewertet worden sei. Die Klägerin habe damit die Ärztliche Vorprüfung endgültig nichtbestanden.
Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:
Die Klage ist unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 27.10.2003 und der Widerspruchsbescheid vom 9.2.2004 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Die Klägerin kann nicht eine erneute zweite Wiederholungsprüfung im Rahmen der Ärztlichen Vorprüfung beanspruchen. Der mündliche Teil der Ärztlichen Vorprüfung der Klägerin am 15. 9. 2003 ist entgegen ihrer Auffassung nicht verfahrensfehlerhaft verlaufen.

A. Rechtsgrundlage
Rechtsgrundlage für die im Streit befangene Prüfungsentscheidung ist die Approbationsordnung für Ärzte (ÄAppO) vom 14.7.1987 (BGBl. I S. 1593), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 27.4.2002 (BGBl. I S. 1467), im Folgenden als ÄAppO a.F. bezeichnet.

B. Gerichtliche Kontrolldichte bei Prüfungsentscheidungen
Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (GG) verpflichtet die Gerichte nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, dem die Verwaltungsgerichte folgen (vgl. NJW 1991, 2005, 2008 sowie NJW 1991, 2008, 2009), Prüfungsentscheidungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht grundsätzlich vollständig nachzuprüfen. Lediglich bei "prüfungsspezifischen" Wertungen verbleibt dem Prüfer ein die gerichtliche Kontrolle insoweit einschränkender Entscheidungsspielraum, dessen Überprüfung darauf beschränkt ist, ob Verfahrensfehler oder Verstöße gegen anzuwendendes Recht vorliegen, ob der Prüfer von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder sonst willkürlich gehandelt hat. Vorliegend werden ausschließlich Verfahrensfehler geltend gemacht, deren Vorliegen uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist.

C. Verfahrensfehler
Auch der Verlauf der mündlichen Prüfung lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist nicht feststellbar, dass der Prüfer Prof Dr. S. durch sein Verhalten während der Prüfung das Gebot der Chancengleichheit sowie das Recht auf ein faires Prüfungsverfahren verletzt hat. Insoweit ist allgemein von folgenden rechtlichen Voraussetzungen auszugehen:

I. Kein Anspruch auf freundlichen Prüfer
Der Grundsatz der Chancengleichheit bietet keine Handhabe dafür, jedem Prüfling die Prüfungssituation zu verbürgen, die seinen persönlichen Verhältnissen am meisten entspricht. Vielmehr beeinflussen Eigenart und Persönlichkeit des Prüfers wesentlich den äußeren Ablauf und die Atmosphäre einer mündlichen Prüfung, die ihrerseits wiederum einen nicht näher bestimmbaren Einfluss auf die Prüfungsleistung nehmen. Vor- und Nachteile, die sich hieraus für den einzelnen Prüfling ergeben, sind unvermeidlich und weder messbar noch rechtlich erheblich. So kann etwa ein Prüfer, der sich im Prüfungsgespräch verschlossen, kühl, distanziert und unpersönlich gibt, damit einem nervenschwachen Kandidaten leicht die Sicherheit nehmen, die dieser zur vollen Entfaltung seines Leistungsvermögens benötigt. Gleichwohl lassen sich daraus für den rechtlichen Bestand der Prüfungsentscheidung keine Folgen ableiten. Der Prüfling, der einem solcher Prüfer zugeteilt worden ist, könnte daher eine für ihn ungünstig ausfallende Prüfungsentscheidung auch nicht erfolg-

reich mit der Begründung bekämpfen, dass Mitprüflinge von einem anderen Prüfer examiniert worden seien, der freundlich und aufgeschlossen prüfe, den Prüfling im Gespräch geschickt zu führen verstehe, auf Antworten wohlwollend eingehe und durch diesen Prüfungsstil optimale Bedingungen für die volle Ausschöpfung der Leistungsfähigkeit der Prüflinge geschaffen habe.
Ungleiche Prüfungsbedingungen dieser Art sind in der unterschiedlichen Wesensart der Prüfer und im unmittelbaren gegenseitigen Aufeinanderwirken von Prüfer und Prüfling angelegt. Sie sind "prüfungsimmanent" und lassen sich nicht ausschalten, selbst wenn ein Prüfer nach bestem Können fair und gerecht prüft.

II. Kein Anspruch auf positives oder neutrales Feedback
Ebenso wenig ist der Prüfer gehalten, mit seiner Auffassung von den Leistungen des Prüflings in einer mündlichen Prüfung hinter dem Berg zu halten, auf Fehlleistungen zur Beruhigung des Prüflings einfach nicht einzugehen oder sie gar zu beschönigen und positive Leistungen besonders zu loben. Vielmehr darf der Prüfer kritisch auf die gebotene Leistung eingehen und ein offenes Wort sprechen. Deshalb kann er auch eine schlechte Antwort deutlich als solche kennzeichnen. Er ist nicht gehalten, jedes Wort auf die "Goldwaage" zu legen. Sogar gelegentliche "Ausrutscher" und "Entgleisungen" derart, dass sie zwar bei überlegter Betrachtung ungerechtfertigt, andererseits aber aus der Situation heraus, insbesondere im Hinblick auf Fehlleistungen des Prüflings, auch nicht ganz unverständlich erscheinen, hat der Prüfling deshalb hinzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn er aufgrund seiner persönlichen Konstitution den Belastungen einer Prüfung mehr als andere ausgesetzt sein sollte. Denn dieser Umstand fällt in seinen eigenen Risikobereich (st.Rspr. des BVerwG, u.a. NJW 1978, 2408).

III. Anspruch auf faire Prüfung
Der Prüfer gerät jedoch dann in Widerspruch zu dem das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG), wenn er einen Prüfling dadurch benachteiligt, dass er ihn in seinem Recht auf eine faire Prüfung verletzt.

1. Umgangsformen
Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Prüfer Prüfungsleistungen sarkastisch, spöttisch, höhnisch oder in ähnlich herabsetzender Form kommentiert. Ein ihn der Lächerlichkeit preisgebendes Prüfverhalten braucht kein Prüfling zu dulden, mögen seine Leistungen auch noch so unzulänglich gewesen sein. Auch "bodenloser Unsinn" gibt dem Prüfer nicht das Recht, dem Prüfling mit überheblichem Spott zu begegnen. Ein solches Verfahren verletzt das Recht des Prüflings auf ein faires Verfahren (BVerwG, a.a.O.). Dementsprechend verlangt das Fairnessgebot hinsichtlich des Verhaltens der Prüfer insbesondere nach Stil und Umgangsformen einen einwandfreien, den Prüfling nicht unnötig und unangemessen belastenden Verlauf der Prüfung bei Erbringung der Prüfungsleistung (vgl. Haase, in: Münchener Prozessformularbuch, Band 6, Verwaltungsrecht, G II 5.7).
Unter Zugrundelegung dieser Voraussetzungen lässt sich bei der mündlichen Prüfung der Klägerin kein Verfahrensfehler feststellen. Soweit die Kammer über den Verlauf der mündlichen Prüfung bei Prof. Dr. S. Beweis erhoben hat, hat die Beweisaufnahme nicht ergeben, dass die einzelnen Behauptungen der Klägerin bestätigt worden sind. Da die Klägerin für die von ihr geltend gemachten Verfahrensfehler die materielle Beweis- bzw. Feststellungslast nach Ausschöpfung aller Beweismittel zu tragen hat, kann im Übrigen letztlich dahinstehen, ob vorliegend das Gegenteil der klägerischen Behauptungen erwiesen ist oder die Beweisaufnahme lediglich nicht die notwendige Überzeugung vermittelt hat, dass die jeweilige Behauptung der Klägerin zutreffend ist.

2. Äußeres Erscheinungsbild
Die Kammer hat nicht feststellen können, dass Prof. Dr. S. durch das Tragen einer Brille mit nicht-ungetönten Gläsern gegen das Gebot der Chancengleichheit und das Gebot eines fairen Prüfungsverfahrens verstoßen hat.

a. Dunkle Sonnenbrille grundsätzlich unzulässig
Durch das Tragen einer (dunklen) Sonnenbrille oder einer Brille mit getönten Gläsern durch einen Prüfer in der mündlichen Prüfung kann das Fairnessgebot betroffen sein. Es kann nach Auffassung der Kammer verletzt sein, wenn ein Prüfer in der mündlichen Prüfung eine Brille mit solch dunkel getönten Gläsern trägt, dass seine Augen gar nicht oder nahezu kaum erkennbar sind mit der Folge, dass ein Augenkontakt mit ihm praktisch nicht mehr möglich ist ("dunkle Sonnenbrille"), es sei denn, das Tragen einer derartigen Brille wäre aus gesundheitlichen Gründen indiziert und der Prüfer hätte zu Beginn der Prüfung gegenüber den Prüflingen das Tragen der -Brille thematisiert bzw. erläutert.
Das Tragen einer Brille mit dunkel getönten Gläsern stellt sich nämlich, sofern nicht die beiden genannten einschränkenden Voraussetzungen erfüllt sind, als ein unangemessenes Verhalten eines Prüfers dar, das geeignet ist, einen "Durchschnitts"-Prüfling erheblich und dauerhaft für den Verlauf der Prüfung zu verunsichern und damit in seiner Leistungsfähigkeit zu beeinträchtigen, da der Prüfling mit einem solch ungehörigen, willkürlichen Verhalten des Prüfers nicht zu rechnen und dies auch nicht hinzunehmen braucht.
Liegen hingegen zwingende, dem Prüfling bekannte Gründe für das Tragen der Brille vor, so dürfte nach

den Umständen des Einzelfalles der Prüfling auch das Tragen einer dunklen Sonnenbrille hinzunehmen haben, da die Möglichkeit des Gedankenaustauschs hierdurch nicht beeinträchtigt wird und somit der Prüfer nicht etwa "prüfungsuntauglich" ist (vgl. zum "prüfungsuntauglichen" Prüfer: Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Rn. 178 m.w.N.), ein Anspruch des Prüflings auf einen "visuellen Kontakt" mit dem Prüfer aus den oben genannten Gründen nicht besteht und eine etwaige, durch Überraschung bedingte Verunsicherung von einem "Durchschnitts"-Prüfling, auf den abzustellen ist, rasch abgebaut werden kann.

b. Getönte Brillengläser jedoch zulässig

Vorliegend ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für die Kammer bewiesen, dass Prof. Dr. S. in der mündlichen Prüfung keine "dunkle Sonnenbrille", sondern eine Brille mit getönten Gläsern, durch die die Augen noch erkennbar waren, getragen hat und dass er zudem - ohne dass es bei einer derart beschaffenen Brille nach den dargelegten Grundsätzen noch darauf ankommt - vor Beginn der Prüfung das Tragen der Brille angesprochen hatte.

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 Lütkemeier (*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: Kaufrecht — Problem: Nutzungsentschädigung

BGH, BESCHLUSS VOM 16.08.2006
VIII ZR 200/05 (NJW 2006, 3200)

Problemdarstellung:

Der Klä. ist ein Verbraucherverband, die Bekl. betreibt ein Versandhandelunternehmen. Im Sommer 2002 bestellte die Käuferin B für ihren privaten Gebrauch ein "Herd-Set", welches noch im August geliefert wurde. Im Januar 2004 stellte die B fest, dass sich an der Innenseite des Ofens die Emailleschicht ablöste. Da eine Reparatur des Herdes nicht möglich war, tauschte die Bekl. den Herd vereinbarungsgemäß noch im Januar 2004 aus. Das defekte Gerät gab die B an den Bekl. zurück. Für dessen Nutzung verlangte der Bekl. von der B eine Nutzungsvergütung in Höhe von letztlich 69,97 €, welche die B auch an den Bekl. zahlte.

Die Klä. verlangt, gestützt auf eine entsprechende Berechtigung der B, Rückzahlung des Nutzungsentgelts nebst Zinsen sowie -soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse- es zu unterlassen, Verbrauchern im Falle der Ersatzlieferung Nutzungsentgelt in Rechnung zu stellen.

Das Landgericht hat dem Zahlungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das BerGer. hat die Berufung der Bekl. vollumfänglich und die der Klä. hinsichtlich des Unterlassungsantrags zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Der Klä. verfolgt mit der Revision den Unterlassungsanspruch weiter. Der BGH hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Entscheidung liegt eines der meistdiskutierten Probleme des "neuen Schuldrechts" zugrunde. Gem. § 439 I BGB kann der Käufer bei des Vorliegen eines Mangels im Sinne der §§ 434, 435 BGB bei Gefahrübergang Nacherfüllung in Form der Neulieferung verlangen; jedoch hat er nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes gem. §§ 439 IV, 346 I, 348 BGB Zug um Zug nicht nur die mangelhafte Sache herauszugeben, sondern auch die gezogenen Nutzungen bzw. Gebrauchsvorteile im Sinne des § 100 BGB zu erstatten. Gegen dieses Ergebnis bestehen sowohl im Hinblick auf die Konformität der Gesetzeslage zur Verbraucherschutzrichtlinie (Art. 3 II - IV) als auch rechtspolitisch Bedenken.

Diese Bedenken teilt der Senat in diesem Beschluss. Gem. § 234 III EG muss ein letztinstanzliches nationales Gericht Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts dem EuGH vorlegen, wenn diese Fragen entscheidungserheblich sind. Wann eine Fragestellung entscheidungserheblich ist, bestimmt das nationale Gericht; eine diesbezügliche Kontrolle durch den EuGH existiert nicht. Allerdings ist dann eine Entscheidungserheblichkeit zu verneinen, wenn das nationale Gericht sich außerstande sieht, eine Norm richtlinienkonform auszulegen. Dies ist hier der Fall. Der Verstoß gegen eine Richtlinie führt nicht zur Rechtswidrigkeit der fraglichen Norm oder zu deren Unanwendbarkeit im Verhältnis der Bürger untereinander (horizontales Verhältnis). So resultieren daraus keine Ansprüche des Verbrauchers gegen den Vertragspartner; es werden vielmehr ggf. Ansprüche gegen die BRD in Form von Amtshaftungsansprüchen begründet (Vgl. EuGH NJW 2006, 2465). Daraus folgt, dass diese Vorlage an den EuGH mangels Entscheidungserheblichkeit grds. unzulässig ist. Allerdings ist eine Zurückweisung der Vorlage durch den EuGH nicht zu erwarten, da er bisher nur in Ausnahmefällen, d.h. bei offensichtlicher Unerheblichkeit für den Rechtsstreit diese Entscheidung gefällt hat und die Prüfung der Voraussetzungen des § 234 EG den Nationalstaaten obliegt.

Es bleibt daher abzuwarten, wie der EuGH entscheiden wird und wie der BGH auf die ggf. festgestellte Europarechtswidrigkeit des § 439 IV BGB reagieren wird.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Zulässigkeit des Vorlageverfahren gem. § 234 EG: *EuGH*, NJW 2006, 2465

❑ Zum Nutzungsersatz: *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 506; *Gsell*, NJW 2003, 1969; *Kohler*, ZGS 2005, 368; *OLG Nürnberg*, ZGS 2005, 438; *Witt*, NJW 2006, 3322

Kursprogramm:

❑*Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"

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

Leitsätze:

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird folgende Frage zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 234 EG zur Vorab-

entscheidung vorgelegt: Sind die Bestimmungen des Art. 3 II in Verbindung mit III 1 und IV oder des Art. 3 III 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes verlangen kann?

Sachverhalt:

Der Klä. ist ein Verbraucherverband, der in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen ist. Die Bekl. betreibt ein Versandhandelsunternehmen. Im Sommer 2002 bestellte die Käuferin S. B. für ihren privaten Gebrauch bei der Bekl. ein sogenanntes "Herd-Set" zum Preis von 524,90 €. Die Ware wurde im August 2002 geliefert. Im Januar 2004 stellte die Käuferin fest, dass sich an der Innenseite des zu dem "Herd-Set" gehörenden Backofens die Emailleschicht abgelöst hatte. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, tauschte die Bekl. den Backofen vereinbarungsgemäß noch im Januar 2004 aus. Das ursprünglich gelieferte Gerät gab die Käuferin an die Bekl. zurück. Für dessen Nutzung verlangte die Bekl. von der Käuferin eine Vergütung in Höhe von zunächst 119,97 €, später 69,97 €. Die Käuferin zahlte diesen Betrag an die Bekl.. Gestützt auf eine entsprechende Ermächtigung durch die Käuferin verlangt der Klä. Rückzahlung dieses Betrages in Höhe von 67,86 € nebst Zinsen. Daneben hat er, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, beantragt, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, Verbrauchern im Falle der Ersatzlieferung Beträge für die Nutzung der mangelhaften Ware in Rechnung zu stellen. Das Landgericht (NJW 2005, 2560) hat dem Zahlungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in NJW 2005, 3000 veröffentlicht ist, hat die Berufung der Bekl. und hinsichtlich des vorbezeichneten Unterlassungsantrags auch die Berufung des Klä. zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Die Bekl. erstrebt mit ihrer Revision die Abweisung der Zahlungsklage. Der Klä. verfolgt mit seiner Revision den vorbezeichneten Unterlassungsanspruch weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Zahlung einer Nutzungsentschädigung sei ohne Rechtsgrund erfolgt und könne daher nach § 812 I BGB zurückgefordert werden. Aus der Verweisung des § 439 IV BGB auf § 346 I BGB könne die Beklagte keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung herleiten. Die Vorschrift des § 439 IV BGB enthalte keine Rechtsfolgenverweisung auf § 346 I, 2. Alt. BGB (Herausgabe von tatsächlich gezogenen Nutzungen). Die Begründung des Gesetzgebers für eine Verpflichtung des Käufers, im Falle der Ersatzlieferung eine Nutzungsentschädigung zu zahlen, überzeuge nicht. Es sei nicht gerechtfertigt, im Falle einer Ersatzlieferung alle aus dem Rücktritt resultierenden Rechtsfolgen anzuwenden. Zwar habe der Käufer bei der Ersatzlieferung dadurch einen Vorteil, dass er anstelle der ursprünglichen Sache nun eine neue ungebrauchte Sache mit einer neuen Gewährleistungsfrist erhalte und grundsätzlich mit einer längeren Lebensdauer der Ware rechnen könne. Dem Verkäufer bleibe als Nachteil eine unverkäufliche, weil mangelbehaftete Sache, allerdings behalte er den vollen Kaufpreis und damit den eigentlichen Gewinn. Im Falle des Rücktritts stelle sich die Situation für den Verkäufer deutlich ungünstiger dar. Er müsse nicht nur die mangelhafte Ware behalten, sondern zusätzlich noch den im Kaufpreis enthaltenen Gewinn herausgeben. Demgegenüber erhalte der Käufer den vollen Kaufpreis zurück und könne sich von seinem Vertragspartner lösen. Nur in diesem Fall sei es interessengerecht, wenn der Käufer eine Nutzungsentschädigung zahle. Auch wenn der Beklagten somit im Falle der Ersatzlieferung kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zustehe, sei der auf § 2 II Nr. 1 UKlaG gestützte Unterlassungsantrag unbegründet, weil das Verhalten der Bekl. nicht gegen eine Vorschrift verstoße, die dem Schutz der Verbraucher diene.

II. Entscheidung des BGH

Die Entscheidung über den vom Klä. geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Betrages in Höhe von 67,86 € hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Bekl. im Rahmen der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung berechtigt war, von der Käuferin – einer Verbraucherin – Wertersatz für die Nutzung des ursprünglich gelieferten mangelhaften Backofens in der Zeit von August 2002 bis zur Rückgabe im Januar 2004 zu verlangen.

1. Anspruch auf Nutzungsersatz gem. §§ 346 I, II 1 Nr. 1 BGB

Nach dem nationalen deutschen Recht hat der Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung einen Anspruch aus § 439 IV BGB in Verbindung mit § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB auf Wertersatz für die Vorteile, die der Käufer aus dem Gebrauch der mangelhaften Sache bis zu deren Austausch gezogen hat. Dies gilt auch dann, wenn

der Käufer – wie hier – ein Verbraucher (§ 13 BGB) ist.

a. Verweisung des § 439 IV BGB dem Wortlaut nach

§ 439 IV BGB bestimmt, dass der Verkäufer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache "nach Maßgabe der §§ 346 bis 348" verlangen kann. Diese Verweisung schließt nach ihrem Wortlaut und nach dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten eindeutigen Willen des Gesetzgebers auch den in § 346 I BGB geregelten Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen bzw. – soweit die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist – auf Wertersatz nach § 346 II Nr. 1 BGB ein. Auch im nationalen rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird die Verweisung überwiegend in diesem Sinne verstanden (MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 439 Rdnr. 17; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 56; Bam-berger/Roth/Faust, BGB, § 439 Rdnr. 32; Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 439 Rdnr. 11; Jauernig/Berger, BGB, 11. Aufl., § 439 Rdnr. 18; Graf von Westphalen in Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 439 Rdnr. 36; Tonner/Echtermeyer in Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, Das neue Schuldrecht, 2003, § 439 Rdnr. 20; P. Huber in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 13 Rdnr. 55; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 326; Buck in Westermann, Das Schuldrecht 2002, 2002, S. 138 f.; Jacobs in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 392 f.; Eckert, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Rdnr. 176; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdnr. 432 ff.; Kandler, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 552 ff.; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 30. Aufl., § 4 Rdnr. 42; Westermann, JZ 2001, 530, 537; ders., NJW 2002, 241, 249; Reischl, JuS 2003, 667 f.; Fest, NJW 2005, 2959; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2060; Schürholz, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 79 ff., 83; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 103 f.; Feuersänger, MDR 2004, 922; Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1379).

b. Ansicht des Schrifttums

Im deutschen Schrifttum ist diese Auffassung allerdings nicht unumstritten. Nach der Gegenmeinung soll der Käufer im Falle der Ersatzlieferung nicht zum Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Kaufsache verpflichtet sein (Palandt/Putzo, BGB, 65. Aufl., § 439 Rdnr. 25; Oechsler, Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, 2003, S. 147; AnwKomm-Büdenbender, 2005, § 439 Rdnr. 43; Schulz, Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG, 2002, S. 507; Winkelmann in Schimmel/Buhlmann, Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 538 ff.; MünchKommBGB/S. Lorenz, aaO, Vor § 474 Rdnr. 19; Gsell, NJW 2003, 1969; dies., JuS 2006, 203; Roth, JZ 2001, 475, 489; Schwab, JuS 2002, 630, 636; Ball, NZV 2004, 217, 221 f.; Schulze/Ebers, JuS 2004, 366, 369 f.; Rott, BB 2004, 2478; Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349; Saenger/Zurlinden, EWiR 2005, 819; Woitkewitsch, VuR 2005, 1; Wagner/Michal, ZGS 2005, 368; dies., VuR 2006, 46; Muthorst, ZGS 2006, 90; Brömmelmeyer, JZ 2006, 493, 498 f.; Beck, JR 2006, 177). Zur Begründung wird unter anderem angeführt, die Verweisung in § 439 IV BGB auf die §§ 346 bis 348 BGB sei teleologisch entsprechend zu reduzieren (Wagner/Michal, aaO; Schwab, aaO; Muthorst, aaO; Saenger/Zurlinden, aaO; Winkelmann, aaO). Gemäß § 446 S. 2 BGB gebühre die Nutzung der Kaufsache von Anfang an dem Käufer, der dafür auch den Kaufpreis gezahlt habe (Gsell, NJW 2003, 1969 ff.; dies., JuS 2006, 203, 204; Schwab, aaO; Hoffmann, aaO; Woitkewitsch, aaO). Anders als im Falle des Rücktritts verbleibe bei einer Ersatzlieferung der Kaufpreis einschließlich der daraus gezogenen Nutzungen dem Verkäufer (Gsell, aaO). Wollte man einseitig nur den Käufer zur Herausgabe der Nutzungen verpflichten, liefe dies auf eine ungerechtfertigte Besserstellung des schlechtleistenden Verkäufers hinaus (Wagner/Michal, VuR 2006, 46, 48; dies., ZGS 2005, 368, 372; Brömmelmeyer, aaO, S. 495).

c. Ansicht des erkennenden Senats

Der Senat teilt die von den Vertretern der Mindermeinung erhobenen Bedenken gegen die einseitige Belastung des Käufers mit einer Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen der mangelhaften Kaufsache. Er sieht jedoch keine Möglichkeit, die unangemessene gesetzliche Regelung im Wege der Auslegung zu korrigieren. Dem steht neben dem eindeutigen Wortlaut insbesondere der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte eindeutige Wille des Gesetzgebers entgegen. In der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 IV BGB:

"Ebenso wie bisher § 480 I 2 in Verbindung mit § 467 S. 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 IV, 346 I RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll. Von Be-

deutung ist die Nutzungsherausgabe ohnehin nur in den Fällen, in denen der Käufer die Sache trotz der Mangelhaftigkeit noch nutzen kann." (BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.).

Dieser nach der Gesetzesbegründung eindeutige Wille des Gesetzgebers hat in der Formulierung des § 439 IV BGB und der uneingeschränkten Bezugnahme auf die §§ 346 bis 348 BGB seinen Niederschlag gefunden. Hätte der Gesetzgeber entgegen seiner im Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck gebrachten Absicht in § 439 IV BGB allein die Rückgabe der mangelhaften Sache selbst regeln wollen, wäre zumindest die Verweisung auf § 347 BGB, der ausschließlich die Frage der Nutzungen (und Verwendungen) regelt, entbehrlich gewesen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Formulierung der Vorschrift des § 439 IV BGB nicht der aus der Gesetzbegründung hervorgehenden Absicht des Gesetzgebers entspräche, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung auch einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Eine einschränkende Auslegung des § 439 IV BGB dahin, dass die Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften nicht auch einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsvergütung begründet, widerspräche somit dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers. Eine solche Auslegung ist unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht zulässig (BVerfGE 71, 81, 105; 95, 64, 93). Die Möglichkeit der Auslegung endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (BVerfGE 18, 97, 111; 98, 17, 45; 101, 312, 319).

2. Zweifel an der Vereinbarkeit

Der Senat hat aber Zweifel, ob die Vorschrift des § 439 IV BGB in ihrer den Senat bindenden Auslegung mit der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. Nr. L 171/12 vom 07.07.1999, im Folgenden: Richtlinie) in Einklang steht, nach deren Art. 3 II bis IV die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes (auch) durch Ersatzlieferung für den Verbraucher unentgeltlich sein und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss.

a. Keine Differenzierung Verbraucher / Unternehmer

§ 439 IV BGB differenziert nicht danach, ob der Käufer Verbraucher im Sinne des Art. 1 II lit. a der Richtlinie ist und der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft (Art. 1 II lit. c der Richtlinie). Die Verpflichtung, dem Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Kaufsache zu leisten, trifft daher auch Käufer, die – wie im vorliegenden Fall – als Verbraucher Verbrauchsgüter von einem beruflich oder gewerblich tätigen Verkäufer erworben haben.

b. Ansicht des Schrifttums

Ob § 439 IV BGB mit der Richtlinie zu vereinbaren ist, ist im nationalen rechtswissenschaftlichen Schrifttum umstritten.

aa. Vereinbarkeit gegeben

Einer verbreiteten Meinung zufolge steht Art. 3 II bis IV der Richtlinie einem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz nicht entgegen (Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO; Palandt/Putzo, aaO; Bamberger/Roth/Faust, aaO; Jauernig/Berger, aaO; P. Huber in Huber/Faust, aaO, Rdnr. 56; Reinking/Eggert, aaO; Buck in Westermann, aaO; Jacobs in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, aaO; Kandler, aaO, S. 557 ff.; Schürholz, aaO; Oechsler, aaO; Fest, aaO, S. 2961; Wagner/Michal, VuR 2006, 46, 48; Tiedtke/Schmitt, aaO). Begründet wird dies mit der Erwägung, Art. 3 II bis IV der Richtlinie regele nur die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes durch Lieferung einer neuen Sache. Die Zahlung einer Nutzungsvergütung sei demgegenüber nicht als Gegenleistung für die Ersatzlieferung anzusehen, sondern betreffe nur die Modalitäten der Herausgabe der mangelhaften Sache im Einzelnen; derartige Abwicklungsfragen unterfielen der Richtlinie nicht. Eine Verpflichtung des Verbrauchers zur Herausgabe von Nutzungen widerspreche auch nicht dem Sinn und Zweck der Richtlinie. Diese verlange unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes Nr. 15 nur, den Verbraucher von den Kosten, nicht aber von sämtlichen Nachteilen und Unannehmlichkeiten der Nacherfüllung freizustellen.

bb. Keine Vereinbarkeit

Nach der Gegenansicht ist ein Anspruch des Verkäufers auf Zahlung einer Nutzungsvergütung nicht mit Art. 3 II bis IV der Richtlinie vereinbar (MünchKommBGB/S. Lorenz, aaO; Winkelmann in Schimmel/Buhlmahn, aaO; Roth, aaO; Hoffmann, aaO; Gsell, NJW 2003, 1969, 1973 f.; Rott, aaO; Ball, aaO; Schulze/Ebers, aaO; Woitkewitsch, aaO, S. 4; Brömmelmeyer, aaO, S. 498 f.; wohl auch Schulz, aaO; Saenger/Zurlinden, aaO, S. 820). Diese Auffassung sieht in der Nutzungsvergütung der Sache nach ein Entgelt für die Wertsteigerung und die Verlängerung der Gebrauchsdauer, in deren Genus der Käufer durch die Ersatzlieferung einer neuen Sache komme. Zudem werde der Verbraucher unter Umständen an der Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs gehindert, da er Voraussetzungen und Höhe des Nutzungsersatzes nur schwer einschätzen oder die zum Kaufpreis hinzutretende Nutzungsvergütung nicht aufbringen könne und deshalb möglicherweise von einem berechtigten Verlangen nach Ersatzlieferung Abstand

nehmen werde. Sofern in einem solchen Falle der Mangel allein durch Ersatzlieferung behebbar und der Verkäufer dazu nur gegen Nutzungsersatz verpflichtet sei, könne dies zur Folge haben, dass der Verbraucher leer ausgehe, weil er wegen des Vorrangs der Nacherfüllung auch die sekundären Käuferrechte – Vertragsauflösung (Rücktritt), Minderung, Schadensersatz statt der Leistung – nicht geltend machen könne.

c. Rechtsansicht des Senats

Diese Bedenken sind auch nach der Auffassung des Senats nicht von der Hand zu weisen. Nach Art. II 2 der Richtlinie hat der Verbraucher im Falle einer Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes. Dementsprechend sieht Art. 3 III der Richtlinie einen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung oder unentgeltliche Ersatzlieferung vor. Ziel dieser Regelung ist es, den Verbraucher durch die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung so zu stellen, als hätte der Verkäufer das Verbrauchsgut ursprünglich in vertragsgemäßem Zustand geliefert. In diesem Falle hätte der Verbraucher als Gegenleistung für das Verbrauchsgut in vertragsgemäßem Zustand allein den Kaufpreis aufzubringen gehabt. Schon von diesem Ansatz her betrachtet könnte die Belastung des Verbrauchers mit einer zum Kaufpreis hinzutretenden weiteren Zahlungspflicht, die den Verbraucher allein deswegen treffen soll, weil der Verkäufer das Verbrauchsgut nicht in vertragsgemäßem Zustand geliefert hat, und von deren Erfüllung der Verkäufer die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchgutes soll abhängig machen dürfen, Art. 3 II und III der Richtlinie widersprechen. Der Senat hält es auch nicht für richtig, die Frage der Nutzungsvergütung losgelöst von der Lieferung einer vertragsgemäßen Ersatzsache und damit als einen Gegenstand zu betrachten, der außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie läge. Denn die Frage, ob der Verbraucher dem Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung für die Nutzung des nicht vertragsgemäßen Verbrauchsgutes Wertersatz schuldet, betrifft nicht allein die Rückgabe des nicht vertragsgemäßen Verbrauchsguts. Als bloße Rückgabemodalität lässt sich eine Verpflichtung des Käufers zum Nutzungsersatz nach nationalem Recht nicht begründen. Die Nutzungen der gekauften Sache stehen gemäß § 446 S. 2 BGB von der Übergabe an dem Käufer zu. Das kann bei einer mangelhaften (nicht vertragsgemäßen) Kaufsache nicht anders sein als bei einer mangelfreien. Bei isolierter Betrachtung der Rückgabe der mangelhaften Sache an den Verkäufer ließe sich auch keine Begründung dafür finden, weshalb der Käufer entgegen § 446 S. 2 BGB für die ihm gebührenden Nutzungen Wertersatz an den Verkäufer sollte leisten müssen. Dass der Käufer durch die Ersatzlieferung eine neue, noch nicht benutzte Sache erhält, hat nicht zur Folge, dass er die ursprünglich gelieferte, mangelhafte Sache, für die er als Gegenleistung den – dem Verkäufer samt Nutzungen verbleibenden – Kaufpreis gezahlt hat, unentgeltlich auf Kosten des Verkäufers genutzt hat (so aber die Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aaO S. 233). Als im Rückblick unentgeltlich würde sich die Nutzung der ursprünglich gelieferten, mangelhaften Sache durch den Käufer nur unter der Voraussetzung darstellen, dass der Kaufpreis als Gegenleistung nicht für diese, sondern für die ersatzweise gelieferte neue Sache anzusehen wäre. Diese Sichtweise, von der der deutsche Gesetzgeber sich offenbar hat leiten lassen, entspricht jedoch nicht dem Willen und der Vorstellung der Vertragsparteien und erscheint dem Senat darüber hinaus auch im Hinblick auf Art. 3 II und III der Richtlinie problematisch. Eine Verpflichtung des Verbrauchers, dem Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung für die Nutzung des nicht vertragsgemäßen Verbrauchsgutes Wertersatz zu leisten, lässt sich nach Auffassung des Senats weder mit Art. 3 IV der Richtlinie noch mit deren Erwägungsgrund 15 begründen (so aber die Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aaO). Art. 3 IV der Richtlinie stellt nur klar, dass der Begriff "unentgeltlich" in den Absätzen II und III die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten "umfasst"; daraus lässt sich nicht herleiten, dass dem Verbraucher zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands anders geartete Zahlungen abverlangt werden dürften. Nach dem Erwägungsgrund 15 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass "eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann", um der Benutzung der Ware durch den Verbraucher Rechnung zu tragen. Diese Formulierung macht deutlich, dass der Erwägungsgrund sich auf die Vertragsaufhebung (den Rücktritt), nicht aber auf die – mit dem Rücktritt nicht vergleichbare – Er-satzlieferung bezieht, bei der es eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung nicht gibt, der Kaufpreis vielmehr mitsamt den daraus gezogenen Nutzungen dem Verkäufer verbleibt.

d. Erhebliche Unannehmlichkeit

Sollte der Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Ersatzlieferung beim Verbrauchsgüterkauf einem Anspruch des Verkäufers auf Zahlung einer Nutzungsvergütung nicht entgegenstehen, stellt sich die weitere Frage, ob eine entsprechende Zahlungspflicht des Verbrauchers als eine erhebliche Unannehmlichkeit im Sinne des Art. 3 III Satz 3 der Richtlinie anzusehen ist. Dafür könnte die Erwägung sprechen, dass ein Verbraucher, der befürchten muss, bei längerer Gebrauchsdauer eine im Verhältnis zum Kaufpreis nicht unerhebliche Nutzungsvergütung an den Verkäufer zahlen zu müssen, sich im Hinblick darauf unter Umständen gezwungen sehen wird, sich mit einer (unentgeltlichen) Nachbes-

serung des Verbrauchsgutes zufrieden zu geben oder auf seine ihm durch Art. 3 II der Richtlinie eingeräumten Rechte gänzlich zu verzichten.

e. Vorabentscheidung durch den EuGH

Die Entscheidung darüber, ob die Bestimmungen des Art. 3 II bis IV der Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie der in § 439 IV in Verbindung mit §§ 346 bis 348 BGB statuierten Verpflichtung des Verbrauchers entgegenstehen, dem Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung Wertersatz für die Nutzung des ursprünglich gelieferten Verbrauchsgutes zu leisten, ist gemäß Art. 234 EG dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten. Der Rechtsstreit ist daher auszusetzen, und die vorbezeichnete Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist dem Gerichthof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Standort: Schuldrecht Problem: Verletzung von Aufklärungspflichten

BGH, URTEIL VOM 19.05.2006
V ZR 264/05 (NJW 2006, 3139)

Problemdarstellung:

Die Klä. verlangt von den Bekl. als Gesamtschuldner die Anpassung des Vertrages unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB wegen der Verletzung einer Aufklärungspflicht. In der Anlage zum Projektübernahmevertrag wurde der von der Klä. vorfinanzierte Grundstückskaufpreis für das "Objekt N" versehentlich mit 306.775,13 € angegeben. Tatsächlich hatte die Klä. jedoch den gesamten Kaufpreis in Höhe von 818.067,01 € vorfinanziert. Die Differenz zwischen dem vorfinanzierten Kaufpreis und dem in dem Vertrag genannte Kaufpreis wird nunmehr im Rahmen einer vorzunehmenden Vertragsanpassung geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem OLG zugelassene Revision der Klä., mit welcher diese die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils anstrebt.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung des quasi-vertraglichen Anspruchs der culpa in contrahendo gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB bereitet Studenten und Referendaren bisweilen Schwierigkeiten. Hier war die c.i.c. im Hinblick auf die Verletzung einer Aufklärungspflicht zu prüfen. Diese Entscheidung ist wegen der Ausführungen zu den Rechtsfolgen der c.i.c. lesenswert. Grds. kann die geschädigte Partei nur Ersatz des sog. Vertrauensschadens verlangen. Der Geschädigte ist also so zu stellen, wie er bei Offenbarung der für seinen Vertragsschluss maßgeblichen Umstände stünde. Nur in sehr besonders gelagerten Fällen kann der zu ersetzende Schaden auch das sog. Erfüllungsinteresse umfassen. Dies ist nur dann der Fall, wenn für den Geschädigten bei erfolgter Aufklärung ein günstigerer Vertrag zu Stande gekommen wäre. Für diese Tatsache ist jedoch der Geschädigte beweisbelastet. Im vorliegenden Fall blieb der Klä. beweisfällig.

Weiterhin ist interessant, dass der erkennende Senat sodann eine Anpassung des Vertrages gem. § 242 BGB prüft. Die Beteiligten müssen sich bei den Vertragsverhandlungen redlich verhalten, d.h. dass auch die Interessen der anderen Partei zu berücksichtigen sind. Daraus kann auch die Pflicht erwachsen, die andere Partei auf einen Irrtum, hier auf einen Berechnungsfehler, aufmerksam zu machen. Folge aus dem unredlichen Verhalten einer Vertragspartei ist, dass die irrende Partei nicht an der abgegebenen Erklärung festgehalten werden darf, sondern dass diese aus dem gleichwohl zu Stande gekommenen Vertrag entlassen muss. Nur im Ausnahmefall kann eine Anpassung verlangt werden. Dies ist insb. dann der Fall, wenn beide Parteien einen bestimmten Berechnungsmaßstab zur Grundlage der Vereinbarung gemacht haben. Ein solcher Umstand war hier nicht geben, so dass die Revision ohne Erfolg blieb.

Vertiefungshinweise:

❑ Verletzung einer Aufklärungspflicht: *OLG Köln*, RA 2005, 404; *Gröschler*, NJW 2005, 1601 ff.

❑ Zum Verhältnis des neuen Gewährleistungsrechts zum Haftungssystem des allg. Schuldrechts: *Köster*, JURA 2005, 145 ff.

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Mieser Klebstoff"

❑ *Assessorkurs:* "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze:

Nach einer Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen steht dem Geschädigten kein Anspruch auf Anpassung des Vertrags zu. Er hat lediglich das Recht, an dem für ihn ungünstigen Vertrag festzuhalten und den verbliebenen Vertrauensschaden zu liquidieren.

Zur Berechnung dieses Restvertrauensschadens ist der Geschädigte so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen; ihm ist dann der Betrag zu ersetzen, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat. Auf den Nachweis, dass die andere Vertragspartei sich da-

rauf eingelassen hätte, kommt es dabei nicht an.
Als Folge einer Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss kann der Geschädigte auch so zu stellen sein, als habe er mit dem anderen Teil einen für ihn besseren Vertrag geschlossen. Das setzt aber voraus, dass ein solcher Vertrag bei erfolgter Aufklärung zustande gekommen wäre, was der Geschädigte darzulegen und zu beweisen hat.

Sachverhalt:
Die Klä., eine mit den Immobilienaktivitäten des Konzerns befasste Tochtergesellschaft der B. gesellschaft B. , verlangt von den Bekl. als Gesamtschuldnern im Zusammenhang mit einem Projektübernahmevertrag über die aufgrund dieses Vertrags geleisteten Zahlungen hinaus Zahlung weiterer 511.291,88 €. Einer Tochtergesellschaft der Klä. gehörten die Geschäftsanteile der Ba. GmbH - Bau-, Sanierung-, Stadtentwicklungsprojekte (fortan Ba.), deren Mitgeschäftsführer der Bekl. zu 3 bis zu seinem Ausscheiden war. Er leitete in dieser Eigenschaft eine Niederlassung der Ba. in R .. Die Ba. plante und entwickelte seit 1999 zwei Nahversorgungszentralen in N. und H.. Beide Vorhaben wurden federführend von dem Bekl. zu 3 betreut. Objektgesellschaft für das Vorhaben in N. ist die Bekl. zu 1, die für das Vorhaben in N. ein bebautes Grundstück zum Preis von 1,6 Mio. DM erwarb. Die Bekl. zu 1 wurde dabei durch den Bekl. zu 3 vertreten. Infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten kam es zu einer Umstrukturierung im Konzern der Klä., in deren Verlauf die Ba. liquidiert wurde. Der Bekl. zu 3 wurde am 09.10.2001 als Geschäftsführer dieser Gesellschaft abberufen, sein Geschäftsführervertrag zum 31.03.2002 gekündigt. Die Klä. kam mit dem Bekl. zu 3 überein, dass dieser das Projekt in N. übernimmt und auf eigene Rechnung fertig stellt. Dazu sollte er die Bekl. zu 1 erwerben. Außerdem sollte die Bekl. zu 2 als Komplementärin in die Bekl. zu 1 eintreten. Für den Erwerb sollten der Klä. von den Bekl. als Gesamtschuldnern die Aufwendungen erstattet werden, die sie finanziert hatte. In einem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 21./26. März 2002, an dem unter anderen die Klä. und die Bekl. beteiligt waren, heißt es dazu:
II. § 3 (1) Da die .. und die T. GmbH & Co KG über keine eigene Mittel verfügen, sind die Projekte … und N. in der Vergangenheit durch die I. -/Ba. -Gruppe, insbesondere die Ba. GmbH und die I. I. und B. AG [d. i. die Klägerin], finanziert worden. Die von der I. -/Ba. -Gruppe finanzierten Beträge sind in Anlage 3 aufgeführt; sie belaufen sich für das Projekt N. auf EURO 3.475.554,49 und …
(2) Die in Abs. 1 genannten Verbindlichkeiten der … und der T. GmbH & Co KG gegenüber der I. -/Ba. -Gruppe sind nebst 5% Zinsen p. a. ab dem Stichtag auf das in Abschnitt I § 4 Abs. 2 genannte Konto der Ba. Objekt- und Baubetreuung GmbH als Zahlstelle zu überweisen, die die weitere Verteilung an die kreditgebenden Gesellschaften der I. -/Ba. -Gruppe übernimmt. Für die entsprechenden Zahlungspflichten der … und der T. GmbH & Co KG übernehmen die Käufer die gesamtschuldnerische Mithaftung."
In der erwähnten Anlage 3 dieses Vertrags wird der von der Klä. vorfinanzierte Grundstückkaufpreis für das Objekt N. mit 306.775,13 € angegeben. Tatsächlich hatte die Klä. jedoch den gesamten Kaufpreis in Höhe von 1,6 Mio. DM (= 818.067,01 €) vorfinanziert. Die Differenz ist Gegenstand der auf Verschulden bei Vertragsschluss gestützten Klage.
Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem OLG zugelassene Revision der Klä., mit welcher diese die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils anstrebt.

Aus den Gründen:
I. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Nach Ansicht des BerGer. steht der Klä. der geltend gemachte Anspruch schon deshalb nicht zu, weil sie nicht den Nachweis erbracht habe, dass die Bekl. bereit gewesen wären, das Objekt auch zu dem höheren Kaufpreis zu übernehmen. Dem Geschädigten sei das Interesse an der Erfüllung des nicht zustande gekommenen Vertrags nur zu ersetzen, wenn im Einzelfall feststehe, dass die Vertragspartner ohne das schuldhafte Verhalten statt des abgeschlossenen einen anderen, für den Geschädigten günstigeren Vertrag geschlossen hätten. Diesen Nachweis habe die Klä. weder geführt noch in beachtlicher Weise angetreten. Er sei nur bei Kauf- und Werkverträgen entbehrlich, wenn eine Aufklärung des Käufers oder Bestellers über Mängel unterblieben sei und dieser im Ergebnis zu teuer erworben habe. In solchen Fällen sei der Erwerber nach der sog. Minderungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch ohne einen entsprechenden Nachweis so zu stellen, als habe er einen entsprechend niedrigeren Erwerbspreis vereinbart. Damit sei der vorliegende Fall aber nicht zu vergleichen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision:
Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

1. Kein Zahlungsanspruch aus Kauf- und Abtretungsvertrag
Aus dem Kauf- und Abtretungsvertrag 21./26. März 2002 ergibt sich ein weitergehender Zahlungsanspruch der Klä. nicht.

a. Zahlungsanspruch im Wege der Auslegung ableitbar?
Die Vorinstanzen sind beide unausgesprochen davon ausgegangen, dass die Bekl. aus Nr. II § 3 Abs. 2 des Vertrags nur den in Absatz 1 dieser Vertragsbestimmung bezifferten Betrag zu zahlen haben. Mit der von

der Revision aufgeworfenen Frage, ob sich hieraus im Wege der Auslegung ein weitergehender Zahlungsanspruch ableiten lässt, haben sie sich nicht befasst. Dies kann der Senat nachholen, da die Feststellung weiterer für die Auslegung dieser Vertragsbestimmung heranzuziehender Umstände nicht zu erwarten ist.

b. Keine Verpflichtung zur Zahlung ersichtlich
Die Auslegung ergibt, dass keine Verpflichtung der Bekl. zur Erstattung der von der Klä. tatsächlich aufgewandten Kosten besteht, sondern nur eine Verpflichtung zur Zahlung des in Absatz 1 der Vertragsbestimmung und in Anlage 3 zu dem Vertrag bezifferten Betrags.

aa. Objektiver Erklärungsgehalt, §§ 133, 157 BGB
Nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt besagt Nr. II § 3 I und II des Vertrags, dass die Bekl. für die Übernahme des Projekts in N. 3.475.554,49 € zahlen sollen. Die Klä. wollte zwar erreichen, dass ihr für die Übernahme des Projekts in N. der ihr tatsächlich entstandene Aufwand ersetzt wird. Dieses Ziel kommt in Nr. II § 3 I 1 der Vertragsbestimmungen auch andeutungsweise zum Ausdruck. Die Parteien haben es aber hierbei nicht belassen. Sie haben die Ermittlung dieses Aufwands nicht späterer Klärung überlassen. Dieser ist vielmehr in der Anlage 3 des Vertrags zusammengestellt und durch Verweis auf diese Anlage in Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 1 der Klausel auch verbindlich festgelegt worden. Dies ergibt sich daraus, dass ohne jede Einschränkung auf die Anlage verwiesen und der sich hieraus ergebende Gesamtbetrag als derjenige Betrag in dem Vertragstext bezeichnet wird, auf den sich die zu erstattenden Aufwendungen belaufen. Das lässt keinen Raum für die nachträgliche Geltendmachung in der Anlage vergessener Positionen. Maßgeblich ist daher, was die Revision auch nicht in Abrede stellt, der in Absatz 1 Satz 2 der Vertragsbestimmung und in der Anlage 3 bestimmte Gesamtbetrag für das Projekt N. .

bb. Keine Falschbezeichnung
Diese Angabe kann entgegen der Ansicht der Revision auch nicht als unschädliche Falschbezeichnung für den von der Klägerin angestrebten Zahlungsbetrag verstanden werden.

(1) Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB
Zwar geht ein von dem objektiven Erklärungsinhalt einer Formulierung übereinstimmend abweichendes Verständnis der Vertragsparteien nach §§ 133, 157 BGB dem objektiven Erklärungsinhalt vor (falsa demonstratio non nocet: Senatsurt. v. 20.11.1987, V ZR 171/86, NJW-RR 1988, 265; v. 07.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038, 1039; RGZ 99, 147, 148). Dazu reicht es aus, wenn die eine Vertragspartei ihrer Erklärung einen von dem objektiven Erklärungsinhalt abweichenden Inhalt beimisst und die andere dies erkennt und hinnimmt (Senatsurt. v. 20.11.1992, V ZR 122/91, NJW-RR 1993, 373; Urt. v. 07.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2001, 1038, 1039; RGZ 66, 427, 429). So liegt es hier nicht. Die Parteien haben in die Vertragsklausel den Betrag übernommen, der sich für das Projekt N. aus der Anlage 3 ergab. Dass die Parteien eine andere als die dem Vertrag als Anlage 3 beigefügte Anlage gemeint haben, zeigt die Revision nicht auf.

(2) Vorliegen eines Berechnungsfehlers
Die Klä. hat vielmehr bei der Berechnung ihrer Aufwendungen statt des gesamten Kaufpreises für das Projektgrundstück in N. von 1,6 Mio. DM nur den in dem Kaufvertrag für den Grund und Boden ausgewiesenen Betrag von 600.000 DM angesetzt. Ein solcher Berechnungsfehler kann zwar unter dem Gesichtspunkt einer versehentlichen Falschbezeichnung unschädlich sein. Das setzt aber voraus, dass die betragsmäßig festgelegte Zahlungsverpflichtung nach den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen das Ergebnis der Addition bestimmter Einzelposten (OLG Frankfurt am Main WM 2001, 565) oder einer in dem Vertrag festgelegten Methode zur Berechnung dieser Verpflichtung (Palandt-Heinrichs, § 119 Rn 20; Wieser NJW 1972, 708, 711; vgl. auch BGHZ 154, 276, 281 f.) sein soll (Staudinger/Singer, BGB [2004], § 119 Rn 54; Fleischer RabelsZ 65 (2001) S. 263, 268). Das ist hier nicht der Fall. Zwar sollte die in Nr. II § 3 Abs. 1 der Vereinbarung bestimmte Summe das Ergebnis der Addition der in Anlage 3 aufgeführten Positionen sein. Diese Addition ist aber zutreffend. Falsch ist der in der Anlage angesetzte Preis für das Grundstück. Welche Positionen in die Anlage aufgenommen werden sollten und wie sie zu ermitteln sind, haben die Parteien indessen weder in noch neben dem Vertrag vom 21./26.03.2002 verabredet. Der Bekl. hat die Anlage auch nicht als Ergebnis einer ihm erkennbar gewordenen und von ihm hingenommenen Berechnung der Klä. akzeptiert. Im Verlauf der Vertragsverhandlungen bestand zwar zunächst grundsätzliches Einvernehmen darüber, dass der von der Klä. vorfinanzierte Aufwand bei der Übernahme des Projekts in N. ersetzt werden sollte. Wie hoch dieser Aufwand war und aus welchen Einzelpositionen er sich zusammensetzte, dazu hatten die Parteien aber, was die Revision nicht in Abrede stellt, unterschiedliche Vorstellungen. Deshalb konnte sich die Klä. auch nicht mit ihrem Vorschlag durchsetzen, diese Kosten in dem Vertrag nicht abschließend festzulegen, sondern erst nach Abschluss des Vertrags verbindlich zu ermitteln. Die Parteien haben sich vielmehr in den Verhandlungen auf die jetzt in Anlage 3 des Vertrags enthaltene Aufstellung und den sich daraus ergebenden Gesamtbetrag geeinigt und diesen in dem Vertrag verbindlich festgelegt. Dieser Betrag stellt sich deshalb nicht als fehlerhafte Bezeichnung des Betrags dar, den die Klä. hatte ermitteln wol-

len, sondern als die zutreffende Angabe der Zahlungsverpflichtung, auf die sich der Bekl. zu 3 einlassen wollte. Das schließt die Annahme einer unschädlichen Falschbezeichnung aus (Staudinger/Singer, aaO, § 119 Rdn. 54 a. E.; Fleischer RabelsZ 65 [2004], 263, 272).

2. Anspruch gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB

Auch aus dem Gesichtspunkt einer Pflichtverletzung bei Vertragsverhandlungen (§§ 280 I, 241 II und 311 II BGB) kann die Klä. Zahlung nicht verlangen.

a. Bestehen einer Aufklärungspflicht ist zweifelhaft

Zweifelhaft ist schon, ob die Bekl. eine ihnen gegenüber der Klä. obliegende Pflicht zur Aufklärung verletzt haben.

aa. Aufklärung nach der Verkehrsauffassung zu erwarten?

Zwar besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Beteiligten entgegengesetzte Interessen verfolgen, eine Pflicht, die andere Vertragspartei über solche Umstände aufzuklären, die den von ihr verfolgten Vertragszweck vereiteln und für ihren Entschluss zum Vertragsschluss von wesentlicher Bedeutung sind, wenn sie eine solche Unterrichtung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (Senatsurt. v, 02.03.1979, V ZR 157/77, NJW 1979, 2243; v. 25.06.1982, V ZR 143/81, WM 1982, 960, 961; Hagen/Brambring/Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 8. Aufl., Rdn. 210). Das ist aber gewöhnlich nur bei Umständen der Fall, die die andere Vertragspartei nicht kennt und auch nicht kennen kann (Senatsurt. v. 12.01.2001, V ZR 322/99, BGH-Report 2001, 362; Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 573) oder die sie nicht durchschaut (BGH, Urt. v. 15.04.1997, IX ZR 112/96, NJW 1997, 3230, 3231; Senatsurt. v. 15.03.2002, V ZR 293/00, unveröff., Umdruck S. 8).

bb. Aufklärungspflicht über den Kaufpreis wohl abzulehnen

Weshalb der Kaufpreis für das Grundstück, auf dem das Objekt errichtet werden sollte, zu den aufklärungspflichtigen Umständen gehören sollte, erschließt sich im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres. Er machte zwar einen erheblichen Teil der für die Übernahme des Objekts durch die Bekl. zu ersetzenden Aufwendungen aus. Er war der Klä. aber genauso bekannt wie dem Bekl. zu 3, weil sie den Vertrag genehmigen musste und ihr damaliger Vorstandsvorsitzender diese Genehmigung erteilt hat. Zudem hat die Klä. den Kaufpreis selbst finanziert und gezahlt. Sie war deshalb in der Lage, den dafür aufgewandten Betrag anhand ihrer eigenen Buchhaltungsunterlagen zu ermitteln. Die Notwendigkeit einer genauen Prüfung war ihr auch bewusst, da der Bekl. zu 3 darauf bestand, den zu ersetzenden Aufwand in dem Vertrag verbindlich und abschließend festzulegen. Ob sich unter diesen Umständen ein Wissensvorsprung des Bekl. zu 3 als Grundlage seiner Aufklärungspflicht damit begründen lässt, dass er die für das Projekt zuständige Niederlassung der Ba. geleitet hat, ist zweifelhaft, bedarf indes keiner Entscheidung.

b. Frage des Bestehens einer Pflichtverletzung kann letztlich offen bleiben

Auch bei Annahme einer Pflichtverletzung könnte die Klägerin von den Beklagten jedenfalls nicht Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen, das sie hier geltend macht.

aa. Grds.: Vertrauensschaden ist zu erstatten

Nach einer Pflichtverletzung bei Vertragsverhandlungen kann die geschädigte Vertragspartei grundsätzlich nur Ersatz des Vertrauensschadens verlangen (BGHZ 114, 87, 94; 142, 51, 62; BGH, Urt. v. 06.06.2000, XI ZR 235/99, ZfIR 2001, 286, 288; Senatsurt. v. 06.04.2001, V ZR 394/99, NJW - 2001, 2875, 2876). Der Geschädigte ist danach so zu stellen, wie er bei Offenbarung der für seinen Vertragsentschluss maßgeblichen Umstände stünde (Senatsurt. v. 08.10.1993, V ZR 146/92, NJW-RR 1994, 76, 77; v. 06.04.2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876). Wäre der Vertrag infolge der Pflichtverletzung nicht oder zu anderen Bedingungen zustande gekommen, steht dem Geschädigten entgegen der in der Literatur geteilten (Erman/Kindl, BGB, 11. Aufl., § 311 Rdn. 43; MünchKomm-BGB/Emmerich, 4. Aufl., § 311 Rdn. 242 f.; Palandt-Heinrichs,§ 311 Rn 59) Annahme des Berufungsgerichts kein Anspruch auf Anpassung des Vertrags zu. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs räumt ihm lediglich das Recht ein, an dem für ihn ungünstigen Vertrag festzuhalten. Geschieht das, reduziert sich der zu ersetzende Vertrauensschaden auf die berechtigten Erwartungen des Geschädigten, die durch den zustande gekommenen Vertrag nicht befriedigt werden (Stoll JZ 1999, 95; Anm. zu BGH, Urt. v. 24.06.1998, XII ZR 126/96, JZ 1999, 93 = NJW 1998, 2900; ders. Festschrift für Riesenfeld [1983] S. 275, 284 f.). Es geht dann nicht darum, den Vertrag an die neue Situation anzupassen, sondern nur darum, den so reduzierten Vertrauensschaden zu berechnen (trotz missverständlicher Formulierung in der Sache ebenso BGH, Urt. v. 24.06.1998, XII ZR 126/96, NJW 1998, 2900). Das geschieht bei einem Kaufvertrag in der Weise, dass der Geschädigte so behandelt wird, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen (BGHZ 69, 53, 58; Urt. v. 11.02.1999, IX ZR 352/97, NJW 1999, 2032, 2034; Senatsurt. v. 06.04.2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876). Schaden ist danach der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat (BGHZ 114, 87, 94; Senatsurt. v. 06.04.2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876). Da es nur um

die Bemessung des verbliebenen Vertrauensschadens und nicht um die Frage einer Anpassung des Vertrags geht, braucht der Geschädigte auch nicht nachzuweisen, dass sich der Vertragspartner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte (BGHZ 69, 53, 58; 114, 87, 94; Senat, Urt. v. 26.01.1996, V ZR 42/94, NJW-RR 1996, 690; Urt. v. 06.04.2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876; a. M. Anw-Komm-BGB/Krebs, § 311 Rdn. 82 f.; Lorenz NJW 1999, 1001). Die Liquidation eines ihr verbliebenen Restvertrauensschadens strebt die Klägerin aber nicht an. Sie will nicht an dem geschlossenen Vertrag festhalten, sondern so gestellt werden, als wäre es ihr gelungen, mit den Beklagten einen Vertrag abzuschließen, der sie verpflichtet, ihr den gesamten Kaufpreis für das Projektgrundstück zu erstatten. Sie macht damit nicht ein Vertrauens-, sondern ihr Erfüllungsinteresse geltend.

bb. Ausn.: Erfüllungsinteresse ist erstattungsfähig

Der als Folge einer Pflichtverletzung bei Vertragsschluss zu ersetzende Schaden kann unter besonderen Umständen zwar auch ein solches Erfüllungsinteresse umfassen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass bei erfolgter Aufklärung ein für den Geschädigten günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre (BGHZ 108, 200, 207 f.; Urt. v. 24.06.1998, XII ZR 126/96, NJW 1998, 2900, 2901; RGZ 97, 336, 339; 159, 33, 57; MünchKomm-BGB/Emmerich, aaO, § 311 Rdn. 240; Palandt/Heinrichs, aaO, § 311 Rdn. 58). Dann kann der Geschädigte verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er diesen günstigeren Vertrag geschlossen hätte. Das aber hat der Geschädigte darzulegen und zu beweisen (BGH, Urt. v. 24.06.1998, XII ZR 126/96, NJW 1998, 2900, 2901). Auf diesen Nachweis kann entgegen der Ansicht der Revision, die sich dazu auf Schrifttum stützen kann (vgl. Erman/Kindl, aaO, § 311 Rdn. 43 a. E.), auch nicht mit Rücksicht auf die dargestellte sog. Minderungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs verzichtet werden. Es geht in dieser Konstellation nicht um die Berechnung des tatsächlich eingetretenen Vertrauensschadens, sondern um die Feststellung, ob der Geschädigte durch die Pflichtverletzung einen Erfüllungsschaden erlitten hat, weil ihm ein günstigerer Vertrag entgangen ist. Davon kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Wäre die aufklärungspflichtige Vertragspartei ihrer Pflicht nachgekommen, hätte sie die andere auf ihren Irrtum aufmerksam gemacht und diese einen höheren Preis gefordert. Die aufklärungspflichtige Partei ist indes auch nach erfolgter Aufklärung nicht gehindert, den eigenen Erwerbsentschluss mit Rücksicht auf den höheren Preis zu überdenken und ggf. auch von dem Erwerb Abstand zu nehmen. Sie mag im Einzelfall den Vertrag auch zu für sie ungünstigeren Bedingungen geschlossen haben. Das aber hat der Geschädigte darzulegen und ggf. zu beweisen. An beidem fehlt es. Die Klä. verweist zwar darauf, dass der Bekl. zu 3 das von ihm als Niederlassungsleiter entwickelte Projekt in N. nicht verloren geben wollte und über eine Kreditzusage verfügte, die auch den tatsächlich gezahlten Kaufpreis für das Grundstück abdeckte. Das besagt aber nichts darüber, wie die Verhandlungen verlaufen wären, wenn der Bekl. zu 3 die Klä. auf den Irrtum bei der Berechnung ihrer Aufwendungen für das Projektgrundstück hingewiesen hätte. Zum einen hat der Bekl. zu 3 nach seinem von der Revision zitierten Schreiben vom 3. August 2001 für die Fortführung des Projekts nicht nur die Möglichkeit gesehen, es von der Klägerin zu übernehmen, sondern auch eine Möglichkeit, sein privates Interesse bei der Stadt anzumelden, wie es dort heißt. Zum anderen hat die Klä. in den Vertragsverhandlungen ihr wesentliches Gestaltungsziel, nämlich eine der Nachberechnung zugängliche Festlegung der Erstattungspflicht der Bekl., gegen den Bekl. zu 3 nicht durchsetzen können. Selbst die Vertragsbestandteil gewordene Anlage hat der Bekl. zunächst nicht akzeptiert. Was ihn hätte veranlassen sollen, eine wesentlich weitergehende Erstattungsverpflichtung einzugehen, hat die Klä. auch unter Berücksichtigung ihrer Verhandlungssituation nicht substantiiert dargelegt. Jedenfalls hat sich das BerGer. von der Richtigkeit ihrer Darstellung nicht überzeugen können. Diese tatrichterliche Würdigung ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden.

3. Kein Anspruch auf Vertragsanpassung, § 242 BGB

Der Klägerin steht schließlich auch kein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 242 BGB zu.

a. Bei Ausnutzen eines Irrtums: Pflicht zur Entlassung des Irrenden aus dem Vertrag

Zutreffend geht die Revision allerdings davon aus, dass sich die Beteiligten an Vertragsverhandlungen redlich zu verhalten und nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 242 BGB) auch die Interessen der anderen Beteiligten zur berücksichtigen haben (BGHZ 60, 221, 224; Urt. v. 04.10.1979, VII ZR 11/79, NJW 1980, 180). Das kann auch dazu verpflichten, die andere Vertragspartei auf einen Irrtum aufmerksam zu machen (BGHZ 139, 177, 184; BGH, Urt. v. 04.10.1979, VII ZR 11/79, NJW 1980, 180; Urt. v. 19.12.1985, VII ZR 188/84, NJW-RR 1986, 569). Geschieht das nicht, wird der Irrtum der anderen Vertragspartei vielmehr treuwidrig ausgenutzt, so führt dies aber nur dazu, dass diese Vertragspartei die irrende Vertragspartei nicht an ihrer Vertragserklärung festhalten darf, sondern aus einem gleichwohl zustande gekommenen Vertrag entlassen muss (BGHZ 46, 268, 273; 139, 177, 184; BGH, Urt. v. 04.10.1979, VII ZR 11/79, NJW 1980, 180; Urt. v. 20.03.1981, V ZR 71/80, NJW 1981, 1551, 1552 [Senat]; Urt. v. 13. 07.1995, VII ZR 142/94, NJW-RR 1995, 1360). Das aber strebt die Klägerin nicht an.

b. Kein Anspruch auf Erhöhung der Aufwendungen
Sie verlangt von den Beklagten vielmehr, an dem Vertrag festzuhalten und den Umfang der danach zu erstattenden Aufwendungen unter Berichtigung ihres Kalkulationsfehlers zu erhöhen. Ein solcher Anspruch lässt sich nur unter besonderen, hier aber nicht gegebenen Umständen auf § 242 BGB stützen.

aa. Berechnung nicht Grundlage beider Parteien für den Vertrag
Solche Umstände können etwa anzunehmen sein, wenn die eine Vertragspartei sich die unrichtige Kalkulation der anderen soweit zu eigen gemacht hat, dass eine Verweigerung der Anpassung gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) verstieße (Urt. v. 13.07.1995, VII ZR 142/94, NJW-RR 1995, 1360; Palandt/Heinrichs, aaO, § 119 Rdn. 21a a. E.). Entsprechendes kann gelten, wenn beide Parteien einen bestimmten Berechnungsmaßstab zur Grundlage ihrer Vereinbarung gemacht haben (BGHZ 46, 268, 273; BGH, Urt. v. 13.07.1995, VII ZR 142/94, NJW-RR 1995, 1360). So liegt es hier nicht. Die Parteien hatten, wie ausgeführt, unterschiedliche Vorstellungen über Inhalt und Umfang der Anlage 3 und haben sich schließlich auf ihren Vertragsbestandteil gewordenen Inhalt geeinigt. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beklagten an dieser Vereinbarung festhalten.

bb. Keine Gefährdung eines übervertraglichen Ziels
Eine Vertragspartei kann auch verpflichtet sein, einer Erhöhung ihrer versehentlich zu niedrig angesetzten Zahlungsverpflichtung zuzustimmen, wenn mit dem Vertrag ein gemeinsames, über den Leistungsaustausch hinausgehendes Ziel verfolgt wird, das nur bei Zugrundelegung der richtigen Kalkulationsgrundlagen zu erreichen ist (Senatsurt. v. 19.11.1971, V ZR 103/69, NJW 1972, 152, 153 f.; v. 20.03.1981, V ZR 71/80, NJW 1981, 1551, 1552). Das gemeinsame Ziel, das die Parteien hier verfolgt haben, mag die Verwirklichung des Projekts in N. gewesen sein, aus dem sich die Klägerin wegen der wirtschaftlichen Bedrängnis, in die sie geraten war, zurückziehen wollte. Zweifelhaft ist aber schon, ob dazu eine Übernahme des Projekts von der Klägerin zwingend erforderlich war oder die Fortführung des Projekts auch auf andere Weise erreichbar gewesen wäre. Jedenfalls ließ sich die Übernahme des Projekts auch mit der tatsächlich vereinbarten niedrigeren Erstattungspflicht der Beklagten erreichen. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Klägerin nicht ihre Entlassung aus dem Vertrag, sondern lediglich eine ergänzende Zahlung anstrebt.

cc. Vertrag wäre bei Kenntnis nicht so abgeschlossen worden
Fehlen solche Umstände, kommt eine Vertragsanpassung nach Treu und Glauben nur in Betracht, wenn feststeht, dass die andere Vertragspartei den Vertrag auch mit dem berichtigten Inhalt abgeschlossen hätte (Senatsurt. v. 20.03.1981, V ZR 71/80, NJW 1981, 1551, 1552; BGH, Urt. v. 13.07.1995, VII ZR 142/94, NJW-RR 1995, 1360). Das ist aber, wie ausgeführt, nicht der Fall.

III. Kostenentscheidung
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Standort: Schuldrecht — Problem: Zuvielforderung und Verzug

BGH, URTEIL VOM 12.07.2006
X ZR 157/05 (NJW 2006, 3271)

Problemdarstellung:
Die Klä. hat den bekl. Grundstückseigentümer auf rückständiges Straßenreinigungsentgelt nebst Verzugszinsen in Anspruch genommen. Die Parteien streiten inzwischen nur noch über einen Teil der Zinsen. Erhoben wurden die Kosten für das Grundstück der Bekl. "Waldpark Wuhlheide" für die Jahre 1998 bis 2002, welches durch die Bekl. als Grünanlage, als Privatstraße und Forst genutzt wird. Fällig waren die Ansprüche jeweils am 31.12.2001 sowie am 30.06.2002. Mit Sondergutschriften vom 22.04.2003 ermäßigte die Klä. wegen rückwirkend verringerter Tarife ihre Rechnungen für den fraglichen Zeitraum. Der Bekl. zahlte auf alle Rechnungen nur Teilbeträge. Von der Klä. auf den Rest verklagt, wandte der Bekl. ein, er nutze das Grundstück teilweise als Forst, wodurch er als Eigentümer gem. § 7 V BerlStrRG von dem Straßenreinigungsentgelt befreit sei. Dies hatte die Klä. bei der Rechnungslegung nicht berücksichtigt.

Das Landgericht gab dem Bekl. insoweit Recht, als die Entgelte für die Teilbereiche, die als Forst genutzt wurden, entfielen. Allerdings wurden die Entgelte für die Nutzung des Grundstücks als Grünfläche bzw. Privatstraße zuerkannt. Verzugszinsen hat das Landgericht der Klä. erst ab Zustellung des Mahnbescheids zugesprochen. Nur hinsichtlich der Verzugszinsen hat die Klä. Berufung eingelegt. Die Klä. begehrte Verzugszinsen bereits ab dem 01.01.2002 bzw. ab dem 01.07.2002 im Hinblick auf die in den Rechnungen bestimmten Fälligkeitsdaten. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klä. in der Revision.

Prüfungsrelevanz:
Die Entscheidung richtet sich im Kern um die Frage, ab wann die verzugsbegründenden Umstände gegeben sind. Grds. ist dazu ein fälliger, einredefreier An-

spruch, eine Mahnung (bzw. eine Ausnahme davon nach § 286, II, III BGB), die Nichterbringung der Leistung im Anschluss an die Mahnung und ein Verschulden diesbezgl., § 286 I 1, IV BGB erforderlich. Die Verzugsfrage stellt sie in Klausuren bei nahezu jedem Anspruch, insb. bei Ansprüchen auf Geldzahlung.

Die hier besprochene Entscheidung ist interessant, weil der BGH ausführliche Anmerkungen zu den Verzugsvoraussetzungen bei einer Geldforderung vornimmt. Hierbei nimmt er insbesondere zur Möglichkeit einer zeitlichen Bestimmung i.S.d. § 286 II Nr. 1 BGB durch den Gläubiger in der Rechnungslegung Stellung. Zwischen Zugang der Rechnung und dem bestimmten Zeitpunkt für die Leistung muss dem Schuldner jedoch eine angemessen Überprüfungsfrist eingeräumt werden. Darüber hinaus beschäftigt sich der BGH mit der Frage, wann Ausnahmetatbestände vom Verzug trotz Vorliegen der verzugsbegründenden Merkmale anzunehmen sind. Eine Ausnahme kommt dann in Betracht, wenn eine übermäßige Zuvielforderung seitens des Gläubigers vorliegt. Diese war hier nicht gegeben, da zwar die Hauptforderung nicht in vollem Umfang bestand. Jedoch stand sie dem Gläubiger noch in Höhe von 60 % zu. Daher nahm der BGH an, dass es sich insoweit nicht um eine erhebliche Zuvielforderung handelte. Der zweite Ausnahmefall, der hier durch den BGH überprüft wurde, war der Umstand der rückwirkenden Herabsetzung der Hauptforderung durch den Gläubiger aufgrund veränderter Tarife. Aber auch hierin sah der BGH keine Verletzung des dem Gläubiger zustehenden Leistungsbestimmungsrechts gem. § 315 III BGB. Es gab auch keine Anhaltspunkte für eine unwirksame Leistungsbestimmung gem. § 315 III 2 BGB.

Abschließend beschäftigt sich der BGH noch mit der Frage, inwieweit der Schuldner einwenden könne, er sei davon ausgegangen, die Hauptforderung bestehe nicht. Hier werden dem Schuldner hohe Sorgfaltspflichten auferlegt und er trägt grundsätzlich das Risiko eines Rechtsirrtums. Nur wenn der Schuldner nach juristischer Beratung und intensiver Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht vom Bestand der Forderung auszugehen brauchte, ist ein solcher Irrtum beachtlich. Diese Voraussetzungen lagen hier jedoch nicht vor.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Verzug: *BGH*, RA 2003, 530 = NJW 2003, 1601; *OLG Karlsruhe*, RA 2005, 156 = NJW 2005, 515

❑ Zu Leistungsbestimmungen: *BGH*, NJW 1992, 183; *BGH*, NJW 2003, 1449; *Stappert*, NJW 2003, 3177

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

❑ *Examenskurs:* "Bruce Backwards"

❑ *Assessorkurs:* "Wer nicht zahlt, der fliegt ... "

Leitsätze:

Für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schuldner trotz einer Zuvielforderung des Gläubigers in Verzug gerät, gelten auch im Falle eines durch Überschreitung der kalendermäßig bestimmten Leistungszeit herbeigeführten Verzuges die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof zum Verzug durch eine Zuvielmahnung entwickelt hat. Dem Zahlungsverzug des Kunden eines Versorgungsunternehmens, der nicht bis zu der in der ursprünglichen Rechnung genannten Leistungszeit bezahlt hat, steht nicht entgegen, dass das Versorgungsunternehmen seine Tarife und infolgedessen seine Rechnungen nachträglich herabgesetzt hat. Denn dies ändert nichts daran, dass die ursprünglichen Tarife bis zu ihrer Änderung gültig und deshalb die darauf beruhenden Rechnungsbeträge bis dahin geschuldet waren. Etwas Anderes gilt nur im Sonderfall einer unbilligen Leistungsbestimmung (§ 315 III 2 BGB).

Sachverhalt:

Die Klä., eine Anstalt des öffentlichen Rechts, welche die Abfallentsorgung und Straßenreinigung im Land Berlin betreibt, hat den beklagten Grundstückseigentümer, das Land Berlin, auf rückständiges Straßenreinigungsentgelt für die Jahre 1998 bis 2002 nebst Verzugszinsen in Anspruch genommen. Die Parteien streiten inzwischen nur noch über einen Teil der Zinsen. Die Klä. hatte dem Bekl. für das 1.137.251 qm große Grundstück "Waldpark Wuhlheide" mit Rechnungen vom 14.12.2001 für das Jahr 1998 558.208,28 €, für 1999 554.595,39 €, für 2000 540.057,76 € und für 2001 517.471,96 € in Rechnung gestellt, die laut Vermerk auf den Rechnungen jeweils am 31.12.2001 fällig sein sollten, sowie mit Rechnung vom 17.01.2002 für das Jahr 2002 509.943,36 €, fällig zum 30.06.2002. Mit Sondergutschriften vom 22.04.2003 ermäßigte die Klä. wegen rückwirkend geänderter Tarife ihre Rechnungen für 1999 auf 482.455,99 €, für 2000 auf 477.918,36 €, für 2001 auf 455.503,14 € und für 2002 auf 448.031,40 €. Der Bekl. zahlte auf alle Rechnungen jeweils nur Teilbeträge. Von der Klä. auf den Rest verklagt, hat er unter anderem eingewandt, dass Teile seines Grundstücks als Forst genutzt würden, weshalb er gemäß § 7 V StrRG Berlin, wonach Eigentümer von Grundstücken, die als Forst genutzt werden, vom Entgelt befreit sind, für das ganze Grundstück nichts zu bezahlen brauche. In diesem Punkt hat das Landgericht ihm teilweise Recht gegeben und der Klä. Entgelt nur für die nicht forstlich, sondern als Grünfläche oder Privatstraße genutzten

Grundstücksteile zur Größe von 726.087 qm zuerkannt. Verzugszinsen hat das Landgericht der Klä. erst ab Zustellung des Mahnbescheids am 14.06.2003 zugesprochen. Nur insoweit hat die Klä. Berufung eingelegt, mit der sie im Hinblick auf die in ihren Rechnungen bestimmten Fälligkeitsdaten ihren Anspruch auf Zinsen schon ab 01.01 bzw. ab 01.07.2002 weiterverfolgt hat. Die Berufung ist vom Berufungsgericht zurückgewiesen worden. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klä..

Aus den Gründen:

Die Revision hat im Wesentlichen Erfolg. Der Anspruch der Klä. auf Verzugszinsen ist aufgrund des zum Teil durch Mahnung, zum Teil durch Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender herbeigeführten Verzuges des Bekl. begründet (§§ 288 I 1, 284 I 1, II 1 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung - im Folgenden: a.F.; Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB).

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat einen Verzug des Bekl. aufgrund der in den Rechnungen genannten Fälligkeitsdaten wegen eines entschuldigenden Rechtsirrtums des Bekl. abgelehnt. Die Klä. habe erstmalig unter dem 14.12.2001 bzw. 17.01.2002 für die Jahre ab 1998 Beträge in Rechnung gestellt, von denen nunmehr rechtskräftig feststehe, dass sie überhaupt nur in Höhe von zwei Dritteln berechtigt seien. Der Bekl. sei damals nicht in der Lage gewesen, die tatsächlich geschuldeten Entgelte festzustellen. Zum einen seien später nicht unerhebliche Korrekturen der Rechnungshöhe wegen nachträglicher Tarifänderungen erfolgt, zum anderen habe die Klä. die Herausrechnung der Waldstücke erst im Verlauf des vorliegenden Prozesses akzeptiert. Vergeblich berufe sich die Klä. darauf, dass der Bekl. zumindest eigene Berechnungen unter Abzug der Forstflächen hätte anstellen müssen. Dies sei dem Bekl. in Anbetracht der Tatsache, dass über die richtige Entgelthöhe noch ein langwieriger Prozess vor dem Landgericht geführt worden sei, nicht möglich und auch nicht zumutbar gewesen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Einseitiges Bestimmungsrecht der Klä. bzgl. der Leistungszeit, §§ 316 I, 315 BGB

Wie das BerGer. nicht verkannt hat, war die Klä. berechtigt, in ihren Rechnungen die Leistungszeit nach dem Kalender zu bestimmen und so gemäß § 284 II 1 BGB a.F. (jetzt: § 286 II Nr. 1 BGB) zu bewirken, dass der Bekl. mit dem Ablauf dieser Leistungszeit ohne Mahnung in Verzug geriet. Grundsätzlich erfordert die Bestimmung der Leistungszeit zwar eine Vereinbarung der Vertragsparteien. Der erkennende Senat hat indessen bereits klargestellt, dass auch ein einseitiges Bestimmungsrecht des Gläubigers nach §§ 316 I, 315 BGB in Betracht kommt und dass der Klägerin ein solches einseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich der Leistungszeit zusteht. Dabei kann die Klägerin die Festlegung der Leistungszeit nicht etwa nur in Form von Allgemeinen Leistungsbedingungen vornehmen, sondern auch individuell in Einzelfällen, wenn die in ihren Leistungsbedingungen enthaltenen Fälligkeitstermine mangels rechtzeitiger Rechnungstellung bereits verstrichen sind. Dann kann die Klä. die Leistungszeit auch in ihren Rechnungen bestimmen (Urt. v. 15.02.2005 - X ZR 87/04, NJW 2005, 1772). Das hat sie hier getan. In ihren Rechnungen hieß es zwar: "Der Betrag in EUR ist wie folgt fällig: Fällig am ...". Damit wollte die Klä. aber erkennbar nicht im buchstäblichen Sinne des Wortes "Fälligkeit" den Zeitpunkt bestimmen, von dem ab der Gläubiger, die Leistung fordern kann, sondern den Zeitpunkt, bis zu dem der Schuldner leisten soll. Die Klä. setzte dem Bekl. also ein Zahlungsziel.

2. Wirksamkeit der Bestimmung bzgl. der Leistungszeit

Gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung der Leistungszeit bestehen bei der Rechnung vom 17.01.2002, fällig zum 30.06.2002, keine Bedenken. Hinsichtlich der Rechnung vom 14.12.2001 wendet der Bekl. hingegen zu Recht ein, dass er die ihm obliegende Berechnung des nach Abzug der Forstflächen geschuldeten Entgelts nicht in der Zeit zwischen dem Empfang der Rechnung am 21.12 und der darin genannten Leistungszeit, dem 31.12, bewerkstelligen konnte. In diesen Zeitraum fielen nur zwei Werktage, nämlich der 27. und der 28.12. Diese reichten für die vom Bekl. anzustellenden Ermittlungen und Berechnungen ersichtlich nicht aus. Infolgedessen war die Bestimmung der Leistungszeit unbillig und damit unwirksam (§ 315 III 2 BGB), so dass der Bekl. nicht aufgrund kalendermäßiger Bestimmung der Leistungszeit in Verzug geraten konnte. Stattdessen trat jedoch Verzug durch Mahnung ein (§§ 284 I 1 BGB a.F.; jetzt: § 286 I 1 BGB). In der einseitigen Bestimmung eines Zahlungsziels durch den Gläubiger liegt eine Mahnung (vgl. Staudinger/Bittner, BGB (2004), § 271 Rdn. 19; Staudinger/Löwisch aaO § 286 Rdn. 68), wenn - wie hier - der Gläubiger den Schuldner auffordert, die Rechnung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu begleichen, und damit die für eine Mahnung erforderliche eindeutige Leistungsaufforderung zum Ausdruck bringt (Staudinger/Löwisch § 286 Rdn. 41). Der Wirksamkeit dieser Mahnung steht nicht entgegen, dass sie im Text der Rechnung stand, welche Voraussetzung für die Fälligkeit der Entgeltforderung war (Sen.Urt. NJW 2005, 1772). Denn die Mahnung kann mit der Erklärung verbunden werden, welche die Fälligkeit erst herbeiführt. Der durch die Mahnung be-

wirkte Verzug des Bekl. trat allerdings nicht schon am Tage nach Fristablauf, dem 01.01.2002, ein, weil zu diesem Zeitpunkt noch das Verschulden des Bekl. fehlte (§ 285 BGB a.F.; jetzt: § 286 IV BGB). Da die Klägerin in ihrer Rechnung Entgelt auch für die Waldflächen forderte, die nach der rechtskräftigen Entscheidung des Landgerichts aufgrund einer Ausnahmevorschrift vom Entgelt befreit waren, war der Bekl. zunächst durch eine von ihm nicht zu vertretende Ungewissheit über Bestehen und Umfang seiner Schuld an der Leistung verhindert. Ihm war eine angemessene Frist zur Überprüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Ansprüche der Klä. zuzubilligen (Staudinger/Löwisch § 286 Rdn. 144, 147); denn er musste aus ihren Rechnungen erst den Waldanteil herausrechnen, bevor er zahlen konnte. Hierfür angemessen war eine Frist von zwei normalen, nicht durch Festtage geschmälerten Wochen, das heißt von zehn Werktagen. Ein verzugsbegründendes Verschulden des Bekl. konnte erst mit Ablauf der angemessenen Frist eintreten, also am 12.01.2002.

3. Verschulden des Bekl. gegeben, § 276 I 1 BGB

Der Ansicht des BerGer., Verzug scheitere insgesamt am fehlenden Verschulden des Bekl., weil dieser seinerzeit die tatsächlich von ihm geschuldete Entgelthöhe nicht habe ermitteln können, kann nicht beigetreten werden. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung wegen eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB a.F.; jetzt: § 286 IV BGB). Zu vertreten hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 I 1 BGB). Hier handelte der Bekl. zumindest fahrlässig, also unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 I 2 BGB a.F.; jetzt: § 276 II BGB), als er die Forderungen der Klä. auch, soweit sie berechtigt waren, zum Teil nicht bezahlte.

a. Keine Entlastung des Bekl. durch nachträgliche Sondergutschriften

Der vom BerGer. als Entschuldigungsgrund angesehene Umstand, dass die Klä. die anfänglichen Rechnungssummen später durch Sondergutschriften herabsetzte, nachdem am 31.03.2003 die Tarife für die Jahre 1999 bis 2002 mit Rückwirkung abgesenkt worden waren, vermag den Bekl. nicht zu entlasten. Dem Zahlungsverzug des Kunden eines Versorgungsunternehmens, der nicht bis zu der in der ursprünglichen Rechnung genannten Fälligkeitszeit bezahlt hat, steht nicht entgegen, dass das Versorgungsunternehmen seine Tarife und infolgedessen seine Rechnungen nachträglich herabsetzt. Denn dies ändert nichts daran, dass die ursprünglichen Tarife bis zu ihrer Änderung gültig und deshalb die darauf beruhenden Rechnungsbeträge geschuldet waren. Etwas anderes gilt nur in dem Sonderfall einer unbilligen Leistungsbestimmung (§ 315 III 2 BGB), der durch eine nachträgliche Tarifermäßigung aber nicht indiziert wird und im Übrigen hier schon deshalb nicht angenommen werden kann, weil der Bekl. die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung nicht erhoben hat. Es ist somit davon auszugehen, dass bis zu der Tarifänderung keine Zuvielforderung der Klä. vorlag. Deshalb stellt sich an dieser Stelle auch nicht die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Zuvielforderung des Gläubigers den Verzugseintritt hindert. Denn eine Zuvielforderung liegt insoweit nicht vor.

b. Keine Entlastung des Bekl. durch Zuvielforderung der Klä.

Die Nichtzahlung des Bekl. wird ebenso wenig dadurch entschuldigt, dass die Klä. ihm auch für die mit Wald bestandenen Teilflächen das Reinigungsentgelt in Rechnung stellte, obwohl diese gemäß der Ausnahmevorschrift des § 7 V StrRG Berlin davon befreit waren. Insoweit lag eine Zuvielforderung vor, jedoch hätte der Bekl. den berechtigten Teil der Rechnungen gleichwohl fristgerecht begleichen müssen.

aa. Geltung der Grundsätze des BGH

Für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schuldner trotz einer Zuvielforderung des Gläubigers in Verzug gerät, gelten auch im Falle eines durch Überschreitung der kalendermäßig bestimmten Leistungszeit herbeigeführten Verzuges die Grundsätze, die der BGH zum Verzug durch eine Zuvielmahnung entwickelt hat. Denn in beiden Fällen geht es gleichermaßen darum, ob die Säumnis des Schuldners wegen der teilweise fehlenden Berechtigung des vom Gläubiger geltend gemachten Leistungsanspruchs entschuldigt ist.

bb. Zuvielforderung berührt den Verzug nicht

Nach der Rechtsprechung des BGH stellt eine Zuvielforderung die Wirksamkeit der Mahnung und damit den Verzug hinsichtlich der verbleibenden Restforderung nicht in Frage, wenn der Schuldner die Erklärung des Gläubigers nach den Umständen des Falles als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (Urt. v. 25.06.1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115 m.w.N; v. 28.01.2000 - V ZR 252/98, WM 2000, 586). So lag es hier, wo der Bekl. mit Rücksicht darauf, dass die Klä. erkennbar auf Liquidität angewiesen war und deshalb in jedem Fall den berechtigten Teil ihrer Rechnungen bis zum angegebenen Fälligkeitsdatum bezahlt sehen wollte und in diesem Zusammenhang auch zur Annahme einer geringeren Leistung als gefordert bereit war, wie die Tatsache zeigt, dass sie die von dem Bekl. erbrachten Teilleistungen nicht zurückwies. Allerdings kann eine unverhältnismäßig hohe, weit übersetzte Zuvielforderung den zu Recht angemahnten Teil so in den

Hintergrund treten lassen, dass dem Schuldner kein Schuldvorwurf zu machen ist, wenn er sich nicht als wirksam gemahnt ansieht. Am Verschulden fehlt es auch dann, wenn der Schuldner die wirklich geschuldete Forderung nicht allein ausrechnen kann, weil sie von ihm unbekannten internen Daten des Gläubigers abhängt (BGH, Urt. v. 13.11.1990 - XI ZR 217/89, NJW 1991, 1286; v. 09.02.1993 - XI ZR 88/92, NJW 1993, 1260).

cc. Kein Ausnahmetatbestand ersichtlich

Jedoch kommt keiner dieser beiden Entschuldigungsgründe dem Bekl. zugute. Um eine weit übersetzte Forderung, die den berechtigten Teil in den Hintergrund treten ließ, handelte es sich nicht, weil die Rechnungen der Klä. auch unter Berücksichtigung der Entgeltfreiheit der Waldflächen noch zu 64 % berechtigt waren. Der Bekl. konnte dies auch ohne unzumutbare Mühe selbst errechnen. Da er das Größenverhältnis der Waldflächen zum Gesamtgrundstück anhand des Liegenschaftskatasters ermitteln konnte, hätte er die Rechnungsbeträge lediglich um den entsprechenden Bruchteil zu kürzen brauchen. Diese Berechnung hing nicht von internen, dem Bekl. nicht zugänglichen Daten der Klä. ab.

c. Nichtzahlung geht nicht auf unverschuldeten Rechtsirrtum zurück

Schließlich ist die Nichtzahlung des Bekl. auch nicht auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum zurückzuführen. Sollte das BerGer. mit seinem Hinweis, dass über die endgültige Entgelthöhe vor dem LG noch etwa ein Jahr lang gestritten worden sei, dem Bekl. einen Rechtsirrtum des Inhalts zugutegehalten haben, dass er wegen der teilweise forstlichen Nutzung für das Gesamtgrundstück kein Entgelt zahlen müsse, so hätte ein solcher Irrtum den Bekl. nicht entlastet, weil er nicht unverschuldet gewesen wäre. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH fordert der Geltungsanspruch des Rechts grundsätzlich, dass der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt; an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind daher strenge Maßstäbe anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten (vgl. nur Urt. v. 04.07.2001 - VIII ZR 279/00, NJW 2001, 3114). Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (Urt. v. 18.04.1974 - KZR 6/73, NJW 1974, 1903, 1905; v. 26.01.1983 - IVb ZR 351/81, NJW 1983, 2318, 2321; v. 18.12.1997 - I ZR 79/95, NJW 1998, 2144, 2145; MünchKomm./Ernst, BGB, 4. Aufl., § 286 Rdn. 112). Im vorliegenden Fall hätten der Bekl. bzw. sein Prozessbevollmächtigter, für dessen Verschulden er nach § 278 BGB einzustehen hat, erkennen können, dass mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift des § 7 V StrRG Berlin, die Grundstücke mit Erholungswert privilegieren will, eine Auslegung dahin, dass bei einer lediglich teilweise forstlichen Nutzung des Grundstücks auch nur eine anteilige Entgeltbefreiung zuzubilligen ist, in Betracht kam. Der Bekl. musste daher mit der entsprechenden Gesetzesauslegung und Entscheidung des LG von vornherein rechnen. An die tatrichterliche Würdigung des BerGer., es habe sich um einen unverschuldeten Rechtsirrtum gehandelt, ist der Senat nicht gebunden, weil sie durch Rechtsfehler beeinflusst ist. Das BerGer. hat sich allein auf die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens gestützt, die indessen für die entscheidende Frage, ob der Bekl. mit der vom LG vorgenommenen Auslegung des § 7 V StrRG Berlin rechnen musste, nichts hergibt. Den sonstigen Prozessstoff hat das BerGer. unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht ausgeschöpft.

4. Anspruch der Klä. im Wesentlichen gegeben

Nach alledem war dem Anspruch der Klä. auf Verzugszinsen im Wesentlichen stattzugeben. Nur hinsichtlich der Differenz zwischen dem von der Klä. geltend gemachten Verzugsbeginn am 01.01.2002 und dem tatsächlichen Beginn am 12.01.2002 und hinsichtlich eines geringfügigen Minderbetrages der zu verzinsenden Hauptforderung - 231,32 € - war die Klage abzuweisen. Die Klä. hat Zinsen auf 538.123,85 € und weitere 115.903,39 €, insgesamt also auf 654.027,24 € verlangt. Das LG hat ihr indes nur 653.795,92 € zugesprochen.

5. Hilfsaufrechnung

Die vom Bekl. hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einer nach Abschluss des landgerichtlichen Verfahrens geleisteten Überzahlung von 1.510,32 € auf die Hauptforderung stellt neues Vorbringen dar, das im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden kann (§ 559 I ZPO). Als neue Tatsache ist es auch anzusehen, wenn sich die materielle Rechtslage durch Ausübung eines Gestaltungsrechts wie der Aufrechnung verändert hat (BGHZ 1, 234, 239).

6. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 II Nr. 1 ZPO.

Standort: Deliktsrecht Problem: Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

BGH, URTEIL VOM 18.07.2006
X ZR 142/05 (NJW 2006, 3268)

Problemdarstellung:

Die Klä. zu 1 macht eigene Ansprüche und Ansprüche ihres Ehemannes aus abgetretenem Recht geltend. Die Klä. zu 2 und 3 sind die Kinder der Klä. zu 1. Die Klage richtet sich gegen die bekl. Reiseveranstalterin wegen des Unfalltodes des dritten Kindes der Klä zu 1. Die Klä. begehren Schadensersatz und Schmerzensgeld für erlittene psychischen Beeinträchtigungen.

Während eines Familienurlaubes in Griechenland war der Sohn der Klä. zu 1 auf einer Wasserrutsche, die sich auf dem von der Bekl. angebotenen Hotelkomplex befand, tödlich verunglückt. Allerdings wurde die Rutsche ohne die erforderliche Baugenehmigung und auch ohne die erforderliche technische Abnahme aufgebaut und für die entgeltliche Nutzung durch die Hotelgäste freigegeben. Der Sohn bzw. Bruder der Klä. rutschte die Rutsche hinunter und wurde von den unter der Rutsche befindlichen Ansaugrohren, welche nicht durch ein Gitter geschützt waren, vom Arm bis zur Schulter angesaugt und konnte sich nicht befreien. Aufgrund dessen ertrank er in dem Schwimmbad. Das Besondere an dieser Fallgestaltung ist, dass die Bekl. die Wasserrutsche im Reisekatalog überhaupt nicht beworben hatte, da der Hotelelier diese erst nach dem Druck des Kataloges hatte errichten lassen.

Das Landgericht und das BerGer. hatten den Klägern gleichwohl neben dem materiellen Schadensersatz auch Schmerzensgeld in Höhe von jeweils 20.000 € zugesprochen. Hiergegen wendet sich die Bekl. in der Revision.

Prüfungsrelevanz:

Im vorliegenden Urteil befasst sich der zehnte Senat des BGH mit der deliktischen Haftung des Reiseveranstalters wegen der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht. Grundsätzlich wäre gemäß dem Anspruchsaufbau zunächst an eine etwaige vertragliche Haftung des Reiseveranstalters gem. §§ 651 a ff. BGB zu denken. Auf den hier zur Entscheidung stehenden Fall waren die Regelungen zum neuen Schuldrecht jedoch gem. Art. 229 § 8 I EGBGB nicht anzuwenden. In einer Klausur wäre die Haftung des Reiseveranstalters, insb. gem. § 651 f. BGB wegen eines Reisemangels gem. § 651 c BGB zu prüfen gewesen.

Die deliktische Haftung ist neben der vertraglichen Haftung anwendbar und wäre im Folgenden zu prüfen gewesen (Palandt-Sprau, § 651 f. Rn 1; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 59). Lesenswert ist die Entscheidung wegen der ausführlichen Herleitung des Bestehens und der Verletzung der Verkehrsicherungspflicht. Der Reisveranstalter übernimmt die Planung und die Durchführung der Reise und haftet daher für deren Erfolg. Dazu gehört nicht nur die sorgfältige Auswahl der Leistungsträger, insbesondere der Vertragshotels, sondern auch deren Überwachung durch den Reiseveranstalter. Also ist er für die Sicherheit der Hotels mitverantwortlich, mag auch die Verkehrssicherungspflicht primär den Hotelier treffen. Nimmt ein Reiseveranstalter ein Hotel unter Vertrag, so muss er sich stetig vergewissern, dass es einen ausreichenden Sicherheitsstandard bietet. Vorliegend hat die Bekl. die Überprüfung der Sicherheit der Rutsche nie vorgenommen, obwohl sie von deren Errichtung durch die örtliche Reiseleiterin Kenntnis hatte. Die Bekl. kann sich nicht dadurch entlasten, dass die Rutsche in ihrem Reiseprospekt nicht beworben und zudem entgeltlich ist. Die Rutsche befindet sich auf dem Hotelgrundstück, gleich neben den übrigen Spiel- und Sporteinrichtungen. Die Bekl. hätte sich jedenfalls von der Sicherheit und baurechtlichen Zulässigkeit der Rutsche überzeugen müssen, zumal sie allein ihrem äußeren Erscheinungsbild nach gefährlich war und der Bekl. entsprechende Lichtbilder vorlagen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *BGH*, RA 2006, 454 = NJW 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004, 320 = NJW, 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler); *Edenfeld*, VersR 2002, 272

❑ Zur Haftung eines Reiseveranstalters: *BGH*, RA 2003, 261 = NJW 2003, 743; *LG Düsseldorf*, NJW - RR 2003, 59; *LG Köln*, NJW - RR, 2004, 59

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:*"Der betrunkene Kranführer"

❑ *Assessorkurs:* "Der erschlichene LKW"

Leitsätze:

Die Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters erstreckt sich auch auf solche Einrichtungen des Vertragshotels, die er im Reisekatalog nicht erwähnt hat, sofern sie aus der Sicht des Reisenden als Bestandteil der Hotelanlage erscheinen. Dies gilt auch, wenn der Hotelbetreiber für die Benutzung der Einrichtung ein gesondertes Entgelt erhebt.

Sachverhalt:

Die Klä. zu 1, die eigene Ansprüche und abgetretene Ansprüche ihres Ehemanns geltend macht, und ihre beiden minderjährigen Söhne begehren von der beklagten Reiseveranstalterin wegen des Unfalltodes des dritten Sohns des Ehepaares und Bruders der Klä. zu 2 und 3 Schadensersatz und Schmerzensgeld für ihre

psychischen Beeinträchtigungen. Die Klä. buchte für sich, ihren Ehemann, und die drei Kinder - die am 6. April 1990 geborenen Zwillinge P. und E. und den ein Jahr älteren T. - im Januar 2001 bei der Bekl., die die Firma … Reisen betreibt, eine Pauschalreise in ein auf der griechischen Halbinsel … gelegenes Hotel vom 26. Juli bis 9. August 2001 zum Preis von 6.927,- DM. Inmitten des Hotelkomplexes befand sich eine große Wasserrutsche, die in der Beschreibung des Hotels im Katalog der Bekl. nicht erwähnt war. Der Hotelier hatte sie erst nach der im Januar 2001 erfolgten Fertigstellung des Katalogs errichtet und zu Beginn der Saison in Betrieb genommen. Die Wasserrutsche war von einem niedrigen Gitterzaun umgeben. Der Zugang erfolgte über eine ansteigende Rampe, die auf eine 9 m hoch gelegene Plattform führte, wo ein Hotelangestellter das vom Hotelier erhobene Benutzungsentgelt von umgerechnet 9,-- € pro Tag kassierte bzw. kontrollierte und von wo vier unterschiedlich ausgestaltete und gewendelte lange Rutschen hinunter in ein etwa 9 x 10 m großes Auffangbecken führten, an dessen gegenüberliegender Wand eine Ausstiegstreppe lag. In der Wand unter den Enden der Rutschen befanden sich unter Wasser die Öffnungen von mehreren Absaugrohren mit einem Durchmesser von jeweils 12 cm, durch die das Wasser aus dem Becken wieder hinauf zum Einstieg der Rutschen gepumpt wurde. Diese Rohröffnungen waren nicht mit Abdeckgittern versehen. Der Hotelier hatte für die Anlage keine Baugenehmigung eingeholt und die Anlage nicht von der zuständigen Behörde abnehmen lassen. Auch die Bekl. hatte die Wasserrutsche keiner Sicherheitsprüfung unterzogen. Am 1. August 2001 benutzten die Söhne der Klä. mit Erlaubnis der Eltern diese Wasserrutsche. Der elfjährige P. geriet mit dem rechten Arm, der bis zur Schulter angesaugt wurde, in ein Ansaugrohr, konnte sich nicht befreien und ertrank. Die zur Beaufsichtigung des Beckens eingesetzte zweite Hotelangestellte war zu dieser Zeit entweder abwesend oder bemerkte den Vorfall nicht. Wiederbelebungsversuche, an denen der Vater teilnahm, hatten keinen Erfolg. Der Hotelier, sein für den Betrieb der Wasserrutsche verantwortlicher Sohn und die Aufsichtskraft wurden drei Jahre später durch ein griechisches Gericht wegen fahrlässiger Tötung, der Hotelier außerdem wegen Bauens ohne Baugenehmigung, jeweils zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, die für den Hotelier in eine Geldstrafe umgewandelt und für die beiden anderen Verurteilten zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die Klä. zu 1, ihr Ehemann und die Klä. zu 2 und 3 leiden infolge des Todes von P. an posttraumatischen Belastungsstörungen mit Krankheitswert, die der ärztlichen Behandlung bedürfen. Mit ihrer Klage begehren die Klä. die Erstattung materiellen Schadens in Höhe von 3.054,84 €, ein angemessenes Schmerzensgeld für jedes Familienmitglied in der Größenordnung von 20.000,- € abzüglich der vom Haftpflichtversicherer der Bekl. bereits freiwillig geleisteten geringeren Beträge sowie schließlich die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für künftige materielle Schäden.

LG und BerGer. haben neben dem materiellen Schadensersatz ein Schmerzensgeld von jeweils 20.000,- € zugesprochen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt: Die Haftung der Bekl. ergebe sich aus §§ 823 I, 847 BGB a.F. Die Bekl. habe schuldhaft die sie als Reiseveranstalterin treffende Verkehrssicherungspflichten verletzt. Sie sei verpflichtet gewesen, die Wasserrutsche nach Inbetriebnahme auf etwaige Sicherheitsmängel zu überprüfen. Ein Reiseveranstalter müsse alle sicherheitsrelevanten Teile der Hotelanlage vor Vertragsschluss und in regelmäßigen Abständen während der Vertragsdauer durch einen sachkundigen und pflichtbewussten Beauftragten auf Sicherheitsrisiken hin überprüfen, und zwar auch Einrichtungen des Leistungsträgers, die zwar nur gegen gesonderte Vergütung zu benutzen, aber für die jeweilige Urlaubsart durchaus typisch und so in den Betrieb des Leistungsträgers integriert seien, dass sie sich bei natürlicher Betrachtungsweise aus der Sicht eines durchschnittlichen Reisenden als Teil seines Leistungsangebots darstellten. Das müsse für eine Freizeiteinrichtung wie die vorliegende, die integraler und wesentlicher Bestandteil des Hotelkomplexes sei, auch gelten, wenn sie im Katalog nicht gesondert erwähnt werde. Denn anderenfalls hätte es ein Reiseveranstalter in der Hand, sich seiner Überprüfungspflicht für möglicherweise riskante Einrichtungen des Leistungsträgers durch ein bloßes Nichterwähnen im Katalog zu entziehen. Falls dem Reiseveranstalter eine Feststellung von Risiken noch nicht möglich sei oder er eine Haftung nicht übernehmen wolle, bleibe es ihm unbenommen, seine Kunden unmissverständlich darüber zu informieren, dass die Einrichtung trotz des gegenteiligen Eindrucks nicht Teil seines Leistungsangebots sei. Die Pflichtverletzung der Bekl. sei für den Unfalltod des Kindes kausal gewesen, das wegen der fehlenden Abdeckung des Absaugrohrs ums Leben gekommen sei. Diesen Mangel hätte ein geschulter Mitarbeiter, auf dessen Wissensstand es ankomme, feststellen können und müssen. Der prüfende Mitarbeiter habe sich jedenfalls über die Einhaltung der örtlichen Sicherheitsvorschriften und eine etwaige behördliche Abnahme zu unterrichten. Die Bekl. hätte nach dem Bekanntwerden des Risikos die Herstellung eines genehmigungsfähigen und für Benutzer der Anlage risikofreien Zustands veranlassen müssen. Notfalls hätte sie ihre Kunden über den Zustand der Anlage aufklären

müssen, wobei eine Vermutung dafür spreche, dass das Kind bzw. seine Eltern dann von einer Benutzung der Anlage abgesehen hätten. Weder das Kind noch die Eltern treffe ein Mitverschulden. Die vom Landgericht zuerkannte Höhe des Schmerzensgeldes sei nicht zu beanstanden.

II. Entscheidung des BGH in der Revision:
Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Wesentlichen stand.

1. Anwendbarkeit des Schadensersatzrechts a.F.
Zweckmäßiger Weise haben LG und BerGer. sich nur mit deliktischen Schadensersatzansprüchen befasst. Nach neuem Schadensersatzrecht wäre in erster Linie ein reisevertraglicher Ersatzanspruch wegen eines Reisemangels zu prüfen (§§ 651 f, 651 c I BGB), der mit der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht zusammenfallen kann (OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 59; Führich, Reiserecht, 5. Aufl., Rdn. 425). Dieser vertragliche Anspruch ist nach § 253 II BGB im Falle einer Gesundheitsverletzung auch auf Schmerzensgeld gerichtet. Letztere Vorschrift ist aber erst am 01.08.2002 in Kraft getreten und nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 8 I EGBGB auf den vorliegenden Unfall, der sich am 01.08.2001 ereignete, noch nicht anzuwenden. Nach dem alten Schadensersatzrecht in der bis zum 31. 07. 2002 geltenden Fassung gab es einen Schmerzensgeldanspruch nur im Falle einer unerlaubten Handlung (§ 847 BGB a.F.).

2. Haftung gem. §§ 823 I, 844 I i.V.m. § 847 I BGB a.F. (§§ 823 I, 253 II BGB n.F.)
Die deliktischen Schadensersatzansprüche der Klä., die deutschem Recht unterliegen, weil der Ersatzpflichtige und die Verletzten zur Zeit des schädigenden Ereignisses den Sitz der Hauptverwaltung bzw. ihren Wohnsitz in Deutschland hatten (Art. 40 II EGBGB), sind aus §§ 823 I, 844 I i.V.m. 847 I BGB a.F. (§§ 823 I, 253 II BGB n.F.) begründet.

a. Verletzung einer VSP.
Die Bekl. haftet zwar nicht für das deliktische Verschulden des Hoteleigentümers und seiner Mitarbeiter, weil diese Personen mangels der erforderlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit nicht ihre Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 BGB waren (BGH, Urt. v. 25.02.1988 - VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298, 303). Sie ist für die der Klage zugrunde liegenden Schäden jedoch selbst deliktsrechtlich verantwortlich. Diese beruhen auf einer Verletzung der sie treffenden Verkehrssicherungspflicht.

(1) Pflicht zur Überprüfung der Verkehrssicherheit
Die Bekl. war verpflichtet, die Verkehrssicherheit der Wasserrutschenanlage zu überprüfen.

aa. Bestehen und Umfang der VSP.
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Reiseveranstalter bei der Vorbereitung und Durchführung der von ihm veranstalteten Reisen eine eigene Verkehrssicherungspflicht. Bei der Ausübung eines Gewerbes sind diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der jeweiligen Berufsgruppe für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zuzumuten sind. Für die deliktsrechtliche Haftung des Reiseveranstalters wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten ist von Bedeutung, welche rechtlichen Verpflichtungen ihm obliegen (BGHZ 103, 298, 304; v. 14.12.1999 - X ZR 122/97, NJW 2000, 1188; v. 12.03.2002 - X ZR 226/99, NJW-RR 2002, 1056). Der Reiseveranstalter übernimmt gemäß seinem Angebot die Planung und Durchführung der Reise, haftet insoweit für deren Erfolg und trägt grundsätzlich die Gefahr des Nichtgelingens. Deshalb darf der Reisende darauf vertrauen, dass der Veranstalter alles zur erfolgreichen Durchführung der Reise Erforderliche unternimmt. Dazu gehört nicht nur die sorgfältige Auswahl der Leistungsträger, insbesondere der Vertragshotels, sondern der Reiseveranstalter muss diese auch überwachen. Somit ist er für die Sicherheit der Hotels selbst mitverantwortlich, mag auch die Verkehrssicherungspflicht in erster Linie den Betreiber treffen. Nimmt ein Reiseveranstalter ein Hotel unter Vertrag, so muss er sich zuvor vergewissern, dass es einen ausreichenden Sicherheitsstandard bietet. Ist das Vertragshotel einmal für in Ordnung befunden worden, so befreit dies den Veranstalter nicht von der Pflicht, es regelmäßig durch einen sachkundigen und pflichtbewussten Beauftragten daraufhin überprüfen zu lassen, ob der ursprüngliche Zustand und Sicherheitsstandard noch gewahrt ist (BGHZ 103, 298, 305 f.).

bb. Pflicht zur Vornahme einer Sicherheitsprüfung
An diesen Grundsätzen gemessen war die Bekl. zu einer Sicherheitsprüfung der Wasserrutsche verpflichtet. Denn in der maßgeblichen Sicht der Reisenden (BGH NJW 2000, 1188) stellte sich die Wasserrutsche als Bestandteil der Hotelanlage dar. Dies ergibt sich aus den tatrichterlichen Feststellungen des Landgerichts und des Berufungsgerichts, dass die Rutschenanlage im Innenbereich zwischen den beiden Gebäudereihen stand, die der Unterkunft der Gäste dienen, sich in der Nähe der anderen vom Hotel angebotenen Spiel- und Sportmöglichkeiten befand (Meerwasser-Swimmingpool, Kinderspielplatz, Tennisplatz) und ein integraler und wesentlicher Bestandteil des Hotelkomplexes war. Dem steht nicht entgegen, dass die Wasserrutsche mit einem niedrigen Metallzaun umgeben war. Die Eingitterung ließ den Aufgang zur Plattform der Rutsche frei und taugte schon deshalb nicht dazu,

die Rutsche aus der Hotelanlage auszugliedern. Im Übrigen war das Gitter auch weder nach dem Vortrag der Klä., es habe der Gefahrensicherung gedient, noch nach dem Vortrag der Bekl., es habe die Entgeltzahlung sichern sollen, dazu bestimmt, eine die Rutsche von der Hotelanlage trennende Funktion zu erfüllen. Der Pflicht der Bekl., die Verkehrssicherheit der Wasserrutsche zu prüfen, steht nicht entgegen, dass die Wasserrutsche in dem - vor ihrer Errichtung fertiggestellten - Katalog der Bekl. nicht erwähnt war. Dieser Umstand führte zwar dazu, dass die Bekl. ihren Kunden keine funktionstüchtige Rutsche schuldete und somit ein etwaiger Wiederabbau oder eine Sperrung der Rutsche keinen Reisemangel bewirkt hätte, aufgrund dessen die Kunden reisevertragliche Gewährleistungsansprüche hätten erheben können. Umfang und Gegenstand der Leistungspflichten des Reiseveranstalters sind jedoch von der Reichweite seiner Verkehrssicherungspflicht zu unterscheiden. Die Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters ist nicht auf diejenigen Hoteleinrichtungen beschränkt, deren Vorhandensein er schuldet, sondern erstreckt sich grundsätzlich auf die ganze Hotelanlage mitsamt allen tatsächlich vorhandenen dazugehörigen Einrichtungen. Dies ergibt sich aus dem Grundgedanken der Verkehrssicherungspflicht, dass derjenige, der eine Gefahrenlage für Dritte schafft, grundsätzlich verpflichtet ist, eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern, indem er in seinem Verantwortungsbereich die zumutbaren Maßnahmen zur Gefahrenabwehr trifft (BGH, Urt. v. 15.07.2003 - VI ZR 155/02, NJW-RR 2003, 1459). Der Reiseveranstalter hat seine Kunden in das Vertragshotel hineingeführt und ist somit dafür verantwortlich, dass sie sich, wie es das Recht jedes Hotelgastes ist, in der ganzen Anlage frei bewegen und alle ihnen zusagenden Einrichtungen benutzen. Deshalb ist der Reiseveranstalter für die Sicherheit sämtlicher den Reisenden zur Verfügung stehender Hoteleinrichtungen verantwortlich. Keinesfalls muss der Reisende aus der Nichterwähnung einer Hoteleinrichtung im Katalog des Reiseveranstalters schließen, dass der Veranstalter diese aus seinem Leistungsangebot ausschließen und dafür keine Verantwortung übernehmen will. Denn für die Nichterwähnung kommen aus der Sicht des Reisenden verschiedene andere und näherliegende Gründe in Betracht, sei es, dass der Veranstalter eine Einrichtung für nicht der Erwähnung wert erachtet (z.B. ein Lesezimmer oder einen Ski-Abstellraum), sei es, dass die Einrichtung, wie im vorliegenden Fall, bei Redaktionsschluss für den Katalog noch nicht fertiggestellt war. Die Beschreibung des Hotels im Katalog erhebt in den Augen des Reisekunden keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er kommt nicht auf den Gedanken, dass der Veranstalter für Hoteleinrichtungen, die vorhanden, aber nicht in der Beschreibung erwähnt sind, seine Haftung ausschließen will. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des erkennenden Senats, mit dem er eine Leistungs- und Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters hinsichtlich eines vom Leistungsträger angebotenen Ausritts mit der Begründung bejaht hat, dass zur Bestimmung der Leistungsverpflichtungen des Reiseveranstalters der Reiseprospekt heranzuziehen sei und der Reiseveranstalter nicht nur dafür Sorge tragen müsse, dass die in der Reisebeschreibung angebotenen Sportmöglichkeiten überhaupt vorhanden seien, sondern auch dafür, dass die zur Ausübung der angebotenen Sportarten erforderlichen Einrichtungen für den Reisenden geeignet seien (NJW 2000, 1188, juris-Rdn. 9-12). Damit ist nur (positiv) der Kreis der Gefahrenquellen beschrieben, für den der Veranstalter schon aufgrund seiner eigenen Erklärungen einzustehen hat. Der Entscheidung lässt sich jedoch nicht umgekehrt (negativ) entnehmen, dass eine eigene Prüfungspflicht schon dann entfällt, wenn die Leistung oder Einrichtung im Katalog nicht aufgeführt ist. Sie enthält daher keinen Grundsatz des Inhalts, dass eine Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters nur hinsichtlich solcher Leistungen in Frage kommt, die in der Reisebeschreibung genannt sind. Im vorliegenden Fall braucht nicht entschieden zu werden, ob bei solchen Zusatzangeboten, die den Reisenden aus dem Bereich der Hotelanlage herausführen, wie z.B. Ausflüge oder Ausritte, die Erwähnung im Katalog eine Voraussetzung der Verkehrssicherungspflicht des Reiseveranstalters ist. Bei Einrichtungen, die ein Bestandteil der Hotelanlage sind, ist dies jedenfalls nicht der Fall. Unerheblich für die Verkehrsicherungspflicht ist weiter, dass der Hotelbetreiber für die Benutzung ein gesondertes Entgelt verlangte. Dies entsprang ersichtlich dem Bestreben der Hotelleitung, die Kosten der Anlage nicht unterschiedslos auch auf solche Gäste umzulegen, welche die Rutsche gar nicht nutzen wollten, sondern nur diejenigen Gäste heranzuziehen, welche die Anlage tatsächlich in Anspruch nahmen, ebenso wie für andere Sonderleistungen - die abendliche Benutzung der Tennisplätze bei Flutlicht und die Kinderbetreuung - laut Katalog eine Gebühr zu entrichten war. Dass ein Benutzungsgeld für kostenträchtige Einrichtungen erhoben wird, hat nichts mit der Frage zu tun, ob die betreffende Einrichtung zur Hotelanlage und damit zu den der Verkehrssicherungspflicht des Veranstalters unterliegenden Bereich gehört. Die Bekl. war deshalb verpflichtet, die Verkehrssicherheit der Wasserrutsche zu prüfen.

cc. Verletzung dieser Pflicht

Diese Verkehrssicherungspflicht hat die Bekl. schuldhaft verletzt. Sie hat unstreitig keinerlei Überprüfung der Wasserrutsche vorgenommen, obwohl deren Errichtung und Inbetriebnahme ihrer örtlichen Reiseleiterin bekannt war und obwohl ihr eine zumutbare Prüfmaßnahme zu Gebote stand. In der Rechtsprechung des BGH sind bisher nur allgemein gehaltene Richt-

linien zu Art und Umfang der vom Reiseveranstalter zu ergreifenden Prüfmaßnahmen entwickelt worden. Im Einzelfall hängen Art und Umfang der gebotenen Kontrolle, deren Unterlassung den Fahrlässigkeitsvorwurf begründet, von den jeweiligen besonderen Umständen ab und unterliegen der tatrichterlichen Würdigung, die mit der Revision nur beschränkt anfechtbar ist (BGHZ 103, 298, 305 ff.; Urt. v. 19.01.1993 - XI ZR 76/92, NJW 1993, 1066). Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob dieser beschränkten revisionsrechtlichen Anfechtbarkeit die Feststellung des BerGer. standhält, einem geschulten Mitarbeiter der Bekl. hätte sich trotz fehlenden technischen Sachverstandes aufdrängen müssen, dass das Wasser im Becken der Rutsche im Wege eines Kreislaufssystems über Pumpen auch wieder abgesaugt wurde, dass es deswegen Absaugstellen geben musste und dass deren Überprüfung angezeigt war, und er hätte bei der sodann vorzunehmenden genauen Überprüfung das Fehlen der notwendigen Abdeckgitter vor den Absaugrohren festgestellt. Offenbleiben kann auch die sich in diesem Zusammenhang stellende Frage, ob der prüfungsbeauftragte Mitarbeiter, so wie er z.B. die Treppen und Flure, die Aufzüge, Zimmer und Balkone selbst betreten und überprüfen musste (BGHZ 103, 298, 308), die Wasserrutsche persönlich hätte erproben müssen. Denn jedenfalls ist die weiter vom Berufungsgericht vertretene Ansicht rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Bekl. sich zumindest beim Hotelbetreiber danach hätte erkundigen müssen, ob die Anlage von der zuständigen Behörde genehmigt und abgenommen worden war. Dazu war sie umso mehr verpflichtet, als es sich bei der Wasserrutsche, wie sich augenscheinlich aus den bei den Akten befindlichen Lichtbildern ergibt, um eine schon wegen ihrer Höhe und ihrer Kurven nicht ungefährliche technische Konstruktion handelte. Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob die Bekl. sich im Falle einer bejahenden Antwort mit der örtlichen Baugenehmigung und -abnahme hätte zufriedengeben dürfen (vgl. die Bedenken in BGHZ 103, 298, 305). Da davon ausgegangen werde muss, dass Baugenehmigung und Bauabnahme aufgrund eines geordneten behördlichen Verfahrens und nicht ohne eine fachliche Prüfung der Rutschenanlage erteilt worden wären, war die Erkundigung danach jedenfalls ein geeigneter und erforderlicher erster Prüfungsschritt. Schon dessen Versäumung begründet den Vorwurf der schuldhaften Pflichtverletzung.

b. Kausalität

Dass die Bekl. die gebotene Sicherheitsprüfung der Wasserrutsche versäumte, war auch kausal für den Tod des Kindes und damit für die psychischen Beeinträchtigungen der Eltern und Brüder, die durch diesen Tod herbeigeführt wurden. Bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, die typischen Gefährdungen entgegenwirken sollen, ist der Beweis des ersten Anscheins geboten, wenn sich in dem Schadensfall gerade diejenige Gefahr verwirklicht, der durch die Auferlegung bestimmter Verhaltenspflichten begegnet werden soll (BGH, Urt. v. 14.12.1993 - VI ZR 271/92, NJW 1994, 945). So lag es hier, wo die Fragepflicht des Reiseveranstalters nach der Baugenehmigung und Bauabnahme für die Wasserrutsche verhindern sollte, dass Reisende durch deren Benutzung zu Schaden kamen. Der Beweis des ersten Anscheins kann nur durch feststehende Tatsachen entkräftet werden, welche die Möglichkeit eines anderen Geschehensverlaufs ernsthaft in Betracht kommen lassen (BGH aaO). Diesen Gegenbeweis hat die Beklagte nicht angetreten. Sie hat nicht einmal dargelegt, dass dann, wenn die Bekl. die fehlende Baugenehmigung und -abnahme entdeckt und gerügt hätte, der Hotelier das Baugenehmigungsverfahren nicht nachgeholt und dann die Bauaufsichtsbehörde nicht für die Anbringung von Schutzgittern vor den Absaugöffnungen gesorgt hätte.

c. Anspruch dem Grunde nach gegeben

Da nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen die durch den Tod des Kindes psychisch vermittelten seelischen Beeinträchtigungen der Eltern und Brüder Krankheitswert haben, also pathologisch fassbar sind und deshalb eine eigene Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 823 I BGB darstellen, und da sie für die Bekl. vorhersehbar waren, stehen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 56, 163; 132, 341, 344) den Klä. die geltend gemachten Schmerzensgeldansprüche dem Grunde nach zu.

d. Kein Mitverschulden, § 254 I BGB

Zu Recht hat das BerGer. ein Mitverschulden der Eltern und/oder des Kindes an dem tödlichen Unfall verneint. Seine Ansicht, die Eltern des Kindes hätten ihre Aufsichtspflicht nicht vernachlässigt, weil sie darauf hätten vertrauen dürfen, dass die Wasserrutsche, die gerade für Kinder im Alter von elf und zwölf Jahren attraktiv war, für diese Kinder keine lebensgefährlichen Gefahrenstellen aufweisen würde, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Hinsichtlich eines etwaigen Mitverschuldens des Kindes, das gegebenenfalls den Angehörigen zugerechnet werden müsste (BGHZ 56, 163, 169 f.), bestehen schon Bedenken, ob für den unbewiesenen Fall, dass das Kind seine Hand in das Rohr gesteckt haben sollte, überhaupt ein Mitverschulden angenommen werden dürfte. Auf diese Bedenken kommt es indes nicht an. Denn jedenfalls ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass ein etwaiges Mitverschulden des Kindes aufgrund des natürlichen kindlichen Spiel- und Entdeckungstriebes ganz hinter dem Verschulden des Reiseveranstalters zurücktreten würde, der keine Sicherheitsprüfung der gerade für Kinder gedachten Anlage vornahm, rechtlich nicht zu beanstanden.

Strafrecht

Standort: § 13 I StGB Problem: Garantenstellung des Wohnungsinhabers

BGH, URTEIL VOM 02.08.2006
2 STR 251/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte einem Bekannten eine Wohnung untervermietet, die dieser als Crack-Küche und Rauschgiftbunker nutzte. Das LG Frankfurt hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a I Nr. 2 BtMG, § 27 I StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da die Feststellungen allenfalls eine Beihilfe durch Unterlassen belegten und die hierfür erforderliche Garantenstellung beim Angeklagten nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Unterlassungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Das im vorliegenden Fall vom BGH diskutierte Problem des Bestehens einer Garantenstellung stellt hierbei ein zentrales und Standardproblem dar, das in praktisch jedem Fall, in dem unechte Unterlassungsdelikte eine Rolle spielen, zu diskutieren ist.

Der BGH prüfte im vorliegenden Fall eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltrieben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch aktives Tun. Eine solche setzt neben einem Hilfeleisten i.S.v. § 27 I StGB, also einer Förderung der Haupttat (vgl. BGH, wistra 2004, 180; Wessels/Beulke, AT, Rn 582), insbesondere auch den Vorsatz des Gehilfen bzgl. der Haupttat voraus, und zwar im Zeitpunkt der Beihilfehandlung (§§ 27 I, 16 I, 8 StGB; vgl. BGH, wistra 2000, 382; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 19). Im vorliegenden Fall ergab sich die Besonderheit, dass dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden konnte, dass er im Zeitpunkt der Untervermietung bereits Kenntnis davon hatte, dass sein Bekannter in der Wohnung eine Crack-Küche betreiben würde, so dass auf das Zurverfügungstellen der Wohnung als Beihilfehandlung nicht abgestellt werden konnte. Zwar war das LG zu der Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte später von dem Treiben in der Wohnung erfahren hatte, dies vermochte aber eine Beihilfe durch aktives Tun auch nicht zu begründen, da die Förderungshandlung des Gehilfen über die bloße Kenntnisnahme und Billigung der Tat hinausgehen muss (BGH, wistra 2004, 180; Wessels/Beulke, AT, Rn 582) und eine solche (aktive) Förderung der Tat durch den Angeklagten nicht nachgewiesen werden konnte.

In Betracht kam allerdings eine Beihilfe durch Unterlassen (§§ 27 I, 13 I StGB), weil der Angeklagte nach Erlangung der Kenntnis vom Treiben seines Bekannten in seiner Wohnung nicht eingeschritten war und einen weiteren Missbrauch der Wohnung als Crack-Küche unterbunden hatte (z.B. durch Kündigung des Untermietvertrages oder Anzeige des Bekannten bei der Polizei).

Eine Beihilfe durch Unterlassen setzt jedoch - ebenso wie die täterschaftliche Begehung eines unechten Unterlassungsdeliktes - gem. § 13 I StGB voraus, dass der Täter "rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt" (sog. Garantenstellung; vgl. BGH, wistra 1992, 339; 1993, 59; Lackner/Kühl, § 27 Rn 5 mwN). Eine solche Garantenstellung des Angeklagten kann sich im vorliegenden Fall allenfalls daraus ergeben, dass er der Mieter der Wohnung war, in der die Crack-Küche betrieben wurde. Der BGH hatte sich früher auf den Standpunkt gestellt, dass den Inhaber ine Wohnung eine allgemeine (Garanten-) Pflicht dahingehend treffe, die Begehung von Straftaten in seiner Wohnung zu verhindern (BGH, NJW 1966, 1763). Mittlerweile wird die umfassende Garantenstellung aber von der ganz herrschenden Meinung als zu weit erachtet (BGH, NStZ 1999, 451; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 54; Tröndle/Fischer, § 13 Rn 12). Eine Garantenstellung des Wohnungsinhabers zur Verhinderung von in seiner Wohnung begangenen Straftaten soll nur noch bestehen, wenn die Wohnung aufgrund ihrer Lage oder Beschaffenheit eine besondere Gefahrenquelle darstellt (BGHSt 30, 395; SK-Rudolphi, § 13 Rn 37). Dies vermochte der BGH im vorliegenden Fall jedoch nicht festzustellen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers i.S.v. § 13 I StGB: *BGH*St 27, 10; 30, 395; *BGH*, NJW 1966, 1763; NStZ 1994, 92; NStZ-RR 2003, 153; StV 2003, 280; *Reus/Vogel*, MDR 1990, 869; *Stoffers*, Jura 1993, 17

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Familienglück"

Leitsatz (der Redaktion):

Eine Rechtspflicht des Wohnungsinhabers, gegen einen in seiner Wohnung betriebenen Betäubungsmittelhandel einzuschreiten, besteht grundsätzlich nicht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte, der über keine legalen Einkünfte verfügte, mietete am 1.5.2004 eine Wohnung in der Sch-straße in F. sowie am 1.11.2004 eine weitere Wohnung in der O-straße in F. Die Mietkaution in Höhe von 1.500 bzw. 1.620 Euro entrichtete er in bar. Spätestens am 27.3.2005 überließ der Angeklagte die Wohnung in der Sch-Straße dem flüchtigen H zur entgeltlichen Nutzung, wobei der Angeklagte wusste, dass die Wohnung von ihm unbekannten Tätern als so genannter Rauschgiftbunker und so genannte "Crack-Küche" benutzt wurde, was er auch billigte. Der Angeklagte behielt außerdem einen Wohnungsschlüssel für sich, um so jederzeit Zugang zu der Wohnung und dem darin gelagerten und verarbeiteten Rauschgift zu haben.

Bei einer Überprüfung der Wohnung am 31. März 2005 fand die Polizei eine sichtbar betriebene "Crack-Küche" sowie 481,55 g Crack, über 200 g reines Kokain und ca. 90 g Kokainzubereitung. In der gesamten Wohnung befanden sich die Fingerabdrücke u. a. des Angeklagten sowie DNA-Spuren an von ihm gerauchten Zigarettenstummeln.

Der "geständigen" Einlassung des Angeklagten folgend - aber in Widerspruch zu den eingangs getroffenen Feststellungen - geht die Strafkammer im Rahmen ihrer rechtlichen Würdigung davon aus, der Angeklagte habe am 27.3.2005 den H in der Wohnung aufsuchen wollen, um diesem wegen seiner unregelmäßigen Mietzahlungen zu kündigen, diesen aber nicht angetroffen. Mittels eines bei ihm verbliebenen Wohnungsschlüssels habe er sich etwa eine Stunde in Abwesenheit des H in der Wohnung aufgehalten und dabei erstmals festgestellt, dass dort erhebliche Mengen Rauschgift lagerten und Crack hergestellt wurde. Mit dem Tun des H sei er nun einverstanden gewesen und habe sich davon zumindest den Ausgleich des anfallenden Mietzinses versprochen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten "wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Crack und Kokain) in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz daran und wegen Verwahrens eines verfälschten amtlichen Ausweises" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt.

In seiner Wohnung sichergestelltes Rauschgift, eine Kokainpresse, diverse Chemikalien, Kochutensilien, Feinwaagen sowie den verfälschten Reisepass hat es eingezogen.

Die Revision des Angeklagten führt auf die Sachrüge hin zur Aufhebung im aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

II. Entscheidung des BGH

1. Zur Verurteilung wegen Verwahrens eines verfälschten amtlichen Ausweises (§ 276 I Nr. 2 StGB)

Soweit sich die Revision des Angeklagten gegen seine Verurteilung wegen Verwahrens eines verfälschten amtlichen Ausweises wendet, ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Dass der Angeklagte, der sich nach den Feststellungen bei Anmietung zweier Wohnungen mit dem gefälschten Ausweis gegenüber dem Vermieter legitimiert hat, insoweit nicht wegen Urkundenfälschung verurteilt worden ist, beschwert ihn nicht.

2. Zur Verurteilung wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a I Nr. 2 BtMG, § 27 I StGB)

Demgegenüber hält die Verurteilung wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge rechtlicher Prüfung nicht stand.

[..] Den Anknüpfungspunkt für eine Beihilfe des Angeklagten zum unerlaubten Handeltreiben sieht das Landgericht darin, dass dieser nach Entdeckung der Crack-Küche am 27. März 2005 dem Mitbenutzer H weder die Wohnung kündigte noch andere Vorkehrungen faktischer Art traf, "um sich von seinem fortdauernden Besitz und der fortbestehenden Unterstützungshandlung zu distanzieren. Mit der weiteren Ermöglichung der Nutzung der Wohnung durch Dritte, die diese zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nutzen, unterstützte er willentlich und wissentlich deren rechtswidriges Tun".

Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich wegen Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel in nicht geringer Menge schuldig gemacht, weil er die Herstellung und Lagerung des Rauschgifts in seiner Wohnung geduldet und H dadurch die Möglichkeit verschafft habe, Crack herzustellen und gewinnbringend an Dritte zu veräußern, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Den widersprüchlichen Ausführungen des Landgerichts kann nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, dass der Angeklagte den Betäubungsmittelhandel des H durch aktives Tun gefördert hätte. Allein die Kenntnis und Billigung von der Herstellung und Lagerung der Betäubungsmittel in seiner Wohnung erfüllt die Voraussetzungen strafbarer Beihilfe nicht (BGH NStZ 1999, 451; StV 2003, 280). Ebenso wenig begründet es die Strafbarkeit des Ange-

klagten, dass er gegen die Aktivitäten des H nicht vorgegangen ist. Dies käme vielmehr nur in Betracht, wenn er als Wohnungsinhaber rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen den von H in seiner Wohnung betriebenen Betäubungsmittelhandel einzuschreiten (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Rechtspflicht des Wohnungsinhabers ist aber grundsätzlich nicht gegeben (vgl. BGH NStZ 1999, 451; StV 2003, 280).

Da die Kammer von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz ausgegangen ist, wird der neue Tatrichter insbesondere zu prüfen haben, ob der Angeklagte bereits bei Überlassung der Wohnung an H von ihrer geplanten Verwendung als Crack-Küche und Rauschgiftdepot wusste, oder in sonstiger Weise an den Rauschgiftgeschäften des H beteiligt war. Dabei werden die Indizien, wie sie u. a. von der Kammer - insoweit allerdings allein im Zusammenhang mit den in der Wohnung O-straße sichergestellten Betäubungsmitteln - aufgeführt und verwertet worden sind, umfassend zu würdigen sein.

3. Aufhebung des Urteils

Die Aufhebung des Urteils wegen Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel in nicht geringer Menge erfasst auch die tateinheitliche Verurteilung wegen Besitz. Insoweit wird der neue Tatrichter gegebenenfalls näher als bisher geschehen zu prüfen haben, ob die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Mitbesitzes an den jeweils in der untervermieteten Wohnung befindlichen Betäubungsmitteln vorlagen. Die teilweise Aufhebung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Ausspruches über die Gesamtstrafe sowie der auf die Verurteilung wegen des Betäubungsmitteldelikts fußenden Einziehung.

Standort: § 226 I Nr. 3 StGB — Problem: Erhebliche Entstellung

BGH, URTEIL VOM 11.07.2006
3 STR 183/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte dem Opfer mit einem Hammer beide Beine zerschlagen und ihm mit einem Messer noch eine Schnittverletzung in der Kniekehle zugefügt, um es "in den Rollstuhl zu bringen". Die Verletzungen führten jedoch nicht zu einer Lähmung des Opfers, sondern nur zu einer weniger schwer wiegenden Bewegungseinschränkung. Statt dessen erlitt das Opfer allerdings durch die zahlreichen Narben erhebliche Verunstaltungen an den Beinen. Das LG Düsseldorf hatte den Angeklagten deshalb insb. wegen schwerer Körperverletzung gem. §§ 223 I, 226 I Nr. 3, II StGB (wegen erheblicher dauernder Entstellung) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da die Entstellungen des Opfers für § 226 I Nr. 3 StGB nicht ausreichten.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte zählen in beiden Examen zum absoluten Standardstoff, da sich anhand dieser insb. zahlreiche Probleme des Allgemeinen Teils gut darstellen lassen. Insofern werden hier allerdings auch Kenntnisse zu Spezialproblemen der entsprechenden Tatbestände verlangt. Die schwere Körperverletzung (§ 226 StGB) hat hierbei sicherlich nicht die Examensrelevanz der gefährlichen (§ 224 StGB), wartet dafür aber mit anderen Fragestellungen auf, deren Kenntnis auch erwartet wird.

Ein klassisches Problem i.R.v. § 226 I Nr. 3 StGB liegt hier in der Frage, wann das Opfer "in erheblicher Weise dauernd entstellt" ist. Eine dauerhafte Entstellung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Entstellung durch eine Schönheitsoperation oder ähnliche Maßnahmen beseitigt werden kann und eine solche Behandlung dem Verletzten auch zuzumuten ist (BGHSt 24, 315; LG Berlin, NStZ 1993, 286; Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn 5). Erheblich ist die Entstellung dann, wenn die äußere Gesamterscheinung des Verletzten in ihrer ästhetischen Wirkung derart verändert wird, dass er auf Dauer starke psychische Nachteile im Verkehr mit seiner Umwelt erleidet (Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn 3). Die Rechtsprechung betont insofern, dass bei der Prüfung, ob eine erhebliche Entstellung gegeben ist, ein Vergleich zu den anderen in § 226 I StGB genannten Folgen erforderlich ist: Nur wenn die Entstellung den anderen Folgen von ihrem Gewicht her entspricht, genügt sie für die Verwirklichung des § 226 I Nr. 3 StGB (BGH, StV 1992, 115). Dies betont der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung und lehnte deshalb eine Strafbarkeit gem. § 226 I Nr. 3 StGB ab, wohl weil die Entstellung nur die Beine betraf und nicht das Gesicht und die (entstellten) Beine normalerweise ja durch Kleidung bedeckt und deshalb nicht zu sehen sind. Anders lag insofern noch die Entscheidung BGHSt 17, 163, bei der es für die Erheblichkeit der Entstellung nicht als relevant angesehen wurde, dass der entstellte Körperteil nur beim Baden sichtbar wird (ebenso LG Saarbrücken, NStZ 1982, 204).

§ 226 II StGB ist ein Qualifikationstatbestand zu § 226 I StGB für den Fall, dass der Täter die schwere Folge des § 226 I StGB absichtlich oder wissentlich herbeiführt. Da der BGH den Eintritt einer schweren Folge i.S.v. § 226 I StGB abgelehnt hatte, musste er sich nicht mit der Frage auseinander setzen, wie es sich im Rahmen von § 226 II StGB auswirkt, wenn die schwere Folge des § 226 I StGB, die durch die Tathandlung herbeigeführt wird, eine andere ist als diejenige, deren

Eintritt der Täter beabsichtigte (vgl. hierzu die Darstellung bei Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn 14). Im vorliegenden Fall hatte der Täter nämlich beabsichtigt, beim Opfer eine Lähmung herbeizuführen. Diese war jedoch ausgeblieben. Statt dieser hatte das LG (anders als der BGH) allerdings den Eintritt einer erheblichen Entstellung angenommen. Ein solcher Irrtum dürfte jedenfalls unbeachtlich sein, wenn die vom Täter beabsichtigte schwere Folge des § 226 I StGB nur in anderer als der beabsichtigten Weise eintritt (z.B. Entstellung am Hals statt am Gesicht, vgl. LG Berlin, NStZ 1993, 286) oder der herbeigeführte Schaden größer ist als der beabsichtigte (z.B. Verlust des Armes statt Verlust der Hand). In der Literatur wird es darüber hinaus auch für unbeachtlich gehalten, wenn die herbeigeführte Folge in der beabsichtigten in der Regel enthalten ist (z.B. dauernde Entstellung statt Verlust des Sehvermögens durch Ausstechen eines Auges, vgl. Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn 14). Dieser Auffassung hatte sich auch das LG angeschlossen, wobei der BGH in der vorliegenden Entscheidung Zweifel an dieser Wertung anmeldet. In allen anderen Fällen dürfte eine Abweichung der eingetretenen von der beabsichtigten Folge aber auf jeden Fall beachtlich sein und dazu führen, dass der Täter nur wegen Versuchs des § 226 II StGB, ggf. in Tateinheit mit einer vollendeten Tat gem. § 226 I StGB, bestraft werden kann.

Schließlich betont der BGH in dem vorliegenden Urteil, dass die Entscheidung, ob bei einem Versuch von der fakultativen Strafmilderung gem. § 23 II StGB Gebrauch gemacht wird oder nicht eine solche ist, die nur der Tatrichter (und nicht das Revisionsgericht) treffen kann.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur erheblichen dauerhaften Entstellung i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB: *BGH*St 17, 163; *BGH*, StV 1991, 262; 1992, 115; *LG Saarbrücken*, NStZ 1982, 204; *Schröder*, JR 1967, 146; *Ulsenheimer*, NJW 1978, 1206

Kursprogramm:

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

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine erhebliche dauerhafte Entstellung i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB setzt eine Verunstaltung voraus, die den übrigen in § 226 I StGB genannten Folgen im Maß ihrer beeinträchtigenden Wirkung in etwa gleichkommen muss.

2. Die für die Strafzumessung grundlegende Weichenstellung, ob bei einem Versuch eine Strafmilderung gem. § 23 II StGB vorgenommen wird, muss dem Tatrichter vorbehalten bleiben.

Sachverhalt:

Der Angeklagte schlug der Nebenklägerin in der Absicht "sie in den Rollstuhl zu bringen" mit einem Hammer mehrfach auf beide Schienbeine und fügte ihr zudem mit einem Messer einen tiefen Schnitt in die rechte Kniekehle zu. Die Nebenklägerin erlitt hierdurch offene Tibiaschaftbrüche beidseits, rechteckige, stark gequetschte, teils "matschige" Wunden an den Beinen sowie multiple, tiefe Schnittverletzungen; im Bereich der rechten Kniekehle entstand eine große, quer verlaufende klaffende Wunde mit teilweiser Durchtrennung der Unterschenkelsehne. Nach Ausheilen der Brüche und Wunden sind bei der Nebenklägerin eine Bewegungseinschränkung des oberen Sprunggelenks sowie zahlreiche Narben an den Unterschenkeln und in der rechten Kniekehle zurückgeblieben. Die größte Narbe zieht sich bogenförmig von der rechten Kniekehle bis zur Vorderseite des rechten Oberschenkels und ist 20 cm lang. Diese Narbe ist durch die Spannung in der Kniekehle deutlich verbreitert. Sie kann auch durch kosmetische Operationen nicht Erfolg versprechend verkleinert werden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen - beabsichtigter - schwerer Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision wendet sich der Angeklagte insbesondere gegen die Anwendung des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg. [...]

II. Entscheidung des BGH

1. Zum Fehlen einer dauerhaften Entstellung i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB

Eine - im tatbestandsmäßigen Sinne - dauernde Entstellung in erheblicher Weise ist den getroffenen Feststellungen nicht zu entnehmen. Zwar sind - wie sich insbesondere aus den Lichtbildern ergibt - die an den Beinen der Nebenklägerin verbliebenen Narben nicht zu übersehen. Die Verunstaltung ihrer äußeren Gesamterscheinung erreicht jedoch nicht das zur Verwirklichung des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorausgesetzte Maß. Dieses ist auch mit Blick auf die übrigen in § 226 Abs. 1 StGB genannten Folgen zu bestimmen. Wenigstens der in ihrem Gewicht geringsten dieser Folgen muss die dauernde Entstellung im Maß ihrer beeinträchtigenden Wirkung in etwa gleichkommen (vgl. BGH StV 1991, 115; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 226 Rdn. 9). Das kann für die Narben an den Beinen der Nebenklägerin nicht angenommen werden, zumal diese ihr Gesamterscheinungsbild weniger stark prägen als etwa vergleichbare Narben im Gesicht (vgl.

auch BGH aaO für den Fall von durch zahlreiche Narben und Verfärbungen entstellten Händen).

2. Zum Versuch des § 226 I Nr. 3, II StGB
Durch sein Verhalten hat sich der Angeklagte indessen der versuchten beabsichtigten schweren Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, § 22 StGB schuldig gemacht, da er als Folge seiner Misshandlungen ein Verfallen der Nebenklägerin in Lähmung erstrebte. Die von der Kammer ohne Rechtsfehler als ebenfalls verwirklicht erkannte gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB steht zu der versuchten schweren Körperverletzung im Verhältnis der Tateinheit (vgl. BGHSt 21, 194, 195 f.).

3. Zu § 226 I, II StGB, wenn die herbeigeführte Folge nicht die beabsichtigte ist
Da sich der Angeklagte nicht der vollendeten schweren Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB (dauernde Entstellung in erheblicher Weise) schuldig gemacht hat, braucht nicht entschieden zu werden, ob dem Landgericht in der Auffassung gefolgt werden könnte, dass die Tat als vollendete beabsichtigte schwere Körperverletzung zu werten ist, weil der Täter eine schwere Folge ("Lähmung") beabsichtigt hat und - so das Landgericht - die tatsächlich eingetretene schwere Folge ("dauernde erhebliche Entstellung") in der beabsichtigten typischerweise enthalten ist. Dies erscheint aber zumindest zweifelhaft.

4. Aufhebung und Zurückverweisung
Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert; § 265 StPO steht dem nicht entgegen. Der im Wesentlichen geständige Angeklagte hätte sich nicht anders als geschehen verteidigen können.
Die Änderung des Schuldspruchs hat die Aufhebung des Strafausspruchs zur Folge. Von der Möglichkeit des § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO macht der Senat keinen Gebrauch. Zwar könnte sich die Angemessenheit der erkannten Strafe auch nach Änderung des Schuldspruchs aus der Erwägung ergeben, dass eine Strafmilderung gemäß § 23 Abs. 2 StGB mit Blick auf die beinahe das Ausmaß einer vollendeten Tat erreichenden Tatfolgen fern liegt. Diese für die Strafzumessung grundlegende Weichenstellung muss aber, zumal die abgeurteilte Tat durch die Änderung ein anderes Gepräge erfährt, dem Tatrichter vorbehalten bleiben.

Standort: § 30 II StGB Problem: Verbrechensverabredung durch Gehilfen

BGH, URTEIL VOM 07.06.2006
2 STR 72/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:
Dem Angeklagten war vorgeworfen worden, er habe sich an der Planung und Vorbereitung eines Banküberfalls seiner Mitangeklagten beteiligt, indem er insbesondere das Fluchtfahrzeug an einem bestimmten Ort abgestellt habe, damit es dort von seinen Komplizen nach der Tat zur Flucht genutzt werden konnte. Die Mitangeklagten waren dann kurz vor der Ausführung des Überfalls festgenommen worden. Das LG Aachen hatte den Angeklagten freigesprochen, weil es sich nicht davon überzeugen konnte, dass der Angeklagte tatsächlich in den Tatplan eingeweiht war; selbst wenn dies doch der Fall gewesen sein sollte, sei eine Strafbarkeit des Angeklagten nicht gegeben, da er allenfalls als Gehilfe an der Tat beteiligt gewesen sei und eine strafbare Verabredung zum Verbrechen (§ 30 II StGB) stets eine täterschaftliche Stellung voraussetze. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:
Der Tatbestand der Verbrechensverabredung (§ 30 II StGB) spielt im Examen nur selten eine Rolle, da in den entsprechenden Klausurfällen die verabredeten Taten meist auch durchgeführt werden und die Verabredung dann sowieso hinter die Ausführung des Verbrechens zurücktritt (vgl. BGH, StV 1999, 594; 2000, 137; Tröndle/Fischer, § 30 Rn 16). Gelegentlich wird jedoch der Sachverhalt auch so gebildet, dass die verabredete Tat nicht einmal das Versuchsstadium erreicht, sodass die Verabredung eine eigene Bedeutung erhält. Das vom BGH weiter angesprochene Problem der Überprüfbarkeit einer Beweiswürdigung des Tatrichters durch das Revisionsgericht wird zwar wohl nur im zweiten Examen relevant werden, stellt dort allerdings ein Standardproblem dar.

Da es sich bei der Revision nicht um eine zweite Tatsacheninstanz handelt, sondern dort nur die Rechtsanwendung überprüft werden soll (vgl. § 337 StPO), ist es dem Revisionsgericht grundsätzlich verwehrt, die Beweiswürdigung des Tatrichters durch eine eigene zu ersetzen (BGHSt 29, 18); es kann lediglich überprüfen, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters rechtliche Fehler beinhaltet, d.h. ob sie in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit stellt (BGH, StV 1986, 421; vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, § 337 Rn 26 ff.). Dies bestätigt der BGH auch in der vorliegende Entscheidung, in der er revisible Fehler des Landgerichts bei der Beweiswürdigung nicht feststellen konnte.

In materiell-rechtlicher Hinsicht befasst sich der BGH im vorliegenden Urteil mit dem Tatbestand des § 30 II

StGB. Hiernach macht sich insb. strafbar, "wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen". Von Rechtsprechung und Literatur wird diese Formulierung so verstanden, dass nur derjenige, der eine täterschaftliche Begehung verabredet, sich nach dieser Vorschrift strafbar macht; die Verabredung einer Beihilfe zu einem Verbrechen soll hingegen nicht unter § 30 II StGB fallen (BGH, NStZ-RR 2002, 74; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn 25). Dies führte auch im vorliegenden Fall zum Freispruch des Angeklagten, da dieser, selbst wenn er die ihm vorgeworfenen Handlungen tatsächlich zugesichert haben sollte, nur Gehilfe zur Haupttat gewesen wäre.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht: *BGH*St 10, 208; 29, 18; *Nack*, StV 2002, 510; 2002, 558

❑ Zur fehlenden Strafbarkeit gem. § 30 II StGB bei Verbrechensverabredung durch Gehilfen: *BGH*, NStZ 1993, 137; 1998, 510; NStZ-RR, 2002, 74; *Heger*, JA 2002, 628; *Kudlich*, JA 2006, 824 (zu diesem Fall); - *Martin*, JuS 2002, 505

Leitsatz (der Redaktion):

Der Tatbestand der Verabredung zu einem Verbrechen (§ 30 II StGB) ist nicht erfüllt, wenn der Beteiligte nur als Gehilfe tätig werden will.

Sachverhalt:

Dem Angeklagten liegt nach der zugelassenen Anklage zur Last, in der Zeit von Dezember 2004 bis zum 7. Januar 2005 mit den Mitangeklagten B, K, L und N verbindlich überein gekommen zu sein, einen bewaffneten Überfall auf die Filiale der B-Bank in Vaals (Niederlande) zu verüben. Auf der Grundlage dieses Tatentschlusses soll der Mitangeklagte N, der die Organisationshoheit innegehabt haben soll, die Mitangeklagten B, L und K am Morgen des 7. Januar 2005 mit einem von ihm angemieteten VW Phaeton von Gelsenkirchen aus nach Aachen zu einem dort abgestellten Pkw Fiat Punto gefahren haben, während der Angeklagte ihnen als Fahrer eines ebenfalls von N angemieteten Pkw Audi A4 gefolgt sein soll, obwohl er - gewusst habe, dass ihm sein italienischer Führerschein entzogen gewesen sei. In Aachen seien B und L - beide bewaffnet mit Schreckschusspistolen - und K - bewaffnet mit einem Elektroschocker - in den Fiat Punto umgestiegen. B, L und K hätten mit dem Fiat Punto zur B-Bank fahren und die Herausgabe des dort vorhandenen Bargelds in Höhe von mindestens 400.000 € erzwingen sollen. Der Angeklagte habe den Pkw Audi A4 als Fluchtfahrzeug für B, L und K auf einem zuvor verabredeten Autobahnparkplatz abstellen und von dort gemeinsam mit N weiterfahren sollen.

Der Angeklagte und die Mitangeklagten wurden von Einsatzkräften der Polizei festgenommen, als B, L und K mit dem Pkw Fiat Punto bis auf 1300 Meter an die B-Bank herangefahren waren.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Entscheidungsgründe des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der Verabredung zur schweren räuberischen Erpressung freigesprochen. Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft mit der Rüge der Verletzung sachlichen Rechts und mit Verfahrensrügen. Das Rechtsmittel ist unbegründet.

Die Mitangeklagten [B, K, L und N] sind wegen Verabredung zur schweren räuberischen Erpressung, die Mitangeklagten B, L und N in Tateinheit mit einem Verstoß gegen § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG, verurteilt worden.

Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen. Soweit ihm vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis zur Last gelegt worden ist, ist dieser Tatvorwurf in der Hauptverhandlung gemäß § 154 a StPO ausgeschieden worden. Das Landgericht vermochte sich nicht davon zu überzeugen, dass sich der Angeklagte an dem geplanten Banküberfall beteiligten sollte und in wesentliche Einzelheiten eingeweiht und einbezogen gewesen sei. Selbst wenn man davon ausginge, dass er den Plan hinsichtlich des Überfalls auf die B-Bank gekannt und gewusst habe, dass er den Pkw Audi A4 als Fluchtfahrzeug für die drei den Banküberfall unmittelbar ausführenden Mitangeklagten abstellen sollte, würde dies seine Verurteilung nicht rechtfertigen, weil sich sein Tatbeitrag im Falle der Vollendung der geplanten Tat nur als Beihilfe darstellen würde.

II. Entscheidung des BGH

Der Freispruch vom Vorwurf der Verabredung zu einer schweren räuberischen Erpressung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Sachrüge, mit der die Beschwerdeführerin die Beweiswürdigung des Landgerichts beanstandet, zeigt keinen Rechtsfehler des Urteils auf. Auch die Aufklärungsrüge greift nicht durch.

1. Zur Überprüfbarkeit eines Freispruchs durch das Revisionsgericht

Spricht das Gericht den Angeklagten frei, weil es vorhandene Zweifel nicht zu überwinden vermag, so ist das grundsätzlich vom Revisionsgericht hinzunehmen. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht hat aufgrund der Sachrüge nur zu prüfen, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 13 und Überzeugungsbildung 33). Das ist nur dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung wider-

sprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt; ferner dann, wenn das Gericht an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen stellt. Derartige Rechtsfehler lässt das angefochtene Urteil jedoch nicht erkennen.

2. Zum Fehlen revisionsrechtlich relevanter Fehler bei der Beweiswürdigung des LG

Das Landgericht hat umfassend und sorgfältig die für und gegen eine Verabredung des Angeklagten zu dem Banküberfall sprechenden Beweisanzeichen gewürdigt und gegeneinander abgewogen.

a. Zur Würdigung der Geständnisse der Mitangeklagten

Die Mitangeklagten B und N waren umfassend und glaubhaft geständig, die Mitangeklagten L und K teilweise. Der Angeklagte hat sich in der Hauptverhandlung nicht eingelassen; bei seiner Vernehmung durch den Haftrichter hatte er ausgesagt, nicht zu wissen, was die Mitangeklagten in Aachen gewollt hätten. Der Mitangeklagte N hat angegeben, dass es der Angeklagte bei dem Besuch im November 2004 abgelehnt habe, an einem Raubüberfall teilzunehmen; er habe sich aber bereit erklärt, sich in Italien nach einem Ersatzmann umzusehen. Keiner der Mitangeklagten hat bekundet, dass der Angeklagte an einem der Gespräche über den geplanten Überfall oder einer der zum Ausspähen des Tatortes unternommenen Erkundungsfahrten teilgenommen habe.

b. Zur Würdigung der übrigen Indizien für eine geplante Beteiligung des Angeklagten

Das Landgericht hat die Indizien, die dafür sprechen, dass sich der Angeklagte an dem geplanten Banküberfall beteiligen wollte, gesehen: Er hatte erhebliche finanzielle Probleme, er ist vielfach, auch einschlägig vorbestraft, und angesichts seiner erheblichen kriminellen Erfahrung wäre ihm eine Beteiligung nicht persönlichkeitsfremd. Der Angeklagte reiste nicht nur im November 2004 auf Kosten des Mitangeklagten N nach Gelsenkirchen, der ihm bei dem Zusammentreffen mitteilte, dass er einen Raubüberfall begehen und ihn für eine Beteiligung zu gewinnen versuchte, sondern erneut Ende Dezember 2004, wie der Mitangeklagte B. Er wusste, dass N die Begehung eines Raubüberfalles beabsichtigte und hat in Italien den Mitangeklagten B angesprochen und ihm in Aussicht gestellt, dass der Mitangeklagte N ihm in Deutschland Arbeit verschaffen könne, wobei auch von etwas Illegalem die Rede war. Die Kammer hat angenommen, dass dies den erheblichen Verdacht begründet, dass es sich bei dem zweiten Aufenthalt des Angeklagten in Deutschland nicht lediglich um einen Freundschaftsbesuch handelte bzw. die kriselnde Ehe des Angeklagten gekittet werden sollte, sondern dass sich der Angeklagte wie B an dem Raubüberfall beteiligen sollte. Die Kammer hat dem sorgfältig planenden Mitangeklagten N auch nicht geglaubt, dass er erst am Morgen des 7. Januar 2005 den Angeklagten ohne weitere Informationen gebeten habe, ihn im Audi A4 zu begleiten. Trotz einer Gesamtschau all dieser erheblichen Verdachtsmomente hat das Landgericht Zweifel, dass der Angeklagte in wesentliche Einzelheiten des geplanten Überfalls eingeweiht und einbezogen war, nicht überwinden können. Selbst bei Unterstellung einer umfassenden Kenntnis der wesentlichen Umstände der geplanten Tat sprächen jedenfalls der für das Gelingen der Tat relativ unbedeutende Tatbeitrag und seine fehlende Tatherrschaft gegen die Annahme einer Mittäterschaft des Angeklagten.

c. Zur Verneinung einer täterschaftlichen Beteiligung des Angeklagten

Wenn das Landgericht danach seine Zweifel an einer täterschaftlichen Beteiligung des Angeklagten nicht zu überwinden vermochte, so ist dies vom Revisionsgericht hinzunehmen, auch wenn im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre oder sogar näher gelegen hätte. Die Angriffe der Revision gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts erschöpfen sich in dem revisionsrechtlich unzulässigen Versuch, die Wertung des hierzu berufenen Tatgerichts durch eine eigene zu ersetzen. Das Landgericht hat nicht verkannt, dass verschiedene Umstände dafür sprechen, dass der Angeklagte ein zweites Mal nach Deutschland einreiste, um an dem Banküberfall teilzunehmen. Der Senat besorgt nicht, dass es die hohe Verschuldung des Mitangeklagten N, die es ausdrücklich festgestellt hat, übersehen hat, zumal es ausdrücklich darauf abstellt, dass der Angeklagte zweimal auf Kosten des Mitangeklagten eingereist ist [...]. Das Landgericht [verweist] zudem ausdrücklich darauf, dass der Angeklagte Ende Dezember "ebenso wie der Mitangeklagte B" eingereist ist; dass der Tatrichter nicht berücksichtigt haben könnte, dass beide auch am selben Tag eingereist sind, während die Ehefrau des Angeklagten einige Tage später nachkam, schließt der Senat danach aus.

3. Keine Verbrechensverabredung durch Gehilfen

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Tatbestand der Verabredung zu einem Verbrechen nicht erfüllt ist, wenn der Beteiligte nur als Gehilfe tätig werden will (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 74; Roxin in LK, 11. Aufl. § 30 Rdn. 71, 72 m. w. N.). Die Einordnung der Beteiligung des Angeklagten als Beihilfe zu der geplanten Tat hält sich innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsspielraums. Soweit die Beschwerdeführerin der beabsichtigten Bereitstellung des Fluchtfahrzeuges durch den Angeklagten eine "überragende Bedeutung" zumisst, zeigt sie mit ihrer abweichenden Bewertung keinen Rechtsfehler des Urteils auf. Zwar hat das Landgericht als Tat-

beitrag des Angeklagten lediglich das Abstellen eines zweiten Fluchtfahrzeugs gewürdigt; dass der Angeklagte auch den Mitangeklagten B als Mittäter in Italien angeworben hat, hat es in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich erörtert. Der Senat schließt jedoch aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Urteilsgründe aus, dass das Landgericht diesen Umstand, den es nur zwei Seiten vorher im Zusammenhang mit der Kenntnis des Angeklagten von dem geplanten Raubüberfall erörtert hat, rechtsfehlerhaft übersehen haben könnte. [...]

III. Zur Aufklärungsrüge

Mit ihrer Revision macht die Beschwerdeführerin weiterhin geltend, das Landgericht hätte, bevor es den Angeklagten freisprach, den ausgeschiedenen Teil der Tat wieder in das Verfahren einbeziehen müssen; dass es dies nicht getan habe, begründe einen Verstoß gegen das Gebot umfassender Beurteilung der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Tat (§ 264 Abs. 1 StPO). Auch insoweit bleibt das Rechtsmittel erfolglos.

1. Zur Unzulässigkeit der Rüge

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht ist nicht zulässig ausgeführt. Die Revision teilt nicht mit, welcher konkreten weiteren Beweismittel sich der Tatrichter insoweit hätte bedienen sollen und zu welchem Beweisergebnis eine weitere Beweiserhebung ge-führt hätte.

2. Zum Fehlen eines Verstoßes gegen § 154a III StPO i.V.m. § 264 StPO

Ein Verstoß gegen § 154 a Abs. 3 StPO in Verbindung mit § 264 StPO liegt nicht vor. Kann dem Angeklagten die Gesetzesverletzung, auf die die Verfolgung beschränkt worden ist, nicht nachgewiesen werden, muss das Gericht zwar, um seiner Pflicht nach § 264 StPO zu genügen, auch ohne Antrag den ausgeschiedenen Teil wiedereinbeziehen (BGHSt 32, 84 ff). Das gilt jedoch nicht, wenn die Beweislage die Beurteilung zulässt, dass im Falle der Wiedereinbeziehung der Angeklagte auch von dem Vorwurf, der den ausgeschiedenen Tatteil betrifft, freizusprechen gewesen wäre; aufgrund einer solchen Beurteilung kann der Tatrichter von der förmlichen Wiedereinbeziehung des ausgeschiedenen Tatteils absehen (Senatsurteil vom 30. Januar 1991 - 2 StR 428/90 -; BGH wistra 1989, 309; StV 1997, 566). So liegt der Fall hier. Der Senat entnimmt den Urteilsausführungen [...], dass sich das Landgericht auch keine Überzeugung davon zu verschaffen vermochte, dass der Angeklagte am 7. Januar 2005 ohne Fahrerlaubnis gefahren ist.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Gewerberecht, Ordnungsrecht Problem: Verbot von Sportwetten

BVERWG, URTEIL VOM 21.06.2006
6 C 19.06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hat ein im Jahre 2002 erlassenes Verbot bestätigt, mit dem einem Wettbüro die Vermittlung von Sportwetten an in Bayern nicht erlaubte Wettunternehmen untersagt wurde. Eine vor dem 3. Oktober 1990 von einem Hoheitsträger in der damaligen DDR erteilte gewerberechtliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten - "Sportwetten Gera" - rechtfertige es nicht, in Bayern solche Wetten zu veranstalten oder zu vermitteln.

Zwar hatte das BVerfG (NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248) kürzlich das Bayerische Staatslotteriegesetz, welches ein Verbot privater Lotterien enthielt, für verfassungswidrig erklärt, weil es nicht konsequent an der Bekämpfung von Spielsucht ausgerichtet sei, sondern auch fiskalischen Bedürfnissen Rechnung trage. Das BVerfG hatte jedoch davon abgesehen, die Vorschriften über das staatliche Wettmonopol und dessen Durchsetzung für nichtig zu erklären. Vielmehr hat es die bisherige Rechtslage für eine Übergangszeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, für die es eine Frist bis zum 31. Dezember 2007 gesetzt hat, mit bestimmten, auf die Bekämpfung der Wettsucht gerichteten Maßnahmen für weiter anwendbar erklärt und ausdrücklich hinzugefügt, dass das gewerbliche Veranstalten von Wetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung von Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden dürfen.

Prüfungsrelevanz:

Das Verbot von Sportwetten ist spätestens seit der o.g. Entscheidung des BVerfG, über welche die RA ausführlich berichtet hat, ein ganz heißes Thema für Examensaufgaben. Ging es dort um verfassungsrechtliche Fragen, so spielt der vorliegende Fall im Verwaltungsrecht, das nicht minder interessante Probleme aufwirft:

1. Der Fall verhält sich zunächst zur Abgrenzung von allgemeinem Ordnungsrecht der Länder und der bundesrechtlichen Gewerbeordnung. Das BVerwG zweifelt zunächst daran, ob das verbotene Veranstalten von Sportwetten überhaupt ein "Gewerbe" darstellt, denn ein Gewerbe i.S.d. Gewerbeordnung muss erlaubt sein. Es lässt diesen Punkt jedoch letztlich offen, weil die Gewerbeordnung keine Norm zum Verbot von Sportwetten enthält. Insbesondere greifen weder § 15 II GewO (Sportwetten zu veranstalten ist nicht erlaubnispflichtig, sondern schlichtweg verboten) noch § 35 GewO (es geht nicht um die Person des Gewerbetreibenden, sondern die Art des Gewerbes) ein. Mithin bleibt die ordnungsbehördliche Generalklausel anwendbar.

2. Die darin geforderte Gefahr für die öffentliche Sicherheit bejaht das BVerwG mit einem Verstoß gegen § 284 I StGB, wobei es sich ausführlich damit auseinander setzt, was verbotenes Glücksspiel im Sinne dieser Norm bedeutet und ob Erlaubnisse, die noch von Behörden der DDR erteilt worden sind, im ganzen Bundesgebiet oder nur regional im Zuständigkeitsbereich der damals handelnden Behörde gelten. Das BVerwG nimmt letzteres an, während die Klägerin unter Berufung auf Art. 19 des Einigungsvertrages (unten im Sachverhalt abgedruckt) das Gegenteil vertrat. Da hier die Erlaubnis vom damaligen Magistrat der Stadt Gera erteilt worden war, gilt sie mit dem BVerwG also nur in Gera (bzw. allenfalls in Thüringen, worauf das BVerwG allerdings nicht näher eingehen musste, da der Fall in Bayern spielte).

Vertiefungshinweise:

❑ Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Staatslotteriegesetzes: BVerfG, NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248; *BVerwGE* 114, 92; *BayVGH*, GewArch 2001, 65; *VG München*, SpuRt 2001, 208

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

❑ Schließung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes: VG Gießen, RA 1999, 371 = NJW 1999, 1800

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Ausgespielt"

❑ *Examenskurs* : "Laserdrome"

Leitsatz:

Das gewerbliche Veranstalten von Sportwetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung derartiger Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, dürfen derzeit in Bayern ordnungsrechtlich unterbunden werden. Eine

von einem Hoheitsträger in der früheren DDR erteilte gewerberechtliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten rechtfertigt es nicht, in Bayern solche Wetten zu veranstalten oder zu vermitteln.

Sachverhalt:
Im Mai 2002 wurde der zuständigen Behörde bekannt, dass die im Freistaat Bayern ansässige Klägerin für die "S-GmbH Gera" Sportwetten in Form der sogen. "Oddset"-Wette vermittelt. Diese Gesellschaft ist im Besitz einer Gewerbeerlaubnis des Magistrats der Stadt Gera vom 19. September 1990, mit der ihr das Gewerbe "Abschluss von Sportwetten - Buchmacher" gestattet worden ist.
Die Behörde ist der Ansicht, dass die von der Klägerin vermittelten Sportwetten der "S-GmbH Gera" Glücksspiele in Form einer Lotterie und daher ohne ausdrückliche Erlaubnis verboten seien. Eine solche Erlaubnis liege nicht vor; die vor der Wiedervereinigung vom Magistrat der Stadt Gera der "S-GmbH Gera" erteilte Genehmigung entfalte jedenfalls im Freistaat Bayern keine Wirkung.
Die Behörde verbot daher mit Bescheid vom 24. September 2002 formell ordnungsgemäß die Vermittlung von Sportwetten in dem Ladengeschäft der Klägerin an in Bayern nicht erlaubte Wettunternehmen, insbesondere an die Firma "S-GmbH Gera".
Die Klägerin meint, die ihr erteilte Erlaubnis gelte nach dem Einigungsvertrag bundesweit. Im übrigen seien im europäischen Ausland Sportwetten auch zulässig, so dass ihr Verbot in Deutschland eine Inländerdiskriminierung bedeute. Und das BVerfG habe schließlich das Verbot der Vermittlung von Sportwetten nach dem Bayerischen Staatslotteriegesetz für verfassungswidrig erklärt; dies zeige doch schon, dass ihre Tätigkeit zulässig sein müsse.

Ist das Verbot vom 24. September 2004 rechtmäßig?

[Anm: Art. 19 des Einigungsvertrages (EV) lautet: "Vor dem Wirksamwerden des Beitritts ergangene Verwaltungsakte der Deutschen Demokratischen Republik bleiben wirksam. Sie können aufgehoben werden, wenn sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen oder mit den Regelungen dieses Vertrags unvereinbar sind. Im übrigen bleiben die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten unberührt."]

Lösung:
Das an die Klägerin gerichtete Verbot ist rechtmäßig, soweit es auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

A. Ermächtigungsgrundlage
Die Verbotsverfügung vom 24. September 2002 könnte ihre Rechtsgrundlage in Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Landesstraf- und Verordnungsgesetz LStVG) finden. Nach dieser Vorschrift können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben, soweit keine speziellen gesetzlichen Regelungen bestehen, u.a. für den Einzelfall Anordnungen treffen, um rechtswidrige Taten, die den Tatbestand einer Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, zu verhüten oder zu unterbinden.

[Anm.: In anderen Bundesländern wäre auch auf die ordnungsrechtliche Generalklausel abzustellen, vgl. z.B. §§ 14 I OBG NRW, 17 ASOG Bln, 13 SOG BB, 10 BremPolG, 3 HmbSOG, 11 HSOG, 11 NdsSOG, 9 POG RPf usw.]

Fraglich ist allerdings, ob diese anwendbar ist. Das wäre nicht der Fall, wenn sie durch speziellere Normen verdrängt würde. Als solche kommen hier Vorschriften aus der Gewerbeordnung in Betracht.

I. Gewerbe
Die Gewerbeordnung wäre von vornherein nicht anwendbar und könnte demgemäß auch das allgemeine Ordnungsrecht der Länder nicht verdrängen, wenn kein Gewerbe vorläge. Unter einem Gewerbe ist die auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene, selbstständige und erlaubte Tätigkeit zu verstehen, die nicht in einem freien Beruf, der Urproduktion oder der Vermögensanlage besteht.
Bei der von der Klägerin betriebenen Vermittlung von Sportwetten könnte es sich um eine Straftat nach § 284 StGB handeln. Dann wäre ihre Tätigkeit nicht "erlaubt" im o.g. Sinne und damit kein Gewerbe. Das BVerwG tendiert zu dieser Annahme:

"Nach § 1 Abs. 1 GewO ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht durch die Gewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Dieser Grundsatz der Gewerbefreiheit schließt es nicht ein, strafrechtlich verbotene Betätigungen auszuüben. Gegen diese darf allein wegen des Verbots ordnungsrechtlich eingeschritten werden, um weitere Straftaten zu verhindern."

Allerdings ist fraglich, ob die "S-GmbH Gera" tatsächlich verbotenes Glücksspiel i.S.d. § 284 I StGB betreibt und demgemäß die Klägerin für ein solches nach § 284 IV StGB verbotener Weise wirbt, denn immerhin verfügt die "S-GmbH Gera" über eine entsprechende Gewerbeerlaubnis des Magistrats der Stadt Gera vom 19. September 1990. Diese Frage kann jedoch dahin stehen, wenn die Vorschriften der Gewerbeordnung selbst bei Bejahung eines Gewerbes keine

Sperrwirkung entfalteten.

[Aufbauhinweis: Wollte man die Frage entscheiden, müsste an dieser Stelle bereits § 284 StGB durchgeprüft werden. In dieser Prüfung liegt jedoch ein Schwerpunkt des Falles, das Gutachten würde somit sehr kopflastig. Auch das BVerwG hat darauf verzichtet und § 284 StGB erst im Rahmen der "öffentlichen Sicherheit" im Tatbestand der ordnungsrechtlichen Generalklausel eingehend geprüft. Diese Vorgehensweise eröffnet zudem die Gelegenheit, etwas zum Verhältnis der einzelnen Normen der GewO zum allgemeinen Ordnungsrecht der Länder zu sagen.]

II. Vorschriften der Gewerbeordnung

1. § 14 I 1 GewO

"Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 GewO hat u.a. derjenige, der den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes anfängt, dies der zuständigen Behörde gleichzeitig anzuzeigen. Diese Regelung gilt gemäß § 14 Abs. 2 GewO auch für den Betrieb von Wettannahmen aller Art.

Abgesehen von der dargelegten grundsätzlichen Fehlvorstellung, dass das Gewerberecht der ordnungsrechtlichen Unterbindung strafrechtlich verbotener Betätigungen entgegenstehen könnte, führt diese Bestimmung zu einer anderen Rechtsfolge als Art. 7 Abs. 2 LStVG und steht schon deshalb nicht in Konkurrenz zu der genannten landesrechtlichen Vorschrift. Sie zwingt denjenigen, der den Betrieb beginnt, zur Anzeige und kann Rechtsgrundlage für einen Verwaltungsakt sein, durch den die Behörde den Betroffenen zur Erfüllung der Anzeigepflicht auffordert (Urteil vom 26. Januar 1993 - BVerwG, 1 C 25.91 Buchholz 451.20 § 14 GewO Nr. 5). Sie ermächtigt aber nicht dazu, bestimmte Betätigungen zu verbieten. Der Umstand, dass die Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 2 GewO auch für den Betrieb von Wettannahmen aller Art gilt, führt entgegen der Auffassung der Klägerin nicht dazu, dass ein solcher Betrieb ausschließlich dem Rechtsregime der Gewerbeordnung unterliegt. Das folgt aus historischen und rechtssystematischen Gründen. § 14 Abs. 2 GewO unterwirft den Betrieb von Wettannahmen aller Art der gleichen Regelung wie den Handel mit Arzneimitteln, mit Losen von Lotterien und Ausspielungen sowie mit Bezugs- und Anteilsscheinen auf solche Lose. Auf derartige Betätigungen findet die Gewerbeordnung überwiegend nur dann Anwendung, wenn dafür ausdrückliche Bestimmungen bestehen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 GewO). Sie sollten dennoch der Anzeigepflicht unterworfen werden. § 14 Abs. 2 GewO ist wegen der Regelung des § 6 Abs. 1 Satz 2 GewO erlassen worden, um die Anzeigepflicht zu begründen. Wettannahmestellen sind bei Erlass des Gesetzes vom 5. Februar 1960 (BGBl I S. 61), das zur Regelung des § 14 Abs. 2 GewO geführt hat, als Verkaufsstellen von Lotterielosen angesehen worden. Man ging im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens davon aus, dass sie ohne ausdrückliche Erwähnung in § 14 Abs. 2 GewO wegen § 6 Abs. 1 Satz 2 GewO von der Anzeigepflicht ausgenommen wären. Dies sollte verhindert und die Anzeigepflicht durch die weite Fassung „Wettannahmestellen aller Art" auf alle Wettannahmestellen bezogen werden (BTDrucks III/318 S. 14). Wenn die ebenfalls von § 14 Abs. 2 GewO erfassten beruflichen Betätigungen nicht in vollem Umfang, sondern nur hinsichtlich der Pflicht zur Gewerbeanmeldung und hinsichtlich der eigens bestimmten Regelungen der Gewerbeordnung unterfallen, so spricht nichts dafür, dass der Betrieb von Wettannahmen allein durch die Erwähnung in § 14 Abs. 2 GewO ausschließlich gewerberechtlich beurteilt werden soll."

2. § 15 II GewO

"Gemäß § 15 Abs. 2 GewO kann die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebs verhindern, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne Zulassung betrieben wird. Diese Vorschrift kann auch eine Teilschließung rechtfertigen, wenn nur in Bezug auf einen Teil des Betriebs die notwendige Erlaubnis fehlt.

Die Bestimmung setzt indessen, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, voraus, dass ein grundsätzlich nach Gewerberecht oder gewerberechtlichem Nebenrecht wie dem Gaststättengesetz zulassungsfähiges Gewerbe betrieben wird, eine derartige Zulassung aber fehlt (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Band 1, Stand Oktober 2004, § 15 Rn. 10; Heß, in: Friauf, Gewerbeordnung, Stand September 2005, § 15 Rn. 11; Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 15 Rn. 14). Bundesrecht sieht derzeit keinen Genehmigungstatbestand für Sportwetten vor, sondern unterwirft derartige Veranstaltungen nach Maßgabe des § 284 StGB einem Repressivverbot. Nach den irrevisiblen Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs bestehen auch keine landesrechtlichen Vorschriften über die Zulassung der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten mit fester Gewinnquote durch Private. Das Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesetz) vom 29. April 1999 (GVBl S. 226) enthält keine Regelung über privat veranstaltete Sportwetten; es behält vielmehr die Veranstaltung solcher Wetten der Staatlichen Lotterieverwaltung vor (§ 2).

Im Übrigen ließe eine etwaige Schließungsbefugnis nach § 15 Abs. 2 GewO die Zulässigkeit einer Unterbindung einzelner gewerblicher Betätigungen auf der Grundlage des landesrechtlichen Ordnungsrechts ohnehin unberührt, wenn damit, wie hier, kein Verbot der Gewerbeausübung insgesamt verbunden ist."

3. § 35 I, IX GewO

"Nach § 35 Abs. 9 GewO finden die Bestimmungen

des § 35 Abs. 1 bis 8 GewO über die Gewerbeuntersagung Anwendung u.a. auf den Betrieb von Wettannahmestellen aller Art. Danach könnte eine Gewerbeuntersagung oder eine auf bestimmte Betätigungen zielende Teiluntersagung der Gewerbeausübung in Betracht kommen.
Eine Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO verfolgt indessen das Ziel, einen bestimmten Gewerbetreibenden an der gewerblichen Tätigkeit zu hindern, weil er unzuverlässig ist. Mit der hier angefochtenen Verfügung soll demgegenüber nicht der Ausschluss eines bestimmten Gewerbetreibenden erreicht werden, sondern die Verhinderung einer bestimmten Betätigung, welche unabhängig davon unzulässig ist, wer sie ausübt. Auch wenn in einem solchen Fall ebenfalls eine Gewerbeuntersagungsverfügung deshalb in Betracht kommt, weil derjenige, der eine strafrechtlich verbotene Betätigung ausübt, aus diesem Grunde regelmäßig unzuverlässig ist, schließt dies die ordnungsrechtliche Unterbindung der betreffenden Straftat nicht aus."

III. Zwischenergebnis
Vorschriften der Gewerbeordnung verdrängen die ordnungsrechtliche Generalklausel nicht. Sonstige Spezialgesetze sind auch nicht ersichtlich, so dass Art. 7 Abs. 2 LStVG als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt.

B. Formelle Rechtmäßigkeit
Laut Sachverhalt ist die Verfügung formell ordnungsgemäß ergangen.

C. Materielle Rechtmäßigkeit
In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

I. Tatbestand
Die Vermittlung von Sportwetten durch die Klägerin müsste eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen.

1. Öffentliche Sicherheit
Zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gehören das geschriebene Recht, die Individualrechtsgüter und die staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen. Zum geschriebenen Recht wiederum gehört u.a. § 284 StGB. Verstieße die Klägerin mit ihrem Verhalten gegen § 284 StGB, wäre also die öffentliche Sicherheit betroffen. Dann müsste sie ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet (§ 284 I StGB) oder für ein solches geworben (§ 284 IV StGB) haben.

a. Glücksspiel
"Die Oddset-Wette ist ein Glücksspiel im Sinne der Strafnorm (BVerwGE 114, 92 = GewArch 2001, 334). Wie der Senat in der soeben zitierten Entscheidung, die ebenso wie der vorliegende Rechtsstreit das Staatsmonopol für die Veranstaltung und Vermittlung von Oddset-Wetten in Bayern betrifft, des weiteren ausgeführt hat, ist § 284 StGB eine Verbotsnorm für unerwünschtes, weil sozial schädliches Verhalten. Die Geltung dieses Repressivverbots hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28. März 2006 1 BvR 1054/01 (NJW 2006, 1261), mit dem es die Verfassungsbeschwerde der damaligen Klägerin, soweit sie sich gegen die genannte Senatsentscheidung richtete, zurückgewiesen hat, nicht in Frage gestellt."

b. Veranstalten
"Die Klägerin hat mit ihrem Wettbüro entweder selbst Glücksspiele veranstaltet oder doch zumindest Einrichtungen hierfür bereitgestellt. Veranstalter im Sinne dieser Bestimmung ist, wer verantwortlich und organisatorisch den äußeren Rahmen für die Abhaltung des Glücksspiels schafft und der Bevölkerung dadurch den Abschluss von Spielverträgen ermöglicht (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2002 4 StR 260/02 GewArch 2003, 332 = JZ 2003, 858 m. zustimmender Anm. Wohlers, JZ 2003, 860). Diese Voraussetzungen können dadurch erfüllt werden, dass zur Durchführung des Spielbetriebes unter einer eigenen Firmenbezeichnung Räumlichkeiten angemietet werden und die erforderliche Ausstattung bereitgestellt wird, Wettprogramme ausgelegt, Einzahlungen der Spieler entgegengenommen und Gewinne ausgezahlt werden. Dass Wettdaten an einen Dritten, hier die "S-GmbH Gera", weitergeleitet werden und an diesen der Gewinnsaldo bis auf die Provision zu überweisen ist, ändert daran nichts. Der Begriff des „Veranstaltens" setzt nämlich nicht notwendig voraus, dass der Betroffene mit eigenen finanziellen Interessen am Ergebnis des Spielbetriebes tätig wird (zum Ganzen, BGH, Urteil vom 28. November 2002 a.a.O.; a.A. Horn, NJW 2004, 2047)."

c. Ohne behördliche Erlaubnis
Nach Ansicht der Klägerin lag für ihre Betätigung jedenfalls die nach § 284 StGB erforderliche behördliche Erlaubnis vor. Sie beruft sich insoweit auf die der "S-GmbH Gera" erteilte Gewerbeerlaubnis vom 14. September 1990 und meint, diese Erlaubnis, die nach Art. 19 Einigungsvertrag (EV) in der Bundesrepublik Deutschland fortgelte, müsse ihr bei der Tätigkeit für die genannte Gesellschaft zugute kommen, ohne dass es auf ihren räumlichen Geltungsbereich ankomme. Denn der Verstoß gegen die bundesweit geltende Strafrechtsnorm entfalle bereits dann, wenn von der Behörde irgendeines Landes der Bundesrepublik Deutschland eine Glücksspielerlaubnis erteilt worden sei."

aa. Unterscheidung nach Ländern verfassungsgemäß
"§ 284 StGB knüpft die strafrechtliche Sanktionierung an das Fehlen einer Erlaubnis und nimmt damit ent-

sprechend der föderalen Struktur der Bundesrepublik hin, dass die Veranstaltung von Glücksspielen von Land zu Land unterschiedlich zu beurteilen sein kann, nämlich danach, ob überhaupt eine Erlaubnis erteilt wird oder nicht. Die Klägerin meint, dass dies verfassungsrechtlich unzulässig sei und verweist auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. März 2004 (BVerfGE 110, 141 = RA 2004, 365) zu § 143 Abs. 1 StGB. Danach genügt die strafrechtliche Sanktionierung sehr unterschiedlicher landesrechtlicher Verbote, einen gefährlichen Hund zu züchten oder Handel mit ihm zu treiben, nicht den Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG über die Inanspruchnahme der Gesetzgebungsbefugnis durch den Bund.
Die Erwägungen dieses Urteils können nicht auf § 284 StGB übertragen werden. § 284 Abs. 1 StGB ist nach Art. 125 GG fortgeltendes vorkonstitutionelles Bundesrecht (vgl. zur Entwicklung der Norm v. Bubnoff, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, vor § 284 Rn. 3); der 1992 eingefügte § 284 Abs. 3 ist nach Art. 125a Abs. 2 GG Bundesrecht, ohne dass die 1994 strenger gewordenen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG anzuwenden gewesen wären. Zudem werden nicht Verstöße gegen Landesrecht sanktioniert, sondern es wird lediglich die bundeseinheitlich geltende Strafnorm für Glücksspiele, die vom Gesetzgeber als generell unerwünscht und sozial schädlich angesehen werden, insoweit mit dem Landesrecht verknüpft, als der Straftatbestand oder jedenfalls die Rechtswidrigkeit des unter Strafe gestellten Verhaltens von dem Nichtbestehen einer behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht ist, so dass den Ländern ein Spielraum für die Ausgestaltung der Voraussetzungen gewährt ist, unter denen von dem Verbot der Glücksspielveranstaltung Befreiung gewährt werden soll (vgl. BVerwG, GewArch 2000, 386). Das ist nicht vergleichbar mit der bundesrechtlichen Sanktionierung unterschiedlicher landesrechtlicher Verbote."

bb. Erlaubnis des Magistrats der Stadt Gera vom 14.9.1990
"Die Erlaubnis vom 14. September 1990, die der Magistrat der Stadt Gera der S. GmbH Gera auf der Grundlage des Gewerbegesetzes der Deutschen Demokratischen Republik vom 6. März 1990 (GBl DDR I S. 138) erteilt hat, gilt zwar nach Art. 19 EV auch nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten fort, hat aber keine Geltung im Freistaat Bayern. Sie kann daher der Klägerin nicht zugute kommen.

(1) Ausdrückliche Regelung des räumlichen Geltungsbereichs fehlt
Der räumliche Geltungsbereich (auch) eines nach Art. 19 EV in die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland übergeleiteten Verwaltungsaktes richtet sich zunächst nach seinem Inhalt. [...] Die Gewerbeerlaubnis vom 14. September 1990 enthält keine Regelung über ihren räumlichen Geltungsbereich."

(2). Auslegung erforderlich
[Der räumliche Geltungsbereich] muss, soweit erforderlich, durch Auslegung ermittelt werden (BVerwG, GewArch 2006, 149). Der Regelungsgehalt ist entsprechend den zu §§ 133, 157 BGB entwickelten Regeln zu ermitteln. Die Auslegung auch eines Verwaltungsaktes richtet sich dabei nicht nach den subjektiven Vorstellungen des Adressaten oder der erlassenden Behörde. Maßgebend ist entsprechend der Auslegungsregel des § 133 BGB der erklärte Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte. [...] Zu den bei der Auslegung zu berücksichtigenden Umständen können darüber hinaus auch die Regelungen des Gewerbegesetzes der DDR sowie die historischen Verhältnisse im Zeitpunkt der Bescheiderteilung berücksichtigt werden."

(a). § 3 VI GewerbeG DDR
"Hinweise für den Geltungsbereich der gewerberechtlichen Gestattung lassen sich aus den gesetzlichen Versagungsgründen ableiten. Nach § 3 Abs. 6 des Gewerbegesetzes der DDR durfte die Erlaubnis nur versagt werden, „wenn der Schutz des Gemeinwohls der Bürger und Gemeinschaften sowie Hygiene und Umwelt die Ausübung nicht zulassen". Dienen die Versagungsgründe dem Schutz der Verhältnisse und der Bewohner der früheren DDR, so spricht dies dafür, dass der Geltungsbereich gewerberechtlicher Erlaubnisse auch nur auf das Gebiet der ehemaligen DDR bezogen sein sollte."

(b). Art. 19 EV
"Art. 19 EV hat nicht, wie die Klägerin meint, "im Wege der Maßstabsvergrößerung" zur Erstreckung auf die gesamte Bundesrepublik geführt. Nach Art. 19 Satz 1 EV, der die Überschrift "Fortgeltung von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung" trägt, bleiben vor dem Wirksamwerden des Beitritts ergangene Verwaltungsakte der DDR wirksam. Sie können aufgehoben werden, wenn sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen oder Regelungen dieses Vertrages unvereinbar sind (Art. 19 Satz 2 EV). Im Übrigen bleiben die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten unberührt (Art. 19 Satz 3 EV). Durch Art. 19 EV ist grundsätzlich keine inhaltliche Änderung von Verwaltungsakten der DDR-Behörden eingetreten (insoweit zutreffend Horn, NJW 2004, 2047). Diese Vertragsbestimmung bezweckte zum einen, dem Gedanken des Vertrauensschutzes bei begünstigenden Verwaltungsakten dahin gehend Rechnung zu tragen, dass die betreffende Einzelentscheidung in ihrer regelnden Wirkung grundsätzlich erhalten bleibt. Zum anderen verfolgte sie den Zweck, die mit dem Einigungsvertrag insgesamt angestrebte Rechtseinheit zu fördern. Um dieses Zieles willen kommt daher Ver-

waltungsakten der DDR gemäß Art. 19 Satz 1 EV je nach ihrer regelnden Wirkung grundsätzlich ebenso Geltung im gesamten (erweiterten) Bundesgebiet zu, wie dies auch für Verwaltungsakte zutrifft, die bis zum 3. Oktober 1990 von der Behörde eines alten Bundeslandes erlassen worden sind (vgl. für einen statusbegründenden Verwaltungsakt BVerwGE 105, 255). Die nach Art. 19 EV als bundesdeutsche Verwaltungsakte fortgeltenden Verwaltungsakte der Deutschen Demokratischen Republik erfordern also im Blick auf die Frage nach ihrer bundesweiten Geltung eine hypothetische Prüfung: kommt einem inhaltlich entsprechenden Verwaltungsakt der Behörde eines alten Bundeslandes bundesweite Geltung zu, so ist dasselbe für den nach Art. 19 EV fortgeltenden Verwaltungsakt anzunehmen; anderenfalls ist eine solche Geltung zu verneinen, weil die für die angestrebte Rechtseinheit maßgebliche Rechtsordnung der (erweiterten) Bundesrepublik Deutschland durch deren föderale Struktur und die damit verbundenen unterschiedlichen Regelungsbefugnisse mitgeprägt ist, so dass sie nicht selten Regelungsverschiedenheiten in den einzelnen Bundesländern hervorbringt. Eine weiter reichende, weder durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes noch durch den so verstandenen Gedanken der Rechtseinheit gebotene "Maßstabvergrößerung" ist in der Vertragsbestimmung nicht angelegt.

Im hier gegebenen Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch in den Ländern der alten Bundesrepublik Erlaubnisse für die gewerbliche Veranstaltung von Wetten auf Sportveranstaltungen (mit Ausnahme von Pferdewetten, dazu Urteil vom 4. Oktober 1994 BVerwG 1 C 13.93 BVerwGE 97, 12 = Buchholz 11 Art. 12 Nr. 232, S. 36 = GewArch 1995, 63) nur nach dem jeweiligen Landesrecht erteilt werden konnten und demzufolge in den alten Bundesländern, hätten sie erteilt werden dürfen, nur Wirkung im Gebiet des betreffenden Bundeslandes hätten beanspruchen können. Die Gewerbeerlaubnis traf mit der Wiedervereinigung auf den bundesweit geltenden § 284 StGB, dem bundesrechtlich ein Repressivverbot für Glücksspiele zugrunde liegt, von dem, soweit hier von Interesse, nur nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts Befreiung im Rahmen der Kompetenz des jeweiligen Landes erteilt werden kann. Eine außerhalb des Freistaats Bayern erteilte Glücksspielerlaubnis berechtigt also, solange es dafür keine bundeseinheitliche Rechtsgrundlage gibt, nicht dazu, in Bayern Glücksspiele zu veranstalten oder Einrichtungen dafür bereitzustellen. Für die hier in Rede stehende Gewerbeerlaubnis gilt daher Entsprechendes. Mit dem Fehlen ihrer Erstreckung auf den Freistaat Bayern teilt die Gewerbeerlaubnis der "S-GmbH Gera" das Schicksal aller vergleichbaren Gestattungen und führt weder zu einer dem Gedanken des Vertrauensschutzes widerstreitenden Benachteiligung des Erlaubnisnehmers noch zu einer Gefährdung der nach Maßgabe der föderalen Grundordnung bestehenden Rechtseinheit in der Bundesrepublik Deutschland. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Erlaubnis auch Wirkung im Freistaat Bayern in dem Sinne hat, dass mit ihr dort die Betätigung „Abschluss von Sportwetten Buchmacher" gestattet ist."

d. Zwischenergebnis

Ein Verstoß gegen § 284 I StGB liegt nach alledem vor. Damit ist die öffentliche Sicherheit in Form des geschriebenen Rechts betroffen.

2. Gefahr

Unter einer Gefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für das geschützte Rechtsgut zu verstehen. Die Klägerin hat angekündigt, weiterhin Sportwetten vermitteln zu wollen. Damit stehen Verstöße gegen § 284 I StGB unmittelbar bevor.

3. Ordnungspflicht

Diese Gefahren gehen von einem Verhalten der Klägerin bzw. ihrer Bediensteten aus, so dass sie sich die Störung als Verhaltensstörerin zurechnen lassen muss.

II. Rechtsfolge

Art. 7 Abs. 2 LStVG stellt ein Einschreiten in das Ermessen der Behörde. Die Rechtmäßigkeit der Verfügung hängt mithin von einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung der Behörde ab. Diesbezüglich ist zwischen dem Entschließungsermessen, also der Entscheidung über das "Ob" des Einschreitens, und dem Auswahlermessen, also dem "Wie" des Einschreitens zu differenzieren.

1. Entschließungsermessen

Das Entschließungsermessen könnte gegen ein Einschreiten auf null reduziert gewesen sein. Das gleichwohl ergangene Verbot wäre dann ermessensfehlerhaft.

a. Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag

Eine solche Ermessensreduzierung könnte sich zunächst aus europarechtlichen Vorgaben ergeben. Das BVerwG weist jedoch darauf hin, dass Grundfreiheiten aus dem EG-Vertrag - nur solche kämen hier in Betracht - nur bei grenzüberschreitendem Sachverhalt anwendbar sind. An einem solchen fehlt es hier, da die Klägerin in Deutschland ansässig ist und in Bayern Sportwetten vermitteln will:

""Da im maßgeblichen Zeitpunkt ein grenzüberschreitender Bezug der Betätigung der Klägerin nicht vorliegt, stellen sich keine Fragen zum Gemeinschaftsrecht.

Die von der Klägerin angesprochene "Inländerdiskriminierung" liegt nicht vor. Führt eine mangelnde Übereinstimmung von nationalem Recht und Gemein-

schaftsrecht, die unter Zugrundelegung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 ohnehin nicht besteht, dazu, dass Deutschen nach nationalem Recht weniger weitgehende Rechte zustehen als Ausländern nach Gemeinschaftsrecht, so stellt die darin liegende Inländerdiskriminierung eine solche des nationalen Rechts, nicht des Gemeinschaftsrechts, dar und ist folglich an denjenigen nationalen Normen zu messen, die eine Diskriminierung verbieten, also vor allem an Art. 3 Abs. 1 GG."

b. Gleichheitsgrundsatz

Fraglich bleibt nach dem zuvor Gesagten, ob ein Einschreiten gegen die Klägerin im Hinblick auf Art. 3 I GG ermessensfehlerhaft wäre. Das BVerwG verneint auch dies:

"Eine [nach Art. 3 I GG] unzulässige Diskriminierung liegt vor, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes ist hier jedoch zu verneinen, selbst wenn unterstellt würde, dass ein Gemeinschaftsbürger auf der Grundlage einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Erlaubnis in Deutschland Sportwetten veranstalten oder vermitteln dürfte. Denn im Unterschied zu einem derartigen Hineinwirken der in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Erlaubnis in den (gesamten) nationalen Rechtsraum gilt die der "S-GmbH Gera" erteilte Erlaubnis vom 19. September 1990 nicht in Bayern, und die Klägerin selbst verfügt nicht über eine in einem anderen Mitgliedstaat erteilte Erlaubnis zur Veranstaltung von Oddset-Wetten. Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass während der Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 die Veranstaltung und Vermittlung von nicht durch den Freistaat Bayern angebotenen Oddset-Wetten durch gewerbliche Veranstalter ordnungsrechtlich unterbunden werden können. Das schließt ein, dass in einem solchen Vorgehen kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt."

c. Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Staatslotteriegesetzes

Die Behörde hätte ihr Entschließungsermessen ferner dann fehlerhaft ausgeübt, wenn - wie von ihr behauptet - der Entscheidung des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Staatslotteriegesetzes eine Bindungswirkung dergestalt zukäme, dass ordnungsrechtlich gegen die Vermittlung von Sportwetten nicht mehr eingeschritten werden dürfte. Das BVerwG verneint jedoch eine solche Bindungswirkung:

"Namentlich mussten die Verwaltungsbehörden bei ihrer Ermessensbetätigung nicht den Umstand berücksichtigen, dass das Bayerische Staatslotteriegesetz in der derzeitigen Ausgestaltung verfassungswidrig ist (BVerfG, NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248). Da das Gesetz nicht für nichtig erklärt worden ist, vielmehr das Staatsmonopol bis zum 31. Dezember 2007 nach Maßgabe der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durchgesetzt werden darf, war die Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Staatslotteriegesetzes auch im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung nicht in die Ermessenserwägungen einzustellen. Ob die Behörden überhaupt insoweit eine "Normverwerfungskompetenz" haben (vgl. dazu BVerwGE 112, 373) kann daher auf sich beruhen."

2. Auswahlermessen

Hinsichtlich der Auswahl des Ordnungspflichtigen sind keine fehlerhaften Ermessenserwägungen ersichtlich, da allein die Klägerin stört. Jedoch müsste auch das ausgewählte Mittel - hier also das Verbot der Vermittlung von Sportwetten - ermessensfehlerfrei, d.h. insbesondere verhältnismäßig sein. Der Klägerin wurde - wie oben erwähnt - nicht die gesamte Gewerbeausübung, sondern nur die Vermittlung von Sportwetten untersagt. Deshalb verbleiben ihr auch unter Berücksichtigung ihres Grundrechts aus Art. 12 I GG noch genügend Betätigungsmöglichkeiten. Eine Befristung der Untersagungsverfügung war auch nicht nötig, da das Verbot von Sportwetten nach der gegenwärtigen Rechtslage unbefristet ist.

D. Ergebnis

Das Verbot ist rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht Problem: Schadensersatz

OLG FRANKFURT, URTEIL VOM 19.07.2006
19 U 70/06 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Klä. erwarb bei der Bekl. einen Gebrauchtwagen. Dieser PKW wies sieben Monate nach der Übergabe Klackergeräusche auf. Die Klä. suchte die Bekl. auf. Diese begutachtete den Wagen und stellte fest, dass sich die Dichtung des Ansaugkrümmers gelöst hatte. Daraufhin reparierte die Bekl. im Wege der Kulanz die Dichtung. Etwa sieben Monate nach Übergabe vernahm die Klä. erneute Klackergeräusche. Daraufhin suchte die Klä. einen Sachverständigen auf, der ein Gutachten erstellte. Ursache für die Klackergeräusche war eine unsachgemäße Reparatur der Dichtung des Ansaugkrümmers, welche zu einem Schaden an der Zylinderkopfdichtung geführt hatte. Ob der Schaden bereits bei der Übergabe vorlag, vermochte der Sachverständige nicht festzustellen. Jedoch gab dieser an, dass ein Schaden bei einem PKW dieser Laufleistung unüblich sei und die Reparatur fünf Tage in Anspruch nehme. Die Klä. suchte die Firma Carmobil auf und ließ dort den Schaden beheben. Die dadurch entstandenen Kosten, die Kosten für das Gutachten des Sachverständigen sowie den Nutzungsausfall macht die Klä. nunmehr geltend.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung behandelt den sowohl für das erste als auch für das zweite Staatsexamen sehr klausurrelevanten Komplex des Gebrauchtwagenkaufs, allerdings in einer neuen Variante. Vorliegend nahm die Bekl. eine Reparatur des PKW "im Wege der Kulanz" vor und verursachte während dessen einen Schaden an der Zylinderkopfdichtung. Nach Rechtsansicht des OLG Frankfurt begründet diese Reparatur ein Rechtsgeschäft zwischen Käufer und Verkäufer. Der Käufer ist so zu behandeln, als habe er einen Anspruch auf Nacherfüllung gehabt. In Fällen wie hier, in denen die Reparatur im Wege der Kulanz zu einem weiteren Mangel führt, sind die Normen zur kaufrechtlichen Gewährleistung analog anzuwenden. Dies führt nunmehr dazu, dass die Klä. nur dann Schadensersatz wegen des neuen Mangels verlangen kann, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vorliegen. Vorliegend mangelte es an der erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung. Zudem ist i. R. d. haftungsausfüllenden Tatbestands zu entscheiden, ob es sich bei den von der Klä. geltend gemachten Schadensposten um solche handelt, die neben der Leistung geltend gemacht werden können oder statt der Leistung. Eine interessante Überlegung ergibt sich hier bei Frage der Höhe des Nutzungsersatzanspruchs. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen des Nutzungsausfalls steht der Klä. jedoch nur für den Zeitraum zu, in welchem ihr die Nutzung auch dann entgangen wäre, wenn sie ihre Obliegenheit erfüllt hätte, der Bekl. erneut Nacherfüllung zu ermöglichen. Hier war der Anspruch zu kürzen, weil die Klä. der Bekl. keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gab und somit gegen ihre Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung verstieß. In diesem Umfang hat sie ihren Schadensersatzanspruch gemäß § 254 II 1 BGB verloren.

Vertiefungshinweise:

❑ Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls: *Ebert*, NJW 2004, 1761; *Lorenz*, NJW 2006, 1175

❑ Abgrenzung der Schadensersatzansprüche: *Medicus*, JuS 2003, 528; *Schulze/ Ebers*, JuS 2004, 265

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"

❑ *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"

❑ *Assessorkurs*: "Spätes Kommen"

Leitsatz:

Ein Nutzungsausfallschaden, der nach § 280 I BGB zu ersetzen ist, kann wegen der Verletzung der Pflicht zur Schadensgeringhaltung durch den Geschädigten gemäß § 254 II 1 BGB auf den Zeitraum zu begrenzen sein, der von dem Schuldner zur Nacherfüllung benötigt worden wäre, wenn ihm hierzu Gelegenheit gegeben worden wäre.

Sachverhalt:

Mit schriftlichem Kaufvertrag vom 09.11.2003 erwarb die Klä. zu privaten Zwecken von der Bekl. einen Gebrauchtwagen der Marke Opel Vectra mit einer Laufleistung von 63.000 km zu einem Kaufpreis von 6.800,00 €. Am gleichen Tag wurde der PKW übergeben.

Nachdem im Juni 2004 an dem Fahrzeug Klackergeräusche aufgetreten waren, suchte die Klä. die Bekl. auf. Die Bekl. überprüfte den Wagen und stellt fest, dass sich die Dichtung des Ansaugkrümmers gelöst habe. Sie nahm sodann die erforderlichen Reparaturarbeiten an dem Fahrzeug vor, wobei sie erklärte, die "Reparatur aus Kulanz" durchzuführen.

Nachdem am 16.03.2005 erneut Klackergeräusche aufgetreten waren, ließ die Klä. das Fahrzeug von dem Sachverständigen untersuchen. Der Sachverständige erstellte unter dem 31.03.2005 ein Gutachten, in dem er feststellte, dass die Ursache für die Geräusche eine nicht ordnungsgemäße Abdichtung des Ansaugkrümmers durch die Bekl. war, welche zu einem Schaden an der Zylinderkopfdichtung führte. Ob die unsachgemäße Abdichtung bereits bei der Übergabe des

Fahrzeugs von der Klä. an die Bekl. am 09.11.2003 vorlag, ließ sich nicht mit Sicherheit feststellen. Allerdings gab der Sachverständige an, dass das Lösen der Dichtung bei einer Laufleistung von unter 70.000 km unüblich sei und die erforderliche Reparatur fünf Tage in Anspruch nehme.
Für die Erstellung des Gutachtens berechnete er der Klä. unter dem selben Datum 616,08 €, welche die Klä. auch prompt beglich. Die Klä. holte bei der Firma Carmobil unter dem 30.03.2005 einen Kostenvoranschlag über die erforderliche Reparatur 2.356,74 € ein. Mit anwaltlichem Schreiben vom 01.04.2005 übermittelte die Klä. der Bekl. das Gutachten und den Kostenvoranschlag und forderte sie auf, binnen zehn Tagen 616,08 € und 2.356,74 € an sie zu zahlen. Die Bekl. ersuchte die Klä. mit Schreiben vom 08.04.2005 um Fristverlängerung bis zum 15.04.2005. Zwischenzeitlich reparierte die Firma Carmobil das Fahrzeug zum 06.05.2005 und stellte der Klä. dafür unter dem 18.04.2005 einen Betrag i.H.v. 1.272,43 € und unter dem 06.05.2005 einen Betrag von 1.145,23 € in Rechnung. Mit anwaltlichem Schreiben vom 09.05.2005 erklärte sich die Bekl. nun gegenüber der Klä. bereit, den Mangel kostenlos zu beheben.
Die Klä. begehrt von der Bekl. Ersatz der Gutachterkosten i.H.v. 616,08 €, Erstattung der Reparaturkosten für den PKW i.H.v. 2.417,66 € sowie Erstattung des Nutzungsausfalls in Höhe von 43,00 € pro Tag für den Zeitraum 16.03.2005 bis zum 06.05.2005.
Zu Recht?

Aus den Gründen:
Die Klä. müsste einen Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten, der Gutachterkosten sowie des Nutzungsausfalls haben.

A. Erstattung der Reparaturkosten i.H.v. 2.417,66 €
Fraglich ist, ob die Klä. einen Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten in Höhe von 2.417,66 € hat.

I. Anspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB
Die Klä. könnte einen Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB

1. Wirksamer Kaufvertrag
Klä. und Bekl. haben einen wirksamen Kaufvertrag über den Opel Vectra mit einer Laufleistung von 63.000 km zu einem Kaufpreis i.H.v. 6.800,00 € geschlossen.

2. Mangel zur Zeit des Gefahrübergangs
Fraglich ist, ob der PKW einen Mangel aufwies. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB. Ein Mangel ist jede negative Abweichung der Ist - Beschaffenheit von der Soll - Beschaffenheit. Maßgeblich für das Vorliegen des Sachmangels ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, § 446 BGB.

a. Schaden an der Zylinderkopfdichtung
Der PKW könnte in Bezug auf den Schaden an der Zylinderkopfdichtung mangelhaft sein. Wie der Mangel i.S.d. § 434 I BGB einzuordnen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Unstreitig ist der Schaden an der Zylinderkopfdichtung erst aufgrund der von der Bekl. im Juni 2004 vorgenommenen Reparatur entstanden. Mithin ist der Mangel erst nach dem Gefahrübergang entstanden und vermag insoweit einen Anspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB nicht zu begründen.

b. Gelöste Dichtung am Ansaugkrümmer
Der Sachmangel könnte sich aus der gelösten Dichtung am Ansaugkrümmer ergeben. Zwar haben die Kaufvertragsparteien sich nicht ausdrücklich über die Beschaffenheit der Dichtung am Ansaugkrümmer geeinigt, weshalb ein Mangel gem. § 434 I 1 BGB abzulehnen ist. Auch war der PKW fahrtauglich, lediglich Klackergeräusche waren zu vernehmen. Also liegt auch ein Mangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 1 BGB nicht vor. Allerdings ist ein Schaden an der Dichtung nicht üblich bei Sachen der gleichen Art. Dies hat der Sachverständige in dem Gutachten bekundet.
Also liegt ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor. Der Mangel müsste auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben, § 446 BGB. Die Beweislast für das Vorliegen des Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt trägt die Klä., § 363 BGB. Dem Gutachten des Sachverständigen läßt sich nicht entnehmen, seit wann der Mangel vorgelegen hat. Fraglich ist, ob der Bekl. ausnahmsweise die Beweislast trägt. Dies könnte durch die Umkehr der Beweislast der Fall sein.

aa. Haltbarkeitsgarantie, § 443 II BGB
Die Umkehr der Beweislast könnte aus einer dem Käufer gewährten Haltbarkeitsgarantie folgen. Eine solche ist hier nicht ersichtlich.

bb. Beweislastumkehr gem. § 476 BGB
Es könnte die Umkehr der Beweislast aus § 476 BGB folgen. Dazu müsste ein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I 1 BGB vorliegen. Dies ist hier sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht der Fall. Jedoch liegt die Tatbestandsvoraussetzung der Sechsmonatsfrist zum erstmaligen Zeitpunkt des Auftretens des Klackern nicht mehr vor. Die Übergabe erfolgte bereits am 19.08.2004, das Klackern trat zum ersten Mal im Juni 2004 auf, d.h. nach Ablauf der Frist.

Also ist die Klä. beweisfällig geblieben. Ein Mangel zur Zeit des Gefahrübergangs ist nicht dargelegt. Mithin ist ein Anspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB nicht gegeben.

III. Anspruch analog §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB
Es könnte ein Anspruch auf Erstattung der Reparatur-

kosten analog §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB gegeben sein.

1. Zulässigkeit der Analogie
Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben sind. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage vorliegen. "Die Klä. kann von der Bekl. Schadensersatz in gleicher Weise dann beanspruchen, wenn das erworbene Fahrzeug bei Übergabe nicht mangelhaft war. In dem die Bekl. die Reparatur „aus Kulanz" ohne Berechnung durchführte, wurde sie nicht lediglich aufgrund eines Gefälligkeitsverhältnisses tätig (vgl. Palandt - Heinrichs, vor § 241 Rn 7 m.w.N.). Da die Klä. die Nachbesserung als Gewährleistung aufgrund des Kaufvertrages verlangte, da sie ferner wegen der für sie ersichtlich auf dem Spiel stehenden erheblichen Werte auf eine fachgerechte Reparatur vertraute, die die Bekl. sich ohne Berechnung durchzuführen bereiterklärte, wurde durch die Annahme des Reparaturauftrages „aus Kulanz" kein Gefälligkeitsverhältnis, sondern ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis begründet. Auf dieses Schuldverhältnis sind nicht die Regeln des Auftragsrechts anzuwenden. Vielmehr wollten die Parteien die Mangelbeseitigung an der Auspuffkrümmerdichtung ersichtlich so behandeln, als könne die Klä. Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB verlangen".

2. Wirksames Schuldverhältnis
Ein wirksames Schuldverhältnis liegt im Hinblick auf das sich aus der Kulanz - Reparatur ergebenen Rechtsverhältnisses vor.

3. Mangel bei Gefahrübergang
Es müsste ein Mangel bei Gefahrübergang vorliegen. Der Defekt an der Dichtung des Ansaugkrümmers kann folglich wie ein Sachmangel i.S.d. § 434 I BGB angesehen werden. Der Defekt ist durch das Fehlschlagen der Reparatur aus Kulanz, die wie eine Nachbesserung zu behandeln ist, entstanden. Mithin liegt ein Umstand, der einem Mangel bei Gefahrübergang gleichsteht, vor.

4. Fristsetzung zur Nacherfüllung bzw. Entbehrlichkeit der Fristsetzung
Der Klä. müsste der Bekl. eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gewährt haben. Eine Frist zur Nacherfüllung setzte die Klä. der Bekl. nicht. "Die Klägerin hat von der Beklagten nicht Nacherfüllung, sondern gemäß Schreiben vom 01.04.2005 sogleich Schadensersatz in Geld verlangt." Nunmehr ist zu prüfen, ob die Fristsetzung entbehrlich war. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder wenn die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, § 440 S. 1 BGB.

a. Fehlschlag gem.§ 440 S. 1, 2. Fall BGB
Die Fristsetzung könnte gem. § 440 S. 1, 2.Fall entbehrlich sein. Dazu müsste die Nacherfüllung fehlgeschlagen sein. Vorliegend hat der Bekl. einen Mangel durch die unsachgemäße Reparatur im Juni 2004 geschaffen. "Das Erzeugen eines neuen Mangels der Kaufsache ist ein Fall des Fehlschlagen der Nachbesserung." Ein Fehlschlag ist nur dann anzunehmen, wenn die Nachbesserung bei dem zweiten Versuch erfolglos war, § 440 S. 2, 1. Hs. BGB. Also ist ein Fehlschlag i.d.S. nicht gegeben.

b. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung, § 440 S. 1, 3.Fall BGB
Die Fristsetzung könnt wegen der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung entbehrlich sein. Es ist darauf abzustellen, ob dem Käufer die Nacherfüllung statt Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz zuzumuten ist. Unzumutbar kann dem Käufer sein, die nachgelieferte oder nachgebesserte Sache zu nehmen, wenn deren Wert, Verwertbarkeit oder Gebrauch infolge der durch den Zeitablauf geänderten Umstände in erheblichen Maße beeinträchtigt oder ausgeschlossen ist oder ein Vertrauensverlust wegen vorangegangener Täuschung besteht (Palandt - Putzo, § 440 Rn 8). Eine bereits fehlgeschlagene Reparatur rechtfertigt keine Unzumutbarkeit. Diese Fallgruppe ist abschließend in § 440 S. 1, 2. Fall BGB geregelt. "Die Nacherfüllung ist selbst dann zumutbar, wenn die Beklagte die Reparaturarbeiten vorsätzlich nicht fachgerecht ausführte. Hierfür ist maßgeblich, dass gegen die erforderlichen Fachkenntnisse der Beklagten zur Ausführung einer ordnungsgemäßen Reparatur keine Bedenken bestehen und die Beklagte sich auch ausdrücklich zur Nachbesserung bereit erklärte."
Der Klä. war das setzen einer Frist mithin zumutbar.

Also liegen die Tatbestandsvoraussetzungen analog §§ 437 Nr. 3, 380 I, III, 281 I 1 BGB nicht vor.

IV. Anspruch analog §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 S. 1 BGB
Fraglich ist, ob die Klä. den Ersatz der Reparaturkosten analog §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB verlangen kann.

1. Zwar liegt wie obig dargelegt ein Rechtsverhältnis i.d.S. vor. Auch ist die Nacherfüllung der Bekl. infolge der durch die Firma Carmobil vorgenommenen Reparatur tatsächlich unmöglich gem. § 275 I BGB geworden.

2. Das Vertretenmüssen der Bekl. wird grds. vermutet, § 280 I 2 BGB. Die Exculpation dürfte der Bekl. jedoch gelingen. Die Klä. hat die Unmöglichkeit der Nacherfüllung dadurch herbeigeführt, dass sie eigenmächtig die Firma Carmobil mit der Reparatur betrau-

te. Mithin liegt kein Verschulden der Bekl. vor.

Also kommt ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB nicht in Betracht.

II. Anspruch analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Es könnte sich schließlich der Anspruch der Klä. auf Ersatz der Reparaturkosten aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB analog ergeben.

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB analog liegen wie dargelegt vor.

2. Erstattungsfähigkeit der Reparaturkosten

Fraglich ist, ob die Reparaturkosten erstattungsfähig sind. Abzugrenzen ist insoweit der hier geprüfte Schadensersatz neben der Leistung vom Schadensersatz statt der Leistung. Grundsätzlich ist vom Schadensersatz neben der Leistung das Integritätsinteresse geschützt. Das Integritätsinteresse umfasst das Interesse des Eigentümers an der Erhaltung seiner Sachen im einwandfreien Zustand. Im Gegensatz dazu umfasst der Schadensersatz statt der Leistung das Sog. Äquivalenzinteresse. Erstattungsfähig sind insoweit alle Schäden, die durch eine ordnungsgemäße Nacherfüllung hätten beseitigt werden können. "Auf § 280 I BGB, ... , kann die Klä.. den Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Reparatur des Fahrzeugs durch die Firma A nicht stützen. Diese Bestimmung ist nur dann einschlägig, wenn Ersatz für Schäden verlangt wird, die durch die Pflichtverletzung endgültig entstanden sind und durch Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung nicht beseitigt werden können (vgl. Palandt - Heinrichs, § 280 Rn 18 m.w.N.). Ist – wie hier – die Nachbesserung deshalb fehlgeschlagen, weil ein neuer Mangel der Kaufsache – hier: der Schaden am Zylinderkopf – erzeugt wurde, kann insoweit Schadensersatz nur statt der Leistung verlangt werden." Folglich sind die Reparaturkosten nicht erstattungsfähig.

V. Anspruch aus § 823 I BGB

Es könnte ein Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten gem. § 823 I BGB gegeben sein. In Betracht kommt eine Verletzung des Eigentums der Klä. durch die unsachgemäße Reparatur im Juni 2004. Allerdings steht der Klä. "ein weitergehender Schadensersatzanspruch auch nicht aus deliktischer Haftung der Bekl. zu. Wer es versäumt, die notwendigen Voraussetzungen für eine vertragliche Einstandspflicht zu schaffen, kann Ersatz für dieselben Aufwendungen nicht auf dem Umweg über einen Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung beanspruchen (BGH NJW 1998, 2282, 2283)."

B. Erstattung der Gutachterkosten i.H.v. 616,08 € analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Fraglich ist, ob die Klä. einen Anspruch gegen die Bekl. auf Erstattung der Gutachterkosten analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB hat.

I. Zulässigkeit der Analogie

Die Voraussetzungen der Analogie liegen vor. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

II. Tatbestandsvoraussetzungen

Ein Rechtsverhältnis folgt aus der Reparatur im Wege der Kulanz. Die gelöste Dichtung am Ansaugkrümmer wird wie ein Sachmangel gehandelt. Das Verschulden der Bekl. wird gem.§ 280 I 2 BGB vermutet.

III. Rechtsfolge

Fraglich ist, ob die Gutachterkosten unter den Schadensersatz neben der Leistung analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB zu subsumieren sind. Dazu müsste in Bezug auf die Gutachterkosten das Integritätsinteresse der Klä. betroffen sein. "Die Klägerin hatte nach ersten Untersuchungen des Fahrzeugs Anhaltspunkte dafür, dass der erhebliche Motorschaden Folge der mangelhaft durchgeführten Reparatur der Beklagten war. Sie durfte sich deshalb zur Einholung eines Gutachtens über Ursache und Ausmaße des eingetretenen Schadens veranlasst sehen. Dieser Schaden konnte durch Nacherfüllung nicht beseitigt werden; der Anspruch richtet sich demnach nach § 280 I BGB."

Daher hat die Klä. gegen den Bekl. einen Anspruch auf Erstattung der Gutachterkosten i.H.v. *616,08 €.*

C. Erstattung des Nutzungsausfalls i.H.v. 1.634,00 € analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Fraglich ist, ob die Klä. einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB gegen die Bekl. hat. In Betracht kommt dies i.H.v. 43 € pro Tag für die Zeit vom 16.03 - 06.05.2005.

I. Die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB analog sind gegeben.

II. Erstattungsfähigkeit des Nutzungsausfalls

Fraglich ist, ob der Nutzungsausfall ein unter den Schadensersatz neben der Leistung subsumierbarer Schadensposten ist. Infolge der mangelhaften Reparatur der Bekl. stand der Klä. das Fahrzeug in der Zeit vom 16.03.2005 bis zum 06.05.2005 nicht zur Nutzung zur Verfügung. Bei dem Nutzungsausfall handelt es sich um einen Folgeschaden, der das Integritätsinteresse der Klä. betrifft. Daher ist der Schadensposten grds. erstattungsfähig. "Der Anspruch auf Schadensersatz wegen des Nutzungsausfalls steht der Klä. jedoch nur für den Zeitraum zu, in welchem ihr die Nutzung auch dann entgangen wäre, wenn sie ihre Obliegenheit erfüllt hätte, der Bekl. erneut Nacherfüllung zu ermöglichen. Da die Bekl. der Klä. am 15.04.2005 Nachbesserung anbot und die Reparatur bei ihr 5 Werktage in Anspruch genommen hätte, hätte die Klä.

in diesem Fall das Fahrzeug lediglich in der Zeit vom 16.03.2005 bis zum 22.04.2005, also an 38 Tagen nicht nutzen können. Bei einem Tagessatz von 43,00 € ergibt sich daraus ein Schaden von 1.634,00 €. Ersatz wegen des darüber hinaus gehenden Nutzungsausfalles, der tatsächlich bis zum 06.05.2005 eintrat, kann die Klä. nicht verlangen. Denn dieser Nutzungsausfall ist nur deshalb entstanden, weil die Klä. der Bekl. keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gab und somit gegen ihre Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung verstieß. In diesem Umfang hat sie ihren Schadensersatzanspruch gemäß § 254 II 1 BGB verloren (Lorenz, NJW 2006, 1175, 1176)."

Also hat die Klä. einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls i.H.v. 1.634,00 € analog §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB.

Standort: §§ 266, 266b StGB — Problem: Missbrauch einer Kreditkarte

LG DRESDEN, URTEIL VOM 21.06.2005
10 NS 202 JS 45 549/03 (NSTZ 2006, 633)

Problemdarstellung:

Dem Angeklagten, einem Polizeibeamten, war von seinem Dienstherrn, dem LKA Sachsen, eine Kreditkarte eines Tankstellenbetreibers zur Verfügung gestellt worden, die er bei bestimmten Tankstellen nutzen konnte, wodurch der anfallende Betrag dem LKA in Rechnung gestellt wurde. Obwohl er die ausdrückliche Anweisung erhalten hatte, diese Karte nur zum Betanken seines Dienstfahrzeuges zu nutzen, benutzte er sie auch beim Betanken seines Privat-Pkws.

Das AG hatte den Angeklagten wegen Missbrauchs von Kreditkarten (§ 266b I StGB) verurteilt. Seine hiergegen eingelegte Berufung wurde vom LG Dresden mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte sich zwar nicht wegen Missbrauchs von Kreditkarten strafbar gemacht habe, aber wegen Untreue (§ 266 I StGB).

Prüfungsrelevanz:

Die in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Tatbestände (§§ 266, 266b StGB) sind in beiden Examen häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Insbesondere das vom LG diskutierte Problem der Voraussetzungen für eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB ist ein Standardproblem, das allerdings grundsätzlich nur anhand des jeweiligen Einzelfalles gelöst werden kann.

Im Rahmen von § 266b StGB betont das LG, dass der für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche Vermögensschaden bei demjenigen entstehen muss, der die (Scheck- oder Kredit-) Karte ausgegeben hat, denn nur dieser soll durch den Tatbestand des § 266b StGB geschützt werden (vg. Tröndle/Fischer, § 266b Rn 2). Entsteht - wie im vorliegenden Fall - der Vermögensschaden durch den Missbrauch der Karte nicht bei dem Kartenaussteller, sondern bei einem Dritten, führt dies somit nicht zu einer Strafbarkeit gem. § 266b StGB.

Das LG betont weiter, dass zwar § 266b StGB die gegenüber § 266 StGB speziellere Norm darstellt (BGH, NStZ 1987, 120; Tröndle/Fischer, § 266b Rn 23 mwN). Da jedoch der § 266b StGB das Verhältnis des Angeklagten zu seinem Dienstherrn, dem LKA, nicht erfasste (denn nicht das LKA hatte die Karte ausgegeben), war insofern durchaus noch Raum für die Prüfung einer Strafbarkeit gem. § 266 StGB. Insofern ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Ausweitung der Strafbarkeit durch § 266b StGB im Verhältnis zu § 266 StGB, die dadurch bewirkt wird, dass § 266b StGB - anders als § 266 StGB - keine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt, so dass der Tatbestand entsprechend weiter ist, nur für das Verhältnis Kartenaussteller und Karteninhaber gilt. In anderen Rechtsverhältnissen, hier im Verhältnis von Karteninhaber und dessen Dienstherrn, kommt eine Strafbarkeit nur unter den qualifizierten Anforderungen des § 266 I StGB in Betracht, die hier allerdings nach Auffassung des LG gegeben waren.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu § 266b StGB, insb. beim Missbrauch von Kreditkarten: *Labsch*, NJW 1986, 104; *Offermann*, wistra 1986, 50; *Otto*, JZ 1985, 963; *Ranft*, JuS 1988, 673; *Rossa*, CR 1997, 219

❑ Zur Erforderlichkeit einer Vermögensbetreuungspflicht i.R.v. § 266 I 1. Fall StGB: *BGH*St 24, 386; 33, 244; *Bringewat*, NStZ 1985, 537; *Dierlamm*, NStZ 2000, 656; *Labsch*, Jura 1987, 345; *Links*, NStZ 2000, 657; *Otto*, JR 2000, 517; *Ranft*, JuS 1988, 673

❑ Zu den Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB: *BGH*St 41, 229; *BGH*, wistra 1989, 60; NStZ-RR 2005, 83; *OLG Düsseldorf*, NJW 2000, 530; *OLG Karlruhe*, NStZ 1990, 82; *Kargl*, ZStW 113, 565

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die Perlenkette"

❑ *Examenskurs*: "Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"

Leitsatz (der Redaktion):

1. Als Taterfolg des § 266b I StGB muss dem Kartenaussteller ein Vermögensschaden entstehen; eine anderweitig problemlos zu realisierende Aus-

gleichsmöglichkeit des Ausstellers lässt einen Schaden entfallen.
2. Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB ist zwischen dem Aussteller und dem Inhaber einer Kreditkarte in der Regel nicht gegeben. Ein Missbrauch der Kreditkarte fällt somit nur unter § 266b StGB. Dieser Tatbestand verzichtet auf die Voraussetzung einer Vermögensbetreuungspflicht für die Begründung der Strafbarkeit. Dies gilt jedoch nur für die Beziehung zwischen Karteninhaber und Kartenaussteller.

Sachverhalt (vereinfacht):
A betankte im Juni 2003 sein Privatfahrzeug, wobei er bei der Bezahlung des Tankvorgangs die ihm in seiner Eigenschaft als Beamter des LKA zur Verfügung gestellte sog. UTA-Flottenkarte vorlegte und den ihm bekannten PIN-Code eingab. Auf Grund entsprechender Verträge zwischen der UTA (Union Tank Eckstein GmbH & Co. KG) und der zum UTA-Tankstellennetz gehörenden Tankstellen war der Inhaber der UTA-Flottenkarte berechtigt, u.a. Fahrzeuge zu betanken, wobei der getankte Kraftstoff später von der Tankstelle der UTA in Rechnung gestellt wurde, welche diese wiederum dem LKA belastete.
Bei der von A genützten UTA-Flottenkarte handelt es sich um eine Kreditkarte, mit der sämtliche bei den entsprechenden Tankstellen zu erwerbenden Waren und Leistungen bezahlt werden konnten. Dies war A bekannt. Ihm war auch bewusst, dass er die ihm ausgehändigte UTA-Flottenkarte gem. interner ausdrücklicher Anweisung nur zur Betankung seines Dienstfahrzeuges benutzen durfte.
Wie von A vorausgesehen und beabsichtigt, wurde von der Tankstelle der getankte Kraftstoff der UTA in Rechnung gestellt, welche wiederum den angefallenen Betrage dem LKA in Rechnung stellte, der dann letztlich vom Land Sachsen beglichen wurde.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: §§ 246, 263, 263a StGB sind nicht zu prüfen. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. § 266b I StGB zum Nachteil der UTA
A könnte sich durch das Verwenden der UTA-Flottenkarte beim Betanken seines Privat-Pkws wegen Missbrauchs von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b I StGB zum Nachteil der UTA strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Scheck- oder Kreditkarte
Die UTA- Flottenkarte müsste eine Scheck- oder Kreditkarte i.S.v. § 266b I StGB darstellen.
Scheckkarten sind solche Karten, die zumindest auch in Verbindung mit einem Scheck genutzt werden können (Joecks, § 266b Rn 8; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266b Rn 4). Dies ist bei der UTA-Flottenkarte nicht der Fall.
Ein Kreditkarte ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kartenaussteller dem Vertragsunternehmen die Bezahlung von dessen Forderungen gegenüber dem Karteninhaber garantiert, zumindest solange dieser die Karte im Rahmen der Bedingungen des Kartenausstellers benutzt (Joecks, § 266b Rn 9; Tröndle/Fischer, § 266b Rn 10).
Streitig ist, ob auch Kreditkarten im sog. "Zwei-Partner-System" (z.B. "Kundenkarten" bei Kaufhäusern), die von Karteninhaber unmittelbar gegenüber dem Kartenaussteller verwendet werden, unter § 266b StGB fallen. Während eine Auffassung dies unter Hinweis auf den Begriff der "Kreditkarte" in § 266b StGB und die entsprechende Bezeichnung solcher Karten im Rechtsverkehr annimmt (vgl. Otto, JZ 1992, 1139; Ranft, JuS 1988, 680; Hilgendorf, JuS 1997, 130 mwN), lehnt die herrschende Meinung dies ab, da bei einer Karte im Zwei-Partner-System der Kartenaussteller nicht i.S.v. § 266b StGB zu einer "Zahlung" veranlasst werde, sondern nur zu einer Stundung (vgl. BGHSt 38, 281; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266b Rn 5; Tröndle/Fischer, § 266b Rn 10 mwN). Diese Frage könnte jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, wenn es sich bei der UTA-Flottenkarte um eine Kreditkarte im Drei-Partner-System handelt, da diese unstreitig unter § 266b StGB fallen.
Die Karte wurde von der UTA an das LKA bzw. den jeweiligen Beamten ausgegeben; verwendet wird sie von dem Beamten gegenüber einem Dritten, nämlich dem jeweiligen Tankstellenbetreiber (der eine andere - natürlich oder juristische - Person ist als die UTA).
So auch das LG Dresden: "In der Tat handelt es sich bei der hier in Rede stehenden 'UTA-Flottenkarte' um eine 'echte' Kreditkarte i.S.d. § 266 b StGB, da es sich um eine sog. Universalkreditkarte im Drei-Partner-System handelt. Während Kreditkarten im sog. Zwei-Partner-System (Kundenkarte) nur einen Ausweis dafür darstellen, dass der Kreditkartenaussteller selbst dem Karteninhaber einen Kredit eröffnet hat, der Verkäufer einer Ware bzw. der Dienstleistende also mit dem Kreditgewährenden identisch ist, werden diese Rollen beim Drei-Partner-System auf verschiedene (juristische) Personen verteilt."
Die UTA-Flottenkarte stellt somit eine Kreditkarte i.S.v. § 266b I StGB dar.

2. Tauglicher Täter
Tauglicher Täter des § 266 b ist nur der berechtigte Karteninhaber, weil nur ihm die Möglichkeit eingeräumt ist, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen (BGH, NStZ 1992, 278; Lackner/Kühl, § 266b Rn.

2; Tröndle/Fischer, § 266b Rn 10 mwN).
So sieht es auch das LG Dresden: "Hierbei muss die Karte dem Täter vom Aussteller überlassen worden sein. Es muss sich also um den berechtigten Karteninhaber handeln. Dem Inhaber der Karte muss durch die Überlassung, d.h. durch den mit Willen des Kartenausstellers erlangten Besitz an der Karte die Möglichkeit eingeräumt sein, eine Geldzahlung des Ausstellers an einen Dritten zu veranlassen. Die Funktion einer Kreditkarte ist daher eine umfassendere als die einer ec-Karte. Sie ist Zahlungs- und Kreditmittel in einem, sichert also für sich allein nicht nur die bargeldlose Zahlung ab, sondern gewährt auch einen kurzfristigen Kredit in Höhe des Entgelts für die beanspruchte Leistung seitens der Vertragsunternehmen. Im vorliegendem Fall jedoch mit der Besonderheit, dass der Kartenaussteller, die UTA, dem LKA Sachsen verschiedene Karten zur Verfügung gestellt hat und dieses wiederum diese Karten bestimmten Beamten zur Nutzung übergeben hat.
Zwar hat A die Karte nicht direkt von der Kartenausstellerin, der UTA, erhalten, sondern diese hatte die Karte an das LKA und dieses dann an ihn weitergegeben. Dennoch hat A die Karte zumindest mittelbar von der UTA erhalten, wobei insb. zu berücksichtigen ist, dass zwischen der UTA und dem LKA vereinbart war, dass das LKA die Karten an einzelne Beamte weitergeben würde, so dass das LKA bei der Überlassung der Karte an A letztlich nur als Vertreter der UTA gehandelt hat. Die Karte ist A somit i.S.v. § 266b StGB überlassen worden; A ist tauglicher Täter.

3. Tathandlung
A müsste die ihm durch die Überlassung der Karte eingeräumte Möglichkeit, die UTA zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht haben.
Das LG Dresden führt insofern aus: "Die Tathandlung des § 266 b StGB besteht in der missbräuchlichen Veranlassung einer Zahlung. Der Missbrauch besteht, entsprechend § 266 I StGB, in einer Ausnutzung des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis, d.h. gegenüber dem Zahlungsempfänger (der entsprechenden Tankstelle) unter Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis zum Kartenaussteller."
A hat durch die Verwendung der UTA-Flottenkarte für die Bezahlung nach Betanken seines Privat-Pkws den Kartenaussteller, also die UTA, zu einer Zahlung des entsprechenden Betrages an einen Dritten, nämlich die Tankstelle, veranlasst. Dies war auch eine gegenüber der Tankstelle zulässige Verwendung, A handelte also im Rahmen seines rechtlichen Könnens. Im Innenverhältnis bestand allerdings die ausdrückliche Anweisung, dass A mit seiner Karte nur sein Dienstfahrzeug und nicht seinen Privat-Pkw betanken durfte, so dass er unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens handelte.
A hat also die ihm eingeräumte Möglichkeit, die Kartenausstellerin zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht.

4. Vermögensschaden
Dem Kartenaussteller, also hier der UTA, müsste durch den Missbrauch der Karte ein Vermögenschaden entstanden sein.
Der Begriff des Vermögensschadens i.S.v. § 266b I StGB ist identisch mit dem des § 263 I StGB (Lackner/Kühl, § 266b Rn 6; Joecks, § 266b Rn 13), d.h. ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der Geschädigte bei einer Gesamtsaldierung seiner Vermögenswerte nach der Tat weniger Vermögen besitzt als vorher (BGH, NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 17). Dies ist dann der Fall, wenn das Vermögen gemindert wurde, ohne dass der Vermögensinhaber hierfür ein wirtschaftliches Äquivalent erlangt hat (BGH, NStZ 1994, 341; NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 306 ff. mwN).
Eine Vermögensminderung der UTA besteht darin, dass diese nunmehr den Rechnungsbetrag an die Tankstelle überweist.
Nach Auffassung des LG Dresden ist jedoch ein Vermögensschaden bei der UTA nicht gegeben, da diese Vermögensminderung durch die Erlangung eines Äquivalents ausgeglichen wird: "Als Taterfolg muss durch den Missbrauch dem Aussteller ein Vermögensschaden entstehen. Eine anderweitig problemlos zu realisierende Ausgleichsmöglichkeit des Kartenausstellers lässt seinen Schaden entfallen. So ist es hier. Zwar hat der Angeklagte den Kartenaussteller, die UTA, zur Zahlung gegenüber dem Vertragsunternehmen (hier einer Tankstelle) verpflichtet, ein Schaden ist der Kartenausstellerin jedoch nicht entstanden. Sie wird nämlich durch das LKA Sachsen schadlos gestellt. Geschädigter ist vorliegend somit nur das LKA Sachsen, nicht die Kartenausstellerin. Daher sind die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung des § 266 b StGB nicht erfüllt."
Ein Vermögensschaden ist der Kartenausstellerin, der UTA, somit nicht entstanden.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. § 266b I StGB.

B. Strafbarkeit des A gem. § 266 I StGB zum Nachteil des LKA
Durch das Verwenden der UTA-Flottenkarte beim Betanken seines Privat-Pkws könnte sich A jedoch wegen Untreu gem. § 266 I StGB zum Nachteil des LKA strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchs-Tatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB)
A könnte zunächst den Missbrauchs-Tatbestand gem. § 266 I 1. Fall StGB verwirklicht haben. Dann müsste

er die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zugefügt haben.

a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

A müsste zunächst die (durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte) Befugnis gehabt haben, über das Vermögen des LKA zu verfügen oder dieses zu verpflichten.

Durch die Überlassung der UTA-Flottenkarte hatte das LKA dem A nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Befugnis eingeräumt, diese Karte an den entsprechenden Tankstellen zu verwenden, was jeweils dazu führte, dass die Tankstellen einen entsprechenden Ausgleichsanspruch gegen die UTA erhielten und diese wiederum einen Anspruch in gleicher Höhe gegen das LKA. A konnte und durfte also durch die Verwendung der Karte das LKA verpflichten.

Das LG Dresden stellt nur kurz fest: "Dem Angeklagten war [...] wirksam die Befugnis eingeräumt, im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen."

A hatte also die für § 266 I 1. Fall StGB erforderliche Befugnis.

b. Missbrauch der Befugnis

A müsste diese Befugnis missbraucht haben.

Ein Missbrauch der Befugnis i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB ist - ebenso wie der Missbrauch einer Scheck- oder Kreditkarte i.S.v. § 266b I StGB (s.o.) - dann gegeben, wenn der Täter im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis aber unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis handelt (BGHSt 5, 61, 63; Joecks, § 266 Rn 18; LK-Schünemann, § 266 Rn 48).

Durch die im Außenverhältnis wirksame Verwendung der UTA-Flottenkarte (s.o.) hat A eine Verbindlichkeit der UTA gegenüber dem Betreiber der Tankstelle und weiter gehend eine Verbindlichkeit des LKA gegenüber der UTA begründet; er hat also im Rahmen seines rechtlichen Könnens gehandelt. Gleichzeitig hat er durch das Betanken seines Privat-Pkws aber auch den Rahmen des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis zum LKA überschritten, da er von diesem die verbindliche Anweisung erhalten hatte, die UTA-Flottenkarte nur zum Betanken seines Dienstwagens zu nutzen. A hat also seine Befugnis gegenüber dem LKA missbraucht.

Zu diesem Schluss kommt auch das LG: "Die dem Missbrauchs-Tatbestand unterfallende Handlung ist die rechtsgeschäftliche Ausübung der eingeräumten Befugnis unter Verstoß gegen die sich aus dem Innenverhältnis ergebende Vermögensfürsorge- bzw. -betreuungspflicht. Der Angeklagte hat vorliegend die eingeräumte Befugnis zur Nutzung der UTA-Flottenkarte als Kreditkarte insoweit missbraucht, dass er in Kenntnis seiner Verpflichtung, lediglich sein Dienstfahrzeug betanken zu dürfen, sein Privatfahrzeug mehrfach betankt hat. Er hat hierdurch die ihm eingeräumte Befugnis, seinen Dienstherrn finanziell zu verpflichten, missbraucht."

c. Vermögensbetreuungspflicht

aa. Erforderlichkeit des Bestehens einer Vermögensbetreuungspflicht i.R.v. § 266 I 1. Fall StGB

§ 266 I 2. Fall StGB (der Treuebruchs-Tatbestand) setzt die Pflicht des Täters voraus, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Fraglich ist, ob eine solche Vermögensbetreuungspflicht auch für § 266 I 1. Fall StGB (den Missbrauchs-Tatbestand) erforderlich ist; dies ist letztlich auch ein Streit um das Verhältnis der beiden Alternativen des § 266 I StGB.

(1) Minderheitsmeinung

Nach einer Auffassung in der Literatur setzt der Missbrauchs-Tatbestand des § 266 I StGB das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht nicht voraus; eine solche sei nur im Rahmen des Treuebruchs-Tatbestandes erforderlich (LK-Schünemann, § 266 Rn 57 f.; Labsch, Jura 1987, 344; Otto, JZ 1985, 1009). Nach dieser Auffassung sind der Missbrauchs- und der Treubruchs-Tatbestand selbstständige Tatbestände.

(2) Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung ist das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht sowohl im Rahmen des Treuebruchs- als auch des Missbrauchs-Tatbestandes des § 266 I StGB erforderlich (BGHSt 33, 244, 250; Joecks, § 266 Rn 23; Lackner/Kühl, § 266 Rn 4, 21; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 749 f.). Dann ist allerdings der Missbrauchs-Tatbestand nur ein speziell geregelter Unterfall des Treuebruchs-Tatbestandes.

(3) Stellungnahme

Die Gesetzessystematik spricht für die Minderheitsmeinung: Es ist nur schwer zu erklären, warum der Gesetzgeber mit dem Missbrauchs-Tatbestand eine Begehungsweise unter Strafe gestellt haben sollte, die nach der herrschenden Meinung nur ein Unterfall des ebenfalls geregelten Treuebruchs-Tatbestandes ist. In anderen Fällen, in denen der Gesetzgeber einen Spezialfall eines anderen Tatbestandsmerkmals ausdrücklich erwähnt (z.B. die Waffe als Spezialfall des gefährlichen Werkzeugs in § 224 I Nr. 2 StGB oder das Ankaufen als Spezialfall des Sichverschaffens in § 259 I StGB) benutzt er stets die Formulierung "oder sonst"; dies ist jedoch in § 266 I StGB nicht der Fall, sodass man hieraus den Schluss ziehen könnte, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die beiden Tatbestände des § 266 I StGB selbstständige Tatbestandsvarianten sein sollen.

Gegen diese Auslegung und für die herrschende Meinung spricht allerdings in entscheidender Weise der Gesetzeswortlaut: Der letzte Halbsatz des § 266 I StGB ("und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt") erwähnt noch einmal ausdrücklich die Vermögensbetreuungspflicht des Täters. Dieser Halbsatz gilt aber für beide Tatbestände des § 266 I StGB, sodass auch die Vermögensbetreuungspflicht in beiden Tatbestandsvarianten als Strafbarkeitsvoraussetzung zu prüfen ist. Die Erklärung der Minderheitsmeinung für diese Formulierung, der Gesetzgeber habe lediglich klarstellen wollen, dass der Geschädigte i.R.v. § 266 I 1. Fall StGB der Vertretene sein müsse, also derjenige, auf dessen Vermögen sich die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis des Täters beziehe (und nicht der Vertragspartner) überzeugt nicht. Die geringen Anforderungen, die die Minderheitsmeinung an den Missbrauchs-Tatbestand stellt, würden zu einer unbilligen Ausweitung dieser Untreuevariante führen, da dann jeder Vertreter bei entsprechendem Verhalten den Tatbestand des § 266 I 1. Fall StGB verwirkliche. Dies hat der Gesetzgeber jedoch gerade nicht gewollt; er wollte den Kreis der potenziellen Täter des § 266 I 1. Fall StGB auf diejenigen Personen begrenzen, die eine zentrale Stellung in Bezug auf den Schutz eines fremden Vermögens (also eine Vermögensbetreuungspflicht) haben. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. Auch der Missbrauchs-Tatbestand des § 266 I 1. Fall StGB setzt das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht voraus.

bb. Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht des A

A müsste eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB bzgl. des Vermögens des LKA gehabt haben.

Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB besteht dann, wenn der Täter aufgrund eines als fremdnützig typisierten Schuldverhältnisses eine Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen des Opfers hat, diese Pflicht eine Hauptpflicht im Rahmen des Schuldverhältnisses darstellt und der Täter darüber hinaus die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Entscheidungsspielraums hat (BGHSt 13, 315; BGH, NStZ-RR 2005, 83; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 530; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 29).

Zur Vermögensbetreuungspflicht des A führt das LG Dresden aus: "Der Angeklagte hat auch die Vermögensinteressen desjenigen zu betreuen, über dessen Vermögen ihm Rechtsmacht eingeräumt worden ist, d. h. des LKA Sachsen. Diese Befugnis ist ihm zur Erfüllung einer im Interesse des Berechtigten (Geschäftsherrn = LKA Sachsen) liegenden Aufgabe eingeräumt worden. Zwar hat der Kreditkarteninhaber in der Regel keine Vermögensbelange des Kreditkartenherausgebers zu betreuen. Dies verdeutlicht auch die wirtschaftliche Interessenlage. Die wirtschaftlichen Interessen des Kreditkartenherausgebers liegen nicht in den vertraglichen Beziehungen zu den einzelnen Karteninhabern, sondern in denjenigen mit den angeschlossenen Vertragsunternehmen begründet. Dort werden Umsatz und Verdienst realisiert. Dass der einzelne Kreditkarteninhaber als notwendiges Zwischenglied zwischen Kreditkartenherausgeber und Vertragsunternehmen die Umsätze vermittelt und damit auch den Verdienst, ändert an der Interessenlage und der rechtlichen Einordnung der vertraglichen Beziehung zwischen Kartenherausgeber und Inhaber nichts. Auf diese kommt es jedoch bei der Frage, ob der Karteninhaber durch missbräuchliche Verwendung einer Kreditkarte eine Untreue gern. § 266 StGB begehen kann, an.

Soweit die Verpflichtung besteht, die Kreditkarte nur dann zu verwenden, wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse den Kontoausgleich gestatten, handelt es sich hierbei lediglich um einen Hinweis auf die jedem Vertrag innewohnende allgemeine Pflicht zur Vertragstreue und zur Rücksicht auf den Vertragspartner. Selbst eine ausdrückliche vertragliche Erwähnung vermag diese Nebenpflicht nicht in eine Hauptpflicht umzuwandeln. Dass eine derartige allgemeine auf Treu und Glauben begründete Pflicht nicht ausreicht, eine Vermögensfürsorge bzw. -Betreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB zu begründen, steht außer Frage (OLG Hamm Beschl: v. 23. 1. 1984 - 3 Ws 608/83; Anm. Bringewat, wistra 1984, 194 ff.; Schlüchter, JuS 1984, 675 ff.; BGH4. StS Urt. v. 13. 6. 1985 - 4 StR 213/85; 2. StS Urt. v. 15. 1. 1986 -2 StR 591/85).

Die im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH anzunehmende Lücke zwischen § 263 und § 266 StGB wurde durch die Einführung des § 266 b StGB aber nur insoweit geschlossen, dass diese Vorschrift nicht vor jeder Art des Missbrauchs von Scheck- und Kreditkarten schützt, sondern nur gegen deren Verwendung durch den berechtigten Karteninhaber in dem Wissen, dass er zur Rückzahlung des vom Aussteller verauslagten Betrages nicht in der Lage sein wird. § 266 b StGB bestraft daher ein untreueartiges Unrecht, verzichtet aber auf die Voraussetzung einer Vermögensbetreuungspflicht, die im Verhältnis zwischen Karteninhaber und Kartenaussteller regelmäßig nicht vorliegt (s. o.).

Dem ist auch grundsätzlich beizupflichten. Vorgenanntes gilt jedoch nur für die Beziehung zwischen Karteninhaber und Kartenaussteller. Vorliegend geht es jedoch nicht um die allgemeine Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn, welche bei Polizeibeamten kaum zur Begründung einer (Haupt-) Pflicht zur Vermögensbetreuung führen kann. Das Vermögen seines Dienstherrn nicht zu schädigen ist sicher eine Pflicht des Beamten, jedoch genau so sicher auch nur eine Nebenpflicht. Es geht auch nicht

wie bereits geschildert um eine Vermögensfürsorge- bzw. -betreuungspflicht gegenüber dem Kreditkartenaussteller, mit dem der Angeklagte in keinem direkten vertraglichen Verhältnis steht. Dieses besteht nur zwischen der UTA und dem LKA Sachsen. Wem letzteres die Kreditkarte aushändigt, weiß der Kreditkartenaussteller nämlich nicht, es ist für ihn auch ohne Belang. Hier begründet sich die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten nicht auf seinen allgemeinen Beamtentpflichten, sondern speziell auf der Zurverfügungstellung einer Kreditkarte, was schließlich nicht automatisch mit der Berufung in das Beamtenverhältnis erfolgt. In diesem speziellen Fall hat der Angeklagte Zugriff auf eine Kreditkarte mit all ihren (Missbrauchs-) Möglichkeiten gehabt - was letztlich der Übergabe von Bargeld gleichzustellen ist - wobei er ausdrücklich verpflichtet wurde, nur sein Dienstfahrzeug zu betanken. Diese speziell ihm eingeräumte Befugnis über fremdes Vermögen, nämlich das des LKA Sachsen, zu verfügen, hat der Angeklagte missbraucht, indem er sein privates Fahrzeug betankt hat.
Ausweislich der ihm bekannten Bestimmungen über die Nutzung der UTA-Flottenkarte war die Verpflichtung, mit dem Vermögen des LKA Sachsen sorgsam umzugehen, eine Hauptpflicht, aus der eine Vermögensfürsorge- bzw. -betreuungspflicht resultiert. Hierbei war er auch in der Entscheidung weitgehend frei, ob und wie er die UTA-Flottenkarte einsetzte. Eine Kontrolle war praktisch ausgeschlossen. Ein Missbrauch konnte nur auffallen bei ständigem solchem.
Somit liegt der Fall grundsätzlich anders als in der bislang zu diesem Problemkreis erfolgten Rechtsprechung (s. o.). Es geht hier nämlich nicht um eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich des Kreditkartenausstellers, sondern eine solche gegenüber demjenigen, der die Kreditkarte überlassen hat; ähnlich dem Fall, dass ein Kreditkarteninhaber eine sog. Partnercard z. B. seiner Ehefrau übergibt. Auch in diesem Fall würde die missbräuchliche Nutzung der Partnercard durch den Partner eine Schädigung nur des Vermögens des Hauptkarteninhabers bewirken, da dieser dem Kreditkartenaussteller zum Ausgleich verpflichtet ist (vgl. zum Problemkreis OLG Koblenz - 1. StS Besch. v. 14. 6. 1999 - 1 Ss 75/99; OLG Hamm - 2. StS Beschl: v. 6. 6. 2003 -2 Ss 367/03).
Somit geht es zusammenfassend nicht um eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Kreditkartenaussteller, welche als Hauptpflicht kaum zu begründen ist, sondern um eine solche gegenüber dem Geschäftsherrn (dem LKA Sachsen) bei Überlassung einer Kreditkarte durch diesen."

Eine Vermögensbetreuungspflicht des A bzgl. des LKA ist somit gegeben.

d. Vermögensnachteil
A müsste dem LKA Sachsen einen Vermögensnachteil zugefügt haben.
Der Begrif des Vermögensnachteils i.S.v. § 266 I StGB entspricht dem des Vermögensschadens i.R.v. § 263 I StGB (BGHSt 43, 293, 297; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 59; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 776), d.h. ein solcher ist gegeben, wenn der Geschädigte bei einer Gesamtsaldierung seiner Vermögenswerte nach der Tat weniger Vermögen besitzt als vorher (s.o.).
Durch das Tanken mit der UTA-Flottenkarte ist ein Anspruch der UTA gegen das LKA auf Ausgleich des entsprechenden Betrages entstanden (s.o.), also eine Minderung des Vermögens des LKA. Das LKA hat hierfür auch kein Äquivalent erhalten, da das erworbene Benzin nicht in das Vermögen des LKA gelangt ist (wie es beim Betanken eines Dienstfahrzeuges der Fall gewesen wäre), sondern in das Privatvermögen des A.
Ein Vermögensnachteil beim LKA Sachsen ist somit gegeben.

e. Vorsatz
A handelte auch vorsätzlich.

A hat somit den Missbrauchs-Tatbestand verwirklicht.

2. Treubruchs-Tatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB)
A hat bereits den Missbrauchs-Tatbestand verwirklicht. Da dieser nur einen Spezialfall des Treuebruchs-Tatbestandes darstellt (s.o.), ist der letztere ebenfalls mitverwirklicht, tritt aber hinter den spezielleren Missbrauchs-Tatbestand zurück (OLG Hamm, NJW 1968, 1940; Lackner/Kühl, § 266 Rn 21; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 86).

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantrag
Sollte der Preis für das getankte Benzin unter der Geringwertigkeitsgrenze des § 248a StGB (also bei 25,- bis 30,- €) (vgl. OLG Oldenburg, NstZ-RR 2005, 111; Tröndle/Fischer, § 248a Rn 3; a.A. (50,- €): OLG Hamm, wistra 2004, 34)) gelegen haben, so wäre gem. §§ 266 II, 248a StGB grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich. Ein solcher ist jedoch gestellt.

IV. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 266 I 1. Fall StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Tams, Christian: "Art. 87d GG und die Neuordnung der Flugsicherung"
Fundstelle:	NVwZ 2006, 1226 (Heft 11)
Inhalt:	Bundespräsident Köhler hatte am 24.10.2006 mit einer vielbeachteten Entscheidung die Ausfertigung des vom Bundestag beschlossenen Gesetzes zur Neuordnung der Flugsicherung verweigert, weil das Gesetz seiner Meinung nach gegen Art. 87d I GG verstieß, wonach die Luftverkehrsverwaltung "in bundeseigener Verwaltung" zu führen sei. Er hat damit die alte Diskussion um das Prüfungsrecht des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen neu belebt. Der Autor teilt die Bedenken des Bundespräsidenten gegen die mit dem Gesetz beabsichtigte Privatisierung der Flugsicherung und weist nach, dass dieses Vorhaben tatsächlich gegen Art. 87 d I GG verstieß.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Maultzsch, Felix: "Der Ausschluss der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB a.E."
Fundstelle:	NJW 2006, 3091 (Heft 43)
Inhalt:	Die Vorschrift des § 476 BGB ist eine Neuerung im Schuldrecht, die in jüngster Vergangenheit des öfteren Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen war, dies insbesondere im Zusammenhang mit Tierkäufen und Kaufverträgen über Gebrauchtwagen. Es herrscht insbesondere Uneinigkeit über die Ausschlusstatbestände der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB a.E.. Der Verfasser beschäftigt sich mit Frage der Auslegung der Einschränkungsklausel, die sowohl rechtssystematischen Anforderungen als auch dem Normzweck des § 476 BGB genügen muss. Besondere Bedeutung erlangt insoweit der Rückgriff auf die allgemeinen Lehren der Beweislastumkehr sowie der Lehre des Anscheinsbeweises.

Strafrecht

Autor/Titel:	Ischebeck, Lars: "Das (zivilrechtliche) Mysterium des Flaschenpfades - strafrechtlich betrachtet"
Fundstelle:	JURA 2006, 821 (Heft 11)
Inhalt:	Der Verfasser nimmt eine aktuelle Entscheidung des AG Flensburg (NStZ 2006, 101) zum Anlass, die verschiedenen zivilrechtlichen Ausgestaltungen des Flaschenpfandes bzgl. des Übergangs des Eigentums an der Pfandflasche (grdsl. kein EIgentumserwerb bei Individualflaschen, Eigentumsübergang bei Einheitsflaschen, streitig bei sog. Brunneneinheitsflaschen) darzustellen und die entsprechenden Konsequenzen für das Strafrecht darzulegen. Hierbei steht die Strafbarkeit der Wegnahme von Leergut im Vordergrund, der Autor geht aber auch auf die Möglichkeit einer Sachbeschädigung bei Zerstörung einer Pfandflasche sowie eines Betruges bei "Einschleusen" von pfandfreien Flaschen ins Mehrwegsystem ein. Da solche Fälle schon häufiger im Examen zu prüfen waren, nicht uninteressant.