Öffentliches Recht

Standort: Europarecht Problem: Anwendungsvorrang bei Regelungslücke

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 28.6.2006
4 B 961/06 (EUZW 2006, 603)

Problemdarstellung:

Der vorliegende Beschluss des OVG NRW streift das aktuelle Thema des staatlichen Lotteriemonopols, über welches die RA bereits ausführlich berichtet hat (siehe Vertiefungshinweise). Hier geht es jedoch nur am Rande um die Zulässigkeit eines gewerblichen Glücksspiel- und Wettverbots nach innerstaatlichem Recht, denn das OVG schließt sich insoweit voll und ganz der Rechtsprechung des BVerfG an, wonach ein Verstoß gegen Art. 12 I GG der Wettanbieter und -vermittler durch das staatliche Monopol jedenfalls dann vorliege, wenn es nicht konsequent an der Bekämpfung der von Spielsucht ausgehenden Gefahren orientiert sei, sondern noch anderen staatlichen Interessen (namentlich der Erzielung von Einnahmen) diene. Das OVG beschäftigt sich vielmehr hauptsächlich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen das europäische Gemeinschaftsrecht einem solchen Verbot entgegen stehen könnte:

I. Das Gericht vertritt dabei die Auffassung, dass das Verbot unter den o.g. Voraussetzungen auch europarechtswidrig sei, denn für die von ihm betroffene Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 49 EG gelte nichts anderes als für Art. 12 I GG (ebenso HessVGH, NVwZ 2006, 1435; a.A. Rh-Pf OVG, NVwZ 2006, 1426, 1428 ff.; VGH BW, NVwZ 2006, 1441).

II. Trotzdem soll das nationale Recht (hier: Sportwettengesetz NRW und § 284 StGB) unter bestimmten, engen Voraussetzungen weiterhin anwendbar bleiben.

1. Damit macht das Gericht eine Ausnahme vom Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Europarechts, der besagt, dass eine europarechtswidrige Norm nicht wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam und nichtig ist, sondern nur - aber immerhin - in den Fällen nicht angewendet werden darf, in denen es zu einer Kollision mit den europarechtlichen Vorgaben kommt. Ist Europarecht hingegen nicht betroffen, bleibt die nationale Norm anwendbar.

2. Vor allem im Hinblick auf die Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag hat diese st.Rspr. des EuGH zum Phänomen der sogen. “Inländerdiskriminierung” geführt, denn eine Grundfreiheit nach dem EG-Vertrag kann nur betroffen sein, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, nicht hingegen, wenn es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt. In Bezug auf das Lotteriemonopol hätte der Anwendungsvorrang des EG-Rechts also dazu geführt, dass - einen Verstoß des Verbots gegen die Grundfreiheiten der Veranstalter unterstellt - ein ausländischer EU-Bürger in Deutschland keinem Verbot unterliegen würde, weil das Verbot im Lichte des Europarechts auf ihn nicht anwendbar wäre, während das Verbot für einen Deutschen in Deutschland nach wie vor greifen würde.

3. Das OVG will nun aber auch im Hinblick auf solche Fälle das nationale Verbot weiterhin anwenden, in denen zwar eine Kollision mit Europarecht vorliegt (also der Anwendungsvorrang des EG-Rechts eine Anwendung des Verbots eigentlich ausschlösse), die Nichtanwendung der Verbotsnorm aber zu einem noch unhaltbareren Zustand führen würde, als es bei Anwendung der europarechtswidrigen Norm der Fall wäre. Das OVG überträgt damit die Rechtsprechung des BVerfG zur Geltungserhaltung eines verfassungswidrigen Gesetzes auf das Europarecht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung birgt Sprengstoff. Sollte sich die Ansicht des OVG NRW durchsetzen, wäre künftig bei Verstößen einer nationalen Norm gegen Europarecht nicht mehr einfach auf den Anwendungsvorrang des EG-Rechts zu verweisen und die Anwendbarkeit der nationalen Norm damit zu verneinen, sondern weiter zu prüfen, ob die Norm nicht trotzdem angewendet werden muss, weil der Zustand ganz ohne Norm noch unhaltbarer wäre als mit einer europarechtswidrigen Norm.

Ob sich diese Ansicht durchsetzt, bleibt allerdings abzuwarten. Ähnliches ist zuvor in der Literatur (vgl. Vertiefungshinweise) durchaus schon vertreten worden; der EuGH hat hierzu aber noch nichts entschieden. Im Gegenteil ist die äußerste Zurückhaltung des EuGH in vergleichbaren Fällen festzustellen. Wäre bei Nichtanwendung einer europarechtswidrigen Norm eine Regelungslücke zu befürchten, schließt der EuGH diese entweder selbst (so z.B. in EuGH, EuZW 1999, 380, wo europarechtswidrig vorenthaltene Begünstigungen auf die Benachteiligten erstreckt wurden, obwohl die Nichtanwendung eigentlich dazu hätte führen müssen, dass niemand mehr etwas bekommt) oder ver-

neint i.E. eine unerträgliche Lücke, weil die Kommission per Entscheidung einschreiten könne, um sie zu schließen (EuGH, EuZW 1996, 379). Auch an anderer Stelle ist die ablehnende Haltung des EuGH zur Durchbrechung des Grundsatzes des Anwendungsvorrangs bekannt. Beispielsweise hat der EuGH das oben erwähnte Phänomen einer Inländerdiskriminierung infolge des Anwendungsvorrangs ausdrücklich in Kauf genommen und nicht als Ausnahme gelten lassen, weil das Gericht der Auffassung ist, es sei allein Sache der nationalen Gesetzgeber, im Fall der Fälle für ihre Inländer gleiche Bedingungen zu schaffen wie für Ausländer, m.a.W. die bestehenden europarechtswidrigen nationalen Regelungen zu ändern und europarechtskonform für alle gleich zu gestalten. In einem anderen Fall hat der EuGH die Vollstreckung eines europarechtswidrigen Verwaltungsakts selbst nach Eintritt der Bestandskraft für unzulässig gehalten (EuGH, RA 1999, 2355 = NJW 1999, 405).

Vertiefungshinweise:

❑ Ablehnende Urteilsanmerkungen: *Kruis*, EuZW 2006, 606

❑ Staatliches Lotterieverbot: *BVerfG*, NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248; *BVerwG*, RA 2006, 687; *BVerwGE* 114, 92; *BayVGH*, GewArch 2001, 65; *VG München*, SpuRt 2001, 208; *EuGH*, GewArch 2000, 19; RA 2004, 69 = NVwZ 2004, 87

❑ Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts: Grundlegend *EuGH*, NJW 1978, 1741; ferner *EuGH*, RA 1999, 2355 = NJW 1999, 405

❑ Durchbrechung des Anwendungsvorrangs bei sonst entstehender Regelungslücke: *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 5 m.w.N.

❑ Sportwettenverbot und Europarecht: *HessVGH*, NVwZ 2006, 1435; *Rh-Pf OVG*, NVwZ 2006, 1426; *VGH BW*, NVwZ 2006, 1441; *Korte*, NVwZ 2004, 1449

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Der Bauer ist sauer"

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

❑ *Examenskurs* : "Die Umsatzsteuerrichtlinie"

Leitsätze:

1. Sportwetten dürfen in Deutschland nur mit einer deutschen Lizenz angeboten oder vermittelt werden.

2. Das vom BVerfG (Urteil vom 28. März 2006 - 1 BvR 1054/01) verlangte Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des staatlichen Monopols ist in Nordrhein-Westfalen gegeben, da entsprechende Maßnahmen im Bundesland eingeleitet wurden.

3. Das allgemeine Prinzip der Rechtssicherheit gebietet es, die Rechtsfolgen einer Kollision mit höherrangigem Recht zu beschränken, um unerträgliche Konsequenzen einer sonst eintretenden Regelungslosigkeit zu vermeiden. Entstünde durch die Nichtanwendung einer nationalen Rechtsvorschrift eine inakzeptable Gesetzeslücke, kann der Vorrang des europäischen Rechts deshalb (vorerst) nicht greifen.

Sachverhalt:

Dem Antragsteller, einem Vermittler von Sportwetten in Nordrhein-Westfalen, wurde mit sofort vollziehbarer Verfügung untersagt, weiterhin Sportwetten zu vermitteln, da diese Tätigkeit gegen das Sportwettengesetz NRW i.V.m. § 284 StGB verstieße. Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen diese Verbotsverfügung blieb vor dem VG ohne Erfolg. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die von dem Antragsteller fristgerecht dargelegten Gründe - nur diese hat der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO zu prüfen - gebieten keine Änderung des angefochtenen Beschlusses. [...]

A. Erfolgsaussichten der Hauptsache

Nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen summarischen Prüfung spricht nach Maßgabe des Beschwerdevorbringens alles dafür, dass sich die streitige Ordnungsverfügung des Antragsgegners im Hauptsacheverfahren als rechtmäßig erweisen wird. Eine dies zugrunde legende Abwägung des Suspensivinteresses des Antragstellers und der für die Vollziehung der angegriffenen Ordnungsverfügung streitenden öffentlichen Interessen geht zu Lasten des Antragstellers aus. Weder hinsichtlich der einschlägigen einfachgesetzlichen Vorschriften noch unter dem Blickwinkel des Art. 12 GG (b) oder der Art. 43, 48, 49 EGV ergeben sich durchgreifende Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung.

I. Verstoß gegen einfaches Recht

In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass die einfachgesetzlichen Vorschriften in Fällen der vorliegenden Art die Untersagung der Vermittlung von Sportwetten rechtfertigen, wobei es nicht darauf ankommt, ob richtige Ermächtigungsgrundlage § 14 Abs. 1 OBG, § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO oder - wie vereinzelt geltend gemacht wird - § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO ist (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 8. November 2004 - 4 B 1270/04).

Der Senat hat u. a. in der angeführten Entscheidung ferner im einzelnen dargelegt, dass es sich bei den

streitigen Sportwetten um ein Glücksspiel i.S.v. § 284 Abs. 1 StGB handelt, die Veranstaltung dieses Glücksspiels nicht nur am Sitz des Wettunternehmens, sondern auch in dem jeweiligen Geschäftslokal des Vermittlers stattfindet, als Erlaubnis i.S.v. § 284 Abs. 1 StGB nur eine solche nach dem Sportwettengesetz NRW in Betracht kommt und der Vermittler hiervon ausgehend den Tatbestand der Bereitstellung von Einrichtungen für die unerlaubte öffentliche Veranstaltung des Glücksspiels (§ 284 Abs. 1 Alt. 3 StGB) erfüllt, jedenfalls aber Beihilfe (§ 27 StGB) zur Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel (§ 285 StGB, begangen durch die Wetter) und zur unerlaubten öffentlichen Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 Abs. 1 Alt. 1 StGB, begangen durch das Wettunternehmen) leistet. Gesichtspunkte, die diese Beurteilung durchgreifend in Frage stellen, sind auch mit der Beschwerdebegründung im vorliegenden Verfahren nicht vorgetragen worden.

II. Verstoß gegen Verfassungsrecht

Der angegriffenen Untersagungsverfügung steht auch nicht das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) entgegen.

1. Verstoß

Der Senat legt dabei allerdings zugrunde , dass das staatliche Monopol für Sportwetten, das nach § 284 StGB i.V.m. den Vorschriften des Sportwettengesetzes NRW auch in Nordrhein-Westfalen besteht, in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit unvereinbar ist. Insoweit folgt der Senat den Feststellungen und Bewertungen des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtslage nach dem Bayerischen Staatslotteriegesetz vom 29. April 1999 in dem Urteil vom 28. März 2006 - 1 BvR 1054/01 (NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248), die auf die in Nordrhein-Westfalen geltende Rechtslage in allen wesentlichen Punkten übertragbar sind.

2. Geltungserhaltung

Der Senat geht aber davon aus, dass das Sportwettengesetz NRW in seiner gegenwärtigen Fassung nach Maßgabe der Gründe der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weiter anwendbar ist und das gewerbliche Veranstalten von Wetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung solcher Wetten weiterhin ordnungsrechtlich unterbunden werden können. [...] Soweit das Bundesverfassungsgericht für die Übergangszeit verlangt hat, dass ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des staatlichen Monopols andererseits dadurch herzustellen ist (a.a.O., Rdn. 157), dass

- damit begonnen wird, das bestehende Wettmonopol konsequent an einer Bekämpfung der Wettsucht und einer Begrenzung der Wettleidenschaft auszurichten,
- der Staat die Übergangszeit nicht zu einer expansiven Vermarktung von Wetten nutzt,
- bis zur Neuregelung die Erweiterung des Angebots staatlicher Wettveranstaltungen sowie eine Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zu Wetten auffordert, unterbleibt sowie
- im Rahmen der staatlichen Lotterieveranstaltungen umgehend aktiv über die Gefahren des Wettens aufzuklären ist (a.a.O., Rdn. 160),

ist diesen Maßgaben in Nordrhein-Westfalen genügt [wird ausgeführt].

III. Verstoß gegen Europarecht

Die angefochtene Untersagungsverfügung erweist sich auch nicht im Hinblick auf die durch Art. 43, 48 und 49 EGV gewährleistete Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit als rechtswidrig.

1. Verstoß

Allerdings geht der Senat davon aus, dass sich die gegenwärtige Rechtslage in Nordrhein-Westfalen in derselben Weise im Widerspruch zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit befindet, wie sie dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG widerspricht. Dies folgt daraus, dass die vom Europäischen Gerichtshof insoweit zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben (vgl. insbesondere Urteil vom 6. November 2003 - C 243/01 - Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13076 Rdn. 62 ff.) und die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel laufen. Nach der genannten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist die Unterbindung der Vermittlung von Sportwetten in andere Mitgliedsstaaten mit dem Gemeinschaftsrecht nämlich nur vereinbar, wenn ein Staatsmonopol wirklich dem Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, und die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist. Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen damit denen des Grundgesetzes. (vgl. BVerfG, a.a.O.). [...]

2. Geltungserhaltung

Aus dem mithin bestehenden Widerspruch zwischen den einfachgesetzlichen Regelungen, welche die streitige Untersagungsverfügung tragen, und den genannten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dürfte gleichwohl nichts für die Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung herzuleiten sein.

a. Grundsatz: Anwendungsvorrang

Den in Rede stehenden Vorschriften des EGV kommt zwar grundsätzlich Anwendungsvorrang zu. Dieser Vorrang hat regelmäßig zur Folge, dass jedes Organ

eines Mitgliedstaates verpflichtet ist, die mit dem EG-Recht unvereinbare nationale Norm nicht anzuwenden, „ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste. (vgl. EuGH, Urteil vom 9. März 1978 - Rs. 106/77 -, Slg. 1978, I-629).

b. Ausnahme

Dem Anwendungsvorrang des EG-Rechts und der damit korrespondierenden Nichtanwendungspflicht hinsichtlich des nationalen Rechts sind jedoch gewisse Grenzen gesetzt.

aa. Kein absoluter Vorrang

Dass bei der Kollision von Normen oder sonstigen Rechtsakten mit höherrangigem Recht sich letzteres nicht stets unbeschränkt durchsetzt, ist nicht nur im Gemeinschaftsrecht bei der Überprüfung von Gemeinschaftsakten durch den Europäischen Gerichtshof grundsätzlich anerkannt (Art. 231 Abs. 2 EGV, vgl. dazu Ehricke, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, EGV Art. 231 Rdn. 6), sondern etwa auch im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle im Hinblick auf die bei einem Verfassungsverstoß regelmäßig eintretende Nichtigkeitsfolge (vgl. dazu etwa Schulze-Fielitz, Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 385 (389); Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., Rdn. 405 ff.), und ebenfalls im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO (vgl. dazu z.B. Ziekow, in Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 357 m.w.N.).

bb. Rechtssicherheit als kollidierendes Prinzip

Insbesondere das im deutschen wie im Gemeinschaftsrecht geltende allgemeine Prinzip der Rechtssicherheit (vgl. zum EG-Recht etwa: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 220 EGV Rdn. 16; ferner Ehricke, a.a.O., m.w.N.), kann es gebieten, die Rechtsfolgen einer Kollision mit höherrangigem Recht zu beschränken, um unerträgliche Konsequenzen einer sonst eintretenden Regelungslosigkeit zu vermeiden. Dies gilt innerhalb des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts wie im Verhältnis dieser beiden Rechtsordnungen zueinander im Grundsatz gleichermaßen. Entsteht durch die Nichtanwendung einer nationalen Rechtsvorschrift eine inakzeptable Gesetzeslücke, kann der Vorrang des europäischen Rechts deshalb (vorerst) nicht greifen (vgl. dazu insbesondere Jarass/Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 1 ff. m.w.N. aus der Literatur).

Der Europäische Gerichtshof hat sich zwar bisher einer eindeutigen Aussage zu einer solchen Begrenzung des Anwendungsvorrangs enthalten, sich aber doch um den Nachweis bemüht, dass im Einzelfall durch die Anwendung von EG-Recht keine nicht hinnehmbare Gesetzeslücke entsteht (vgl. etwa EuGH, Slg. 1996, I-2201 Rdn. 52 f.; ferner die Schlussanträge der Generalanwälte vom 17. März 2005, Rdn. 84 ff., und vom 14. März 2006, Rdn. 135 ff., in der Rechtssache C- 475/03).

cc. Voraussetzungen für eine Ausnahme

An das Vorliegen einer derartigen inakzeptablen Gesetzeslücke, die zu einer (temporären) Durchbrechung des Anwendungsvorrangs führt, sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Diese Anforderungen sind nach Überzeugung des Senats u.a. dann erfüllt, wenn aus der Nichtanwendung des nationalen Rechts absehbar eine Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen resultiert, diese Gefährdung ersichtlich schwerer wiegt als die Beeinträchtigung der durch die jeweils verletzte europarechtliche Vorschrift geschützten Rechtsgüter, und schließlich die Gefährdung der wichtigen Allgemeininteressen nicht anders abgewendet werden kann als durch eine zeitlich begrenzte weitere Anwendung der betroffenen nationalen Rechtsvorschriften. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird man den Anwendungsvorrang so lange als suspendiert betrachten müssen, bis der nationale Gesetzgeber hinreichend Gelegenheit hatte, den fraglichen Lebensbereich gemeinschaftsrechtskonform zu regeln.

Im Rahmen des Vollzugs des danach vorübergehend weiter anwendbaren nationalen Rechts werden die Organe des Mitgliedstaates jedoch regelmäßig sicherzustellen haben, dass den Anforderungen der verletzten Norm des Gemeinschaftsrechts so weit wie möglich Rechnung getragen wird.

dd. Subsumtion

In Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die Vorschriften der §§ 284 f. StGB und des Sportwettengesetzes NRW auch vor dem Hintergrund der genannten europarechtlichen Vorschriften nach denselben (zeitlichen wie materiellen) Maßgaben vorübergehend anwendbar bleiben, wie es das Bundesverfassungsgericht unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) im Ergebnis für das bayerische Recht angenommen hat: Die sofortige Nichtanwendbarkeit der das staatliche Sportwettenmonopol in Nordrhein-Westfalen begründenden Normen hätte zur Folge, dass die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten allein den Schranken des allgemeinen Gewerberechts unterlägen.

Die dort vorgesehenen Begrenzungen gewerblicher Tätigkeit genügen den spezifischen Gefahren des Glücksspiels indes nicht. Insbesondere bietet das allgemeine Gewerberecht keine hinreichenden Instrumente zur Eindämmung der Spielsucht, zur Gewährleistung hinreichenden Verbraucherschutzes im

Glücksspielbereich und zur präventiven Bekämpfung der dort drohenden Begleit- und Folgekriminalität (vgl. zur Notwendigkeit glücksspielspezifischer Beschränkungen etwa auch die in der EuZW 2006, 290, wiedergegebenen Äußerungen des zuständigen EU-Kommissars McCreevy).

Die insoweit betroffenen erheblichen Belange des Allgemeininteresses (vgl. dazu im einzelnen BVerfG, a.a.O., Rdn. 98 ff.), wiegen zudem ersichtlich schwerer als das Interesse der privaten Wettanbieter und Vermittler, bis zu einer Neuregelung des Sportwettenrechts (weiterhin) freien Zugang zum Sportwettenmarkt zu haben. Dabei stellt der Senat nicht nur die unter den Gesichtspunkten der Spielsucht, des Verbraucherschutzes sowie der Begleit- und Folgekriminalität in der Zeit bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber drohenden Gefahren in Rechnung, sondern berücksichtigt andererseits, dass die von den Vermittlern und Anbietern getroffenen Investitionsentscheidungen vor dem Hindergrund einer für alle erkennbar unklaren Rechtslage getroffen worden sind und deshalb von vornherein mit dem Risiko behaftet waren, sich nur vorübergehend oder gar nicht amortisieren zu können; mit einer entsprechenden Unsicherheit waren von Anfang an auch die bei Wettveranstaltern und -vermittlern geschaffenen Arbeitsplätze belastet.

Der Senat vermag schließlich nicht zu erkennen, dass der gegebenen Gefahrenlage anders begegnet werden könnte als durch eine nach den Maßgaben der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beschränkte weitere Anwendung der in Kraft befindlichen nationalen Rechtvorschriften.

3. Keine Vorabentscheidung des EuGH erforderlich

Dafür, das vorliegende Verfahren auszusetzen und in einem Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV die Frage klären zu lassen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang in Fällen der vorliegenden Art der Anwendungsvorrang des EG-Rechts begrenzt ist, ist nach Ansicht des Senats im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit der Sache kein Raum; da es insoweit nur um die Auslegung von EG-Recht, nicht aber um die Wirksamkeit von Gemeinschaftsrecht geht, ist der Senat zu einer solchen Vorlage im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auch nicht verpflichtet (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., § 80 Rdn. 164, Dörr, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., EVR Rdn. 127, jeweils m.w.N.)

B. Ergebnis

Die danach vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das Suspensivinteresse des Antragstellers hinter die öffentlichen Interessen zurücktritt, die für die Vollziehung der aller Voraussicht nach rechtmäßigen Ordnungsverfügung streiten. [...] Mit Blick auf die mangelnde Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren hält der Senat die aufgezeigte abstrakte Gefährlichkeit der Tätigkeit des Antragstellers für ausreichend, um einen Vorrang des Vollziehungsinteresses zu bejahen. Unabhängig davon geht von der Sportwettenvermittlung durch den Antragsteller jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Spielsucht und ihrer Folgen aber auch eine konkrete Gefahr aus.

Standort: Verwaltungsrecht BT — Problem: Zuverlässigkeit

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 19.05.2006
8 ME 50/06 (NVwZ-RR 2006, 796)

Problemdarstellung:

Die Zuverlässigkeit einer Person ist in vielen Normen des besonderen Verwaltungsrechts Voraussetzung dafür, dass eine bestimmte Erlaubnis erteilt oder ein bestimmtes Verhalten an den Tag gelegt werden darf. Entfällt die Zuverlässigkeit im Nachhinein oder stellt sich heraus, dass sie von Anfang an nicht gegeben und nur irrtümlich angenommen worden war, kann eine einmal erteilte Erlaubnis auch aufgehoben und ein Verhalten verboten werden. So ermächtigt bspw. § 35 GewO zur Gewerbeuntersagung bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, § 15 GastG zum Konzessionsentzug bei Unzuverlässigkeit des Gastwirtes und § 45 WaffG zum Entzug der waffenrechtlichen Erlaubnis gegenüber dem unzuverlässigen Waffenbesitzer. Im vorliegenden Fall ging es um die Ungültigkeitserklärung und Einziehung eines Jagdscheins nach §§ 17, 18 BJagdG. Auch diese knüpft an die Unzuverlässigkeit des Jägers an.

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass eine Unzuverlässigkeit eine *negative Zukunftsprognose* voraussetzt. Denn der Entzug einer Erlaubnis oder das Verbot eines Verhaltens wegen Unzuverlässigkeit haben keinen repressiven, strafenden Charakter, sondern dienen der Gefahrenabwehr, also präventiven Zwecken. Vergangene Verfehlungen können demgemäß zwar Grundlage für eine negative Zukunftsprognose und damit für die Bejahung der Unzuverlässigkeit sein, nicht aber deren alleiniger Grund.

Deshalb betont das OVG Lüneburg im vorliegenden Fall auch, dass nicht die Tatsache, dass der Antragsteller seine Jagdwaffen schon in seinem Haus geladen, sie versehentlich abgefeuert und dadurch seinen Sohn verletzt hatte, allein zu seiner Unzuverlässigkeit führt, sondern vielmehr der Umstand hinzu kam, dass er sich weiterhin berechtigt fühlte, seine Waffen zu Hause zu laden, so dass in Zukunft weitere Verstöße gegen elementare Sorgfaltspflichten eines jeden Jägers zu befürchten seien.

Prüfungsrelevanz:

Gerade weil die Zuverlässigkeit in so vielen Rechtsgebieten als Tatbestandsmerkmal vorkommt, ist es für ein erfolgreiches Examen von so großer Bedeutung, mit dem Merkmal umgehen zu können.

Beachtet werden sollte ferner, dass viele Normen, die auf die Unzuverlässigkeit abstellen, danach differenzieren, ob diese schon ursprünglich vorlag (d.h. bereits bei Erlaubniserteilung, dort allerdings unbemerkt geblieben ist), oder erst nachträglich eingetreten ist. Im ersten Fall ist dann ein Widerruf, im zweiten Fall eine Rücknahme der Erlaubnis möglich oder gar zwingend vorgeschrieben, vgl. z.B. §§ 15 I, II GastG, 45 I, II WaffG.

Vertiefungshinweise:

❑ Unzuverlässigkeit eines Gastwirts: *VG Gießen*, RA 2005, 303 = NVwZ-RR 2005, 245

❑ Waffenrechtliche Erlaubnis für Paintball-Spiel: *BayVGH*, RA 2001, 680 = BayVBl 2001, 689

❑ Einfuhrverbot einer Jagdwaffe durch Inhaber einer österreichischen Landesjagdkarte: *BayObLG*, NStZ-RR 2001, 281

❑ Waffenschein für Bediensteten eines Sozialamtes: *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2005, 326

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Das Stuckateurgewerbe"

❑ *Examenskurs* : "Ausgespielt"

Leitsätze:

Zu den Pflichten eines Jägers gehört es, Schusswaffen erst dann zu laden, wenn mit ihrem bestimmungsmäßigen Gebrauch im Rahmen der Jagdausübung unmittelbar zu rechnen ist. Das gilt erst recht für eine Waffe, die nur dazu dient, angeschossenem Wild den Fangschuss zu geben.

Sachverhalt:

Der ASt. ist Inhaber eines Jagdscheins. Er hatte mehrfach zu Hause seine Waffen geladen, um sie in geladenem Zustand mit zur Jagd zu nehmen. Bei einer solchen Gelegenheit fiel ihm eine Waffe aus der Hand. Dabei löste sich ein Schuss, der seinen Sohn verletzte. Sein Jagdschein wurde daraufhin mit Bescheid des Ag. vom 1.2.2006 sofort vollziehbar für ungültig erklärt und eingezogen. Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wurde abgelehnt. Die Beschwerde des Ast. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Ermächtigungsgrundlage

Die Ungültigkeitserklärung und Einziehung des Jagdscheins findet ihre Rechtsgrundlage in § 18 S. 1 BJagdG. Danach ist der Jagdschein in den Fällen des § 17 I BJagdG für ungültig zu erklären und einzuziehen, wenn der Behörde, die den Jagdschein erteilt hat, nach dessen Erteilung Tatsachen bekannt werden, die die Versagung des Jagdscheins begründen.

B. Tatbestand

Nach § 17 I Nr. 2 BJagdG ist der Jagdschein u.a. Personen zu versagen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzen. Das ist nach § 17 III Nr. 2 BJagdG und § 5 I Nr. 2 b WaffG der Fall, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Personen mit Waffen oder Munition nicht vorsichtig und sachgemäß umgehen. Diese Voraussetzungen sind in dem vorliegenden Fall erfüllt.

I. Versagungstatsache

Dem Ag. ist am 25.10.2005 und damit nach der Verlängerung des Jagdscheins am 17.10.2005 bekannt geworden, dass der Ast. am 18.2.2003 zwecks Vorbereitung der Jagd im Schlafzimmer seines Wohnhauses einen Revolver geladen hat, der ihm beim anschließenden Entspannen der Waffe aus der Hand gerutscht und zu Boden gefallen ist. Dadurch hat sich ein Schuss gelöst, durch den der Sohn des Ast. verletzt worden ist. Durch das Laden des Revolvers in seinem Wohnhaus hat der Ast. gegen elementare und selbstverständliche Pflichten eines Jägers verstoßen. Zu diesen Pflichten gehört es nämlich, Schusswaffen erst dann zu laden, wenn mit ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch im Rahmen der Jagdausübung unmittelbar zu rechnen ist (vgl. auch OVG Münster, GewArch 2004, 165). Das gilt erst recht für eine Waffe, die - wie der Revolver des Ast. - nur dazu dient, angeschossenem Wild den Fangschuss zu geben. Da nach den Angaben des Ast. im polizeilichen Ermittlungsverfahren davon auszugehen ist, dass er den Revolver wiederholt in seinem Wohnhaus geladen und sich damit nicht nur in einem Einzelfall grob pflichtwidrig verhalten hat, rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass er mit Waffen und Munition nicht vorsichtig und sachgemäß umgeht. Das gilt umso mehr, als er das Laden der Waffe in seinem Wohnhaus nach wie vor als pflichtgemäß ansieht. Damit sind die Voraussetzungen erfüllt, unter denen der Jagdschein für ungültig zu erklären und einzuziehen ist.

II. Anwendbarkeit des Waffengesetzes

Dem kann der Ast. nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass § 5 I Nr. 2 b WaffG in der jetzt geltenden Fassung erst am 1.4.2003 und damit nach dem Vorfall vom 18.2.2003, bei dem sein Sohn verletzt worden ist, in Kraft getreten sei. Denn der Senat hat bereits entschieden, dass die o.g. Bestimmung über die Verweisung in § 17 I 2 BJagdG in allen Fällen zu beachten ist, in denen der Jagdschein - wie hier - nach dem 1.4.2003 aus-

gestellt oder verlängert worden ist (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 110). Außerdem übersieht der Ast., dass § 17 III Nr. 2 BJagdG, der eine inhaltsgleiche Regelung wie § 5 I Nr. 2 b WaffG enthält, schon im Zeitpunkt des Unfalls vom 18. 2.2003 Geltung besaß.

III. Nichtberechtigung zum Laden der Waffe im Haus
Der Ast. geht auch zu Unrecht davon aus, zum Laden des Revolvers in seinem Haus befugt gewesen zu sein, weil er als Grundstückseigentümer nach § 9 V NdsJagdG auch in befriedeten Bezirken, zu denen u. a. sein Haus gehört, Füchse, Marder, Iltisse, Hermeline, Waschbären, Marderhunde, Minks, Nutrias und Wildkaninchen habe töten dürfen. Diese Annahme ist schon deshalb verfehlt, weil der Ast. den Revolver nicht in seinem Haus geladen hat, um dort der Jagd nachzugehen. Vielmehr hat er außerhalb des befriedeten Bezirks jagen wollen. Folglich hat er die Waffe lange vor dem Zeitpunkt geladen, zu dem mit ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch im Rahmen der Jagdausübung unmittelbar zu rechnen war.

IV. Lage des Grundstücks irrelevant
Der Umstand, dass sich das Wohnhaus des Ast. in dem Jagdbezirk befindet, in dem er jagen darf, ändert ebenfalls nichts daran, dass das Laden des Revolvers in seinem Haus grob pflichtwidrig gewesen ist. Unerheblich ist schließlich auch der Einwand des Ast., der Unfall am 18.2.2003 sei auf ein einmaliges Fehlverhalten zurückzuführen. Denn die jagd- und waffenrechtliche Unzuverlässigkeit des Ast. ist nicht darauf zurückzuführen, dass er die Waffe hat fallen lassen und dass sein Sohn durch den dadurch ausgelösten Schuss verletzt worden ist. Entscheidend ist vielmehr, dass er wiederholt den Revolver in seinem Haus geladen und dadurch gegen elementare und selbstverständliche Pflichten eines Jägers verstoßen hat.

Standort: Verwaltungsprozessrecht — Problem: Klagefrist

HESSVGH, BESCHLUSS VOM 24.02.2006
4 UZ3027/05 (NVWZ-RR 2006, 841)

Problemdarstellung:

Der HessVGH hatte über die Fristwahrung in einem Fall zu entscheiden, in dem ein Kläger die von ihm erhobene Klage an ein unzuständiges Gericht adressiert hatte, die Post den Briefumschlag aber trotzdem beim zuständigen Gericht ablieferte. Dort kam sie auch fristgemäß an, wurde jedoch - da ein anderes Gericht auf dem Umschlag stand - ungeöffnet an dieses übersendet. Dort kam der Brief erst nach Fristablauf an, wurde geöffnet, und nachdem festgestellt worden war, dass für die Klage ein anderes Gericht zuständig war (nämlich eben das, von dem der Brief weiter geleitet worden war), wurde die Sache an jenes (zurück) verwiesen. Das zuständige Gericht nahm sich sodann der Klage an und erklärte sie für unzulässig, da sie verfristet sei.

Der HessVGH lehnt eine Berufungszulassung gegen diese Entscheidung ab. Zur Fristwahrung genüge nicht das rechtzeitige Eintreffen einer Klage beim zuständigen Gericht, sondern es gehöre auch dazu, dass dieses Gericht über das Schriftstück verfügen könne; dies sei aber bei einem an ein anderes Gericht adressierten Schreiben nicht der Fall.

Am Rande geht es um die Gewährleistung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 I GG, zu dem der HessVGH aber nur die st.Rspr. des BVerfG wieder gibt, wonach es nicht schon verfassungswidrig sei, wenn das Gericht eine prozessuale Vorschrift (hier: Klagefrist gem. § 74 I AsylVfG) nicht im Detail mit den Parteien erörtere; vielmehr müsse das Gericht bei der Auslegung und Anwendung der Vorschrift Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf rechtliches Gehör vollkommen verkannt, d.h. eine offensichtlich mit dem Gesetz nicht mehr zu vereinbarende Entscheidung getroffen haben (vgl. BVerfGE 60, 305).

Prüfungsrelevanz:

Dieser recht ungewöhnliche Fall lässt sich leicht in Fristprobleme für Examensaufgaben umwandeln, um diese etwas "aufzurüsten". Die Entscheidung dürfte sich über die im Originalfall einschlägige, nicht sonderlich examensrelevante Klagefrist des § 74 I AsylVfG hinaus nämlich auf andere Fristen (z.B. §§ 70, 74 VwGO) übertragen lassen, denn die Anforderungen an den Zugang eines Schriftstücks unterscheiden sich insoweit nicht.

Das BVerwG steht übrigens auf dem Standpunkt, dass eine bei einem unzuständigen Gericht erhobene Klage nur, aber immerhin dann auch die Klagefrist wahrt, wenn sie gerade an dieses unzuständige Gericht gerichtet war und - selbstverständlich - jedenfalls dort fristgemäß eingeht (BVerwG, NJW 2002, 768). Dies half dem Kläger im vorliegenden Fall allerdings auch nicht weiter, denn seine Klage war zwar an ein unzuständiges Gericht gerichtet, traf dort aber auch erst nach Fristablauf ein.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Klageerhebung bei falsch adressiertem Umschlag: *BGH*, NJW 1994, 1354
- ❑ Fristwahrung durch Klageerhebung bei örtlich unzuständigem Gericht: *BVerwG*, Buchholz 310 § 74 VwGO Nr. 13; NJW 2002, 768

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Die Waffenbesitzkarte"
❑ *Examenskurs* : "Ausgespielt"

Leitsätze:
1. Nicht jede Verletzung einer einfach-rechtlichen prozessualen Gewährleistung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Dies ist erst dann der Fall, wenn das Gericht bei der Auslegung und Anwendung der einfach-rechtlichen Vorschrift Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf rechtliches Gehör verkannt hat (vgl. BVerfGE 60, 305), also bei einer handgreiflich unrichtigen und offensichtlich mit dem Gesetz nicht mehr zu vereinbarenden Auslegung der den Zugang zu den Gerichten regelnden prozessrechtlichen Vorschriften.
2. Gelangt eine an ein örtlich unzuständiges Verwaltungsgericht adressierte Klageschrift im verschlossenen Briefumschlag zum zuständigen Verwaltungsgericht, so ist die Klage nicht rechtzeitig erhoben, wenn der Umschlag von dem zuständigen Verwaltungsgericht ungeöffnet an den Adressaten weitergeleitet wird und dort nach Fristablauf eingeht.

Sachverhalt:
Den Antrag der Kl. auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des VG hat der VGH abgelehnt.

Aus den Gründen:
Der gem. § 78 IV AsylVfG statthafte Antrag der Kl. auf Zulassung der Berufung gegen das im Tenor dieses Beschlusses näher bezeichnete Urteil der Vorinstanz ist nicht begründet, denn in ihm ist ein Grund, der gem. § 78 III AsylVfG die Zulassung der Berufung rechtfertigen kann, nicht dargetan.

A. Verletzung rechtlichen Gehörs als Berufungszulassungsgrund
Die Kl. berufen sich auf den Zulassungsgrund des § 78 III AsylVfG i. V mit § 138 Nr. 3 VwGO. Die Vorinstanz hat den Anspruch der Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs jedoch nicht verletzt.
Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen sowie nachvollziehbar in den Entscheidungsgründen zu würdigen, sofern das Vorbringen nicht aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ausnahmsweise unberücksichtigt bleiben muss oder kann.
Im vorliegenden Fall machen die Kl. sinngemäß geltend, das VG habe gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen, indem es ihre Klage als verfristet angesehen habe. Die Klageschrift vom 23.1.2004 sei spätestens am 27.1.2004, also zwei Tage vor Fristablauf und mithin rechtzeitig, bei dem zuständigen VG D. eingegangen. Die Sendung sei versehentlich an das VG W. adressiert worden. Die Geschäftsstelle des VG D. habe am 27.1.2004 die Sendung an das VG W. weiter geleitet, wo sie am 2.2.2005, also nach Fristablauf, eingegangen sei. Mit Beschluss vom 9.2.2005 habe das VG W. die Sache an das VG D. verwiesen. Die Meinung des VG D., die Klage sei verfristet, lasse sich nicht aufrechterhalten. Von entscheidender Bedeutung sei nämlich, dass die Klage zweifelsfrei spätestens am 27. 1. 2004, also rechtzeitig beim VG D. eingegangen sei.
Dieses Vorbringen rechtfertigt nicht die Zulassung der Berufung.

B. Anhörungspflicht
Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Kl. mit ihrem Vorbringen nicht geltend machen, das VG habe ihren Sachvortrag hinsichtlich der Einhaltung der Klagefrist gem. § 74 I AsylVfG überhört, sondern sie rügen insoweit einen Rechtsanwendungsfehler.

C. Rechtsanwendungsfehler
Nicht jede Verletzung einer einfach-rechtlichen prozessualen Gewährleistung stellt allerdings eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Dies ist erst dann der Fall,, wenn das Gericht bei der Auslegung und Anwendung der einfach-rechtlichen Vorschrift Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf rechtliches Gehör verkannt hat (BVewG, NJW 1982, 1636), also bei einer handgreiflich unrichtigen und offensichtlich mit dem Gesetz nicht mehr zu vereinbarenden Auslegung der den Zugang zu den Gerichten regelnden prozessrechtlichen Vorschriften (VGH Kassel, Beschluss vom 30.10.1997 - 13 UZ 383/97). Entgegen der Auffassung der Kl. erweist sich das angegriffene Urteil des VG D. als zutreffend.

I. Anforderungen an die Erhebung einer Klage
Die Einreichung einer Klage bei einem Gericht stellt eine einseitige Prozesshandlung der Partei dar, die keiner Mitwirkung eines Bediensteten des betreffenden Gerichts bedarf. Eine Klage ist i.S. von § 74 I AsylVfG erhoben, wenn sie in die Verfügungsgewalt des Gerichts gelangt ist.
Zu Recht hat das VG D. dargelegt, dass der Inhalt der bei ihm eingegangenen Sendung vor Fristablauf nicht in seine Verfügungsgewalt gelangt war und dass daher die in der Sendung enthaltene Klage zu diesem Zeitpunkt nicht erhoben war i. S. von § 74 I Asy1VfG. Die tatsächliche Verfügungsmacht des Gerichts übenden Inhalt einer bei ihm eingegangenen Sendung setzt nämlich voraus, in berechtigter Weise von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen zu können. Dies war hier jedoch nicht der Fall. Das VG D., bei dem der ungeöffnete Briefumschlag mit der Klage vor Ablauf der Klagefrist vorlag, war nicht befugt, den an das VG W. adressier-

ten Umschlag zu öffnen. Es war daher auch nicht in der Lage, sich von dem Inhalt der Sendung Kenntnis zu verschaffen. Vielmehr war das VG D. verpflichtet, den an das VG W. adressierten Umschlag ungeöffnet an den Adressaten weiterzuleiten oder an den Absender zurückzureichen (ebenso BGH, NJW 1994, 1354).

II. Subsumtion

Beim VG W ist die Klage erst nach Fristablauf eingegangen. Mithin war die Klagefrist zu diesem Zeitpunkt bereits versäumt, so dass es keiner Ausführungen dazu bedarf, ob ein Eingang der Klageschrift beim örtlich unzuständigen VG W. dort eine Wahrung der Klagefrist hätte bewirken können (vgl. BVerwG, NJW 2002, 768 = NVwZ 2002, 1126 L).

III. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Das VG hat im Übrigen, zutreffend dargelegt, dass Wiedereinsetzungsgründe im vorliegenden Fall nicht gegeben sind. Dies ziehen die Kl. mit ihrem Zulassungsantrag auch nicht in Zweifel.

Standort: Verwaltungsrechtsweg Problem: Vergabe öffentlicher Aufträge

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 11.8.2006
15 E 880/06 (NVWZ-RR 2006, 842)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob der Verwaltungsrechtsweg gegen die beabsichtigte Vergabe von öffentlichen Aufträgen an einen bestimmten Bieter eröffnet ist, wenn der Staat mit diesem Bieter einen privatrechtlichen (Werk-)vertrag abzuschließen beabsichtigt und es sich nicht um eine Streitigkeit nach den §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) handelt, etwa weil - wie hier - das ganze GWB nicht anwendbar ist, weil die Schwellenwerte des § 100 I GWB nicht überschritten wurden.

Einschlägig zur Bestimmung des Rechtswegs ist auch in diesem Fall in aller Regel § 40 I 1 VwGO, welcher eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit fordert. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, richtet sich nach dem dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Gerade dieses bereitet aber Probleme, wenn der Staat eine Vergabeentscheidung trifft, die in ein Privatrechtsverhältnis mündet. Die gängige "modifizierte Subjektstheorie" hilft dann nicht weiter, weil die streitentscheidenden Normen, auf welche sie maßgeblich abstellt, dann einerseits aus dem Zivilrecht (Werkvertragsrecht), andererseits aber auch aus dem öffentlichen Recht stammen können (wie etwa Art. 3 I GG, der die Gleichbehandlung aller Bieter vorschreibt). Auch die "Subordinationstheorie" greift nicht; zwar liegt kein klassisches hoheitliches Über- Unterordnungsverhältnis vor; der Umkehrschluss, dass nämlich jedes durch Gleichordnung geprägte Rechtsverhältnis automatisch zivilrechtlicher Natur sei, darf aber auch nicht gezogen werden, wie §§ 54 ff. VwVfG beweisen.

Das OVG NRW löst das Problem unter Rückgriff auf die "Zwei-Stufen-Theorie", indem es die Vergabe öffentlicher Aufträge in eine Auswahl- und eine Ausgestaltungsstufe unterteilt. Die Ausgestaltung des konkreten Auftrages (das "Wie") sollte hier zivilrechtlich, nämlich durch Werkvertrag erfolgen; um diese ging es aber nicht, sondern um die ihr vorgeschaltete Auswahl eines bestimmten Bieters (das "Ob"). Dieses sei hingegen öffentlich-rechtlich geprägt, weil haushalts- und vergaberechtliche Normen sowie Art. 3 I GG zu beachten seien. Damit schließt sich das OVG NRW der wohl h.M. zu diesem Thema an; eine m.M. (vgl. Vertiefungshinweise) wendet sich allerdings gegen diese Zweiteilung der Vergabeentscheidung und stuft sie als insgesamt zivilrechtlich ein, wenn am Ende ein zivilrechtlicher Vertragsschluss steht.

Prüfungsrelevanz:

Dass die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges am Anfang jeder Prüfung der Zulässigkeit einer Klage vor den Verwaltungsgerichten steht, weiß jeder Examenskandidat. Lückenlose Kenntnisse in diesem Bereich sind für den Examenserfolg daher unerlässlich. Die vorliegende Entscheidung sollte daher zum Anlass genommen werden, neben den drei hier erwähnten Theorien auch die übrigen Abgrenzungstheorien zwischen öffentlichem und privatem Recht zu wiederholen (Sachzusammenhang, Handlungsformlehre, Interessentheorie, Traditionstheorie usw.).

Vertiefungshinweise:

❑ Verwaltungsrechtsweg für Subventionsvergabe: *OVG Rh-Pf*, NZBau 2005, 590 = DVBl 2005, 988; *SächsOVG*, NZBau 2006, 393 (beide bejahend); *NdsOVG*, Beschluss vom 14.07.2006 -1 B 26/06 (verneinend); vgl. auch den Überblick bei *Huber*, JZ 2000, 877

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Baugeschäfte mit der Stadt"
❑ *Examenskurs* : "Kein Platz auf der Kirmes"

Leitsatz:

Für die gerichtliche Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, auf die gem. § 100 GWB die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar sind, ist gem. § 40 I

VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

Sachverhalt:
Die Ast. beteiligten sich als Bieterinnen an einem Vergabeverfahren des Ag.. Sie beantragten beim VG, dem Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu wiederholen. Auf die Rüge des Ag. und der Beigel., der Verwaltungsrechtsweg sei nicht gegeben, stellte das VG vorab durch Beschluss die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs fest. Die dagegen eingelegte Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:
Das VG hat den Verwaltungsrechtsweg zu Recht bejaht.

A. Generalklausel des § 40 I 1 VwGO
Gemäß § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg - vorbehaltlich der in § 40 I 2, II VwGO geregelten Sonderfälle, die hier nicht vorliegen - gegeben in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Die Ast. begehren in dem von ihnen anhängig gemachten Rechtsstreit, dem Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, in näher bezeichneten Vergabeverfahren die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu wiederholen. Dieser Rechtsstreit ist öffentlich-rechtlicher und nichtverfassungsrechtlicher Art.

B. Insbesondere bei Vergabe öffentlicher Aufträge
Der Senat hat die Rechtswegfrage für die gerichtliche Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, auf die gem. § 100 GWB die §§ 97ff. GWB nicht anwendbar sind, bislang lediglich für besondere Fallgestaltungen entschieden, in denen der Verwaltungsrechtsweg aus spezifischen Gründen zu bejahen war, die im vorliegenden (Standard-)Fall nicht gegeben sind (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 223 = NZBau 2006, 67 - öffentlich-rechtliche Einordnung der Einwirkungsmöglichkeiten einer mehrheitlich beteiligten Gemeinde auf den Auftraggeber; NVwZ 2006, 1083 = NZBau 2006, 533 - öffentlich-rechtliche Qualität des Rechtsverhältnisses zwischen einer Gemeinde und Bewerbern um eine Dienstleistungskonzession; sowie OVG Münster, NVwZ 2006, 848 = DÖV 2006, 657 - obiter dictum). Der vorliegende Fall erfordert deshalb eine Klärung der vorgenannten Frage über die bisher behandelten Konstellationen hinaus.

I. Einordnung des streitigen Rechtsverhältnisses maßgeblich
In Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist das VG davon ausgegangen, dass sich der Rechtsweg nach der Natur des Rechtsverhältnisses richtet, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. BVerwGE 96, 71 [73]; BGHZ 108, 284 [286]; 102, 280 [283]; OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 223; NVwZ 2006, 1083).

II. Subordinationstheorie
Öffentlich-rechtlich ist ein Rechtsverhältnis regelmäßig, wenn die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient. Jedoch kann allein aus einem Gleichordnungsverhältnis noch nicht ohne weiteres auf eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit geschlossen werden, weil auch dem öffentlichen Recht eine gleichgeordnete Beziehung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem nicht fremd ist (vgl. BVerwGE 74, 368).

III. Modifizierte Subjektstheorie
Gleichordnungsverhältnisse werden als öffentlich-rechtlich angesehen, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen überwiegend den Interessen der Allgemeinheit dienen, wenn sie sich nur an Hoheitsträger wenden bzw. wenn der Sachverhalt einem Sonderrecht der Träger öffentlicher Aufgaben unterworfen ist und nicht Rechtssätzen, die für jedermann gelten (vgl. BGHZ 108, 284 = NJW 1990,1527). Hiervon ausgehend leitet sich der von den Ast. geltend gemachte Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen (Gleichordnungs-)Verhältnis ab, denn das Verhältnis ist Regelungen unterworfen, die nur für Träger öffentlicher Aufgaben gelten. Abzustellen ist dabei auf das Rechtsverhältnis zwischen der den Auftrag vergebenden Stelle und den Bietern in der Phase der Bieterauswahl vor Zuschlagerteilung.

IV. Zwei-Stufen-Theorie
Bei - wie hier - komplexen rechtlichen Beziehungen mit zudem mehreren Beteiligten besteht im Hinblick auf die Rechtswegbestimmung nicht die Notwendigkeit und häufig auch nicht die Möglichkeit, die Rechtsbeziehungen einem einheitlich zu beurteilenden Rechtsverhältnis zuzuordnen. Vielmehr können in derartigen Fällen durchaus mehrere Rechtsverhältnisse mit ggf. unterschiedlichen Rechtswegzuständigkeiten gegeben sein. Davon ausgehend ist dem VG in der Einschätzung zu folgen, dass im vorliegenden Fall nicht abzustellen ist auf das mit Zuschlagerteilung entstehende - als privatrechtlich zu qualifizierende - Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Aus diesem zweiseitigen Rechtsverhältnis leitet sich der von den Ast. geltend gemachte Anspruch nicht her. Denn die Ast. wollen zur Zeit gerade verhindern, dass ein derartiges Rechtsverhältnis zwischen der Ag. und der Beigel. zu Stande kommt. Maßgeblich ist vielmehr das dem Vertragsschluss vorgeschaltete, mehrseitige Rechtsverhältnis betreffend die Auswahl des Bieters zwischen den Bietern und der den Auftrag vergeben-

den Stelle (vgl. zum Sonderfall des Rechtsschutzantrages eines Nichtbieters: OVG Münster, NVwZ 2006, 848 = DÖV 2006, 657).

1. Unterscheidung zwischen Auswahlverfahren und Vertragsverhältnis

Dem streng formalisierten und durch ausschließlich für Träger öffentlicher Gewalt geltende Regelungen geprägten Auswahlverfahren kommt gegenüber dem sich daran anschließenden und erst mit dem Zuschlag begründeten privatrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem den Zuschlag erlangenden Bieter besonderes Gewicht im Sinne einer selbstständigen ersten Verfahrensstufe zu. Hieran schließt sich, beginnend mit dem durch den Zuschlag bewirkten Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages, eine zweite Verfahrensstufe an. Das Verfahren der Auftragsvergabe durch Träger öffentlicher Gewalt unterscheidet sich damit grundlegend von der Auftragsvergabe durch Private im Übrigen. Das Zivilrecht wird bestimmt durch den Grundsatz der Privatautonomie, wonach die Einholung von Angeboten und deren Auswahl grundsätzlich der freien, rechtlich nicht determinierten Entscheidung des Einzelnen überlassen bleibt. Dementsprechend sind diese Verfahrensschritte in der Regel nicht Gegenstand eigener rechtlicher Betrachtung. Diese konzentriert sich vielmehr auf den Vertragsschluss und die Vertragsabwicklung, deren Rechtsqualität auch die vorvertragliche Phase bestimmt. Demgegenüber kommt bei der Auftragsvergabe durch Träger öffentlicher Gewalt - mag sie auch in einen privatrechtlichen Vertrag einmünden - gerade auch der Angebotseinholung und -auswahl besondere rechtliche Bedeutung zu.

2. Auswahlverfahren öffentlich-rechtlich geprägt

a. Einfach-gesetzliche Vorschriften

Nach § 55 NWHO muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Beim Abschluss von Verträgen ist nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren. Gemäß VV Nr. 2.1 zu § 55 NWHO gelten für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen insbesondere die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) sowie die Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL) und freiberufliche Leistungen (VOF). Für die Vergabe von Aufträgen durch Gemeinden bestimmt § 25 II NWGemHVO, dass die Vergabebestimmungen anzuwenden sind, die das Innenministerium bekannt gibt. Nach Nrn. 4 bis 6 des insoweit maßgeblichen Runderlasses des Innenministeriums vom 22.3.2006 (NWMBl 2006, 222) sollen bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte grundsätzlich die Teile A (Abschnitt 1), B und C der VOB angewendet werden bzw. wird die Anwendung der Teile A (Abschnitt 1) und B der VOL empfohlen. Die Anwendung der VOF wird insoweit nicht vorgeschrieben. Die jeweils anzuwendenden Regelwerke enthalten im Interesse der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung und eines fairen Wettbewerbs allein für öffentliche Auftraggeber geltende detaillierte Regelungen des Ausschreibungsverfahrens, insbesondere auch der Berücksichtigungsfähigkeit von Angeboten und der Erteilung des Zuschlags. Die damit verbundene rechtliche Ausgestaltung des Vergabeverfahrens in der Phase vor dem eigentlichen Vertragschluss gebietet es, die insoweit bestehenden Rechtsbeziehungen im Hinblick auf die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht eigenständig zu würdigen und die Qualifizierung nicht ausschließlich aus der Perspektive des späteren Vertragsschlusses vorzunehmen.

b. Art. 3 I GG

Das auf der Ebene der Gleichordnung liegende Auswahlverhältnis ist mit dem VG als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, weil es mit den haushalts- und vergaberechtlichen Vorschriften sowie Art. 3 I GG durch Sonderrecht der Träger öffentlicher Gewalt geprägt wird (OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 223; OVG Koblenz, DVBl 2005, 988; OVG Bautzen, NZBau 2006, 393; Huber, JZ 2000, 877 [881]; a.A. - unter Verneinung der Zweistufigkeit des Vergabeverfahrens: OVG Lüneburg, Beschluss vom 14.7.2006 - 1 B 26/06; OVG Koblenz, DVBl 2005, 989 m. Anm. Schneider/Häfner; Ruthig, NZBau 2005, 497). [...] Über Art. 3 I GG kommt den einschlägigen Vergabe- und Verdingungsordnungen als öffentlich-rechtlichen Rechtssätzen des Innenrechts mittelbar auch Wirkung für die Außenrechtsbeziehung zwischen der den Auftrag vergebenden Stelle und den Bietern zu. Infolgedessen prägt der öffentlich-rechtliche Charakter dieser Innenrechtssätze auch die Rechtsnatur des Auswahlverfahrens.

c. § 9 VwVfG steht nicht entgegen

Auf das Beschwerdevorbringen ist darauf hinzuweisen, dass das Verständnis des Auswahlverfahrens als eigenständiges öffentlich-rechtlich geregeltes Verfahren nicht im Widerspruch zu § 9 NWVwVfG steht, wonach das Verwaltungsverfahren im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist. § 9 NWVwVfG regelt lediglich das Verwaltungsverfahren im engeren Sinne, schließt aber nicht aus, dass Verwaltungsverfahren im weiteren Sinne auf andere Verfahrensziele gerichtet sein können. [...]

Zivilrecht

Standort: Schenkung — Problem: Rückgewähr des Geschenks

BGH, URTEIL VOM 07.11.2006
X ZR 184/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Bekl. wird auf Rückgewähr des Geschenks wegen Notbedarfs aus übergegangenem Recht in Anspruch genommen. Der Sohn des Bekl. wurde auf Veranlassung des Jugendamtes in einem Heim untergebracht. Dieser Heimaufenthalt wurde über die Volljährigkeit hinaus verlängert. Die Kosten für diesen Aufenthalt beliefen sich auf etwa 27.000 DM. Kurz nach seinem 18. Geburtstag übertrug der Sohn des Bekl. schenkweise und formgemäß zwei Grundstücke auf den Bekl.. Nunmehr begehrt die Kl. Rückgabe des Geschenks aus dem abgeleiteten Anspruch des Sohnes gegen den Bekl..

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Ber-Ger. hat im Wesentlichen antragsgemäß erkannt. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Bekl. seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH ist lesenswert, da sie einen interessanten Aspekt des Schenkungsvertrages, welcher des öfteren Gegenstand der Examensklausuren ist, betrifft. Ein klassisches Problem i.S.d. Schenkung liegt in der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang vom Beschenken das Zugewandte wieder heraus verlangt werden kann. Gem. § 528 I 1, 1.Fall BGB kann der Schenker vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes verlangen, wenn der Schenker nach der Schenkung nicht in der Lage ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten. Maßgeblich für den Notbedarf des Schenkers ist gleich wie in § 1610 I BGB der eigene angemessene Unterhalt, der objektiv der Lebensstellung des Schenkers nach der Schenkung entspricht (Palandt-Weidenkaff, § 528 Rn. 5). An dieser Stelle betont der erkennende Senat, dass die Kosten von monatlich 7.000 DM für die Heimunterbringung durchaus angemessen i.d.S. sind. Es könne nicht auf den Lebenszuschnitt eines arbeits- und vermögenslosen Heranwachsenden abgestellt werden, da hier eine besondere Betreuung des Sohnes des Bekl. erforderlich war, die einen erhöhten Kostenaufwand verursachte. Gem. § 35a SGB VIII (i.d.F. v. 03.05.1993) ist eine Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche, die seelisch behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind, nach dem Bedarf im Einzelfall in ambulanter Form oder aber auch in Einrichtungen über Tag und Nacht sowie sonstigen Wohnformen zu leisten und einem jungen Volljährigen nach § 41 SGB VIII (i.d.F. v. 03.05.1993) entsprechende Hilfe für die Persönlichkeitsentwicklung und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung zu gewähren, wenn und solange die Hilfe auf Grund der individuellen Situation des jungen Menschen notwendig ist.

Der Umfang des Rückgewähranspruchs ist gerichtet auf die Deckung des Bedarfs, den § 528 I 1 BGB schützt ("Soweit"), bis der Wert der Schenkung erschöpft ist (Palandt-Weidenkaff, § 528 Rn. 5). Berücksichtigung finden bei der Rückforderung jedoch nur Umstände, die nach Abschluss des Schenkungsvertrages entstanden sind. § 528 I BGB setzt daher nur voraus, dass die Schenkung überhaupt vollzogen ist und dass der Schenker nach Abschluss des Schenkungsvertrags außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zur bestreiten und die in der Vorschrift genannten Unterhaltspflichten zu erfüllen.

Zudem enthält die Entscheidung aus prozessualer Sicht ausführliche Erwägungen zur Präklusion gem. §§ 525, 282 II, 296 II ZPO. Der Bekl. hatte hilfsweise die Aufrechnung gem. §§ 389 ff. BGB mit Schadensersatzansprüchen gegen seinen Sohn erklärt. Das Ber-Ger. hatte diese jedoch wegen Verspätung zurückgewiesen. Nicht rechtzeitig mitgeteilte Angriffs- oder Verteidigungsmittel können nur dann zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Die Zurückweisung setzt daher voraus, dass der Rechtsstreit ohne das verspätete Vorbringen insgesamt entscheidungsreif ist. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn es aus anderen Gründen einer Beweisaufnahme bedarf (Zöller-Greger, § 295 Rn. 13). Genau ein solcher Fall lag hier vor. Auch ergab sich kein Ausschluss der Aufrechnung aus § 394 BGB. Der Rückgewähranspruch nach § 528 BGB ist nur unter den Voraussetzungen des § 852 II ZPO der Pfändung nicht unterworfen (Palandt-Weidenkaff, § 528 Rn. 4). Ist der Rückgewähranspruch - wie hier - rechtshängig geworden, kann er gepfändet und kann gegen ihn aufgerechnet werden.

Fälle dieser Art beschäftigen zunehmend die Gerichte und sind daher in der Praxis von hoher Relevanz. Es ist daher damit zu rechnen, dass auch die Prüfungsämter auf diese Rechtsproblematik eingehen werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Rückforderung durch Sozialhilfeträger: *BGH*, RA 2003, 565 = NJW 2003, 2449; *BGHZ* 96, 380 = NJW 1986, 1606; *Gitter*, JZ 1986, 412

❑ Zur Schenkung auf den Todesfall: *BGH*, RA 2004, 256 = NJW 2004, 767

❑ Zur Bedürftigkeitseinrede: *BGH*, RA 339 = NJW 2001, 1207

❑ Zur Verarmung eines Schenkers: *BGH*, RA 2001, 472 = NJW 2001, 2084

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das Sparbuch auf den Todesfall"

❑ *Examenskurs:* "Die begehrte Briefmarkensammlung"

Leitsätze:

1. Der Anspruch auf Rückgewähr des Geschenks wegen Notbedarfs setzt nur voraus, dass die Schenkung überhaupt vollzogen ist und dass der Schenker nach Abschluss des Schenkungsvertrags außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die in § 528 I BGB genannten Unterhaltspflichten zu erfüllen. Es kommt nicht darauf an, ob der Notbedarf vor oder nach Vollziehung der Schenkung entstanden ist.

2. Sofern das Geschenk werthaltig ist, wird der Rückgewähranspruch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schenker das Geschenk zeitweise jedenfalls nicht ohne weiteres zur Unterhaltssicherung verwenden kann.

3. Der Rückgewähranspruch ist nur unter den Voraussetzungen des § 852 II ZPO der Pfändung nicht unterworfen.

4. Die Kenntnis der Überleitungsvoraussetzungen steht der Aufrechnung des Beschenkten gegenüber dem Sozial- oder Jugendhilfeträger mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Schenker nicht entgegen, wenn der Gegenanspruch entstanden ist, bevor der Beschenkte Kenntnis von der Überleitungsanzeige erhalten hat.

Sachverhalt:

Die klagende Stadt nimmt den Bekl. aus übergeleitetem Recht auf Herausgabe einer Schenkung wegen Notbedarfs in Anspruch. Im Rahmen der Hilfe für junge Volljährige brachte das Jugendamt der Kl. den Sohn des Beklagten vom 22.04. bis 17.08.1995 in einem Kinder- und Jugendwohnheim in Hessen unter, indem es den schon vor der Volljährigkeit begonnenen Aufenthalt verlängerte. Die Kosten des Aufenthalts beliefen sich auf 26.972,98 DM. Alsbald nach seinem 18. Geburtstag übertrug der Sohn des Bekl. durch notariellen Vertrag vom 24.04.1995 zwei Grundstücke, die ihm schenkweise von seiner Großmutter zugewandt worden waren, "ohne weitere Gegenleistung" auf den Bekl.. Die Kl. hat einen angeblichen Rückgewähranspruch des Sohnes des Bekl. wegen Notbedarfs auf sich übergeleitet und nimmt den Bekl. auf Zahlung von 13.637,16 € in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat im Wesentlichen antragsgemäß erkannt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, zur teilweisen Klageabweisung und im Übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Entscheidung des BerGer.

Das BerGer. hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: In der Person des Sohnes des Bekl. sei ein Anspruch nach § 528 I BGB in Höhe der Klageforderung entstanden, den die Kl. wirksam auf sich übergeleitet habe. Der notarielle Vertrag vom 24.04.1995 stelle eine Schenkung dar. Der Sohn des Bekl. sei während der Gewährung der Sozialhilfe außerstande gewesen, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten; die Höhe der Aufwendungen der Kl. sei unstreitig. Die Aufrechnung des Bekl. mit diversen Schadensersatzansprüchen gegen seinen Sohn aus unerlaubter Handlung greife nicht durch, weil der substantiierte Vortrag hierzu, den der Bekl. erstmals in der Schlussverhandlung des BerGer. unter Bezugnahme auf einen tags zuvor eingereichten Schriftsatz gehalten habe, verspätet sei und dem Bekl. grobe Nachlässigkeit zur Last falle.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Schenkungsvertrag gem. § 516 I BGB liegt vor

Die Revision rügt die in der Revisionsbegründung nicht mit Verfahrensrügen angegriffene Qualifikation des Vertrags zwischen dem Bekl. und seinem Sohn als Schenkung als fehlerhaft. Einen Rechtsfehler des BerGer. zeigt sie jedoch insoweit nicht auf. Das BerGer. hat berücksichtigt, dass die von dem Sohn des Bekl. verursachten Schäden zumindest einer der Beweggründe für die Grundstücksübertragung gewesen seien, hat jedoch aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme nicht die Überzeugung gewonnen, dass eine Gegenleistung des Bekl. nach dem Willen der Vertragsparteien Gegenstand ihrer vertraglichen Vereinbarung geworden sei. Mit dem Versuch, diese mögliche tatrichterliche Würdigung durch ihre abweichende eigene zu ersetzen, kann die Revision nicht durchdringen.

2. Schenker zur angemessenen Lebensführung außerstande

Die Revision rügt ferner, dass das BerGer. nicht geprüft habe, ob die Aufwendungen der Kl. zur Befriedigung des angemessenen Unterhalts des Sohnes notwendig gewesen seien. Dessen Unterbringung habe auf seinem von der Kl. gebilligten autonomen Wunsch beruht. Ein monatliche Kosten von über 7.000,- DM verursachender "Lebensstil" sei für einen arbeits- und vermögenslosen Heranwachsenden offensichtlich unangemessen. Er könne auch nicht erforderlich gewesen sein, da der Sohn des Bekl. den Heimaufenthalt gar nicht angenommen, sondern sich ihm laufend entzogen habe. Auch damit dringt die Revision nicht durch. Das BerGer. ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass der Schenker außerstande war, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, und die Aufwendungen der Kl. für seinen angemessenen Unterhalt erforderlich waren. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung schließt zwar der Umstand, dass die Kl. in Höhe der Klageforderung einen bestandskräftigen Kostenbeitragsbescheid gegen den Sohn des Bekl. erlassen und das Verwaltungsgericht die Einwendungen des Bekl. gegen die Überleitung des Rückgewähranspruchs rechtskräftig zurückgewiesen und in diesem Zusammenhang auch seine Einwendungen gegen Grund und Höhe des Kostenbeitrags geprüft hat, im Verhältnis der Parteien des Schenkungsvertrages und damit auch im Verhältnis der Prozessparteien die Prüfung nicht aus, ob Aufwendungen in Höhe des Kostenbeitrags für den angemessenen Unterhalt des Sohnes erforderlich waren. Da indessen nach § 35a SGB VIII (i.d.F. v. 03.05.1993) Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche, die seelisch behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind, nach dem Bedarf im Einzelfall in ambulanter Form oder aber auch in Einrichtungen über Tag und Nacht sowie sonstigen Wohnformen zu leisten ist und einem jungen Volljährigen nach § 41 SGB VIII (i.d.F. v. 03.05.1993) entsprechende Hilfe für die Persönlichkeitsentwicklung und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung gewährt werden soll, wenn und solange die Hilfe auf Grund der individuellen Situation des jungen Menschen notwendig ist, hatte das BerGer. ohne entsprechendes Vorbringen des Bekl. keinen Anlass, die Erforderlichkeit der Aufwendungen in Zweifel zu ziehen. Solches Vorbringen hat die Revisionsbegründung indes nicht aufgezeigt. Der von ihr gezogene Vergleich mit dem Aufenthalt in einem Luxushotel liegt neben der Sache, und es steht der Notwendigkeit der Hilfe auch nicht entgegen, dass sich der Sohn des Bekl. ihr verschiedentlich entzogen hat.

3. Kein Ausschluss des Rückforderungsanspruchs

Schließlich beanstandet die Revision auch ohne Erfolg, dass das BerGer. keine Feststellungen dazu getroffen habe, ob der Sohn des Bekl. das Geschenk zum Zeitpunkt seiner Bedürftigkeit zur Sicherung seines angemessenen Unterhalts hätte einsetzen können. Der Bekl. hat vorgetragen, dass der Vertrag, durch den die Grundstücke durch dessen Großmutter an seinen Sohn verschenkt worden waren, vorsah, dass der Sohn die Grundstücke im Falle einer Veräußerung vor Vollendung seines 25. Lebensjahres unentgeltlich an ihn - den Bekl. - zu übertragen hatte, und dass dieser Übertragungsanspruch mit einer Vormerkung gesichert war. Aus der zu den Akten gereichten Ablichtung des Vertrages ergibt sich ferner, dass sich die (Erst-)Schenkerin den lebenslangen Nießbrauch an den Grundstücken vorbehalten hatte. Unter diesen Umständen kommt zwar in Betracht, dass der Sohn des Bekl. die Grundstücke zum Zeitpunkt seiner Bedürftigkeit weder hätte veräußern, noch hätte vermieten oder selbst nutzen können. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass er sie zu banküblichen Konditionen ebenso wenig hätte beleihen können, da er angesichts der vorrangigen Vormerkung einem Grundpfandgläubiger keine gesicherte Position verschaffen konnte. Das schloss indessen einen Rückforderungsanspruch nicht aus. Denn damit waren die Grundstücke für den Sohn des Bekl. nicht - was eine Rückforderung nach § 528 BGB ausschließen mag (vgl. Staudinger/ Wimmer-Leonhardt, BGB, Neubearb. 2005, § 528 Rdn. 15) - ohne wirtschaftlichen Wert. Der Grundstückswert war - nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt - für ihn lediglich zeitweise nicht realisierbar. Eine solche Konstellation rechtfertigt es nicht, dem Schenker den Rückforderungsanspruch zu versagen. Der Wortlaut des Gesetzes sieht eine solche Einschränkung der Rechte des bedürftigen Schenkers nicht vor. Sie ist auch durch den Zweck der Vorschrift nicht geboten, es dem Schenker zu erlauben, mit Hilfe des zurückgewährten Geschenks seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten. Denn die Rückgewähr eines werthaltigen Gegenstandes verbessert die wirtschaftliche Lage des Schenkers, dem es etwa gelingen kann, diesen Gegenstand als Sicherung für ein Darlehen eines Verwandten oder einer ihm sonst nahestehenden Person zu verwenden. Die in aller Regel nicht auszuschließende grundsätzliche Möglichkeit, mit Hilfe des Geschenks den angemessenen Unterhalt des Schenkers ganz oder teilweise zu gewährleisten, genügt für den Rückgewähranspruch.

4.Umfang des Rückforderungsanspruchs

Allerdings steht dieser Anspruch der Kl. nur für den Zeitraum vom 24.04. bis zum 17.08.1995 mit der Folge zu, dass die Klage in Höhe eines Betrages von 452,49 €, den die Kl. für den 22. und 23.04.1995 geltend macht, unbegründet ist. Denn vor Abschluss des Schenkungsvertrages kann ein Anspruch des Schenkers gegen den Beschenkten nicht bestehen. Hingegen kommt es nicht darauf an, wann der Bekl. durch Eintragung in das Grundbuch das Eigentum an den ge-

schenkten Grundstücken erworben hat. Dabei kann dahinstehen, ob es für die Vollziehung einer Grundstücksschenkung auf die Eintragung ankommt oder ob hierfür die Auflassung des geschenkten Grundstücks genügt. Nach dem gemeinsamen Rechtsgedanken der §§ 519, 528 BGB soll dem Schenker sowohl vor als auch nach Erfüllung des Schenkungsversprechens die Möglichkeit zu Gebote stehen, auf das Geschenk zuzugreifen, wenn dies zur Sicherung seines angemessenen Unterhalts oder zur Erfüllung ihm kraft Gesetzes obliegender Unterhaltspflichten notwendig ist. Ist der Schenkungsvertrag noch nicht erfüllt, steht ihm hierzu die Einrede des Notbedarfs zu Gebote; ist bereits erfüllt, so tritt die Rückforderung an die Stelle der Einrede. Nach der Vollziehung der Schenkung ist der Beschenkte dabei insbesondere durch § 529 BGB und dadurch stärker geschützt, dass nunmehr eine bloße Gefährdung des künftigen Unterhalts nicht mehr ausreicht. Für den Umfang des zu sichernden Unterhalts kommt es indes in beiden Fällen nicht auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Einrede bzw. des Anspruchs an, sondern auf die Entstehung des Notbedarfs. § 528 I BGB setzt daher nur voraus, dass die Schenkung überhaupt vollzogen ist und dass der Schenker nach Abschluss des Schenkungsvertrags außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zur bestreiten und die in der Vorschrift genannten Unterhaltspflichten zu erfüllen.

5. Hilfsaufrechnung des Bekl. nicht verspätet

Soweit das BerGer. hiernach den Klageanspruch rechtsfehlerfrei für begründet gehalten hat, rügt die Revision zu Recht, dass das BerGer. die Hilfsaufrechnung des Bekl. mit Schadensersatzansprüchen gegen seinen Sohn mit der gegebenen Begründung nicht für unbegründet erachten durfte. Die Zurückweisung des auf den Schriftsatz vom 07.09.2004 gestützten Vorbringens in der Berufungsverhandlung als verspätet hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a. Keine Präklusion mangels Verzögerung des Rechtsstreits

Nach den vom Berufungsgericht angewandten Präklusionsvorschriften der §§ 525, 282 Abs. 2, 296 II ZPO dürfen nicht rechtzeitig mitgeteilte Angriffs- oder Verteidigungsmittel nur dann zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Die Zurückweisung setzt daher voraus, dass der Rechtsstreit ohne das verspätete Vorbringen insgesamt entscheidungsreif ist (BGHZ 77, 306, 308; BGH, Urt. v. 14.01.1999 - VII ZR 112/97, NJW-RR 1999, 787). An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn es aus anderen Gründen einer Beweisaufnahme bedarf. So verhält es sich im Streitfall. Denn bereits mit seinem ursprünglichen, schon in erster Instanz gehaltenen Vortrag hat der Bekl. Schadensersatzansprüche schlüssig dargetan. Dass diese Ansprüche die Klagesumme nicht erreichten, ist unerheblich, weil wegen des insoweit bestehenden Aufklärungsbedarfs der Rechtsstreit jedenfalls nicht insgesamt entscheidungsreif war. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Klaganspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn der Kl. Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Kl. entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und den Ablauf bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit diese Einzelheiten für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind oder der Gegenvortrag dazu nicht Anlass bietet (BGHZ 127, 354, 358; Sen.Urt. v. 23.04.1991 - X ZR 77/89, NJW 1991, 2707, 2709; v. 25.02.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968; v. 11.04.2000 - X ZR 19/98, NJW 2000, 2812, 2813; BGH, Urt. v. 01.06.2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, 2711). Mit seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 04.04.2002 in Verbindung mit der dort in Bezug genommenen Anlage hat der Bekl. u.a. dargetan, dass sein Sohn in der Zeit vor der Überleitungsanzeige der Kl. von ihm tägliche Geldzahlungen erpresst bzw. ihn zu solchen Zahlungen genötigt habe und vorsätzlich bestimmte nach Art und Zeitpunkt näher bezeichnete Sachschäden verursacht habe. Für seine Behauptungen hat der Bekl. sich auf das Zeugnis seiner Ehefrau berufen. Damit hat er aufrechenbare Gegenansprüche so dargetan, dass sie dem Beweis zugänglich waren.

b. Kenntnis des Bekl. unschädlich gem. § 406 BGB

Zu Recht verweist die Revision darauf, dass dieses Vorbringen - entgegen der in anderem Zusammenhang vertretenen Auffassung des BerGer. - nicht deswegen außer Acht bleiben durfte, weil der Bekl. zum Zeitpunkt der Anspruchsentstehung die Tatsachen gekannt hätte, die der Überleitung des Klageanspruchs auf die Kl. zugrunde lagen. Denn der Rückgewähranspruch geht nicht von Gesetzes wegen über, sondern kann übergeleitet werden, wobei die schriftliche Überleitungsanzeige den Übergang des Anspruchs bewirkt (§ 95 III SGB VIII). Gemäß § 406 BGB kann der Bekl. daher mit Forderungen aus unerlaubter Handlung aufrechnen, die entstanden sind, bevor er von der Überleitungsanzeige Kenntnis erhalten hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der die Kenntnis einer Vorausabtretung der Kenntnis einer Abtretung im Sinne des § 406 BGB gleichzustellen ist (BGHZ 66, 384, 386 f.; BGH, Urt. v. 26.06.2002 - VIII ZR 327/00, NJW 2002, 2865 f.). Denn bei Kenntnis der Vorausabtretung kann der Schuldner nicht erwarten, sich durch Aufrechnung von der gegen ihn gerichteten Forderung befreien zu können. Ist hingegen ein Anspruchsübergang lediglich möglich, kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Schuldners schon generell nicht verneint werden, zumindest verdient der Schuld-

ner aber in diesem Fall den vollen Schutz des § 406 BGB, wenn die Aufrechnungsforderung - wie hier - aus unerlaubter Handlung resultiert.

c. Kein Ausschluss der Aufrechnung gem. § 394 BGB
Entgegen der Meinung der Revisionsbekl. ist die Aufrechnung auch nicht nach § 394 BGB ausgeschlossen. Denn der Rückgewähranspruch nach § 528 BGB ist nur unter den Voraussetzungen des § 852 II ZPO der Pfändung nicht unterworfen. Ist der Rückgewähranspruch - wie im Streitfall - rechtshängig geworden, kann er gepfändet und kann gegen ihn aufgerechnet werden. Ein weitergehendes Pfändungsverbot ergibt sich nicht aus § 851 I ZPO. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich aus der Zweckbindung des Rückgewähranspruchs (BGHZ 147, 288, 290) Einschränkungen bei der Abtretbarkeit des Anspruchs ergeben. Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob und inwieweit ein Abtretungsverbot besteht, bislang offen gelassen und lediglich entschieden, dass der Anspruch aus § 528 I 1 BGB von dem Schenker auch an einen anderen als die in dieser Vorschrift genannten Unterhaltsgläubiger jedenfalls dann wirksam abgetreten werden kann, wenn der Abtretungsempfänger in Höhe des vollen Werts dieses Anspruchs den Unterhalt des bedürftig gewordenen Schenkers bestritten hat und seinen Unterhalt auch weiterhin sicherstellt (BGHZ 127, 354, 357). Die Frage kann auch weiterhin dahinstehen. Denn jedenfalls ist die Pfändbarkeit des Anspruchs durch § 852 II ZPO im Sinne des § 851 I ZPO abweichend geregelt (ebenso, wenn auch kritisch gegenüber dem Umfang der gesetzlichen Zulassung der Pfändung Kollhosser, ZEV 2001, 289, 292; ferner ders. in MünchKomm BGB, 4. Aufl., § 528 Rdn. 11). Das zurückgewährte Geschenk ist nicht wegen des Unterhaltssicherungszwecks der Rückgewähr der Pfändung entzogen. Ebenso wenig haben die Ansprüche Unterhaltsberechtigter einen allgemeinen Vorrang vor anderen Verbindlichkeiten des Unterhaltspflichtigen (BGHZ 162, 234, 240). Es ist nicht einsichtig, warum der Rückgewähranspruch stärkeren Vollstreckungsschutz genießen sollte als das ursprüngliche oder zum Zwecke der Unterhaltssicherung wiedererlangte Eigentum an dem geschenkten Gegenstand (vgl. BGHZ 154, 64, 71).

Standort: Mietrecht — Problem: Unterlassungsanspruch

BGH, URTEIL VOM 10.11.2006
V ZR 46/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:
Im vorliegenden Fall geht es um die Frage der (Mit-) Benutzung von Gemeinschaftsflächen in Mietshäusern. In der Sache begehrte der Kl. von der Bekl. es zu unterlassen, Branchenbücher in dem Hausflur des Mietobjekts abzulegen. Die Bekl. gibt ein jährlich erscheinendes Branchentelefonbuch heraus. Diese Bücher passen aufgrund des Formates und des Umfangs nicht in die Briefkästen der Mieter. Daher erfolgt der Vertrieb der Bücher dadurch, dass die Bekl. die Bücher in dem Hausflur ablegt, so dass sich die Mieter selbst bedienen können. Die nicht von den Mietern in Anspruch genommenen Bücher holt die Bekl. alsbald wieder ab.

Prüfungsrelevanz:
Die hier zur Entscheidung stehende Rechtsfrage betrifft die Befugnis zur (Mit-) Benutzung von Gemeinschaftsflächen in einem Mietobjekt. Der hier angesprochene Teilaspekt kann in einer mietrechtlich gelagerten Klausur leicht als Abwandlung eingebaut werden. In der Sache war der Unterlassungsanspruch gem. § 1004 I 2 BGB zu prüfen. Demnach kann der Eigentümer von dem Störer verlangen, die Beeinträchtigung des Eigentums zu unterlassen. Eine Beeinträchtigung ist jeder dem Inhalt des Eigentums widersprechende Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers (Palandt-Bassenge, § 1004 Rn. 5). Der Kl. kann daher grds. vom Bekl. verlangen, auf dem Grundstück in Zukunft nichts mehr abzulegen. Allerdings findet der Anspruch seine Grenze in § 1004 II BGB. Der Anspruch setzt die Rechtswidrigkeit des Beeinträchtigungszustands voraus. Daher ist er ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zu Duldung verpflichtet ist. So verhält es sich nicht nur, wenn dem Dritten ein Recht zusteht, das den Anspruch des Eigentümers ausschließt, sondern in entsprechender Anwendung von § 986 I 1 BGB auch dann, wenn einem anderen ein solches Recht gegenüber dem Eigentümer zusteht und der Dritte mit dessen Einverständnis handelt. Eine Duldungspflicht kann sich aus allgemeinen Rechtfertigungsgründen ergeben wie §§ 227, 229, 904 BGB. Weiterhin kann diese aus einem Rechtsgeschäft folgen, z.B. besteht eine vertragliche Duldungspflicht aufgrund eines bestehenden dinglichen Rechts wie einer Grunddienstbarkeit gem. §§ 1018 ff. BGB sowie wenn eine Einwilligung gem. § 183 S. 1 BGB des Beeinträchtigten vorliegt. Schließlich kann sich eine Duldungspflicht aus Rechtsnormen einschließlich des Gewohnheitsrechts ergeben.

Hier hat der Kl. die fragliche Fläche an Dritte vermietet. Vermietet der Eigentümer Wohnungen oder Geschäftsräume in seinem Haus, erstreckt sich das Recht des Mieters zur Benutzung der gemieteten Räume auf das Recht zur Mitbenutzung der Gemeinschaftsflächen des Hauses (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht,

8. Aufl., § 535 BGB Rdn. 26, 287). Das Recht des Mieters zur Benutzung seiner Wohnung oder der von ihm gemieteten Geschäftsräume hindert den Vermieter, unter Berufung auf sein Eigentum den Besuchern des Mieters das Betreten seines Hauses zu verbieten, selbst wenn der Besuch von dem Mieter nicht erwartet wird (vgl. LG Münster MDR 1961, 234 f). Daher hat der Mieter das Recht zur Mitbenutzung dergestalt, die nicht in den Briefkasten passen, dadurch entgegenzunehmen, dass diese im Hausflur abgelegt werden, von wo aus die Mieter sie mitnehmen können. Das gilt auch dann, wenn die Sendungen nicht individuell adressiert und für mehrere oder alle Mieter eines Hauses bestimmt sind, solange von der Ablage keine Belästigungen, wie eine Vermüllung, und keine Gefährdungen ausgehen. Die Gefahr einer Vermüllung besteht indes hier nicht, da die Bekl. die überzähligen Branchenbücher alsbald abholen lässt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur zweckwidrigen Nutzung der Mietsache: *BGH*, RA 2002, 92 = NJW 2002, 60

❑ Zur Demontage einer aufgestellten Parabolantenne: *BGH*, RA 2004, 291 = NJW 2004, 937

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* ”Das Geschäftshaus”

❑ *Assessorkurs:* “Das Geschäftslokal”

Leitsatz:

Das Recht der Mieter von Wohn- oder Geschäftsräumen auf Mitbenutzung der Gemeinschaftsflächen eines Hauses steht dem Recht des Eigentümers entgegen, einem Dritten die Ablage für die Mieter bestimmter Sendungen auf den Gemeinschaftsflächen zu verbieten, soweit von den abgelegten Gegenständen keine Belästigung oder Gefährdung ausgeht.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Testamentsvollstrecker. Zum Nachlass gehören mit Miethäusern bebaute Grundstücke in T. und M. . Die Bekl. gibt das Branchenbuch "D. M. " heraus, in dem kostenfreie und kostenpflichtige Einträge Gewerbetreibender und die Telefonnummern von Behörden, Stadtpläne und Straßenverzeichnisse enthalten sind. Das DIN A 4 große Buch ist etwa 3,5 cm dick und kann daher in der Regel nicht in Hausbriefkästen eingeworfen werden. Die Bekl. vertreibt die jährlich erscheinende Neuauflage dadurch, dass sie die Bücher im Eingangsbereich der Häuser ablegen lässt, von wo aus die Bewohner der Häuser sie mitnehmen können. Nicht abgeholte Bücher lässt die Bekl. alsbald wieder einsammeln. Mit Schreiben seiner Hausverwaltung vom 05.12.2003 und 27.01.2004 verbot der Erblasser der Bekl. erfolglos die Ablage des Branchenbuches in seinen Häusern. Mit der Klage hat er verlangt, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, die Bücher vor oder in Hauseingängen, Fluren, Treppenhäusern und Stufen seiner Häuser abzulegen.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Der Erblasser ist während des Berufungsverfahrens verstorben. Der Kl. setzt den Rechtsstreit als Testamentsvollstrecker fort. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat sich die Bekl. in strafbewehrter Form verpflichtet, es zu unterlassen, die Bücher auf Treppenstufen, Treppenpodesten, dem unmittelbaren Zutrittsbereich zu Stufen und Podesten und vor den Hauseingangstüren der zum Nachlass gehörenden Häuser abzulegen. In diesem Umfang haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Landgericht hat die verbleibende Klage abgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils, soweit das Verfahren noch anhängig ist.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des BerGer.

Das BerGer. verneint den geltend gemachten Anspruch. Es meint, der Kl. habe die von der Bekl. praktizierte Ablage der Bücher zu dulden. Eine Gefahr gehe hiervon nicht aus. Soweit der Kl. trotzdem Unterlassung verlange, scheitere der Anspruch daran, dass die Mieter zum Mitgebrauch der Gemeinschaftsflächen der Häuser berechtigt seien und von der oder den jeweiligen Ablagestellen die Bücher mitnehmen könnten. Ihr Interesse, die Bücher zu erhalten, übersteige das Unterlassungsinteresse des Kl.. Soweit einzelne Exemplare der Bücher von den Mietern nicht mitgenommen würden, gewährleiste die Verteilungspraxis der Bekl., dass diese kurzfristig entfernt würden. Das hält der Nachprüfung stand.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Ein Anspruch des Kl. gegen die Bekl., die praktizierte Verteilung der Bücher in dem noch streitigen Umfang zu unterlassen, besteht nicht.

1. Auslegung des Klageantrags

Das BerGer. hat den von dem Kl. noch verfolgten Antrag dahin ausgelegt, dass er die Verteilung der Bücher in den zum Nachlass gehörenden Häusern generell verbieten will. Diese von dem Senat in vollem Umfang nachprüfbare Auslegung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Auslegung führt dazu, dass die Klage abzuweisen ist, weil kein konkretes Verhalten der Bekl. als minus aus dem zur Entscheidung gestellten Unterlassungsverlangen abgespalten werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 03.12.1998, I ZR 74/96, NJW 1999, 2193; v. 14. 12.1998, I ZR 141/96, WM 1999, 691, 693) und der von dem Kl. allgemein geltend gemachte Anspruch nicht besteht.

2. Kein Anspruch auf Unterlassung

Nach § 1004 I BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks zwar grundsätzlich verlangen, dass ein Dritter es unterlässt, auf dem Grundstück etwas abzulegen. Der Anspruch ist jedoch ausgeschlossen, soweit der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist, § 1004 II BGB. So verhält es sich nicht nur, wenn dem Dritten ein Recht zusteht, das den Anspruch des Eigentümers ausschließt, sondern in entsprechender Anwendung von § 986 I 1 BGB auch dann, wenn einem anderen ein solches Recht gegenüber dem Eigentümer zusteht und der Dritte mit dessen Einverständnis handelt (Senat, Urt. v. 17.09.1958, V ZR 63/58, NJW 1958, 2061, 2062; BGHZ 110, 313, 315; MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 69; Staudinger/Gursky, BGB [2006], § 1004, Rdn. 200; Medicus, SchlHAnz 1963, 269, 270). Das Einverständnis muss weder ausdrücklich erklärt sein noch muss es sich auf den konkreten Einzelfall beziehen. Zum Ausschluss des Anspruchs des Eigentümers reicht es vielmehr aus, dass das Einverständnis des gegenüber dem Eigentümer Berechtigten mit dem Handeln des Dritten allgemein gegeben ist. Daran scheitert der geltend gemachte Anspruch. Vermietet der Eigentümer Wohnungen oder Geschäftsräume in seinem Haus, erstreckt sich das Recht des Mieters zur Benutzung der gemieteten Räume auf das Recht zur Mitbenutzung der Gemeinschaftsflächen des Hauses (Bub/Treier/Krämer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Teil III 3 Rdn. 1171; Schmidt/Harsch, Kompaktkommentar Mietrecht, § 535 BGB Rdn. 75 f; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 8. Aufl., § 535 BGB Rdn. 26, 287; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdn. 179). Sind keine besonderen Vereinbarungen getroffen, umfasst es die übliche Benutzung (vgl. LG Berlin WuM 1987, 212, spielende Kinder im Hof) und deckt alle mit dem Wohnen und der Benutzung von Geschäftsräumen typischerweise verbundenen Umstände (vgl. AG München NJW-RR 1986, 1144 f, Belieferung mit einer Tageszeitung). Ein Mieter ist daher berechtigt, einen Kinderwagen oder einen Rollstuhl im Hausflur abzustellen, wenn er hierauf angewiesen ist und die Größe des Hausflurs das Abstellen zulässt (AG Hanau, WuM 1989, 360 f; LG Bielefeld WuM 1993, 37; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO, Rdn. 288). Dasselbe gilt für die Besucher und Lieferanten des Mieters. Das Recht des Mieters zur Benutzung seiner Wohnung oder der von ihm gemieteten Geschäftsräume hindert den Vermieter, unter Berufung auf sein Eigentum den Besuchern des Mieters das Betreten seines Hauses zu verbieten (vgl. LG Münster MDR 1961, 234 f), selbst wenn der Besuch von dem Mieter nicht erwartet wird. Ebenso erstreckt sich das Recht der Mieter zur Mitbenutzung darauf, Sendungen, die nicht in den Briefkasten passen, dadurch entgegenzunehmen, dass diese im Hausflur abgelegt werden, von wo aus die Mieter sie mitnehmen können. Das gilt auch dann, wenn die Sendungen nicht individuell adressiert und für mehrere oder alle Mieter eines Hauses bestimmt sind, solange von der Ablage keine Belästigungen, wie eine Vermüllung, und keine Gefährdungen ausgehen. So verhält es sich mit den von der Bekl. verteilten Branchenbüchern, soweit die Parteien noch über deren Verteilung streiten. Die Verteilung der Bücher ist von der Bekl. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts so organisiert, dass von den Mietern nicht mitgenommene Exemplare innerhalb kurzer Frist von der Bekl. wieder eingesammelt und zurückgenommen werden. Damit aber überschreitet sie nicht das Maß desjenigen, was der Kl. aufgrund der Vermietung der Wohnungen und Geschäftsräume in den zu dem Nachlass gehörenden Häusern hinzunehmen hat. Das ist auch im Hinblick auf die von der Revision hervorgehobene Gefahr einer Nachahmung nicht anders zu beurteilen. Es fehlt nämlich an konkreten Anhaltspunkten für eine solche Gefahr. Die Revision zeigt selbst nicht auf, dass es in der Vergangenheit trotz der langjährigen Verteilungspraxis der Bekl. zu Unzuträglichkeiten gekommen wäre.

III. Nebenentscheidung

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO.

Standort: Deliktsrecht Problem: Verkehrssicherungspflicht des Verkäufers

BGH, URTEIL VOM 31.10.2006
VI ZR 223/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. hielt sich Ende Juni in einem Supermarkt der Bekl. auf. Als er sich im Bereich der Getränke befand, explodierte dort eine Limonaden-Mehrwegflasche. Der Kl. erlitt erhebliche Verletzungen. Der Limonadenhersteller wurde aufgrund einer Klage des Arbeitgebers des Kl. verurteilt, den durch die Lohnfortzahlung gem. § 1 I ProdHaftG i. V. m. § 115 SGB X erlittenen Schaden zu ersetzten. Der Kl. begehrt hier Ersatz des Eigenanteils sowie Schmerzensgeld in angemessener Höhe. Die Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der zehnte Senat des BGH mit der deliktischen Haftung des Betreibers eines Supermarktes. Erneut geht es um die Frage des Bestehens und des Umfang einer Ver-

kehrssicherungspflicht (VSP.). Bereits in der vergangenen Ausgabe der RA 2006, Heft 11 wurde das Bestehen und der Umfang der VSP bei einem Reiseveranstalter problematisiert. Hier geht es um die Pflichten eines Supermarktbetreibers.

Die Bekl. war verpflichtet, in den Grenzen des technisch Möglichen und ihr wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, dass Verbraucher durch die von ihr angebotene Ware, insb durch kohlensäurehaltige Getränke, keine Gesundheitsschäden erleiden. Derjenige, der eine Gefahrenlage schafft, ist grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Dies umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann (Palandt-Sprau, § 823 Rn. 51). Also musste die Bekl. das Risiko einer Spontanexplosion von kohlensäurehaltigen Getränkeflaschen möglichst minimieren. Hier stellte sich die Frage, ob der Betreiber verpflichtet gewesen wäre, die Flaschen zu kühlen, um dadurch das Risiko der Explosion weiter zu verringern. Durch ein Sachverständigengutachten wurde ermittelt, dass durch leichte Haarrisse in den Mehrwegflachen in einigen wenigen Fällen eine Explosion geschehen kann. Dieses Risiko wird durch eine eventuelle Kühlung nur unwesentlich verringert. Vielmehr kann es auch dadurch zu einer Explosion kommen, dass ein Verbraucher eine gekühlte Flasche mit der Hand aus der Kühlung entnimmt. Also ist selbst durch eine Kühlung eine Explosion nicht zu verhindern. Aus diesem Grunde war dem Bekl. eine Kühlung nicht zumutbar. Eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ist daher nicht ersichtlich.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *BGH*, RA 2006, 674 = NJW 2006, 3268 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2006, 454 = NJW 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004, 320 = NJW 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der betrunkene Kranführer"

❑ *Assessorkurs:* "Der erschlichene LKW"

Leitsätze (der Redaktion):

Der Betreiber eines Supermarktes ist verpflichtet, in den Grenzen des technisch Möglichen und ihm wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, dass Verbraucher durch die von ihm angebotene Ware keine Gesundheitsschäden erleiden. Deshalb hat er die mit dem Vertrieb von Glasflaschen verbundene Gefahr einer spontanen Explosion nach Möglichkeit gering zu halten.

Eine durch Klimatisierung der Verkaufsräume herbeigeführte künstliche Kühlung ist aber dann unzumutbar, wenn sich dadurch das Risiko einer spontanen Explosion nur minimal verringert hätte.

Sachverhalt:

Der Kl. hielt sich am 23.06.2001 gegen 12.00 Uhr in dem von der Bekl. betriebenen Verbrauchermarkt in S. auf, um dort einzukaufen. Als er sich im Bereich der offen gelagerten Erfrischungsgetränke orientieren wollte, explodierte eine Limonadenflasche (Mehrwegflasche, sog. Brunnen - Einheitsflasche), wodurch er erheblich verletzt wurde. Der Hersteller der Limonadenflasche wurde aufgrund einer Klage des Arbeitgebers des Kl. verurteilt, dem Arbeitgeber den durch die Lohnfortzahlung entstandenen Schaden gemäß § 1 I ProdHaftG i. V. m. § 115 SGB X zu ersetzen. Mit der jetzigen Klage macht der Kl. seinen Eigenbeteiligungsbetrag sowie einen Anspruch auf Schmerzensgeld geltend. Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. ist der Bekl. keine Verkehrssicherungspflichtverletzung vorzuwerfen. Zwar sei die Bekl. beim Verkauf kohlensäurehaltiger Getränke verpflichtet gewesen, in den Grenzen des technisch Möglichen und ihr wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, dass der Verbraucher keine Gesundheitsschäden erleide. Deshalb habe sie die mit dem Vertrieb von Glasflaschen verbundene Gefahr einer spontanen Explosion nach Möglichkeit gering halten müssen. Eine durch Klimatisierung herbeigeführte künstliche Kühlung sei aber unzumutbar gewesen, weil sich dadurch bei den hier zu erörternden Temperaturen das Risiko nur minimal verringert hätte. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei das Explosionsrisiko temperaturabhängig. Neben der Temperatur seien jedoch deren Bruchfestigkeit sowie der CO_2-Gehalt des Getränks Bestimmungsfaktoren für die Wahrscheinlichkeit eines spontanen Bruchs der Flasche. Bei einer Temperatur von 15˚C entstehe ein Überdruck von 2,59 bar. Dieser steige bei 24,4˚C auf 3,75 und bei 30˚C auf 4,57 bar. Dieser Gleichgewichtsdruck werde allerdings bei CO_2-haltigen Getränken üblicherweise weder im Handel noch beim Verbraucher erreicht. Die Gleichgewichtseinstellung dauere nämlich in einer ruhig gelagerten Flasche mehrere Monate. Eine spontane Explosion bei den hier diskutierten Temperaturen setze eine Schädigung der Flasche in Form von nicht erkennbaren Mikrorissen

voraus, die sich unter dem Einfluss des sich aufbauenden Überdrucks vergrößerten und schließlich explosionsartig zur Zerstörung der Flasche führten. Trotz eines Mittelwerts der Innendruckfestigkeit von noch über 12 bar bei alten und stark verschlissenen Mineralwasserflaschen komme es immer wieder vor, dass einzelne Flaschen beim Verbraucher bzw. im Handel bei einem Überdruck von weniger als 4 bar explodierten. Die Geschwindigkeit des Risswachstums sei nicht berechenbar. Sie liege zwischen praktisch unendlich langsam und etwa 1 mm/sek. Aussagen zu dem Zeitpunkt, wann und unter welchen Bedingungen eine bestimmte vorgeschädigte Flasche explodieren werde, seien nicht möglich.

Vorliegend hätte aber eine geringere Temperatur die Explosionswahrscheinlichkeit nur geringfügig gesenkt. Selbst im Kühlschrank könne eine Flasche platzen, wenn die feinen Risse die Druckfestigkeit vermindert hätten. In Deutschland sei es unüblich, Sprudelkästen in Kühlräumen zu lagern. Weil das Risiko von Explosionen dadurch auch nicht wesentlich abgesenkt würde, sei die Bekl. nicht gehalten gewesen, das Getränk gekühlt zum Verkauf anzubieten. Dem lediglich geringen Sicherheitsgewinn hätte nämlich ein erheblicher Aufwand für eine kühle Lagerung gegenüber gestanden. Der Aufwand beziehe sich nicht nur auf den Raum, in welchem die Flaschen verkauft würden, sondern auch auf Lagerräume und den Transport, weil die Anpassung der Flaschentemperatur an die Umgebungstemperatur eine gewisse Zeit benötige. Zudem sei das Explosionsrisiko gekühlter Flaschen zu bedenken, das aus dem Temperaturunterschied von menschlicher Hand und Glasflasche herrühre. Wenn sich ein bereits fortgeschrittener Mikroriss in dem Bereich befinde, in dem das Glas durch die Hand erwärmt werde, könne nämlich allein dadurch eine Explosion hervorgerufen werden. Im vorliegenden Fall hätten die Verkaufsräume allenfalls eine Temperatur von 24,4˚C gehabt. Soweit der Kl. in seiner Stellungnahme zu der in der zweiten Instanz eingeholten Auskunft des Wetterdienstes vortrage, der einstöckige Verkaufsraum sei nicht isoliert und das Flachdach sei mit schwarzer Teerpappe bedeckt gewesen, so dass sich das Gebäude ganz erheblich aufgeheizt habe, sei sein Vortrag neu und nach § 531 II ZPO unbeachtlich. Erstinstanzlich habe der Kl. nämlich vorgetragen, Außen- und Innentemperatur seien "praktisch identisch" gewesen. Im Übrigen habe der Sachverständige bereits die räumliche Lage von S. berücksichtigt. Zu Gunsten des Kl. sei bei der angenommenen Maximaltemperatur wegen der Innenstadtlage der Verkaufsräume ein Zuschlag vorgenommen worden. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, die von der Beklagten eingeräumte Maximaltemperatur von 24,4˚C zu überschreiten.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Bestehen und Umfang einer Verkehrssicherungspflicht

Zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass die Bekl. aufgrund ihrer Verkehrssicherungspflicht nach § 823 I BGB verpflichtet war, in den Grenzen des technisch Möglichen und ihr wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, dass Verbraucher durch die von ihr angebotene Ware keine Gesundheitsschäden erleiden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der eine Gefahrenlage - gleich welcher Art - schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (vgl. Senatsurteile vom 16.05.2006 - VI ZR 189/05 - VersR 2006, 1083, 1084; vom 08.11. 2005 - VI ZR 332/04 - VersR 2006, 233, 234 und vom 15.07.2003 - VI ZR 155/02 - VersR 2003, 1319, jeweils m. w. N.). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre unrealistisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Haftungsbegründend wird eine Gefahr deshalb erst dann, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können. Auch dann reicht es jedoch anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zuzumuten sind (vgl. Senatsurteile vom 16.05.2006 - VI ZR 189/05; vom 08.11.2005 - VI ZR 332/04 - und vom 15.07.2003 - VI ZR 155/02 -, jeweils aaO m. w. N.). Dabei sind Sicherungsmaßnahmen umso eher zumutbar, je größer die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung sind (vgl. Senatsurteil vom 05.10.2004 - VI ZR 294/03 - VersR 2005, 279, 280 f.).

2. Keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht

Nach diesen Grundsätzen ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das BerGer eine Haftung der Bekl. verneint hat. Nach den vom BerGer getroffenen Feststellungen, die auf den von der Revision nicht angegriffenen Ausführungen des Sachverständigen beruhen, ist das Explosionsrisiko zwar temperaturabhängig; weitere Faktoren sind aber der CO_2-Gehalt des Getränks sowie die Bruchfestigkeit der Flasche. Eine spontane Explosion setzt eine Schädigung der Flasche in Form von nicht erkennbaren Mikrorissen voraus,

die sich unter dem Einfluss des sich aufbauenden Überdrucks vergrößern und schließlich explosionsartig zur Zerstörung der Flasche führen. Weiter hat der Sachverständige ausgeführt, die Geschwindigkeit des Risswachstums sei nicht berechenbar. Sie liege zwischen praktisch unendlich langsam und etwa 1 mm/s. Aussagen zu dem Zeitpunkt, wann und unter welchen Bedingungen eine bestimmte vorgeschädigte Flasche explodieren werde, seien nicht möglich. Selbst im Kühlschrank könne eine Flasche platzen, wenn die feinen Risse die Druckfestigkeit vermindert hätten. Eine geringere Temperatur hätte deshalb vorliegend die Explosionswahrscheinlichkeit nur geringfügig gesenkt. Andererseits hat der Sachverständige auf das Explosionsrisiko gekühlter Flaschen hingewiesen, das aus dem Temperaturunterschied von menschlicher Hand und Glasflasche herrühre. Er hat dargelegt, dass dann, wenn sich ein bereits fortgeschrittener Mikroriss in dem Bereich befinde, in dem das Glas durch die Hand erwärmt werde, alleine dadurch eine Explosion hervorgerufen werden könne. Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass die wesentliche Ursache für die Explosion im Zustand der Flasche zu sehen ist, insbesondere in den für den Einzelhändler nicht erkennbaren Haarrissen. Beim Zustand der Flasche handelt es sich aber um ein Risiko, das in den Verantwortungsbereich des Herstellers fällt, dem der Gesetzgeber die Haftung für fehlerhafte Produkte zugewiesen hat. Aufgrund der für ihn bestehenden Gefährdungshaftung haftet der Hersteller deshalb in solchen Fällen grundsätzlich nach § 1 des Produkthaftungsgesetzes, wobei im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit jetzt auch für den immateriellen Schaden eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden kann. Soweit darüber hinaus die Temperatur eine Rolle spielen kann, erscheint es nicht gerechtfertigt, entgegen der bisherigen Praxis in Verkaufsräumen bei üblichen, auch sommerlichen Temperaturen eine Verpflichtung des Einzelhändlers zur Kühlung zu statuieren. Im Hinblick auf die geringe Wahrscheinlichkeit, dass ein Verbraucher durch eine im Verkaufsraum explodierende Flasche verletzt wird, ist der dafür erforderliche Aufwand im Verhältnis zu dem bestehenden Risiko nicht zumutbar. Mit einer Kühlung könnte der Händler das Risiko nur für einen kurzen Zeitraum geringfügig verringern. Er würde aber zugleich neue Gefahren schaffen, die durch die Kühlung entstehen können, wenn der Kunde etwa die gekühlte Flasche mit einer wesentlich wärmeren Hand berührt oder sie nach dem Einkauf in ein warmes Fahrzeug verbringt und es dann wegen des erheblichen Temperaturunterschieds zur Explosion der Flasche kommt. Bei dieser Sachlage ist es unabhängig davon, ob die vom Berufungsgericht festgestellte Temperatur von 24,4˚C oder die vom Kl. behauptete Temperatur von 30˚C bestanden hat, nicht gerechtfertigt, dem Einzelhändler den für eine Kühlung erforderlichen Aufwand aufzuerlegen.

3. Nebenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

Standort: Schadensersatz — Problem: Verkehrsunfall

BGH, Urteil vom 17.10.2006

VI ZR 249/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bekl. haften dem Kl. in vollem Umfang für die Folgen eines Verkehrsunfalls. In einem Vorprozess beantragte der Kl. Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands (Wiederbeschaffungswert - Restwert). Die Höhe des Schadens wurde aufgrund eines von den Parteien nicht angegriffenen Sachverständigengutachtens ermittelt. Als die Bekl. zu 2 den Schadensersatz leistete, nahm der Kl. die Klage zurück.

Der Kl. begehrt nunmehr die Regulierung des Schadens auf Reparaturkostenbasis. Dazu legte der Kl. zwei Rechnungen von Werkstätten vor. Unter Anrechnung des bereits im Wiederbeschaffungsaufwand berücksichtigten Schadens übersteigen die ausgewiesenen Reparaturkosten den Wiederbeschaffungsaufwand um etwa 3.800,00 €. Das erstinstanzliche Gericht hatte der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. wurde die Klage abgewiesen. Der BGH hob diese Entscheidung auf und verwies die Sache an das BerGer. zurück.

Prüfungsrelevanz:

In der Entscheidung geht es um die Frage der Bindung des Geschädigten an eine einmal von ihm gewählte Art der Schadensregulierung im Falle eines Verkehrsunfalls.

Die Art und der Umfang des vom Schädigers zu leistenden Ersatzes bestimmen sich nach §§ 249 ff. BGB. Vorrangig im Rahmen des Schadensersatzes ist die Naturalrestitution. Dies bedeutet die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, wobei die hypothetische Weiterentwicklung des früheren Zustandes zu berücksichtigen ist (Palandt-Heinrichs, § 249 Rn. 2). Grds. stehen dem Geschädigten zwei Wege der Restitution zur Verfügung: Der Geschädigte kann entweder den geschädigten Gegenstand reparieren lassen oder einen anderen gleichwertigen Gegenstand erwerben. Allerdings ist der Geschädigte dabei an das sog. “Wirtschaftlichkeitspostulat” gem. § 249 II 1BGB gebunden. Demnach hat er grds. diejenige Möglichkeit der Naturalrestitution zu wählen, die den geringsten

Aufwand erfordert. Eine weitere Schranke der Naturalrestitution ergibt sich aus dem Verbot der Bereicherung des Geschädigten.

Im Falle eines durch einen Unfall geschädigten Fahrzeugs kann der Geschädigte zum Ausgleich sowohl die tatsächlich aufgewendeten als auch die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts ohne Abzug des Restwerts verlangen, wenn er das Fahrzeug tatsächlich reparieren lässt und weiter benutzt. Gleiches gilt, wenn das Fahrzeug zwar nicht repariert, wohl aber mindestens 6 Monate in noch verkehrstauglichem Zustand weiter genutzt wird. Liegt jedoch ein wirtschaftlicher Totalschaden vor, dann kann der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung nur Ersatz i.H.d. Wiederbeschaffungsaufwands verlangen. Ein wirtschaftlicher Totalschaden ist dann anzunehmen, wenn die Reparatur unwirtschaftlich ist. Das ist sie dann, wenn die Kosten der Reparatur 130 % des Fahrzeugswerts vor dem Unfall überschreiten (Palandt-Heinrichs, § 249 Rn. 23). Auch in diesem Fall stehen dem Geschädigten, der sich zu einer Reparatur entschließt und diese auch nachweislich durchführt, die konkret abgerechneten Kosten der Instandsetzung ohne Berücksichtigung des Restwerts zu. Ersatzfähig sind auch Reparaturkosten, die den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs in Grenzen (bis 30%) übersteigen, wenn sie konkret angefallen sind oder wenn der Geschädigte nachweisbar wertmäßig in einem Umfang repariert hat, der den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt, sofern die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat; andernfalls ist die Höhe des Ersatzanspruchs auf den Wiederbeschaffungsaufwand beschränkt. Auch hier lag unstreitig ein wirtschaftlicher Totalschaden vor.

Ersatzbeschaffung und Reparatur des beschädigten Fahrzeugs sind daher gleichwertige Arten der Naturalrestitution, zwischen denen der Geschädigte innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen wählen kann. Dabei handelt es sich indes nicht um eine Wahlschuld i.S.v. § 262 BGB, denn der Schädiger schuldet nicht mehrere nach Wahl zu erbringende Leistungen, sondern Wiederherstellung (§ 249 I BGB) bzw. den dazu erforderlichen Geldbetrag (§ 249 II 1 BGB). Diese gesetzlich vorgesehene Alternative stellt keine Wahlschuld, sondern eine Ersetzungsbefugnis dar. Daraus folgt nun, dass der Kl. an seine einstmals ausgeübte Wahl nicht gebunden ist.

Eine Bindung des Kl. lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass der Bekl. zu 2 Ersatz geleistet hat. Es handelte sich insoweit nur um einen Teilbetrag des entstandenen Schadens, so dass Nachforderungen des Kl. nicht ausgeschlossen sind. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Schadenshöhe ist - im Rahmen der Grenzen des Verjährungsrechts - der Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht zufließt. Eine Bindung kann zwar im Einzelfall aus eine Parteiabrede folgen, Feststellungen dazuliegen hier jedoch nicht vor.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Erstattungsfähigkeit der Umsatzsteuer gem. § 249 II 2 BGB nach wirtschaftlichem Totalschaden: *BGH*, RA 2004, 451 = NJW, 2004, 1943

❑ Abtretung von Ersatzansprüchen aus Verkehrsunfall zur Sicherung eines "Unfallersatztarifs": *BGH*, RA 2005, 56 = NJW 2005, 135; *BGH*, RA 2006, 80 = NJW 2006, 360

❑Ersatzfähigkeit des Unfallersatztarifs: *BGH*, RA 2006, 344 = NJW 2006, 1726

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das verhängnisvolle Skateboard"

❑ *Assessorkurs:* "Ärger mit den Akten"

Leitsätze:

Der durch einen Verkehrsunfall Geschädigte, der seinen Fahrzeugschaden mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers zunächst auf der Grundlage des vom Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungsaufwands abrechnet, ist an diese Art der Abrechnung nicht ohne weiteres gebunden.

Er kann - im Rahmen der rechtlichen Voraussetzungen für eine solche Schadensabrechnung und der Verjährung - die höheren Kosten einer nunmehr tatsächlich durchgeführten Reparatur des beschädigten Fahrzeugs verlangen, sofern sich nicht aufgrund der konkreten Umstände des Regulierungsgeschehens etwas Abweichendes ergibt.

Sachverhalt:

Die Bekl. haften als Halter eines Kraftfahrzeugs und dessen Haftpflichtversicherer dem Kl. in vollem Umfang für die Folgen eines Verkehrsunfalls, der sich am 01.06.2004 ereignete. Ein vorprozessual beauftragter Kraftfahrzeugsachverständiger ermittelte in seinem Gutachten vom 07.06.2004 betreffend den am Fahrzeug des Kl. eingetretenen Schaden die Reparaturkosten mit 9.549,22 € brutto, den Wiederbeschaffungswert mit 7.900,00 € brutto und den Restwert mit 3.185,00 € brutto. Dieses Gutachten ist von den Parteien nicht angegriffen worden. In einem früheren Rechtsstreit hat der Kl. die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert und dem Restwert in Höhe von 4.560,00 €, die Abschleppkosten in Höhe von 172,26 €, einen Nutzungsausfall in Höhe von 487,20 € sowie eine allgemeine Auslagenpauschale in Höhe von 25,00 € abzüglich eines von der Bekl. zu 2 gezahlten Betrages in Höhe von 2.097,83 €, insgesamt 3.146,73 € geltend gemacht. Der Kl. hat die Klage in

jenem Verfahren mit Schriftsatz vom 22.11.2004 zurückgenommen, nachdem die Bekl. zu 2 diesen Betrag gezahlt hatte.
Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kl. nunmehr die Regulierung des Schadens auf Reparaturkostenbasis und legt dazu zwei Rechnungen einer Reparaturwerkstatt vom 14.10.2004 über 1.196,69 € und vom 11.01.2005 über 7.130,88 € vor. Unter Anrechnung der Differenz aus dem Wiederbeschaffungswert und dem Restwert in Höhe von 4.560,10 € errechnet er sich einen weiteren Schaden in Höhe von 3.767,47 €. Das Amtsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie auf die Berufung der Bekl. abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. führt aus: Zwar sei mit dem Amtsgericht davon auszugehen, dass es sich bei der Frage, ob der Schaden auf der Basis der Wiederbeschaffung oder auf Reparaturkostenbasis abzurechnen sei, um keine echte Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB handele. Doch könne der Geschädigte nicht mehr Abrechnung auf Reparaturkostenbasis verlangen, wenn er sich vorher für eine Ersatzbeschaffung entschieden habe. Die Kammer gehe davon aus, dass der Geschädigte an die von ihm getroffene Wahl der gemäß § 249 I und II BGB möglichen Abrechnungsvarianten gebunden sei. Der Kl. sei deshalb daran gehindert, seinen Schaden nach durchgeführter Regulierung auf der Basis der Wiederbeschaffungskosten auf Reparaturkostenbasis abzurechnen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision
Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der mit der vorliegenden Klage vom Kl. geltend gemachte Anspruch kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden.

1. Bindung des Geschädigten an die Art der gewählten Schadensberechnung
Allerdings wird eine Bindung des Geschädigten an die (vorbehaltslos) einmal gewählte Art der Schadensabrechnung, wie sie das BerGer. für richtig hält, auch von anderen bejaht (vgl. OLG Celle, OLGR 1994, 222 = ZfS 1994, 400; Böhme/Biela, Kfz-Haftpflichtschäden, 23. Aufl., Rn. D 26, Seite 164; Huber, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 331 ff., 341; Lemcke, r+s 2002, 265, 272). Dem kann indes nicht gefolgt werden.

2. Änderung der Schadensberechnung möglich
Die Ansicht, nach Regulierung des Wiederbeschaffungsaufwandes könnten nunmehr tatsächlich aufgewendete höhere Reparaturkosten nicht mehr geltend gemacht werden, ist in der vom BerGer. angenommenen Allgemeinheit unrichtig. Eine Bindung lässt sich für den hier gegebenen Fall, dass nach der fiktiven Abrechnung auf Wiederbeschaffungsbasis das Fahrzeug alsdann doch repariert wird und nun die konkreten (höheren) Reparaturkosten geltend gemacht werden, weder aus dem Gesetz noch aus der Rechtsprechung des erkennenden Senats herleiten, auch nicht aus dem Urteil vom 23.03.1976 (BGHZ 66, 239, 246), in dem diese Frage offen gelassen wurde. Sie wird deshalb von Teilen der Rechtsprechung und Literatur abgelehnt (vgl. OLG Celle, OLGR 2006, 482; Eggert, VA 2006, 134; Elsner, DAR 2004, 130, 131; Freyberger, MDR 2002, 867, 870; Geigel/Rixecker, Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl., Kap. 3, Rn. 38; Richter in: Handbuch des Fachanwalts Verkehrsrecht, Kap. 4, Rn. 75 f.; Staudinger/Schiemann, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 226 a. E.) und zwar im Ergebnis zu Recht.

a. Art und Umfang des Schadens gem. §§ 249 ff BGB
Art und Umfang des vom Schädiger zu leistenden Ersatzes bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Das schadensersatzrechtliche Ziel der Restitution beschränkt sich nicht auf eine Wiederherstellung der beschädigten Sache; es besteht in umfassender Weise darin, einen Zustand herzustellen, der wirtschaftlich gesehen der ohne das Schadensereignis bestehenden (hypothetischen) Lage entspricht (Senatsurteil BGHZ 158, 388, 389 f.).

b. Grds. zwei Möglichkeiten der Naturalrestitution unter Beachtung der Wirtschaftlichkeit, § 249 II 1 BGB
Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. zuletzt Senatsurteile BGHZ 154, 395, 397 und 163, 180, 184, jeweils m. w. N.) stehen dem Geschädigten im Allgemeinen zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: Die Reparatur des Unfallfahrzeugs oder die Anschaffung eines "gleichwertigen" Ersatzfahrzeugs. Unter den zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten der Naturalrestitution hat der Geschädigte dabei jedoch grundsätzlich diejenige zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert. Dieses sogenannte Wirtschaftlichkeitspostulat findet gemäß § 249 II 1 BGB seinen gesetzlichen Niederschlag in dem Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit, ergibt sich aber letztlich schon aus dem Begriff des Schadens selbst. Darüber hinaus findet das Wahlrecht des Geschädigten seine Schranke an dem Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern. Denn auch wenn er vollen Ersatz verlangen kann, soll der Geschädigte an dem Schadensfall nicht "verdienen". Durch das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Bereicherungsverbot darf allerdings sein Integritätsinteresse, das aufgrund der gesetzlich gebotenen Naturalrestitution Vorrang genießt, nicht verkürzt werden. Deshalb hat der Senat entschieden, dass der

Geschädigte zum Ausgleich des durch einen Unfall verursachten Fahrzeugschadens sowohl die tatsächlich aufgewendeten als auch die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts ohne Abzug des Restwerts verlangen kann, wenn er das Fahrzeug tatsächlich reparieren lässt und weiter benutzt (Senatsurteile BGHZ 115, 364, 371 ff.; 154, 395, 400). Gleiches gilt, wenn das Fahrzeug zwar nicht repariert, wohl aber mindestens 6 Monate in noch verkehrstauglichem Zustand weiter genutzt wird (Senatsurteil vom 23.05.2006 - VI ZR 192/05 - VersR 2006, 989 f. = NZV 2006, 459 f. m. Anm. Heß).

c. Ausn.:Fall des wirtschaftlichen Totalschadens

Im Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens wie hier kann der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung nur Ersatz des Wiederbeschaffungswertes abzüglich des Restwertes verlangen; die Ersatzbeschaffung als Variante der Naturalrestitution steht unter dem Gebot der Wirtschaftlichkeit, so dass der Geschädigte bei der Schadensbehebung gemäß § 249 II 1 BGB im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage grundsätzlich den wirtschaftlichsten Weg zu wählen hat (vgl. BGHZ 115, 364, 368 f.; 115, 375, 378; 132, 373, 376; 143, 189, 193; 163, 362, 365). Auch in diesem Fall stehen dem Geschädigten, der sich zu einer Reparatur entschließt und diese auch nachweislich durchführt, die konkret abgerechneten Kosten der Instandsetzung ohne Berücksichtigung des Restwerts zu. Ersatzfähig sind auch Reparaturkosten, die den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs in Grenzen (bis 30%) übersteigen, wenn sie konkret angefallen sind oder wenn der Geschädigte nachweisbar wertmäßig in einem Umfang repariert hat, der den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt, sofern die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat; andernfalls ist die Höhe des Ersatzanspruchs auf den Wiederbeschaffungsaufwand beschränkt (vgl. Senatsurteile BGHZ 115, 364, 371 f.; 162, 161, 163 ff.; 162, 170, 173 f.).

d. Keine Bindung durch Ausübung des Wahlrechts, keine Wahlschuld i.S.v. § 262 BGB

Bei der Ersatzbeschaffung und der Reparatur des beschädigten Fahrzeugs handelt es sich mithin um gleichwertige Arten der Naturalrestitution, zwischen denen der Geschädigte innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen wählen kann. Dabei handelt es sich indes nicht um eine Wahlschuld i. S. des § 262 BGB, denn der Schädiger schuldet nicht mehrere nach Wahl zu erbringende Leistungen, sondern Wiederherstellung (§ 249 I BGB) bzw. den dazu erforderlichen Geldbetrag (§ 249 II 1 BGB). Selbst diese gesetzlich vorgesehene Alternative stellt keine Wahlschuld, sondern eine Ersetzungsbefugnis dar (vgl. Senatsurteil BGHZ 63, 182, 184; ferner BGHZ 121, 22, 26; Staudinger/Schiemann, aaO, Rn. 215, jew. m. w. N.). Verlangt der Geschädigte den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag, so kann er diesen in dem aufgezeigten Rahmen auf der Basis einer Ersatzbeschaffung oder einer Reparatur berechnen. Insoweit handelt es sich lediglich um unterschiedliche Arten der Schadensberechnung. Inwiefern der Geschädigte bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des § 249 II 1 BGB an die Wahl gebunden ist (bejahend BGHZ 121, 22, 26; differenzierend Staudinger/Schiemann, aaO, Rn. 216, jew. m. w. N.), bedarf hier keiner Entscheidung. Ob der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag auf Wiederbeschaffungs- oder auf Reparaturkostenbasis berechnet wird, betrifft lediglich die Abrechnungsmodalität. Gleiches gilt für die Frage, ob fiktiv nach den Feststellungen eines Sachverständigen oder konkret nach den tatsächlich aufgewendeten Kosten abgerechnet wird. Diese Abrechnungsarten dürfen zwar nicht miteinander vermengt werden (vgl. Senatsurteile BGHZ 162, 170, 175; vom 15.07.2003 - VI ZR 361/02 - VersR 2004, 1575, 1576 und vom 30.05.2006 - VI ZR 174/05 - VersR 2006, 1088, 1089), sind aber alternativ möglich.

d. Keine Bindung durch Zahlung des Versicherers

Eine Bindung des Kl. an die Schadensabrechnung auf Basis einer Ersatzbeschaffung kann im Streitfall nicht mit der Erwägung begründet werden, der Ersatzanspruch des Geschädigten sei mit der Zahlung des (zunächst) auf der Basis fiktiver Abrechnung geforderten Betrages erfüllt, so dass Nachforderungen ausgeschlossen seien (so Lemcke, aaO). Mit der Zahlung des Versicherers ist in der Regel nur eine Teilforderung erfüllt, wenn sich in der Folge herausstellt, dass der Schaden höher ist, als zunächst gefordert. Die ursprüngliche Forderung stellt sich dann als (verdeckte) Teilforderung dar. Selbst im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung kann die weitere Entwicklung des Schadens bis zu dem aus prozessualen Gründen letztmöglichen Beurteilungszeitpunkt berücksichtigt werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 27, 181, 187 f.; ferner BGHZ 79, 249, 258). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Schadenshöhe ist - im Rahmen der Grenzen des Verjährungsrechts - der Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht zufließt (vgl. MünchKomm-BGB/Oetker, 4. Aufl., § 249 Rn. 301; Staudinger/Schiemann, aaO, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 81). Im Streitfall war die Schadensentwicklung, ausgehend vom Vortrag des Kl., erst mit der Reparatur des Fahrzeugs und der Vorlage der Werkstattrechnungen betreffend die konkreten Reparaturkosten abgeschlossen. Mit der Zahlung der Bekl. zu 2, die zur Rücknahme der ersten Klage im November 2004 geführt hat, war der Schadensersatzanspruch des Kl. mit-

hin nicht vollständig erfüllt. Für eine vorher vom Kl. der Bekl. zu 2 gegenüber erklärte Bindung an die zunächst gewählte Abrechnungsart, welche in Einzelfällen in Betracht zu ziehen sein mag, hat der Tatrichter keine Feststellungen getroffen. Das gilt auch, soweit in der Revisionserwiderung geltend gemacht wird, die Parteien hätten sich vergleichsweise dahin geeinigt, dass der Anspruch des Kl. mit der zweiten Zahlung der Bekl. zu 2 abschließend ausgeglichen sein solle. Inwieweit im Falle einer gerichtlichen Entscheidung die Rechtskraft eine Nachforderung ausschließen kann, muss hier nicht entschieden werden, da die erste Klage zurückgenommen wurde.

e. Keine Bindung aus Gründen des Rechtsfriedens

Schließlich kann eine Bindung des Geschädigten an die zunächst gewählte fiktive Abrechnung auf Wiederbeschaffungsbasis nicht auf Gründe des Rechtsfriedens oder einer möglichst zügigen Schadensregulierung (vgl. Huber, aaO) gestützt werden. Sofern der Versicherer an einer abschließenden Schadensregulierung im Einzelfall interessiert ist, kann er auf eine Erklärung des Geschädigten hinwirken, durch die die Regulierung endgültig abgeschlossen wird. Unter Umständen kann sich dies auch aus den im Rahmen der Regulierungsverhandlungen abgegebenen Erklärungen ergeben. Eine rechtliche Grundlage, dem Geschädigten bei fortdauernder Schadensentwicklung unter den genannten Gesichtspunkten Nachforderungen generell abzuschneiden, besteht bei Fallgestaltungen der vorliegenden Art nicht.

III. Zurückverweisung an das BerGer. unter Aufhebung des Urteils

Die Sache ist unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das BerGer. zurückzuverweisen. Der Senat kann die Berufung der Bekl. nicht zurückweisen, weil der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif ist (§ 563 Abs. 1, 3 ZPO). Im Streitfall übersteigen die tatsächlich aufgewendeten Reparaturkosten (8.327,57 €) den Wiederbeschaffungswert (7.900,00 €) unterhalb von 130% (= 10.270,00 €); den Parteien muss daher Gelegenheit gegeben werden, zu den vom erkennenden Senat dargelegten Voraussetzungen der Schadensabrechnung in einem solchen Fall (BGHZ 115, 364; 154, 395; 162, 161 und 162, 170) vorzutragen. Bei der sodann erforderlichen erneuten Beurteilung des Falles werden auch eventuelle Unklarheiten der bei der Akte befindlichen Rechnungen, ihr erheblicher zeitlicher Abstand zum Unfallgeschehen und zueinander und etwaige Widersprüche zu dem vom vorgerichtlichen Sachverständigen festgestellten unstreitigen Reparaturbedarf in Betracht zu ziehen sein. Die neue Verhandlung gibt zudem Gelegenheit zu prüfen, ob entsprechend dem Vortrag der Bekl. in der Revisionserwiderung vom Abschluss eines Vergleichs ausgegangen werden kann.

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.

Strafrecht

Standort: § 24 StGB Problem: Rücktritt

BGH, URTEIL VOM 13.06.2006
4 STR 67/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte dem Verlobten seiner Ex-Freundin eine "Lektion" erteilen und ihn mit einem Paar angespitzter Essstäbchen niederstechen. Der erste Stich traf die Hand und den Unterarm des Opfers; eines der Stäbchen blieb in dessen Hand stecken. Der Angeklagte zog daraufhin jedoch nicht das zweite Paar angespitzter Essstäbchen, das er bei sich trug, sondern begnügte sich damit, auf das Opfer einzuschlagen.

Das Landgericht Essen hatte den Angeklagten insb. wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I StGB) verurteilt; einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 I StGB hatte es abgelehnt, da der Versuch entweder bereits fehlgeschlagen sei oder der Täter jedenfalls nicht freiwillig gehandelt habe. Der BGH hob das Urteil insofern jedoch auf und ging vom Vorliegen eines Rücktritts aus.

Prüfungsrelevanz:

Der Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB ist in vielen Examensaufgaben, in denen es um Rücktritt geht, einer der Schwerpunkte, da es hier zahlreiche streitige Punkte gibt und die konkreten Voraussetzungen für einen Rücktritt stark vom Einzelfall abhängig sind. Da sie gleich zwei klassische Probleme aus dem Rücktrittsbereich enthält, nämlich die Frage nach einem Rücktritt nach Erreichen der außertatbestandlichen Ziele des Täters sowie die Problematik des fehlgeschlagenen Versuchs, ist der vorliegenden Entscheidung eine erhebliche Examensrelevanz zu bescheinigen.

Zunächst erwähnt der BGH im vorliegenden Urteil die Problematik des Rücktritts nach Erreichen des außertatbestandlichen Zieles des Täters. Diese Frage stellt sich immer dann, wenn der Täter bzgl. der Tatbestandsverwirklichung mit Eventualvorsatz handelt, seine Absicht aber auf die Verwirklichung eines außertatbestandlichen Zieles gerichtet ist. Der vorliegende Fall ist ein typisches Beispiel hierfür, ein sog. "Denkzettelfall": Der Angeklagte stach das Opfer nieder, um ihm einen Denkzettel zu verpassen (das außertatbestandliche Ziel), den Tod des Opfers (das tatbestandliche Ziel) nahm er hingegen nur billigend in Kauf. In einer solchen Konstellation stellt sich die Frage, ob der Täter auch dann noch strafbefreiend zurücktreten kann, wenn er den Tatbestand zwar noch nicht verwirklicht, sein außertatbestandliches Ziel aber schon erreicht hat. In der Literatur wird in einer solchen Konstellation die Möglichkeit eines Rücktritts teilweise verneint, da nach Erreichen des "eigentlichen" (außertatbestandlichen) Zieles des Täters ein Weiterhandeln sinnlos sei und deshalb auch das für einen Rücktritt erforderliche "Aufgeben" der Tat nicht angenommen werden könne (Roxin, JZ 1993, 896; Freund, NStZ 2004, 326). Insb. die Rechtsprechung sieht jedoch auch in dieser Konstellation die Möglichkeit für einen strafbefreienden Rücktritt als gegeben an, da ein solcher stets nur das Abstandnehmen von der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes, nicht jedoch von weiter gehenden Zielen erfordere (BGHSt 39, 221; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 17b; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 9 mwN).

Des weiteren erörtert der BGH in der vorliegenden Entscheidung die Rechtsfigur des sog. "fehlgeschlagenen" Versuchs. Nach herrschender Meinung schließt das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs den Rücktritt von vorneherein aus; fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Täter glaubt, er könne die Tat gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne ein ganz neues Ansetzen nach einer zeitlichen Zäsur vollenden (BGH, NStZ 1999, 395; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN). Eine Minderheitsmeinung sieht in dem fehlgeschlagenen Versuch keine eigenständige Fallgruppe, sondern problematisiert entsprechende Konstellationen bei den Rücktrittsvoraussetzungen, meist bei der Freiwilligkeit (MK-Herzberg, § 24 Rn. 58 ff.; Haft, NStZ 1994, 536). In der vorliegenden Entscheidung folgt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung und sieht in dem Fehlschlag eine selbstständige Fallgruppe. Weiter betont er, dass es für einen Fehlschlag einzig auf die Vorstellung des Täters bzgl. der Durchführbarkeit der Tat ankommt, nicht auf die tatsächliche Sachlage. Weiter betont er, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die entsprechenden Tätervorstellungen (der sog. "Rücktrittshorizont") derjenige nach Vornahme der letzten Tathandlung ist (so auch die ganz herrschende Meinung, vgl. BGHSt 31, 175; 33, 298; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 15; Fahrenhorst, JURA 1987, 292).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Rücktritt nach Erreichen des außertatbestandli-

chen Zieles des Täters: *BGH*St 39, 221; *BGH*, NJW 1993, 2061; *Bottke* JZ 1994, 71; *Freund*, NStZ 2004, 326; *Hauf*, JuS 1995, 524; *Jung*, JuS 1994, 82; *Pahlke*, GA 1995, 72; *Roxin*, JZ 1993, 896

❑ Zu den Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs: *BGH*St 35, 90; 39, 221; *BGH*, NStZ 1999, 395; NStZ-RR 2005, 70; *Haft*, NStZ 1994, 536; *Kudlich*, JuS 1999, 242

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Schmuckhändler"

❑ *Examenskurs*: "Asylbewerber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch derjenige kann vom unbeendeten Tötungsversuch strafbefreiend zurücktreten, der von ihm möglichen weiteren Tötungshandlungen allein deshalb absieht, weil er sein außertatbestandliches Ziel bereits erreicht hat oder erreicht zu haben glaubt: Ein strafbefreiender Rücktritt ist nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Angeklagte sein Ziel, dem Tatopfer Verletzungen zuzufügen, um ihm eine "Lektion" zu erteilen, bereits erreicht hatte.

2. Für die Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt, sind die Vorstellungen des Täters zum Zeitpunkt des Scheiterns seines Versuchs, das Opfer durch Verwendung des zunächst eingesetzten Tatmittels zu töten, maßgeblich (sog. Rücktrittshorizont). Gelangt der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden, liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor, sondern ein unbeendeter Versuch, von dem er, wenn er sich freiwillig dazu entschließt, sein Opfer nur noch körperlich zu verletzen, durch bloßes Aufgeben des Tötungsvorsatzes zurücktreten kann.

Sachverhalt:

Der aus Vietnam stammende Angeklagte war davon überzeugt, er sei der leibliche Vater der im Februar 2003 geborenen Nina, deren Mutter K zum Zeitpunkt der Geburt mit einem anderen Mann verheiratet war. Dieser erhob, nachdem er von der Beziehung seiner Frau zu dem Angeklagten Kenntnis erlangt hatte, eine Vaterschaftsanfechtungsklage beim Amtsgericht Essen.

Anfang April 2005 traf der Angeklagte, der Nina besuchen wollte, in der Wohnung Ks auf deren neuen Freund R, der ihm erklärte, er werde K heiraten. Der Angeklagte könne Nina nicht immer besuchen und solle aufhören, K zu belästigen. "Um sich Genugtuung zu verschaffen", entschloss sich der Angeklagte, R "eine Lektion" zu erteilen.

Der Angeklagte, der vom Amtsgericht Essen in der Kindschaftssache auf den 2. Mai 2005 als Zeuge geladen war, ging davon aus, er werde R an diesem Tage im Gebäude des Amts- und Landgerichts Essen antreffen. Da er wusste, dass Besucher des Gerichts mit einem Metalldetektor darauf untersucht werden, ob sie metallische Gegenstände bei sich tragen, spitzte er zwei Paar Essstäbchen aus Bambus mit einem Messer an.

Am Tattag steckte der Angeklagte ein Paar dieser Essstäbchen in seine rechte Hosentasche. Damit wollte er R in den Bauch stechen, wobei er mit der Möglichkeit rechnete, dass ein solcher Stich tödlich sein könnte. Dies nahm er billigend in Kauf. Das andere Paar Essstäbchen steckte er in die linke Hosentasche. Diese Stäbchen wollte er "nur einsetzen, um sich zu wehren, falls R ihn nach der Tat seinerseits angreifen würde". In dem Gerichtsgebäude ging er auf R und K zu, die vor dem Verhandlungssaal auf einer Bank saßen. Nach einem kurzen Gespräch mit K, die sich danach entfernte, griff der Angeklagte in die rechte Hosentasche, legte sich die Essstäbchen so in der Hand zu recht, dass die Handinnenfläche als Widerlager eine optimale Kraftübertragung gewährleistete, ging auf R zu und versuchte, ihm die Stäbchen in den Bauch zu stoßen. R nahm an, der Angeklagte wolle ihm die Hand geben, und hob seine linke Hand. Eines der Stäbchen glitt von einem Knochen der linken Hand ab, drang in das Unterhautfettgewebe ein, trat nach 2,5 cm wieder aus der Hand aus und blieb im Handrücken stecken. Das andere Stäbchen wurde durch die Handbewegung abgelenkt, rutschte vom Bauch des Tatopfers ab und fiel zu Boden.

Zu dem weiteren Tatgeschehen hat das Landgericht Folgendes festgestellt:

"Die Wut des Angeklagten war noch nicht erloschen. Er versetzte dem immer noch vor ihm sitzenden R mit dem Knie einen Stoß gegen den Kopf und schlug mit den Fäusten auf ihn ein, bis ihn nach wenigen Sekunden T wegzog, der - wie zahlreiche andere Personen - wegen eines anderen Verfahrens auf dem Flur wartete und durch den Lärm auf das Geschehen aufmerksam geworden war. Die Spannung fiel von dem Angeklagten ab. Er sah, dass das Stäbchen in Rs Hand steckte; das reichte ihm als Lektion aus. Er wollte noch einmal auf R zugehen, um ihm - so seine unwiderlegte Einlassung - sein Handeln zu erklären, wurde jedoch von T zurückgehalten".

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren ver-

urteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel führt zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des Strafausspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

II. Zur fehlenden Strafbarkeit des Angeklagten wegen Mordversuchs

Soweit das Landgericht den Angeklagten der - mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB) - begangenen gefährlichen Körperverletzung schuldig gesprochen hat, weist das Urteil keinen Rechtsfehler auf. Der Beschwerdeführer erhebt insoweit auch keine Einwendungen. Dagegen kann der Schuldspruch nicht bestehen bleiben, soweit das Landgericht den Angeklagten auch wegen tateinheitlich verwirklichten versuchten Mordes verurteilt hat.

1. Zur Annahme von Tötungsvorsatz

Allerdings begegnet die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe den Stich mit den Essstäbchen gegen den Bauch des Tatopfers mit bedingtem Tötungsvorsatz geführt, entgegen der Auffassung der Revision keinen rechtlichen Bedenken. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift Bezug genommen.

2. Zur Fehlerhaftigkeit der Verneinung eines strafbefreienden Rücktritts

Die Ablehnung eines strafbefreienden Rücktritts vom versuchten Mord beanstandet die Revision jedoch zu Recht.

a. Zur Möglichkeit und den Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts

Das Landgericht meint, der Mordversuch sei, als der Zeuge T eingegriffen habe, entweder fehlgeschlagen gewesen oder der Rücktritt des Angeklagten sei auf Grund der damit geschaffenen Zwangslage nicht mehr freiwillig erfolgt. Die Einlassung des Angeklagten, er habe, weil er erkannt habe, dass R verletzt gewesen sei, davon abgesehen, mit den Stäbchen aus der linken Hosentasche ein weiteres Mal zuzustechen, obwohl er die Hände frei gehabt und R immer noch vor ihm gesessen habe, sei widerlegt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der Angeklagte die Stäbchen in seiner linken Hosentasche nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg einsetzen können, weil das Herausziehen und Zurechtlegen der Stäbchen mehrere Sekunden gedauert hätte, der Zeuge T durch die Kampfgeräusche auf das Geschehen aufmerksam geworden sei und den Angeklagten daher - allein oder mit weiteren Personen - daran gehindert hätte, die Stäbchen einzusetzen. Diese Erwägungen begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken:

Das Landgericht hat zwar nicht verkannt, dass auch derjenige vom unbeendeten Tötungsversuch strafbefreiend zurücktreten kann, der von ihm möglichen weiteren Tötungshandlungen allein deshalb absieht, weil er sein außertatbestandliches Ziel bereits erreicht hat oder erreicht zu haben glaubt (BGHSt 39, 221, 231/232), so dass hier ein strafbefreiender Rücktritt nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Angeklagte sein Ziel, dem Tatopfer, eine Stichverletzung zuzufügen, um ihm eine “Lektion” zu erteilen, bereits erreicht hatte. Entgegen der Auffassung des Landgerichts reicht es aber für Annahme eines fehlgeschlagen Versuchs auch nicht aus, dass es dem Angeklagten objektiv nicht möglich war, den Tötungsversuch unter Verwendung des anderen Stäbchenpaares fortzusetzen. Für die Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt (vgl. BGHSt 34, 53, 58; 39, 221, 228), sind vielmehr die Vorstellungen des Täters zum Zeitpunkt des Scheiterns seines Versuchs, das Opfer durch Verwendung des zunächst eingesetzten Tatmittels zu töten, maßgeblich (sog. Rücktrittshorizont, vgl. BGHSt 39, 221, 227/228). Gelangt der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden, liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor (vgl. BGHSt aaO S. 331), sondern ein unbeendeter Versuch, von dem er, wenn er sich freiwillig dazu entschließt, sein Opfer nur noch körperlich zu verletzen, durch bloßes Aufgeben des Tötungsvorsatzes zurücktreten kann (vgl. BGHSt 34, 53, 58; BGH, Beschluss vom 11. Februar 2003 - 4 StR 25/03).

Zu der danach unter Beachtung des Zweifelssatzes zu beantwortenden Frage, ob der Angeklagte, was nach den Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen eher fern liegt, den Tötungsversuch entgegen seiner Einlassung als endgültig gescheitert angesehen hatte, als er dem Opfer unmittelbar nach dem Stich mit den Stäbchen mit dem Knie einen Stoß gegen den Kopf versetzte und auf das Opfer einschlug, hat das Landgericht jedoch keine Feststellungen getroffen. Zudem ist die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte wäre gegebenenfalls von dem Zeugen T oder anderen Personen daran gehindert worden, den Tötungsversuch mit dem anderen Stäbchenpaar fortzusetzen, mit den zum weiteren Geschehensablauf getroffenen Feststellungen nicht zu vereinbaren.

Der Zeuge T ist erst durch die - von den weiteren Köperverletzungshandlungen verursachten - “Kampfgeräusche” auf das Geschehen aufmerksam geworden und hätte demgemäß auch dann, wenn der Angeklagte das Tatopfer nicht geschlagen sondern den Tötungsversuch sogleich mit den anderen Stäbchen fortgesetzt hätte, erst nach der Fortsetzung des Tötungsversuchs eingreifen können. Die Verurteilung wegen tateinheit-

lich versuchten Mordes kann deshalb keinen Bestand haben.

b. Zur Befugnis zur eigenen Sachentscheidung (§ 354 I StPO)

Nach der bestehenden Beweislage erscheint es ausgeschlossen, dass sich aufgrund neuer Hauptverhandlung weiter gehende Feststellungen treffen lassen, die mit der erforderlichen Sicherheit die Ablehnung eines freiwilligen Rücktritts vom versuchten Mord tragen könnten. Der Senat kann deshalb gemäß § 354 Abs. 1 StPO in der Sache selbst entscheiden und den Schuldspruch dahin ändern, dass die tateinheitliche Verurteilung wegen versuchten Mordes entfällt.

3. Zur Aufhebung des Strafausspruchs

Die Schuldspruchänderung hat wegen des geänderten Schuldumfanges die Aufhebung des Strafausspruchs zur Folge.

4. Zur Zurückverweisung an eine allgemeine Strafkammer (und nicht an ein Schwurgericht)

Der Senat verweist die Sache an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück, weil das Verfahren nicht mehr einen in § 74 Abs. 2 GVG bezeichneten Straftatbestand betrifft (vgl. BGH NJW 1994, 3304, 3305 m.w.N.).

Standort: §§ 26, 27, 153 StGB — Problem: Beihilfe zur Anstiftung

OLG BAMBERG, URTEIL VOM 02.05.2006
2 SS 73105 (NJW 2006, 2935)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte hatte als Verteidigerin eine Mandantin in einem Bußgeldverfahren verteidigt, in dem der Mandantin zur Last gelegt worden war, sie sei mit überhöhter Geschwindigkeit gefahren. Die Mandantin, die ein Fahrverbot oder einen Verlust der Fahrerlaubnis befürchtete, gab in dem Verfahren an, nicht sie sondern eine Freundin habe im fraglichen Zeitpunkt das Auto gefahren. Vor dem Sitzungssaal sagte dann die Angeklagte zu ihrer Mandantin: "Jetzt müssen Sie noch Ihre Freundin davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war". Später sagte die Freundin wahrheitswidrig aus, sie habe das Auto am Tattag gefahren.

Das Amtsgericht verurteilte die Angeklagte wegen Beihilfe zur Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§§ 153 I, 26, 27 StGB); auf die Berufung der Angeklagten hin sprach das Landgericht die Angeklagte frei. Diesen Freispruch hob das OLG Bamberg jedoch auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin seinerseits wieder auf.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl in prozessualer (was allerdings nur für das zweite Examen von Relevanz sein dürfte) als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht ist das vorliegende Urteil interessant und gut geeignet, mit den entsprechenden Problemen in Examensaufgaben eingearbeitet zu werden.

Zunächst einmal befasst sich das OLG Bamberg mit den Anforderungen an die Feststellungen in einem freisprechenden Urteil (s. hierzu auch das Urteil des OLG München, NJW 2006, 3364; als Urteil in Fallstruktur in diesem Heft). § 267 V 1 StPO fordert insofern, dass sich aus den Urteilsgründen ergeben muss, ob es sich um einen Freispruch aus tatsächlichen Gründen, d.h. der Freispruch erfolgte, weil die für die Annahme der Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Tatsachen nicht festgestellt werden konnten, oder ob es sich um einen Freispruch aus rechtlichen Gründen handelt, d.h. dem Täter konnte die Tatbestandsverwirklichung zwar nachgewiesen werden, aber eine Strafbarkeit scheiterte an anderen Umständen (z.B. weil der Täter gerechtfertigt war oder ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorlag).

Das Landgericht hatte die Angeklagte vom Vorwurf der Beihilfe aus rechtlichen Gründen freigesprochen, da ihr der erforderliche Vorsatz bzgl. der Haupttat fehle. Das OLG Bamberg weist darauf hin, dass in diesem Fall aus tatsächlichen Gründen hätte freigesprochen werden müssen, dass allerdings die Feststellungen des landgerichtlichen Urteils einen entsprechenden Freispruch nicht tragen würden. Bzgl. der Anforderungen an die entsprechenden Feststellungen folgt das OLG der ständigen Rechtsprechung des BGH: Die Anforderungen an die Feststellungen eines freisprechenden Urteils sind nicht geringer als bei einer Verurteilung (BGH, NStZ 2002, 446). Insbesondere sind auch die gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu erörtern und zwar so ausführlich, dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob dem Tatrichter revisible Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung unterlaufen sind, insbesondere ob er den Entscheidungsgegenstand und Sachverhalt erschöpfend gewürdigt hat (BGH, wistra 1991, 63). Da es diese Voraussetzungen in dem Urteil des Landgerichts nicht als erfüllt angesehen hat, hob das OLG das Berufungsurteil auf.

In materiell-rechtlicher Hinsicht befasst sich das OLG mit der Strafbarkeit einer Beihilfe zur Anstiftung. Während Beihilfe (§ 27 StGB) üblicherweise verstanden wird als "Fördern der Haupttat" (BGHSt 46, 107; NStZ 2004, 499; Tröndle/Fischer, § 27 Rn. 2 mwN), liegt das strafbare Verhalten des Anstifters in dem Bestimmen, dem "Hervorrufen des Tatentschlusses" (BGH, NStZ 2000, 421; Schönke/Schröder-Cra-

mer/Heine, § 26 Rn. 4 mwN). Fördert der Gehilfe nicht unmittelbar die Haupttat, sondern fördert er das Hervorrufen des Tatentschlusses des Haupttäters durch einen Anstifter, so leistet er Beihilfe zur Anstiftung. Diese Beihilfe zur Anstiftung wird jedoch, da sie mittelbar auch die Haupttat fördert, als Beihilfe zur Haupttat bestraft (BGH, NStZ 1996, 562; 2000, 422; Tröndle/Fischer, § 27 Rn. 10; a.A. (Beihilfe zur Anstiftung) Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 19). Das OLG Bamberg weitet die bisherige Rechtsprechung jedoch insofern aus als es die Möglichkeit einer Beihilfe (zur Anstiftung) auch dann noch anerkennt, wenn zwar die Anstiftungshandlung (das "Bestimmen") schon abgeschlossen, die Haupttat als solche aber noch nicht beendet ist. Dies entspricht zwar insofern der herrschenden Meinung als diese eine sukzessive Beihilfe zur Haupttat auch nach deren Vollendung bis zum Zeitpunkt der Beendigung noch für möglich hält (BGH, NStZ 2003, 33; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 17 mwN). Bei der Beihilfe zur Anstiftung dürfte jedoch zu berücksichtigen sein, dass diese die Haupttat nur mittelbar - über die Handlung des Anstifters - fördert, sodass eine Beihilfe hier ausgeschlossen sein dürfte, wenn die Handlung des Anstifters bereits abgeschlossen ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu den Anforderungen an die Urteilsfeststellungen beim Freispruch: *BGH*, wistra 1996, 70; NJW 2002, 1811; NStZ 2002, 446; NStZ-RR 2002, 338

❑ Zur Beihilfe zur Anstiftung: *BGH*, NStZ 1996, 562; 2000, 422; 2003, 141; *Dreher*, JuS 2004, 20; *Ranft*, JZ 2003, 575

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der falsche Kneipenbummel"

Leitsätze:

1. Besteht der alleinige Tatvorwurf einer psychischen Beihilfe zu einer uneidlichen Falschaussage in der Äußerung der Verteidigerin gegenüber ihrer die Tatbestreitenden Mandantin, „jetzt müssen Sie noch Ihre Freundin davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war", kann der Sinn dieser Äußerung nur im Kontext mit dem vorangegangenen Ordnungswidrigkeitenverfahren ermittelt werden.

2. Die Beihilfe zur Anstiftungshandlung setzt nicht voraus, dass der Haupttäter von der Äußerung des Gehilfen gegenüber dem Anstifter Kenntnis erhält und sich hierdurch in seinem Vorhaben bestärkt fühlt. Ausreichend ist, dass durch die Unterstützung des Anstifters unmittelbar dessen Beteiligung und damit mittelbar die Haupttat gefördert wird.

3. Auch wenn die Anstiftungshandlung bereits vollendet, die durch die Beihilfehandlung mittelbar geförderte Haupttat aber noch nicht beendet ist, kann insoweit eine Beihilfehandlung mittelbar oder unmittelbar wirksam werden.

4. Der Schuldspruch erfolgt in einem solchen Falle nicht als Beihilfe zur Anstiftung, sondern als (mittelbare) Beihilfe zur Haupttat.

Sachverhalt:

Die Angeklagte ist Rechtsanwältin. Im Oktober 2002 wurde sie von der Zeugin S mit der Verteidigung in einem gegen diese anhängigen Bußgeldverfahren vor dem AG beauftragt. Der Zeugin lag dort zur Last, am 17.07.2002 auf der A9 mit überhöhter Geschwindigkeit gefahren zu sein. S bestritt, Fahrerin des auf ihren Namen zugelassenen Pkw gewesen zu sein, da dieser auch von anderen Mitgliedern ihrer Familie benutzt werde. Ohne Wissen der Angeklagten vereinbarten S und deren Freundin M, Letztere als Fahrerin des Pkw vorzuschieben, um zu verhindern, dass S ein Fahrverbot erteilt wird. Nachdem die Angeklagte im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung zunächst versucht hatte, mit anderen prozessualen Mitteln ein günstiges Ergebnis für ihre Mandantin zu erreichen, dies aber anscheinend nicht zum Erfolg führte, gab S in der Hauptverhandlung am 27.01.2003 erstmals an, dass das Fahrzeug von ihrer Freundin M gesteuert worden sei. Nachdem die Hauptverhandlung ausgesetzt worden war (um in einem neuen Termin die Zeugin M zu vernehmen) und die Angeklagte zusammen mit S den Sitzungssaal verlassen hatte, sagte die Angeklagte auf dem Flur des AG zu S: "Jetzt müssen Sie noch Ihre Freundin davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war". In den Hauptverhandlungen am 04.04. und 11.11.2003 sagte M nach Belehrung als Zeugin aus, dass sie den Pkw zum Tatzeitpunkt gesteuert habe. Die Zeugin wurde nicht vereidigt. Sie wusste, dass ihre Aussage falsch war.

Aus den Gründen:

I. Entscheidungen der Vorinstanzen; Instanzenzug

Das AG verurteilte die Angeklagte, eine Rechtsanwältin, wegen Beihilfe zur Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung. Auf die Berufung der Angeklagten hob das LG am 04.04.2005 das Urteil auf und sprach die Angeklagte aus Rechtsgründen frei; die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung der StA wurde verworfen. Die gegen dieses Urteil gerichtete - mit der Sachrüge begründete - Revision der StA führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das LG.

II. Entscheidung des OLG

Die zulässige Revision der StA ist begründet. Das Urteil kann keinen Bestand haben, weil die Feststellungen sowie die Beweiswürdigung des LG lückenhaft

und widersprüchlich sind (§§ 267 V 1, 261, 337 StPO).

1. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

Zur Beweiswürdigung führt das LG aus:

"Die Mandatserteilung und den weiteren Gang des Verfahrens hat die Angeklagte so, wie oben dargestellt, mitgeteilt. S habe bereits selbst Einspruch eingelegt gehabt, als sie zu ihr kam. Bereits am 02.08.2002 habe sie sich im Rahmen der polizeilichen Anhörung bei der Verkehrspolizeiinspektion geäußert und angegeben, dass sie zum Zeitpunkt das Fahrzeug an eine andere Person zur Verfügung gestellt habe. Die Angeklagte habe am 07.01.2003 schriftsätzlich gegenüber dem AG Stellung genommen. Der Name der Zeugin M tauche nicht auf, da sie von ihr als Fahrerin nichts gewusst habe. Erstmals in der Hauptverhandlung vom 27.01.2003 habe sie von ihr erfahren. Richtig sei, dass sie sich mit S nach Aussetzung der Hauptverhandlung auf dem Flur des Gerichts über die neue Situation unterhalten habe. An den genauen Wortlaut könne sie sich nicht mehr erinnern. Sinngemäß habe sie zu S gesagt: Dann wird ihre Freundin halt aussagen, dass sie gefahren ist.

Die Kammer folgt den Angaben der Angeklagten. Bezüglich des Wortlauts ihrer Äußerung wird sie aber durch die Aussage des Polizeibeamten Q widerlegt. Dieser war als Zeuge in einer anderen Sache geladen und wartete auf seine Vernehmung auf dem Flur des AG vor dem Sitzungssaal, als das Gespräch zwischen der Angeklagten und S in einer Entfernung von circa 2-3 m von ihm stattfand. Er hörte hierbei, dass die Angeklagte sagte: 'Jetzt müssen Sie Ihre Freundin noch davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war.'

Zu Gunsten der Angeklagten ist davon auszugehen, dass die Absprache, nicht S sondern M habe das Fahrzeug gesteuert, ohne ihre Beteiligung und Wissen getroffen wurde. Dies haben die Zeuginnen S und M so angegeben. Beide kennen sich von einem gemeinsamen Kuraufenthalt und sind befreundet. Da S auf den Führerschein angewiesen ist, um ihre Arbeit nicht zu verlieren, M aber keinen Führerschein benötigt, habe man sich auf diese Aussage geeinigt. Beide gaben an nun zu wissen, insofern einen Fehler gemacht zu haben. Beide gaben aber auch an, dass die Angeklagte von dieser Absprache nichts gewusst habe. Dies ist auch nicht außer jeder Wahrscheinlichkeit. Denn dass ein Mandant seiner Verteidigerin nicht die ganze Wahrheit erzählt, kommt vor. Die Zeugin M hat weiter angegeben, dass sie von der angeblichen Äußerung nichts gewusst habe."

Auf Grund dieser Feststellungen verneinte das LG eine "versuchte Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage", da die Zeuginnen schon zur Tat entschlossen gewesen seien, ebenso eine "Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage", da nicht habe bewiesen werden können, dass die Haupttäterin M von der fraglichen Äußerung Kenntnis gehabt habe und hierdurch deren Tat gefördert worden sei, und sprach daher aus "rechtlichen Gründen" frei.

2. Zur Fehlerhaftigkeit des Freispruchs aus rechtlichen Gründen

Diese Erwägungen sind rechtsfehlerhaft. Da das LG zu Gunsten der Angeklagten davon ausging, dass diese keine Kenntnis von der Verabredung der Zeuginnen S und M hinsichtlich der Fahrereigenschaft hatte, hätte es die Angeklagte konsequenterweise aus tatsächlichen Gründen freisprechen müssen. Mangels Kenntnis von der Haupttat ist eine Beteiligung hieran, egal in welcher Form, bereits aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen.

3. Zum Fehlen der Voraussetzungen für einen Freispruch aus tatsächlichen Gründen

Die Feststellungen des LG tragen jedoch auch nicht einen Freispruch aus tatsächlichen Gründen. Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss der Tatrichter zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen - zusätzlichen - Feststellungen nicht getroffen werden können (st. Rspr.: BGH, BGHR StPO § 267 V Freispruch 2, 5, 7, 10). Dies hat so vollständig und genau zu geschehen, dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind, insbesondere ob der den Entscheidungsgegenstand bildende Sachverhalt erschöpfend gewürdigt wurde und warum das festgestellte Verhalten nicht strafbar ist. Auch die gegen den Angeklagten sprechenden Umstände müssen erörtert werden (BGH, BGHR StPO § 267 V Freispruch 2, 5, 7, 10; NStZ-RR 2002, 338).

Das LG hält die inkriminierte Äußerung der Angeklagten "Jetzt müssen Sie noch Ihre Freundin davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war." für erwiesen, lässt jedoch offen, wie diese zu würdigen ist, und setzt sich nicht mit der Diskrepanz zu der Einlassung der Angeklagten, der es im Übrigen folgt, auseinander. Da in diesem Satz der alleinige Tatvorwurf besteht, kann der Sinn dieser Äußerung nur im Kontext mit dem vorangegangenen Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die Zeugin S ermittelt werden. Bereits isoliert betrachtet deutet die Formulierung "... müssen Sie ihre Freundin nur noch überzeugen" darauf hin, dass die Angeklagte zumindest an der Einlassung der Zeugin S, Fahrerin sei die Zeugin M, zweifelte, jedenfalls über Hintergrundwissen verfügte. Insbesondere erscheint die Äußerung - entgegen der abschließenden Bewertung des LG - plausibel in Verbindung mit der Feststellung des Berufungsgerichts, wonach die Zeugin S bis zur Hauptverhandlung am 27.01.2003 ihre Fahrereigenschaft mit der Einlassung in Abrede stellte, der verfah-

rensgegenständliche Pkw sei "auch von anderen Mitgliedern ihrer Familie" benutzt worden. Die Zeugin M gehört nach den bisherigen Feststellungen zu diesem Kreis der alternativ in Betracht kommenden Fahrzeugführerinnen nicht. Danach wäre die nächstliegende Interpretation der Äußerung der Angeklagten die in der Anklage vertretene, nämlich, dass die Zeugin M erst ab dem Hauptverhandlungstermin 27.01.2003 auf Betreiben der S, aber auch der Angeklagten in die Verteidigungsstrategie eingebunden wurde und folglich - entsprechend der inkriminierten Äußerung der Angeklagten - erst durch die damalige Betroffene S bis zum neuen Hauptverhandlungstermin "noch davon überzeugt" werden musste.

Da der Inhalt und Ablauf dieses Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen die Zeugin S den Hintergrund der fraglichen Äußerung bildet, hätte es der konkreten Darlegung der bisherigen Verteidigungsstrategie im vorangegangenen Verfahren bedurft. Der Sachverhalt des Vorprozesses ist aber nur ansatzweise und teilweise verallgemeinernd wiedergegeben. Soweit ausgeführt wird "Nachdem die Angeklagte im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung zunächst versucht hatte, mit anderen prozessualen Mitteln ein günstiges Ergebnis für ihre Mandantin zu erreichen, dies aber anscheinend nicht zum Erfolg führte..." bleibt offen, welche konkrete Verteidigungsstrategie zunächst verfolgt wurde. Dass die Einlassung eines Betroffen, ein Dritter sei gefahren, nur dann den Bußgeldrichter zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts und letztlich zur Berücksichtigung dieses Vorbringens drängen muss, wenn dieser Dritte auch tatsächlich benannt wird, dürfte der Angeklagten als Rechtsanwältin und Verteidigerin jedenfalls bekannt gewesen sein.

Der Verlauf des gesamten Ordnungswidrigkeitenverfahrens hat schließlich auch Einfluss auf die Beweiswürdigung der Aussagen der Zeuginnen S und M, die Angeklagte habe von ihrer Verabredung keine Kenntnis gehabt. Schon die bisherigen Feststellungen des LG hierzu sprechen eher gegen die Bewertung dieser Aussagen durch das Berufungsgericht. Insoweit sind jedenfalls sowohl die Feststellungen als auch die Beweiswürdigung des LG lückenhaft. Hierin liegt auch eine rechtsfehlerhafte Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo", da sich das Gericht für eine mit den getroffenen Feststellungen zumindest teilweise in Widerspruch stehende Beweiswürdigung entschieden hat, ohne sich mit anderen nach Maßgabe der festgestellten Anknüpfungstatsachen in Betracht kommenden, eher näher liegenden Tatvarianten auseinanderzusetzen (BGH, NStZ 2002, 48 [49]; Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl., § 261 Rdnr. 39).

Auf diesem Rechtsfehler beruhen auch das Urteil und die getroffenen Feststellungen (§ 337 StPO). Das Urteil war daher mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere StrK des LG zurückzuverweisen (§§ 349 V, 3531 u.11, 354 111 StPO).

II. Hinweise des OLG für die neue Verhandlung

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Zur Möglichkeit einer Beihilfe zur Anstiftung

Eine Beihilfe zur Anstiftung zu einer Straftat ist grundsätzlich möglich. Die Beihilfe kann sich dem Anstifter gegenüber durch Einwirkung, Bestärkung seines Vorsatzes, Gewährung der Mittel zur Anstiftung oder durch Mitwirkung bei der Werbung des Täters äußern; jede Unterstützung des Anstifters in seiner Anstiftungshandlung vom ersten Stadium der Entschließung bis zu dem letzten der Bestimmung des Angestifteten zur Straftat erscheint begrifflich als Beihilfe der Anstiftung (RGSt 14, 318 [319]). Dies wird auch in ständigen Rechtsprechung des BGH vertreten (BGH, MDR 1953, 400; NStZ 1996, 562 = BGHR StGB § 27 Hilfeleisten 16; NStZ 2000, 421 [422]; BGHSt 48, 77 = NJW 2003, 522 [523] = NStZ 2003, 141), wobei es maßgeblich auf die Willensrichtung des Angeklagten ankommt. Gehilfe des Anstifters ist derjenige, der seinen Willen dem Willen des anderen in einer Weise unterwirft, dass er ihm anheim stellt, ob es zur Anstiftung kommen soll oder nicht (BGH, NStZ 2000, 421 [422]).

2. Zu den Voraussetzungen einer Beihilfe zur Anstiftung

Die Beihilfe zur Anstiftungshandlung setzt nicht voraus, dass die Haupttäterin von der Äußerung der Angeklagten gegenüber der Zeugin S Kenntnis erhielt und sich in ihrem Vorhaben bestärkt fühlte. Ausreichend ist, dass die Unterstützung des Anstifters unmittelbar dessen Beteiligung fördert, wodurch mittelbar die Haupttat gefördert wird (BGH, NStZ1996, 562 = BGHR StGB § 27 Hilfeleisten 16). Im Hinblick darauf hat der Umstand, dass die Angeklagte die Vernehmung der Zeugin M nicht beantragt hat, keine entscheidende Bedeutung, wie das LG rechtsirrig annahm. Wenn dies der Fall gewesen wäre, wäre hierin - die Kenntnis von der Unwahrheit der Aussage vorausgesetzt - nur eine weitere Beihilfehandlung zu sehen (Tröndle,/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 153 Rdnr. 15; § 258 Rdnr. 11).

3. Zur Beihilfe bei bereits vorgenommener Anstiftungshandlung

Einer Bestrafung wegen Beihilfe stünde auch nicht entgegen, dass - wie es das LG im Rahmen der Prüfung einer versuchten Anstiftung zur Falschaussage angenommen hatte - die Zeugin S die Zeugin M bereits angestiftet hatte. Beihilfe ist erst nach Beendigung der Haupttat ausgeschlossen. Nach den bisherigen Feststellungen war zwar die Anstiftungshandlung

bereits vollendet, die durch die Beihilfehandlung mittelbar geförderte Haupttat aber noch nicht beendet (Tröndle/Fischer, § 27 Rdnr. 4), so dass insoweit noch eine Beihilfehandlung mittelbar oder unmittelbar wirksam werden konnte.

4. Beihilfe zur Anstiftung als Beihilfe zur Haupttat
Der Schuldspruch erfolgt allerdings in einem solchen Falle nicht als Beihilfe zur Anstiftung, sondern als (mittelbare) Beihilfe zur Haupttat (RGSt 59, 396 [397]; BGH, NStZ 1996, 562 = BGHR StGB § 27 Hilfeleisten 16; NStZ 2000, 421 [422]; ebenso die überwiegende Lit.: TröndlelFischer, § 27 Rdnr. 10; Hoyer, in: SK-StGB, § 27 Rdnr. 37 a. A. Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 27 Rdnr. 18).

Standort: § 253 StGB — Problem: Vermögensschaden

BGH, URTEIL VOM 17.08.2006
3 STR 279/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der vermögenslose Angeklagte hatte sich mit einem Taxi von Viersen nach Duisburg fahren lassen. Als der Taxifahrer am Ziel die Bezahlung des Fahrpreises verlangte, zog der Angeklagte einen Gegenstand, der wie eine Pistole aussah, und bedrohte den Taxifahrer damit, sodass dieser ihn laufen ließ, ohne den Fahrpreis zu erlangen.

Das Landgericht Duisburg hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen schwerer räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b) StGB) verurteilt; der BGH hob diese Verurteilung auf die Revision des Angeklagten hin auf, da es an dem für eine Erpressung erforderlichen Vermögensnachteil fehle, denn der Taxifahrer habe seine Forderung gegen den Angeklagten sowieso nicht durchsetzen können.

Prüfungsrelevanz:

Die Erpressung (§ 253 I StGB) ist ein in Examensaufgaben sehr beliebter Tatbestand, und das nicht nur wegen des klassischen Problems der Abgrenzung zwischen § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB (vgl. Joecks, § 255 Rn. 4). Auch das Vorliegen eines Vermögensnachteils - wie im vorliegenden Fall - ist hier häufig zu diskutieren. Die Problematik des vorliegenden Urteils lässt sich wegen der Parallelität der Begriffe des Vermögensnachteils i.S.v. § 253 I StGB und des Vermögensschadens i.S.v. § 263 I StGB auch sehr gut in Betrugskonstellationen einbauen.

Eine (räuberische) Erpressung setzt stets voraus, dass der Täter dem Vermögen den Opfers "Nachteil zufügt". Der Begriff des Vermögensnachteils i.S.v. § 253 I StGB entspricht demjenigen des Vermögensschadens i.S.v. § 263 I StGB (BGH, NStZ-RR 1998, 233; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 13); ein solcher ergibt sich aus der (durch ein Gesamtsaldierung aller Vermögenspositionen zu ermittelnden) negativen Bilanz des Opfervermögens vor und nach der Tat, d.h. das Opfer muss nach der Tat weniger Vermögen haben als davor (BGH, NStZ 1997, 32; NJW 2004, 2603; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 99). Insofern ist bei § 253 I StGB - ebenso wie bei § 263 I StGB - anerkannt, dass auch eine konkrete ("schadensgleiche") Vermögensgefährdung für einen solchen Vermögensnachteil ausreichend sein kann (BGH, NStZ-RR 2004, 333; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 16). Zwingt der Täter das Opfer im Rahmen einer Erpressung dazu, es zu unterlassen, eine gegen den Täter bestehende Forderung geltend zu machen, so liegt hierin zumindest dann eine konkrete Vermögensgefährdung (und damit ein Vermögensnachteil) wenn das Opfer die Personalien des Täters nicht kennt, da es dann seinen Anspruch nicht wird geltend machen können (OLG Stuttgart, NJW 1969, 1975; Schönke/Schröder-Eser/Cramer/Perron, § 253 Rn. 9, § 263 Rn. 144). Ein Vermögennachteil durch Nichtgeltendmachung eines Anspruchs setzt jedoch voraus, dass dieser Anspruch im Tatzeitpunkt hätte realisiert werden können; ein Anspruch, der nicht durchgesetzt werden kann, ist sowieso wertlos, so dass das Vermögen des Gläubigers diesbezüglich nicht noch weiter gemindert werden kann (OLG Köln, NJW 1967, 836; OLG Celle, NJW 1974, 615; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 144). Aus diesem Grunde lehnt der BGH einen Vermögensnachteil des Taxifahrers im vorliegenden Fall ab: Da der Taxifahrer seinen Zahlungsanspruch gegen den Angeklagten wegen dessen Vermögenslosigkeit sowieso nicht habe durchsetzen können, sei ihm auch durch die abgepresste Fluchtmöglichkeit kein weiterer Vermögensnachteil entstanden. In Betracht käme deshalb durch die Drohung nur eine Strafbarkeit wegen Nötigung (§ 240 I StGB), nicht aber wegen (räuberischer) Erpressung.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vermögensnachteil i.S.v. § 253 StGB: *BGH*, NStZ 2002, 33; 2003, 151; NStZ-RR 2004, 333; *Kindhauser/Wallau*, NStZ 2003, 152; *Kühl*, NStZ 2004, 387

❑ Zum Vermögensschaden durch Zwang zum Verzicht auf die Geltendmachung von Forderungen: BGH, StV 1994, 186; NStZ 2005, 160; OLG Celle, NJW 1974, 615; OLG Stuttgart, NJW 1969, 1975

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: "Die Taxifahrt"

❑ *Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Erpressung kann auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung oder Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten, sei es durch Unterlassen geeigneter Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung, sei es dadurch, dass es duldet, dass sich der Täter entfernt, ohne seine Personalien anzugeben.

2. Ein Vermögensschaden im Sinne von § 253 I StGB tritt im Falle des Verzichts des OPfers auf die Geltendmachung einer Forderung aber nur ein, wenn die Forderung werthaltig ist. Wer auf die Geltendmachung einer wertlosen, weil gänzlich uneinbringlichen Forderung verzichtet, erleidet dadurch keinen Vermögensschaden.

Sachverhalt:

Der heroinabhängige Angeklagte, der seit etwa 10 Jahren arbeitslos war und von staatlicher Unterstützung lebte, bestellte ein Taxi, nachdem er auf der Rückfahrt von Holland den Zug verlassen musste, weil er keine Fahrkarte vorweisen konnte. Er ließ sich, obwohl er nicht zahlen konnte, zu dem von dem Taxifahrer angegebenen Preis (60 bis 65 € bei einem Rabatt von 10 %) von Viersen nach Duisburg fahren. Als der Fahrer am Ende der Fahrt den Fahrpreis kassieren wollte, sagte ihm der Angeklagte, dass er kein Geld habe. Auf die Ankündigung des Fahrers, er werde die Polizei rufen, holte der Angeklagte einen wie eine Pistole aussehenden Gegenstand hervor und richtete ihn "auf den Taxifahrer, um diesen dazu zu bringen, dass er den Fahrpreis nicht weiter verlange". Aufgrund der Bedrohung mit der Scheinwaffe forderte der Taxifahrer, der die Drohung ernst nahm und nicht einschätzen konnte, ob es sich um eine scharfe Waffe handelte, den Fahrpreis nicht weiter ein und ließ den Angeklagten das Taxi verlassen.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung und Diebstahls in vier Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Die Revision des Angeklagten, mit der er allgemein die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

Die Verurteilung des Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255, § 249 Abs. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB (Fall II. 1. der Urteilsgründe) hält sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht Stand. [...]

Die Feststellungen tragen die Verurteilung wegen schwerer räuberischer Erpressung nicht.

Allerdings kann eine Erpressung auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung oder Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten, sei es durch Unterlassen geeigneter Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung, sei es dadurch, dass es (wie hier) duldet, dass sich der Täter entfernt, ohne seine Personalien anzugeben. Der von dem Tatbestand vorausgesetzte Vermögensschaden tritt in diesen Fällen aber nur ein, wenn die Forderung werthaltig ist. Wer auf die Geltendmachung einer wertlosen, weil gänzlich uneinbringlichen Forderung verzichtet, erleidet dadurch keinen Vermögensschaden. So liegen die Dinge hier. Das Vermögen des Taxifahrers ist bereits dadurch geschädigt worden, dass er den Angeklagten, obwohl dieser nicht zahlen konnte, abgeholt und von Viersen nach Duisburg gefahren hat. Nach den zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten getroffenen Feststellungen spricht nichts dafür, dass nachträgliche Bemühungen des Fahrers, den Fahrpreis - etwa auch gerichtlich - geltend zu machen, irgendeine Aussicht auf Erfolg gehabt hätten. Unter diesen Umständen hat der Angeklagte durch den Einsatz des Nötigungsmittels dem Vermögen des Fahrers keinen Nachteil im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB - auch nicht im Sinne einer Vertiefung des eingetretenen Schadens - zugefügt.

Allerdings ergeben die Feststellungen des Landgerichts, dass der Angeklagte sich des Betrugs (§ 263 StGB) - durch die aufgrund Täuschung über die Zahlungsfähigkeit erlangte Transportleistung - und der Nötigung (§ 240 StGB) - durch den aufgezwungenen "Verzicht" auf die Personalienfeststellung - schuldig gemacht hat.

Da in einer neuerlichen Hauptverhandlung zu diesem Fall weitergehende als die aus dem Urteil ersichtlichen Feststellungen nicht zu erwarten sind, insbesondere keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der neue Tatrichter feststellen könnte, dass die Fahrpreisforderung des Taxifahrer doch werthaltig war, hat der Senat in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO den Schuldspruch geändert. § 265 steht dem hier nicht entgegen, weil ausgeschlossen ist, dass sich der Angeklagte nach einem entsprechenden Hinweis anders als geschehen verteidigt hätte.

Die Berichtigung des Schuldspruchs im Fall II. 1. der Urteilsgründe zieht die Aufhebung der zugehörigen Einzelstrafe von drei Jahren und sechs Monaten sowie des Ausspruches über die Gesamtstrafe nach sich.

Der neue Tatrichter wird bei der Bemessung der Einzelstrafe für die Nötigung auch Gelegenheit zu der Prüfung haben, ob ein (unbenannter) besonders schwerer Fall des Delikts gemäß § 240 Abs. 4 Satz 1 StGB gegeben ist.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Verfassungsrecht Problem: Auslegung; Rückwirkung

HVERFGH, URTEIL VOM 31.03.2006
HVERFG 02/05 (DVBL 2006, 1590)

Problemdarstellung:

I. Der Hamburgische Verfassungsgerichtshof hatte sich zum einen mit der Frage zu beschäftigen, ob das in einem Gesetz geregelte Verbot, Volksentscheide am Tag einer allgemeinen Wahl stattfinden zu lassen, gegen die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg verstieß. Der Senat bejaht dies i.E., wobei er die Auslegungsmethoden nach Friedrich Carl von Savigny (Wortlaut, Systematik, Teleologie und Historie) so vorbildlich anwendet, wie es in einem Lehrbuch nicht besser hätte dargestellt werden können. Zwei Dinge erscheinen in diesem Zusammenhang besonders erwähnenswert:

1. Auch wenn in der Verfassung geregelt ist, dass "das Nähere durch ein Gesetz geregelt" werden könne, bedeutet dies nicht, dass der betreffende Verfassungsgrundsatz per Gesetz ausgehebelt werden kann. Um es mit den Worten des HVerfGH zu sagen: "Das Nähere, welches geregelt werden kann, darf nicht das Nahe, nämlich den Text der Verfassung verändern."

2. Die historische Auslegung führt im Verhältnis zu den anderen Auslegungsmethoden ein Schattendasein. Sie ist mit Vorsicht zu genießen, da historische Motive für gegenwärtige Verhältnisse und ein aktuelles Verständnis generalklauselartiger Rechtsbegriffe nur noch von geringem Wert sind. Man denke etwa daran, dass das BVerfG noch 1957 Homosexualität als "eindeutigen Verstoß gegen das Sittengesetz" i.S.d. Art. 2 I GG bezeichnet hat (BVerfGE 6, 389, 434). Mag sich der historische Verfassungsgeber auch eine solche Vorstellung gebildet haben, wäre sie doch heute nicht mehr zeitgemäß und daher nicht entscheidungsrelevant. Der HVerfGH zieht die historische Auslegung daher in Übereinstimmung mit dem BVerfG lediglich zur Überprüfung eines bereits nach den anderen Auslegungsmethoden gefundenen Ergebnisses heran.

II. Zum zweiten ging es um die Frage, ob die Verpflichtung von Volksinitiativen, für von ihnen gesammelte Unterschriften ein einheitliches Formular zu verwenden, nicht insoweit gegen das Rückwirkungsverbot verstößt, als es auch Volksinitiativen trifft, die bereits auf freien Listen Unterschriften gesammelt haben. Der HVerfGH differenziert insoweit klassisch zwischen "echter" und "unechter" Rückwirkung (vgl. dazu die Ausführungen in der Falllösung unter B.II.). Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass das Gericht zwar eine grundsätzlich zulässige "unechte" Rückwirkung annimmt, trotzdem aber zu deren (teilweiser) Verfassungswidrigkeit kommt, weil ausnahmsweise der Vertrauensschutz bereits laufender Volksinitiativen jedenfalls dann vorrangig sei, wenn sie sich mangels Kenntnis von der geplanten Änderung nicht auf die neuen Formulare hätten einstellen können.

Prüfungsrelevanz:

Dass eine Bestimmung, wonach das Nähere durch Gesetz geregelt werden kann, nicht zur Abschaffung des in der Verfassung geregelten Grundsatzes im einfachen Recht missbraucht werden darf, sollte man sich gut merken, denn entsprechende Formulierungen finden sich auch im Grundgesetz an zahllosen Stellen (vgl. nur Art. 21 III GG; 38 III GG, 41 III GG u.v.m.). Es wäre also z.B. wegen eines Verstoßes gegen Art. 21 I 1, 2 GG verfassungswidrig, wenn eine Partei im Parteiengesetz gezwungen würde, bestimmte Mitglieder aufzunehmen, denn freie Gründung und Fähigkeit zur einheitlichen Willensbildung setzen Gegnerfreiheit voraus (vgl. daher § 10 I PartG). Daran änderte auch Art. 21 III GG nichts. Solche (fiktiven oder tatsächlichen) Regelungen könnten etwa im Rahmen eines Organstreitverfahrens oder einer Normenkontrolle vor dem BVerfG in Examensaufgaben eingebaut werden.

Die Verfassungen der anderen 15 Länder enthalten übrigens auch kein Verbot, Wahlen und Volksinitiativen am selben Tag abzuhalten; viele lassen dies aber auch nicht ausdrücklich zu. Auf kommunaler Ebene gibt es hingegen Regelungen, wonach Bürgerentscheide nicht am Wahltag stattfinden dürfen (vgl. z.B. § 22b VIII NGO). Für die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung kommt es natürlich darauf an, ob die jeweilige Landesverfassung hierzu Vorgaben enthält.

Dass darüber hinaus die Auslegungsmethoden und das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitbare Rückwirkungsverbot im Examen beherrscht werden müssen, bedarf an dieser Stelle keiner Vertiefung.

Vertiefungshinweise:

❑ "Echte" und "unechte" Rückwirkung: *BVerfGE* 72,

200, 242; *BVerwGE* 110, 265, 269; RA 2002, 253 = BayVBl 2002, 282; *BayVGH*, BayVBl 1985, 720, 721; *Fiedler*, NJW 1988, 1624

❑ Zu den juristischen Auslegungsmethoden: *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74

❑ Zulässigkeit von Bürgerbegehren: *OVG NRW*, RA 2004, 625 = NWVBl 2004, 346

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Wechselstrominitiative"

❑ *Examenskurs* : "Lottokönig"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg verbrieft, dass ein Volksentscheid auch an einem allgemeinen Wahltag stattfinden kann.

2. Ein Gesetz, das dieser Regelung zuwider läuft, ist verfassungswidrig.

3. Die Einführung eines von jedem Unterzeichner zu verwendenden, einheitlichen Formulars verstößt insoweit gegen das Rückwirkungsverbot, als es auch für solche Volksinitiativen gilt, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Regelung bereits zustande gekommen waren und von der beabsichtigten Regelung keine Kenntnis haben konnten; im Übrigen ist die Regelung verfassungsgemäß.

Sachverhalt:

In der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg ist neben Wahlen auch vorgesehen, dass das Volk seinen Willen durch Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid bekunden kann. Ein solches Volksbegehren ist aber nur zulässig, wenn es von einer bestimmten Anzahl von Bürgern unterstützt wird (Quorum). Das Nähere bestimmt ein Gesetz (VVVG), das im Laufe der Zeit mehrfach geändert worden ist.

Im fünften Änderungsgesetz (ÄVVVG) ist u.a. geregelt, dass nunmehr an Tagen, an denen eine allgemeine Wahl stattfindet, kein Volksentscheid mehr stattfinden darf (§ 1 Nr. 12 ÄVVVG). Darüber hinaus werden die Listen, in die sich die Unterstützer einer Volksinitiative bisher eintragen konnten, durch spezielle Formulare ersetzt, wobei der Hauptunterschied zur früher geltenden Regelung darin besteht, dass für jeden Unterzeichner ein eigenes Formular zu verwenden ist (§ 1 Nr. 7 ÄVVVG). Beide Regelungen treten mit Verkündung des Änderungsgesetzes am 18. Mai 2005 in Kraft.

X, der selbst einer laufenden Volksinitiative vorsteht, meint, diese Regelungen verstießen gegen die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg. Zum einen sei dort das Recht, an einem Wahltag einen Volksentscheid abzuhalten, verbrieft. Zum anderen sei das mit der Notwendigkeit, für jeden Unterzeichner ein eigenes Formular verwenden zu müssen, einhergehende Verbot der freien Unterschriftensammlung jedenfalls für bereits bestehende Volksinitiativen unzumutbar, da die bisher auf Listen gesammelten Unterschriften dann allesamt wertlos seien.

Die Freie und Hansestadt Hamburg meint hingegen, das ÄVVVG sei verfassungsgemäß. Würde der Volksentscheid mit einem Wahltag zusammen fallen, ergäben sich organisatorische Schwierigkeiten; zudem könne der Wähler möglicherweise verwirrt werden. Auch sei es für ein solches Volksbegehren viel leichter, auf das nötige Quorum zu kommen. Die Verwendung von Formularen diene der Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit. Außerdem sei seit langem bekannt gewesen, dass eine solche Änderung geplant sei; laufende Volksinitiativen hätten daher bereits im Vorfeld entsprechend disponieren können und müssen, so dass es auch keiner Übergangsregelung bedurft habe.

Verstoßen die genannten Regelungen gegen die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg?

[Anm.: Auszug aus der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg:

Art. 3 HV:
(1) Die Freie und Hansestadt Hamburg ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat.

Art. 50 HV:
(5) Während eines Zeitraumes von drei Monaten vor dem Tag einer allgemeinen Wahl in Hamburg finden keine Volksbegehren und Volksentscheide statt.
(7) Das Gesetz bestimmt das Nähere. Es kann auch Zeiträume bestimmen, in denen die Fristen nach Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 wegen sitzungsfreier Zeiten der Bürgerschaft oder eines von der Bürgerschaft auf Vorschlag der Volksinitiatoren gefassten Beschlusses nicht laufen.]

Lösung:

Hinsichtlich des von X gerügten Verfassungsverstoßes ist zwischen dem Verbot, Volksentscheide an allgemeinen Wahltagen durchzuführen einerseits und der Verpflichtung zur Verwendung einzelner Standardformulare für alle Unterzeichner eines Volksbegehrens andererseits zu differenzieren.

A. Volksentscheide an Wahltagen

Das in § 1 Nr. 12 ÄVVVG normierte Verbot, Volksentscheide an allgemeinen Wahltagen durchzuführen, könnte gegen Art. 50 V HV verstoßen.

I. Zulässigkeit nach der Verfassung

Der HVerfGH stellt zunächst fest, dass ein Widerspruch zwischen § 1 Nr. 12 ÄVVVG und Art. 50 V HV vorliegt, weil letzterer im Gegensatz zu ersterem nur die drei Monate vor dem Wahltag, nicht aber den Wahltag selbst als unzulässige Termine nennt:

"Der Wortlaut des Art. 50 Abs. 5 HV bestimmt, dass während eines Zeitraumes von drei Monaten vor dem Tag einer allgemeinen Wahl in Hamburg keine Volksbegehren und Volksentscheide stattfinden. Damit wird der Tag allgemeiner Wahlen als möglicher Tag für die Abstimmung über Volksentscheide in der Verfassung gewährleistet."

II. Schranken

Fraglich ist, ob im ÄVVVG hiervon abgewichen werden durfte. Dann müsste eine entsprechende Befugnis in der HV geregelt sein.

1. Art. 50 VII 2 HV

Eine solche Öffnungsklausel beinhaltet nicht Art. 50 VII 2 HV:

"Der Verfassungsgeber hat in Art. 50 Abs. 7 Satz 2 HV dem einfachen Gesetzgeber die Ermächtigung eingeräumt, für bestimmte Zeiträume festzulegen, dass in ihnen die für die Volksgesetzgebung geltenden Fristen nach Art. 50 Abs. 2 S. 1 HV und Abs. 3 S. 1 HV nicht laufen. Eine Ermächtigung, den Tag allgemeiner Wahlen als Abstimmungstag für Volksentscheide auszuschließen, findet sich in der Verfassung nicht. Es hätte einer Regelung wie in Art. 50 Abs. 7 S. 2 HV bedurft, wenn der Tag allgemeiner Wahlen ausdrücklich als Abstimmungstag über Volksentscheide hätte ausgeschlossen werden sollen."

2. Art. 50 VII 1 HV

Es bleibt die allgemeine Formulierung in Art. 50 VII 1 HV, wonach das Nähere durch Gesetz bestimmt werden kann. Fraglich ist, ob diese Regelung ausreicht. Um dies herauszufinden, ist die Norm nach Wortlaut, Systematik, Teleologie und Historie auszulegen.

a. Wortlaut

"Art. 50 Abs. 7 S. 1 HV ermächtigt den einfachen Gesetzgeber, das Nähere zu bestimmen.

Dies eröffnet jedoch nicht die Möglichkeit, den eindeutigen Text der Verfassung umzudeuten. Das "Nähere", welches geregelt werden kann, darf nicht das Nahe, nämlich den Text der Verfassung verändern. Die Grenze für den einfachen Gesetzgeber liegt in der von der Verfassung vorgegebenen Maßgabe, die verbietet, statt etwas Näherem etwas Abweichendes zu bestimmen."

b. Systematik

aa. Verhältnis zur parlamentarischen Willensbildung

"Das Hamburgische Verfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 15. Dezember 2004 (NordÖR 2005, 109, 111 f.) festgestellt, dass Volkswillensbildung und parlamentarische Willensbildung gleichrangig sind. Diese Gleichrangigkeit würde verletzt werden, wenn der parlamentarische Gesetzgeber über die in der Verfassung selbst vorgesehenen Einschränkungen der Volksgesetzgebung hinaus weitere Einschränkungen beschließen dürfte. Ebenso wie die parlamentarische bedarf auch die gleichrangige Volksgesetzgebung klarer Regelungen, die ohne verfassungsrechtliche Mehrheiten nicht verändert werden können.

Umgekehrt ist auch der Volksgesetzgeber daran gehindert, verfassungsrechtliche Gewährleistungen der parlamentarischen Gesetzgebung zu verändern, es sei denn, er gewänne dafür eine verfassungsändernde Mehrheit. Die durch die Koppelung von Wahlen und Abstimmungen entstehenden organisatorischen Probleme sowie gegebenenfalls erhöhte Kosten können nicht dazu führen, die verfassungsmäßige Gewährleistung des Wahltages als Abstimmungstag in Frage zu stellen. Zur Einführung eines Koppelungsverbots müsste der Wortlaut der Verfassung geändert werden."

bb. Regelung in anderen Landesverfassungen

"Die Möglichkeit, Abstimmungen über Volksentscheide auch an Tagen allgemeiner Wahlen durchzuführen, stellt keine ungewöhnliche Regelung dar. Die Verfassungen aller 15 anderen Länder der Bundesrepublik Deutschland kennen kein Verbot der Koppelung von Wahlen und Abstimmungen. Die Regelung in der Verfassung des Landes Bayern, nach der Volksentscheide über Volksbegehren gewöhnlich im Frühjahr oder Herbst stattfinden (Art. 74 Abs. 6), ist nicht obligatorisch und kann unanwendbar bleiben, wenn z.B. eine besondere Dringlichkeit für den Volksentscheid geboten ist (Nawiasky/ Leusser/Schweiger/Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Stand Juni 2003, Art. 74 Rn. 7a)."

c. Teleologie

Nach Auffassung der Freien und Hansestadt Hamburg hätten Volksbegehren, über die am Wahltag entschieden würde, einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber solchen, die an anderen Tagen stattfinden, weil das Volk an Wahltagen ohnehin mobilisiert sei. Zudem könnte es zu einer Irritation der Wähler kommen, was ebenfalls nicht Sinn und Zweck des Art. 50 V, VII HV sein könne. Der HVerfGH tritt diesen Argumenten jedoch entgegen:

aa. Kein unzulässiger Vorteil für Volksentscheide an Wahltagen

"Die Verfassung enthält keine Wertentscheidung, nach der Abstimmungen über Volksentscheide unter jeweils identischen Abstimmungsbedingungen stattfinden müssen. Die Abstimmung an einem Wahltag mag die Chancen erhöhen, das notwendige Beteiligungsquorum für einen Volksentscheid zu erreichen. Die Steuerung einer Volksinitiative auf einen Abstimmungstag hin, der mit dem Tag allgemeiner Wahlen zusammenfällt, ist nach dem Fristenlauf der Volksgesetzgebung nur eingeschränkt möglich. Die Initiatoren können sich nicht den denkbaren Vorteil einer Abstimmung an einem Wahltag sichern. Die in Art. 50 Abs. 2 und Abs. 3 HV vorgesehenen Fristen lassen sich nicht von vornherein fest kalkulieren. Diese Unsicherheit trifft alle Volksinitiativen gleichermaßen."

bb. Keine Irritation der Wähler

"Die Auffassung, dass gleichzeitige allgemeine Wahlen und Volksentscheide die Übersicht über den Entscheidungsstoff erschwerten und es daher zu befürchten sei, dass während eines Bürgerschaftswahlkampfes die allgemeinen Probleme der Neubildung der Bürgerschaft in den Hintergrund träten (vgl. Thieme, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 1998, Art. 50 Rn. 4 f.; ähnlich Hoog, Hamburgs Verfassung, 2004, S. 273, und Stüber, NordÖR 2002 S. 227 ff., 228), findet im Wortlaut des Art. 50 Abs. 5 HV keinen Niederschlag.

Gegenüber allgemeinen Wahlen ist die Entscheidungssituation bei der Abstimmung über einen Volksentscheid freilich unterschiedlich. Hier geht es nur um eine reine „Ja" oder „Nein"-Entscheidung und nicht – wie bei Wahlen - um die Entscheidung über Personen und Programme. Es ist jedoch nicht zu erkennen, dass diese unterschiedliche Entscheidungssituation den Stimmbürger in einer Weise überfordern könnte, die seine verfassungsrechtlich gewährten demokratischen Rechte einschränkt. Gerade die Volksgesetzgebung stellt auf den mündigen Bürger ab, der in der Lage ist, schwierige und gelegentlich auch komplexe Fragen mit einem klaren „Ja" oder „Nein" zu beantworten. Das Hamburgische Verfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 22. April 2005 (NordÖR 2005, 524, 526 f.) ausgeführt, dass auch komplizierte Sachverhalte einer Volksgesetzgebung zugänglich sind."

d. Historisch

"Die Entstehungsgeschichte des Art. 50 Abs. 5 HV bestätigt, dass der Verfassungsgeber den Tag allgemeiner Wahlen als gleichzeitigen Tag für Abstimmungen über Volksentscheide ausdrücklich vorgesehen hat."

aa. Zulässigkeit einer historischen Betrachtungsweise

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden könnten. Danach kann die Entstehungsgeschichte vor allem zur Bestätigung der Ergebnisse der Auslegung herangezogen werden (so BVerfGE 1 S. 299 ff., 312; 8 S. 274 ff., 307; 10 S. 20 ff., 51; ständige Rechtsprechung)."

bb. Subsumtion

"Die bei der Einführung der Volksgesetzgebung in die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg in den Jahren 1995/1996 ursprünglich vom Senat vorgeschlagene Regelung sah die Einbeziehung des Wahltages für die Hamburgische Bürgerschaft in die Sperrfrist ausdrücklich vor (Entwurf des Senats vom 21.2.1995 zur Volksgesetzgebung, Bü-Drs. 15/2881). Der Verfassungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft hat sich in mehreren Sitzungen mit diesem Vorschlag befasst. Er hat ihn abgelehnt und statt dessen ausdrücklich die Abstimmung über Volksentscheide an Tagen allgemeiner Wahlen befürwortet (Bü-APR 15/27 S. 15; APR 15/28 v. 4.4.1995; Zwischenbericht des Verfassungsausschusses an die Bürgerschaft, Bü-Drs. 15/3500 v. 12.6.1995). Am 22./23. März 1996 hat der Verfassungsausschuss einstimmig den Beschluss gefasst, dass während eines Zeitraumes von drei Monaten vor dem Tag von allgemeinen Wahlen ein Volksentscheid nicht stattfinden soll, und hinzugefügt: "Abstimmungen sind am Wahltag zulässig." (APR 15/46 v. 22./23.3.1996). In einer Anhörung des Verfassungsausschusses über den Gesetzentwurf des Senats vom 28. Dezember 2004 zur Änderung des HmbVVVG haben frühere Abgeordnete, die in den Jahren 1995/1996 an der Diskussion über die Einführung der Volksgesetzgebung in die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg beteiligt waren, bestätigt, es sei die Absicht der Ausschussmitglieder gewesen, Abstimmungen möglichst auf den Wahltag zu kanalisieren (Bü-Drs. 18/1524)."

III. Zwischenergebnis

Das Verbot, an Wahltagen Volksentscheide durchzuführen, widerspricht Art. 50 V HV. Es lässt sich auch nicht über die Schranken des Art. 50 VII HV rechtfertigen. Da andere Rechtfertigungsgründe nicht ersichtlich sind, ist es verfassungswidrig.

B. Verwendung einzelner Standardformulare für alle Unterzeichner

Die in § 1 Nr. 7 ÄVVVG geregelte Pflicht, für jeden Unterzeichner einer Volksinitiative ein eigenes, standardisiertes Formular zu verwenden, könnte im Hinblick auf bereits bestehende Volksinitiativen gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen.

I. Herleitung des Rückwirkungsverbots

"Die Zulässigkeit der Rückwirkung eines Gesetzes bestimmt sich nach dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG, das in Art. 3 Abs. 1 HV inhaltsgleich geregelt ist. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze über die Rückwirkung von Gesetzen nach Art. 20 GG und die dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gelten daher gleichermaßen für Art. 3 Abs. 1 HV (vgl. hierzu David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 2, 12 a.E.)."

II. Echte und unechte Rückwirkung

Hinsichtlich des Rückwirkungsverbots ist zwischen der "echten" und der "unechten" Rückwirkung zu differenzieren: Erstere betrifft einen bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt, an dessen Bestand naturgemäß ein hoher Vertrauensschutz besteht. Eine "echte Rückwirkung" ist daher grds. unzulässig, es sei denn, ein Vertrauen hätte sich ausnahmsweise nicht bilden können oder würde von noch wichtigeren Gründen überlagert. Bei der "unechten" Rückwirkung geht es um einen zwar in der Vergangenheit begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt. Ist ein Sachverhalt noch nicht abgeschlossen, sind Veränderungen jederzeit möglich, ein entgegen stehendes Vertrauen ist im Normalfall nicht schutzwürdig. Die "unechte" Rückwirkung daher grds. zulässig, es sei denn, im Einzelfall hätte sich doch ein schützenswertes Vertrauen gebildet.

1. Unechte Rückwirkung

Fraglich ist somit zunächst, welche Form der Rückwirkung hier vorliegt. Der HVerfGH entscheidet sich für die "unechte " Rückwirkung:

"Der Gesetzgeber ist grundsätzlich frei, unter Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben Gesetze zu ändern, wenn dies dem Mehrheitswillen entspricht. Der Bürger kann nicht damit rechnen und darauf vertrauen, dass das bestehende Recht auch in Zukunft erhalten bleibt. Wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirkt (sog. unechte Rückwirkung), ist dies grundsätzlich zulässig (BVerfGE 101 S. 239 ff., 263; 103 S. 392 ff., 403; ständige Rechtsprechung; Maurer, Staatsrecht, 1999, § 17 Rn. 109; Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand Aug. 2005, Art. 20 Abschn. VII Rn. 69 f.; Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rn. 136 ff.). Ein allgemein geltender Rechtsanspruch auf eine Übergangsregelung für die durch die Gesetzesänderung Betroffenen besteht nicht."

2. Grundsatz: Kein entgegen stehendes Vertrauen

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich die Grenzen der Zulässigkeit aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Diese sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfGE 101 S. 239 ff., 263). Bestandsinteressen können sich auch aus verfahrensrechtlichen Bestimmungen ergeben."

3. Ausnahme: Unzumutbarkeit

"Dem Bürger können durch Änderungen der Verfahrensordnungen mit Wirkung für bereits anhängige Verfahren wesentliche Positionen für die aussichtsreiche Wahrung seiner Rechte verkürzt oder abgeschnitten werden (BVerfGE 63 S. 343 ff., 359 ff.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dem sich das Hamburgische Verfassungsgericht anschließt, muss in einem Abwägungsprozess entschieden werden, ob die Bestandsinteressen der Betroffenen den Schutz gegenüber einer Veränderung der gesetzlichen Lage fordern (BVerfGE 25 S. 142 ff., 154; 51 S. 356 ff., 363; 72 S. 175 ff., 196 ff.; Maurer,a.a.O., § 60 Rn. 51)."

4. Subsumtion

"Das Interesse des Gesetzgebers einerseits besteht darin, dass das neue Recht unbeschränkt gilt und damit sein gesetzgeberischer Wille auch praktisch vollzogen wird. Das zeitliche Nebeneinander verschiedener Verfahrensregelungen widerspricht diesem Interesse. Die Initiatoren andererseits haben nach erfolgreicher Sammlung der erforderlichen Zahl von Unterstützungsunterschriften [...] bereits eine Rechtsposition erlangt. Haben sie im Vertrauen auf den unveränderten Bestand des geltenden Rechts von ihnen zu tragende Kosten und organisatorische Vorkehrungen aufgewendet, um Unterschriftlisten auszulegen, und gleichzeitig damit bei den Personen, die dort unterzeichnet haben, die berechtigte Erwartung geweckt, dass diese Unterschrift Teil des ihnen bekannten Verfahrens ist, überwiegt dieses Vertrauen gegenüber dem Interesse des Gesetzgebers. Die ohnehin langsame und schwerfällige Volksgesetzgebung wäre anderenfalls unbere-

chenbaren Verfahrensregelungen unterworfen, was sie gegenüber der zügigeren parlamentarischen Gesetzgebung benachteiligen würde (Borowski, DÖV 2000 S. 481 ff., 489).

Das Interesse des Gesetzgebers kann sich jedoch durchsetzen, soweit die Regelung Volksinitiativen betrifft, die zum Zeitpunkt ihrer Anzeige [...] Kenntnis von der beabsichtigten Änderung des Gesetzes haben konnten, auch wenn sie beim Inkrafttreten des novellierten Gesetzes am 18. Mai 2005 bereits zustande gekommen waren. Die Kenntnis über eine beabsichtigte Änderung eines Gesetzes vor Einleitung einer Volksinitiative schließt das Vertrauen in einen Fortbestand des noch geltenden Rechts aus. Initiatoren, die in Kenntnis einer beabsichtigten Gesetzesänderung eine Volksinitiative in Gang setzen, nehmen bewusst in Kauf, die von ihnen eingeleiteten Initiativen nach geänderten Verfahrensregeln durchführen zu müssen."

III. Zwischenergebnis

Das Erfordernis, ein einheitliches Formular für jeden Unterzeichner zu verwenden, ist trotz lediglich unechter Rückwirkung verfassungswidrig, soweit es Volksinitiativen betrifft, die bereits Unterschriften auf Listen gesammelt haben und keine Kenntnis von der geplanten Neuregelung haben konnten. Insoweit überwiegt ausnahmsweise der über das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 I HV geschützte Vertrauensschutz den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum. Soweit laufende Volksinitiativen hingegen im Vorfeld von der geplanten Änderung hätten Kenntnis erlangen können, ist ihr Vertrauen nicht schutzwürdig; eine Rückwirkung auf sie ist daher zulässig.

C. Ergebnis

Das Verbot, Volksentscheide an Wahltagen abzuhalten, ist verfassungswidrig. Das Erfordernis, ein einheitliches Formular für jeden Unterzeichner zu verwenden, ist verfassungswidrig, soweit es Volksinitiativen betrifft, die bereits Unterschriften auf Listen gesammelt haben und keine Kenntnis von der geplanten Neuregelung haben konnten; im Übrigen ist es verfassungsgemäß.

Standort: Zivilrecht — Problem: Anfechtung der Erbschaftsannahme

BGH, BESCHLUSS VOM 05.07.2006
IV ZB 39/05 (FAMRZ 2006, 1519)

Problemdarstellung:

Die Testamentsvollstreckerin stellt sich die Frage, ob sie das Nachlassgericht zu Einziehung des erteilten Erbscheins anregen soll gem. § 2361 I 1 BGB.

Der Erblasser errichtete ein formell wirksames Testament, in dem sein einziger Sohn, der Beteiligte zu 1), als Alleinerbe eingesetzt wurde. Kurz nach der Eröffnung des Testamens wurde dieses mitsamt dem Eröffnungsprotokoll dem Beteiligten zu 1) zugesandt. Etwa zehn Wochen später erklärte der Beteiligte zu 1) in einem notariell beglaubigten Schreiben an das Nachlassgericht, er fechte die Annahme der Erbschaft an. Dies begründe er damit, dass er einem Irrtum unterlegen sei. Er sei davon ausgegangen, dass er für den Erhalt des Pflichtteils zunächst die Erbschaft habe annehmen müssen. Nur deshalb habe er die Ausschlagung der Erbschaft nicht erklärt. Er befürchte nun im Hinblick auf die ihm testamentarisch auferlegte Beschwer, dass sein Pflichtteil gefährdet sei. Daraufhin erteilte das Nachlassgericht unter Wegfall des Beteiligten zu 1) auf Antrag der Testamentsvollstreckerin gemäß der gesetzlichen Erbfolge einen Erbschein.

Später stellt sich die Testamentsvollstreckerin die Frage, ob nicht der Erbschein unrichtig sei und insoweit gem. § 2361 I 1 BGB einzuziehen sei. Sie ist insoweit der Ansicht, die Anfechtung der Annahme der Erbschaft sei unwirksam, so dass der Beteiligte zu 1) nach wie vor die Erbenstellung inne habe.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des vierten Senats des BGH ist als Grundlage für eine Examensklausur sehr geeignet. Es findet eine Verknüpfung des erbrechtlichen Problems der Annahme einer Erbschaft mit klassischen Problemen aus dem BGB AT, insbesondere dem Anfechtungsrecht der §§ 119 ff. BGB, statt. In der Sache geht es um die Frage der Anfechtung der Annahme der Erbschaft im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht des Erben.

Es stellte sich die Frage, ob der Beteiligte zu 1) Erbe ist. Ursprünglich war er nach der gewillkürten Erbfolge Alleinerbe. Der Beteiligte zu 1) ist daher nur dann nicht Erbe, wenn er die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hätte, § 1942 I BGB. Allerdings ist die Ausschlagung der Erbschaft dann ausgeschlossen, wenn ausdrücklich die Annahme der Erbschaft erklärt wurde oder das Ausschlagungsrecht verfristet ist, § 1943 BGB. Hier trat eine Annahmefiktion in der Gestalt ein, als der Beteiligte zu 1) die Ausschlagungsfrist gem. § 1944 I, II 1 BGB versäumte. Nunmehr war zu prüfen, ob der Beteiligte zu 1) die Versäumung der Ausschlagungsfrist wirksam angefochten hat, § 1956 BGB. Folge der wirksamen Anfechtung ist die Ausschlagung der Erbschaft, § 1957 I, 1.Fall BGB. An dieser Stelle

war die Anfechtung gem. der §§ 119 ff. BGB zu prüfen. In Betracht kam hier ein Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung. Dies könnte einem Inhaltsirrtum gem. § 119 I, 1.Fall BGB unterfallen. Der BGH nahm eine ausführliche Abgrenzung zum unbeachtlichen Motivirrtum vor. Ein Motivirrtum ist ein Irrtum im Beweggrund, der im Gegensatz zum Inhaltsirrtum nur Irrtümer über mittelbare Rechtsfolgen erfasst. Dem Inhaltsirrtum unterfallen nur Irrtümer über die unmittelbaren Folgen des Rechtsgeschäfts. Zwischen der Literatur und der Rechtsprechung ist umstritten, ob es sich bei dem Irrtum über die Frage des Anfallens des Pflichtteils um einen Motivirrtum oder einen Inhaltsirrtum handelt.

Hier lag ein Irrtum des Beteiligten zu 1) dann nicht vor, wenn ein Fall des § 2306 I 1 BGB gegeben war. Nach § 2306 I BGB sollen Umgehungen des Pflichtteilsanspruchs verhindert werden. Es findet insoweit eine Unterscheidung dahingehend statt, ob der dem Erben zugedachte Erbteil dem Pflichtteil entspricht oder gar kleiner ist (§ 2306 I 1 BGB) oder ob der Erbteil größer ist als der Pflichtteil (§ 2306 I 2 BGB). Liegt ein Fall des § 2306 I 1 BGB vor, dann sind die Beschwerungen des Erbteils dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber unwirksam. Im Fall des § 2306 I 2 BGB allerdings muss der Erbe die Erbschaft zur Erlangung des Pflichtteils ausschlagen. Hier lag ein Fall des § 2306 I 2 BGB vor. Mithin hätte der Beteiligte zu 1) die Erbschaft ausschlagen müssen und unterlag insoweit einem Irrtum. Der erkennende Senat schloss sich der bereits in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht (Vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 946) an, dass es sich bei diesem Irrtum um einen beachtlichen Inhaltsirrtum gem. § 119 I, 1.Fall BGB handelt. Der BGH stellt in den Vordergrund, dass die Annahmeerklärung einen doppelten Inhalt habe: der Erbe erkläre sowohl, "er nehme die Erbschaft an" als auch "er verzichte auf sein Wahlrecht gem. § 2306 I 2 BGB". In Bezug auf den Verlust des Wahlrechts nach § 2306 I 2 BGB unterliege er einem beachtlichen Inhaltsirrtum.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Abgrenzung von Inhaltsirrtum und Motivirrtum: *Kramer*, in: MüKo-BGB,§ 119 Rn. 82 ff.; *BGH*, NJW 2002, 3100

❑ Zur Anfechtung im Erbrecht: *Keim*, ZEV 2003, 358; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 150; *OLG Stuttgart*, JZ 1987, 5703

❑ Zum Erbschein: *Kammerlohr*, JA 2003, 143; *Weiß*, JURA 1985, 486; *Kuchinke*, JURA 1981, 281

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Ein teures Moped"

❑ *Examenskurs:* "Das Trauerspiel"

Leitsatz:

Die irrige Vorstellung des unter Beschwerungen als Alleinerbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren, rechtfertigt die Anfechtung einer auf dieser Vorstellung beruhenden Annahme der Erbschaft.

Sachverhalt (vereinfacht):

Der Erblasser hat seinen einzigen Sohn, den Beteiligten zu 1), als Alleinerben eingesetzt, aber mit zahlreichen Vermächtnissen beschwert. Die Beteiligte zu 2) wurde als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Das am 24.07.2003 eröffnete Testament wurde mit dem Eröffnungsprotokoll u.a. dem Beteiligten zu 1) durch Schreiben vom 30.07.2003 zugesandt. Dieser hat am 08.10.2003 notariell beglaubigt folgende Erklärung abgegeben: "Am 07.07.2003 ist mein Vater ... verstorben. Mein Vater ... hat ein Testament hinterlassen, wonach ich ... zum Alleinerben berufen bin. Da ich die Erbschaft nicht fristgerecht ausgeschlagen habe, gilt die Erbschaft als angenommen. Ich fechte hiermit die Annahme der Erbschaft wegen Irrtums an und schlage die Erbschaft aus allen Berufungsgründen ohne jede Bedingung aus. Der Nachlaß ist derart mit Vermächtnissen belastet, daß mein Pflichtteil gefährdet ist. Dieser Umstand war mir zum Zeitpunkt der Annahme nicht bekannt. Wäre mir dieser Umstand bekannt gewesen, hätte ich die Erbschaft zu keiner Zeit annehmen wollen. Ich habe bis gestern gedacht, dass ich durch die Annahme der Erbschaft wenigstens meinen Pflichtteil erhalte." Diese Erklärung ging am 13.10.2003 beim Nachlassgericht ein. Auf ihrer Grundlage beantragte die Beteiligte zu 2) vor der Rechtspflegerin des Nachlassgerichts einen Erbschein, der die gesetzliche Erbfolge nach Wegfall des Beteiligten zu 1) ausweisen sollte. Dieser Erbschein wurde am 01.04.2004 erteilt.

Die Beteiligte zu 2) überlegt nunmehr, ob sie die Einziehung des Erbscheins gem. § 2361 I 1 BGB beim Nachlassgericht anstreben soll. Sie ist nämlich der Auffassung, die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist durch den Beteiligten zu 1) sei unwirksam.

Lösung:

Das Nachlassgericht wird den Erbschein auf Anregung der Beteiligten zu 2) dann einziehen, wenn dieser unrichtig ist, § 2361 I 1 BGB. Der Erbschein ist dann unrichtig, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich nicht mehr vorhanden

sind. Insbesondere wenn sich durch erneute Überprüfung die im Erbschein ausgewiesene Erbfolge nicht ergibt, ist der Erbschein unabhängig von der seit der Erteilung verstrichenen Zeit einzuziehen (Palandt-Edenhofer, § 2361 Rn. 3).

Der Erbschein müsste unrichtig sein. Der am 01.04.2004 erteilte Erbschein weist die gesetzliche Erbfolge nach Wegfall des Beteiligten zu 1) aus. Fraglich ist, ob der Beteiligte zu 1) nicht Erbe geworden ist.

I. Gewillkürte Erbfolge, §§ 1937, 2064, 2229 BGB
Ursprünglich wurde der Beteiligte zu 1) durch ein formwirksames Testament des Erblassers gem. §§ 1937, 2064, 2229 BGB zum Alleinerben eingesetzt.

II. Ausschlagung der Erbschaft gem. § 1942 I BGB
Der Beteiligte zu 1) ist nur dann nicht Erbe, wenn er die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat gem. § 1942 I BGB.

1. Ausschluss der Ausschlagung durch Annahme der Erbschaft, § 1943 BGB
Die Ausschlagung der Erbschaft könnte ausgeschlossen sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Erbschaft ausdrücklich angenommen wurde oder wenn die Ausschlagungsfrist des § 1944 I BGB verstrichen ist.

a. Annahme der Erbschaft
Der Beteiligte zu 1) könnte die Erbschaft angenommen haben. Grundsätzlich bedarf es keiner ausdrückliche Annahme der Erbschaft; die Erbschaft fällt insoweit automatisch an, § 1942 I BGB. Erklärt der Erbe die Annahme ausdrücklich oder konkludent, bestätigt er damit den Anfall der Erbschaft und den Verzicht auf das Ausschlagungsrecht (Palandt-Edenhofer, § 1943 Rn. 1).
Eine Annahme der Erbschaft seitens des Beteiligten zu 1) lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

b. Verstreichen der Ausschlagungsfrist, § 1944 I, II BGB
Die Ausschlagungsfrist des § 1944 I BGB könnte verstrichen sein. Diese Frist beträgt sechs Wochen. Der Fristlauf beginnt, wenn der Erbe Kenntnis vom Anfall und vom Grund seiner Berufung als Erbe erlangt. Die Kenntnis setzt das zuverlässige Erfahren der maßgeblichen Umstände voraus, aufgrund dessen ein Handeln erwartet werden kann (Palandt-Edenhofer, § 1944 Rn. 2).
Fraglich ist also, ab wann der Beteiligte zu 1) die tatsächlichen und rechtlichen Umstände bekannt waren, die die Annahme bzw. die Ausschlagung der Erbschaft rechtfertigen. Dem Beteiligten zu 1) ging am 25.07.2003 dass eröffnete Testament zu. Ab diesem Zeitpunkt wusste er, dass er als Alleinerbe berufen ist. Der Beteiligte zu 1) könnte unter dem 08.10.2003 die Ausschlagung erklärt haben. Zwar entspricht die Erklärung der Form des § 1945 I BGB. Das Schreiben war notariell beglaubigt. Aber die sechs Wochenfrist gem. § 1944 I, II BGB war bereits verstrichen.

Also erfolgte die Fiktion der Annahme der Erbschaft, § 1943, letzter Hs. BGB. Die Ausschlagung der Erbschaft gem. § 1942 I BGB ist daher ausgeschlossen.

2. Wirksame Anfechtung der Annahme, § 1956 BGB
Etwas anderes könnte dann gelten, wenn der Beteiligte zu 1) die konkludente Annahme der Erbschaft wirksam angefochten hätte. Grundsätzlich ist die kokludente Annahme anfechtbar, § 1956 BGB. Daraus wird deutlich, dass die Versäumung der Frist wie eine Willenserklärung mit dem objektiven Erklärungswert der Annahme zu lesen ist (Palandt-Edenhofer, § 1956 Rn. 1).

a. Anfechtungserklärung, §§ 1955, 1945 I BGB
Der Beteiligte zu 1) müsste die Anfechtung formgerecht erklärt haben. Die Anfechtungserklärung ist gem. §§ 1955, 1945 I BGB in notariell beglaubigter Form gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben. Hier hat der Beteiligte zu 1) mit notariellem Schreiben vom 08.10.2003 formgemäß die Anfechtung erklärt.

b. Vorliegen eines Anfechtungsgrundes
Fraglich ist, ob ein Anfechtungsgrund gegeben ist.

aa. Maßgebliche Anfechtungsgründe
"Worauf die Anfechtung gestützt werden kann, richtet sich allein nach § 119 BGB; die Sonderregeln der §§ 1954, 1955, 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe nicht (BayObLG ZEV 1998, 431, 432)."
Die Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 BGB finden im Hinblick auf die abschließende Regelungen der § 1954 bis 1957 BGB keine Anwendung (Palandt-Edenhofer, § 1954 Rn. 1).

bb. Inhaltsirrtum, § 119 I, 1.Fall BGB
In Betracht kommt hier ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung gem. § 119 I, 1. Fall BGB. Ein Inhaltsirrtum liegt dann vor, wenn der Erklärende über den Sinn eines von ihm verwandten Erklärungsmittels (Wort, Zeichen) irrte, sog. Verlautbarkeitsirrtum. Ein Inhaltsirrtum kommt auch dann in Betracht, wenn sich aus dem bei der Auslegung zu berücksichtigenden Gesamtumständen ein vom Willen abweichender Inhalt der Er-

klärung ergibt (Palandt-Heinrichs, § 119 Rn 11). Insbesondere kommt ein Inhaltsirrtum dann in Betracht, wenn ein Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung vorliegt. Ein solcher Irrtum ist dann gegeben, wenn das Rechtsgeschäft nicht die erstrebten, sondern davon wesentliche unterschiedliche Rechtsfolgen erzeugt (Palandt-Heinrichs, § 119 Rn. 15).

Hier trägt der Beteiligte zu 1) vor, er habe geglaubt, die Erbschaft erst annahmen zu müssen, um trotz der Beschwerung mit den Vermächtnissen wenigstens seinen Pflichtteil zu erhalten.

"Mithin kommt hier (abgesehen von einem Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften) insbesondere ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung in Betracht. Ein solcher Inhaltsirrtum kann auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt aber nach ständiger Rechtsprechung nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (vgl. BGHZ 134, 152, 156 m.w.N.)."

(1.) Vorliegen eines Inhaltsirrtums gem. § 119 I, 1.Fall BGB

Fraglich ist, ob die Vorstellung des Beteiligten zu 1), er sei nur im Falle der Annahme der Erbschaft pflichtteilsberechtigt, einen Inhaltsirrtum darstellt. Pflichtteilsberechtigt ist grds. ein Abkömmling des Erblassers, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, § 2303 I 1 BGB. Das gleiche Recht steht Eltern und Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind, § 2303 II 1 BGB.

Die Vorstellung des Beteiligten zu 1) ist dann richtig und damit ein Irrtum ausgeschlossen, wenn ein Fall des § 2306 I 1 BGB vorliegt. Entspricht der belastete Erbteil des als Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten nach einem vorzunehmenden Größenvergleich dem Pflichtteil oder bleibt er hinter diesem zurück, werden die auf ihm lastenden Beschränkungen und Beschwerungen kraft Gesetzes gestrichen. Das Verhältnis zwischen der Größe des Erbteils und dem Pflichtteil ergibt sich aus dem Vergleich des hinterlassenen quotenmäßigen Anteils am Gesamtnachlass mit der der für den Pflichtteil maßgeblichen Quote (BGH NJW 1983, 2378). Bei Ausschlagung des dem Pflichtteil gleichen oder kleineren Erbteils steht dem Ausschlagenden grds. kein Pflichtteilsanspruch zu, da er nicht durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, sondern durch eigenen Entschluss (Palandt-Edenhofer, § 2306 Rn 5). Im Gegensatz dazu muss ein Erbe im Anwendungsbereich des § 2306 I 2 BGB die Erbschaft gerade ausschlagen, um seinen Pflichtteil verlangen zu können. Wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten einen Erbteil zuwendet, der größer als dessen Pflichtteil ist, kann der Erblasser den Erben insb. durch Vermächtnisse wirksam so belasten, dass sogar dessen Pflichtteil beeinträchtigt wird. Dafür räumt der Gesetzgeber dem Erben ein Wahlrecht ein: der Erbe kann entweder den höheren Erbteil mit den Beschränkungen und Beschwerungen annehmen oder die Erbschaft ausschlagen und den vollen Pflichtteil verlangen (Palandt-Edenhofer, § 2306 Rn. 9).

Der Beteiligte zu 1) ist gewillkürter Alleinerbe. Die Pflichtteilsquote beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils,§ 2303 I 2 BGB. Mithin beträgt der Pflichtteil des Beteiligten zu 1) gem. §§ 1924 I, 1930 BGB 1/2. Damit liegt ein Fall des § 2306 I 2 BGB vor. Daher ist der Erbteil des Beteiligten zu 1) größer als sein Pflichtteil.

Der Beteiligte zu 1) irrte sich also über das Erfordernis der Annahme der Erbschaft.

(2.) Abgrenzung zum Motivirrtum

Fraglich ist, ob der Irrtum rechtlich relevant ist. Es könnte sich insoweit um einen Inhaltsirrtum gem. § 119 I, 1.Fall BGB oder um einen Motivirrtum handeln. Diesbezüglich werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansichten vertreten.

(2.1.)Literatur

Die Literatur unterscheidet zwei unterschiedliche Konstellationen:

"... geht das Bayerische Oberste Landesgericht - wie einleitend erwähnt - bei der Anfechtung einer ausdrücklich erklärten Erbschaftsannahme davon aus, dass die unmittelbar angestrebte Rechtsfolge einer solchen Erklärung allein das Ziel sei, die Stellung als Erbe einzunehmen; der infolgedessen eintretende Verlust des Wahlrechts nach § 2306 I 2 BGB sei dagegen nur eine mittelbare Rechtsfolge, deren Unkenntnis die Anfechtung nicht rechtfertige (vgl. BayObLG NJW-RR 1995, 904, 906; ZEV 1998, 431, 432). Dem ist die Literatur weithin gefolgt (so MünchKomm-BGB/Leipold, aaO § 1954 Rdn. 9; Staudinger/Otte, BGB 2000 § 1954 Rdn. 6; Soergel/Stein, BGB 13. Aufl. § 1954 Rdn. 2; Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. § 8 VII 2 d)."

"Wird die Erbschaft dagegen (wie hier) nicht durch

ausdrückliche Erklärung, sondern etwa durch schlüssiges Verhalten des Erben angenommen (pro herede gestio), lässt das Bayerische Oberste Landesgericht eine Anfechtung zu, wenn der Erbe weder weiß noch will, dass er durch sein Verhalten das Recht verliert, die Erbschaft auszuschlagen (BayObLGZ 1983, 153, 162 f.; NJW 1988, 1270, 1271; zustimmend Kipp/Coing, Erbrecht 14. Aufl. § 89 I 2)."

Der Beteiligte zu 1) irrt nicht dahingehend, dass seine Untätigkeit der Annahme einer Erbschaft gleichkommt. Vielmehr betrifft der Irrtum weitere, mit der Annahme mittelbar verbundene Rechtsfolgen. Im vorliegenden Fall läge also kein relevanter Inhaltsirrtum vor, sondern ein Motivirrtum.

(2.2.) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vertritt die Ansicht, dass wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2306 I 2 BGB vorliegen, die rechtlichen Auswirkungen einer Erbschaftsannahme auf das Pflichtteilsrecht eine Hauptauswirkung des Rechtsgeschäfts ist und damit ggf. einen Inhaltsirrtum i.S.v. § 119 I, 1.Fall BGB begründen kann.

"Dagegen hat das Oberlandesgericht Hamm bei einer Ausschlagungserklärung, die in der Vorstellung erfolgt war, dadurch werde die (unter Beschränkungen und Beschwerungen angeordnete, den Pflichtteil nicht übersteigende) Erbschaft in Pflichtteilsansprüche umgewandelt, diese Umwandlung als die primär erstrebte Rechtsfolge und nicht etwa nur als Nebenfolge der Ausschlagung angesehen (OLGZ 1982, 41, 49 f.). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die im Antrag auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbe liegende schlüssige Annahme der (beschwerten) Erbschaft für anfechtbar gehalten, weil der seinen Pflichtteil begehrende Erbe geglaubt habe, nur so seinen Pflichtteilsanspruch sichern zu können, und nicht gewusst habe, dass er die Erbschaft gemäß § 2306 I 2 BGB ausschlagen müsse, um den Pflichtteil zu erlangen; es hat die Ansicht gebilligt, der Wegfall des Pflichtteilsanspruchs sei als ungewollte Hauptfolge der Annahme anzusehen (FamRZ 2001, 946, 947; zustimmend Muscheler in: Groll (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung 2. Aufl. unter C II Rdn. 101). Im Schrifttum hat vor allem Keim die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts angegriffen und geltend gemacht, im Fall einer den Pflichtteil zwar übersteigenden, aber beschränkten oder beschwerten Erbschaft (§ 2306 I 2 BGB) sei der Verlust des Pflichtteilsrechts infolge Annahme der Erbschaft deren wichtigste Rechtswirkung. "Mit der ausdrücklichen Annahme einer Erbschaft glaubt der Rechtsunkundige niemals, dass er gerade damit eine maßgebliche Beteiligung am Nachlass verlieren könnte, oder umgekehrt, dass er ausgerechnet durch die Ausschlagung eine wertmäßig größere Beteiligung am Erbe erhalten hätte" (ZEV 2003, 358, 360). Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 2306 I 2 BGB vorliegen, sieht das vorlegende Oberlandesgericht in den rechtlichen Auswirkungen einer Erbschaftsannahme auf das Pflichtteilsrecht eine der Hauptwirkungen des Rechtsgeschäfts, weil das Gesetz in § 2306 I 2 BGB die Möglichkeit der Ausschlagung gerade zu dem Zweck eröffne, unbelastet von Beschränkungen und Beschwerungen den Pflichtteil geltend machen zu können. Dem hat Haas in einer Anmerkung zugestimmt und seine bisher abweichende Ansicht aufgegeben (Haas/Jeske, ZEV 2006, 172)."

Demnach läge ein beachtlicher Inhaltsirrtum gem. § 119 I, 1.Fall BGB vor.

(3.) Ansicht des BGH

Zu den unmittelbaren Wirkungen der Erklärung der Annahme der Erbschaft gehört nicht nur, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnimmt, sondern auch, dass er das durch § 2306 I 2 BGB eröffnete Wahlrecht verliert, sich für den für ihn möglicherweise günstigeren Pflichtteil zu entscheiden.

"... Man kann die unmittelbaren und wesentlichen Rechtsfolgen schon einer ausdrücklich erklärten Annahme der Erbschaft nicht generell darauf beschränken, dass der Erklärende die sich aus der letztwilligen Verfügung ergebende Rechtsstellung des Erben einnehmen will. Wenn der zugedachte Erbteil zwar größer als der Pflichtteil ist, dem Erben aber Beschränkungen oder Beschwerungen auferlegt sind, gehört zu den unmittelbaren und wesentlichen Wirkungen der Erklärung einer Annahme der Erbschaft keineswegs nur, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnimmt, sondern ebenso, dass er das von § 2306 I 2 BGB eröffnete Wahlrecht verliert, sich für den möglicherweise dem Werte nach günstigeren Pflichtteilsanspruch zu entscheiden. Für die hier vorliegende Annahme durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist kann nichts anderes gelten, gleich ob die Ausschlagungsfrist bewusst oder unbewusst nicht genutzt worden ist. Der Verlust des Pflichtteilsrechts als Rechtsfolge solchen Verhaltens prägt dessen Charakter nicht weniger als das Einrücken in die Rechtsstellung des Erben; beide Folgen sind zwei Seiten derselben Medaille."

Mithin stellt die Fehlvorstellung des Beteiligten zu 1) einen beachtlichen Inhaltsirrtum gem. § 119 I, 1.Fall BGB unter Zugrundelegung der Ansicht des BGH dar.

c. Anfechtungsfrist, § 1954 I, II 1 BGB

Der Beteiligte zu 1) müsste die Anfechtungsfrist ein-

gehalten haben. Die Anfechtung kann nur binnen sechs Wochen erfolgen, § 1954 I BGB. Der Fristlauf beginnt, wenn der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt, § 1954 II 1, letzter Hs. BGB. Kenntnis vom Anfechtungsgrund hat der Berechtigte, wenn ihm die für den Irrtum maßgeblichen Tatsachen bekannt werden und er erkennt, dass seine Erklärung eine andere Bedeutung hatte, als er ihr beilegen wollte (Palandt-Edenhofer, § 1954 Rn. 5).
"Das Landgericht hat im Ergebnis mit Recht festgestellt, der Beteiligte zu 1) habe sich bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist jedenfalls darüber geirrt, dass er die mit Vermächtnissen belastete Erbschaft hätte ausschlagen müssen, um den von ihm erstrebten Pflichtteilsanspruch zu erlangen (§ 2306 I 2 BGB). Die Ausschlagungsfrist wurde spätestens durch den Zugang des am 30.07.2003 an den Beteiligten zu 1) abgesandten Schreibens des Nachlassgerichts über die Eröffnung und den Inhalt des Testaments in Lauf gesetzt; sie endete mithin am 11. oder 12.09.2003 (§§ 1944, 2306 I 2, 2. Halbs. BGB). Nach dem Vortrag des Beteiligten zu 1) ging ihm das eröffnete Testament schon am 25.07. 2003 zu; danach lief die Ausschlagungsfrist bereits am 05.09.2003 ab. Jedenfalls ist die Feststellung nicht zu beanstanden, dass der Beteiligte zu 1) seinen Irrtum erst unmittelbar vor seiner notariellen Erklärung vom 08.10.2003 erkannt hat."
Die Anfechtungsfrist des § 1954 I, II 1 BGB ist also gewahrt.

d. Anfechtungsgegner gem. § 1955 S. 1 BGB und Form gem. § 1955 S. 2 BGB
Die Anfechtung ist auch gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt worden. Der Beteiligte zu 1) wandte sie an das Nachlassgericht, welches gem. § 1955 S. 1 BGB der Erklärungsempfänger ist.
Auch wurde die Form der Anfechtung gewahrt. Gem. §§ 1955 S. 2, 1945 I BGB ist die Erklärung in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Dem kam der Beteiligte zu 1) hier nach.

e. Kein Ausschluss der Anfechtung
Gründe, die den Ausschluss der Anfechtung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Also hat der Beteiligte zu 1) die Annahme der Erbschaft wirksam angefochten. Folge der wirksamen Anfechtung ist, das die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung gilt, § 1957 I, 1.Fall BGB.

Damit ist der Beteiligte zu 1) nicht Erbe geworden. Also ist der erteilte Erbschein richtig. Das Nachlassgericht wird auch durch eine erneute Prüfung der Erbenstellung zu keinem anderen Ergebnis kommen und den erteilten Erbschein nicht einziehen.

Standort: §§ 25 I 2. Fall, 263 StGB — Problem: Prozessbetrug

OLG MÜNCHEN, URTEIL VOM 08.08.2006
4 STR 135/06 (NJW 2006, 3364)

Problemdarstellung:
Der Angeklagte, der ein Auto gekauft und wegen angeblicher Mängel den Rücktritt erklärt hatte, klagte vor dem Landgericht auf eine entsprechende Rückabwicklung des Vertrages. Da zwischen den Parteien streitig war, ob überhaupt Mängel des Fahrzeugs vorlagen, die das Rücktrittsbegehren des Angeklagten rechtfertigten, gab das Gericht ein Sachverständigengutachten in Auftrag. Weil er befürchtete, dass seine Klage vielleicht unbegründet sein könnte, beschädigte der Angeklagte vor der Probefahrt des Sachverständigen das Bremssystem des Fahrzeugs. An der nächsten Ampel versagten die Bremsen, der Sachverständige konnte allerdings durch Benutzung des zweiten Bremskreises noch rechtzeitig anhalten.

Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten wegen versuchten Betrugs in mittelbarer Täterschaft (§§ 263 I, 25 I 2. Fall, 22, 23 I StGB) und versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§§ 315b I, 22, 23 I StGB). Das Landgericht sprach den Angeklagten in der Berufungsverhandlung frei, da er zu den Versuchstaten noch nicht unmittelbar angesetzt habe. Das OLG München hob diesen Freispruch auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin wieder auf.

Prüfungsrelevanz:
Der Tatbestand des Betrugs (§ 263 I StGB) gehört sicherlich zu den für beide Examen wichtigsten Tatbeständen, sowohl wegen seiner Häufigkeit in Examensaufgaben als auch wegen der zahlreichen Probleme, die er beinhaltet. Insofern sind gerade hier auch Detailkenntnisse und das Verständnis spezieller Probleme unverzichtbar. Auch der Tatbestand des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr ist oft Gegenstand von Examensaufgaben, wobei das insofern häufigste Problem der Anwendbarkeit von § 315b I Nr. 3 StGB auf Verkehrsteilnehmer (vgl. BGHSt 48, 233 [237 f.]; Tröndle/Fischer, § 315b Rn. 9; König, NStZ 2004, 175) im vorliegenden Fall allerdings keine Rolle spielt.
Der vom Angeklagten in vorliegenden Fall beabsich-

tigte Betrug ist ein sog. "Prozessbetrug": Bei seinem solchen Betrug täuscht der Täter den Richter in einem Zivilprozess und veranlasst diesen so, ein unrichtiges (vollstreckbares) Urteil zu erlassen, das eine Verfügung über das Vermögen der anderen Partei darstellt. Beim Prozessbetrug sind Verfügender (der Richter) und Geschädigter (die gegnerische Partei) also nicht identisch, so dass ein sog. "Dreiecksbetrug" gegeben ist. Eine weitere Besonderheit des vorliegenden Sachverhaltes liegt darin, dass der Angeklagte das Gericht nicht selbst täuschen wollte, sondern sich hierzu des unvorsätzlich handelnden Sachverständigen bedienen wollte; er wollte den Betrug also "durch einen anderen", mithin in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I 2. Fall), begehen. Zu erörtern war deshalb insb. auch das Problem, wann bei einer Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch i.S.v. § 22 StGB gegeben ist.

Im Rahmen der Strafbarkeit wegen (versuchten qualifizierten) gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr macht das OLG München vor allem Ausführungen zu den Anforderungen an die Annahme von Eventualvorsatz und an die Anforderungen an den Inhalt eines freisprechenden Urteils. Außerdem wirft es die Frage auf, was unter einer "anderen" Straftat zu verstehen ist, wenn das Gesetz die Absicht voraussetzt, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken (vgl. z.B. §§ 211; 306b II Nr. 2; 315 III Nr. 1 b) StGB).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Prozessbetrug: *BayObLG*, NStZ 2004, 503; *OLG Düsseldorf*, NJW 1994, 3366; *Kretschmer*, GA 2004, 458; *Schiemann*, NJW 2006, 3366 (zu diesem Fall); *Seier*, ZStW 102, 563

❑ Zum unmittelbaren Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft: *BGH*St 303, 363; *BGH*, NStZ 2000, 589; *Baumann*, JuS 1963, 85; *Eschenbach*, JURA 1992, 637; *Kühl*, JuS 1983, 180; *Rath*, JuS 1999, 140; *Roxin*, JZ 1998, 211

❑ Zu den Anforderungen an die Urteilsfeststellungen beim Freispruch: *BGH*, wistra 1996, 70; NJW 2002, 1811; NStZ 2002, 446; NStZ-RR 2002, 338

❑ Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: *BGH*, NStZ 1998, 616; NStZ-RR 2001, 369; *Frisch*, NStZ 1991, 23; *Schroth*, JuS 1992, 1; *Trück*, NStZ 2005, 233

❑ Zum Vorliegen einer "anderen" Straftat i.S.v. § 315 III Nr. 1b StGB: *BGH*St 28, 94; *BGH*, NZV 1992, 325

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Bohnerwachs"

❑ *Examenskurs*: "Skatabend"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die rechtliche Bewertung eines Vermögensvorteils ist nicht durch das ansonsten unerlaubte Verhalten des Täters beeinflusst. Beim Beweismittelbetrug fehlt es daher an der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung, wenn das vom Täter begehrte Urteil der wahren Rechtslage entspricht.

2. Ein Täter handelt bedingt vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Ziels willens wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein; bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft - nicht nur vage - darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. Da diese beiden Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, müssen bei der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement, in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.

3. Auch wenn ein versuchter Betrug tateinheitlich mit einem Versuch eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zusammenfällt, kommt der Betrug als zu ermöglichende Straftat i.S.v. §§ 315 I, III, 315 II Nr. 1b StGB in Betracht.

Sachverhalt:

A kaufte im Jahre 2002 einen Pkw zu einem Gesamtpreis von 38.550 €. In der Folgezeit machte er eine Reihe von Mängeln geltend und verlangte die Zurücknahme des Fahrzeugs. Da es zu keiner Einigung mit dem Verkäufer V kam, erhob A Klage auf Zahlung von 36.331 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Das Landgericht M erließ einen Beweisbeschluss auf Erholung eines Sachverständigengutachtens zu den behaupteten Mängeln. Unter anderem sollte sich der Sachverständige S zur Behauptung des A äußern, das elektrische Steuerungssystem "ABS/ESP" des Fahrzeugs sei defekt. S vereinbarte mit A einen Besichtigungstermin. Da A befürchtete, dass die von S festzustellenden Mängel sein Rücktrittsbegehren noch nicht rechtfertigten, beschloss er, in das Fahrzeug einen weiteren "Mangel" einzubauen. Er lockerte daher mit einem Schraubenschlüssel die Verschraubung der Bremsleitung zur rechten hinteren Radbremse an der Hydraulik-Steuereinheit (ABS-Block) um circa 15 Grad. Diese Manipulation hatte, wie von dem sachkundigen A vorhergesehen, zur Folge, dass nunmehr

beim nächsten Betätigen der Bremse an der gelockerten Verbindung durch den sich aufbauenden Bremsdruck Bremsflüssigkeit austreten würde, mit der Folge, dass der Bremsdruck durch die Hydraulikflüssigkeit zunächst nicht in vollem Umfang auf die Räder übertragen werden kann. Erst beim weiteren Durchtreten des Bremspedals in Richtung Bodenblech kommt der aus Sicherheitsgründen vorhandene zweite Bremskreis zur Wirkung. S fuhr das Fahrzeug von einem Vorhof auf die öffentliche Straße und näherte sich nach circa 100 m einer auf "Rot" stehenden Ampel. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte er nur eine geringe Geschwindigkeit erreicht, bremste das Fahrzeug ab, bemerkte dabei, dass sich das Bremspedal bis nahezu zum Boden durchtreten ließ, konnte jedoch das Fahrzeug mit dem vorhandenen zweiten Bremskreis zum Stillstand bringen.

Strafbarkeit des A nach dem StGB?

[Anm.: Gehen Sie davon aus, dass A eine konkrete Gefährdung des S oder anderer Verkehrsteilnehmer durch die verringerte Bremsleistung des beschädigten Fahrzeugs billigend in Kauf nahm.]

Lösung:

I. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall, 22, 23 I StGB ggü. den Richtern am Landgericht M und zum Nachteil des V durch das Beschädigen des Pkw und dessen Übergabe an S

Dadurch, dass A die Bremsanlage des Pkw beschädigte und den Wagen dann dem S zur Durchführung einer Probefahrt übergab, könnte sich A wegen versuchten Betrugs in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall, 22, 23 I StGB gegenüber den Richtern am Landgericht M und zum Nachteil des V strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Ein vollendeter Betrug ist noch nicht gegeben, da die von A geplante Täuschung des Gerichts (durch die Einreichung des fehlerhaften Gutachtens) noch gar nicht stattgefunden hat. Die Strafbarkeit des versuchten Betrugs ergibt sich aus § 263 II StGB.

2. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betrugs in mittelbarer Täterschaft gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale; er entspricht also dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts (Joecks, § 22 Rn. 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

a. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A müsste zunächst Tatentschluss gehabt haben, die Richter am Landgericht M über Tatsachen zu täuschen.

Täuschung ist die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (BGH, NJW 2001, 2187; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 6). Tatsachen sind alle Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweise zugänglich sind (RGSt 56, 227 [231]; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 496).

Hier wäre es denkbar, dass A Tatentschluss dazu hatte, die Richter darüber zu täuschen, dass das Bremssystem des Autos mangelhaft sei. Da es sich hierbei um einen dem Beweise zugänglichen Zustand handelt, stellt ein solcher Mangel eine Tatsache i.S.v. § 236 I StGB dar.

aa. Bzgl. eigener Täuschungshandlung des A

A hatte keinen Tatentschluss dahingehend, die Richter selbst darüber zu täuschen, dass das Bremssystem des Autos mangelhaft sei, da er eine entsprechende Erklärung nicht selbst abgeben wollte.

bb. Bzgl. gem. § 25 I 2. Fall StGB zurechenbarer Täuschungshandlung des S

Es könnte jedoch sein, dass A sich eine entsprechende Täuschungshandlung des S vorgestellt hatte; wenn A sich weiter Umstände vorgestellt hätte, die ihn zum mittelbaren Täter machen würden, so würde ihm die Täuschungshandlung des S gem. § 25 I 2. Fall StGB zugerechnet, so dass A trotz Fehlens eines Tatentschlusses bzgl. einer eigenen Täuschungshandlung Tatentschluss bzgl. einer (mittelbar) täterschaftlichen Täuschung hätte.

(1) Bzgl. Täuschungshandlung des S

A müsste sich zunächst vorgestellt haben, dass S die Richter am Landgericht M über die Mangelhaftigkeit des Bremssystems täuschen würde.

A ging davon aus, dass der S den Mangel des Bremssystems in seinem Gutachten erwähnen und dieses dem zuständigen Gericht zuleiten würde. Daraus würde dann - zumindest im Gesamtzusammenhang - der Eindruck erweckt, das Auto habe diesen Mangel von Anfang an gehabt und sei nicht erst nachträglich von A entsprechend manipuliert worden, sodass eine Täuschung vorliegen würde. A hatte also Tatentschluss bzgl. einer Täuschungshandlung des S.

So sieht es auch das OLG München: "Der vorliegende Fall ist vergleichbar mit demjenigen, in dem ein (gutgläubiger) Rechtsanwalt zur Durchsetzung rechtlicher Ansprüche unter Vorlage einer gefälschten Urkunde

beauftragt wird (vgl. hierzu Tröndle/Fischer, § 22 Rdnr. 26). Hier sollte der Sachverständige den Mangel in sein Gutachten aufnehmen, das er dem Gericht gegenüber zu erstatten hatte. Damit sollte die Täuschung des Gerichts bewirkt werden."

(2) Bzgl. mittelbarer Täterschaft
A müsste weiter Tatentschluss bzgl. des Vorliegens von Umständen gehabt haben, die ihn zum mittelbaren Täter machen würden, er müsste sich also vorgestellt haben, die Tat "durch den S" i.S.v. § 25 I 2. Fall StGB zu begehen.

(a) Bzgl. eigenen Verursachungsbeitrags
A müsste zunächst Tatentschluss dahingehend gehabt haben, einen eigenen Beitrag zu der Täuschungshandlung des S (s.o.) zu leisten.
A hatte nicht nur vor, das Auto so zu manipulieren, dass das Bremssystem einen Mangel aufweisen würde; er wollte außerdem dem S das Auto zur Prüfung überlassen, damit dieser den Mangel bemerken und dem Gericht melden würde. A hatte also Tatentschluss bzgl. eines eigenen Verursachungsbeitrags.

(b) Bzgl. Werkzeugeigenschaft des S
A müsste sich weiter vorgestellt haben, sich des S als "Werkzeug" zu bedienen, er müsste sich also eine unterlegene Stellung des S vorgestellt haben. Die Werkzeugeigenschaft des Vordermanns im Rahmen der mittelbaren Täterschaft ergibt sich regelmäßig aus einem Strafbarkeitsmangel (Joecks, § 25 Rn. 21 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 537).
A hatte sich vorgestellt, dass der S gutgläubig (also ohne Vorsatz) den Richtern am Landgericht M die falschen Tatsachen bzgl. des mangelhaften Bremssystems in seinem Gutachten unterbreiten würde; A hatte sich also vorgestellt, dass S nicht vorsätzlich bzgl. einer Täuschung handeln würde. In den Fällen, in denen der Täter sich eines unvorsätzlich handelnden Vordermanns zur Tatbegehung bedienen will, ist ein Tatentschluss zur mittelbaren Täterschaft allgemein anerkannt (vgl. BGHSt 30, 363; LK-Roxin, § 25 Rn. 106; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 11 mwN).
A hatte also Tatentschluss bzgl. einer Werkzeugeigenschaft des S

(c) Bzgl. eigenen überlegenen Wissens und Wollens des A
A müsste weiter Tatentschluss bzgl. eines eigenen (gegenüber S) überlegenen Wissens und Wollens gehabt haben.
A wusste, dass dere Mangel an dem Bremssystem nicht von Anfang vorhanden gewesen, sondern von ihm erst nachträglich "eingebaut" worden war und stellte sich vor, dass S dies nicht erkennen würde. Außerdem, wollte A - im Gegensatz zu S - eine Täuschung der Richter bewirken. A hatte also Tatentschluss bzgl. eines eigenen überlegenen Wissens und Wollens.

A hatte somit Tatentschluss bzgl. der Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft; er hatte Tatentschluss, die Richter am Landgericht M "durch den S" i.S.v. § 25 I 2. Fall StGB zu täuschen.

b. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums
A müsste weiter Tatentschluss dahingehend gehabt haben, dass durch diese Täuschung bei den Richtern ein Irrtum erzeugt würde.
Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (BGH, StV 1994, 82; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 33 mwN).
A hatte sich vorgestellt, dass die Richter am Landgericht M infolge des Gutachtens des S glauben würden, dass der Mangel an dem Bremssystem bereits im Zeitpunkt des Kaufvertrages vorgelegen habe, so dass er Tatentschluss bzgl. eines täuschungsbedingten Irrtums hatte.

c. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung
A müsste sich weiter vorgestellt haben, dass die Richter am Landgericht M infolge des Irrtums über dass Vermögen des V verfügen würden.

aa. Bzgl. unmittelbar vermögensmindernden Verhaltens
Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbare vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 55). Für eine Vermögensverfügung ist allerdings nicht unbedingt eine tatsächliche Vermögensminderung erforderlich; eine konkrete ("schadensgleiche") Vermögensgefährdung reicht insofern aus (BGH, wistra 2004, 60; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 94 ff.; Otto, JURA 1991, 494).
A hatte sich vorgestellt, dass die Richter am Landgericht M das Gutachten des S für richtig halten und aufgrund der dort festgestellten Mängel (also irrtumsbedingt) ein Urteil erlassen würden, das der Klage des A stattgeben und den V zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilen würde. Der Erlass eines Urteils, durch das eine Partei zu einer Leistung (und sei es auch nur zur Kostenerstattung) verurteilt wird, stellt jedoch eine konkrete Gefährdung des Vermögens der unterliegenden Partei dar (BGH, NStZ 1992, 233; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 144), so dass A sich eine Vermögensverfügung der Richter am

Landgericht M vorgestellt hat.

bb. Bzgl. Näheverhältnis

A stellte sich allerdings nicht vor, dass die getäuschten Richter über ihr eigenes Vermögen verfügen würden, sondern über dasjenige des V.

Im Rahmen des Betruges müssen zwar der Getäuschte und der Verfügende identisch sein, nicht jedoch der Verfügende und der Geschädigte; hieraus ergibt sich die Möglichkeit des sog. "Dreiecksbetrugs" bei Auseinanderfallen von Verfügendem und Geschädigten (BGHSt 18, 223; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 65). In diesen Fällen ist jedoch grundsätzlich ein Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Geschädigten erforderlich. Ein solches Näheverhältnis ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Verfügende rechtlich dazu befugt ist, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen (Lackner/Kühl, § 263 Rn. 29; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 638). Zwar ist streitig, ob eine solche Befugnis eine notwendige Voraussetzung für ein solches Näheverhältnis darstellt (so die sog. Befugnis- oder Ermächtigungstheorie, vgl. SK-Hoyer, § 263 Rn. 144; Amelung, GA 1977, 1; Samson, JA 1980, 285) oder ob sich ein Näheverhältnis auch aus anderen Umständen ergeben kann (so die sog. Lagertheorie, vgl. BGH, wistra 1998, 157; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 66; Rengier, JZ 1985, 565); dies kann jedoch dahinstehen, wenn A sich Umstände vorstellen würde, nach denen eine solche Befugnis jedenfalls gegeben wäre.

Nach der Vorstellung des A würden die Richter am Landgericht M (durch den Erlass des Urteils) über das Vermögen des Beklagten V verfügen. Bei einem solchen "Prozessbetrug" ist jedoch ein Näheverhältnis zwischen dem erkennenden Richter bzw. Spruchkörper und den Parteien nach einhelliger Auffassung anzunehmen (OLG Düsseldorf, NJW 1994, 3366; OLG Karlsruhe, NStZ 1996, 282; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 50); das Näheverhältnis ergibt sich hier aus der gesetzlichen Befugnis des Gerichts, über die Zuordnung von Vermögensbestandteilen zu entscheiden.

A hatte also auch Tatentschluss bzgl. solcher Umstände, die das beim Dreiecksbetrug erforderliche Näheverhältnis begründen.

d. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschaden

A müsste auch Tatentschluss bzgl. eines Vermögensschadens des V gehabt haben.

Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn das Vermögen des Opfers nach der Tat geringer ist als davor, was durch eine Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte zu ermitteln ist (BGH, wistra 1999, 263; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70 f.; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 538 mwN); da das Opfer durch die Vermögensverfügung stets eine Vermögensminderung erlitten hat (s.o.), ist die für den Vermögensschaden erforderliche negative Vermögensbilanz nur dann nicht gegeben, wenn die Vermögensminderung durch die Erlangung eines Äquivalentes ausgeglichen wird (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 106 f.).

Es ist nicht ersichtlich, dass A sich vorstellte, dass V für die Minderung seines Vermögens durch das Urteil (s.o.) ein Äquivalent erhalten würde, sodass A Tatentschluss bzgl. eines verfügungsbedingten Vermögensschadens des V hatte.

e. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste weiter in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.

aa. Bereicherungsabsicht

A müsste zunächst mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

A stellte sich vor, dass das Gericht seiner Klage stattgeben und einen entsprechenden Titel erlassen würde. Ebenso wie das Vermögen des Schuldners V durch den Titel gemindert würde (s.o.), so würde A als Gläubiger des titulierten Anspruchs einen entsprechenden Vermögensvorteil erlangen. Da es A auch gerade auf diesen Vermögensvorteil ankam, hat er also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

bb. Bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

A müsste weiter Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Bereicherung gehabt haben.

Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann rechtswidrig, wenn sie der materiellen Rechtslage widerspricht, wenn der Täter also keinen Anspruch auf den beabsichtigten Vermögensvorteil hat (BGHSt 19, 206 [216]; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 111). Beim (versuchten) Betrug ist es ausreichend, wenn der Täter mit Eventualvorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung handelt, diese also billigend in Kauf nimmt (BGH, wistra 1991, 181; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 112a).

Das OLG München führt hierzu aus: "Das LG hat [...] die Frage unerörtert gelassen, ob die Manipulation eines Beweismittels zur Durchsetzung eines wirklich oder vermeintlich bestehenden Anspruchs überhaupt den Betrugstatbestand erfüllen kann. Die Frage ist mit der - soweit ersichtlich - ganz herrschenden Meinung zu verneinen. Die rechtliche Bewertung eines Vermögensvorteils ist nicht durch das ansonsten unerlaubte Verhalten des Täters beeinflusst. Beim Beweismittel-

betrug fehlt es daher an der Rechtswidrigkeit der Bereicherung, wenn das Resultat der wahren Rechtslage entspricht (vgl. BGHSt 3, 160 [162] = NJW 1952, 1345; Kindhäuser, in: NK-StGB, 2. Aufl., § 263 Rdnr. 373 m. zahlr. Nachw.).
Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es an einer Versuchsstrafbarkeit fehlte, wenn der Angeklagte nach seiner Vorstellung, einen ihm zustehenden Anspruch (auf Wandlung) [seit der Schuldrechtsreform: Rücktritt, Anm. der Red.] durchsetzen wollte. Versuchter Betrug kommt demgegenüber in Betracht, wenn der Angeklagte davon ausging, dass ihm ein Recht auf Wandlung [s.o.] möglicherweise nicht zustand, er also insoweit mit bedingtem Vorsatz handelte (vgl. Tröndle/Fischer, § 263 Rdnr. 112 a m. w. Nachw.)."
A befürchtete, dass die vorhandenen Mängel nicht ausreichen könnten, um seine Klage zu begründen. Er hielt es also zumindest für möglich und nahm es billigend in Kauf, dass er keinen Anspruch auf den beabsichtigten Vermögensvorteil habe. A handelte somit mit Eventualvorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Bereicherung. A hatte Tatentschluss bzgl. einer rechtswidrigen Bereicherung.

cc. Bzgl. Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung
A müsste sich auch eine stoffgleiche Bereicherung vorgestellt haben.
"Stoffgleich" ist die von Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer ist, wenn sie also unmittelbar aus der (schädigenden) Verfügung resultiert (BGHSt 34, 379; BayObLG, NStZ 2003, 264; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 108).
Der von A beabsichtigte Vermögensvorteil bestünde in der Stellung als Gläubiger des vom Landgericht M erlassenen Urteils, die es ihm ermöglichen würde, in das Vermögen des V zu vollstrecken; dies ist die Kehrseite des Vermögensschadens des V, der in seiner Stellung als Schuldner des entsprechenden Urteils besteht (s.o.); auch beruhen sowohl die beabsichtigte Bereicherung des A als auch der Vermögensschaden des V nach der Vorstellung des A auf ein- und derselben Verfügung, nämlich dem Erlass des Urteils durch die Richter beim Langdericht M. A hatte also Tatentschluss bzgl. einer stoffgleichen Bereicherung.

A hatte Tatentschluss zur Begehung eines Betrugs in mittelbarer Täterschaft.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
A müsste gem. § 22 StGB auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.
Ein unmittelbares Ansetzen ist grundsätzlich dann gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, wistra 2002, 263; Roxin, JuS 1979, 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).
Zu berücksichtigen ist jedoch, dass A hier einen Betrug in mittelbarer Täterschaft begehen wollte. Wann der mittelbare Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, ist umstritten.

a. 1. Meinung
Nach einer Auffassung ist bei der mittelbaren Täterschaft ein unmittelbares Ansetzen bereits dann gegeben, wenn der mittelbare Täter auf den Tatmittler einwirkt bzw. hierzu ansetzt (Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 29 Rn. 155; Jakobs, AT, § 21 Rn. 105; Puppe, AT 2, § 35 Rn. 44).
Nach dieser Auffassung wäre ein unmittelbares Ansetzen des A vielleicht schon im Zeitpunkt der Beschädigung des Autos, spätestens jedoch mit der Übergabe des Fahrzeugs an den S gegeben.

b. 2. Meinung
Nach wohl herrschender Meinung beginnt der Versuch bei mittelbarer Täterschaft dann, wenn der mittelbare Täter seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen und das Geschehen in der Vorstellung aus der Hand gegeben hat, dass die Tat nunmehr ohne wesentliche zeitliche Zäsur in die Tatbestandsverwirklichung einmünden werde, sodass eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts auch bereits vorliegt (BGH, NStZ 1986, 547; 2000, 589; Lackner/Kühl, § 22 Rn. 9; Wessels/Beulke, AT, Rn. 613; Rackow, JA 2003, 221).
Diesem Lösungsansatz folgt auch das OLG München im vorliegenden Fall: "Indem der Angeklagte den angeblichen Mangel herstellte und dem Sachverständigen das Fahrzeug unter Hinweis auf mögliche Mängel im Bremsbereich übergab, bediente er sich des Sachverständigen als eines undolosen Werkzeugs und handelte selbst als mittelbarer Täter (§ 25 I Alt. 2 StGB). In Fällen der mittelbaren Täterschaft beginnt der Versuch der Tat, wenn der mittelbare Täter aus seiner Sicht das zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat, indem er die erforderliche Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen und das Geschehen aus der Hand gegeben hat und wenn darüber hinaus zu diesem Zeitpunkt aus seiner Sicht das betroffene

Rechtsgut bereits unmittelbar konkret gefährdet ist (Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 22 Rdnrn. 54, 54a; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 22 Rdnr. 24 - beide m. zahlr. Nachw.). Für eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts ist maßgeblich, dass der Tatmittler im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Einwirkung durch den mittelbaren Täter nach dessen Erwartungen die Tathandlung begehen wird (BGHSt 30, 363 [365] = NJW 1982, 1164; BGHSt 40, 257 [269] = NJW 1999, 204 = NStZ 1995, 80; BGHSt 43, 177 [180] = NJW 1997, 3453 = NStZ 1998, 241; BGH, NStZ 2000, 589 = StV 2001, 272 [2731).

Der vorliegende Fall ist vergleichbar mit demjenigen, in dem ein (gutgläubiger) Rechtsanwalt zur Durchsetzung rechtlicher Ansprüche unter Vorlage einer gefälschten Urkunde beauftragt wird (vgl. hierzu Tröndle/Fischer, § 22 Rdnr. 26). Hier sollte der Sachverständige den Mangel in sein Gutachten aufnehmen, das er dem Gericht gegenüber zu erstatten hatte. Damit sollte die Täuschung des Gerichts bewirkt werden. Nachdem der Sachverständige bereits die Begutachtung unmittelbar nach der Übergabe des Fahrzeugs am 27.05.2004 durchführen sollte, war auch aus der Sicht des Angeklagten mit einer alsbaldigen Gutachtenerstattung zu rechnen.

Dass der Angeklagte sich bisher auf diesen Mangel nicht berufen hat, ändert nichts daran, dass schon jetzt die Täuschung des Gerichts bevorstand. Inwieweit ein bereits eingereichtes Täuschungsmittel zivilrechtlich als wirksam angesehen werden kann, ist für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Täuschungshandlung ohne Belang. Allein entscheidend ist, ob mit der Übersendung des Gutachtens bei dem entscheidenden Richter bereits eine irrtümliche Vorstellung bezüglich des Sachverhalts begründet werden sollte (vgl. BayObLGSt 1995, 36 [43] = NJW 1996, 406 [408]). Im vorliegenden Fall ist insoweit auch zu berücksichtigen, dass die Klage auf Wandlung [nach der Schuldrechtsreform: Rücktritt, Anm. der Red.] bereits erhoben und damit die Berufung auf einen neuen schwerwiegenden Mängel durch den ebenfalls nach Übersendung des Gutachtens getäuschten Rechtsanwalt nach dem Tatplan eine Selbstverständlichkeit war. Insoweit besteht eine weitere Vergleichbarkeit zu dem Fall des unmittelbaren Einsatzes eines getäuschten Anwalts zur Geltendmachung unberechtigter Forderungen."

Ein unmittelbares Ansetzen ist nach dieser Auffassung also gegeben.

c. 3. Meinung

Nach einer dritten Meinung ist ein unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft erst in dem Moment gegeben, in dem der Tatmittler zur Vornahme der eigentlichen Tatbestandshandlung unmittelbar ansetzt (Gössel, JR 1998, 293; Kühl, JuS 1983, 180; Rath, JuS 1999, 140).

Ein unmittelbares Ansetzen des S zur Täuschung des Gerichts, der eigentlichen Tatbestandshandlung des § 263 I StGB, wäre erst in dem Moment gegeben, in dem S sein Gutachten bei Gericht einreicht. Da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, dass dies bereits geschehen ist, wäre nach dieser Auffassung noch kein unmittelbares Ansetzen gegeben.

d. Stellungnahme

Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass auch bei der Mittäterschaft nach ganz herrschender Meinung das unmittelbare Ansetzen des Tatnächsten zugerechnet wird (BGH, NStZ 2000, 589; Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 55; Kratzsch, JA 1983, 587); dann ist eine entsprechende Lösung, wie sie diese Meinung vertritt, auch bei der mittelbaren Täterschaft nahe liegend. Auch ist wohl erst im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens des Tatmittlers eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts gegeben, die aber nach der allgemeinen Definition des unmittelbaren Ansetzens (s.o.) für den Versuchsbeginn maßgeblich ist. Allerdings geht diese Auffassung zu Unrecht von einer Parallelität der Konstellationen bei Mit- und mittelbarer Täterschaft aus. Während die Mittäterschaft nämlich gerade durch das Bestehen eines gemeinsamen Tatplanes und die daraus resultierenden gegenseitigen Zurechnung von Tatbeiträgen gekennzeichnet ist, ist dies bei der mittelbaren Täterschaft gerade nicht der Fall: Der mittelbare Täter handelt nicht "gemeinschaftlich" mit dem Tatmittler, sondern "durch" diesen, sodass auch die Zurechnung des unmittelbaren Ansetzens nicht so nahe liegt wie bei der Mittäterschaft. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass ein unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB stets einen Tatentschluss voraussetzt, sodass ein unvorsätzlich handelndes Werkzeug bei der mittelbaren Täterschaft - anders als der Mittäter selbst gar nicht unmittelbar ansetzt. Dann dürfte es allerdings überaus fraglich sein, ob man die Handlung des Tatmittlers, die für diesen selbst gar kein unmittelbares Ansetzen darstellt, dem mittelbaren Täter als solches zurechnen kann. Da die dritte Meinung dem mittelbaren Täter auch die Möglichkeit eines Rücktritts weit gehend abschneiden würde, kann ihr nicht gefolgt werden. Nach allen anderen Auffassungen ist ein unmittelbares Ansetzen des A hier gegeben.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 StGB sind nicht gegeben.

6. Ergebnis
A ist strafbar gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall, 22, 23 I StGB.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 315b I Nr. 1, III, 315 III Nr. 1b), 22, 23 I StGB durch das Beschädigen des Pkw und dessen Übergabe an S
A könnte sich dadurch, dass er die Bremsanlage des Pkw beschädigte und den Wagen dann dem S zur Durchführung einer Probefahrt übergab, auch wegen versuchten qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b I Nr. 1, III, 315 III Nr. 1b), 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung
Da es zu einer konkreten Gefährdung nicht gekommen ist, ist die Tat gem. § 315b I StGB nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 315b II StGB.

2. Tatentschluss

a. Bzgl. des Grunddelikts (§ 315b I Nr. 1 StGB)
A müsste zunächst Tatentschluss bzgl. der Begehung des Grunddelikts, also einer Tat gem. § 315b I Nr. 1 StGB, gehabt haben.

aa. Bzgl. tauglicher Tathandlung
A müsste Tatentschluss bzgl. der Vornahme einer Tathandlung i.S.v. § 315b I Nr. 1 StGB, also der Zerstörung, Beschädigung oder Beseitigung von Anlagen oder Fahrzeugen, gehabt haben.
Der Begriff des "Beschädigens" i,.S.v. § 315b I Nr. 1 StGB entspricht demjenigen des § 303 I StGB (Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn. 5; Tröndle/Fischer, § 315b Rn. 6). Ein Beschädigen ist somit jedenfalls dann gegeben, wenn die technische Brauchbarkeit einer Sache erheblich beeinträchtigt wird (BGHSt 44, 34; Tröndle/Fischer, § 303 Rn. 6; Dietmeier, JR 1998, 471).
A hatte sich vorgestellt, das Bremssystem des von ihm gekauften Pkws, also eines Fahrzeugs, so zu manipulieren, dass dieses nicht mehr einwandfrei funktionierte, sodass die technische Brauchbarkeit des Fahrzeugs erheblich beeinträchtigt würde. A hatte somit Tatentschluss bzgl. einer Tathandlung i.S.v. § 315b I Nr. 1 StGB.

bb. Bzgl. Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert
A müsste sich weiter vorgestellt haben, dass durch seine Handlung Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet würden.
Hierzu führt das OLG München aus: "Das Landgericht hat zu Gunsten des Angeklagten angenommen, dass er 'nicht mehr beabsichtigt hat, als eingetreten ist'. Das Gericht war überzeugt; dass der Angeklagte auf Grund seiner beruflichen Erfahrung in der Fertigung von ABS-Systemen wusste, dass ein 'lediglich mit zwei Rädern bremsendes Fahrzeug zwar bei einer Bremsung aus hohen Geschwindigkeiten einen ganz erheblich verlängerten Bremsweg hat, bei Fahrten im niedrigen Geschwindigkeitsbereich, wie in der Stadt üblich, jedoch problemlos bis zum Stillstand abgebremst werden kann'.
Grundsätzlich ist die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters; das Revisionsgericht kann nicht eine eigene Bewertung der in der tatrichterlichen Hauptverhandlung erhobenen Beweisergebnisse vornehmen. Eingriffe durch das Revisionsgericht sind vielmehr nur dann zulässig, und geboten, wenn die Beweiswürdigung des Tatrichters fehlerhaft ist und das Urteil darauf beruht (BGH, NStZ-RR 2006, 82 [83]). Die Darstellung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen muss nach ständiger Rechtsprechung des BGH die wesentlichen Gesichtspunkte enthalten, auf welche der Tatrichter seine Überzeugung gestützt hat. Sie darf insbesondere nicht in sich widersprüchlich sein, keine Verstöße gegen Denkgesetze enthalten und nahe liegende abweichende Möglichkeiten der Beweiswürdigung erkennbar außer Betracht lassen (BGH, NStZ-RR 2006, 82).
Für ein freisprechendes Urteil gilt, dass die Anforderungen an eine umfassende Würdigung der festgestellten Tatsachen nicht geringer sind als im Fall der Verurteilung (BGH, NStZ 2002, 446). Die Begründung eines Freispruchs muss also so abgefasst sein, dass bei einer Revision geprüft werden kann, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind, insbesondere ob der den Entscheidungsgegenstand bildende Sachverhalt erschöpfend gewürdigt ist (BGH, wistra 1991, 63). Hierbei muss der Tatrichter im Urteil zunächst diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen Feststellungen nicht getroffen werden können (BGH, wistra 1991, 63).
Gemessen an diesen Grundsätzen hält das angefochtene Urteil der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit handelt ein Täter vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und

nicht ganz fern liegend erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Ziels willens wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein; bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft - nicht nur vage - darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. Da diese beiden Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, müssen bei der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement, in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Insbesondere die Würdigung zum voluntativen Vorsatzelement muss sich mit den Feststellungen des Urteils zur Persönlichkeit des Täters auseinandersetzen und auch die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände mit in Betracht ziehen. Geboten ist somit eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände. Für den Nachweis bedingten Vorsatzes kann insbesondere 'an die vom Täter erkannte objektive Größe und Nähe der Gefahr' angeknüpft werden (BGHSt 36, 1 [9 f.] = NJW 1989, 781 = NStZ 1989, 114).

Zutreffend ist zunächst, dass das Landgericht eine objektive Gefährdung nicht angenommen hat. Allein die Teilnahme am Straßenverkehr. reicht hierfür nach der neueren gefestigten Rechtsprechung des BGH nicht aus (vgl. BGH, NJW 1996; 329 [330] = NStZ 1996, 85). Zu einer Verkehrssituation, die die Annahme einer konkreten Gefahr rechtfertigt, ist es nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht gekommen.

Der BGH hat allerdings in Fällen der Manipulation der Bremsen eines Pkws in der Regel einen versuchten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr angenommen, soweit mit dem Fahrzeug eine Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr erfolgt ist (vgl. BGH, NZV 1989, 119; NJW 1996, 329 [330] = NStZ 1996, 85). Es liegt auf der Hand, dass eine nur eingeschränkt funktionstaugliche Bremsanlage eine erhebliche Gefahrenquelle für mögliche Unfälle im Straßenverkehr begründet. Das alleinige Abstellen auf den Umstand, dass es noch möglich ist, das Fahrzeug mit dem verbleibenden Rest an Bremskraft 'zum Stillstand' zu bringen, vernachlässigt mögliche gefährliche Verkehrssituationen und stellt einseitig auf den konkreten Geschehensablauf ab, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Sachverständige nach circa 100 in vor einer Ampel das Fahrzeug zum Halten bringen konnte. Wie sich die mangelhafte Bremsleistung bei plötzlich auftretenden Verkehrssituationen, etwa einem in die Straße laufenden Kind, auswirken würde, stellt das Landgericht nicht fest. Die Annahme, bei Geschwindigkeiten, wie sie im Stadtverkehr gefahren werden, könne das Fahrzeug 'problemlos' abgebremst werden, ist schon im Hinblick auf die Tatsache fraglich, dass der Sachverständige im Anschluss an die Feststellung des Bremsdefekts mit geringer Geschwindigkeit bis zu einer nahe gelegenen Tankstelle gefahren ist. Wie die Verkehrsverhältnisse im konkreten Fall waren, ob es sich insbesondere um eine stark frequentierte Straße handelte, mit deren Befahren durch den Sachverständigen der Angeklagte rechnen musste, ist ebenso wenig festgestellt, wie die Frage, ob die Straße sogleich oder nach der ersten Ampelanlage geradeaus verlief, abschüssig war und in welchem Umfang mit dem Queren durch Fußgänger oder sonstigem Verkehr zu rechnen war.

Dass die nur eingeschränkt zur Verfügung stehende Bremsleistung im Stadtverkehr grundsätzlich ungeeignet war, eine konkrete Gefahrensituation herbeizuführen, erscheint dem Senat zumindest sehr fraglich und wäre näher zu begründen gewesen. Insgesamt fehlt es an einer Gesamtschau der objektiven und subjektiven Tatumstände, die Rückschlüsse auf den (bedingten) Vorsatz des Angeklagten zulassen."

Laut Bearbeitervermerk hatte A Vorsatz und somit Tatentschluss bzgl. einer konkreten Gefährdung i.S.v. § 315b I StGB.

bb. Bzgl. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

A müsste weiter Tatentschluss bzgl. einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch sein Verhalten gehabt haben. Eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs i.S.v. § 315b I StGB ist dann gegeben, wenn die Tathandlung - auch unmittelbar - zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung führt, sofern sich dieser Erfolg als Steigerung der abstrakten Gefahr darstellt (BGHSt 48, 119 [122]; Tröndle/Fischer, § 315b Rn. 17).

A hatte sich vorgestellt, dass S mit einem Fahrzeug mit defekten Bremsen losfahren würde, was eine abstrakte Gefahr darstellen würde, und sich diese abstrakte Gefahr später in einer Krisensituation im Rahmen des öffentlichen Straßenverkehrs zu einer konkreten steigern würde, sodass er Tatentschluss bzgl. einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs hatte.

b. Bzgl. der Qualifikation (§§ 315b III, 315 III Nr. 1b) StGB)

A könnte weiter Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes der §§ 315b III, 315 III Nr. 1 b) StGB gehabt haben. Dann müsste er in der Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu ermöglichen.

A wollte hier durch die Beschädigung des Autos und dessen Übergabe an S letztlich einen (Prozess-) Betrug in mittelbarer Täterschaft gegenüber den Richtern beim Landgericht M und zum Nachteil des V ermöglichen (s.o.). Fraglich ist jedoch, ob dieser Betrug eine "andere" Straftat i.S.v. § 315 III Nr. 1b StGB darstellt, da des unmittelbare Ansetzen zu diesem Betrug und das unmittelbare Ansetzen zum Grunddelikt des § 315b I StGB durch dieselbe Handlung, nämlich die Übergabe des Beschädigten Fahrzeugs an den S begangen wurden (s.o.).

Das OLG München geht trotzdem von einer Ermöglichungabsicht aus: "Das LG hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht geprüft, ob ein Fall des § 315 III Nr. 1 lit. b i. V mit § 315 III StGB im Hinblick auf die auch vom LG angenommene beabsichtigte Täuschung des Gerichts in Betracht kommt. Auch wenn man davon ausgeht, dass bereits mit der Übergabe des manipulierten Fahrzeugs an den Sachverständigen ein versuchter Betrug anzunehmen ist, der in Tateinheit mit dem versuchten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr steht, kommt eine Anwendung dieser Bestimmung in Betracht. Zwar hat der BGH (NZV 1995, 285) eine Anwendung dieser Bestimmungen in einem Fall verneint, in dem der Eingriff in den Straßenverkehr zugleich die strafbare Handlung konstituierte; es reicht aber aus, dass der Eingriff Mittel der weiteren Straftat ist, mit dieser also nicht vollständig zusammenfällt (vgl. König, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 315 Rdnr. 116). "

Der (versuchte) gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr würde im vorliegenden Fall zwar mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Betrugsversuch zusammenfallen; jedoch wären jedenfalls zur Vollendung des Betruges noch zahlreiche weitere Ereignisse erforderlich (die Erstellung des Gutachtens, die Überreichung des Gutachtens an das Gericht und der Erlass eines der Klage des A stattgebenden Urteils), sodass die Straftaten nicht vollständig zusammenfallen würden.

A hat also auch in der qualifizierenden Absicht gem. §§ 315b III, 315 III Nr. 1b) StGB gehandelt.

A hatte Tatentschluss zur Begehung einer Tat gem. §§ 315b I Nr. 1, III, 315 III Nr. 1b) StGB.

3. Unmittelbares Ansetzen

A hatte die tatbestandsmäßige Handlung des § 315b I Nr. 1 StGB (Beschädigen eines Fahrzeugs) bereits voll erbracht, so dass aus seiner Sicht keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte mehr zur Deliktsverwirklichung erforderlich waren und er somit bereits unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt hat.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt.

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt liegen nicht vor.

6. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 315b I Nr. 1, III, 315 IIINr. 1b), 22, 23 I StGB.

III. Strafbarkeit des A gem. § 303 I StGB durch das Beschädigen des Pkw

A könnte sich dadurch, dass er die Bremsanlage des Pkw beschädigte wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben.

Da A jedoch Alleineigentümer des Autos war, ist dies für ihn keine fremde Sache, sodass eine Strafbarkeit gem. § 303 I StGB ausscheidet.

IV. Ergebnis

A hat durch dieselbe Handlung (das Beschädigen des Autos und dessen Übergabe an S) die Delikte gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall, 22, 23 I StGB und §§ 315b I Nr. 1, III, 315 III Nr. 1b) StGB verwirklicht. Wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche (Vermögen bzw. Sicherheit des Straßenverkehrs) bleiben die Delikte in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Zacharias, Diana: "Das Weihnachtsfest im deutschen öffentlichen Recht"
Fundstelle:	NVwZ 2006, 1329 (Heft 12)
Inhalt:	Die Autorin setzt sich mit der Frage auseinander, ob das Feiern des Weihnachtsfestes grundrechtlich geschützt ist (bejaht aus Art. 4 GG) und welchen Schranken dieser Schutz zu unterwerfen ist. Ein lehrreicher und wegen zahlreicher unfreiwillig komischer Ausführungen auch unterhaltsamer Beitrag. Beispielsweise stellt die Autorin klar, dass das Stehlen einer Weihnachtsgans aus dem städtischen Zoo nicht erlaubt sei und das allzu laute Singen von Weihnachtsliedern emissionsschutzrechtliche Konsequenzen haben könne. Und weiter: Schaffe eine Gemeinde einen Weihnachtsbaum an, verstoße sie nur deshalb nicht gegen ihre Neutralitätspflicht, weil es sich bei einem Weihnachtsbaum nicht um ein christliches, sondern ein traditionelles Symbol handele. Und eine Verschwendung von Steuermitteln liege jedenfalls dann nicht vor, wenn die örtliche Kaufmannschaft die Kosten für den Baum übernehme.

Autor/Titel:	Mertens, Karsten: "Bet and lose" oder doch "betandwin"? - Zum anhaltenden Chaos im Recht der Sportwetten
Fundstelle:	DVBl 2006, 1564 (Heft 24)
Inhalt:	Die RA hatte bereits mehrfach über die Rechtsprechung zur staatlichen Verboten von Sportwetten berichtet (BVerfG, RA 2006, 248 = NJW 2006, 1261; BVerwG, RA 2006, 687. Der Autor dieses Beitrags fasst den Stand der Dinge zunächst ordnend zusammen und bewertet sie sodann. Dabei geht er auch auf die europarechtliche Komponente ein, die u.a. Gegenstand des Urteils des OVG NRW aus diesem Heft (S. 705 ff.) ist.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Lepczyk, Dennis A.: "Haftung des GbR-Scheingesellschafters für Altverbindlichkeiten"
Fundstelle:	NJW 2006, 3391 (Heft 47)
Inhalt:	Der Autor befasst sich hier mit der Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 22.12.2005, Az. 8 U 91/05. Das erkennende Gericht hatte die Frage zu beurteilen, inwieweit ein Scheingesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. In der Sache ging es um die Haftung einer Rechtsanwältin, die auf dem Kanzleibriefkopf bereits vermerkt war, obwohl sie zu dieser Zeit lediglich als freie Mitarbeiterin dort beschäftigt war und die Anstellung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte. Der BGH wendet auf die GbR die §§ 128 ff. HGB konsequent analog an. Demnach müsse auch analog § 130 HGB der Scheingesellschafter für Altverbindlichkeiten haften. Dem tritt das OLG Saarbrücken hier entgegen. Der erkennende Senat verneint die analoge Anwendung des § 130 HGB im vorliegenden Fall, da ein gerechter Interessenausgleich zu finden sei. Bei einem Scheingesellschafter sei eine andere Interessenlage als bei einem in die Gesellschaft eintretenden gegeben, da nur letzerem Vorteile durch den Eintritt in die Gesellschaft erwachsen. Es bleibt daher abzuwarten, ob und ggf. inwieweit sich der BGH mit dieser Entscheidung kritisch auseinander setzen wird.

Autor/Titel:	Breßler, Steffen: "Die Mandantenbesprechung"
Fundstelle:	JuS 2006, 975 (Heft 11)
Inhalt:	In diesem Aufsatz, der sich insbesondere an Referendare richtet, befasst sich der Autor mit der Frage der Sachvershaltsermittlung im Rahmen einer Mandantenbesprechung. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt in der anwaltlichen Erstberatung im Rahmen einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung. Der Aufsatz enthält einen Leitfaden, der Referendaren im Rahmen der Ausbildung und zu Beginn der Berufstätigkeit wertvolle Hinweise geben kann. Bereits in den ersten Minuten des Mandantengesprächs werden die Grundsteine für eine gute Mandantenbetreuung gelegt. Ohne Ermittlung des vollständigen Sachverhaltes kann eine umfassende Beratung nicht erfolgen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Jeßberger, Florian und Sander, Camill: "Der dolus alternativus"
Fundstelle:	JuS 2006, 1065 (Heft 12)
Inhalt:	Mit dem Begriff "dolus alternativus" wird üblicherweise eine Konstellation bezeichnet, in der der Täter weiß, dass einer von zwei sich ausschließenden Erfolgen eintreten wird. In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob im Falle des Eintritts eines der Erfolge neben der vorsätzlichen Verwirklichung eines Tatbestandes noch ein Versuch gegeben ist. Die Autoren grenzen den dolus alternativus vom ähnlichen dolus cumlativus ab und zeigen die vertretenen Auffassungen anschaulich auf. Eine eindeutige Stellungnahme oder gar neue Ansätze bringen sie jedoch nicht. Zur Wiederholung oder zum Einstieg in die Problematik dennoch sehr lesenswert.

Autor/Titel:	Kretschmer, Joachim: "Die Garantenstellung (§ 13 StGB) auf familienrechtlicher Grundlage"
Fundstelle:	JURA 2006, 898 (Heft 12)
Inhalt:	Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts setzt gem. § 13 I StGB stets das Bestehen einer Garantenstellung voraus. Gerade in Examensklausuren wird häufig eine enge persönliche Beziehung, die sich insb. aus familiären Näheverhältnissen ergeben kann, hierfür herangezogen. In diesem Aufsatz stellt der Verfasser die Unterschiede zwischen Beschützer- und Überwachergarantenstellung dar und erörtert das Bestehen entsprechender Garantenstellungen bei bestimmten Verwandschaftsghraden (Elter und Kinder, Ehegatten und Geschwister).

Autor/Titel:	Bollacher, Florian und Stockburger, Jochen: "Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung"
Fundstelle:	JURA 2006, 908 (Heft 12)
Inhalt:	Ist in eine Klausur die Strafbarkeit eines ärztlichen Heileingriffs zu prüfen, so stellt sich neben der klassischen Frage, ob ein solches Verhalten überhaupt den Tatbestand der Körperverletzungsdelikte erfüllen kann meist auch das Problem einer Rechtfertigung. Die Verfasser zeigen in diesem Aufsatz die insofern vertretenen Auffassungen und potenziellen Problemfelder nachvollziehbar und mit den klausurrelevanten Prüfungsschemata auf, so dass dieser Aufsatz zur entsprechenden Examensvorbereitung ideal ist.