

## Öffentliches Recht

### Standort: Europarecht    Problem: Rücknahme europarechtswidriger Verwaltungsakte

EUGH, URTEIL VOM 19.09.2006  
C 392/04 (NWVBL 2006, 455)

#### **Problemdarstellung:**

Das BVerwG hatte die Frage zu klären, ob und wann ein belastender, europarechtswidriger Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden muss. Im konkreten Fall hatte die Erlassbehörde von einigen Telekommunikationsunternehmen Bearbeitungsgebühren für 30 Jahre im voraus festgesetzt. Die Unternehmen hatten die Festsetzung bestandskräftig werden lassen und gezahlt. Nachdem das BVerwG jedoch auf die Klage anderer Unternehmen in vergleichbaren Fällen hin die Rechtswidrigkeit einer solchen Festsetzung festgestellt hatte, verlangten sie die Aufhebung auch ihrer Bescheide. Dies lehnte die Behörde unter Hinweis auf das ihr nach § 48 VwVfG eingeräumte Ermessen ab. Das BVerwG erkannte, dass die Bescheide möglicherweise nicht nur nach deutschem, sondern auch nach Europarecht rechtswidrig sein könnten, und legte dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung (Art. 234 EG) die Fragen vor, ob dies erstens der Fall sei, und bejahendenfalls zweitens die Europarechtswidrigkeit zu einer Ermessensreduktion im Rahmen des § 48 VwVfG dergestalt führt, dass die Verwaltungsakte zurückgenommen werden müssen, der Betroffene m.a.W. einen gebundenen Anspruch auf Rücknahme hat.

Grundsätzlich erkennt der EuGH in st.Rspr. an, dass auch ein europarechtswidriger Verwaltungsakt in Bestandskraft erwachsen kann, weil dies im Sinne des auch europarechtlich anzuerkennenden Interesses an Rechtssicherheit geboten sei. Im Einzelfall sei ein solcher bestandskräftiger Verwaltungsakt aber wieder aufzuheben, wenn dies im Sinne einer effektiven Umsetzung des Europarechts geboten sei (sog. "effet utile" oder "*Effektivitätsprinzip*", abgeleitet aus Art. 10 EG). Hierzu hat der EuGH in seiner Entscheidung Kühne & Heitz (EuGH, RA 2004, 235 = Slg. 2004, I-837) folgende vier Kriterien aufgestellt:

1. Die Behörde ist nach nationalem Recht befugt, den Verwaltungsakt zurückzunehmen. Eine solche Möglichkeit eröffnet in Deutschland z.B. § 48 VwVfG, der explizit auch für bestandskräftige Verwaltungsakte gilt.
2. Der Betroffene muss sich durch die Instanzen gegen

den Verwaltungsakt gewehrt haben. Bestandskraft darf m.a.W. erst nach Erlass des Urteils in letzter Instanz eingetreten sein.

3. Das letztinstanzliche Urteil muss, wie sich aus einer nach seinem Erlass ergangenen Entscheidung des EuGH ergeben muss, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruhen, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfüllt war.

4. Der Betroffene muss sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung EuGH erlangt hat, mit seinem Rücknahmeersuchen an die Verwaltungsbehörde gewandt haben.

Im vorliegenden Fall fehlte es an Voraussetzung Nr. 2, weil die betroffenen Telekommunikationsunternehmen die an sie gerichteten Bescheide hatten bestandskräftig werden lassen, ohne Rechtsbehelfe zu ergreifen. Deshalb bestand aus europarechtlicher Sicht grds. keine Ermessensreduzierung und damit kein Aufhebungsanspruch. Der EuGH meint aber, dass ein europarechtswidriger Verwaltungsakt jedenfalls nicht schlechter behandelt werden dürfe als ein nationalem Recht rechtswidriger Verwaltungsakt (sog. "*Äquivalenzprinzip*"). Mit anderen Worten ist ein belastender europarechtswidriger Verwaltungsakt jedenfalls dann aufzuheben, wenn ein nach nationalem Recht rechtswidriger, belastender Verwaltungsakt aufzuheben ist.

Das BVerwG bejaht eine solche Ermessensreduzierung im Rahmen von § 48 VwVfG nur, wenn eine Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts "schlechthin unerträglich" ist (st.Rspr. seit BVerwGE 28, 127). Darin liegt ein sehr strenger Maßstab. "Schlechthin unerträglich" ist die Aufrechterhaltung nur dann, wenn sie der Gleichbehandlung, der Billigkeit, den guten Sitten oder Treu und Glauben widerspricht oder die Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden Verwaltungsakts offensichtlich ist. Zu beurteilen, ob und wann ein solcher Fall vorliegt, sei - so der EuGH, aber allein Sache des entscheidenden nationalen Gerichts.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Problemkreis "Bestandskraft contra Europarecht" macht immer wieder Probleme. Keinesfalls dürfen begünstigende und belastende Verwaltungsakte dabei

verwechselt werden:

1. Für *begünstigende Verwaltungsakte*, die europarechtswidrig sind (z.B. Beihilfen, die den gemeinsamen Markt verfälschen, Art. 87 ff. EG) ist seit langem anerkannt, dass eine Pflicht zur Rücknahme nach § 48 VwVfG besteht, das Rücknahmeermessen also auf null reduziert ist. Selbst der Vertrauensschutz (§ 48 II VwVfG) und die Rücknahmefrist (§ 48 IV VwVfG) sollen hierbei nicht gelten (EuGH, EuZW 1997, 276; vgl. auch BVerfG, RA 2000, 181 = EuZW 2000, 447). Auch zur Begründung dieser Ansicht beruft sich der EuGH auf den "effet utile" aus Art. 10 EG.

Ein solcher Fall kann z.B. im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen den Rücknahmebescheid geprüft werden. Im Tatbestand (Vertrauensschutz, Frist) bzw. in der Rechtsfolge (Ermessen) der Ermächtigungsgrundlage muss dann auf den modifizierenden Einfluss des Europarechts eingegangen werden.

2. Für europarechtswidrige *belastende Verwaltungsakte* besteht ein Anspruch auf Rücknahme nach der Entscheidung des EuGH im Fall Kühne & Heitz (EuGH, RA 2004, 235 = Slg. 2004, I-837), welche im vorliegenden Fall bekräftigt wird, in jedem Fall unter den vier o.g., aus dem "effet utile" abzuleitenden Kriterien; darüber hinaus (nur) dann, wenn dies nach nationalen Kriterien der Fall wäre ("schlechthin unerträglich", s.o.).

Diese Voraussetzungen werden in aller Regel im Rahmen einer auf § 48 VwVfG gestützten Verpflichtungsklage auf Erlass eines Rücknahmebescheids zu erörtern sein, wenn zu prüfen ist, ob die Sache spruchreif i.S.d. § 113 V 1 VwGO ist, sich m.a.W. das Ermessen des § 48 VwVfG auf null reduziert hat.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Vorlagebeschluss des BVerwG in dieser Sache: BVerwGE 121, 226
- Entscheidung des BVerwG zur Unwirksamkeit der TKLGebV: BVerwGE 115, 125

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Machtwort aus Brüssel"

#### **Leitsätze:**

**1. Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.4.1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste steht der Erhebung einer Gebühr für Einzelgenehmigungen entgegen, bei deren Berechnung die Kosten des allgemeinen Verwaltungsaufwands berücksichtigt werden, die der Regulierungsbehörde im Zusammenhang mit der Erteilung dieser Genehmigungen über einen Zeitraum von 30 Jahren entstehen.**

**2. Art. 10 EG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG gebietet es, dass das nationale Gericht beurteilt, ob eine mit dem Gemeinschaftsrecht klar unvereinbare Regelung wie jene, die den in den Ausgangsverfahren streitigen Gebührenbescheiden zugrunde liegt, offensichtlich rechtswidrig i.S.d. betreffenden nationalen Rechts ist. Ist dies der Fall, hat das nationale Gericht daraus alle sich nach seinem nationalen Recht in Bezug auf die Rücknahme dieser Bescheide ergebenden Konsequenzen zu ziehen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.4.1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste (Lizenzierungsrichtlinie) sowie von Art. 10 EG. Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 sieht vor:

"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass von dem Unternehmen im Rahmen der Genehmigungsverfahren nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Gebühren für eine Einzelgenehmigung müssen in Relation zu dem damit verbundenen Aufwand stehen und sind mit ausreichenden Einzelheiten in geeigneter Form zu veröffentlichen, damit die Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist."

Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG wurde in Deutschland durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25.7.1996 (BGBl. I, S. 1120) und die vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation auf der Grundlage dieses Gesetzes erlassene Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (TKLGebV) vom 28.7.1997 (BGBl. I, S. 1936) umgesetzt. Die Richtlinie 97/13/EG wurde durch die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) aufgehoben.

Die Klägerinnen der beim BVerwG anhängigen Verfahren sind Telekommunikationsunternehmen. Für die Erteilung von Telekommunikationslizenzen zog die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post sie zu Gebühren heran. Nach der TKLGebV wurde bei der Berechnung der Gebühr von einer Vorauserhebung der Kosten des allgemeinen Verwaltungsaufwands der nationalen Regulierungsbehörde für einen Zeitraum von 30 Jahren ausgegangen. Die Klägerinnen fochten die Gebührenfestsetzungen nicht an und zahlten. Nachdem das BVerwG mit Urte. v 19.9.2001 (- 6 C 13.00-) entschieden hatte, dass die TKLGebV mit höherrangigem Bundesrecht nicht vereinbar sei, verlang-

ten die Klägerinnen die Erstattung der von ihnen geleisteten Gebühren. Das Verwaltungsgericht wies die Klagen mit der Begründung ab, dass die Gebührenbescheide bestandskräftig geworden seien und dass die Klägerinnen weder einen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens noch auf Rücknahme der Gebührenbescheide hätten. Das BVerwG hat dem EuGH folgende Fragen gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG dahin zu verstehen, dass er der Erhebung einer Lizenzgebühr entgegensteht, bei deren Berechnung von einer Voraushebung der Kosten des allgemeinen Verwaltungsaufwands einer nationalen Regulierungsbehörde für einen Zeitraum von 30 Jahren ausgegangen worden ist?

2. Falls ja, sind Art. 10 EG und Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie dahin zu verstehen, dass sie es gebieten, einen Gebührenbescheid, mit dem Gebühren im Sinne der Frage 1 festgesetzt worden sind und der nicht angefochten worden ist, obwohl das nationale Recht das ermöglichte, aufzuheben, wenn das nationale Recht dies zulässt, aber nicht fordert?

Aus den Gründen:

[49] [...] Entgegen dem Vorbringen von Arcor betrifft die zweite Frage nicht eine Kollision zwischen zwei materiell-rechtlichen Vorschriften über die Erstattung von zu Unrecht erhobenen Gebühren. Denn weder Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 noch das TKG und die TKLGebV, wie sie in den dem Gerichtshof vorliegenden Akten dargestellt worden sind, behandeln eine solche Erstattung.

[50] Die Frage betrifft vielmehr das Verhältnis zwischen Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 und § 48 VwVfG, wie ihn das BVerwG auslegt. Nach dieser Vorschrift werden Gebührenbescheide nach Ablauf einer bestimmten Frist bestandskräftig, und ihre Adressaten verfügen über keinen Rechtsbehelf mehr, um einen aus Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 abgeleiteten Anspruch geltend zu machen, vorbehaltlich der Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts, dessen Aufrechterhaltung "schlechthin unerträglich" ist.

#### *A. Bestandsschutz grundsätzlich auch europarechtlich anerkannt*

[51] Entsprechend dem Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt das Gemeinschaftsrecht nicht, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, die nach Ablauf angemessener Fristen oder durch Erschöpfung des Rechtswegs bestandskräftig geworden ist (vgl. EuGH, Slg. 2004, I-837 Rn. 24 - Kühne & Heitz). Durch die Beachtung dieses Grundsatzes lässt sich verhindern, dass Handlungen der Verwaltung, die

Rechtswirkungen entfalten, unbegrenzt in Frage gestellt werden können (vgl. entsprechend EuGH, Slg. 1999, I-5363, Rn. 61 - Kommission/Assi-Domän Kraft Products).

#### *B. Ausnahme für belastende Verwaltungsakte*

[52] Der Gerichtshof hat jedoch anerkannt, dass in bestimmten Fällen eine Schranke für diesen Grundsatz bestehen kann. In Rn. 28 des Urteils Kühne & Heitz hat er entschieden, dass die für den Erlass einer Verwaltungsentscheidung zuständige Behörde nach dem in Art. 10 EG verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichtet ist, ihre Entscheidung zu überprüfen und eventuell zurückzunehmen, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens, die Behörde ist nach nationalem Recht befugt, diese Entscheidung zurückzunehmen. Zweitens, die Entscheidung ist infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden. Drittens, das Urteil beruht, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofes zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfüllt war. Viertens, der Betroffene hat sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofes erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt.

#### *C. Wie, wenn keine Anfechtung des Verwaltungsaktes erfolgt?*

[53] Die Rechtssache Kühne & Heitz unterscheidet sich jedoch völlig von den Ausgangsverfahren. Die Kühne & Heitz NV hatte nämlich sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ausgeschöpft, während in den Ausgangsverfahren i-21 und Arcor von ihrem Recht, die an sie gerichteten Gebührenbescheide anzufechten, nicht Gebrauch gemacht haben.

[54] Folglich ist das Urteil Kühne & Heitz entgegen der Auffassung von i-21 nicht erheblich für die Feststellung, ob eine Verwaltungsbehörde in einer Situation wie derjenigen der Ausgangsverfahren zur Rücknahme bestandskräftiger Entscheidungen verpflichtet ist.

[55] In den beim vorlegenden Gericht anhängigen Verfahren wird die Erstattung von Gebühren, die aufgrund bestandskräftiger Gebührenbescheide entrichtet wurden, mit der Begründung begehrt, dass die zuständige Verwaltungsbehörde gemäß § 48 VwVfG in der Auslegung des BVerwG zur Rücknahme dieser Bescheide verpflichtet sei.

[56] Daher stellt sich die Frage, ob es zum Schutz der Rechte der Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erforderlich sein kann, dass ein nationales Gericht, bei dem solche Verfahren anhängig sind, das Bestehen einer solchen Verpflichtung der Verwaltungsbehörde bejaht.

*I. Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip zu wahren*

[57] Hierzu ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nach dem Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats sind; sie dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip, vgl. insbesondere EuGH, Slg. 2000, I-3201, Rn. 31 - Preston; Slg. 2004, I-723, Rn. 67 - Wells).

*1. Effektivitätsprinzip gebietet effektive Rechtsschutzmöglichkeit*

[58] Was zunächst das Effektivitätsprinzip angeht, so dürfen danach die Vorschriften, die für die Behandlung von Gebührenbescheiden gelten, die auf eine mit Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 unvereinbare Regelung gestützt sind, die Ausübung der durch diese Richtlinie verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

[59] Die betreffenden Unternehmen müssen somit gegen solche Bescheide innerhalb einer angemessenen Frist ab ihrer Bekanntgabe einen Rechtsbehelf einlegen und die ihnen aus dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13, erwachsenden Rechte geltend machen können.

[60] In den Ausgangsverfahren ist nicht vorgetragen worden, dass die Vorschriften über die Einlegung eines Rechtsbehelfs und insbesondere die dafür vorgesehene Einmonatsfrist unangemessen seien.

[61] Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass nach § 48 Abs. 1 VwVfG ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, zurückgenommen werden kann.

*2. Äquivalenzprinzip verbietet Schlechterstellung im Hinblick auf europarechtswidrige VAe*

[62] Was sodann das Äquivalenzprinzip betrifft, so verlangt es, dass bei der Anwendung sämtlicher für Rechtsbehelfe geltenden Vorschriften einschließlich der vorgesehenen Fristen nicht danach unterschieden wird, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht oder gegen internes Recht gerügt wird.

[63] Folglich muss, wenn nach den für Rechtsbehelfe geltenden nationalen Vorschriften ein nach innerstaatlichem Recht rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, zurückzunehmen ist, sofern seine Aufrechterhaltung "schlechthin unerträglich" wäre, die gleiche Verpflichtung zur Rücknahme unter den gleichen Voraussetzungen im

Fall eines Verwaltungsakts gelten, der gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

*II. Ansonsten Ermessensreduktion nur nach nationalen Kriterien*

[64] Aus den Ausführungen des vorlegenden Gerichts geht hervor, dass das nationale Gericht zur Beurteilung des Merkmals "schlechthin unerträglich" geprüft hat, ob die Aufrechterhaltung der in den Ausgangsverfahren streitigen Gebührenbescheide die im nationalen Recht geltenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Billigkeit, der guten Sitten oder von Treu und Glauben verletzt oder ob die Unvereinbarkeit der Gebührenbescheide mit höherrangigem Recht offensichtlich ist.

*1. Unerträgliche Ungleichbehandlung*

[65] Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist nach Auffassung des BVerwG nicht beeinträchtigt, da Unternehmen wie i-21 und Arcor, deren Gebührenbescheide aufrechterhalten worden seien, ihre Befugnis, diese Bescheide anzufechten, nicht ausgeübt hätten. Ihre Lage sei daher mit der von Unternehmen, die diese Befugnis ausgeübt und die Rücknahme der an sie gerichteten Gebührenbescheide erwirkt hätten, nicht vergleichbar.

[66] Bei einer solchen Anwendung des in der in den Ausgangsverfahren streitigen Regelung vorgesehenen Grundsatzes der Gleichbehandlung wird nicht danach unterschieden, ob der Rechtsstreit einen dem nationalen Recht oder einen dem Gemeinschaftsrecht unterliegenden Sachverhalt zum Gegenstand hat; sie stellt daher offensichtlich keine Beeinträchtigung des Äquivalenzprinzips dar.

*2. Treu und Glauben*

[67] Im Übrigen ist nicht vorgetragen worden, dass die Grundsätze der guten Sitten, von Treu und Glauben oder der Billigkeit je nach Art des Rechtsstreits unterschiedlich angewandt worden wären.

*3. Offensichtliche Rechtswidrigkeit*

[68] Hingegen ist die Frage aufgeworfen worden, ob das Merkmal der offensichtlichen Rechtswidrigkeit in der gleichen Weise angewandt wurde. Nach Auffassung der Kommission hat das nationale Gericht geprüft, ob die Regelung, auf die die Gebührenbescheide gestützt waren, im Hinblick auf höherrangige Rechtsvorschriften, nämlich das Telekommunikationsgesetz und das Grundgesetz, offensichtlich rechtswidrig war, jedoch habe es diese Untersuchung im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Die Regelung verstoße offensichtlich gegen Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13, sodass das Äquivalenzprinzip nicht beachtet worden sei.

[69] Ist die Behörde nach nationalem Recht verpflichtet, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung

zurückzunehmen, wenn diese offensichtlich mit innerstaatlichem Recht unvereinbar ist, so muss im Fall offensichtlicher Unvereinbarkeit dieser Entscheidung mit Gemeinschaftsrecht die gleiche Verpflichtung bestehen.

[70] Um zu beurteilen, wie klar Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 ist und ob die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit diesem Artikel offensichtlich ist oder nicht, sind die Ziele dieser Richtlinie heranzuziehen, die zu den Maßnahmen gehört, die zur vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsdienste und -infrastrukturen getroffen wurden, und bezweckt, den Markteintritt neuer Wettbewerber zu erleichtern.

Insoweit kann die Erhebung einer sehr hohen Gebühr, die die für einen Zeitraum von 30 Jahren geschätzten allgemeinen Kosten abdeckt, den Wettbewerb ernsthaft beeinträchtigen, wie das vorliegende Gericht in seinen Vorabentscheidungsersuchen ausgeführt hat, und stellt im Rahmen dieser Beurteilung einen erheblichen Faktor dar.

[71] Es ist Sache des nationalen Gerichts, anhand des Vorstehenden zu beurteilen, ob eine mit dem Gemeinschaftsrecht klar unvereinbare Regelung wie jene, die den in den Ausgangsverfahren streitigen Gebührenbescheiden zugrunde liegt, offensichtlich rechtswidrig im Sinne des betreffenden nationalen Rechts ist.

### Standort: § 80 I VwGO

### Problem: Suspensiveffekt gegen Aufrechnung

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 09.11.2006  
10 ME 189/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss des OVG Lüneburg ging es um die Frage, ob die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen Leistungsbescheid nach § 80 I VwGO die Behörde auch daran hindert, mit der im Leistungsbescheid enthaltenen Forderung gegenüber einer Gegenforderung des Bürgers aufzurechnen. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der seit langem umstrittenen Frage ab, was der Suspensiveffekt des § 80 I VwGO bewirkt und wie weit er reicht:

A. Eine - vom OVG in einem Nebensatz erwähnte, aber nicht erörterte - Ansicht folgert aus § 80 I VwGO eine Wirksamkeitshemmung (HUBa, JuS 1990, 382, 384; Schoch, NVwZ 1991, 1121, 1122). Sie sieht m.a.W. einen suspendierten Verwaltungsakt als rechtlich nicht existent (unwirksam) an. Folgt man dieser Ansicht, darf mit einer durch den Leistungsbescheid begründeten Forderung nicht aufgerechnet werden, denn diese wäre rechtlich nicht existent.

B. Die herrschende Ansicht, insbesondere die Rspr., entnimmt § 80 I VwGO aber nur eine Vollzugshemmung (BVerfGE 35, 263, 264; BVerwGE 89, 357, 361). Der Verwaltungsakt bleibt also auch unter Suspensiveffekt rechtlich existent; die Behörde darf den Verwaltungsakt aber nicht vollziehen. Für diese Ansicht spricht, dass nach § 80 II Nr. 4 VwGO die Behörde eine Anordnung "der sofortigen *Vollziehung*" treffen kann (nach der Gegenansicht müsste es "der sofortigen *Wirksamkeit*" heißen) und das Gericht nach § 80 V 3 VwGO die Aufhebung der "*Vollziehung*" anordnen kann. Diese vorzugswürdige Ansicht bereitet im Hinblick auf die Zulässigkeit der Aufrechnung unter Suspensiveffekt jedoch Probleme:

I. Sieht man mit dem BVerwG in einer "Vollziehung" in diesem Sinne nur eine hoheitliche Maßnahme, die auf Erzwingung (Vollstreckung) des Verwaltungsakts

gerichtet ist, wird eine Aufrechnung nicht vom Suspensiveffekt erfasst, denn diese ist weder hoheitlich noch eine Vollstreckungshandlung.

II. Interpretiert man mit dem OVG Lüneburg den Begriff der "Vollziehung" des Verwaltungsakts hingegen weiter und fasst jegliches Gebrauchmachen vom Verwaltungsakt darunter - gleich ob öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Art, gleich ob Vollstreckungshandlung oder nicht -, wäre eine Aufrechnung auch eine durch § 80 I VwGO verbotene Vollziehung des Verwaltungsakts.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Reichweite des Suspensiveffekts aus § 80 I VwGO hat neben der dargestellten Aufrechnungsproblematik noch zahllose weitere Konsequenzen. Man denke beispielsweise an rechtsgestaltende Verwaltungsakte, die einer Vollziehung nicht bedürfen (z.B. Ernennung zum Beamten; Feststellung der Mitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaft wie IHK, Anwaltskammer usw.). Die Theorie der Wirksamkeitshemmung würde für die Dauer des Suspensiveffekts zu dem Ergebnis kommen, dass der Adressat nicht Beamter, Mitglied usw. ist, während die Theorie der Vollzugshemmung von einer Begründung des entsprechenden Status ausgehen müsste. Hingewiesen sei auch auf die Entscheidung des OVG Bautzen (5 B 471/04, in diesem Heft) zur Frage, ob die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung ex nunc eintritt oder auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts zurück wirkt. Dort wird der Streit über die Wirksamkeits- oder Vollzugshemmung auch angesprochen (und i.E. offen gelassen).

#### Vertiefungshinweise:

☐ Für ein Aufrechnungsverbot unter bestehendem Suspensiveffekt: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1997, 655; *OVG Brandenburg*, NVwZ 2000, 577; *BFHE* 193, 254; 178, 306

☐ Gegen ein Aufrechnungsverbot unter bestehendem Suspensiveffekt: *BVerwGE* 66, 218; *OVG Bremen*, NVwZ-RR 2000, 524

☐ Begriff der "Vollziehung" eines Verwaltungsakts: *OVG Bremen*, NVwZ-RR 1993, 216; *OVG Münster*, NVwZ-RR 1988, 126; *VGH München*, NVwZ-RR 1990, 594

### **Leitsätze:**

**1. Die Aufrechnung mit einer durch Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid begründeten Gegenforderung stellt eine Vollziehung dieses Bescheides dar.**

**2. Die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage gegen einen Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid lässt eine Aufrechnung nicht zu.**

### **Sachverhalt:**

Die nach § 146 Abs. 1 VwGO statthafte Beschwerde der Antragsgegnerin hat keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Die von der Antragsgegnerin dargelegten Gründe, auf deren Überprüfung sich die Entscheidung des Senats beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), führen nicht zu einer Änderung der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts.

#### **A. Erste Ansicht: Unzulässigkeit der Aufrechnung**

##### **I. Vollzugsmaßnahme**

Das Verwaltungsgericht hat seine Entscheidung, mit der es die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Rückforderungsbescheid des Amtes für Agrarstruktur vom 16. März 2004 und der Klage des Antragstellers gegen den Änderungsbescheid der Antragsgegnerin vom 24. Juni 2005 festgestellt hat, darauf gestützt, dass die von der Antragsgegnerin vorgenommene Aufrechnung der Ansprüche des Antragstellers auf Betriebsprämie für das Jahr 2005 mit Rückforderungen von Prämien und Zuwendungen eine Vollziehungsmaßnahme darstelle. Der Antragsgegnerin sei es aufgrund der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Rückforderungsbescheid vom 16. März 2004 einstweilen untersagt, die von ihrer Vorgängerbehörde - Amt für Agrarstruktur C. - ausgesprochene Rückforderung nebst Zinsen im Wege der Aufrechnung rechtlich durchzusetzen. Dies gelte entsprechend für den Kostenfestsetzungsbescheid aufgrund des darin erfolgten Hinweises, dass die festgesetzten Kosten erst nach Abschluss des Verfahrens gegen den Ausgangsbescheid (Kostenanlass) zu zahlen sei. Auch sei es der Antragsgegnerin aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Kürzungs- und Neufestsetzungsbescheid vom

24. Juni 2005 einstweilen verwehrt, die darin ausgesprochene Rückforderung von Zuwendungen nach dem Agrarinvestitionsprogramm im Wege der Aufrechnung durchzusetzen.

##### **II. Suspensiveffekt**

Unter Berufung auf den Beschluss des Senats vom 24. Juni 1996 - 10 M 944/96 (NVwZ-RR 1997, 655) und der Urteile des Bundesfinanzhofs vom 14. November 2000 - VII R 85/99 - (BFHE 193, 254) und vom 31. August 1995 - VII R 58/94 - (BFHE 178, 306) sei einer Behörde angesichts des Suspensiveffekts einstweilen untersagt, von den Wirkungen des Verwaltungsaktes in jeglicher Form Gebrauch zu machen, wobei auch eine von einer Behörde bewirkte Aufrechnung als Vollziehung angesehen werde, weil sie ohne Gebrauchmachen von dem materiellen Regelungsinhalt des Bescheides nicht möglich sei. Der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 27. Oktober 1982 - BVerwG 3 C 6.82 -, BVerwGE 66, 218), die Aufrechnung einer Gegenforderung stelle keine Vollziehung eines die betreffende Forderung konkretisierenden Leistungsbescheides dar, folge das Verwaltungsgericht nicht, sondern gehe von einem weiten Begriff der Vollziehung aus.

##### **B. Zweite Ansicht: Zulässigkeit der Aufrechnung**

Die dagegen von der Antragsgegnerin geltend gemachten Beschwerdegründe greifen nicht durch. Sie trägt zur Begründung vor: Die angeführten Rechtsbehelfe hätten an der bereits eingetretenen Fälligkeit ihrer Gegenforderung nichts zu ändern vermocht. Durch die aufschiebende Wirkung werde sie allein an der Vollziehung ihrer Bescheide gehindert. Nach der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts stelle die Aufrechnung keine Vollziehung eines die betreffende Forderung konkretisierenden Leistungsbescheides dar. Die Vollziehung eines Verwaltungsaktes durch die Behörde sei eine selbständige und grundsätzlich hoheitliche Maßnahme zur Durchsetzung einer getroffenen Anordnung im Wege des Zugriffs auf die Rechtsgüter des Adressaten des Verwaltungsaktes. Hingegen sei die Aufrechnung ein im Ausgangspunkt von der Privatrechtsordnung gewährleitetes Mittel der Rechtsverteidigung gegen einen vom Gegner erhobenen Anspruch und diene zugleich der Befriedigung des eigenen Anspruchs. Die aufschiebende Wirkung beseitige nicht die Wirksamkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes und bewirke nicht, diesen als vorläufig nicht existent zu behandeln.

##### **C. Entscheidung des OVG**

Dieses Vorbringen rechtfertigt nicht die Änderung der von der Antragsgegnerin angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts. Zutreffend legt das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung einen weiten Vollziehungsbegriff zugrunde. Im Hinblick auf die von der

Antragsgegnerin allein herangezogenen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 27. Oktober 1982 hat der Senat in seinem Beschluss vom 24. Juni 1996 - 10 M 994/96 maßgeblich ausgeführt:

*I. Suspensiveffekt erstreckt sich auf jegliches Gebrauchmachen vom Verwaltungsakt, auch in privatrechtlicher Form*

“Der Senat übersieht dabei nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 27. Oktober 1982 (BVerwGE 66, 218) eine andere Auffassung vertreten und in der Aufrechnung mit einer Gegenforderung keine Vollziehung eines die betreffende Forderung konkretisierenden Leistungsbescheides gesehen hat. Soweit das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, unter Vollziehung müsse eine selbständige und grundsätzlich hoheitliche Maßnahme zur Durchsetzung einer getroffenen Anordnung im Wege des Zugriffs - auch in Form der Gestaltungswirkung - auf Rechtsgüter des Adressaten des Verwaltungsaktes gesehen werden, die Aufrechnung sei dagegen als ein im Ausgangspunkt von der Privatrechtsordnung gewährleitetes Mittel der Rechtsverteidigung gegenüber einem vom Gegner erhobenen Anspruch zu betrachten, Vollziehung und Aufrechnung seien mithin zwei Rechtsinstitute mit verschiedener Zielsetzung und Wirkung, vermag der Senat diesen Erwägungen nicht zu folgen. Das Bundesverwaltungsgericht schränkt den Begriff der Vollziehung eines Verwaltungsaktes zu stark ein und übersieht damit, dass der Widerspruch gegen einen Leistungsbescheid die Verbindlichkeit der durch ihn getroffenen Regelung in dem Sinne suspendiert, dass sich die eine Zuwendung zurückfordernde Behörde nicht auf diese Regelung berufen und sie zur Grundlage ihres Handelns machen kann, solange das Vollzugshindernis besteht. Von den Wirkungen der Rücknahmeregelung darf kein Gebrauch gemacht werden, ihre Verwirklichung ist - auf welche Weise auch immer - untersagt. Dies gilt im vorliegenden Fall folglich auch für die Aufrechnung durch den Antragsgegner, da auch diese der Realisierung der vom Rücknahmebescheid ausgehenden Rechtsfolge dient.

*II. Fälligkeit der im Verwaltungsakt geregelten Forderung irrelevant*

Etwas anderes folgt auch nicht aus der weiteren Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Fälligkeit der Rückforderung [...] durch die aufschiebende Wirkung des gegen die Rücknahme und Rückforderung eingelegten Rechtsbehelfs nicht im Nachhinein beseitigt werde. Auch wenn es sich bei der Fälligkeit der Gegenforderung um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handelt, die durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs nicht in Frage gestellt oder unmittelbar berührt wird, ändert dies nichts daran, dass das der aufschie-

benden Wirkung des Rechtsbehelfs innewohnende Vollzugshindernis jedermann und damit auch der aufrechnenden Behörde untersagt, aus dem angefochtenen Verwaltungsakt Folgerungen gleich welcher Art zu ziehen; der Beseitigung der Fälligkeit bedarf es danach nicht (so OVG Lüneburg, Urt. v. 14. März 1989, a.a.O.).“

*III. Vollziehung weiter als Vollstreckung*

Diese Auffassung hat der Senat bereits mit seinem Urteil vom 15. Oktober 1998 - 10 L 2783/96 - bekräftigt und er hält nach erneuter Überprüfung hieran fest: Vom Begriff der Vollziehung ist der der Vollstreckung abzugrenzen. Bei der Verwirklichung des Verwaltungsaktes durch behördliche Maßnahmen nimmt die zwangsweise Vollstreckung in Anwendung des Verwaltungsvollstreckungsrechts eine Sonderstellung ein. Jedoch sind unter Vollziehung nicht nur Maßnahmen im vollstreckungsrechtlichen Sinne zu verstehen. Dies folgt bereits aus § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO, der die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage auch für rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte, die einer Vollstreckung im Sinne einer besonderen behördlichen Durchsetzungshandlung nicht zugänglich sind, anordnet. Auch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung ist das Gebrauchmachen und Ausnutzen einer Begünstigung durch einen Privaten als Vollziehung im Sinne des § 80 VwGO zu qualifizieren. Hieraus ist zu schließen, dass jede sonstige rechtliche oder tatsächliche Folgerung unmittelbarer oder mittelbarer Art, die durch behördliches oder privates Handeln aus dem Verwaltungsakt gezogen wird und auf eine Verwirklichung des Regelungsinhalts gerichtet ist, als Vollziehung des Verwaltungsaktes im Sinne von § 80 VwGO anzusehen ist (vgl. Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Auflage 2006, § 80 Rdnr. 36 - 38).

Auch im Falle einer Aufrechnung durch behördliche Erklärung setzt sie regelmäßig eine hoheitliche Maßnahme voraus - im vorliegenden Fall die teilweise Aufhebung zweier Bewilligungsbescheide und die darauf beruhenden Rückforderungen von Prämien und Zuwendungen - und die Aufrechnung verwirklicht deren Regelungsinhalt. Da jede Verwirklichung des Regelungsgehaltes eines Verwaltungsaktes dessen Vollziehung darstellt, wird auch durch eine Aufrechnung mit einer durch Verwaltungsakt konstitutiv begründeten Gegenforderung dieser Verwaltungsakt vollzogen (ebenso BFH, BFHE 193, 254 mit weiteren Nachweisen seiner Rechtsprechung; OVG Brandenburg, NVwZ 2000, 577; Puttler, a.a.O., § 80 Rdnr. 39; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/-Pietzner, VwGO, Stand April 2006, § 80 Rdnr. 94; Jörg Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 80 Rdnr. 7; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., 2005, § 80 Rdnr. 30; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/Albedyll, VwGO, 3. Auflage 2005, § 80 Rdnr. 7).

Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 11. August 2005 - BVerwG 2 B 2.05 -, juris) eine Divergenz seiner Rechtsprechung zu der o.a. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs deshalb verneint, weil der der Entscheidung des Bundesfinanzhofs zugrunde liegende Fall keine Aufrechnung mit einer lediglich durch Leistungsbescheid konkretisierten Gegenforderung betroffen habe, wie sie bei rechtsgrundloser Zahlung einer Behörde und daraus folgender Kondiktionsforderung bestünde und ungeachtet des

vorherigen Erlasses eines Verwaltungsaktes hätte geltend gemacht werden können; vielmehr sei es um eine Forderung einer Behörde gegangen, deren Geltendmachung den Erlass eines Verwaltungsakts zwingend voraussetze. So liegt der Fall auch hier: Bei den von der Antragsgegnerin aufgerechneten Gegenforderungen handelt es sich nicht um solche, die unmittelbar kraft Gesetzes entstanden waren, sondern konstitutiv durch die o.a. Aufhebungs- und Rückforderungsbescheide begründet worden sind.

### Standort: § 80 V VwGO

### Problem: Rückwirkung der aufschiebenden Wirkung

OVG BAUTZEN, URTEIL VOM 12.10.2005  
5 B 471/04 (NVwZ-RR 2007, 54)

#### Problemdarstellung:

Das OVG Bautzen hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ab wann eine vom Gericht nach § 80 V 1 VwGO angeordnete bzw. wiederhergestellte aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage wirkt. Es kommt zu dem Ergebnis, dass die Gerichte diesen Zeitpunkt selbst bestimmen können; ist jedoch im Beschluss kein ausdrücklicher Zeitpunkt genannt (wie es die Regel ist), so wirkt die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts zurück, also *ex tunc*.

Dies hat zur Folge, dass alle zwischen dem Erlass des Verwaltungsakts und der gerichtlichen Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vorgenommenen Vollzugsakte (hier: Erhebung von Mahn- und Vollstreckungskosten sowie Säumniszuschläge) rechtswidrig werden (genauer: als von Anfang an rechtswidrig gelten), weil der ihnen zugrunde liegende Verwaltungsakt als von Anfang an suspendiert zu behandeln ist, was mindestens eine Vollzugs-, wenn nicht gar eine Wirksamkeitshemmung zur Folge hat (zu dieser Frage vgl. Beschluss des OVG Lüneburg, 10 ME 189/06, in diesem Heft).

Dass die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zurück wirkt, ist in der verwaltungsprozessualen Rspr. und Lit. nahezu unstrittig. Allerdings geht eine m.M. davon aus, dass nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts, sondern nur auf den Zeitpunkt der Stellung des Aussetzungsantrags bei Gericht (§ 80 V 1 VwGO) oder bei der Behörde (§ 80 IV, VI VwGO) zurückgewirkt wird. Am Rande erwähnt das OVG auch, dass die Rücknahme eines Verwaltungsakts (z.B. nach § 48 VwVfG) im Zweifel ebenfalls *ex tunc* auf den Erlass des zurückgenommenen Verwaltungsakts zurück wirkt, wenn nicht die Behörde explizit einen anderen Rücknahmezeitpunkt festlegt.

#### Prüfungsrelevanz:

Es lassen sich eine Vielzahl von Examensaufgaben bilden, in denen es auf die Wirkung des Suspensiv-effektes ankommt. Probleme gibt es immer dann, wenn die Behörde einen Verwaltungsakt ganz oder teilweise bereits vollstreckt hat, bevor die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gerichtlich angeordnet oder wiederhergestellt worden ist. In diesem Fall kann der Bürger - wie vom OVG auch am Rande erwähnt - übrigens auch verlangen, dass die Vollzugsakte rückgängig gemacht werden, § 80 V 3 VwGO. In dieser Regelung liegt eine Gesetz gewordene Ausprägung des sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs. Stellt der Bürger neben dem Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einen solchen Antrag auf Folgenbeseitigung, kann dieser nur Erfolg haben, wenn a) der Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO Erfolg hat, was zunächst zu prüfen ist, und b) der auf diese Weise errungene Suspensiv-effekt die angegriffene Vollstreckungshandlung erfasst, was mit der vorliegenden Entscheidung des OVG Bautzen immer der Fall ist, weil sie auf den frühestmöglichen Zeitpunkt (Erlass des vollstreckten Verwaltungsakts) zurückwirkt. Einzige Ausnahme ist - wie erwähnt - die Möglichkeit des Gerichts, explizit einen anderen Zeitpunkt für den Eintritt des Suspensiv-effekts zu bestimmen.

#### Vertiefungshinweise:

- Rückwirkung des Suspensiv-effekts auf Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts: *BVerwG*, DÖV 1973, 785, 787; *OVG Münster*, DÖV 1983, 1024; *VGH München*, NVwZ 1987, 63; *OVG Lüneburg*, OVG 41, 382, 384
- Rückwirkung des Suspensiv-effekts auf Zeitpunkt der Stellung des Aussetzungsantrags: *OVG Greifswald*, RA 2004, 174 = NVwZ-RR 2004, 212; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1989, 324
- Widerspruch gegen Säumniszinsen und Säumniszuschläge: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2006, 156



**Kursprogramm:**

Examenskurs : "Das geerbte Eigenheim"

**Leitsatz:**

**Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen einen Abgabebescheid wirkt grundsätzlich - unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung - auf den Zeitpunkt des Bescheiderlasses mit der Folge zurück, dass ursprünglich verwirkte Säumniszuschläge entfallen.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. wendet sich gegen die Anforderung von Säumniszuschlägen und Vollstreckungskosten trotz Gewährung vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen den zu Grunde liegenden Abwasserbeitragsbescheid. Die Bekl. setzte mit Bescheid vom 3.11.1995 den Abwasserbeitrag auf 8.257,50 DM fest. Der Kl. erhob am 7.11.1995 Widerspruch. Seinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung vom 21.3.1996 lehnte die Bekl. mit Schreiben vom 1.4.1996 ab. Am 11.6.1996 beantragte er bei dem VG die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Mit Bescheid vom 13.6.1996, gegen den der Kl. rechtzeitig Widerspruch einlegte, setzte die Bekl. Säumniszuschläge, Mahngebühren und (weitere) Vollstreckungskosten in Höhe von 410 DM, 41,20 DM und 91,05 DM fest.

Das VG ordnete mit Beschluss vom 24.7.1996 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Beitragsbescheid an. Das OVG wies die Beschwerde der Bekl. mit Beschluss vom 5.3.1997 zurück. Mit Widerspruchsbescheid vom 18.5.1998 wies das Landratsamt den gegen den hier streitgegenständlichen Bescheid vom 13.6.1996 gerichteten Widerspruch zurück. Der Kl. trägt zur Begründung seiner am 27.5.1998 erhobenen Klage vor, er sei nicht säumig, weil infolge der Anordnung der aufschiebenden Wirkung keine Zahlungspflicht bestehe bzw. der Beitrag nicht fällig sei.

Das VG gab der Klage statt. Der Senat hat die Berufung zugelassen. Mit Bescheid vom 8.2.2005 hob die Bekl. den Beitragsbescheid vom 3.11.1995 auf. Ihre Berufung blieb erfolglos.

**Aus den Gründen:**

Die Berufung der Bekl. ist zulässig, aber nicht begründet. Das VG hat der Klage zu Recht stattgegeben. Der Bescheid der Bekl. vom 13.6.1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Landratsamts S. vom 18.5.1998 ist rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

**A. Mahngebühren und Vollstreckungskosten****I. Vollstreckungstitel erforderlich**

Für die Festsetzung von Mahngebühren und (weiteren) Vollstreckungskosten in Höhe von 41,20 DM bzw.

91,05 DM fehlt es, nachdem die Bekl. den Abwasserbeitragsbescheid vom 3.11.1995 mit Bescheid vom 8.2.2005 aufgehoben hat, an dem von § 2 SächsVwVG geforderten vollstreckbaren Grundverwaltungsakt; auch die Mahngebühren sind dem Vollstreckungsverfahren zuzurechnen (vgl. § 13 II SächsVwVG) und setzen daher einen Grundverwaltungsakt als Vollstreckungstitel voraus.

**II. Rückwirkung der Aufhebung**

Die Aufhebung des Beitragsbescheids wirkt auf den Zeitpunkt seines Erlasses zurück, so dass dieser als von vornherein nicht ergangen und damit im Zeitpunkt der Festsetzung der Vollstreckungskosten bzw. des Erlasses des Widerspruchsbescheids als diese bestätigende letzte Behördenentscheidung als nicht existent zu behandeln ist. Wenn die Behörde - wie hier - nicht klarstellt, ob ein belastender Bescheid mit *ex tunc*-Wirkung, d. h. mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt seines Erlasses, oder nur mit *ex nunc*-Wirkung, d. h. mit Wirkung für die Zukunft, aufgehoben werden soll, ist dem Fall der gerichtlichen Aufhebung nach § 113 I 1 VwGO entsprechend (vgl. dazu: BVerwG, NVwZ 1983, 608 f.) von einer rückwirkenden Aufhebung auszugehen (vgl. auch: OVG Bautzen, Beschluss vom 3.8.2005 - 5 BS 124/05). Will die Behörde die Wirkung der Aufhebung nur für die Zukunft eintreten lassen, muss sie dies eindeutig regeln. Das ist hier nicht geschehen. Dass die Bekl. den Beitragsbescheid "mit sofortiger Wirkung" aufgehoben hat, bedeutet nicht, dass die Aufhebung nur *ex nunc* wirken soll, sondern vielmehr, dass die innere Wirksamkeit des Aufhebungsakts zugleich mit seiner äußeren Wirksamkeit, d. h. mit seiner Bekanntgabe (§ 3 I Nr. 3 b SächsKAG i. V mit 124 I 1 AO 1977), und nicht etwa erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten soll. Die Frage der (inneren) Wirksamkeit eines Verwaltungsakts ist jedoch von der Frage nach seiner *ex tunc*- oder *ex nunc*-Wirkung zu unterscheiden; Letztere betrifft die Ebene der Folgen des (hier sofort) wirksamen Verwaltungsakts.

**III. Rechtswidrigkeit des Vollstreckungstitels schlägt auf Gebühren- und Kostenerhebung durch**

Im Übrigen ist im Abgabenrecht und damit auch in Bezug auf abgabenrechtliche Nebenleistungen wie Säumniszuschläge (vgl. § 1 II SächsKAG) für die Feststellung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten grundsätzlich der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgebend (vgl. BVerwGE 64, 218 = NVwZ 1982, 375), so dass die Festsetzung der Mahngebühren und der (weiteren) Vollstreckungskosten infolge der Aufhebung des Beitragsbescheids ohnehin unterdessen rechtswidrig geworden ist.

**B. Säumniszuschläge**

Die Festsetzung der Säumniszuschläge ist rechtswid-

rig, weil der Tatbestand des nach § 3 I Nr. 5 b Sächs-KAG anwendbaren § 240 I 1 AO 1977 nicht erfüllt ist. Danach sind Säumniszuschläge zu entrichten, wenn ein Beitrag nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages entrichtet wird. Das setzt voraus, dass der Kl. in dem betreffenden Zeitraum überhaupt zur Beitragszahlung herangezogen werden konnte. Das war jedoch nicht der Fall.

### *I. Keine Auswirkungen der Rücknahme des Vollstreckungstitels auf bereits verwirkte Säumniszuschläge*

Insoweit kann der Kl. - anders als gegenüber der Festsetzung der Vollstreckungskosten - zwar nicht die spätere Aufhebung des Beitragsbescheids geltend machen, weil diese nach § 240 I 4 Halbs. 1 AO 1977 die bis dahin verwirkten Säumniszuschläge unberührt lässt (vgl. dazu OVG Bautzen, SächsVBl 1996, 136).

### *II. Bestehender Suspensiveffekt*

Die Bekl. konnte von ihm die Entrichtung des Beitrags aber deshalb nicht verlangen, weil (bereits) das VG - nicht erst das OVG, wie die Bekl. vorträgt - mit Beschluss vom 24.7.1996 nach § 80 V 1 VwGO die aufschiebende Wirkung des gegen den Beitragsbescheid gerichteten Widerspruchs des Kl. mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt seines Erlasses angeordnet hat.

#### *1. Wirksamkeits- oder Vollzugshemmung offen*

Dabei kann dahinstehen, ob die aufschiebende Wirkung zur Hemmung der (inneren) Wirksamkeit des Beitragsbescheids oder lediglich zur Hemmung seiner Vollziehbarkeit führt (vgl. zum Streitstand: Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Sept. 2004, § 80 Rdnrn. 72 ff.). Auch wenn man der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nur die Funktion der Vollziehbarkeitshemmung beimisst, durfte die Bekl. die Beitragsforderung nicht durchsetzen und daher in ihrer Hinsicht auch nicht von dem Druckmittel der Säumniszuschläge Gebrauch machen (vgl. auch BFHE 149, 6 [8]; OVG Lüneburg, OVGE 41, 382 [383 f.]). Denn der Begriff der Vollziehbarkeitshemmung ist weit zu verstehen; er erfasst jede Art der Realisierung des Verwaltungsakts, gegen den ein Hauptsacherechtsbehelf aufschiebende Wirkung entfaltet.

#### *2. Rückwirkung der Anordnung der aufschiebenden Wirkung*

Der Beschluss, mit dem das VG nach § 80 V 1 VwGO die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen einen belastenden Verwaltungsakt anordnet, wirkt generell auf den Zeitpunkt seines Erlasses zurück.

##### *a. Systematik*

Das folgt aus dem systematischen Zusammenhang der Absätze 1, 2 und 5 des § 80 VwGO. Im Regelfall hat ein innerhalb der Monatsfrist des § 70 I VwGO einge-

legter Widerspruch nach § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung; infolge dessen wird der angefochtene Verwaltungsakt ab dem Zeitpunkt seines Erlasses suspendiert (vgl. BVerwG, DÖV 1973, 785 [787]). Der Gesetzgeber will damit erreichen, dass für den Widerspruchsführer aus dem Verwaltungsakt von Anfang an vorläufig keine nachteiligen Konsequenzen erwachsen können.

In den von § 80 II VwGO aufgeführten Fällen der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts entfällt hingegen die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs. Die positive Entscheidung über einen Antrag des Widerspruchsführers nach § 80 V 1 VwGO schließt wiederum die Rechtsfolge der Ausnahmeregelung des § 80 II VwGO aus und führt somit zum Regelfall des § 80 I VwGO zurück. Soll der Beschluss über die Anordnung oder - bei einer behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO) - die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs - erstmals oder erneut - die normale Situation des § 80 I VwGO herbeiführen, muss auch im Rahmen des § 80 V 1 VwGO die aufschiebende Wirkung grundsätzlich mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids versehen sein (ebenso: OVG Lüneburg, OVGE 41, 382 [384]).

Das ist auch § 80 V 3 VwGO zu entnehmen, nach dem das Gericht die Aufhebung der Vollziehung anordnen kann, wenn der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung schon vollzogen ist. Das Gericht verwirklicht mit einer Anordnung nach § 80 V 3 VwGO den Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch des Ast., der ihm deshalb zusteht, weil er kraft der (Wieder-)Herstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs nicht zur Duldung der aus dem Vollzug folgenden Beeinträchtigung seiner Grundrechte verpflichtet ist (vgl. zu den Voraussetzungen dieses Anspruchs: OVG Bautzen, SächsVBl 2001, 293 f.). Ohne eine Rückwirkung der Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO wäre aber eine die Aufhebung der bereits erfolgten Vollziehung anordnende Entscheidung nach § 80 V 3 VwGO ausgeschlossen (vgl. auch VGH Mannheim, VGHE 22, 111 f.; OVG Bautzen, NVwZ-RR 2002, 78). Da diese Bestimmung keine Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Vollziehung trifft, muss die aufschiebende Wirkung grundsätzlich auf den frühest denkbaren Zeitpunkt, also auf denjenigen des Erlasses des Verwaltungsakts, zurückbezogen werden. [...]

##### *b. Nicht mehr als in der Hauptsache*

Dem lässt sich nicht entgehen, dass die Wirkungen einer Aussetzungsentscheidung nicht weiter als diejenigen einer Aufhebungsentscheidung reichen könnten (so aber: Herden/Gmach, NJW 1987, 1590). Die positive Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO hat gerade die Funktion, die Rechtsbeziehungen der Bet. - nur, aber immerhin - innerhalb des Zeitraums bis zum Ab-

schluss des Verfahrens in der Hauptsache in bestimmter Weise zu gestalten. Die noch ausstehende Hauptsacheentscheidung ist demgegenüber nicht in der Lage, dem Adressaten des belastenden Verwaltungsakts während des laufenden Hauptsacheverfahrens den begehrten Rechtsschutz zu verschaffen. Demnach kann mit dem Antrag auf (Wieder-)Herstellung des Suspensiveffekts des Hauptsacherechtsbehelfs durchaus das Ziel verfolgt werden, außer einer Vollstreckung eines Abgabebescheids auch der Pflicht zur Entrichtung von Säumniszuschlägen zu entgehen (so auch BFHE 149, 6 [9]; OVG Lüneburg, OVG 41, 382 [386]; Schoch, § 80 Rdnr. 95). [...]

### III. Rückwirkung auf Erlass des Verwaltungsakts

Der Grundsatz der Rückwirkung der nach § 80 V 1 VwGO ergangenen Entscheidung auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts schließt es zwar nicht aus, dass das VG im Einzelfall in seinem Beschluss einen späteren Zeitpunkt festlegt (OVG Bautzen, JbSächsOVG 8, 255 [257]). Das ist hier allerdings nicht geschehen. Ohne eine solche abweichende gerichtliche Festlegung bleibt aus den oben genannten Gründen der Erlasszeitpunkt maßgebend.

#### 1. Nicht Zeitpunkt der Antragstellung

Auf den Zeitpunkt des Antrags nach § 80 V 1 - oder nach § 80 IV, VI (Aussetzungsantrag an die Behörde) - VwGO kann entgegen der Auffassung der Bekl. auch dann nicht abgehoben werden, wenn der Ast. sich mit dem Antrag relativ lange Zeit gelassen hat und bis dahin Säumniszuschläge schon in erheblichem Umfang angefallen sind (so aber VGH München, BayVGHE

42, 146 [149]). Denn das VG wird die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Hauptsacherechtsbehelfs außer in Härtefällen in der Regel nur erlassen, wenn ihm der Abgabebescheid als rechtswidrig erscheint. Ein schutzwürdiges Interesse der Behörde an der Zahlung der Säumniszuschläge kann aber in Bezug auf einen rechtswidrigen Bescheid unabhängig vom Zeitpunkt der - gerade nicht an eine Frist gebundenen - Antragstellung nicht bestehen. Der Ast. wird oftmals vernünftigerweise auch keinen Anlass sehen, parallel zum Widerspruch sogleich einen Aussetzungsantrag zu stellen, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Behörde von ihrer Berechtigung nach § 2 Nr. 2 SächsVwVG Gebrauch machen, d.h. den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt schon während des Hauptsacheverfahrens vollstrecken wird. Schließlich würde die Zulassung einer Abweichung vom Zeitpunkt des Bescheiderlasses bei relativ später Antragstellung zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen.

#### 2. Nicht Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung

Der von der Bekl. für die Rückwirkung noch erwogene Zeitpunkt der Fälligkeit kann demgegenüber ferner deshalb nicht maßgebend sein, weil dieser ausschließlich im Kontext öffentlicher Abgaben oder Kosten (§ 80 II Nr. 1 VwGO) in Betracht zu ziehen wäre, in den anderen Fällen des § 80 II VwGO aber eine "Fälligkeit" als Anknüpfungspunkt naturgemäß ausscheidet. Es kommt mithin auch nicht darauf an, wie sich die Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO auf die Fälligkeit der Abgabeschuld auswirkt (vgl. dazu BVerwGE 66, 218 [221] = NVwZ 1982, 375).

## Standort: Versammlungsrecht

## Problem: Auflage nach § 15 VersG

VGH KASSEL, URTEIL VOM 26.04.2006  
5 UE 1567/05 (NVwZ-RR 2007, 6)

### Problemdarstellung:

Nach dem hessischen Kostenrecht kann die Versammlungsbehörde für die Erteilung von Auflagen i.S.d. § 15 I VersG Kosten erheben. Im konkreten Fall waren dem Kläger als Veranstalter einer Versammlung auf dessen Anmeldung der Versammlung (§ 14 VersG) hin in schriftlicher Form allgemeine Verhaltensanweisungen für die Veranstaltung von Demonstrationen übersendet worden. Der VGH hatte die Frage zu klären, ob es sich dabei um eine kostenpflichtige Auflage i.S.d. § 15 I VersG handelte.

I. Das Gericht stellt zunächst klar, dass eine Auflage i.S.d. § 15 I VersG nicht mit einer Auflage als Nebenbestimmung i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG verwechselt werden darf. Auflagen i.S.d. § 15 I VersG sind schon deshalb keine Nebenbestimmungen, weil es an einer Grundverfügung fehlt, neben der sie ergehen könnten.

Eine Versammlung ist ja nicht genehmigungs-, sondern nur anmeldepflichtig.

II. Sodann kommt der VGH zur Abgrenzung der Auflage i.S.d. § 15 I VersG als Rechtsakt in Form eines Verwaltungsakts zu bloßen Hinweisen und Verhaltensempfehlungen. Das Gericht meint, dass eine Auflage i.S.d. § 15 I VersG nur zur Bekämpfung konkreter, von einer bestimmten Versammlung ausgehender Gefahren erteilt werden kann, es sich mithin auch nur um eine Auflage in diesem Sinne handelt, wenn (unausgesprochen: Nach Auslegung vor dem objektiven Empfängerhorizont entsprechend §§ 133, 157 BGB) erkennbar ist, dass sie zur Bekämpfung von konkreten Gefahren erlassen wurde. Dies sei bei allgemeinen Hinweisen zum Verhalten bei Demonstrationen nicht der Fall.

### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung zeigt, wie missverständlich der Begriff der "Auflage" in § 15 I VersG ist. Gerade Anfän-

ger verwechseln ihn oft mit der Auflage als Nebenbestimmung. Auflagen i.S.d. § 15 I VersG sind jedoch eigenständige Verwaltungsakte. Liegt lediglich ein Hinweis oder eine Empfehlung vor, entfalten diese keine Rechtswirkungen, so dass es an der Regelung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG fehlt.

**Vertiefungshinweise:**

- Gebührenrechtlicher Begriff der "Amtshandlung": *OVG Münster*, NVwZ-RR 2006, 301
- Eingriff in die Versammlungsfreiheit durch Realakt: *VG München*, RA 2000, 287 = NVwZ 2000, 461

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Kapitulation"

**Leitsatz:**

**Werden mit schriftlichen Festsetzungen zum Ablauf einer angemeldeten Versammlung/Demonstration nur die Modalitäten im Hinblick auf abstrakte Gefahrentatbestände festgelegt, so handelt es sich nicht um "Auflagen" im eigentlichen Sinne, die nach der Gebührennummer 472 des Kostenverzeichnisses zur Verwaltungskostenordnung des Ministeriums des Innern und für Sport die Erhebung einer Verwaltungsgebühr rechtfertigen können.**

**Sachverhalt:**

Mit seiner Berufung wandte sich der Kl. gegen die Abweisung seiner Klage, die gegen seine Heranziehung zu einer Verwaltungsgebühr für die Festsetzung einer versammlungsrechtlichen Auflage im Bescheid der Bekl. vom 17.9.2004 gerichtet war. Die Berufung hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Die Berufung des Kl. ist auch begründet, denn der (allein angefochtene) gebührenrechtliche Teil des Bescheides der Bekl. vom 17.9.2004 ist rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

**A. Ermächtigungsgrundlage**

Als Rechtsgrundlage für die festgesetzte Verwaltungsgebühr kommt allein § 2 I 1 des HessVwKostG i.V. mit Nr. 472 des Verwaltungskostenverzeichnisses zu § 1 HessVwKostO für den Geschäftsbereich des Ministeriums des Innern und für Sport vom 16.12.2003 - VwKostO-MdI - (GVBl I, 350 ff.) in Betracht.

Gemäß § 1 I 1 HessVwKostG erheben die Behörden des Landes für Amtshandlungen, die sie auf Veranlassung Einzelner vornehmen, oder die in einer besonderen Rechtsvorschrift für kostenpflichtig erklärt werden, Kosten (Gebühren und Auslagen) nach Maßgabe dieses Gesetzes. Die einzelnen Amtshandlungen, für die Kosten zu erheben sind, und die Höhe der Kosten

bestimmt die Landesregierung durch Rechtsverordnung (Verwaltungskostenordnung), § 2 I 1 HessVwKostG. Nach Nr. 472 des Kostenverzeichnisses zu der vorgenannten Verwaltungskostenordnung des Ministeriums des Innern und für Sport erhebt die Verwaltungsbehörde für ein Verbot oder die Festlegung von Auflagen nach § 5 oder § 15 I VersG eine Gebühr von 15 bis 200 Euro.

**B. Tatbestand**

Die dem Kl. auferlegte Gebühr für die im Bescheid der Bekl. vom 17.9.2004 als Auflagen nach § 15 I VersG bezeichneten Ausführungen / Festlegungen hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, weil bereits die begrifflichen Voraussetzungen des Gebührentatbestands - Auflagen nach § 15 I VersG - nicht vorliegen.

**I. Begriff der Auflage i.S.d. § 15 I VersG**

Gemäß § 15 I VersG kann die zuständige Behörde die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Auflagen in Sinne dieser Vorschrift sind selbstständige belastende Verwaltungsakte, die von dem Veranstalter ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen und nicht Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt, da Versammlungen keiner Erlaubnis bedürfen. Die Auflagen müssen erforderlich und geeignet sein, die Gefahren zu verhindern, denen sie begegnen sollen und sich auf das zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter unbedingt notwendige Maß unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschränken. Voraussetzung ist, dass sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Durchführung der Versammlung und dem geplanten Ablauf stehen und dass sie den Zweck haben, die Versammlung trotz entgegenstehender Verbotsgründe zu ermöglichen. Die zuständige Behörde kann die Versammlung deshalb (nur) von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

Die im pflichtgemäßen Ermessen der Versammlungsbehörde stehende Beschränkung der in Art. 8 I GG gewährleisteten Versammlungsfreiheit durch die Erteilung von Auflagen setzt eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung voraus. Sie verlangt eine Gefahrenprognose durch die Behörde, die nach dem Wortlaut auf "erkennbaren Umständen", also auf Tatsachen, Sachverhalten oder sonstigen konkreten Erkenntnissen beruhen muss. Ein bloßer Verdacht oder lediglich eine Vermutung reichen hingegen nicht aus (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995,

273; Köhler/Dürig-Friedel, Demonstrations- und VersammlungsR, 4. Aufl. [2001], § 15 VersG Rdnr. 15 m. w. Nachw.).

## II. Subsumtion

Bei den der vorliegenden Anmeldebestätigung beigegebenen Ausführungen / Festlegungen handelt es sich um allgemeine Verhaltensanweisungen, mit denen Auflagen im vorgenannten Sinne nicht intendiert sind: So wird zunächst die in der Anmeldung beschriebene Demonstrationsroute einschließlich einer Zwischenkundgebung wiederholt, allenfalls konkretisiert. Es folgen Hinweise bzw. Festlegungen hinsichtlich der einzusetzenden Ordner, des Verteilens von Flugblättern und des Mitführens von Transparenten. Die Ausführungen schließen mit dem Hinweis, dass die Polizei befugt sei, während der Versammlung weitere erforderliche Auflagen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu erteilen.

Diese allgemeinen Verhaltensanweisungen erfüllen bereits begrifflich nicht die Voraussetzungen des Gebührentatbestandes, denn sie zielen nicht auf eine auf erkennbaren Umständen beruhende konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Davon geht die Bekl. offensichtlich auch selbst aus: Denn ausweislich des Kurzprotokolls über das Kooperationsgespräch am 16.9.2004 werden in dem Bescheid vom 17.09.2004 lediglich die im Kurzprotokoll als "standardisierte Auflagen" bezeichneten Festlegungen umgesetzt. Diese werden offensichtlich neben dem Merkblatt für Versammlungsleiter und Ordner bei öffentlichen Versammlungen jeder versammlungsrechtlichen Bestätigung beigegeben und betreffen abstrakt gefährliche Tatbestände (etwa Straßenverkehr, stromführende Straßenbahnüberleitung etc.), ohne dass im Hinblick auf die angemeldete Versammlung erkennbare Umstände für eine dahin gehende konkrete Gefahr bestehen.

## Standort: VwGO

## Problem: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 26.07.2006  
15 A 3600/05 (NVwZ 2007, 115)

### Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte sich mit einem Fall zu befassen, in denen eine Behörde die Berufungsbegründungsfrist des § 124 VI 1 VwGO versäumt hatte und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO begehrte. In diesem Rahmen macht das Gericht viele interessante Ausführungen zur Fristwahrung und zur unverschuldeten Fristversäumnis:

I. Bei der Zustellung eines Urteils gegen Empfangsbekanntnis (EB) unterliegt die Unterzeichnung des EB keinem Vertretungszwang nach § 67 I VwGO. Die für den Beginn der Berufungsbegründungsfrist erforderliche ordnungsgemäße Zustellung des Zulassungsbeschlusses ist m.a.W. auch dann gewährleistet, wenn das EB vom zuständigen Sachbearbeiter unterschrieben wird, selbst wenn dieser nicht postulationsfähig i.S.d. § 67 I VwGO ist.

II. Die Anforderungen an ein unverschuldetes Fristversäumnis i.S.d. § 60 I VwGO sind bei Behörden ebenso streng wie bei Rechtsanwälten, weil hier wie dort Sach- und Fachkunde vorausgesetzt werden können. Es muss daher

- ein Fristenkalender geführt werden,
- jede Frist vor oder unmittelbar nach der Rücksendung des EB in den Kalender eingetragen werden,
- diese Eintragung durch die selbe Person erfolgen oder zumindest veranlasst werden, die auch das EB unterschrieben hat und
- der Fristenkalender regelmäßig kontrolliert werden.

### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung kann grds. in alle fristgebundenen Rechtsbehelfe eingebaut werden, also neben dem hier vorliegenden Fall der Berufungsbegründung z.B. in Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen (§ 74 I, II VwGO) und wegen § 70 II VwGO auch in Widerspruchsverfahren, nicht jedoch in Normenkontrollen nach § 47 VwGO, da es sich bei der Frist des § 47 II 1 VwGO um eine materielle Ausschlussfrist und nicht um eine prozessuale Frist handelt (OVG Münster, RA 2005, 252 = NVwZ-RR 2005, 290; offen gelassen von VGH Mannheim, NVwZ-RR 2001, 201).

Man sollte sich generell merken, dass die Anforderungen für ein unverschuldetes Fristversäumnis i.S.d. § 60 I VwGO bei Personen, die von Berufs wegen mit rechtlichen Angelegenheiten zu tun haben, besonders streng sind.

### Vertiefungshinweise:

- Wiedereinsetzung bei Doppelverschulden: OVG Münster, RA 2005, 325 = NWVB1 2005, 196
- Übertriebene Anforderungen an die Wiedereinsetzung: BVerfG, RA 2000, 2 = NJW 1999, 3701
- Wiedereinsetzung bei Wegfall des Hindernisses während der noch laufenden Frist: BVerwG, RA 1999, 416 = NVwZ-RR 1999, 472

### Kursprogramm:

- Examenskurs : "Schiefe Schieferplatten"

### Leitsätze:

1. Die Unterzeichnung eines Empfangsbekanntnis-

ses (Zustellung nach § 57 I 1 VwGO i.V.m. § 174 IV ZPO) unterliegt nicht dem Vertretungszwang (§ 67 I VwGO).

**2. Zur Vermeidung von i.S. von § 60 VwGO verschuldeten Fristversäumnissen haben Behörden einen Fristenkalender zu führen.**

**3. Die Fristnotierung hat grundsätzlich bereits vor Unterzeichnung und Rücksendung des Empfangsbekennnisses zu erfolgen. Eine spätere Fristeintragung dürfte nur dann ausreichen, wenn sie sich an die Unterzeichnung des Empfangsbekennnisses unmittelbar anschließt und durch dieselbe Person erfolgt.**

#### **Sachverhalt:**

Mit Beschluss vom 28.3.2006 ließ der Senat die Berufung der Bekl. gegen das Urteil des VG zu. Der Beschluss wurde der Bekl. gegen Empfangsbekennnis zugestellt. Auf dem von S unterschriebenen Empfangsbekennnis wurde als Zustellungsdatum der 30.3.2006 vermerkt. Nach Hinweis des Senats auf die versäumte Berufungsbegründungsfrist ging die Berufungsbegründung am 4.5.2006 beim OVG ein. Zur Begründung ihres gleichzeitig gestellten Wiedereinsetzungsantrags trug die Bekl. im Wesentlichen vor:

Der für das Rechtsgebiet zuständige Sachbearbeiter S, der mit der Prozessführung vor den Verwaltungsgerichten nicht befasst sei, habe den Zulassungsbeschluss im Rahmen der allgemeinen Postverteilung am 30.3.2006 in Empfang genommen, das Empfangsbekennnis unterschrieben und an das OVG zurückgesandt. Sodann habe er den Beschluss mit dem Arbeitsvermerk "Herrn H z.K." versehen, ihn in eine der im internen Geschäftsbetrieb der Bezirksregierung noch üblichen Laufmappen gelegt und dem Botendienst übergeben. H habe sich in der Zeit vom 27. bis 31.3.2006 auf einer Dienstreise befunden. Der Botendienst habe den Beschluss sodann ordnungsgemäß an den für Posteingänge des H vorgesehenen Platz in dessen Büro gelegt. Unmittelbar auf der Mappe mit dem Zulassungsbeschluss habe eine Mappe mit einer Fachzeitschrift gelegen, die Zeitschrift sei mit einer kräftigen Büroklammer an der Unterseite der Laufmappe befestigt gewesen. Als H nach Rückkehr von der Dienstreise die Mappe mit der Zeitschrift vom Stapel genommen und sie wegen der Vielzahl der zu bewältigenden Vorgänge in das für Unterlagen zur gelegentlichen Lektüre bestimmte Fach gelegt habe, müsse sich die Büroklammer mit der darunter liegenden Mappe (mit dem Zulassungsbeschluss) verhakt haben. Durch diesen Umstand sei der Zulassungsbeschluss erst nach dem Hinweis des Senats auf die versäumte Berufungsbegründungsfrist wieder aufgefunden worden. Der Wiedereinsetzungsantrag blieb ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung kann gem. § 125 II 1 i.V.m. Satz 2

VwGO durch Beschluss verworfen werden, denn sie ist unzulässig. Hierzu sind die Bet. vorab gehört worden. Die Bekl. hat die Frist zur Begründung der Berufung versäumt, und ihr Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bleibt erfolglos.

#### *A. Fristversäumnis*

Hat - wie hier - das OVG die Berufung zugelassen, so ist die Berufung gern. § 124 VI 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses zu begründen.

#### *I. Fristberechnung*

Der Beschluss des Senat vom 28.3.2006 über die Zulassung der Berufung ist der Bekl. gegen Empfangsbekennnis am 30.3.2006 zugestellt worden. Die Frist zur Begründung der Berufung, über die die Bekl. durch die dem Zulassungsbeschluss beigefügte Rechtsmittelbelehrung ordnungsgemäß belehrt worden ist, endete gem. § 57 II VwGO, § 222 I, II ZPO, §§ 187 I, 188 II BGB am Dienstag, dem 2.5.2006. Die Berufungsbegründung ist aber erst am 4.5.2006, also verspätet, per Telefax beim OVG eingegangen.

#### *II. Ordnungsgemäße Zustellung*

Dass der Fristenlauf mit dem auf dem Empfangsbekennnis vermerkten Zustellungsdatum 30.3.2006 begonnen hat, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Empfangsbekennnis durch S unterschrieben worden ist.

#### *1. Zuständiger Sachbearbeiter zur Unterschrift berechtigt*

Bei der Zustellung an juristische Personen des öffentlichen Rechts oder Behörden gern. § 174 IV ZPO ist das Schriftstück an dem Tage zugestellt, an welchem der hierfür nach der behördeninternen Aufgabenverteilung zuständige Bedienstete den Empfang mit Datum und seiner Unterschrift bestätigt (BAG, NJW 1995, 1916 m.w.N.). Dass S behördenintern für die Abzeichnung des Empfangsbekennnisses nicht zuständig gewesen wäre, wird von der Bekl. weder vorgetragen, noch ist dies sonst ersichtlich. Vielmehr hat die Bekl. ausdrücklich erklärt, S sei der für das Rechtsgebiet zuständige Sachbearbeiter.

#### *2. Kein Vertretungszwang bei Unterzeichnung von EB*

Der Wirksamkeit der Zustellung steht auch nicht entgegen, dass S nicht gern. § 67 I VwGO postulationsfähig war. Denn die Mitwirkung des zuständigen Behördenbediensteten bei einer Zustellung gem. § 57 II VwGO i.V.m. § 174 IV ZPO unterliegt trotz der damit verbundenen Erklärung, dass das Schriftstück als zugestellt angesehen wird (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl. [2005], § 174 Rdnr. 6), jedenfalls nicht dem Vertretungszwang nach § 67 I VwGO, wobei offen bleiben kann, ob § 57 II VwGO i.V.m. § 174 IV ZPO

als speziellere Regelungen die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 67 I VwGO ausschließen oder ob es an einer Prozesshandlung i.S.v. § 67 I VwGO fehlt (vgl. VGH München, Beschluss vom 2.12.1999 -12 B 98.964).

Das gefundene Auslegungsergebnis wird durch folgende Überlegungen bestätigt: Gemäß § 67 III 3 VwGO sind Zustellungen oder Mitteilungen des Gerichts an den Bevollmächtigten zu richten, wenn ein solcher bestellt ist. Daraus folgt, dass Zustellungen - auch in dem Vertretungszwang unterliegenden Verfahren - unmittelbar an die Bet. zu richten sind, wenn ein Bevollmächtigter nicht bestellt ist. Mit diesem Befund wäre es unvereinbar, wenn die Wirksamkeit dieser Zustellungen - im Falle des § 174 IV ZPO bei einer Behörde, bei der kein nach § 67 I VwGO Postulationsfähiger beschäftigt wäre - an der fehlenden Bestellung eines Bevollmächtigten scheitern müsste.

#### *B. Keine Entbehrlichkeit der Berufungsbegründung*

Die Darlegungen der Bekl. im Verfahren auf Zulassung der Berufung führen nicht zur Entbehrlichkeit der Berufungsbegründung. Denn die in § 124 VI 1 VwGO niedergelegte Pflicht zur Begründung der Berufung wird nur durch die - rechtzeitige - Einreichung eines gesonderten Schriftsatzes nach Zulassung der Berufung erfüllt (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2004, 541, m.w.N.).

#### *C. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*

Der von der Bekl. gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat keinen Erfolg, denn die Voraussetzungen des § 60 I VwGO sind nicht erfüllt. Aus der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags ergibt sich nicht, dass die Bekl. ohne Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Die Bekl. hat keine Tatsachen vorgetragen, die die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unverschuldet erscheinen lassen.

#### *I. Verschuldensmaßstab*

Verschulden i. S. von § 60 I VwGO ist anzunehmen, wenn der Betroffene diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Prozessführenden geboten und ihm nach den gesamten Umständen des konkreten Falles zuzumuten ist. Dabei sind an eine Behörde zwar strengere, aber auch keine geringeren Anforderungen zu stellen als an einen Rechtsanwalt. Dies gilt insbesondere auch für das Auf-

treten in der Berufungsinstanz, für die prinzipiell Vertretungszwang besteht (vgl. BVerwG, NJW 2005, 1001, m.w.N.). Hiervon ausgehend ist nicht dargetan, dass die Bekl. die ihr obliegenden Sorgfaltspflichten bei der Überwachung der Berufungsbegründungsfrist eingehalten hat. Zur Fristenkontrolle ist insbesondere die Führung eines Fristenkalenders erforderlich, in den die Fristeintragungen zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu erfolgen haben.

#### *1. Fristeintragung in Fristenkalender schon vor Rücksendung des EB nicht mehr zwingend*

Insoweit ist in der Rechtsprechung des BVerwG in der Vergangenheit eine Fristnotierung bereits vor Unterzeichnung und Rücksendung des Empfangsbekanntnisses grundsätzlich für erforderlich gehalten worden (vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 868, m.w.N. insbesondere aus der Rechtsprechung des BGH). Bescheinigt eine Behörde den Rechtsmittelfristen auslösenden Zugang einer gerichtlichen Entscheidung ohne vorherige Notierung der Frist im Fristenkalender, so erhöht sich das Risiko, dass die Fristeintragung unterbleibt und die Frist versäumt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 30.11.1994 - VII ZB 197/94). Nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG (NJW 2005, 1001; vgl. auch BGH, NJW 2003, 1528), ist jedoch zweifelhaft, ob die denkbaren Möglichkeiten der Büroorganisation derart eng einzuschränken sind. Vielmehr dürfte eine Fristnotierung unmittelbar nach Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses ausreichend sein.

#### *2. Aber grds. Personenidentität zwischen Unterzeichner des EB und Führer des Fristenkalenders erforderlich*

Es spricht allerdings vieles dafür, dass die Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses und eine sich unmittelbar daran anschließende Fristeintragung im Allgemeinen durch dieselbe Person zu erfolgen haben. Ein Mitarbeiterwechsel zwischen Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses und Fristeintragung erhöht nämlich in aller Regel das durch die Fristenkontrolle gerade zu minimierende Risiko, dass die Fristeintragung unterbleibt (vgl. BVerwG, NVwZ 2005, 1001).

#### *II. Subsumtion*

Eine hinreichende Fristenkontrolle bei der Bekl. ist im vorliegenden nicht ersichtlich, zumal hierzu - trotz ausdrücklichen Hinweises der Kl. auf die Notwendigkeit einer Fristenkontrolle - von der Bekl. gar nichts vorgetragen ist. [...]

*Zivilrecht***Standort: Kaufrecht****Problem: Haltbarkeitsgarantie**

BGH, URTEIL VOM 22.11.2006  
VIII ZR 72/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. kaufte vom Bekl. einen gebrauchten PKW. Dieser PKW war auf die E - GmbH (GmbH) zugelassen, deren Geschäftsführer der Bekl. war. Bei Abschluss des Kaufvertrages wurde der Bekl. vertreten durch den F, der einen Gebrauchtwagenhandel betreibt. In dem dem Kaufvertrag zugrundeliegenden Kaufvertragsformular war vermerkt, dass der PKW "fahrbereit" sei. Ferner enthielt der Vertrag Geschäftsbedingungen, die den Ausschluss der Gewährleistung regelten. Ein weiterer Gewährleistungsausschluss wurde mündlich getroffen. Unberührt sollte jedoch im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bleiben. Etwa vier Monate nach der Übergabe des PKW forderte der Kl. den Bekl. zur Rückabwicklung des Vertrages unter Berufung auf einen Mangel, der den Austausch des Motors erforderlich machte, vergeblich auf.

Mit seiner Klage hat der Kl. die Rückzahlung des Kaufpreises von 4.400,-€ nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangt; darüber hinaus hat der Kl. Schadensersatz in Höhe von 1.984,22 € nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, dass sich der Bekl. mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

**Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung enthält einige für kaufrechtliche Klausurgestaltungen interessante Aspekte. Der erkennende Senat befasst sich zum einen mit der Frage, wie der Geschäftsführer einer GmbH rechtlich zu beurteilen ist. In der Sache stellte sich die Frage, ob der Geschäftsführer Unternehmer i.S.v. § 14 BGB ist. Auch in dieser Entscheidung verneint der BGH die Unternehmereigenschaft des Geschäftsführers in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung mit dem Argument, dass der Geschäftsführer keine selbständige berufliche Tätigkeit ausübe, sondern angestellt sei. Ferner sei das Halten eines Gesellschaftsanteils nicht als gewerbliche Tätigkeit einzuordnen, da es sich insoweit lediglich um Vermögensverwaltung handele (BGHZ 133, 71; 144, 370).

Weiterhin wurde erwogen, ob sich der Bekl. auf den individualvertraglich vereinbarten Gewährleistungs-

ausschluss nicht berufen kann, da dies zu einer Umgehung der Verbraucherschützenden Norm des § 475 I 2 BGB führen könne. Bei rein wirtschaftlicher Betrachtung handelte es sich bei dem von der Bekl. verkauften Fahrzeug um ein Firmenfahrzeug, da dieses auf die GmbH zugelassen war und auch im Schwerpunkt von dieser genutzt wurde. Unzweideutig handelt es sich bei der GmbH um eine Unternehmerin i.S.v. § 14 BGB als Formkaufmann gem. § 6 HGB. Daher wären im Rechtsverhältnis GmbH - Kl. durchaus in persönlicher Hinsicht die Verbraucherschützenden Normen anwendbar gewesen. Allerdings hätte dies in dieser Konstellation keine Auswirkungen auf den Erfolg der Revision, da die Anwendung des § 475 I 2 BGB nur dazu führen kann, dass sich die GmbH als Unternehmerin behandeln lassen muss. Die Vorschriften fänden gleichwohl keine Anwendung im Rechtsverhältnis zwischen Kl. und Bekl. als Geschäftsführer der GmbH. Hier gilt demnach nichts anderes als bei einem Agenturgeschäft im Kraftfahrzeughandel. Wird ein Agenturgeschäft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise dazu eingesetzt, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verdecken, so hat dies zur Folge, dass sich der Händler beim Weiterverkauf des Gebrauchtwagens behandeln lassen muss, als hätte er selbst das Fahrzeug an den Kl. verkauft, während das gleichwohl gewählte Agenturgeschäft nach § 475 I 2 BGB keine Anerkennung finden kann. Daher kann in diesen Konstellationen der Verbraucher gegenüber dem Händler die Gewährleistungsrechte geltend machen, nicht aber gegenüber dem vom Händler vertretenen Verbraucher.

Ein weiterer interessanter Aspekt dieser Entscheidung betrifft die Frage des Inhalts der Beschaffenheitsvereinbarung "fahrbereit". Der Kl. rügt insoweit das Vorhandensein eines Mangels am Motor. Durch die Zusage, der PKW sei "fahrbereit", übernimmt der Verkäufer die Gewähr dafür, dass der PKW nicht mit verkehrgefährdenden Mängeln behaftet ist, aufgrund derer er bei der Hauptuntersuchung als verkehrsun sicher eingestuft werden würde (BGHZ 122, 256, Ls.). Daraus kann jedoch nicht eine Beschaffenheitsgarantie gem. § 443 BGB geschlossen werden. Zwar kann der Begriff "fahrbereit" nicht auf die Verkehrssicherheit als solche beschränkt werden. Um sich in einem Zustand zu befinden, der eine gefahrlose Benutzung im Straßenverkehr erlaubt, muss ein Fahrzeug so beschaffen sein, dass der Betrieb überhaupt möglich ist. Eine Garantieübernahme dahingehend, dass der PKW nach



der Übergabe noch über eine längere Zeit fahrbereit bleibt, ist dem nicht zu entnehmen.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Beschaffenheitsvereinbarung "Jahreswagen": *BGH*, RA 2006, 559 = *NJW* 2006, 2694

Zur Beschaffenheitsvereinbarung "fabrikneu": *BGH*, RA 2005, 337 = *NJW* 2005, 1422; *BGH*, RA 2003, 687 = *NJW* 2003, 2824; *BGH*, RA 2000, 473 = *NJW* 2000, 2018

Zur Beschaffenheitsgarantie: *Fahl/Griedinghagen*, *ZGS* 2004, 344; *Hammen*, *NJW* 2003, 2588

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"

*Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"

**Leitsätze:**

**1. Einem Gebrauchtwagen, der bei Gefahrübergang auf den Käufer betriebsfähig und verkehrssicher ist, fehlt nicht deswegen die vereinbarte Beschaffenheit "fahrbereit", weil der Motor wegen eines fortschreitenden Schadens nach einer Fahrstrecke von höchstens 2.000 km ausgetauscht werden muss.**

**2. Mit der Angabe in einem Gebrauchtwagenkaufvertrag, dass das Fahrzeug "fahrbereit" ist, übernimmt der Verkäufer nicht ohne weiteres die Gewähr im Sinne einer Haltbarkeitsgarantie (§ 443 BGB) dafür, dass das Fahrzeug auch noch nach Gefahrübergang über einen längeren Zeitraum oder über eine längere Strecke fahrbereit bleibt (im Anschluss an *BGHZ* 122, 256).**

**3. Schiebt beim Verkauf einer beweglichen Sache an einen Verbraucher der Verkäufer, der Unternehmer ist, einen Verbraucher als Verkäufer vor, um die Sache unter Ausschluss der Haftung für Mängel zu verkaufen, so richten sich Mängelrechte des Käufers nach § 475 I 2 BGB wegen Umgehung der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf gegen den Unternehmer und nicht gegen den als Verkäufer vorgeschobenen Verbraucher (im Anschluss an *Senatsurteil vom 26.01.2005 - VIII ZR 175/04, NJW* 2005, 1039).**

**Sachverhalt:**

Der Kl. kaufte von dem Bekl. am 31.10.2003 einen gebrauchten, mehr als neun Jahre alten Pkw. Das Fahrzeug war auf die E. GmbH (im Folgenden: GmbH) zugelassen, deren Geschäftsführer der Bekl. ist. Beim Abschluss des Vertrages wurde der Bekl. durch den Zeugen F. vertreten, der einen Gebrauchtwagenhandel betreibt. In dem beim Kauf verwendeten Vertragsformular ist neben dem vorgedruckten Satz "Das Fahrzeug ist fahrbereit" das Kästchen "Ja" angekreuzt. Im

Übrigen heißt es im vorgedruckten Text, dass der Käufer das Fahrzeug "zu den umseitigen Geschäftsbedingungen .... unter Ausschluss jeder Gewährleistung" bestellt; die Geschäftsbedingungen enthalten unter Nr. VII folgende Regelung: "Der Kaufgegenstand wird unter Ausschluss jeder Gewährleistung verkauft. Bei Fehlen zugesicherter Eigenschaft bleibt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unberührt." Anfang November 2003 wurde das Fahrzeug dem Kl. übergeben. Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 27.02.2004 forderte der Kl. den Bekl. unter Berufung auf einen Mangel des Fahrzeugs, der einen Austausch des Motors erforderlich mache, vergeblich auf, sich mit der Rückabwicklung des Vertrages einverstanden zu erklären. Mit seiner Klage hat der Kl. die Rückzahlung des Kaufpreises von 4.400,-€ nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangt; darüber hinaus hat der Kl. Schadensersatz in Höhe von 1.984,22 € nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, dass sich der Bekl. mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. die geltend gemachten Ansprüche weiter.

**Aus den Gründen:**

Die Revision hat keinen Erfolg.

*I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat unter Bezugnahme auf die Begründung des erstinstanzlichen Urteils im Wesentlichen ausgeführt: Es könne dahingestellt bleiben, ob bei dem Fahrzeug bei Übergabe ein Sachmangel vorgelegen habe. Denn auf eine Sachmängelhaftung des Bekl. könne der Kl. den geltend gemachten Anspruch nicht stützen, weil zwischen den Parteien ein Haftungsausschluss für Sachmängel vereinbart worden sei. Der Gewährleistungsausschluss ergebe sich zwar nicht aus den dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Geschäftsbedingungen, weil die betreffende Bestimmung über den Gewährleistungsausschluss unwirksam sei, wohl aber aus einer entsprechenden mündlichen Vereinbarung, die der Kl. und der als Vertreter des Bekl. handelnde Zeuge F., wie die Beweisaufnahme ergeben habe, bei Abschluss des Vertrages getroffen hätten. Ein Verbrauchsgüterkauf, bei dem ein Haftungsausschluss nicht zulässig sei, liege nicht vor, weil der Bekl. beim Verkauf des Fahrzeugs nicht Unternehmer im Sinne des § 14 BGB gewesen sei. Hierfür sei unerheblich, dass der Bekl. Geschäftsführer und offenbar einziger Gesellschafter der GmbH sei, auf die das Fahrzeug zugelassen gewesen sei. Unerheblich sei auch, dass der Zeuge F. den Verkauf vermittelt habe; dieser sei nicht als Verkäufer des Fahrzeugs anzusehen, weil er nicht das wirtschaftliche Risiko des Ver-

kaufs getragen habe. Es könne auch dahingestellt bleiben, ob in der Erklärung des Bekl., das Fahrzeug sei fahrbereit, eine Beschaffenheitsgarantie zu sehen sei. Unter diesem Gesichtspunkt scheidet eine Haftung des Bekl. jedenfalls deshalb aus, weil sich die Garantie nicht auf den geltend gemachten Mangel erstreckt. Fahrbereit sei ein Fahrzeug dann, wenn es sich in einem Zustand befinde, der eine gefahrlose Benutzung im Straßenverkehr erlaube. Dies sei hier trotz des Mangels am Motor der Fall gewesen; der Sachverständige habe klar bekundet, dass das Fahrzeug verkehrssicher gewesen sei.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten den Angriffen der Revision stand. Dem Kl. steht ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages (§ 437 Nr. 2, §§ 323, 346 ff. BGB) sowie auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB) wegen des behaupteten Mangels nicht zu. Die Vertragsparteien haben etwaige Ansprüche und Rechte des Kl. wegen eines Mangels der Kaufsache (§ 437 BGB) wirksam ausgeschlossen. Auch unter dem Gesichtspunkt einer vom Bekl. übernommenen Beschaffenheitsgarantie (§§ 443, 444 BGB) hat die Klage keinen Erfolg.

### 1. Wirksamkeit des individualvertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschlusses

Die Bestimmungen über den Gewährleistungsausschluss im vorformulierten Vertragstext des Kaufvertrags sowie in den auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckten Geschäftsbedingungen sind allerdings, wie das BerGer. nicht verkannt hat, gemäß § 309 Nr. 7 Buchst. a (und b) BGB unwirksam, weil sie den in dieser Vorschrift genannten Beschränkungen, unter denen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Haftung für Schäden - auch im Rahmen der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung - nur ausgeschlossen werden kann, nicht Rechnung tragen (dazu näher Senatsurteil vom 15. 11.2006 - VIII ZR 3/06, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 1 b aa; vgl. auch Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 1579; Arnold, ZGS 2004, 16 ff.). Davon wird aber die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, den der Kl. und der als Vertreter des Bekl. handelnde Zeuge F. nach der rechtsfehlerfreien Tatsachenfeststellung des BerGer. mündlich vereinbart haben, nicht berührt. Insoweit hat das BerGer. - ebenso wie das Landgericht - aufgrund der Vernehmung des Zeugen F. die Überzeugung gewonnen, dass das Verkaufsangebot des Zeugen F. aufgrund der mündlichen Erklärungen des Zeugen mit einem Gewährleistungsausschluss verbunden war und vom Bekl. in dieser Form angenommen wurde. Diese Tatsachenfeststellung über einen zusätzlich mündlich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden

und damit für das Revisionsgericht bindend (§ 559 II ZPO). Die Beweiswürdigung des BerGer. kann im Revisionsverfahren nur darauf nachgeprüft werden, ob sich der Tatrichter mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungsgrundsätze verstößt (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 19.04.2005 - VI ZR 175/04, NJW-RR 2005, 897, unter II 2 a m.w.Nachw.; Zöller/Gummer, ZPO, 25. Aufl., § 546 Rdnr. 13 m.w.N.). Solche Rechtsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Sie setzt der Beweiswürdigung des BerGer. nur ihre eigene Würdigung des Ergebnisses der durchgeführten Beweisaufnahme entgegen. Der Umstand, dass der als Vertreter des Bekl. handelnde Zeuge F. die Ablehnung der Gewährleistung (seitens des Bekl.) damit begründet hat, dass (auch) er (als Händler) keine Gewähr für derartige Fahrzeuge übernehme, gebietet entgegen der Auffassung der Revision keine vom BerGer. abweichende Beweiswürdigung.

### 2. Kein Fall des § 475 I 1 BGB

Dem Bekl. ist die Berufung auf den individualvertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht gemäß § 475 I 1 BGB verwehrt. Die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) finden keine Anwendung, weil der Kl. das Fahrzeug nicht von einem Unternehmer gekauft hat; auch wenn, wie die Revision geltend macht, ein Umgehungsgeschäft vorläge, würde dies nicht zur Anwendung des Verbrauchsgüterkaufrechts im Verhältnis des Kl. zum Bekl. führen.

#### a. Kein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I 1 BGB

Der Anwendung der Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf steht entgegen, dass der Bekl. das Fahrzeug nicht, wie es § 474 I 1 BGB verlangt, als Unternehmer (§ 14 BGB) verkauft hat. Der Bekl. handelte bei Abschluss des Kaufvertrags nicht in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit. Als Geschäftsführer einer GmbH übt er keine selbständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit aus; das Halten eines GmbH-Geschäftsanteils stellt keine gewerbliche Tätigkeit, sondern Vermögensverwaltung dar (BGHZ 133, 71, 78; BGHZ 144, 370, 380). Weitere Gesichtspunkte, unter denen ein unternehmerisches Handeln des Bekl. beim Vertragsschluss in Betracht kommen könnte, sind weder vom Kl. vorgetragen noch aus den Umständen ersichtlich.

#### b. Keine Umgehung der Verbraucherschutzvorschriften

Dem Bekl. ist die Berufung auf den vereinbarten Ausschluss der Mängelrechte auch nicht wegen einer Umgehung der Vorschriften über den Verbrauchsgüter-

kauf (§ 475 I 1 BGB) verwehrt.

*aa. Etwaiges Umgehungsgeschäft begründet keinen Anspruch des Kl. gegen den Bekl.*

Es kann offen bleiben, ob ein Umgehungsgeschäft im Sinne dieser Vorschrift, wie die Revision meint, darin zu sehen ist, dass es sich bei dem vom Bekl. verkauften Fahrzeug - bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise - um ein Firmenfahrzeug der GmbH gehandelt habe, weil dieses vor dem Verkauf auf die GmbH zugelassen gewesen und ganz überwiegend betrieblich genutzt worden sei (zurückhaltend gegenüber der Annahme eines Umgehungsgeschäfts insoweit Staudinger/Matusche-Beckmann (2004), § 475 Rdnr. 50; Reinking, DAR 2001, 1, 10; Himmelreich/Andraea/Teigelack, Autokaufrecht, 2. Aufl., Rdnr. 2870). Selbst wenn die GmbH in wirtschaftlicher Hinsicht als "eigentliche" Verkäuferin des Fahrzeugs anzusehen wäre, würde die Anwendung des § 475 I 2 BGB nur dazu führen können, dass sich die GmbH - also der Unternehmer - gemäß § 475 I 2 BGB so behandeln lassen müsste, als hätte sie selbst das Fahrzeug an den Kl. verkauft, nicht aber dazu, dass die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf im Verhältnis des Kl. zum Bekl. - also zwischen zwei Verbrauchern - Anwendung fänden. Etwaige Mängelrechte hätte der Kl. demzufolge gegen die GmbH, nicht aber gegen den Bekl. geltend zu machen. Insoweit gilt nichts anderes als beim Agenturgeschäft im Kraftfahrzeughandel (dazu Senatsurteil vom 26.01.2005 - VIII ZR 175/04, WM 2005, 807 = NJW 2005, 1039 unter II 1). Wenn ein Agenturgeschäft nach der hierbei gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise missbräuchlich dazu eingesetzt wird, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verschleiern, so hat dies zur Folge, dass sich der Händler beim Weiterverkauf des Gebrauchtwagens gemäß § 475 I 2 BGB so behandeln lassen muss, als hätte er selbst das Fahrzeug an den Kläger verkauft (aaO unter II 1 und II 1 d), während das gleichwohl gewählte Agenturgeschäft nach § 475 I 2 BGB keine Anerkennung finden kann (aaO unter II 1 d). Dementsprechend führt nach zutreffender und auch nahezu einhelliger Auffassung im Schrifttum die Verschleierung eines Eigengeschäfts des Unternehmers beim Agenturgeschäft dazu, dass der Gebrauchtwagenkäufer Mängelrechte aus der Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses gegenüber dem Händler (und nicht gegenüber dem vom Händler vertretenen Verbraucher) geltend machen kann (Reinking, aaO, Rdnr. 1140; Müller, NJW 2003, 1975, 1980; Bamberger/Roth/Faust, § 474 Rdnr. 7; Himmelreich/Andraea/Teigelack, aaO, Rdnr. 2884; Hofmann, JuS 2005, 8, 11; a.A. Münch-KommBGB/S.Lorenz, 4. Aufl., § 475 Rdnr. 36). Ob die (ausschließliche) Haftung des Händlers dogmatisch so zu begründen ist, dass der "vorgeschobene" Kaufvertrag (zwischen den Verbrauchern) als Scheingeschäft unwirksam ist und nach § 475 I 2

BGB ausschließlich ein Verbrauchsgüterkauf zwischen dem Käufer (Verbraucher) und dem Händler (Unternehmer) besteht (so Müller, aaO), oder ob der durch den Händler als Vertreter vermittelte Kaufvertrag (mit dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss) unangetastet bleibt und die Anwendung des § 475 I 2 BGB daneben zu einer Eigenhaftung des Händlers für Sachmängel führt (so Reinking, aaO), kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen. Die vorstehenden Grundsätze zur Anwendung des § 475 I 2 BGB beim Agenturgeschäft sind auch auf andere Vertragsgestaltungen zu übertragen, durch die ein Eigengeschäft des Unternehmers verschleiert wird und damit die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf umgangen werden. Wenn daher - wie von der Revision geltend gemacht wird - ein Umgehungsgeschäft darin läge, dass es sich bei dem Fahrzeug - wirtschaftlich - um ein Betriebsfahrzeug der GmbH gehandelt habe, so müsste sich die GmbH nach § 475 I 2 BGB so behandeln lassen, als hätte sie selbst das Fahrzeug an den Kl. verkauft. Dies hätte zur Folge, dass der Kl. Mängelrechte gegenüber der GmbH geltend zu machen hätte und diese sich nach § 475 I 1 BGB nicht auf den vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen könnte. Mängelrechte gegenüber dem Bekl. als dem von der GmbH vorgeschobenen Verkäufer bestünden demgegenüber nicht, weil der Bekl. nicht Unternehmer, sondern selbst Verbraucher ist. Die gegenteilige Auffassung, nach der bei Agenturgeschäften und in "Strohmannfällen" ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot dazu führen soll, dass dem vom Unternehmer zwischengeschalteten Verbraucher die Unternehmereigenschaft des "wirtschaftlichen" Vertragspartners zugerechnet werde (MünchKommBGB/S.Lorenz, aaO), vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Die Vorschrift des § 475 I 2 BGB soll verhindern, dass sich ein Unternehmer den Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf entzieht, und führt deshalb zur Anwendung der §§ 474 ff. BGB auf den Unternehmer, der diese Bestimmungen durch eine entsprechende Vertragsgestaltung zu umgehen versucht. Die Vorschrift ist aber nicht darauf gerichtet, den Vertragspartner eines Verbrauchers, der selbst Verbraucher ist, als Unternehmer zu behandeln und den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf zu unterwerfen.

*bb. Kein Verstoß gegen die gerichtliche Hinweispflicht gem. § 139 ZPO*

Vergeblich rügt die Revision das Fehlen eines gerichtlichen Hinweises gemäß § 139 ZPO auf die Vorschrift des § 475 I 2 BGB wegen eines möglicherweise gegen das Umgehungsverbot verstoßenden "Rollenwechsels" der GmbH. Eines Hinweises des BerGer. auf eine mögliche Inanspruchnahme der GmbH bedurfte es schon deshalb nicht, weil dem Kl. bereits im ersten Rechtszug vom Bekl. entgegen gehalten worden war, dass der Kl. sich entscheiden müsse, ob er die GmbH,

vertreten durch den Bekl., oder den Bekl. direkt in Anspruch nehmen wolle. Der Kl. hat daraufhin durch eine Berichtigung des Rubrums klargestellt, dass er nicht die GmbH, sondern den Bekl. persönlich in Anspruch nehme.

### 3. *Kein Ansprüche aus Beschaffungsgarantie*

Sachmängelansprüche bestehen entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus einer vom Bekl. übernommenen Beschaffungsgarantie. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. wurde die im Kaufvertrag angegebene Eigenschaft "fahrbereit" nicht durch den vom Kl. beanstandeten Mangel am Motor des Fahrzeugs beeinträchtigt.

#### a. *Reichweite der Zusicherung der Fahrbereitschaft*

Durch die Zusicherung, ein zum sofortigen Gebrauch auf öffentlichen Straßen verkauftes Fahrzeug sei "fahrbereit", übernimmt der Verkäufer die Gewähr dafür, dass das Fahrzeug nicht mit verkehrsgefährdenden Mängeln behaftet ist, aufgrund derer es bei einer Hauptuntersuchung als verkehrsunsicher eingestuft werden müsste (BGHZ 122, 256, Ls.). Es kann dahingestellt bleiben, ob Angaben des Gebrauchtwagenverkäufers, welche die Rechtsprechung zum früheren Kaufgewährleistungsrecht als Eigenschaftszusicherungen (§ 459 II BGB a.F.) behandelt hat, nach dem seit dem 1. Januar geltenden Recht als Beschaffungsgarantie im Sinne des § 443 oder des § 444 BGB anzusehen sind (dazu Reinking/Eggert, aaO, Rdnr. 1327). Die Rechtsfolgen einer in der Zusicherung "fahrbereit" etwa liegenden Beschaffungsgarantie können hier jedenfalls nicht zum Zuge kommen, weil das vom Kl. gekaufte Fahrzeug, wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, auch dann, wenn der vom Kl. behauptete Mangel im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen sein sollte, verkehrssicher und damit fahrbereit im Sinne der oben wiedergegebenen Begriffsbestimmung war. Die Feststellung des BerGer., dass das Fahrzeug trotz des Mangels am Motor nicht als verkehrsunsicher eingestuft werden kann, stimmt mit der entsprechenden Feststellung des Landgerichts überein und beruht auf einer erneuten Würdigung des in der ersten Instanz erstatteten Sachverständigengutachtens. Die vom Sachverständigen bestätigte Verkehrssicherheit des Fahrzeugs war vom Kl. schon im Berufungsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen worden; Rechtsfehler der (nochmaligen) Beweiswürdigung des BerGer. vermag auch die Revision nicht aufzuzeigen.

#### b. *Fahrbereitschaft keine Haltbarkeitsgarantie*

Sie meint jedoch, das Fahrzeug könne - unabhängig von etwaigen Sicherheitsmängeln - bereits deshalb nicht als fahrbereit angesehen werden, weil mit ihm, wie der Sachverständige bekundet habe, bis zum Eintritt eines Motorschadens allenfalls noch eine Strecke

von 2000 Kilometer hätte gefahren werden können. Auch daraus lässt sich nicht herleiten, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe nicht fahrbereit war. Zwar trifft es zu, dass der Begriff "fahrbereit" nicht auf den Aspekt der Verkehrssicherheit verengt werden kann. Um sich in einem "Zustand (zu befinden), der eine gefahrlose Benutzung im Straßenverkehr erlaubt" (BGHZ 122, 256, 261), muss ein Fahrzeug im Hinblick auf seine wesentlichen technischen Funktionen so beschaffen sein, dass ein Betrieb des Fahrzeugs überhaupt möglich ist. Daran kann es fehlen, wenn ein Fahrzeug schon im Zeitpunkt der Übergabe wegen gravierender technischer Mängel nicht imstande ist, eine auch nur minimale Fahrstrecke zurückzulegen (vgl. OLG Frankfurt, OLG-Report 1995, 265). Jedoch übernimmt der Verkäufer mit der Angabe im Kaufvertrag, dass ein Fahrzeug "fahrbereit" ist, nicht ohne weiteres die Gewähr im Sinne einer Haltbarkeitsgarantie (§ 443 BGB) dafür, dass das Fahrzeug auch noch nach Gefahrübergang über einen längeren Zeitraum oder über eine längere Strecke fahrbereit bleibt. Ob und gegebenenfalls bis zu welcher Grenze ein Fahrzeug, das schon nach kürzester Strecke liegen bleibt, als bereits im Zeitpunkt der Übergabe betriebsunfähig - und somit nicht fahrbereit - anzusehen ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Dem vom Kl. gekauften Fahrzeug fehlte die Beschaffenheit "fahrbereit" im Zeitpunkt der Übergabe nicht unter dem Gesichtspunkt einer etwa unmittelbar nach Gefahrübergang aufgetretenen oder zu erwartenden Betriebsunfähigkeit. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag des Kl. war das Fahrzeug nicht wegen eines Motorschadens liegen geblieben; es war lediglich in einer Werkstatt festgestellt worden, dass die Funktionsfähigkeit des Motors aufgrund vorhandener Mängel an Motorblock und Zylinderkopf nicht mehr auf Dauer gewährleistet war. Dies hatte nicht zur Folge, dass das Fahrzeug bei Gefahrübergang nicht mehr fahrbereit war. Nach dem Gutachten des Sachverständigen, auf das sich die Revision beruft, war ungewiss, wann es bei einem weiteren Betrieb des Fahrzeugs zu einem Motorschaden kommen würde. Der Sachverständige hat es für möglich gehalten, dass ein Schaden bei hoher Motorbelastung alsbald eintreten konnte, hat es aber als "ebenso gut möglich" bezeichnet, dass das Fahrzeug noch 1000 bis 2000 km fahren konnte. Bei dieser Sachlage kann dem Fahrzeug für den Zeitpunkt der Übergabe die Beschaffenheit "fahrbereit" nicht unter dem Gesichtspunkt unmittelbar bevorstehender Betriebsunfähigkeit abgesprochen werden. Eine Garantie dafür, dass das Fahrzeug auch noch nach der Übergabe eine längere Strecke fahrbereit bleiben würde (Haltbarkeitsgarantie), hat der Bekl. nicht übernommen; eine entsprechende Erklärung fehlt im Kaufvertrag.

**Standort: ZPO****Problem: Beweislast**

BGH, URTEIL VOM 18.10.2006

IV ZR 130/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Zahlung wegen eines vom Kl. behaupteten Einbruchdiebstahls in Anspruch. Der Kl. Betrieb einen Schmuckhandel. Bei der Bekl. nahm der Kl. eine Geschäftsversicherung unter Einschluss des Einbruchdiebstahlsrisikos auf. Unter dem 21.10.2002 erstattete der Kl. bei Polizei Strafanzeige gegen Unbekannt wegen eines Diebstahls in seiner Wohnung und meldete den Schadensfall der Bekl.. Während der urlaubsbedingten Abwesenheit des Kl. sei ihm ein Tresor entwendet worden, in dem sich Schmuck und Bargeld befunden habe. Unstreitig waren an der Tür Einbruchspuren zu sehen, auch der Fußbodenbelag wies Schäden auf, die durch den Abtransport des Tresors bedingt sein könnten. Die Bekl. verweigerte die Leistung an den Kl. mit dem Argument, der Diebstahl sei lediglich vorgetäuscht.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers wurde unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils der Klage teilweise stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Sache beschäftigte sich der erkennende Senat mit der Frage, wie der Nachweis des Kl. über das äußere Schadensbild eines Einbruchdiebstahls auszusehen habe. In der Sache geht es um das Vorhandensein von Schmuck und Bargeld in dem Tresor, deren Gegenwert der Kl. Von seinem Versicherer ersetzt verlangt. In ständiger Rechtsprechung kommen dem Versicherungsnehmer Beweiserleichterungen zu gute. Der Versicherungsnehmer genügt seiner Beweislast, wenn er das äußere Bild einer bedingungsgemäßen Entwendung beweist (VersR 1987, 146). Zu dem Minimum an Tatsachen, die bei einem Einbruchdiebstahl das äußere Bild ausmachen, gehört, dass die als gestohlen bezeichneten Sachen vor dem Diebstahl sich an dem fraglichen Ort befunden haben und nachher nicht mehr auffindbar sind. Zudem sind Einbruchspuren aufzuweisen, sofern nicht ein Nachschlüsseldiebstahl in Betracht kommt. Für diese Tatsachen, die das äußere Bild eines Einbruchdiebstahls ausmachen, ist der Versicherungsnehmer mit dem Vollbeweis belastet.

Davon zu unterscheiden sei jedoch nach Auffassung des BerGer. dasjenige, was sich innerhalb des Tresors befindet. Hierzu hatte das BerGer. erkannt, dass es sich bzgl. des Inhalts des Tresors um eine Frage der Schadenshöhe handele, die anhand des Beweismaßes gem. § 287 I ZPO zu ermitteln sei. Dem kann in Über-

einstimmung mit dem erkennenden Senat des BGH nicht beigespflichtet werden. Zum obig beschriebenen äußeren Bild des Einbruchdiebstahls gehört auch, dass der Versicherungsnehmer den Vollbeweis dahingehend zu erbringen hat, was das ursprüngliche Vorhandensein des Diebesgutes anbelangt. Dazu ist aber nicht erforderlich, dass der Versicherungsnehmer jeden einzelnen Gegenstand benennen muss; gefordert wird ein Nachweis dessen, dass jedenfalls Sachen vorhanden waren, die der angegebenen Menge im wesentlichen entsprechen (OLG Saarbrücken, VersR 1999, 750). Daraus folgt nun, dass durch das äußere Bild des entwendeten Tresors selbst nicht zugleich das äußere Bild des sich (nach der Behauptung des Kl.) darin befindlichen Schmucks indiziert wird. Diesbezügliche Feststellungen des BerGer. fehlen, so dass insoweit an das BerGer. zurückverwiesen worden ist.

Eine weitere interessante Fragestellung betrifft den Prüfungsumfang des BerGer.. In der Sache hatte das erstinstanzliche Gericht die Mutter des Kl. als Zeugin vernommen, um dem Einwand der Bekl., der Diebstahl sei lediglich vorgetäuscht, zu erforschen. Gem. § 529 I Nr. 1 ZPO sind neue Feststellungen geboten, wenn aus Sicht des BerGer. Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen bestehen. Demnach ist es erforderlich, Zeugen gem. § 398 I ZPO erneut zu vernehmen, wenn das BerGer. eine protokollierte Aussage anders werten will oder verstehen will als die Vorinstanz (BGH, NJW-RR 2002, 1500). Hier hatte das Landgericht die Überzeugung gewonnen, dass es der Aussage der Zeugin keinen Glauben schenken könne, da es an der Glaubhaftigkeit der Aussage fehle (inbs. wegen widersprüchlicher Angaben). Das BerGer. hatte die Würdigung dieser Aussage durch das erstinstanzliche Gericht verworfen und kam zum gegenteiligen Ergebnis, ohne die Zeugin erneut selbst vernommen zu haben. Erschwerend kam hinzu, dass diese Tatsache vom BerGer. gesehen wurde, da die Zeugin geladen wurde. Allerdings verweigerte sie berechtigterweise die Aussage gem. § 383 I Nr. 3 ZPO. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass insoweit eine Abweichung von der Beurteilung nicht in Betracht kommt.

**Vertiefungshinweise:**

- Zur Beweislast: *BGH*, WM 1992, 317;
- Zum Zeugenbeweis: *Einmahl*, NJW 2001, 469; *BGH*, NJW 1987, 1403
- Zum Anscheinsbeweis: *BGH*, NJW-RR 1986, 383

**Kursprogramm:**

- Assessorkurs*: "Ein Hundeleben"
- Assessorkurs*: "Seniorenzentrum"

**Leitsätze:**

**Der Beweis für das äußere Bild einer Entwendung eines Tresors erbringt nicht zugleich das äußere Bild einer Entwendung der sich darin (nach Behauptung des Versicherungsnehmers) befindlichen Gegenständen, denn die Entwendung des Tresors lässt nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schluss darauf zu, dass sich im Tresor Gegenstände befunden haben.**

**Dem Versicherungsnehmer obliegt es auch in einem solchen Fall darzulegen und zu beweisen, dass vor dem Diebstahl die später als gestohlen gemeldeten Gegenstände im Tresor vorhanden waren und danach nicht mehr aufgefunden wurden. Für die Anwendung des § 287 ZPO ist insoweit kein Raum.**

**Hat das Berufungsgericht konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der in erster Instanz auf Grund der Vernehmung eines Zeugen getroffenen Feststellungen und ordnet es deshalb die erneute Vernehmung dieses Zeugen an, ist ihm der Rückgriff auf die erstinstanzlich protokollierte Aussage des Zeugen als Grundlage für eine abweichende Würdigung der Glaubwürdigkeit des Zeugen verschlossen, wenn dieser nunmehr berechtigt das Zeugnis verweigert.**

**Sachverhalt:**

Die Bekl. wird vom Kl. auf Zahlung von 74.854,15 € wegen eines von ihm behaupteten Einbruchdiebstahls in Anspruch genommen. Der Kl., der in seiner Wohnung unter anderem den gewerblichen An- und Verkauf von Schmuck betrieb, nahm dafür im Juni 2002 bei der Bekl. eine Geschäfts- und Transportversicherung sowie eine Betriebseinrichtungsversicherung, jeweils unter Einschluss des Einbruchdiebstahl-Risikos. Am 21.10.2002 erstattete der Kl. bei der Polizei Strafanzeige gegen Unbekannt wegen eines Einbruchdiebstahls in seiner Wohnung und meldete den Schadensfall der Bekl.. Die Tat habe sich, so der Kl., während seiner Urlaubsabwesenheit im Zeitraum zwischen dem 18. und 21.10.2002 ereignet; ihm sei ein Tresor (Wert: 7.355,63 €) entwendet worden, in dem sich in seinem Eigentum stehender Schmuck im Gesamtwert von 49.385,83 € sowie Bargeld in Höhe von 13.480 € befunden hätten. Unstreitig waren an der Tür zur Wohnung des Klägers am 21.10.2002 typische Aufbruchspuren vorhanden; der Fußbodenbelag wies Schäden auf, die durch das Abtransportieren des Tresors entstanden sein konnten. Die Sachschäden an Tür und Boden belaufen sich auf 4.632,59 €. Die Bekl. ist der Ansicht, sie sei leistungsfrei, da der Kl. den Einbruchdiebstahl vorgetäuscht habe. Der schwere Tresor hätte aus der Wohnung des Kl. nicht abtransportiert werden können, ohne die Aufmerksamkeit der Mitbewohner zu erregen. Zum Ankauf von Schmuck im Werte der Klageforderung sei der Kl. wirtschaftlich auch nicht in der Lage gewesen; sein Vortrag, die Mit-

tel stammten aus zwei Darlehen, die ihm seine Eltern gewährt hätten, sei unzutreffend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. ist die Bekl. unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils zur Zahlung von 61.374,05 € nebst Zinsen verurteilt worden; wegen der weiteren 13.480 € (Bargeld) ist die Berufung zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter.

**Aus den Gründen:**

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

*I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hält das äußere Bild eines Einbruchdiebstahls für gegeben. Die Wohnungstür habe typische Einbruchspuren aufgewiesen; ein Diebstahl in der vom Kl. behaupteten Begehungsweise sei möglich gewesen. Es stehe zudem fest, dass sich der Tresor am 18.10.2002 in der Wohnung befunden habe und dort am Morgen des 21.10.2002 nicht mehr vorhanden gewesen sei. Die Spuren am Bodenbelag ergäben mit hinreichender Gewissheit, dass der Tresor aus der Wohnung geschafft worden sei. Diese Umstände genügten zur Feststellung des äußeren Bildes eines Einbruchdiebstahls. Dagegen betreffe die Frage, ob Schmuck und Bargeld im Tresor vorhanden waren, nicht die Voraussetzungen des äußeren Bildes, sondern allein die Schadenshöhe (§ 287 ZPO). Dabei könne dahingestellt bleiben, ob es für das äußere Bild eines Diebstahls allgemein ausreiche, wenn (nur) einer der als gestohlen behaupteten Gegenstände vor dem behaupteten Diebstahl vorhanden gewesen sei und danach nicht mehr aufgefunden werde, denn hier sei das äußere Bild allein durch das Wegschaffen des Tresors geprägt. Unstreitige oder von der Bekl. bewiesene Tatsachen, die mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auf eine Vortäuschung des Einbruchdiebstahls schließen ließen, lägen nicht vor. Bei der Würdigung des Sachverhalts bestehe insoweit keine Bindung an die gegenteilige Feststellung des Landgerichts, denn es bestünden konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung. Die danach neu vorzunehmende Würdigung erstreckte sich auch auf die Behauptung des Kl., von seinen Eltern Darlehen erhalten zu haben. Da die Mutter des Kl. in zweiter Instanz das Zeugnis verweigert habe, sei der Senat hierbei, soweit es um ihre Angaben gehe, auf den Inhalt des landgerichtlichen Protokolls über ihre Zeugenvernehmung angewiesen. Dieses Protokoll bleibe verwertbar. Allein auf Grundlage der protokollierten Angaben der Mutter sowie der übrigen Umstände könne sich der Senat nicht die Überzeugung verschaffen, dass es die vom Kl. behaupteten Darlehen tatsächlich nicht gegeben

habe. Zwar gebe es Widersprüche zwischen dem Klägervortrag und der erstinstanzlich protokollierten Zeugenaussage der Mutter; diese könnten aber als Indiz für die positiv festzustellende Unrichtigkeit des Klägervortrags nicht entscheidend ins Gewicht fallen, da sie lediglich Details betreffen. Auch die Würdigung aller übrigen tatsächlich feststehenden Umstände würde insgesamt nicht zu der Feststellung führen, dass der Diebstahl mit erheblicher Wahrscheinlichkeit nur vorgetäuscht worden sei. Dem Kl. stehe danach wegen der Schäden in der Wohnung ein Anspruch in Höhe von 4.632,59 €, wegen des Wertes des Tresors in Höhe von 7.355,63 € und wegen des in ihm befindlichen Schmucks in Höhe von 49.385,83 € zu. Auch hinsichtlich der Schmucks stehe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) fest, dass dieser gestohlen worden sei.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

### 1. Beweismaß des § 287 I ZPO ist rechtsfehlerhaft

Das BerGer. hat, was den Nachweis anlangt, dem Kl. sei im Tresor befindlicher Schmuck entwendet worden, rechtsfehlerhaft das Beweismaß des § 287 ZPO zu Grunde gelegt.

### a. Beweiserleichterungen zugunsten des Versicherungsnehmers bestehen

Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass dem Versicherungsnehmer bei einem behaupteten Diebstahl Beweiserleichterungen zugute kommen. Er genügt seiner Beweislast, wenn er das äußere Bild einer bedingungsgemäßen Entwendung beweist, also ein Mindestmaß an Tatsachen, die nach der Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schluss auf die Entwendung zulassen (BGH, Urteile vom 05.11.1986 - IVa ZR 57/86 - VersR 1987, 146; vom 18.10.1989 - IVa ZR 341/88 - VersR 1990, 45, jeweils m.w.N.). Zu dem Minimum an Tatsachen, die bei einem Einbruchdiebstahl - um den es nach Behauptung des Kl. geht - das äußere Bild ausmachen, gehört, dass die als gestohlen bezeichneten Sachen vor dem behaupteten Diebstahl am angegebenen Ort vorhanden und danach nicht mehr aufzufinden waren; zudem gehört dazu, dass Einbruchspuren vorhanden sind, wenn nicht ein Nachschlüsseldiebstahl in Betracht kommt. Für diese Tatsachen, die erst zusammen das äußere Bild eines Einbruchdiebstahls ausmachen, muss der Versicherungsnehmer den Vollbeweis führen. Davon geht auch das BerGer. im Grundsatz zutreffend aus, soweit seine Erwägungen den behaupteten Diebstahl des Tresors selbst - nicht von dessen Inhalt - betreffen. Denn es stellt insoweit auf der Grundlage seiner Tatsachenwürdigung fest, dass Einbruchspuren vorhanden waren, ein Diebstahl in der vom Kl. behaupteten Art möglich, der Tresor

vor dem Diebstahl vorhanden war und danach nicht mehr aufgefunden werden konnte. Damit hat es mit Blick auf den Tresor das äußere Bild eines Einbruchdiebstahls festgestellt, nämlich ein Mindestmaß an Tatsachen, die nach der Lebenserfahrung den Schluss auf die versicherte Entwendung zulassen.

### b. Beweislast hins. des Vorhandenseins der gestohlenen Gegenstände liegt kein Versicherungsnehmer

Wenn das BerGer. vor diesem Hintergrund aber gemeint hat, was den als gestohlen behaupteten Inhalt des Tresors anlangt, gehe es allein noch um die Schadenshöhe, die in Anwendung des Beweismaßes des § 287 ZPO festzustellen sei, ist ihm nicht zu folgen. Der Senat hat mit Urteil vom 14.06.1995 (IV ZR 116/94 - VersR 1995, 956 unter 3 a) in einem Fall, in dem bei einem Einbruch in Räume eines Pelzgroßhandels Felle und Pelze in einem Gesamtwert von 652.199 DM entwendet worden sein sollten, ausgesprochen, es gehöre auch zum äußeren Bild, für das der Versicherungsnehmer den Vollbeweis führen müsse, dass die Felle und Pelze vor dem behaupteten Diebstahl im Wesentlichen in der angegebenen Menge vorhanden waren. Der Senat hat damit zunächst den Grundsatz bestätigt, dass das Vorhandensein der als gestohlen gemeldeten Sachen und deren Nichtwiederauffinden vom Versicherungsnehmer voll zu beweisen ist, denn gerade darin findet sich - unabhängig von den Einbruchmerkmalen - das äußere Bild der Entwendung selbst. Soweit der Senat zudem angemerkt hat, es sei vom Versicherungsnehmer (voll) zu beweisen, dass die Felle und Pelze "im wesentlichen in der angegebenen Menge" vorhanden waren, stellt das den vorgenannten Grundsatz nicht infrage, sondern trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, dass in jenem Falle fast der gesamte Lagerbestand, mithin eine Vielzahl von Einzelstücken, entwendet worden war. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, dem Versicherungsnehmer zwar nicht den Vollbeweis für das Vorhandensein und Nichtwiederauffinden jedes Einzelstücks abzuverlangen, aber doch den Nachweis zu fordern, dass jedenfalls Sachen vorhanden waren, die der angegebenen Menge in etwa ("im wesentlichen") entsprechen (vgl. OLG Saarbrücken VersR 1999, 750, 751; OLG Düsseldorf RuS 1999, 514, 515; NVersZ 2000, 182, 183; OLG Hamm VersR 1998, 316, 317; NVersZ 2000, 186; Kollhoser in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 49 Rdn. 53; Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. § 49 Rdn. 21; a.A.: Lücke, VersR 1996, 785, 793; BK/Schauer, VVG Vorbem. §§ 49-68 a Rdn. 91). Erbringt er - beim Vorhandensein von Einbruchspuren - diesen Nachweis, steht das äußere Bild einer versicherten Entwendung der (insgesamt) als gestohlen gemeldeten Sachen fest; danach ist mit Blick auf die Schadenshöhe Raum für die Anwendung des Beweismaßes des § 287 ZPO. Daran hält der Senat fest. Es besteht kein Anlass, dem Versicherungsnehmer hier weitere Beweiserleichterungen

zuzubilligen. Denn hinsichtlich des Vorhandenseins der als gestohlen gemeldeten Sachen befindet er sich nicht in einer typischen Beweisnot, die eine solche Beweiserleichterung rechtfertigen könnte. Jedenfalls kommt es vor diesem Hintergrund - wie vom BerGer. erwogen, aber letztlich offen gelassen - nicht in Betracht, den Beweis für das äußere Bild der Entwendung einer Vielzahl von Gegenständen schon dann als geführt anzusehen, wenn der Versicherungsnehmer allein zu beweisen vermag, dass einer dieser Gegenstände vor dem (behaupteten) Diebstahl vorhanden war und danach nicht wieder aufgefunden wurde (Rüther, Versicherungsrechts-Handbuch § 23 Rdn. 211 a). Das gilt auch dann, wenn - wie das BerGer. meint - das Wegschaffen eines Gegenstandes, hier des Tresors, das äußere Bild des Diebstahls "prägt".

*c. Grundsatz gilt auch für den Inhalt des entwendeten Tresors*

Zwar ist der vorliegende Fall durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass es um den Nachweis der Entwendung von Gegenständen geht, die der (nach Behauptung des Kl.) gestohlene Tresor zum Inhalt hatte. Das rechtfertigt indessen keine Abkehr von den zuvor näher dargelegten Grundsätzen. Den Versicherungsnehmer trifft auch hier die (volle) Beweislast dafür, dass und welche Gegenstände sich vor dessen Diebstahl im Tresor befanden; handelt es sich um eine Vielzahl von Einzelgegenständen (Schmuckstücken), kann es ausreichen, wenn er beweist, dass diese im Wesentlichen vorhanden waren. Steht lediglich das äußere Bild einer Entwendung des Tresors fest, besagt das noch nichts darüber, dass über den Tresor selbst hinaus überhaupt etwas entwendet worden ist. Die Entwendung des Tresors allein lässt also nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schluss darauf zu, dass sich im Tresor überhaupt Gegenstände befunden haben und (mit-)gestohlen worden sind; das äußere Bild der Entwendung des Tresors erbringt nicht zugleich das äußere Bild der Entwendung seines (nach Behauptung des Kl.) darin befindlichen Schmucks. Dem Versicherungsnehmer obliegt es vielmehr auch in einem solchen Fall darzulegen und zu beweisen, dass sich vor dem Diebstahl die später als gestohlen gemeldeten Gegenstände im Tresor befunden haben; erst dann lässt das äußere Bild der Entwendung des Tresors mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch den Schluss auf deren Entwendung zu. Für Beweiserleichterungen ist auch insoweit schon mangels typischer Beweisnot des Versicherungsnehmers kein Raum. Das BerGer. wird daher nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen festzustellen haben, ob der Kl. auch mit Blick auf den Schmuck den (Voll-)Beweis dafür erbracht hat, dass dieser vor der behaupteten Entwendung im Tresor vorhanden und danach nicht wieder aufzufinden war.

*2. Kein Rückgriff auf die erstinstanzliche Zeugenaussage*

Soweit das BerGer. bei der unter Berücksichtigung der in erster Instanz protokollierten Angaben der Mutter des Kl. vorgenommenen Würdigung angenommen hat, dass die Bekl. keine Tatsachen bewiesen hat, die mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auf eine Vortäuschung des Einbruchdiebstahls schließen lassen, leidet seine Tatsachenfeststellung an einem Verfahrensmangel und kann deshalb keinen Bestand haben.

*a. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit gebieten die Erhebung neuer Feststellungen*

Bestehen aus Sicht des BerGer. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, sind die Eingangsvoraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO gegeben. Es sind erneute Feststellungen geboten, wobei die eigenständige Würdigung der in erster Instanz erhobenen Beweise durch das BerGer. bereits eine solche erneute Tatsachenfeststellung darstellt. Die Frage, ob und inwieweit das BerGer. im Zuge dieser erneuten Tatsachenfeststellung zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme verpflichtet ist, beantwortet sich nach den von der Rechtsprechung schon zum bisherigen Recht entwickelten Grundsätzen (BGHZ 158, 269, 272 f., 274 f.). Danach ist es erforderlich, Zeugen erneut zu vernehmen, wenn das BerGer. eine protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder werten will (BGH, Urteile vom 22.05.2002 - VIII ZR 337/00 - NJW-RR 2002, 1500 unter II 1; vom Dezember 2002 - XI ZR 290/01 - BGH-Report 2003, 453 unter II 1 a und b; vom 28.11.1995 - XI ZR 37/95 - WM 1996, 196 unter III 3). Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann nur dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (BGH, Urteil vom 19.06.1991 - VIII ZR 116/90 - NJW 1991, 3285 unter II 2 b aa). Hat also das erstinstanzliche Gericht über streitige Äußerungen und die Umstände, unter denen sie gemacht worden sind, Zeugen vernommen und ist es aufgrund einer Würdigung der Aussagen zu einem bestimmten Ergebnis gekommen, so kann das BerGer. diese Auslegung nicht verwerfen und zum gegenteiligen Ergebnis kommen, ohne zuvor die Zeugen gemäß § 398 I ZPO selbst vernommen zu haben (Senatsbeschluss vom 05.04.2006 - IV ZR 253/05 - VersR 2002, 649 unter 1).

*b. Grundsatz blieb hier außer Betracht*

Dem hat das BerGer. nicht ausreichend Rechnung getragen. Das Landgericht hat nach durchgeführter Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen, der Kl. habe von seinen Eltern keine Darlehen zur Finanzierung der Schmuckkäufe erhalten. Die gegenteiligen



Angaben der Mutter des Kl., die von der Bekl. als Zeugin benannt worden war, hat es für "nicht lebensnah", "wenig plausibel" und "nicht nachvollziehbar" gehalten. Dies gelte nicht nur für deren Aussage, die ihrem Sohn gewährten Darlehen stammten aus einem seit 1975 aus Misstrauen gegenüber Banken in ihrer Wohnung aufbewahrten Bargeldbetrag in Höhe von etwa 115.000,00 DM, sondern auch für die Schilderung der näheren Umstände der Übergabe einer so beträchtlichen Geldsumme an den Kl.. Ferner bestünden Widersprüche zwischen dem Vortrag des Kl. und den Bekundungen seiner Mutter. Der Senat entnimmt dieser Würdigung des Landgerichts in einer Gesamtbeurteilung, dass es der Aussage der Zeugin keinen Glauben schenken konnte, sie für unglaubwürdig erachtet hat. Danach hätte das BerGer. nach den oben näher dargelegten Grundsätzen diese Würdigung des Landgerichts nicht verwerfen dürfen und zum gegenteiligen Ergebnis kommen können, ohne zuvor die Mutter des Kl. erneut als Zeugin selbst vernommen zu

haben. Dass dies das BerGer. letztlich ebenso gesehen hat, belegt dessen Ladung der Zeugin zu dem Beweisthema "Einzelheiten der Darlehensverträge mit dem Kl.". Wenn die Zeugin daraufhin bei der Vernehmung von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, eröffnet allein dieser Umstand dem BerGer. bei der Würdigung ihrer erstinstanzlich protokollierten Aussage keinen anderweitigen Beurteilungsspielraum; ihm war auch danach eine vom erstinstanzlichen Urteil abweichende Würdigung der Glaubwürdigkeit der Zeugin verschlossen. Ob in Fällen berechtigter Zeugnisverweigerung, hier gemäß § 383 I Nr. 3 ZPO, in entsprechender Anwendung von § 252 StPO schlechthin ein Verwertungsverbot anzunehmen ist (mit dem BerGer. verneinend OLG Braunschweig NdsRPfl 1960, 162; OLG Köln VersR 1993, 335, 336; a.A. OLG Frankfurt am Main MDR 1987, vgl. auch Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl. § 383 Rdn. 6; Chr. Berger in Stein/Jonas/Leipold, ZPO [Stand 1999] § 383 Rdn. 20), kann daher auf sich beruhen.

### Standort: Dingliche Ansprüche

### Problem: Beseitigungsanspruch

BGH, URTEIL VOM 01.12.2006

V ZR 112/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Bekl. sind Mieter einer Wohnung. Der Vermieter hatte ohne die erforderliche Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer einen Balkon an der Wohnung zu einem Wintergarten umgebaut und Fenster durch einen Balkon ersetzt. Die Kl. ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft. Auf Antrag der Kl. hin wurde der Vermieter durch rechtskräftigen Beschluss des Kammergerichts zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Wohnung verpflichtet. Dem kam dieser nicht nach. Daher werden nunmehr die Bekl. in Anspruch genommen, den Rückbau im Rahmen der Durchführung einer Ersatzvornahme zu dulden.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Auch in der Revision blieb das Begehren der Klageabweisung seitens der Bekl. ohne Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung setzt sich der fünfte Senat des BGH schulmäßig mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 1004 I BGB auseinander. Lesenswert sind die Ausführungen zum Störerbegriff. Der Störerbegriff ist gesetzlich nicht definiert. Die Rechtsprechung unterscheidet den Handlungsstörer vom Zustandsstörer.

Handlungsstörer ist, wer eine Beeinträchtigung durch seine Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht hat (Palandt-Bassenge, § 1004 Rn 16). Der Handlungsstörer ist unmittelbarer Störer,

wenn seine Handlung selbst schon die Beeinträchtigung bewirkt (BGH, NJW 1983, 751). Demgegenüber ist er mittelbarer Störer, wenn die Beeinträchtigung durch die Handlung eines Dritten von seiner Willensbetätigung adäquat verursacht ist (BGH, NJW 2000, 2901). Dies ist dann der Fall, wenn der Störer die Handlung veranlasst, diese gestattet oder die Dritthandlung nicht verhindert, obschon er die Möglichkeit dazu hat (Palandt-Bassenge, § 1004 Rn 17). In dem hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt haben die Bekl. die baulichen Veränderungen weder selbst vorgenommen noch in irgend einer Form veranlasst und erfüllen insoweit den Handlungsstörerbegriff nicht.

Zustandsstörer ist derjenige Eigentümer oder Besitzer einer Sache, von der eine Beeinträchtigung ausgeht. Begründet wird die Stellung als Zustandsstörer nicht schon allein aufgrund dieser Rechtsstellung, sondern die Beeinträchtigung muss wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers bzw. Besitzers zurückgehen (BGH, NJW 1999, 2896; NJW-RR 2001, 232; 1208). Das setzt voraus, dass er die Beeinträchtigung durch eine eigene Handlung mit verursacht hat oder ihre Beseitigung entgegen einer Handlungspflicht unterlässt. Vorliegend beherrschen die Bekl. als unmittelbare Besitzer der Wohnung die Möglichkeit der Beseitigung der Störung. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Bekl. als Mieter der Wohnung nicht berechtigt sind, wesentliche Veränderungen an der Wohnung vorzunehmen. Dies folgt bereits daraus, dass die Bekl. nicht auf Beseitigung der Störung in Anspruch genommen werden, sondern auf Duldung. Dies ist insoweit eine Handlung, die auch den Bekl. rechtlich möglich

ist. Weiterhin ist den Bekl. die Beeinträchtigung auch zurechenbar. Die Bekl. müssen sich die Beeinträchtigung insoweit zurechnen lassen, als sie diese willentlich aufrecht erhalten. Die Bekl. nutzen die ihnen wegen der tatsächlichen Sachherrschaft gegebene Möglichkeit nicht, die Störung beseitigen zu lassen. Da dies ein Unterlassen der Bekl. ist, ist eine Rechtspflicht zum Handeln zu prüfen. Auch diese ist hier gegeben. Die Bekl. leiten ihr Besitzrecht vom Vermieter ab und können daher gegenüber Dritten, die dingl. Ansprüche in Bezug auf die Wohnung geltend machen, keine weitergehenden Ansprüche als der Vermieter selbst haben. Ein gegen den Vermieter gerichteter Eigentumsstörungsanspruch aus § 1004 BGB verpflichtet den Mieter zur Duldung der Beseitigung der Beeinträchtigung. Dass die Bekl. im Rechtsverhältnis zum Vermieter berechtigt sind, die Wohnung wie sie ist zu nutzen, hat darauf keinen Einfluss, da die Vertragswirkung sich nur inter partes entfaltet. Daher waren die Bekl. als Zustandsstörer zu beurteilen.

#### **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
- Zur Mitbenutzung von Gemeinschaftsflächen im Mietobjekt durch Dritte: *BGH*, RA 2006, 720

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs:* "Das Geschäftshaus"
- Assessorkurs:* "Die voreilige Auflassung"

#### **Leitsatz:**

**Beeinträchtigt der Zustand einer Wohnung das Eigentum eines Dritten und geht dies auf rechtswidriges Handeln des Wohnungseigentümers zurück, kann der Dritte den Mieter der Wohnung auf Duldung der Störungsbeseitigung in Anspruch nehmen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bekl. sind Mieter einer dem Streithelfer gehörenden Wohnung. Dieser hatte ohne die erforderliche Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer einen Balkon der Wohnung zu einem Wintergarten umgebaut und Fenster durch einen Balkon ersetzt. Auf Antrag der Kl., die Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist, wurde der Streithelfer durch rechtskräftigen Beschluss des Kammergerichts zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Wohnung verpflichtet. Die Kl. beabsichtigt, die hierfür erforderlichen Arbeiten im Wege der Ersatzvornahme durchführen zu lassen. Sie hat die Bekl. deshalb auf Duldung des Rückbaus in Anspruch genommen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der von dem Kammergericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kl. beantragt, verfolgen die Bekl. ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das Berufungsgericht hält die Bekl. nach § 1004 I BGB für verpflichtet, den Rückbau zu dulden. Sie seien Zustandsstörer, da die Beseitigung des das Miteigentum der Kl. beeinträchtigenden baulichen Zustands der Wohnung allein von ihrem Willen abhängt. Auf eine Handlungspflicht der Bekl. komme es nicht an. Diese zusätzliche Voraussetzung sei nur von Bedeutung, wenn von einem Untätigen die Herstellung des rechtmäßigen Zustands verlangt, nicht aber, wenn dieser, wie hier, lediglich auf Duldung der notwendigen Maßnahmen in Anspruch genommen werde. Die gegenteilige Auffassung des Oberlandesgerichts München (NZM 2003, 445) überzeuge nicht. Sie lasse unberücksichtigt, dass der Vermieter dem Mieter nicht mehr an Rechten übertragen könne, als er selber habe, und führe dazu, dass ein Wohnungseigentümer einen eigenmächtig geschaffenen baulichen Zustand seiner Wohnung durch deren Vermietung auf unbegrenzte Zeit aufrechterhalten könne.

##### *II. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Das BerGer. nimmt zu Recht an, dass die Bekl. verpflichtet sind, die Baumaßnahmen zu dulden, die zur Beseitigung des das Eigentumsrecht der Kl. beeinträchtigenden Zustands der von ihnen gemieteten Wohnung erforderlich sind. Das folgt aus der Vorschrift des § 1004 I 1 BGB, wonach derjenige, dessen Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird, von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann.

##### *1. Beeinträchtigung des Eigentums liegt vor*

Die erforderliche Eigentumsbeeinträchtigung - hierunter fällt jeder dem Inhalt des Eigentums (§ 903 BGB) widersprechende Zustand (vgl. Senat, Urt. v. 04.02.2005, V ZR 142/04, *NJW* 2005, 1366, 1367 m.w.N.) - ist gegeben. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. hat der Streithelfer durch den Anbau eines Wintergartens und eines Balkons im Gemeinschaftseigentum stehende Bauteile des Hauses massiv verändert; hierdurch hat er, weil die nach § 22 I WEG erforderliche Zustimmung aller Wohnungseigentümer fehlte, in rechtswidriger Weise in das Miteigentum der Kl. eingegriffen.

##### *2. Störereigenschaft der Bekl.*

Die Bekl. sind Störer im Sinne des § 1004 BGB.

*a. Keine Handlungsstörer*

Zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass sie allerdings keine Handlungsstörer sind. Hierunter ist nur derjenige zu verstehen, der die Eigentumsbeeinträchtigung durch sein Verhalten, d.h. durch positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen, adäquat verursacht hat (vgl. Senat, BGHZ 144, 200, 203; Urt. v. 22.09.2000, V ZR 443/99, NJW-RR 2001, 232; Urt. v. 04.02.2005, V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1368 m.w.N.). Die Bekl. haben die baulichen Veränderungen an der von ihnen gemieteten Wohnung und damit den Eingriff in das Gemeinschaftseigentum aber weder selbst vorgenommen noch in irgendeiner Weise veranlasst.

*b. Zustandsstörereigenschaft gegeben*

Die Bekl. sind jedoch Zustandsstörer.

*aa. Anforderungen an die Zustandsstörereigenschaft*

Entgegen der Auffassung des BerGer. folgt das allerdings nicht schon daraus, dass sie sich weigern, den zur Störungsbeseitigung erforderlichen Rückbau zu dulden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt für sich genommen weder die Sachherrschaft über die störende Sache noch die damit einhergehende Möglichkeit, die Störung zu beenden, um jemanden als Störer im Sinne des § 1004 BGB anzusehen (Senat, BGHZ 28, 110, 112; 90, 255, 260; BGHZ 114, 183, 187). Denn es gibt keinen Rechtsatz des Inhalts, dass der Eigentümer oder der Besitzer allein kraft seines Eigentums bzw. seines Besitzes für beeinträchtigende Einwirkungen einer Sache verantwortlich ist (vgl. Senat, BGHZ 28, 110, 112; 90, 255, 260; 122, 283, 284; BGHZ 114, 183, 187; MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 46). Zustandsstörer ist vielmehr derjenige, der die Beeinträchtigung zwar nicht verursacht hat, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aber aufrechterhalten wird (Senat, Urt. v. 22.03.1966, V ZR 126/63, NJW 1966, 1360, 1361; Urt. v. 22.09.2000, V ZR 443/99, NJW-RR 2001, 232; Urt. v. 24.01.2003, V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953, 955). Das setzt Zweierlei voraus:

*(1) Möglichkeit der Beseitigung der Störung*

Notwendig ist zunächst, dass der Inanspruchgenommene die Quelle der Störung beherrscht, also die Möglichkeit zu deren Beseitigung hat (vgl. Senat, BGHZ 62, 388, 393; 95, 307, 308; Erman/Ebbing, BGB, 11. Aufl., § 1004 Rdn. 120). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, da die Bekl. als unmittelbare Besitzer der Wohnung, deren baulicher Zustand dem Eigentumsrecht der Kl. widerspricht, in der Lage sind, die Beeinträchtigung zu beseitigen. Dem steht der Einwand der Revision, die Bekl. seien als Mieter nicht berechtigt, wesentliche bauliche Veränderung an der Wohnung vorzunehmen, nicht entgegen. Denn die Bekl. werden

nicht auf Beseitigung der Störung, sondern lediglich auf deren Duldung und damit auf eine ihnen auch rechtlich mögliche Handlung in Anspruch genommen.

*(2) Zurechenbarkeit der Beeinträchtigung*

Darüber hinaus muss dem Inanspruchgenommenen die Beeinträchtigung zurechenbar sein (vgl. MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 45; Erman/Ebbing, BGB, 11. Aufl., § 1004 Rdn. 122). Hierzu genügt es - wie dargelegt - nicht, dass der Inanspruchgenommene Eigentümer oder Besitzer der Sache ist, von der die Störung ausgeht. Für die erforderliche Zurechnung der Beeinträchtigung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr erforderlich, dass die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers der störenden Sache zurückgeht (Senat, BGHZ 28, 110, 111; 90, 255, 266; 120, 239, 254; 122, 283, 284; Urt. v. 07.07.1995, V ZR 213/94, NJW 1995, 2633, 2634; Urt. v. 04.02.2005, V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1368; BGH, Urt. v. 12.02.1985, VI ZR 193/83, NJW 1985, 1773, 1774; Urt. v. 18.04.1991, III ZR 1/90, WM 1991, 1609, 1610). Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es Sachgründe dafür gibt, dem Eigentümer oder Nutzer der störenden Sache die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen (Senat, BGHZ 142, 66, 69 f.; 155, 99, 105; vgl. auch Wenzel, NJW 2005, 241). Das gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unabhängig davon, ob der Beeinträchtigte die Beseitigung der Störung oder lediglich deren Duldung verlangt. Die Störereigenschaft des Inanspruchgenommenen gehört zu den unverzichtbaren Voraussetzungen eines auf § 1004 BGB gestützten Anspruchs (zu sonstigen auf Duldung der Beseitigung gerichteten Ansprüchen: MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 94).

*bb. Zurechnung wegen der Aufrechterhaltung der Beeinträchtigung gegeben*

Das angefochtene Urteil erweist sich in diesem Punkt gleichwohl als richtig (§ 561 ZPO), da den Bekl. die Aufrechterhaltung der Beeinträchtigung des Eigentums der Kl. zuzurechnen ist. Allerdings kann den Bekl. als Mietern die Verantwortung für den - von ihnen nicht geschaffenen - baulichen Zustand der Wohnung nicht auferlegt werden. Eine Zurechnung der davon ausgehenden Beeinträchtigung kommt jedoch unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass sie die Beeinträchtigung willentlich aufrechterhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Bekl. rein passiv verhalten. Sie tragen nur insoweit zur Aufrechterhaltung des baulichen Zustands der Wohnung bei, als sie die aufgrund ihrer Sachherrschaft tatsächlich und im übrigen auch rechtlich gegebene Möglichkeit, die Störung durch den Eigentümer beseitigen zu lassen, nicht nut-

zen. Da dies ein bloßes Unterlassen darstellt, kann ihnen ihr Verhalten nur zugerechnet werden, wenn sie aus irgendeinem Rechtsgrund zur Duldung der Störungsbeseitigung verpflichtet sind (vgl. Senat, BGHZ 28, 110, 111; 41, 393, 397 f.; Urt. v. 07.07.1995, V ZR 213/94, NJW 1995 2633, 2634; Urt. v. 16.02.2001, V ZR 422/99, NJW-RR 2001, 1208). Das folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach ein Unterlassen nur zu einer Haftung führen kann, wenn eine Pflicht zum Handeln - bzw. hier zur Duldung - besteht. Eine Duldungspflicht besteht indessen. Wie das BerGer. der Sache nach zutreffend erkannt hat, folgt sie daraus, dass die Bekl. ihr Besitzrecht an der Wohnung von dem Streithelfer ableiten und deshalb gegenüber Dritten, die dingliche Ansprüche in Bezug auf die Wohnung geltend machen, keine weitergehenden Rechte als der Streithelfer haben (vgl. Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., Nach § 13 Rdn. 4; Müller, ZMR 2001, 506, 510). Ebenso, wie ein Mieter die Wohnung gemäß § 985 BGB an den wahren Eigentümer herausgeben muss, wenn sie dem Vermieter nicht gehört und dieser auch nicht zur Vermietung berechtigt ist (vgl. § 986 I BGB), beschränkt ein gegen den Vermieter gerichteter - mit dem Vindikationsanspruch des § 985 BGB eng verwandter (vgl. Staudinger/Gursky, BGB [2006], § 1004 Rdn. 1 f.) - Eigentumsstörungsanspruch aus § 1004 BGB das Recht des Mieters an dem ungestörten Besitz der Wohnung und verpflichtet ihn, die Beseitigung einer von der Wohnung ausgehenden Störung zu dulden. Ein solcher Anspruch steht der Kl. hier zu. Der Streithelfer hat die baulichen Veränderungen seiner Wohnung, die das (Mit-)Eigentum der Kl. beeinträchtigen, selbst veranlasst und ist daher nicht nur aufgrund der zwischen Wohnungseigentümern bestehenden Sonderverbindung, sondern auch als Handlungsstörer gemäß § 1004 I BGB zu deren Beseitigung verpflichtet. Dieser dingliche Anspruch der Kl. gegen den Streithelfer begründet die Verpflichtung der Bekl., den

Rückbau zu dulden. Dass der Mietvertrag sie zur Nutzung der Wohnung in dem bestehenden Zustand berechtigt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Der Vertrag wirkt nur schuldrechtlich, also lediglich in dem Verhältnis zwischen den Bekl. und dem Streithelfer (vgl. BGH, Urt. v. 18.01.1995, XII ZR 30/93, NJW-RR 1995, 715; Urt. v. 29.11.1995, XII ZR 230/94, NJW 1996, 714, 715).

### *3. Rechtsfolge: Duldung der Beseitigung des beeinträchtigenden Zustands*

Rechtsfehlerfrei und von der Revision auch nicht angegriffen nimmt das BerGer. schließlich an, dass der Anspruch aus § 1004 I 1 BGB auf bloße Duldung der Beseitigung des beeinträchtigenden Zustands gerichtet sein kann (vgl. BayObLG NJW-RR 2002, 660). Eine solche beschränkte Inanspruchnahme kommt insbesondere in Betracht, wenn mehrere Störer für die Beeinträchtigung verantwortlich sind, da jeder Störer nur in dem Maße haftet, wie er in zurechenbarer Weise an der Beeinträchtigung mitwirkt (vgl. BGH, Urt. v. 03.02.1976, VI ZR 23/72, NJW 1976, 799, 800; Erman/Ebbing, BGB, 11. Aufl., § 1004 Rdn. 122; MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 75). Besteht der Beitrag des Besitzers - wie hier - nur darin, dass er sich kraft seiner Sachherrschaft der Beseitigung der Störung widersetzt, kann er deshalb - sofern er Störer ist - auf Duldung der Beseitigung in Anspruch genommen werden (vgl. Senat, BGHZ 41, 393, 398 f.; Staudinger/Gursky, BGB [2006], § 1004 Rdn. 118 u. 150; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Aufl., S. 267; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II 2, 13. Aufl., S. 687; a.A. OLG München NZM 2003, 445).

### *III. Nebenentscheidung*

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO.

## Strafrecht

### Standort: § 24 StGB

### Problem: Rücktritt vom mehraktigen Versuch

BGH, BESCHLUSS VOM 26.09.2006  
4 STR 347106 (NSTZ 2007, 91)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagten wollten die Herausgabe eines Spielautomaten erpressen, wozu einer von ihnen eine geladene Repetierschrotflinte (sog. "Pumpgun") bei sich führte. Nachdem sich die Opfer allerdings durch die Schusswaffe nicht einschüchtern ließen, entfernten sich die Angeklagten, ohne die Schusswaffe eingesetzt zu haben. Das Landgericht Essen hatte sie insb. wegen Beteiligung an einer versuchten schweren räuberischen Erpressung (§§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da ein strafbefreiender Rücktritt der Angeklagten vom Erpressungsversuch in Betracht komme.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Probleme des Rücktritts vom Versuch sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Insbesondere die Prüfung des Vorliegens eines fehlgeschlagenen Versuchs bei einem mehraktigen Geschehen, die den Schwerpunkt der vorliegenden Entscheidung bildet, stellt insofern ein klassisches Problem dar.

Nach der Rechtsprechung und einem Großteil der Literatur ist ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB dann ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGH, NStZ-RR 1996, 194; 2004, 361; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 7; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 6). Die Gegenauffassung in der Literatur lehnt die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ab (v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 33; Ranft, JURA 1987, 534; Haft, NStZ 1994, 536), kommt allerdings - in der Regel über die Verneinung der Freiwilligkeit - in den entsprechenden Fällen auch zur Ablehnung eines Rücktritts.

Ein Versuch ist nach der herrschenden Meinung dann fehlgeschlagen, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne das Ingangsetzen einer neuen Kausalkette vollenden könne (BGHSt 41, 368; BGH, NStZ-RR 2002, 168). Streitig ist das Vorliegen eines Fehlschlags allerdings im Falle eines sog. "mehraktigen Versuchs", wenn der Täter durch mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen versucht, den Erfolg herbeizuführen bzw. glaubt, dies zu

können (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 24 Rn 14 ff.).

Das LG Essen hatte im vorliegenden Fall einen Rücktritt der Angeklagten abgelehnt, da diese erkannt hatten, dass es unmöglich war, die Opfer durch Drohung - auch mit dem Einsatz der Schusswaffe - zur Herausgabe des Automaten zu nötigen. Einen gezielten Einsatz der Schusswaffe hätten die Angeklagten nicht geplant, sodass ein solcher auch im Rahmen des Rücktritts nicht zu berücksichtigen sei. Dies entspricht der früheren BGH-Rechtsprechung, in der dieser einen fehlgeschlagenen Versuch angenommen hatte, wenn der Täter alle zuvor geplanten Handlungen vorgenommen und erkannt hat, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen werden (sog. Tatplantheorie, vgl. BGHSt 14, 175; 23, 359). In der Literatur wird insofern auch die Auffassung vertreten, ein Fehlschlag liege bereits dann vor, wenn der Täter eine aus seiner Sicht für die Erfolgsherbeiführung ausreichende Handlung vorgenommen und erkannt hat, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen wird (sog. Einzelaktstheorie, vgl. Jakobs, AT, § 26 Rn 15 ff.). Da diese Meinungen jedoch einen strafbefreienden Rücktritt sehr früh (über die Annahme eines Fehlschlags) ausschließen, geht der BGH in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur mittlerweile davon aus, dass ein Fehlschlag erst dann gegeben ist, wenn der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung glaubt, dass er den Erfolg mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht herbeiführen könne (sog. Lehre vom Rücktrittshorizont, vgl. BGHSt 31, 170; StV 2003, 217; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 17a; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 15 mwN). Der BGH betont insofern, dass die Angeklagten zwar bereits erfolglos mit der Pumpgun gedroht, aber mit dieser noch nicht geschossen hatten. Dies wäre ein Mittel gewesen, das den Angeklagten - auch wenn sie nicht von vornherein vorhatten zu schießen - noch zur Verfügung gestanden hätte. Somit hätte ein Fehlschlag nur angenommen werden können, wenn die Angeklagten geglaubt hätten, dass auch der gezielte Einsatz der Pumpgun die Opfer nicht zur Herausgabe des Automaten veranlasst hätte. Dies hatte jedoch das LG Essen nicht festgestellt (bzw. gar nicht erst geprüft), sodass die Ablehnung eines strafbefreienden Rücktritts rechtsfehlerhaft war.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Fehlschlag beim mehraktigen Versuch: *BGHSt*

33, 295; 35, 90; NStZ 1999, 396; 2002, 427; 2004, 333; Beckemper, JA 2003, 203; Fahrenhorst, Jura 1987, 291; Pahlke, GA 1995, 72; Schroth, GA 1997, 151; v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 33

### **Kursprogramm:**

□ Examenskurs: "Argentinä"

### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte H wollte - notfalls mit Gewalt - die Herausgabe eines Spielautomaten erzwingen, obwohl er entgegen den getroffenen Vereinbarungen den Kaufpreis nicht bezahlt hatte. Die Angeklagten N und M fuhren mit dem Angeklagten H zu der Halle der Spielautomatenfirma, um den Angeklagten H bei seinem Vorhaben zu unterstützen. Die zuvor vom Angeklagten H beschaffte funktionsfähige Pumpgun, die mit mindestens 6 Plastikschrötpatronen geladen und gesichert war, sollte lediglich als Drohmittel eingesetzt werden. Während der Angeklagte M zunächst in dem Pkw des Angeklagten H, in dem die Pumpgun verblieb, wartete, gingen die Angeklagten H und N in die Halle. Gemeinsam versuchten sie den Verkäufer Serkan A zur Herausgabe des Spielautomaten zu veranlassen. Der Angeklagte H bedrohte Serkan A, und Sinan Ö, der beschwichtigen wollte, mit einem Klappmesser. Nachdem der Angeklagte H das Messer beiseite geworfen hatte, veranlasste er den Angeklagten N, die Pumpgun zu holen. Als dieser mit der Waffe in die Halle zurückkehrte und sie dem Angeklagten H aushändigte, kam der Angeklagte M in die Halle, um durch seine Anwesenheit dazu beizutragen, dass der Angeklagte H sein Vorhaben durchsetzen konnte. Der Angeklagte H richtete die Waffe auf Serkan A und Sinan Ö. Er repetierte dreimal, so dass jeweils eine Schrotpatrone aus der Waffe ausgeworfen wurde, und schlug auf Sinan Ö, der ihm die Waffe aus der Hand reißen wollte, mit dem Griffstück der Pumpgun ein. Um sich weiterer Angriffe zu erwehren, ergriff Sinan Ö einen Monitor und warf ihn in Richtung des Angeklagten H. Danach verließen die Angeklagten unter Mitnahme der noch mit mindestens 3 Patronen geladenen Pumpgun die Halle.

### **Aus den Gründen:**

#### *1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Das LG hat die Angeklagten wie folgt verurteilt: Den Angeklagten H wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit unerlaubtem Führen einer verbotenen Waffe zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren; den Angeklagten N wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung, Körperverletzung und mit Beihilfe zum unerlaubten Führen einer verbotenen

Waffe zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten und den Angeklagten M wegen Beihilfe zur versuchten schweren räuberischen Erpressung und zum unerlaubten Führen einer verbotenen Waffe zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 9 Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat.

Ferner hat es die Einziehung eines Kraftfahrzeugs des Angeklagten H angeordnet.

Die Revisionen der Angeklagten hatten mit der Sachrüge Erfolg.

#### *2. Entscheidung des BGH*

Die Verneinung eines strafbefreienden Rücktritts der Angeklagten H und N von dem mittäterschaftlich begangenen Versuch der schweren räuberischen Erpressung und des Angeklagten M von der hierzu geleisteten Beihilfe hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. [...]

Die Frage eines strafbefreienden Rücktritts hat das LG im Rahmen der rechtlichen Würdigung nur hinsichtlich des Angeklagten H näher erörtert und einen Rücktritt "entsprechend § 24 StGB" verneint, weil "alleiniger Grund für die Aufgabe der weiteren Tatausführung war, dass der Angeklagte H erkennen musste und auch erkannt hat, dass er allein durch Drohungen den Automaten nicht erhalten würde. Der Zeuge Sinan Ö, der dem Verkäufer A zu Hilfe geeilt war, ließ sich weder durch das Messer noch die Pumpgun nachhaltig beeindrucken. Ein möglicher scharfer Schusswaffengebrauch, um doch noch das Geldspielgerät zu bekommen, war vom Angeklagten H aber nicht beabsichtigt und gewollt. Der Versuch der Erpressung war damit mit den zur Verfügung stehenden Tatmitteln gescheitert und fehlgeschlagen".

Diese Begründung lässt besorgen, dass die Strafkammer dem Tatplan für die Beurteilung der Rücktrittsfrage eine Bedeutung zugemessen hat, die ihr nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht mehr zukommt (vgl. BGHSt 31, 170, 175; 35, 90, 93; 39, 221, 227). Entscheidend ist danach nicht, ob der Angeklagte seinen ursprünglichen Tatplan nicht verwirklichen konnte, sondern ob ihm infolge einer Veränderung der Handlungssituation oder aufkommender innerer Hemmungen das Erreichen seines Zieles nicht mehr möglich erschien. War der Angeklagte aber noch Herr seiner Entschlüsse, hielt er die Ausführung der Tat - wenn auch mit anderen Mitteln - noch für möglich, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeeendeten Versuch zu bewerten, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Angeklagte aus sittlich billigen Motiven oder aus anderen Gründen von weiteren Angriffen absah (vgl. BGH StV 1993, 189; 2003, 217 jew. mwN).

Die Frage, ob nach den vorgenannten Grundsätzen ein fehlgeschlagener Versuch, oder was nach den bisherigen Feststellungen nahe liegt, ein unbeeendeter Versuch vorliegt, hätte gem. § 28 II StGB für jeden Angeklag-

ten gesonderter Prüfung bedurft. Zwar haben die Angeklagten H und N als Mittäter und der Angeklagte M als Gehilfe gehandelt, so dass die Vorschrift des § 24 II StGB zu erörtern war. Auch wenn danach der Rücktritt eines Tatbeteiligten nicht ohne Weiteres zu Gunsten anderer Tatbeteiligter wirkt, kann es hierfür jedoch ausreichen, wenn die Tatbeteiligten nach unbeendetem Versuch einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies hätten tun können (vgl.

BGHSt 42, 158, 162; 44, 204, 208; BGH StraFo 2003, 207), wobei es ausreicht, dass ein Tatbeteiligter mit dem die Tatvollendung verhindernden Rücktritt eines anderen Tatbeteiligten einverstanden ist (vgl. BGHSt 44, 204, 208 mwN). Da nach den bisherigen Feststellungen, auch soweit es die Angeklagten N und M betrifft, die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts in Betracht kommt, bedarf die Sache insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

### Standort: § 263 StGB

### Problem: Manipulation von Sportwetten

BGH, URTEIL VOM 15.12.2006

5 STR 181/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte A. S. hatte die anderen Angeklagten, insb. mehrere Schiedsrichter und Fußballspieler (unter anderem den Schiedsrichter Robert Hoyzer), dazu angeworben, den Ausgang von Fußballspielen in der Regionalliga, der 2. Bundesliga und dem DFB-Pokal zu manipulieren. A. S. wettete dann bei dem Wettanbieter "Oddset" auf den vorher vereinbarten Ausgang der entsprechenden Spiele. Zwar gewann A. S. nur in etwa der Hälfte der Fälle, der gesamte von ihm erzielte Gewinn belief sich jedoch auf über 2 Mio. €. Das Landgericht Berlin hatte A. S. auf Grund seines Verhaltens wegen Betrugs (§ 263 I StGB) und die anderen Angeklagten wegen Beihilfe hierzu (§§ 263 I, 27 I StGB) verurteilt. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der vorliegende Sachverhalt ist bereits Gegenstand einer Examensklausur und zahlreicher mündlicher Prüfungen gewesen. Auf Grund seiner erheblichen Medienpräsenz, der grundsätzlichen Diskussionen, die er aufwirft, und der Tatsache, dass der insofern zentrale Tatbestand des Betruges hier Anlass zur Erörterung zahlreicher tatbestandsspezifischer Probleme bietet, ist jedoch zu erwarten, dass der Fall wieder Gegenstand von Examensaufgaben sein wird.

In der vorliegenden Entscheidung prüft der BGH ausführlich und fast schon im Gutachtenstil das Vorliegen eines Betruges durch den Abschluss des Wettvertrages durch A. S.

Hierbei befasst er sich zunächst mit dem Vorliegen einer konkludenten Täuschung des Mitarbeiters des Wettanbieters durch den Angeklagten. Der BGH geht hierbei - in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Literatur - davon aus, dass eine Täuschung i.S.v. § 263 I StGB nicht zwingend durch eine ausdrückliche Erklärung erfolgen muss, sondern auch in einem schlüssigen Verhalten liegen kann (BGHSt 47, 1; LK-Tiedemann, § 263 Rn 22; Tröndle/Fischer, § 263 Rn.

12). Ob und wann ein Verhalten des Täters eine konkludente Erklärung (und damit auch ggf. eine konkludente Täuschung) beinhaltet, hängt vom Einzelfall ab. Beim Abschluss eines Glücksspielvertrages - und als solcher ist auch eine Sportwette anzusehen - erklärt der Spieler stets konkludent, dass für ihn nur die ganz normalen Gewinnchancen gelten, d.h. dass er keine Manipulationen am Spiel vorgenommen hat, um seine Gewinnchancen zu verbessern (BGHSt 29, 165, 167; Joecks, § 263 Rn 36; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 16e; a.A.: Schlösser, NSTZ 2005, 423, 425). Da A. S. aber durch das Bestechen von Schiedsrichtern und Spielern die Fußballspiele, auf die er wettete, manipuliert hatte, war somit eine (konkludente) Täuschung gegeben. Interessant sind insofern auch die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung der konkludenten Täuschung durch aktives Tun und der Täuschung durch Unterlassen.

Weitere Ausführungen macht der BGH insb. zum Vorliegen eines Vermögensschadens. Ein solcher ist gegeben, wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen besitzt als davor, was durch eine Saldierung sämtlicher Vermögenswerte zu bestimmen ist (BGH, NSTZ 1997, 32; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99, vgl. hierzu auch das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft). Der BGH betont, dass im vorliegenden Fall bereits durch den Abschluss des Glücksspielvertrages ein Vermögensschaden und somit ein vollendeter Betrug gegeben ist (sog. Eingehungsbetrag). Der Vermögensschaden ergebe sich daraus, dass der Wert der Leistungspflicht des Angeklagten (die Zahlung des Wettensatzes) hinter dem Wert der Leistungspflicht des Wettunternehmens (der Gewährung einer Gewinnchance) zurückbleibe. In die Berechnung der Gewinnchancen und -quoten und die Höhe des insofern geforderten Einsatzes fließe immer die Annahme des Wettunternehmens ein, dass der Ausgang des Glücksspiels nicht manipuliert sei. Wenn der Spieler aber tatsächlich Einfluss auf den Ausgang genommen habe und deshalb eine größere Gewinnchance als die normale besitze, sei seine Gewinnchance wertvoller als sich dies in der Höhe des Einsatzes niederschlage. Für ein Spiel mit einer entsprechend hohen Gewinnchance würde der Wettanbieter auch einen höheren Einsatz

fordern. Bereits darin bestehe der Vermögensschaden beim Wettunternehmen, so dass dieser auch in den Fällen gegeben sei, in denen der Spieler nicht gewinne.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zur Täuschung und zum Schaden i.S.v. § 263 StGB, insb. bei Sportwetten: *BGHSt* 29, 165; *BGH*, *NStZ* 2003, 372; *Fasten/Oppermann*, *JA* 2006, 69; *Hofmann/Mosbacher*, *NStZ* 2006, 249, 251; *Kutzner*, *JZ* 2006, 712; *Schlösser*, *NStZ* 2005, 423; *Valerius*, *SpuRt* 2005, 90

**Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Listigs Lotterieg Glück"

**Leitsätze:**

- 1. Dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettvertrages ist in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert ist (im Anschluss an BGHSt 29, 165).**
- 2. Zur Schadensfeststellung beim Sportwettbetrug.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte A. S., ein jüngerer Bruder der Angeklagten M. und F. S., beschäftigte sich seit vielen Jahren intensiv mit Sportwetten. Seit 2000 riskierte und gewann er jährlich sechsstellige Beträge. Aufgrund seines großen Insiderwissens im Sportbereich verfügte er vielfach über einen Wissensvorsprung gegenüber den Buchmachern und konnte deshalb erhebliche Gewinne erzielen. Die hohen Wetterfolge führten dazu, dass die in Berlin ortsansässigen Buchmacher seine Wettmöglichkeiten erheblich beschränkten und seinen Einsatz limitierten. Im Jahr 2003 konnte A. S. höhere Einsätze praktisch nur noch bei der von der Deutschen Klassenlotterie Berlin (DKLB) unter dem Namen "Oddset" betriebenen Sportwette platzieren; die dabei vorgegebenen festen Quoten empfand er als "die schlechtesten Wettquoten in ganz Europa". Sein Wettverhalten wurde zusätzlich dadurch reglementiert, dass er Kombinationswetten spielen musste. Dabei kann der Wettende nicht mehr auf ein Sportereignis allein wetten, sondern muss das Ergebnis verschiedener Sportereignisse, vornehmlich Fußballspiele, vorhersagen. Bis Frühjahr 2004 hatte A. S. bei Oddset insgesamt Spielverluste in Höhe von 300.000 bis 500.000 Euro erlitten. Zu dieser Zeit entschloss er sich, seine Gewinnchancen durch Einflussnahme auf das Spielgeschehen mittels Bestechung von Spielern und Schiedsrichtern entscheidend zu erhöhen, um so den bei Oddset verlorenen Betrag zurückzugewinnen. Selbstverständlich hielt er diese Manipulationen vor dem

jeweiligen Wettanbieter geheim, schon um von diesem nicht von der Spielteilnahme ausgeschlossen zu werden. In Ausführung seines Plans kam es zu zehn einzelnen Taten, wobei die Wetten jeweils zu festen Gewinnquoten abgeschlossen wurden.

Der Angeklagte A. S. gewann dabei, teilweise unter Mithilfe seiner Brüder, die angeklagten Schiedsrichter H. und M. sowie den gesondert verfolgten Fußballspieler K. und andere Fußballspieler gegen Zahlung oder das Versprechen von erheblichen Geldbeträgen (zwischen 3.000 und 50.000 Euro) dazu, dass diese den Ausgang von Fußballspielen durch falsche Schiedsrichterentscheidungen oder unsportliche Spielzurückhaltung manipulieren. In einem Fall half H., seinen Kollegen M. für eine Manipulation zu gewinnen. Betroffen waren Fußballspiele in der Regionalliga, in der Zweiten Bundesliga und im DFB-Pokal. Teilweise gelangen die von A. S. geplanten Manipulationen nicht, teilweise hatten die kombiniert gewetteten Spiele nicht den von ihm erhofften Ausgang. In vier Fällen (Fälle 2, 6, 7 und 11 der Urteilsgründe) gewann A. S. ganz erhebliche Geldbeträge (zwischen 300.000 und 870.000 Euro), in den übrigen Fällen verlor er seine Einsätze. Im Fall 10 der Urteilsgründe setzte auch M. S. Beträge in eigenem Interesse. Nach den Feststellungen des Landgerichts lag der bei den Wettanbietern in allen zehn Fällen insgesamt verursachte Vermögensschaden bei knapp 2 Mio. Euro (Gewinn abzüglich der jeweiligen Einsätze), in Fällen erfolgloser Wetten nahm das Landgericht darüber hinaus eine schadensgleiche Vermögensgefährdung von insgesamt etwa 1 Mio. Euro an.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:

A. S. wegen Betruges in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten, M. S. wegen Betruges und wegen Beihilfe zum Betrug in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten, R. H. (unter Freisprechung im Übrigen) wegen Beihilfe zum Betrug in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und fünf Monaten, D. M. (unter Freisprechung im Übrigen) wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie F. S. wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr. Soweit Freiheitsstrafen unter zwei Jahren verhängt worden sind, hat das Landgericht deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die mit der Sachrüge und teilweise mit Verfahrensrügen geführten Revisionen der Angeklagten bleiben erfolglos. [...]

Das Landgericht hat jeweils einen vollendeten Betrug



durch A. S. (im Fall 10 auch durch M. S.) aufgrund einer konkludenten Täuschung der Angestellten der Wettannahmestellen bei Abgabe der Wettscheine angenommen. Aufgrund dieser Täuschung sei das Personal der Wettannahmestellen dem Irrtum erlegen, es läge bei dem jeweils vorgelegten Spielschein nicht der Ablehnungsgrund einer unlauteren Einflussnahme des Wettenden auf ein wettgegenständliches Spiel vor. Der hierdurch bedingte Abschluss des Wettvertrages habe unmittelbar zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bei dem jeweiligen Wettanbieter in Höhe des möglichen Wettgewinns abzüglich des Einsatzes geführt.

## II. Entscheidung des BGH

Die Revisionen der Angeklagten bleiben erfolglos.

### 1. Zu den Verfahrensrügen

Die Verfahrensrügen, in denen jeweils die Behandlung von Wettbedingungen als Verstoß gegen § 244 Abs. 2, Abs. 3 oder § 261 StPO beanstandet wird, zeigen - unabhängig von der Frage der Zulässigkeit der jeweiligen Verfahrensbeanstandungen (vgl. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) - keine Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf. Entgegen der Auffassung des Landgerichts und der Revisionen sind die Teilnahmebedingungen der DKLB für Oddset-Wetten und die Bedingungen der übrigen Wettanbieter für die rechtliche Lösung des Falls unerheblich:

Allgemeine Geschäftsbedingungen, die bei Vertragsabschluss wirksam einbezogen werden, könnten im vorliegenden Fall allenfalls dann beachtlich sein, wenn sie zum Vorteil manipulierender Wettkunden vom geltenden Recht abweichen würden, also etwa - was überaus fernliegend ist und von den Revisionen auch nicht behauptet wird - ausnahmsweise eine Manipulation des Wettgegenstandes erlauben oder eine diesbezügliche Überprüfung des Wettkunden bzw. der Wetten auf Manipulation ausschließen würden.

Im Übrigen ergibt sich schon aus dem (allgemein) geltenden Zivilrecht, dass bei einer Wette auf den Ausgang eines zukünftigen Sportereignisses eine vorsätzliche Manipulation des Wettereignisses vertragswidrig ist. Schon hiernach ist selbstverständlich, dass kein Wettanbieter Wetten auf Sportereignisse entgegennehmen muss oder zur Auszahlung des Wettbetrages verpflichtet ist, wenn der Wettende das Wettisiko durch eine Manipulation des Sportereignisses zu seinen Gunsten erheblich verschiebt. Die Teilnahmebedingungen haben aus diesem Grund auch keinen entscheidenden Einfluss auf die Feststellung des Erklärungsinhalts im Rahmen des Wettvertragsschlusses. Denn dass der Wettanbieter bei einer Manipulation des Sportereignisses nicht an den Wettvertrag gebunden bleibt, ergibt sich schon aus der gravierenden Verletzung vertraglicher Nebenpflichten durch den Wettenden. Ob die Teilnahmebedingungen der DKLB nach

den jeweiligen Taten geändert wurden oder nicht, ist entgegen der Auffassung einzelner Revisionen rechtlich unerheblich, weil es allein auf die Umstände zur Tatzeit ankommt.

Es ergibt sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen hier auch - anders als etwa im Fall der Fehlbuchung (dazu näher BGHSt 39, 392; 46, 196) - kein Ansatzpunkt zum Verständnis der Erklärungen bei Wettabschluss. Bei einer arglistigen Manipulation der Vertragsgrundlage bedarf es keiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen, um eine entsprechende Prüfungspflicht bzw. ein Ablehnungs- oder Anfechtungsrecht des Wettanbieters zu statuieren. Dies ergibt sich bereits aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.

Anders als einige Revisionen meinen, bestimmen oder begrenzen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nicht Prüfungsrecht und Prüfungspflicht desjenigen, der den Wettschein für den Wettanbieter entgegennimmt. Für den Erklärungsinhalt und die Überprüfungspflicht wichtig können Allgemeine Geschäftsbedingungen allerdings dann sein, wenn es nicht um die aktive Manipulation des Vertragsgegenstandes, sondern um das Ausnutzen von Fehlern wie etwa bei einer Fehlbuchung geht (vgl. BGHSt 46, 196). Auf Allgemeine Geschäftsbedingungen kommt es vorliegend auch deshalb nicht entscheidend an, weil weder die Feststellungen des Landgerichts noch der Revisionsvortrag eine wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen belegen (vgl. §§ 305, 305a BGB).

Dies gilt unabhängig davon, ob es um Wettabschlüsse mit deutschen oder mit ausländischen Wettanbietern über deutsche Sportwettenvermittler geht. In allen diesen Fällen bestimmt sich die Rechtslage nach dem dargestellten deutschen Recht (Art. 28 und Art. 29 EGBGB; vgl. auch Heldrich in Palandt, BGB 66. Aufl. Art. 28 EGBGB Rdn. 19; Martiny in MünchKommBGB 4. Aufl. Art. 28 EGBGB Rdn. 376).

### 2. Zur Sachrüge

Auch die Sachrügen der Angeklagten haben keinen Erfolg.

#### a. Zur Strafbarkeit des Angeklagten A. S. wegen Betrugs in zehn Fällen

Das Landgericht hat die Taten im Ergebnis zutreffend als zehn Fälle des Betruges zum Nachteil der jeweiligen Wettanbieter angesehen.

Der Angeklagte A. S. (im Fall 10 auch M. S.) hat bei Abgabe der Wettscheine konkludent erklärt, nicht an einer Manipulation des Wettgegenstandes beteiligt zu sein, und hat hierdurch den Mitarbeiter der Annahmestelle getäuscht, so dass dieser irrtumsbedingt die jeweiligen Wettverträge abschloss, wodurch den Wettanbietern täuschungsbedingt ein Schaden entstanden ist.

*aa. Zum Vorliegen einer Täuschung bei Manipulation von Sportwetten*

Der 3. Strafsenat hat bereits entschieden, dass ein Wettteilnehmer, der den Gegenstand des Wettvertrages zu seinen Gunsten beeinflusst, einen Betrug begeht, wenn er diesen Umstand bei Abschluss des Wettvertrages verschweigt (BGHSt 29, 165, 167 - "Pferdewetten"): Dem Vertragsangebot könne die stillschweigende Erklärung entnommen werden, der Wette selbst habe die Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch eine rechtswidrige Manipulation verändert; in dem Verschweigen der Manipulation liege eine Täuschung durch schlüssiges Handeln (BGHSt 29, 165, 167 f.). Der Senat sieht entgegen der Bundesanwaltschaft keinen Anlass, von dieser in der Literatur vielfach geteilten Auffassung (vgl. nur Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 263 Rdn. 18; Cramer/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 263 Rdn. 16e; Hefendehl in MünchKomm-StGB § 263 Rdn. 113; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl. § 263 Rdn. 9; Kindhäuser in NK-StGB 2. Aufl. § 263 Rdn. 133; Fasten/Oppermann JA 2006, 69, 71; Valerius SpuRt 2005, 90, 92; Weber in Pfister [Hrsg.], Rechtsprobleme der Sportwette [1989] S. 39, 62; a. A. etwa Schlösser NStZ 2005, 423, 425 f.; jeweils m.w.N.) im Ergebnis abzurücken.

Gegen die Auffassung, beim Abschluss einer Sportwette erkläre der Wette zugleich die Nichtmanipulation des sportlichen Ereignisses, wird - im Anschluss an BGHSt 16, 120 ("Spätwette", m. abl. Anm. Bockelmann NJW 1961, 1934) - geltend gemacht, die Annahme einer solchen Erklärung liefe auf eine "willkürliche Konstruktion" hinaus (vgl. Gauger, Die Dogmatik der konkludenten Täuschung [2001] S. 164 f.; Weber aaO S. 57 f.; Schlösser aaO S. 425 f.; Schild ZfWG 2006, 213, 215 ff.); damit werde zudem in unzulässiger Weise ein lediglich gemäß § 13 StGB strafbares Unterlassen in ein aktives Tun umgedeutet (vgl. Schlösser aaO S. 426; Schild aaO S. 216). Gegen diese auch von der Bundesanwaltschaft erhobenen Einwände spricht folgendes:

*(1) Zum Vorliegen einer konkludenten Täuschung*

In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass außer durch ausdrückliche Erklärung, namentlich durch bewusst unwahre Behauptungen, eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB auch konkludent erfolgen kann, nämlich durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt (BGHSt 47, 1, 3; vgl. auch Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 12; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263 Rdn. 22; jeweils m.w.N.).

Der Erklärungswert eines Verhaltens ergibt sich demnach nicht nur aus demjenigen, was ausdrücklich zum

Gegenstand der Kommunikation gemacht wird, sondern auch aus den Gesamtumständen der konkreten Situation (vgl. Vogel in Gedächtnisschrift für Rolf Keller [2003] S. 313, 315). Dieser unausgesprochene Kommunikationsinhalt wird wesentlich durch den dem Erklärenden bekannten Empfängerhorizont und damit durch die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten bestimmt (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 12). Derartige tatsächliche Erwartungen werden ganz wesentlich auch durch die Anschauungen der jeweiligen Verkehrskreise und die in der Situation relevanten rechtlichen Normen geprägt (vgl. auch Hefendehl aaO § 263 Rdn. 88; Tiedemann aaO § 263 Rdn. 30). In aller Regel muss der Inhalt konkludenter Kommunikation deshalb auch unter Bezugnahme auf die Verkehrsanschauung und den rechtlichen Rahmen bestimmt werden, von denen ersichtlich die Erwartungen der Kommunikationspartner geprägt sind. Bei der Ermittlung des Erklärungswertes eines konkreten Verhaltens sind daher sowohl faktische als auch normative Gesichtspunkte zu berücksichtigen (vgl. Cramer/Perron aaO § 263 Rdn. 14/15; Vogel aaO S. 316).

Entscheidende Kriterien für die Auslegung eines rechtsgeschäftlich bedeutsamen Verhaltens sind neben der konkreten Situation der jeweilige Geschäftstyp und die dabei typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Partnern (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22; Cramer/Perron aaO § 263 Rdn. 14/15). Liegen keine Besonderheiten vor, kann der Tatrichter regelmäßig von allgemein verbreiteten, durch die Verkehrsanschauung und den rechtlichen Rahmen bestimmten Erwartungen auf den tatsächlichen Inhalt konkludenter Kommunikation schließen. Ein derartiger Schluss des Tatrichters von den Gesamtumständen eines Geschehens, die auch von normativen Erwartungen geprägt sind, auf einen bestimmten Kommunikationsinhalt führt nicht zur "Fiktion" einer Erklärung. Für eine Vielzahl von Fallgruppen hat die Rechtsprechung anhand des jeweiligen Geschäftstyps und der dabei üblichen Pflichten- und Risikoverteilung den jeweils typischen Inhalt konkludenter Kommunikation herausgearbeitet (vgl. näher Tiedemann aaO § 263 Rdn. 31 ff.; Hefendehl aaO § 263 Rdn. 93 ff.; Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 13 ff.; je m.w.N.). Erklärungsinhalt kann danach auch sein, dass etwas nicht geschehen ist (sog. "Negativtatsache"), etwa ein Angebot ohne vorherige Preisabsprache zwischen den Bietern zustande kam (vgl. BGHSt 47, 83, 87). Eine konkludente Erklärung derartiger Negativtatsachen kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es um erhebliche vorsätzliche Manipulationen des Vertragsgegenstandes geht, auf den sich das kommunikative Verhalten bezieht (vgl. RGSt 20, 144: Überstreichen schwammbefallener Hausteile; RGSt 59, 299, 305 f.: Überdecken schlechter Ware; RGSt 29, 369, 370; 59, 311, 312; BGH MDR 1969, 497 f.: Verfälschen von Lebensmitteln; BGHSt 8, 289: Zurückhalten des

Hauptgewinnloses einer Lotterie; BGH NJW 1988, 150: Erschleichen einer Prädikatsbezeichnung für Wein; BGHSt 38, 186; 47, 83: unzulässige vorherige Preisabsprache; vgl. zur konkludenten Täuschung bei Manipulation auch Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug [1999] S. 87). Zwar reicht die allgemeine Erwartung, der andere werde sich redlich verhalten, für die Annahme entsprechender konkludenter Erklärungen nicht aus. Abgesehen davon, dass die Vertragspartner aber ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr, das auch verbürgt bleiben muss, voraussetzen dürfen (vgl. Cramer/Perron aaO § 263 Rdn. 14/15), ist die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner in Rede steht, unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Erklärungen. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist demnach in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird.

Bei der Sportwette, einer Unterform des wesentlich durch Zufall bestimmten Glücksspiels (vgl. BGH NStZ 2003, 372, 373; Hofmann/Mosbacher NStZ 2006, 249, 251 m.w.N.), ist Gegenstand des Vertrages das in der Zukunft stattfindende und von den Sportwetteteilnehmern nicht beeinflussbare (vgl. Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand [1994] S. 471) Sportereignis. Auf diesen Vertragsgegenstand nimmt jede der Parteien bei Abgabe und Annahme des Wertscheins Bezug. Beim Abschluss einer Sportwette erklärt demnach regelmäßig jeder der Beteiligten konkludent, dass das wettgegenständliche Risiko nicht durch eine von ihm veranlasste, dem Vertragspartner unbekannt Manipulation des Sportereignisses zu seinen Gunsten verändert wird (BGHSt 29, 165). Denn dies erwartet nicht nur der Wettanbieter vom Wettenden, sondern auch umgekehrt der Wettende vom Wettanbieter.

Weil sich eine Sportwette zwangsläufig auf ein in der Zukunft stattfindendes Ereignis bezieht, kann sich die Erklärung der Manipulationsfreiheit nicht auf eine bereits endgültig durchgeführte, sondern nur auf eine beabsichtigte Manipulation beziehen. Eine Täuschung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn zu dem konkreten Plan der Manipulation des zukünftigen Sportereignisses die konkrete Einflussnahme tritt, etwa wie hier durch die vorherigen Abreden mit Teilnehmern an dem Sportereignis, die ihre Manipulationsbereitschaft zugesagt haben. Nur in einem solchen Fall wird der Wettende auch - wie hier - erhebliche Beträge auf einen eher unwahrscheinlichen (und dafür zu hohen Gewinnquoten angebotenen) Spielausgang setzen. Wer erhebliche Beträge zu hoher Quote auf einen unwahrscheinlichen Spielausgang setzt und in Manipulationen des Spielgeschehens verstrickt ist, hat diese regelmä-

ßig bereits zuvor schon so hinreichend konkret ins Werk gesetzt, dass es bei normalem Lauf der Dinge allein von ihm abhängt, ob es zu der unlauteren Beeinflussung des Spielverlaufs kommt. Dass dies bei A. S. jeweils der Fall war, ist den Feststellungen des Landgerichts zu den Wettvertragsabschlüssen insgesamt mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen.

Dieser Begründung steht die Entscheidung des Senats in BGHSt 16, 120 ("Spätwette") nicht entgegen. Dort ging es nicht um eine Manipulation des Vertragsgegenstandes, sondern um ein überlegenes Wissen des Wettenden, das aus allgemein zugänglichen Informationsquellen stammte. Ob der Wettende bei Abschluss einer Wette auf ein zukünftiges Ereignis auch konkludent erklärt, dieses sei noch nicht eingetreten, so dass er davon nichts wisse, bedarf hier deshalb keiner Entscheidung. Dagegen mag sprechen, dass das Einholen allgemein zugänglicher Informationen über den Wettgegenstand typischerweise in das Risiko jedes Vertragspartners fällt. Berechtigterweise erwartet der Vertragspartner einer Sportwette jedenfalls, dass der andere Teil nicht über Sonderwissen verfügt, das aus einer verwerflichen Manipulation des Wettgegenstandes resultiert (vgl. aber auch Habersack in MünchKommBGB 4. Aufl. § 762 Rdn. 19).

(2) *Zum Vorliegen einer Täuschung durch aktives Tun*  
Entgegen einer in der Literatur verbreiteten Meinung (vgl. Schlösser aaO S. 426; Schild aaO S. 216) handelt es sich bei der Täuschung der jeweiligen Wettbüro-Mitarbeiter um eine konkludente Täuschung durch aktives Tun und nicht durch Unterlassen.

Die Grenze zwischen einer aktiven konkludenten Täuschung und einer Täuschung durch Unterlassen bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Erklärungswert des aktiven Verhaltens. Deshalb darf der Tatrichter grundsätzlich nicht an ein Unterlassen, sondern muss an das aktive Tun - also insbesondere den jeweiligen Vertragsschluss - anknüpfen (missverständlich deshalb BGHSt 29, 165, 167, soweit dort auf ein "Verschweigen" abgestellt wird), wenn in der Erklärung bereits die Täuschungshandlung zu sehen ist. In diesen Fällen liegt der relevante Handlungsschwerpunkt in einem positiven Tun, weil der Täter inzident die Essentialia zusichert, die - wie oben dargestellt - zur unverzichtbaren Grundlage des Geschäfts zählen. Deshalb ist im vorliegenden Fall ein aktives Verhalten, nämlich der Abschluss des Wettvertrages, die strafbarkeitsbegründende Täuschungshandlung, weil ihm der Erklärungswert zukommt, nicht auf Manipulationen des Vertragsgegenstandes hingewirkt zu haben. Da bereits ein Betrug durch aktives Tun vorliegt, kann dahinstehen, ob hier auch ein Betrug durch Unterlassen der Aufklärung über die Spielmanipulation (vgl. zu einer möglichen Aufklärungspflicht Henssler aaO S. 471; Habersack aaO § 762 Rdn. 19) oder später (vgl. etwa in Fall 7 der Urteilsgründe das Ge-

sprach mit den Vertretern des Wettveranstalters) gegeben ist (vgl. allgemein zu den Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen einer Täuschung durch Tun und durch Unterlassen Tiedemann aaO § 263 Rdn. 29 m.w.N.; Schlösser aaO S. 426).

*bb. Zum Vorliegen eines täuschungsbedingten Irrtums und einer irrumsbedingten Vermögensverfügung*

Durch die konkludente Täuschung über die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstandes ist bei den jeweiligen Mitarbeitern der Wettanbieter auch ein entsprechender Irrtum erregt worden (vgl. BGHSt 29, 165, 168). Die Mitarbeiter der Wettanbieter gingen - jedenfalls in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins (hierzu näher Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 35 m.w.N.) - jeweils davon aus, dass das wettgegenständliche Risiko nicht durch Manipulation des Sportereignisses zu Ungunsten ihres Unternehmens ganz erheblich verändert wird. Ansonsten hätten sie die jeweiligen Wettangebote zu der angebotenen Quote zurückgewiesen. Gerade weil die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstandes beim Abschluss einer Sportwette mit festen Quoten für die Vertragspartner von entscheidender Bedeutung für die Einschätzung des Wetttrisikos ist, verbinden Wettender und Wettanbieter mit ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen regelmäßig die Vorstellung, dass der Wettgegenstand nicht manipuliert wird (vgl. auch BGHSt 24, 386, 389). Hierüber irren sie aber infolge des Verhaltens des anderen Teils. Dieser Irrtum führte auch zu einer Vermögensverfügung, nämlich zum Vertragsabschluss mit dem jeweiligen Wettanbieter.

*cc. Zum Vorliegen eines verfügungsbedingten Vermögensschadens*

Bei den jeweiligen Wettveranstaltern ist durch diese täuschungsbedingte Vermögensverfügung auch ein Schaden entstanden.

*(1) Zur Vollendung des Betruges durch Abschluss des Wettvertrages*

In allen Fällen liegt bereits mit Abschluss der jeweiligen Wettverträge ein vollendeter Betrug vor. Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrages (Eingehungsbetrag) ergibt der Vergleich der Vermögenslage vor und nach Abschluss des Vertrages, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist. Zu vergleichen sind die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen. Wenn der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden hinter dem Wert der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurückbleibt, ist der Getäuschte geschädigt (vgl. BGHSt 16, 220, 221; BGH NStZ 1991, 488). Entscheidend ist für die Tatbestandserfüllung beim (Eingehungs-)Betrug nämlich, dass der Verfügende aus dem Bestand seines Vermögens aufgrund der Täuschung mehr weggibt, als er zurückerhält (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 64 m.w.N.).

Diese für übliche Austauschgeschäfte entwickelte Rechtsprechung bedarf der Anpassung an die Besonderheiten der hier gegenständlichen Sportwetten, bei denen zur Eingehung der vertraglichen Verpflichtungen der Austausch von Einsatz und Wertschein (einer Inhaberschuldverschreibung, vgl. Sprau in Palandt aaO § 793 Rdn. 5) hinzukommt: Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) stellt die aufgrund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den "Verkaufspreis" der Wettchance dar; die Quote bestimmt, mit welchem Faktor der Einsatz im Gewinnfall multipliziert wird. Weil die von A. S. geplante und ins Werk gesetzte Manipulation der Fußballspiele das Wettisiko ganz erheblich zu seinen Gunsten verschoben hatte, entsprachen die bei dem Vertragsschluss vom Wettanbieter vorgegebenen Quoten nicht mehr dem Risiko, das jeder Wettanbieter seiner eigenen kaufmännischen Kalkulation zugrunde gelegt hatte. Eine derart erheblich höhere Chance auf den Wettgewinn ist aber wesentlich mehr wert, als A. S. hierfür jeweils in Ausnutzung der erfolgten Täuschung gezahlt hat. Für seinen jeweiligen Einsatz hätte er bei realistischer Einschätzung des Wetttrisikos unter Berücksichtigung der verabredeten Manipulation nur die Chance auf einen erheblich geringeren Gewinn erkaufen können. Diese "Quotendifferenz" stellt bereits bei jedem Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. Dieser ähnelt infolge des für Wetten typischen Zusammenhangs zwischen Wettchance und realisiertem Wettisiko der vom Landgericht angenommenen schadensgleichen Vermögensgefährdung (gegen deren Annahme indes durchgreifende Bedenken bestehen, vgl. unten [3]) und stellt wirtschaftlich bereits einen erheblichen Teil des beabsichtigten Wettgewinns dar. Dass Wetten für erkannt manipulierte Spiele nicht angeboten werden, ist insoweit ohne Bedeutung. Maßgeblich ist allein, dass der Wettanbieter täuschungsbedingt aus seinem Vermögen eine Gewinnchance einräumt, die (unter Berücksichtigung der Preisbildung des Wettanbieters) gemessen am Wetteinsatz zu hoch ist. Mithin verschafft sich der Täuschende eine höhere Gewinnchance, als der Wettanbieter ihm für diesen Preis bei richtiger Risikoeinschätzung "verkaufen" würde.

Ein derartiger Quotenschaden muss nicht beziffert werden. Es reicht aus, wenn die insoweit relevanten Risikofaktoren gesehen und bewertet werden. Realisiert sich der vom Wettenden infolge seiner Manipulation erstrebte Gewinn nicht, verbleibt es vielmehr bei dem mit erfolgreicher Täuschung bereits erzielten Quotenschaden, so ist dem wegen der geringeren Auswirkungen der Tat im Rahmen der Strafzumessung Rechnung zu tragen.

*(2) Zum Vermögensschaden bei Auszahlung von Wettgewinnen*

In denjenigen Fällen, in denen es zur Auszahlung von

Wettgewinnen auf manipulierte Spiele kam (Fälle 2, 6, 7, 11), ist das mit dem Eingehungsbetrug verbundene erhöhte Verlustrisiko in einen endgültigen Vermögensverlust der jeweiligen Wettanbieter in Höhe der Differenz zwischen Wetteinsatz und Wettgewinn umgeschlagen (vgl. zur Schadensberechnung näher Fasten/Oppermann JA 2006, 69, 73; Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 71 m.w.N.); der so erzielte Vermögensvorteil war insbesondere das Endziel des mit Hilfe von Manipulationen Wettenden. Weil sich Sportwettenverträge auf ein in der Zukunft stattfindendes Ereignis beziehen, stellt der Quotenschaden das notwendige Durchgangsstadium und damit einen erheblichen Teil des beabsichtigten endgültigen Schadens bei dem Wettanbieter dar.

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Kutzner JZ 2006 S. 712, 717; Schild aaO S. 219) liegt der betrugsrelevante Vermögensschaden in diesen Fällen nicht in der - kaum feststellbaren - Differenz zwischen der auf Grund des "normalen Wettverhaltens" prognostizierten Gesamtgewinnausschüttung und der nach Manipulation tatsächlich auszuschüttenden Gesamtgewinnsumme. Diese mögliche Vermögenseinbuße stünde zudem in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der vom Wettenden beabsichtigten Vermögensmehrung, so dass insoweit Bedenken hinsichtlich der Stoffgleichheit der erstrebten Bereicherung bestünden. Ausreichend und allein maßgeblich ist, dass der jeweilige Wettanbieter täuschungsbedingt den Wettgewinn auszahlt, auf den der Wettende wegen der Spielmanipulation keinen Anspruch hat, und in dieser Höhe sein Vermögen mindert; gerade diese Bereicherung erstrebt auch der Wettende. Die Ersparnis anderweitig zu erwartender Gewinnausschüttungen durch den Wettanbieter infolge der Manipulation ist allenfalls mittelbar relevant (vgl. auch BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 54).

Für die Schadensfeststellung kommt es entgegen der Auffassung einiger Revisionen auch nicht darauf an, ob sich die von A. S. ins Werk gesetzten Manipulationen kausal im Spielergebnis oder wenigstens entscheidend im Spielverlauf niedergeschlagen haben. Es reicht vielmehr aus, dass der jeweilige Wettanbieter täuschungsbedingt Wettverträge abgeschlossen hat, die er bei Kenntnis der beabsichtigten Manipulationen nicht abgeschlossen hätte. Denn nicht der Erfolg der Manipulation ist Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB, sondern allein die täuschungsbedingte Vermögensschädigung. Im Übrigen ist für die Risikoverschiebung die Zusage der Manipulation durch einen Mannschaftsspieler oder gar einen Schiedsrichter - anders als von einigen Verteidigern in der Revisionshauptverhandlung vorgetragen - regelmäßig von erheblicher Bedeutung.

(3) *Zum Vermögensschaden bei fehlendem Wetterfolg*  
In denjenigen Fällen, in denen die Manipulationen kei-

nen oder keinen vollständigen Wetterfolg einbrachten, hat das Landgericht allerdings den Schaden nicht gemäß den vorstehenden Grundsätzen bestimmt. Abgesehen davon sind auch die rechtlichen Erwägungen des Landgerichts nicht tragfähig, soweit es bereits beim Abschluss der Wettverträge eine schadensgleiche Vermögensgefährdung der jeweiligen Wettanbieter in Höhe des möglichen Wettgewinns (abzüglich des Einsatzes) angenommen hat.

Zwar kann auch schon die bloße konkrete Gefährdung einen Vermögensschaden i. S. von § 263 StGB darstellen. Diese Gefährdung muss aber nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeuten. Die täuschungsbedingte Gefahr des endgültigen Verlustes eines Vermögensbestandteils muss zum Zeitpunkt der Verfügung so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat (vgl. BGHSt 34, 394, 395; BGH NSTZ 2004, 264). Eine derartige konkrete Gefährdung, die bereits einem Schaden entspricht, kann nur dann anerkannt werden, wenn der Betroffene ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen hat (BGHSt 21, 112, 113). Diese Voraussetzungen sind jedoch nicht erfüllt, wenn der Eintritt wirtschaftlicher Nachteile nicht einmal überwiegend wahrscheinlich ist, sondern von zukünftigen Ereignissen abhängt, die sich einer Einflussnahme trotz der Manipulation immer noch in ganz wesentlichem Umfang entziehen.

Durch den Abschluss der Wettverträge ist es über den oben dargestellten Quotenschaden hinaus erst zu einer abstrakten Gefährdung der Vermögen der jeweiligen Wettanbieter in Höhe des durch die Wettquote bestimmten Auszahlungsbetrages abzüglich des Einsatzes gekommen. Ein Erfolg der Manipulationen war nach den Feststellungen des Landgerichts nicht einmal überwiegend wahrscheinlich, sondern schlug in vielen Fällen trotz beträchtlicher Eingriffe in das Spielgeschehen fehl, insbesondere auch, weil die kombinierten Spiele teilweise einen anderen Ausgang nahmen; dies macht deutlich, dass die Manipulation des Spielgeschehens nur die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Spielausgangs um einen gewissen - regelmäßig freilich, wie ausgeführt, erheblichen - Grad erhöhen konnte (vgl. dazu Kutzner aaO S. 717; Mosbacher NJW 2006, 3529, 3530).

#### *b. Zur Beihilfe der übrigen Angeklagten*

Die Feststellungen des Landgerichts belegen ohne Weiteres die abgeurteilten Beihilfehandlungen der Angeklagten M. und F. S. sowie R. H. und D. M.

#### *aa. Zur Förderung der Haupttaten durch die Handlungen der übrigen Angeklagten*

Die Betrugstaten des Haupttäters A. S. waren in dem von ihm beabsichtigten und von den Teilnehmern erkannten Umfang frühestens mit der Auszahlung des zu

Unrecht beanspruchten Wettgewinns beendet.

Bis zu diesem Zeitpunkt förderten alle Handlungen, die unmittelbar der Manipulation des wettgegenständlichen Spielereignisses dienten oder durch die Spieler bzw. Schiedsrichter zur Manipulation des Spielgeschehens angehalten oder dabei bestärkt wurden, den beabsichtigten unrechtmäßigen Wettgewinn von A. S. Aufgrund der Eigenart der Sportwette, die ein in der Zukunft liegendes Sportereignis betrifft, ist eine derartige Beihilfe zum Wettbetrug mittels Manipulation des Wettereignisses nicht nur durch deren vorherige Zusage, sondern auch nach Wettvertragsabschluss möglich. Dass die jeweiligen Teilnehmer insoweit vorsätzlich gehandelt haben, ergibt sich nach den Feststellungen des Landgerichts aus der Kenntnis vom beabsichtigten bzw. erfolgten Abschluss der Sportwetten; nur der Wettvertragsabschluss gab den Spielmanipulationen aus Sicht der Beteiligten hier einen nachvollziehbaren wirtschaftlichen Sinn.

*bb. Zur Beihilfe des H durch Anwerben des M*

Der Angeklagte H. hat auch im Fall 8 der Urteilsgründe eine Beihilfe zum Wettbetrug A. S. begangen. Entgegen der Auffassung der Revision zu diesem Fall belegen die Feststellungen des Landgerichts hinreichend, dass H. in diesem Fall dem Haupttäter A. S. konkret bei seinem Betrug geholfen hat, indem er ihn bei der Anwerbung des Angeklagten M. für eine Spielmanipulation unterstützte. Soweit das Landgericht bei der rechtlichen Würdigung der Taten und im Rahmen der Strafzumessung - ersichtlich versehentlich - nicht zwischen dem Fall 8 der Urteilsgründe und den Einflussnahmen H.s als Schiedsrichter auf dem Spielfeld differenziert hat, ist dies im Ergebnis unschädlich: Das Unrecht H.s wiegt in Fall 8 nicht minder schwer als in den Fällen einer Manipulation auf dem Spielfeld. H. hat in diesem Fall sogar ganz erheblich dazu beigetragen, einen weiteren zur Unparteilichkeit verpflichteten Schiedsrichter in kriminelle Machenschaften zu verstricken.

*cc. Zur Beihilfe des F. S. durch Ermutigen des H*

Im Fall 10 tragen die Feststellungen des Landgerichts auch die Annahme einer Beihilfe F. S.s zum gemeinschaftlich von A. und M. S. begangenen Betrug. F. S. hat danach R. H. ausdrücklich zur Manipulation des Fußballspiels in dem von seinem Bruder A. S. gewünschten Sinne ermutigt. Er hat aufgrund der Gesamtumstände des Geschehens auch ersichtlich in der Kenntnis gehandelt, dass auf dieses manipulierte Spiel Sportwetten abgeschlossen sind oder werden und dass sein Handeln den beabsichtigten Eintritt des Wetterfolges fördert.

*c. Zur Strafbarkeit trotz Abschlusses der Sportwetten in Italien*

Dass im Fall 10 der Urteilsgründe nach dem Gesamt-

zusammenhang der Feststellungen M. S. die Sportwetten in Italien abgeschlossen hat, hindert eine Bestrafung der in diesem Fall Beteiligten nach deutschem Recht nicht:

Eine als Betrug nach § 263 StGB strafbare Haupttat M. S. s ist noch hinreichend durch Feststellungen belegt. Wie sich aus den gleichsam "vor die Klammer" gezogenen Feststellungen des Landgerichts ergibt, gab der Angeklagte M. S. die Wertscheine auch in diesem Fall in den Geschäftsräumen des Wettanbieters ab und erklärte damit zugleich konkludent, nicht an einer Manipulation des wettgegenständlichen Sportereignisses beteiligt zu sein. Aus dem einschlägigen italienischen Recht ergibt sich weder zum Erklärungswert seines Verhaltens noch in anderer Hinsicht ein relevanter Unterschied zum deutschen Recht; insbesondere besteht auch dort die Möglichkeit, sich bei einer bewussten Täuschung ohne weiteres vom Vertrag zu lösen (vgl. Art. 1427 ff. Codice Civile).

Für die Tat von M. S. im Fall 10 der Urteilsgründe gilt nach § 3 StGB das deutsche Strafrecht, weil die Tat (auch) im Inland begangen worden ist. Weil M. S. nach den (insoweit tragfähigen) Feststellungen des Landgerichts in diesem Fall als Mittäter des Angeklagten A. S. gehandelt hat, und ihm deshalb aufgrund des gemeinsamen Tatplans das Handeln A. S. s in Deutschland und auch der Ort dieses Handelns zuzurechnen ist, ist Tatort im Sinne von § 9 StGB auch für M. S. Deutschland (vgl. BGHSt 39, 88, 91; Tröndle/Fischer aaO § 9 Rdn. 3). Für die Teilnehmer ergibt sich ein Tatort im Bundesgebiet in diesem Fall jedenfalls aus § 9 Abs. 2 StGB. Zudem ergibt sich aus den Urteilsgründen, dass auch A. S. in diesem Fall - was angesichts der von ihm versprochenen Bestechungssumme von 50.000 Euro mehr als nahe liegt - auf das manipulierte Spiel gewettet hat; das Landgericht konnte lediglich keine Feststellungen dazu treffen, wo und in welcher Höhe dies geschehen ist.

*d. Zu den übrigen Rügen*

Auch die weiteren Einwände der Revisionen gegen den Schuldspruch tragen nicht:

Soweit unter Hinweis auf nicht im Urteil wiedergegebene Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgetragen wird, beim Wettvertragsschluss könnte keine reale Person getäuscht werden, weil der Vertragsschluss letztlich nur elektronisch erfolge, widerspricht dies den (nicht angegriffenen) Feststellungen des Landgerichts. Danach hat stets ein Mitarbeiter des Wettbüros die Wertscheine entgegengenommen, nach Prüfung weitergeleitet und insbesondere den Wetteinsatz vereinbart.

Der Einwand der Revision, ausländischen Wettanbietern könne in Hinblick auf §§ 762, 763 BGB wegen der Rechtswidrigkeit ungenehmigter ausländischer Wetten kein Schaden entstehen, verfährt nicht. Zwar findet auf Sportwetten § 763 Satz 2 i.V.m. § 762 BGB

grundsätzlich Anwendung (vgl. BGH NJW 1999, 54). Unabhängig von der Frage, ob im EU-Ausland genehmigte Sportwetten auch im Bundesgebiet ohne zusätzliche Genehmigung zulässig vermittelt werden dürfen oder nicht (vgl. hierzu OLG München NJW 2006, 3588; Mosbacher NJW 2006, 3529), ist hier jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht eine Schädigung der ausländischen Wettanbieter eingetreten (vgl. auch Weber aaO S. 67; Cramer/Perron aaO § 263 Rdn. 91; RGSt 68, 379, 380).

Auch die Beweiswürdigung des Landgerichts hält revisionsgerichtlicher Überprüfung stand. Dies gilt namentlich hinsichtlich des Angeklagten M. Die Feststellungen des Landgerichts zu seiner Tatbeteiligung beruhen auf einer tragfähigen Grundlage, nämlich auf seinem Eingeständnis, von A. S. die festgestellten Zahlungen erhalten zu haben, sowie im Übrigen auf den vom Landgericht als glaubhaft angesehenen Angaben der geständigen Angeklagten A. S. und R. H. [...]

### Standort: § 102 StPO

### Problem: "Verdeckte Online-Durchsuchung"

BGH, BESCHLUSS VOM 31.01.2007  
STB 18/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Generalbundesanwalt hatte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens insb. wegen des Verdachts der Bildung terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB) beim Ermittlungsrichter beantragt, die Durchsuchung der Festplatten der Computer des Beschuldigten anzuordnen. Diese Durchsuchung sollte in der Weise durchgeführt werden, dass dem Beschuldigten heimlich über dessen Internet-Verbindung ein spezielles Programm überspielt werden sollte, das den Inhalt seiner Festplatte ausspionierte, den Strafverfolgungsbehörden mitteilte und sich danach selbst wieder deinstallierte (sog. "verdeckte Online-Durchsuchung"). Der Ermittlungsrichter lehnte den Antrag ab, da für eine solche Maßnahme keine Ermächtigungsgrundlage existiere. Die hiergegen gerichtete Beschwerde (§ 304 StPO) des Generalbundesanwalts wies der BGH zurück.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen, insb. wenn diese - wie im vorliegenden Fall - erhebliche Grundrechtsrelevanz aufweisen, ist im zweiten Examen ein besonders beliebter Prüfungsstoff. Insofern ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die vorliegende Entscheidung des BGH kurzfristig Gegenstand von mündlichen Prüfungen, mittelfristig aber auch von Klausuren sein wird. Hierbei ist insb. eine Kombination mit der Problematik von Beweisverwertungsverböten denkbar, wenn in einer Klausur - aus staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher Sicht - zu prüfen ist, ob die aus einer verdeckten Online-Durchsuchung gewonnenen Erkenntnisse verwertet werden dürfen.

Die technischen Möglichkeiten der Strafverfolgungsorgane zur Erlangung von Kenntnissen bzgl. der Daten, die auf dem Computer eines Beschuldigten gespeichert sind, sind - zumindest, sofern dieser über eine Internet-Verbindung verfügt - enorm. Mittels spe-

zieller Programme ist es möglich, den gesamten Inhalt einer Festplatte zu kopieren und die entsprechenden Informationen an einen anderen Rechner zu übermitteln, ohne dass der Benutzer dies bemerkt. Für eine solche Maßnahme fehlt es jedoch - dies legt der BGH in der vorliegenden Entscheidung eindrucksvoll dar - an einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage. Da die vom Generalbundesanwalt beantragte Maßnahme in erheblicher Weise in die (Grund-) Rechte des Beschuldigten, insb. in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 65, 1; BVerfG, NJW 2006, 976), eingreift, bedarf es hierfür einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Eine solche existiert jedoch - noch - nicht. Der BGH betont in Übereinstimmung mit einem Großteil der Literatur, dass sich eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage insb. nicht aus (einer entsprechenden Anwendung von) §§ 94 ff., 102, 110 StPO herleiten lässt (Hören/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Rn 704; Bär, CR 1995, 489, 494; Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, 222 f.; aA: BGH (Ermittlungsrichter), wistra 2007, 28; Hofmann, NStZ 2005, 121, 123 ff.; Graf, DRiZ 1999, 281, 285).

Ausführlich befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit § 102 StPO als Ermächtigungsgrundlage für eine verdeckte Online-Durchsuchung. Hierbei betont er, dass diese Vorschrift deshalb keine Ermächtigungsgrundlage für eine solche Maßnahme darstellen kann, weil es sich bei einer verdeckten Online-Durchsuchung um eine Maßnahme ohne Wissen des Beschuldigten handelt. In den §§ 102 ff. StPO finden sich aber zahlreiche Vorschriften, die klarstellen, dass eine Durchsuchung nicht ohne Wissen des Beschuldigten durchgeführt werden darf und dass dieser z.B. auch das Recht zur Anwesenheit hat (vgl. § 106 StPO). Bei einer verdeckten Online-Durchsuchung mag der Beschuldigte zwar vielleicht physisch anwesend sein (weil er an seinem Computer sitzt), von der Durchsuchung als solcher bemerkt er jedoch nichts, so dass die entsprechenden Vorschriften, die seine Anwesenheit gerade deshalb erlauben, damit er etwa überprüfen kann, ob die Strafverfolgungsorgane sich an den entsprechenden Durch-

suchungsbeschluss halten, ad absurdum geführt würden.

Der BGH erörtert auch andere Normen als Ermächtigungsgrundlage für eine verdeckte Online-Durchsuchung (z.B. § 100a StPO, der immerhin verdeckte Maßnahmen gestattet), kommt aber auch hier zu dem Ergebnis, dass diese nicht einschlägig sind. Somit ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage zu schaffen.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur verdeckten Online-Durchsuchung: *BGH*, wistra 2007, 28; *Bär*, CR 1995, 489; *Graf*, DRiZ 1999, 281; *Hofmann*, NStZ 2005, 121; *Zöller*, GA 2000, 563

**Leitsatz:**

**Die "verdeckte Online-Durchsuchung" ist mangels einer Ermächtigungsgrundlage unzulässig. Sie kann insbesondere nicht auf § 102 StPO gestützt werden. Diese Vorschrift gestattet nicht eine auf heimliche Ausführung angelegte Durchsuchung.**

**Sachverhalt:**

Der Generalbundesanwalt führt gegen den Beschuldigten und weitere Personen ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung und anderer Straftaten. Er hat beim Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs beantragt, "gemäß § 102, § 105 Abs. 1, § 94, § 98, § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO die Durchsuchung des von dem Beschuldigten benutzten Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Dateien ..., und deren Beschlagnahme anzuordnen und den Ermittlungsbehörden zur verdeckten Ausführung dieser Maßnahme zu gestatten, ein hierfür konzipiertes Computerprogramm dem Beschuldigten zur Installation zuzuspielen, um die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Dateien zu kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden zu übertragen" (im Folgenden: verdeckte Online-Durchsuchung). Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand liegt es nahe, dass auf dem Computer verfahrensrelevante Informationen abgespeichert sind.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung des Ermittlungsrichters*

Mit Beschluss vom 25. November 2006 - Az.: 1 BGs 184/2006 - hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs den Antrag abgelehnt. Hiergegen wendet sich der Generalbundesanwalt mit seiner Beschwerde. Der Ermittlungsrichter hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen.

*II. Entscheidung des BGH*

Die gemäß § 304 Abs. 5 StPO statthafte und auch im

Übrigen zulässige Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs die verdeckte Online-Durchsuchung, die erheblich in Grundrechte des Betroffenen eingreift, nicht gestattet; denn es fehlt an der erforderlichen formellgesetzlichen Befugnisnorm.

*1. §§ 102, 110 StPO keine Ermächtigungsgrundlage für eine verdeckte Online-Durchsuchung*

Entgegen der Meinung des Generalbundesanwalts ist die verdeckte Online-Durchsuchung nicht durch § 102 StPO (Durchsuchung beim Verdächtigen) in Verbindung mit § 110 StPO (Durchsuchung von Papieren, auch von elektronischen Speichermedien, vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 980; 2005, 1917, 1921; BGH NStZ 2003, 670; Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 110 Rdn. 1) und §§ 94 ff. StPO (Beschlagnahme) gedeckt (ebenso Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht Rdn. 704; Bär CR 1995, 489, 494; Zöller GA 2000, 563, 572 f.; Böckenförde, Die Ermittlung im Netz 222 f.; aA: BGH - Ermittlungsrichter wistra 2007, 28; Hofmann NStZ 2005, 121, 123 ff.).

Die Anordnung einer auf verdeckte Ausführung angelegten Durchsuchung findet in §§ 102 ff. StPO keine Grundlage. Das gilt unabhängig davon, ob - wie hier - ihr Gegenstand ein Computer und ihr Ziel das Auffinden bestimmter Dateien ist mit der Folge, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 65, 1 ff.; BVerfG NJW 2006, 976, 979 f.) berührt wird, oder ob die Suche nach körperlichen Gegenständen erlaubt werden soll. Das Bild der Strafprozessordnung von einer rechtmäßigen Durchsuchung ist dadurch geprägt, dass Ermittlungsbeamte am Ort der Durchsuchung körperlich anwesend sind und die Ermittlungen offen legen (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 981; Sieber aaO Rdn. 704; Löwe/Rosenberg, 25. Aufl. § 102 Rdn. 1; Nack in KK 5. Aufl. § 102 Rdn. 1; Bär aaO 494; Zöller aaO 572 f.; aA: Graf aaO 285; Hofmann aaO 121, 123).

*a. Inhalt der §§ 102 ff. StPO*

Dafür sprechen zunächst die Vorschriften der Strafprozessordnung über die Durchführung der Durchsuchung. § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO sieht ausdrücklich ein Recht des Inhabers der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände auf Anwesenheit vor ("...darf...der Durchsuchung beiwohnen", vgl. Rudolphi in SK-StPO § 106 Rdn. 2; Meyer-Goßner aaO § 106 Rdn. 2). Bei seiner Abwesenheit ist gemäß § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn möglich, sein Vertreter oder ein Erwachsener aus dem Kreis der Familie oder Nachbarschaft zuzuziehen. § 105 Abs. 2 StPO verlangt bei einer Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums, die ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, nach Möglichkeit die Beiziehung eines Gemeindebeamten oder von zwei Gemeindegliedern, die nicht Polizeibeamte



oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein dürfen. Die Fassungen des § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO (“...sind...zuzuziehen”) und des § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO (“...ist...zuzuziehen”) postulieren Pflichten der Ermittlungsorgane (vgl. Rudolphi aaO § 105 Rdn. 16 f., § 106 Rdn. 1, 6; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 10, § 106 Rdn. 4). Nach § 107 Satz 1 StPO ist dem von der Durchsuchung Betroffenen nach deren Beendigung auf Verlangen eine schriftliche Durchsuchungsbescheinigung zu erteilen, was voraussetzt, dass ihm zeitnah die Kenntnis von der erfolgten Durchsuchung vermittelt wird. Diese Vorschrift will gewährleisten, dass der Betroffene unmittelbar nach Beendigung der Maßnahme über den Grund der Durchsuchung informiert wird und damit Gelegenheit erhält, deren Rechtmäßigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls nachträglich Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. Rudolphi aaO § 107 Rdn. 1).

Diese Regelungen sind nach ihrem Wortlaut (siehe oben) sowie nach ihrem Sinn und Zweck, den von einer Durchsuchung Betroffenen zu schützen, als wesentliche Förmlichkeiten zwingendes Recht und nicht lediglich Vorschriften, die zur beliebigen Disposition der Ermittlungsorgane stehen. Von ihrer Beachtung hängt die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung ab (vgl. Schäfer aaO § 105 Rdn. 56, § 106 Rdn. 15; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 17, 18, § 106 Rdn. 1; Nack aaO § 105 Rdn. 14; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 10). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Einschränkung “wenn möglich” in § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO und § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO. Unmöglich im Sinne dieser Vorschriften ist die Beiziehung von Zeugen nur dann, wenn die durch Tatsachen begründete naheliegende Möglichkeit besteht, dass durch die Suche nach bereiten Zeugen der Erfolg der Durchsuchung vereitelt wird (vgl. Schäfer aaO § 105 Rdn. 55; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 18). Sie darf aber nicht aus ermittlungstaktischen Erwägungen unterbleiben, um den Tatverdächtigen über die Durchsuchung sowie die gegen ihn geführten Ermittlungen in Unkenntnis zu halten.

Der Gegenauffassung, es handle sich nicht um zwingendes Recht, sondern um bloße Ordnungsvorschriften (so Hofmann aaO 121, 124), kann nicht gefolgt werden. Dass § 105 Abs. 2 StPO und § 106 Abs. 1 StPO lediglich die Art und Weise der Durchführung einer Durchsuchung und nicht ihre Anordnung selbst regeln, ändert nichts daran, dass sie aus den dargelegten Gründen von den Ermittlungsorganen zwingend einzuhalten sind (vgl. Nack aaO § 105 Rdn. 21, § 106 Rdn. 1; Schäfer aaO § 107 Rdn. 6; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 30, § 106 Rdn. 1). Zutreffend ist allerdings, dass in der Diskussion um die Frage, ob aus der Verletzung dieser Vorschriften ein Beweisverwertungsverbot folgt, diese zuweilen als bloße Ordnungsvorschriften bezeichnet werden (vgl. Meyer-Goßner aaO § 106 Rdn. 1, § 107 Rdn. 1; siehe dazu aber auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts NJW 2005, 1917, 1923,

nach der zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten ist). Es mag dahin gestellt bleiben, ob diese Begriffsbildung sinnvoll oder eher verwirrend ist. Jedenfalls aber darf sie sich nicht verselbständigen. Aus dem Umstand, dass nach überwiegender Meinung ein Verstoß gegen diese Regelungen kein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat und sie zur Begründung dessen teilweise als Ordnungsvorschriften bezeichnet werden, kann nicht geschlossen werden, ihre Befolgung stünde zur Disposition der Ermittlungsbehörden. Dieser Schluss würde die Frage nach den Voraussetzungen für eine rechtmäßige Durchsuchung mit der nach den Rechtsfolgen einer rechtswidrig durchgeführten Maßnahme vermengen.

Nach alledem ist es den Ermittlungsbehörden - unabhängig davon, wonach gesucht wird - verboten, eine richterliche Durchsuchungsanordnung bewusst heimlich durchzuführen, um auf diese Weise dem Tatverdächtigen keine Hinweise auf die gegen ihn geführten Ermittlungen zu geben und den Erfolg weiterer Ermittlungen nicht zu gefährden. Dementsprechend versteht es sich, dass ein Richter keine Durchsuchung anordnen darf, die - wie die verdeckte Online-Durchsuchung - von vornherein darauf abzielt, bei ihrem Vollzug die gesetzlichen Schutzvorschriften des § 105 Abs. 2 und des § 106 Abs. 1 StPO außer Kraft zu setzen.

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht mit der Erwägung begründen, eine verdeckt durchgeführte Durchsuchung sei von der Befugnisnorm des § 102 StPO gedeckt, weil sie für den Betroffenen weniger belastend sei als die offen durchgeführte Durchsuchung, bei der eine Wohnung betreten wird (so aber Hofmann aaO 121, 124). Das Gegenteil trifft zu: Jede heimliche Durchsuchung ist im Vergleich zu der in §§ 102 ff. StPO geregelten offenen Durchsuchung wegen ihrer erhöhten Eingriffsintensität eine Zwangsmaßnahme mit einem neuen, eigenständigen Charakter. Die offene Durchführung gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, je nach den Umständen die Maßnahme durch Herausgabe des gesuchten Gegenstandes abzuwenden bzw. in ihrer Dauer und Intensität zu begrenzen, ferner ihr - gegebenenfalls mit Hilfe anwaltlichen Beistands - bereits während des Vollzugs entgegen zu treten, wenn es an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt, oder aber zumindest die Art und Weise der Durchsuchung zu kontrollieren, insbesondere die Einhaltung der im Durchsuchungsbeschluss gezogenen Grenzen zu überwachen (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 981; Bär aaO 489, 494). Die heimliche Durchsuchung nimmt dem Betroffenen diese Möglichkeiten.

*b. Erforderlichkeit hoher Eingriffsschranken zum Schutze von Grundrechten*

Auch systematische Erwägungen sprechen dafür, die

Durchsuchung im Sinne des § 102 StPO nur als eine offen auszuführende Maßnahme zu erlauben.

Die besonders grundrechtsintensiven Ermittlungsmaßnahmen mit technischen Mitteln (wie etwa die Überwachung der Telekommunikation, die Wohnraumüberwachung und der Einsatz technischer Mittel), die ohne Wissen des Betroffenen erfolgen können, sind in §§ 100 a bis 100 i StPO geregelt. Für sie bestehen gerade auch wegen ihrer Heimlichkeit hohe formelle (vgl. § 100 b Abs. 2, Abs. 6 Satz 2, § 100 c Abs. 5 Satz 4, § 100 d Abs. 1 - 4 StPO) und materielle Anforderungen an die Anordnung und die Durchführung. Insbesondere dürfen sie nur beim Verdacht bestimmter schwerer Straftaten angeordnet werden, wenn andere erfolgversprechende Aufklärungsmittel nicht vorhanden sind und sie nicht in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreifen (vgl. § 100 a Satz 1, § 100 c Abs. 1, 2 und 4, § 100 f Abs. 1 und 2 StPO). Die einzelnen Befugnisnormen regeln maßnahmespezifisch, unter welchen Voraussetzungen Dritte von den Maßnahmen betroffen sein dürfen (vgl. § 100 a Satz 2, § 100 c Abs. 3 und 6, § 100 f Abs. 3 und 4 StPO). Sie enthalten ausführliche Regelungen über den Abbruch der Maßnahmen, die Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse und die Vernichtung personenbezogener Informationen (vgl. § 100 a Abs. 4 - 6, § 100 c Abs. 5 - 7, § 100 d Abs. 5 und 6, § 100 f Abs. 5 StPO).

Vergleichbar hohe Eingriffsschranken für die Anordnung einer Durchsuchung beim Verdächtigen gemäß § 102 StPO bestehen nicht. Es genügt für sie der Anfangsverdacht einer beliebigen Straftat. Die Durchführung der Durchsuchung und der Umgang mit den dabei gewonnenen Daten sind nicht annähernd streng geregelt.

### *c. Ergebnis: § 102 StPO keine Rechtsgrundlage für verdeckte Online-Durchsuchung*

Nach alledem findet die verdeckte Online-Durchsuchung in § 102 StPO keine Rechtsgrundlage.

Dabei ist maßgeblich, dass diese Vorschrift nur zu einer offen ausgeführten Durchsuchung ermächtigt. Dagegen kommt es nicht entscheidend darauf an, dass die in den Speichermedien eines Computers abgelegten Daten im Einzelfall ähnlich sensibel und schutzwürdig sein können wie das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort und dass die Maßnahme wegen der Durchsicht einer Vielzahl unterschiedlicher Daten als ein besonders schwerwiegender Eingriff in das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung erscheinen mag. Denn unter diesem Aspekt unterscheidet sich die verdeckte Online-Durchsuchung nicht von einer im Rahmen einer offenen Durchsuchung vorgenommenen Auswertung von elektronischen Datenträgern, die als unbedenklich angesehen wird (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 980 ff.; 2005, 1917, 1919 f.; NStZ 2002, 377 f.; Nack aaO § 110 Rdn. 2). Desglei-

chen braucht auch nicht entschieden zu werden, ob die verdeckte Online-Durchsuchung wegen der großen Menge an möglicherweise sensiblen Daten, die dem Zugriff der Ermittlungsbehörden ausgesetzt sind, eher einer Wohnraumüberwachung als einer Durchsuchung gleicht (so der angefochtene Beschluss), was zwar unter dem Aspekt der Heimlichkeit der Fall sein mag, unter dem Aspekt der Dauerhaftigkeit der Maßnahme aber zweifelhaft erscheint. Auch wenn die Anordnung einer verdeckten Online-Durchsuchung in der Weise beschränkt wird, dass nur der auf dem betroffenen Computer vorhandene Bestand an Daten einmal - in einem oder mehreren Arbeitsschritten - kopiert und übertragen werden darf (so BGH-Ermittlungsrichter wistra 2007, 28) und somit die Nutzung des Computers (E-Mail-Verkehr und laufende Internetrecherchen) nicht über einen längeren Zeitraum überwacht wird, kann sie schlicht wegen ihrer Heimlichkeit in § 102 StPO keine Stütze finden.

Soweit argumentiert wird, sie sei zulässig, insbesondere sei das Anwesenheitsrecht gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO gewahrt, weil der Computernutzer während der Übertragung des zu durchsuchenden Datenbestandes an die Ermittlungsbehörde "online" sein müsse (vgl. Hofmann aaO 121, 124), wird verkannt, dass nach Sinn und Zweck dieser Schutzvorschrift die Anwesenheit des Betroffenen oder der anderen Personen gerade die Beobachtung und Kontrolle der Durchsuchung ermöglichen soll, die rein körperliche Anwesenheit ohne die Möglichkeit der Kenntnisnahme dies aber nicht gewährleistet.

### *2. Keine anderweitige Ermächtigungsgrundlage für verdeckte Online-Durchsuchung*

Auch andere Eingriffsnormen der Strafprozessordnung erlauben die verdeckte Online-Durchsuchung nicht.

#### *a. Keine Ermächtigung durch § 100a StPO*

Die Maßnahme kann nicht auf § 100 a StPO (Überwachung der Telekommunikation) gestützt werden (anders für den einmaligen heimlichen Zugriff auf eine passwortgeschützte Mailbox BGH - Ermittlungsrichter NJW 1997, 1934 ff.). Zwar muss der Computerbenutzer bei der Übertragung der zu durchsuchenden Daten an die Ermittlungsbehörde mit Hilfe des aufgespielten Computervirus "online" sein, so dass diese Bestandteil des ohnehin bestehenden Datenstroms sind. Jedoch wird dadurch die verdeckte Online-Durchsuchung nicht zur Telekommunikation (vgl. zum Begriff der Telekommunikation § 3 Nr. 22 und 23 TKG in der Fassung vom 22. Juni 2004 und BGH NJW 2003, 2034 f.), weil nicht die Kommunikation zwischen dem Tatverdächtigen und einem Dritten überwacht, sondern zielgerichtet eine umfassende Übermittlung der auf dem Zielcomputer vor Beginn des Kommunikationsvorgangs gespeicherten Daten an die ermittelnde Stelle zum Zwecke der Suche nach Beweismitteln oder

weiteren möglichen Ermittlungsansätzen ausgelöst wird (vgl. Hofmann aaO 121, 123; Zöller aaO 573 f.). Der Datenfluss während des "Online"-Status des Computers wird somit lediglich aus technischen Gründen zum Zwecke der Übertragung der in den Speichermedien abgelegten Dateien benutzt.

*b. Keine Ermächtigung durch § 100c StPO*

Die Eingriffsermächtigung des § 100 c StPO (Wohnraumüberwachung) rechtfertigt die verdeckte Online-Durchsuchung nicht, weil ein Computer auf elektronischem Weg durchsucht und nicht das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden soll (vgl. Sieber aaO Rdn. 705).

*c. Keine Ermächtigung durch § 100f I Nr. 2 StPO*

Auch § 100 f Abs. 1 Nr. 2 StPO (Einsatz technischer Mittel) scheidet als Befugnisnorm aus; denn diese Vorschrift gestattet nur den heimlichen Einsatz besonderer für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel außerhalb von Wohnungen wie Peilsender, satellitengestützte Ortungssysteme und Nachtsichtgeräte (vgl. BGHSt 46, 266, 271 ff.; Sieber aaO Rdn. 705; Hofmann aaO 121, 122).

*d. Keine Ermächtigung durch § 161 StPO*

Die Generalklausel des § 161 StPO erlaubt nur Zwangsmaßnahmen, die von einer speziellen Eingriffsermächtigung der Strafprozessordnung nicht erfasst

werden und lediglich geringfügig in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen (vgl. Meyer-Goßner aaO § 161 Rdn. 1; Hilger NSTZ 2000, 563, 564).

*3. Keine Ermächtigung durch Kombination der Voraussetzungen der §§100a, 100c, 102 StPO*

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kann § 102 StPO zur verdeckten Online-Durchsuchung auch dann nicht ermächtigen, wenn zusätzlich die für die Überwachung von Telekommunikation (§ 100 a StPO) und Wohnraum (§ 100 c StPO) normierten hohen Eingriffsvoraussetzungen - wie Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung, Subsidiarität gegenüber weniger belastenden Ermittlungsmaßnahmen - gegeben sind (so aber BGH - Ermittlungsrichter wistra 2007, 28; Hofmann aaO 121, 124) und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit "besonders" beachtet wird. Es ist unzulässig, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Dies würde dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 979; 2005, 1338, 1339 f.; Sieber aaO Rdn. 703 f.). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt im Einzelfall gesetzliche Befugnisse, eine fehlende Ermächtigungsgrundlage kann er nicht ersetzen. [...]

## IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> ra@jura-intensiv.de
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Ass. Kathrin Lütke-meier ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahressregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> 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 <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Art. 3 I GG bei Erbschaftssteuer

BVERFG, BESCHLUSS VOM 07.11.2006  
1 BVL 10/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Schenkungen und Erbschaften werden nach bisher geltendem Recht mit einheitlichen Steuersätzen belegt. Diese Steuersätze richten sich neben anderen Kriterien (wie z.B. dem Grad der Verwandtschaft des Beschenkten oder Erben mit dem Schenker oder Erblasser) nach dem Wert der Schenkung oder Erbschaft (sogen. Bemessungswert). Wird Geld vermacht, lässt sich dessen Wert offensichtlich leicht bestimmen. Wie ist aber bei Sachwerten zu verfahren?

Hierzu differenziert das bisher geltende Recht zwischen verschiedenen Vermögenswerten. Grundsätzlich ist der Verkehrswert der Sache maßgeblich, also etwa der Verkaufspreis. Hiervon gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen, vor allem bei Grundstücken, landwirtschaftlichem Vermögen, Betriebsvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften. Beispielhaft seien bebauten Grundstücke herausgegriffen. Dort wird der Wert der Schenkung oder Erbschaft grds. mit dem 12,5-fachen der jährlichen Miete berechnet. Dies führt oft (aber nicht immer) dazu, dass der Bemessungswert der Schenkung oder Erbschaft deutlich unter dem Verkehrswert liegt. Ein Beispiel: Ist ein mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstück 350.000 Euro wert, und bringt dieses Einfamilienhaus im Jahr 12.000 Euro Miete ein, läge der Bemessungswert der Erbschaft bei  $12,5 \times 12.000 = 150.000$  Euro, also deutlich unter dem Verkehrswert von 350.000 Euro. Mit diesen Regelungen verfolgt der Gesetzgeber zwei Ziele, nämlich eine gewisse Vereinfachung des Steuerrechts durch Pauschalierungen, und eine Privilegierung bestimmter Vermögensgegenstände wie über Generationen vererbter Häuser, Betriebe usw.

Das BVerfG hält diese unterschiedliche Ermittlung der Bemessungsgrenzen bei bestimmten Sachwerten im Verhältnis zu Barvermögen für verfassungswidrig, weil sie mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 I GG nicht zu vereinbaren sei. Das Gericht führt hierzu aus, dass

- eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, nämlich - beispielhaft herausgegriffen - einer Erbschaft i.H.v. 350.000 Euro in bar (Steuerbemessungswert: 350.000 Euro) und eines bebauten Grundstücks im Verkehrswert von 350.000 Euro (Steuerbemessungswert: 12,5-fache Jahresmiete, also bei angenommenen 1.000 Euro Monatsmiete  $12 \times 1.000 \times$

12,5 = 150.000 Euro) vorliegt,

- es eines sachlichen Grundes bedürfe, um diese Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen,
- die gesetzgeberischen Ziele der Vereinfachung und Lenkung durch Privilegierung bestimmter Vermögen durchaus legitim sind,
- diese jedoch - und das war entscheidend - nicht auf der Ebene der Bemessung des Wertes der Erbschaft, sondern erst auf der zweiten Ebene, also der Besteuerung selbst hätten als Differenzierungskriterium herangezogen werden dürfen. Vereinfacht ausgedrückt: Ein bebauten Grundstück mit einem Verkehrswert von 350.000 Euro muss auch mit 350.000 Euro als Steuerbemessungswert zu Buche schlagen, ebenso wie dies bei Barvermögen der Fall wäre (erste Ebene: Einheitliche Bemessung des Wertes aller Erbschaften und Schenkungen nach dem Verkehrswert). Wenn der Gesetzgeber dann bestimmte Vermögen privilegieren will, kann er dies auf der zweiten Ebene der Besteuerung tun, also z.B. auf Barvermögen einen Steuersatz von 30% erheben, auf Grundstücke aber nur 20%. Das bisher geltende Recht macht es genau anders herum, indem es bei der Bemessung (erste Ebene) differenziert und auf der zweiten Ebene einheitliche Steuersätze vorsieht.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil hat Schlagzeilen gemacht und allein schon wegen seiner enormen praktischen Bedeutung examensrelevanz. Es kann in konkrete oder abstrakte Normenkontrollen oder Verfassungsbeschwerden eingebaut werden. Im konkreten Fall hatte das BVerfG auf einen konkreten Normenkontrollantrag des BFH nach Art. 100 I GG hin zu entscheiden. Ein steuerrechtlicher Einstieg ist hingegen jedenfalls im Pflichtfachbereich nicht zu befürchten.

Wegen der Komplexität der steuerrechtlichen Materie einerseits und des Umfangs des Urteils andererseits ist auch nicht zu befürchten, dass die gesamte Entscheidung Gegenstand von Prüfungsaufgaben wird. Viel wahrscheinlicher ist, dass - wie auch in der folgenden Falllösung - einzelne Aspekte vereinfachend aufgegriffen werden.

Das BVerfG hat im Ergebnis die Verfassungswidrigkeit sämtlicher unterschiedlicher Bemessungsgrenzen festgestellt, also über den hier behandelten Teilaspekt der bebauten Grundstücke hinaus auch für unbebaute oder im Zustand der laufenden Bebauung befindliche

Grundstücke, landwirtschaftliches Vermögen, Betriebsvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften. Die Begründung war jedes Mal ähnlich: Der Gesetzgeber hat auf der ersten Ebene der Ermittlung des Erbschafts- oder Schenkungswerts differenziert, hätte dies aber allenfalls auf der zweiten Ebene der Besteuerung tun dürfen.

Gleichwohl hat das BVerfG die bisher bestehenden Regelungen bis zum 31.12.2008 in Kraft gelassen, wie das Gericht es in richterlicher Rechtsfortbildung seiner Kompetenzen aus §§ 82 I, 78 BVerfGG gerne macht, wenn gar keine Regelung noch schlimmer wäre als die bestehende, verfassungswidrige Regelung. Angesichts der relativ klaren Vorgaben an den Gesetzgeber darf damit gerechnet werden, dass diese im Sinne des BVerfG umgesetzt und Differenzierungen künftig nur noch auf Besteuerungsebene vorgenommen werden. Die Bemessung des Wertes der Erbschaft oder Schenkung wird hingegen aller Voraussicht nach künftig einheitlich nach dem Verkehrswert erfolgen; das BVerfG hat mehr als deutlich gemacht, dass es den Verkehrswert als einzig taugliches (soll heißen: im Sinne des Art. 3 I GG willkürfreies) Kriterium der Bemessung des Wertes einer Erbschaft oder Schenkung ansieht.

**Vertiefungshinweise:**

Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs in dieser Sache: *BFH*, NJW 2002, 3197

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Martina"

**Leitsätze:**

**1. Die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, weil sie an Steuerwerte anknüpft, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen (Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichen Betrieben) den Anforderungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügt.**

**2. Die Bewertung des anfallenden Vermögens bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage muss wegen der dem geltenden Erbschaftsteuerrecht zugrunde liegenden Belastungsentscheidung des Gesetzgebers, den durch Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs zu besteuern, einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel ausgerichtet sein. Die Bewertungsmethoden müssen gewährleisten, dass alle Vermögensgegenstände in einem Annäherungswert an den gemeinen Wert**

**erfasst werden.**

**3. Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung darf der Gesetzgeber auf den so ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und Lenkungszwecke, etwa in Form zielgenauer und normenklarer steuerlicher Verschonungsregelungen, ausgestalten.**

**Sachverhalt:**

Das BVerfG hat im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle über die Frage zu entscheiden, ob die Anwendung des einheitlichen Steuertarifs gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG auf alle Erwerbsvorgänge wegen gleichheitswidriger Ausgestaltung der Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage bei den unterschiedlichen Vermögensarten verfassungswidrig ist. Dem Verfahren liegt folgende Ausgangslage zugrunde:

**A. Rechtlicher Rahmen**

In § 19 Abs. 1 ErbStG ist unabhängig davon, aus welchen Vermögensarten sich Nachlass oder Schenkung zusammensetzen, einheitlich ein nach dem Wert des Erwerbs gestaffelter Steuertarif bestimmt. Um mittels dieses Tarifs zu einem in Geld zu entrichtenden Steuerbetrag zu gelangen, müssen die verschenkten oder vererbten Vermögensgegenstände in einen Geldbetrag umgerechnet werden, sofern es sich nicht ohnehin um Bargeld handelt. Diese Umrechnung erfolgt allerdings auf unterschiedliche Art und Weise.

**I. Grundsatz: Verkehrswert**

Der über § 12 Abs. 1 ErbStG anwendbare § 9 Abs. 1 BewG nennt als Regelfall den "gemeinen Wert", also den Verkehrswert.

**II. Ausnahmen**

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen, so etwa bei der Besteuerung von Betriebsvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und Grundvermögen. Bei der Bewertung inländischer Grundstücke wäre der Verkehrswert etwa der für das Grundstück zu erzielende Kaufpreis. Nach der bestehenden gesetzlichen Regelung kommt es vielfach jedoch nicht auf diesen, sondern statt dessen ausnahmsweise auf den so genannten "Grundbesitzwert" an (vgl. § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 138 Abs. 3 BewG). Dieser "Grundbesitzwert" liegt in aller Regel wesentlich niedriger als der Verkehrswert. Bei seiner Ermittlung wird wiederum zwischen diversen Grundstücksarten differenziert, so z.B. zwischen bebauten und unbebauten Grundstücken, Grundstücken im Zustand der Bebauung, Erbbaugrundstücken, landwirtschaftlichen Grundstücken usw.

Bei bebauten Grundstücken beträgt der "Grundbesitzwert" bspw. gem. § 146 II 1 BewG den "12,5-fachen Jahreswert der tatsächlichen Durchschnittsmiete" (oh-

ne Nebenkosten, Abs. 2 Satz 3) oder - wenn eine solche nicht existiert - die übliche Miete (§ 146 Abs. 3 BewG), wobei eine altersbedingte Wertminderung des Gebäudes den Wert senkt, die Bebauung mit einem Ein- oder Zweifamilienhaus ihn hingegen um 20 % erhöht (§ 146 Abs. 5 BewG). Liegt der nach diesen Vorschriften ermittelte Wert noch unter dem reinen Wert des unbebauten Grund und Bodens, ist letzterer zugrunde zu legen (sog. Mindestwert).

### B. Konkreter Fall

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist die Alleinerbin der am 23. Juli 1997 verstorbenen Erblasserin. Diese hatte Ende 1994 eine noch zu errichtende Eigentumswohnung zu einem Preis von 343.000 DM gekauft. Nachdem sie den Kaufpreis bis Ende 1996 vollständig gezahlt hatte, wurde Anfang Juni 1997 die Auflassung erklärt. Der Antrag, die Eigentumsänderung im Grundbuch zu vollziehen, ging Mitte Juli 1997 beim Grundbuchamt ein. Anfang August 1997 - kurz nach ihrem Tod - wurde die Erblasserin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Das beklagte Finanzamt setzte gegen die Klägerin mit Bescheid vom 7. Juli 1998 Erbschaftsteuer in Höhe von 74.494 DM fest. Es sah als Gegenstand des Erwerbs der Klägerin nicht das Wohnungseigentum, sondern den auf dessen Verschaffung gerichteten Anspruch an, den es mit dem Nennwert des Kaufpreises (343.000 DM) als dem gemeinen Wert bewertete.

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin Einspruch ein und beantragte, als Wert der Eigentumswohnung den vom Lagefinanzamt festgestellten Grundbesitzwert in Höhe von 127.000 DM der Besteuerung zugrunde zu legen, weil das Wohnungseigentum noch vor dem Tod der Erblasserin an diese aufgelassen worden sei. Das Finanzamt wies den Einspruch als unbegründet zurück. Das Finanzgericht setzte die Erbschaftsteuer jedoch entsprechend dem Antrag der Klägerin herab und legte der Besteuerung den Bedarfswert für die Eigentumswohnung zugrunde. Die Klägerin habe neben dem Anspruch aus dem Kaufvertrag auf Verschaffung des Eigentums an der Eigentumswohnung auch ein entsprechendes Anwartschaftsrecht der Erblasserin erworben. Im Rahmen der Erbschaftsbesteuerung sei der Übergang des Anwartschaftsrechts der maßgebliche Erwerb der Klägerin. Der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums habe dagegen nur eine nachrangige Bedeutung. Gegen diese Entscheidung legte das Finanzamt Revision ein, mit der es den Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Entscheidend sei, dass die Erblasserin bei ihrem Tode noch nicht Eigentümerin der Wohnung gewesen sei. Das Anwartschaftsrecht könne nicht dem Grundstückseigentum gleichgestellt werden.

Der Bundesfinanzhof hat das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die un-

terschiedliche Steuerbemessungsgrundlage für verschiedene Vermögenswerte wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz verfassungswidrig sei.

Wie wird das BVerfG auf die zulässige Vorlagefrage antworten?

*[Anm.: Im folgenden Gutachten wird aus Platzgründen nur auf die im Sachverhalt skizzierte Regelung zur Besteuerung bebauter Grundstücke eingegangen, nicht jedoch auf die übrigen Vermögenswerte wie Betriebsvermögen usw. Soweit sich die Originalentscheidung auch zu diesen verhält, ist dies durch Anmerkungen kenntlich gemacht.]*

### Lösung:

Das BVerfG wird die zur Überprüfung gestellten Regelungen des Erb- und Schenkungssteuerrechts für verfassungswidrig erklären, sofern sie gegen das Grundgesetz verstoßen. Hier kommt nur ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG in Betracht.

“Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 112, 268 [279]; stRspr). Aus ihm ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 110, 274 [291]; stRspr).”

### A. Wesentlich Gleiches

“Wesentlich Gleiches” liegt vor, wenn sich eine Vergleichsgruppe zum geregelten Fall finden lässt, und ein gemeinsamer Oberbegriff existiert, der gerade die beiden Vergleichsgruppen mit hinreichender Deutlichkeit kennzeichnet.

### I. Grundsatz der Steuergleichheit

Das BVerfG stellt hierzu fest, dass sich im Steuerrecht der Gleichheitssatz im “Grundsatz der Steuergerechtigkeit” manifestiert, welcher besagt, dass gleiche Steuerstatbestände auch gleich besteuert werden müssen:

“Der Gleichheitssatz hat im Steuerrecht seine besondere Ausprägung in Form des Grundsatzes der Steuergerechtigkeit gefunden, wobei die Besteuerung grundsätzlich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auszurichten ist (vgl. BVerfGE 68, 287 [310]; 74, 182 [199 f.]). Die Steuerpflichtigen müssen dem Grundsatz nach durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleichmäßig belastet werden. Das danach - unbeschadet verfassungsrechtlich zulässiger Differenzierungen - gebotene Gleichmaß verwirklicht sich in dem Belastungserfolg, den die Anwendung der Steuergesetze beim einzelnen Steuerpflichtigen bewirkt (vgl. BVerfGE 84, 239 [268]; 93, 121 [134]).”

## II. Schenkungen und Erbschaften

Hiervon ausgehend führt das BVerfG aus, dass nicht der Nachlass, sondern der Vermögensgewinn beim Erben durch die Erbschaftssteuer besteuert wird. Mit hin lässt sich als "wesentlich Gleiches" der jedem Erben entstehende Vermögensvorteil bezeichnen:

"Die Erbschaftsteuer ist eine Erbanfallsteuer; sie besteuert damit nicht den Nachlass als solchen, sondern die beim jeweiligen Empfänger mit dem Erbfall eintretende Bereicherung (vgl. BVerfGE 93, 165 [167]). Der Gesetzgeber verfolgt mit der Erbschaftsteuer in ihrer derzeitigen Ausgestaltung das Ziel, den durch Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs jeweils gemäß seinem Wert zu erfassen und die daraus resultierende Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (die durch Erbfall oder Schenkung vermittelte Bereicherung) des Erwerbers - wenn auch in unterschiedlichen Steuersätzen nach Maßgabe des Verwandtschaftsgrades und dem Wert des Erwerbs - zu besteuern (§ 10 Abs. 1 ErbStG)."

## III. Keine wesentlichen Unterschiede

Dieser Vermögenszuwachs ist zwar nicht genau gleich, da er in unterschiedlicher Form - Barvermögen, Grundstücke, Aktienvermögen, Betriebsvermögen usw. - anfallen kann. Identität ist jedoch auch nicht erforderlich, denn identische Sachverhalte könnten nicht verglichen werden. Es genügt, dass der Unterschied der Vergleichsgruppen nicht so wesentlich ist, dass eine Vergleichbarkeit ausscheidet.

Das Erbschaftssteuerrecht führt alle Vermögenszuwächse - gleich welcher Art - auf einen in einer Geldsumme ausdrückbaren Wert zurück, der dann als Bemessungsgrenze für die Steuerlast dient. In diesem Sinne sind alle Vermögenszuwächse zunächst "wesentlich gleich"

## B. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn unterschiedliche Rechtsfolgen an die wesentlich gleichen Sachverhalte geknüpft werden.

Unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben sich in Bezug auf den laut Bearbeitervermerk hier allein interessierenden Fall der Besteuerung von Grundstücken gleich in mehrfacher Hinsicht. Zum einen wird bei Grundstücken vielfach nicht wie sonst der Verkehrswert, sondern gem. § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 138 Abs. 3 BewG nur der (oftmals deutlich niedrigere) "Grundbesitzwert" zugrunde gelegt. Zum anderen wird dieser "Grundbesitzwert" wiederum je nach Grundstück unterschiedlich kalkuliert, indem z.B. bei bebauten Grundstücken gem. § 146 Abs. 2 Satz 1 BewG grds. auf den 12,5-fachen Jahreswert der tatsächlichen Durchschnittsmiete" abgestellt wird, bei unbebauten Grundstücken hingegen gem. § 145 Abs. 3 Satz 1 BewG i.V.m. § 196 BauGB grds. auf 80% des Bodenrichtwerts. Weitere Ungleichbehandlungen ergeben

sich aus zahlreichen Ausnahmeregelungen, z.B. hinsichtlich des 20prozentigen Aufschlags für Ein- und Zweifamilienhäuser (§ 146 Abs. 5 BewG).

*[Anm.: Das BVerfG hatte - wie gesagt - nicht nur über die Behandlung von bebauten Grundstücken, sondern über die unterschiedliche Behandlung von zu besteuertem Erbschaftsvermögen insgesamt zu entscheiden. Das Gericht hat auch hinsichtlich der anderen, hier nicht behandelten Vermögenszuwächse wie Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften usw. entsprechende Ungleichbehandlungen durch unterschiedliche Steuerbemessungsgrundlagen festgestellt.]*

## C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich diese Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund rechtfertigen lässt.

### I. Sachliche Gründe

Das BVerfG betont zunächst, dass es dem Gesetzgeber möglich sein muss, das Steuerrecht durch pauschale Regelungen einfach zu halten. Ferner dürfe er im Wege einer sogen. "Lenkungssteuer" nach seinem Willen grds. bestimmte Sachverhalte privilegieren. In beiden Fällen dürfe aber eine gewisse Grenze nicht überschritten werden:

### 1. Praktikabilität

"Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) fordert allerdings nicht einen gleichen Beitrag von jedem Inländer zur Finanzierung der Gemeinlasten, sondern verlangt, dass jeder Inländer je nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit gleichmäßig zur Finanzierung der allgemeinen Staatsaufgaben herangezogen wird (vgl. BVerfGE 93, 121 [135]). Dabei ist zu berücksichtigen, dass Steuergesetze in der Regel Massenvorgänge des Wirtschaftslebens betreffen. Sie müssen, um praktikabel zu sein, Sachverhalte, an die sie dieselben steuerrechtlichen Folgen knüpfen, typisieren und damit in weitem Umfang die Besonderheiten nicht nur des einzelnen Falles, sondern gegebenenfalls auch ganzer Gruppen vernachlässigen. Die wirtschaftlich ungleiche Wirkung auf die Steuerzahler darf allerdings ein gewisses Maß nicht übersteigen. Vielmehr müssen die steuerlichen Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen (vgl. BVerfGE 110, 274 [292]). Außerdem darf eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss sich realitätsgerecht am typischen Fall orientieren (vgl. BVerfGE 27, 142 [150]; 112, 268 [280 f.])."

### 2. Lenkungsziele

"Bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands hat der Gesetzgeber die einmal ge-

troffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne dieser Belastungsgleichheit umzusetzen. Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes (vgl. BVerfGE 99, 88 [95]; 99, 280 [290]; 107, 27 [47]). Das hindert den Gesetzgeber nicht daran, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele zu verfolgen (stRspr; vgl. BVerfGE 93, 121 [147]; 99, 280 [296]; 105, 73 [112]; 110, 274 [292]). Er darf nicht nur durch Ge- und Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft und Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Der Bürger wird dann nicht rechtsverbindlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, erhält aber durch Sonderbelastung eines unerwünschten oder durch steuerliche Verschonung eines erwünschten Verhaltens ein finanzwirtschaftliches Motiv, sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu entscheiden (vgl. BVerfGE 98, 106 [117] m.w.N.)."

#### *a. Gemeinwohlgrund erforderlich*

"Führt ein Steuergesetz zu einer steuerlichen Verschonung, die einer gleichmäßigen Belastung der jeweiligen Steuergegenstände innerhalb einer Steuerart widerspricht, so kann eine solche Steuerentlastung vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber das Verhalten des Steuerpflichtigen aus Gründen des Gemeinwohls fördern oder lenken will (vgl. BVerfGE 93, 121 [147]). Bei Vorliegen ausreichender Gemeinwohlgründe kann die Entlastung dabei im Ausnahmefall in verfassungsrechtlich zulässiger Weise sogar dazu führen, dass bestimmte Steuergegenstände vollständig von der Besteuerung ausgenommen werden."

#### *b. Sachgerechte Differenzierungskriterien erforderlich*

"Die Lenkung mit Hilfe des Steuerrechts nimmt in Kauf, dass das Lenkungsziel nicht in jedem Fall erreicht wird. Sie ist ein Instrument zur Annäherung an ein Ziel (vgl. BVerfGE 98, 106 [121]). In der Entscheidung darüber, welche Personen oder Unternehmen gefördert werden sollen, ist der Gesetzgeber weitgehend frei (vgl. BVerfGE 17, 210 [216]; 93, 319 [350]; 110, 274 [293]). Zwar bleibt er auch hier an den Gleichheitssatz gebunden. Das bedeutet aber nur, dass er seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten, also nicht willkürlich verteilen darf. Sachbezogene Gesichtspunkte stehen ihm in weitem Umfang zu Gebote, solange die Regelung sich nicht auf eine der Lebenserfahrung geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebenssachverhalte stützt, insbesondere der Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist (vgl. BVerfGE 17, 210 [216] unter Bezugnahme auf BVerfGE 12, 354 [367 f.]; 110, 274 [293]).

Außerdem muss der Lenkungszweck von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen (vgl. BVerfGE 93, 121 [147 f.]; 99, 280 [296]; 105, 73

[112]; 110, 274 [293]) und seinerseits wiederum gleichheitsgerecht ausgestaltet sein (vgl. BVerfGE 93, 121 [148]; 110, 274 [293]). Die Begünstigungswirkung muss den Begünstigungsadressaten daher möglichst gleichmäßig zugute kommen. Sie darf nicht von Zufälligkeiten abhängen und deshalb willkürlich eintreten, sondern muss sich direkt von der Entlastungsentscheidung des Gesetzgebers ableiten lassen. Erforderlich ist schließlich auch ein Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung des Vergünstigungstatbestands (vgl. BVerfGE 105, 73 [113])."

Grundsätzlich kommen also sowohl vereinfachende Praktikabilitätsabwägungen als auch die Verfolgung bestimmter Lenkungsziele (unter den genannten Voraussetzungen) als eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigende Gründe in Betracht.

#### *II. Zwei Stufen der Steuerfestlegung*

Das BVerfG unterscheidet jedoch streng zwischen der Bewertung des zu versteuernden Erbschaftsvermögens (Bewertungsebene) einerseits und der anschließenden Festlegung der Steuerlast (Belastungsebene) andererseits. Die o.g. sachlichen Gründe will das Gericht lediglich auf der zweiten Ebene, also bei der Frage, wie hoch die Steuerlast für bestimmte Erbschaften sein solle, gelten lassen, nicht aber auf der ersten Ebene, also bei der Frage, wie hoch der Geldwert der Erbschaft zu bemessen sei. Als willkürfreie, einheitliche Bemessungsgrundlage für den Wert einer Erbschaft sieht das BVerfG dabei allein den gemeinen Wert (Verkehrswert) der Erbschaft an.

#### *I. Stufe: Bewertungsebene*

"Die gleichmäßige Belastung der Steuerpflichtigen hängt davon ab, dass für die einzelnen zu einer Erbschaft gehörenden wirtschaftlichen Einheiten und Wirtschaftsgüter Bemessungsgrundlagen gefunden werden, die deren Werte in ihrer Relation realitätsgerecht abbilden (vgl. BVerfGE 23, 242 [257]; 25, 216 [226]; 30, 129 [143 f.]; 41, 269 [280, 282 f.]; 93, 165 [172 f.]).

Eine diesem Gebot genügende Erbschafts- und Schenkungsbesteuerung ist wegen der beschriebenen Belastungsentscheidung des Gesetzgebers nur dann gewährleistet, wenn sich das Gesetz auf der Bewertungsebene am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel orientiert. Denn die durch den Vermögenszuwachs beim Erwerber entstandene finanzielle Leistungsfähigkeit besteht darin, dass er aufgrund des Vermögenstransfers über Geld oder Wirtschaftsgüter mit einem Geldwert verfügt. Letzterer kann durch den Verkauf des Wirtschaftsguts realisiert werden. Die durch den Erwerb eines nicht in Geld bestehenden Wirtschaftsguts vermittelte finanzielle Leistungsfähigkeit wird daher durch den bei einer Veräußerung unter objektivierten Bedingungen erzielbaren Preis, mithin



durch den gemeinen Wert im Sinne des § 9 Abs. 2 BewG, bemessen. Nur dieser bildet den durch den Substanzerwerb vermittelten Zuwachs an Leistungsfähigkeit zutreffend ab und ermöglicht eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung der Belastungsentscheidung.

Selbst bei Wirtschaftsgütern, deren Wert typischerweise durch ihren regelmäßig anfallenden Ertrag realisiert wird, ist nicht notwendig der Ertragswert der einzig "wahre" Wert zur Bestimmung des Vermögenszuwachses, weil auch bei ihnen die Realisierung des Verkehrswerts durch Veräußerung nicht ausgeschlossen ist. Daher bedarf es in dem generell am Substanzzugewinn orientierten System der Erbschaft- und Schenkungsteuer auch bei solchen Wirtschaftsgütern zur Vergewisserung einer belastungsgleichen Besteuerung des Rückgriffs auf den Verkehrswert, auch wenn dieser anhand einer Ermittlungsmethode gewonnen werden mag, die wesentlich durch die Summe in einer bestimmten Zeiteinheit zu erwartender Erträge aus dem Wirtschaftsgut bestimmt wird. In grundsätzlicher Übereinstimmung hiermit hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Beschluss zur Einheitsbewertung von Grundbesitz für die Erbschaftsteuer aus dem Jahre 1976 ausgeführt, dass die Erbschaftsteuer eine auf die Substanz und nicht auf den Ertrag der zugewendeten Bereicherung gelegte Steuer ist, weshalb es weniger nahe liege, den Grundbesitz mit Ertragswerten zu bewerten (vgl. BVerfGE 41, 269 [281])."

## 2. Stufe: Belastungsebene

"Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung kann der Gesetzgeber auf den solcher Art zutreffend ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und Lenkungszwecke, etwa in Form steuerlicher Verschonungsnormen, zielgenau und normenklar ausgestalten. Stellt der Gesetzgeber dagegen schon bei der Bewertung als der notwendigen Verdeutlichung der nicht als Geldbetrag vorliegenden Gegenstände in einem Geldwert auf andere Bewertungsmaßstäbe ab, so löst er sich von seiner Belastungsgrundentscheidung und legt damit strukturell Brüche und Wertungswidersprüche des gesamten Regelungssystems an. Es ist nicht erkennbar, dass diese notwendigerweise mit dem Gleichheitssatz kollidierenden Verwerfungen auf der Bewertungsebene in den weiteren Schritten zur Festlegung der Steuerbelastung korrigiert werden könnten. Sowohl Verschonungsregelungen wie beispielsweise Bewertungsabschläge oder Freibeträge auf der zweiten Ebene der Ermittlung der Bemessungsgrundlage als auch Regulierungen über den Steuersatz bauen auf der Bewertungsebene auf und schreiben einen dort angelegten Verstoß gegen das Erfordernis, die Werte in ihrer Relation realitätsgerecht zu ermitteln, fort.

Zur Verfolgung außerfiskalischer Förderungs- und Lenkungsziele im Erbschaftsteuerrecht ist die Bewer-

tungsebene daher aus verfassungsrechtlichen Gründen bereits vom Ansatz her ungeeignet. Ein regulierendes Eingreifen des Gesetzgebers mittels Differenzierungen beim Bewertungsmaßstab für bestimmte Vermögensgegenstände scheidet als gleichheitswidrig aus. Denn es ist nicht mit dem Erfordernis der gleichheitsgerechten Ausgestaltung des Lenkungszwecks (vgl. BVerfGE 93, 121 [140]; 110, 274 [293]) vereinbar. Der Versuch einer Lenkung auf der Bewertungsebene führt zu uneinheitlich vom gemeinen Wert abweichenden Bewertungsergebnissen und damit dazu, dass schon beim ersten Schritt der Ermittlung der Steuerbelastung darauf verzichtet wird, die Begünstigungswirkung den Begünstigungsadressaten möglichst gleichmäßig zugute kommen zu lassen. Dadurch werden zufällig und willkürlich eintretende Entlastungen bereits strukturell angelegt."

## III. Subsumtion

### 1. Grundsatz

Das BVerfG erkennt zunächst an, dass der Gesetzgeber sich grundsätzlich auf den gemeinen Wert (Verkehrswert) als einheitliche Bemessungsgrenze festgelegt hat:

"Die Grundkonzeption des geltenden Erbschaftsteuerrechts entspricht diesen Vorgaben insoweit, als § 12 Abs. 1 ErbStG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 BewG den gemeinen Wert als den Regel-Bewertungsmaßstab vorgibt und sich der Gesetzgeber mit Ausnahme der Bewertung des Betriebsteils land- und forstwirtschaftlicher Betriebe, für die durch § 142 BewG der Ertragswert als Bewertungsmaßstab bestimmt ist, trotz verschiedener Wertermittlungsmethoden durchgehend am gemeinen Wert orientiert und diesen selbst als obersten Wertmaßstab angesehen hat (vgl. BRDrucks 390/96, S. 62)."

### 2. Ausnahmen

Es gibt jedoch von diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen, die das Gericht nach den o.g. Vorgaben für sachlich nicht gerechtfertigt hält. Zu dem hier relevanten Bereich der Wertbemessung von bebauten Grundstücken, die vielfach eben nicht nach dem gemeinen Wert (Verkehrswert), sondern nach dem 12,5-fachen Wert der Jahresmiete bemessen werden, führt das Gericht aus:

"Wie das vorliegende Gericht zutreffend ausführt, gibt es für Grundvermögen keinen absoluten und sicher realisierbaren Marktwert, sondern allenfalls ein Marktwertniveau, auf dem sich mit mehr oder weniger großen Abweichungen vertretbare Verkehrswerte bilden. Dabei wird von einer Streubreite von plus/minus 20 % der Verkaufspreise für ein und dasselbe Objekt ausgegangen, innerhalb derer ein festgestellter Verkehrswert als noch vertretbar angesehen wird (vgl. Seer, StuW 1997, S. 283 [289]; Moench, Erbschaft- und Schen-

kungsteuer, a.a.O., § 12 Abschnitt I Rn. 6; Wolf, DStR 1997, S. 349 [354]; Jakob, Möglichkeiten einer Vereinfachung der Bewertung des Grundbesitzes, 1992, S. 126; Gürsching/Stenger, Bewertungsrecht, Stand April 2006, § 146 BewG Rn. 52; Loritz, DStR 1995, Beihefter zu Heft 8, S. 3). Der nach den erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorschriften ermittelte Grundbesitzwert kann deshalb nur daraufhin überprüft werden, ob er sich noch innerhalb des Korridors vertretbarer Verkehrswerte bewegt oder außerhalb dieses Bereichs liegt. Allerdings ist immer, wenn ein Verkauf erfolgt ist, der dann "punktgenaue" Vergleich zwischen dem tatsächlichen Verkaufspreis als vertretbarem Verkehrswert und dem Steuerwert des Grundstücks möglich. Den vom vorlegenden Gericht und von der Literatur zitierten Untersuchungen liegen im Wesentlichen solche Vergleiche zugrunde.

Bei bebauten Grundstücken wird durch das in § 146 Abs. 2 Satz 1 BewG angeordnete vereinfachte Ertragswertverfahren mit einem starren Einheitsvervielfältiger von 12,5 eine Bewertung mit dem in diesem Sinne verstandenen gemeinen Wert regelmäßig verfehlt. Mit hin genügt die Ermittlung der Bemessungsgrundlage auch hier bereits auf der Bewertungsebene nicht den Anforderungen des Gleichheitssatzes. [...]

Dieser gravierende Mangel bei der Annäherung an den gemeinen Wert ist schließlich auch nicht als Folge einer zulässigen Typisierung verfassungsrechtlich hinnehmbar (a.A. Vorwold, BB 1999, S. 1300 [1302 f.]). Die Verkehrswertermittlung von Grundstücken kann zwar von vornherein nur Annäherungswerte an den ohnehin nicht exakt zu bestimmenden gemeinen Wert

erreichen. Der Gesetzgeber zielte jedoch zum einen mit der vereinfachten Ertragswertmethode nur auf 50 % des gemeinen Werts ab. Zum anderen wird auch dieses Bewertungsziel in einer so großen Zahl der Fälle verfehlt, dass die Vorteile der Typisierung nicht mehr überwiegen. Die § 146 BewG zugrunde liegende Annahme, es gebe ein typisches bebauten Grundstück (mit geringen Abweichungen beim Alter des Gebäudes und bei Ein- und Zweifamilienhäusern), widerspricht den vielfältigen Gegebenheiten des Immobilienmarktes in Bezug auf die Arten von Grundstücken, ihre Lage, ihren Zustand und die Restnutzungsdauer der aufstehenden Gebäude. Der Gesetzgeber hat sich daher nicht am typischen Lebenssachverhalt orientiert."

#### *D. Ergebnis*

Das BVerfG wird die bestehende Regelung zur Erbschaftssteuer für verfassungswidrig erklären, weil sie an Steuerwerte anknüpft, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen (im Fall: Grundvermögen) den Anforderungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügt.

*[Anm.: Auch für die übrigen Bereiche, in denen gegenwärtig nicht der Verkehrswert, sondern andere Werte zur Bemessung des Wertes der Erbschaft herangezogen werden (Betriebsvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichen Betrieben) hat das BVerfG einen Verstoß gegen Art. 3 I GG festgestellt. Sämtliche Regelungen sollen aber für eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2008 in Kraft bleiben.]*

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Nutzungersatz

BGH, URTEIL VOM 26.11.2006

XI ZR 156/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung mit der Frage des Anspruchs auf Nutzungersatz des Sicherungsnehmers in dem Fall, in dem diesem kein eigenes Recht zur Nutzung nach dem Sicherungsvertrag zusteht. Der H erwarb unter Eigentumsvorbehalt eine Bowlingbahn und baute diese in eine von ihm angemietete Bowlinghalle fest ein. Allerdings benötigte er zur Finanzierung des Kaufpreises ein Darlehen, welches er bei der S aufnahm. Die S verlangte als Sicherheit die Übereignung der fraglichen Bahn. Die Modalitäten der Übereignung regelten die Parteien in einem Sicherungsvertrag. Dieser sah vor, dass die Sicherungsnehmerin S im Verwertungsfall die Bahn aus dem Mietobjekt entfernen könne, um sie dann zu versteigern. Weitergehende Nutzungsrechte wurden der S nicht eingeräumt. Danach kam es zur vollständigen Begleichung des Kaufpreises. Der H verkalkulierte

sich und konnte die laufenden Kosten bald nicht mehr decken. Der Vermieter kündigte ihm wirksam und machte sein Vermieterpfandrecht unter anderem an der Bahn geltend. Nachdem der H das Mietobjekt geräumt hatte, nutzte der neuerliche Mieter die Bowlingbahn, welche auch nach dem Auszug des H in der Halle verblieben war.

Die S begehrt nunmehr vom Vermieter den Ersatz dessen, was dieser durch das zur Verfügung stellen der Bahn von dem Mietnachfolger des H erhalten hat.

### **Prüfungsrelevanz:**

Das zentrale Problem dieses Falles war der Ersatz von gezogenen Nutzungen bzw. die Herausgabe des erzielten Erlöses. Dieser Sachverhalt eignet sich hervorragend als Klausur, da sämtliche Probleme des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung im Rahmen der Ansprüche aus EBV zur prüfen sind.

Ein Schwerpunkt des Falles lag bei der Frage des Nutzungersatzes im EBV. Dort lag das Hauptproblem in der Erörterung des Vorliegens einer Vindikationslage.

Problematisch war, wer Eigentümer der Bowlingbahn ist. Neben dem klassischen Problem der Bestimmtheit der dinglichen Einigung galt es bei der Verfügungsberechtigung mit der Kollision von aufschiebend bedingter Übereignung gem. §§ 929 S.1, 158 I BGB sowie der Sicherungsübereignung umzugehen. Dort war auf das Bestehen und die Übertragbarkeit eines Anwartschaftsrechts analog § 929 S. 1 BGB einzugehen. Schließlich galt es zu erkennen, dass sich das Erstarben des Anwartschaftsrechts bei Bedingungseintritt im Rahmen eines Direkterwerbs vollzieht. Im Ergebnis war der Eigentumserwerb zu bejahen. Daran anschließend war kurz zu überlegen, ob die Sicherungsnehmerin das Eigentum wieder verloren haben könnte. Zu denken war hier an die oft übersehenen Tatbestände des § 926 I, II BGB, welche im Ergebnis nicht zu bejahen waren. Weiterhin setzte sich der erkennende Senat mit der Frage auseinander, ob ein Besitzrecht des Vermieters gegenüber der Sicherungsnehmerin besteht. Naheliegend war zunächst die Prüfung eines Vermieterpfandrechts gem. § 562 BGB, dieses war mangels Eigentümerstellung des Mieters H an der Bahn abzulehnen. Danach prüfte der Senat ein Besitzrecht im Hinblick darauf, dass das mieterseits bestehende Wegnahmerecht an den eingebrachten Sachen verjährt sein könnte, gem. §§ 539 II, 548 II BGB. Dieses war vor dem Hintergrund abzulehnen, dass das Besitzrecht im Hinblick auf die Relativität der Schuldverhältnisse nur inter partes, d.h. zwischen dem Mieter und dem Vermieter seine Wirkung entfaltet, nicht jedoch gegenüber der Sicherungsnehmerin. Mithin war die Vindikationslage letztlich zu bejahen. Allerdings war ein Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen jedenfalls aus EBV nicht gegeben. Abgesehen vom Vorliegen der Vindikationslage zur Zeit der schädigenden Handlung fehlte es an den haftungsbegründenden Voraussetzungen der §§ 987 I, 988, 993 I BGB.

Der erkennende Senat befasst sich zudem ausführlich mit dem Ersatz der gezogenen Nutzungen im Rahmen des Bereicherungsrechts. Geprüft wurde im Schwerpunkt die Nichtleistungskondition, insb. die Eingriffskondition gem. § 812 I 1, 2. Fall BGB. Mit der Frage der Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts neben dem EBV befasst sich der BGH in der Originalentscheidung nicht. Im Gutachten würden diesbezüglich Ausführungen erwartet. Im Ergebnis wäre die Anwendbarkeit der Eingriffskondition bereits zu verneinen gewesen, da die §§ 987 - 993 BGB insoweit eine abschließende Regelung enthalten (Palandt-Bassenge, Vor § 987 Rn 22). Seitens des BGH wurde erörtert, ob das Merkmal "in sonstiger Weise" zu bejahen war.

Der erkennende Senat befasste sich ausführlich mit der Frage, ob ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts der Sicherungsnehmerin vorlag. Rein gutachterlich wäre das Bereicherungsrecht wegen der Sperrwirkung des EBV nicht zu prüfen gewesen. Der An-

spruch wurde insoweit verneint. Dies deshalb, weil der Sicherungsvertrag keinerlei Nutzziehung der Sicherungsnehmerin vorsah, sondern lediglich ein Verwertungsrecht in Form der Versteigerung im Sicherheitsfall. Der BGH äußert sich hier ausführlich zu dem Wesen des Sicherungsvertrages. Daher sind auch die Ausführungen zum Bereicherungsrecht sehr lesenswert. Aus dem treuhänderischen Charakter der Sicherungsabrede ergebe sich die Befugnis zur Nutzziehung nicht. Andere Verwertungsarten als die Veräußerung, z.B. Nutzungsziehung, Verfall des Sicherungseigentums, würden von der Verwertungsbefugnis ohne besondere Vereinbarung nicht umfasst. Es wird insoweit weiterhin betont, dass das Sicherungseigentum kein volles, ungebundenes Eigentum sei. Es gewährleiste dem Sicherungsnehmer für den Fall der Nichterfüllung seiner Forderung die Befriedigung aus dem Sicherungsgut, belasse den sicherungsübereigneten Gegenstand aber regelmäßig zunächst dem Sicherungsgeber zur Nutzung, um den Fortgang des Betriebes zu ermöglichen. Dieser Zweck des Sicherungseigentums ändere sich nicht zwangsläufig mit dem Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen für die Verwertung durch den Sicherungsnehmer. Dieser sei weder verpflichtet, mit der Verwertung sofort zu beginnen, noch berechtigt, in anderer als der vereinbarten Weise in den Geschäftsbetrieb des Sicherungsgebers einzugreifen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Nutzungersatz im EBV: *Ebenroth/Zeppernick*, JuS 1999, 209; *Kindl*, JA 1996, 115
- Zum EBV allgemein: *Roth*, JuS 2003, 937
- Zum Verhältnis des EBV zum Bereicherungsrecht: *Waltjen*, AcP 175, 109

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Der gestohlene PKW"
- Examenskurs* : "Der vielseitige Besitzer"

#### **Leitsatz:**

**Ein Sicherungseigentümer, dem nach der Sicherungsabrede mit dem Sicherungsgeber kein Nutzungsrecht zusteht, kann von einem Dritten die durch Vermietung des Sicherungsgutes gezogenen Nutzungen nicht gemäß § 812 I 1, 2. Fall BGB (Eingriffskondition) herausverlangen.**

#### **Sachverhalt (abgewandelt):**

H kaufte am 22.04.1997 eine Bowlingbahn unter Eigentumsvorbehalt von V. Diese ließ er bis September 1997 in von ihm gemietete Räume einbauen, da er dort eine Bowlinghalle eröffnen wollte. Der H konnte den Kaufpreis jedoch nicht aufbringen. Daher nahm er bei der Sparkasse S ein Darlehen auf. Diese gewährte ihm

das Darlehen nur gegen Übertragung des Sicherungseigentums an der Bowlingbahn nebst Zubehör, welche am 10.12.1997 dann auch erfolgte. Die Modalitäten der Sicherungsübereignung wurden vertraglich geregelt. Dem H wurde eingeräumt, die Bowlingbahn unentgeltlich nutzen zu dürfen. Im Verwertungsfall sollte die S das Recht zur Herausgabe der Bahn und zu deren Verwertung durch Versteigerung haben. Weitergehende Rechte der S sollten nicht bestehen. Die Bezahlung des Kaufpreises seitens des H erfolgte schließlich am 17.09.1998. In der Folgezeit wurde das von dem H angemietete Objekt an X veräußert. Am 25.01.1999 erhielt X das Eigentum an den Räumen, in die die Bowlingbahn fest eingebaut worden war. X führte das Mietverhältnis mit H fort. H konnte mit der Bowlinghalle die beabsichtigten Gewinne nicht erzielen. H kündigte daraufhin das Mietverhältnis wirksam sowie fristgemäß und räumte das Mietobjekt zum vereinbarten Termin. Die fest installierte Bahn verblieb in der Bowlinghalle, da sich der X insoweit auf sein Vermieterpfandrecht berief. Am 30.11.2001 vermietete X die Räume an die G. GmbH, die die Bowlingbahn weiter nutzte.

Die klagende Sparkasse S nimmt den X auf Entschädigung für die Nutzung der Bowlingbahn durch die G. GmbH in Anspruch und beruft sich auf ihr Sicherungseigentum. Erst zu diesem Zeitpunkt erfuhr der X von der Sicherungsübereignung an die Sparkasse S. Ist die zulässige Klage begründet?

### **Lösung:**

Die Klage ist begründet, soweit die Sparkasse S einen Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen gegen den X hat.

#### **A. §§ 687 II 1, 861 S. 2, 667 BGB**

S könnte einen Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen gegen den X gem. §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB hinsichtlich einer angemessenen Geschäftsführung haben.

#### **I. Geschäftsbesorgung**

Der X müsste ein Geschäft besorgt haben. Eine Geschäftsbesorgung ist jedes Tätigwerden für einen anderen tatsächlicher oder rechtlicher Art mit wirtschaftlichen Folgen, das sich nicht nur auf ein bloßes Geben beschränkt (BGHZ 38, 270, 275). Der X vermietete die Bowlinghalle an die G. GmbH. Damit wurde der X rechtsgeschäftlich tätig. Also hat er ein Geschäft geführt.

#### **II. Objektive Fremdheit des Geschäfts**

Zudem müsste im Fall der angemessenen Geschäftsführung ein objektiv fremdes Geschäft vorliegen (Palandt-Sprau, § 687 Rn 2). Ein objektiv fremdes Geschäft liegt dann vor, wenn es seiner Natur, seinem Inhalt oder seinem Erscheinungsbild nach in einen an-

deren Rechts- und Interessenkreis als den des Handelnden fällt (Palandt-Sprau, § 677 Rn 4). Fraglich ist daher, ob der X zur Vermietung der Bowlingbahn berechtigt war. Diese Frage kann dann offen bleiben, wenn ein weiteres Merkmal der angemessenen Geschäftsführung nicht vorliegt.

*[Anm.: Aus klausurtaktischen Erwägungen kann ausnahmsweise einmal das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals offen gelassen werden, wenn ein weiteres Merkmal offensichtlich nicht vorliegt und die Klausur bei vollständiger Subsumtion zu kopflastig würde.]*

Neben der objektiven Fremdheit des Geschäfts ist Voraussetzung, dass der Geschäftsführer vorsätzlich handeln muss. Dazu müsste er um die Fremdheit des Geschäfts und seine fehlende Berechtigung wissen, aber trotz dieses Bewusstseins das Geschäft nicht als fremdes, sondern eigennützig, d.h. in der Absicht führen, es als sein eigenes zu behandeln (BGH, NJW-RR 1989, 1255; Palandt-Sprau, § 687 Rn 2).

Anhaltspunkte dafür, dass der X seine fehlende Berechtigung kannte, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Vielmehr erfuhr der X erstmals bei Erhebung der Klage durch die S von der Sicherungsübereignung.

*[Anm.: Es könnte sich insoweit allenfalls um eine irrtümliche Geschäftsführung des X gem. § 687 I BGB handeln. Für die irrtümliche Geschäftsführung stellt § 687 I BGB klar, dass die §§ 677 - 683 BGB keine Anwendung finden. Die Ansprüche zwischen dem Eigen Geschäftsführer und dem "Geschäftsherrn", dem das Geschäft objektiv zuzurechnen ist, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen.]*

#### **B. §§ 990 I, 987 I BGB**

Fraglich ist, ob die S einen Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen gegen den X gem. §§ 990 I, 987 I BGB hat.

#### **I. Vindikationslage zur Zeit der Verletzungshandlung**

Zwischen dem X und der S müsste zur Zeit der Nutzung ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gem. §§ 985, 986 I BGB vorgelegen haben.

#### **1. Eigentum der Anspruchstellerin**

Die S müsste in diesem Zeitraum Eigentümerin gewesen sein.

#### **a. Übereignung des H an die S gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB**

Die S könnte das Eigentum an der Bowlingbahn durch Übereignung des H an sie unter dem 10.12.1997 gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB erlangt haben.

#### **aa. Wirksame Einigung**

H und S haben sich über den Eigentumsübergang am

10.12.1997 geeinigt. Fraglich ist jedoch, ob die Einigung auch wirksam ist. Dazu müsste sie dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

“Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind die übereigneten Sachen hinreichend bestimmt, wenn für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind (BGHZ 73, 253, 254; BGH, Urteile vom 13.01.1992 - II ZR 11/91, WM 1992, 398 und vom 03.07. 2000 - II ZR 314/98, WM 2000, 1704, 1705).”

In dem Vertrag vom 10.12.1997 werden als Gegenstand der Übereignung die in der bestimmten Bowlinghalle aufgestellten Bowlingbahnen mit Zubehör bezeichnet. Darin kommt hinreichend bestimmt zum Ausdruck, dass alle in der Bowlinghalle befindlichen Gegenstände übereignet werden sollen, die Bestandteil der Bowlingbahnen sind oder funktional zum Betrieb der Bahnen benötigt werden.

Folglich ist die Einigung auch wirksam.

#### *bb. Übergabesurrogat gem. § 930 BGB*

Das Besitzkonstitut gem. § 930 BGB ist ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis i.S.v. § 868 BGB. Dieses setzt ein konkretes Rechtsverhältnis, einen daraus folgenden Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegenüber dem Besitzmittler sowie Fremdbesitzerwille des Besitzmittlers voraus.

##### *(1.) Konkretes Rechtsverhältnis*

S und H müssten ein konkretes Rechtsverhältnis geschlossen haben. Als solches Rechtsverhältnis reicht eine Sicherungsabrede aus, wenn sich aus dieser Abrede ergibt, dass der Sicherungsgeber so lange besitzen darf, bis der Sicherungsnehmer die Sache zur Befriedigung seiner Forderung herausverlangt. Darüber hinaus muss kein Leihvertrag bzw. Verwahrungsvertrag abgeschlossen werden (Palandt-Bassenge, § 930 Rn 15).

S und H haben laut Sachverhalt eine Sicherungsabrede getroffen. Dem H wird die Bowlingbahn unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Damit liegt ein Leihvertrag gem. § 598 BGB vor. Also liegt ein konkretes Rechtsverhältnis vor.

##### *(2.) Herausgabeanspruch der S*

S müsste aus der Sicherungsabrede einen Herausgabeanspruch gegen den H haben. Dieser folgt hier aus § 604 I, IV BGB.

##### *(3.) Fremdbesitzerwille des H*

H müsste Fremdbesitzerwille besessen haben. Dazu müsste der unmittelbare Besitzer die Sache für einen anderen besitzen (Gegenbegriff zum Eigenbesitzerwille gem. § 872 BGB). Ein Fremdbesitzerwille wird vermutet, wenn sich nicht ausdrücklich aus dem Sachverhalt andere Anknüpfungspunkte ergeben. Hier ist

von einem solchen Willen auszugehen. Mithin liegen alle Voraussetzungen für ein Besitzmittlungsverhältnis gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB vor.

*[Anm.: Der Prüfungspunkt “Einigsein” im Zeitpunkt des Übergabesurrogats” braucht hier nicht geprüft zu werden, da Einigung und Besitzkonstitut zeitgleich erfolgt sind.]*

#### *cc. Verfügungsberechtigung*

Der H müsste jedoch zur Zeit der Übereignung an die S Verfügungsbefugter gewesen sein. Dazu müsste der H Verfügungsbefugter Eigentümer oder rechtsgeschäftlich bzw. gesetzlich Verfügungsbefugter gewesen sein.

Zur Zeit der Verfügung an die S war der H noch nicht Eigentümer der Bahn, da er diese unter Eigentumsvorbehalt erworben hatte. Gem. § 449 I BGB erfolgte die Übereignung aufschiebend bedingt mit der vollständigen Kaufpreiszahlung gem. §§ 929 S. 1, 158 I BGB. Hier wurde der Kaufpreis erst nach der dinglichen Einigung zwischen H und S, d.h. am 17.09.1998, entrichtet. Daher war die Bedingung zur Zeit der dinglichen Einigung noch nicht eingetreten. Des Weiteren ist weder eine rechtsgeschäftliche, noch eine gesetzliche Verfügungsbefugnis ersichtlich. Folglich war der H nicht Verfügungsbefugter.

#### *dd. Gutgläubenserwerb gem. §§ 930, 933 BGB*

Fraglich ist, ob die S das Eigentum an der Bowlingbahn gutgläubig erworben hat, §§ 930, 933 BGB.

##### *(1.) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts*

Es müsste ein Rechtsgeschäft i.S. eines Verkehrsgeschäfts vorliegen. Dazu müsste ein rechtsgeschäftlicher Dritterwerb gegeben sein. Hier liegt ein rechtsgeschäftlicher Erwerbstatbestand vor. Auch liegt weder eine Personenidentität auf Veräußerer- und Erwerberseite noch eine Identität der Vermögensmassen vor. Also liegt ein Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts vor.

##### *(2.) Rechtsschein der Berechtigung*

Der Rechtsscheinstatbestand müsste vorliegen. Dazu müssten die Voraussetzungen des § 933 BGB gegeben sein. Der Sicherungsnehmer müsste den unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt haben. Genau dies ist hier nicht der Fall.

Also scheidet ein Eigentumserwerb gem. §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB vor.

#### *b. Eigentumserwerb der S durch Erstarkung des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht am 17.09.1998*

Die S könnte am 17.09.1998 dadurch Eigentümer geworden sein, dass der H den Kaufpreis komplett entrichtete. Hierdurch könnte die noch am 10.12.1997 zunächst unwirksame Einigung wirksam geworden

sein. In einer unwirksamen Eigentumsübertragung könnte nämlich im Wege der Umdeutung gem. § 140 BGB analog die Übertragung eines für H bestehendes Anwartschaftsrechts gesehen werden, welches durch den Bedingungseintritt unmittelbar bei S zum Vollrecht, also Eigentum erstarkt sein könnte.

*aa. Bestehen eines Anwartschaftsrechts*

Zunächst müsste zugunsten des H ein Anwartschaftsrecht bestanden haben.

*(1.) Erwerb des Anwartschaftsrechts seitens des H*

Ein Anwartschaftsrecht könnte durch bedingte Eigentumsübertragung vom Verkäufer der Bahn an den H analog § 939 S. 2, 158 I BGB erfolgt sein. Ein Anwartschaftsrecht liegt dann vor, wenn von einem mehraktigen Erwerbstatbestand bereits so viele Voraussetzungen vorliegen, dass der Erwerb nicht mehr einseitig vom Veräußerer zunichte gemacht werden kann. Dem H wurde die Bahn am 22.04.1997 aufschiebend bedingt übereignet, §§ 929 S. 1, 158 I BGB. Aus §§ 161, 162 BGB ergibt sich, dass ein Vorbehaltsveräußerer den Bedingungseintritt nicht mehr einseitig zerstören kann. Also stand dem H ein Anwartschaftsrecht zu.

*(2.) Verlust des Anwartschaftsrechts durch Einbau der Bowlingbahn die Bowlinghalle*

Fraglich ist, ob der H das Anwartschaftsrecht durch den Einbau der Bahn in die Halle verloren hat. Die Halle stand im Eigentum des Vermieters des H. Die Bahn könnte wesentlicher Bestandteil der Halle gem. § 94 II BGB. Wesentliche Bestandteile können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, § 93 BGB. Das Anwartschaftsrecht könnte durch Einbau gem. § 946 BGB erloschen sein.

Dazu müsste die Bahn ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sein, § 94 II BGB. Wesentliche Bestandteile liegen dann vor, wenn sie nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, § 93, 1. Hs BGB. Hier ist jedoch zu beachten, dass es sich um einen Einbau in ein Mietobjekt handelt. Gem. § 95 II BGB sind solche Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingebracht wurden, keine wesentlichen Bestandteile. Bauen Mieter Sachen in das Mietobjekt ein, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Sachen nur für die Dauer des Mietverhältnisses eingebracht werden sollen (Palandt-Heinrichs, § 95 Rn 3). Hier sind keine diese Zweifel widerlegenden Umstände ersichtlich. Mithin war die Bahn nur für die Dauer der Mietzeit eingebracht. Also ist ein wesentlicher Bestandteil i.S.v. § 94 II BGB nicht gegeben. Daher hat der H das Anwartschaftsrecht nicht verloren.

*bb. Übertragung des Anwartschaftsrechts am 10.12.97*

Weiterhin müsste der H das ihm zustehende Anwart-

schaftsrecht an die S übertragen haben. H und S haben sich jedoch auf den Übergang des Eigentums geeinigt. Die Einigung über die Übertragung des Eigentums könnte jedoch umgedeutet werden analog 140 BGB. Wenn schon der verfügende Vorbehaltskäufer grundsätzlich durch Übertragung des ihm aus §§ 929, 158 I BGB zustehenden Anwartschaftsrechts als Berechtigter über die Sachen verfügen kann (BGHZ 20, 88, 91/95).

Fraglich ist nur, ob eine Einigung über die Übertragung des Anwartschaftsrechts zwischen H und S vorlag. Anzunehmen ist, dass die Parteien den Willen hatten, zumindest ein ähnliches Ergebnis als den Übergang des Eigentums zu erzielen. Da das Anwartschaftsrecht als wesensgleiches Minus zum Vollrecht denselben Regeln wie das Vollrecht und genießt einem dem Eigentum vergleichbaren dinglichen Schutz. Mithin ist die Einigung zwischen S und H analog § 140 BGB umzudeuten in eine Einigung über die Übertragung des Anwartschaftsrechts (Gedanke a maiore ad minus).

Daher hat die S am 10.12.1997 analog §§ 929 S. 1, 930 BGB ein Anwartschaftsrecht erworben.

*cc. Erstarkung des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht am 17.09.98*

Sofern die Bedingung eingetreten ist, könnte das Anwartschaftsrecht bei S ohne zuvorigen Durchgangserwerb des H zum Vollrecht Eigentum erstarkt sein. Die Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung trat am 17.09.1998 ein. Also ist das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarkt.

*dd. Direkterwerb der S*

Durch den Eintritt der Bedingung könnte das Eigentum unmittelbar auf die S übergegangen sein. S rückt durch den Erwerb des Anwartschaftsrechts am 10.12.1998 in die dingliche Rechtsstellung seines Veräußerers ein. Damit erstarkt das Anwartschaftsrecht bei S unmittelbar zum Vollrecht.

Mithin ist die S Eigentümerin geworden.

*c. Verlust des Eigentums der S*

Die S könnte das Eigentum wieder verloren haben. In Betracht kommt ein Verlust des Eigentums durch den Eigentumserwerb des X an der Halle am 25.09.1999 gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB. Fraglich ist, ob der X mit dem Eigentum der Halle auch das Eigentum an der Bowlingbahn erworben hat.

*aa. Eigentumsverlust gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB* Der S könnte das Eigentum gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB wieder verloren haben. Dazu müsste die Bahn jedoch wesentlicher Bestandteil des Gebäudes gewesen sein. Dies ist hier wie obig ausgeführt nicht der Fall. Also ist das Eigentum an der Bahn nicht direkt mit dem Ei-

gentum an der Halle übergegangen.

*bb. Eigentumsverlust gem. § 926 I 2 BGB*

Die S könnte das Eigentum gem. § 926 I 2 BGB deshalb verloren haben, weil sich die Übereignung eines Grundstücks im Zweifel auch auf das Zubehör erstreckt. Dazu müsste es sich bei der Bowlingbahn überhaupt um Zubehör i.d.S. handeln. Zubehör liegt gem. § 97 I 1 BGB dann vor, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, die ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt ist und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis steht. Die Bowlingbahn diene unzweideutig dem wirtschaftlichen Zweck der Bowlinghalle. Sie stand auch durch den Einbau in einem nahen räumlichen Verhältnis. Mithin handelt es sich um Zubehör gem. § 97 I BGB. Allerdings ist gem. § 926 I 1, letzter Hs. BGB nur dasjenige Zubehör erfasst, welches im Eigentum des Veräußerers steht. Hier war der ursprüngliche Vermieter der Halle nicht Eigentümer der Bahn. Mithin liegt ein Eigentumsverlust gem. § 926 I 2 BGB nicht vor.

*cc. Eigentumsverlust gem. § 926 II BGB*

Fraglich ist, ob der X das Eigentum gutgläubig erworben hat gem. § 926 II BGB i.V.m. §§ 929 S.1, 930, 933 BGB. Dazu müsste der Veräußerer Besitzer sein und der Erwerber die Voraussetzungen der §§ 932 ff BGB erfüllen.

Der Veräußerer, d.h. der ursprüngliche Vermieter müsste Besitzer, d.h. mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer, der Bowlingbahn sein. Der ursprüngliche Vermieter könnte mittelbarer Besitzer gem. § 868 BGB sein. Dazu müsste ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem H bestanden haben. Die Bowlingbahn war nur ein Scheinbestandteil der Wohnung gem. § 95 BGB. Der H besass die Bahn nicht für den Vermieter, sondern für den Vorbehaltsverkäufer. Also besteht an eingebrachten Sachen des Mieters weder mittelbarer noch unmittelbarer Besitz des Vermieters (Palandt-Bassenge, § 868 Rn 13). Also hat der X das Eigentum auch nicht gutgläubig gem. § 926 II BGB erworben. Folglich ist die S Eigentümerin der Bowlingbahn.

*2. Besitz des Anspruchgegners X*

Der X müsste zu dieser Zeit Besitzer der Bahn gewesen sein. Zwar gilt "gem. § 314 BGB a.F. (§ 311 c BGB), wonach sich die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache im Zweifel auch auf das Zubehör erstreckt, gilt für Mietverträge entsprechend (BGH, WM 2000, 539, 542). Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel, nach der die Bowlingbahn als Zubehör der vermieteten Räume vom Mietvertrag umfasst wird."

Also war der X aufgrund des Mietvertrages mit der G.

GmbH im Zweifel mittelbare Besitzerin der Bowlingbahn analog § 311 c BGB.

*3. Besitzrecht des Anspruchgegners gem. § 986 I 1, 1. Fall BGB*

Fraglich ist, ob X ein Besitzrecht gem. § 986 I 1, 1. Fall BGB hatte.

*a. Besitzrecht aus Vermieterpfandrecht, §§ 562 I, 578 I, II BGB*

Fraglich ist, ob der X ein Recht zum Besitz i.S.v. § 562 I BGB hat. Dazu ist zu beachten, dass es sich bei dem Vermieterpfandrecht gem. § 562 BGB um ein akzessorisches Sicherungsrecht handelt. Es müsste eine Forderung aus dem Mietvertrag gegeben sein. Dem Sachverhalt lässt sich lediglich entnehmen, dass der H nicht die erwarteten Gewinne erwirtschaftete. Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte dahingehend vor, dass dieser zur Zeit seiner Kündigung mit der Miete im Rückstand war. Auch sonstige Ansprüche des Vermieters X gegen den H sind nicht ersichtlich. Mithin ist bereits mangels einer Forderung des X ein Vermieterpfandrecht gem. § 562 I BGB nicht gegeben.

*b. Besitzrecht wegen Verjährung des Wegnahmerechts gem. §§ 539 II, 548 II BGB*

Ein Besitzrecht des X könnte sich daraus ergeben, dass ein dem H zustehendes Wegnahmerecht gem. § 539 II BGB nicht mehr geltend gemacht werden kann, da der Anspruch bereits verjährt ist, § 548 II BGB. Am 29.11.2001 räumte der H die Bowlinghalle gem. § 546 I BGB. Dem H stand bzgl. der Bahn ein Wegnahmerecht gem. § 539 II BGB zu. Nachdem der X Besitz an der Halle erlangt hatte, schuldete er dem H aus § 258 S. 2 BGB die Gestattung der Wegnahme. Dieser Anspruch verjährt sechs Monate nach Beendigung des Mietverhältnisses, § 548 II BGB. Also verjährten hier die Ansprüche am 29.05.2002, so dass der Vermieter X von diesem Zeitpunkt an zum Besitz gegenüber den ursprünglichen Mieter H berechtigt war (Relativität der Schuldverhältnisse).

"Das Berufungsgericht hat zwar ein Besitzrecht der Beklagten im Sinne des § 986 I 1 BGB aufgrund der Verjährung des Anspruchs des H. gegen die Beklagten auf Gestattung der Wegnahme der Bowlingbahn (§ 539 II, § 258 S. 2, § 548 II 2 BGB) rechtsfehlerfrei verneint. Mit Eintritt der Verjährung ist ein dauerndes Recht der Beklagten zum Besitz der Bowlingbahn nur gegenüber H entstanden (vgl. BGHZ 81, 146, 151). Die in § 986 I 1 BGB geforderte Besitzberechtigung gegenüber der Kl. (Anm.: S) als Eigentümerin folgt daraus nicht."

Also liegt ein Besitzrecht gegenüber der S nicht vor.

*c. Besitzrecht wegen Verjährung des Wegnahmerechts analog §§ 539 II, 548 II BGB*

Fraglich ist, ob der X ein Besitzrecht in analoger An-

wendung der §§ 929 ff. BGB erworben hat. Dazu müsste ein Recht zum Besitz gutgläubig erworben werden können. Dies erscheint bereits fraglich, da das Recht zum Besitz kein dingliches Recht ist sondern ein obligatorisches Recht, welche den dinglichen Erwerbstatbeständen unterfällt. Die Frage kann jedoch offen bleiben, wenn ein Merkmal des gutgläubigen Erwerbs ohnehin nicht vorliegt.

Es müsste ein Rechtsgeschäft i.S. eines Verkehrsgeschäfts gegeben sein. Dazu müsste also ein rechtsgeschäftlicher Erwerbstatbestand vorliegen. Gerade dies ist hier nicht der Fall. Das Besitzrecht gem. §§ 539 II, 548 II BGB entsteht von Gesetzes wegen. Damit ist ein gutgläubiger Erwerb in jedem Fall zu verneinen.

Damit liegt ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zur Zeit der Verletzungshandlung vor.

## II. Nutzungen

Fraglich ist, ob die von X erzielten Mieten für die Bowlingbahn Nutzungen i.d.S. sind. Gem. § 100 BGB sind Nutzungen Früchte einer Sache sowie die gezogenen Gebrauchsvorteile. Zwar handelt es sich bei der Miete um keinen unmittelbaren Gebrauchsvorteil, da die Miete kein Vorteil ist, den der Gebrauch an der Sache gewährt. Jedoch handelt es sich insoweit um mittelbare Rechtsfrüchte gem. § 99 III BGB. Bei der Miete handelt es sich um mittelbare Gebrauchsvorteile, die wegen eines Rechtsverhältnisses, d.h. des Mietvertrages, gewährt werden. Also liegen Nutzungen gem. § 100 BGB vor.

## III. Bösgläubigkeit des Anspruchgegners, § 990 I 1, 2 BGB

Der X müsste bösgläubig gewesen sein gem. § 990 I 1, 2 BGB. Dazu müsste er entweder bei Erlangung des Besitzes hinsichtlich des Besitzrechts nicht in gutem Glauben oder nach Erlangung des Besitzes positive Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht erlangt haben.

Der X hatte jedoch keine Kenntnis davon, dass der damalige Mieter H nicht Eigentümer der Bowlingbahn war. Anhaltspunkte für eine grob fahrlässige Unkenntnis liegen gleichfalls nicht vor. Es liegen daher weder Anhaltspunkte für eine Bösgläubigkeit bei Besitzerwerb, noch für eine nachträgliche Bösgläubigkeit vor.

Also ist der Tatbestand des § 987 I, 990 I 1, 2 BGB nicht gegeben.

*[Anm.: Ein Anspruch aus §§ 988, 818 I, II BGB besteht ebenfalls nicht. Der X hat den Besitz an der Bowlingbahn nicht unentgeltlich erlangt, sondern im Rahmen der Räumung des Mietobjektes durch H, § 546 I BGB. Es mangelt daher an einem nicht zu einer Gegenleistung verpflichtenden Rechtsgeschäft.]*

*[Anm.: Auch ein Anspruch auf Nutzungersatz gem. §§*

*993 I, 1. Hs, 818 I BGB scheidet aus. Bei den gezogenen Nutzungen handelt es sich nicht um sog. Übermaßfrüchte. Dazu müssten die Nutzungen auf Kosten der Sachsubstanz gezogen werden. Dies ist hier nicht ersichtlich. Vielmehr werden die Mieten für die Nutzung der Bowlingbahn durch eine ordnungsgemäße Wirtschaft erlangt.]*

## C. § 1214 II BGB

Fraglich ist, ob ein Anspruch der S gegen den X gem. § 1214 II BGB besteht. “§ 1214 II BGB kommt als Grundlage für einen eigenen Anspruch der Kl. (Hier: S) ebenfalls nicht in Betracht. Hiernach hat ein Pfandgläubiger, der vertraglich berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen, diese dem Pfandschuldner gutzubringen. Die Vorschrift ist auf Pfandgläubiger, die Nutzungen ohne vertragliche Ermächtigung ziehen, entsprechend anwendbar. Auch diese haben die Nutzungen dem Pfandschuldner, dessen Geschäft die Nutzung des Pfandes war, gutzubringen (RGZ 105, 408, 409; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 585; PWW/Nobbe, BGB § 1214 Rdn. 2). Inhaberin eines Anspruchs auf Herausgabe gezogener Nutzungen wäre danach nicht die Kl. (Hier : S), sondern H als Schuldner und Sicherungsgeber.

## D. § 816 I 1 BGB

“Ein Anspruch der Klägerin gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet schon deshalb aus, weil die Vermietung einer Sache keine Verfügung über das Eigentum an der Sache ist. [...] Eine entsprechende Anwendung scheidet daran, dass der Mietzins keinen Gegenwert darstellt, den der Bekl. [hier: X] anstelle der Kl. [hier: S] erzielt hat (BGHZ 131, 297, 305). Die Kl. hatte kein Recht, die Bowlingbahn durch eine Vermietung zu nutzen.”

Mithin ist ein Anspruch gem. § 816 I 1 BGB weder in direkter noch analoger Anwendung gegeben.

## E. § 812 I 1, 2. Fall BGB

Die S könnte einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen bzw. Wertersatz gem. §§ 812 I 1, 2. Fall, 818 I, II BGB haben.

Dazu müsste die Eingriffskondition neben dem EBV überhaupt Anwendung finden. Vorliegend ist die Sperrwirkung des EBV zu beachten. Das EBV sieht Ansprüche für das Rechtsverhältnis des Eigentümers zum Besitzer bezüglich der Herausgabe von Nutzungen gem. §§ 987, 988, 933 BGB vor. Damit sind diese Vorschriften jedenfalls gegenüber einem gutgläubigen Besitzer abschließend. Dies lässt sich zum einen mit dem Wortlaut des § 993 BGB a.E begründen. Ferner würde sonst die zentrale Wertung des EBV, dass der gutgläubige unverklagte Besitzer grundsätzlich keine Nutzungsherausgabe schuldet, unterlaufen. Also ist der Rückgriff auf das Bereicherungsrecht gesperrt. Ein Anspruch besteht insoweit nicht.



[Anm.: In der Originalentscheidung war mangels abschließender Sachverhaltsaufklärung durch die Vorinstanzen für den BGH nicht klar, ob ein EBV vorlag oder nicht. Dessen Nichtvorliegen unterstellt, gäbe es auch keine Sperrwirkung des EBV gegenüber dem Bereicherungsrecht. Der BGH ist aber selbst dann der Auffassung, dass ein Anspruch aus § 812 I 1, 2. Fall BGB nicht besteht, weil kein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts vorliegt, wie er vorsorglich ausführt:

“Daran fehlt es hier, weil der Kl. als Sicherungseigentümerin auch nach Eintritt der Verwertungsreife kein Recht auf Inanspruchnahme der aus der Bowlingbahn gezogenen Nutzungen zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.1979 - VIII ZR 298/78, WM 1979, 1326). Art und Umfang des Verwertungsrechts des Sicherungsnehmers richten sich in erster Linie nach den der Sicherungsübereignung zugrunde liegenden Vereinbarungen. Der Sicherungsübereignungsvertrag vom 10.12.1997 räumt der Kl. kein Recht auf die Nutzungen ein. Nach Nr. 8.3 kann die Kl. die sicherungsübereignete Sache zwar mit Eintritt des Verwertungsrechts herausverlangen und freihändig, auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder durch öffentliche Versteigerung, verwerten. Ein Recht, die Sache zu nutzen oder bereits gezogene Nutzungen herauszuverlangen, sieht der Vertrag aber nicht vor. Dieses Recht ergibt sich auch nicht aus dem Wesen einer treuhänderischen Sicherungsabrede. Andere Verwertungsarten als die Veräußerung, z.B. Nutzungsziehung, Verfall

des Sicherungseigentums oder Selbsteintritt des Sicherungsnehmers, werden von der Verwertungsbefugnis ohne besondere Vereinbarung nicht umfasst. Das Sicherungseigentum ist kein volles, ungebundenes Eigentum. Es gewährleistet dem Sicherungsnehmer für den Fall der Nichterfüllung seiner Forderung die Befriedigung aus dem Sicherungsgut, belässt den sicherungsübereigneten Gegenstand aber regelmäßig zunächst dem Sicherungsgeber zur Nutzung, um ihm die Fortführung seines Betriebes zu ermöglichen. Dieser Zweck des Sicherungseigentums ändert sich nicht zwangsläufig mit dem Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen für die Verwertung durch den Sicherungsnehmer. Dieser ist weder verpflichtet, mit der Verwertung sofort zu beginnen, noch berechtigt, in anderer als der vereinbarten Weise in den Geschäftsbetrieb des Sicherungsgebers einzugreifen (BGH, Urteil vom 24.10.1979 - VIII ZR 298/78, WM 1979, 1326, 1327). Deshalb gehört neben dem Veräußerungsrecht ein weiteres Recht, etwa das auf die gezogenen Nutzungen, nur dann zum Inhalt der Verwertungsbefugnis, wenn die Parteien der Sicherungsabrede dies vereinbart haben. Dies ist hier nicht geschehen. Das Recht zur Ziehung von Nutzungen stand deshalb bis zu einem berechtigten Herausgabeverlangen der Kl. H als Sicherungsgeber zu.”]

F. Ergebnis

Die Klage ist nach alledem unbegründet.

## Standort: § 263 StGB

## Problem: Vermögensschaden beim “Rabattbetrug”

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 25.10.2006  
2 Ss 475/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Angeklagte hatte sich bei einer Firma für Baumaterialien einen Rabatt für die von ihr gekauften Materialien erschlichen, indem sie den Eindruck erweckt hatte, den Einkauf im Auftrag einer Baufirma zu tätigen. Der so erlangte Rabatt wird grundsätzlich nur Baufirmen und ähnlichen Unternehmen gewährt, so dass die Angeklagte, die tatsächlich nicht für ein entsprechendes Unternehmen handelte, eigentlich nicht in den Genuss des Rabatts gekommen wäre. Das Amtsgericht Stuttgart-Bad Cannstadt verurteilte die Angeklagte wegen Betrugs (§ 263 StGB), das Landgericht Stuttgart bestätigte die Verurteilung in der Berufung. Auf die Revision der Angeklagten hob das OLG Stuttgart die Verurteilung jedoch auf und sprach die Angeklagte frei.

### Prüfungsrelevanz:

Der Betrug gehört sicherlich zu den für das Examen wichtigsten Delikten, nicht nur was die Häufigkeit sei-

nes Vorkommens in Examensaufgaben angeht, sondern auch bzgl. des Grades an Detailkenntnis, der von den Prüflingen erwartet wird. Das im vorliegenden Fall angesprochene Problem eines Vermögensschadens beim sog. “Rabattbetrug” lässt sich sehr schön in Fälle einbauen und ist deshalb immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben.

Eine Strafbarkeit wegen Betrugs setzt stets einen Vermögensschaden des Opfers voraus, der dann gegeben ist, wenn das Vermögen des Opfers nach der Tat geringer ist als davor, was im Wege einer “Gesamtsaldierung” sämtlicher Vermögenspositionen des Opfers zu ermitteln ist (BGHSt 16, 321; Joecks, § 263 Rn 70). Problematisch ist dieser Vermögensschaden, wenn der Täter durch die Angabe wahrheitswidriger Angaben, z.B. der Zugehörigkeit zu einem Großkunden, einen Rabatt erschleicht. Das heißt, der Täter muss für die gekauften Waren immer noch einen Preis zahlen, der über dem Einkaufspreis des Opfers aber unter dem üblichen Marktpreis liegt (sog. “Rabattbetrug”). Ein Vermögensschaden kann sich hier nur daraus ergeben, dass das Opfer für die verkauften Waren nicht den “üblichen” Gewinn erzielt, der beim normalen Markt-

preis entstanden wäre, sondern nur einen (in Folge der Rabattgewährung) "verminderten" Gewinn.

In diesen Fällen hatte die Rechtsprechung früher ohne Weiteres einen Vermögensschaden und damit eine Strafbarkeit gem. § 263 I StGB angenommen (vgl. RGSt 66, 337). Mittlerweile betont der BGH jedoch - in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur -, dass § 263 I StGB grundsätzlich nicht die Aussicht des Opfers auf die Erzielung einer Vermögensmehrung schützt (BGH, NStZ 1996, 191; NJW 2004, 2603; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 57; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 535). Etwas anderes gilt nur dann, wenn diese Erwerbssaussicht so konkret ist, dass sie bereits einen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzt. In diesem Fall ist sie nämlich nicht nur Teil des (von § 263 I StGB nicht geschützten) zukünftigen Vermögens des Opfers, sondern bereits des (§ 263 I StGB unterfallenden) gegenwärtigen Vermögens (BGH, NStZ 1991, 488; KG, StraFo 2004, 285; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 87; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 57). Deshalb kommt in den Fällen des Rabattbetruges ein Vermögensschaden nur dann in Betracht, wenn sich mit hinreichender Sicherheit nachweisen lässt, dass das Opfer ohne die Täuschung des Täters die Waren zu dem höheren (nicht rabattierten) Preis hätte absetzen können. Dieser Wertung folgt auch das OLG Stuttgart im vorliegenden Fall und verneint deshalb eine Strafbarkeit.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Vermögensschaden beim Erschleichen von Rabatten: BGH, NStZ 1991, 488; NJW 2004, 2603; KG, wistra 2005, 376; Kudlich, JuS 2005, 81;

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

#### **Leitsatz:**

#### **Zum Vermögensschaden beim Rabattbetrug**

#### **Sachverhalt:**

A kaufte am 28. Oktober 2006 bei der Firma F Baumaterialien zur Renovierung ihrer Wohnung. Obwohl sie die Baumaterialien bei Baumärkten möglicherweise zu einem günstigeren Preis hätte erwerben können, wandte sie sich an die F, da dort Baufirmen, Handwerker und ähnliche Firmen einen Rabatt auf den Kaufpreis erhalten. Bei der Bestellung und dem Kauf der gewünschten Baumaterialien erweckte die A gegenüber dem bei der F angestellten Verkäufer V bewusst wahrheitswidrig den Eindruck, dass sie die Waren namens und im Auftrag der Firma X erwerbe. Da es sich bei der X um eine Baufirma handelte, wurde ihr von V ein Rabatt beim Einkauf auf die regulären Verkaufspreise

von 26 % gewährt. Die von der A gekauften Baumaterialien hätten regulär 343,00 EUR gekostet, unter Abzug des gewährten Rabatts bezahlte die A indes nur 253,82 EUR (Differenz 89,18 EUR). Mitarbeiter der F bemerkten das Vorgehen der A und riefen deshalb die Polizei, die die A aufs Polizeirevier mitnahmen, ohne dass die Ware zuvor übergeben worden war.

Strafbarkeit der A?

#### **Lösung:**

*A. Strafbarkeit der A gem. § 263 I StGB gegenüber V und zum Nachteil der F dadurch, dass A den Eindruck erweckte, im Auftrag der Firma X zu handeln*

A könnte sich dadurch, dass sie gegenüber V den Eindruck erweckte, im Auftrag der Firma X zu handeln, wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber V und zum Nachteil der F strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

A müsste zunächst den Tatbestand des § 263 I StGB erfüllt haben.

#### *1. Täuschung über Tatsachen*

A müsste V über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (BGHSt 18, 237; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 493). Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Geschehnisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind (OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8).

A erweckte gegenüber V den Eindruck, dass sie im Auftrag der Firma X handle. Über eine entsprechende Beauftragung der A durch X kann Beweis erhoben werden, sodass es sich hierbei um eine Tatsache handelt. Da A tatsächlich nicht im Auftrag der X handelte, hat sie somit über Tatsachen getäuscht.

#### *2. Täuschungsbedingter Irrtum*

Durch die Täuschung müsste bei V ein entsprechender Irrtum entstanden sein.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (BGH, StV 1994, 82; Joecks, § 263 Rn 47).

V hatte infolge des Auftretens der A geglaubt, dass diese für die X handle. Nur deshalb hatte er ihr den Rabatt eingeräumt. V unterlag also einem täuschungsbedingten Irrtum.

#### *3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung*

V müsste in Folge des Irrtums eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cra-

mer/Perron, § 263 Rn 55).

#### a. Verfügungshandlung

V müsste also ein Verhalten vorgenommen haben, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkte. In Betracht kommt insofern insb. der Abschluss des Kaufvertrages mit A.

Durch den Abschluss eines Vertrages, der eine eigene Leistungspflicht begründet, entsteht eine Forderung, durch deren Existenz das Gesamtvermögen des Schuldners gemindert wird. Deswegen stellt der Abschluss eines nicht lediglich einen eigenen Anspruch begründenden Vertrages stets eine Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB dar (BGHSt 21, 112; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 41). Durch den abgeschlossenen Kaufvertrag entstand eine Pflicht gegenüber A, die verkauften Baumaterialien zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen (vgl. § 433 I 1 BGB). Somit stellt der vorliegende Vertragsschluss eine Vermögensminderung dar. V hat also eine Vermögensverfügung vorgenommen.

#### b. Näheverhältnis

Allerdings hat V den Kaufvertrag nicht im eigenen Namen abgeschlossen, sondern als Vertreter der F. Die o.g. Leistungspflicht trifft also nicht den V selbst, sondern die Vertretene, die F. Somit hat V nicht über sein eigenes Vermögen verfügt, sondern über das der F.

Verfügt der Getäuschte nicht über sein eigenes Vermögen, sondern über das eines Dritten, kommt ein sog. "Dreiecksbetrug" in Betracht. Die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Deliktsverwirklichung ergibt sich daraus, dass beim Betrug zwar der Getäuschte und der Verfügende identisch sein müssen, nicht jedoch der Verfügende und derjenige, über dessen Vermögen verfügt wird (BGHSt 18, 221; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 47). Um dem Charakter des Betruges als Selbstschädigungsdelikt in dieser Konstellation noch hinreichend Rechnung zu tragen, besteht Einigkeit darüber, dass ein Dreiecksbetrug stets eine besondere Beziehung (ein "Näheverhältnis") zwischen dem Verfügenden und dem Vermögensinhaber voraussetzt (BGHSt 18, 221, Joecks, § 263 Rn 56).

Wann ein solches Näheverhältnis besteht, ist im Detail umstritten (vgl. insofern die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 263 Rn 47 ff.). Unstreitig ist jedoch dann ein Näheverhältnis gegeben, wenn der Verfügende dazu befugt ist, über das fremde Vermögen zu verfügen (BGH, NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 48 f.). V war als Verkäufer bei F angestellt. In dieser Funktion besitzt er eine Vollmacht dahingehend, die F durch den Abschluss von Verträgen zu verpflichten und somit über das Vermögen der F zu verfügen. Eine Näheverhältnis zwischen V und F ist somit gegeben.

V hat die o.g. Vermögensverfügung auch auf Grund des Irrtums vorgenommen, sodass eine irrtumsbedingt

Vermögensverfügung vorliegt.

#### 4. Vermögensschaden

Bei der F müsste auch ein Vermögensschaden eingetreten sein.

Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn das Opfer nach der Verfügung weniger Vermögen besitzt als davor, was durch eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenswerte zu ermitteln ist (BGH, NStZ 1997, 32; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99).

Zum Vorliegen eines Vermögensschadens im vorliegenden Falle führt das OLG Stuttgart aus: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Rabattbetrug erleidet der Verkäufer, der auf Grund einer Täuschung einen Sonderrabatt einräumt, nicht ohne weiteres einen Schaden in Höhe des erschlichenen Rabatts. Da der Rabatt regelmäßig lediglich die Gewinnmarge aus dem Geschäft vermindert, bedingt die Rabattgewährung grundsätzlich nur eine reduzierte Vermögensmehrung. Die bloße Vereitelung einer Vermögensmehrung begründet aber keinen Betrug i.S.v. § 263 StGB. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn sich die unterlassene Vermögensmehrung nicht nur auf eine tatsächliche Erwerbs- oder Gewinnaussicht bezieht, sondern bereits so verdichtet ist, dass ihr der Geschäftsverkehr deswegen bereits wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt. Dann erstarkt nämlich die Geschäftschance selbst zum Vermögenswert, der durch eine Täuschungshandlung beeinträchtigt werden kann (BGH NJW 2004, 2604 mwN). Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, muss durch einen Vergleich der Vermögenslage vor und nach Abschluss des Vertrags bestimmt werden, wobei der Marktpreis des Gegenstands mit dem tatsächlich bezahlten Preis zu vergleichen ist. Der BGH hat darüber hinaus gefordert, dass die Ware mit Wahrscheinlichkeit zum höheren Preis anderweitig hätte verkauft werden können, und gleichzeitig schadensmindernd einen dadurch verursachten zusätzlichen Kostenaufwand berücksichtigt (BGH a.a.O.).

§ 263 StGB schützt nicht die Dispositionsfreiheit schlechthin vor beliebigen Täuschungen, sondern beschränkt sich auf die Fälle, in denen der Verfügende über den Wert der Gegenleistung getäuscht wird und daher irrtumsbedingt mehr aus dem Bestand seines Vermögens weggibt, als er zurückerhält (BGHSt 16, 220, 223 im Anschluss an RGSt 9, 362 f.). Die Entscheidung über die Gewährung eines Rabatts betrifft jedoch in der Regel nur eine Reduzierung der Gewinnspanne, die hierin liegende enttäuschte Äquivalenzerwartung stellt keinen Vermögensschaden dar (BGH NJW 1993, 2993). Die Motive, aus denen jemand einen Rabatt gewährt, sind ebenso wenig betrugsrelevant. Zumeist geht es darum, neue Käuferschichten zu erschließen oder bestehende Käuferschichten weiter an das eigene Unternehmen zu binden. Diesen bloßen

Hoffnungen auf weiteren Umsatz kommt kein wirtschaftlich fassbarer Wert i.S. eines quantifizierbaren Vermögensschadens zu.

Demnach kommt es entscheidend darauf an, unter welchen Umständen von einer bereits zum Vermögenswert erstarkten Chance auf einen Verkauf zum nicht rabattierten Preis gesprochen werden kann. In den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedenen Fällen handelte es sich um Mengenrabatte, die gegenüber Großkunden bei Sachgesamtheiten gewährt wurden (BGH NJW 2004, 2603 (Mercedes); BGH NSTZ 1991, 488 (Continental-Reifen); BGH MDR 1981, 100 (Arzneimittel)). Da sich für diese Fälle die anderweitige Absetzbarkeit nicht von selbst versteht, wurde eine Marktanalyse für erforderlich gehalten.

Ob beim Verkauf von Massenprodukten des täglichen Lebens an Endverbraucher und einem nur geringen Geschäftsumfang derartige Feststellungen ebenso getroffen werden müssen oder ob auf sie verzichtet werden kann - eine detaillierte Marktanalyse wäre hier ohnehin unpraktikabel -, braucht jedoch nicht entschieden zu werden, denn es kommt vorliegend nicht darauf an.

Hier gehen die Feststellungen des Landgerichts dahin, dass die Firma [F] die Waren - differenziert nach dem Kreis der Abnehmer - zu unterschiedlichen Preisen anbot. Einem Teil der Kundschaft wurde zu einem 'regulären' Preis verkauft, Baufirmen, Handwerker und ähnliche Firmen erhielten einen durch die Gewährung von Rabatt ermittelten niedrigeren Preis. Unter diesen Umständen kann nicht festgestellt werden, dass die Ware ohne weiteres zum höheren Preis hätte verkauft werden können und folglich der höhere Preis den mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Vermögenszuwachs beschreibt. Es fehlt mithin an einer unabhängig vom einzelnen Verkauf hinsichtlich der konkreten Ware feststellbaren Gewinnerwartung, die sich im Vermögen des Verkäufers in dieser Höhe als konkretisierter, bereits messbarer Vermögenswert darstellt. Deshalb kommt der Täuschung über die Abnahmeberechtigung als Großkunde und damit der Erschleichung des Rabatts vorliegend kein vermögensschädigender Charakter zu. Der Betrug ist kein bloßes Vergehen gegen die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern eine Vermögensstraftat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar (BGHSt 16, 221). [...]

Im Übrigen bleibt es den Unternehmen unbenommen, sich selbst durch entsprechende Kundensysteme vor Täuschungen zu schützen, was ohne unzumutbaren Aufwand möglich ist. Beispielsweise hätte die Firma die Gewährung eines Rabatts grundsätzlich an die

Vorlage einer Gewerbekarte oder einer Zulassung binden können. Entsprechende Maßnahmen haben viele größere Unternehmen im Wege von Kundenkarten u.ä. eingeführt. Hierbei zeigt sich wiederum, dass durch solche Rabattsysteme vor allem die Bindung von größeren Kundenkreisen angestrebt wird. Diese Praxis soll indes nur weitere Einnahmehancen eröffnen, denen für sich genommen noch kein Vermögenswert zukommt."

Ein Vermögensschaden ist somit nicht gegeben.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 263 I StGB.

*B. Strafbarkeit der A gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber V und zum Nachteil der F dadurch, dass A den Eindruck erweckte, im Auftrag der Firma X zu handeln*

A könnte sich jedoch dadurch, dass sie gegenüber V den Eindruck erweckte, im Auftrag der Firma X zu handeln, wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber V und zum Nachteil der F strafbar gemacht haben.

### I. Vorprüfung

Ein vollendeter Betrug ist nicht gegeben (s.o.). Die Strafbarkeit des versuchten Betruges ergibt sich aus § 263 II StGB.

### II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betruges gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn 3; Wessels/Beulke, AT, Rn 598).

A müsste sich also insb. vorgestellt haben, der F einen Vermögensschaden zuzufügen. Zwar wollte A - obwohl sie eigentlich nicht zum Kreis der insofern Begünstigten zählte - einen Rabatt für die von ihr gekauften Materialien durch die wahrheitswidrige Angabe, dass sie im Auftrag der Firma X handle, erschleichen. Dies würde jedoch bei der F keinen Vermögensschaden verursachen (s.o.), sodass A auch nicht mit Tatentschluss zur Herbeiführung eines Vermögensschadens handelte.

### III. Ergebnis

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

### C. Ergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.