

Öffentliches Recht

Standort: Art. 5 GG

Problem: Meinungsfreiheit contra Rechtsberatungsgesetz

BVERFG, BESCHLUSS VOM 20.02.2007
1 BvR 2633/07 (NJW 2007, 2391)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte über die Frage zu entscheiden, ob eine rechtsberatende Tätigkeit nach dem Rechtsberatungsgesetz bestraft werden kann, wenn der Betroffene zwar keine Rechtsberatung betreiben darf, in der Rechtsberatung aber zugleich eine Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 I 1, 1. Hs GG liegt. Konkret hatte der Beschwerdeführer (Bf.) Falschparkern durch Anbringen eines "Anti-Strafzettels" an deren Windschutzscheibe Rechtsschutzmöglichkeiten gegen von der Gemeinde verhängte Strafzettel aufgezeigt, um durch massenhafte Rechtsbehelfsverfahren die Gemeinde zur Abkehr von ihrer Praxis zu bewegen, gegen die er eine Bürgerinitiative gegründet hatte und eine umfangreiche Kampagne betrieb.

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass die Rechtsberatung durch Laien nur durch Art. 2 I GG geschützt ist. In einer anderen Entscheidung (siehe Vertiefungshinweise) hatte das Gericht zudem entschieden, dass das im Rechtsberatungsgesetz geregelte Rechtsberatungsverbot für Laien verfassungsgemäß ist. Im konkreten Fall sah das BVerfG in den "Anti-Strafzetteln" aber mehr als eine reine Rechtsberatung, nämlich eine durch Art. 5 I 1, 1. Hs GG geschützte Meinungsäußerung. Die "Anti-Strafzettel" seien erkennbar Teil der vom Bf. betriebenen Kampagne gegen die Verhängung von Strafzetteln durch die Gemeinde. Sei die Rechtsberatung mit einer Meinungsäußerung verbunden, komme das Rechtsberatungsgesetz als "allgemeines Gesetz" i.S.d. Art. 5 II GG zwar gleichwohl als Schranke in Betracht; der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie sei dann aber bei der Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes auf den Einzelfall Rechnung zu tragen (sog. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG). Da die Fachgerichte bereits verkannt hatten, dass die Meinungsfreiheit überhaupt betroffen war, konnte das Gericht schon aus diesem Grund der Verfassungsbeschwerde stattgeben. Die Fachgerichte werden nun in ihrer erneuten Entscheidung zwischen dem vom Rechtsberatungsgesetz verfolgten, legitimen Zwecken des Schutzes vor unqualifizierter Rechtsberatung einerseits und dem Schutz der Meinungsfreiheit andererseits abzuwägen haben. Das BVerfG lässt aber deutlich durchblicken, dass es im konkreten Fall eine Bestrafung des Bf. unter Be-

rücksichtigung der Meinungsfreiheit für nicht gerechtfertigt hält, weil die Rechtsberatung unentgeltlich und nur auf einen bestimmten, typischen Fall beschränkt erfolgte.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung könnte in der vorliegenden Form in eine Examensklausur übernommen werden. Sie bestätigt die Tendenz des BVerfG, bei der Annahme einer Meinungsäußerung recht großzügig zu verfahren und an die Rechtfertigung eines Eingriffs in selbige recht strenge Anforderungen zu stellen. Der Umstand, dass es hier einmal nicht - wie in vielen anderen Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsfreiheit (siehe Vertiefungshinweise) - um eine Verurteilung wegen Beleidigung geht, sondern das Rechtsberatungsgesetz als Aufhänger dient, macht den Fall besonders examensrelevant.

Am Rande sollte auch zur Kenntnis genommen werden, dass die Verfassungsbeschwerde fristgebunden ist (§ 93 I, III BVerfGG) und das BVerfG bei unverschuldetem Fristversäumnis nach § 93 II BVerfGG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren kann. Die kurzen Ausführungen dazu im Eingang der Entscheidungsgründe sind selbsterklärend.

Vertiefungshinweise:

- Verwerfung der Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des AG in dieser Sache: *BayOblG*, NJW 2004, 86
- Zur Verfassungsmäßigkeit des Rechtsberatungsgesetzes: *BVerfG*, NJW 2006, 207; NJW 2007, 2391; *Klose*, KJ 2007, 35
- Wechselwirkung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz bei Verurteilung wegen Beleidigung: *BVerfG*, RA 2006, 61 = *BayVBl* 2006, 15; RA 2004, 52 = NJW 2003, 3760

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Pazifisten"

Leitsatz (der Redaktion):

Wird durch das Verbot einer Rechtsberatung zugleich eine über den Zweck der Beratung hinausgehende Meinungsäußerung unterdrückt, die mit der Beratung untrennbar verbunden ist (hier: Verteilung sog. "Anti-Strafzettel" als Protest gegen eine

bestimmte Verkehrsregelung), so muss bei der erforderlichen Abwägung der widerstreitenden Interessen auch der Meinungsfreiheit Rechnung getragen werden.

Sachverhalt:

In der Gemeinde G. ist ein größeres Gebiet straßenverkehrsrechtlich als Parkscheibenzone gekennzeichnet. Nach den Feststellungen des im Ausgangsverfahren erkennenden AG stehen die dazu aufgestellten Verkehrszeichen so hinter einem Zebrastreifen, dass sie von kaum einem Kraftfahrer, der die Situation nicht kennt, wahrgenommen werden. Das auch für die Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten in G. zuständige AG stellt Verfahren wegen eines Verstoßes gegen die Parkscheibenpflicht daher regelmäßig ein, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Schilder übersehen wurden.

Der Bf. führt eine Kampagne gegen die Beschilderung der Parkscheibenzone. Er hat sich dazu an verschiedene Stellen gewandt, eine Bürgerinitiative gegründet und die Presse informiert, die mehrfach über sein Anliegen berichtete. Im Rahmen seiner Kampagne ließ er Pkw-Fahrern, die einen Verwarnungszettel wegen einer fehlenden Parkscheibe erhalten hatten, mehrfach einen "Anti-Strafzettel" zukommen, der folgenden Wortlaut hatte:

„Verehrte(r) Kollegin/Kollege, die Bürgerinitiative (BI) hat an Ihrem Kfz einen Strafzettel der Gemeinde G. bemerkt. Vermutlich wird Ihnen vorgeworfen: "Im Bereich eines eingeschränkten Halteverbots für eine Zone (Zeichen 290/292) geparkt - entweder ohne von außen gut sichtbare Parkscheibe oder mit nicht richtig eingestellter Parkscheibe oder mit Parkscheibe Zeit überschritten. Falls auch Sie trotz gewissenhafter Suche keine einschlägigen Verkehrsschilder wahrgenommen haben, und wenn Sie sich daher - wie unzählige Kraftfahrer(innen) vor Ihnen - keiner Schuld bewusst sind, dann stellt Ihnen die BI hiermit kostenlos Wissen und Erfahrung zur Verfügung, damit Sie sich praktisch ohne Zeit- und Kostenaufwand erfolgreich gegen den ungerechten Strafzettel wehren können, wenn Sie wollen.

Wir freuen uns auch auf Ihre telefonischen Mitteilungen und Anfragen.

1. Zahlen Sie nicht, sondern warten Sie einfach ab.
2. In drei bis vier Wochen bekommt der Kfz-Halter vom G.-Computer eine Anhörung des Betroffenen - Eilsache! Füllen Sie als Fahrer(in) das Formular mit Ihren Personalien aus. Zur Sache schreiben Sie nur: "Siehe Beilage". Das Muster der Beilage finden Sie hier auf der Rückseite. Sie brauchen es nur zu kopieren und zu ergänzen.
3. Wenn die Gemeinde G. Sie trotzdem weiter verfolgen will, erhalten Sie weitere drei bis vier Wochen später aus G. eine letzte Zahlungsaufforderung. Bis dahin wird es keinen Cent teurer.

4. Wenn Sie nicht zahlen, bekommen Sie weitere drei Wochen später vom G.-Computer einen Bußgeldbescheid. Er wird teurer, weil zu dem Verwarnungsbeitrag jetzt knapp 20 Euro Gebühren dazukommen.

5. Gegen den Bußgeldbescheid müssen Sie innerhalb einer Woche Einspruch einlegen. Als Begründung schreiben Sie: 'Zur Begründung verweise ich auf die Anhörung des Betroffenen. Hiermit beantrage ich beim zuständigen AG, a) die Akte E. (2 Owi 53 Js 13259/02 des AG F.) beizuziehen, auf die ich mich vollinhaltlich berufe, b) Herrn Landrat K und seinen Chauffeur, Herrn F, im Landratsamt F. als Zeugen zu laden, c) vorsorglich und hilfsweise: vom Lehrstuhlinhaber für Psychologie (speziell: Wahrnehmungspsychologie) einer deutschen Hochschule ein wissenschaftliches Gutachten über den meines Erachtens für durchschnittliche Verkehrsteilnehmer unmöglichen Standort der Zonenparkschilder im Ampelbereich der K.-Straße einzuholen.'

6. Die BI steht Ihnen in jeder Phase des Verfahrens kostenlos mit Rat und Tat zur Seite. Anruf genügt. Keine Rechtsberatung!"

Dem "Anti-Strafzettel" war jeweils ein Vorschlag für die Begründung eines Einspruchs gegen einen Bußgeldbescheid beigefügt.

Das AG verurteilte den Bf. wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 § 8 I Nr. 1, § 1 I RBERG zu einer Geldbuße in Höhe von 250 Euro. Der Bf. betreibe eine geschäftsmäßige Rechtsberatung. Dafür komme es nur auf eine wiederholte Ausübung an. Dass der Bf. mit der Rechtsberatung ein allgemeines Ziel verfolge, ändere an der Tatsache einer geschäftsmäßigen Rechtsberatung nichts. Rechtsmittel hiergegen blieben erfolglos. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 I, 3 I, 5 I, 19 IV und 101 I 2 GG.

Der Bevollmächtigte des Bf. hatte am Abend des 8.12.2003, eines Montags, ab 19.02 Uhr insgesamt zwölf Mal versucht, die Verfassungsbeschwerde per Fax dem BVerfG zuzuleiten. Da die Faxleitung des BVerfG auf Grund eines Softwarefehlers seit 15.10 Uhr ausgefallen war, gelang dies nicht. Der Bevollmächtigte hat sodann die Verfassungsbeschwerde am Morgen des 9.12.2003 per Fax eingereicht und am Nachmittag desselben Tages einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt. Die Verfassungsbeschwerde führte zur Zurückverweisung an das AG.

Aus den Gründen:

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr nach § 93c I 1 i.V mit § 93 a II lit. b BVerfGG statt. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung des Grundrechts des Bf. aus Art. 5 I 1 GG angezeigt (§ 93a II lit. b BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung liegen vor (§ 93 c I 1

BVerfGG). Die für die Beurteilung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind durch die Rechtsprechung des BVerfG beantwortet. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Wegen der Versäumung der Beschwerdefrist gewährt die Kammer dem Bf. nach § 93 II BVerfGG antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, da er ohne eigenes Verschulden verhindert war, diese Frist einzuhalten.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Bf. in seinem durch Art. 5 I 1 GG gewährleisteten Grundrecht auf freie Meinungsäußerung.

I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 I 1, 1. Hs GG

Die angegriffenen Entscheidungen greifen in die Meinungsfreiheit des Bf. ein, indem sie die Verteilung der "Anti-Strafzettel" als Ordnungswidrigkeit ahnden.

1. Meinungsäußerung

Der Sinngehalt der in dem "Anti-Strafzettel" verbreiteten Äußerung erschöpft sich nicht in der rechtlichen Beratung, die als solche durch Art. 2 I GG und nicht durch Art. 5 I 1 GG grundrechtlich geschützt wird (vgl. BVerfGK 3, 348).

Unmittelbar enthält der "Anti-Strafzettel" zwar vorwiegend eine Handlungsanweisung an den Empfänger, in einer bestimmten Weise gegen seine Verwarnung vorzugehen. Aus den Umständen der Verteilung des Zettels wie aus seinem Inhalt selbst geht jedoch für einen objektiven Empfänger erkennbar hervor, dass der "Anti-Strafzettel" in erster Linie nicht dem individuellen Rechtsschutz dient, sondern mit ihm durch die Bürgerinitiative ein bestimmtes allgemeines Ziel verfolgt wird. Ein als ungerecht angesehenes Verhalten der Gemeinde soll bekämpft werden. Einzelne Betroffene sollen mobilisiert werden, um das Anliegen der Bürgerinitiative zu fördern und so ihre Tätigkeit zu unterstützen. Aus der Verteilung der "Anti-Strafzettel" spricht auch für denjenigen, der das sonstige Vorgehen des Bf. nicht kennt, der allgemeine Protest gegen die Art der Beschilderung der Parkscheibenzone. Für einen informierten Beobachter fügt sich der "Anti-Strafzettel" als ein Element in die von dem Bf. betriebene Kampagne ein.

2. Besorgung von Rechtsangelegenheiten

Die Eröffnung des Schutzbereichs des Grundrechts aus Art. 5 I 1 GG kann nicht mit der vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz vorgebrachten, auch in den angegriffenen Entscheidungen anklingenden Erwä-

gung verneint werden, die Meinungsfreiheit schütze lediglich den allgemein gehaltenen Hinweis auf vermeintliche Missstände, nicht aber die konkrete Förderung fremder Rechtsangelegenheiten. Zu dem Recht auf freie Meinungsäußerung gehört gerade auch die Freiheit, die Äußerung in eine möglichst effektive Form zu kleiden (vgl. BVerfGE 7, 198 [210]; 93, 266 [289]; 97, 391 [398]).

Der Bf. verleiht seinem kommunikativen Anliegen dadurch Durchschlagskraft, dass er die akut von der Beschilderung betroffenen Personen unmittelbar anspricht und um Mitwirkung an der Verwirklichung des Anliegens der Bürgerinitiative wirbt. Den politisch Verantwortlichen soll durch massenhaftes Einlegen von Rechtsmitteln vor Augen geführt werden, dass die von ihnen getroffene verkehrspolitische Maßnahme verfehlt ist. Diese Proteststrategie würde erheblich weniger Erfolg versprechen, wenn der Bf. lediglich allgemein dazu aufriefe, Rechtsbehelfe gegen eine Verwarnung zu ergreifen. Es stünde zu erwarten, dass angesichts verbreiteter Rechtsunkenntnis, wie das anzustellen ist, und regelmäßig niedrigen Verwarnungssummen deutlich weniger Betroffene dieser Aufforderung folgten, weil das für sie mit größerem Aufwand verbunden wäre. Diesen Aufwand nimmt der Bf. den Betroffenen weitgehend ab, indem er ihnen detaillierte Hinweise erteilt und ein vorformuliertes Schreiben zur Verfügung stellt. Im Rahmen der von dem Bf. erdachten Vorgehensweise sind konkrete rechtliche Handlungsanweisung und allgemeiner Hinweis auf einen Missstand untrennbar verbunden.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Meinungsfreiheit ist nicht unbeschränkt gewährleistet.

1. Schranken

Sie findet ihre Schranken unter anderem nach Art. 5 II GG in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch das Rechtsberatungsgesetz gehört (vgl. BVerfGK 2, 231 [235]; BVerfGK 3, 77 [83]).

2. Wechselwirkungslehre des BVerfG

Was erlaubte Rechtsbesorgung im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes ist, bedarf angesichts der generalklauselartigen Umschreibung der Abklärung im Einzelfall, die einerseits die durch das Gesetz geschützten Belange und andererseits die Freiheitsrechte des Einzelnen berücksichtigt und dabei auch den Veränderungen der Lebenswirklichkeit Rechnung trägt (vgl. zu Art. 12 GG: BVerfGE 97, 12 [28]; zu Art. 5 I 2 GG: BVerfGK 2, 231 [235]; BVerfGK 3, 77 [83 f.]). Wird durch das Verbot einer Beratungstätigkeit zugleich eine über den Zweck der Beratung hinausgehende Meinungsäußerung unterdrückt, die mit der Beratung untrennbar verbunden ist und der die Beratung als Protestmittel dient, muss bei der erforderlichen Zuordnung der wi-

derstreitenden Belange auch der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.]; BVerfGE 93, 266 [292]) Rechnung getragen werden.

3. Subsumtion

Nach diesem Maßstab genügen die angegriffenen Entscheidungen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Ihnen lässt sich nicht entnehmen, ob die Gerichte überhaupt erkannt haben, dass im vorliegenden Fall das Grundrecht des Bf. auf freie Meinungsäußerung zu beachten war. Das AG erwähnt Art. 5 I GG in seinem Urteil überhaupt nicht. Das BayObLG erwägt lediglich, ob der Schutzbereich der Pressefreiheit berührt ist, überprüft die Verurteilung des Bf. jedoch nicht am Maßstab der Meinungsfreiheit.

Auch in der Sache lassen die angegriffenen Entscheidungen nicht erkennen, dass das kommunikative Anliegen des Bf. und die daraus folgende grundrechtliche Fundierung seiner Tätigkeit beachtet und in eine abwägende Zuordnung der betroffenen Belange eingestellt wurden. Beide Gerichte halten vielmehr dieses Anliegen im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz ausdrücklich für unbeachtlich. Die angegriffenen Entscheidungen beruhen auch auf der Verkennung der Bedeutung des Art. 5 I 1 GG. Es ist nicht auszuschließen, dass die Gerichte zu einem für den Bf. günstigeren Ergebnis gekommen wären, wenn sie die Bedeutung seines Rechts auf freie Meinungsäußerung für den vorliegenden Fall erkannt hätten.

a. Legitimer Zweck: Schutz vor unqualifizierter Rechtsberatung

Das Rechtsberatungsgesetz verfolgt den von dem BVerfG in seiner Rechtsprechung anerkannten Zweck, die Rechtssuchenden und die Rechtspflege vor den Folgen einer nicht hinreichend qualifizierten Rechtsberatung zu schützen (vgl. BVerfGE 97, 12 [30]). Diese Belange können eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 5 I 1 GG grundsätzlich rechtfertigen (vgl. zu Art. 5 I 2 GG: BVerfGK 2, 231 [235]; BVerfGK 3, 77 [85]).

b. Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit

Der Meinungsfreiheit des Bf. kann jedoch nicht allein

durch eine abstrakte Gegenüberstellung der möglicherweise betroffenen Interessen Rechnung getragen werden. Dieses Grundrecht verlangt vielmehr eine einzel-fallbezogene Abwägung, bei der alle wesentlichen Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. BVerfGE 93, 266 [293]). Hier wird insbesondere zu prüfen sein, inwieweit von der Tätigkeit des Bf. tatsächlich eine Gefahr für die durch das Rechtsberatungsgesetz geschützten Güter ausgeht und ob diese Gefahr so schwer wiegt, dass das Äußerungsinteresse des Bf. zurücktreten muss.

Zu Gunsten der Meinungsfreiheit des Bf. kann dabei ins Gewicht fallen, dass er seine rechtsberatende Tätigkeit auf eine Gruppe von Sachverhalten beschränkt, die sich in ihrer rechtlichen Beurteilung nicht wesentlich unterscheiden. Er verteilt den von ihm erstellten "Anti-Strafzettel" nach den Feststellungen der Gerichte nur an Personen, die in der von ihm wegen mangelhafter Beschilderung bekämpften Parkscheibenzone eine Verwarnung wegen einer fehlenden oder nicht den Anforderungen genügenden Parkscheibe erhalten haben. Zu Beginn des Schreibens stellt er zudem ausdrücklich klar, auf welche Situation seine Ratschläge zugeschnitten sind und dass es sich um die Aktion einer Bürgerinitiative handelt.

Angesichts des begrenzten Umfangs der Tätigkeit des Bf. und ihrer unmittelbaren Ausrichtung auf sein verkehrspolitisches Ziel kann und muss die abstrakte Wertung des Rechtsberatungsgesetzes, dass die Rechtsberatung durch Personen, die keine entsprechende Erlaubnis haben, Gefahren birgt, auf ihr Gewicht hinsichtlich der konkreten Beratungstätigkeit des Bf. überprüft werden. Ist ein Sachverhalt typisierbar und rechtlich einfach zu beurteilen, so kommt den Schutzzwecken des Rechtsberatungsgesetzes gegenüber der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; st. Rspr.) nur geringes Gewicht zu. Sollte der von dem Bf. erteilte Rechtsrat tatsächlich einen aussichtsreichen Weg weisen, gegen die betroffenen Verwarnungen vorzugehen, was nach den Ausführungen des AG zu der Beschilderung möglich erscheint, kann sich daraus ein Indiz dafür ergeben, dass die Komplexität der Angelegenheit begrenzt ist.

Standort: Rückwirkungsverbot**Problem: Zulässige "echte" Rückwirkung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.02.2007
1 BvR 3140/06 (NVwZ-RR 2007, 433)

Problemdarstellung:

Das BVerfG bejaht im vorliegenden Fall ausnahmsweise die Zulässigkeit einer "echten" Rückwirkung. Hintergrund ist Folgender:

I. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG verbietet aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes grds. das rückwirkende In-Kraft-Treten von Gesetzen. Hierzu unterscheidet der 1. Senat des BVerfG zwischen "echter" und "unechter" Rückwirkung. Eine "echte" Rückwirkung liegt vor, wenn neue Rechtsfolgen für einen in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Sachverhalt bewirkt werden. Dies ist aus den o.g. Gründen grds. unzulässig. Eine "unechte" Rückwirkung liegt vor, wenn der Sachverhalt zwar in der Vergangenheit begonnen hatte, aber noch nicht abgeschlossen ist. Eine "unechte" Rückwirkung ist mangels schutzwürdigen Vertrauens nur ganz ausnahmsweise unzulässig, etwa dann, wenn der Staat selbst durch seine Regelung ein solches Vertrauen erweckt hat.

II. Es gibt aber auch Fälle, in denen die "echte" Rückwirkung ausnahmsweise zulässig sein kann. Zwei anerkannte Fallgruppen nennt das BVerfG in der hier vorliegenden Entscheidung: Wenn eine formell verfassungswidrige Norm durch eine verfassungsgemäße Norm identischen Inhalts abgelöst wird, und wenn eine unklare Rechtslage bestand. In beiden Fällen konnte sich kein entgegen stehendes Vertrauen bilden. Weitere, hier nicht erwähnte Gründe, die auch eine echte Rückwirkung zulässig sein lassen können, sind ein überragendes staatliches Interesse an der Rückwirkung, das so weit geht, dass der Vertrauensschutz zurücktreten muss, Bagatellen und die Ersetzung einer vorläufigen durch eine endgültige Norm.

Prüfungsrelevanz:

Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot kann im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, aber auch inzidenter, etwa bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Ermächtigungsgrundlage zu prüfen sein. Der im vorliegenden Fall betroffene Bereich des Abgabenrechts ist dafür in praxi besonders "beliebt".

Der 2. Senat des BVerfG verwendet übrigens eine vom 1. Senat abweichende Terminologie: Statt "echter" Rückwirkung wird von "Rückbewirkung von Rechtsfolgen" gesprochen, statt "unechter" Rückwirkung von "tatbestandlicher Rückanknüpfung" (siehe z.B. BVerfGE 76, 200, 241). Hintergrund ist eine unterschiedliche Rückwirkungsdogmatik: Für den 2. Senat ist das Rückwirkungsverbot kein eigener, aus dem Rechts-

staatsprinzip ableitbarer Grundsatz, sondern Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der eine Abwägung zwischen staatlichem Regelungsinteresse und Vertrauensschutz des Bürgers gebietet. Unterschiede ergeben sich im Ergebnis aber kaum bis gar nicht, denn auch für den 2. Senat wird eine Regelung i.d.R. unangemessen sein, wenn sie an einen abgeschlossenen Sachverhalt anknüpft, während der Vertrauensschutz ihr nicht entgegenstehen wird, wenn sich mangels Abschlusses des Sachverhalts noch gar kein Vertrauen bilden konnte (vgl. auch Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

"Echte" und "unechte" Rückwirkung: *BVerwG*, RA 2002, 253 = *BayVBl* 2002, 282; *HVerfGH*, RA 2006, 739 = *DVBl* 2006, 1590; *Fiedler*, NJW 1988, 1624

Zu den Unterschieden zwischen 1. Senat und 2. Senat des BVerfG bei der Rückwirkung: *Brüning*, NJW 1998, 1525

Fallgruppen zulässiger "echter" Rückwirkung: *BVerfGE* 7, 151 (Ersetzung einer formell verfassungswidrigen durch eine verfassungsgemäße Norm identischen Inhalts); *BVerfGE* 72, 200, 260 ff. (unklare Rechtslage); *BVerfGE* 30, 367, 389 (Rückwirkung als Bagatelle); *BVerfGE* 13, 272 (überragende Gemeinwohlgründe)

Kursprogramm:

Examenskurs : "Lottokönig"

Leitsatz (der Redaktion):

Zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer "echten" Rückwirkung (hier: Regelung des § 51 I 3 KWG i.d.F. des Gesetzes vom 15.12.2004, wonach die Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen in der am 12.3.1999 geltenden Fassung für das Jahr 2000 mit Gesetzeskraft gilt).

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Erhebung eines Umlagebetrages für die staatliche Aufsicht über das Kreditwesen.

Der Bf. war Kursmakler und im Jahre 2000 als solcher einzelkaufmännisch als Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz - KWG) tätig. Er hatte eine Erlaubnis zum Betreiben der Anlage- und Abschlussvermittlung sowie des Eigenhandels nach dem Kreditwesengesetz. Mit Bescheid vom April 2002 zog das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred), dessen Aufgaben später von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin) übernommen wurden, den Bf. zu einer Kostenumlage nach § 51 I KWG für

das Kalenderjahr 2000 in Höhe von 34.456,32 DM heran. Berechnungsgrundlage war ein Jahresertrag des Bf. von 14.356.800 DM.

Die BAFin wies den hiergegen eingelegten Widerspruch unter Berichtigung des Umlagebetrages auf 34.341,08 Euro (67.165,32 DM) zurück. Die daraufhin erhobene Klage des Bf. wies das VG ab. Es könne dahin gestellt bleiben, ob die für die Veranlagung herangezogene Verordnung (Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen - UmlVKF) vom 8.3.1999 (BGBl I, 314) von § 51 I KWG in der seinerzeit geltenden Fassung gedeckt gewesen sei. Denn diese verordnungsrechtliche Regelung sei durch § 51 I 3 KWG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes und anderer Gesetze vom 15.12.2004 (BGBl I, 3416, 3427) ersetzt worden. Danach gelte die genannte Verordnung für das Jahr 2000 in der am 12.3.1999 geltenden Fassung mit Gesetzeskraft. Es komme deshalb nicht mehr darauf an, ob die Verordnung in der ursprünglichen Fassung von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt gewesen sei. Die Regelung über die Kostenumlage verstoße nicht gegen Verfassungsrecht. Das Gesetz verletze insbesondere nicht das Rückwirkungsverbot. Es liege auch keine Verletzung von Grundrechten vor.

Gegen das Urteil legte der Bf. Sprungrevision ein. Das BVerwG wies die Revision als unbegründet zurück. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Annahme der zulässigen Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung liegen nicht vor (§ 93a II BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde wirft keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Fragen auf (§ 93a II lit. a BVerfGG). Die Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Grundrechte des Bf. angezeigt, weil die Verfassungsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 93 a II lit. b BVerfGG).

A. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Die angegriffenen Entscheidungen beruhen nicht auf einem Verstoß gegen das vornehmlich im Rechtsstaatsprinzip verankerte Rückwirkungsverbot (Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG). Die Regelung in § 51 13 KWG i.d.F. des Gesetzes vom 15.12.2004, wonach die Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen in der am 12.3.1999 geltenden Fassung für das Jahr 2000 mit Gesetzeskraft gilt, entfaltet keine unzulässige gesetzliche Rückwirkung.

I. Herleitung

Das grundsätzliche Verbot rückwirkender belastender Gesetze beruht auf den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (BVerfGE 45, 142 [167] = NJW 1977, 2024). Es schützt das Vertrauen in die Ver-

lässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (BVerfGE 101, 239 [262] = NJW 2000, 413).

II. Fälle zulässiger "echter" Rückwirkung

Eine echte, verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässige Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (vgl. BVerfGE 11, 139 [145 f.]). Das Rückwirkungsverbot, das seinen Grund im Vertrauensschutz hat, tritt jedoch zurück, wenn sich kein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte (vgl. BVerfGE 95, 64 [86 f.]). Ferner kommt ein Vertrauensschutz nicht in Betracht, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung von Normen erfordern (vgl. BVerfGE 88, 384 [404]; 101, 239 [263]).

III. Subsumtion

Gemessen an diesen Grundsätzen sind die Gerichte im vorliegenden Fall zu Recht von einer ausnahmsweise zulässigen echten Rückwirkung ausgegangen.

1. Vorliegen einer "echten" Rückwirkung

Das Gesetz vom 15.12.2004 über die Geltung der Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 mit Gesetzeskraft für das Jahr 2000 bewirkte eine echte Rückwirkung im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG. Die Änderung des Kreditwesengesetzes erfasste nachträglich einen bereits abgewinkelten, der Vergangenheit angehörenden Tatbestand, hier die Erhebung der Umlage für die Kosten des Bundesaufsichtsamts im Jahr 2000.

2. Zulässigkeit

Diese Rückwirkung des Gesetzes begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Ein schützenswertes Vertrauen darauf, dass eine Inanspruchnahme gem. den Grundsätzen der Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 für das Jahr 2000 nicht stattfinden würde, konnte sich bei dem Bf. zu keiner Zeit bilden.

a. Ersetzung einer (möglicherweise) unwirksamen durch eine wirksame Norm

Die Umlage-Verordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 bestimmte für das Jahr 2000 bereits im Vorhinein die Ausgestaltung der nunmehr nachträglich mit Gesetzeskraft ausgestatteten Umlageerhebung. Daher musste sich der Bf. darauf einstellen, der - damals noch - im Ordnungswege angeordneten Umlagepflicht nachkommen zu müssen.

aa. Unwirksamkeit der Norm

Dem steht nicht entgegen, dass vor Erlass des Gesetzes

vom 15.12.2004 strittig war, ob die Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 in ihrer konkreten Ausgestaltung von der Verordnungsermächtigung des Kreditwesengesetzes gedeckt war. Die Unvereinbarkeit der Verordnung mit dem damaligen § 51 KWG wurde zwar von einem VG vertreten; ein anderes VG war dagegen der Auffassung, die Verordnung sei rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. VG Köln, WM 2004, 1719; a.A. VG Frankfurt a.M., NJOZ 2005, 3397). Obergerichtliche oder höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage der Vereinbarkeit der Verordnung mit ihrer Ermächtigungsgrundlage gab es nicht. Unter diesen Umständen durfte sich der Bf. nicht darauf verlassen, eine den Grundsätzen der Verordnung entsprechende Heranziehung zu der Umlage für die Kosten des Aufsichtsamtes dürfe für das Jahr 2000 nicht erfolgen.

Die Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 war - wie das BVerwG unter Hinweis auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 51 KWG eingehend begründet hat - auch nicht etwa eindeutig mit ihrer Ermächtigung unvereinbar. Der Bf. musste deshalb damit rechnen, ihren Grundsätzen für die Heranziehung zur Umlage unterworfen zu werden.

bb. Keine Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Verordnungsebene

Die Zulässigkeit der Rückwirkung ergibt sich im vorliegenden Fall aus den in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelten, vorstehend aufgeführten Grundsätzen. Die von dem Bf. vertretene Auffassung, das BVerwG habe diese Grundsätze mit der Annahme eines durch die Verordnung aus dem Jahre 1999 erschütterten Vertrauens ausgeweitet, weil grundsätzlich nur bei einer Belastung durch ein formell unwirksames Gesetz mit einer nachträglichen "Reparatur" gerechnet werden müsse, nicht aber bei einer nur im Range einer Rechtsverordnung stehenden unwirksamen Regelung, trifft nicht zu.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss ein Betroffener auch dann mit der nachträglichen Bestätigung einer Belastung rechnen, wenn diese zunächst nur in einer rechtlich in Frage gestellten Rechtsverordnung angeordnet ist. Selbst wenn die Unwirksamkeit der Rechtsverordnung nach Erlass des "heilenden" Gesetzes im Nachhinein festgestellt würde, wäre das für die Wirkung der Rechtsverordnung als das Vertrauen auf Nichtheranziehung beseitigender Rechtsetzungsakt unerheblich (vgl. BVerfGE 22, 330 [343 ff. i.V. mit S. 346 ff., insbes. S. 348]).

b. Unklare Rechtslage

Gegenteiliges lässt sich auch aus der von dem Bf. herangezogenen Entscheidung des BVerfG vom 14.5.1986 (BVerfGE 72, 200) nicht ableiten. Nach diesem Beschluss kann eine echte Rückwirkung u.a.

im Falle einer unklaren oder verworrenen Rechtslage zulässig sein (vgl. BVerfGE 72, 200 [259]).

Dem Bf. kann nicht darin gefolgt werden, dass danach eine Rückwirkung im vorliegenden Fall deshalb unzulässig sei, weil die Rechtslage vor In-Kraft-Treten des Gesetzes vom 15.12.2004 nicht unklar oder verworren gewesen sei, sondern einer Heranziehung nach den Regeln der Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom März 1999 klar entgegengestanden habe. Zum einen bildet die Fallgruppe der unklaren oder verworrenen Rechtslage nur einen der denkbaren Rechtfertigungsgründe für eine echte Rückwirkung. Dieser tritt neben andere mögliche Rechtfertigungsgründe, wie hier den der Ersetzung oder Heilung einer Norm, deren formelle Wirksamkeit in Frage gestellt wurde, durch eine andere, formell unbedenkliche Norm.

Zum Anderen war, wie bereits dargelegt, im vorliegenden Fall keineswegs eindeutig, dass die Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 nicht von ihrer gesetzlichen Ermächtigung im Kreditwesengesetz gedeckt war.

3. Zeitpunkt der Rückwirkung

Darüber hinaus lässt sich auch der in der Rechtsprechung des BVerfG aufgestellte Grundsatz nicht auf den vorliegenden Fall übertragen, das Vertrauen des Bürgers in den Bestand des geltenden Rechts sei "erst von dem Zeitpunkt ab" nicht mehr schutzwürdig, "in dem der Bundestag ein rückwirkendes Gesetz beschlossen hat" (BVerfGE 13, 261 [273]). Diese Aussage bezieht sich auf die hier nicht gegebene Konstellation, dass die angegriffene Belastung erstmals geregelt wird. Anders ist der Fall zu beurteilen, dass - wie hier - eine formell in Frage gestellte Norm durch eine unbedenkliche Norm gleichen Inhalts ersetzt wird.

B. Verstoß gegen Grundrechte

I. Art. 3 I GG

Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen auch nicht gegen Art. 3 I GG; denn die Differenzierung zwischen Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten beruht auf einem sachlich tragfähigen Grund.

1. Gleichheitsgebot

Art. 3 I GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln.

2. Rechtfertigung aus sachlichem Grund

Damit ist nicht jede Differenzierung ausgeschlossen. Das allgemeine Gleichheitsgrundrecht ist nur verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede

von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personen bewirkt.

3. Subsumtion

Nach diesem Maßstab bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelung des § 51 KWG i.d.F. des Gesetzes vom 15.12.2004 in Verbindung mit der Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 und gegen ihre Anwendung im Ausgangsfall.

Der Bf. beanstandet, dass Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in grundsätzlich gleicher Weise an den Börsen Wertpapiergeschäfte tätigten, gleichwohl aber in unterschiedlicher Höhe mit Aufsichtskosten belastet würden. Es sei nicht denkbar, dass die Beaufsichtigung identischer Geschäfte bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten Aufwand in erheblich differierender Höhe entstehen lasse.

Diese Betrachtung lässt außer Acht, dass die Umlage der Kosten der Aufsicht nicht an die einzelnen Wertpapiergeschäfte geknüpft ist, in deren Bereich es Überschneidungen in den Geschäftsfeldern von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten geben mag. Ansatzpunkt der Kostenverteilung nach der Umlageverordnung Kredit- und Finanzdienstleistungswesen vom 8.3.1999 ist vielmehr die Einordnung der jeweiligen Unternehmen nach den Legaldefinitionen für Kreditinstitute (§ 11 KWG) und Finanzdienstleistungsinstitute (§ 1 Ia KWG). Die Aufsichtskosten werden auf die genannten Institute nach unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen umgelegt, nämlich auf die Kreditinstitute nach dem Verhältnis der Bilanzsummen und auf die Finanzdienstleistungsinstitute (einschließlich der Wertpapierhandelsbanken) nach

dem Verhältnis der Erträge.

Der erste Schritt bei der Berechnung der Erstattungsbeträge besteht in der getrennten Ermittlung der Kosten für die Aufsichtsleistungen für Kreditinstitute einerseits und Finanzdienstleistungsinstitute (einschließlich der Wertpapierhandelsbanken) andererseits. Innerhalb jeder Gruppe wird der Aufwand nach einem einheitlichen Maßstab auf die einzelnen Institute umgelegt. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Annahme des Gesetzgebers, Finanzdienstleistungsinstitute verursachten - gerade in den ersten Jahren nach ihrer Einbeziehung in die Beaufsichtigung durch das Bundesaufsichtsamt (vgl. BT-Dr 13/7142, S. 61) - einen besonderen, den Kreditinstituten nicht anzulastenden Beaufsichtigungsaufwand, nicht zuträfe. Der Bf. hat der Erwägung des BVerwG, die Aufsicht über die Gruppe der Finanzdienstleistungsinstitute (einschließlich der Wertpapierhandelsbanken) habe sich trotz teilidentischer Geschäftsfelder als kostenintensiver erwiesen als diejenige der Kreditinstitute, nichts Substanzielles entgegen gehalten.

II. Art. 12 I GG

Der Bf. ist ferner nicht in seinem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzt. Er wird durch die Umlage in seiner Berufsausübung nicht unverhältnismäßig eingeschränkt.

III. Art. 14 I GG

Schließlich lässt sich auch ein Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht des Bf. nicht feststellen. Es kann dahingestellt bleiben, in welchem Umfang Vermögen überhaupt vom Schutzbereich des Art. 14 I GG umfasst ist (vgl. hierzu BVerfGE 93, 121 [137]; 115, 97 [112] = RA 2006, 323). Dass dem Umlagebetrag hier konfiskationsähnliche Wirkung zukäme, ist nicht ersichtlich.

Standort: Verwaltungsrechtsweg

Problem: Vergabeentscheidungen

BVERWG, BESCHLUSS VOM 02.05.2007
6 B 10.07 (NWVBL 2007, 300)

Problemdarstellung:

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BVerwG ein Machtwort zur seit langem äußerst umstrittenen Frage gesprochen, ob für Klagen im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge - z.B. der Klage eines nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers - der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist:

I. § 104 II 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) enthält eine abdrängende Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit. Nach dieser Vorschrift können Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder

Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor dem Beschwerdegericht (Oberlandesgericht) geltend gemacht werden. Diese Regelung gilt gemäß § 100 I GWB aber nur für Aufträge, welche die Schwellenwerte des § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) erreichen oder übersteigen. Jenseits der dort genannten Schwellenwerte (für Bauaufträge liegt dieser bspw. gem. § 2 Ziffer 4 VgV bei 5.278.000 Euro) ist die Rechtslage also völlig eindeutig: Ordentlicher Rechtsweg.

II. Unterhalb dieser Schwellenwerte - also bspw. für einen Bauauftrag im Volumen von einer Million Euro - existiert hingegen keine gesetzliche Regelung, so dass die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO zur An-

wendung kommt, die eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs fordert. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, wird im Vergaberecht traditionell mit der Zwei-Stufen-Theorie nach Ipsen (FS Wacke, 1972, S. 139 ff.) beantwortet: Das "Ob" der Vergabe ist danach öffentlich-rechtlich, weil der Staat bei seiner Vergabeentscheidung eine öffentlich-rechtliche Aufgabe erledigt (z.B. Daseinsvorsorge) und anders als ein Privatmann nicht frei in seiner Vergabeentscheidung, sondern an die Grundrechte gebunden ist. Beim "Wie" der Vergabe soll hingegen ein Formenwahlrecht des Staates bestehen. Erfolgt die Auftragsvergabe also durch einen zivilrechtlichen Vertrag (typischerweise einen Werk- oder Dienstvertrag), wäre dieser Teil zivilrechtlich zu beurteilen.

III. Die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie hat jedoch den praktischen Nachteil, dass der Rechtsweg zersplittet wird, denn für Vergabeentscheidungen jenseits der Schwellenwerte des § 2 VgV gilt ja - wie erwähnt - immer die abdrängende Sonderzuweisung des § 104 II 1 GWB, während unterhalb der Schwellenwerte die Zwei-Stufen-Theorie vielfach den Verwaltungsrechtsweg eröffnete, denn in aller Regel wird über das "Ob" der Vergabe gestritten, nicht über die konkrete Vergabeform. Deshalb hatte sich eine starke Ansicht herausgebildet, die eine Abkehr von der Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht forderte und nunmehr einheitlich den ordentlichen Rechtsweg befürwortete. Da sich die Oberverwaltungsgerichte hierüber jedoch nicht einig waren, herrschte erhebliche Rechtsunsicherheit.

IV. Diese hat das BVerwG nunmehr behoben, indem es sich in der vorliegenden, ausführlich begründeten Entscheidung der letztgenannten Ansicht angeschlossen hat. Die Zwei-Stufen-Theorie ist damit im Vergaberecht tot. Zur Begründung heißt es im Beschluss, die Vergabeentscheidung ließe sich gerade nicht in ein "Ob" und ein "Wie" unterteilen, weil die Vergabeentscheidung (das "Ob", also wer den Auftrag bekommt) sich in praxi einfach dadurch vollziehe, dass der Hoheitsträger mit dem ausgewählten Bewerber einen (zivilrechtlichen) Vertrag abschließe. Das "Wie" der Vergabe sei damit gleichzeitig das "Ob". Eine ausdrückliche Bewilligung an den erfolgreichen Bewerber oder förmliche Ablehnungsbescheide, die man als "Ob" der Vergabe vom Vertragsschluss als "Wie" trennen könnte, ergingen gar nicht.

Prüfungsrelevanz:

Der Verwaltungsrechtsweg ist bei jeder Klage vor den Verwaltungsgerichten zu prüfen. Es lässt sich daher mit einiger Sicherheit sagen, dass niemand es zum Volljuristen bringt, ohne unter Prüfungsbedingungen mindestens einmal den Verwaltungsrechtsweg geprüft zu haben. Allein deshalb sind perfekte Kenntnisse auf

diesem Gebiet unerlässlich.

Für den vorliegenden Beschluss kommt hinzu, dass er eine seit langem schwelende Streitfrage klärt (vgl. nur die zahllosen Zitate für die widerstreitenden Ansichten in den Entscheidungsgründen). Er ist zudem in der Literatur bereits kontrovers diskutiert worden (vgl. Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Besprechung der Entscheidung: *Ennuschat/Ulrich*, NJW 2007, 2224; *Siegel*, DVBl 2007, 942; *Burgi*, NVwZ 2007, 737

Mit diesem Beschluss aufgehobene Entscheidung: *OVG NRW*, RA 2006, 713 = NVwZ-RR 2006, 824

Zur Zwei-Stufen-Theorie: *BVerwG*, NJW 1990, 134; *BGHZ* 57, 130; *BayVGH*, NVwZ 1995, 812; *VG Düsseldorf*, RA 2004, 3 = NWVBl 2004, 33; *Dörr*, DÖV 2001, 1014, 1024

Zur Anwendung des GWB: *Röhl*, JuS 2002, 1053

Kursprogramm:

Examenskurs : "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsatz:

Für Streitigkeiten über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der in der Vergabeverordnung genannten Schwellenwerte ist nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, sondern der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Sachverhalt:

Die Beklagte schrieb im Juni 2006 das Vorhaben "Neubau, Erneuerung, Änderung und Unterhaltung von Straßenbeleuchtungs-, Verkehrsbeleuchtungs- und Verkehrssignalanlagen" in ihrem Stadtgebiet für eine Laufzeit von 12 Monaten öffentlich aus. Die Klägerin und die Beigeladene gaben hierauf bis zum Ablauf der Angebotsfrist jeweils ein Angebot ab. Nachfolgend teilte die Beklagte der Klägerin mit, ihr Angebot könne nicht gewertet werden.

Dagegen hat die Klägerin Klage zum Verwaltungsgericht erhoben mit dem Begehren, der Beklagten aufzugeben, unter Beachtung der Auffassung des Gerichts erneut über die Erteilung des Zuschlags in dem Vergabeverfahren zu entscheiden. Die Beklagte hat geltend gemacht, der Verwaltungsrechtsweg sei nicht gegeben. Das Verwaltungsgericht hat den Verwaltungsrechtsweg für zulässig erklärt. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde der Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG zulässige sofortige

ge weitere Beschwerde ist begründet. Für die Klage ist der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben. Es handelt sich nicht um eine der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte unterliegende öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Vielmehr liegt eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vor, für die nach § 13 GVG der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist.

A. Ordentlicher Rechtsweg bei Vergabeentscheidungen oberhalb des Schwellenwertes

Der Rechtsstreit unterfällt nicht der Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit gemäß § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift können Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, außer vor den Vergabepflichtenstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht (Oberlandesgericht) geltend gemacht werden. Diese Regelung gilt gemäß § 100 Abs. 1 GWB nur für Aufträge, welche die Schwellenwerte des § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung VgV) in der Fassung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 170) erreichen oder übersteigen. Das ist hier nicht der Fall.

B. Rechtsweg bei Vergabeentscheidungen unterhalb des Schwellenwertes

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (GmS-OGB, Beschlüsse vom 10. April 1986 GmS OGB 1/85 BGHZ 97, 312 [313 f.], vom 29. Oktober 1987 GmS OGB 1/86 BGHZ 102, 280 [283] und vom 10. Juli 1989 GmS-OGB 1/88 BGHZ 108, 284 [286]; BVerwG, Urteil vom 19. Mai 1994 BVerwG 5 C 33.91 BVerwGE 96, 71 [73] = Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr. 24 S. 2 f.; Beschluss vom 30. Mai 2006 BVerwG 3 B 78.05 NJW 2006, 2568; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 1999 XI ZB 7/99 NJW 2000, 1042). Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient (GmS OGB, Beschlüsse vom 10. April 1986 a.a.O. S. 314 und vom 29. Oktober 1987 a.a.O.; BVerwG, Beschluss vom 30. Mai 2006 a.a.O.). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. Gleichordnungsverhältnisse sind öffentlich-rechtlich, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet (GmS OGB, Beschluss vom 10. Juli 1989 a.a.O. S. 286 f.; BVerwG, Beschluss vom 30.

Mai 2006 a.a.O.).

I. Ordentlicher Rechtsweg

Nach diesen Grundsätzen ist (auch) für Streitigkeiten in Vergabeverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen, weil sie Aufträge unterhalb der Schwellenwerte betreffen, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet (so zu Recht OVG Schleswig, Beschlüsse vom 25. August 1999 2 L 153/98 NordÖR 1999, 512 und vom 8. September 2006 3 O 24/06 juris; OVG Lüneburg, Beschlüsse vom 19. Januar 2006 7 OA 168/05 NVwZ-RR 2006, 845 und vom 14. Juli 2006 7 OB 105/06 NVwZ-RR 2006, 843; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Juli 2006 1 L 59.06 DVBl 2006, 1250; VGH Mannheim, Beschluss vom 30. Oktober 2006 6 S 1522/06 juris; VG Leipzig, Beschluss vom 6. September 2005 5 K 1018/05 SächsVBl 2005, 301; VG Potsdam, Beschluss vom 20. September 2005 3 L 627/05 WuW 2006, 218; VG Osnabrück, Beschluss vom 21. April 2006 1 B 26/06 n.v.; VG Karlsruhe, Beschluss vom 14. Juni 2006 8 K 1437/06 WuW 2006, 862; Dabringhausen, VergabeR 2006, 462 [464 ff.]; Dörr, DÖV 2001, 1014 [1024]; Gröning, ZWeR 2005, 276 [280 ff.]; Heilshorn/Tanneberger, BWGZ 2006, 813 [817]; Irmer, VergabeR 2006, 159 [163 ff.]; Jaeger, ZWeR 2006, 366 [380 ff.]; Kanther, HGZ 2007, 9 [10]; Köster, NZBau 2006, 540 [542 f.]; Losch, VergabeR 2006, 298 [306 f.]; Pietzcker, NVwZ 1983, 121 [124 f.]; ders., NJW 2005, 2881 [2882]; ders., ZfBR 2007, 131 [134 f.]; Ruthig, NZBau 2005, 497 [499 ff.]; Schneider/Häfner, AbfallR 2005, 181 [182 f.]; dies., DVBl 2005, 989 [990 f.]; Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 [556 ff.]; Wilke, NordÖR 2006, 481 [485]). Diese Rechtsauffassung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs, wonach sich die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts bewegt, so dass für Streitigkeiten über die hierbei vorzunehmende Auswahl des Vertragspartners nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist (GmS OGB, Beschluss vom 10. April 1986 GmS-OGB 1/85 a.a.O. S. 316 f.; BVerwG, Urteile vom 7. November 1957 BVerwG 2 C 109.55 BVerwGE 5, 325 [326 f.], vom 6. Juni 1958 BVerwG 7 C 227.57 BVerwGE 7, 89 [90 f.], vom 8. März 1962 BVerwG 8 C 160.60 BVerwGE 14, 65 [71 f.] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 42 S. 76, vom 13. März 1970 BVerwG 7 C 80.67 BVerwGE 35, 103 [104 f.] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 88 S. 11 f. und vom 10. November 1972 BVerwG 7 C 37.70 Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 122 S. 54 f.; BGH, Urteil vom 6. Juni 1967 VI ZR 214/65 NJW 1967, 1911). Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei der Entscheidung über die Vergabe eines

öffentlichen Auftrags keine gesetzliche Verpflichtung zu bevorzugter Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises zu beachten ist.

II. Verwaltungsrechtsweg

Der in der neueren Rechtsprechung und Literatur vertretenen Gegenauffassung (OVG Koblenz, Beschlüsse vom 25. Mai 2005 7 B 10356/05 DVBl 2005, 988 und vom 14. September 2006 2 B 11024/06 DÖV 2007, 39; OVG Münster, Beschlüsse vom 20. September 2005 15 E 1188/05 NVwZ-RR 2006, 223, vom 4. Mai 2006 15 E 453/06 NVwZ 2006, 1083 und vom 11. August 2006 15 E 880/06 NVwZ-RR 2006, 842; OVG Bautzen, Beschluss vom 13. April 2006 2 E 270/05 ZfBR 2006, 511; VG Koblenz, Beschluss vom 31. Januar 2005 6 L 2617/04 ZfBR 2005, 504; VG Trier, Beschluss vom 12. August 2005 2 L 794/05.TR juris; VG Neustadt, Beschlüsse vom 19. Oktober 2005 4 L 1715/05.NW WuW 2006, 456 und vom 20. Februar 2006 4 L 210/06.NW juris; VG Münster, Beschluss vom 14. Juni 2006 1 L 349/06 NWVBl 2006, 470; VG Dessau, Beschluss vom 4. September 2006 1 B 187/06 juris; VG Meiningen, Beschluss vom 16. Januar 2007 2 E 613/06 Me juris; Braun, SächsVBl 2006, 249 [256 ff.]; Bungenberg, WuW 2005, 899 [902 ff.]; Frenz, VergabeR 2007, 1 [14]; Hermes, JZ 1997, 909 [915]; Hölzl/Gabriel, AbfallR 2005, 259 [262 f.]; Huber, JZ 2000, 877 [882]; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 25a; Niestedt/Hölzl, NJW 2006, 3680 [3682]; Niestedt/Hellriegel, VergabeR 2005, 479 [480 f.]; Prieß/Hölzl, ZfBR 2005, 593; Pünder, VerwArch 95 [2004], 38 [57]; Rennert, DVBl 2006, 1252 f.; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 40 Rn. 339 f.; U. Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 1024 ff.) folgt der Senat aus den nachstehenden Gründen nicht:

III. Stellungnahme des BVerwG

1. Abschied von der "Zwei-Stufen-Theorie" im Vergaberecht: Vergabe als einheitlicher Vorgang

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird der Staat als Nachfrager am Markt tätig, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 1 BvR 1160/03 NJW 2006, 3701 [3702 Rn. 52]). Die von der öffentlichen Hand abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge gehören ausschließlich dem Privatrecht an (Urteile vom 7. November 1957 a.a.O. S. 326, vom 8. März 1962 a.a.O. S. 72 bzw. S. 76 und vom 13. März 1970 a.a.O. S. 105 bzw. S. 12; BGH, Urteile vom 26. Oktober 1961 KZR 1/61 BGHZ 36, 91 [96], vom 6. Juni 1967 a.a.O. und vom 14. Dezember 1976 VI ZR 251/73 NJW 1977, 628 [629]; OVG Lüneburg, Beschluss vom 14. Juli 2006 a.a.O. S. 844; Gröning, a.a.O. S. 280;

Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, § 29 Rn. 6; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 17 Rn. 31; Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 40 Rn. 334; Vygen, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 15. Aufl. 2006, Einl. Rn. 10). Das gleiche gilt für das dem Abschluss des Vertrages vorausgehende Vergabeverfahren, das der Auswahl der öffentlichen Hand zwischen mehreren Bietern dient. Mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen entsteht zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, welches bis zur Auftragsvergabe an einen der Bieter andauert. Die öffentliche Hand trifft in diesem Vergabeverfahren eine Entscheidung über die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung, die die Rechtsnatur des beabsichtigten bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts teilt. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen (Urteil vom 8. März 1962 a.a.O. S. 72 bzw. S. 77; BGH, Urteil vom 16. November 1967 III ZR 12/67 BGHZ 49, 77 [80]; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn. 250; ders., in: Erichsen/Ehlers, a.a.O., § 3 Rn. 47; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, a.a.O., § 29 Rn. 6; Jaeger, a.a.O. S. 381; Maurer, a.a.O. § 17 Rn. 31; Siegel, DÖV 2007, 237 [241 f.]; Ziekow/Siegel, ZfBR 2004, 30 [32 f.]).

2. Kongruenz zur Sekundärebene (Haftungsrecht)

Die privatrechtliche Einordnung der Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Grundsätzen der Haftung bei einer öffentlichen Ausschreibung. Danach kommt mit der Ausschreibung und der Beteiligung des Bieters am Ausschreibungsverfahren ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zu Stande, das die Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann, etwa wenn der öffentliche Auftraggeber im weiteren Verlauf des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts zum Nachteil des Bieters nicht einhält (BGH, Urteile vom 8. September 1998 X ZR 48/97 BGHZ 139, 259 [260 ff.], vom 16. Dezember 2003 X ZR 282/02 NJW 2004, 2165 und vom 1. August 2006 X ZR 115/04 ZfBR 2007, 40 [41]). Der Bundesgerichtshof ordnet das im Vergabeverfahren bestehende vertragsähnliche Vertrauensverhältnis und einen hieraus entstehenden Schadensersatzanspruch zu Recht ersichtlich dem Privatrecht zu. Nichts anderes gilt für den hier geltend gemachten (Primär-)Anspruch auf ordnungsgemäße Auswahl im Vergabeverfahren.

3. Nicht jede öffentliche Aufgabe wird auch öffentlich-rechtlich erledigt

Für die Bestimmung des Rechtswegs ist es unerheb-

lich, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch zumindest mittelbar öffentliche Aufgaben wahrnimmt und dass die Abgrenzung zur Wirtschaftsförderung und -lenkung im Einzelfall fließend sein kann (vgl. hierzu Kopp, BayVBl 1980, 609 [611]; Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 40 Rn. 334 f.). Aus der Tatsache, dass staatliche Maßnahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, kann nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass die öffentliche Hand sich auch öffentlich-rechtlicher Mittel zur Erreichung dieser Ziele bedient (Urteile vom 13. März 1970 a.a.O. S. 105 bzw. S. 12 und vom 19. Mai 1994 a.a.O. S. 74 bzw. S. 4; Beschluss vom 18. Oktober 1993 BVerwG 5 B 26.93 BVerwGE 94, 229 [232] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 267 S. 53). Die öffentliche Verwaltung kann die ihr anvertrauten öffentlichen Aufgaben, wenn und soweit keine öffentlich-rechtlichen Normen oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen, auch in der Form und mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen (Urteile vom 11. Februar 1993 BVerwG 4 C 18.91 BVerwGE 92, 56 [64 f.] = Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 61 S. 55 und vom 19. Mai 1994 a.a.O. S. 74 bzw. S. 4; Beschlüsse vom 18. Oktober 1993 a.a.O. S. 231 f. bzw. S. 53 f. und vom 15. November 2000 BVerwG 3 B 10.00 Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 286 S. 3; BGH, Urteil vom 5. April 1984 III ZR 12/83 BGHZ 91, 84 [95 f.]). Maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns; ist diese wie hier privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit (Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 40 Rn. 316).

4. Grundrechtsbindung irrelevant

9dd) Für den Rechtsweg ebenfalls nicht entscheidend ist der Umstand, dass die öffentliche Hand im Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Ob und in welchem Umfang bei der Auswahl eines Vertragspartners durch die öffentliche Hand eine derartige Bindung besteht, ist keine Frage des Rechtswegs, sondern der zu treffenden Sachentscheidung (GmS-OGB, Beschluss vom 10. April 1986 a.a.O. S. 316 f.). Das Zivilrecht wird insoweit als "Basisrecht" von den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bindungen überlagert (Pietzcker, NVwZ 1983, 121 [122 und 124 f.]; ders., ZfBR 2007, 131 [134 f.]).

a. Verwaltungsprivatrecht allgemein

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs wird dort, wo sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben privater Gestaltungsformen bedient, die Privatrechtsordnung lediglich in einzelnen Punkten durch öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert und überlagert, ohne dass darum das Verwaltungshandeln

selbst dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre (sog. Verwaltungsprivatrecht); infolgedessen haben über derartige öffentlich-rechtliche Bindungen des privatrechtlichen Verwaltungshandelns die ordentlichen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit mit zu entscheiden (Beschlüsse vom 6. März 1990 BVerwG 7 B 120.89 Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 244 = NVwZ 1990, 754 und vom 29. Mai 1990 BVerwG 7 B 30.90 Buchholz 415.1 AllgKommR Nr. 103 = NVwZ 1991, 59; BGH, Urteile vom 5. April 1984 a.a.O. S. 96 f., vom 17. Juni 2003 XI ZR 195/02 BGHZ 155, 166 [173 ff.] und vom 21. Juli 2006 V ZR 158/05 NVwZ 2007, 246; Beschluss vom 7. Dezember 1999 a.a.O. S. 1043). Die Frage, welcher Rechtsweg für Streitigkeiten bei der „unterschwellig“ Vergabe öffentlicher Aufträge gegeben ist, hängt vor diesem Hintergrund nicht entscheidend davon ab, ob Vergaberecht öffentliches Recht ist (vgl. zu Letzterem Rennert, DVBl 2006, 1252 ff.; U. Stelkens, a.a.O., S. 414 ff.).

b. Gleichbehandlungsgebot insbesondere

Insbesondere die Bindung der im Vergabeverfahren vorzunehmenden Auswahl an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG führt nicht dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bieter als öffentlich-rechtlich anzusehen ist. Jede staatliche Stelle hat unabhängig von der Handlungsform den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 a.a.O. S. 3703 Rn. 64). Diese Bindung kann daher für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich nicht entscheidend sein. Andernfalls wäre nahezu jedes Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger angesichts der umfassenden Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG als öffentlich-rechtlich anzusehen; für die Annahme privatrechtlichen Handelns der öffentlichen Hand bliebe letztlich kein Raum mehr (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Juli 2006 a.a.O. S. 1252; Dörr, a.a.O. S. 1024). Öffentlich-rechtliche Bindungen der Verwaltung, die im Kern nur aus der Bindung an den Gleichheitssatz bestehen, führen nicht dazu, deren Handeln als öffentlich-rechtlich einzustufen und den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu bejahen. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge besteht die Bindung der öffentlichen Hand im Kern aber allein in der Bindung an den Gleichheitssatz, welcher verlangt, dass jeder Bewerber eine faire Chance erlangt, nach Maßgabe der für den jeweiligen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 a.a.O. S. 3703 Rn. 65). Diese Anforderungen an die Wettbewerbsgleichheit der Bieter berühren indes nicht die privatrechtlichen Grundlagen des Rechtsverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bieter und machen die Streitigkeit zwischen dem unterlegenen Bieter und dem öf-

fentlichen Auftraggeber deshalb nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Dies alles gilt auch mit Blick auf die dem europäischen Gemeinschaftsrecht zu entnehmenden Gebote der Gleichheit und Nichtdiskriminierung, denen der Europäische Gerichtshof bestimmte Anforderungen an das bei der Vergabe von binnenmarkt-relevanten Aufträgen einzuhaltende Verfahren (Transparenz, Unparteilichkeit) entnimmt (vgl. dazu die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinie fallen, vom 1. August 2006, ABI Nr. C 179, S. 2, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs).

5. Kein Rückgriff auf haushaltsrechtliche Regelungen

Etwas anderes folgt auch nicht aus den haushaltsrechtlichen Bindungen der öffentlichen Hand bei der Vergabe von Aufträgen.

a. Haushaltsrecht als reines Innenrecht der Verwaltung

Das Oberverwaltungsgericht hat auf § 25 Abs. 1 der Gemeindehaushaltsverordnung NRW (GemHVO NRW) hingewiesen, wonach der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Nach § 25 Abs. 2 GemHVO NRW sind bei der Vergabe von Aufträgen in einer finanziellen Größenordnung unterhalb der durch die Europäische Union festgelegten Schwellenwerte die Vergabebestimmungen anzuwenden, die das Innenministerium bekannt gibt. Nach Nr. 4 der insoweit einschlägigen „Vergabegrundsätze für Gemeinden (GV) nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) (Kommunale Vergabegrundsätze“ (RdErl. d. Innenministeriums vom 22. März 2006, MBl NRW 2006, 222) sollen bei Aufträgen über Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte grundsätzlich die Teile A (Abschnitt 1), B und C der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) in der jeweils geltenden Fassung angewendet werden. Derartige haushaltsrechtliche Regelungen wie auch § 55 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) sind reines Innenrecht und binden den öffentlichen Auftraggeber allein im Innenverhältnis, nicht aber im Außenverhältnis gegenüber den Bieter. Das Haushaltsrecht dient nicht der Sicherung des Wettbewerbs oder der Einrichtung einer bestimmten Wettbewerbsordnung für das Nachfrageverhalten des Staates. Ziel der haushaltsrechtlichen Vorgaben ist vielmehr ein wirtschaftlicher und sparsamer Umgang mit Haushaltsmitteln, der im öffentlichen Interesse liegt. Der Wettbewerb der Anbieter um einen ausgeschriebenen Auftrag wird als Mittel genutzt, um dieses Ziel zu erreichen, ist aber

nicht selbst Ziel der haushaltsrechtlichen Normen (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 a.a.O. S. 3703 Rn. 62).

Die Einordnung des allgemeinen Haushaltsrechts als Innenrecht wird durch die Gesetzgebungsmaterialien zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl I S. 2512) bestätigt, mit dem das sog. Kartellvergaberecht der §§ 106 ff. GWB a.F. (jetzt: §§ 97 ff. GWB) für die Vergabe oberhalb der Schwellenwerte in das GWB eingefügt wurde. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten die Bieter mit § 106 Abs. 7 GWB a.F. (jetzt: § 97 Abs. 7 GWB) erstmals ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe erhalten (BTDrucks 13/9340 S. 1 f.). Der Gesetzgeber ist also davon ausgegangen, dass es sich bei den haushaltsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe von Aufträgen allein um Innenrecht handelt.

Ist der Geltungsanspruch der einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften mithin auf den staatlichen Innenbereich beschränkt, so können diese Vorschriften allenfalls mittelbar in der Weise in das Außenverhältnis zwischen den staatlichen Auftraggebern und den Bieter hineinwirken, dass sie eine entsprechende Verwaltungspraxis nach sich ziehen, welche ihrerseits Grundlage von Ansprüchen der Bieter auf Gleichbehandlung ist. Allein mit einer auf dem Gleichheitssatz beruhenden Bindung der öffentlichen Hand kann jedoch, wie bereits ausgeführt, die Qualifizierung des betroffenen Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich nicht begründet werden, weil die öffentliche Hand umfassend und damit auch bei privatrechtlichem Handeln an den Gleichheitssatz gebunden ist.

b. Keine Rechtsnormqualität der VOB/A

Aus demselben Grund kommt es auch nicht auf den Umstand an, dass der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bausektor regelmäßig die VOB/A zu Grunde gelegt wird. Die VOB/A ist jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB (vgl. Vygen, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., Einl. Rn. 37) nicht wie eine Rechtsnorm anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1991 VII ZR 203/90 BGHZ 116, 149 [151]; OLG Stuttgart, Urteil vom 11. April 2002 2 U 240/01 juris). Eine Bindung der öffentlichen Auftraggeber an die VOB/A im Außenverhältnis gegenüber den Bieter wird demzufolge ebenfalls nur über Art. 3 Abs. 1 GG und den hieraus abzuleitenden Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung bewirkt (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 a.a.O. S. 3703 Rn. 65; BGH, Urteil vom 21. November 1991 a.a.O. S. 152).

6. Nochmals: Keine Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht

Eine öffentlich-rechtliche Einordnung der Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bieter lässt sich schließlich auch nicht durch Heran-

ziehung der so genannten Zweistufentheorie (vgl. dazu bereits Urteile vom 6. Juni 1958 a.a.O. S. 90 ff. und vom 8. März 1962 a.a.O. S. 67 f. bzw. S. 73) erreichen. Die Zweistufentheorie ist nur dann zur rechtlichen Bewertung eines Vorgangs angemessen, wenn dieser durch eine Mehrphasigkeit der Aufgabenwahrnehmung gekennzeichnet ist (vgl. Beschluss vom 15. November 2000 a.a.O. S. 4). Das ist typischerweise dann der Fall, wenn die Entscheidung über das „Ob“ einer öffentlichen Leistung etwa die Gewährung einer Subvention durch Verwaltungsakt erfolgt, während deren Abwicklung das „Wie“ mittels eines privatrechtlichen Vertrages durchgeführt wird (vgl. Urteil vom 8. März 1962 a.a.O. S. 68 bzw. 73; Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 40 Rn. 327).

Die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unterscheidet sich hiervon jedoch wesentlich. Das Vergabeverfahren ist nämlich seiner Struktur nach gerade nicht zweistufig; vielmehr erfolgt die Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern im Regelfall unmittelbar durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem der Bieter durch Zuschlag (vgl. § 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Hiernach fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für eine „erste Stufe“, auf der eine nach öffentlichem Recht zu beurteilende selbstständige „Vergabeentscheidung“ fallen könnte. Durch die Anwendung der Zweistufentheorie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge würde vielmehr ein einheitlicher Vorgang künstlich in zwei Teile aufgespalten. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen, vor allem die Bindung an den Gleichheitssatz, denen die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt, zwingen nicht zur Annahme einer „ersten Stufe“ bei der Auftragsvergabe in Form einer gesonderten „Vergabeentscheidung“. Die öffentlich-rechtliche Überlagerung der privatrechtlichen Auftragsvergabe kann vielmehr ohne Weiteres nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts bewältigt werden, indem die ordentlichen Gerichte über die

Ergänzungen, Modifizierungen und Überlagerungen des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Bindungen mit zu entscheiden haben.

7. Keine Anwendbarkeit von Art. 19 IV GG

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG fordert ebenfalls kein anderes Ergebnis, denn ihr Normbereich ist für den Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht einschlägig. Öffentliche Aufträge werden nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Vorschrift vergeben (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 a.a.O. S. 3702 Rn. 50 ff.).

Zudem ist anerkannt, dass der Zivilrechtsweg und der Verwaltungsrechtsweg, wie sich schon aus der Aufgangzuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ergibt, unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes prinzipiell gleichwertig sind (Beschluss vom 29. Mai 1990 a.a.O.). Soweit in der Rechtsprechung auf Art. 19 Abs. 4 GG als Argument für den Verwaltungsrechtsweg hingewiesen wird, kann dem daher nicht gefolgt werden. Ebenso unergiebig ist Art. 19 Abs. 4 GG für die Frage, ob von einer Zweistufigkeit des Vergabeverfahrens auszugehen ist. Entscheidend für die Effektivität des Rechtsschutzes bei der „unterschwellig“ Vergabe öffentlicher Aufträge ist sofern man entsprechend den Regelungen im sog. Kartellvergaberecht (vgl. § 114 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 123 Satz 4 GWB) auch hier von einem Ausschluss des Primärrechtsschutzes nach Erteilung des Zuschlags ausgeht nicht die Zweistufigkeit des Verfahrens, sondern die rechtzeitige Information der Mitbieter über die beabsichtigte Auswahlentscheidung (vgl. Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 [765]).

C. Ergebnis

Der Rechtsstreit ist hiernach an das im Zivilrechtsweg sachlich und örtlich zuständige Landgericht Essen zu verweisen (§ 17a Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 23 Nr. 1 GVG, § 17 Abs. 1 ZPO).

Standort: § 47 VwGO

Problem: Antragsfrist bei erneuter Bekanntmachung

OVG NRW, URTEIL VOM 02.03.2007
7 D 53/06.NE (NWVBL 2007, 305)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine erneute Bekanntmachung eines Bebauungsplans die Frist des § 47 II 1 VwGO erneut in Gang setzt. Das OVG bejaht dies - in Übereinstimmung mit dem BVerwG - nur für den Fall, dass Gegenstand der erneuten Bekanntmachung die Änderung solcher Rechtsvorschriften war, die mit dem Normenkontrollantrag angefochten worden sind. Werden hingegen andere Vorschriften als die mit der Normenkontrolle angefochtenen geändert oder unterbleibt -

wie hier - eine inhaltliche Änderung des Bebauungsplans ganz, weil die zweite Bekanntmachung nur der Heilung eines formellen Fehlers dienen sollte, wird keine neue Frist in Gang gesetzt. Das Gericht begründet diese Ansicht vor allem mit dem vom Gesetzgeber intendierten Vertrauensschutz in den Bestand des Bebauungsplans.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist für alle Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO interessant und kann ohne Mühe in eine Klausur eingebaut werden.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Frist des § 47 II 1 VwGO im für die Entscheidung des OVG NRW

maßgeblichen Zeitpunkt noch zwei Jahre betrug, mittlerweile aber auf ein Jahr verkürzt worden ist. Der Gesetzgeber hat damit der Änderung des § 215 BauGB Rechnung getragen, der bestimmte Fehler im Bebauungsplan nunmehr einheitlich auch nach einem Jahr für unbeachtlich erklärt. Prozessuale und materielle Rügefrist sind nunmehr synchron.

Vertiefungshinweise:

- Fristbeginn nach § 47 II 1 VwGO bei fehlerhafter Bekanntmachung: *BVerwG*, BRS 58 Nr. 49; *NVwZ* 2004, 1122
- Fristbeginn nach § 47 II 1 VwGO bei erneuter Bekanntmachung: *BVerwGE* 120, 82
- Keine Wiedereinsetzung in die Frist des § 47 II 1 VwGO: *OVG NRW*, RA 2005, 252 = *NVwZ-RR* 2005, 290
- Normenkontrolle gegen Bebauungsplan bei Befangenheit eines Ratsmitglieds: *OVG NRW*, RA 2003, 585 = *NVwZ-RR* 2003, 667

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Alles nur eine Frage der Form"

Leitsatz:

Die Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO wird durch die zweite Bekanntmachung eines Bebauungsplans nicht erneut in Gang gesetzt, wenn die neuerliche Bekanntmachung des unveränderten Bebauungsplans lediglich einen etwaigen Ausfertigungsmangel heilen soll.

Sachverhalt:

Der ASt. ist Eigentümer von Grundstücken im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. 229 der Ag. Der Bebauungsplan Nr. 229 wurde vom Rat der Ag. am 25.3.2004 als Satzung beschlossen und am 8.5.2004 öffentlich bekannt gemacht. Am 11.5.2006, einem Donnerstag, reichte der ASt. den Normenkontrollantrag bei dem OVG ein. Am 31.7.2006 wurde der Bebauungsplan auf Anordnung des Bürgermeisters rückwirkend zum 8.5.2004 erneut bekannt gemacht, "um einen möglichen Ausfertigungsmangel rückwirkend zu heilen". Der Normenkontrollantrag wurde als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen:

Gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO in der hier noch maßgebenden Fassung muss ein Normenkontrollantrag innerhalb von zwei Jahren nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden. Der Bebauungsplan Nr. 229 wurde am 8.5.2004 öffentlich bekannt gemacht. Der Normenkontrollantrag ist jedoch erst nach Ablauf von zwei Jahren am 11.5.2006 mit Schriftsatz vom selben Tage und damit verspätet bei Gericht

eingegangen. Ungeachtet des Umstandes, dass eine Wiedereinsetzung in die Versäumung der Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO nach der Rechtsprechung des Senats nicht möglich ist (vgl. *OVG NRW*, Urt. v. 25. 11. 2004 - 7 a D 113/04.NE), hat der Antragsteller auch keinen Wiedereinsetzungsantrag gestellt oder Gründe für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Antragsfrist geltend gemacht; solche Gründe sind auch nicht ersichtlich.

A. Begriff der Bekanntmachung

Ob der Bebauungsplan vor seiner Bekanntmachung am 8.5.2004 wirksam ausgefertigt war, ist für den Fristablauf ohne Belang. Vielmehr genügt es, dass der Bebauungsplan als Rechtsnorm mit formellem Geltungsanspruch veröffentlicht worden ist. Das Tatbestandsmerkmal der Bekanntmachung i.S.d. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO setzt eine förmliche "Verkündung" oder eine sonstige tatsächliche Handlung voraus, aus der sich ergibt, dass die Satzung als Rechtsnorm gelten soll; nicht entscheidend ist, ob der Vorgang der Bekanntmachung den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bekanntmachung entspricht (vgl. *BVerwG*, BRS 58 Nr. 49; *NVwZ* 2004, 1122).

B. Erneute Bekanntmachung

Die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO wurde auch nicht durch die erneute Bekanntmachung des Bebauungsplans am 31.7.2006 erneut in Gang gesetzt.

I. Neue Frist nur bei Anfechtung geänderter Vorschriften

Wird ein Bebauungsplan nach seiner erstmaligen Bekanntmachung nicht fristgerecht mit dem Normenkontrollantrag angegriffen, setzt die neuerliche Bekanntmachung die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO nur dann in Gang, wenn die geänderte Satzung neue Rechtsvorschriften enthält, die nunmehr angegriffen werden (vgl. *BVerwGE* 120, 82). Weder aus dem Wortlaut des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO noch aus seinem Sinn und Zweck folgt entgegen der Annahme des Antragstellers etwas anderes.

1. Wortlaut

Der Wortlaut der Vorschrift gibt keinen zwingenden Anhalt, nicht nur die erste Bekanntmachung, sondern jede weitere Bekanntmachung ermögliche erneut einen Normenkontrollantrag gegen eine inhaltlich unveränderte Satzung.

2. Teleologie

Ein solches Verständnis des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO wäre vielmehr mit Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren. Die Zweijahresfrist dient der Rechtssicherheit und soll deshalb den Angriff gegen Rechtsvorschriften im Normenkontrollverfahren aus-

schließen, auf deren Rechtsgültigkeit die zuständigen Behörden und auch die berührten Bürger vertraut haben (vgl. Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze, BT-Drucks. 13/3993, S. 10; BayVGH, NVwZ-RR 2006, 286).

Die Rechtslage ist hier vergleichbar mit den Regelungen des § 215 Abs. 1 BauGB über die Frist für die Geltendmachung der dort benannten Verfahrens-, Form- und materiellen Abwägungsmängel eines Bebauungsplans. Wird ein Bebauungsplan zur Behebung beispielsweise eines Ausfertigungsmangels gem. § 214 Abs. 4 BauGB ein zweites Mal bekannt gemacht, so werden die Fristen des § 215 Abs. 1 BauGB nicht erneut in Lauf gesetzt. Maßgeblich ist grundsätzlich die ursprüngliche Bekanntmachung des Plans. Die Annahme, dass der Gesetzgeber mit einer zur Behebung formeller Mängel zulässigen neuen Bekanntmachung etwa auch eine erneute Prüfung der Abwägung ermöglichen wollte, wäre mit dem Zweck der §§ 214 ff. BauGB, den Bestand der gemeindlichen Bauleitplanung zu sichern, unvereinbar (vgl. BVerwG, BRS 59 Nr. 31).

II. Vertrauensschutz auch bei erneuter, rückwirkender Bekanntmachung zur Behebung von Mängeln

Das Vertrauen auf den Bestand des Bebauungsplans ist auch dann schützenswert, wenn der Satzungsgeber (mögliche) Mängel der Ausfertigung zum Anlass einer (vorsorglichen) erneuten (rückwirkenden) Bekanntmachung der Satzung macht. Regelmäßig - und so auch hier - stehen Ausfertigungsmängel der Bildung schützenswerten Vertrauens in die Gültigkeit des Bebauungsplans bei den Planbetroffenen nicht entgegen. Die neuerliche Bekanntmachung des Bebauungsplans bestärkt das Vertrauen in den Bestand des Bebauungsplans, denn mit ihr bringt die Gemeinde zum Ausdruck, dass an dem Bebauungsplan ohne inhaltliche Änderungen festgehalten werden soll. Demgegenüber ist ein etwaiges Vertrauen in die Unwirksamkeit einer Norm nicht schutzwürdig (vgl. Berliner Kommentar, BauGB, 3. Aufl., § 214 RdNr. 95).

III. Gegenansichten

Aus den vom Antragsteller zitierten Entscheidungen und Kommentarstellen ergeben sich keine der vorstehenden Auffassung des Senats entgegenstehenden Gesichtspunkte. Das Sächs. OVG hat mit Urteil vom 14.2.1996 (SächsVBl. 1997, 56, hierauf verweisend auch: Kopp, VwGO, 14. Aufl., § 47 RdNr. 83; ferner Redeker/von Oertzen, VwGO, 14. Aufl., § 47 RdNr. 26) darauf abgehoben, die in Nr. 1 des Gesetzes zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BGBl. I 1993, 487, für den Normenkontrollantrag bestimmte Dreimonatsfrist werde erneut in Gang gesetzt, wenn zur Behebung eines auf landesrechtlichen Vorschriften beruhenden Bekanntmachungsfehlers die Satzung über eine Veränderungssperre erneut bekannt gemacht wird, denn mit der neuerlichen Bekanntmachung werde bei den Adressaten ein Vertrauenstatbestand erzeugt. Diese Ansicht ist jedenfalls dann nicht überzeugend, wenn es um die erneute Bekanntmachung eines Bebauungsplans wegen Heilung eines Ausfertigungsfehlers geht, denn dann kann sich ein (angebliches) Vertrauen eines Antragstellers allenfalls darauf beziehen, er könne den Bebauungsplan deshalb erneut angreifen, weil der Fehler nicht geheilt sei. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes vermag aber auch in Bezug auf diesen Gesichtspunkt letztlich deshalb nicht zu überzeugen, weil die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO auch den Interessen derjenigen dient, die sich auf den Bestand des Bebauungsplans eingerichtet haben. Das durch die Fristbestimmung geschützte Vertrauen auf den Bestand des Bebauungsplans einer meist nicht genau bestimmten Zahl Dritter, die von potenziellen Antragstellern nicht selten keine Kenntnis haben (können), steht der Annahme entgegen, eine lediglich auf etwaige Ausfertigungsmängel bezogene Neubekanntmachung eines Bebauungsplans eröffne die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO auch dann erneut, wenn Mängel der Ausfertigung oder der neuerlichen Bekanntmachung nicht in Streit stehen. [...]

*Zivilrecht***Standort: Mietrecht****Problem: Kündigung**

BGH, URTEIL VOM 18.04.2007
VIII ZR 182/06 (NJW 2007, 2177)

Problemdarstellung:

Die Parteien hatten ein wirksamen zeitlich befristeten Mietvertrag geschlossen. Mit Schreiben vom 16.09.2002 kündigte die Bekl. den Mietvertrag zum 01.01.2003. Der Kl. widersprach der Kündigung unter Hinweis auf die Befristung des Vertrages. Etwa ein Jahr vor Ablauf der Mietzeit stellte die Bekl. Schimmelbildung an der Tapete hinter dem Schrank und hinter dem Bett fest. Unter dem 06.12.2002 erklärte die Bekl. die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses. Als Grund für die Kündigung gab sie im Kündigungsschreiben unter Bezugnahme auf den Schimmelpilzbefall an, dass sie unter Neurodermitis und Asthma leide. Weiterhin gab sie an, in den letzten Monaten laufend Hautausschlag und des öfteren Asthmaanfalle gehabt zu haben. Einige Tage danach zog die Bekl. aus der Wohnung aus und zahlte keine Miete mehr.

Der Kl. hat die Zahlung der Miete für die zwölf Monate von Januar bis Dezember 2003 in Höhe von insgesamt 2.760 € nebst Zinsen begehrt. Die Bekl. hat von dem Kl. im Wege der Widerklage die Rückzahlung der Mietsicherheit in Höhe von 470 € einschließlich 10 € aufgelaufener und zuzüglich weiterer Zinsen beansprucht. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und den Kl. auf die Widerklage verurteilt, an die Bekl. 470 € nebst Zinsen zu zahlen. Die hiergegen eingelegte Berufung des Kl. hat das BerGer. mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Kl. auf die Widerklage verurteilt wird, an die Bekl. 460 € nebst Zinsen zu zahlen. Wegen des Mietzinsanspruchs in Höhe von zuletzt ca. 2.300 € und der Widerklage hat das BerGer. die Revision zugelassen. Mit seiner Revision erstrebt der Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 2.332,76 € nebst Zinsen und die Abweisung der Widerklage.

Prüfungsrelevanz:

Die hier vorliegende Entscheidung beinhaltet Probleme, die leicht in Examensklausuren eingearbeitet werden können. Zum einen präzisieren die erkennende Senat erneut die Anforderungen an ein befristetes Mietverhältnis. Grundsätzlich kann ein Mietverhältnis über Wohnraum nur unbefristet geschlossen werden.

Darin kommt der Mieterschutz zum Ausdruck. Daher sind an die Ausnahmeregelungen bzgl. der Befristung besondere Anforderungen zu stellen. Ein Mietverhältnis über Wohnraum kann nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 575 I BGB auf bestimmte Zeit eingegangen werden. Der Vermieter muss dem Mieter den Befristungsgrund bei Vertragsschluss schriftlich mitteilen. Anderenfalls gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 575 I 2 BGB. Vorliegend hatte der Kl. der Bekl. bei Vertragsschluss formgemäß mitgeteilt, dass er beabsichtige, das Gebäude nach Ablauf der Frist abzureißen, um dort ein neues Gebäude zu errichten. Gem. § 575 I 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB ist die Befristung wirksam, wenn der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit die Räume in zulässiger Weise beseitigen will, und er dem Mieter den Grund der Befristung bei Vertragsschluss schriftlich mitteilt. Die Mitteilung des Befristungsgrundes soll es dem Mieter ermöglichen, die Berechtigung der Befristung zu überprüfen (vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 70). Bei einem Abriss des Gebäudes, in dem sich die vermieteten Räume befinden, bedarf es keiner näheren Angaben, da eine Beseitigung der Räume - anders als eine bloße Veränderung oder Instandsetzung - zwangsläufig den Auszug des Mieters bedingt, ohne dass es auf Einzelheiten der Baumaßnahme ankommt (AG Freiburg, WuM 1992, 193). Entscheidend ist die Ernsthaftigkeit des Vorhabens seitens des Vermieters. Es darf sich nicht lediglich um eine Schutzbehauptung handeln (Palandt/Weidenkaff, aaO, § 575 Rdnr. 5).

Die Befristung des Mietverhältnisses hat Auswirkungen auf die Kündigung des Mietverhältnisses. Ein Mietverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen ist, endet nach § 542 II BGB mit dem Ablauf dieser Zeit, sofern es nicht in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich gekündigt oder verlängert wird. Daraus folgt, dass ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Mietverhältnis nicht im Wege der ordentlichen Kündigung beendet werden kann (Schmidt-Futterer/Blank, aaO, § 575 Rdnr. 2 f.; a.A. Häublein, ZMR 2004, 1 und MünchKommBGB/Häublein, aaO, § 575 Rdnr. 4 ff.: eine ordentliche Kündigung durch den Mieter ist zulässig). In Betracht kam hier eine außerordentliche Kündigung des Mietvertrages gem. §§ 569 I 1, 543 I 1 BGB. Es hatte sich Schimmel hinter einem Schrank und an der Tapete gebildet. Hierbei gilt es zu beachten, dass eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen erheblicher Gesundheitsgefährdung nach

§ 569 I BGB grundsätzlich erst zulässig ist, wenn der Mieter dem Vermieter zuvor gemäß § 543 III 1 BGB eine angemessene Abhilfefrist gesetzt oder eine Abmahnung erteilt hat. Davon kann nur unter besonderen Umständen Abstand genommen werden.

Aus dem Wortlaut des § 569 I BGB ergibt sich, dass die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung einen besonders geregelten Fall der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 I BGB darstellt. Nach der Gesetzessystematik gilt für die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung deshalb ebenso wie für jede andere außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, dass die Kündigung gemäß § 543 III 1 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht. Eine Fristsetzung oder Abmahnung ist nur unter den Voraussetzungen des § 543 III 2 BGB entbehrlich. Da der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet wird, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten (§ 535 I 2 BGB), verletzt der Vermieter, der einen die Gesundheit gefährdenden Zustand der Mieträume nicht beseitigt, regelmäßig eine Pflicht aus dem Mietvertrag. Auch die Wirksamkeit der Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung setzt demnach grundsätzlich eine Fristsetzung oder Abmahnung voraus.

Einer Fristsetzung oder Abmahnung bedarf es gem. § 543 III 2 BGB ausnahmsweise dann nicht, wenn - was im Falle einer Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung insb. in Betracht kommt - eine Fristsetzung oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht (§ 543 III 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 III 2 Nr. 2 BGB). Vorliegend waren diese Ausnahmegründe nicht ausreichend dargelegt, so dass die Kündigung an der fehlenden Fristsetzung bzw. Abmahnung scheiterte. Insbesondere ist das Vorhandensein von Schimmel alleine kein ausreichender Grund. Denn auch die vollständige Beseitigung von Schimmel ist durchaus innerhalb einer angemessenen Frist möglich. Hier waren dazu fünf Arbeitstage angesetzt. Zudem kann das Lüftungsverhalten des Mieters maßgeblich die Feuchtigkeit in den Mieträumen beeinflussen. Feststellungen, die eine anderweitige Beurteilung des Sachverhaltes zulassen, lagen hier nicht vor.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Begründung des Mietverhältnisses: *Michalski*, ZMR 1999, 141; *Timmer*, NJW 2000, 930; *Börstinghaus*, ZGS 2002, 102;

□ Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *von Westphalen*, NZM 2002, 368; *Ahrens*, ZGS 2003, 134; *Kießling*, JZ 2004, 1146

□ Zur Beendigung des Mietverhältnisses: *Eisenhardt*, MDR 2002, 981; *Rolfs*, ZGS 2003, 289; *Timme*, NJW 2004, 1639

□ Verhältnis von Primär- und Sekundäransprüchen/Nachforschungspflicht des Mieters: *BGH*, RA 2007, 313

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"

□ *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"

□ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsatz:

Die außerordentliche fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum wegen erheblicher Gesundheitsgefährdung nach § 543 I, § 569 I BGB ist grundsätzlich erst zulässig, wenn der Mieter dem Vermieter zuvor gemäß § 543 III 1 BGB eine angemessene Abhilfefrist gesetzt oder eine Abmahnung erteilt hat.

Sachverhalt:

Mit Mietvertrag vom 12.01.2002 vermietete der Kl. der Bekl. eine etwa 30 qm große Wohnung in einem Anbau seines Hauses. Der Mietvertrag war mit der Begründung auf den 31.12.2003 befristet, dass das bestehende Gebäude abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden solle. Die Nettomiete betrug 230 € monatlich. Die Bekl. leistete eine Mietsicherheit von 460 €.

Mit Schreiben vom 16.09.2002 kündigte die Bekl. den Mietvertrag zum 01.01.2003. Der Kl. widersprach der Kündigung unter Hinweis auf die vereinbarte Laufzeit des Mietvertrages bis zum 31. 12.2003. Im November 2002 stellte die Bekl., die in diesem Monat die Wohnung mit Zustimmung des Kl. gemeinsam mit ihrem damaligen Lebensgefährten bewohnte, Schimmelpilzbefall an der Tapete hinter ihrem Schrank und hinter dem Bett fest. Mit Schreiben vom 06.12.2002 erklärte sie die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses. Als Grund für die Kündigung gab sie im Kündigungsschreiben unter Hinweis auf den Schimmelpilzbefall an, dass sie unter Neurodermitis und Asthma leide und in den letzten Monaten laufend Hautauschlag und öfters Asthmaanfälle gehabt habe. Einige Tage später zog die Bekl. aus der Wohnung aus und zahlte keine Miete mehr.

Der Kl. hat von der Bekl. - soweit für die Revision noch von Interesse - die Zahlung der Miete für die zwölf Monate von Januar bis Dezember 2003 in Höhe von insgesamt 2.760 € nebst Zinsen verlangt. Die

Bekl. hat von dem Kl. im Wege der Widerklage die Rückzahlung der Mietsicherheit in Höhe von 470 € einschließlich 10 € aufgelaufener und zuzüglich weiterer Zinsen beansprucht.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und den Kl. auf die Widerklage verurteilt, an die Bekl. 470 € nebst Zinsen zu zahlen. Die hiergegen eingelegte Berufung des Kl. hat das BerGer. mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Kl. auf die Widerklage verurteilt wird, an die Bekl. 460 € nebst Zinsen zu zahlen. Wegen des Mietzinsanspruchs in Höhe von zuletzt 2.332,76 € und der Widerklage hat das BerGer. die Revision zugelassen. Mit seiner Revision erstrebt der Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 2.332,76 € nebst Zinsen und die Abweisung der Widerklage.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das BerGer. im Wesentlichen ausgeführt:

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts sei das Mietverhältnis nicht durch die mit Schreiben vom 16. 09.2002 erklärte ordentliche Kündigung der Bekl. beendet worden. Der Bekl. habe kein ordentliches Kündigungsrecht zugestanden, da das Mietverhältnis bis zum 31.12.2003 befristet gewesen sei. Die Befristung des Mietverhältnisses sei wirksam gewesen. Die Angabe im Mietvertrag, dass das bestehende Gebäude abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden solle, genüge den Anforderungen des § 575 I 1 Nr. 2 BGB.

Der Mietvertrag sei aber durch die fristlose Kündigung der Bekl. vom 06.12.2002 beendet worden. Diese Kündigung sei nach § 543 I 1, § 569 I 1 BGB wegen erheblicher Gesundheitsgefährdung gerechtfertigt gewesen. Den Lichtbildern sei zu entnehmen, dass die Wohnung in gesundheitsgefährdender Weise mit Schimmel befallen gewesen sei. Das Kündigungsrecht sei auch nicht ausgeschlossen. Die Bekl. habe den gesundheitsgefährdenden Zustand nicht zu vertreten. Zwar ergebe sich aus dem Sachverständigengutachten, dass die Schimmelbildung nicht durch Baumängel verursacht worden sei, sondern durch das geringe Rauminhalt der Wohnung zusammen mit dem Lüftungsverhalten der Bekl.. Doch sei das vom Gutachter ermittelte Lüftungsverhalten, bei dem sich eine Schimmelbildung hätte vermeiden lassen, der Bekl. nicht zumutbar gewesen. Denn danach hätte die Wohnung bei alleiniger Nutzung durch die Bekl. bei Abwesenheit während des Tages vier Mal und bei Anwesenheit während des Tages sechs Mal gelüftet werden müssen; bei Nutzung durch zwei Personen, wie im letzten Mo-

nat vor dem Auszug, wäre es erforderlich gewesen, die Wohnung bei Abwesenheit während des Tages fünf Mal und bei Anwesenheit während des Tages zwölf Mal zu lüften. Dies könne von der Bekl. nicht verlangt werden, da sie dann ihren Lebensrhythmus in hohem Maße den Lüftungserfordernissen der Wohnung hätte unterordnen müssen. Der Wirksamkeit der Kündigung stehe nicht entgegen, dass die Bekl. dem Kl. keine Abhilfefrist gesetzt habe. Eine Abhilfefrist sei ebenso wenig erforderlich wie eine vorherige Anzeige. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn der beanstandete Zustand leicht behoben werden könne, was im vorliegenden Fall aber nicht gegeben sei.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Keine Beendigung des Mietverhältnisses durch fristlose Kündigung vom 06.12.2002

Aufgrund der vom BerGer. bislang getroffenen Feststellungen kann nicht angenommen werden, dass die fristlose Kündigung der Bekl. vom 06.12.2002 den Mietvertrag beendet hat. Entgegen der Ansicht des BerGer. ist auch eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen erheblicher Gesundheitsgefährdung nach § 569 I BGB grundsätzlich erst zulässig, wenn der Mieter dem Vermieter zuvor gemäß § 543 III 1 BGB eine angemessene Abhilfefrist gesetzt oder eine Abmahnung erteilt hat. Den Feststellungen des BerGer. ist nicht zu entnehmen, dass im Streitfall die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen eine Fristsetzung oder Abmahnung gemäß § 543 III 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich ist.

a. Kündigung gem. §§ 569 I, 543 III 1 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer Abhilfefrist/Abmahnung

Nach dem bis zum 31.08.2001 geltenden § 544 BGB aF konnte der Mieter im Falle einer erheblichen Gesundheitsgefährdung allerdings grundsätzlich sofort kündigen, also ohne dem Vermieter zuvor den Mangel angezeigt oder eine Abhilfefrist gesetzt zu haben; eine Ausnahme war nur für den Fall anerkannt, dass der Vermieter den beanstandeten Zustand leicht beheben konnte und dem Mieter ein kurzzeitiges Zuwarten zumuten war (OLG Naumburg WuM 2003, 144; OLG Düsseldorf WuM 2002, 267; jeweils m.w.N.). Aus dem Wortlaut des mit Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes am 01.09.2001 geltenden - und auf den am 12.01.2002 geschlossenen Mietvertrag anwendbaren - § 569 I BGB ergibt sich, dass die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsgefährdung einen besonders geregelten Fall der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 I BGB darstellt. Nach der Gesetzessystematik gilt für die außerordentliche fristlose Kündigung wegen einer erheblichen Gesundheitsge-

fährdung deshalb ebenso wie für jede andere außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, dass die Kündigung gemäß § 543 III 1 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag besteht, und dass eine Fristsetzung oder Abmahnung nur unter den Voraussetzungen des § 543 III 2 BGB entbehrlich ist. Da der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet wird, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und zu erhalten (§ 535 I 2 BGB), verletzt der Vermieter, der einen die Gesundheit gefährdenden Zustand der Mieträume nicht beseitigt, regelmäßig eine Pflicht aus dem Mietvertrag. Auch die Wirksamkeit der Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung setzt demnach grundsätzlich eine Fristsetzung oder Abmahnung voraus.

Mit Rücksicht auf den eindeutigen Wortlaut und die klare Systematik des Gesetzes kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber, der mit der Neuregelung des § 569 BGB keine inhaltliche Änderung gegenüber dem bisherigen Recht beabsichtigte (BT-Drs. 14/4553, S. 64), die Vorstellung hatte, es bedürfe bei einer Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung auch nach der Neuregelung keiner Fristsetzung oder Abmahnung; denn diese Überlegung hat im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Auch der Zweck der Regelung, dem Mieter bei einer Gesundheitsgefährdung die Kündigung zu erleichtern, wird durch das grundsätzliche Erfordernis einer Fristsetzung oder Abmahnung nicht in Frage gestellt; in den Fällen der Gesundheitsgefährdung wird eine Fristsetzung oder Abmahnung zudem oftmals nach § 543 III 2 BGB entbehrlich sein (LG Stendal ZMR 2005, 624; BeckOK-BGB/Wöstmann, Stand Juni 2006, § 569 Rdnr. 25; Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., § 569 Rdnr. 9; jurisPK-BGB/Mössner, Stand November 2006, § 569 Rdnr. 28; MünchKommBGB/Schilling, 4. Aufl., § 569 Rdnr. 12; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 569 Rdnr. 9; Schmid/Gahn, Mietrecht, § 569 Rdnr. 3; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 569 Rdnr. 13; a.A. AnwaltKomm-BGB/Hinz, § 569 Rdnr. 17; AnwaltKomm-Wohnraummietrecht/Lammel, 3. Aufl., § 569 Rdnr. 19; Blank/ Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 569 Rdnr. 6; Herrlein in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 569 Rdnr. 12; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 569 Rdnr. 8; Schmid/Wetekamp, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., Kap. 14 Rdnr. 454; Staudinger/Emmerich, BGB [2006], § 569 Rdnr. 14; Schumacher, WuM 2004, 311, 312 f.).

b. Keine Ausnahme vom Fristsetzungs-/ Abmahnerfordernis gem. § 543 III 2 Nr. 1,2 BGB

Das BerGer. hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob die

Voraussetzungen, unter denen nach § 543 III 2 BGB ausnahmsweise eine sofortige Kündigung zulässig ist und für die der Mieter die Darlegungs- und Beweislast trägt (Schmidt-Futterer/Blank, aaO, § 543 Rdnr. 44), erfüllt sind. Einer Fristsetzung oder Abmahnung bedarf es nach § 543 III 2 BGB nicht, wenn - was im Falle einer Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung alleine in Betracht kommt - eine Fristsetzung oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht (§ 543 III 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 III 2 Nr. 2 BGB).

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob, wie das BerGer. angenommen hat, der beanstandete Zustand im vorliegenden Fall nicht leicht hätte behoben werden können. Selbst wenn diese Annahme zuträfe, würde dies nicht bedeuten, dass der Schimmelpilzbefall überhaupt nicht hätte beseitigt werden können und das Setzen einer angemessenen Abhilfefrist deshalb offensichtlich keinen Erfolg versprochen hätte. Davon abgesehen findet diese nicht weiter begründete Annahme des BerGer., wie die Revision zutreffend geltend macht, keine Grundlage im Prozessstoff und widerspricht dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Kl., dass der Schimmelpilzbefall in nur fünf Arbeitsstunden fachgerecht zu beseitigen gewesen sei. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Fristsetzung mangels Erfolgsaussicht entbehrlich war, weil sich ein erneuter Schimmelpilzbefall, wie die Revisionserwiderung einwendet, mit zumutbaren Mitteln nicht hätte vermeiden lassen. Der Sachverständige hat zwar ausgeführt, dass sich eine Schimmelpilzbildung nur bei einem bestimmten - vom BerGer. als unzumutbar angesehenen - Lüftungsverhalten der Bekl. hätte vermeiden lassen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass sich nach einer Beseitigung des Schimmelpilzbefalls zwangsläufig wieder Schimmelpilz gebildet hätte, wenn die Bekl. in einer ihr zumutbaren Weise - also seltener als vom Sachverständigen für erforderlich gehalten - gelüftet hätte. Denn es ist nicht auszuschließen, dass der Kl. einem erneuten Schimmelpilzbefall durch geeignete Maßnahmen (wie etwa dem Anstrich der Tapete mit pilzhemmender Farbe oder dem Einbau einer Belüftung) wirksam hätte vorbeugen können.

2. Keine Richtigkeit der Entscheidung des BerGer. aus anderen Gründen gem. § 561 ZPO

Die Entscheidung des BerGer. stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

a. Keine Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.12.2002

Die Gegenrüge der Revisionserwiderung, das Mietverhältnis sei durch die mit Schreiben vom 16.09.2002 erklärte ordentliche Kündigung der Bekl. spätestens zum 31.12.2002 beendet worden, hat keinen

Erfolg.

aa. Kein ordentliches Kündigungsrecht bei befristetem Mietvertrag, § 542 II BGB

Das BerGer. hat zu Recht angenommen, dass der Bekl. kein ordentliches Kündigungsrecht zustand, weil das Mietverhältnis bis zum 31.12.2003 befristet war. Ein Mietverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen ist, endet nach § 542 II BGB mit dem Ablauf dieser Zeit, sofern es nicht in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich gekündigt oder verlängert wird. Daraus folgt, dass ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Mietverhältnis nicht im Wege der ordentlichen Kündigung beendet werden kann (Schmidt-Futterer/Blank, aaO, § 575 Rdnr. 2 f.; a.A. Häublein, ZMR 2004, 1 und MünchKommBGB/Häublein, aaO, § 575 Rdnr. 4 ff.: eine ordentliche Kündigung durch den Mieter ist zulässig).

bb. Befristung des Mietvertrages war gem. § 575 I 1 Nr. 2 BGB wirksam

Die Befristung des Mietverhältnisses war entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch wirksam. Ein Mietverhältnis kann nach § 575 I 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB auf bestimmte Zeit eingegangen werden, wenn der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit die Räume in zulässiger Weise beseitigen will, und er dem Mieter den Grund der Befristung bei Vertragsschluss schriftlich mitteilt. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

(1) Abriß des Gebäudes genügt i.S.d. § 575 I 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB

Die Angabe im Mietvertrag, dass das bestehende Gebäude abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden solle, genügt, wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, den Anforderungen des § 575 I 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB an die Mitteilung des Befristungsgrundes. Will der Vermieter ein Mietverhältnis nur auf bestimmte Zeit eingehen, weil er das Gebäude, in dem sich die vermieteten Räume befinden, abreißen und an dessen Stelle einen Neubau errichten möchte, setzt die Wirksamkeit der Befristung nicht voraus, dass er im Mietvertrag das genau bezeichnete Abrissdatum und die genau geplante Baumaßnahme auf der Grundlage einer konkreten und genehmigungsfähigen Bauplanung angibt. Die Mitteilung des Befristungsgrundes soll es dem Mieter ermöglichen, die Berechtigung der Befristung zu überprüfen (vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 70). Deshalb muss der Vermieter bei einer Befristung des Mietverhältnisses wegen einer wesentlichen Veränderung oder Instandsetzung der Räume die geplanten Maßnahmen so genau angeben, dass der Mieter beurteilen kann, ob diese Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden und damit eine Befristung nach § 575 I 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB rechtfertigen. Bei einem Abriss des Ge-

bäudes, in dem sich die vermieteten Räume befinden, bedarf es demgegenüber keiner näheren Angaben, da eine Beseitigung der Räume - anders als eine bloße Veränderung oder Instandsetzung - zwangsläufig den Auszug des Mieters bedingt, ohne dass es auf Einzelheiten der Baumaßnahme ankommt (AG Freiburg, WuM 1992, 193; Schmidt-Futterer/Blank, aaO, § 575 Rdnr. 25).

(2) Keine Zweifel an der ernsthaften Verwendungsabsicht des Vermieters i.S.v. § 575 BGB

Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Kl. die Räume nach Ablauf der Mietzeit gar nicht beseitigen wollte, sondern, wie die Revisionserwiderung mutmaßt, den Befristungsgrund nur vorgeschoben hat, um den gesetzlichen Kündigungsschutz zu umgehen und die jeweiligen Mieter aus der Wohnung zu bekommen. Eine Befristung des Mietverhältnisses nach § 575 BGB ist allerdings nur zulässig, wenn der Vermieter bei Abschluss des Mietvertrages die ernsthafte Absicht hat, das Mietobjekt einer der in § 575 BGB bezeichneten Verwendungen zuzuführen (Palandt/Weidenkaff, aaO, § 575 Rdnr. 5). An der Ernsthaftigkeit der Absicht des Kl. bestehen aber nicht deshalb Zweifel, weil er schon mit dem Vormieter der Bekl. eine Befristung des Mietvertrages bis Ende 2001 wegen des geplanten Abrisses des Gebäudes vereinbart hatte. Der Kl. hat durch Vorlage einer Architektenhonorar-Schlussrechnung vom 14.10.2002, mit der für die Grundlagenermittlung, Vorplanung und Entwurfsplanung für einen Neubau auf dem Grundstück, auf dem sich das Gebäude mit der an die Bekl. vermietete Wohnung befindet, 42.636,22 DM in Rechnung gestellt werden, hinreichend belegt, dass er die ernsthafte Absicht hatte, das Gebäude abzureißen und einen Neubau zu errichten.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kommt es nicht darauf an, ob und aus welchen Gründen der Kläger seine Abriss- und Neubaupläne später zurückgestellt oder aufgegeben hat. Entfällt der Grund für die Befristung nach Abschluss des Mietvertrages, führt dies nicht etwa zur Unwirksamkeit der Befristung, sondern lediglich dazu, dass der Mieter nach § 575 III 2 BGB eine Verlängerung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit verlangen kann.

b. Kein Verstoß des Kl. gegen die Schadensminderungspflicht gem. § 254 II BGB

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann die Klage für den Fall, dass die Bekl. den Mietvertrag nicht wirksam gekündigt haben sollte, auch nicht deshalb als überwiegend unbegründet angesehen werden, weil der Kl. dadurch gegen seine Pflicht zur Schadensminderung aus § 254 II BGB verstoßen hätte, dass er die Wohnung nicht bereits vor dem nominellen Vertragsende weitervermietet hat. Da der Kl. keinen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch

geltend macht, ist die das Schadensersatzrecht betreffende Bestimmung des § 254 II BGB schon aus diesem Grund nicht anwendbar; im Übrigen ist die Risikoverteilung bei Nichtnutzung der Mietsache durch § 537 BGB abschließend geregelt, so dass neben dieser Vorschrift § 254 BGB nicht eingreifen und der Mieter gegenüber dem Erfüllungsanspruch auf Zahlung der Miete grundsätzlich nicht einwenden kann, der Vermieter hätte die Mietsache anderweitig vermieten können (vgl. Senatsurteil vom 26.11.1986 - VIII ZR 354/85, WM 1987, 288, unter 2 b bb; Senatsurteil vom 24.09.1980 - VIII ZR 299/79, WM 1980, 1397, unter II 4 b; Müller/Walther/Spielbauer, Miet- und Pachtrecht, Stand 2003, § 537 Rdnr. 15; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 537 Rdnr. 7).

Es ist auch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Kl. einen von der Bekl. gestellten, geeigneten und zumutbaren Nachmieter trotz eines berechtigten Interesses der Bekl. an der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses abgelehnt hätte und aus diesem Grunde seinen Anspruch auf Zahlung der Miete verloren haben könnte (§ 242 BGB; vgl. Senatsurteil vom 22.12.2003 - VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448, unter II 1 c; Senatsurteil vom 22.01.2003 - VIII ZR 244/02, NJW 2003, 1246, unter II A 1; BGHZ 155, 178, 189; OLG Hamm WuM 1995, 577; OLG Karlsruhe WuM 1981, 173; Schmidt-Futterer/Blank, aaO, Nach § 542 Rdnr. 10 ff., 34).

III. Aufhebung der Entscheidung des BerGer und Zurückverweisung an das BerGer.

Das BerGer. kann demnach, soweit es den Mietzinsanspruch des Kl. und die auf Rückzahlung der Mietsicherheit gerichtete Widerklage der Bekl. betrifft, keinen Bestand haben und ist daher insoweit aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst abschließend entscheiden, da jedenfalls zu der Frage, ob die Bekl. ausnahmsweise sofort kündigen konnte, weitere Feststellungen erforderlich sind (§ 563 III ZPO). Die Sache ist daher im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

1. Feststellungen bzgl. des gesundheitsgefährdenden Zustand der Wohnung nicht tragfähig

Die Feststellung des BerGer., dass die Wohnung in gesundheitsgefährdender Weise mit Schimmel befallen gewesen sei, entbehrt bislang einer tragfähigen Grundlage. Das BerGer. hat seine Feststellung lediglich auf drei von der Bekl. zu den Akten gegebene Lichtbilder gestützt. Auf diesen Fotografien ist nur zu erkennen, dass die Tapete an zwei Stellen in einer Breite von etwa 1 bis 2 m und einer Höhe von etwa 30 bis 60 cm mit - das ist unstreitig - Schimmelpilz befallen war. Das BerGer. hat nicht ausgeführt, weshalb dieser Schimmelpilzbefall gesundheitsgefährdend sein sollte.

Die Frage, ob Schimmelpilz in Mieträumen die Gesundheit der Bewohner gefährdet, lässt sich nicht allgemein beantworten und kann in vielen Fällen nur durch ein medizinisches Sachverständigengutachten geklärt werden (vgl. KG ZMR 2004, 513; KG KGR Berlin 2004, 81; LG Berlin GE 2002, 532; LG Berlin ZMR 1999, 27; LG Mainz DWW 1999, 295; LG Mannheim WuM 1988, 360; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, aaO, § 569 Rdnr. 4). Das BerGer. hat, wie die Revision zutreffend rügt, nicht dargelegt, weshalb es im Streitfall für diese Beurteilung keiner medizinischen Sachkenntnis bedarf, oder dass es selbst über die für eine solche Beurteilung erforderliche medizinische Sachkunde verfügt (vgl. BGH, Urteil vom 21.03.2000 - VI ZR 158/99, NJW 2000, 1946, unter II 2 a).

2. Feststellungen bzgl. des Lüftungsverhaltens schöpft das Sachverständigengutachten nicht aus

Die Beurteilung des BerGer., das vom Gutachter ermittelte Lüftungsverhalten, bei dem sich eine Schimmelbildung hätte vermeiden lassen (bei alleiniger Nutzung durch die Bekl. bei Abwesenheit während des Tages viermaliges und bei Anwesenheit während des Tages sechsmaliges Lüften der Wohnung; bei Nutzung durch zwei Personen während des Tages fünfmaliges und bei Anwesenheit während des Tages zwölfmaliges Lüften der Wohnung) sei der Bekl. nicht zumutbar, schöpft den Inhalt des Sachverständigengutachtens nicht aus und trägt den Einwänden des Kl. gegen das Sachverständigengutachten nicht ausreichend Rechnung. Das BerGer. hat nicht berücksichtigt, dass der Sachverständige in seinem Gutachten mit dem „Lüften der Wohnung“ lediglich das Kippen der Fenster für etwa drei bis acht Minuten gemeint hat. Das BerGer. hat zudem den Einwand des Kl., die hohe Lüftungsfrequenz ergebe sich nur daraus, dass der Gutachter seiner Berechnung eine zu hohe Feuchtigkeitsabgabe eines Menschen mit leichter körperlicher Aktivität von 120 g/h zugrunde gelegt habe, zu Unrecht als unerheblich angesehen.

Der Kl. hat zutreffend darauf hingewiesen, dass nach dem vom Bundesumweltamt herausgegebenen „Leitfaden zur Ursachensuche und Sanierung bei Schimmelpilzwachstum in Innenräumen“ bei einem Menschen mit leichter körperlicher Aktivität lediglich eine Feuchteabgabe von 30-40 g/h anzunehmen ist. Er hat weiter vorgetragen, dass die Wohnung bei einem demnach anzusetzenden Mittelwert von 35 g/h nach der im übrigen zutreffenden Rechnung des Sachverständigen - bei Anwesenheit einer Person während des Tages - lediglich alle 10,5 Stunden, also nur zwei Mal - und nicht sechs Mal - am Tag, hätte gelüftet werden müssen. Das BerGer. hat hierzu ausgeführt, auch bei Berücksichtigung einer Feuchtigkeitsabgabe von 35 g/h ergebe sich eine Unzumutbarkeit des zur Schimmelvermeidung erforderlichen Lüftungsverhaltens für den

letzten Monat, in dem die Bekl. die Wohnung zusammen mit ihrem Lebensgefährten genutzt habe; denn auch dann hätte die Wohnung etwa alle 5,5 Stunden gelüftet werden müssen, was der Bekl. nicht zumutbar gewesen sei. Dies erscheint auch unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums, der dem Tatrichter bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs - wie hier des Begriffs der Zumutbarkeit - auf den konkreten Sachverhalt vorbehalten ist, nicht haltbar. Entgegen der Ansicht des BerGer. ist es bei le-

bensnaher Betrachtung durchaus zumutbar, eine etwa 30 qm große Wohnung bei Anwesenheit von zwei Personen während des Tages insgesamt vier Mal durch Kippen der Fenster für etwa drei bis acht Minuten zu lüften. Das BerGer. wird den Sachverständigen daher gegebenenfalls zu dem Einwand des Kl. anhören müssen, auch wenn der Kl. die Anhörung des Sachverständigen bislang nicht ausdrücklich beantragt hat (vgl. BGH, Urteil vom 15.07.1998 - IV ZR 206/97, NJW-RR 1998, 1527, unter 2 a).

Standort: Erbrecht

Problem: Verfügungsbeschränkungen

BGH, BESCHLUSS VOM 15.03.2007
V ZB 145/06 (NJW 2007, 2114)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs.

Die Ast. sind Miteigentümer eines Grundstücks in ungeteilter Erbengemeinschaft. Ursprünglich war auch die P.S. Miterbin. Nach ihrem Tod wurde P.S. beerbt durch den Beteiligten zu 3 als Vorerbe. Die Beteiligte zu 4 ist Nacherbin. Der Beteiligte zu 3 beantragte die Grundbuchberichtigung. Anlässlich dieses Antrags trug das Grundbuchamt im Juli 2005 in Bezug auf das zur Erbengemeinschaft gehörende Grundstück einen Nacherbenvermerk zugunsten der Beteiligten zu 4 ein.

Die Ast. verlangen nun die Löschung des Nacherbenvermerks. Das Grundbuchamt hat dies jedoch abgelehnt. Die gegen die Eintragung gerichtete Grundbuchbeschwerde ist von dem Landgericht zurückgewiesen worden. Das Oberlandesgericht Stuttgart möchte der weiteren Beschwerde der Ast. stattgeben. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 28.04.1984 (Rpfleger 1985, 21) gehindert und hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Prüfungsrelevanz:

In der Sache setzte sich der erkennende Senat mit der Frage auseinander, inwieweit die im Rahmen einer Erbengemeinschaft durch Erbfall bzgl. eines Miterben verfügte Vor- und Nacherbfolge gem. § 2100 BGB Auswirkungen auf die Erbengemeinschaft als solche hat. Eingebettet war dieser Fragestellung in den klausurrelevanten Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 BGB. Zu prüfen war, ob das Grundbuch im Hinblick auf den eingetragenen Nacherbenvermerk gem. § 51 GBO unrichtig war.

Grundsätzlich unterliegt der Vorerbe Verfügungsbeschränkungen gem. §§ 2112 ff. BGB. Dies gilt insbesondere auch für Verfügungen über Grundstücke oder Grundstücksrechte gem. § 2113 I BGB. Um den Nacherben vor einem ungewollten Rechtsverlust durch

gutgläubigen Erwerb zu schützen, ordnet der § 51 GBO an, dass zeitgleich mit der Eintragung des Vorerben in das Grundbuch der sog. Nacherbenvermerk einzutragen ist. Durch einen solchen Vermerk wird der Rechtsschein der Berechtigung zerstört und der Gutgläubigerwerb gem. § 892 I BGB ausgeschlossen.

Allerdings darf ein solcher Vermerk nur eingetragen werden, wenn der Vorerbe in Bezug auf das für ihn eingetragene Recht an dem Grundstück durch die angeordnete Nacherbfolge in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist. Genau ein solcher Fall wurde hier durch den erkennenden Senat verneint. Hier war, bevor sich die Erbengemeinschaft auseinander gesetzt hatte, ein Miterbe verstorben, welcher seinerseits die Vor- und Nacherbfolge testamentarisch angeordnet hatte. Deshalb hatte jeder Miterbe zum Zeitpunkt des Erbfalls lediglich einen hypothetischen Anteil am Gesamtnachlass inne, § 2033 I BGB. Würde nunmehr die Verfügungsbeschränkung des Vorerben gem. § 2113 I BGB in analoger Anwendung auch auf Verfügungen über Erbanteile an einem Grundstück ausgedehnt, dann wären von der Beschränkung - gleichfalls wie der Vorerbe selbst - sämtliche übrigen Miterben betroffen, da diese grundsätzlich gem. § 2040 I BGB nur gemeinsam verfügen könnten. Dies ist deshalb nicht einzusehen, weil den übrigen Miterben sodann eine weitere Beschränkung neben derjenigen des § 2040 BGB auferlegt würde. Folge davon wäre ein deutlicher Verlust von Verkehrsfähigkeit bei der Anordnung der Nacherbfolge, obschon sich die Verfügungsbeschränkungen grundsätzlich nur auf den Vorerben, nicht jedoch auf dessen Miterben auswirken sollen, § 2112 BGB.

Vertiefungshinweise:

- Zur Verfügungsbeschränkung gem. § 2113 I BGB: Ludwig, DnotZ 2000, 67
- Zur Vor- und Nacherbschaft: Lutter, ZGR 1982, 108; Maurer, DnotZ 1981, 223; Musielak, ZEV 1995, 5; Ludwig, DnotZ 1996, 995
- Zur Anfechtung im Erbrecht: BGH, RA 2006, 744 = FAMRZ 2006, 151; BGH, NJW 2002, 3100

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das teure Moped"
- Examenskurs: "Das Trauerspiel"

Leitsatz:

Gehört zu einem Nachlass, für den Vor- und Nacherbschaft angeordnet worden ist, ein Anteil an einer Erbengemeinschaft, zu deren Gesamthandvermögen ein Grundstück zählt, kann der Vorerbe über dieses Grundstück ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB verfügen.

Sachverhalt:

Die Ast. sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Miteigentümer eines Grundstücks. Mitglied der Erbengemeinschaft war bis zu ihrem Tod auch P. S. . Sie wurde von dem Beteiligten zu 3 als Vorerben beerbt; als Nacherbin ist die Beteiligte zu 4 eingesetzt. Aus Anlass der von dem Beteiligten zu 3 beantragten Grundbuchberichtigung trug das Grundbuchamt im Juli 2005 einen Nacherbenvermerk zugunsten der Beteiligten zu 4 ein.

Die Ast. verlangen die Löschung des Nacherbenvermerks. Das Grundbuchamt hat dies abgelehnt; die gegen die Eintragung gerichtete Beschwerde ist von dem Landgericht zurückgewiesen worden. Das Oberlandesgericht Stuttgart möchte der weiteren Beschwerde der Ast. stattgeben. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 28.04.1984 (Rpfleger 1985, 21) gehindert und hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:*I. Statthaftigkeit der Vorlage, § 79 II ZPO*

Die Vorlage ist gemäß § 79 II GBO statthaft. Das vorliegende Gericht meint, der Nacherbenvermerk sei zu Unrecht in das Grundbuch eingetragen worden, da der dem Beteiligten zu 3 als Vorerbe angefallene Gesamthandsanteil von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB und damit auch von § 51 GBO nicht erfasst werde. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften scheidet aus, weil sie dazu führte, dass die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft in ihren Verfügungsmöglichkeiten beschränkt würden. Der Bundesgerichtshof habe für den Fall einer aus zwei Personen bestehenden Erbengemeinschaft, von denen einer Vorerbe des anderen werde, entschieden, dass die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB für den Überlebenden nicht gälten, da sie andernfalls auch dessen ursprünglichen, von der Anordnung der Nacherbschaft freien Anteil am Grundstückseigentum erfassen. Diese Erwägung müsse erst recht gelten, wenn Gegenstand der Vorerbschaft ein Anteil an einer Erbengemeinschaft sei, der Dritte angehörten. Demgegenüber

vertritt das Oberlandesgericht Hamm - in ausdrücklicher Abgrenzung zu dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - die Auffassung, dass ein Vermerk über die Nacherbfolge in das Grundbuch aufzunehmen sei, wenn als Grundstückseigentümer mehrere Miterben in Erbengemeinschaft eingetragen seien und einer von ihnen durch einen Vorerben beerbt werde. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

II. Entscheidung des BGH in der weiteren Beschwerde gem. §§ 78, 80 GBO

Die weitere Beschwerde der Ast. ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die von den Antragstellern im Wege der Beschwerde verlangte Löschung des Nacherbenvermerks (§ 71 II 2 GBO) liegen vor, da das Grundbuch durch die Eintragung des Nacherbenvermerks unrichtig geworden ist.

Ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) hat den Zweck, die Beschränkungen, denen der Vorerbe nach materiellem Recht in der Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück unterliegt, im Grundbuch für Dritte erkennbar zu machen und dadurch den Nacherben gegenüber den sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Gefahren zu sichern (Senat, BGHZ 84, 196, 201). Er darf daher nur eingetragen werden, wenn der Vorerbe in Bezug auf das für ihn eingetragene Recht an dem Grundstück durch die angeordnete Nacherbfolge in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist diese Voraussetzung hier nicht erfüllt, da das Grundstück nicht zur Erbschaft des Beteiligten zu 3 gehört und dieser deshalb nicht den Beschränkungen des § 2113 BGB unterliegt.

1. Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB ist bei Anteilen an einem Gesamthandvermögen nicht anwendbar

Die den Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis beschränkende Vorschrift des § 2113 BGB bezieht sich nur auf Verfügungen über Grundstücke, die zu der Erbschaft gehören, bezüglich deren eine Nacherbfolge angeordnet worden ist (BGHZ 26, 378, 382). Sie findet daher keine unmittelbare Anwendung, wenn die Vorerbschaft - wie hier - Anteile an einem Gesamthandvermögen umfasst, zu welchem ein Grundstück gehört (vgl. BGHZ 26, 378, 382; Senat, Urt. v. 12.02.1964, V ZR 59/62, NJW 1964, 768; Beschl. v. 10.03.1976, V ZB 7/72, WM 1976, 478, 479; Urt. v. 16.12.1977, V ZR 140/76, NJW 1978, 698; MünchKomm-BGB/Grunsky, 4. Aufl., § 2113 Rdn. 3; Soergel/Harder/Wegmann, BGB, 13. Aufl., § 2113 Rdn. 3; Erman/M. Schmidt, BGB, 11. Aufl., § 2113 Rdn. 10; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, § 2113 Rdn. 3; Damrau/Hennicke, Praxiskommentar Erbrecht, § 2113 Rdn. 4; Ludwig, Vor-

und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 110 f.; K. Schmidt, FamRZ 1976, 683, 687 f.). Nachlassgegenstand ist dann nämlich nicht das Grundstück, sondern nur der Erbteil des Erblassers an dem Nachlass (vgl. RGZ 162, 397, 401).

2. Keine analoge Anwendbarkeit des § 2113 BGB bei Verfügungen des Vorerben mit der Gesamthand

Die Vorschrift des § 2113 BGB ist auf Verfügungen, die der Beteiligte zu 3 zusammen mit den übrigen Mitgliedern der Erbengemeinschaft über das im Rubrum bezeichnete Grundstück trifft, auch nicht entsprechend anzuwenden. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. Senat, BGHZ 120, 239, 252; BGHZ 105, 140, 143, BGH, Urt. v. 13.03.2003, I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933).

a. Keine Analogievoraussetzungen mangels vergleichbarer Interessenlage

Für den Fall, dass eine Gütergemeinschaft oder eine aus zwei Personen bestehende Erbengemeinschaft dadurch endet, dass einer der Gesamthänder stirbt und der andere Gesamthänder dessen alleiniger Vorerbe und damit alleiniger Eigentümer eines von der Gesamthand gehaltenen Grundstücks wird, ist der Bundesgerichtshof zu einer von der gesetzlichen Regelung in § 2113 BGB abweichenden Interessenabwägung gelangt (Urt. v. 12.02.1964, V ZR 59/62, NJW 1964, 768, 769; Beschl. v. 10.03.1976, V ZB 7/72, WM 1976, 478, 479; Urt. v. 16.12.1977, V ZR 140/76, NJW 1978, 698). Zwar spricht das Schutzbedürfnis des Nacherben für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift. Dem steht jedoch entgegen, dass dann nicht nur der zum Nachlass, für den die Nacherbfolge angeordnet worden ist, gehörende Gesamthandanteil, sondern ein zum Gesamthandvermögen gehörendes Grundstück insgesamt den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB unterworfen wäre und damit auch der Gesamthandanteil, der dem Überlebenden schon vorher zu eigenem Recht zustand. Dieses Ergebnis hat der Senat als das größere Übel erachtet, zumal es namentlich im Recht der Personengesellschaften dazu führen könnte, dass die Flexibilität der Geschäftsführung und der Verkehrsschutz leiden (BGH, NJW 1978, 698).

b. Vorrang der Schutzbedürftigkeit der von der Nacherbfolge nicht betroffenen Gesamthandanteile

Der Schutz der von der Nacherbschaft nicht betroffe-

nen Gesamthandanteile muss - wie das vorliegende Gericht zutreffend annimmt - erst recht Vorrang vor den Interessen des Nacherben haben, wenn diese Anteile nicht dem Vorerben, sondern, wie hier, Dritten zustehen. Im Fall einer aus mehreren Personen bestehenden Erbengemeinschaft unterlägen andernfalls alle Miterben - da sie über das zum Gesamthandvermögen gehörende Grundstück nur gemeinschaftlich verfügen können (§ 2040 I BGB) - den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, weil sie praktisch nur mit Zustimmung des Nacherben über das Grundstück verfügen könnten. Eine derartig weitgehende Blockierung der von der Anordnung der Nacherbschaft nicht betroffenen und daher an sich unbeschränkten Miterben entspricht nicht dem Zweck des § 2113 BGB. Die Vorschrift will im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben Vorkehrungen zum Schutz der Nacherbschaft treffen, nicht aber in bestehende Rechte Dritter eingreifen (ebenso LG Aachen Rpfleger 1991, 301; MünchKomm-BGB/Grunsky, BGB, 4. Aufl., § 2113 Rdn. 3; Soergel/Harder/Wegmann, BGB, 13. Aufl., § 2113 Rdn. 3; Erman/M. Schmidt, BGB, 11. Aufl., § 2113 Rdn. 10; AnwK-BGB/Gierl, 2. Aufl., § 2113 Rdn. 8; Demharter, GBO, 25. Aufl., § 51 Rdn. 3; Damrau/Hennicke, Praxiskommentar Erbrecht, § 2113 Rdn. 4; Ludwig, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 108 i.V.m. S. 132; Schaub, ZEV 1998, 372, 374; Schmid, BWNotZ 1996, 144, 147 f.; wohl auch BayObLGZ 94, 177, 181, a.A. OLG Hamm Rpfleger 1985, 21; Meikel/Kraiss, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 51 GBO Rdn. 60; Edelmann, Beschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB bei Verfügungen über Gegenstände eines Gesamthandvermögens, 1975, S. 113 ff.).

c. Keine andere Beurteilung unter Heranziehung der gegenteiligen Entscheidung des OLG Hamm

Die in der Vergleichsentscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (Rpfleger 1985, 21) und im Schrifttum für eine entsprechende Anwendung von § 2113 BGB angeführten Gründe führen zu keiner anderen Beurteilung.

aa. Analogie führt zwangsläufig dazu, dass nicht nur der zum Nachlass gehörende Anteil den Verfügungsbeschränkungen unterliegt, sondern das Grundstück insgesamt

Anders als das Oberlandesgericht Hamm meint, liegt der entscheidende Grund dafür, dass der Bundesgerichtshof den Schutz des Nacherben hintanstellt, wenn Gegenstand der Vorerbschaft ein Gesamthandanteil ist, nicht darin, dass in den bisher entschiedenen Fällen sich alle Gesamthandanteile in der Hand des Vorerben vereinigt hatten und das Gesamthandvermögen damit nur noch einer Person zustand. Bestimmend war die Überlegung, dass eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB zwangsläufig dazu führt, dass nicht nur

der zum Nachlass gehörende Gesamthandanteil den Verfügungsbeschränkungen jener Vorschrift unterworfen wäre, sondern das zum Gesamthandvermögen gehörende Grundstück insgesamt (vgl. Senat, Beschl. v. 10.03.1976, V ZB 7/72, WM 1976, 478, 479). Diese unerwünschte Folge tritt aber unabhängig davon ein, ob sich die Gesamthandanteile in der Person des Vorerben vereinigen oder ob sie - wie hier - mehreren Personen zustehen. Im ersten Fall kann der Vorerbe - ohne dass es insoweit auf die Frage ankommt, ob das Gesamthandverhältnis in seiner Person fort dauert oder durch Konsolidation erlischt (vgl. dazu K. Schmidt, FamRZ 1976, 683, 685 f. m.w.N.) - über das Grundstück schon deshalb nur insgesamt verfügen, weil ein rechtlich ungeteiltes Grundstück seinem Eigentümer zwingend als Ganzes zugeordnet ist (vgl. näher BayObLGZ 68, 104, 105 ff.). Bei einer aus mehreren Personen bestehenden Erbengemeinschaft ergibt sich dieselbe Konsequenz aus der Vorschrift des § 2040 I BGB, wonach Miterben über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können. Damit bleiben die Verfügungsbeschränkungen, denen der Vorerbe unterliegt, bei einer Verfügung über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück auch in diesem Fall nicht auf seinen Gesamthandanteil begrenzt, sondern erstrecken sich zwangsläufig auf die unbelasteten Anteile der übrigen Miterben.

bb. Keine zusätzlichen Verfügungshindernisse zu Lasten der von der Nacherbschaft nicht betroffenen Miterben

Ebenso wenig tragfähig ist im Fall einer Mehrpersonen-Gesamthandgemeinschaft die Erwägung, dass es für die von der Nacherbschaft nicht belasteten Miterben - da sie infolge ihrer gesamthänderischen Bindung ohnehin nicht frei verfügen könnten - keinen erheblichen Unterschied bedeute, wenn ein Miterbe seinerseits nicht frei verfügen könne (OLG Hamm, aaO, S. 22; vgl. allerdings auch BayObLGZ 94, 177, 181 f. u. Kanzleiter, ZEV 1996, 66 für den Fall der "Einpersonen-Gesamthand"). Dabei wird verkannt, dass den Miterben ein zusätzliches Verfügungshindernis auferlegt würde, wenn sie den Beschränkungen des § 2113 BGB unterlägen, da sie für eine Verfügung über das Grundstück neben der Zustimmung aller Miterben de facto auch die Zustimmung des Nacherben benötigen.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Vergleich mit der Sach- und Rechtslage, die entsteht, wenn ein Erblasser mehrere Erben einsetzt und lediglich für einen von ihnen eine Nacherbfolge anordnet (vgl. OLG Hamm, aaO, S. 22). Zwar besteht dann von vornherein die Situation, dass einer der Miterben bei der gemeinschaftlichen Verfügung über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück nicht frei, sondern durch die Nacherbfolge beschränkt ist. Dass sich diese Beschränkung nach herrschender Auffassung auf die - an sich unbe-

lasteten - Vollerben erstreckt (vgl. BayObLGZ 61, 200, 205 f.), ist deshalb hinzunehmen, weil die Belastung der Miterben hier auf die Anordnung des Erblassers zurückgeht, zu dessen Nachlass das Grundstück gehört. Demgegenüber führte die Anwendung von § 2113 BGB in der vorliegenden Konstellation dazu, dass ein Miterbe durch Einsetzung eines Nacherben die übrigen Miterben - entgegen dem Willen des ursprünglichen Erblassers - den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB unterwerfen könnte (so zutreffend Schmid, BWNNotZ 1996, 144, 148; Ludwig, DNotZ 2000, 67, 71).

cc. Möglichkeit der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft gem. § 2041 I BGB ändert daran nichts

Für die Abwägung der Interessen der nicht nacherbschaftsbelasteten Erben einerseits und des Nacherben andererseits kann auch nicht entscheidend sein, dass sich die Miterben dem "Zuviel" an Verfügungsbeschränkungen durch die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft entziehen können (so aber Meikel/Kraiss, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 51 GBO Rdn. 60; K. Schmidt, FamRZ 1976, 683, 688 f. sowie Kanzleiter, ZEV 1996, 66 für die Gütergemeinschaft). Auch wenn die Erbengemeinschaft als Auseinandersetzungsgemeinschaft konzipiert ist, darf sie nicht nur im Hinblick auf eine möglichst rasche Abwicklung gesehen werden. Das Interesse der Miterben wird, insbesondere wenn wertvolle wirtschaftliche Einheiten erhalten werden sollen, nicht selten auf eine Fortführung der Gemeinschaft und damit auf eine gemeinsame Nutzung und Verwaltung des Nachlasses gerichtet sein. Vor diesem Hintergrund ist auch das Interesse der Miterben schützenswert, den Zeitpunkt sowie Art und Weise der Auseinandersetzung zu bestimmen (vgl. Staudinger/Werner, BGB [2002], Vorbem zu §§ 2032-2057a Rdn. 3; Erman/Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 2042 Rdn. 1; Ludwig, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 128; Schaub, ZEV 1998, 372, 374; LG Aachen Rpfleger 1991, 302).

dd. Situation ist mit derjenigen der Verpfändung eines Erbteils gem. § 2033 II BGB nicht vergleichbar

Die bei einer entsprechenden Anwendung von § 2113 BGB eintretende Beschränkung der Rechte der übrigen Miterben lässt sich schließlich auch nicht durch den von dem Beschwerdegericht herangezogenen Vergleich mit der Lage rechtfertigen, die bei der Verpfändung eines Erbteils durch einen Miterben entsteht. Zwar wird es in diesem Fall - obwohl das Pfandrecht im Hinblick auf § 2033 II BGB nicht den Anteil des Miterben an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück, sondern nur das Anteilsrecht des Miterben an dem ungeteilten Nachlass erfasst - zum Schutz des Pfandgläubigers überwiegend für zulässig erachtet, das Pfandrecht an dem Erbteil im Grundbuch des Nachlassgrundstücks einzutragen mit der Folge, dass

sich die Verfügungsbeschränkung, die der Miterbe im Verhältnis zum Pfändungsgläubiger unterliegt, auf sämtliche Miterben auswirkt (vgl. BayObLGZ 59, 50; OLG Hamm OLGZ 77, 283, 286; OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 205). Dass die - für eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB notwendige - Abwägung zwischen den Belangen der Beteiligten in diesem Fall zu Lasten der von der Verpfändung nicht betroffenen Miterben ausfällt, präjudiziert, da jeweils unterschiedliche Aspekte zu gewichten sind, aber nicht notwendi-

gerweise das Ergebnis der Abwägung im hier zu beurteilenden Sachverhalt. So steht dem Pfändungsgläubiger, anders als dem Nacherben, ein dingliches Recht an dem Erbteil zu, und auch das Interesse des Miterben, seinen Erbteil als Kreditgrundlage verwenden zu können, kann anders zu bewerten sein als sein Interesse, dem Nacherben dieses Erbteils einen dinglich wirkenden Schutz vor Verfügungen der übrigen Miterben zu verschaffen.

Standort: ZPO II

Problem: Sicherungsabtretung/Insolvenzanfechtung

BGH, URTEIL VOM 13.06.2007
IV ZR 330/05 (NJW 2007, 2320)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt von dem bekl. Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners die Befriedigung aus vom Bekl. eingezogenen Rückkaufswerten von vier kapitalbildenden Lebensversicherungen, hilfsweise Schadensersatz. Der Schuldner hatte der Kl. zur Sicherung von Kreditforderungen seine sämtlichen, gegenwärtigen und künftigen Rechte und Ansprüche für den Todesfall abgetreten. Für die Abtretungserklärungen fand ein Formularvertrag Anwendung. Etwa 2 1/2 Jahre danach trat der Schuldner aus 2 der 4 Lebensversicherungsverträgen zusätzlich auch noch sämtliche, gegenwärtigen und künftigen Rechte auf den Erlebensfall an die Kl. ab. Sämtliche Abtretungen wurden der Versicherung auch angezeigt.

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners kündigte die Kl. die Darlehensverträge und meldete beim Bekl. die Forderungen an. Der Bekl. bestritt dieses Recht und erhob die Einrede der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbenachteiligung. Der Bekl. kündigte daraufhin die Lebensversicherungsverträge und zog deren Rückkaufswerte ein.

Die Kl. war der Ansicht, der Bekl. müsse ihr - hilfsweise im Rahmen des Schadensersatzes- die eingezogenen Rückkaufswerte auskehren.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe eines Betrages von 89.033,12 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Kl. erfolglos die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Prüfungsrelevanz:

Der hier zur Entscheidung stehende Sachverhalt ist aus zweierlei Gründen insbesondere für die Referendare lesenswert.

Zunächst einmal wirft der erkennende Senat die Frage auf, welche Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrag von der Abtretung erfasst worden sind und legt

dazu ausführlich die Klauseln des Formularvertrag i.S.d. §§ 133, 157 BGB aus. Für die Auslegung ist wiederum zunächst der Wortlaut maßgeblich. Der Wortlaut der Abtretungserklärungen war jedoch so offen formuliert, dass allein anhand dessen nicht mit Sicherheit festgestellt werden konnte, ob von der Abtretung auch die Rückkaufswerte (Erlebensfall) umfasst sein sollten. Der erkennende Senat stellte heraus, dass die jeweiligen Klauseln auch in ihrem Kontext zu lesen sind. Insoweit war als nächstes Auslegungskriterium auf Sinn und Zweck der Abtretungen abzustellen. Vorliegend sprachen steuerliche Erwägungen resultierend aus der Privilegierung des Versicherungsnehmers, der sich zur Darlehnsfinanzierung einer Lebensversicherung bedient, gegen eine Abtretung der Rechte im Erlebensfall. Danach blieb seit Februar 1992 eine steuerliche Begünstigung dem Versicherungsnehmer jedoch nur noch dann erhalten, wenn dieser im gewerblichen Bereich die Rechte aus einer Lebensversicherung begrenzt auf die Todesfalleistung zur Sicherung eines Darlehns abtritt. Diese steuerliche Privilegierung sprach hier gegen eine Ausdehnung Abtretung auch auf die Rechte im Erlebensfall. Hier werden im Examen natürlich keine steuerrechtlichen Kenntnisse verlangt. Lesenswert ist jedoch die systematische Vorgehensweise des BGH bei der Auslegung des Inhalts der Abtretungen.

Lohnend sind darüber hinaus die Ausführungen zur Anfechtbarkeit der Abtretungen gem. § 133 I InsO. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 133 I InsO seinem Wortlaut nach nahezu identisch mit dem des § 3 I AnfG ist. Demnach gelten die Erwägungen zu § 133 I InsO gleichermaßen für § 3 I AnfG, dem durchaus eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für das 2. Examen zukommt.

In der Sache hat sich der erkennende Senat mit der Frage befasst, ob die Abtretungen im Jahr 1998 zur weiteren Absicherung der Darlehnsverbindlichkeit eine inkongruente Deckung darstellten. Dies war zu bejahen und führte somit zu einem Beweisanzeichen für das Vorliegen des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners zum Zeitpunkt der Abtretungen. Erschwerend kam vorliegend hinzu, dass der Schuldner zum

Zeitpunkt der Abtretungen erhebliche Verbindlichkeiten hatte und nicht davon ausgehen konnte, in absehbarer Zeit sämtliche Gläubiger befriedigen zu können. Dies reichte insgesamt zur Annahme des Benachteiligungsvorsatzes aus.

Im Anschluss daran hat der BGH sich mit dem Vorliegen der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners auseinandergesetzt. Hierbei verweist der Senat auf die Vermutung des § 133 I 2 InsO (§ 3 I 2 AnfG). Danach muss der Anfechtungsgegner die mangelnde Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners darlegen, wenn dieser jedenfalls Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und von der benachteiligenden Wirkung des Rechtsgeschäftes für die übrigen Gläubiger hatte. Eine ausreichende Entkräftung der Vermutungswirkung durch den Anfechtungsgegner lag nicht vor, zumal die Inkongruenz des Rechtsgeschäftes ein Beweisanzeichen gerade für das Vorliegen der Kenntnis darstellt.

Vertiefungshinweise:

Zur Abtretung: *BGH*, RA 2005, 56 = *NJW* 2005, 135; *Ahcin/Armbrüster*, *JuS* 2002, 450ff., 549 ff., 658 ff., 768 ff., 865 ff., 965 ff.

Zur Insolvenzanfechtung: *BGH*, RA 2004, 513 = *NJW* 2004, 2163

Zur Allgemeinen Geschäftsbedingungen: *BGH*, RA 2004, 316 = *NJW* 2004, 1041; RA 2004, 439 = *NJW* 2004, 2087, *BGH*, RA 2005, 653; *BGH*, *BGH*, RA 2006, 19 = *NJW* 2006, 138

Kursprogramm:

Examenskurs: "Globalzession"

Assessorkurs: "Die sicherungsübereigneten Pfandgegenstände"

Leitsätze:

1. Werden aus einer kapitalbildenden Lebensversicherung nur die Ansprüche auf den Todesfall zur Sicherheit abgetreten, gibt es für die Frage, ob damit zugleich der Anspruch auf den Rückkaufswert (nach Kündigung) abgetreten ist, keinen generellen Vorrang für seine Zuordnung zu den Ansprüchen auf den Todesfall (Fortführung von *BGH*, Urteil vom 18.06.2003 - IV ZR 59/02 - *VersR* 2003, 1021 unter II 1 c).

2. Ob die Abtretung auch den Anspruch auf den Rückkaufswert erfasst, hat der Tatrichter vielmehr durch Auslegung der bei der Sicherungsabtretung abgegebenen Erklärungen unter Berücksichtigung der Parteiinteressen und des Zwecks des Rechtsgeschäfts zu ermitteln.

3. Haben danach Zedent und Zessionar mit der Beschränkung der Sicherungsabtretung auf den An-

spruch auf den Todesfall das Ziel verfolgt, dem Sicherungsgeber mit Blick auf das Steueränderungsgesetz 1992 steuerliche Vorteile (Abzugsfähigkeit der Versicherungsprämien als Sonderausgaben und Steuerfreiheit der Kapitalerträge aus der Lebensversicherung) zu erhalten, ist im Regelfalle der Anspruch auf den Rückkaufswert nicht mit übertragen.

Sachverhalt:

Die Kl. beehrt von dem beklagten Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners H. E. gemäß § 170 I 2 InsO Befriedigung aus vom Bekl. eingezogenen Rückkaufswerten von vier kapitalbildenden Lebensversicherungen, hilfsweise Schadensersatz.

Zur Sicherung von Kreditforderungen der Kl. in Höhe von insgesamt 610.000 DM trat der Schuldner ihr Anfang Dezember 1995 aus zwei bei der V. Lebensversicherungs AG und zwei bei der G. Lebensversicherungs AG gehaltenen Lebensversicherungsverträgen seine sämtlichen gegenwärtigen und künftige Rechte und Ansprüche für den Todesfall ab. Für die Abtretungserklärungen fand ein Formular der Kl. Verwendung, das unter der Nr. 1 die Möglichkeit eröffnet, die Abtretung durch Ankreuzen entsprechender Textstellen auf die Ansprüche für den Todesfall (Nr. 1 a) und/oder für den Erlebensfall (Nr. 1 b) zu erstrecken. In den vier Abtretungserklärungen ist jeweils angekreuzt, die Abtretung umfasse die gegenwärtigen und zukünftigen Rechte und Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag für den Todesfall in voller Höhe. Weiter heißt es unter Nr. 1 der Formulare:

"Die Abtretung für den Erlebensfall umfaßt auch etwaige Rechte und Ansprüche im Fall der Verwertung vor Fälligkeit gem. Nr. 4.1."

Durchgestrichen ist in den vier Abtretungsurkunden jeweils der nachfolgende Absatz:

"3 Entfallen der Steuerbegünstigung

Die Sparkasse weist ausdrücklich darauf hin, daß durch diese Abtretung die steuerliche Begünstigung der Lebensversicherung (Sonderausgabenabzug für die Prämien, Steuerfreiheit der Zinsen) entfallen kann, §§ 10 II, 20 I Nr. 6 EStG. Dem Versicherungsnehmer wird empfohlen, diese Angelegenheit mit einem Berater in Steuerfragen zu besprechen."

Im Übrigen heißt es in den Formularen unter anderem: "4 Verwertung und Kündigung

4.1 Die Sparkasse ist berechtigt, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, insbesondere wenn der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen in von ihm zu vertretender Weise nicht nachkommt, sich den abgetretenen (Teil-)Betrag im Rahmen des vereinbarten Sicherungszwecks entweder durch Kündigung des Vertrages und Erhebung des Rückkaufwertes oder durch Einziehung bei Fälligkeit zu beschaffen und die sonstigen sich aus dieser Abtretung ergebenden Rechte aus der Versicherung auszuüben, insbesondere die Versicherung in eine

beitragsfreie umzuwandeln, die Versicherung durch Kündigung aufzulösen, Auszahlungen auf die Versicherung oder eine etwa angesammelte Dividende zu erheben sowie die Rechte und Ansprüche beliebig, auch durch Übertragung an Dritte, zu verwerten. Das gleiche gilt, wenn der Versicherungsnehmer seinen Verpflichtungen aus diesem Verträge nicht nachkommt. Der Versicherungsnehmer verzichtet auf seine Mitwirkung bei diesen Rechtshandlungen. Soweit etwa eine Genehmigung erforderlich sein sollte, erteilt er sie hiermit im voraus.

...

4.4 Soweit ausschließlich Todesfallansprüche abgetreten sind, ist die Ausübung der unter Nr. 4.1 genannten Rechte durch den Versicherungsnehmer, insbesondere die Kündigung des Lebensversicherungsvertrages, nur mit Zustimmung der Sparkasse möglich, soweit dadurch Rechte der Sparkasse aus dieser Vereinbarung beeinträchtigt werden könnten."

Am 02.04.1998 trat der Schuldner aus den beiden bei der V. Lebensversicherungs AG gehaltenen Lebensversicherungen zusätzlich auch sämtliche gegenwärtigen und künftigen Rechte auf den Erlebensfall an die Kl. ab. Alle Abtretungen wurden den beiden Versicherern angezeigt.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kündigte die Kl. die Darlehen, meldete beim Bekl. daraus Forderungen in Höhe von 204.193,53 € an und teilte mit, ihr stehe aus den vorgenannten Abtretungen ein Recht zur abgesonderten Befriedigung zu.

Der Bekl., der dieses Recht bestreitet und gegen die Abtretungen der Versicherungsleistungen auf den Erlebensfall die Einrede der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbenachteiligung erhebt, hat die vier Lebensversicherungen gekündigt und deren Rückkaufswerte, insgesamt 92.849,52 €, eingezogen.

Die Kl. meint, der Bekl. müsse ihr - hilfsweise im Wege des Schadensersatzes - die eingezogenen Rückkaufswerte auskehren. Unter Abzug von 4% Feststellungskosten und unter Zubilligung von Rechtsanwaltsgebühren für die Kündigungen der Versicherungsverträge fordert die Kl. die Zahlung von 89.092,62 €.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe eines Betrages von 89.033,12 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, der Kl. stehe weder ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös der eingezogenen Rückkaufswerte noch ein Schadensersatzanspruch zu. Die Abtretung der Todesfalleistungen

aus den vier Lebensversicherungen verschaffe der Kl. kein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Soweit sie ihr Begehren daneben auf die Abtretung der Erlebensfalleistungen zweier Lebensversicherungen stütze, stehe dem die Einrede der Anfechtbarkeit aus § 146 II InsO entgegen.

I. Abtretungen erfasste die Rechte des Versicherungsnehmers auf Rückkaufswert nicht

Die Auslegung der Abtretungserklärungen vom Dezember 1995, insbesondere ein Vergleich der jeweiligen Nummern 4.1 und 4.4 des Formulartextes, ergebe, dass die Abtretungen der Todesfalleistungen nicht die Rechte des Versicherungsnehmers auf den Rückkaufswert erfasst hätten. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Vertragsparteien die Abtretung ersichtlich steuerschädlich hätten gestalten wollen, wie auch der Streichung des steuerrechtlichen Hinweises in Nr. 3 des Formulars über die Abtretungserklärung entnommen werden könne. Den Bestimmungen der §§ 10 II 2 und 20 I Nr. 6 EStG in der Fassung des Steueränderungsgesetzes von 1992 Rechnung zu tragen und dem Kreditgeber die steuerlichen Vorteile (Abzugsfähigkeit der Prämien als Sonderausgaben und Steuerfreiheit der Zinsen) zu erhalten, sei nur mittels solcher Abtretungen zu erreichen gewesen, die die Rückkaufswerte nicht erfassten. Auch wenn die Abtretungen die Kreditgeberin danach allein vor dem Ausfall von Zins- und Tilgungsleistungen wegen Todes des Kreditnehmers, nicht jedoch vor einer Insolvenz des Kreditnehmers geschützt hätten, seien sie nicht als wirtschaftlich sinnlos anzusehen.

II. Anfechtbarkeit der Abtretungserklärungen wegen Gläubigerbenachteiligung gem. § 133 I 1 InsO gegeben

Die am 02.04.1998 erklärten Abtretungen der Erlebensfalleistungen zweier Lebensversicherungen seien wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 133 I 1 InsO anfechtbar, weshalb der Bekl. dem Leistungsbegehren insoweit die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 146 II InsO entgegenhalten könne.

Durch die innerhalb der 10-Jahresfrist des § 133 I 1 InsO erklärten Abtretungen seien Insolvenzgläubiger objektiv benachteiligt worden. Darauf sei auch der - jedenfalls bedingte - Vorsatz des Schuldners gerichtet gewesen. Dafür spreche vor allem, dass der Kl. ohne jede Gegenleistung eine Sicherheit eingeräumt worden sei, auf die kein Anspruch bestanden habe, und dass die Kl. zur Zeit der Abtretungserklärungen ausweislich einer von ihr selbst erstellten Vermögensbewertung gewusst habe, dass der Schuldner in einer finanziell äußerst beengten Lage gewesen sei.

Eine - hier vorliegende - inkongruente Deckung bilde regelmäßig ein starkes Indiz sowohl für die Benachteiligungsabsicht des Schuldners als auch die Kenntnis des Gläubigers davon. Die Abtretung der Erlebensfall-

leistungen aus den Lebensversicherungsverträgen habe die Kl. weder aufgrund der Darlehensverträge noch aus einem allgemeinen Anspruch auf Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten verlangen können. Es stelle auch keine Gegenleistung der Kl. dar, dass sie dem Schuldner den zur Zeit der Abtretungserklärungen aufgelaufenen Ratenrückstand von 30.000 DM anlässlich der Abtretung vorläufig gestundet habe, weil diese Forderung bei Fälligkeit ohnehin nicht ohne Weiteres zu realisieren gewesen wäre. Insoweit werde die Inkongruenz nicht ausgeschlossen.

Für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners spreche neben den genannten Indizien, dass der Schuldner zur Zeit der Abtretungserklärungen erhebliche Verbindlichkeiten, unter anderem aus bereits seit Herbst 1996 nicht mehr abgeführten Sozialabgaben für seine Mitarbeiter, aus offenen Versicherungsprämien für Unfall- und Rechtsschutzversicherungen, aus unbezahlten Telefonrechnungen und Kfz-Leasing-Raten, ferner aus der Haftung für Baumängel und offenen Steuerberater- und Architektenhonorarforderungen gehabt und nicht habe davon ausgehen können, alle Gläubiger in absehbarer Zeit befriedigen zu können. Insoweit seien das substantiierte Vorbringen des Bekl. von der Klägerin lediglich pauschal - und damit unbeachtlich - bestritten und auch im Übrigen die für einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die entsprechende Kenntnis der Kl. maßgeblichen Beweisanzeichen nicht entkräftet.

III. Keine Schadensersatzpflicht des Bekl.

Da die Ansprüche auf die Rückkaufswerte beim Schuldner verblieben seien, habe sich der Bekl. mit deren Einziehung auch nicht schadensersatzpflichtig gemacht.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

I. Abtretungen erfassten die Ansprüche auf die Rückkaufswerte nicht

Die am 01.12.1995 erklärten Abtretungen der Ansprüche auf den Todesfall aus den vier Lebensversicherungen haben die jeweiligen Ansprüche auf die Rückkaufswerte nicht mit erfasst. Der Kl. steht deshalb weder ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (§ 51 Nr. 1 InsO) aus den vom Bekl. eingezogenen Beträgen noch ein Schadensersatzanspruch zu.

Der Versicherungsnehmer kann über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag unterschiedlich verfügen. Das gilt nicht nur für die Einräumung eines unwiderruflichen Bezugsrechtes (vgl. dazu BGH, Urteil vom 18.06.2003 - IV ZR 59/02 - VersR 2003, 1021 unter II), sondern auch für die Sicherungsabtretung von Rechten aus dem Versicherungsvertrag. Auch dann, wenn aus einer kapitalbildenden Lebensversicherung nur die Ansprüche auf den Todesfall zur Si-

cherheit abgetreten werden, gibt es für die Frage, ob damit zugleich der Anspruch auf den Rückkaufswert abgetreten ist, keinen generellen Vorrang für seine Zuordnung zu den Ansprüchen auf den Todesfall. Gegen eine Übertragung der Grundsätze der zur Einräumung einer unwiderruflichen Bezugsberechtigung ergangenen Entscheidung BGHZ 45, 162 ff. auf die Sicherungszession von Ansprüchen auf den Todesfall spricht bereits, dass sich diese Entscheidung vorwiegend auf Erwägungen zur familiären Fürsorge des Versicherungsnehmers stützt, die auf die Motivlage bei der Sicherungszession nicht übertragbar sind (BGH, Urteil vom 18.06.2003 aaO unter II 1 c). Der erkennende Senat (aaO) hat zudem mit Blick auf die Einräumung einer unwiderruflichen Bezugsberechtigung bereits ausgesprochen, dass für die Zuordnung der Ansprüche nicht eine theoretische rechtliche Konstruktion oder Bedingungshierarchie, sondern allein der im rechtlich möglichen Rahmen geäußerte, durch Auslegung zu ermittelnde Gestaltungswille des Versicherungsnehmers entscheidend ist (vgl. dazu auch Herrmann, Sicherungsabtretung und Verpfändung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag durch den Versicherungsnehmer, Diss. 2003 S. 92 ff.).

Das gilt für die Sicherungsabtretung von Rechten aus dem Lebensversicherungsvertrag in gleicher Weise. Auch hier unterliegt es im Rahmen des rechtlich Möglichen der freien Gestaltung der Parteien, auf welche Rechte sich die Abtretung erstreckt. Ob sie auch den Anspruch auf den Rückkaufswert erfasst, hat der Tatrichter deshalb durch Auslegung der bei der Sicherungsabtretung abgegebenen Erklärungen unter Berücksichtigung der Parteiinteressen und des Zwecks des Rechtsgeschäfts zu ermitteln.

1. Auslegung des Wortlauts gem. §§ 133, 157 BGB

Wie das BGH zutreffend dargelegt hat, ergibt schon der Wortlaut der Abtretungserklärungen, dass der Anspruch auf den Rückkaufswert von der Sicherungsabtretung der Ansprüche auf den Todesfall jeweils nicht mit erfasst wurde. Selbst wenn die Formulierung unter Nr. 1 der Abtretungserklärungen, es würden "die gegenwärtigen und zukünftigen Rechte und Ansprüche ... für den Todesfall in voller Höhe" abgetreten, es für sich genommen noch möglich erscheinen ließe, dass auch der Anspruch auf den Rückkaufswert erfasst sein sollte, wird dies durch die weiteren Bestimmungen der Abtretungserklärungen ausgeschlossen.

a. Gem. Nr. 4.4. darf der Versicherungsnehmer seine Rechte nur mit Zustimmung der Sparkasse ausüben

Nach deren Nr. 1 b umfasst die - hier nicht gewählte - Abtretung der Rechte und Ansprüche für den Erlebensfall auch etwaige Rechte und Ansprüche im Fall der Verwertung vor Fälligkeit gemäß Nr. 4.1. Dort ist geregelt, dass die Sparkasse aus wichtigem Grund, insbesondere bei Nichterfüllung der Verpflichtungen

aus dem Darlehensvertrag, unter anderem den Lebensversicherungsvertrag kündigen und den Rückkaufswert erheben könne. Der vom BerGer. gezogene Umkehrschluss, dass das im Falle der Abtretung ausschließlich der Ansprüche für den Todesfall (Nr. 1 a der Abtretungserklärungen) demnach nicht gelte, wird durch Nr. 4.4 bestätigt, wonach der Versicherungsnehmer die in Nr. 4.1 genannten Rechte nur mit Zustimmung der Sparkasse ausüben darf, was gerade voraussetzt, dass ihm diese Rechte (nicht nur das Kündigungsrecht, sondern auch das Recht zur Erhebung des Rückkaufswertes) zunächst verbleiben.

b. Zustimmungsvorbehalt ohne Sinn bei Verbleiben des Rückkaufswerts beim Versicherungsnehmer

Zu Unrecht meint die Revision, die Regelung in Nr. 4.4 der Abtretungserklärungen müsse sich allein auf das Kündigungsrecht beziehen, weil der Zustimmungsvorbehalt nur den einen Zweck haben könne, der Sicherungsnehmerin den ihr übertragenen Anspruch auf den Rückkaufswert zu erhalten. Das steht schon im Widerspruch zum Wortlaut der Bestimmung, die von den unter Nr. 4.1 genannten Rechten spricht und nur "insbesondere" die Kündigung als eines dieser Rechte hervorhebt. Im Übrigen macht der Zustimmungsvorbehalt in Nr. 4.4 auch dann Sinn, wenn der Anspruch auf den Rückkaufswert beim Versicherungsnehmer verbleibt. Denn eine Kündigung des Versicherungsvertrages führt dazu, dass der Versicherer die Todesfalleistung, also das zentrale Sicherungsinstrument, welches die Sicherungsnehmerin vor Zahlungsausfall durch Tod des Darlehensnehmers schützen soll, nicht mehr erbringen muss. Vor dieser Folge wird die Sicherungsnehmerin durch den Zustimmungsvorbehalt geschützt.

2. Steuerliche Vorteile bleiben dem Versicherungsnehmer erhalten

Im Einklang mit diesem aus dem Wortlaut der Abtretungserklärungen gewonnenen Ergebnis steht, dass die Beschränkung der Zession zu dem Zweck erfolgte, dem Versicherungsnehmer die steuerliche Privilegierung für die vier Lebensversicherungsverträge dadurch zu erhalten, dass die Rückkaufswerte nicht für die Darlehenssicherung herangezogen wurden. Das zeigt schon die Streichung des steuerrechtlichen Hinweises in Nr. 3 der Formulare über die Abtretungserklärungen. Mit ihr wurde zum Ausdruck gebracht, dass Zedent und Zessionarin übereinstimmend davon ausgingen, die Abtretungen hätten keine nachteiligen Konsequenzen für die steuerrechtliche Begünstigung der von den Abtretungen betroffenen Lebensversicherungsverträge.

a. Zweck der Abtretung erschließt sich aus dem Einkommenssteuergesetz

Insoweit erschließt sich der Zweck der hier gewählten

Abtretung der Ansprüche auf den Todesfall aus den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes zur steuerrechtlichen Privilegierung von Kapitallebensversicherungen (vgl. dazu Herrmann aaO S. 10-18; Janca ZInsO 2003, 449, 452; Wagner VersR 1998, 1083).

aa. Früher Privilegierung der Lebensversicherungsverträge gegeben

Prämienzahlungen für Kapitallebensversicherungen mit mindestens 12-jähriger Laufzeit konnten nach der bis zum Februar 1992 geltenden Fassung des § 10 I Nr. 2 lit. b EStG - im Rahmen von Höchstbezügen - als steuermindernde Sonderausgaben geltend gemacht werden. Zinsen aus solchen privilegierten Versicherungen waren von der Steuerpflicht für Kapitaleinnahmen nach § 20 I Nr. 6 S.2 EStG ausgenommen. Infolgedessen wurden Lebensversicherungen vermehrt zur Steuerersparnis im Rahmen von Finanzierungen genutzt, ohne dabei der privaten Alters- oder Hinterbliebenenversorgung zu dienen (s. dazu BT-Drucks. 12/1108 S. 55 ff.). Dem ist der Gesetzgeber, der darin einen zweckwidrigen Missbrauch der steuerlichen Förderung sah, durch das Steueränderungsgesetz vom 25.02.1992 (BGBl. I S. 297) entgegengetreten (vgl. dazu auch BT-Drucks. 12/1108 aaO).

bb. Heute keine steuerliche Privilegierung der Lebensversicherungsverträge mehr gegeben

Seither sind Lebensversicherungsverträge grundsätzlich nicht mehr steuerlich privilegiert, wenn sie auch zu Lebzeiten der versicherten Person (d.h. mit der "Erlebensfalleistung") der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens dienen, dessen Finanzierungskosten Betriebsausgaben oder Werbungskosten sind (§ 10 II 2 EStG).

b. Ausnahmen im gewerblichen Bereich bei Besicherung von Darlehensverträgen bei Heranziehung der Ansprüche auf den Todesfall

Für die Besicherung von Darlehen durch Lebensversicherungsverträge im gewerblichen Bereich ergab sich aus der Gesetzesänderung, dass seit Ende Februar 1992 die genannten steuerlichen Vorteile unter anderem dann erhalten blieben, wenn lediglich die Ansprüche auf den Todesfall zur Darlehenssicherung herangezogen wurden (vgl. dazu Janca aaO S. 452 m.w.N. in Fn. 51). Umgekehrt sahen die Finanzbehörden eine Erstreckung der Darlehenssicherung auf den Rückkaufswert einer Lebensversicherung als "steuer-schädlich" an (vgl. dazu Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 06.05.1994 - IV B 2 - S 2134 - 56/94 - NJW 1994, 1714). War es bis Anfang 1992 bei Sicherungsabtretungen der Rechte aus Lebensversicherungen die Regel, alle Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abzutreten (Janca aaO), gingen Banken und Sparkassen in der Folgezeit dazu über, sich

nur noch die Ansprüche für den Todesfall abtreten zu lassen (vgl. dazu Herrmann aaO S. 17, 18; Wagner aaO; Meyer-Scharenberg DStR 1993, 1768 1774), um so eine "steuerunschädliche" Verwendung der Lebensversicherungen zu gewährleisten, das heißt ihren Kunden die bisherigen Steuervorteile zu erhalten und damit deren Entscheidung für eine Sicherungsabtretung zu erleichtern.

Dafür, dass die Parteien der Sicherungszessionen hier von anderen Motiven geleitet gewesen wären, spricht nichts.

3. *Kein Verstoß gegen den Grundsatz der interessengerechten Auslegung*

Anders als die Revision meint, hat das BerGer. auch nicht gegen den Grundsatz interessengerechter Auslegung verstoßen, weil seine Lösung zur Folge hat, dass die gewährte Sicherheit im Fall der Insolvenz des Sicherungsgebers versagt.

Schon wegen des dargelegten steuerrechtlichen Hintergrundes spricht alles dafür, dass die Kl. die vier Lebensversicherungsverträge zunächst bewusst nur noch zu dem eingeschränkten Sicherungszweck heranziehen wollte, gegen Kreditatenausfall durch Tod des Darlehensnehmers geschützt zu sein (vgl. Herrmann aaO; Wagner aaO; Janca aaO). Die Absicherung (allein) gegen den vorzeitigen Tod des Darlehensnehmers ist für die Kreditgeberin auch nicht wirtschaftlich sinnlos, sondern schützt vor einem wesentlichen Kreditausfallrisiko. Für die Auslegung des BerGer. spricht im Übrigen gerade der Umstand, dass die Kl. sich im April 1998 zusätzlich zu den ihr schon übertragenen Ansprüchen auf den Todesfall alle weiteren Rechte aus den beiden bei der V. Versicherungs AG gehaltenen Lebensversicherungen gesondert übertragen ließ, als sich wirtschaftliche Probleme des Darlehensnehmers abzeichneten. Das belegt, dass auch die Kl. die vorherige Abtretung noch nicht als insolvenzfeste Absicherung ansah.

II. *Anfechtbarkeit der Abtretungen gem. § 133 I InsO gegeben*

Ohne Rechtsfehler hat das BerGer. diese Abtretungen der Ansprüche auf den Erlebensfall vom 02.04. 1998 für anfechtbar gemäß § 133 I InsO erachtet. Danach ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung diesen Vorsatz des Schuldners kannte. Nach den Feststellungen des BerGer. sind diese Voraussetzungen gegeben.

1. Keine Verkennung der Darlegungs- und Beweislast
Entgegen der Annahme der Revision hat das BerGer. nicht verkannt, dass die Darlegungs- und Beweislast

für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners beim Insolvenzverwalter liegt (BGH, Urteil vom 17.07.2003 - IX ZR 272/02 - ZIP 2003, 1799 unter II 1 a m.w.N.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet aber die Inkongruenz der angefochtenen Leistung ein Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz (vgl. BGHZ 123, 320, 326; 138, 291, 308; 157, 242, 253; BGH, Urteile vom 11.03.2004 - IX ZR 160/02 - ZIP 2004, 1060 unter II 1 c, bb; vom 22.04.2004 - IX ZR 370/00 - ZIP 2004, 1160 unter II 3 b, aa; vom 08.12.2005 - IX ZR 182/01 - WM 2006, 190 unter II 2 a, aa). Die aus der Inkongruenz der Leistung folgende Beweiserleichterung ist bei der Vorsatzanfechtung auch außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums des § 131 I Nr. 3 InsO anzuwenden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintraten, als zumindest aus der Sicht des Anfechtungsgegners Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln.

a. Inkongruente Deckung bei der Abtretung der Erlebensfallansprüche

Zu Recht hat das BerGer. die Abtretung der Erlebensfallansprüche als Gewährung einer inkongruenten Deckung angesehen. Auf diese Abtretung hatte die Kl. keinen Anspruch. Zwar hatte ein früherer Darlehensvertrag vom 22.06.1994 zunächst eine Besicherung ihrer Forderungen durch Bestellung einer Grundschuld vorgesehen. Da das dafür in Aussicht genommene Grundstück jedoch nie in das Eigentum des Schuldners gelangt war, wurde stattdessen die streitgegenständliche Sicherungsabtretung vereinbart. Leistet der Schuldner eine andere Sicherheit als geschuldet, ist die Leistung inkongruent, wenn die Abweichung nicht geringfügig ist (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 131 Rdn. 37). Die Geringfügigkeit der Abweichung hat das BerGer. Mit zutreffenden Erwägungen verneint.

Zu Unrecht beanstandet die Revision an dieser Stelle, der Tatrichter habe nicht berücksichtigt, dass die Abtretungen nicht im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld der Insolvenz geschahen. Die von der Revision dazu herangezogene Rechtsprechung, wonach die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung um so weniger ins Gewicht fällt, je länger die angefochtene Handlung vor der Verfahrenseröffnung liegt (BGHZ 157, 242, 254), betrifft nämlich nicht den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, sondern allein die Frage Kenntnis des anderen Teils hiervon (vgl. dazu unten 2.).

b. Zweifel an der Liquidität des Schuldners zum Zeitpunkt der Abtretung

Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Liquidität des Schuldners bereits zum Zeitpunkt der Abtretung sehr angespannt war.

Ob hier vom Vorliegen eines einfachen oder eines starken Beweisanzeichens für den Benachteiligungsvorsatz auszugehen war, ist nicht entscheidungserheb-

lich, weil das BerGer. ein weiteres Indiz zu Recht daraus hergeleitet hat, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Abtretung erhebliche Verbindlichkeiten hatte, nicht davon ausgehen konnte, alle Gläubiger in absehbarer Zeit befriedigen zu können, und die Abtretungen dazu dienten, Beitreibungsmaßnahmen seitens der Kl. zu verhindern. Ein Schuldner, der weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass er nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann, und dennoch die Forderungen eines einzelnen Gläubigers befriedigt oder ihm eine zusätzliche Sicherheit verschafft, rechnet mit einer dadurch eintretenden Benachteiligung der anderen Gläubiger, für die damit weniger übrig bleibt. Dies genügt für die Annahme des Vorsatzes im Sinne des § 133 InsO (BGHZ 131, 189, 195; BGH, Urteile vom 17.07.2003 aaO unter II 1 c, bb; vom 11.03.2004 aaO unter II 1 c, cc; vgl. ferner BGHZ 167, 190, 194 f.). Dem BerGer. ist darin zuzustimmen, dass die Kl. die im Einzelnen vorgetragene und durch die Vorlage von Urkunden belegte Forderungen der Gläubiger lediglich pauschal - und damit unbeachtlich - bestritten hat.

2. Kl. kannte den Vorsatz des Schuldners bzgl. der Gläubigerbenachteiligung

Auf Grund der tatrichterlichen Feststellungen ist ferner davon auszugehen, dass die Kl. den Vorsatz des Schuldners kannte, seine Gläubiger zu benachteiligen.

a. Vermutung der Kenntnis gem. § 133 I 2 InsO

Nach § 133 I 2 InsO ist diese Kenntnis zu vermuten, wenn der Anfechtungsgegner zum maßgeblichen Zeitpunkt (§ 140 InsO) wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte (vgl. dazu BGHZ 155, 75, 85; BGH, Urteil vom 08.12.2005 aaO). Der Tatrichter hat aus dem eigenen Vortrag der Kl. und den von ihr vorgelegten Urkunden - insbesondere der im Hause der Kl. erstellten Vorlage an den eigenen Vorstand vom 26.03.1998 - ihre Kenntnis entnommen, dass sich der Schuldner damals in einer finanziell äußerst beengten Lage befand. In dieser Vorlage heißt es am Schluss: "Der bisher erzielte Gewinn ... war ... nicht

ausreichend. Liquiditätsprobleme werden sich, sofern die avisierten Großaufträge nicht eintreffen, nicht lösen." Zu diesem Zeitpunkt kannte die Kl. bereits das Schreiben des Schuldners vom 04.03.1998, aus dem die Revision ableitet, die Kl. habe nicht von dauerhaft beengten finanziellen Verhältnissen des Schuldners ausgehen müssen. Die anders lautende tatrichterliche Würdigung des BerGer. ist danach nicht nur möglich, sondern auch nahe liegend.

Unter diesen Umständen brauchte das BerGer. auch nicht den als Zeugen angebotenen Mitarbeiter S. der Kl. zu vernehmen. In das Wissen des Zeugen war gestellt, der Schuldner habe sich aus einem größeren Bauvorhaben, das nicht zustande gekommen ist, eine Provision von 1% bis 1,5% des Bauvolumens erhofft. Darauf kam es aber nicht an, weil das BerGer. rechtsfehlerfrei dargelegt hat, die Kl. selbst habe - wie ihre erwähnte Vorlage belege - nie auf diese Hoffnung des Schuldners gebaut.

Dass die Kl. die Gläubiger benachteiligende Wirkung der Abtretung nicht erkannt habe, macht die Revision selbst nicht geltend.

b. Inkongruenz als Beweiszeichen für die Kenntnis der Kl. vom Benachteiligungsvorsatz

Im Übrigen ist die Inkongruenz der Abtretung auch ein Beweiszeichen für die Kenntnis der Kl. von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 157, 242, 250 ff.; BGH, Urteile vom 11.03.2004 aaO unter II 1 d; vom 22.04.2004 aaO unter II 3 c), wobei es genügt, dass ihr die Tatsachen bekannt waren, die den Rechtsbegriff der Inkongruenz ausfüllen (BGH, Urteile vom 11.03.2004 aaO; vom 22.04.2004 aaO). Dass sie statt der geschuldeten eine andere Sicherheit erhielt, wusste die Kl..

c. Weder Entkräftung der Vermutungswirkung gem. § 133 I 2 InsO, noch des Beweiszeichens

Ohne Rechtsfehler ist das BerGer. davon ausgegangen, dass die Kl. weder die Vermutung des § 133 I 2 InsO, noch das Beweiszeichen der Inkongruenz entkräftet hat.

Standort: ZPO I**Problem: Streitgegenstandsbegriff**

BGH, Urteil vom 08.05.2007

XI ZR 278/06 (Bisher unveröffentlicht)

Problemdarstellung:

Die Kl. nimmt die Bekl. aus abgetretenem und gepfändetem Recht als Prozessbürgin in Anspruch.

Die I. wurde durch ein inzwischen rechtskräftiges Urteil zur Zahlung von ca. 90.000 DM an die IM. verurteilt. I. wurde nachgelassen, die Vollstreckung aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 105.000 DM abzuwenden, wobei die Sicherheitsleistung durch Beibringung einer Bankbürgschaft zugelassen wurde. Im Juli 1999 verbürgte sich die Bekl. gegenüber der IM. für die von der I. zu leistende Sicherheit in Höhe von 52.000 DM. Die IM. trat der Kl. im September 1999 ihre Forderungen aus dem Rechtsstreit gegen die I. und aus der Bürgschaft sicherungshalber ab. Die IM. fiel in die Insolvenz, wobei die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde. Durch Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse vom 11. und 17.02. 2003 wurden die Forderungen der IM. gegen die I. und gegen die Bekl. gepfändet und der Kl. zur Einziehung überwiesen.

Die Klage auf Zahlung nebst Zinsen hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag erfolglos weiter.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung präzisierte der BGH den Inhalt des Streitgegenstandsbegriff. Die ZPO und die weiteren einschlägigen Gesetze enthalten keine Definition des Begriffs des Streitgegenstands, obwohl sie ihn wörtlich oder im übertragenen Sinne verwenden (Vgl. §§ 2, 148 ZPO). Bedeutung erlangt der Streitgegenstand in vielfältiger Hinsicht; So bestimmt sich danach die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gem. § 2 ZPO, §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG. Weiterhin hängen die Wirkungen der Rechtshängigkeit (§ 261 III Nr. 1 ZPO) und der materiellen Rechtskraft (Vgl. § 322 I ZPO) entscheidend davon ab, auf welchen Gegenstand sich die Klage und das Urteil erstrecken. Verbunden mit der Frage nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit kann auch die Frage nach dem Eintritt der Hemmungswirkung hinsichtlich der Verjährung gemäß § 204 I Nr. 1 BGB sein. Ferner setzt eine objektive Klagehäufung eine Mehrheit von Streitgegenständen voraus.

In der Rechtsprechung wird seit jeher der sog. prozessual zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff vertreten. Dies bedeutet, dass sich der Streitgegenstand zum einen aus dem Klageantrag und zum anderen aus dem zur Begründung des Klageantrags vorgetragenen Le-

bensachverhalt ergibt. Hierbei ist zu beachten, dass für den Streitgegenstandsbegriff allein der vom Kl. erhobene prozessuale Anspruch, d.h. das sich aus dem Klageantrag und dem tatsächlichen Klagegrund zusammensetzende Klagebegehren maßgeblich ist (Zöller, § 253 Rn 12 ff.). Also sind der prozessuale Anspruch und die materielle Rechtslage streng voneinander zu trennen. Genau an dieser Stelle lag die Problematik dieser Entscheidung.

Der Kl. leitete seine Aktivlegitimation zunächst aus einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und erst später aus einer Abtretung der Klageforderung her. Es stellte sich nunmehr die Frage, ob hierin ein Wechsel des Streitgegenstandes ersichtlich ist. Dies kommt in Betracht wegen eines etwaigen Austauschs des Klagegrundes. Der Klagegrund geht allerdings über die Tatsachen, die die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus. Zum Klagegrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Sachverhalt gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGHZ 117, 1, 5 f.; BGH, Urteil vom 06.05.1999 - III ZR 265/98, NJW 1999, 3126, 3127 m.w.Nachw.).

Nach diesen Grundsätzen liegt im Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen aus abgetretenem Recht wegen der Änderung des dazu vorgetragenen Lebenssachverhalts grundsätzlich ein Wechsel des Streitgegenstandes im Sinne einer Klageänderung gemäß § 263 ZPO (BGH, Urteil vom 04.05.2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005). Hingegen ändert sich der Streitgegenstand nicht, wenn bei einer stillen Sicherungszession der Zedent die abgetretene Forderung zunächst aufgrund der ihm eingeräumten Einziehungsermächtigung geltend macht und später aufgrund einer Rückabtretung des Sicherungnehmers weiterverfolgt. Dasselbe gilt für eine Umstellung des Klageantrages auf Zahlung an den Sicherungnehmer nach Offenlegung der Sicherungsabtretung. Bei einer stillen Zession macht der Zedent nämlich aufgrund der Einziehungsermächtigung, auch wenn er Zahlung an sich verlangt, grundsätzlich die an den Sicherungnehmer abgetretene Forderung geltend (BGH, Urteil vom 23. 03.1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065, 1066). Hier galt es zu erkennen, dass die Kl. unabhängig von der Begründung ihrer Aktivlegitimation immer die in der Person der IM. entstandene Bürgschaftsforderung gegen die Bekl. geltend gemacht hat. Zwar bewirkt die Überweisung einer Forderung zur Einziehung keinen Forderungsübergang (BGHZ 114, 138, 141) und steht deshalb einer Forderungsab-

tretung nicht gleich (Stöber, Forderungspfändung 14. Aufl. Rdn. 589). Sie verschafft dem Vollstreckungsgläubiger aber ein eigenes Einziehungsrecht und ermächtigt ihn, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen (BGH, Urteil vom 08.10.1981 - VII ZR 319/80, WM 1981, 1338). Deshalb tritt keine Änderung des Streitgegenstandes ein, wenn - wie hier - eine Forderung zunächst aufgrund des durch einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlangten Einziehungsrechts und später aufgrund einer Abtretung geltend gemacht wird.

Vertiefungshinweise:

Zum Streitgegenstandsbegriff: *BGH*, NJW 1992, 117; *BGH*, NJW 2001, 158; *BGH*, RA 2004, 327 = NJW 2004, 1252; *Lüke*, JuS 2000, 1042; *Musielak*, NJW 2000, 3593

Kursprogramm:

- Assessorkurs*: "Die voreilige Auflassung"
 Assessorkurs: "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsatz:

Der Streitgegenstand ändert sich nicht, wenn der Kl. seine Aktivlegitimation zunächst aus einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und später aus einer Abtretung der Klageforderung herleitet (im Anschluss an BGH, WM 1999, 1065, 1066).

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem und gepfändetem Recht als Prozessbürgin in Anspruch.

Die I. GmbH (im Folgenden: I.) wurde durch - inzwischen rechtskräftiges - Vorbehaltsurteil des Landgerichts E. vom 23.12.1998 verurteilt, 90.943 DM nebst Zinsen an die IM. GmbH (im Folgenden: IM.) zu zahlen. Der I. wurde nachgelassen, die Vollstreckung aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 105.000 DM abzuwenden. Nach dem Beschluss des Landgerichts E. vom 28.01.1999 konnte die Sicherheitsleistung auch durch eine Bankbürgschaft erbracht werden. Am 29.07.1999 verbürgte sich die Bekl. gegenüber der IM. für die von der I. zu leistende Sicherheit in Höhe von 52.600,95 DM. Die IM. trat der Kl. am 10.09.1999 ihre Forderungen aus dem Rechtsstreit gegen die I. und aus der Bürgschaft sicherungshalber ab. Am selben Tag erklärte sie in einem notariell beurkundeten Schuldanerkenntnis, der Kl. 260.000 DM zu schulden, und unterwarf sich der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse abgelehnt worden war, wurde die IM. im Jahre 2002 im Handelsregister gelöscht. Durch

Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse vom 11. und 17.02. 2003 wurden die Forderungen der IM. gegen die I. und gegen die Bekl. gepfändet und der Kl. zur Einziehung überwiesen.

Die Klage auf Zahlung von 26.894,44 € (= 52.600,95 DM) nebst Zinsen hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Bekl. ist unbegründet.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Kl. sei aufgrund der Abtretung vom 10.09.1999 aktivlegitimiert. Außerdem habe sie, auch wenn sie als Zessionarin bereits materielle Rechtsinhaberin gewesen sei, die Forderung der IM. pfänden können, um Inhaberin der formell titulierten Rechtsposition zu werden. Die Pfändungen seien nicht aus formellen Gründen nichtig. Die gepfändete Forderung sei in dem Beschluss vom 11.02.2003 ausreichend genau bezeichnet. Dass die IM. als Vollstreckungsschuldnerin bereits seit dem Jahre 2002 im Handelsregister gelöscht gewesen sei, stehe der Wirksamkeit der Pfändung nicht entgegen.

Die Klageforderung sei nicht verjährt. Ein Anspruch aus einer Prozessbürgschaft verjähre wie die titulierte Hauptforderung in 30 Jahren. Aus § 108 I 2 ZPO ergebe sich eine Gleichwertigkeit von Bürgschaft und Hinterlegung. Der Anspruch auf Herausgabe hinterlegter Gegenstände erlösche gemäß § 21 I HinterlO grundsätzlich nach 30 Jahren.

Auch bei Zugrundelegung einer nur dreijährigen Verjährungsfrist sei keine Verjährung eingetreten. Die gemäß Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB bis zum 31.12.2004 laufende Verjährungsfrist sei durch die Zustellung der Klage am 15.12.2004 gehemmt worden. Dies gelte nicht nur, wenn die Kl. die Bürgschaftsforderung durch die Pfändung erworben habe, auf die die Klage von Anfang an gestützt worden sei, sondern auch bei einem Erwerb durch die Abtretung, auf die die Kl. sich erstmals im Schriftsatz vom 01.06.2005 bezogen habe. Streitgegenstand sei immer die Bürgschaftsforderung gewesen, die die Kl. aus fremdem Recht geltend gemacht habe. Ob die Kl. durch Abtretung oder durch Pfändung Rechtsinhaberin geworden sei, habe auf den Streitgegenstand der Bürgschaftsklage keinen Einfluss.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Forderungsinhaberschaft der Kl. bereits aufgrund der Abtretung vom 10.09.1999

Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei und von der Revision

unangegriffen festgestellt, dass die Kl. aufgrund der Abtretung vom 10.09.1999 Inhaberin der Forderung gemäß § 765 I BGB gegen die Bekl. in Höhe der Klagesumme geworden ist. Deshalb braucht nicht entschieden zu werden, ob die Kl. auch aufgrund der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse vom 11. und 17.02.2003 aktivlegitimiert ist, d.h. ob die Kl. die Forderung, deren Inhaberin sie bereits durch die Abtretung geworden war, noch wirksam pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen konnte (bejahend: OLG Köln WM 1978, 383, 385; Stein/Jonas/Brehm, ZPO 22. Aufl. § 829 Rdn. 21, 67; Musielak/Becker, ZPO 5. Aufl. § 829 Rdn. 8; Thomas/Putzo, ZPO 27. Aufl. § 829 Rdn. 11; HK-ZPO/Kemper, § 829 Rdn. 9; vgl. auch RGZ 86, 135, 137; verneinend: Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht 10. Aufl. § 54 S. 636; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz 2. Aufl. § 829 Rdn. 18).

2. Durchsetzbarkeit der Klageforderung gegeben

Auch die Auffassung des BerGer., die Klageforderung sei nicht verjährt, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a. Keine Verjährung gem. §§ 195, 199 I BGB, Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB

Dies gilt auch dann, wenn für den Anspruch aus der Prozessbürgschaft vom 29.07.1999 die kürzeste in Betracht kommende, nämlich die dreijährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 I BGB, Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB gilt, die nach der rechtsfehlerfreien und von der Revision unangegriffenen Feststellung des BerGer. am 31.12.2004 endete. Deshalb kann dahinstehen, ob aufgrund einer längeren Verjährungsfrist, eines späteren Fristbeginns, etwa erst mit der Inanspruchnahme des Bürgen, oder einer Ablaufhemmung, z.B. bis zur Verjährung der Hauptschuld (vgl. Palandt/Sprau, BGB 66. Aufl. § 765 Rdn. 26 m.w.Nachw.), von einem späteren Ende der Verjährungsfrist auszugehen ist.

b. Hemmung durch Klagezustellung gem. § 204 I Nr. 1 ZPO

Die Verjährungsfrist ist durch die Zustellung der Klageschrift am 15.12.2004 gemäß § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt worden. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Aktivlegitimation in der Klageschrift nur mit den Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen vom 11. und 17.02.2003 begründet und erst nach Ablauf der Verjährungsfrist in einem Schriftsatz vom 01.06.2005 auf die Abtretung vom 10.09.1999 gestützt worden ist.

Die Erhebung der Klage hemmt die Verjährung nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur für den streitgegenständlichen prozessualen Anspruch (BGH, Urteil vom 04.05.2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005 m.w.Nachw.). Hingegen erstreckt sich die Verjährungshemmung nicht auf Ansprüche,

die nicht Gegenstand der Klageerhebung waren (vgl. BGHZ 104, 268, 271 ff.; BGH, Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065, 1066). Der auf die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse und der auf die Abtretung gestützte Anspruch ist entgegen der Auffassung der Revision derselbe prozessuale Anspruch.

aa. Prozessualer Anspruch ist Gegenstand des Rechtsstreits

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kl. in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet. In diesem Sinn geht der Klagegrund über die Tatsachen, die die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus. Zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat. (BGHZ 117, 1, 5 f.; BGH, Urteil vom 06.05.1999 - III ZR 265/98, NJW 1999, 3126, 3127 m.w.Nachw.). Nach diesen Grundsätzen liegt im Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen aus abgetretenem Recht wegen der Änderung des dazu vorgetragenen Lebenssachverhalts grundsätzlich ein Wechsel des Streitgegenstandes im Sinne einer Klageänderung gemäß § 263 ZPO (BGH, Urteil vom 04.05.2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005). Hingegen ändert sich der Streitgegenstand nicht, wenn bei einer stillen Sicherungszession der Zedent die abgetretene Forderung zunächst aufgrund der ihm eingeräumten Einziehungsermächtigung geltend macht und später aufgrund einer Rückabtretung des Sicherungnehmers weiterverfolgt. Dasselbe gilt für eine Umstellung des Klageantrages auf Zahlung an den Sicherungnehmer nach Offenlegung der Sicherungsabtretung. Bei einer stillen Zession macht der Zedent nämlich aufgrund der Einziehungsermächtigung, auch wenn er Zahlung an sich verlangt, grundsätzlich die an den Sicherungnehmer abgetretene Forderung geltend (BGH, Urteil vom 23. 03.1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065, 1066).

bb. Hier keine Änderung des Streitgegenstands gegeben

Gemessen hieran hat sich der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht dadurch geändert, dass

die Kl. den Anspruch gegen die Beklagte gemäß § 765 I BGB aufgrund der Prozessbürgschaft vom 29.07.1999 zunächst auf die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse vom 11. und 17.02.2003 und später auf die Abtretung vom 10.09.1999 gestützt hat. Die Kl. hat, wie das BerGer. zutreffend erkannt hat, unabhängig von der Begründung ihrer Aktivlegitimation, immer die in der Person der IM. entstandene Bürgschaftsforderung gegen die Bekl. geltend gemacht. Die Revision wendet hiergegen ohne Erfolg ein, die Kl. sei aufgrund der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse aus fremdem Recht, aufgrund der Abtretung hingegen aus eigenem Recht vorgegangen. Die Überweisung einer Forderung zur Einziehung bewirkt zwar keinen Forderungsübergang (BGHZ 114, 138, 141) und steht deshalb einer Forderungsabtretung nicht gleich (Stöber, Forderungspfändung 14. Aufl. Rdn. 589). Sie verschafft dem Vollstreckungsgläubiger aber ein eigenes Einziehungsrecht und ermächtigt ihn, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen (BGH, Urteil vom

08.10.1981 - VII ZR 319/80, WM 1981, 1338). Deshalb tritt - ebenso wie bei Geltendmachung einer abgetretenen Forderung aufgrund einer rechtsgeschäftlich erteilten Einziehungsermächtigung und später aufgrund einer Rückabtretung (BGH, Urteil vom 23.03.1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065, 1066) - keine Änderung des Streitgegenstandes ein, wenn - wie hier - eine Forderung zunächst aufgrund des durch einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlangten Einziehungsrechts und später aufgrund einer Abtretung geltend gemacht wird. Der zeitliche Abstand zwischen der Abtretung und dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ist entgegen der Auffassung der Revision für die Bestimmung des Streitgegenstandes unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 23.03.1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065).

III. Zurückweisung der Revision

Die Revision war demnach als unbegründet zurückzuweisen.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Ass. Kathrin Lütke-meier (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <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.

Strafrecht**Standort: §§ 11 I Nr. 2c, 331 ff. StGB****Problem: Amtsträger**

BGH, URTEIL VOM 18.04.2007
5 STR 506/06 (NSTZ 2007, 461)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war bei einer GmbH, deren überwiegende Gesellschafterin die Stadt Hannover war, zuständig für die Vergabe von Reparaturarbeiten. An einem Großteil der von der GmbH veralteten Wohnungen besaß die Stadt Hannover ein Belegungsrecht. Diese Wohnungen wurden nur an Personen vermietet, denen die Stadt einen Bezugsschein ausgestellt hatte. Der Angeklagte ließ sich von einem befreundeten Handwerker Rechnungen für tatsächlich nicht ausgeführte Arbeiten ausstellen, die er dann bei seiner Arbeitgeberin einreichte. Die ausgezahlten Beträge teilte sich der Angeklagte mit seinem Partner.

Das LG Hannover hatte den Angeklagten insb. wegen Betrugs, § 263 I StGB, und Untreue, § 266 I StGB, verurteilt. Eine Verurteilung wegen der Begehung von Amtsdelikten, §§ 331 ff. StGB, hatte es jedoch abgelehnt, da es sich beim Angeklagten nicht um einen Amtsträger handele und er somit kein tauglicher Täter sei. Diese Entscheidung bestätigte der BGH.

Prüfungsrelevanz:

Amtsdelikte, insb. die §§ 331 ff. StGB, sind zwar in beiden Examen Prüfungsstoff, jedoch eher selten Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Dennoch ist die Kenntnis grundlegender Fragen dieser Tatbestände - vor allem der Frage nach der tauglichen Tätereigenschaft - ratsam, da insb. in mündlichen Prüfungen gerne einmal danach gefragt wird.

Tauglicher Täter eines Amtsdeliktes, z.B. §§ 331, 332 StGB, ist nur ein Amtsträger. Dieser Begriff wird in § 11 I Nr. 2 StGB bestimmt. Amtsträger sind zunächst Beamte, Richter und Personen, die in einem anderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, § 11 I Nr. 2a, b StGB. Gem. § 11 I Nr. 2c StGB ist Amtsträger aber auch jede Person, die dazu bestimmt ist, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Dies gilt ungeachtet der gewählten Organisationsform. Das heißt, auch ein Angestellter bei einem privatrechtlich organisierten Unternehmen, z.B. einer GmbH, kann Amtsträger sein, wenn er dort Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Aufgaben öffentlicher Verwaltung in diesem Sinne sind solche, die ein Hoheitsträger zulässigerweise für sich in Anspruch

nehmen könnte, also die Eingriffs-, Leistungs- und fiskalische Verwaltung sowie Aufgaben der Daseinsvorsorge (BGH 38, 201; Tröndle/Fischer, § 11 Rn 22; Becker, StV 2006, 309). Die GmbH, bei der der Angeklagte im vorliegenden Fall angestellt war, verwaltete Wohnungen, insb. Sozialwohnungen. Obwohl die Wohnungsfürsorge einen Teil der Daseinsfürsorge darstellt, nahm die Arbeitgeberin des Angeklagten nach Auffassung des BGH keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, da nicht sie die entsprechenden Bezugsscheine vergab, sondern nur Wohnungen anbot, die mit diesen Scheinen gemietet werden konnten. Dies taten neben der Arbeitgeberin des Angeklagten aber auch noch zahlreiche andere Unternehmen. Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 49, 214; 50, 299), dass bei einem privatrechtlich organisierten Rechtssubjekt wie einer GmbH eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben grds. nur in Betracht komme, wenn das Unternehmen als "verlängerter Arm des Staates" erscheine. Dies sei jedoch bei der GmbH im vorliegenden Fall trotz ihrer sozialen Zwecksetzung insb. deshalb nicht der Fall gewesen, weil sie aus Sicht der Wohnungssuchenden nur eines von vielen Unternehmen sei, das Berechtigten Sozialwohnungen zur Verfügung stelle.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Amtsträgereigenschaft i.S.v. § 11 I Nr. 2c StGB: BGHSt 49, 214; 50, 299; BGH, wistra 2007, 17; Becker, StV 2006, 309; Geerds, JR 1996, 309; Ossenhühl, JR 1992, 473; Ransiek, NSTZ 1997, 521

Leitsatz:

Ein Mitarbeiter einer kommunalen Wohnungsbau-gesellschaft ist kein Amtsträger, wenn die Wohnungsbau-gesellschaft nur einer von vielen Anbietern von Wohnraum ist, der mit städtischen Belegungsrechten belastet ist (im Anschluss an BGHSt 38, 199).

Sachverhalt:

Der Angeklagte B war seit 1996 bei der G B H-GmbH (GBH), einem 1927 gegründeten kommunalen Wohnungsunternehmen, als "technischer Bestandsbetreuer" für die Unterhaltung des Wohnungsbestandes verantwortlich und hatte Reparatur- sowie Renovierungsarbeiten zu vergeben. Die Stadt Hannover hielt fast 90

% der Gesellschaftsanteile an der GBH, im Übrigen war Anteilseignerin die Stadtparkasse. Die Landeshauptstadt stellte gemäß der Satzung zwölf von 15 Aufsichtsratsmitgliedern, deren Amtszeit sich nach der Wahlperiode des Stadtrats bestimmte. Bei den ihr zugewiesenen Geschäften in der Wohnungswirtschaft hatte die GBH den "Grundsatz sozialer Verantwortung für die sozial schwachen Schichten der Bevölkerung" zu beachten (§ 2 Nr. 3 Satz 2 der Satzung).

Um den Satzungszweck des § 2 ("sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung der Bevölkerung Hannovers mit dem Schwerpunkt öffentlich geförderter Wohnungsbau") zu erfüllen, besaß die Stadt Hannover im Tatzeitraum 1999 bis 2002 ein Belegungsrecht an 10.000 Wohnungen von einem von der GBH verwalteten Gesamtbestand von 14.000 Wohnungen, die mit öffentlichen Fördermitteln errichtet worden waren. Die mit einem Belegungsrecht belasteten Wohnungen konnten nur mit einem von der Stadtverwaltung vergebenen Bezugsschein gemietet werden. Daneben hatte die Stadt Hannover Belegungsrechte bei etwa 100 anderen privaten Vermietern oder Wohnungsbaugesellschaften. Mieter mit solchen Bezugsscheinen wurden gleichmäßig auf alle Wohnungsanbieter verteilt. Im Übrigen verwaltete die GBH den Wohnungsbestand nach erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Beachtung des Mietspiegels, um zur Konsolidierung des Haushalts der Landeshauptstadt Hannover beizutragen.

Der Angeklagte B war zunächst städtischer Angestellter und wurde nach BAT vergütet. "Nach Umstrukturierung" der GBH wurde er als "Bezirksleiter Technik" und stellvertretender Geschäftsstellenleiter des Stadtbereichs Stöcken nach einem Haustarif bezahlt. Aus privaten Geldnöten vereinbarte der Angeklagte B ab 1999 mit dem ihm bekannten Angeklagten G, einem Malermeister, Rechnungen über tatsächlich nicht erbrachte Werkleistungen bei der Kasse der GBH einzureichen, um anschließend den ausgezahlten Werklohn (ohne Umsatzsteueranteil) unter sich aufzuteilen. Insgesamt 89 von dem Mitangeklagten G ausgestellte Scheinrechnungen gab der Angeklagte B zur Kasse, nachdem er sie abgezeichnet und die erforderliche Unterschrift eines weiteren Mitarbeiters eingeholt hatte, von dem er im Einzelfall wusste, dass dieser als Vertreter des eigentlich zuständigen, aber verhinderten Kollegen die Rechnung nicht sachlich prüfen konnte. In gleicher Weise erhielt der Angeklagte B von den Mitangeklagten D und W elf bzw. acht Scheinrechnungen, deren Beträge sie sich nach Auszahlung durch die GBH teilten. Insgesamt verursachte der Angeklagte B einen Schaden von rund 440.000 € zu Lasten der GBH.

Der Angeklagte B verschwieg gegenüber dem Finanzamt die ihm aus den vorgenannten Taten zugeflossenen Erlöse und verkürzte damit Einkommensteuer für 1999 bis 2001 von insgesamt fast 90.000 DM. Für das

Jahr 2002 wurde die Einkommensteuer mit Hilfe der Erkenntnisse aus dem eingeleiteten Ermittlungsverfahren noch vor Abschluss der allgemeinen Veranlagungsarbeiten im April 2004 zutreffend festgesetzt.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten B wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue und mit Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in 108 Fällen sowie wegen Steuerhinterziehung in drei Fällen und versuchter Steuerhinterziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Gegen den Angeklagten G hat es wegen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue und mit Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 89 Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer Vorentscheidung eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verhängt, gegen den Angeklagten D wegen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue und mit Bestechung im geschäftlichen Verkehr in elf Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten sowie gegen den Angeklagten W wegen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue und mit Bestechung im geschäftlichen Verkehr in acht Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr. Die Vollstreckung der drei zuletzt genannten Gesamtfreiheitsstrafen hat das Landgericht zur Bewährung ausgesetzt. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen des Angeklagten B und der Staatsanwaltschaft, die mit ihren Revisionen, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, beanstanden, dass die Angeklagten nicht wegen Bestechlichkeit bzw. Bestechung eines Amtsträgers (§ 332/§ 334 StGB) verurteilt sind. Sämtliche Rechtsmittel bleiben im Ergebnis ohne Erfolg. Lediglich die Schuldsprüche sind [...] teilweise zu berichtigen und neu zu fassen. [...]

Das Landgericht hat die Amtsdelikte der §§ 331 ff. StGB nicht angewendet, da die GBH nicht als "sonstige Stelle" im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB anzusehen sei. Dies hat das Landgericht insbesondere damit begründet, dass die Stadt Hannover die Wohnungsversorgung für sozial schwächere Mieter in gleicher Weise über die anderen Wohnungsanbieter sichergestellt und sich die GBH folglich nicht mehr von den anderen Anbietern unterschieden habe, zumal sie Erträge zur Entlastung des Stadthaushalts erwirtschaften sollte. In der öffentlichen Wahrnehmung sei der GBH keine öffentliche Aufgabenerfüllung mehr zugekommen.

II. Zur Revision des Angeklagten B

Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten B führt lediglich dazu, dass im Schuldspruch die Verurteilung wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen

Verkehr in den Fällen II. 1 bis II. 108 der Urteilsgründe jeweils entfällt.

1. Zum Fehlen einer Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

Die Verurteilung wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB wird von den Feststellungen nicht getragen. Gleichwohl lässt dieser Rechtsfehler die verhängten Einzelstrafen unberührt.

a. Zu den Voraussetzungen des § 299 I StGB

Nach § 299 Abs. 1 StGB ist unter anderem Tatbestandsvoraussetzung, dass der Bestochene den Vorteil als Gegenleistung für eine Bevorzugung bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Die Tatbestandsmerkmale "Bevorzugung" und "Wettbewerb" setzen also mindestens zwei Konkurrenten voraus, von denen einer, nämlich der Vorteilsgeber oder ein von diesem bestimmter Dritter, nach der mit dem Bestochenen getroffenen Unrechtsvereinbarung gegenüber dem Mitbewerber besser gestellt werden soll. Dabei muss der benachteiligte Mitbewerber in der Unrechtsvereinbarung nicht der Person nach bestimmt sein, solange feststeht, dass es überhaupt wenigstens einen anderen Konkurrenten gibt (BGHR StGB § 299 Abs. 2 Geschäftlicher Verkehr 1 m.w.N.; BGH wistra 2003, 385, 386).

b. Zum Fehlen der Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Die Urteilsfeststellungen belegen auch nicht in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung der Strafzumessungserwägungen, dass der Angeklagte B bei der "Vergabe" der Scheinaufträge an die Mitangeklagten andere Unternehmer übergegangen hat. Dies erscheint auch von vornherein insofern ausgeschlossen, als tatsächlich keine Werkleistungen erbracht werden sollten und es insoweit keine (lautere) Wettbewerbssituation gab, in der der Angeklagte B die Mitangeklagten gegenüber den "Angeboten" anderer Handwerker oder Maler "bevorzugen" konnte. Schließlich geben die Feststellungen insgesamt nichts dafür her, dass der Angeklagte B gegenüber den Mitangeklagten G und D die Vergabe von tatsächlich zu erbringenden Werkarbeiten von deren Beteiligung an den fingierten Rechnungen abhängig machte.

c. Zu den Fällen II. 101 bis II. 108

Die vorstehenden Erwägungen gelten auch für die Fälle II. 101 bis II. 108 der Urteilsgründe, in denen der Angeklagte W davon ausging, weitere tatsächlich zu erfüllende Werkaufträge nur dann zu erhalten, wenn er dem Angeklagten B das Ausstellen der Scheinrechnungen zusagte. Dies reicht nicht aus, um die Strafbarkeit des Angeklagten B nach § 299 Abs. 1 StGB bei den insoweit allein maßgeblichen Tathandlungen des

"Forderns" der fingierten Rechnungen, des "Sichversprechenlassens" mit der Entgegennahme der Zusage und des "Annehmens" bei Aufteilung der Taterlöse zu bejahen. Denn insoweit belegen die Feststellungen nicht mehr, als dass der Angeklagte B die Gelegenheit nutzen wollte, den Angeklagten W zum Beteiligten und Mitnutznießler von Untreue- und Betrugstaten zu machen, nicht indes eine (zustande gekommene oder zumindest erstrebte) Unrechtsvereinbarung.

d. Zum Ausschluss weiter gehender Feststellungen

Der Senat schließt angesichts des Zeitablaufs und der konkreten Umstände des Einzelfalls aus, dass in einer neuen Verhandlung weiter gehende Feststellungen möglich wären, die eine Verurteilung wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr rechtfertigen könnten.

2. Zur Strafbarkeit wegen Betruges, Untreue und (versuchter) Steuerhinterziehung

Die Überprüfung des Urteils zeigt keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten B auf, soweit er sich gegen die Verurteilung wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue in 108 Fällen sowie wegen Steuerhinterziehung in drei Fällen und wegen versuchter Steuerhinterziehung wendet. Anzumerken ist insoweit nur Folgendes:

a. Zum Vorliegen eines Irrtums i.S.v. § 263 I StGB

Die Feststellungen in den Fällen II. 1 bis II. 108 der Urteilsgründe belegen ausreichend, dass sich sowohl der Kollege des Angeklagten im Rahmen der Gegenzeichnung der Scheinrechnungen als auch die Kassenmitarbeiter der GBH bei Auszahlung der "Werklöhne" in einem Irrtum befanden. Zwar beschränkte sich der Prüfungsumfang der Kassenmitarbeiter auf die erforderlichen Abzeichnungen der Angestellten der GBH, die die Werklohnrechnungen in sachlicher Hinsicht zu prüfen hatten. Beide gingen jedoch - zumindest in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins (vgl. dazu BGH wistra 2007, 102, 105, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 263 Rdn. 35) - davon aus, dass es sich um Rechnungen mit einem realen Hintergrund, mithin also nicht um bloße Scheinrechnungen handelte.

b. Zur Tateinheit zwischen Betrug und Untreue

Das Landgericht hat zwischen Betrug und Untreue zutreffend Tateinheit angenommen, weil der Angeklagte B schon bei Vornahme der Täuschungshandlungen in einem Treueverhältnis zu der GBH stand und der Tat deshalb ein zusätzlicher Unrechtsgehalt zukam (BGH wistra 1991, 218, 219 m.w.N. aus der Rechtsprechung).

c. Zur Tatmehrheit bzgl. der verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen

Die Annahme von Tatmehrheit wird durch die Fest-

stellungen getragen. Nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe reichte der Angeklagte B die 108 Scheinrechnungen einzeln bei der Kasse der GBH ein.

3. Zur Beibehaltung der Einzelstrafen

Trotz des berechtigten Schuldspruchs haben die vom Landgericht auch in den Fällen II. 1 bis II. 108 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen Bestand. Das Landgericht hat die Einzelstrafen zutreffend gemäß § 52 Abs. 2 StGB dem Gesetz mit der schwersten Strafdrohung entnommen, hier also dem Strafraum des § 263 Abs. 3 Satz 1 StGB von sechs Monaten bis zehn Jahren, den das Landgericht im Hinblick auf die Spielsucht des Angeklagten B gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemildert hat. Bei der Strafzumessung hat das Landgericht die Verurteilung wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nicht strafscharfend in Ansatz gebracht. Es hat die Höhe der Einzelstrafen allein mit solchen Umständen begründet, die der Verurteilung wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue zuzurechnen sind.

III. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft, die die Verurteilung des Angeklagten B wegen Steuerhinterziehung wirksam von ihrem Revisionsangriff ausgenommen hat, sind im Wesentlichen unbegründet.

1. Zum Fehlen einer Strafbarkeit wegen Amtsdelikten

Die Staatsanwaltschaft erstrebt ohne Erfolg eine Verurteilung der Angeklagten wegen Amtsdelikten nach §§ 331 ff. StGB.

a. Bisherige Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof hat bereits in einer früheren Entscheidung (BGHSt 38, 199) den Geschäftsführer eines in Rechtsform einer GmbH geführten, auf dem Gebiet des Wohnungsbaus tätigen landeseigenen Unternehmens nicht als Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB angesehen. Er hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Wohnungsbaugesellschaft privatrechtlich organisiert sei. Dies spreche gegen eine Amtsträgerschaft, auch wenn es Ausnahmefälle geben mag, in denen der Bürger zur Befriedigung grundlegender Lebensbedürfnisse ohne Ausweichmöglichkeiten auf die Leistungen einer von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in privatrechtlicher Form organisierten Einrichtung angewiesen sei (BGHSt 38, 199, 204). Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 (BGBl I 2038) ist § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB insoweit erweitert worden, als die Wörter "unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform" eingefügt wurden (Art. 1 Nr. 1). Auch diese Erstreckung des Amtsträgerbegriffes auf privatrechtliche Organisationsformen führt nicht dazu, dass die Mitarbeiter der GBH, obwohl die Gesellschaft von der Stadt Hannover letztlich vollstän-

dig beherrscht wird, als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB angesehen werden könnten.

b. Zu den Voraussetzungen für eine Amtsträgereigenschaft

Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB ist, wer dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, und zwar unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform. Sonstige Stellen sind behördenähnliche Institutionen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken (BGHSt 49, 214, 219; 43, 370, 375 ff.). Auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand können demnach "sonstige Stellen" sein. Dies ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht bereits dann der Fall, wenn sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen. Hinzukommen müssen weitere aussagekräftige Unterscheidungskriterien, um privates von staatlichem Handeln abzugrenzen. Eine Gleichstellung mit Behörden ist besonders dann gerechtfertigt, wenn die juristische Person des Privatrechts bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben derart staatlicher bzw. kommunaler Steuerung unterliegt, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als "verlängerter Arm" des Staates erscheint (BGH wistra 2007, 17; BGHSt 49, 214, 219; BGHSt 50, 299, 303).

c. Zum Fehlen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Hier ist das Landgericht rechtsfehlerfrei zu der Auffassung gelangt, dass der Angeklagte B als technischer Bestandsbetreuer schon objektiv nicht als Amtsträger anzusehen ist, weil er bei einer juristischen Person des Privatrechts beschäftigt ist, die keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erledigt.

aa. Zum Fehlen einer unmittelbaren Beteiligung der GBH an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Die Wohnungsfürsorge ist eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung einem Hoheitsträger zugewiesen ist. Diese Aufgabe nimmt die Stadtverwaltung wahr, indem sie an sozial schwache Bürger Berechtigungsscheine vergibt und einzelne Wohnungen mit Belegungsrechten belastet. An diesem Vorgang ist jedoch die GBH nicht unmittelbar beteiligt, weil sie weder über die Erteilung einer Berechtigung entscheidet noch über die Bedingungen bestimmt, die mit den Berechtigungsscheinen verbunden sind. Diese Entscheidungszuständigkeiten begründen den hoheitlichen Charakter der Aufgabe. In diese Verwaltungsvorgänge ist die GBH jedoch nicht eingebunden. Vielmehr stellt die GBH lediglich Teile ihres Wohnungsbestandes für den

entsprechenden Begünstigtenkreis zur Verfügung. In soweit unterscheidet sich das Handeln der GBH nicht von demjenigen anderer Wohnungseigentümer, deren Wohnungen unter einem entsprechenden Belegungsrecht der Stadt Hannover stehen. Dass dies bei der GBH in einer deutlich höheren Größenordnung geschieht, weil etwa 70 % ihres Wohnungsbestandes unter das Belegungsrecht der Kommune fällt, ändert qualitativ an der grundsätzlichen Austauschbarkeit der Leistungen nichts.

bb. Zum Fehlen eines spezifisch öffentlich-rechtlichen Bezuges der Leistungen der GBH

Allerdings enthält das angefochtene Urteil keine Ausführungen dazu, ob und in welchem Umfang die Eigentümer solcher Wohnungen, die einer entsprechenden Bindung unterliegen, von der Stadt Hannover Leistungen erhalten oder einer besonderen Förderung unterliegen. Die fehlende Darlegung der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen der Stadt Hannover und den Eigentümern der sozialgebundenen Wohnungen begründet hier jedoch keinen wesentlichen Mangel, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils nötig könnte. Maßgeblich ist insoweit nämlich in erster Linie der Umstand, dass die in der Zurverfügungstellung der Wohnung liegende Leistung der GBH keine der staatlichen Sphäre zugeordnete Leistung ist und durch gleichwertige Leistungen anderer Wohnungseigentümer ersetzt werden könnte. Dies nimmt dem Handeln der GBH den hoheitlichen Charakter.

Nach den Feststellungen des Landgerichts wurden Belegungsrechte der Stadt Hannover bei etwa 100 anderen Wohnungseigentümern begründet, wozu auch weitere Baugesellschaften mit eigenem Wohnungsbestand rechnen. Demnach besteht kein - für die Erledigung hoheitlicher Aufgaben typisches - Aufgabenfeld der Staatsverwaltung, das lediglich in einer privatrechtlichen Organisationsform abgewickelt wird. Vielmehr verschafft sich die Kommune in Erfüllung ihrer eigenen Sozialverpflichtung Wohnungen, wobei sie unter mehreren Wohnungsanbietern auswählen kann. Für diese Beschaffung mit Wohnraum ist ein Markt eröffnet, auf dem neben der GBH letztlich auch andere Wohnungseigentümer Wohnraum für soziale Zwecke zur Verfügung stellen. Dies wird auch dadurch deutlich, dass - so der vom Landgericht als Zeuge einvernommene Stadtkämmerer We - die Belegung der Wohnungen im marktgerechten Wettbewerb unter Berücksichtigung aller Eigentümer von geförderten Wohnungen erfolgt. Bei einer solchen Sachverhaltskonstellation fehlt der spezifisch öffentlich-rechtliche Bezug, der eine Gleichstellung mit behördlichem Handeln rechtfertigt. Auch eine Gesellschaft in alleiniger städtischer Inhaberschaft stellt letztlich nur einen weiteren Wettbewerber auf einem Markt dar, der vom Staat eröffnet wurde und sich um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gebildet hat (vgl. BGHSt 50, 299,

307). Die Entstehung wettbewerblicher Strukturen im Zusammenhang mit der Vergabe sozialgebundener Wohnungen im Raum Hannover wird im Übrigen durch den Umstand belegt, dass auch die Verwertung von Wohnungen, die mit Belegungsrechten der Stadt belastet sind, gewinnbringend sein kann, wie das Beispiel der GBH zeigt.

cc. Soziale Zielsetzung der GBH kein Beleg für Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Die soziale Zielsetzung der GBH, die in der Satzung niedergelegt ist, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Allerdings ist der Staatsanwaltschaft zuzugeben, dass diesem Umstand Indizcharakter für eine Aufgabe zukommen kann, die typischerweise durch die öffentliche Verwaltung wahrgenommen wird. Das Gewicht dieses Gesichtspunktes vermindert sich im vorliegenden Fall jedoch dadurch deutlich, dass die GBH nach den Feststellungen des Landgerichts erwerbswirtschaftlich tätig ist und auch tatsächlich erhebliche Gewinne erzielt hat. Weiterhin wurden in den Haushaltsplanungen der Stadt Hannover bis 2009 jährliche Gewinnerwartungen in Höhe von 4 % des Eigenkapitals eingestellt. Obwohl eine Gewinnerzielungsabsicht ebenso wenig wie tatsächlich erzielte Gewinne der Einstufung als öffentliche Aufgabe entgegenstehen (BGHSt 49, 214, 221; BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7), relativiert ihr Vorhandensein doch die in der Satzung festgelegte soziale Zweckbindung. Abgesehen davon, dass eine solche soziale Zielstellung nur ein einzelner Gesichtspunkt innerhalb der vorzunehmenden Gesamtbewertung (BGHSt 50, 299, 305) sein könnte, kommt ihr auch deshalb keine wesentliche Bedeutung zu, weil die GBH tatsächlich beträchtliche Gewinne erwirtschaftet hat.

dd. Zum Erscheinungsbild der GBH

Schließlich hat das Landgericht zutreffend in seine Gesamtbewertung einbezogen, dass die GBH von der Bevölkerung als eine von 100 Wohnungseigentümern und Anbietern auf dem Wohnungsmarkt, nicht aber als verlängerter Arm des Staates wahrgenommen wird. Die GBH tritt - wie andere gewerbliche Unternehmen auch - auf dem Markt werbend auf und operiert nach außen wie andere private Wohnungsbauunternehmen. Dieses Erscheinungsbild der GBH in der Öffentlichkeit ist angesichts des von den §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsguts berücksichtigungsfähig (BGHSt 49, 214, 227). Die Amtsdelikte schützen das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Institutionen (BGHSt aaO; 43, 370, 377). Wird das privatrechtlich strukturierte Unternehmen nicht als Teil der Staatsverwaltung angesehen, weil eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr deutlich wird, verliert sich vor dem Hintergrund des durch die Amtsdelikte verfolgten Strafzwecks auch im Korruptions-falle das Bedürfnis nach einer Ahndung gemäß §§ 331

ff. StGB.

3. Zum Schuldspruch

Der Schuldspruch in den Fällen II. 1 bis II. 108 der Urteilsgründe ist gemäß § 301 StPO auch bei den Nichttrevidenten G, D und W dahingehend zu berichti-

gen, dass die tateinheitlichen Verurteilungen wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr entfallen. Aus den gleichen Gründen, wie beim Angeklagten B ausgeführt, haben diese Schuldspruchberichtigungen jedoch keinen Einfluss auf die verhängten Strafen.

Standort: § 105 StPO

Problem: Verkennung des Richtervorbehalts

BGH, URTEIL VOM 18.04.2007

5 STR 546/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war wegen des Verdachts der Begehung von Straftaten nach dem BtMG erst überwacht und schließlich vorläufig festgenommen worden. Polizei und Staatsanwaltschaft wollten die Wohnung eines Dritten durchsuchen lassen, die der Angeklagte mitbenutzte, weil sie glaubten, dort Drogen zu finden. Der zuständige Staatsanwalt hielt die Einholung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung für entbehrlich und traf die entsprechende Entscheidung selbst. Das Landgericht hielt die im Rahmen der Durchsuchung aufgefundenen Beweismittel für nicht verwertbar und sprach den Angeklagten frei. Hiergegen legte die Staatsanwaltschaft Revision ein. Der BGH bestätigte jedoch die Entscheidung des LG.

Prüfungsrelevanz:

Strafprozessuale Problemstellungen wie im vorliegenden Fall sind zwar eher im zweiten Examen zu erwarten, könne aber auch im ersten Examen - als Zusatzfragen oder in der mündlichen Prüfung - auftauchen. Gerade die hier zu erörternde Frage des Bestehens eines Beweisverwertungsverbots ist auch im ersten Examen schon häufiger aufgetreten. Im zweiten Examen kann eine solche Aufgabenstellung in jeder Art von Klausur auftauchen, sowohl in einer staatsanwalt-schaftlichen Abschlussverfügung als auch in einer Urteils- oder Revisionsklausur oder in einer Anwaltsklausur aus Verteidigersicht.

Besteht ein Beweisverwertungsverbot, so darf das Gericht ein ihm vorliegendes Beweismittel nicht verwerten, d.h. bei seiner Urteilsfindung nicht berücksichtigen (vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn 55 ff.). Beweisverwertungsverbote sind im Gesetz nur ganz vereinzelt geregelt, z.B. in §§ 100c V 3, 136a III 2 StPO. Der BGH geht davon aus, dass zwar nicht jeder Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, dass sich jedoch auch über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus ein Beweisverwertungsverbot ergeben kann, wenn bei der Erhebung des Beweismittels ein Fehler vorlag und der Schutz höherwertiger Rechtsgüter des Angeklagten den Verzicht auf ein Beweismittel, mit dem dieser ei-

gentlich überführt werden könnte, gebietet (BGHSt 19, 325, 331; 34, 39, 53). Nach Auffassung des LG und des BGH hätte es zur Anordnung der Durchsuchung im vorliegenden Fall gem. Art. 13 II GG, § 105 I StPO einer richterlichen Anordnung bedurft. "Gefahr im Verzug", die gem. § 105 I StPO auch den Staatsanwalt zu einer entsprechenden Anordnung berechtigt hätte, habe nicht vorgelegen. Insofern stelle die fehlende richterliche Anordnung einen Verfahrensfehler dar. Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der h.M. (vgl. BVerfG, NJW 2006, 2684, 2686; OLG Koblenz, NStZ 2002, 660; Krekeler, NStZ 1993, 263, 265), dass nur ein besonders schwer wiegender Verstoß gegen den Richtervorbehalt (wie etwa dessen bewusste Umgehung) ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe. Dass der Staatsanwalt sich nur über die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer "Gefahr im Verzug" geirrt und seine eigene (Eil-) Kompetenz zu Unrecht angenommen habe, reiche hierfür nicht. Die Besonderheit des vorliegenden Falles bestehe jedoch darin, dass die ermittelnden Polizeibeamten nicht nur seit Monaten gegen den Angeklagten ermittelten und deshalb wussten, in welcher Wohnung dieser lebte. Außerdem hatten sie nach der Festnahme des Angeklagten zweieinhalb Stunden verstreichen lassen, in denen sie sich gar nicht erst um eine richterliche Durchsuchungsanordnung bemüht hatte. Erst nach dieser erheblichen Wartezeit wandten sie sich an den Staatsanwalt, betonten die Eilbedürftigkeit und ließen ihn die Durchsuchung anordnen. Da der Staatsanwalt sich so von den Polizisten, die eigentlich als seine Ermittlungspersonen, vgl. § 152 GVG, tätig werden sollten, habe instrumentalisiert lassen und seiner verfahrensleitenden Stellung nicht entsprochen habe, liege eine besonders schwer wiegende Verletzung des Richtervorbehalts vor, die ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen müsste.

Dass die Polizei u.U. auch bei einem korrekten Vorgehen - also bei rechtzeitiger Einschaltung eines Richters - einen Durchsuchungsbeschluss erhalten hätte, also ein hypothetisch rechtmäßiger Ermittlungsverlauf, kann nach dem BGH bei einem so schwer wiegenden Verstoß gegen den Richtervorbehalt wie im vorliegenden Fall das Bestehen eines Beweisverwertungsverbots nicht ausschließen (anders z.B. BGHSt 24, 125, 130; BGH, NStZ 1989, 375).

Vertiefungshinweise:

□ Zum Bestehen eines Beweisverwertungsverbots bei Missachtung des Richtervorbehalts: *BGH*, StV 2002, 113; *NStZ* 2004, 449; *Krehl*, JR 2001, 491; *Krekeler* *NStZ* 1993, 263; *Landau*, *NStZ* 2007, 121

Leitsatz:

Eine bewusste Missachtung oder gleichgewichtig grobe Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts kann die Annahme eines Verbots der Verwertung bei der Durchsuchung gewonnener Beweismittel rechtfertigen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte R erhielt am 16. Februar 2004 von einem ihm nicht weiter bekannten "M" 1.000 Euro nebst einem Wohnungsschlüssel, um einen zugeschweißten gefüllten Beutel aus der Wohnung F.-Straße zu einem Pkw zu verbringen. R stellte sich vor, in dem Beutel würden sich mindestens 300 g Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von nicht mehr als 9 g THC befinden. Als R am Morgen des 17. Februar 2004 im Begriff war, die Wohnung mit dem Schlüssel zu öffnen, wurde er festgenommen.

Das Landgericht hat aufgrund folgender Umstände darüber hinaus gehende Ermittlungsergebnisse wegen Missachtung des Gebots, einen richterlichen Beschluss zur Wohnungsdurchsuchung zu erlangen, als unverwertbar erachtet: Am 16. Februar 2004 öffnete der Vermieter wegen eines Wasserschadens gewaltsam die Wohnung. Er informierte die Polizei von seinem Verdacht, in der Wohnung Betäubungsmittel gefunden zu haben. Gegen 15.30 Uhr durchsuchten drei Polizeibeamte die Wohnung und informierten ihre Fachdienststelle von dem möglichen Rauschgiftfund. Deren Mitarbeiter trafen gegen 17.00 Uhr ein, stellten die aufgefundenen Betäubungsmittel sicher und brachten sie zur polizeitechnischen Untersuchungsstelle. Die Polizei "besetzte" nun die Wohnung, um mögliche Drogenhändler dingfest zu machen. Am nächsten Morgen wurde der Angeklagte R vorläufig festgenommen, als er versuchte, die Wohnungstür zu öffnen.

Das Landgericht hat mit weiteren beweiswürdigen Erwägungen die Täterschaft des Angeklagten G in Zweifel gezogen und dazu Folgendes ausgeführt: Das Auffinden einer türkischen Zeitung und DNA eines anderen Mannes - außer der des Angeklagten in aufgefundenen Zigarettenskippen - so wie die G ausdrücklich entlastende Einlassung des R sprächen gegen die Täterschaft des schweigenden Angeklagten G. Ferner hätten die in die Hauptverhandlung eingeführten Telefongespräche des Angeklagten G und die in seinem Pkw überwachten Gespräche keinen Bezug dieses Angeklagten zu Rauschgift in der F.-Straße erbracht.

Der Angeklagte G hielt sich während der letzten vier Wochen vor seiner Festnahme am 18. Februar 2005 in der Wohnung des Zeugen Z in der P.-Straße auf. Dies war der Polizei bekannt. Der die Ermittlungen gegen G führende Zeuge Kriminalkommissar S war darüber hinaus am 18. Februar 2005 über den jeweiligen Aufenthaltsort des Tatverdächtigen informiert. S erfuhr gegen 15.47 Uhr, dass sich G um ein Gerät bemühte, um in seinem Fahrzeug - tatsächlich angebrachte - polizeiliche Ortungs- und Abhörgeräte aufzufinden. S erörterte eine deshalb aus polizeilicher Sicht gebotene Festnahme des G mit dem zuständigen Staatsanwalt. G wurde mit Zustimmung des Staatsanwalts schließlich um 17.30 Uhr festgenommen, worüber S um 20.00 Uhr den Staatsanwalt informierte; dabei bat er ferner um die Genehmigung, die Wohnung des Z durchsuchen zu dürfen. Der Staatsanwalt ordnete die Wohnungsdurchsuchung auf Grund angenommener eigener Eilkompetenz an, ohne die Anrufung eines Ermittlungsrichters zu erwägen und eine Gefahr für den Verlust von Beweismitteln zu dokumentieren.

Das Landgericht hat auch die bei dieser Durchsuchung gewonnenen Beweismittel wegen Missachtung des Gebots, einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss herbeizuführen, mit einem Beweisverwertungsverbot belegt und ergänzend darauf hingewiesen, dass auf Grund weiterer Umstände das fehlende Bemühen um richterliche Durchsuchungsgenehmigungen nicht lediglich eine einzelne Nachlässigkeit der Ermittlungsbehörden dargestellt hat, sondern in eine Kette weiterer Ermittlungsmängel eingereicht gewesen ist:

- Ermittlungsbeamte hatten eine DNA-Probe des Angeklagten G vor dessen Festnahme durch eine fingierte Verkehrskontrolle erschlichen. Dabei wurde das bei dem Alkoholtest verwendete Mundstück einbehalten und dem Angeklagten auf seinen Rückgabewunsch hin stattdessen ein unbenutztes Austauschstück übergeben.
- Entgegen dem Inhalt eines Durchsuchungsberichts vom 28. Februar 2005 hatten Polizeibeamte gar nicht versucht, einen Durchsuchungsbeschluss für eine der Mutter des Angeklagten G gehörende Garage zu erlangen.

- Eine dem Angeklagten gehörende wertvolle Werkzeugkiste war - einem polizeilichen Aktenvermerk widersprechend - nicht vernichtet worden. Sie befand sich weiter im Besitz der Polizei und konnte während der Hauptverhandlung in Augenschein genommen werden.

- Während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung des Zeugen Z wurde diesem mitgeteilt, ein anwaltlicher Beistand wäre nicht nötig, weil es sich "nur um eine Vernehmung" handeln würde.

- Schließlich machte der Sitzungsstaatsanwalt während der Beweisaufnahme Vorhalte aus staatsanwaltschaftlichen Nachermittlungen, ohne diese zuvor dem erkennenden Gericht übergeben zu haben.

Aus den Gründen:*1. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten R wegen versuchten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Gegen diesen Angeklagten hat die Strafkammer ferner den Verfall von 1.000 Euro angeordnet. Den Mitangeklagten G hat das Landgericht von dem Vorwurf freigesprochen, in zwei Fällen ohne Erlaubnis mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Handel getrieben zu haben. Mit ihren vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen wendet sich die Staatsanwaltschaft gegen die Freisprechung des Angeklagten G und beanstandet bezüglich des Angeklagten R, dass dieser Angeklagte nicht wegen vollendeten unerlaubten Handeltreibens verurteilt worden ist. Der Angeklagte R wendet sich mit der allgemein erhobenen Sachrüge gegen seine Verurteilung. Sämtliche Rechtsmittel bleiben erfolglos.

Den Angeklagten liegt Folgendes zur Last:

Der Angeklagte G erwarb über 50.000 Ecstasy Tabletten (Wirkstoffgehalt über 3 kg MDMA) und verwahrte sie zum gewinnbringenden Weiterverkauf in der vom Zeugen B vermieteten Wohnung in der F.-Straße in B. G gab dem Angeklagten R am 16. Februar 2004 1.000 Euro gegen das Versprechen, aus der Wohnung eine Tüte voller Betäubungsmittel zu holen und diese in den Kofferraum eines in der Nähe geparkten Pkw zu verbringen (Anklagevorwurf 1).

Der Angeklagte G erwarb später 3,5 kg Marihuana (Wirkstoffgehalt 412 g THC) und verwahrte dieses zum beabsichtigten gewinnbringenden Weiterverkauf bis zum 18. Februar 2005 in einer Wohnung in der P.-straße in B. (Anklagevorwurf 2).

2. Entscheidung des BGH

Die Freisprechung des Angeklagten G hält den Revisionsangriffen stand.

a. Zum Umfang der Prüfung des BGH

Auf die von der Staatsanwaltschaft lediglich erhobene Sachrüge ist der Senat allenfalls befugt, auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen zu prüfen, ob die Subsumtion des Landgerichts dessen verfahrensrechtliche Folgerungen rechtfertigt (vgl. Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 261 Rdn. 38). Der weiter gehende vom Generalstaatsanwalt bei dem Kammergericht formulierte Revisionsangriff, die im Zusammenhang mit der Annahme von Beweisverwertungsverböten getroffenen Feststellungen des Landgerichts seien lückenhaft - dem sich der Generalbundesanwalt angeschlossen hat -, entzieht sich der Betrachtung. Solches hätte die Erhebung einer Verfahrensrüge mit weitergehendem Sachvortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) vorausgesetzt, die indes nicht vorliegt (vgl. BGHSt 19, 273, 275, 279;

48, 240, 250; Kuckein in KK 5. Aufl. § 337 Rdn. 30).

b. Zum Anklagevorwurf 1

Der Senat kann dahinstehen lassen, ob das Landgericht zu Anklagevorwurf 1 für die aus der Wohnung F.-Straße stammenden Betäubungsmittel zu Unrecht ein Beweisverwertungsverbot angenommen hat. Die Freisprechung des Angeklagten G beruht jedenfalls nicht auf einem etwaigen Rechtsfehler. Das Landgericht hat die erhobenen Beweise insgesamt hinreichend deutlich dahingehend gewürdigt, dass aus sachlichen Erwägungen nicht zu überwindende Zweifel an der Täterschaft des Angeklagten G bestanden haben. Solches hat das Revisionsgericht hinzunehmen (vgl. BGH NJW 2006, 925, 928 m.w.N., insoweit in BGHSt 50, 299 nicht abgedruckt).

c. Zum Anklagevorwurf 2

Soweit das Landgericht hinsichtlich des in der Wohnung des Zeugen Z aufgefundenen Rauschgifts ein Beweisverwertungsverbot angenommen hat, hält diese Wertung der - hier, wie ausgeführt, von vornherein nur eingeschränkt möglichen - rechtlichen Prüfung stand.

aa. Zur Erforderlichkeit einer richterlichen Durchsuchungsanordnung

Die am 18. Februar 2005 um 20.05 Uhr aufgrund der um 20.00 Uhr getroffenen Anordnung des Staatsanwalts erfolgte Durchsuchung der Wohnung war wegen Missachtung des Richtervorbehalts rechtswidrig. Eine gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO grundsätzlich erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung lag nicht vor (vgl. BVerfGE 103, 142, 153; BGHR StPO § 105 Durchsuchung 4). Die Anordnung des Staatsanwalts beruhte nicht auf einer rechtmäßigen Inanspruchnahme seiner sich aus § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO ergebenden Eilkompetenz.

Bei der hier zu beurteilenden Durchsuchungsanordnung hätte Gefahr im Verzug angenommen werden können, falls die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährdet hätte (vgl. BVerfGE 103, 142, 154; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 6). Bei der Prüfung dieser Voraussetzung steht es aber nicht im Belieben der Strafverfolgungsbehörden, wann sie eine Antragstellung in Erwägung ziehen. Sie dürfen nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter zuwarten, bis etwa die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, und damit die von Verfassungen wegen vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters unterlaufen (BVerfGE 103, 142, 155; BVerfG - Kammer - NJW 2005, 1637, 1638 f.). Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es deshalb auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich hielten (Stellungnahme des 1. Strafsenats des Bundes-

gerichtshofs in BVerfGE aaO S. 148).

Solches war hier nach jeglicher kriminalistischer Erfahrung spätestens zum Zeitpunkt des Entschlusses zur Festnahme des G am Nachmittag des 18. Februar 2005 der Fall (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2005, 1637, 1638 f.; AG Kiel StV 2002, 536, 537 jeweils zu ähnlichen Sachverhalten). Die sofortige Suche nach Sachbeweisen am gewöhnlichen Aufenthaltsort des G drängte sich auf. Nur durch einen alsbaldigen Zugriff wäre auszuschließen gewesen, dass mögliche Mittäter in der Wohnung befindliches Rauschgift beseitigen. Schon daher konnte die erst um 20.00 Uhr erfolgte Durchsuchungsanordnung - jenseits jeder fehlenden Dokumentation (vgl. BVerfG - Kammer - aaO S. 1639; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 5) - nicht mehr auf Gefahr im Verzug gestützt werden. Hinzu kommt, dass den Polizeibeamten durch Gs Beobachtung schon mindestens vier Wochen lang dessen Aufenthalt in Zs Wohnung bekannt war und dass sich die Notwendigkeit einer alsbaldigen Wohnungsdurchsuchung aufdrängte, mithin nicht einer überraschenden Verfahrenssituation entsprang.

bb. Zum Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots wegen Rechtswidrigkeit der Durchsuchung

Die Rechtswidrigkeit der Wohnungsdurchsuchung rechtfertigt vorliegend die Annahme eines Verwertungsverbots hinsichtlich der bei der Durchsuchung sichergestellten Betäubungsmittel.

(1) Zu den Voraussetzungen für ein Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei Missachtung des sich aus Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO ergebenden Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot hinsichtlich der aus der Wohnung zu Tage geförderten Beweismittel anzunehmen ist, hat der Gesetzgeber nicht entschieden (vgl. Gössel in Löwe-Rosenberg, StPO 26. Aufl. Einl. Abschn. L Rdn. 16). So ist - wie auch bei der Prüfung eines Verwertungsverbots bei Verstößen gegen andere Erhebungsvorschriften - davon auszugehen, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist (BGHSt 44, 243, 249). Vielmehr ist diese Frage nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden (BGHSt aaO m.w.N.). Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung "um jeden Preis" gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, näm-

lich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (BGHSt aaO m.w.N.). Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des infrage stehenden Verfahrensverstößes (BGHSt aaO m.w.N.). Dieses wird seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt (BGHSt aaO).

(2) Kein zwingendes Beweiserhebungsverbot wegen massiver (Grund-) Rechtseingriffe

Indes können einzelne Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig beschädigt wird. Dann wäre jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbots - jenseits des in § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO normierten - unerträglich (vgl. BGHSt 31, 304, 308; Eisenberg, Beweisrecht der StPO 5. Aufl. Rdn. 363; Gössel aaO Rdn. 33 und 178). Solches wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beispielsweise angenommen bei der Durchführung von Abhörmaßnahmen unter Verstoß gegen völkerrechtliche Grundsätze (BGHSt 36, 396, 398 ff.) oder ohne richterliche Anordnung (BGHSt 31, 304, 306 f.; 35, 32, 34) oder zur gezielten Verleitung des Angeklagten zum unbewussten Schaffen von Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten (BGHSt 34, 39), ferner bei der Einbeziehung eines Raumesgesprächs zwischen Eheleuten in die Telefonüberwachung (BGHSt 31, 296) und bei akustischer Wohnraumüberwachung in einem nicht allgemein zugänglichen, als Wohnung zu bewertenden Vereinsbüro (BGHSt 42, 372, 377 zu § 100c Abs. 1 StPO a.F.) und in einem Krankenzimmer (BGHSt 50, 206).

Solchen Fallgestaltungen ist der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht ausreichend ähnlich. Die Durchsuchungsanordnung war dem Staatsanwalt nicht schlechthin verboten, sondern in Eilfällen gestattet. Gefahr im Verzug lag hier zwar nicht vor. Die Verletzung des Richtervorbehalts hat aber aus objektiver Sicht geringeres Gewicht, als wenn, wie etwa im Falle des § 100b Abs. 1 StPO, der Polizei die Anordnung von Eingriffen der betreffenden Art schlechthin untersagt ist (Roxin NStZ 1989, 376, 379). Zudem kommt bei der hier gebotenen objektiven Sicht dem Umstand Bedeutung zu, dass ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss höchstwahrscheinlich zu erlangen gewesen wäre (vgl. Roxin aaO; ders. Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. S. 182 Rdn. 21). Daran bestehen hier kaum

Zweifel, wenngleich eine umfassende Prüfung aufgrund einer nicht ausreichend ausgeführten Verfahrensrüge nicht erfolgen kann. Immerhin waren gegen G bereits Maßnahmen nach § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b und Nr. 2 StPO a.F. erlassen, deren Anordnung strengere Voraussetzungen zu erfüllen hatten, als es der Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses erfordert hätte.

(3) Zum Beweisverwertungsverbot in sonstigen Fällen der Missachtung eines Richtervorbehalts

In Sonderfällen schwerwiegender Rechtsverletzungen, die durch das besondere Gewicht der jeweiligen Verletzungshandlung bei grober Verkennung der Rechtslage geprägt sind, sind Beweismittel darüber hinaus unverwertbar, weil der Staat - soweit nicht notstandsähnliche Gesichtspunkte Gegenteiliges ermöglichen sollten (vgl. BGHSt 31, 304, 307; 34, 39, 51 f.) - auch in solchen Fällen aus Eingriffen ohne Rechtsgrundlage keinen Nutzen ziehen darf (Roxin, Strafverfahrensrecht aaO S. 193 Rdn. 46; vgl. auch Gössel aaO Rdn. 175). Eine Verwertung würde hier gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens verstoßen (vgl. BGHSt 24, 125, 131; Roxin NStZ aaO).

So ist eine von dem Ermittlungsrichter oder dem Staatsanwalt angeordnete Telefonüberwachung rechtswidrig - mit der Folge eines Verwertungsverbots -, falls deren Entscheidung nach dem Maßstab (objektiver) Willkür oder grober Fehlbeurteilung nicht mehr vertretbar gewesen ist (BGHSt 41, 30, 34; vgl. auch BGHSt 32, 68, 70; 47, 362, 366; 48, 240, 248; einschränkend BGHSt 51, 1). Für Fälle fehlerhafter Wohnungsdurchsuchungen ist dies in der Rechtsprechung weitgehend anerkannt, falls der Richtervorbehalt bewusst umgangen worden ist (vgl. BVerfGE 113, 29, 61; BVerfG - Kammer - NJW 2006, 2684, 2686; BVerfG - Kammer - Beschluss vom 12. August 2005 - 2 BvR 1404/04; LG Osnabrück StV 1991, 152, 153; AG Offenbach StV 1993, 406, 407 f.; LG Darmstadt StV 1993, 573 f.; AG Kiel StV 2002, 536, 538; OLG Koblenz NStZ 2002, 660; AG Tiergarten in Berlin StV 2003, 663, 664; StraFo 2007, 73, 74; LG Heilbronn StV 2005, 380, 381; vgl. noch weitergehend AG Braunschweig StV 2001, 393 und LG Saarbrücken StV 2003, 434, 436). Diese Auffassung wird von Stimmen in der Literatur geteilt (Meyer-Goßner aaO § 98 Rdn. 7; Krekeler NStZ 1993, 263, 265). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder bei Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot für notwendig gehalten (BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4), was im Schrifttum ebenfalls vertreten wird (Schäfer in Löwe-Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 105 Rdn. 119; Pfeiffer, StPO 5. Aufl. § 105 Rdn. 7; grundsätzlich Roxin, Strafverfahrensrecht aaO S. 193 Rdn. 46; allgemein bei Willkür Nack in KK 5. Aufl. Vor § 94 Rdn. 11; Krekeler/Löffelmann in AnwK-StPO Einleitung Rdn. 141).

Diesen Ansätzen folgt der Senat.

Die Notwendigkeit der Annahme eines Verwertungsverbots ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beachtlichkeit des Richtervorbehalts und zu den inhaltlichen Anforderungen, denen die Durchsuchungsbeschlüsse genügen müssen, angelegt (vgl. allgemein Landau NStZ 2007, 121, 128). Richterliche Durchsuchungsanordnungen sind nach Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG die Regel und die nichtrichterlichen die Ausnahme (BVerfGE 103, 142, 153). Vor allem wegen der grundrechtssichernden Schutzfunktion des Richtervorbehalts ist "Gefahr im Verzug" eng auszulegen (BVerfGE aaO), weshalb die Pflicht, einen Durchsuchungsbeschluss zu beantragen, den Spielraum der Ermittlungsbeamten begrenzt, das Ermittlungsverfahren nach kriminalistischen und taktischen Erwägungen frei zu gestalten (BVerfG aaO S. 155). Der bloße abstrakte Hinweis, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlicherweise zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht zu erlangen, kann Gefahr im Verzug nicht begründen, weil dem korrespondierend die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte besteht, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern (BVerfG aaO S. 156; BVerfG - Kammer - StV 2006, 676). Damit ist das Gebot, den Richtervorbehalt einzuhalten, für das durch rechtsstaatliche Grundsätze geprägte Ermittlungsverfahren so wesentlich, dass jedenfalls grobe Verstöße nicht sanktionslos gelassen werden dürfen (Schäfer aaO § 105 Rdn. 118; Krehl JR 2001, 491, 494). Genauso wie es nicht tragbar wäre, bei jeglichem Irrtum der Beamten über die tatsächlichen Voraussetzungen der Gefahr im Verzug oder bei sonstigen weniger gewichtigen Verstößen gegen irgendwelche die Art und Weise der Durchsuchung regelnden Vorschriften auch bei schwerwiegenden Straftaten ein Verwertungsverbot anzunehmen, wäre es für die Rechtsgemeinschaft und ihre Vorstellung vom Recht unerträglich, könnte der verfassungsrechtlich abgesicherte Schutz der Wohnung samt Richtervorbehalt stets folgenlos selbst willkürlich ausgehebelt werden (vgl. Schäfer aaO § 105 Rdn. 119).

Hier liegt schon die Annahme außerordentlich nahe, dass die Polizeibeamten den Richtervorbehalt bewusst ignoriert und die Inanspruchnahme der Eilkompetenz des Staatsanwalts provoziert haben. Das Unterlassen der Polizeibeamten, sich um einen Durchsuchungsbeschluss für die Wohnung des Z zu bemühen, ist angesichts des Ganges der Ermittlungen unverständlich. Der Umstand, dass sich G in der Wohnung des Z aufgehalten hat, war den ermittelnden Kriminalbeamten schon mindestens vier Wochen vor der Festnahme des G bekannt. Die Verdachtslage, wie sie ferner ersichtlich im Blick auf die nach § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b und Nr. 2 StPO a.F. angeordneten Maßnahmen angenommen wurde und sich zudem durch wenigstens

im Allgemeinen auf Rauschgift bezogene Gespräche des G im überwachten Pkw ergab, machte es immer dringlicher, spätestens zum Zeitpunkt der Festnahme des G auch die Wohnung des Z zu durchsuchen. Vor dem Hintergrund der Vollstreckbarkeit eines Durchsuchungsbeschlusses über einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten (BVerfGE 96, 44) wäre mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf der polizeiliche Zugriff für die Ermittlungen förderlich und der Rechtsordnung entsprechend mit Beantragung eines Durchsuchungsbeschlusses ohne Schwierigkeiten vorzubereiten gewesen. Spätestens mit der am 18. Februar 2005 um 15.47 Uhr von den Polizeibeamten gefassten Festnahmeabsicht erlangte die nach kriminalistischer Erfahrungsregel notwendige Wohnungsdurchsuchung und damit die Erlangung eines Durchsuchungsbeschlusses höchste Priorität, die indes gänzlich unbeachtet blieb. Erst zweieinhalb Stunden nach der Festnahme des G erreichten die Kriminalbeamten - ohne dass ermittlungbezogene Besonderheiten dies erklären konnten - eine Entscheidung des ebenfalls nur über eine Eilkompetenz verfügenden Staatsanwalts, ohne die mögliche Inanspruchnahme eines Ermittlungsrichters zuvor auch nur erwogen zu haben (vgl. auch AG Tiergarten in Berlin StraFo 2007, 73, 74 zu Existenz und Bekanntheit des jeweiligen Bereitschaftsrichters).

Der Senat kann es letztlich dahingestellt sein lassen, ob gerade auch im Blick auf das vorhergegangene Erschleichen von DNA-Material des Angeklagten G und nachfolgende Unkorrektheiten bei den weiteren polizeilichen Ermittlungen aus einer Gesamtschau aller Rechtsverstöße die Annahme einer grundlegenden Vernachlässigung von Richtervorhalten durch die Polizeibeamten und - daraus abgeleitet - deren vorsätzlicher Missachtung in jedem Einzelfall zu rechtfertigen wäre. Da der Senat die Bewertung der Durchsuchung vom 16. Februar 2004 offen gelassen hat, stützt er sich nicht auf diese Gesamtschau, wie sie das Landgericht vorgenommen hat. Er kann den Feststellungen des Landgerichts jedoch entnehmen, dass jedenfalls der ermittelnde Staatsanwalt - mag er auch möglicherweise von der Polizei in gewisser Weise instrumentalisiert worden sein - objektiv willkürlich eine Wohnungsdurchsuchung ohne richterliche Anordnung gestattet und damit den Richtervorbehalt bewusst ignoriert oder gleichgewichtig gröblich missachtet hat. Solches ergibt die Gesamtschau folgender Umstände:

Dem vom Landgericht als Zeugen vernommenen Staatsanwalt war - selbstverständlich - der Richtervorbehalt bekannt. Bei der Erörterung der Festnahme des G hatte er an eine Durchsuchung aber "nicht gedacht" und auf die zeitliche Diskrepanz zwischen Festnahme und Durchsuchung der Wohnung "nicht geachtet". Selbst zum Zeitpunkt des Erlasses der Durchsuchungsanordnung - eine Stunde vor Beginn der Nachtzeit im Sinn des § 104 Abs. 3 StPO - war es nicht von vornherein aussichtslos, zumindest noch eine fernmündli-

che Genehmigung eines Ermittlungsrichters (vgl. BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 5) zu erreichen (vgl. BVerfG - Kammer - StV 2006, 676; AG Tiergarten in Berlin StraFo 2007, 73, 74; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 2). Eine solche einzuholen, hat der Staatsanwalt aber weder erwogen, noch hat er die Voraussetzungen der von ihm in Anspruch genommenen Eilkompetenz dokumentiert (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2005, 1637, 1639; BGHSt 47, 362, 366; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 5). Der Staatsanwalt hat ferner gegen die ihm obliegende Pflicht verstoßen, für die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens und damit für die Einhaltung des Richtervorhalts durch die Polizei Sorge zu tragen (vgl. Meyer-Goßner aaO § 160 Rdn. 1 m.w.N.). Damit ist er seiner Funktion als Herr des Ermittlungsverfahrens nicht gerecht geworden, wie seiner Bekundung vor dem Landgericht zu entnehmen ist, die Polizei ermittele "autark", so dass er sich mithin um Rechtsverstöße der in seinem Verfahren ermittelnden Hilfsbeamten nicht zu kümmern habe. Ein Staatsanwalt, der - wie hier - seine gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten bestehende Leitungsfunktion so weitgehend ignoriert, was zu einer Ausschaltung des Ermittlungsrichters über einen Zeitraum von zweieinhalb Stunden geführt hat, und der sich - ohne die Anrufung eines Ermittlungsrichters auch nur zu erwägen - sachlich unbegründet und ohne Dokumentation auf seine Eilkompetenz beruft, missachtet den Richtervorbehalt bewusst oder verkennt ihn in gleichgewichtiger Weise gröblich. Solches rechtfertigt - mangels besonderer ermittlungbezogener Umstände (vgl. BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4) - das vom Landgericht angenommene Beweisverwertungsverbot.

(4) Zur Unbeachtlichkeit eines hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs

Dem - für andere Fallgestaltungen zur Einschränkung der Annahme von Beweisverwertungsverboten entwickelten - Aspekt eines möglichen hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs (vgl. BGHSt 31, 304, 306; BGH NStZ 1989, 375, 376; BGHR StPO § 105 Durchsuchung 4; Roxin, Strafverfahrensrecht aaO S. 182 Rdn. 21) kann bei solcher Verkenntnis des Richtervorhalts keine Bedeutung zukommen (vgl. schon BGHSt 31 aaO; Roxin aaO S. 182 f. Rdn. 21; Gössel aaO Rdn. 178). Die Einhaltung der durch Art. 13 Abs. 2 GG und § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO festgelegten Kompetenzregelung könnte bei Anerkennung des hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriffs in diesen Fällen stets unterlaufen (vgl. Schäfer aaO § 105 Rdn. 117) und der Richtervorbehalt sogar letztlich sinnlos werden (Roxin, Strafverfahrensrecht aaO S. 183 Rdn. 21 m.w.N.). Bei Duldung grober Missachtungen des Richtervorhalts entstünde gar ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Ermittlungsrichter einfacher und möglicherweise erfolgversprechender zu gestalten

(vgl. Roxin NStZ 1995, 465, 467 f.). Damit würde ein wesentliches Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen (vgl. Roxin NStZ 1989, 376, 379; ders. Strafverfahrensrecht aaO S. 193 Rdn. 46).

(5) Zur Erforderlichkeit einer Beeinträchtigung des Rechtskreises des Angeklagten

Ob vorliegend der Gesichtspunkt einer fehlenden Berührung des Rechtskreises des Angeklagten (vgl. BGHSt[GS] 11, 213, 215 f.; BGHSt 22, 35, 38; 40, 211, 214 f.) der Anerkennung eines Verwertungsverbotes entgegenstehen könnte, bedarf keiner Vertiefung (vgl. dazu Gössel aaO Rdn. 38 ff.). Der Angeklagte war zur Zeit der Durchsuchung ersichtlich berechtigter Mitnutzer der Wohnung des Z (vgl. Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht 8. Aufl. § 540 Rdn. 32; Teichmann in Jauernig, BGB 11. Aufl. § 535 Rdn. 12; jeweils m.w.N.) und damit in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG einbezogen (vgl. BVerfGE 109, 279, 326).

(6) Zur Erforderlichkeit eines Verteidigerwiderspruchs für das Entstehen eines Beweisverwertungsverbots

Der Senat kann ferner die Beantwortung der Frage dahingestellt sein lassen, ob das angenommene Verwertungsverbot einen Widerspruch des Verteidigers in der Hauptverhandlung vorausgesetzt hätte (vgl. Gössel aaO Rdn. 33 und 174) - was herrschender Tendenz der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspräche (vgl. BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 11; BGHSt 50, 206, 215 f.; 51, 1; Gössel aaO Rdn. 29 m.w.N.), die indes jenseits der Fälle von dem Rechtsverstoß berührter Verteidigungsrechte, deren effektive Verletzung der Betroffene selbst optimal beurteilen kann und die uneingeschränkt seiner Disponibilität unterliegen, zu hinterfragen wäre - oder ob sich solches im Blick auf die betroffenen, für den Angeklagten nicht zweifelsfrei umfassend disponiblen Rechtsgüter verbieten würde (vgl. BGHSt 51, 1, 3). Die Revision der Staatsanwaltschaft kann jedenfalls aus solchen Erwägungen nicht erfolgreich sein, weil zur Frage, ob und wie der Verwertung der Beweismittel, die sich zu dem Ergebnis der Durchsuchung der Wohnung des Z verhalten, widersprochen worden ist, nichts vorgetra-

gen ist (BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 11).

cc. Schutzgut der angeklagten Straftaten kein Gegenargument

Gegen die gefundene Rechtsauffassung kann nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, der Schutz der Volksgesundheit - bei dem hier objektiv vorliegenden Verbrechen gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG - und die Pflicht des Rechtsstaats zur effektiven Strafverfolgung (vgl. hierzu BGHSt[GS] 42, 139, 157; Landau NStZ 2007, 121, 128 f.) werde so vernachlässigt. Das sicher gestellte Rauschgift unterliegt gemäß § 33 Abs. 2 Satz 1 BtMG, § 76a Abs. 1 StGB der Einziehung. Es wird dem illegalen Rauschgiftmarkt nicht mehr zur Verfügung stehen. Die Sorge um einen Effektivitätsverlust wird vorliegend - jenseits erhobener grundsätzlicher Einwendungen gegen diesen Aspekt (vgl. Roxin NStZ 1997, 18, 20) - schon deshalb relativiert, weil bei Duldung eines bewussten oder gleichgewichtig schweren Rechtsbruchs durch Ermittlungsbeamte ein Ansehensverlust des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung zu befürchten wäre, den es zu verhindern gilt und der seinerseits etwa durch verändertes Anzeige- oder Aussageverhalten infolge schwindenden Vertrauens in die Lauterkeit der Ermittlungsorgane zu Effektivitätsverlusten führen könnte. Ferner wird die Bedeutung des Beweismittelverlustes durch Annahme eines Verwertungsverbots hier dadurch gemindert, dass zur Überführung des Angeklagten andere, im Allgemeinen erfolgversprechende Ermittlungsmethoden (Maßnahmen nach §§ 100a, 100c a.F. StPO) angewandt werden konnten, deren Ergebnisse indes nur im vorliegenden Einzelfall - ohne dass solches von der Revisionsführerin beanstandet worden wäre - zur Überzeugungsbildung des Landgerichts nicht ausgereicht haben.

dd. Keine Anfrage gem. § 132 II GVG erforderlich

Der Senat ist nicht zu einer Anfrage gemäß § 132 Abs. 2 GVG genötigt. Die Erwägungen des 2. Strafsenats (NStZ 1989, 375, 376) zum hypothetischen Ersatzeingriff waren für die Entscheidung nicht tragend (vgl. Roxin NStZ 1989, 376, 378). Die gefundene Rechtsauffassung stimmt mit der vom 1. Strafsenat (BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4) vertretenen überein. [...]

Standort: §§ 274, 344 II 2 StPO**Problem: Protokollberichtigung**

BGH (GROßER STRAFSENAT), URTEIL VOM 23.04.2007
GSST 1/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war vom LG München I wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, verurteilt worden. In dem Sitzungsprotokoll war nicht ausdrücklich aufgeführt, dass die erforderliche Verlesung der Anklageschrift, § 243 III StPO, erfolgt war. Daraufhin legte der Angeklagte Revision ein, die er insb. mit der Verfahrensrüge begründete, in der er vortrug, das Urteil beruhe auf einem Verfahrensfehler, nämlich der unterlassenen Verlesung des Anklagesatzes, was auch der h.M. entspricht (BGH; NStZ 1986, 374; 2000, 214; Meyer-Goßner, § 243 Rn 38). Zur Begründung seiner Verfahrensrüge berief er sich auf die Beweiskraft des Sitzungsprotokolls, § 274 StPO, das eine Verlesung der Anklageschrift nicht erwähnte. Nach Anhörung des Verteidigers des Angeklagten wurde durch den Bericht erstattenden Richter am LG und den Urkundsbeamten das Protokoll dahingehend geändert, dass es nunmehr die Verlesung der Anklageschrift beinhaltete. Der 1. Strafsenat, der über die Revision zu entscheiden hat, beabsichtigt, die Revision wegen der nachträglichen Protokollberichtigung als unbegründet zu verwerfen, sieht sich daran aber an der bisherigen BGH-Rechtsprechung gehindert, die eine solche "rügeverkümmernde" (d.h. der Revision die Grundlage entziehende) Protokollberichtigung für unzulässig hält (vgl. BGHSt 34, 11, 12; BGH, NStZ 1986, 374; 1995, 200, 201). Deshalb hat er gem. § 132 III GVG bei den übrigen BGH-Senaten angefragt, ob diese einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung zustimmen (BGH, NStZ-RR 2006, 112). Während der 2. und 3. Strafsenat dem 1. Senat zugestimmt haben (BGH, NStZ-RR 2006, 275), haben sich der 4. und 5. Strafsenat gegen die beabsichtigte Rechtsprechungsänderung ausgesprochen (BGH, NStZ-RR 2006, 273). Daraufhin hat der 1. Strafsenat dem Großen Strafsenat diese Frage zur Entscheidung vorgelegt.

Prüfungsrelevanz:

Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer rügeverkümmernden Protokollberichtigung handelt es sich um ein klassisches und interessantes strafprozessuales Problem, das allerdings nur im 2. Examen oder in Schwerpunktbereichsprüfungen Bedeutung erlangen kann, und zwar ausschließlich in revisionsrechtlichen Aufgabenstellungen. Da die vorliegende Entscheidung die Aufgabe einer jahrzehntelangen Rechtsprechung darstellt, ist davon auszugehen, dass sie zumindest in mündlichen Prüfungen wiederholt angesprochen werden wird.

Erhebt der Angeklagte in der Revision die Verfahrens-

rüge, so muss er die den gerügten Mangel enthaltenden Tatsachen in seiner Revisionsbegründung angeben, § 344 I, II 2 StPO. Rügt er den Verstoß gegen eine in der Hauptverhandlung vorgeschriebene wesentliche Förmlichkeit (z.B. das Verlesen der Anklageschrift), so kann er diesen Mangel nur durch das entsprechende Sitzungsprotokoll beweisen, § 274 S. 1 StPO. Gegen diesen Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig, § 274 S. 2 StPO, eine anderweitige Unrichtigkeit des Protokolls kann nicht bewiesen werden. Insofern erscheint es für einen gewitzten Angeklagten als ein Glücksfall, wenn das Gericht versehentlich eine wesentliche Förmlichkeit nicht protokolliert, da er nunmehr seine Revision auf den - durch das Protokoll gem. § 274 S. 1 StPO bewiesenen - Mangel stützen kann und nicht befürchten muss, dass im Revisionsverfahren ein Gegenbeweis geführt wird. Umso ärgerlicher ist es für den Revisionsführer, wenn das Tatsachengericht das Protokoll nachträglich berichtigt und seiner Revision somit die Grundlage entzieht, sog. "rügeverkümmernde Protokollberichtigung". Da die StPO keine Vorschrift bzgl. der Zulässigkeit einer solchen nachträglichen Berichtigung des Protokolls enthält, haben Rechtsprechung und herrschende Literatur in der Vergangenheit eine solche Berichtigung für unzulässig gehalten (BGH, NStZ 1995, 200, 201; 2002, 219; Meyer-Goßner, § 271 Rn 26; Fahl, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, S. 668 ff. mwN). Diese Rechtsprechung gibt der Große Strafsenat des BGH in der vorliegenden Entscheidung - verbindlich für alle BGH-Senate - auf.

Der Große Strafsenat stützt diese Rechtsprechungsänderung vor allem auf die Wahrheitspflicht der Gerichte, die es verbiete, zwischen einer "formellen" (dem Protokoll zu entnehmenden) und einer "materiellen" (den wirklichen Tatsachen entsprechenden) Wahrheit zu unterscheiden. Außerdem sei aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und des Opferschutzes die rügeverkümmernde Protokollberichtigung zuzulassen. Diese führe nämlich die zu einer kurzfristigen Entscheidung - der Verwerfung der Revision - und erspare dem Opfer die erneute Konfrontation mit dem Angeklagten in einer zweiten Hauptverhandlung, zu der es ja käme, wenn der Revision stattgegeben und vom Revisionsgericht zurückverwiesen würde. Ein weiterer Grund für die Zulässigkeit der rügeverkümmernden Protokollberichtigung sei das geänderte Berufsethos der Strafverteidiger, die - im Gegensatz zu früher - von einer bewusst unwahren Verfahrensrüge, die sich auf ein unrichtiges Protokoll stütze, nicht mehr selbstverständlich Abstand nähmen.

Bzgl. des Verfahrens bei einer Protokollberichtigung betont der Große Strafsenat, dass auf jeden Fall dem Angeklagten (bzw. dessen Verteidiger) die Gelegen-

heit zu einer Stellungnahme gegeben werden müsse, bevor ein Protokoll berichtigt werden könne. Außerdem seien die Gründe für die Berichtigung durch das Revisionsgericht überprüfbar.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Zulässigkeit einer rügeverkümmerten Protokollberichtigung: *BGH*, NStZ 1984, 521; 1995, 200; 2002, 219; *StV* 2002, 183; *Fezer*, *StV* 2006, 290, *Jahn/Widmaier*, *JR* 2006, 166; *Lampe*, NStZ 2006, 366;

Leitsätze:

- 1. Durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls kann auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden.**
- 2. Die Urkundspersonen haben in einem solchen Fall vor einer beabsichtigten Protokollberichtigung zunächst den Beschwerdeführer anzuhören. Widerspricht er der beabsichtigten Berichtigung substantiiert, sind erforderlichenfalls weitere Verfahrensbeteiligte zu befragen. Halten die Urkundspersonen trotz des Widerspruchs an der Protokollberichtigung fest, ist ihre Entscheidung hierüber mit Gründen zu versehen.**
- 3. Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliegt im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung.**

Sachverhalt:

Das Landgericht München I hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 StGB) zu Freiheitsstrafe verurteilt. Er hatte dem Geschädigten in einem Oktoberfestzelt mit einem 1,3 kg schweren gläsernen Krug zweimal wuchtig auf den Hinterkopf und einmal in den Nackenbereich geschlagen. Der Geschädigte wurde erheblich verletzt.

Der [Angeklagte] erhebt - neben der Sachbeschwerde - eine Verfahrensrüge. Er beanstandet mit der am 7. Juli 2005 beim Landgericht eingegangenen Revisionsbegründung, der Anklagesatz sei in der Hauptverhandlung nicht verlesen worden (Verstoß gegen § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO). Er beruft sich insoweit auf die negative Beweiskraft der Sitzungsniederschrift, in der die Verlesung des Anklagesatzes - zunächst - nicht beurkundet war. Hier hatte es lediglich geheißen:

“Der Vorsitzende stellte weiter fest, dass die Staatsanwaltschaft München I gegen den Angeklagten am 20.01.05 Anklage zum Schwurgericht des Landgericht München I erhoben hat, die mit Eröffnungsbeschluss der Kammer vom 18.02.05 unverändert zur Hauptverhandlung zugelassen wurde.”

Am 18. August 2005 ergänzten der Strafkammervorsitzende und die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle das Protokoll hinsichtlich des ersten Hauptverhandlungstages dahingehend, dass an der genannten Stelle des Protokolls der Satz angefügt wird:

“Der Vertreter der Staatsanwaltschaft verlas den Anklagesatz.”

Auch in der Revisionsgegenerklärung der Staatsanwaltschaft (§ 347 Abs. 1 Satz 2 StPO) wird unter Vorlage entsprechender dienstlicher Äußerungen von Verfahrensbeteiligten vorgetragen, dass der Anklagesatz in Wirklichkeit verlesen wurde. Zum Beleg erklärte etwa der Berichterstatter der Strafkammer, die Verlesung der rechtlichen Bewertung des Tatgeschehens als versuchter Totschlag habe Unmutsäußerungen im Publikum ausgelöst. Die Urkundsbeamtin verwies auf einen ihr bei der Fertigung der Protokollreinschrift unterlaufenen Übertragungsfehler aus den teilweise stenographischen Aufzeichnungen während der Hauptverhandlung, in denen der Hinweis auf die Verlesung des Anklagesatzes noch enthalten war. Das entsprechende Blatt der vorläufigen Aufzeichnungen ist ihrer dienstlichen Erklärung beigelegt. Die Verteidiger des Angeklagten wurden vor der Protokollberichtigung angehört. Der Verteidiger in der tatrichterlichen Hauptverhandlung, der die Revision nicht selbst begründet hat, äußerte sich dabei wie folgt: “An den entsprechenden Verfahrensabschnitt kann ich mich nicht konkret erinnern; die Verlesung der Anklageschrift stellt einen Routinevorgang dar. Allerdings vermute ich, dass ich mich hieran erinnern könnte, wenn die Anklageschrift nicht verlesen worden wäre, weil dies einen ungewöhnlichen Verfahrensablauf darstellen würde. Auch diese Überlegung führt aber nicht zu einer konkreten Erinnerung. Aufgrund dieses Rückschlusses erscheint es mir aber durchaus möglich, dass die Erinnerung der Urkundspersonen zutreffend ist.“

Aus den Gründen:

1. Einleitung

Die Vorlage des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs an den Großen Senat für Strafsachen betrifft die Frage, ob die Beweiskraft eines berichtigten Hauptverhandlungsprotokolls für das Revisionsgericht auch dann beachtlich ist, wenn aufgrund der Protokollberichtigung einer bereits zulässig erhobenen Verfahrensrüge zum Nachteil des Beschwerdeführers die Tatsachengrundlage entzogen wird.

1. Hintergrund der Vorlage des 1. Strafsenats

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Strafsache gegen F (1 StR 466/05) über eine Revision des Angeklagten zu entscheiden, die sich zum Beweis eines formal ordnungsgemäß gerügten Verfahrensfehlers auf eine Sitzungsniederschrift beruft, die nach Er-

hebung der Verfahrensrüge in dem Sinne berichtigt wurde, dass der behauptete Verfahrensfehler in Wirklichkeit nicht geschehen sei. [...]

2. Rechtsauffassungen der Strafsenate

Der 1. Strafsenat möchte die Revision des Angeklagten verwerfen. Die Verfahrensrüge hält er für unbegründet, da er unter Aufgabe seiner Rechtsprechung zum Verbot der "Rügeverkümmern" (vgl. BGHSt 34, 11, 12; NStZ 1984, 521; 1986, 374; 1995, 200, 201) die berichtigte Sitzungsniederschrift als im Sinne von § 274 StPO beachtlich erachtet, auch wenn durch die Berichtigung der Rüge die Tatsachengrundlage entzogen wird. Da sich der 1. Strafsenat an der beabsichtigten Entscheidung durch entgegenstehende Rechtsprechung der anderen Strafsenate gehindert sieht, hat er mit Beschluss vom 12. Januar 2006 (NStZ-RR 2006, 112, m. Anm. Fezer StV 2006, 290, Jahn/Widmaier JR 2006, 166 und Lampe NStZ 2006, 366) bei den anderen Strafsenaten gemäß § 132 Abs. 3 GVG angefragt, ob an dieser Rechtsprechung festgehalten wird.

Der 2. Strafsenat (Beschl. vom 31. Mai 2006 i.V.m. Beschl. vom 3. Juli 2006 - 2 ARs 53/06 = NStZ-RR 2006, 275) und der 3. Strafsenat (Beschl. vom 22. Februar 2006 - 3 ARs 1/06) haben der vom 1. Strafsenat vertretenen Rechtsansicht zugestimmt und entgegenstehende eigene Rechtsprechung aufgegeben. Der 4. Strafsenat (Beschl. vom 3. Mai 2006 - 4 ARs 3/06 = NStZ-RR 2006, 273) und der 5. Strafsenat (Beschl. vom 9. Mai 2006 - 5 ARs 13/06) haben an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten.

3. Vorlage des 1. Strafsenats an den Großen Strafsenat gem. § 132 II, IV GVG

Daraufhin hat der 1. Strafsenat mit Beschluss vom 23. August 2006 (NJW 2006, 3582 m. Anm. Widmaier) dem Großen Senat gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist die Beweiskraft (§ 274 StPO) des berichtigten Protokolls für das Revisionsgericht auch dann beachtlich, wenn aufgrund einer Protokollberichtigung hinsichtlich einer vom Angeklagten zulässig erhobenen Verfahrensrüge zu Ungunsten des Angeklagten die maßgebliche Tatsachengrundlage entfällt?

4. Auffassung des Generalbundesanwalts

Der Generalbundesanwalt hält die Vorlegungsfrage für zu eng gefasst; sie sei auf alle Revisionen, insbesondere auch auf diejenigen der Staatsanwaltschaft und des Nebenklägers, zu erstrecken.

In der Sache selbst tritt der Generalbundesanwalt im Grundsatz der Rechtsansicht des 1. Strafsenats bei, dass die Beweisregel des § 274 StPO auch hinsichtlich eines nachträglich berichtigten Protokolls gelte. Die Vorschrift schaffe keine vom wirklichen Verfahrensgeschehen abweichende formelle bzw. prozessuale

Wahrheit; § 274 StPO bezwecke vielmehr nur eine klare Kompetenzverteilung zwischen der Tatsachen- und der Revisionsinstanz in Form des grundsätzlichen Verbots, im Revisionsverfahren die tatrichterliche Hauptverhandlung zu rekonstruieren. Im Interesse einer fairen Verfahrensgestaltung und der Effektivität des Rechtsmittels müsse der Beschwerdeführer jedoch vor der Gefahr fehlerhafter Protokollberichtigungen geschützt werden. Vor der Berichtigung seien daher dienstliche Erklärungen und Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten einzuholen und dem Beschwerdeführer rechtliches Gehör zu gewähren. Verblieben bei der freibeweislichen Überprüfung aus Sicht des Revisionsgerichts konkrete Zweifel an der Korrektheit der Berichtigung, könne es ihr die Beachtung im Sinne von § 274 StPO verwehren.

Der Generalbundesanwalt hat beantragt zu beschließen:

a) Die nach Erhebung einer Verfahrensrüge erfolgte Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls ist für das Revisionsgericht grundsätzlich auch dann im Sinne von § 274 StPO beachtlich, wenn dadurch der Verfahrensrüge zu Ungunsten des Revidenten die Tatsachengrundlage entzogen wird.

b) Bestehen aus Sicht des Revisionsgerichts konkrete Anhaltspunkte für eine inhaltliche Unrichtigkeit der Protokollberichtigung, so kann das Revisionsgericht die entscheidungserheblichen Verfahrenstatsachen freibeweislich aufklären.

II. Zur Zulässigkeit der Vorlage

1. Zum Vorliegen der Vorlegungsvoraussetzungen

Die Vorlegungsvoraussetzungen gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG sind gegeben. Den Bedenken, die der 4. Strafsenat im Hinblick auf die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfrage im konkreten Fall geäußert hatte (vgl. NStZ-RR 2006, 273), ist der 1. Strafsenat mit ausführlicher Begründung entgegengetreten (vgl. NJW 2006, 3582, 3583, 3586 f.). Dessen Beurteilung ist jedenfalls vertretbar und folglich für den Großen Senat bindend (vgl. BGHSt 41, 187, 194; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 132 GVG Rdn. 42).

2. Zur Erweiterung der vorgelegten Rechtsfrage entsprechend den Anmerkungen des Generalbundesanwalts

Die vorgelegte Rechtsfrage ist allerdings auf alle Revisionen - namentlich auf diejenigen der Staatsanwaltschaft und des Nebenklägers - zu erweitern. Wenn gleich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Entscheidungen über eine Revision anderer Beschwerdeführer als des Angeklagten ersichtlich sind, in denen es auf die relative Unbeachtlichkeit einer Protokollberichtigung angekommen wäre, so sind doch die tragenden Erwägungen in den Entscheidungsgründen

davon unabhängig, wer Beschwerdeführer ist (vgl. nur grundlegend BGHSt 2, 125; ebenso schon RGSt 43, 1; OGHSt 1, 277).

III. Zur rügeverkümmerten Protokollberichtigung

Im Strafprozessrecht sind Zulässigkeit und Beachtlichkeit einer Protokollberichtigung nicht ausdrücklich geregelt. Auch die Gesetzesmaterialien zur Strafprozessordnung enthalten insoweit keine eindeutigen Hinweise.

1. Gesetzliche Regelungen im Strafprozess

Nach § 274 Satz 1 StPO kann die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten (§ 273 Abs. 1 StPO) nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese wesentlichen Förmlichkeiten betreffenden Inhalt lässt das Gesetz nur den Nachweis der Fälschung zu (§ 274 Satz 2 StPO). Bei § 274 StPO handelt es sich um eine Beweisregel (BGH NJW 2006, 3579, 3581, zur Veröffentlichung in BGHSt 51, 88 bestimmt; Dahn AnwBl. 1950/51, 90 f.; Dallinger NJW 1951, 256, 257; Fahl, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß 2004 S. 687 f.), die nach der Fertigstellung des ordnungsgemäß errichteten und von beiden Urkundspersonen unterzeichneten Protokolls (§§ 271, 273 Abs. 4 StPO) gilt. Dies wurde zunächst dahin verstanden, dass den Urkundspersonen - außerhalb des Nachweises der Fälschung - Protokollberichtigungen, soweit es um die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens geht, von vorneherein versagt sind, und zwar solche zugunsten wie zu Lasten des Beschwerdeführers (in diesem Sinne noch RGSt 8, 141, 143 f.; 17, 346, 348). Die Frage nach der Beachtlichkeit von Protokollberichtigungen würde sich danach nicht stellen.

Den Gesetzesmaterialien zur Strafprozessordnung im Zusammenhang mit einer Protokollberichtigung (vgl. Hahn, Materialien zur StPO 2. Aufl. S. 40, 256 ff., 1039, 1394) entnimmt der Große Senat nicht, dass der Gesetzgeber selbst dann jeden Zweifel an der Richtigkeit des - ursprünglichen - Protokollinhalts für unberechtigt hielt, sollte eine Protokollberichtigung aufgrund sicherer Erinnerung der Urkundspersonen erfolgen.

2. Gesetzliche Regelungen im Zivilprozess

In die Zivilprozessordnung, die eine der Vorschrift des § 274 StPO vergleichbare Bestimmung (§ 165 ZPO) enthält, ist durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls vom 20. Dezember 1974 (ProtVereinfG, BGBl I 3651) mit § 164 ZPO eine Vorschrift eingefügt worden, nach der - unter Anhörung der Beteiligten - Protokollberichtigungen vorgenommen werden dürfen. Anders als für das Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsverfahren (Art. 3 Nr. 1, Art. 4 Nr. 1, Art. 5 Nr. 2 des ProtVereinfG: jeweils Ver-

weisung auf die §§ 159 bis 165 ZPO) hat der Gesetzgeber, der mit dem Protokollvereinfachungsgesetz von 1974 die Praxis der Zivilgerichte zur Protokollberichtigung (vgl. Zöller, ZPO 10. Aufl. S. 263) auf eine gesetzliche Grundlage gestellt hat (BRDrucks. 551/74 S. 63; BTDrucks. 7/2769 S. 10), diese Vorschrift nicht für den Strafprozess für anwendbar erklärt.

IV. Bisherige Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat nach anfänglichem Schwanken Protokollberichtigungen im Strafverfahren zugelassen und dies im Wesentlichen damit begründet, dass insoweit eine auslegungsbedürftige Gesetzeslücke bestehe. Umfang und Folgen zulässiger Berichtigungen wurden allerdings nicht einheitlich bestimmt:

1. Rügeverkümmerte Protokollberichtigung grds. unzulässig

Eine Protokollberichtigung ist jederzeit zulässig und geboten, falls die Urkundspersonen Mängel erkennen (vgl. BGHSt 1, 259, 261; BGH JZ 1952, 281; NStZ 2005, 281, 282; RGSt 19, 367, 370; OGHSt 1, 277, 278; anders noch RGSt 8, 141, 143 f.; 17, 346, 348). Sie ist auch stets beachtlich, wenn sie zugunsten des Beschwerdeführers wirkt (BGHSt 1, 259, 261 f.; RGSt 19, 367, 369 f.; 21, 200, 201; OLG Köln NJW 1952, 758) oder wenn sie - bei einem einheitlichen Vorgang - teilweise zu seinen Gunsten, teilweise zu seinen Ungunsten vorgenommen worden ist (BGHSt aaO; RGSt 56, 29; RG GA 57 [1910], 396; JW 1932, 3109).

Nach bisheriger Rechtsprechung ist eine Protokollberichtigung - ebenso wie eine Distanzierung der Urkundspersonen vom Protokollinhalt (vgl. hierzu BGHSt 4, 364; BGH NStZ 1988, 85) - jedoch unbeachtlich, wenn sie einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzieht (Verbot der Rügeverkümmierung). Dieser Rechtssatz hat eine lange Tradition: Er findet sich - aufbauend auf der Rechtsprechung der preußischen Obergerichte (vgl. RGSt 43, 1, 10) - schon zu Beginn der Reichsgerichtsrechtsprechung (RGSt 2, 76, 77 f.). Er blieb ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts (grundlegend RGSt 43, 1 m.w.N.; ferner RGSt 56, 29; 59, 429, 431; 63, 408, 409 f.) bis zu dem - die umfassende Beachtlichkeit einer Berichtigung bejahenden - Beschluss des Großen Strafsenats für Strafsachen vom 11. Juli 1936 (RGSt 70, 241). Diese Entscheidung darf indessen im Hinblick auf im Zusammenhang mit nationalsozialistischem Gedankengut stehende Formulierungen keine Beachtung finden.

Der ursprünglichen Rechtsprechung zum Verbot der Rügeverkümmierung folgten nach 1945 verschiedene Obergerichte, unter anderem der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (OGHSt 1, 277 [m.w.N. 279]; 3, 83, 84), und schließlich der Bundesgerichtshof. Grundlegend war das Urteil des 3. Strafsenats vom 19. Dezember 1951 (BGHSt 2, 125), das sich im Wesent-

lichen den in RGSt 43, 1 und OGHSt 1, 277 dargelegten Argumenten anschloss (nachfolgend BGHSt 7, 218, 219; 10, 145, 147; 10, 342, 343; 12, 270, 271; 22, 278, 280; 34, 11, 12; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 11; 13; 27; 28; BGH NStE StPO § 344 Nr. 7; NStZ 1984, 521; 1995, 200, 201; 2002, 219; StV 2002, 183; JZ 1952, 281; wistra 1985, 154; Urt. vom 21. Dezember 1966 - 4 StR 404/66). Diese Rechtsprechung steht in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Meinung in der strafprozessualen Literatur (vgl. nur Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 271 Rdn. 55 ff. m. zahlr. w. N.).

Soweit danach eine Protokollberichtigung für das Revisionsgericht nicht beachtlich ist, führt dies dazu, dass Sachverhalte, die aufgrund der formellen Beweiskraft des - unberichtigten - Protokolls als unwiderlegbar vermutet werden, der Verfahrenswirklichkeit nicht zu entsprechen brauchen (BGHSt 26, 281, 283; 36, 354, 358; RGSt 43, 1, 6).

2. Argumentation der bisherigen Rechtsprechung

Folgende Argumente werden für den Rechtssatz, wonach eine Protokollberichtigung einer Rüge nicht die Tatsachengrundlage entziehen darf, vorgebracht:

Mit dem Eingang der Revisionsbegründungsschrift erwerbe der Beschwerdeführer eine prozessuale Befugnis bzw. ein prozessuales Recht auf Beibehaltung der Grundlage seiner Rüge für die Revisionsinstanz, zumal er selbst praktisch keine Möglichkeit habe, die Berichtigung des Protokolls zu erzwingen (BGHSt 2, 125, 126; RGSt 43, 1, 9; 59, 429, 431). Da er zur Begründung seiner Verfahrensrüge nur das Protokoll in der ihm vorliegenden Form verwerten dürfe, müsse ihm das Recht zustehen, sich nachträglichen Änderungen zu seinen Lasten zu widersetzen (OGHSt 1, 277, 280); er müsse auch gegen eine nachträgliche Beseitigung des Mangels durch Protokollberichtigung gesichert sein (BGHSt 2, 125, 127).

Der Gesetzgeber habe mit § 274 StPO eine Norm geschaffen, die der Zweckmäßigkeit den Vorrang vor der absoluten Wahrheit einräume (BGHSt 2, 125, 128; 26, 281, 283); das Hauptverhandlungsprotokoll erzeuge gewissermaßen einen Sachverhalt, der kraft gesetzlicher Vorschrift als Tatsache zu behandeln sei ohne Rücksicht darauf, wie der wirkliche Sachverhalt liegen möge (RGSt 43, 1, 6). Der Gesetzgeber habe die mögliche Ausnutzung einer prozessrechtlich zulässigen Befugnis zu wahrheitswidrigen Zwecken gesehen und in Kauf genommen (RG aaO; OGHSt 1, 277, 282). Die Neugestaltung des § 274 StPO sei Sache des Gesetzgebers (BGH, Beschl. vom 30. Mai 2001 - 1 StR 99/01; OGHSt 1, 277, 280).

Mit zunehmender Zeit lasse das Erinnerungsvermögen der Urkundspersonen nach. Die Gefahr fehlerhafter Berichtigungen sei nicht auszuschließen (BGHSt 2, 125, 128; RGSt 43, 1, 5; OGHSt 1, 277, 281).

Die zeitlich unbeschränkte Berücksichtigung nachträg-

licher Berichtigungen wäre mit der nach Sinn und Zweck des § 274 StPO zu erhebenden Forderung nach genauester Abfassung der Sitzungsniederschrift nicht vereinbar. Denn die Möglichkeit ihrer jederzeitigen Änderung könne dazu führen, dass ihrer Herstellung weniger Sorgfalt zugewendet werde (BGHSt 2, 125, 127; OGHSt 1, 277, 281).

Auch wenn eine Revision nur deshalb erfolgreich sei, weil sie einen Sachverhalt vortrage, der der Verfahrenswirklichkeit nicht entspreche, sei nicht zu besorgen, dass die Gerechtigkeit letztlich Schaden nehme. Denn selbst bei missbräuchlicher Ausübung der durch § 274 StPO gewährten prozessualen Befugnis erreiche der Beschwerdeführer nur, dass der Sachverhalt nochmals unter gewissenhafter Beachtung aller sachlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften erörtert und gerecht entschieden werde (OGHSt 1, 277, 282).

3. Entgegenstehende Rechtsprechung

Das Verbot der Rügeverkümmern war jedoch in der Rechtsprechung nie unbestritten:

Anders als zunächst das Reichsgericht judizierte das Reichsmilitärgericht (RMG 9, 35; 15, 281, 282). Wenngleich es auf der Grundlage einer anderen Prozessordnung - diese ließ gegen das Protokoll auch den Nachweis der Unrichtigkeit zu (§ 335 Satz 2 MStGO) - zu entscheiden hatte, trat es auch auf der Grundlage der Strafprozessordnung den Argumenten des Reichsgerichts entgegen (vgl. RMG 9, 35, 41 ff.). Dessen II. Strafsenat wollte sich der Auffassung des Reichsmilitärgerichts anschließen. In dem von ihm herbeigeführten Beschluss der Vereinigten Strafsenate wurde die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts jedoch bestätigt (RGSt 43, 1). Nach 1945 hielt zunächst das OLG Braunschweig (HESt 1, 192) eine nachträgliche Protokollberichtigung zum Nachteil des Beschwerdeführers für beachtlich.

Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs finden sich gegen das Verbot der Rügeverkümmern Vorbehalte: Ob eine Protokollberichtigung einer bereits erhobenen Rüge die Grundlage entziehen darf, wurde vom 1. Strafsenat offen gelassen in NJW 1982, 1057 sowie vom 5. Strafsenat in BGHR StPO § 274 Beweiskraft 22 (vgl. auch BGH [3. Strafsenat] NStZ-RR 1997, 73). Zweifel äußerte der 2. Strafsenat in NJW 2001, 3794, 3796 (kritisch derselbe Senat in diesem Zusammenhang auch in BGHSt 36, 354, 358 f.). Zuletzt sprachen sich definitiv - in obiter dicta - der 2. Strafsenat (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 29 m. Anm. Mosbacher JuS 2006, 39, 42 und Park StV 2005, 257) und der 1. Strafsenat (NStZ 2006, 181) für eine Änderung der Rechtsprechung zur Berücksichtigung einer Protokollberichtigung trotz Rügeverlust aus.

4. Argumentation der Gegenauffassung

Dieser Kritik am Verbot der Rügeverkümmern lie-

gen folgende Erwägungen zugrunde:

Das Strafverfahrensrecht kenne keine Rechtsnorm, wonach für das Revisionsgericht die Sitzungsniederschrift in ihrer ursprünglichen Fassung, nicht nach ihrer Berichtigung im Sinne von § 274 StPO beachtlich sei. "Ein prozessuales Recht der Prozessbeteiligten, dass etwas nicht Geschehenes beurkundet oder etwas Geschehenes nicht beurkundet wird, gibt es nicht" (RMG 9, 35, 41 f.).

Grundsätzlich sei auch für die Revisionsgerichte die wahre Sachlage maßgeblich, wenn prozessual erhebliche Tatsachen der Klärung bedürften (BGHSt 36, 354, 358 f.). Wenn tatsächlich kein Verfahrensfehler gegeben sei, dürften bloße Mängel des Protokolls, welche die Urkundspersonen erkannt und beseitigt hätten, kein Revisionsgrund sein (vgl. BGHR StPO § 274 Beweiskraft 29; BGH NJW 2001, 3794, 3796; RMG 9, 35, 43; OLG Braunschweig HEST 1, 192, 193). Ein Misstrauen in die Redlichkeit der Urkundspersonen sei hingegen nicht gerechtfertigt (BGH NStZ 2006, 181). Eine von der Verfahrenswirklichkeit abweichende prozessuale Wahrheit sei nicht anzuerkennen, da § 274 StPO nicht die Tatsachen verändere, es sich bei der Vorschrift vielmehr nur um eine Beweisregel handele (BGH NJW 2006, 3579, 3581).

Bei Berücksichtigung der Protokollberichtigung könnten durch Protokollmängel veranlasste Verzögerungen vermieden werden (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 29; BGH NStZ 2006, 181). Die Ausweitung der Rechtsprechung zur Lückenhaftigkeit des Protokolls könnte begrenzt werden; die Problematik rechtsmissbräuchlicher Verfahrensrügen würde sich erübrigen (BGHR aaO).

V. Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH

Der Große Senat beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich und gibt dabei den für eine Änderung der Rechtsprechung zum Verbot der Rügeverkümmern sprechenden Argumenten den Vorzug:

1. Keine gesetzliche Neuregelung für eine Rechtsprechungsänderung erforderlich

Der Grundsatz, wonach einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge durch eine Protokollberichtigung nicht die Tatsachengrundlage zum Nachteil des Beschwerdeführers entzogen werden darf, beruht auf Rechtsprechung und kann durch Rechtsprechung geändert werden; eines Gesetzes bedarf es nicht:

Die grundsätzlich umfassende Berücksichtigung der nachträglichen Protokollberichtigung widerspricht dem Gesetz nämlich nicht. Zwar lässt § 274 Satz 2 StPO als Gegenbeweis gegen die Beurkundungen des Protokolls nur den Nachweis der Fälschung zu. Eine Berichtigung durch Erklärungen der Urkundspersonen enthält jedoch einen Widerruf der früheren Beurkundung und entzieht ihr, soweit die Berichtigung reicht,

die absolute Beweiskraft, so dass es eines Gegenbeweises nicht mehr bedarf (ebenso bereits RGSt 19, 367, 370). Insbesondere auch deswegen hat die Rechtsprechung schon bisher nachträgliche Protokollberichtigungen, die einer Verfahrensrüge erst zum Erfolg verhelfen, für beachtlich gehalten (RG aaO; ähnlich für sich zugunsten des Beschwerdeführers vom Protokollinhalt distanzierende Erklärungen der Urkundspersonen BGHSt 4, 364, 365; BGH NJW 2001, 3794, 3796; NStZ 1988, 85; RGSt 57, 394, 396 f.; OLG Köln NJW 1952, 758).

Die Annahme, durch den Eingang der Revisionsbegründung werde ein besonderes prozessuales Recht auf Beibehaltung der Tatsachengrundlage für eine Rüge begründet, findet im Gesetz keine Stütze. Der Revisionsführer hat keinen Anspruch darauf, aus tatsächlich nicht gegebenen Umständen

Verfahrensvorteile abzuleiten (vgl. BGH NJW 2006, 3579, 3580; Gollwitzer in FS für Gössel S. 543, 558; Lampe NStZ 2006, 366, 367; Lohse in Anwaltskommentar, StPO § 344 Rdn. 18). Ein etwaiges Vertrauen des Beschwerdeführers dahingehend, dass ein - inhaltlich unrichtiges - Protokoll für die Revisionsinstanz allein beachtlich bleibe, ist nicht schützenswert und kann auch nicht auf das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gestützt werden (a.A. Jahn/Widmaier JR 2006, 166, 169; Krawczyk HRRS 2006, 344, 353). Verfahrensrechte können nur durch den tatsächlichen Verfahrensverlauf verletzt worden sein. Dementsprechend ist nur ein auf dessen Überprüfung bezogener effektiver Rechtsschutz erforderlich. Einen weiter gehenden, aus rechtsstaatlichen Prinzipien abzuleitenden Anspruch des Beschwerdeführers, dass zu seinen Gunsten Unwahres unter allen Umständen als wahr fingiert bleiben muss, gibt es nicht. Da ein Recht auf Beibehaltung der Grundlage für eine Rüge weder einfachgesetzlich geregelt noch gar verfassungsrechtlich verankert ist, gilt für die Zulässigkeit und Beachtlichkeit von Protokollberichtigungen auch kein Gesetzesvorbehalt.

2. Wahrheitspflicht als Auslegungskriterium

Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der trichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein (vgl. BGHSt 36, 354, 358 f.). Dies spricht entscheidend dafür, die Regelung des § 274 StPO in einer Weise auszulegen, welche die inhaltliche Richtigkeit der Sitzungsniederschrift gewährleistet.

Allerdings wird dem entgegengehalten, dass § 274 StPO nach dem Willen des Gesetzgebers der Zweckmäßigkeit Vorrang vor der Wahrheit einräume (so BGHSt 2, 125, 128; 26, 281, 283). Dieser Vorrang gilt aber schon jetzt nicht uneingeschränkt. Denn damit wäre der unstreitige Grundsatz nicht vereinbar, dass -

wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt (IV 1 und V 1a) - Protokollberichtigungen und distanzierende Erklärungen der Urkundspersonen beachtlich sind, wenn sie das Revisionsvorbringen bestätigen (vgl. BGHSt 4, 364; BGH NSTz 1988, 85; RGSt 19, 367, 369 f.; 21, 323, 324 f.; 57, 394, 396 f.; OLG Köln NJW 1952, 758).

Der Wahrheitspflicht würde nicht dadurch Genüge getan, dass die Wahrheit in eine "materielle" und eine "formelle" bzw. "prozessuale Wahrheit" aufzuspalten wäre. Die Beweisregel des § 274 StPO schafft keinen von der (objektiven) Wahrheit abweichenden Wahrheitsbegriff (so aber Cüppers NJW 1950, 930, 931 ff.; 1951, 259; Dahs, StraFo 2000, 181, 185; Jahn JuS 2007, 91 Fn. 3; Park StraFo 2004, 335, 337; Schneidewin MDR 1951, 193; vgl. auch RGSt 43, 1, 6). Die Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO verändert nicht die Tatsachen, macht nicht aus Unwahrheit Wahrheit (vgl. Detter StraFo 2004, 329, 334; ebenso Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren 1980 S. 157, der aber "in diesem Ausnahmefall eine Lüge (für) prozessual zulässig" hält).

3. Beschleunigungsgebot und Opferschutz als Argumente für eine Berichtigungsbefugnis

Die Verpflichtung zur Entscheidung auf der Grundlage eines zutreffenden Sachverhalts erhält inzwischen durch das Beschleunigungsgebot und den Gesichtspunkt des Opferschutzes zusätzliches Gewicht.

Das Bundesverfassungsgericht hat in jüngerer Zeit - unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Urt. vom 31. Mai 2001 - Nr. 37591/97 - Metzger gegen Deutschland - Rdn. 41 = NJW 2002, 2856, 2857) - mehrfach betont, die durch eine Revisionsentscheidung bedingte zusätzliche Verfahrensdauer sei bei der Berechnung der Überlänge eines Verfahrens zwar nicht stets, aber immer dann zu berücksichtigen, wenn das Revisionsverfahren der Korrektur eines offensichtlich der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlers gedient hat (BVerfG NJW 2003, 2897, 2898; 2006, 672, 673; vgl. auch BVerfGK 2, 239, 251 [jeweils 3. Kammer des Zweiten Senats]). Bei erfolgreichen Verfahrensrügen wäre nach dieser Auffassung wohl regelmäßig eine kompensationspflichtige rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung gegeben; denn Verfahrensfehler kann nur das Gericht begehen (vgl. BGH NJW 2006, 1529, 1533). Gerade auch die nach bisheriger Rechtsprechung zur Urteilsaufhebung führende Fiktion eines Verfahrensfehlers, die allein darauf beruht, dass die Urkundspersonen durch eine unrichtige Sitzungsniederschrift den Anschein eines in Wahrheit nicht vorgefallenen Verfahrensfehlers erweckt haben, fällt in den Verantwortungsbereich der Justiz. Vor diesem Hintergrund ist das Gewicht des für das Verbot der Rügeverkümmern früher vorgebrachten Arguments, der Beschwerdeführer könne nicht mehr erreichen, als dass der

Sachverhalt nochmals unter gewissenhafter Beachtung aller sachlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften erörtert und gerecht entschieden werde (OGHSt 1, 277, 282), stark relativiert.

Neben der Wahrheitspflicht und dem Beschleunigungsgebot kann auch der Opferschutz gebieten, ein Urteil nicht allein wegen eines fiktiven - unwahren - Sachverhalts aufzuheben. Liegt tatsächlich kein Verfahrensfehler vor und ist das Urteil auch sachlichrechtlich nicht zu beanstanden, so ist es nicht gerechtfertigt, Opferzeugen nach der "Feuerprobe" (Sowada NSTz 2005, 1, 7) in der ersten Hauptverhandlung nochmals einer konfrontativen Vernehmung zu unterziehen. In diesem Sinne verpflichtet auch der Rahmenbeschluss der Europäischen Union über die Stellung des Opfers im Strafverfahren vom 15. März 2001 (ABIEG Nr. L 82 vom 22. März 2001) in Art. 3 Abs. 2 die Mitgliedstaaten, "die gebotenen Maßnahmen (zu ergreifen), damit ihre Behörden Opfer nur in dem für das Strafverfahren erforderlichen Umfang befragen" (hierzu BGH NJW 2005, 1519, 1520 f.; vgl. auch BTDrucks. 15/1976 S. 8, 19 zu § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG n.F.).

4. Ausschluss bewusst unwahrer Verfahrensrügen als Argument für die Zulässigkeit einer rügeverkümmern den Protokollberichtigung

Ebenso sind mit der Änderung der Rechtsprechung zum Verbot der Rügeverkümmern der Erfolgsaussicht bewusst unwahrer Verfahrensrügen Grenzen gesetzt.

a. Veränderte Einstellung der Strafverteidiger bzgl. bewusst unwahrer Verfahrensrügen

Eine veränderte Einstellung der Strafverteidiger zu der Praxis, auf unwahres Vorbringen Verfahrensrügen zu stützen, spricht dafür, die Zurückhaltung bei der Berücksichtigung der Protokollberichtigung aufzugeben, auch wenn mit der Berichtigung einer zulässig erhobenen Rüge die Tatsachengrundlage entzogen wird.

Die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Verbot der Rügeverkümmern (BGHSt 2, 125) erging in einer Zeit, in der die vom Verteidiger bewusst wahrheitswidrig erhobene Verfahrensrüge nach verbreiteter Ansicht als standeswidrige Verfehlung galt (vgl. Dahs AnwBl. 1950/51, 90: "Die wahrheitswidrige Verfahrensrüge ist eine standesrechtliche Verfehlung" [S. 90]; "... der Anwalt, der die hier wiedergegebenen Grundsätze nicht anerkennt, [muß] mit der Einleitung eines ehrengerichtlichen Verfahrens seitens des Generalstaatsanwalts rechnen" [S. 92]; ferner d. Nachw. b. Tepperwien in FS für Meyer-Goßner S. 595, 598 f.).

Heute wird es hingegen schon als "anwaltlicher Kunstfehler" bezeichnet, sich eines Fehlers im Protokoll jedenfalls nicht in der Weise zu bedienen, dass ein anderer Verteidiger die Revision begründet (vgl. hierzu G.

Schäfer in FS 50 Jahre BGH S. 707, 726 f. m.w.N.; ders., Die Praxis des Strafverfahrens 6. Aufl. Rdn. 1814; ferner - gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - Dahs, Handbuch des Strafverteidigers von der 1. Auflage 1969, Rdn. 754, bis zur neuesten 7. Aufl. [ab 4. Auflage Dahs jun.] 2005, Rdn. 918: "... braucht der Verteidiger sich nicht zu scheuen, von dem durch das Protokoll 'geschaffenen' unverrückbaren Tatbestand als 'Wahrheit' auszugehen"). In der Literatur wird sogar postuliert, dass das "Recht der Verteidigung zur 'unwahren Verfahrensrüge' ... sakrosankt" sei (Docke/v. Döllen/Momsen StV 1999, 583, 585), sogar die "Pflicht zur Lüge" bestehe (vgl. Dahs StraFo 2000, 181, 185; Leipold NJW-Spezial 2006, 521, 522; in vergleichbarem Sinne auch Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen 6. Aufl. Rdn. 292 ff.).

All dies widerstreitet diametral den Vorstellungen, von denen der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zur Unzulässigkeit der Protokollrüge (BGHSt 7, 162) ausgegangen ist. Hier ist ausgeführt, das Erfordernis der bestimmten Behauptung eines Verfahrensfehlers führe dazu, dass der Verteidiger - unbeschadet der Frage der Standeswidrigkeit seines Verhaltens - jedenfalls "vor seinem Gewissen und nach außen hin die Verantwortung für die Geltendmachung eines jeden Verfahrensmangels übernehmen" muss, "indem er ihn ernstlich behauptet und nicht etwa nur darauf hinweist, daß er sich aus der Niederschrift ergebe"; dieses Erfordernis solle "einem Mißbrauch rein formaler Möglichkeiten entgegenwirken" (BGH aaO 164; hierzu Fahl, Rechtsmissbrauch im Strafprozess 2004 S. 665 f.; Tepperwien in FS für Meyer-Goßner S. 595, 599).

Die veränderte Einstellung auf Seiten der Strafverteidiger hat verdeutlicht, dass sich die mit der Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Protokollrüge verknüpfte Hoffnung nicht erfüllt hat, auf diese Weise - insbesondere durch den Appell an das Gewissen des die Revision begründenden Verteidigers - bewusst unwahre Verfahrensrügen zu verhindern. Vielmehr hat diese Rechtsprechung den Rat nach sich gezogen, Unwahres ohne weiteres als tatsächlich geschehen zu behaupten; denn die Vorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO schließe "jeden Formulierungs- oder Formelkompromiß in der Revisionsbegründung aus, zu dem zart besaitete Strafverteidiger - falls es solche gibt - sich durch ihr Gewissen gedrängt sehen könnten. Die Revisionsgerichte ahnden derartige Relikte von Wahrheitsliebe (gemeint: angedeutete Distanzierung vom Protokollinhalt) mit unnachsichtiger Strenge" (Dahs StraFo 2000, 181, 185).

Die Änderung des anwaltlichen Ethos ist ein weiteres Argument für die Änderung der Rechtsprechung.

b. Veränderte Rechtsprechung bzgl. der Zulässigkeit bewusst unwahrer Verfahrensrügen

Die prozessuale Wirksamkeit auch einer bewusst un-

wahren Verfahrensrüge wurde von der Rechtsprechung trotz erkennbaren Unbehagens und geäußelter Zweifel bis vor kurzem nie verneint (vgl. BGHSt 7, 162, 164; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 21; 22; 24; 27; BGH NJW 2001, 3794, 3796; RGSt 43, 1; OGHSt 1, 277, 282; Detter StraFo 2004, 329, 334; Park StraFo 2004, 335, 337; Tepperwien in FS für Meyer-Goßner S. 585). Erst in neuerer Zeit hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die nachgewiesenermaßen wahrheitswidrige Behauptung eines Verfahrensfehlers unter Berufung auf das insoweit fehlerhafte Protokoll dann als rechtsmissbräuchlich missbilligt, wenn der Beschwerdeführer - im Fall der Angeklagtenrevision (auch) der Verteidiger in der Revisionsinstanz - sicher weiß, dass sich der Fehler nicht ereignet hat, und zwar auch dann, wenn er Kenntnis erst im Laufe des Revisionsverfahrens erhält (BGHSt 51, 88 = NJW 2006, 3579 m. Anm. Benthin NJ 2007, 36, Fahl JR 2007, 34, Hollaender JR 2007, 6, Jahn JuS 2007, 91, Lindemann/Reichling StV 2007, 152 und Widmaier NJW 2006, 3587). Der solchermaßen rügevernichtende Missbrauch prozessualer Rechte ist allerdings regelmäßig nicht leicht nachweisbar (BGH NJW 2006, 3579, 3582). [...]

6. Motivation der Tatgerichte zu korrektem Verhalten kein Argument gegen Zulässigkeit der Protokollberichtigung

Eine Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt geboten, dass auf diese Weise die Tatgerichte zum Einhalten der Vorschriften über die Protokollführung anzuhalten wären (so aber BGHSt 2, 125, 127; OGHSt 1, 277, 281; Jahn/Widmaier JR 2006, 166 f.; Meyer-Goßner DRiZ 1997, 471, 474; Park StraFo 2004, 335, 342; ders. StV 2005, 257, 259). Die Tragfähigkeit einer solchen Argumentation ist schon bislang zweifelhaft; denn gerade ein Protokoll, das offensichtlich unsorgfältig geführt ist, verliert von vorneherein jede Beweiswirkung und die Revisionsgerichte klären im Freibeweisverfahren, ob ein Verfahrensfehler vorliegt. Im Ergebnis wird bislang gerade derjenige "Tatrichter, der das Hauptverhandlungsprotokoll nachlässig führt, ... prämiert" (Ventzke StV 2004, 300, 301).

7. Missbrauch der rügeverkümmerten Protokollberichtigung unwahrscheinlich

Die Berichtigung setzt bei den Urkundspersonen sichere Erinnerung voraus (vgl. nur Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 271 Rdn. 47 ff. m.w.N.). Fehlt es hieran, kann das Protokoll nicht (mehr) berichtigt werden. Ein Argument gegen die umfassende Berücksichtigung einer Berichtigung durch das Revisionsgericht ist die Erfahrung nachlassender Erinnerung grundsätzlich nicht. Dass die Urkundspersonen unbewusst Erinnerungsdefizite mit "Erfahrungswissen" ausfüllen (Jahn/Widmaier JR 2006,

166, 167; vgl. auch BGHSt 2, 125, 128 f.; OGHSt 1, 277, 281; Park StV 2005, 257, 259), liegt gerade bei den in der Literatur für problematisch erachteten Fällen, in denen es um den sachlichen Inhalt nicht regelmäßiger Prozesshandlungen (etwa bei Hinweisen nach § 265 StPO) geht (vgl. Jahn/Widmaier aaO 167 ff.), fern. Häufig kann eine Urkundsperson auch auf andere Unterlagen als Erinnerungsstütze zurückgreifen, wie in dem der Vorlegung zugrunde liegenden Fall die Urkundsbeamtin auf die unmittelbar während der Verhandlung getätigten Aufzeichnungen, die Grundlage der Sitzungsniederschrift waren; oftmals beruhen Protokollmängel auf derartigen Übertragungsfehlern. Schließlich stammt der Hinweis auf das nachlassende Erinnerungsvermögen aus einer Zeit, als es die Vorschrift über die Urteilsabsetzungsfristen (§ 275 Abs. 1 StPO), die insgesamt regelmäßig zu einer zeitlichen Straffung des Verfahrens nach der Hauptverhandlung geführt haben, noch nicht gab. Das Argument, dass dem berichtigten Protokoll schon deshalb ein tatsächlich geringerer Beweiswert zukomme, weil sich die Urkundspersonen zuvor übereinstimmend geirrt haben müssten (vgl. Tepperwien in FS für Meyer-Goßner S. 595, 605), hält der Große Senat nicht für durchgreifend. Dass beide Urkundspersonen bei der Anfertigung des ursprünglichen Protokolls nicht gewissenhaft genug waren, wird nämlich dadurch ausgeglichen, dass besonders hohe Anforderungen an die Sorgfalt bei der Berichtigung gestellt werden. Ein übereinstimmender Irrtum im Sinne einer gemeinsamen Fehlvorstellung der Urkundspersonen liegt nach aller forensischer Erfahrung ohnehin nicht vor. Dies würde voraussetzen, dass die Urkundspersonen über die Einzelheiten des Prozessgeschehens und dessen - fehlende - Beurkundung gleich reflektiert hätten. So spricht etwa in dem der Vorlegung zugrunde liegenden Fall nichts dafür, dass der Vorsitzende und die Protokollführerin zunächst bei der Protokollerstellung noch übereinstimmend davon überzeugt waren, der Vertreter der Staatsanwaltschaft habe den Anklagesatz nicht verlesen.

VI. Zur Form einer Protokollberichtigung

Zusätzliche Gewähr für die Richtigkeit der nachträglichen Änderung der Sitzungsniederschrift bietet eine rechtlich verbindliche Form der Protokollberichtigung, die zu einer im Revisionsverfahren überprüfbaren Entscheidungsgrundlage führt. Dies sichert die Effektivität des Rechtsmittels der Revision (vgl. Jahn/Widmaier JR 2006, 166, 169) und trägt im Fall der Angeklagtenrevision dessen verfassungsrechtlich verbürgtem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) Rechnung. Lässt sich jedoch zuverlässig ausschließen, dass sich die Urkundspersonen an ein der Verfahrenswirklichkeit nicht entsprechendes Prozessgeschehen irrtümlich vermeintlich sicher erinnern, so haben die Argumente, welche das Verbot der Rügeverkümme-

rung mit dem Schutz des Beschwerdeführers bzw. der prozessualen Waffengleichheit begründen (vgl. Fezer StV 2006, 290, 291; Tepperwien aaO 604), kein Gewicht.

1. Einzuhaltendes Verfahren

In Fällen der vorliegenden Art ist zur Sicherung der Effektivität des Rechtsmittels bei der Protokollberichtigung folgendes Verfahren einzuhalten:

Wie bereits dargelegt, setzt die Berichtigung sichere Erinnerung bei den Urkundspersonen voraus. Die Absicht der Berichtigung ist dem Beschwerdeführer - im Fall einer Angeklagtenrevision zumindest dem Revisionsverteidiger - zusammen mit dienstlichen Erklärungen der Urkundspersonen mitzuteilen. Diese Erklärungen haben die für die Berichtigung tragenden Erwägungen zu enthalten, etwa indem sie auf markante Besonderheiten des Falls eingehen, wie hier etwa darauf, dass die Verlesung der rechtlichen Würdigung des Tatgeschehens zu Unmutsäußerungen der Zuhörer führte. Daneben sollten gegebenenfalls während der Hauptverhandlung getätigte Aufzeichnungen, welche den Protokollfehler belegen, in Abschrift übermittelt werden. Dem Beschwerdeführer ist innerhalb angemessener Frist rechtliches Gehör zu gewähren.

Widerspricht der Beschwerdeführer daraufhin der beabsichtigten Protokollberichtigung substantiiert, indem er im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen er im Gegensatz zu den Urkundspersonen sicher ist, dass das zunächst gefertigte Protokoll richtig ist, so sind erforderlichenfalls weitere dienstliche Erklärungen und Stellungnahmen der übrigen Verfahrensbeteiligten einzuholen. Auch hierzu ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Frist zur Stellungnahme zu gewähren. Halten die Urkundspersonen die Niederschrift weiterhin für inhaltlich unrichtig, so haben sie diese gleichwohl zu berichtigen. In diesem Fall ist ihre Entscheidung über die Protokollberichtigung - dies ergibt sich bereits aus allgemeinen Rechtsgedanken (vgl. § 34 StPO) - mit Gründen zu versehen. Darin sind die Tatsachen anzugeben, welche die Erinnerung der Urkundspersonen belegen. Ferner ist auf das Vorbringen des Beschwerdeführers und gegebenenfalls abweichende Erklärungen der übrigen Verfahrensbeteiligten einzugehen.

2. Keine erneute Urteilszustellung erforderlich

Eine erneute Zustellung des Urteils nach Berichtigung der Sitzungsniederschrift ist nicht erforderlich. Nach § 273 Abs. 4 StPO setzt eine wirksame Zustellung einzig voraus, dass die Niederschrift fertig gestellt ist. Die Fertigstellung erfolgt zu dem Zeitpunkt, zu dem die letzte der beiden erforderlichen Unterschriften geleistet wurde (§ 271 Abs. 1 StPO), selbst wenn die Niederschrift sachlich oder formell fehlerhaft ist oder Lücken aufweist (vgl. Engelhardt in KK-StPO 5. Aufl. § 271 Rdn. 8; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO

25. Aufl. § 271 Rdn. 31, § 273 Rdn. 56). Spätere Berichtigungen derartiger Mängel berühren den Zeitpunkt der Fertigstellung nicht mehr (vgl. Gollwitzer aaO). Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes. In seinem Vertrauen, eine bestimmte Verfahrensrüge werde erfolgreich sein, wird der Beschwerdeführer auch sonst nicht geschützt.

3. Überprüfbarkeit der Berichtigung durch das Revisionsgericht

Die Gründe der Berichtigungsentscheidung unterliegen im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Tragen sie die Berichtigung, so ist das berichtigte Protokoll zugrunde zu legen. Allerdings kommt dem berichtigten

Teil des Protokolls nicht die formelle Beweiskraft des § 274 StPO zu. Nur so ist das Revisionsgericht in der Lage, zum Schutz der Beschwerdeführer die rügevernichtende Protokollberichtigung zu überprüfen. Verbleiben dem Revisionsgericht Zweifel, ob die Berichtigung zu Recht erfolgt ist, kann es den Sachverhalt im Freibeweisverfahren weiter aufklären. Insoweit gelten die Grundsätze, die schon bisher für eine ursprünglich offensichtlich mangelhafte Sitzungsniederschrift zur Anwendung kamen. Verbleiben dem Revisionsgericht auch nach seiner Überprüfung Zweifel an der Richtigkeit des berichtigten Protokolls, hat es seiner Entscheidung das Protokoll in der ursprünglichen Fassung zugrunde zu legen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Verfassungsmäßigkeit des Büchergeldes

BAYVERFGH, ENTSCHEIDUNG VOM 19.04.2007
VF. 17-VII-05 (BAYVBL 2007, 492)

Problemdarstellung:

In Art. 21 BaySchFG werden Schüler und Eltern verpflichtet, einen Zuschuss zu den Kosten für Schulbücher zu zahlen, der sich je nach Schulform zwischen 20 und 40 Euro bewegt. Die Antragsteller hielten diese Regelung für verfassungswidrig, weil der Freistaat Bayern keine Gesetzgebungskompetenz für eine derartige Regelung habe, und diese zudem gegen Grundrechte (Gleichheitsgrundsatz, allgemeine Handlungsfreiheit), das Rückwirkungsverbot und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstieße. Folgende Probleme stellten sich:

I. Hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz für öffentliche Abgaben ist elementar zwischen Steuern (Kompetenz nach Art. 105 GG) und sonstigen Abgaben wie Gebühren, Beiträgen und Sonderabgaben (Kompetenz für alle nach Art. 70 ff. GG) zu unterscheiden. Steuern zeichnen sich dadurch aus, dass sie ohne Gegenleistung erbracht werden müssen. Der BayVerfGH sieht in der Möglichkeit, die Schulbücher zu nutzen, eine konkrete Gegenleistung für das Büchergeld und stuft dieses daher als Gebühr ein. Für diese gelten Art. 70 ff. GG, und mangels ersichtlicher Bundeskompetenz aus Art 73, 74 GG blieben die Länder zuständig, Art. 70 GG.

II. Soweit das Büchergeld Schüler betreffe, die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Norm bereits zur Schule gingen, liege eine zulässige unechte Rückwirkung vor (zur Rückwirkung vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 27.2.2007 - 1 BvR 3140/06 in diesem Heft).

III. Der Gleichheitsgrundsatz sei auch nicht verletzt. Insbesondere dürfe der Gesetzgeber aus praktischen Gründen pauschalieren. Dass einige Schüler und Schulen demzufolge mehr belastet würden als andere, sei hinzunehmen, solange keine willkürlich-unerträgliche Mehrbelastung vorliege. Davon konnte hier schon angesichts der absoluten Höhe von wenigen Euro pro Monat und den zahlreichen Härtefallklauseln keine Rede sein. Aus dem selben Grund sei das Büchergeld auch verhältnismäßig.

IV. Zwar werde in die allgemeine Handlungsfreiheit der gebührenpflichtigen Eltern und Kinder eingegriffen; dieser Eingriff sei aber durch die verfassungsmäßige Ordnung als Schranke des Art. 2 I GG (im Ori-

nalfall: Art. 101 BV) gerechtfertigt.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung streift eine Vielzahl höchst examensrelevanter verfassungsrechtlicher Probleme. Sie eignet sich daher besonders gut für Prüfungsaufgaben. Würde sie etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gestellt, wäre allerdings ein etwas anderer Aufbau als der hier gewählte von Nöten, da mit einer Verfassungsbeschwerde Grundrechtsverletzungen gerügt werden, Art. 93 I Nr. 4a GG, die Begründetheitsprüfung mithin auch von Grundrechten auszugehen hat. Formelle Verfassungsmäßigkeit, Rückwirkungsverbot und Verhältnismäßigkeit wären dann als Schranken-Schranken innerhalb der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit zu prüfen, denn nur ein im Übrigen verfassungsgemäßes Gesetz kann einen Eingriff in Grundrechte rechtfertigen.

Vertiefungshinweise:

Gesetzgebungskompetenz im Abgabenrecht: *BVerfG*, RA 2003, 209 = NVwZ 2003, 715 (Rückmeldegebühr an Universitäten)

Weitere Fälle zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern: *BVerfG*, RA 2005, 440 = DVBL 2005, 1192 (Telefonüberwachung); RA 2006, 104 = NJW 2006, 751 (Luftsicherheitsgesetz); RA 2004, 365 = NVwZ 2004, 597 (§ 143 StGB);

Gebührenerhebung für zweites juristisches Staatsexamen: *BVerwG*, RA 2004, 170 = NVwZ 2004, 347

Kursprogramm:

Examenskurs : "Lottokönig"

Examenskurs : "Reiten im Walde"

Leitsätze:

1. Art. 21 BaySchFG, wonach von Schülern als Eigenbeteiligung für die Beschaffung von Schulbüchern ein Büchergeld erhoben wird, verstößt nicht gegen die Bayerische Verfassung.

2. Im Hinblick auf die unsichere Datenlage im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses ist der Gesetzgeber verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung sorgfältig zu beobachten und nachträglichen Erkenntnissen, etwa zur Höhe der benötigten Mittel, in geeigneter

Form Rechnung zu tragen.**Sachverhalt:**

In Art. 21 des Bayerischen Schulfinanzierungsgesetzes (BaySchFG) heißt es:

Lernmittelfreiheit, Büchergeld

(1) An den öffentlichen Schulen wird Lernmittelfreiheit nach Maßgabe dieses Gesetzes gewährt.

(2) Die Träger des Schulaufwands versorgen die Schüler mit Schulbüchern. Die von den Trägern des Schulaufwands beschafften Schulbücher verbleiben in deren Eigentum und werden an die Schüler ausgeliehen.

(3) Zur Finanzierung der Kosten der Lernmittelfreiheit wird von den Schülern als Eigenbeteiligung für die Beschaffung von Schulbüchern

1. an Grundschulen [...] ein Betrag von 20 €,

2. an Hauptschulen und sonstigen Schulen [...] ein Betrag von 40 €

zu dem für die Amtlichen Schuldaten eines jeden Schuljahres maßgeblichen Stichtag erhoben. Der Betrag wird vom Träger des Schulaufwands erhoben, fließt ihm zu und ist ausschließlich für die Versorgung mit Schulbüchern (Abs. 2 Satz 1) bestimmt und kann für schulbuchersetzende digitale Medien verwendet werden, soweit diese für die Hand des Schülers bestimmt sind; Art. 13 Abs. 1 und 2 des Kommunalabgabengesetzes gelten entsprechend. Neben dem Schüler sind die nach dem Bürgerlichen Recht Unterhaltspflichtigen zur Zahlung verpflichtet.

(4) Von der Eigenbeteiligung werden auf Antrag befreit: [...]

(5) Die Eigenbeteiligung entfällt bei Schülern, [...] für die die Lernmittelfreiheit für alle Schulbücher nicht in Anspruch genommen wird.

Die Antragsteller (ASt.) machen geltend, diese Regelung sei verfassungswidrig. Der Freistaat Bayern habe schon keine Gesetzgebungskompetenz, weil es sich bei dem Büchergeld um eine (verdeckte) Steuer handle, für die allein der Bund zuständig sei. Für bestimmte Schüler, z.B. solche, die der Abschlussklassen einzelner Schulzweige angehören, für die keine Bücher mehr angeschafft würden, bliebe deren Büchergeldzahlungen ohne Gegenleistung, wie es für eine Steuer typisch sei.

Darüber hinaus verstoße die Regelung materiell gegen das Rechtsstaatsprinzip und gegen den Gleichheitsgrundsatz. Das Rechtsstaatsprinzip sei zunächst in seiner Ausprägung als Rückwirkungsverbot verletzt, soweit die Regelung Schüler betreffe, die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Büchergelds schon zur Schule gingen. Darüber hinaus sei die Regelung unverhältnismäßig. Je nach Schulart habe sich pro Schüler in den vergangenen Jahren durchschnittlich nämlich nur ein Bücherbeschaffungsaufwand von jährlich 9,69 € (in Berufsoberschulen) bis 21,77 € (in Gymnasien)

ergeben. Damit sei das Prinzip der Kostendeckung nicht eingehalten.

Das Gesetz verstoße auch gegen den Gleichheitssatz, indem es jene Schüler, für die gar keine Bücher mehr angeschafft würden, nicht vom Büchergeld ausnehme. Außerdem sei die Unterscheidung nur zwischen Grundschulen (Art. 21 III Nr. 1 - 20€) und Gymnasien (Art. 21 III Nr. 2 - 40 €) zu grob; hier hätten alle Schultypen aufgelistet und das Büchergeld der Höhe nach an ihrem jeweiligen tatsächlichen Bedarf ausgerichtet werden müssen.

Schließlich sei auch die allgemeine Handlungsfreiheit von Schülern und Eltern verletzt, die gegen ihren Willen zur Zahlung von Büchergeld gezwungen würden. Die ohnehin schon hohe Belastung von Eltern gegenüber Erwachsenen ohne Kinder würde dadurch noch ungerechter.

Der Bayerische Landtag hingegen meint, über Art. 70 GG die Gesetzgebungskompetenz zu besitzen. In materieller Hinsicht seien gewisse Pauschalierungen unvermeidlich und daher zulässig. Für die Kostendeckung dürfe auf die vergangenen Jahre nicht abgestellt werden, da man mit dem Büchergeld gerade einen neuen Bestand aufbauen und die Ausstattung so verbessern wolle.

Unterstellt, dass die tatsächlichen Behauptungen der ASt. zutreffen: Ist das Büchergeld nach Art. 21 BaySchFG verfassungsgemäß?

[Anm.: Die Originalentscheidung ist zur Bayerischen Landesverfassung ergangen. Der Fall soll jedoch nach den Normen des Grundgesetzes gelöst werden. Unterschiede sind in der folgenden Lösung kenntlich gemacht.]

Lösung:

Art. 21 BaySchFG wäre verfassungswidrig, wenn sie in formeller oder materieller Weise gegen das Grundgesetz verstieße. Sie wäre mithin verfassungsgemäß, wenn sich ein solcher Verstoß nicht feststellen ließe.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die Norm von einem kompetenten Organ nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form erlassen worden sein.

I. Kompetenz

Fraglich ist hier schon die Verbandskompetenz des Freistaats Bayern zum Erlass des Gesetzes. Art. 105 GG begründet als spezielle finanzverfassungsrechtliche Norm Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für Steuern. Dagegen ist für nichtsteuerliche Abgaben, wie etwa Gebühren und Beiträge, die Gesetzgebungskompetenz aus den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff. GG herzuleiten (BVerfG vom 19.3.2003 = BVerfGE 108, 1/13 m.w.N.). Danach wären die Länder zustaän-

dig (Art. 70 GG), sofern sich aus Art. 73, 74 GG nichts Gegenteiliges ergibt.

1. Art. 105 GG

Fraglich ist somit zunächst, ob es sich bei dem Büchergeld um eine Steuer i.S.d. Art. 105 I GG handelt. Dazu der BayVerfGH:

a. Begriff der Steuer

“Das Grundgesetz verwendet in Art. 105 ff. GG den Begriff der Steuer, ohne ihn selbst zu definieren; es setzt ihn vielmehr voraus. Nach herrschender Rechtsprechung (vgl. BVerfG vom 7.11.1995 = BVerfGE 93, 319/346; BayVGh vom 15.1.1963 = VGh n. F. 16, 10/12) ist an die Definition der Abgabenordnung anzuknüpfen. Gemäß § 3 Abs. 1 AO sind Steuern Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Demnach ist die fehlende Abhängigkeit von einer Gegenleistung für den Steuerbegriff konstitutiv (BVerfGE 93, 319/346).”

b. Subsumtion

“Das Büchergeld ist eine nichtsteuerliche Abgabe, weil es gegenleistungsabhängig ist.”

aa. Gegenleistung in der Gebrauchsüberlassung der Bücher

“Es bildet eine öffentlich-rechtliche Geldleistung, die den Schülern bzw. den ihnen Unterhaltspflichtigen als Abgabenschuldern für eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung, nämlich die zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung von Schulbüchern, auferlegt wird. Die Schüler erhalten im Gegenzug für die Dauer eines Schuljahrs ein Nutzungsrecht an den ihnen überlassenen Schulbüchern. Zusammen mit den staatlichen Zuweisungen (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 BaySchFG) und dem kommunalen Sozialbeitrag (Art. 22 Abs. 2 BaySchFG) dient das Büchergeld dazu, die Kosten für die Beschaffung von Schulbüchern durch die öffentliche Hand zu decken (Art. 21 Abs. 3 Satz 1 BaySchFG). Das Büchergeld ist, worauf schon seine gesetzliche Bezeichnung hindeutet, nicht “voraussetzungslos”. Das verdeutlicht auch Art. 21 Abs. 5 BaySchFG, wonach die Eigenbeteiligung bei bestimmten Gruppen von Schülern entfällt. Gemeinsam ist diesen Gruppen, dass eine öffentlich-rechtliche Gegenleistung in Form einer Gebrauchsüberlassung aus unterschiedlichen Gründen nicht stattfindet. Demnach stellt das Büchergeld eine nichtsteuerliche Abgabe in Form einer Gebühr dar, das heißt eine öffentlich-rechtliche Geldleistung, die einen individuell zurechenbaren, von der öffentlichen Hand vermittelten Vorteil ausgleicht (Wertabschöpfung) oder als Ausgleich für den vom

Einzelnen verursachten Aufwand (Kostenüberwälzung) erhoben wird (BVerfG vom 6.2.1979 = BVerfGE 50, 217/226; vgl. auch VG Ansbach vom 16.3.2006 Az. AN 2 K 05.04455).”

bb. Keine andere Beurteilung in Bezug auf Schüler, für die keine Schulbücher angeschafft werden

“Dies gilt insbesondere [auch] für die von den Antragstellern angesprochenen “Sondergruppen”, wie die Schüler von Abschlussklassen (9. Klasse Hauptschule, gymnasiale Oberstufe), die Schüler in neu eingerichteten (G 8) oder in auslaufenden (G 9) Schulformen oder aber in Schulversuchsklassen (G 8), die nach dem neuen G 9-Lehrplan unterrichtet werden. Denn es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dem unterschiedlichen Maß der Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen genau Rechnung zu tragen. Eine Pauschalierung unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsvereinfachung ist zulässig. Ein striktes Gebot der abgabenrechtlichen Leistungsproportionalität gibt es nicht. Neuanschaffungen können auch Schülern von Abschlussklassen noch zugute kommen; diese sind nicht typischerweise vorteilslos. Zudem ist nicht ersichtlich, dass es für einzelne Schulformen keinen vorhandenen Büchermarkt gäbe. [...] Gäbe es für einzelne Schulformen tatsächlich keinerlei Bücher, entfielen überdies gemäß Art. 21 Abs. 5 Nr. 4 BaySchFG die Eigenbeteiligung. Wäre die Einziehung des Büchergelds im Einzelfall unbillig, ist auch die Möglichkeit eines Erlasses gemäß Art. 21 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BaySchFG, Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG, § 227 AO in Betracht zu ziehen.”

2. Art. 70 GG

“Handelt es sich – wie hier – um eine nichtsteuerliche Abgabe in Form einer Gebühr, so ist die Gesetzgebungskompetenz aus den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff. GG herzuleiten. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die nichtsteuerliche Abgabe aufgrund ihrer Bemessung sachlich gerechtfertigt oder möglicherweise unzulässig überhöht ist. Es würde der auf Formenklarheit und Formenbindung angelegten und angewiesenen Finanzverfassung zuwiderlaufen, wenn nichtsteuerliche Abgaben begrifflich (ganz oder teilweise) zu Steuern würden, sofern sie unzulässig überhöht bemessen sind. Die Trennung zwischen Begriff und Zulässigkeitsvoraussetzungen von Steuern einerseits und nichtsteuerlichen Abgaben andererseits würde durch ein „materielles“ Verständnis der Gegenleistungsfunktion verwischt (BVerfGE 108, 1/13 f. m.w. N.).”

a. Ländermaterie

“Die Kompetenz des Landesgesetzgebers zur Einführung einer Eigenbeteiligung für die Beschaffung von Lernmitteln folgt aus Art. 70 Abs. 1 GG. Das Bildungs- und Schulwesen, wozu auch dessen Finanzie-

rung zählt, fällt in die Länderhoheit (BVerfG vom 26.3.1957 = BVerfGE 6, 309/354). Art. 21 BaySchFG dient entsprechend seiner in Absatz 3 Satz 1 definierten Zweckbestimmung zur Finanzierung der „Kosten der Lernmittelfreiheit“ und damit des Schulaufwands gemäß Art. 3 Abs. 2 Nr. 2 BaySchFG.“

b. Grenzen der Finanzverfassung beachtet

“Die Anforderungen, die sich bei der Erhebung und Bemessung aller nichtsteuerlichen Abgaben aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben (BVerfGE 93, 319/343 f.; 108, 1/15 f.), wurden ausreichend beachtet. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind durch den Landesgesetzgeber eingeführte nichtsteuerliche Abgaben bereits aus kompetenzrechtlichen Gründen unzulässig, wenn ihnen eine besondere sachliche Rechtfertigung fehlt, die den bloßen Einnahmierzweck ergänzt oder ersetzt. Sowohl dem Grund wie der Höhe nach erfordert die Gebühr eine sachliche Rechtfertigung. Auch ihre Bemessung, insbesondere die Höhe des Gebührensatzes, bedarf kompetenzrechtlich im Verhältnis zur Steuer einer besonderen, unterscheidungskräftigen Legitimation (BVerfGE 108, 1/17). Anerkannte Gebührenzwecke bilden die Kostendeckung und der Vorteilsausgleich. Beide Zwecke verfolgt das angegriffene Gesetz. Zum einen dient es der Erzielung von Einnahmen, um spezielle Kosten der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise zu decken (BVerfG vom 10.3.1998 = BVerfGE 97, 332/345); zum anderen schöpft es einen besonderen Vorteil ab, der durch die Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung entsteht (BVerfGE 93, 319/344).“

3. Zwischenergebnis

Die Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Bayern ist nach Art. 70 I GG gegeben.

II. Verfahren, Form

Verfahrens- oder Formvorschriften für die Landesgesetzgebung enthält das Grundgesetz nicht. Mithin ist Art. 21 BaySchFG formell verfassungsgemäß.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist, ob die Norm auch in materieller Hinsicht verfassungsgemäß ist. Von den ASt. gerügt werden insoweit Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip in Form des Rückwirkungsverbots und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie Verletzungen des Gleichheitssatzes und der allgemeinen Handlungsfreiheit.

I. Rechtsstaatsprinzip

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG lassen sich u.a. das Rückwirkungsverbot und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableiten.

1. Rückwirkungsverbot

Hinsichtlich des Rückwirkungsverbots differenziert der BayVerfGH mit der ganz h.M. zwischen grds. unzulässiger “echter” und grds. zulässiger “unechter” Rückwirkung, wobei er letztere für einschlägig hält: “Eine echte Rückwirkung ist gegeben, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in bereits abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (vgl. VerfGH vom 17.5.2006 = VerfGH 59, 63/77). Dies ist bei der angegriffenen Regelung nicht der Fall. Denn Büchergeld wird nur von Schülern erhoben, die aktuell zu einem bestimmten Stichtag die Schule besuchen. Hingegen ist eine unechte Rückwirkung, also die Anknüpfung der Regelung an einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt, wie etwa den laufenden Schulbesuch, grundsätzlich zulässig (VerfGH 59, 63/77 f.). Ein Vertrauensschutz, dass die finanziellen Rahmenbedingungen über sämtliche Jahre des Schulbesuchs die gleichen wie im Zeitpunkt der Einschulung oder eines Schulwechsels bleiben, lässt sich im Hinblick auf das vom Gesetzgeber verfolgte Gemeinwohlziel nicht bejahen. Gegen einen Vorrang des Vertrauensschutzes sprechen auch die begrenzte Höhe des jährlichen Betrags sowie die vor allem aus sozialen Gründen in Art. 21 Abs. 4 BaySchFG vorgesehenen Ausnahmefälle.“

2. Verhältnismäßigkeit

Verhältnismäßig ist eine Regelung, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dazu der BayVerfGH:

a. Legitimer Zweck

“Die Büchergelderhebung verfolgt den legitimen Zweck der Kostendeckung. Der Zweck der Erzielung von Einnahmen zur Abdeckung einer speziellen öffentlichen Leistung ergibt sich unmittelbar aus der gesetzlichen Verknüpfung zwischen der Abgabe, deren Zufluss unmittelbar an den Schulaufwandsträger und dessen Verpflichtung, den Betrag ausschließlich für die Versorgung mit Schulbüchern oder schulbuchersetzenden digitalen Medien, soweit diese für die Hand des Schülers bestimmt sind, zu verwenden (Art. 21 Abs. 3 Sätze 1 und 2 BaySchFG).“

b. Geeignetheit

Das Büchergeld könnte zur Zweckerreichung ungeeignet sein, wenn und soweit es die zur tatsächlichen Kostendeckung erforderlichen Beträge überstiege. Dies verneint der BayVerfGH:

“Erforderlich ist insoweit eine sachgerechte Verknüpfung zwischen Kosten und Gebührenaufkommen. Aus der Zweckbindung ergibt sich jedoch keine verfassungsrechtlich begründete Begrenzung der Gebührenhöhe durch die tatsächlichen Kosten einer staatlichen Leistung (BVerfGE 97, 332/345). Das aus dem Kommunalabgabenrecht geläufige Kostendeckungsprinzip,

das das Verhältnis des der öffentlichen Hand entstehenden Gesamtaufwands zu den insgesamt zu erhebenden Abgaben beschreibt (vgl. Thimet in Thimet/Nöth/Hürholz, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Teil IV, Art. 8 KAG, Frage 3, Anm. 1, 2 und 2.1), hat keinen verfassungsrechtlichen Rang. Es gilt nur dann und insoweit, als es einfach-gesetzlich geregelt ist.

Dem Gebührenzweck der Kostendeckung widerspricht das Büchergeld nicht. Der Gesetzgeber errechnet aus Büchergeldeinnahmen sowie staatlichen und kommunalen Zuschüssen einen Gesamtetat von 51,5 Mio. €, der ab 2005 jährlich für die Anschaffung von Schulbüchern zur Verfügung steht (vgl. LT-Drs.15/3148 S. 5). Die Eigenbeteiligung in Form des Büchergelds beläuft sich mit ca. 41,3 Mio. € auf rund 80 % dieses Etats. Zwar lagen die Aufwendungen in den vorangegangenen Jahren mit rund 33 Mio. € um etwa ein Drittel niedriger als die nun veranschlagte Gesamtsumme für Lernmittel, und selbst die Büchergeldeinnahmen allein übertreffen noch den bisherigen Etat um ca. 20 %. Berücksichtigt man jedoch das zulässige Anliegen, eine Aktualisierung des überalterten Bestands sowie eine gezielte Qualitätsverbesserung der Schulbuchausstattung zu erreichen, bewegt sich dies im Rahmen des dem Gesetzgeber eingeräumten Ermessens. Von einem krassen Missverhältnis (vgl. VerfGH vom 9.4.1980 = VerfGH 33, 47/62; VerfGH vom 17.5.1982 = VerfGH 35, 56/71; VerfGH vom 26.4.1984 = VerfGH 37, 43/48) zwischen dem erforderlichen Gesamtaufwand für die Anschaffung von Schulbüchern und den dafür insgesamt erhobenen Abgaben kann keine Rede sein.”

c. Erforderlichkeit

Mildere, gleich effektive Mittel zur Erreichung der Kostendeckung sind nicht ersichtlich.

d. Angemessenheit

“Die gesetzliche Büchergeldregelung verstößt nicht gegen das in der Rechtsprechung überwiegend aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV, Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Äquivalenzprinzip (vgl. BVerwG vom 25.8.1999 = BVerwGE 109, 272/274; VerfGH vom 6.7.1978 = VerfGH 31, 158/167), in dem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Abgabenrecht zum Ausdruck kommt.”

aa. Äquivalenzprinzip

“Dieses Prinzip besagt, dass die Gebühr nicht in einem Missverhältnis zu der vom Träger der öffentlichen Verwaltung erbrachten Leistung stehen darf, und beschreibt somit das Verhältnis der Abgabenbelastung des Pflichtigen zur Leistung. Die Gebührenhöhe hat sich am Wert des Vorteils auszurichten (vgl. Schiller, NVwZ 2003, 1337/1340).

Das Äquivalenzprinzip ist aber nur bei einer gröblichen Störung des Ausgleichsverhältnisses zwischen

der Abgabe und dem Wert der Leistung für den Empfänger verletzt und lässt Raum für die Praktikabilität der Abgabenerhebung (VerfGH vom 9.2.1968 = VerfGH 21, 28/30; BVerwG vom 25.7.2001 = BVerwGE 115, 32/44; BVerwG vom 30.4.2003 = NVwZ 2003, 1385; Thimet, a. a. O., Art. 8 KAG, Frage 3, Anm. 1 m. w. N.). Es liegt auf der Hand, dass der Zweck der Abgabe infrage gestellt, wenn nicht vereitelt würde, wenn ihre Erhebung komplizierte und differenzierte, die Verhältnisse an den einzelnen Schultypen oder gar der konkreten Schule stärker berücksichtigende Regelungen voraussetzen würde. In Anbetracht der landesweiten Erhebung des Büchergelds an unterschiedlichen Schultypen und seiner relativ gesehen geringen Höhe – die maximal mögliche monatliche Belastung einer Familie liegt bei etwa 6,70 € – konnte der Gesetzgeber die Möglichkeit der Typisierung und Pauschalierung in einem erheblichen Umfang nutzen. In erster Linie hat der Gesetzgeber darüber zu entscheiden, welche Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze er für eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung aufstellt. Die verfassungsrechtliche Kontrolle der gesetzgeberischen Gebührenbemessung, die ihrerseits Kalkulationen, Bewertungen, Einschätzungen und Prognosen voraussetzt, darf nicht überspannt werden (BVerwGE 108, 1/19 m. w. N.). Der Verfassungsgerichtshof kann fachbezogene Erwägungen des Gesetzgebers, wie hier die Kostenabschätzung für Schulbuchanschaffungen, nur daraufhin überprüfen, ob sie offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar sind; er kann nicht seine eigenen Wertungen und Einschätzungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 15.7.2002 = VerfGH 55, 98/120 f. m. w. N.).”

bb. Subsumtion

“Die angegriffene Regelung verletzt die dargelegten Anforderungen nicht; von einem groben Missverhältnis zwischen Gebühr und Leistung kann nicht ausgegangen werden. Maßgeblich ist eine sachgerechte Prognose des Gesetzgebers im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses. Unter Berücksichtigung der in den Vorjahren verausgabten absoluten Beträge und des Ziels einer Bestandsaktualisierung in angemessenen Zeitabständen sowie einer allgemeinen Qualitätsverbesserung hält sich die in zwei Gruppen von Schultypen vorgenommene Pauschalierung noch in den Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens.”

[Anm.: Der BayVerfGH führt an dieser Stelle weiter aus, dass das den Kostenprognosen zugrunde liegende Datenmaterial, etwa zum Bestand, zum Alter, zum Gebrauchszustand und zur Verwendbarkeit vorhandener Schulbücher, nur lückenhaft war. Das Gericht verpflichtete den Gesetzgeber daher in dem aus dem 2. Leitsatz der Entscheidung ersichtlichen Umfang, die

tatsächliche Kostenentwicklung bei Schulbüchern zu beobachten und die Höhe des Büchergeldes ggf. anzupassen.]

II. Gleichheitssatz

Es könnte aber ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 I GG [im Originalfall: Art. 118 I BV, Anm. d. Red.] vorliegen.

1. Gleichbehandlungsgebot

“Der Gleichheitssatz untersagt dem Normgeber, gleich liegende Sachverhalte, die aus der Natur der Sache und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine gleichartige Regelung erfordern, ungleich zu behandeln. Er verbietet Willkür, verlangt aber keine schematische Gleichbehandlung, sondern lässt Differenzierungen zu, die durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt sind. Der Normgeber handelt nicht schon dann willkürlich, wenn er unter mehreren Lösungen nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat. Nur wenn die äußersten Grenzen des normgeberischen Ermessens überschritten sind, wenn für die getroffene Regelung jeder sachlich einleuchtende Grund fehlt, ist der Gleichheitssatz verletzt (st.Rspr.; vgl. VerfGH vom 24.7.2006 m.w.N.).”

2. Speziell im Abgabenrecht

“Im Abgabenrecht kommt dem Gleichheitssatz die Aufgabe zu, eine gleichmäßige Verteilung des Aufwands unter den Abgabepflichtigen zu erzielen. Er betrifft somit das Verhältnis der Abgabenbelastung der Pflichtigen untereinander (Thimet, a.a.O., Art. 8 KAG, Frage 3, Anm. 1). Dabei hat der Normgeber auch im Bereich des Abgabenrechts eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. In deren Rahmen kann er entscheiden, welchen Sachverhalt er zum Anknüpfungspunkt einer Regelung macht. Seine Gestaltungsfreiheit endet erst dort, wo die Gleich- oder Ungleichbehandlung der Tatbestände, von denen die Höhe der Abgabe abhängig gemacht wird, nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, das heißt, wenn die Regelung unter dem Gesichtspunkt der Abgabengerechtigkeit zu einem unerträglichen Ergebnis führen würde, also willkürlich wäre (VerfGH vom 3.11.1986 = BayVBl 1987, 235).”

3. Subsumtion

a. Ungleichbehandlung von Eltern und Kinderlosen

“Soweit eine Benachteiligung von Unterhaltspflichtigen schulpflichtiger Kinder gegenüber kinderlosen Personen gerügt wird, scheidet eine Verletzung des Art. 118 Abs. 1 BV schon deshalb aus, weil vergleichbare Sachverhalte nicht vorliegen. Kinderlose Paare erzielen aus der Schulbuchbeschaffung keinen durch eine Gebrauchsüberlassung entstehenden Vorteil. Die Forderung, auch Kinderlose über allgemeine Steuern

an der Finanzierung von Lernmitteln zu beteiligen, ist politischer Art. Die Verfassungswidrigkeit der vom Gesetzgeber gewählten Lösung, die Schulbuchbeschaffung über eine Abgabe nur derjenigen Personen zu finanzieren, die einen unmittelbaren Nutzen aus der Überlassung ziehen, lässt sich damit nicht begründen (vgl. VerfGH vom 28.10.2004 = VerfGH 57, 156/158 f.).”

b. Keine weitergehende Differenzierung zwischen den Schulgruppen

“Dass der Gesetzgeber – über Art. 21 Abs. 3 Satz 1 BaySchFG hinaus – nicht weitergehend zwischen einzelnen Schülergruppen differenziert, bewirkt keine Verletzung des Art. 118 Abs. 1 BV. Der Gesetzgeber unterscheidet bei der Höhe des Büchergeldes zwischen Schülern an Grundschulen, im Berufsvorbereitungsjahr und in Teilzeitklassen an beruflichen Schulen einerseits sowie an Hauptschulen und sonstigen Schulen andererseits. Dies erscheint sachgerecht, weil Grundschüler und diesen gleichgestellte Schüler nach den Erhebungen des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus einen deutlich niedrigeren Schulbuchbedarf haben als Schüler weiterführender Schulen. Im Einzelnen begründet die Staatsregierung die jeweilige Höhe des Büchergeldes und die vorgenommene Differenzierung in zwei Gruppen – wie bereits dargelegt – mit den Durchschnittskosten für die in den jeweiligen Schulformen anfallenden Bücher. Verfassungsrechtlich ist es unbedenklich, dass der Gesetzgeber eine pauschale Differenzierung anhand eines für die jeweilige Schularart typischen Bedarfs vorgenommen hat.”

III. Allgemeine Handlungsfreiheit

Schließlich könnte Art. 21 BaySchFG gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verstoßen (im Originalfall Art. 101 BV, Anm. d. Red.). Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegen.

1. Eingriff in den Schutzbereich

“Art. 21 BaySchFG greift in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ein, weil die Bestimmung eine gesetzliche Zahlungsverpflichtung von Schülern und Unterhaltspflichtigen begründet. Art. 101 BV schützt vor der Auferlegung gesetzwidriger Zahlungsverpflichtungen (VerfGH vom 24.11.1989 = VerfGH 42, 156/165). Soweit gemäß Art. 21 Abs. 4 BaySchFG bestimmte Personengruppen von der Verpflichtung ausgenommen sind, gelten die Ausnahmen nicht kraft Gesetzes, sondern sind von einem Antrag der betroffenen Person abhängig. Deshalb schränkt das Gesetz auch insoweit die allgemeine Handlungsfreiheit ein.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er von den

Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

a. Schranken

Art. 2 I GG steht unter dem Vorbehalt der Schrankentrias aus verfassungsmäßiger Ordnung, den Rechten Dritter und des Sittengesetzes. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört jeder Rechtssatz, also auch ein Gesetz wie Art. 21 BaySchFG.

b. Schranken-Schranken

Das eingreifende Gesetz müsste aber seinerseits ver-

fassungsgemäß sein, um die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung konkretisieren zu können. Dass dies in formeller und materieller Hinsicht hier der Fall ist, wurde bereits oben gezeigt. Andere als die dort behandelten Verstöße gegen formelles oder materielles Verfassungsrecht sind nicht ersichtlich. Mithin ist der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

C. Ergebnis

Art. 21 BaySchFG ist verfassungsgemäß.

Standort: Reisevertrag

Problem: Schadensersatz

AG DUISBURG, URTEIL VOM 31.10.2006
51 C 6214/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt von der bekl. Reiseveranstalterin Ersatz der ihr entstandenen zusätzlichen Flugkosten nebst der Anwaltskosten für die außergerichtliche Rechtsverfolgung.

Die Kl. buchte für sich und ihre Freundin eine Wochenendreise nach Barcelona in einem Hotel der Klasse "Top Bestleistung". Veranstalterin der Reise war die Bekl.. Am Abend vor der Rückreise erkundigte sich die Kl. bei dem Rezeptionisten, ob das Hotel auch einen Weckservice anbietet. Dies wurde bejaht. Am nächsten Tag unterblieb jedoch der bestellte Weckruf um 06.30 Uhr, so dass die Kl. und ihre Freundin verschliefen. Die Kl. hatte nämlich keinen weiteren, eigenen Wecker gestellt. Dies führte dazu, dass beide den anvisierten Rückflug nach Deutschland verpassten und die Kl. für sie beide ein neues Rückflugticket erwerben musste.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit dem Reisevertragsrecht gem. §§ 651 a ff. BGB, das durchaus des öfteren Bestandteil von Examensklausuren gewesen ist. Es handelt sich zwar um keine Entscheidung mit grundsätzlicher Bedeutung für das Reisevertragsrecht. Die Entscheidung gibt aber die Möglichkeit, die Strukturen der reiserechtlichen Ansprüche vertiefend zu bearbeiten.

So hatte das Gericht zunächst zu entscheiden, ob überhaupt ein Reisevertrag gem. § 651 a I BGB geschlossen worden ist. Im Anschluss daran war insbesondere herauszustellen, was der Reisende aufgrund der Katalogangaben von dem gebuchten Hotel und damit der Reise erwarten durfte. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil es um die Bestimmung des Reisemangels gem. § 651 c I BGB geht. Hier ging es um die ordnungsgemäße Einrichtung eines hoteleigenen Weckdienstes. Ein solcher war zwar nicht im Katalog angepriesen, ergab

sich aber aus dem Umständen der übrigen Angaben. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Hotel mit der Kategorie "Top Bestleistung" angepriesen worden ist, ließ den Rückschluss auf einen ordnungsgemäßen Weckdienst zu. Dieser war somit Reisebestandteil, so dass der unterbliebene Weckruf einen Mangel der Reise darstellte. Auf der Rechtsfolgende galt es dann neben der Feststellung des Schadens, noch die Frage eines Mitverschuldens der Kl. zu erörtern. Ein solches ergab sich aus dem Umstand, dass die Kl. keinen eigenen Wecker gestellt hatte. Insoweit ist die Annahme eines hälftigen Mitverschuldens durchaus angemessen. Insgesamt bietet dieser Sachverhalt Anlass, um die sonst eher stiefmütterlich behandelten reiserechtlichen Ansprüche zu wiederholen und insbesondere die haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nochmals nachzuvollziehen.

Vertiefungshinweise:

Zum Schmerzensgeldanspruch bei Todesfall: *LG Düsseldorf*, NJOZ 2007, 1271. (Tödlicher Stromschlag auf indonesischem Schiff); *BGH*, RA 2006, 674 = NJW 2006, 3268 (Wasserrutsche)

Zur Reiseveranstalterhaftung nach Zurückhalten der Visumreferenznummer durch das Reisebüro: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2005, 644.

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

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

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der betrunkene Kranführer"

Leitsätze:

In einem Hotel laut Reisebeschreibung der Katego-

rie "Top Bestleistung" mit Rezeption ist ein Weckdienst reisevertraglich geschuldet. Wird ein Reisender am Abreisetag nicht rechtzeitig geweckt und muss wegen Versäumung des Flugs am Flughafen neue Tickets erwerben, dann schuldet der Reiseveranstalter Schadensersatz in Höhe der Hälfte der Ticketkosten, denn dem Reisenden fällt ein hälftiges Mitverschulden zur Last, weil er selbst keinen Wecker gestellt hat.

Sachverhalt:

Die Kl. hatte Ende 2005 im Reisekatalog des bekl. Reiseveranstalters ein Angebot für eine Wochenendreise inkl. Hotel und Flug nach Barcelona für sich und eine Freundin ausfindig gemacht. In dem Katalog gab es hinsichtlich der aufgeführten Hotels unterschiedliche Kategorien. Das von der Kl. bevorzugte Hotel fiel unter die Kategorie "Top Bestleistung". Die Kl. buchte daraufhin die Kl. die Wochenendreise bei ihrem örtlichen Reisebüro.

Die Reise fand dann vom 25.07. - 27.07.2006 statt. Der Rückflug war um 09:00 Uhr morgens ab dem Flughafen Barcelona angesetzt. Am Abend vor dem Abflug fragte die Kl. nach einem hausinternen Weckdienst. Ein solcher Weckdienst war auch vorhanden. Als Weckzeit gab die Kl. 06:30 Uhr an. Einen eigenen Wecker stellte sie nicht. Am darauffolgenden Morgen versäumte der Rezeptionist den Weckruf, so dass die Kl. erst gegen 09:00 Uhr erwachte. Da der gebuchte Flug bereits gestartet war, erwarb die Kl. zwei neue Tickets zum Preis von insgesamt 250,- € in der normalen Klasse. Die Kl. meldete sich noch unmittelbar nach der Rückkehr beim Reiseveranstalter und zeigte den Vorfall an. Dieser wies jegliche Verantwortung von sich.

Mit Schreiben vom 04.08.2006 hat die Kl. den Reiseveranstalter, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, unter Fristsetzung bis zum 15.08.2006 aufgefordert, die Kosten für die Flugtickets, sowie die Anwaltskosten zu erstatten. Eine Reaktion erfolgte jedoch nicht.

Die Kl. hat den Reiseveranstalter daraufhin auf Zahlung der Flugticketkosten i.H.v. 250 € für sich und ihre Mitreisende in Anspruch genommen. Zudem verlangt die Kl. Ersatz der ihr außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltsgebühren i.H.v. 62,47 € sowie Zinsen ab dem 16.08.2006 in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz.

Hat die Kl. Ansprüche gegen den Reiseveranstalter in dieser Höhe?

Lösung:

A. Anspruch der A auf Leistung von Schadensersatz gem. § 651 f I 1 BGB

A könnte gegen den Reiseveranstalter einen Anspruch auf Ersatz der Flugticketkosten nebst den Anwalts-

kosten gem. § 651 f I 1 BGB haben.

I. Wirksamer Reisevertrag

Zunächst müssten die Parteien einen wirksamen Reisevertrag gem. § 651 a I 1 BGB geschlossen haben. Der Reiseveranstalter ist verpflichtet, dem Reisenden eine Gesamtheit von Reiseleistungen zu erbringen. Der Veranstalter verspricht eine bestimmte Gestaltung der Reise und übernimmt die Haftung für deren Erfolg, soweit dieser von seinen Leistungen abhängt (BGHZ 130, 128). Dabei ist in erster Linie an sog. Pauschalreisen zu denken, welche die Beförderung, die Hotelunterkunft und die Verpflegung umfassen (Palandt-Sprau, Einf. Vor § 651, Rn 3). Entscheidend ist, dass im Grundsatz mindestens zwei Leistungen angeboten werden, wobei der Anbieter die Erbringung in eigener Verantwortung unternimmt. Zusatzleistungen ganz untergeordneter Bedeutungen sind insoweit irrelevant (Führich, RA 2002, 194).

Vorliegend hatte die Kl. Ende 2005 im Reisekatalog des bekl. Reiseveranstalters ein Angebot für eine Wochenendreise inkl. Hotel und Flug nach Barcelona für sich und eine Freundin gebucht. Geschuldet war neben der Flugleistung auch die Übernachtung in dem Hotel der Kategorie "Top Bestleistung". Damit liegt eine Gesamtheit von zwei Leistungen vor, die auch als gleichwertig anzusehen sind. Mithin ist ein Reisevertrag gem. § 651 a I 1 BGB gegeben.

[Anm.: Selbst dann, wenn vom Reiseveranstalter nur die Überlassung eines Ferienhauses oder einer Ferienwohnung als einzige Reiseleistung geschuldet ist, sind nach ganz h.M. die Vorschriften des Reisevertragsrechts insgesamt entsprechend anzuwenden (BGHZ 119, 152). Der Grund dafür ist, dass auch in diesem Fall der Reiseveranstalter zwischen Kunden und Leistungsträger zwischengeschaltet ist. Ferner ist mit dem Objekt und der Überlassung ebenso wie bei einer Mehrheit von Reiseleistungen der Rahmen und die Grundzüge der ganzen Urlaubsreise vorgegeben (BGHZ 130, 128). Dagegen soll bei anderen Einzelleistungen wie der Charter einer Hochseejacht durch Auslegung zu ermitteln sein, ob Reisevertragsrecht anwendbar ist oder ob ein Mietvertrag vorliegt.]

II. Mangel i.S.d. 651 c I BGB

Die Reise müsste mangelhaft sein. Gem. § 651 c I BGB ist der Reiseveranstalter verpflichtet, die Reise so zu erbringen, dass sie die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Nutzen aufheben und mindern. Als Reisemangel sind alle nach dem Vertragsschluss auftretenden Störungen der Reise anzusehen, soweit die Gründe dafür nicht allein in der Person des Reisenden liegen (BGHZ 97, 255). Dazu gehören nicht nur die Fälle der Schlechterfüllung (z.B. Zwei-

statt Drei- Sterne - Hotel), sondern auch solche Störungen, die darauf beruhen, dass die geschuldete Leistung (ganz oder teilweise) gar nicht oder verspätet erbracht wird. Um einen Reisemangel handelt es sich selbst dann, wenn bereits die erste Reiseleistung (z.B. wegen Überbuchung der Zubringermaschine) ausfällt und damit die ganze Reise vereitelt wird (Vgl. Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 28 Rn 14; BGH, NJW 1986, 1748; BGHZ 97, 255).

Am Abend vor dem Abflug fragte die Kl. nach einem hausinternen Weckdienst. Ein solcher Weckdienst war auch vorhanden. Als Weckzeit gab die Kl. 06:30 Uhr an. Einen eigenen Wecker stellte sie nicht. Am darauffolgenden Morgen versäumte der Rezeptionist den Weckruf, so dass die Kl. erst gegen 09:00 Uhr erwachte. Da der gebuchte Flug bereits gestartet war, erwarb die Kl. zwei neue Tickets zum Preis von 250,- € in der normalen Klasse.

Fraglich ist jedoch, ob der Weckdienst überhaupt zur geschuldeten Reiseleistung gehört. Nur dann vermag das nicht erfolgte Wecken einen Reisemangel auszulösen. Maßstab für die geschuldete Leistung des Reiseveranstalter ist der Reisekatalog. Dort werden die Mindestanforderungen an die Beschaffenheit der Reise festgelegt. Hier war jedoch der Weckservice nicht im Katalog beworben. Allerdings wurde das Hotel als Hotel der Kategorie "Top Bestleistung" bezeichnet.

"Ein Reisemangel liegt vor, wenn die tatsächlich erbrachte Leistung negativ von der vertraglich geschuldeten abweicht. Die Sollbeschaffenheit wird dabei insbesondere durch Reisebestätigung und die Prospektangaben vorgegeben (Palandt-Sprau, BGB, 65. Aufl., § 651 Rdnr. 2). Laut Katalogbeschreibung sollte es sich bei dem gebuchten Hotel um ein Komforthotel der Kategorie „Top Bestleistung“ mit Rezeption handeln. Auf Grund einer solchen Katalogbeschreibung kann der Reisende bei Buchung der Reise nach Ansicht des erkennenden Gerichts damit rechnen, dass es in dem Hotel auch einen Weckservice gibt. Tatsächlich wurde ein solcher ja auch durch das Hotel angeboten, wie die Zeugin X bestätigt hat. Ein solcher Weckservice ist bei Hotels der gehobenen Kategorie geschuldeter Standard und braucht deshalb auch nicht ausdrücklich in der Katalogbeschreibung erwähnt zu werden."

Folglich ist aufgrund des versäumten Weckens ein Mangel der Reise gem. § 651 c I BGB gegeben.

III. Mängelanzeige oder Abhilfeverlangen

Fraglich ist, ob die Kl. den Mangel hätte anzeigen müssen oder Abhilfe hätte verlangen müssen. Nach dem Wortlaut des § 651 f I BGB ist ein entsprechendes Begehren nicht auszuüben. Nach ganz allgemeiner Auffassung ist eine Mängelanzeige auch hier zu fordern, obwohl das Gesetz schweigt; denn es ist nicht einzusehen, dass der Veranstalter einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt sein soll, ohne dass man ihm

vorher - wie bei der Minderung vorgesehen - von dem Mangel in Kenntnis setzt und ihm dadurch die Beseitigung des Mangels einräumt (BGHZ 92, 177; Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 28 Rn 22). Dies ergibt sich auch aus der dogmatischen Überlegung, dass der Schadensersatz neben der Minderung und Kündigung geltend gemacht werden kann (Vgl. Wortlaut "unbeschadet"). Sowohl gem. § 651 e II BGB, als auch gem. §§ 651 d I, 651 c I BGB wird eine Abhilfemöglichkeit zugunsten des Reiseveranstalters gefordert.

Die Kl. meldete sich noch unmittelbar nach der Rückkehr beim Reiseveranstalter und zeigte den Vorfall an. Fraglich ist, ob sich die Kl. vor Ort an die Reiseleitung hätte richten müssen und dort Abhilfe hätte verlangen können. Die Abhilfe besteht in der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (Palandt-Sprau, § 651 c Rn 4). Vorliegend war das Erbringen der ordnungsgemäßen Leistung unmöglich. Dies deshalb, weil das Wecken eine nicht nachholbare Leistung darstellt. Daher war das Abhilfeverlangen vor Ort entbehrlich. Mithin reichte die Anzeige des Mangels gem. § 651 d II BGB aus.

IV. Vertretenmüssen

Die Bekl. müsste den Reisemangel zu vertreten haben. Maßstab des Vertretenmüssens sind die §§ 276, 278 BGB. Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen vermutet, § 651 f I BGB. Dies folgt bereits aus der Negativformulierung der Norm in § 651 f I, 2.Hs BGB. Eine Exkulpation ist hier seitens des Reiseveranstalters nicht ersichtlich. Insbesondere kann sich der Veranstalter nicht damit entlasten, dass die Mitarbeiter des Hotels das Wecken unterlassen haben. Der Reiseveranstalter muss sich die Verfehlungen des Hotelpersonals gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

"Die Bekl. konnte sich auch nicht dahingehend entlasten, dass sie kein Verschulden trifft. Das Verschulden des Hotelpersonals wird ihr insofern gem. § 278 S. 1 BGB zugerechnet."

Folglich ist das Vertretenmüssen zu bejahen.

[Anm.: Fast immer enthalten die Reisekataloge oder sonstigen Schriftstücke des Veranstalters eine Haftungsbegrenzung. Deren Zulässigkeit wäre in diesen Fällen innerhalb der Grenzen des § 309 Nr. 7 BGB zu prüfen. Demnach ist ein Ausschluss nur für leichte Fahrlässigkeit und generell nicht für Körper- und Gesundheitsschäden möglich. Weitere Haftungsbeschränkungen sind spezialgesetzlich geregelt in § 651 h BGB (dazu sogleich).]

V. Kein Ausschluss gem. § 651 g I BGB

Der Anspruch auf Schadensersatz dürfte nicht ausgeschlossen sein. Gem. § 651 g I BGB ist der Anspruch dann ausgeschlossen, wenn der Reisende es innerhalb eines Monats nach der vertraglich vorgesehenen Been-

digung der Reise unterlässt, den Anspruch gegenüber dem Reiseveranstalter geltend zu machen.

Mit Schreiben vom 04.08.2006 hat die Kl. den Reiseveranstalter, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, unter Fristsetzung bis zum 15.08.2006 aufgefordert, die Kosten für die Flugtickets zu erstatten. Der Rückflug sollte planmäßig am 27.07.2006 erfolgen. Also hat sich die Kl. innerhalb der Frist an den Reiseveranstalter gewandt. Fraglich ist jedoch, ob sich auch die Freundin der Kl. an den Reiseveranstalter hätte wenden müssen. Dies hat die Mitreisende unterlassen, so dass in Bezug auf ihre Flugkosten ein Ausschluss in Betracht kommt. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Kl. die Kosten für beide Reisenden bereits ursprünglich übernommen hatte.

“Ansprüche sind auch nicht gem. § 651g I 1 BGB ausgeschlossen. Soweit die Bekl. sich darauf beruft, dass Ansprüche der Mitreisenden nicht rechtzeitig angemeldet worden seien, so dringt sie damit nicht durch. Dies folgt bereits daraus, dass das Gericht nunmehr, wie oben dargelegt, davon ausgeht, dass die Ansprüche der Kl. als eigene zustehen.”

Also wurden die Ansprüche -auch bezüglich der Reisekosten der Freundin der Kl.- rechtzeitig geltend gemacht.

Demnach ist der haftungsbegründende Tatbestand gegeben.

VII. Rechtsfolge: Schadensersatz

1. Vorliegen eines Schadens

Fraglich ist, ob die Kl. einen Schaden erlitten hat. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße (Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249 Rn 7). Die Schadenshöhe wird durch die sog. Differenzhypothese festgestellt. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der tatsächlich durch das schädigende Ereignis geschaffenen und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Vermögenslage (Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249 Rn 8). Hier macht die Kl. die Kosten für die Flugtickets in Höhe von 250,- € nebst den außergerichtlich entstandenen Anwaltskosten i.H.v. 62,47 € geltend. Bei Ausschaltung der fehlenden Weckleistung hätte die Kl. weder zwei weitere Flugtickets erworben, noch einen Rechtsanwalt beauftragt.

Es handelt sich in beiden Fällen um unfreiwillige Vermögenseinbußen der Kl.. Also liegt bezüglich beider Posten ein Schaden vor.

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Der Schadensersatzanspruch setzt weiterhin voraus, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der mangelhafte Leistung und dem Schaden besteht. Problematisch erscheint allein, dass die Kl. nicht nur Ersatz für ihr eigenes Ticket begehrt, sondern gleichfalls Ersatz

für die Tickets der Freundin der Kl..

“Wären die Kl. und ihre Mitreisenden rechtzeitig geweckt worden, hätte sie diese Flugtickets nicht zu erwerben brauchen, sondern hätten den regulär vorgesehenen Flug benutzen können. Hierbei beruhen nicht nur die Ausgaben für das eigene Ticket in Höhe von 125,- € auf dem Reisemangel, sondern auch die Ausgaben für das Ticket der Mitreisenden in Höhe von 125,- € (...). Die Kl. durfte sich durch den Reisemangel auch zur Zahlung der Beträge für die Mitreisenden herausgefordert fühlen. Es lag insofern ein Fall der psychisch vermittelten Kausalität vor. Dies folgt daraus, dass die Kl. bereits den gesamten Reisepreis für die Mitreisende gezahlt hat. Es oblag somit ihr, auch dafür zu sorgen, dass die andere einen Flug erlangen würden.”

Folglich liegt das Merkmal der haftungsausfüllenden Kausalität vor.

3. Erstattungsfähigkeit der Schadensposten

Die beiden Schadensposten müssten auch unter der Anspruchslage erstattungsfähig sein. Der Schadensersatzanspruch umfasst den Nichterfüllungsschaden, der durch den Mangel verursacht ist, d.h. das positive Interesse einschließlich der Mangelfolgeschäden ist geschützt (BGH 100, 157), soweit nicht bereits eine Abgeltung über die Minderung erfolgte (Palandt-Sprau, § 651 f Rn 5).

Die Flugkosten müssten erstattungsfähig sein. Es handelt sich um einen Schadensposten, der adäquat kausal auf der Schlechtleistung aus dem Reisevertrag beruhte. Folglich ist die Erstattungsfähigkeit zu bejahen.

Zudem müssten die Anwaltskosten erstattungsfähig sein. Wie bereits dargelegt sind auch die Mangelfolgeschäden erstattungsfähig. Bei den Anwaltskosten handelt es sich um einen Folgeschaden. Also kann die Kl. beide Posten gem. § 651 f I BGB ersetzt verlangen.

[Anm. für Referendare: Hinsichtlich der geltend gemachten Anwaltsgebühren ist darauf hinzuweisen, dass sich deren Höhe unter Zugrundelegung einer 1,3 Geschäftsgebühr gem. Nr. 2400 VV zum RVG zuzüglich 20,- € Auslagen und 19 % Mehrwertsteuer ergibt. Nach der neuen Rspr. des BGH (BGH, VIII ZR 86/06, Urteil vom 07.03.2007) führt die im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens vorzunehmende Anrechnung einer außergerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr entgegen der bisherigen Praxis ausschließlich zur Kürzung der Verfahrensgebühr. Daher ist es ratsam, die volle außergerichtliche Geschäftsgebühr als materiellen Schadensposten mit geltend zu machen, um dem Mandanten ein weiteres Verfahren diesbezüglich zu ersparen.]

4. Mitverschulden gem. § 254 I BGB

Der Anspruch könnte wegen eines etwaigen Mitverschuldens der Kl. gem. § 254 I BGB zu kürzen sein.

Den Geschädigten trifft immer dann ein Mitverschulden, wenn er diejenige Sorgfalt außeracht lässt, die jedem ordentlichen und verständigen Menschen obliegt, um sich vor Schäden zu bewahren (vgl. BGH, NJW 2001, 149). Dabei schadet Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. Palandt-Heinrichs, § 254 Rn 8).

Zu beachten ist hier, dass die Kl. sich komplett auf den Weckservice des Hotels verlassen hat, ohne einen eigenen Wecker zu stellen. Die Kl. trifft ein Mitverschulden, weil sie sich ausschließlich auf den Weckdienst verlassen hatte. Ein ordentlicher und verständiger Mensch hätte sicherhaltshalber einen eigenen Wecker gestellt, um ein rechtzeitiges Aufwachen zu gewährleisten. Demnach hat die Kl. hier nicht die ausreichende Sorgfalt angewandt.

“Der Kl. steht allerdings nur ein Anspruch auf Ersatz des hälftigen Schadens (..) zu. Insoweit muss sich die Kl. gem. § 254 I BGB einen hälftigen Mitverschuldensanteil anrechnen lassen. Es hätte ihr obliegen, den Wecker zu stellen. Dies hat sie nach eigenen Angaben nicht gemacht.”

Also ist die Kürzung des Anspruchs um 1/2 angemessen.

5. Beschränkung der Haftung gem. § 651 h BGB

Vorliegend sind keine haftungsbeschränkenden, vertraglichen Abreden ersichtlich. Daher ist die Haftung nicht beschränkt.

[Anm.: § 651 h I BGB ist zwiespältig. Einerseits verbessert er die Stellung der Reisenden, weil er keinen vollständigen Haftungsausschluss erlaubt, sondern lediglich eine Beschränkung auf den dreifachen Reisepreis. Andererseits verschlechtert sich die Stellung, weil eine solche Beschränkung auch bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz zulässig sein soll.

Darüber hinaus verschlechtert § 651 h II BGB die Stellung des Reisenden gegenüber § 309 Nr. 7 BGB. Für einen Leistungsträger soll der Veranstalter nicht schärfer haften, als dieser selbst nach den internationalen Übereinkommen oder auf solchen beruhenden gesetzlichen Vorschriften haftet. Der Reisende könnte nach diesen Vorschriften auch dann nichts verlangen, wenn er den Vertrag mit dem Leistungsträger selbst abgeschlossen hätte (vgl. dazu Medicus, Schuldrecht II, § 101 Rn 400).]

VI. Keine Verjährung gem. § 651 g II 1 BGB

Der Schadensersatzanspruch müsste zudem durchsetz-

bar sein. Die Verjährung richtet sich nach § 651g II 1 BGB. Die Ansprüche verjähren in zwei Jahren, beginnend mit dem Tag, an dem die Reise enden sollte, § 651 II 2 BGB. Hier kommt eine Verjährung im Hinblick auf den Kurzen Zeitraum von lediglich vier Wochen nicht in Betracht.

Also ist der Anspruch durchsetzbar.

Mithin hat die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem § 651 f I 1 BGB i.H.v. insgesamt 156,24 €.

B. Anspruch auf Ersatz der Zinsen

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen seit dem 16.08.2006 gem. §§ 280 I, II, 286 I, IV, 288 I BGB haben.

I. Fälliger und durchsetzbarer Anspruch

Wie bereits zuvor geprüft, hat die Kl. einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gem. § 651 f I 1 BGB.

II. Mahnung

Die Kl. müsste die Bekl. gemahnt haben. Eine Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu erbringen (vgl. Palandt-Heinrichs, § 286 Rn. 16).

Mit Schreiben vom 04.08.2006 hat die Kl. die Bekl. unter Fristsetzung zum 15.08.2006 aufgefordert, die Zahlung vorzunehmen. Mithin liegt eine Mahnung vor.

III. Schuldhafte Nichtleistung des Schuldners

Der Schuldner müsste die Zahlung schuldhaft unterlassen haben. Hinsichtlich des Verschuldens greift die Beweislastumkehr des § 286 IV BGB. Eine Entlastung seitens des Bekl. ist nicht gegeben.

Damit ist mit Ablauf der gesetzten Frist, d.h. am 16.08.2006 Verzug eingetreten.

IV. Rechtsfolge gem. § 288 I

Der Zinsanspruch setzt das Vorliegen einer Geldschuld voraus. Dies ist bei einem Schadensersatzanspruch der Fall. Mithin besteht ein Zinsanspruch der Kl. gem. § 288 I BGB.

Daher ist ein Zinsanspruch der Kl. gegeben.

Standort: § 211 StGB**Problem: Heimtückische Tötung von Schlafenden**

BGH, URTEIL VOM 10.05.2007

4 STR 11/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Nachdem der Angeklagte mit zwei ehemaligen Freunden in Streit geraten war, hatte er sie aufgefordert, seine Wohnung zu verlassen. Die beiden hatten ihn jedoch so lange bedroht, bis er ihnen erlaubte, in seiner Wohnung zu schlafen. Während die beiden schliefen, kochte der Angeklagte jedoch vor Wut, nahm eine geladene Pistole und gab einen Warnschuss ab, von dem einer der beiden aufwachte. Der Angeklagte drohte, beide zu erschießen, wenn sie nicht innerhalb einer Viertelstunde seine Wohnung verlassen sollten. Derjenige, der aufgewacht war, ignorierte dies jedoch und schlief wieder ein. Daraufhin schoss der Angeklagte auf die beiden Opfer, tötete denjenigen, den er vorher geweckt hatte und verletzte den anderen schwer. Dann rief er die Feuerwehr an, die den Verletzten retten konnte. Das Landgericht Dortmund hatte den Angeklagten wegen Heimtückemordes, § 211 StGB, und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung wegen Mordes auf, da das Mordmerkmal der Heimtücke nicht hinreichend belegt sei.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Hierbei ist nicht nur das Verhältnis von Mord und Totschlag (und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB) ein klassisches Problem, sondern insb. auch die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale. Gerade die Heimtücke, die in der vorliegenden Entscheidung vom LG angenommen worden war, ist in Klausuren und mündlichen Prüfungen immer wieder zu erörtern.

Heimtückisch tötet nach der Rechtsprechung, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2005, 1287; 2006, 1008). Arglos ist der Täter dann, wenn er mit einem Angriff auf sein Leben von Seiten des Täters nicht rechnet (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 17). Im vorliegenden Fall war es so, dass das Opfer in dem Zeitpunkt, in dem es von A erschossen wurde, schlief. Bei der Tötung von Schlafenden wird davon ausgegangen, dass diese grundsätzlich heimtückisch ist, da der Schlafende seine Arglosigkeit mit in den Schlaf nehme (BGH; NStZ-RR 2004, 139; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 19) und seine Wehrlosigkeit naturgemäß gegeben sei. In der vorliegenden Entscheidung präzisiert der BGH dies allerdings insoweit als er betont, dass es hierfür erforder-

lich sei, dass das Opfer sich bewusst in einem aus der Arglosigkeit resultierenden Gefühl der Sicherheit dem Schläfe hingebe. Hieran fehle es aber, wenn das Opfer gar nicht arglos sei und nur deshalb vom Schlaf übermannt werde, weil es alkoholisiert oder übermüdet sei. In diesem Fall bestehe ja im Zeitpunkt des Einschlafens gar keine Arglosigkeit, die der Täter mit in den Schlaf nehmen könne.

In einer früheren Entscheidung (BGHSt 48, 207 = RA 2003, 399) hatte der 1. Strafsenat des BGH angedeutet, dass das Mordmerkmal der Heimtücke in bestimmten Fällen einer normativen Korrektur bedürfe. In dem dortigen Fall, in dem der Täter sich gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Opfers wehrte, hatte der BGH betont, von einer Arglosigkeit des Opfers könne nicht ausgegangen werden, da dieses selbst wenn es mit einem Angriff durch den Täter nicht wirklich gerechnet habe - mit einem solchen Angriff jedenfalls rechnen müssen. In der vorliegenden Entscheidung spricht sich der 4. Strafsenat im Grundsatz gegen eine solche normative Korrektur aus, fragte jedoch nicht gem. § 132 II GVG beim 1. Senat an, ob dieser einer entsprechenden Änderung der Rechtsprechung zustimme, da er die beiden Fälle für wesentlich unterschiedlich hielt.

Vertiefungshinweise:

Zur heimtückischen Tötung von Schlafenden: *BGH*, NStZ-RR 2004, 139; NStZ 2005, 154; 2006, 338, 339; *Fahl*, JURA 1998, 456; *Otto*, NStZ 2004, 142

Zur normativen Korrektur des Mordmerkmals "Heimtücke": *BGHSt* 48, 207 = *BGH*, NStZ 2003, 425 = RA 2003, 399; *Bendermacher*, JR 2004, 301; *Bürger*, JA 2004, 298; *Hillenkamp*, JZ 2004, 48; *Küpper*, GA 2006, 310; *Quentin*, NStZ 2005, 128; *Rengier*, NStZ 2004, 233; *Roxin*, JZ 2003, 966; *Schneider*, NStZ 2003, 428; *Widmaier*, NJW 2003, 2790

Kursprogramm:

Examenskurs: "Verfluchte Erbschaft"

Leitsatz (der Redaktion):

In der Regel handelt "heimtückisch" i.S.v. § 211 II StGB, wer einen Schlafenden tötet; denn der Schlafende ist regelmäßig arg- und wehrlos. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, dass ihm nichts geschehen werde, und in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit. Allerdings sind von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen: So ist es zweifelhaft, ob Heimtücke vorliegt, wenn das Opfer gegen seinen Willen vom Schlaf übermannt wurde oder wenn es auf Grund sonstiger Umstände - und nicht wegen seiner Arglosigkeit -

nicht in der Lage war, die (Angriffs-) Absicht des Täters zu erkennen und dessen Angriff wirksam entgegenzutreten. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles.

Sachverhalt (gekürzt):

A stand seit dem Jahre 2002 mit den beiden polnischen Brüdern H und E in Kontakt. Beide suchten Abnehmer für nach Deutschland zu schmuggelnde Zigaretten. A machte sie mit K bekannt, der sich auf das Geschäft einließ.

A hatte ein gutes Verhältnis zu den späteren Tatopfern, die ihn in Abständen in Dortmund besuchten. Mehrfach kam es auch dazu, dass er seine Wohnung zur Übernachtung der beiden oder ihrer Begleitung zur Verfügung stellte. Den Brüdern ging es bei ihren Aufenthalten in Deutschland regelmäßig um die Durchführung krimineller Machenschaften.

Am Morgen des 21. Oktober 2005, einem Freitag, erschienen beide in Begleitung des M, um das Wochenende in Dortmund zu verbringen und wiederum kriminelle Geschäfte zu tätigen. A empfing sie herzlich und übergab ihnen einen Schlüssel für die Wohnung. Im Verlaufe des Samstag kam es jedoch zwischen A und den Besuchern zu Spannungen und es war die Rede davon, dass sie am Abend bzw. in der Nacht wieder abreisen sollten. Sie verbrachten die Nacht außerhalb der Wohnung und kehrten am Sonntagmorgen zu A zurück. Sie waren nun - wie sie merkten - nicht mehr willkommen, was sie aber nicht hinderte, "wie selbstverständlich zu bleiben". Sie wollten vor ihrer Abfahrt erst in der Wohnung des A schlafen. Als P, die Partnerin des A, zum Ausdruck brachte, dass sie mit dem Besuch nicht einverstanden war, beleidigten die Brüder sie und E überschüttete sie in ihrem Bett mit einem Topf voll Wasser. A war über dieses Verhalten "überaus zornig", ihm war aber klar, dass er körperlich gegen die Besucher nichts ausrichten konnte. Als sich E noch über ihn lustig machte, wurde er noch zorniger. Sein Versuch, telefonisch die Polizei herbeizurufen, beeindruckte die Brüder nicht. Einer von ihnen erklärte ihm, sie würden der Polizei sagen, P habe 2 kg Rauschgift in ihrer Scheide geschmuggelt. A machte daraufhin, um eine weitere Eskalation des Geschehens zu vermeiden, keinen weiteren Versuch, die Polizei herbeizurufen. Nach weiteren groben Beleidigungen der P - auch in Gegenwart eines von A zur "Entspannung" der Situation herbeigerufenen Ehepaars, das Wodka mitbrachte, wovon getrunken wurde - legten sich die Besucher schlafen; alle drei waren übermüdet.

Die Wut und der Zorn des A über die Beleidigungen seiner Partnerin und damit auch seiner Person hatten jetzt ein solches Maß erreicht, dass er es nicht mehr hinnehmen wollte, dass die Brüder in der Wohnung blieben. Er holte eine Pistole, in deren Magazin sich mindestens drei Patronen befanden, lud sie durch und

gab einen Schuss über die auf der Schlafcouch im Wohnzimmer schlafenden H und M hinweg in Richtung der in Leichtbauweise erstellten Wand ab. Das Geschoss durchschlug die Wand und blieb im Türblatt der Wohnungstür stecken. Hierdurch wachten M und auch kurz H auf. E schlief weiter. A sagte dem M, der aufgestanden war, sie hätten noch eine Viertelstunde Zeit; "wenn sie bis dahin nicht aufgestanden seien, werde er die anderen abknallen". M nahm diese Ankündigung nicht ernst. Er ging ins Bad und kehrte dann wieder auf die Schlafcouch zurück, wo er möglicherweise im Sitzen "döste".

A wartete die festgesetzte Viertelstunde ab. Wut und Zorn beherrschten ihn weiterhin. Er empfand es als zusätzliche Demütigung vor seiner Freundin, dass die Brüder trotz des von ihm abgegebenen Schusses nicht reagiert hatten. In dieser Gemütsverfassung entschloss er sich, sich für die Kränkungen und Demütigungen sowohl der P als auch ihm gegenüber zu rächen, indem er die Schusswaffe gegen die Brüder einsetzte, um dadurch gleichzeitig zu demonstrieren, dass man so nicht mit ihm umspringen könne und dass er nicht der Mann sei, der leere Drohungen ausstößt. Er hielt sein beabsichtigtes Handeln nicht für erlaubt. Er wusste auch, dass beide Männer, weil sie schliefen, einem Angriff gegenüber "hilflos" sein würden. Er wollte dies zur Tatbegehung ausnutzen.

In Ausführung seines Vorhabens feuerte er aus 40 bis 60 cm Entfernung einen Schuss auf den Unterkörper des auf einem Klappbett in der Küche liegenden E ab, wobei er es für möglich hielt, dass dieser dadurch zu Tode kommen würde. E erlitt schwere Verletzungen. A ging sodann in das Wohnzimmer, trat an den auf der Couch liegenden "nicht handlungsfähigen" H heran und schoss mit bedingtem Tötungsvorsatz aus 20 bis 40 cm Entfernung auf dessen Oberkörper, wobei H - einen Herzdurchschuss erlitt, an dem er binnen kurzem verstarb.

Im Anschluss daran informierte A telefonisch die Einsatzleitstelle der Feuerwehr von dem Geschehen, die den Notruf an die Polizei weiterleitete. E konnte daraufhin notärztlich versorgt und sein Leben konnte gerettet werden. Zur Tatzeit war A nur unerheblich alkoholisiert.

Hat A sich durch die Schüsse auf H und E strafbar gemacht?

[Anm.: § 227 StGB ist nicht zu prüfen. Sollte der Bearbeiter eine weitere Sachverhaltsaufklärung für erforderlich halten so ist davon auszugehen, dass diese durchgeführt wurde und nicht zu neuen Erkenntnissen geführt hat.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. § 211 StGB durch den

Schuss auf H

A könnte sich dadurch, dass er auf H schoss, wegen Mordes zum Nachteil des H gem. § 211 StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Tod eines Menschen*

Zunächst müsste der tatbestandliche Erfolg des § 211 StGB, der Tod eines Menschen, eingetreten sein. Da H gestorben ist, ist dies der Fall.

2. Kausale Handlung des A

A müsste den Erfolg durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.

Die Abgabe des Schusses durch A stellt eine Handlung dar. Diese Handlung müsste für den Tod des H auch kausal gewesen sein.

Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (BGH, JR 1994, 514; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vor § 13 Rn 73).

Hätte A nicht auf H geschossen, so wäre dieser auch nicht an der Schussverletzung gestorben. A hat also den Tod des H durch eine eigene Handlung herbeigeführt.

3. Heimtücke

A könnte den H heimtückisch getötet haben.

Heimtückisch tötet, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung bewusst zur Tötung ausnutzt (BGHSt 32, 382; Lackner/Kühl, § 21 Rn 6). Arglos ist das Opfer, wenn es sich im Tatzeitpunkt eines Angriffs auf sein Leben von Seiten des Täters nicht versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 17). Wehrlos ist es, wenn es auf Grund der Arglosigkeit keine oder nur reduzierte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24a).

Im vorliegenden Fall tötet A den H in einem Zeitpunkt, in dem dieser schläft. Fraglich ist, wann bei der Tötung eines Schlafenden Heimtücke gegeben ist.

a. Minderheitsmeinung

Nach einer Auffassung in der Literatur ist die Tötung eines Schlafenden oder Bewusstlosen stets heimtückisch (Joecks, § 211 Rn 35 f.; Fahl, JURA 1998, 456; Otto, NStZ 2004, 142). Da ein Schlafender niemals einen Angriff bemerken könne sei er stets arglos und da er sich auch auf Grund dieser Umstände - also wegen des Schlafes - nicht verteidigen könne, ebenfalls wehrlos.

Da A die somit gegebene Arg- und Wehrlosigkeit des H zur Tötung ausnutzte, wäre nach dieser Auffassung eine heimtückische Tötung gegeben.

b. Herrschende Meinung

Nach der herrschenden Meinung, insb. der Rechtsprechung, ist die Tötung eines Schlafenden grundsätzlich - aber nicht immer - heimtückisch (BGH, NStZ-RR 2004, 139; NStZ 2005, 154; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 19; Lackner/Kühl, § 211 Rn 7). Das Opfer nehme seine Arglosigkeit mit in den Schlaf, es gebe sich arglos dem Schlaf hin und übergebe sich so selbst der Wehrlosigkeit. D.h., wenn sich das Opfer nicht vor Angriffen sicher fühlen würde, dann würde es sich gar nicht zum Schlafen niederlegen. Diese Argumentation versagt allerdings insb. bei Besinnungslosen, die sich ja nicht in dem Bewusstsein in die Besinnungslosigkeit begeben, dass ihnen schon nichts passieren werde, sondern meist unvorsätzlich bewusstlos werden. Deshalb verneint die h.M. in diesen Fällen auch eine Arglosigkeit des Opfers und damit eine heimtückische Tötung i.S.v. § 211 StGB (BGHSt 23, 119; BGH, StV 1998, 545; Lackner/Kühl, § 211 Rn 7; Wesels/Hettinger, BT 1, Rn 120).

Zum vorliegenden Fall führt der BGH aus: "Das Landgericht geht im Ansatz zutreffend davon aus, dass in der Regel 'heimtückisch' handelt, wer einen Schlafenden tötet; denn der Schlafende ist regelmäßig arg- und wehrlos. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, dass ihm nichts geschehen werde, und in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit (BGHSt 23, 119, 120; 32, 382, 386; BGH NStZ 2006, 338, 339). Allerdings macht die Rechtsprechung seit jeher von diesem Grundsatz Ausnahmen: So wird es etwa als zweifelhaft angesehen, ob Heimtücke vorliegt, wenn das Opfer gegen seinen Willen vom Schlaf übermannt wurde (vgl. BGHSt 23, 119, 121; BGH, Urteil vom 21. Juni 1967 - 4 StR 199/67) oder wenn es auf Grund sonstiger Umstände - und nicht wegen seiner Arglosigkeit - nicht in der Lage war, die (Angriffs-) Absicht des Täters zu erkennen und dessen Angriff wirksam entgegenzutreten (vgl. BGH NStZ 1997, 490, 491: auf Grund seiner 'gesundheitlichen Konstitution'; MünchKomm-Schneider § 211 Rdn. 133 m.w.N.). Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles (BGHSt 48, 207, 210).

Der vom Landgericht gezogene Schluss, H sei arglos gewesen, als er (wieder) einschliefe, ist durch die bisherigen Feststellungen nicht rechtsfehlerfrei belegt; denn mit den Besonderheiten des Falles setzt sich das Schwurgericht nicht auseinander: Der Angeklagte hatte, bevor er den Tötungsvorsatz fasste, mit der späteren Tatwaffe einen Warnschuss abgegeben.

Es bleibt nach den Feststellungen offen, warum H nach dem Schuss [...] nur 'kurz' aufwachte und er sofort wieder einschliefe. Beruhte dies darauf, dass er infolge Übermüdung und Alkoholisierung vom Schlaf übermannt worden war, so könnte das seiner Arglosigkeit entgegenstehen; denn dann hätte er möglicherweise nur sein körperliches Unvermögen zur Abwehr eines Angriffs, nicht aber seine Arglosigkeit mit in den

Schlaf genommen.“

Es lässt sich nicht mehr feststellen lässt, warum H, nachdem er durch den “Warnschuss” des A geweckt worden war, wieder eingeschlafen ist. Nach dem Grundsatz “in dubio pro reo” muss also davon ausgegangen werde, dass der Grund hierfür nicht die Arglosigkeit des H war sondern der vorher genossene Alkohol und die Übermüdung, sodass der H sich nicht im Vertrauen darauf, dass ihm nichts passieren werde, dem Schlaf (und damit der Wehrlosigkeit) hingab.

Eine heimtückische Tötung des H wäre somit nach dieser Auffassung nicht gegeben.

c. Stellungnahme

Der Minderheitsmeinung ist zuzugestehen, dass ein Schlafender selbstverständlich arg- und wehrlos ist, sodass die Voraussetzungen der - insofern unstreitigen - Heimtückedefinition bei der Tötung eines Schlafenden vorliegen. Allerdings ist zu beachten, dass Mordmerkmale wegen der erheblichen Rechtsfolge des § 211 StGB (zwingende lebenslange Freiheitsstrafe) immer restriktiv auszulegen sind. Insofern kann es für die Annahme eines Mordes nicht ausreichen, dass der Täter das Opfer zufällig in einem Zeitpunkt antrifft, in dem es (z.B. infolge Bewusstlosigkeit) hilflos ist. Die besondere Verwerflichkeit des Mordmerkmals Heimtücke knüpft gerade daran an, dass der Täter es zur Tötung ausnutzt, dass das Opfer nicht mit einem Angriff rechnet und deswegen keine Vorkehrungen für den Schutz seines eigenen Lebens getroffen hat. Das ist aber bei einem Schlafenden nur dann gegeben, wenn er bereits im Zeitpunkt des Einschlafens arglos war. Wurde er vom Schlaf (oder der Bewusstlosigkeit) übermannt ohne arglos gewesen zu sein, dann hatte er ja auch gar keine Möglichkeiten, Schutzvorrichtungen gegen Angriffe des Täters (oder Dritter) zu treffen. Der h.M. ist zu folgen. A hat M nicht heimtückisch getötet.

4. Vorsatz

A hat H vorsätzlich getötet.

5. Niedrige Beweggründe

A könnte H aus niedrigen Beweggründen getötet haben.

Die Beweggründe des Täters für die Tötung des Opfers sind dann niedrig i.S.v. § 211 II StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (BGH, NStZ 2002, 369; 2006, 97; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 9; Neumann, JR 2002, 471).

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass der Entschluss des A, H und E zu töten, darauf beruhte, dass diese ihn vorher massiv provoziert hatten, indem sie insb. die P gedemütigt, A selbst mit einer wahrheitswidrigen Anzeige seiner Partnerin bei der Polizei gedroht und sich geweigert hatten, die Wohnung des A

zu verlassen. In Anbetracht dieses verwerflichen und provokanten Vorverhaltens von H und E erscheint der Entschluss des A, diese zu töten wenn auch nicht verständlich so doch zumindest nachvollziehbar. Insofern kann nicht festgestellt werden, dass die Beweggründe des A sittlich auf tiefster Stufe stehen. Niedrige Beweggründe i.S.v. § 211 II StGB sind somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Mordes zum Nachteil des H strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gem. § 212 I StGB durch den Schuss auf H

A könnte sich allerdings durch den Schuss auf H wegen Totschlags zum Nachteil des H gem. § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste H vorsätzlich getötet haben.

A hat durch eine eigene Handlung vorsätzlich den Tod des H herbeigeführt (s.o.) und somit den Tatbestand des § 212 I StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

Dass H, nachdem er von A zuvor aufgefordert wurde, die Wohnung zu verlassen, dies nicht tat, könnte einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des H auf das Hausrecht des A darstellen. Eine Rechtfertigung des A aus Notwehr, § 32 StGB, würde jedoch weiter voraussetzen, dass der Schuss des A auf H eine erforderliche Verteidigungsmaßnahme darstellt. Erforderlich ist die Verteidigungshandlung i.S.v. § 32 StGB nur dann, wenn der Täter das relativ mildeste Mittel wählt, wenn ihm also kein gleich geeignetes, milderer Mittel zur Abwehr des Angriffs zur Verfügung steht (BGH, NStZ-RR 2004, 10; Tröndle/Fischer, § 32 Rn 16a). Hier hätte A den H nicht erschießen dürfen, sondern hätte zunächst versuchen müssen, die Polizei zu rufen, damit diese H aus der Wohnung des A entfernt. Zwar hatte H angedroht, dann unwahre Anschuldigungen gegen ihn und P zu erheben. Dies führt jedoch nicht dazu, dass das Herbeiholen der Polizei zur Abwehr eines Angriffs durch H ungeeignet wäre, insb. da die Anschuldigungen, die H angekündigt hatte, offensichtlich weit hergeholt waren und von der Polizei nicht wirklich ernst genommen worden wären. A ist also mangels Erforderlichkeit der Notwehrhandlung nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

III. Schuld

A handelte schuldhaft. Insb. war ihm bewusst, dass sein Verhalten nicht erlaubt war.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 212 I StGB

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB durch den Schuss auf H

A könnte sich dadurch, dass er auf H schoss, auch wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des H gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 223 I StGB, verwirklicht haben, d.h. er müsste den H körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 145, 269; Tröndle/Fischer, § 223 Rn 3a). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, also krankhaften, Zustands (OLG Düsseldorf, MedR 1984, 29; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 5).

A hat H angeschossen, was eine üble unangemessene Behandlung darstellt, die auch die körperliche Integrität des H erheblich beeinträchtigt hat. Die Schussverletzung stellt außerdem einen pathologischen Zustand dar, den A bei H hervorgerufen hat. A hat H also sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

A könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 224 I StGB erfüllt haben.

a. § 224 I Nr. 2 StGB

A könnte die Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben, § 224 I Nr. 2 StGB.

Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen (Tröndle/Fischer, § 224 Rn 9d; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 273). A hat die Verletzung mittels einer Pistole zugefügt. Eine Pistole ist dazu bestimmt, Menschen erheblich zu verletzen. Somit hat A die Körperverletzung mittels einer Waffe begangen.

b. § 224 I Nr. 3 StGB

A könnte die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben, § 224 I Nr. 3 StGB.

Hinterlistig i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB handelt der Täter dann, wenn er in einer auf Verdeckung seiner wahren (Verletzungs-) Absichten gerichteten Weise vorgeht (BGH, NJW 2004, 1966; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 10). Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmomentes bei einem arglosen Opfer genügt

jedoch nicht (BGH, NJW 2004, 1966; NStZ 2005, 97). A hat zwar auf H in einem Moment geschossen, in dem dieser geschlafen hat und sich deshalb nicht wehren konnte (s.o.). Allerdings hatte A nicht etwa dem H ein Schlafmittel verabreicht, damit dieser hilflos sein würde. Auch hatte er H nicht in Sicherheit gewogen als dieser noch wach war, sodass ein hinterlistiges Vorgehen des A nicht gegeben ist.

c. § 224 I Nr. 5 StGB

Die Schuss des A auf H könnte auch eine lebensgefährliche Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

Zwar ist streitig, ob § 224 I Nr. 5 StGB den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr voraussetzt (so NK-Paeffgen, § 224 Rn 27; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 12) oder ob insofern eine abstrakte Lebensgefährdung ausreicht (so die h.M., vgl. BGH; NStZ 2004, 618; 2005, 156; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 12; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 282). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da H an dem Schuss des A gestorben ist (s.o.), sodass auf jeden Fall auch eine konkrete Lebensgefahr gegeben ist.

3. Vorsatz

A handelte sowohl bzgl. des Grunddelikts als auch bzgl. der qualifizierenden Merkmale vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB schuldig.

D. Strafbarkeit des A gem. §§ 211, 22, 23 I StGB durch den Schuss auf E

Durch den Schuss auf E könnte A sich wegen versuchten Mordes zum Nachteil des E gem. §§ 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

E ist nicht gestorben, sodass die Tat gem. § 211 StGB nicht vollendet ist. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt sich aus § 23 I StGB i.V.m. dem Verbrechencharakter des Mordes, vgl. §§ 211 I, 12 I StGB.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zu Begehung eines Mordes 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).

1. Bzgl. Tötung des E

A müsste zunächst Tatentschluss gehabt haben, den E zu töten.

A hielt es für möglich, dass E durch den Schuss sterben würde, hat also mit (Eventual-) Vorsatz und somit mit Tatentschluss bzgl. der Tötung des E gehandelt.

2. Bzgl. Heimtücke

A könnte weiter Tatentschluss gehabt haben, den E heimtückisch zu töten.

A wusste, dass der E in der Vorstellung eingeschlafen war, dass ihm nichts passieren würde und dass E - anders als H - von seinem Warnschuss nicht geweckt worden war und somit auch nicht erkannt hatte, dass ihm von A Gefahr drohte. Damit befand sich A in dem Glauben, dass E seine Arglosigkeit mit in den Schlaf genommen habe und deshalb wehrlos sei, so dass A sich Umstände vorstellte, nach denen E nach den Kriterien beider o.g. Auffassungen arg- und wehrlos wäre. Da A dies auch in feindlicher Willensrichtung zur Tötung des E ausnutzen wollte, wäre ein Tatentschluss des A bzgl. eine heimtückischen Tötung des E denkbar.

a. Normative Korrektur des Mordmerkmals Heimtücke wg. unberechtigter Arglosigkeit

Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht allerdings darin, dass der E in dem Zeitpunkt, in dem er sich schlafen legte, zwar nicht mit einem Angriff des A rechnete, aber wegen des vorhergegangenen Streites durchaus damit hätte rechnen können bzw. müssen. Fraglich ist, ob dies der Annahme einer heimtückischen Tötung entgegensteht.

aa. 1. Meinung

Nach einer Auffassung ist das Mordmerkmal der Heimtücke normativ dahingehend zu korrigieren, dass zumindest in solchen Fällen, in denen das Opfer durch ein vorhergehendes rechtswidriges Verhalten den Angriff auf sein Leben als Verteidigungsreaktion des Täters selbst provoziert hat und deshalb selbst wenn es mit einem Angriff auf sein Leben tatsächlich nicht gerechnet hat, hiermit hätte rechnen müssen (BGH (1.Senat), NStZ 2003, 425 = RA 2003, 399; Rengier, NStZ 2004, 233; Roxin, JZ 2003, 966). Eine heimtückische Tötung des Opfers setzte also voraus, dass dieses "berechtigtermaßen" arglos sei. H hätte wegen des vorhergehenden Streites mit A mit einem Angriff des A rechnen müssen, sodass H jedenfalls nicht berechtigtermaßen arglos war und seine Tötung somit nicht heimtückisch wäre. Da A die entsprechenden Umstände bekannt waren, hätte er nach dieser Auffassung keinen Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung des H.

bb. 2. Meinung

Die Gegenauffassung hält die berechnete Arglosigkeit

des Opfers nicht für eine Voraussetzung der Heimtücke i.S.v. § 211 StGB; entscheidend für die Arglosigkeit sei nur, dass das Opfer nicht mit einem Angriff gerechnet habe; ob es mit einem solchen rechnen müssen, könne keine Rolle spielen (Tröndle/Fischer, § 211 Rn 22b ff.; Schneider, NStZ 2003, 428; Quentin, NStZ 2005, 233; Hillenkamp, JZ 2004, 48).

Dieser Auffassung schließt sich auch der 4. Senat des BGH in der vorliegenden Entscheidung an: "Der Senat hat bereits Zweifel, ob er mit Blick auf möglicherweise entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 30, 105, 114 [GS] [Kritik an einer 'normativen Restriktion' des Begriffs der Arglosigkeit]; 33, 363, 364 f. [3. Strafsenat] [Arglosigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Opfer mit einem Angriff hätte rechnen müssen]; BGH GA 1967, 244, 245 [4. Strafsenat] [Arglosigkeit auch, wenn das Opfer mit einem Angriff hätte rechnen müssen]) der in BGHSt 48, 207, 209, 211 vom 1. Strafsenat geäußerten Rechtsauffassung folgen könnte, das Mordmerkmal der Heimtücke sei einer 'normativ orientierten einschränkenden Auslegung zugänglich' mit der Folge, dass - für den dort entschiedenen Fall - der Annahme heimtückischen Handelns entgegensteht, dass der später Getötete mit Gegenwehr hätte rechnen müssen (kritisch auch BGH NStZ 2005, 688, 689 [2. Strafsenat])."

Nach dieser Auffassung würden also die unberechtigte Arglosigkeit des E und die Kenntnis des A davon der Annahme eines Tatenschlusses bzgl. einer heimtückischen Tötung nicht entgegenstehen.

cc. Stellungnahme

Die erste Meinung stützt sich darauf, dass das Opfer den Angriff auf sein Leben durch sein rechtswidriges Vorverhalten selbst verschuldet habe. Dies in Verbindung mit der gebotenen restriktiven Auslegung der Mordmerkmale müsste dazu führen, dass hier der Heimtückemord (und somit die gem. § 211 StGB zwingende lebenslange Freiheitsstrafe) verneint werde. Auch müsse ein Wertungsgleichklang geschaffen werden mit dem Notwehrrecht des Täters, der die Annahme eines Heimtückemordes aber ausschließe. Die zweite Meinung betont, dass die erste Auffassung kein nachvollziehbares Kriterium zur Schaffung des für erforderlich gehaltenen Wertungsgleichklanges liefere. Da eine Rechtfertigung des Täters durch Notwehr stets insb. die Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehrhandlung voraussetzt, ist eigentlich eine ausreichende Grundlage für einen Wertungsausgleich auch ohne zusätzliche Einschränkung des Mordmerkmals der Heimtücke gegeben. Ist der Täter gerechtfertigt, stellt sich die Frage nach der Heimtücke nicht mehr, da er sowieso nicht strafbar ist. Ist er aber nicht gerechtfertigt, so gibt es keinen Grund, den Täter wegen eines (noch andauernden) Angriffs des Opfers i.R.v. § 211 StGB zu privilegieren. Selbst wenn man in solchen

Situationen die Annahme eines Heimtückemordes für unbillig hält, so kann man diesen noch über die Verneinung der erforderlichen feindlichen Willensrichtung des Opfers oder des Vorsatzes bzgl. der Arglosigkeit erreichen, ohne eine künstliche normative Korrektur. Schließlich läuft die erste Meinung auch auf eine Fiktion bzgl. der fehlenden Arglosigkeit des Opfers heraus: Weil dieses nicht auf das Ausbleiben eines Angriffs vertrauen durfte wird es so behandelt als habe es mit einem Angriff gerechnet. Für eine solche - den Tatsachen widersprechende - Fiktion fehlen jedoch das Bedürfnis und die gesetzliche Grundlage. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen.

Dass A wusste, dass E mit einem Angriff auf sein Leben durch A hätte rechnen können bzw. müssen, steht also der Annahme eines Tatentschlusses bzgl. einer heimtückischen Tötung nicht entgegen.

b. Vertrauensbruch als Voraussetzung für eine heimtückische Tötung

aa. Herrschende Literatur

Nach einer Literaturlauffassung setzt Heimtücke i.S.v. § 211 StGB stets das Bestehen eines besonders verwerflichen Vertrauensbruches zwischen Täter und Opfer voraus (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 26; SK-Horn § 211 Rn 32, Krey, BT1, Rn. 58 f.; Jakobs, JZ 1984, 996; Otto, JR 1991, 383). Hier wäre es durchaus denkbar, ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Täter A und dem Opfer E deshalb anzunehmen, weil A den E bei sich übernachten ließ, ihm also Obdach und Unterkunft gewährte. Allerdings hatte es vorher - wie bereits ausgeführt - einen erheblichen Streit zwischen A und E gegeben und E (und H) hatten den A letztlich dazu gezwungen, sie beim ihm übernachten zu lassen. Deshalb dürfte die Annahme eines Vertrauensverhältnisses und somit auch eines Vertrauensbruches zwischen Täter und Opfer im vorliegenden Fall fern liegen. Da A die entsprechenden Umstände auch alle kannte, hatte er auch keinen Tatentschluss bzgl. eines Vertrauensbruches zwischen ihm und E.

bb. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hält das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer nicht für erforderlich (BGHSt 2, 251; 11, 139; BGH, NJW 2005, 1287; NJW 2006, 1008). Heimtücke setze nur - wie bereits dargelegt - das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung voraus.

Da A den E für arg- und wehrlos hielt und dies auch zur Tötung ausnutzen wollte (s.o.), hätte er nach dieser Auffassung Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung des E.

cc. Stellungnahme

Für die Literaturlauffassung spricht zwar, dass ange-

sichts der hohen Strafandrohung des § 211 (lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Rechtsfolge) die Mordmerkmale restriktiv ausgelegt werden müssen (vgl. BVerfGE 45, 187). Jedoch erscheint diese Auffassung letztendlich zu eng, da nach ihr der klassische Fall des sog. "Heckenschützen", d.h. die Tötung des Opfers aus dem Hinterhalt, in aller Regel keine Heimtücke darstellen dürfte, obwohl diese Form der Tötung dem typischen Leitbild des als besonders verwerflich eingestuft (Meuchel-) Mordes entspricht. Sollte im Einzelfall wegen der etwas weiteren Auslegung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung ein unbilliges Ergebnis drohen, so könnte eine Korrektur außerhalb des Tatbestandes erfolgen, indem z.B. ausnahmsweise nur eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt wird (vgl. BGHSt 48, 255). Zu folgen ist somit der Rechtsprechung.

A hatte Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung des E.

3. Niedrige Beweggründe

Die Motive des A für die (versuchte) Tötung des E - die denen bei der Tötung des H entsprechen - stellen keine niedrigen Beweggründe dar (s.o.).

A hatte Tatentschluss zur Begehung eines (Heimtücke-) Mordes zum Nachteil des E.

III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben.

Ein unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB ist dann gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, wistra 2002, 263; Wesels/Beulke, AT, Rn 601; Roxin, JuS 1979, 1, 3).

Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem A auf E schoss, waren aus seiner Sicht keine weiteren Zwischenschritte mehr erforderlich, um den Mord zu vollenden, so dass auch das geschützte Rechtsgut - das Leben des E - aus Sicht des A konkret gefährdet war und A deshalb die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hatte. A hat also unmittelbar angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Rücktritt (§ 24 I StGB)

A könnte jedoch gem. § 24 I StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

1. *Kein Fehlschlag*

Ein Rücktritt des Täters ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGHSt 34, 53; BGH, NStZ-RR 2004, 361; Lackner/Kühl, § 24 Rn 10 ff.). Der Versuch des A dürfte also nicht fehlgeschlagen sein.

Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter glaubt, dass er den Erfolg mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht herbeiführen kann, ohne dass er eine ganz neue Kausalkette in Gang setzt (BGH, NStZ-RR 2002, 168; 2006, 168; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 7). A wusste, dass er - wenn er den E nicht sowieso schon durch den ersten Schuss tödlich verletzt haben sollte - den Tod des E auch ohne Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette mit den zur Verfügung stehenden Mitteln herbeiführen könnte, indem er z.B. noch einmal auf E schoss. Der Versuch war also nicht fehlgeschlagen.

2. *Unbeendeter oder beendeter Versuch*

Im Rahmen des Rücktritts gem. § 24 I StGB hängen die Anforderungen an das Rücktrittsverhalten des Täters davon ab, ob es sich um einen beendeten oder um einen unbeendeten Versuch handelt. Ein Versuch ist beendet, wenn der Täter glaubt, alles zur Verwirklichung des Tatbestandes seinerseits Erforderliche getan zu haben; unbeendet ist der Versuch, wenn er glaubt, dass es zur Tatbestandsverwirklichung noch weiterer Handlungen seinerseits bedarf (BGH, StV 1982, 70; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 14).

Angesichts der schweren Verletzungen, die E durch den Schuss des A erlitten hat und der Tatsache, dass A sich nach dem ersten Schuss auf E dem H zuwandte, ist davon auszugehen, dass A glaubte, alles seinerseits Erforderliche zur Tötung des E getan zu haben. Es handelt sich also vorliegend um einen beendeten Versuch.

3. *Rücktrittsbedingungen*

Für einen Rücktritt vom beendeten Versuch ist es grundsätzlich gem. § 24 I 2. Fall StGB erforderlich, dass der Täter freiwillig den Vollendung verhindert.

A hatte telefonisch die Feuerwehr benachrichtigt, die dann einen Notarzt zur Wohnung des A schickte, der durch die eingeleiteten Rettungsmaßnahmen das Leben des E rettete. Durch die Handlung des A - den Anruf bei der Feuerwehr - ist also der Tod des E und damit die Vollendung des § 211 StGB verhindert worden.

A müsste jedoch auch freiwillig gehandelt haben.

Freiwillig ist das Rücktrittsverhalten des Täters dann, wenn er aus autonomen Motiven handelt, d.h. wenn er noch "Herr seiner Entschlüsse" ist und sein Handeln nicht durch zwingende äußere Umstände motiviert ist (BGH, StV 1996, 86; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 44 f.).

Den Anruf bei der Feuerwehr tätigte A nicht auf Grund eines äußeren Zwanges sondern allein auf Grund eines eigenverantwortlich gefassten Entschlusses, also freiwillig i.S.v. § 24 StGB.

A hat somit freiwillig die Vollendung der Tat verhindert, d.h. er ist gem. § 24 I 1 2. Fall StGB strafbefreiend zurückgetreten.

VI. *Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB.

E. *Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB durch den Schuss auf E*

Durch den Schuss auf E hat A diesem jedoch - genau wie dem H - eine Schussverletzung zugefügt und ihn so i.S.v. § 223 I StGB körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Außerdem hat A diese Körperverletzung mittels einer Waffe und einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, also auch den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2, 5 StGB erfüllt. Da A auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat er sich gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht.

F. *Gesamtergebnis und Konkurrenzen*

A hat durch dieselbe Handlung - den Schuss auf H - einen Totschlag, § 212 I StGB, und eine gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verwirklicht. Dabei tritt das Körperverletzungsdelikt als notwendiges Durchgangsstadium für eine Tötung hinter diese zurück (BGH, NStZ 2004, 684; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 50). Neben dem Totschlag zum Nachteil des H hat A durch den Schuss auf E noch eine gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verwirklicht. Diese bleibt, da sie sich gegen eine anderes Opfer richtet und durch eine selbstständige Handlung verwirklicht wurde (vgl. BGHSt 16, 397), neben dem Totschlag in Tatmehrheit, § 53 StGB, bestehen.

A ist also strafbar gem. §§ 212 I; 223 I, 224 I Nr. 2, 5; 53 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Schenke, Ralf: "Die Neujustierung der Fortsetzungsfeststellungsklage"
Fundstelle:	JuS 2007, 697 (Heft 7)
Inhalt:	Der Beitrag fasst die mit der legendären Entscheidung des BVerwG vom 14.7.1999 (RA 1999, 512 = DVBl 1999, 1660 = NVwZ 2000, 63) losgetretene Diskussion um die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO bei Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung zusammen. Besonders erfreulich ist, dass auch die übrigen, z.T. ebenfalls umstrittenen Zulässigkeitsvoraussetzungen behandelt werden.

Autor/Titel:	Ludwigs, Markus: "Rückforderung privatrechtlich gewährter, gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen durch Verwaltungsakt"
Fundstelle:	Jura 2007, 612 (Heft 8)
Inhalt:	Besprechung der auch in der RA (2006, 197 = NVwZ 2006, 106) veröffentlichten, Aufsehen erregenden Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg. Aus den (ablehnenden) Urteilsanmerkungen kann man viel über die sog. "VA-Befugnis", den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch und das gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgebot lernen.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Schmidt, Damian; Wittig, Henning: "Der Betriebsübergang gem. § 613 a I 1 BGB"
Fundstelle:	JURA 2007, 568 (Heft 8)
Inhalt:	Die Norm des § 613 a BGB regelt den Betriebsübergang und ist in der Praxis und in der arbeitsrechtlichen Klausur von größter Bedeutung. Bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm kommt der europarechtliche Einschlag deutlich zum Ausdruck. Dies deshalb, weil von den üblichen Prüfungsschemata abgewichen wird. Der Autor stellt in diesem Beitrag sehr übersichtlich die Voraussetzungen des Betrieblichen Übergangs mitsamt der Besonderheiten bei der Prüfung vor.

Autor/Titel:	Schmidt, Patrick: "Die Haftung eines Produzenten für Schäden Dritter - dargestellt am Beispiel einer gescheiterten Nierentransplantation"
Fundstelle:	JURA 2007, 572 (Heft 8)
Inhalt:	Die Gefahren fehlerhafter Produkte drohen oft nicht nur dem Vertragspartner des Herstellers, sondern auch Dritten, die zu dem Hersteller in keinerlei vertraglichen Beziehungen stehen. Hier erläutert der Autor die Möglichkeiten des Dritten, Ersatz bei dem Hersteller zu suchen. Dies erfolgt exemplarisch an einem Fall, der angelehnt ist an die "Veedefald" -Entscheidung des EuGH Vgl. NJW 2001, 2781).

Autor/Titel:	Putz, Alexander: "Beweisfragen bei Einschreibesendungen"
Fundstelle:	NJW 2007, 2450 (Heft 34)
Inhalt:	Der Verfasser beschäftigt sich mit einer Entscheidung des AG Kempten, Urteil vom 22.08.2006 - 11 C 432/05 = NJW 2007, 1215. Es war dort zu entscheiden, inwieweit Einschreibesendungen einen Anscheinsscheinsbeweis für den Zugang der Sendung begründen. In dieser Entscheidung wurde eine entsprechende Wirkung des Einschreibens verneint. Der Autor setzt sich mit der Begründung AG kritisch auseinander.

Autor/Titel:	Sangmeister, Bernd: "Oefters todtgesagt bringt langes Leben" - Doch noch ein (Kleiner) Hoffnungs-schimmer für die Anhörungsrüge?
Fundstelle:	NJW 2007, 2363 (Heft 33)
Inhalt:	Die Anhörungsrüge war in letzter Zeit des öfteren Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen (Vgl. zuletzt BGH, NJW 2006, 3786). Mit eben dieser Entscheidung setzt sich der Autor kritisch auseinander. Dies deshalb, weil die Rüge gem. § 321 a ZPO in der Praxis bisher noch nicht den erhofften Erfolg erzielen konnte. Der Beitrag ist insbesondere für Referendare lesenswert.

Strafrecht

Autor/Titel:	Geppert, Klaus: "Zum Begriff der 'Hilfeleistung' im Rahmen von Beihilfe (§ 27 StGB) und sachlicher Begünstigung (§ 257 StGB)"
Fundstelle:	JURA 2007, 589 (Heft 8)
Inhalt:	Unter welchen Voraussetzungen einem Straftäter "Hilfe" geleistet wird, ist bei beiden Tatbeständen, die ein entsprechendes Verhalten unter Strafe stellen, §§ 27, 257 StGB, streitig. Der Verfasser stellt das Meinungsbild dar und liefert zahlreiche Beispiele, um die unterschiedlichen Ergebnisse zu illustrieren. besonders zur Wiederholung und Vertiefung sehr lesenswert.

Autor/Titel:	Valerius, Brian: "Täuschung im modernen Zahlungsverkehr"
Fundstelle:	JA 2007, 514 (Heft 7)
Inhalt:	Im modernen Zahlungsverkehr werden kaum noch Barzahlungen vorgenommen. Viel häufiger sind hier Überweisungen und Lastschriftverfahren. Der Verfasser setzt sich damit auseinander, in welchen Fällen hier eine Täuschung i.S.v. § 263 I StGB noch angenommen werden kann. Trotz der mittlerweile geringen praktischen Bedeutung wird auch die Hingabe ungedeckter und gefälschter Schecks ausführlich diskutiert. Ein netter Einstieg in die Problematik, wenn auch die grafischen Darstellungen nicht unbedingt zur Übersichtlichkeit beitragen.

Autor/Titel:	Kusch, Roger: "In Würde sterben - nur im Ausland?"
Fundstelle:	NStZ 2007, 436 (Haft 8)
Inhalt:	Der Verfasser nimmt einen Beitrag aus dem STERN zum Anlass, über die Strafbarkeit von Sterbehilfe in Deutschland nachzudenken. Hierbei überlegt er insb. auch, wie man angesichts der aktuellen Rechtsprechung zur Strafbarkeit solchen Verhaltens u.U. einem sterbewilligen Menschen bei der Erfüllung seines Wunsches helfen könnte, ohne sich selber strafbar zu machen. Ein Aufsatz, der sicherlich als Aufhänger für entsprechende Klausurfälle dienen wird.