

Öffentliches Recht

Standort: Verfassungsrecht

Problem: Lauschangriff nach §§ 100c ff. StPO

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.05.2007
2 BvR 543/06 (NJW 2007, 2753)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte mit Urteil vom 3. März 2004 (BVerfGE 109, 279) die Vorschriften der StPO zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung als mit dem Grundgesetz nicht in vollem Umfang vereinbar angesehen. Im Einzelnen erklärte es § 100 c I Nr. 3, § 100 d III, § 100 d V 2 und § 100 f I StPO für unvereinbar mit Art. 13 I GG, Art. 2 I GG und Art. 1 I GG. § 101 I 1, 2 StPO erklärte es für unvereinbar mit Art. 19 IV GG, § 101 I 3 StPO für unvereinbar mit Art. 103 I GG und § 100 d IV 3 i.V.m. § 100 b VI StPO für unvereinbar mit Art. 19 IV GG. Die RA (2004, S. 153 ff. und S. 280 ff.) hat hierüber ausführlich berichtet.

Soweit die angegriffenen Vorschriften der StPO für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt wurden, räumte das BVerfG dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2005 ein, um einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen. Dem ist der Gesetzgeber u.a. mit der Neufassung der §§ 100c ff. StPO (BGBl I 2005 S. 1841 ff.) nachgekommen. Diese Neufassung war nun erneut Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, wurde vom BVerfG aber als verfassungskonform abgesegnet, weil der Gesetzgeber den durch die o.g. Rspr. des BVerfG aufgestellten Vorgaben nachgekommen sei. Ein Punkt war dabei von ganz wesentlicher Bedeutung: Das BVerfG hatte es generell für unzulässig erklärt, Gespräche unter engsten Familienmitgliedern zu belauschen, weil dadurch in die Menschenwürde aus Art. 1 I GG eingegriffen werde, und diese nicht abwägungsfähig sei, ein solcher Eingriff m.a.W. selbst zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten nicht in Betracht komme. Dieser Einschränkung habe der Gesetzgeber nunmehr genügt.

Der Beschluss des BVerfG lässt an vielen Stellen zwischen den Zeilen erkennen, dass das BVerfG die Neuregelung in ihrer Gesamtheit für verfassungsgemäß hält und wenig Neigung verspürt, an einzelnen Stellen allzu genau zu prüfen. So hatte das BVerfG in seinem Urteil vom 3. März 2004 bspw. betont, dass nur strafverfahrensrechtlich relevante Äußerungen belauscht werden dürften, was eine Prognose über den voraussichtlichen Gesprächsverlauf erfordere. Eine Beschränkung auf strafverfahrensrechtlich relevante Äu-

ßerungen enthält aber auch die Neufassung des § 100c StPO nicht. Hierzu meint das Gericht lapidar, diese müsse auch nicht explizit normiert werden, sondern es sei "erkennbarer Wille" des Gesetzgebers gewesen, die Lauschangriffe auf solche Äußerungen zu beschränken.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung dürfte einen Schlusstrich unter die Problematik des "großen Lauschangriffs" zu repressiven Zwecken ziehen, nachdem sich im Anschluss an die BVerfG-Entscheidung von 2004 zunächst ein Schwebezustand eingestellt hatte. Es ist daher zu erwarten, dass diese Problematik in Examensaufgaben künftig (wieder) als bekannt vorausgesetzt werden kann.

Der Aufbau des BVerfG sollte übrigens nicht in ein Gutachten übernommen werden, weil er unter gutachterlichen Gesichtspunkten zu ungeordnet ist. Vielmehr sollte folgende Marschroute befolgt werden, wenn die Verfassungsmäßigkeit der (gesetzlich geregelten oder tatsächlich durchgeführten) akustischen Wohnraumüberwachung zu prüfen ist:

I. Grundsätzlich sollte mit der Prüfung des Art. 13 I GG begonnen werden. Zu beachten ist natürlich, dass sich auf Art. 13 I GG nur die Personen berufen können, die in der Wohnung ihren Lebensmittelpunkt haben, also i.d.R. der Wohnungsinhaber und seine Hausgenossen. Für Dritte (Besucher) ist nicht Art. 13 I GG, sondern das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einschlägig. Dieses wird für den Wohnungsinhaber durch Art. 13 I GG als speziellerer Regelung verdrängt. Wenn im Einzelfall noch andere Grundrechte betroffen sind (z.B. Art. 6 GG bei Gesprächen mit Familienangehörigen oder Art. 4 GG bei einer Beichte), sind diese gesondert zu prüfen.

II. Im Rahmen des Art. 13 GG kann eine Rechtfertigung des Lauschangriffs zu repressiven Zwecken nur über die Schranke des Art. 13 III GG gelingen. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist daher zunächst zu prüfen, ob die gesetzlichen Grundlagen (§§ 100c ff. StPO) diesen Anforderungen (Richtervorbehalt usw.) genügen.

III. Darüber hinaus muss der Kernbereich der freien Persönlichkeitsentfaltung unangetastet bleiben. Dieses Erfordernis enthält zwar nicht Art. 13 III GG, das

BVerfG entnimmt es aber der Menschenwürde des Art. 1 I GG. Das BVerfG prüft die Menschenwürde hier m.a.W. nicht als eigenes, möglicherweise verletztes Grundrecht, sondern als Schranken-Schranke im Rahmen des Art. 13 GG. Dies sollte in einem Gutachten zumindest in diesem speziellen Fall ebenso gehandhabt werden.

Aus jenem Kernbereich der freien Persönlichkeitsentfaltung entnimmt das BVerfG vor allem, dass Gespräche unter engen Familienangehörigen und sonstigen, dem Verdächtigen besonders nahestehenden Personen generell nicht abgehört werden dürfen, und dass im Übrigen auch keine "Totalüberwachung" stattfinden, sondern nur das strafrechtlich relevante Wort abgehört und mitgeschnitten werden darf. Beiden Anforderungen soll die Neufassung des § 100c StPO genügen, obwohl - wie erwähnt - ein ausdrückliches Verbot der Totalüberwachung gerade nicht im Gesetz steht und auch der Kreis der besonders nahestehenden Personen nicht näher bestimmt ist (siehe zu beidem die Entscheidungsgründe).

Vertiefungshinweise:

- Grundlegende Entscheidung des BVerfG zu §§ 100c ff. StPO: *BVerfGE* 109, 279 = RA 2004, 153 ff. und 280 ff.
- Lauschangriff zu präventiven Zwecken: *Benfer*, NVwZ 1999, 237; *Braun*, NVwZ 2000, 375
- Durchsuchung von Wohnraum bei Gefahr im Verzug: *BVerfG*, RA 2006, 556 = NVwZ 2006, 925; NJW 2004, 1442

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Ohne Hehl und Tadel"

Leitsatz (der Redaktion):

§ 100c Abs. 4, 6 und 7 StPO ist in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (BGBl I 2005, S. 1841 ff.) verfassungsgemäß.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich unmittelbar gegen § 100 c StPO in der Fassung des Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24. Juni 2005 (BGBl I S. 1841 ff.).

Der Beschwerdeführer ist Mitglied der Humanistischen Union, einer unabhängigen Bürgerrechtsinitiative, die sich für den Schutz und die Durchsetzung der Menschen- und Bürgerrechte einsetzt. Außerdem ist er Fraktionsvorsitzender im Stadtrat der Stadt B. Ferner ist er Partner einer mittelgroßen Anwaltskanzlei, der auch ein Fachanwalt für Strafrecht ange-

hört; nach eigenen Angaben übernimmt der Beschwerdeführer auch selbst Wirtschaftsstrafverteidigungen. Er sieht sich durch § 100 c StPO in der Fassung des Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die Vorschrift des § 100 c (Absätze 1, 4, 6 und 7) StPO nicht die Voraussetzungen erfülle, die das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 3. März 2004 aufgestellt habe, damit eine Abhörmaßnahme verfassungsgemäß unter Berücksichtigung von Art. 1 und Art. 13 GG durchgeführt werden kann.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

I. Form

Die Verfassungsbeschwerde beschränkt sich auf die Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit der Absätze 1, 4, 6 und 7 des § 100 c StPO. Allerdings trägt der Beschwerdeführer nicht vor, inwieweit die Regelung des § 100 c Abs. 1 StPO gegen die Verfassung verstoßen könnte. Sein Vorbringen genügt insoweit nicht den Substantiierungsanforderungen der § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG. Daher ist im Rahmen dieser Verfassungsbeschwerde lediglich die Verfassungsmäßigkeit des § 100 c Abs. 4, 6 und 7 StPO zu prüfen. Die Verfassungswidrigkeit der übrigen Vorschriften der Strafprozessordnung zur akustischen Wohnraumüberwachung (§ 100 d bis § 100 f StPO) macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

II. Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer ist beschwerdebefugt. Die Beschwerdebefugnis setzt, wenn sich eine Verfassungsbeschwerde - wie hier - unmittelbar gegen ein Gesetz richtet, voraus, dass der Beschwerdeführer durch die angegriffene Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. *BVerfGE* 1, 97 [101 ff.]; 109, 279 [305]; stRspr).

1. Selbst und gegenwärtig betroffen

Die Voraussetzung der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. *BVerfGE* 100, 313 [354]; 109, 279 [307 f.]).

Der Beschwerdeführer hat dargelegt, dass er als Anwalt einer mittelgroßen Anwaltskanzlei von Abhörmaßnahmen betroffen sein könnte, zumal er selbst "auch Wirtschaftsstrafverteidigungen" übernehme und in seiner Kanzlei ein Fachanwalt für Strafrecht be-

schäftigt sei. In dieser Eigenschaft fänden zahllose Gespräche in der Kanzlei wie auch in Wohnungen oder Geschäftsräumen von Mandanten statt. Diese Darlegungen genügen zur Annahme einer eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit. Betroffener kann jeder sein, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die akustische Wohnraumüberwachung eingegriffen wird, auch wenn er nicht Zielperson der Anordnung ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [308]). Die Möglichkeit, Objekt einer akustischen Wohnraumüberwachung zu werden, besteht praktisch für jedermann (BVerfG, a.a.O.).

2. Unmittelbar betroffen

Der Beschwerdeführer kann sich auch darauf berufen, von den angegriffenen Regelungen unmittelbar betroffen zu sein. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn die angegriffenen Bestimmungen, ohne eines weiteren Vollzugsakts zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändern (vgl. BVerfGE 97, 157 [164]; 102, 197 [207]). Das ist auch dann anzunehmen, wenn dieser gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann (vgl. BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.]).

Das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Worts in Wohnungen ist eine Maßnahme, von der der Betroffene weder vor noch während der Durchführung etwas erfährt, so dass fachgerichtlicher Rechtsschutz insoweit nicht in Anspruch genommen werden kann (BVerfGE 109, 279 [307]). Auch der Umstand, dass § 100 d Abs. 8 StPO eine nachträgliche Benachrichtigung der Beteiligten von den getroffenen Maßnahmen vorsieht, steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen (BVerfG, a.a.O. zur damaligen inhaltlich entsprechenden Regelung des § 101 Abs. 1 StPO).

III. Frist

Die Verfassungsbeschwerde wurde innerhalb der Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG eingelegt. Das angegriffene Gesetz trat am 1. Juli 2005 in Kraft (Art. 8 des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004, BGBl I 2005 S. 1846). Die Verfassungsbeschwerde ist am 8. März 2006 beim Bundesverfassungsgericht eingegangen.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Die angegriffenen gesetzlichen Bestimmungen verletzen den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten. Maßstab zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der in der Strafprozessordnung enthaltenen Ermächtigungen zur akustischen Wohnraumüberwachung sind insbesondere Art. 13 Absätze 1 und 3 sowie Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

I. Schutzbereich betroffen

Art. 13 Abs. 1 GG enthält eine spezielle Gewährlei-

stung des Schutzes vor staatlicher akustischer Überwachung der räumlichen Privatsphäre, die die allgemeinere Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG insoweit verdrängt. Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG greift hingegen ein, soweit von der Wohnraumüberwachung Personen betroffen werden, die sich nicht auf Art. 13 Abs. 1 GG berufen können, etwa weil sie sich nur zufällig in einer Wohnung aufhalten, die nach § 100 c StPO abgehört wird (BVerfGE 109, 279 [325 f.]).

Der Schutz der räumlichen Privatsphäre und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann im Einzelfall durch andere Grundrechte, wie insbesondere Art. 4 Absätze 1 und 2 sowie Art. 6 Absätze 1 und 2 GG, ergänzt sein. So kann von der Abhörmaßnahme zugleich der Schutz von Gesprächen zwischen Eheleuten in der eigenen Wohnung gemäß Art. 6 GG oder der Schutz von Gesprächen mit einem Geistlichen nach Art. 4 GG betroffen sein (vgl. BVerfGE 109, 279 [326 f.]).

II. Eingriff

§ 100 c StPO ermächtigt zum Abhören und Aufzeichnen von Wohnraumgesprächen und damit zu Eingriffen in die Grundrechte aus Art. 13 Abs. 1 und aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Ein Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung kann sowohl im physischen Eindringen in den Wohnraum zur Anbringung von technischen Mitteln, als auch im Belauschen der Vorgänge in der Wohnung liegen. Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt vor, soweit von der Maßnahme Personen betroffen sind, die sich zufällig in der überwachten Wohnung aufhalten und nicht durch das speziellere Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG geschützt sind.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Geschriebene Anforderungen des Art. 13 III GG beachtet

Die angegriffenen Regelungen werden den sich unmittelbar aus Art. 13 Abs. 3 GG ergebenden materiellen und formellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in die räumliche Privatsphäre gerecht. Der Gesetzgeber hat die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 3. März 2004 entwickelt hat, beachtet.

2. Schutz der Menschenwürde beachtet

Die zur Ausgestaltung des Art. 13 Abs. 3 GG erlassenen Vorschriften müssen hinreichende Vorkehrungen dafür treffen, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben und die Menschenwürde gewahrt wird (vgl. Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3.

März 2004, BVerfGE 109, 279 [318 ff.]). Um eine Kernbereichsverletzung von vorneherein zu vermeiden, sind danach vor Beginn der Maßnahme im Rahmen der von den Strafverfolgungsbehörden vorzunehmenden Prognose mögliche Indikatoren für kernbereichsrelevante Handlungen in der zu überwachenden Wohnung zu beachten. So können die Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und das Verhältnis der anwesenden Personen zueinander Anhaltspunkte dafür liefern, ob durch die Maßnahme Äußerungen erfasst werden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Es besteht eine Vermutung für Gespräche aus dem unantastbaren Kernbereich, wenn sich jemand allein oder ausschließlich mit Personen in der Wohnung aufhält, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis steht, etwa mit dem Ehepartner, Geschwistern und Verwandten in gerade Linie, insbesondere wenn sie im selben Haushalt leben, oder sonstigen engsten Vertrauten (vgl. BVerfGE 109, 279 [320 ff.]). Andererseits ist es gerechtfertigt, bei Gesprächen in Betriebs- und Geschäftsräumen typischerweise von einem Sozialbezug auszugehen. Ebenfalls nicht zum unantastbaren Kernbereich gehören Gespräche, die Angaben über begangene Straftaten enthalten (BVerfGE 109, 279 [319]). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, den Kernbereich positiv, unter Nennung der in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts angeführten Beispiele gesetzlich zu definieren und die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Vermutung für dem unantastbaren Kernbereich zurechenbare Gespräche bei Räumen, denen typischerweise oder im Einzelfall die Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung zukommt, in den Gesetzestext ausdrücklich aufzunehmen.

a. "Negative Kernbereichsprognose" zulässig

Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben in § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO für eine so genannte negative Kernbereichsprognose entschieden. Danach darf die Maßnahme nur angeordnet werden, wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung kernbereichsrelevante Äußerungen nicht erfasst werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde angesichts der Vielzahl der denkbaren Lebenssituationen, in denen es zu einer Gefährdung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in Wohnräumen kommen kann, davon abgesehen, diesen Kernbereich im Gesetz zu definieren oder anhand von Regelbeispielen zu exemplifizieren (BT-Drucks. 15/4533, S. 14). Der Kernbereich privater Lebensgestaltung habe bereits durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Konturen erhalten, die eine Auslegung und Anwendung der Vorschrift auf den konkreten Fall ermöglichen. Dies stehe auch im Einklang mit der weiteren

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Schutzbereich der Menschenwürde stets vom Eingriff her und "nur in Ansehung des konkreten Falles" definiert werden könne (BTDrucks 15/4533, S. 14; zustimmend Löffelmann, NJW 2005, S. 2033 f.).

aa. Problem: Bestimmtheitsgrundsatz

Das Grundgesetz gebietet den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, gibt aber nicht im Einzelnen vor, wie dieser Schutz zu gewährleisten ist. Die Ausgestaltung im Einzelnen ist Aufgabe des zuständigen Gesetzgebers, dem hierbei ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zukommt (vgl. Rogall, ZG 2005, S. 164 [165, 170]). Im Rahmen dieses Gestaltungsspielraums darf sich der Gesetzgeber auch unbestimmter, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe bedienen (vgl. etwa BVerfGE 8, 274 [326]; 13, 153 [161]; 56, 1 [12]).

Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind durch den Bestimmtheitsgrundsatz und das Gebot der Normenklarheit Grenzen gesetzt. Danach muss eine Norm in ihren Voraussetzungen und in ihrer Rechtsfolge hinreichend bestimmt und begrenzt formuliert sein, so dass die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können (vgl. BVerfGE 21, 73 [79]; 25, 269 [285]; 87, 287 [317 f.]). Das Gebot der Normenklarheit zwingt den Gesetzgeber aber nicht, Regelungstatbestände für jeden denkbaren Einzelfall mit genau erfassbaren Maßstäben zu schaffen. An die tatbestandliche Fixierung dürfen keine nach der konkreten Sachlage unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden (BVerfGE 56, 1 [12 f.]). Es ist Aufgabe der Fachgerichte, die bei der Gesetzesanwendung auf den konkreten Einzelfall auftauchenden Rechtsfragen mit Hilfe anerkannter Auslegungsmethoden zu klären. Eine solche Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit nimmt einer gesetzlichen Regelung noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit (vgl. BVerfGE 21, 209 [215]; 79, 106 [120]; 102, 254 [337]).

bb. Subsumtion

Den aus der Verfassung unmittelbar folgenden Grundsatz, dass Eingriffe durch die akustische Überwachung von Wohnungen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu unterbleiben haben, hat der Gesetzgeber in § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO festgeschrieben. Ferner haben die vom Bundesverfassungsgericht identifizierten Indikatoren für kernbereichsrelevante Gespräche - die Art der zu überwachenden Räume sowie der beteiligten Personen - Eingang in die Neuregelung des § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO gefunden. Durch die Regelvermutungen in § 100 c Abs. 4 Sätze 2 und 3 StPO für Gespräche in Büro- und Geschäftsräumen sowie für Gespräche über Straftaten erfährt der unbestimmte Gesetzesbegriff des "Kernbereichs privater Lebensgestaltung" weitere Konkretisierung (siehe auch Löffel-

mann, NJW 2005, S. 2033 [2034]). Damit hat sich der Gesetzgeber an den zentralen Aussagen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 orientiert und die gesetzlichen Vorschriften an dem Schutz der Privatsphäre ausgerichtet. Wann ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen ist und wann er lediglich den unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen stehenden Bereich betrifft, lässt sich nur schwer umschreiben. Diese Frage kann nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten entschieden werden (vgl. BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [374]; 109, 279 [314]). In Anbetracht dessen, dass eine abstrakte, alle denkbaren Sachverhaltskonstellationen konkret umschreibende Definition des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nur schwer möglich sein wird, steht es dem Gesetzgeber offen, ob er eine allgemeine, auslegungsfähige Formulierung wählt, oder aber mittels der Konstruktion von nicht abschließenden Regelbeispielen eine noch weitergehende Konkretisierung vornimmt (vgl. BVerfGE 21, 73 [79]). Eine ausdrückliche Verpflichtung, den Kernbereich privater Lebensgestaltung durch weitergehende gesetzliche Normierung zu konkretisieren, enthält die Verfassung nicht.

Vorliegend ist eine Auslegung und Anwendung der angegriffenen Vorschrift, die den Anforderungen des Grundgesetzes genügt, ohne weiteres möglich. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 15/4533), Literatur und Rechtsprechung und insbesondere die Ausführungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 ermöglichen eine Handhabung der Vorschrift, die den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sicherstellt. Schon der Gesetzeswortlaut ordnet unmissverständlich an, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung zu achten ist. Darüber hinaus darf davon ausgegangen werden, dass sich die Strafverfolgungsbehörden an die gesetzlichen Regelungen halten und dementsprechend die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten Grundsätze in ihre Überlegungen einbeziehen. Das Grundgesetz fordert hingegen nicht, dass der Schutz des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung durch umfangreiche, detailfreudige Regelungen geregelt wird. Entscheidend ist, dass dem Gesetz hinreichend deutlich zu entnehmen ist, welche Grenzen den Ermittlungsbehörden bei der Wohnraumüberwachung gesetzt sind. Schließlich ist auch zweifelhaft, ob eine Regelung, die anhand von Regelbeispielen bestimmte Situationen beschreibt, in denen eine Vermutung für einen absoluten Schutz der Privatsphäre besteht, einen wirksameren Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet. Zwar ergeben sich für den Rechtsanwender Anhaltspunkte dafür, in welchen Fällen der Gesetzgeber eine kernbereichsrelevante Situation annimmt. In allen anderen Fällen besteht aber dann die Gefahr, dass die Überwachung wegen Feh-

lens eines Regelbeispiels fortgesetzt wird, auch wenn die Situation darauf hindeutet, dass möglicherweise der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist. Im Hinblick auf die vielfältigen Situationen, in denen eine Wohnraumüberwachung stattfinden kann, genügt eine Regelung, die dem Rechtsanwender hinreichend deutlich vorgibt, dass die Überwachung zu beenden ist, wenn die Gefahr besteht, den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu verletzen. Darüber hinaus ist eine weitere Konkretisierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung durch die Fachgerichte - auch unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 - möglich und zu erwarten (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. August 2005 - 1 StR 140/05 -, NJW 2005, S. 3295 ff.).

b. Keine Relativierung des Menschenwürdeschutzes durch Verhältnismäßigkeitsabwägungen

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 3. März 2004 klargestellt, dass zur Wahrung der Menschenwürde ein absoluter Schutz des Verhaltens in den Räumen der Privatwohnung erforderlich ist, soweit sich dieses Verhalten als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt (BVerfGE 109, 279 [314]). Dieser absolute Schutz darf nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden (BVerfGE 109, 279 [314] unter Bezugnahme auf BVerfGE 34, 238 [245]).

aa. Differenzierung zwischen Beweiserhebung und Beweisverwertung

In Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 bestimmt § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO, dass die Maßnahme nur angeordnet werden darf, soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Ergänzend hierzu bestimmt § 100 c Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 1 StPO, dass in den Fällen des § 53 StPO (Gespräche mit Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 53 StPO, z.B. Geistliche, Verteidiger eines Beschuldigten, Ärzte) eine Abhörmaßnahme grundsätzlich unzulässig ist. Außerdem regelt § 100 c Abs. 6 Satz 2 StPO, dass in den Fällen der §§ 52 und 53 a StPO (Gespräche mit Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 52, § 53 a StPO, z.B. Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte in gerader Linie) die aus einer Abhörmaßnahme gewonnenen Erkenntnisse nur verwertet werden dürfen, wenn dies unter Berücksichtigung der Bedeutung des zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisses nicht außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten steht.

Der Beschwerdeführer sieht in der Regelung des § 100

c Abs. 6 Satz 2 StPO einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass bei Eingriffen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung für eine Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kein Raum ist. § 100 c Abs. 6 Satz 2 StPO sehe in verfassungswidriger Weise eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung und dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse vor.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers schreibt § 100 c Abs. 6 Satz 2 StPO lediglich hinsichtlich der Frage nach der Verwertbarkeit von durch eine zulässige Abhörmaßnahme gewonnenen Erkenntnissen eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. Von Verfassungs wegen ist bei der Frage nach der Zulässigkeit der Anordnung einer Abhörmaßnahme und damit auf der Ebene der Beweiserhebung eine Abwägung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit nicht vorgesehen. § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO gewährleistet die Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung uneingeschränkt und sieht nicht vor, dass die Ermittlungsbehörden bei der Durchführung der Maßnahme in eine Abwägung eintreten, ob ein Fall besonders gravierender Kriminalität vorliegt. § 100 c Abs. 5 StPO ordnet darüber hinaus an, dass das Abhören und Aufzeichnen unverzüglich zu unterbrechen ist, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Auch hier ist eine Abwägung nicht vorgesehen.

bb. Hinsichtlich naher Angehöriger

Kernbereichsrelevante Gespräche mit nahen Angehörigen, die zugleich Zeugnisverweigerungsrechte nach § 52 StPO sind, dürfen bereits wegen § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO nicht abgehört werden (Wolter, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Loseblatt, Stand: Oktober 2006, § 100 c Rn. 6). § 100 c Abs. 6 Satz 2 StPO soll - eine zulässige Abhörmaßnahme vorausgesetzt - zusätzlich den Interessen der durch Zeugnisverweigerungsrechte geschützten Personen Rechnung tragen (BT-Drucks 15/4533, S. 15). Das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen nach § 52 StPO dient der Rücksichtnahme auf die Zwangslage eines Zeugen, der zur Wahrheit verpflichtet ist, aber befürchten muss, dadurch einem Angehörigen zu schaden (vgl. BVerfGE 109, 279 [322]; BGHSt 2, 351 [354]; 22, 35 [36 f.]; 27, 231 [232]). Mit der akustischen Wohnraumüberwachung läuft dieses Zeugnisverweigerungsrecht ins Leere, weil der Zeugnisverweigerungsrechte, dessen Aussagen im Rahmen der Abhörmaßnahme bereits aufgenommen wurden, keine Möglichkeit zur Verweigerung seines Zeugnisses hat. Dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 und § 53 a StPO wird durch § 100 c Abs. 6 Satz 2 StPO bei der Entscheidung über die Verwertung von

gewonnenen Erkenntnissen aus einer zulässigen Abhörmaßnahme Rechnung getragen. Die Verwertung eines Gesprächs zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 52, § 53 a StPO als Beweismittel ist verboten, wenn die Bedeutung des zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisses außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten steht.

cc. Hinsichtlich sonstiger Vertrauenspersonen

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung umfasst auch die Kommunikation mit anderen Personen des besonderen Vertrauens (vgl. BVerfGE 109, 279 [322] unter Hinweis auf BVerfGE 90, 255 [260]). Deren Kreis deckt sich nur teilweise mit den in § 52, § 53 und § 53 a StPO genannten Zeugnisverweigerungsberechtigten.

Die Regelung des § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO genügt auch mit Blick auf den Kreis der im Rahmen des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu berücksichtigenden Personen den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 100 c Abs. 4 StPO auf eine weitergehende gesetzliche Normierung des Personenkreises, für den eine Vermutung für kernbereichsrelevante Gespräche besteht, verzichtet. Die Neuregelung stellt vielmehr generell auf den Begriff des "Kernbereichs privater Lebensgestaltung" sowie allgemein auf das "Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander" ab. Der Kreis der Personen, bei denen eine Vermutung für kernbereichsrelevante Gespräche besteht, wird damit offen gelassen und ist der Auslegung zugänglich. Eine Beschränkung des Beweiserhebungsverbots auf Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52 ff. StPO sieht die Neuregelung - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - gerade nicht vor.

Darüber hinaus gehend stellt § 100 c Abs. 6 Satz 1 StPO ein generelles Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot für Gespräche mit Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 53 StPO auf. Die Nennung der Zeugnisverweigerungsrechte in § 100 c Abs. 6 Satz 2 StPO ermöglicht nicht generell die Überwachung von Gesprächen des Verdächtigen mit diesen Personen. Vielmehr regelt diese Vorschrift ein Beweisverwertungsverbot. Dieses Beweisverwertungsverbot lässt das offen formulierte Beweiserhebungsverbot des § 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO unberührt.

c. Beschränkung auf strafverfahrensrelevante Äußerungen

Das Abhören von Privatwohnungen, selbst wenn es grundsätzlich zulässig ist, hat sich nach Auffassung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 3. März 2004 auf Gesprächssituationen zu beschränken, die mit Wahrscheinlichkeit strafverfahrensrelevante Inhalte umfassen. Eine zeitli-

che und räumliche "Rundumüberwachung" verletzt die Menschenwürde, wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden können (vgl. BVerfGE 109, 279 [323]). Ferner kann es der Schutz der Menschenwürde erforderlich machen, bei dem Abhören einer Privatwohnung auf eine nur automatische Aufzeichnung der abgehörten Gespräche zu verzichten, um jederzeit die Ermittlungsmaßnahmen unterbrechen zu können. Dies ermöglicht den sofortigen Abbruch der Überwachung, sobald im Rahmen der Überwachung einer Privatwohnung eine Situation eintritt, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [324]).

aa. Keine ausdrückliche Beschränkung notwendig

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bedurfte es keiner gesonderten gesetzlichen Regelung, in der das Verbot einer Rundumüberwachung ausgesprochen wird. Der Gesetzgeber hat durch vielfältige Regelungen deutlich gemacht, dass eine von Verfassungs wegen stets unzulässige Rundumüberwachung, mit der ein umfassendes Persönlichkeitsprofil eines Beteiligten erstellt werden könnte, durch allgemeine verfahrensrechtliche Sicherungen auch ohne spezifische gesetzliche Regelung grundsätzlich ausgeschlossen sein soll (BVerfGE 112, 304 [319]; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 100 c Rn. 2).

bb. "Erkennbarer Wille" des Gesetzgebers genügt

§ 100 c Abs. 5 Satz 1 StPO sieht vor, dass das Abhören und Aufzeichnen unverzüglich zu unterbrechen ist, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass kernbereichsrelevante Äußerungen erfasst werden. Darüber hinaus enthalten § 100 d Abs. 1 Sätze 4 und 5 StPO Regelungen zur zeitlichen Begrenzung der Maßnahme. Gemäß § 100 d Abs. 4 Satz 1 StPO ist das anordnende Gericht über den Verlauf und die Ergebnisse der Maßnahme zu unterrichten. Das Gericht hat gemäß § 100 d Abs. 4 Satz 2 StPO den Abbruch der Maßnahme anzuordnen, sobald die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vorliegen. Darüber hinaus ist es nicht erforderlich, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Durchführung einer Maßnahme ausdrücklich und für alle Fälle gesetzlich anzuordnen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Ermittlungsbehörden den erkennbar gewordenen Willen des Gesetzgebers und die verfassungsrechtlichen Maßstäbe bei ihren Maßnahmen beachten. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass im Anschluss an die durchgeführte Wohnraumüberwachung der Betroffene gemäß § 100 d Abs. 8 StPO zu benachrichtigen und auf den nachträglichen Rechtsschutz hinzuweisen ist. Hierdurch werden die Ermittlungsbehörden verpflichtet, auch den Umfang der Wohnraumüberwa-

chung offen zu legen, so dass etwaige Verfassungsverstöße festgestellt werden könnten. Von Verfassungs wegen besteht jedenfalls keine Verpflichtung zu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, solange keine Erkenntnisse vorliegen, dass die Ermittlungsbehörden gegen das verfassungsrechtliche Verbot einer absoluten Rundumüberwachung verstoßen.

d. Automatische Aufzeichnungen nicht von vornherein ausgeschlossen

Der Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht entnehmen, dass eine automatische Aufzeichnung in jedem Fall von Verfassungs wegen zwingend unzulässig ist. Der Senat hat vielmehr dargelegt, dass auch im Fall der zulässigen Überwachung einer Privatwohnung größtmögliche Zurückhaltung geboten ist. So kann es der Schutz der Menschenwürde erforderlich machen, bei dem Abhören einer Privatwohnung auf eine nur automatische Aufzeichnung der Gespräche zu verzichten, um jederzeit die Ermittlungsmaßnahme unterbrechen zu können (BVerfGE 109, 279 [324]). Ein generelles Verbot automatischer Aufzeichnungen ist hingegen nicht ersichtlich, soweit keine Gefahr der Erfassung kernbereichsrelevanter Gespräche besteht.

Auch die Entscheidung darüber, ob eine Abhörmaßnahme mit Blick auf den absolut geschützten Kernbereich mittels einer automatischen Aufzeichnung durchgeführt werden kann, ist jeweils für den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu treffen. Ein generelles gesetzliches Verbot von automatischen Aufzeichnungen ist dagegen nicht erforderlich. Der Gefahr von Kernbereichsverletzungen im Zusammenhang mit der Aufzeichnung ist der Gesetzgeber begegnet, indem er in § 100 c Abs. 5 Satz 1 StPO den unverzüglichen Abbruch des Abhörens und Aufzeichnens anordnet, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass kernbereichsrelevante Äußerungen erfasst werden.

e. Verfahrensrechtliche Vorkehrungen gegen Missbrauch

Art. 13 Abs. 3 GG verlangt gesetzliche Regeln darüber, dass Daten nicht verwertet werden dürfen, die aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung stammen (vgl. BVerfGE 109, 279 [331]). Es ist - auch verfahrensrechtlich (vgl. BVerfGE 109, 279 [333]) - sicherzustellen, dass die durch den Eingriff erlangten Erkenntnisse keinerlei Verwendung im weiteren Ermittlungsverfahren oder in anderen Zusammenhängen finden. Erforderlich ist eine eindeutige Regelung, wer die gerichtliche Entscheidung im vorbereitenden Verfahren über die Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse zu beantragen hat und dass eine Verpflichtung zur Einschaltung des Gerichts besteht.

§ 100 c Abs. 7 Satz 1 StPO genügt entgegen der Auf-

fassung des Beschwerdeführers den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Diese Regelung sieht nunmehr vor, dass die Staatsanwaltschaft unverzüglich eine Entscheidung des anordnenden Gerichts über die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse herbeizuführen hat, soweit ein Verwertungsverbot nach § 100 c Abs. 5 StPO in Betracht kommt. Es ist damit sowohl festgelegt, welche Behörde die gerichtliche Entscheidung zu beantragen hat, als auch, dass eine Verpflichtung hierzu besteht.

Von Verfassungen wegen ist es nicht zu beanstanden, wenn der Staatsanwaltschaft ein Beurteilungsspielraum dahingehend eingeräumt wird, ob ein Verwertungsverbot in Betracht kommt. Kommt ein Verwertungsverbot ersichtlich nicht in Betracht, wäre

auch die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über die Verwertbarkeit der Erkenntnisse eine bloße Förmerei (vgl. auch Rogall, ZG 2005, S. 164 [176]). Der Staatsanwaltschaft kann es auf Grund ihrer eigenen Kompetenz anvertraut werden, selbst zu entscheiden, ob ein Verwertungsverbot überhaupt in Betracht kommt. Allein die bloße Möglichkeit, dass die Staatsanwaltschaft die Grenze ihres Beurteilungsspielraums überschreiten könnte, führt nicht bereits zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift. Der Gesetzgeber durfte jedenfalls davon ausgehen, dass die Staatsanwaltschaft gerade auch mit Blick auf den Grundrechtsschutz in verantwortungsbewusster Weise mit ihrem Beurteilungsspielraum umgehen wird.

Standort: Baurecht

Problem: Normenkontrolle gegen F-Plan

BVERWG, URTEIL VOM 26.04.2077
4 CN 3.06 (NVWZ 2007, 1081)

Problemdarstellung:

Nach § 47 I Nr. 1 VwGO können Satzungen nach dem BauGB mit einer Normenkontrolle vor dem Oberverwaltungsgericht angegriffen werden. Das Paradebeispiel für eine Satzung nach dem BauGB ist der Bebauungsplan nach § 10 BauGB. Demgegenüber ist der Flächennutzungsplan (§§ 5 ff. BauGB) keine Satzung, da er zum einen im BauGB nicht als solche bezeichnet wird (anders § 10 BauGB zum Bebauungsplan) und er vor allem im Unterschied zum Bebauungsplan auch nur vorbereitende, unverbindliche Darstellungen enthält, während eine Satzung (wie jede Rechtsnorm) stets verbindliche Rechtsfolgen setzt.

Nun kann ein Flächennutzungsplan allerdings mittelbar auch verbindliche Rechtsfolgen setzen. Hauptbeispiel ist § 35 III 3 BauGB. Danach können Bauvorhaben im Außenbereich gegen öffentliche Belange verstoßen (und damit unzulässig sein), wenn die Darstellungen im Flächennutzungsplan sie nur an anderer Stelle ausweisen. Da § 47 I Nr. 1 VwGO die Normenkontrolle aber ausdrücklich nur für Satzungen nach dem BauGB eröffnet, und der Flächennutzungsplan - wie erwähnt - keine Satzung ist, stellt sich die Frage, wie einem betroffenen Bauherrn in einem solchen Fall Rechtsschutz gewährt werden kann.

I. Das BVerwG vertrat in st.Rspr. die Auffassung, dass eine Normenkontrolle unmittelbar gegen Flächennutzungspläne überhaupt nicht möglich sei. Diese würden nun einmal von § 47 I Nr. 1 VwGO nicht erfasst. Es blieb dem Betroffenen daher nur, eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung zu erheben, was erstens - angesichts der entgegenstehenden, über § 35 III 3 BauGB mittelbar verbindlichen Darstellungen im Flächennutzungsplan - sehr riskant war und zweitens äußerst umständlich ist, wenn mehrere Bauherren

existieren, denn ein Normenkontrollantrag würde dann potenziell unzählige Verpflichtungsklagen ersparen.

II. Das OVG Rheinland-Pfalz als Vorinstanz hatte nun die Idee, die Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO zuzulassen, indem es jedenfalls solche Flächennutzungspläne, die über § 35 III 3 BauGB mittelbare Bindungswirkung entfalten, als Rechtsnormen unterhalb des Landesrechts einstuft. Nach § 47 I Nr. 2 VwGO ist dann eine Normenkontrolle statthaft, wenn das Landesrecht dies bestimmt, was in Rheinland-Pfalz der Fall ist (§ 4 I 1 AGVwGO Rh-Pf).

III. Das BVerwG als Revisionsinstanz geht nun noch einen Schritt weiter, indem es sich von seiner bisherigen Rspr. verabschiedet und einen Normenkontrollantrag gegen Flächennutzungspläne, die über § 35 III 3 BauGB mittelbare Bindungswirkung entfalten, in analoger Anwendung des § 47 I Nr. 1 VwGO zulässt. Die Analogiebildung wird im nachstehenden Urteil ausführlich begründet. Im Ergebnis läuft es darauf hinaus, dass das BVerwG wegen § 35 III 3 BauGB nunmehr die Möglichkeit sieht, dass Gemeinden auch mittels Flächennutzungsplänen verbindliche Bauleitplanung betreiben können, der historische Gesetzgeber diese Möglichkeit aber nicht vor Augen hatte, als er 1976 die Normenkontrolle in § 47 I Nr. 1 VwGO einführte und auf Satzungen nach dem BauGB beschränkte (§ 35 III 3 BauGB existiert erst seit 1.1.1997). Die so entstandene Lücke im Rechtsschutz sei im Wege der Analogie zu schließen.

IV. Ergebnisunterschiede zwischen der mit diesem Urteil überholten Rspr. des OVG Rheinland-Pfalz als Vorinstanz und der neuen Rspr. des BVerwG gibt es dann, wenn das Landesrecht § 47 I Nr. 2 VwGO nicht umsetzt, wie es in Nordrhein-Westfalen, Hamburg und Berlin der Fall ist.

Prüfungsrelevanz:

Mindestens ebenso wichtig wie die Erkenntnis, dass ab

sofort auch Flächennutzungspläne mit der Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 1 VwGO analog angegriffen werden können, ist der vom BVerwG explizit betonte Zusatz, dass dies nur für solche Flächennutzungspläne gelten soll, die über § 35 III 3 BauGB mittelbare Bindungswirkung entfalten, weil sie nur dann mit einer (verbindlichen) Satzung i.S.d. § 47 I Nr. 1 VwGO vergleichbar sind. Natürlich wird durch diese neue Rspr. die Examensrelevanz von Flächennutzungsplänen, die bisher mangels prozessualer Überprüfbarkeit ein Schattendasein fristeten, erheblich aufgewertet.

In der Literatur ist darüber hinaus lebhaft umstritten, ob und wann Flächennutzungspläne prozessual angreifbar sein sollen. Das Spektrum reicht von der völligen Ablehnung jeglicher Rechtsschutzmöglichkeit bis hin zur Bejahung einer Normenkontrolle analog § 47 I Nr. 1 VwGO gegen jegliche Art von Flächennutzungsplänen (vgl. die Vertiefungshinweise).

Materiell-inhaltlich betont das BVerwG in der vorliegenden Entscheidung seine st.Rspr., wonach eine sog. "Verhinderungsplanung" mittels Flächennutzungsplans unzulässig ist. Die Aufstellung eines Flächennutzungsplans fordere nach § 5 BauGB vielmehr ein gesamtplanerisches Konzept für die städtebauliche Entwicklung in der Gemeinde. Einzelne Vorhaben herauszugreifen und mittels Flächennutzungsplans zu verhindern ist danach rechtswidrig.

Vertiefungshinweise:

□ Frühere Rspr. des BVerwG zur Normenkontrolle gegen F-Pläne: *BVerwGE* 124, 132; 77, 300; 68, 311; *BVerwG*, NVwZ 1991, 262

□ Literatur zum Rechtsschutz gegen F-Pläne: *Schenke*, NVwZ 2007, 134 m.w.N.; *Brosche*, DVBl 1980, 213

□ Zur Frist bei Normenkontrollen nach § 47 II VwGO: *OVG NRW*, RA 2007, 426 = *NWVB1* 2007, 305; RA 2005, 252 = *NVwZ-RR* 2005, 290

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (hier: Konzentrationsfläche für Windenergieanlagen) unterliegen in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der (prinzipalen) Normenkontrolle.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, wendet sich im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gegen die 7. Änderung Teilplan Windenergienutzung des Flächennutzungs-

plans der Antragsgegnerin, einer Verbandsgemeinde. Mit dem angegriffenen Teilplan verfolgt die Antragsgegnerin das Ziel, Windenergieanlagen durch Darstellungen im Flächennutzungsplan auf bestimmte Standorte innerhalb ihres 135 km² großen Verbandsgemeindegebiets zu konzentrieren. Das mit der Planung beauftragte Ingenieurbüro ermittelte 14 potenzielle Eignungsflächen (insgesamt 97 ha) und empfahl u.a. die Ausweisung von zwei Potenzialflächen (Nr. 5 und Nr. 6) östlich von L., die es als überwiegend geeignet bis geeignet eingestuft hatte. Der Verbandsgemeinderat beschloss, die Flächen Nr. 5 und 6 in den Vorentwurf des Teilplans Windenergienutzung aufzunehmen, gab diese Planung jedoch im Verlauf des weiteren Verfahrens auf und beschloss die Darstellung einer Konzentrationszone für Windenergieanlagen auf einer etwa 5 ha großen Fläche nordöstlich von N. Im textlichen Teil des Plans heißt es hierzu unter Hinweis auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, dass außerhalb dieser Fläche im Geltungsbereich des Flächennutzungsplans keine weiteren Windenergieanlagen zulässig seien. Die Fläche bei N. ist bereits mit drei Windenergieanlagen bebaut, weitere können auf ihr nicht errichtet werden. Die Fläche liegt etwa 600 m vom Siedlungsbereich der Ortsgemeinde N. entfernt. Das mit der Planung beauftragte Ingenieurbüro hatte diese Fläche als für die Windenergienutzung ungeeignet angesehen, weil sie den maßgeblichen Abstand zu den Siedlungsbereichen nicht einhalte.

Nachdem die zuständige Kreisverwaltung die Änderung des Flächennutzungsplans genehmigt hatte, machte die Antragsgegnerin die Genehmigung im Dezember 2005 in ihrem Amtsblatt bekannt. In der Bekanntmachung wird darauf hingewiesen, dass die genehmigte Planänderung mit der Begründung und dem Umweltbericht bei der Verwaltung der Verbandsgemeinde während der Dienststunden eingesehen werden könne.

Die Antragstellerin beabsichtigt, an anderer Stelle auf dem Gebiet der Antragsgegnerin fünf Windenergieanlagen zu errichten und zu betreiben. Ihr immissionsrechtlicher Genehmigungsantrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Flächennutzungsplan nur eine Konzentrationszone für Windenergieanlagen bei N. ausweise. Das Verwaltungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Mit ihrem Normenkontrollantrag hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass die bei N. ausgewiesene Fläche einem Anteil von nur 0,37 Promille des Verbandsgemeindegebietes entspreche und nicht mit weiteren Windenergieanlagen bebaut werden könne. Der Teilplan Windenergienutzung der Antragsgegnerin stelle eine unzulässige Verhinderungsplanung dar.

Das Oberverwaltungsgericht hat den angegriffenen Teilplan für unwirksam erklärt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Normenkontrollantrag sei gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO statthaft. Die Dar-

stellung einer Konzentrationsfläche im Flächennutzungsplan, welche den Ausschluss von Windenergieanlagen an anderer Stelle des Gemeindegebiets bezwecke, habe den Charakter einer Rechtsvorschrift i.S.v. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Die Darstellung enthalte eine abstrakt-generelle Regelung, der § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbindliche Außenwirksamkeit verleihe. Aufgrund dieser Regelung erfüllten Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine dem Bebauungsplan vergleichbare Funktion. Mit der Darstellung einer Konzentrationsfläche für Windenergie falle die Gemeinde im Flächennutzungsplan eine planerische Abwägungsentscheidung über die Zulassung von Windenergieanlagen. Der Begriff der Rechtsvorschrift in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO sei im Hinblick auf Sinn und Zweck der Norm weit auszulegen. Das Bundesverwaltungsgericht habe bereits entschieden, dass auch nicht als förmlicher Rechtssatz erlassene Ziele der Raumordnung (§ 3 Nr. 2 ROG) als Rechtsvorschriften i.S.v. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zu qualifizieren seien. Für die Darstellung einer Konzentrationsfläche mit Ausschlusswirkung im Flächennutzungsplan könne infolge der Regelung in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nichts anderes gelten. Der Normenkontrollantrag sei auch begründet. Der angegriffene Teilplan Windenergienutzung sei fehlerhaft und unwirksam, weil ihm kein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liege. Aus den Planungsunterlagen der Antragsgegnerin, insbesondere aus der Planbegründung, ergebe sich, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin für die Konzentrationsfläche bei N. eindeutig auf eine bewusste und gewollte Verhinderungsplanung für weitere Windenergieanlagen auf dem Gebiet der Verbandsgemeinde hinauslaufe.

Mit ihrer vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision rügt die Antragsgegnerin die Verletzung von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Der Flächennutzungsplan besitze weder in formeller noch in materieller Hinsicht Rechtsnormcharakter. Er sei nicht verbindlich, sondern nur ein vorbereitender Bauleitplan. Seit der Neufassung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Jahr 1976 unterlägen im Bereich des Baugesetzbuchs nur Satzungen der Normenkontrolle. Flächennutzungspläne würden nicht in Form einer Satzung erlassen. Bei der Schaffung von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB habe der Gesetzgeber den Gemeinden ein Darstellungsprivileg eingeräumt, ohne zugleich die Möglichkeiten der (prinzipalen) Normenkontrolle zu erweitern. Fehlerhaft sei auch die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, der Teilplan Windenergienutzung stelle eine unzulässige Verhinderungsplanung dar.

Aus den Gründen:

Die Revision der Antragsgegnerin ist unbegründet. Das Oberverwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die 7. Änderung des Flächennut-

zungsplans Teilplan Windenergienutzung der Antragsgegnerin Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen (prinzipalen) Normenkontrolle sein kann. Die Ansicht der Vorinstanz, der angegriffene Teilplan stelle eine unzulässige Verhinderungsplanung dar, verletze das planerische Abwägungsgebot und sei deshalb unwirksam, ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.

A. Zulässigkeit

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin ist statthaft. Der angegriffene Teilplan unterliegt in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Nach dieser Vorschrift entscheidet das Oberverwaltungsgericht auf Antrag über die Gültigkeit von Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen aufgrund des § 246 Abs. 2 BauGB. Die durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30. Juli 1996 (BGBl I S. 1189) mit Wirkung vom 1. Januar 1997 eingeführte Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 4 BauGB (jetzt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) hat die Darstellungen im Flächennutzungsplan, die Konzentrationsflächen für die nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Außenbereichsvorhaben festlegen, mit Rechtswirkungen versehen, die gemessen an den gesetzgeberischen Zielsetzungen des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nachträglich eine planwidrige Regelungslücke haben entstehen lassen, die im Wege der Analogie zu schließen ist.

I. Keine Statthaftigkeit nach § 47 I Nr. 2 VwGO i.V.m. Landesrecht

Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, der hier umstrittene Teilplan Windenergienutzung sei eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, für die das rheinland-pfälzische Landesrecht die Normenkontrolle eröffne, wird den Zielsetzungen, die der Gesetzgeber mit der Einführung der Normenkontrolle im Bereich des Städtebaurechts in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO verfolgt hat, nicht gerecht. Ihr kann deshalb nicht gefolgt werden.

II. Analoge Anwendung des § 47 I Nr. 1 VwGO

Die durch das Gesetz zur Änderung verwaltungsprozessualer Vorschriften vom 24. August 1976 (BGBl I S. 2437) eingeführte sog. prinzipale Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO enthält eine Sonderregelung für den Rechtsschutz im Bereich des Städtebaurechts. Die Vorschrift dient dem Ziel, den Rechtsschutz bei Verordnungen und Satzungen nach dem Bundesbaugesetz einheitlich auszugestalten und zu verbessern. Von der Möglichkeit, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO einzuführen, hatten bis zum Inkrafttreten des Änderungsgesetzes vom 24. August 1976 nur fünf Bundesländer

Gebrauch gemacht. In der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO wird ausgeführt, dass sich das Bedürfnis für eine Verbesserung des Rechtsschutzes durch Normenkontrollverfahren in besonderem Maße bei Satzungen aufgrund des Bundesbaugesetzes (und des Städtebauförderungsgesetzes), insbesondere bei Bebauungsplänen, gezeigt habe (BTDrucks 7/4324 S. 1, 7): Bebauungspläne könnten in sehr einschneidender Weise in die Rechtsstellung der Bürger eingreifen. Hier sei es besonders wichtig, einen effektiven Rechtsschutz gegen die Normen selbst zur Verfügung zu stellen. Eine rechtzeitige Klärung der Rechtslage sei im Interesse aller Beteiligten notwendig, wenn die Wirksamkeit einer Norm dieser Art im Streit sei. Im Übrigen solle es dabei bleiben, dass der Landesgesetzgeber darüber bestimme, ob das Normenkontrollverfahren eingeführt werde (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Dem Landesrecht werde damit die Möglichkeit belassen, im Übrigen von der Einführung eines Normenkontrollverfahrens abzusehen (BT-Drucks a.a.O S. 7).

1. Vergleichbare Interessenlage

Das von § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO verfolgte Ziel, mit der Einführung eines bundesweiten Normenkontrollverfahrens insbesondere den Rechtsschutz gegenüber Bebauungsplänen im Hinblick auf die privaten Belange Planbetroffener, insbesondere privater Grundeigentümer, möglichst einheitlich auszugestalten, rechtfertigt es, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO auf die Darstellung von Konzentrationsflächen in einem Flächennutzungsplan (Sonderbauflächen i.S.v. § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB, § 1 Abs. 1 Nr. 4 BauNVO) zu erstrecken, mit denen die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreicht werden sollen.

a. Rechtsverbindliche Wirkung der Darstellungen im Fall des § 35 III 3 BauGB

Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 6 der Vorschrift in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan (oder als Ziele der Raumordnung) eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Mit dieser Regelung stellt der Gesetzgeber u.a. die Errichtung von Windenergieanlagen im gemeindlichen Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung (und an die Träger der Raumordnungsplanung) richtet. Die Norm setzt gebietsbezogene gesamtäumliche Festlegungen des Plangebers über die Konzentration von Windenergieanlagen (oder anderer privilegierter Außenbereichsvorhaben) an bestimmten Standorten voraus, durch die zugleich ein Ausschluss der Vorhaben und Anlagen an anderer Stelle im Plangebiet angestrebt und festgeschrieben wird. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verleiht derartigen Darstellungen rechtliche Außenwirkung

gegenüber den Bauantragstellern und Vorhabensträgern mit der Folge, dass Vorhaben an Standorten außerhalb der Konzentrationsflächen in der Regel unzulässig sind.

b. Mittelbare Bindungswirkung über § 35 III 3 BauGB genügt

Demgegenüber greift der Einwand der Revision, ein Flächennutzungsplan stelle anders als ein Bebauungsplan für sich betrachtet keine rechtssatzmäßige Regelung zulässiger Bodennutzungen dar, nicht durch.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besitzen Darstellungen eines Flächennutzungsplans nach der Konzeption, die dem Baugesetzbuch zugrunde liegt, zwar aus sich heraus keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung gegenüber privaten Dritten (vgl. Urteile vom 18. August 2005 BVerwG 4 C 13.04 BVerwGE 124, 132 [141], vom 22. Mai 1987 BVerwG 4 C 57.84 BVerwGE 77, 300 [305] und vom 20. Januar 1984 BVerwG 4 C 43.81 BVerwGE 68, 311 [313 f.]; Beschluss vom 20. Juli 1990 BVerwG 4 N 3.88 Buchholz 406.11 § 5 BBauGB/BauGB Nr. 7 = NVwZ 1991, 262). Dieses Verständnis des Flächennutzungsplans entspricht seiner Funktion als vorbereitender Bauleitplan (vgl. § 1 Abs. 2 BauGB), dessen rechtliche Wirkungen sich auf den innergemeindlichen Bereich beschränken und inhaltlich im Anpassungsgebot des § 8 Abs. 2 BauGB auswirken. Der Gesetzgeber ist jedoch nicht gehindert, den Darstellungen eines Flächennutzungsplans ungeachtet ihrer Steuerungsfunktion im Rahmen der zweistufigen Bauleitplanung eine weitergehende Bedeutung für die Vorhabenzulassung im Einzelfall beizulegen. So erweitert § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB die Wirkungen flächennutzungsplanerischer Darstellungen, indem er sie zu öffentlichen Belangen erklärt, die einem Außenbereichsvorhaben entgegenstehen können. Mit der Schaffung des § 35 Abs. 3 Satz 4 BauGB (jetzt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) durch die BauGB-Novelle vom 30. Juli 1996 ist der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter gegangen. Er hat bestimmten Darstellungen des Flächennutzungsplans einen Grad rechtlicher Verbindlichkeit beigemessen, der den herkömmlichen Wirkungskreis des Flächennutzungsplans deutlich überschreitet.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB versetzt die Gemeinde in die Lage, die bauliche Entwicklung privilegierter Vorhaben im Außenbereich planerisch zu steuern. Die Vorhaben sind nicht mehr nur dann unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen, sondern auch dann, wenn für sie durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine „Ausweisung“ an anderer Stelle erfolgt ist. Die planerisierende Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB, die bestimmte privilegierte Vorhaben generell dem Außenbereich zuweist, kommt nur mehr nach Maßgabe der gemeindlichen Planungsvorstellungen

zum Tragen. Kraft gesetzlicher Anordnung in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalten die im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszonen auf der Ebene der Vorhabenzulassung rechtliche Außenwirkung. Das gibt der Gemeinde für privilegierte Außenbereichsvorhaben ein neuartiges Instrument der verbindlichen Standortplanung an die Hand. Im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfüllt der Flächennutzungsplan mithin eine dem Bebauungsplan vergleichbare Funktion. Wie die Festsetzungen eines Bebauungsplans bestimmen Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG; wie ein Bebauungsplan müssen sie dem Gewährleistungsgehalt des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG genügen und den Gleichheitssatz sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren (in diesem Sinne bereits Urteile vom 17. Dezember 2002 BVerwG 4 C 15.01 BVerwGE 117, 287 [292 f., 303 f.] und vom 21. Oktober 2004 BVerwG 4 C 2.04 BVerwGE 122, 109 [115 f.]).

c. Regelfall-Regelungen sind auch verbindlich

Der Umstand, dass die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf den Regelfall („in der Regel“) beschränkt werden, lässt entgegen der Revision die Rechtsverbindlichkeit der Darstellung von Konzentrationsflächen nicht entfallen. Im Genehmigungsverfahren ist eine Abweichung hinsichtlich der Flächen, die nach dem Planungskonzept der Gemeinde von Windenergieanlagen (oder anderen privilegierten Außenbereichsvorhaben) frei zu halten sind (sog. Ausschluss- oder Negativflächen) nur in Ausnahmefällen zulässig. Der zur Genehmigung gestellte Standort darf das gesamträumliche Planungskonzept der Gemeinde nicht in Frage stellen; es muss sich um eine vom Planer so nicht vorhergesehene (atypische) Fallkonstellation handeln (vgl. Urteil vom 17. Dezember 2002 a.a.O. S. 302, 304). Die Möglichkeit von Abweichungen dieser Art unterscheidet den Regelungsanspruch, den § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Ausweisung von Konzentrationsflächen vermittelt, nicht von anderen gesetzlichen Regelungen, die sich ebenfalls nur Geltung für den Regelfall beimessen und deren unmittelbare normative Wirkung damit nicht in Frage gestellt wird. Auch die satzungsförmigen Festsetzungen des Bebauungsplans stehen unter dem Befreiungsvorbehalt des § 31 Abs. 2 BauGB (vgl. auch Urteil vom 21. Oktober 2004 a.a.O. S. 116).

d. Stärkung der Verbindlichkeit durch § 15 III BauGB

Der durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau vom 24. Juni 2004 (BGBl I S. 1359) eingefügte § 15 Abs. 3 BauGB hat die rechtliche Steuerungskraft des Flächennutzungsplans im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB weiter gestärkt. Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 BauGB hat die Baugenehmigungsbehörde auf An-

trag der Gemeinde die Entscheidung über die Zulässigkeit privilegierter Außenbereichsvorhaben für längstens ein Jahr auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreicht werden sollen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Die Vorschrift soll die gemeindliche Planung von Konzentrationsflächen absichern. Sie verbindet das Steuerungsinstrument der standortbezogenen Flächennutzungsplanung im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mit dem Sicherungsinstrument der Zurückstellung von Baugesuchen. Damit stellt der Gesetzgeber für die Planung von Konzentrationsflächen ein Sicherungsmittel zur Verfügung, das bisher nur Bebauungsplänen vorbehalten war.

2. Regelungslücke

Mit der gesetzgeberischen Aufwertung des Flächennutzungsplans zu einem im dargelegten Sinne qualifizierten Instrument der gemeindlichen Standortplanung für privilegierte Außenbereichsvorhaben hat sich in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO unter Rechtsschutzgesichtspunkten eine planwidrige Regelungslücke aufgetan. Sie ist entstanden, nachdem der Gesetzgeber Darstellungen des Flächennutzungsplans im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nach ihrem materiellrechtlichen Inhalt und ihrem Regelungsanspruch Rechtswirkungen beigelegt hat, die der Bindungskraft von Festsetzungen eines Bebauungsplans gleichkommen. Es liegt in der Konsequenz dieser materiellrechtlichen Entwicklung, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Wege der Analogie auf Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu erstrecken.

Dieser Lückenschluss entspricht dem Zweck des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, einen möglichst effektiven, rechtzeitigen und bundeseinheitlich ausgestalteten Rechtsschutz gegen planerische Festlegungen zu schaffen, die in sehr einschneidender Weise in die Rechtsstellung der Planbetroffenen eingreifen (vgl. BTDrucks 7/4324 S. 7). Der Ausschluss privilegierter Außenbereichsvorhaben in weiten Teilen des Gemeindegebiets, der in der Regel mit der Darstellung von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan verbunden ist, schränkt die Nutzungsansprüche potenzieller Betreiber privilegierter Außenbereichsanlagen in erheblichem Umfang ein. Durch eine einzige Entscheidung im Normenkontrollverfahren kann einer Vielzahl von Einzelprozessen vorgebeugt werden, in denen die Wirksamkeit der Darstellung von Konzentrationsflächen als Vorfrage zu prüfen wäre. Das trägt zur Entlastung der Verwaltungsgerichte bei. Voneinander abweichende Entscheidungen im Rahmen der gerichtlichen Inzidentkontrolle können auf diese Weise verhindert wer-

den.

Das Normenkontrollverfahren dient der Beschleunigung des individuellen Rechtsschutzes ebenso wie der Rechtsklarheit und der ökonomischen Gestaltung des Prozessrechts. Die entsprechende Anwendung von § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO stellt zugleich sicher, dass der Rechtsschutz Betroffener im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bundeseinheitlich ausgestaltet ist. Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht weist mit Recht darauf hin, dass es dem Zweck der bundeseinheitlichen Öffnung der Normenkontrolle für das Städtebaurecht im Jahr 1976 widerspräche, wenn für dieses Rechtsgebiet gleichwohl ergänzend auch § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO mit der Möglichkeit unterschiedlicher Regelungen in den einzelnen Bundesländern anwendbar wäre.

3. Planwidrigkeit

a. Keine Sperrwirkung des § 47 I Nr. 1 VwGO

§ 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO entfaltet gegenüber diesem Analogieschluss keine Sperrwirkung. Weder dem Gesetzeswortlaut noch den Zielsetzungen dieser Vorschrift lässt sich mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass der Gesetzgeber Darstellungen des Flächennutzungsplans, die nach ihrem materiellrechtlichen (planerischen) Inhalt und ihrem Regelungsanspruch eine den Bebauungsplan vergleichbare Funktion erfüllen, von der bundeseinheitlichen Öffnung der Normenkontrolle im Städtebaurecht hat ausnehmen wollen und in diesem Sinne eine abschließende und erschöpfende Regelung getroffen hat.

Der erkennende Senat hat zwar in seinem Beschluss vom 20. Juli 1990 BVerwG 4 N 3.88 (Buchholz 406.11 § 5 BBauGB/BauGB Nr. 7 = NVwZ 1991, 262) den Standpunkt vertreten, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO habe ein bundeseinheitliches Normenkontrollverfahren im Bereich des Städtebaurechts nur für Satzungen (bzw. Rechtsverordnungen in den Stadtstaaten) geschaffen und sei damit der im Zeitpunkt der Novellierung des § 47 VwGO im Jahr 1976 nahezu einhelligen Auffassung gefolgt, dass ein Normenkontrollverfahren im Städtebaurecht gegen andere Regelungen als Satzungen, insbesondere gegen den Flächennutzungsplan, nicht möglich sei. Es trifft zu, dass der Gesetzgeber des Jahres 1976 vor dem Hintergrund der seinerzeit geltenden Rechtslage im Städtebaurecht und der vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft keinen Anlass gesehen hat, den Flächennutzungsplan als solchen oder einzelne seiner Darstellungen einer bundeseinheitlichen Normenkontrolle zu unterwerfen (vgl. hierzu auch die Schrifttumsnachweise in BTDrucks 7/4324 S. 7). Rechtswirkungen der Art, wie sie der am 1. Januar 1997 in Kraft getretene § 35 Abs. 3 Satz 4 (jetzt Satz 3) BauGB bestimmten Darstellungen des Flächennutzungsplans vermittelt, lagen bei der Novellierung des

§ 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Jahr 1976 nicht im Blickfeld des Gesetzgebers. Erst mit der Rechtsänderung im Jahr 1997 hat sich § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gemessen an den Zielsetzungen dieser Vorschrift hinsichtlich der Ausweisung von Konzentrationsflächen im Außenbereich als unvollständig und ergänzungsbedürftig erwiesen.

Der im Senatsbeschluss vom 20. Juli 1990 vertretene Standpunkt, Darstellungen des Flächennutzungsplans seien kein tauglicher Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, ist in dieser Allgemeinheit durch die spätere Rechtsentwicklung überholt worden. Hinsichtlich der Darstellungen im Flächennutzungsplan, die in den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB fallen, kann dieser Standpunkt nicht aufrechterhalten werden.

b. Keine Sperrwirkung des § 47 IIa VwGO

Der Hinweis des Vertreters des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht auf die mit dem Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21. Dezember 2006 (BGBl I S. 3316) in § 47 Abs. 2a VwGO eingeführte prozessuale Präklusion rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Nach dieser Vorschrift ist nunmehr der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan oder eine Satzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 oder § 35 Abs. 6 BauGB zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn der Antragsteller nur Einwendungen geltend macht, die er im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 Abs. 2 BauGB) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 Abs. 2 Nr. 2, § 13a Abs. 2 Nr. 1 BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist. Bei Schaffung dieser Präklusionsvorschrift und den Folgeänderungen in § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2, § 13 Abs. 2 Satz 2 und § 13a Abs. 2 Nr. 1 BauGB ist der Gesetzgeber ersichtlich vom Regelungsinhalt des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ausgegangen, der Satzungen nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs der Normenkontrolle unterwirft. Mit den Rechtsänderungen soll erreicht werden, dass die Betroffenen ihrer Obliegenheit nachkommen, im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung Einwände möglichst frühzeitig zu erheben, und über die Rechtsfolgen einer unterbliebenen Mitwirkung ausreichend informiert sind (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BTDrucks 16/2496 S. 18).

Flächennutzungspläne im Allgemeinen oder Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB werden in § 47 Abs. 2a VwGO nicht genannt. Hieraus kann nach Ansicht des erkennenden Senats jedoch nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe die hinsichtlich der Darstellung von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan nach-

träglich eingetretene Regelungslücke in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO erkannt und konkludent in dem Sinne schließen wollen, dass Darstellungen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB von der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ausgeschlossen sind. Anhaltspunkte für eine derartige Regelungsabsicht des Gesetzgebers lassen sich weder dem Wortlaut noch der aus den Gesetzesmaterialien erkennbaren beschränkten Zielsetzung des neuen § 47 Abs. 2a VwGO entnehmen.

B. Begründetheit

In der Sache ist das Obergericht in Einklang mit Bundesrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass der angegriffene Teilplan Windenergienutzung der Antragsgegnerin abwägungsfehlerhaft und unwirksam ist.

Auf der Grundlage der Aufstellungsunterlagen und der Planbegründung steht zur Überzeugung der Vorinstanz fest, dass der Darstellung der Konzentrationszone nordöstlich von N. und dem Ausschluss weiterer Standorte für Windenergieanlagen im gesamten Gemeindegebiet kein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept zugrunde liegt. In Anwendung der in

der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätze (Urteile vom 17. Dezember 2002 BVerwG 4 C 15.01 BVerwGE 117, 287 und vom 21. Oktober 2004 BVerwG 4 C 2.04 BVerwGE 122, 109) sieht das Obergericht in dem angegriffenen Teilplan eine bewusste und gewollte Verhinderungsplanung. Dies folge insbesondere daraus, dass die allein ausgewiesene Konzentrationsfläche bei N. bereits mit drei Windenergieanlagen bebaut sei und keinen Raum für die Errichtung weiterer Windenergieanlagen lasse. Außerdem sei die Antragsgegnerin mit der Darstellung dieser Fläche bewusst von ihrem Konzept abgewichen, Siedlungsabstände zu reinen Wohngebieten von 1.000 m und zu allgemeinen Wohngebieten von 750 m einzuhalten; die Konzentrationsfläche bei N. liege lediglich ca. 600 m vom Siedlungsbereich der Ortsgemeinde entfernt und sei daher nach dem eigenen städtebaulichen Konzept der Antragsgegnerin für die Nutzung der Windenergie ungeeignet. An diese vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen und die Sachverhaltswürdigung ist das Revisionsgericht gebunden. Zulässige und begründete Revisionsrügen (§ 137 Abs. 2 VwGO) hat die Antragsgegnerin hiergegen nicht erhoben.

Standort: VwGO

Problem: §§ 43, 91 VwGO bei Erledigung nach Klageerhebung

BVERWG, URTEIL VOM 16.05.2007
3 C 8/06 (NJW 2007, 2790)

Problemdarstellung:

Das vorliegende Urteil befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Wein eine bestimmte Qualitätsstufe erreicht. Im Rahmen der Prüfung dieser aus Sicht des Studierenden eher exotischen Materie stellten sich dem BVerwG zwei hochinteressante Fragen:

I. Prozessual hatte sich das Klägerbegehren auf Bewilligung der Qualitätsstufe erledigt, nachdem die Behörde ihm diese im Laufe des Prozesses erteilt hatte. Der Kläger befürchtete jedoch, in Zukunft könnten seine Weine wieder nach seiner Auffassung nach falschen Bewertungskriterien beurteilt werden und stellte seine Klage daher auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Versagung um.

1. Der Übergang von einem Anfechtungs- in ein Feststellungsbegehren bei Erledigung des angefochtenen Verwaltungsakts *nach* Klageerhebung ist in § 113 I 4 VwGO geregelt und wird dort für zulässig erklärt. Nach st.Rspr. des BVerwG bedarf es für die Zulässigkeit dieser sog. "Fortsetzungsfeststellungsklage" nicht des Vorliegens der Voraussetzungen des § 91 VwGO für eine Klageänderung. Im vorliegenden Fall erledigte sich zwar nicht ein Anfechtungs-, sondern ein Verpflichtungsbegehren (auf Erteilung eines Qualitätssiegels) nach Klageerhebung; in diesen Fällen wenden

BVerwG und h.M. § 113 I 4 VwGO aber analog an. Alternativ käme die Feststellungsklage nach § 43 VwGO in Betracht. Nunmehr präzisiert das BVerwG seine Rspr. zur Abgrenzung dieser beiden Möglichkeiten wie folgt:

a. Wenn die Streitgegenstände des ursprünglichen (Anfechtungs- oder Verpflichtungs-)begehrens und des späteren Feststellungsbegehrens identisch sind, soll bei Erledigung nach Klageerhebung die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO zur Anwendung kommen. Eine Klageänderung nach § 91 VwGO ist dieser Übergang dann nicht.

b. Wenn sich jedoch die Streitgegenstände des ursprünglichen (Anfechtungs- oder Verpflichtungs-)begehrens und des späteren Feststellungsbegehrens unterscheiden, komme auch in den Fällen der Erledigung nach Klageerhebung die Feststellungsklage nach § 43 VwGO zur Anwendung. Zudem müssten wegen des Wechsels des Streitgegenstandes die Voraussetzungen des § 91 VwGO für eine Klageänderung vorliegen. Einen solchen Wechsel des Streitgegenstandes hat das BVerwG im vorliegenden Fall angenommen, weil die Zeitpunkte, auf die sich die Klägerbegehren richteten, unterschiedlich waren: Die ursprüngliche Verpflichtungsklage sollte - wie jede Verpflichtungsklage - im Zeitpunkt ihrer Entscheidung begründet sein. Es ging also um die Frage, ob dem Wein des Klägers ein Gütesiegel zu verleihen *ist*. Das Feststellungsbegehren richtete sich hingegen darauf, dass die Behörde dem Erlas-

ses der (ablehnenden, für den Kläger also negativen) Ausgangs- und Widerspruchsbescheide falsche Entscheidungskriterien zugrunde gelegt hatte, dass also die damaligen Behördenentscheidungen rechtswidrig waren. Dies führte zur Annahme einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO durch das BVerwG, obwohl eine Erledigung nach Klageerhebung vorlag!

2. Die Abgrenzung von Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung vor Klageerhebung ist seit langem umstritten. Hierzu hatte sich das BVerwG bereits im Jahre 1999 (BVerwG, DVBl 1999, 1660) geäußert, Zweifel an der Statthaftigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO angemeldet, aber ebenso wie die h.M. in der Lit. i.E. an dieser festgehalten. Die RA hat hierüber ausführlich berichtet, vgl. BVerwG, RA 1999, 592. Darauf sei an dieser Stelle verwiesen.

Jener Streit hat mit dem hier erörterten Problem wenig zu tun, denn er beschäftigt sich mit der Frage, ob die nach Erledigung zu erhebende Klage als Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft ist. Zu sich ändernden Streitgegenständen mit der Folge einer Klageänderung nach § 91 VwGO kann es dabei nicht kommen, denn bei Erledigung vor Klageerhebung gab es mangels erhobener Klage auch noch keinen Streitgegenstand, der sich hätte ändern können.

II. Materiell ging es um die Frage, ob der Behörde bei der Beurteilung der Weinqualität ein sog. "Beurteilungsspielraum" besteht. Während ein solcher von der Lit. teilweise für alle unbestimmten Rechtsbegriffe bejaht wird, erkennt die Rspr. ihn nur in besonderen Fallgruppen an, zu denen u.a. die Entscheidung kollegial besetzter Gremien gehört (hier: Ausschuss von Weinsachverständigen). Weitere Fallgruppen sind beamtenrechtliche Beurteilungen, Prüfungsentscheidungen und Prognoseentscheidungen wertenden Charakters. Diesen Fallgruppen ist gemeinsam, dass die Sachkompetenz der Behörde ausnahmsweise höher ist als die des sie kontrollierenden Gerichts. Das BVerwG leitet den Beurteilungsspielraum sehr anschaulich her.

Ist ein Beurteilungsspielraum gegeben, schließt sich die Frage an, in welchem Umfang das Gericht das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des betreffenden Tatbestandsmerkmals überhaupt noch prüfen darf. Hierzu haben sich - entsprechend der Ermessensfehlerlehre auf Rechtsfolgenseite - sogen. "Beurteilungsfehler" herausgebildet. Das Gericht darf danach lediglich prüfen, ob (1.) das Verfahren fehlerfrei war, (2.) die Grenzen des Bewertungsspielraums nicht evident überschritten worden sind, (3.) die Behörde bei ihrer Entscheidung von falschen Tatsachen ausgegangen ist und (4.) sie sachfremde und damit willkürliche Erwägungen angestellt hat.

Prüfungsrelevanz:

Dass auch bei Erledigung eines Verwaltungsakts oder

dessen Ablehnung nach Klageerhebung eine Feststellungsklage zur Anwendung kommen kann, ist - soweit ersichtlich - vom BVerwG bisher nicht in dieser Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht worden. Auch das OVG war als Vorinstanz wie selbstverständlich von einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO ausgegangen und hatte demgemäß folgerichtig die Klageänderung nach § 91 VwGO nicht geprüft. Es ist davon auszugehen, dass diese Entscheidung hohe Wellen schlagen wird. Man sollte sich ihre Kernaussage - Feststellungsklage (und Klageänderung) auch bei Erledigung nach Klageerhebung, wenn der Klagegegenstand sich (zeitlich) ändert - unbedingt merken.

Die Fallgruppen des Beurteilungsspielraums und deren Folgen muss ebenfalls jeder Examenskandidat beherrschen. Es wäre falsch, einen unbestimmten Rechtsbegriff inhaltlich zu überprüfen, wenn ausnahmsweise ein Beurteilungsspielraum besteht. Zu anderen, vergleichbaren Entscheidungen zu diesem Thema vgl. die Vertiefungshinweise.

Vertiefungshinweise:

Zum Beurteilungsspielraum: VG Braunschweig, RA 2004, 561 = NVwZ-RR 2004, 576; OVG NW, 2001, 325 = DVBl 2001, 823; RA 1999, 306 = NWVBl 1999, 188; VG Lüneburg, RA 2000, 645 = NdsVBl 2000, 251; Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rz. 31 ff.

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Le coq est mort"
- Examenskurs : "Parken nur für Töchter"
- Examenskurs : "Tomatenkrieg"

Leitsatz:

Die Beurteilung der zuständigen Behörde, ob ein Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist, kann vom Gericht nur eingeschränkt überprüft werden (Aufgabe der im Urteil des Senats vom 25. November 1993 BVerwGE 94, 307 vertretenen Auffassung).

Sachverhalt:

Der Kläger erzeugt Wein. Mit seiner Klage hat er ursprünglich die Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihm eine amtliche Prüfungsnummer für einen bestimmten Wein zu erteilen. Nachdem die Beklagte dem während des Berufungsrechtszugs entsprochen hat, begehrt er noch die Feststellung, dass die vorherige Weigerung der Beklagten rechtswidrig gewesen sei. Abgefüllter inländischer Wein darf als "Qualitätswein b.A." nur bezeichnet werden, wenn für ihn eine amtliche Prüfungsnummer zugeteilt worden ist. Das setzt unter anderem voraus, dass der Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist. Hierzu wird eine Sinnenprüfung durch eine Kommission aus mehreren Sachverständigen durchgeführt. Dabei muss der

Wein in den Merkmalen Geruch, Geschmack und Harmonie jeweils mindestens 1,5 Punkte und im Durchschnitt der Bewertungen für alle drei Merkmale als sog. Qualitätszahl 1,50 Punkte erzielen.

Im März 2004 stellte der Kläger 5.100 Liter Spätburgunder Rotwein des Jahrgangs 2003 als Spätlese zur Prüfung an. Mit Bescheid vom 15. März 2004 lehnte die Beklagte die Erteilung einer amtlichen Prüfungsnummer ab, weil der Wein nicht fehlerfrei sei; ein böckserähnlicher Fremdton sei sensorisch wahrnehmbar. Die Sachverständigen hätten den Wein im Durchschnitt nur mit der Qualitätspunktzahl 0,88 bewertet. Zwei von vier Prüfern hatten dem Wein in allen drei Merkmalen ebenso wie als Qualitätszahl 0 Punkte erteilt, der dritte Prüfer jeweils 1,5 Punkte und der vierte Prüfer jeweils 2 Punkte.

Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 25. März 2004 zurück. Der Wein sei als biologisch nachteilig verändert beurteilt worden. Er habe bei einer erneuten Sinnenprüfung im Durchschnitt aller Prüfer nur die Qualitätszahl 0,90 erreicht. Zwei von fünf Prüfern hatten dem Wein in allen Merkmalen ebenso wie als Qualitätszahl 0 Punkte, die anderen drei Prüfer hingegen jeweils 1,5 Punkte erteilt.

Mit seiner Klage hat der Kläger Privatgutachten vorgelegt, die seinen Wein als fehlerfrei ansehen. Er hat geltend gemacht, die Prüfer der Beklagten hätten zu Unrecht Charakteristika des Jahrgangs 2003 als Fehler angesehen. Behörde und Gericht seien aber an die Kommissionsbewertung nicht gebunden, sondern müssten ein eigenes Urteil fällen. Hierbei müsse den Ausschlag geben, dass der Wein in beiden Kommissionen von der Mehrzahl der Prüfer akzeptiert worden sei. Hilfsweise sei eine sachverständige Prüfung durch eine unabhängige Stelle vorzunehmen. Die Beklagte hat entgegnet, nach der einschlägigen Verwaltungsvorschrift des Landes komme es nicht auf die Mehrheit der Prüfer, sondern auf den Durchschnitt ihrer Bewertungen an.

Das Verwaltungsgericht Mainz hat die Beklagte mit Urteil vom 15. Juli 2004 verpflichtet, die amtliche Prüfungsnummer zu erteilen. Entscheidend sei, dass der Wein nach dem mehrheitlichen Urteil der Sachverständigen im Widerspruchsverfahren die erforderlichen Mindestwerte erreicht habe.

Das Berufungsgericht hat am 19. April 2005 die Durchführung einer erneuten Sinnenprüfung beschlossen. Damit hat es das Weinbauamt Neustadt a.d.W. beauftragt. Die Prüfung ist am 12. Mai 2005 durchgeführt worden. Sie hat eine durchschnittliche Qualitätszahl aller Prüfergebnisse von 2,71 erbracht. Daraufhin hat die Beklagte die begehrte amtliche Prüfungsnummer erteilt.

Der Kläger hat sein Verpflichtungsbegehren für erledigt erklärt und nunmehr die Feststellung begehrt, dass die Versagung der amtlichen Prüfungsnummer rechts-

widrig gewesen sei. Er sei mehr als ein Jahr lang an einer Vermarktung seines Weines gehindert gewesen und beabsichtige, die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Außerdem sei mit einer Fortsetzung der strittigen Praxis der Beklagten zu rechnen.

Mit Urteil vom 30. August 2005 hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz das erstinstanzliche Urteil geändert und die Klage abgewiesen. Anders als bei der jetzt erledigten Verpflichtungsklage sei der Beurteilung der Fortsetzungsfeststellungsklage der Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung zugrunde zu legen; denn der Kläger begehre die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines in der Vergangenheit liegenden Behördenhandelns. Die versagenden Bescheide seien formell rechtmäßig. Zwar sei die Verwaltungsvorschrift des Landes im Außenverhältnis zum Kläger nicht verbindlich. Ihr liege aber ein zutreffendes Verständnis des Weinrechts zugrunde. Dessen Auslegung ergebe, dass das Ergebnis der Prüfung der sensorischen Merkmale von Weinen durch die Bildung eines Mittelwertes aus den Bewertungen aller Prüfer (Durchschnittsverfahren) festzustellen sei. Das folge schon daraus, dass die Vorgabe, die sensorischen Merkmale anhand einer von 0 bis 5 reichenden Punkteskala zu bewerten, bei einem bloßen Mehrheitsverfahren sinnlos wäre. Es entspreche auch allein dem Zweck einer Kommissionsprüfung, die zwangsläufige Subjektivität der Bewertung einzelner Prüfer im Wege der Mittelung mehrerer Bewertungen möglichst zurückzudrängen. Dagegen könne nicht eingewendet werden, ein einzelner Prüfer habe es in der Hand, einen von mehreren anderen Prüfern mit der Mindestpunktzahl bewerteten Wein unter die Bestehensgrenze zu ziehen. Ein derartiger Wein sei ohnehin „grenzwertig“; ihm die Anerkennung zu versagen, lasse sich nicht beanstanden.

Aus den Gründen:

Die Revision erweist sich im Ergebnis als unbegründet.

A. Zulässigkeit der Klage

I. Statthafte Klageart

1. Auslegung des Klägerbegehrens

Das Berufungsgericht hat den zuletzt gestellten Sachantrag des Klägers dahin verstanden, dieser begehre die Feststellung, dass die Versagung der amtlichen Prüfungsnummer im Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides rechtswidrig gewesen sei. Damit hat es das Klageziel zutreffend erfasst (§ 88 VwGO). Mit seiner Revision hat der Kläger zunächst gerügt, sein Feststellungsbegehren habe in Wahrheit auf den Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses abgezielt. Diese Rüge hat er mit Recht fallen gelassen; sie wäre seinem eigenen Begehren nicht gerecht geworden.

Nachdem die Beklagte während des Berufungsverfahrens die amtliche Prüfungsnummer erteilt hatte, hat der Kläger sein ursprüngliches Verpflichtungsbegehren für erledigt erklärt und ist zu einem Feststellungsbegehren übergegangen. Er hat hierzu selbst den Antrag formuliert, festzustellen, dass die Versagung der amtlichen Prüfungsnummer mit dem Bescheid des Beklagten vom 15. März 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. März 2004 rechtswidrig gewesen sei; in dieser rückschauenden Fassung hat das Berufungsgericht den Antrag auch protokolliert. Sein Interesse an einer gerichtlichen Feststellung hat der Kläger in erster Linie daraus hergeleitet, er wolle von der Beklagten Ersatz des Schadens verlangen, der durch die um über ein Jahr verzögerte Erteilung der Prüfungsnummer verursacht worden sei. Ein derartiger Schadensersatzanspruch setzte aber voraus, dass die Beklagte die Prüfungsnummer schon im März 2004 hätte erteilen müssen. Mit einer gerichtlichen Feststellung, die nicht diesen Zeitpunkt, sondern den Zeitpunkt der Erledigung beträfe, wäre dem Kläger nicht gedient. Dann nämlich hätte nicht festgestanden, dass die Beklagte die Prüfungsnummer rechtswidrig erst um ein Jahr verzögert erteilt habe, wie der Kläger geltend macht.

2. Statthaftigkeit der Feststellungsklage

Das Berufungsgericht hat die Feststellungsklage für zulässig erachtet. Auch dies erweist sich im Ergebnis als richtig.

a. Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO bei Erledigung, wenn identischer Streitgegenstand

Der Kläger ist nach Erledigung seines ursprünglichen Verpflichtungsbegehrens zur Feststellungsklage übergegangen. Das Berufungsgericht hat dies als ohne weiteres zulässig erachtet, weil dem Kläger die Erleichterung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zugute komme, und hat demzufolge nicht geprüft, ob die Voraussetzungen vorliegen, an die § 91 VwGO die Zulässigkeit einer Klageänderung knüpft. Das ist zweifelhaft.

Der Übergang von einem Verpflichtungs- zu einem Feststellungsbegehren nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO setzt voraus, dass der Streitgegenstand nicht ausgewechselt oder erweitert wird. Das ergibt sich aus dem Zweck, dem die Fortsetzungsfeststellungsklage dient. Sie soll verhindern, dass ein Kläger, der infolge eines erledigenden Ereignisses seinen ursprünglichen, den Streitgegenstand kennzeichnenden Antrag nicht weiterverfolgen kann, um die „Früchte“ der bisherigen Prozessführung gebracht wird. Er darf daher das in der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage subsidiär enthaltene Feststellungsbegehren als Hauptantrag fortführen, wenn er ein entsprechendes Feststellungsinteresse vorweisen kann. Ohne weiteres zulässig ist eine solche Fortsetzungsfeststellungsklage mithin nur, wenn der

Streitgegenstand von dem bisherigen Antrag umfasst war (Urteil vom 24. Januar 1992 BVerwG 7 C 24.91 BVerwGE 89, 354 [355] m.w.N.).

2. Feststellungsklage nach § 43 VwGO (i.V.m. § 91 VwGO) bei Erledigung, wenn unterschiedliche Streitgegenstände

Daran fehlt es, wenn das ursprüngliche Verpflichtungsbegehren einen anderen Zeitpunkt betrifft als das spätere Feststellungsbegehren. Bestandteil des Streitgegenstands der Verpflichtungsklage ist nicht die Feststellung, dass der Verwaltungsakt, in dem die Ablehnung nach außen Gestalt gefunden hat, rechtswidrig ist, sondern die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, die Rechtsordnung verletzt. Eine Weiterführung des Verfahrens mit dem Antrag, der ablehnende Bescheid sei rechtswidrig gewesen, ist daher auf der Grundlage des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nur zulässig, wenn der für eine solche Feststellung maßgebliche Zeitpunkt sich mit dem des bisherigen Verpflichtungsbegehrens deckt. Andernfalls geht der Fortsetzungsfeststellungsantrag über den ursprünglichen Streitgegenstand hinaus. Richtet sich nach dem einschlägigen materiellen Recht die Begründetheit der Verpflichtungsklage nach dem Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, so muss auch der Fortsetzungsfeststellungsantrag diesen Zeitpunkt betreffen (Urteil vom 24. Januar 1992 a.a.O. S. 356). Weicht der Feststellungsantrag hiervon ab, so ist er nicht schon nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Vielmehr liegt dann eine Klageänderung vor, die nur unter den Voraussetzungen des § 91 VwGO zulässig ist (Urteil vom 28. April 1999 BVerwG 4 C 4.98 BVerwGE 109, 74 [78 ff.] m.w.N.).

3. Subsumtion

Im vorliegenden Fall ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich die Begründetheit des ursprünglichen Verpflichtungsbegehrens nach dem Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung richtete (vgl. Urteil vom 25. November 1993 BVerwG 3 C 38.91 BVerwGE 94, 307 [315 f.]). Dementsprechend betraf seine Beweisaufnahme die Sachlage zu diesem Zeitpunkt. Der Feststellungsantrag des Klägers betraf demgegenüber den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (vgl. oben). Vom Ausgangspunkt des Berufungsgerichts aus lag mithin kein Übergang zu einer Fortsetzungsfeststellungsklage, sondern eine Klageänderung vor.

Diese war gleichwohl zulässig. Die Voraussetzungen des § 91 VwGO lagen ersichtlich vor. Die Beklagte hat sich auf den veränderten Klageantrag widerspruchslos eingelassen; zudem war die Änderung zweifellos sachdienlich.

II. Feststellungsinteresse

Die geänderte Klage ist auch zulässig. Insbesondere hat der Kläger ein berechtigtes Interesse an der zuletzt noch begehrten Feststellung, dass die Versagung der amtlichen Prüfungsnummer rechtswidrig gewesen sei (§ 43 Abs. 1 VwGO). Ob dies der Fall ist, hat das Gericht auch das Revisionsgericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen.

Die Beteiligten streiten vor allem um die Frage, ob einem Wein die amtliche Prüfungsnummer versagt werden darf, wenn bei der Sinnenprüfung der Durchschnitt aller Prüferbewertungen für ein sensorisches Prüfungsmerkmal oder für die Qualitätszahl unter 1,5 Punkten liegt, selbst wenn eine Mehrzahl der Prüfer für jedes sensorische Prüfungsmerkmal und als Qualitätszahl jeweils zumindest die Mindestpunktzahl erteilt hat. Dieser Dissens betrifft fallübergreifend die vergangene wie die künftige Verwaltungspraxis der Beklagten; es erscheint nicht als ausgeschlossen, sondern liegt umgekehrt nahe, dass er sich auch in einem künftigen Verfahren zwischen den Beteiligten erneut auswirkt. Der Kläger besitzt mithin ein berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Klärung, auch unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr.

B. Begründetheit

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger den Nachweis, dass sein Wein entgegen den Versagungsbescheiden der Beklagten fehlerfrei gewesen sei, nicht geführt habe und wegen der Veränderlichkeit des Weines nicht mehr führen könne.

I. Beurteilungsspielraum bei der Untersuchung von Wein

Hierbei ist es davon ausgegangen, dass die Frage, ob der Wein fehlerfrei ist, der uneingeschränkten richterlichen Überprüfung unterliegt. Das steht mit europäischem Gemeinschaftsrecht und Bundesrecht nicht im Einklang. [...] Die Beurteilung der zuständigen Behörde, ob ein Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist, kann vom Gericht nur eingeschränkt überprüft werden. An seiner im Urteil vom 25. November 1993 BVerwG 3 C 38.91 a.a.O.) geäußerten abweichenden Auffassung hält der Senat nach nochmaliger Überprüfung nicht fest.

1. Grundsätzlich: Kein Beurteilungsspielraum

Allerdings gebietet Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dass die Gerichte die Verwaltungstätigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht grundsätzlich vollständig nachprüfen (BVerfG, Beschlüsse vom 5. Februar 1963 2 BvR 21/60 BVerfGE 15, 275 [282], vom 22. Oktober 1986 2 BvR 197/83 BVerfGE 73, 339 [373] und vom 17. April 1991 1 BvR 419/81 u.a. BVerfGE 84, 34 [49]). Das gilt auch im Anwendungsbereich relativ unbestimmter Gesetzestatbestände und -begriffe.

2. Ausnahme: Auslegung ergibt, dass Beurteilungsspielraum vom Gesetzgeber gewollt war

Der Gesetzgeber kann freilich der Verwaltung für bestimmte Fälle einen Beurteilungsspielraum einräumen und damit anordnen, dass sich die gerichtliche Nachprüfung auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen dieses Spielraums zu beschränken habe. Ob das Gesetz eine solche Beurteilungsermächtigung enthält, ist durch Auslegung des jeweiligen Gesetzes zu ermitteln (BVerwG, Urteile vom 7. November 1985 BVerwG 5 C 29.82 BVerwGE 72, 195 [199], vom 10. November 1988 BVerwG 3 C 19.87 BVerwGE 81, 12 [17], vom 25. November 1993 BVerwG 3 C 38.91 a.a.O. S. 309 und vom 21. Dezember 1995 BVerwG 3 C 24.94 BVerwGE 100, 221 [225]).

a. Fallgruppe: Wertende Entscheidung eines Kollegialorgans

Das Bundesverwaltungsgericht hat Gesetzen unter anderem dann eine Beurteilungsermächtigung für die Verwaltung entnommen, wenn der zu treffenden Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften und das Gesetz für sie deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das weisungsfrei, mit besonderer fachlicher Legitimation und in einem besonderen Verfahren entscheidet; dies zumal dann, wenn es sich um ein Kollegialorgan handelt, das mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringt und die zu treffende Entscheidung damit zugleich versachlicht (BVerwG, Urteile vom 16. Dezember 1971 BVerwG 1 C 31.68 BVerwGE 39, 197 [203], vom 13. Dezember 1979 BVerwG 5 C 1.79 BVerwGE 59, 213 [217], vom 7. November 1985 BVerwG 5 C 29.82 BVerwGE 72, 195 [201] und vom 26. November 1992 BVerwG 7 C 20.92 BVerwGE 91, 211 [215 f.]).

b. Subsumtion

So liegt der Fall hier. Die Entscheidung, ob ein Wein die sensorischen Voraussetzungen für einen Qualitätswein b.A. erfüllt, erfordert hohe Sachkunde, die nur durch fachliche Schulung sowie langjährige Erfahrung gewonnen werden kann. Deshalb kann sie regelmäßig nicht ohne Hinzuziehung von Sachverständigen getroffen werden; das gilt für die Behörde wie für ein Gericht. Auch Sachverständige können ihre Beurteilung von subjektiv-wertenden Elementen nicht völlig freihalten. Das rechtfertigt es legt es sogar nahe, die Prüfung nicht einem einzelnen Sachverständigen, sondern einem mehrköpfigen Gremium anzuvertrauen, damit Subjektivismen weitgehend neutralisiert werden und die Entscheidung insgesamt versachlicht wird. Schließlich mögen subjektive Wertungen auch von der Funktion oder Rolle abhängig sein, die der einzelne Sachverständige im Weinmarkt einnimmt, indem er sich eher den Erzeugern, den Verbrauchern oder der staatlichen Aufsicht zugehörig fühlt. Mit Rücksicht

hierauf empfiehlt sich, das Sachverständigenkollegium entsprechend pluralistisch zusammenzusetzen.

Ersichtlich im Anschluss an solche Erwägungen schreibt Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1607/2000 vor, dass mit der organoleptischen Prüfung Kommissionen zu beauftragen sind, in denen die interessierten Parteien angemessen vertreten sein müssen. Dementsprechend ermächtigt § 25 Abs. 2 WeinV die Länder, für die Sinnenprüfung Kommissionen vorzusehen. Angesichts der zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe steht es entgegen dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht im Belieben der Länder, von der Bestellung derartiger Kommissionen abzusehen. So werden im Land Rheinland-Pfalz für die Durchführung der Sinnenprüfung Kommissionen gebildet, denen einzeln bestellte Sachverständige aus der Wein- und Schaumweinwirtschaft, der öffentlichen Verwaltung, der Weinbauberatung und dem Kreis der Verbraucherinnen und Verbraucher angehören (Ziff. 3.3 der Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau vom 28. April 2003, MinBl S. 338 im Folgenden: VwV-Weinprüfung).

Das geltende Recht weist den Kommissionen die Entscheidung, ob der Wein hinsichtlich Aussehen (Farbe und Klarheit), Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist, selbst zu. Die Kommissionen erstatten nicht lediglich ein Gutachten für die Entscheidung der Behörde. Auch dies ergibt sich schon aus dem Gemeinschaftsrecht. Nach Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1607/2000 müssen die in den Mitgliedstaaten gebildeten Kommissionen mit der organoleptischen Prüfung „beauftragt werden“. Damit wäre nicht vereinbar, wenn die eigentliche Prüfungsentscheidung nicht den Kommissionen, sondern der zuständigen Verwaltungsbehörde obläge. Das deutsche Weinrecht kann und muss so ausgelegt werden, dass es mit diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben übereinstimmt. Zwar obliegt die Entscheidung, ob die amtliche Prüfungsnummer zugeteilt wird, der nach dem Landesrecht zuständigen Stelle (§ 25 Abs. 1 Satz 1 WeinV), in Rheinland-Pfalz der Beklagten, und damit einer Verwaltungsbehörde. Diese erlässt den Verwaltungsakt nach außen gegenüber dem Antragsteller. Sie trifft ihre Entscheidung jedoch neben den anderen (formalen und analytischen) Voraussetzungen nach dem Ergebnis der Sinnenprüfung (§ 24 Abs. 1 Satz 2 WeinV). Sie ist damit insoweit an die Entscheidung der Prüfungskom-

mission gebunden und darf dem Wein bei negativem Prüfungsergebnis die amtliche Prüfungsnummer nicht erteilen, bei positivem Prüfungsergebnis nicht mit der Begründung versagen, die sensorischen Voraussetzungen lägen nicht vor. [...]

II. Verbleibende Kontrolldichte der Gerichte: Beurteilungsfehler

Die behördliche Entscheidung, dass ein Wein den Anforderungen an Aussehen, Geschmack und Geruch nicht entspricht, unterliegt mithin nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle. Das Gericht hat zu überprüfen, ob die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sind, ob die Behörde bzw. ihre Prüfungskommission von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, ob sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, ob sie sich des weiteren bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten und schließlich das Willkürverbot nicht verletzt hat (stRSpr; vgl. zusammenfassend Urteile vom 26. Juni 1980 BVerwG 2 C 8.78 BVerwGE 60, 245 [246 f.] und vom 3. März 1987 BVerwG 1 C 16.86 BVerwGE 77, 75 [85] sowie Beschlüsse vom 24. Januar 1995 BVerwG 1 WB 68.94 BVerwGE 103, 200 [204] und vom 25. September 2002 BVerwG 1 WB 27.02 BVerwGE 117, 81 [82], jeweils m.w.N.). Auf die vom Berufungsgericht verneinte Frage, ob der Kläger den Nachweis der sensorischen Fehlerfreiheit des Weins führen kann, kommt es daher nicht an.

III. Subsumtion

Auch im Rahmen der hiernach nur eingeschränkten Nachprüfung musste das Berufungsgericht allerdings feststellen, ob die behördlichen Entscheidungen sowie die ihnen zugrunde liegenden Prüfungsentscheidungen der beiden befassten Sachverständigenkommissionen auf einem fehlerfreien Verfahren beruhen. Das hat das Berufungsgericht bejaht. Namentlich hat es für rechtmäßig erachtet, dass die Prüfungskommission ihre Gesamtbeurteilung in Anwendung von Ziff. 4.2.6.2 zweiter Spiegelstrich der Verwaltungsvorschrift des Landes Rheinland-Pfalz (VwV-Weinprüfung) nach dem Durchschnitt der Einzelbeurteilungen aller ihrer Mitglieder gebildet hat. Das steht mit Bundesrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht im Einklang [wird ausgeführt].

Standort: Verwaltungsrecht AT**Problem: VA-Begriff**

VG WIESBADEN, BESCHLUSS VOM 12.07.2006
8 G 1373/05 (NVwZ-RR 2007, 528)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die gegenüber einem Polizeibeamten verfügte Einziehung seiner Dienstwaffe ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG ist. Problematisch war das Merkmal der Außenwirkung, anhand dessen man den Verwaltungsakt von innerdienstlichen Maßnahmen wie Weisungen, Verwaltungsvorschriften usw. abgrenzt.

Für den Fall, dass der Adressat einer Maßnahme in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat steht - dies ist bspw. bei Beamten, Richtern und Soldaten der Fall - wird herkömmlicherweise zwischen dem Grundverhältnis und dem Betriebsverhältnis unterschieden. Im Betriebsverhältnis geht es lediglich um den verwaltungsinternen Bereich. Adressat ist hier nicht die Person, sondern der Amtswalter (Funktionsträger). Zielt die Regelung lediglich auf die Bewirkung von Rechtsfolgen in diesem Bereich, liegt keine Außenwirkung und damit kein Verwaltungsakt vor. Anders im Grundverhältnis, in dem die Person Adressat der Maßnahme ist und Rechtsfolgen im außerdienstlichen Bereich geregelt werden sollen. Hier liegt Außenwirkung vor, so dass - das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen unterstellt - ein Verwaltungsakt gegeben ist.

Das Verbot des Führens einer Dienstwaffe betrifft nach Ansicht des entscheidenden VG Wiesbaden lediglich einen behördeninternen Vorgang, der mit der Tätigkeit des Polizeibeamten als Amtswalter in Zusammenhang steht. Das Gericht stufte es daher als Weisung und nicht als Verwaltungsakt ein.

Prüfungsrelevanz:

Dass das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts in unzähligen examensrelevanten Fallkonstellationen von Bedeutung ist, muss im Grunde nicht weiter betont werden. Im vorliegenden Fall zeigt sich die prozessuale Auswirkung: Der Hauptantrag nach § 80 I 1 VwGO wäre nur statthaft gewesen, wenn es um den Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts gegangen wäre, in der Hauptsache m.a.W. eine Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO statthaft gewesen wäre. Ist das Verbot aber (nur) eine Weisung, kann es in der Hauptsache nicht mit der Anfechtungsklage und im vorläufigen Rechtsschutz folgerichtig nicht mit einem Antrag nach § 80 V VwGO angegriffen werden.

Statthaft war vielmehr der Hilfsantrag nach § 123 I VwGO, der darauf gerichtet war, dem ASt. das Führen der Dienstwaffe wieder zu gestatten. Hierbei handelt es sich um ein Leistungsbegehren. Allerdings hatte der ASt. hierauf im konkreten Fall keinen Anspruch, so

dass der Hilfsantrag unbegründet war.

Bzgl. der Prüfung der Außenwirkung ist von entscheidender Bedeutung, dass der Verwaltungsakt schon nach der Legaldefinition des § 35 S. 1 VwVfG auf Außenwirkung *gerichtet* sein muss, d.h. es auf die Finalität, die Zielrichtung der Regelung ankommt. Ob tatsächlich Rechtsfolgen eintreten (und ggf. in welchem Bereich) ist hingegen irrelevant. Dies betont auch das VG Wiesbaden ausdrücklich.

Zu den termini sei noch angemerkt, dass die klassische, von Ule (VVdStRL 15, 133) begründete Lehre die hier benutzten Begriffe "Grund- und Betriebsverhältnis" verwendete. In der neueren Literatur werden z.T. andere Begriffe verwendet (statt "Betriebsverhältnis" bspw. "Amtsverhältnis" und statt "Grundverhältnis" bspw. "Statusverhältnis"), ohne dass sich in der Sache ein Unterschied ergibt (vgl. Maurer, VerwR AT, § 9 Rn. 28; der a.a.O. vielfach verwendete Begriff der "innerdienstlichen Weisung" sollte jedoch vermieden werden, da es sich um einen Pleonasmus handelt).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Abgrenzung von Weisung und Verwaltungsakt bei Polizeibeamten: *BayVGH*, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222 (Verbot des Führens von Polizeifahrzeugen); RA 2003, 276 = BayVBl 2003, 212 (Zopftragen im Dienst)

☐ Weitere Fälle zur Außenwirkung bei besonderer Nähebeziehung zum Staat: *SächsOVG*, RA 2006, 396 = NVwZ 2006, 715 (Verpflichtung zur Entbindung eines Arztes von der Schweigepflicht); *BayVGH*, RA 2000, 227 = BayVBl 2000, 180 (Reaktivierung eines Ruhestandsbeamten); *NdsOVG*, NVwZ-RR 2005, 553 (disziplinarische Ahndung von Alkoholmissbrauch)

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Die wilde Ehe"

Leitsatz:

Der Entzug der Dienstwaffe ist kein Verwaltungsakt.

Sachverhalt:

Der Ast. ist Polizeioberkommissar beim Polizeipräsidium C. der Polizeiautobahnstation D. Mit dem vorliegenden Eilantrag wendet sich der Ast. gegen den Entzug seiner Dienstwaffe. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Am 27.2.2005 kam es im Wachraum der Polizeiautobahnstation D. zu einem Gespräch zwischen dem Dienstgruppenleiter E und dem Ast. Der Ast. hatte eine Spraydose mit blauer Baustellenfarbe in der Hand. Im Laufe des Gesprächs gab der Ast. einen Sprühstoß in Richtung des Dienstgruppenleiters ab.

Nach seinen Angaben geschah dies ohne Absicht. Es trat lediglich Treibgas aus. Bereits zuvor hatte der Ast. im Flurbereich mit der Sprühdose blaue Farbe an die Decke gesprüht.

Der Ag. stellte wegen dieses Vorfalles Strafanzeige. Das Verfahren wurde nach § 170 II StPO mit dem Vermerk eingestellt, es sei kein Strafantrag gestellt worden und es liege kein besonderes öffentliches Interesse vor. Weiterhin wurde ein Disziplinarverfahren gegen den Ast. eingeleitet. Nachdem der Ast. am 15.8.2005 nach Urlaub und anschließender Krankenschreibung wieder seinen Dienst antrat, befand sich seine Dienstwaffe nicht in seinem Schließfach. Mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 23.8.2005 forderte der Ast. den Ag. auf, ihm seine Dienstwaffe wieder auszuhändigen. Der Präsident des Polizeipräsidiums C. untersagte dem Ast. bis auf Widerruf das Führen der dienstlich gelieferten Schusswaffe inner- und außerhalb des Dienstes. Zur Begründung bezog er sich auf einen Erlass des Hessischen Innenministeriums vom 3.4.2003 zum "Umgang mit dienstlichen Schusswaffen bei der hessischen Polizei". Danach könnten die Vorgesetzten aus begründetem Anlass das Führen der Schusswaffe inner- und außerdienstlich ganz oder teilweise untersagen. Weiter führte er aus, wegen des Vorfalles am 27.2.2005 hinsichtlich des Verdachts der versuchten gefährlichen Körperverletzung und Sachbeschädigung sowie des Verhaltens des Ast. insgesamt seien seine Vorgesetzten der Auffassung, dass durch ihn auf Grund seiner Reaktionen und des dabei zum Ausdruck kommenden Jähzorns beim Führen der Schusswaffe eine latente Gefahr für seine Mitmenschen/Kollegen gegeben sei. Aus diesem Grunde sei seine Dienstwaffe durch seinen Vorgesetzten eingezogen worden.

Hiergegen hat der Ast. Widerspruch eingelegt und den vorliegenden Eilantrag gestellt. Das VG hat den Antrag zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Hauptantrag

Der Hauptantrag ist unzulässig, denn bei der Verfügung handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt. Es fehlt an einer unmittelbaren Außenwirkung i.S. von § 35 S. 1 VwVfG. Vielmehr handelt es sich um eine behördeninterne Maßnahme.

I. Abgrenzung zwischen Innen- und Außenrecht im Beamtenverhältnis

Behördeninterne Maßnahmen sind an den Beamten allein in seiner Eigenschaft als Amtsträger und Glied der Verwaltung gerichtete, auf organisationsinterne Wirkung zielende Weisungen des Dienstherrn und die auf die Art und Weise der dienstlichen Verrichtung bezogenen innerorganisatorischen Maßnahmen der Behörde, in deren Organisation der Beamte eingegliedert ist

(BVerwG, NJW 1981, 67). Die Qualifikation einer Maßnahme als innerorganisatorisch und ohne Verwaltungsaktqualität ist unabhängig davon, ob sie im Einzelfall tatsächlich Rechte des betr. Beamten beeinträchtigt. Maßgebend ist allein ihr objektiver Sinngehalt (BVerwG, NJW 1981, 67).

II. Subsumtion

Das Verbot, eine Dienstwaffe zu führen (und der Entzug der Waffe) ist objektiv gesehen allein eine Regelung, die die Art der Dienstausbübung des Ast. betrifft (vgl. zum Verbot, ein Dienstfahrzeug zu führen: VGH München, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222 f.). Dies gilt auch für die Folge, dass der Ast. nur noch im Innendienst eingesetzt werden kann. Die von ihm ins Feld geführten "gesellschaftlichen Folgen" sind für die rechtliche Einstufung der Verfügung unerheblich.

B. Hilfsantrag

Der Hilfsantrag ist zulässig. Er ist aber unbegründet. Der Ast. hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht, denn die mit der streitbefangenen Verfügung schriftlich ausgesprochene Untersagung des Führens der dienstlichen Schusswaffe ist rechtmäßig.

I. Ermächtigungsgrundlage

Bei dem Verbot, eine Schusswaffe zu führen, handelt es sich um eine reine Dienstausbübungsanweisung. Dienstausbübungsanweisungen sind innerbetriebliche Maßnahmen, die sich als Realakt darstellen. Sie bedürfen keiner Rechtsgrundlage. Die Befolgungspflicht des Beamten ergibt sich aus § 55 S. 2 BBG.

II. Ermessensausübung

Der Dienstherr trifft solche Entscheidungen nach pflichtgemäßem Ermessen.

1. Weiter Spielraum

Dabei sind ihm sehr weite Grenzen gesetzt (vgl. BVerwGE 60, 144 [151] m.w.N.). Der Dienstherr darf grundsätzlich jedem sachlichen Gesichtspunkt folgen. Kraft seiner Fürsorgepflicht hat er dabei in jedem Einzelfall zu prüfen, ob besondere, in der individuellen persönlichen Sphäre des Beamten gelagerte Verhältnisse vorliegen, die eine andere Beurteilung der beabsichtigten Maßnahme nahe legen (BVerwGE 17, 98). Daneben gelten die allgemeinen Schranken jeder Ermessensausübung (Willkürverbot etc.).

2. Subsumtion

Ein Verstoß gegen diese Grundsätze liegt nicht vor. Durch den Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport vom 3.4.2003 "Umgang mit dienstlichen Schusswaffen bei der hessischen Polizei" (StAnz 2003, 1555) hat der Dienstherr sein Ermessen dahingehend gebunden, dass das Führen der Schusswaffe aus begründetem Anlass ganz oder zeitweise

untersagt werden kann. In der Verfügung wird der Entzug der Dienstwaffe mit dem Vorfall vom 27.2.2005 und dem Verhalten des Ast. insgesamt begründet. Auf Grund der Reaktionen des Ast. und des dabei zum Ausdruck kommenden Jähzorns seien die Vorgesetzten des Ast. der Auffassung, dass beim Führen der Schusswaffe eine latente Gefahr für die Mitmenschen/Kollegen gegeben sei. Diese Einschätzung ist rechtlich nicht zu beanstanden und stellt einen begründeten Anlass im Sinne des zitierten Erlasses dar.

a. Jähzorniges Verhalten als willkürfreie Erwägung

Die ihr zu Grunde liegenden Tatsachen sind auch nicht von dem Ag. aus der Luft gegriffen, sondern vielmehr (wie das VG Wiesbaden, Beschluss vom 5.10.2005 - 8 G 1380/05, ausgeführt hat) durch Vermerke und Aussagen von Kollegen hinreichend dokumentiert. Bezüglich der Vorfälle vom 27.2.2005 ergibt sich dies aus dem Vermerk des Polizeioberkommissars F vom 28.2.2005, der dienstlichen Äußerung von Polizeikommissar E vom 1.3.2005, der Zeugenaussage von Polizeioberkommissarin K vom 7.4.2005 und der Zeugenaussage von Polizeikommissarin I vom 25.4.2005. Danach kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Ast. an diesem Tag mit einer Spraydose den Polizeioberkommissar E im Gesicht angesprayt hat, nachdem er bereits zuvor die Decke im Flur des Dienstgebäudes besprayt hatte. Allein dies rechtfertigt schon den Entzug der Schusswaffe. Die Einlassung des Ast., er sei versehentlich mit dem rechten Zeigefinger an den Sprühkopf der Dose gekommen, wodurch sich zufällig und unabsichtlich ein kurzer Sprühstoß gelöst habe, ist angesichts des Umstandes, dass der Ast. bereits zuvor einen Sprühstoß an die Decke des Flures im Dienstgebäude abgegeben hat, als Schutzbehauptung zu werten. Bei einem Polizeibeamten, der eine Dienstwaffe führt, muss jederzeit Gewähr für einen besonnenen Umgang mit dieser Waffe bestehen. Wer in einem Streitgespräch eine Spraydose auslöst, bietet Anlass zu

Zweifeln in dieser Hinsicht.

Die Einschätzung des Ast. als jähzornig beruht ersichtlich auf dem Schreiben von EPHK H vom 15.7.2005, in dem dieser ausführt, die Beamten seien sich ebenfalls einig, dass unter Umständen auf Grund der Spontaneität (Jähzorn) des Beamten in Verbindung mit der von ihm geführten Schusswaffe eine latente Gefahr für seine Mitmenschen/Kollegen gegeben sein könne. Auch eine solche dienstliche Äußerung eines Vorgesetzten darf der Dienstherr berücksichtigen. Aus den mittlerweile vorliegenden ärztlichen Gutachten und Stellungnahmen ergeben sich keine Zweifel an der Richtigkeit der Gefahreinschätzung des Ag. Der Leitende Polizeiarzt Dr. J kommt in seiner Begutachtung auf Grundlage der Stellungnahme des Zentralen Polizeipsychologischen Dienstes zu dem Ergebnis, der Ast. sei nur im Innendienst ohne Führen der Schusswaffe einsetzbar.

b. Zeitlicher Abstand kein Hinderungsgrund

[...] Der Umstand, dass der Entzug der Schusswaffe erst im August 2005 erfolgt ist, der Vorfall mit der Spraydose sich aber bereits Ende Februar ereignet hat, berührt die Rechtmäßigkeit der Verfügung vom 9. 9. 2005 nicht. Zwar lagen die Voraussetzungen für den Entzug der Dienstwaffe bereits seit Ende Februar vor. Durch den späten Erlass der Verfügung ist der Ast. aber nicht in Rechten verletzt. Eine Änderung der Sachlage dahingehend, dass die Voraussetzungen für die Einziehung der Schusswaffe nicht mehr gegeben wären, ist nicht eingetreten.

c. Einstellung des Strafverfahrens

[...] Entgegen dem Vortrag des Ast. wurde das Strafverfahren nicht allein mangels hinreichenden Tatverdachtes, sondern (ausweislich der Ermittlungsakte) zwar nach § 170 II StPO, aber mit dem Vermerk "kein Strafantrag, kein besonderes öffentliches Interesse" eingestellt. [...]

*Zivilrecht***Standort: Sachenrecht****Problem: Übertragung eines AWR**

BGH, URTEIL VOM 10.06.2007

X ZR 5/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Herausgabe eines Fahrzeugbriefes.

Der frühere Bekl. erwarb im Jahr 2001 einen Personenwagen Fabrikat Nissan, wobei er den Kaufpreis über einen Kredit finanzierte. Dieses Fahrzeug überließ er auf Grund einer Nutzungsvereinbarung dem Kl., der auch die laufenden Kosten zu tragen hatte. Dem Kl. war die Veräußerung des Fahrzeugs nicht gestattet. Der Kl. ließ das Fahrzeug verabredungsgemäß auf seinen Namen zu. Nach Tilgung des Kredits übersandte das finanzierende Kreditinstitut den Fahrzeugbrief an den früheren Bekl..

Der Kl. begehrt nunmehr die Herausgabe des Fahrzeugbriefes. Er behauptet, der frühere Bekl. habe schon drei Monate nach dem Erwerb des Fahrzeugs erklärt, dieses dem Kl. zu schenken. Der frühere Bekl. hat die Schenkung bestritten. Der nunmehrige Bekl. hat den vorherigen beerbt.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Begehren weiter. Die jetzige Bekl. tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung betrifft einen sehr klausurrelevantes Problemfeld aus dem Mobiliarsachenrecht. Es geht um die Übertragung eines Anwartschaftsrechts, dies nachfolgend an eine gescheiterte Übereignung.

Im Gegensatz zum Grundstücksrecht ist beim Mobiliarsachenrecht eine bedingte Übereignung möglich. Der häufigste Fall der bedingten Übereignung ist der Eigentumsvorbehalt. Sachenrechtlich erfolgt die Übergabe des Kaufgegenstandes an den Erwerber und die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang. Diese ist jedoch aufschiebend bedingt durch die vollständige Kaufpreiszahlung. Der Vorbehaltskäufer hat dadurch den Vorteil, die Sache nutzen zu können, ohne sofort den Kaufpreis zahlen zu müssen. Das Eigentum geht mit dem Bedingungseintritt automatisch auf den Käufer über, ohne dass es eines weiteren rechtsgeschäftlichen Übertragungsakts bedarf, da die dingliche Einigung bereits erfolgt ist (Schwab/Prütting,

Sachenrecht, § 33 Rn 389 a). Bis zum Bedingungseintritt ist der Vorbehaltskäufer vor Verfügungen des Vorbehaltsverkäufers durch das Anwartschaftsrecht geschützt, § 161 I BGB. Der Käufer erlangt also eine Rechtsposition, die der Verkäufer nicht mehr einseitig zerstören kann. Das Anwartschaftsrecht ist das wesensgleiche Minus zum Vollrecht Eigentum (BGHZ 35, 85 = NJW 1961, 1349). Da das Anwartschaftsrecht ein subjektives Recht ist, kann es auch Gegenstand einer Verfügung sein. Die Verfügung vollzieht sich in den Formen, die für die Übertragung des Vollrechts vorgeschrieben ist, also nach §§ 929 ff. BGB in analoger Anwendung, nicht aber nach §§ 398 ff. BGB. Die Befugnis kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden, § 137 BGB. Aus der selbständigen Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts folgt dann auch, dass im Fall des Eintritts der Bedingung der Erwerber des Anwartschaftsrechts das Eigentum unmittelbar erwirbt, nicht etwa durch Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers (BGHZ 20, 88 = NJW 1956, 667). Dies erlangt vor allem bei einer Pfändung Bedeutung. Hat ein Gläubiger des Vorbehaltskäufers bei diesem die Sache gepfändet, hatte der Vorbehaltskäufer aber bereits vorher im Wege des Besitzkonstituts die Anwartschaft übertragen, dann erwirbt der Erwerber der Anwartschaft unbelastetes Eigentum.

Das Anwartschaftsrecht erlischt insbesondere bei Eintritt der Bedingung, bei Unwirksamwerden des Kausalgeschäfts, durch einseitigen Verzicht des Verkäufers auf den Eigentumsvorbehalt (ein einseitiger Verzicht auf dingliche Rechts ist immer möglich), bei gutgläubigem Erwerb durch einen Dritten, wenn dieser entweder vom Verkäufer nach §§ 161 III, 932 BGB das Eigentum oder vom Käufer gem. § 932 BGB erwirbt. Im ersteren Fall ist jedoch zu beachten, dass der Eigentumserwerb vom Verkäufer gem. § 936 III BGB aber dann ausgeschlossen ist, wenn der Vorbehaltskäufer (wie im Regelfall) unmittelbarer Besitzer ist (Vgl. Schwab/Prütting, § 33 Rn 395)

Vertiefungshinweise:

❑ Zum einfachen Eigentumsvorbehalt: *Brox*, JuS 1984, 657; *Hoffmann*, Jura 1995, 457; *Döring*, NJW 1996, 1443; *Leible/Sosnitzka*, JuS 2001, 34; *Bonin*, JZ 2002, 438; *Schmidt-Recla*, JuS 2002, 759

❑ Zur Übertragung des Eigentums: *Derleder*, JZ 1999, 176; *Schreiber/Burbulla*, Jura 1999, 150; *Mas-*

loff, JA 2000, 503

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der vielseitige Besitzer"

Assessorkurs: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Anwartschaftsrecht ist das wesensgleiche Minus zum Vollrecht. Es ist in analoger Anwendung der Regelungen zur Übertragung des Vollrechts selbständig übertragbar. Das Eigentum geht mit dem Bedingungseintritt automatisch auf den Erwerber über, ohne dass es eines weiteren rechtsgeschäftlichen Übertragungsakts bedarf, da die dingliche Einigung bereits erfolgt ist (sog. Direkterwerb).

2. Der Eigentumsübergang durch Einigung bedarf wegen des sachenrechtlichen Typenzwangs über die Einigung hinaus keiner weiteren Momente.

Sachverhalt:

Der Kl. ist der Sohn des im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits verstorbenen früheren Bekl., dessen Alleinerbin die jetzige Bekl. ist, die das Verfahren aufgenommen hat. Der frühere Bekl. erwarb im Jahr 2001 einen Personenwagen Fabrikat Nissan, wobei er den Kaufpreis über einen Kredit finanzierte. Dieses Fahrzeug überließ er auf Grund einer Nutzungsvereinbarung dem Kl., der die laufenden Kosten zu tragen hatte, dem aber die Veräußerung des Fahrzeugs nicht gestattet war. Der Kl. ließ das Fahrzeug verabredungsgemäß auf seinen Namen zu. Nach Tilgung des Kredits übersandte das finanzierende Kreditinstitut den Fahrzeugbrief an den früheren Bekl..

Der Kl. hat mit der Behauptung, der frühere Bekl. habe schon drei Monate nach dem Erwerb des Fahrzeugs erklärt, dieses dem Kl. zu schenken, die Herausgabe des Fahrzeugbriefs begehrt. Der frühere Bekl. hat die Schenkung bestritten.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Formvorschriften für eine Schenkung nicht eingehalten und der Formmangel nicht geheilt seien. Die Berufung des Kl. ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Begehren weiter. Die jetzige Bekl. tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision des Kl. führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das BerGer., dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, unstreitig sei das Fahr-

zeug an das finanzierende Kreditinstitut sicherungsübereignet gewesen. Dieses habe auf seine Rechte aus der Sicherungsübereignung erst nach vollständiger Ratenzahlung und Übersendung des Fahrzeugbriefs an den früheren Bekl. verzichtet. Zum Zeitpunkt der streitigen Äußerung sei der frühere Bekl. noch nicht Eigentümer des Fahrzeugs gewesen und habe dieses nicht auf den Kl. übertragen können. Der frühere Bekl. habe auch sein Eigentumsanwartschaftsrecht nicht übertragen, denn zu dessen Übertragung sei ein dinglicher Übertragungsakt erforderlich, der beispielsweise in der Übernahme der Kreditraten durch den Kl. oder in der Bestimmung des Kl. als Adressat der Herausgabe des Fahrzeugbriefs habe liegen können; derartige sei aber auch nach dem Vortrag des Kl. nicht erfolgt. Das in der behaupteten Äußerung des früheren Bekl. liegende formlose Schenkungsversprechen sei wegen Verletzung von § 518 I BGB unwirksam. Der Formmangel sei auch nicht durch Vollzug der Schenkung geheilt worden. Ein solcher sei im Fall eines erst in der Zukunft liegenden Vollrechtserwerbs des Beschenkten nur anzunehmen, wenn der Schenker bereits alles getan habe, was für den späteren Vollrechtserwerb erforderlich sei; daran habe es aber gefehlt, weil die weitere Tilgung der Kreditraten noch vom Willen des früheren Bekl. abgehangen habe.

II. Angriff des Kl. in der Revision

Der Kl. macht geltend, das BerGer. habe es unterlassen zu prüfen, ob der frühere Bekl. dem Kl. das Anwartschaftsrecht schenkweise überlassen habe. Dies habe dadurch geschehen können, dass sich der Kl. und der frühere Bekl. darüber einig gewesen seien, dass der Kl. das Fahrzeug nicht mehr für den früheren Bekl., sondern für das finanzierende Kreditinstitut habe besitzen sollen. Die Übernahme der Kreditraten durch den Kl. hätte einer Schenkung entgegengestanden, da die Übereignung in diesem Fall nicht unentgeltlich erfolgt wäre, und der Übertragung des Herausgabeanspruchs hinsichtlich des Fahrzeugbriefs habe es wegen § 952 BGB nicht bedurft.

III. Entscheidung des BGH in der Revision

Den Angriffen der Revision kann der Erfolg nicht versagt bleiben.

1. Erwerb des AWR nach sachenrechtlichen Grundsätzen

Dem Kl., der unstreitig im Besitz des Fahrzeugs ist, steht der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugbriefs zu, wenn er Eigentümer des Fahrzeugs geworden ist (§ 952 II BGB in zumindest entsprechender Anwendung; vgl. BGHZ 34, 122, 134; 88, 11, 13; MünchKomm/ Füller, BGB, 4. Aufl. 2004, Rdn. 9 zu § 952; AnwKomm/von Plehwe, BGB, 2004, Rdn. 3 zu § 952). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach sachenrechtlichen Grundsätzen auch nach § 929

S. 2 BGB. Unstreitig war zum Zeitpunkt der behaupteten Erklärung des früheren Bekl. das finanzierende Kreditinstitut noch Vorbehaltseigentümer des Fahrzeugs; dem früheren Bekl. stand lediglich ein Eigentumsanwartschaftsrecht zu. Dieses konnte der frühere Bekl. jedoch nach den Regeln der §§ 929 ff. BGB auf den Kl. übertragen, und somit auch durch bloße Einigung nach § 929 S. 2 BGB, nachdem sich das Fahrzeug bereits im Alleinbesitz des Kl. befand (vgl. Münch-Komm/Quack, BGB, 4. Aufl. 2004, Rdn. 156 zu § 929; AnwKomm/Schilken, BGB, 2004, Rdn. 64 zu § 929). Die Einigung hatte sich lediglich auf den Eigentumsübergang des Fahrzeugs an den Kl. zu beziehen und bedurfte infolge des sachenrechtlichen Typenzwangs auch keiner weiteren Momente, wie dies das BerGer. irrtümlich angenommen hat (vgl. Münch-Komm/Quack, aaO, Rdn. 71, 73). Im Fall einer Einigung nach § 929 S. 2 BGB war die Schenkung zugleich (als "Handschenkung") im Sinn des § 516 I bewirkt (vgl. BGH, Urt. v. 11.06.1960 - V ZR 200/58, MDR 1960, 1004).

2. Zurückverweisung an das BerGer.

Das BerGer. hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geklärt, ob der Bekl., wie vom Kl. behauptet, rund drei Monate nach dem Erwerb des Fahrzeugs erklärt hat, dieses dem Kl. zu schenken. Es wird dieser unter Zeugenbeweis gestellten Behauptung nunmehr nachzugehen haben, wenn es nicht aus anderen Gründen zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass eine dingliche Einigung gleichwohl nicht erfolgt ist. Hierfür spricht allerdings nach dem festgestellten Sachverhalt und dem im Berufungsurteil wiedergegebenen Parteivortrag derzeit nichts. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass aus der Erklärung, etwas zu "schenken", nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden kann, dass die Beteiligten nur die schuldrechtliche Seite des Geschäfts im Auge hatten; denn die Kenntnis des Abstraktionsprinzips kann bei rechtlich nicht geschulten Parteien nicht in jedem Fall vorausgesetzt werden. Die von der Revision angeführten Gesichtspunkte sind zudem tendenziell eher geeignet, die Auffassung des Kl. zu stützen.

Standort: Erbrecht

Problem: Auslegung, Erbeinsetzung, Vermächtnis

OLG MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 21.05.2007
31 Wx 120/06 (NJW-RR 2007, 1162)

Problemdarstellung:

Die Erblasserin verstarb im Mai 2004. Sie war ledig und kinderlos. Sie hatte jedoch vier Schwestern, wovon eine bereits im Jahre 1956 vorverstorben war. Zwei weitere Schwestern waren zwar zum Zeitpunkt der Errichtung des eigenhändigen Testaments am 15.12.1992 noch am leben, verstarben aber in den Jahren 1995 und 1997.

Nach Eintritt des Erbfalls ermittelte das Nachlassgericht den Wert der verschiedenen Vermögensgegenstände: Ein Haus wurde mit einem Wert von 223.000 €, das Barvermögen mit 152.716 € bewertet. Unter dem 31.11.2004 wurde ein Erbschein erteilt. Demgemäß wurde die Erblasserin von einem Sohn einer ihrer Schwestern (Bet. zu 1) als Alleinerbe beerbt. Des Weiteren wurde die Testamentsvollstreckung angeordnet.

Unter dem 22.11.2005 beantragten die Abkömmlinge der Schwestern der Erblasserin die Einziehung des Erbscheins sowie die Erteilung eines neuen Erbscheins beim Nachlassgericht. Dem kam das Nachlassgericht mit Beschluss vom 02.02.2006 nach. Das Nachlassgericht kündigte im Wege des Vorbescheids an, antragsgemäß einen neuen Erbschein zu erteilen. Die dagegen seitens des Bet. zu 1 eingelegte Beschwerde, der das Nachlassgericht auch nach weiteren Ermittlungen nicht abhalf, wies das LG mit Beschluss vom 16.11.2006 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere

Beschwerde des Bet. zu 1. Die weitere Beschwerde hat teilweise Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist wegen der Ausführungen des OLG München zur Auslegung von einem eigenhändigen Testament lesenswert. Zwar enthält sie keine neuen Erwägungen, jedoch wird die Entwicklung der Auslegung nahezu schulmeisterlich dargelegt.

Die Auslegungsproblematik gehört zum Standardwissen im Erbrecht. Jede Willenserklärung besteht aus dem Willen und seiner Erklärung. Die Auslegung der Erklärung dient der Ermittlung ihres rechtlich maßgeblichen Sinnes. Man kommt jedoch zu anderen Ergebnissen, je nachdem, ob die Interessen des Erklärenden oder aber der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers im Vordergrund steht. Im ersteren Falle würde der wahre Wille des Erklärenden ermittelt, im letzten Falle wäre der objektive Empfängerhorizont maßgeblich.

Bei der Auslegung von einseitigen Verfügungen von Todes wegen ist der Vertrauensschutz nicht geboten. Maßgeblich ist daher der wahre Wille des Erblassers gem. § 133 BGB zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Daher ist nicht auf § 157 BGB abzustellen, sondern allein auf § 133 BGB. Die Ermittlung des Willens des Erblassers geschieht anhand des sachlichen Inhalts der letztwilligen Verfügung und nicht, welche Worte er verwendet hat (Palandt-Edenhofer, § 2087, Rn 2).

Subsidiär dazu ist die ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung. Die ergänzende Auslegung

kommt immer dann in Betracht, wenn dem Erblasser bereits bei der Willensbildung ein Fehler unterlaufen ist. Stellt sich also heraus, dass der Erblasser von einem unrichtigen Motiv oder Wertungsmoment ausgegangen ist, dann muss gefragt werden, was der Erblasser bei richtiger Wertung gewollt hätte. Beim Testament erhält die ergänzende Auslegung eine besondere Bedeutung, da eine Änderung des Testaments nach dem Tod des Erblassers nicht mehr möglich ist, während bei Geschäften unter Lebenden diese regelmäßig in der Lage sind, sich über eine Anpassung zu einigen (Brox, Erbrecht, § 15 Rn 199).

Lässt ein Testament verschiedene Auslegungen zu, so ist gem. § 2084 BGB diejenige Auslegung vorzuziehen, bei der die Verfügung Erfolg haben kann. Diese wohlwollende Auslegung setzt voraus, dass ein gültiges Testament vorliegt und die Auslegung nicht zu einer eindeutigen Feststellung des Erblasserwillens geführt hat. Daraus folgt, dass § 2084 BGB in den Fällen nicht weiter hilft, in denen das Testament wegen Formmangels nichtig ist oder wenn unklar bleibt, ob ein Schriftstück vom Erblasser als Testament oder nur als Testamentsentwurf gewollt war.

Nur in den Fällen, in denen sich der wahre Wille des Erblassers durch die Auslegung nicht ermitteln lässt, sind die gesetzlichen Auslegungsregeln anzuwenden. Die Auslegungsregeln im Erbrecht entsprechen den allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen. Die Auslegungsregeln befinden sich vornehmlich im fünften Buch des BGB. Hier wandte das Beschwerdegericht vorschnell, d.h. bevor die Auslegungsmethoden erschöpft waren, die gesetzliche Auslegungsregeln des § 2087 II BGB an. Demnach ist in den Fällen, in denen nur einzelne Gegenstände zugewendet werden, im Zweifel nicht anzunehmen, dass er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist. Wesentliches Kriterium ist generell das Werteverhältnis der zugewendeten Gegenstände zum Gesamtnachlass (Köln, Rechtspf. 1992, 199). Dabei kann sich ergeben, dass nur scheinbar ein einzelner Vermögensgegenstand zugewendet wird, in Wahrheit aber der Erblasser damit dem Bedachten einen Bruchteil seines Vermögens, eine Vermögensgruppe oder sogar sein ganzes Vermögen zuwenden wollte (BGH, FamR Z 1972, 561; BayOLG, Rechtspf. 1980, 430; FamRZ 1997, 1177).

Vertiefungshinweise:

Zur Auslegung im Erbrecht: *Sonnatg*, ZEV 1996, 1; *Foerste*, DNotZ 1993, 84; *Wacke*, DNotZ 1990, 403; *Smid*, JuS 1987, 283; *BGH*, NJW 1981, 1737; *Battes*, JZ 1978, 733

Zum Erbschein: *BGH*, RA 2006, 744; *BayObLG*, NJW-RR 2006, 372; *Kammerlohr*, JA 2003, 143; *BayObLG*, NJW-RR 2000, 962; *Zimmermann*, ZEV 1995, 275; *Weiß*, Jura 1985, 486; *Kunicke*, 1981 281; *Deubner*, JuS 1961, 34

Zum Vermächtnis: *Bengel*, NJW 1990, 1826; *Loritz*, NJW 1988, 2697; *Kuchinke*, JZ 1983, 483; *Weimar*, MDR 1975, 551

Kursprogramm:

Examenskurs: "Teures Moped"

Examenskurs: "Das Trauerspiel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die individuelle Auslegung ist vorrangig vor der Anwendung der Auslegungsregel des § 2087 II BGB.

2. Hat der Erblasser testamentarisch Einzelzuwendungen von Gegenständen oder Vermögensgruppen vorgenommen, die nach seiner Vorstellung zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung praktisch sein gesamtes Vermögen ausmachen, ist entgegen § 2087 II BGB regelmäßig von Erbeinsetzung auszugehen.

Sachverhalt:

Die am 14.05.2004 im Alter von 89 Jahren verstorbene Erblasserin war ledig und kinderlos. Sie hatte vier Schwestern: A (Mutter der Bet. zu 4 - 7), M (Mutter der Bet. zu 8-10), AI (Bet. zu 2, Mutter der Bet. zu 1 und 11) und E (Mutter des Bet. zu 3). Die Schwester E war 1956 vorverstorben. Die Schwestern A und M waren zum Zeitpunkt, als die Erblasserin am 15.12.1992 das nachfolgend aufgeführte Testament errichtete, noch am Leben, sind jedoch nach Errichtung des Testaments in den Jahren 1995 und 1997 vorverstorben. Das privatschriftliche Testament vom 15.12.1992 hat im Wesentlichen folgenden Wortlaut: „Nach meinem Ableben soll mein Haus an I (Bet. zu 1) übergehen, aber nicht auf deren Ehemann. Sollte I etwas zustoßen, so soll es auf deren Tochter J übergehen. Das Haus darf aber nicht verkauft werden. Die Grabpflege soll von dem Hausbesitzer übernommen werden. Der Grabstein der standesgemäß und mit einer Muttergottes versehen werden soll, soll von meinen Ersparnissen abgezogen werden, Mindestbetrag 10.000 DM. I braucht nichts an andere auszubezahlen. Mein erspartes Geld soll auf meine Geschwister aufgeteilt werden, zu gleichen Teilen. An T (Bet. zu 2), aber nicht auf deren Ehemann, an M und an T. Ich hoffe, dass sie einen Teil davon an ihre Kinder verteilen. Vom Hausbesitzer soll übernommen werden, dass jährlich eine Jahresmesse sowie zwei weitere kleine Messen für mich gelesen werden. Th (Bet. zu 3), der Sohn von meiner Schwester E, die gestorben ist, soll den gleichen Anteil bekommen wie meine Geschwister (wie oben angeführt). Ich hoffe, dass Ihr auch im Gebet an mich denkt, da ich meine Ersparnisse mit meiner Hände Arbeit sauer verdient habe. Die Verteilung sollen (Bet. zu 11) und (Bet. zu 4) übernehmen. [...] Ich hoffe, dass alles ehrlich verteilt wird und kein Streit ent-

steht. [...] (Ort, Datum, Unterschrift)“

Nach den damaligen Angaben und Ermittlungen ging das NachlassG von einem Wert des Hauses in Höhe von rund 223.000 Euro aus und von einem Geldvermögen in Höhe von 152.716 Euro. Es erteilte am 23.11.2004 einen Erbschein, der die Bet. zu 1 als Alleinerbin sowie die Testamentsvollstreckung ausweist. Mit Schriftsatz vom 22.11.2005 beantragten die Bet. zu 4 bis 10 die Einziehung dieses Erbscheins und die Erteilung eines neuen Erbscheins, wonach die Erblasserin auf Grund letztwilliger Verfügung von den Bet. zu 2 und 3 zu je $\frac{1}{4}$, von den Bet. zu 4 bis 7 zu je $\frac{1}{16}$ und von den Bet. zu 8 bis 10 zu je $\frac{1}{12}$ beerbt worden ist. Zur Begründung ist ausgeführt, dass nachträglich ein Geldvermögen von mindestens 770.000 Euro festgestellt worden sei. Die ursprüngliche Annahme der Bet. und des NachlassG, dass das der Bet. zu 1 zugewandte Haus den wesentlichen Vermögensgegenstand der Erblasserin darstelle und sie deshalb Alleinerbin sei, habe sich damit als unzutreffend herausgestellt.

Mit Beschluss vom 02.02.2006 zog das NachlassG den Alleinerbschein ein und kündigte im Wege des Vorbescheids an, einen neuen Erbschein wie von den Bet. zu 4 bis 10 beantragt zu erteilen. Die Beschwerde der Bet. zu 1, der das NachlassG nach weiteren Ermittlungen nicht abhalf, wies das LG mit Beschluss vom 16.11.2006 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1. Die vom NachlassG angeordnete Einziehung des Erbscheins ist noch nicht vollzogen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hatte teilweise Erfolg.

1. Einziehung des Erbscheins ist rechtmäßig

Sie bleibt erfolglos, soweit sie sich gegen die Einziehung des der Bet. zu 1 erteilten Alleinerbscheins wendet. Die Einziehung ist zu Recht angeordnet, da die Bet. zu 1 nicht Alleinerbin ist; sie ist Miterbin zu $\frac{1}{5}$.

1. Entscheidung und Begründung des LG im Rahmen der Beschwerdeentscheidung

Das LG hat sich den Erwägungen des NachlassG angeschlossen und ergänzend im Wesentlichen ausgeführt:

Die Auslegung ergebe, dass die Bet. zu 2 bis 10 die Erblasserin als gesetzliche Erben beerbt haben und die Bet. zu 1 das Hausgrundstück als Vermächtnis bekommen soll. Der wertmäßige Anteil des Hausgrundstücks am Wert des Gesamtnachlasses betrage 22,5%. Den wesentlichen Wert des Nachlasses habe die Erblasserin gerade nicht der Bet. zu 1, sondern ihren Geschwistern bzw. deren Abkömmlingen vermacht; diese könnten daher keinesfalls als bloße Vermächtnisnehmer angesehen werden. Die durchgeführten Ermittlungen des NachlassG hätten keine konkreten Hinweise erbracht, dass der Bet. zu 1 auch eine Erbenstellung zukommen

solle. Es verbleibe daher bei der Auslegungsregel des § 2087 II BGB, wonach im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass derjenigen, dem nur einzelne Gegenstände zugewandt werden, auch Erbe sein solle. Der Umstand, dass der Bet. zu 1 die Grabpflege übertragen sei, ändere daran nichts. Die höheren Beerdigungskosten inklusive des Grabsteins seien von den Ersparnissen zu bestreiten und fielen daher gerade nicht der Bet. zu 1 zur Last. Das NachlassG habe den Willen der Erblasserin zu Recht dahin ausgelegt, dass gesetzliche Erbfolge gewollt gewesen sei. Schon bei Errichtung des Testaments sei es der Erblasserin offensichtlich ein Anliegen gewesen, dass die weiteren Abkömmlinge ihrer Geschwister bedacht werden. Dies lasse nur den Schluss zu, dass die weiteren Abkömmlinge auch im Falle des Vorversterbens von Geschwistern nicht leer ausgehen, sondern an deren Stelle treten sollten.

2. Entscheidung des OLG München in der weiteren Beschwerde

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand (§ 27 I FGG, § 546 ZPO). Die Auslegung des Testaments (§§ 133, 2084 BGB) durch das LG kann auch unter Berücksichtigung des nur eingeschränkten Prüfungsmaßstabs in der Rechtsbeschwerdeinstanz (vgl. BayObLGZ 1997, 59 [65] = NJW-RR 1997, 836) vom Senat nicht bestätigt werden.

a. Gewillkürte Erbfolge liegt vor, § 133 BGB

Zu beanstanden ist zunächst schon, dass die Ausführungen nicht hinreichend erkennen lassen, ob das LG von testamentarischer oder von gesetzlicher Erbfolge ausgeht. Die Formulierung, die Bet. zu 2 bis 10 hätten die Erblasserin „als gesetzliche Erben“ beerbt, deutet auf gesetzliche Erbfolge hin. Das Gleiche gilt für die Ausführung, das NachlassG habe zu Recht den Willen der Erblasserin dahin ausgelegt, dass „gesetzliche Erbfolge“ gewollt gewesen sei. Das NachlassG ist aber keineswegs von gesetzlicher Erbfolge ausgegangen. Es hat einen Erbschein angekündigt, wonach die Bet. zu 2 bis 10 „auf Grund letztwilliger Verfügung“ Erben sind. Dies hatten die Bet. zu 4 bis 10 auch so beantragt. Nach der Auslegung des NachlassG hat die Erblasserin testamentarisch ihre gesetzlichen Erben eingesetzt. Das ist testamentarische und nicht gesetzliche Erbfolge. Das LG hat sich einerseits diese Auffassung durch ausdrückliche Bezugnahme auf die Ausführungen des NachlassG zu eigen gemacht, gebraucht aber andererseits den Begriff „gesetzliche Erbfolge“. Allerdings könnte es sich insoweit nur um eine verunglückte Formulierung handeln. Dagegen spricht aber wiederum, dass das LG in einem Hinweis an die Bet. die Möglichkeit erwogen hat, dass die Erblasserin nur über einen Bruchteil (das Grundstück) verfügen und im Übrigen gesetzliche Erbfolge eintreten lassen wollte. Das wäre rechtlich etwas ganz anderes als die

vom NachlassG gefundene Lösung. So bleibt im Ergebnis unklar, ob das LG die Bet. zu 2 bis 10 nun als testamentarische oder als gesetzliche Erben ansieht. Tatsächlich findet, wie die weitere Beschwerde zu Recht geltend macht und die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, die Annahme, die Erblasserin habe keine Erbeinsetzung vornehmen und gesetzliche Erbfolge eintreten lassen wollen, weder im Testament noch im sonstigen Sachverhalt eine Stütze.

b. Auslegung der Zuwendung als Vermächtnis ist zweifelhaft

Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet auch die Begründung, mit der das LG die Zuwendung an die Bet. zu 1 als Vermächtnis qualifiziert. Es stellt im Kern den Wert des der Bet. zu 1 vermachten Hausgrundstücks dem viel höheren Wert des Gesamtnachlasses gegenüber und zieht im Übrigen § 2087 II BGB heran, wonach die Zuwendung nur eines einzelnen Gegenstands im Zweifel als Vermächtnis gilt. Das lässt unberücksichtigt, dass auch den anderen bedachten Personen gemeinsam nur ein bestimmter Vermögensgegenstand, nämlich das „ersparte Geld“, - und nicht etwa das übrige Vermögen - zugewandt ist. Das steht zwar der Auslegung nicht entgegen, dass insgesamt eine Erbeinsetzung auf den gesamten Nachlass vorliegt, da der nicht ausdrücklich im Testament verteilte Nachlass gegenüber dem verteilten Nachlass hier ersichtlich wertmäßig nicht ins Gewicht fällt. Im Rahmen der vorrangigen individuellen Auslegung, ob die Zuwendung des Grundstücks an die Bet. zu 1 eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis ist, ist aber auch in den Blick zu nehmen, dass die Erblasserin überhaupt nur Einzelzuweisungen - Grundstück, erspartes Geld - vorgenommen und dabei, da der Vermögensgegenstand „erspartes Geld“ mehreren Personen zugewandt ist, der Bet. zu 1 die wertmäßig größte Einzelzuwendung gemacht hat (vgl. hierzu noch unten). Mit diesem für die Auslegung bedeutsamen Umstand haben sich die Vorinstanzen nicht auseinandergesetzt.

3. Auslegung des Testaments gem. § 133 BGB

Da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann der Senat die Auslegung des Testaments selbst vornehmen. Sie führt zu dem Ergebnis, dass die Erblasserin die Bet. zu 1, die drei Schwestern und den Sohn der vorverstorbenen Schwester E zu gleichen Teilen, also zu je ein Fünftel, zu Erben eingesetzt hat; an die Stelle der zwischen Testamenterrichtung und Erbfall verstorbenen zwei Schwestern treten ersatzweise deren Abkömmlinge.

a. Vorrang der individuellen Auslegung vor derjenigen gem. § 2087 II BGB

Vorrangig vor der Anwendung der Auslegungsregel des § 2087 II BGB ist die individuelle Auslegung. Hat der Erblasser testamentarisch Einzelzuwendungen von

Gegenständen oder Vermögensgruppen vorgenommen, die nach seiner Vorstellung bei Testamenterrichtung praktisch sein gesamtes Vermögen ausmachen, ist entgegen § 2087 II BGB regelmäßig von Erbeinsetzung auszugehen; denn es kann nicht angenommen werden, dass der Erblasser seinen gesamten wesentlichen Nachlass verteilt, ohne einen oder mehrere Erben einsetzen zu wollen. Die Auslegung kann ergeben, dass ein Bedachter Alleinerbe ist, wenn ihm ein das übrige Vermögen an Wert so sehr übersteigender Gegenstand zugewandt ist, dass die Annahme naheliegt, der Erblasser habe im Wesentlichen in diesem Gegenstand seinen Nachlass erblickt (BayObLGZ 1992, 296 [299]; BayObLGZ 2003, 149 = BeckRS 2003, 07711). Sie kann auch ergeben, dass alle Bedachten Erben sind, wobei dann die Erbquoten anhand des wirtschaftlichen Wertverhältnisses der zugewandten Gegenstände oder Vermögensgruppen zu ermitteln sind (BGH, FamRZ 1990, 396).

b. Erbeinsetzung zu je 1/5 ist erfolgt

Gemessen an diesen Kriterien sind die bedachten Personen - Bet. zu 1, die drei zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung noch lebenden Schwestern und der Sohn der damals bereits verstorbenen Schwester - als Erben zu je 1/5 eingesetzt. Zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung setzte sich das wesentliche Vermögen der Erblasserin aus den beiden Positionen Hausgrundstück und Geldvermögen zusammen. Es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden und wird von keinem Bet. in Frage gestellt, dass die Erblasserin mit dem Begriff „erspartes Geld“ ihr gesamtes Geldvermögen - Bargeld, Sparguthaben, Wertpapiere, Fondsanteile usw. im In- und Ausland - gemeint hat. Sie hat also testamentarisch über ihr gesamtes wesentliches Vermögen verfügt, das heißt die Erben ihres Vermögens bestimmen wollen. Für einen fehlenden Erbeinsetzungswillen fehlt jeder Anhalt.

Zum für die Ermittlung ihrer damaligen Vorstellung maßgeblichen Zeitpunkt der Testamenterrichtung hatte das Vermögen der Erblasserin etwa die gleiche Größenordnung wie zum Zeitpunkt des Todestages, nach heutiger Währung rund 1 Mio. Euro. Davon entfällt ein Wert von ca. 223.000 Euro auf das Hausgrundstück, das die Bet. zu 1 bekommt; ca. 770.000 Euro entfallen auf das Geldvermögen, das sich vier Personen teilen sollen. Bei diesen Wertverhältnissen liegt es fern, die Bet. zu 1 als Begünstigte des Hausgrundstücks als Alleinerbin anzusehen und die übrigen Personen als Vermächtnisnehmer. Die gegenteilige Annahme, dass die vier Begünstigten des Geldvermögens Erben sind und die Bet. zu 1 nur Vermächtnisnehmerin, ist aber ebenfalls nicht gerechtfertigt. Die Bet. zu 1 sollte nach der Vorstellung der Erblasserin einen Gegenstand von ungefähr gleich hohem oder sogar höherem Wert erhalten (223.000 Euro) als jeder der übrigen vier Erben (je 192.500 Euro). Das legt eine Erben-

stellung aller fünf Bedachten nahe. Dass ausgerechnet die Bet. zu 1, die der Erblasserin besonders nahe stand und der sie mit dem Hausgrundstück nicht nur den wohl wertvollsten Anteil, sondern auch denjenigen Gegenstand vermachte, dessen weiteres Schicksal der Erblasserin besonders am Herzen lag („darf nicht verkauft werden“), der sie ferner die Grabpflege und das jährliche Lesen der Messen anvertraut hat, nicht zu den Erben gehören sollte, lässt sich dem Testament nicht entnehmen.

Sind somit alle fünf Personen als Erben eingesetzt, so ist ihr Anteil nach dem Wertverhältnis dahin zu bestimmen, dass sie, da mit ungefähr gleichem Wert bedacht, Erben zu je 1/5 sind. Eine genauere Aufteilung nach Tausendstel-Anteilen ist nicht veranlasst. Dies würde im Hinblick darauf, dass es sich - bezogen auf den maßgeblichen Tag der Testamentserrichtung - nur um größenordnungsmäßig geschätzte Werte handelt -, nur eine in Wahrheit nicht belegte Scheingenauigkeit vorgaukeln. Im Übrigen gewinnt bei der Fünftel-Lösung der Satz Bedeutung, dass die Bet. zu 1 „nichts an andere auszubezahlen“ braucht. Die Zuweisung des Hausgrundstücks an die Bet. zu 1 als Miterbin stellt sich nicht als bloße Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) dar, sondern als Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB). Selbst wenn die Bet. zu 1 mit dem Hausgrundstück wertmäßig etwas mehr erhält als der ihr zustehende Fünftel-Anteil ausmacht, ist sie kraft ausdrücklicher Anordnung der Erblasserin nicht zum Ausgleich des überschießenden Betrags an die übrigen Miterben verpflichtet.

c. Kinder der vorverstorbenen Geschwister als Ersatz-erben gem. § 2096 BGB

Die Auslegung ergibt des Weiteren, dass die Erblasserin für den Fall des Vorversterbens eingesetzter Geschwister nach Testamentserrichtung ersatzweise deren Kinder als Erben einsetzen wollte.

aa. Bestimmung von Ersatzerben

Gemäß §2099 BGB geht das Recht des Ersatzerben (§ 2096 BGB) der Anwachsung (§ 2094 BGB) vor; deshalb ist bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung vorweg zu prüfen und festzustellen, ob Ersatzerben bestimmt sind. Dabei kann, wenn der Erblasser wie hier seine Geschwister bedacht hat, die für die Einsetzung von Abkömmlingen geltende Auslegungsregel des § 2069 BGB nicht - auch nicht analog - angewandt werden (vgl. BGH, NJW 1973, 240 ,242]; BayObLGZ 2003, 204 [207] = NJW-RR 2004, 158; OLG München, NJW-RR 2006, 1597). Es ist jedoch anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob im Wege der - gegebenenfalls ergänzenden - Testamentsauslegung ein entsprechender (hypothetischer) Wille des Erblassers für die Berufung der Kinder der nach Testamentserrichtung weggefallenen Geschwister als Ersatzerben festgestellt werden kann. Die für die An-

nahme eines derartigen Erblasserwillens notwendige Andeutung in der letztwilligen Verfügung selbst kann in solchen Fällen bereits in der Tatsache der Berufung der Geschwister als nahestehender Verwandter des Erblassers unter Hinweis auf diese verwandtschaftliche Funktion gesehen werden (vgl. BayObLGZ 1986, 159 [163]; BayObLG, FamRZ 1997, 641 [642] = NJWE-FER 1997, 36; BayObLGZ 2000, 1186 [1187] = NJWE-FER 2000, 155; BayObLGZ 2003, 204 [207] = NJW-RR 2004, 158; OLG München, NJW-RR 2006, 1597).

bb. Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillen

Ein starkes Indiz dafür, dass die Erblasserin die jeweiligen Stämme bedenken wollte, ist hier schon die Tatsache, dass sie für die bei Testamentserrichtung bereits verstorbene Schwester deren Sohn eingesetzt hat, und zwar gleichberechtigt neben den Geschwistern. Den damals noch lebenden Geschwistern und dem Sohn der vor Testamentserrichtung verstorbenen Schwester ist das Geldvermögen ausdrücklich „zu gleichen Teilen“ vermacht. Sie hat sich somit nicht davon leiten lassen, zu welcher ihrer Schwestern sie ein gutes oder weniger gutes Verhältnis hat. Bei der Einsetzung des Sohnes der vorverstorbenen Schwester ist erneut ausdrücklich bestimmt, dass er „den gleichen Anteil bekommen“ soll wie die Geschwister. Das lässt ohne Weiteres den Schluss zu, dass ihr die Gleichbehandlung der jeweiligen Stämme ein besonderes Anliegen war und die Zuwendung nicht den Geschwistern persönlich, sondern, wie bei gesetzlicher Erbfolge, als Ersten ihres Stammes gelten sollte. Gestützt wird diese Auslegung auch dadurch, dass sie die mit dem Geldvermögen Bedachten mit ihrer verwandtschaftlichen Funktion benennt. Schließlich ist auch die im Testament ausgedrückte Hoffnung der Erblasserin, dass die bedachten Schwestern „einen Teil davon an ihre Kinder verteilen“ ein Anzeichen dafür, dass sie über ihre Geschwister hinaus auch die nachfolgende Generation im Blick hatte. Das zeigt sich im Übrigen auch bei der Einsetzung der Nichte I auf das Hausgrundstück; dort ist als weitere Person ebenfalls, unter Ausschluss des angeheirateten Ehemanns, ein Abkömmling der bedachten Person genannt. Die Generationenfolge, das Weiterreichen des mit ihrer „Hände Arbeit sauer verdienten“ Vermögens innerhalb der Stämme an die jeweils nachfolgende Generation war ihr offensichtlich ein vertrauter Gedanke. Der Senat ist überzeugt, dass die auf Gleichbehandlung bedachte Erblasserin an Stelle der nach Testamentserrichtung weggefallenen Schwestern deren Kinder bedenken und die Aufteilung ihres Nachlasses unter die Geschwisterstämme nicht etwa von dem Zufall abhängig machen wollte, welche ihrer Schwestern noch vor ihr oder erst nach ihr verstirbt. Aus der Tatsache, dass die Erblasserin für den Fall, dass der mit dem Hausgrundstück bedachten I etwas zustößt, ausdrücklich deren Tochter eingesetzt

hat, will die Bf. allerdings gerade den gegenteiligen Schluss ziehen, deshalb sei bei den anderen eingesetzten Personen keine Ersatzerbschaft gewollt. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend oder von solcher Überzeugungskraft, dass er die angeführten anderen Anzeichen, die für eine Ersatzerbeinsetzung sprechen, durchgreifend widerlegen würde.

Gegen die vom Senat vertretene Auslegung spricht schließlich auch nicht der Umstand, dass die Erblasserin nach dem Tode der Schwestern das Testament nicht geändert hat. Das lässt für sich genommen keinen eindeutigen Schluss in der einen oder der anderen Richtung zu. Nach dem Vortrag der Bet. in der Tatsacheninstanz soll sich die Erblasserin vor ihrem Tod mit dem Gedanken getragen haben, ihr Testament zu ändern und denjenigen Verwandten, die keine Zeit für sie haben und nichts für sie tun, auch nichts zu hinterlassen. Wenn die Erblasserin also selbst meinte, zur Verwirklichung ihrer nunmehrigen Absicht, die Verwandten nach persönlicher Nähe zu bedenken, das Testament ändern zu müssen, so spräche das eher für, jedenfalls aber nicht gegen die Auslegung, dass die Erblasserin zum - hier allein maßgeblichen - Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Jahr 1992 das Geldvermögen eben nicht nach persönlicher Nähebeziehung, sondern nach dem formalen Kriterium der Gleichbehandlung der Geschwisterstämme vermachen wollte. Eine etwaige spätere Änderung dieses Willens hat sie nicht formwirksam niedergelegt.

II. Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die vom NachlassG angeordnete Einziehung des der Bet. zu 1 erteilten Alleinerbscheins erweist sich somit im Ergebnis als zutreffend. Dieser Teil der nachlassgerichtlichen Entscheidung und die Zurückweisung dieses Teils der Beschwerde durch das LG haben Bestand. Sie sind auch nicht deshalb aufzuheben, weil das LG, wie die weitere Beschwerde geltend macht, das rechtliche Gehör der Bf. verletzt hätte. Die Rüge greift nicht durch, da der Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Ast. vom 08.11.2006, der den Verfahrensbevollmächtigten der Bf. erst zusammen mit der landgerichtlichen Entscheidung zugestellt wurde, keinen entscheidungserheblichen neuen Sachvortrag enthält. Zu den Rechtsausführungen hat sich die Bf. im Verfahren der weiteren Beschwerde äußern können. Das NachlassG wird nunmehr für die Vollziehung der bereits angeordneten Einziehung des Erbscheins Sorge tragen müssen.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren jedoch insoweit aufzuheben, als das NachlassG einen Erbschein entsprechend dem Antrag der Ast. ankündigt und das LG die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen hat. Der angekündigte Erbschein entspricht, wie dargelegt, nicht der Rechtslage. Erben sind die Bet. zu 1, 2 und 3 zu je 1/5, die Bet. zu 4, 5, 6 und 7 zu je 1/20, und die Bet. zu 8, 9 und 10 zu je 1/15. Eine Anweisung an das NachlassG, einen entsprechenden Erbschein zu erteilen, kam nicht in Betracht, da bisher niemand einen entsprechenden Erbscheinsantrag gestellt hat.

Standort: ZPO I

Problem: Anfechtungsklage

BGH, URTEIL VOM 16.08.2007

IX ZR 63/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Mit dieser Klage ficht die Kl. eine Grundstücksübertragung an den Bekl. wegen Gläubigerbenachteiligung an.

Die Kl. betrieb ein Bauunternehmen und stand in ständiger Geschäftsbeziehung zum Vater des Bekl. (im Folgenden: Schuldner). Zwischen der Kl. und dem Schuldner wurden im Jahr 2000 drei Geschäfte abgeschlossen: Unter dem 10.03.2000 gewährte der Schuldner der Kl. ein zinsloses Darlehen, welches nicht zurückbezahlt wurde. Mit Vertrag vom 13.03.2000 verpflichtete sich die Kl. gegenüber dem Schuldner zur Errichtung zweier Doppelhäuser, welche nicht zum Abschluss gebracht wurden. Auf dieses Vorhaben wurden Abschlagzahlungen in Höhe von ca 2/3 erbracht wurden. Mit notariellen Kaufvertrag vom 27.04.2000 kaufte der Schuldner von der Kl. drei Wohnungen. Der Kaufpreis sollte spätestens zum 01.08.2000 fällig sein, eine Verrechnung auf die Dar-

lehensforderung war ausgeschlossen. Wegen wirtschaftlicher Probleme der Kl. zahlte der Schuldner nicht. Im Oktober 2000 wurde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Kl. mangels Masse abgelehnt.

Im Vorprozess nahm die Kl. den Schuldner erfolgreich auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch. Daraufhin übertrug der Schuldner am 07.10.2002 sein Wohngrundstück in Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Bekl., dessen Sohn, wobei dieser eine auf einem Teilgrundstück lastende Grundschuld übernahm, welche noch heute valuiert ist. Die Zwangsvollstreckung der Kl. schlug fehl. Unter dem 18.04.2004 trat der Schuldner alle Ansprüche aus dem Darlehensvertrag sowie aus dem Bauvertrag an den Bekl. ab.

Die Kl. hat die Grundstücksübertragung auf den Bekl. wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten.

Das Landgericht hat der Anfechtungsklage durch Teilurteil voll entsprochen. Die Berufung des Bekl. hatte teilweise Erfolg: Das BerGer. hat entschieden, der Bekl. sei nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Darlehensbetrages zur Duldung der Zwangsvoll-

streckung in den übertragenen Grundbesitz - mit Ausnahme eines wertausschöpfend belasteten Flurstücks - verpflichtet.

Dagegen wenden sich beide Parteien mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen.

Prüfungsrelevanz:

Der Hauptgegenstand dieser Entscheidung, die Anfechtungsklage gem. § 11 I AnfG, gehört insbesondere für die Rechtsreferendare zum Standardwissen im zweiten Staatsexamen. Hier ist dieses Problem verbunden mit der Fragestellung, ob die Anfechtungsklage im Rahmen eines unzulässigen Teilurteils ergangen ist.

Die Anfechtungsklage kommt immer dann in Betracht, wenn der Vollstreckungsschuldner vor der Pfändung Vermögensgegenstände an einen Dritten überträgt, um sie der Pfändung durch das Vollstreckungsorgan zu entziehen. Daher können nach dem Anfechtungsgesetz Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens zum Zwecke der Befriedigung durch den Gläubiger diesem Dritten gegenüber angefochten werden, § 1 AnfG. Mit der Anfechtung kann der Gläubiger verlangen, dass ihm dasjenige zur Verfügung gestellt wird, was durch die anfechtbare Handlung erworben wurde. Dies allerdings nur insoweit, als es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, §§ 11, 13 AnfG.

Wichtig ist, die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz von derjenigen nach §§ 119 ff. BGB zu unterscheiden. Das BGB regelt die Anfechtung einer Willenserklärung, welche als Gestaltungsrechts mit der Wirkung gem. § 142 I BGB ausgeübt wird. Demgegenüber geht es in der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz um die Anfechtung fremder Rechtshandlungen, durch die der Schuldner sein Vermögen geschmälert hat (Brox, ZVR, § 12 Rn 261).

Neben der hier gewählten Form der sog. Anfechtungsklage kann die Anfechtung gem. § 9 AnfG auch als Einrede erhoben werden. Dies ist auch eine klassische Aufgabenstellung im Examen, oft innerhalb der Begründetheit einer Drittwiderspruchsklage. Gem. § 2 AnfG ist die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens zu prüfen. Es handelt sich um eine besondere Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage. Die Zwangsvollstreckung muss entweder bereits erfolglos versucht worden sein oder jedenfalls aussichtslos sein. Beweisbelastet ist der Anfechtungskläger. Vorliegend bereitete diese Feststellung dem BerGer. Probleme. Es war zu entscheiden, wie es sich auf die Vermögenslage auswirkt, wenn der Schuldner seinerseits Forderungen gegen den Anfechtungsgläubiger inne hat. Hat der Schuldner Gegenforderungen, mit denen er aufrechnen kann, ist das Schuldnervermögen grundsätzlich nicht unzureichend im Sinne des § 2 AnfG. Die Aufrechnung führt die Tilgung der Hauptforderung gem. § 389

BGB herbei und ist daher ein Erfüllungssurrogat. Folge ist also ein der Zwangsvollstreckung ähnlicher Zugriff auf die Hauptforderung.

Rechnet nun der Anfechtungsgläubiger gegen eine Forderung gegen den Schuldner auf, ist dies einem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung gleichzustellen. Soweit dieser Zugriff reicht, fehlt es an den Voraussetzungen des § 2 AnfG. Unerheblich ist insoweit auch, dass der Gläubiger die Aufrechnung nicht gem. § 388 BGB erklärt hat. Genau so wie der Gläubiger sich entscheiden kann, ob er aus einem vollstreckbaren Titel vorgeht, kann er entscheiden, ob er die Aufrechnung erklärt. Allerdings wird die Aufrechnungsmöglichkeit im Anfechtungsprozess von Amts wegen berücksichtigt; anderes gilt nur dann, wenn ein Aufrechnungsverbot besteht.

Weiterhin interessant ist diese Entscheidung insoweit, als gerügt wurde, in der Sache sei unzulässigerweise im Rahmen eines Teilurteils entschieden worden. Ein Teilurteil im Sinne des § 301 ZPO ist ein Endurteil, das nicht über den gesamten Streitgegenstand, sondern nur über einen individualisierbaren, selbständig zur Verhandlung geeigneten, größenmäßig bestimmten Teil des - teilbaren - Streitgegenstands entscheidet (Zöller - Vollkommer, § 301 Rn 1). Das Teilurteil dient der Vereinfachung und Beschleunigung der Entscheidungen durch eine für die Instanz abschließende Teilerledigung des Rechtsstreits (BGHZ 77, 310). Es schafft Übersichtlichkeit und Ordnung bei umfangreichem Prozessstoff und fördert die Vergleichsbereitschaft. Hier war problematisch, ob der Gegenstand des Teilurteils den weiteren Verlauf des Prozesses nicht mehr berührt. Ein Teilurteil ist unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche nicht einmal stellt (Vgl. BGHZ 107, 236; 120, 376; BGH, NJW 2000, 3716; BGH, NJW -RR 2003, 303). Der Bekl. hatte die der Widerklage zugrundeliegenden Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche aus dem Bauprojekt zugleich hilfsweise als "aufrechenbare Gegenansprüche" der Klage entgegengesetzt. Verteidigt sich der Bekl. mit der Aufrechnung und erhebt er wegen des aufgerechneten Anspruchs Widerklage, kann eine Entscheidung, die nur über die Klage ergeht, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen begründen. Wird die Aufrechnung als zulässig, jedoch unbegründet angesehen, werden dem Bekl. die Gegenansprüche aberkannt, über die im Rahmen der Widerklage nochmals entschieden werden muss. Allerdings bestand hier die Gefahr der Doppelrelevanz nicht. Dies lag daran, dass die Hilfsaufrechnung aus verfahrensrechtlichen Gründen unbeachtlich war. Der Bekl. war mit seinem Einwand nach entsprechender Anwendung des § 767 II ZPO präkludiert. Erlaubt sind nur solche Einwendungen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozess des Gläubigers gegen den Schuldner entstanden sind

und die der Schuldner selbst noch vorbringen könnte (BGHZ 55, 20; 90, 207). Hier war die Hilfsaufrechnung unzulässig, da treuwidrig. Der Schuldner hatte die Kl. bei Vertragsschluss in der Annahme bestärkt, er werde gegen den Kaufpreiszahlungsanspruch nicht nur nicht mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch, sondern überhaupt nicht aufrechnen.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Anfechtungsgesetz: *Frisinger*, MDR 1970, 557; *Gerhardt*; JZ 1992, 724; *Huber*, ZIP 1998, 897; *Kindl*, NGZ 1998, 321; *Kreft*, ZinsO 1999, 370; *App*, DGVZ 2001, 148

□ Zum Teilurteil: *BGH*, NJW 1997, 455; 2184; *BGH*, NJW 1999, 1719; *BGH*, 2000, 958; *BGH*, 2001, 79; 760; *Schneider*, MDR 2001, 232; *BGH*; NJW-RR 2003, 1002; *BGH*, RA 2007, 18 = NJW 2007, 156

□ Zur Insolvenzanfechtung: *BGH*, RA 2004, 513 = NJW 2004, 2163; *BGH*, RA 2007, 439 = NJW 2007, 2320

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Gefahren auf dem Bauernhof"

□ *Assessorkurs*: "Die sicherungsübereigneten Pfändungsgegenstände"

Leitsätze:

a) Ein Teilurteil über eine Anfechtungsklage darf ergehen, wenn der Anfechtungsbeklagte Ansprüche sowohl zum Gegenstand einer Hilfsaufrechnung als auch einer Widerklage macht, die Hilfsaufrechnung jedoch verfahrensrechtlich präkludiert ist.

b) Kann der Anfechtungsgläubiger mit seiner Forderung, die der Anfechtung zugrunde liegt, gegen eine unstreitige oder titulierte Forderung des Schuldners aufrechnen, ist das Schuldnervermögen in diesem Umfang grundsätzlich nicht unzureichend. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner wegen eines nur ihn treffenden Aufrechnungsverbots nicht aufrechnen könnte.

c) Ist die Hauptforderung im Verhältnis zur Gegenforderung des Anfechtungsgläubigers nicht geringfügig, darf dieser von der Aufrechnung nicht deshalb absehen, weil er sich dadurch keine vollständige Befriedigung verschaffen kann.

d) Der Anfechtungsgegner kann den Anfechtungsgläubiger grundsätzlich nicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung gegen eine Forderung des Schuldners verweisen, die bestritten ist.

e) Eine zunächst vorliegende Gläubigerbenachteiligung entfällt, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner vor Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung als (weitere) Gegenleistung der angefochtenen Leistung Vermögenswerte zuwen-

det, welche die angefochtene Leistung nunmehr vollständig ausgleichen und dem Zugriff des Gläubigers offen stehen.

Sachverhalt:

Die Kl. betrieb früher ein Bauunternehmen. Sie stand in ständiger Geschäftsbeziehung zu dem Vater des Bekl. (im Folgenden: Schuldner).

Zwischen der Kl. und dem Schuldner wurden im Jahr 2000 drei Geschäfte abgeschlossen:

Der Schuldner stellte der Kl. am 10.03.2000 zur Überbrückung von Liquiditätsproblemen ein zinsloses Darlehen über 150.000 DM (= 76.693,78 €) zur Verfügung. Das Darlehen wurde nicht zurückbezahlt.

Mit Bauvertrag vom 13.03.2000 verpflichtete sich die Kl. gegenüber dem Schuldner zur Errichtung zweier Doppelhäuser zum Pauschalpreis von 1.200.000 DM. Auf dieses von der Kl. nicht zum Abschluss gebrachte Bauvorhaben erbrachte der Schuldner Abschlagszahlungen von insgesamt 760.200,02 DM.

Mit notariellem Kaufvertrag von 27.04.2000 kaufte der Schuldner von der Kl. drei Wohnungen zum Preis von insgesamt 600.000 DM (= 306.775,12 €). Dieser sollte spätestens zum 01.08.2000 fällig sein; eine Verrechnung mit der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens aus der Vereinbarung vom 10.03.2000 wurde ausgeschlossen. Der Schuldner zahlte den Kaufpreis nicht, weil er von zunehmenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Kl. erfuhr.

Im Oktober 2000 wurde ein Insolvenzantrag der Kl. mangels Masse abgelehnt. Seither befindet sich die Kl. in der Liquidation.

Im Vorprozess nahm die Kl. den Schuldner erfolgreich auf Zahlung des Kaufpreises für die Wohnungen in Anspruch. Die Hilfsaufrechnung des Schuldners mit seinem Darlehensrückzahlungsanspruch und einem Rückforderungs- und Schadensersatzanspruch wegen angeblicher Überzahlung aus dem Doppelhäuser-Projekt wurde als unzulässig angesehen. Der mit einer Hilfswiderklage geltend gemachte Darlehensrückzahlungsanspruch führte zu einem Teil-Anerkenntnisurteil zugunsten des Schuldners.

Nachdem im Vorprozess das für ihn ungünstige erstinstanzliche Urteil ergangen war, übertrug der Schuldner am 07.10.2002 - unter Vorbehalt eines lebenslangen Wohnrechts - sein (grundbuchrechtlich aus mehreren Flurstücken bestehendes) Wohngrundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Bekl., seinen Sohn. Dieser übernahm eine auf einem Teilgrundstück lastende Grundschuld zur weiteren dinglichen Haftung. Die Grundschuld valutiert bis heute in Höhe von 153.387,56 €.

Die Zwangsvollstreckung der Kl. schlug fehl. Am 18.04.2004 - nach Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage - trat der Schuldner alle Ansprüche aus dem mit der Kl. geschlossenen Darlehensvertrag sowie aus dem Bauvertrag an den Bekl. ab.

Mit der vorliegenden Klage hat die Kl. die Grundstücksübertragung auf den Bekl. wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten. Dieser hat geltend gemacht, die Klage sei abzuweisen, weil ihm aus abgetretenem Recht seines Vaters aufrechenbare Gegenansprüche zustünden, und zwar der Darlehensrückzahlungsanspruch in Höhe von 76.693,78 € sowie Schadensersatz- bzw. Bereicherungsansprüche aus dem Bauvorhaben in Höhe von 244.598,71 €. Hilfsweise hat er beantragt, der Duldungsklage nur stattzugeben Zug um Zug gegen Zahlung des Darlehensbetrages. Außerdem hat er wegen der Ansprüche aus dem Bauvorhaben Widerklage erhoben.

Das Landgericht hat der Anfechtungsklage durch Teilurteil voll entsprochen. Die Aufrechnung und die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts hat es für unzulässig und die Widerklage für nicht entscheidungsreif gehalten. Die Berufung des Bekl. hatte teilweise Erfolg: Das Berufungsgericht hat entschieden, der Bekl. sei nur Zug um Zug gegen Zahlung der 76.693,78 € zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den übertragenen Grundbesitz - mit Ausnahme eines wertausschöpfend belasteten Flurstücks - verpflichtet. Dagegen wenden sich beide Parteien mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen.

Aus den Gründen:

Die Revisionen beider Parteien haben teilweise Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, entgegen der Annahme des Bekl. handele es sich bei der erstinstanzlichen Entscheidung nicht um ein unzulässiges Teilurteil. Der geltend gemachte Anspruch der Kl. ergebe sich aus § 11 I in Verbindung mit §§ 3, 4 AnfG. Die Kl. sei nach § 2 AnfG zur Anfechtung berechtigt, weil das Vermögen des Schuldners unzulänglich sei. Der Bekl. könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sich die Kl. durch Pfändung des gegen sie selbst gerichteten titulierten Darlehensrückzahlungsanspruchs befriedigen könne. Die Pfändung führe nur zur Aufrechnung. Die Kl. werde dadurch nur von einer Verbindlichkeit befreit, erhalte aber nicht die nach § 2 AnfG vorauszusetzende Befriedigung. Auch der Eigentumsübertragungsanspruch aus dem Kaufvertrag führe nicht zur Zulänglichkeit des Schuldnervermögens. Die Kl. besitze eine titulierte Kaufpreisforderung gegen den Schuldner. Dem könne der Bekl. nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass der Schuldner den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung über die Mangelfreiheit des Kaufgegenstands angefochten habe. Mit diesem erst im Berufungsrechtszug erhobenen Einwand sei er gemäß § 531 II ZPO präkludiert. Bei Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz seien dem Schuldner die zum Anlass für die Anfechtung genommenen Mängel bereits bekannt gewesen. Die angefochtene Rechtshandlung sei objektiv gläubigerbenachteiligend.

Dem Schuldner sei für die Übertragung des Grundbesitzes kein Vermögenswert zugeflossen, der für die Kl. einen Ausgleich hätte schaffen können. Die Zuwendung an den Bekl. sei im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und somit unentgeltlich erfolgt. Soweit sich der Bekl., wie er zuletzt vorgetragen habe, durch Vereinbarung vom 05.09.2004 mit dem Schuldner und dessen Ehefrau, seiner Mutter, zur Übernahme der per 07.10.2002 auf dem Grundstück abgesicherten persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners und weiteren Gegenleistungen verpflichtet habe, sei von einer unbeachtlichen nachträglichen Beseitigung der Gläubigerbeeinträchtigung auszugehen. Der übertragene Grundbesitz sei - insgesamt betrachtet - auch nicht wertausschöpfend belastet. Die Grundsuld sei nur auf einem Teilgrundstück eingetragen. Nur dieses sei wertausschöpfend belastet. In diesem Umfang sei der Duldungsausspruch einzuschränken gewesen. Erfolg habe die Berufung des Bekl. auch insofern, als dieser sich wegen des Darlehensrückzahlungsanspruchs auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB berufen könne. Der in dem Kaufvertrag vom 27.04.2000 vereinbarte Ausschluss der Verrechnungsmöglichkeit ändere daran nichts. Der Bekl. wäre daran nur gebunden, wenn er den gesamten Vertrag übernommen hätte, wofür nichts ersichtlich sei. Auch das Aufrechnungsverbot in dem Darlehensvertrag stehe dem Zurückbehaltungsrecht nicht entgegen. Da sowohl die Kl. als auch der Schuldner inzwischen illiquide geworden seien, verstoße die Berufung auf das Aufrechnungsverbot gegen Treu und Glauben.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. Die Revision des Bekl.

Die Revision des Bekl. führt zu einer Herabsetzung der Forderung, wegen deren Befriedigung die Kl. Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, auf 230.081,34 € zuzüglich Zinsen. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

1. Teilurteil war zulässig

Ohne Erfolg rügt die Revision des Bekl., das Landgericht habe der Klage durch ein unzulässiges Teilurteil stattgegeben.

a. Entscheidung darf im Verlauf des Prozesses von keinen Umständen mehr berührt werden

Ein Teilurteil darf nur ergehen, wenn der weitere Verlauf des Prozesses die Entscheidung unter keinen Umständen mehr berühren kann. Ein Teilurteil ist daher unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche noch einmal stellt (BGHZ 107, 236, 242; 120, 376, 380; BGH, Urt. v. 04.02.1997 - VI ZR 69/96, NJW 1997,

1709, 1710; v. 30.11.1999 - VI ZR 219/98, NJW 2000, 800, 801, insofern in BGHZ 143, 189 nicht abgedruckt; v. 13.04.2000 - I ZR 220/97, NJW 2000, 3716, 3717; v. 28.11.2002 - VII ZR 270/01, NJW-RR 2003, 303 f).

b. Widerklage und Hauptklage waren unabhängig

Im vorliegenden Fall ist die künftige Entscheidung über die Widerklage von derjenigen über die Klage unabhängig.

aa. Hilfsaufrechnung kann zur Doppelrelevanz führen
Allerdings hat der Bekl. die der Widerklage zugrunde liegenden Schadensersatz-/Bereicherungsansprüche aus dem Bauprojekt zugleich hilfsweise als "aufrechenbare Gegenansprüche" der Klage entgegengesetzt. Verteidigt sich der Bekl. mit einer Aufrechnung und erhebt er wegen des aufgerechneten Anspruchs Widerklage, kann eine Entscheidung, die nur über die Klage ergeht, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen begründen. Wird die Aufrechnung als zulässig, wenn gleich unbegründet angesehen, werden dem Bekl. die Gegenansprüche aberkannt, über die im Rahmen der Widerklage nochmals entschieden werden muss.

bb. Hier keine Doppelrelevanz gegeben

Hier besteht diese Gefahr jedoch nicht. Die Ansprüche aus dem Bauvertrag sind nicht doppelrelevant.

(1) Hilfsaufrechnung ist prozessual unbeachtlich, entsprechend § 767 II ZPO

Die auf diese Ansprüche gestützte Hilfsaufrechnung ist aus verfahrensrechtlichen Gründen unbeachtlich. Mit Angriffen, die sich gegen den Bestand des dem Vollstreckungstitel zugrunde liegenden materiellen Anspruchs richten, kann der Anfechtungsgegner nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung in aller Regel nicht gehört werden. Ist der Vollstreckungstitel ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urteil, sind dem Anfechtungsgegner im Anfechtungsprozess - vom Vorwurf der Kollusion zwischen Gläubiger und Schuldner abgesehen (der hier nicht erhoben worden ist) - in entsprechender Anwendung von § 767 II ZPO nur solche Einwendungen erlaubt, die nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess des Gläubigers gegen den Schuldner entstanden sind und die der Schuldner selbst noch vorbringen könnte (BGHZ 55, 20, 28; 90, 207, 210; BGH, Urt. v. 22.09.1982 - VIII ZR 293/81, ZIP 1982, 1362, 1363; 19. 11.1998 - IX ZR 116/97, WM 1999, 33, 34; ebenso Huber, AnfG 10. Aufl. § 2 Rn. 33).

Zu Unrecht meint die Revision des Bekl., die Rechtsprechung tendiere neuerdings zur Auflockerung dieser Grundsätze. Das Senatsurteil vom 09.07.1998 (BGHZ 139, 214), auf das sie verweist, betraf einen Fall, in dem die Einwendung, nämlich die Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner, erst nach

Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess entstanden war (BGH aaO S. 221).

Die Voraussetzungen einer Präklusion nach § 767 II ZPO analog liegen vor. Die Hilfsaufrechnung des Schuldners mit den von ihm geltend gemachten Ansprüchen aus dem Bauvertrag ist in dem Vorprozess als unzulässig, weil treuwidrig (§ 242 BGB), angesehen worden. Der Schuldner habe bei Abschluss des Kaufvertrages die Kl. in der Annahme bestärkt, er werde gegen den Kaufpreisanspruch nicht nur nicht mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch, sondern überhaupt nicht aufrechnen. Die Präklusion nach § 767 II ZPO greift auch dann ein, wenn die Aufrechnung vor der Schlussverhandlung geltend gemacht worden war, damals aber nicht zum Erfolg geführt hat. Gegen die verfehlte Nichtzulassung einer Einwendung hilft nur die Anfechtung der darauf beruhenden Entscheidung (BGH, Urt. v. 13. 12.1994 - X ZR 20/93, WM 1995, 634, 635; v. 05.12.1996 - IX ZR 67/96, NJW 1997, 743; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 767 Rn. 25, 28). Zwar ist durch diese Entscheidung nicht mit Rechtskraftwirkung über die Aufrechnungsforderung entschieden, so dass sie grundsätzlich in einem neuen Rechtsstreit wiederum zur Prüfung gestellt werden kann. Der Aufrechnungseinwand kann jedoch nicht mehr im Wege der Vollstreckungsgegenklage oder in einem Anfechtungsprozess, dem die im Vorprozess titulierte Forderung zugrunde liegt, geltend gemacht werden. Das verbietet der Zweck des § 767 II ZPO, die materielle Rechtskraft der ersten Entscheidung abzusichern (BGH, Urt. v. 05.12.1996 aaO).

(2) Berücksichtigung der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen auch im Instanzenzug

Bei der Beurteilung der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen ist zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung im Instanzenzug zu berücksichtigen (BGHZ 107, 236, 242; BGH, Urt. v. 05.06.1991 - VIII ZR 168/90, NJW 1991, 2699; v. 12.01.1994 - XII ZR 167/92, WM 1994, 865; v. 23.01.1996 - VI ZR 387/94, NJW 1996, 1478). Diese Rechtsprechung setzt jedoch voraus, dass die Berücksichtigung des Teils, die eine Doppelrelevanz begründen könnte, verfahrensrechtlich zulässig ist, woran es im vorliegenden Fall fehlt.

(3) Einwand, dass Schuldnervermögen nicht unzureichend gem. § 2 AnfG ist, ist unbeachtlich

Über die Klage kann entschieden werden, ohne auf den Einwand des Bekl. einzugehen, das Schuldnervermögen sei nicht unzureichend im Sinne des § 2 AnfG, weil die Kl. sich durch Aufrechnung gegen die Widerklageforderung Befriedigung verschaffen könne (vgl. unten 2. b).

2. Kein Anfechtungsanspruch wegen der gesamten Forderung

Soweit das BerGer. einen Anfechtungsanspruch der Kl. wegen der gesamten Forderung aus dem Kaufvertrag bejaht hat, hält die Entscheidung der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a. Voraussetzungen des § 2 AnfG hins. Schuldtitle und fälliger Forderung gegeben

Das BerGer. ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, die Kl. verfüge - wie von § 2 AnfG vorausgesetzt - über einen vollstreckbaren Schuldtitle und eine fällige Forderung gegen den Schuldner. Im Ergebnis beanstandungsfrei hat es den Vortrag des Bekl., wonach der Schuldner den Kaufvertrag vom 27.04.2000 über die Wohnungen wegen arglistiger Täuschung angefochten habe, für nicht entscheidungserheblich betrachtet. Zwar rügt die Revision des Bekl. mit Recht, dass die Berücksichtigung dieses Vortrags nicht nach § 531 II ZPO ausgeschlossen war. Die gegenteilige Annahme des BerGer. beruht auf einer Verwechslung von Schuldner und Bekl.. Das BerGer. durfte es dem Bekl. nicht als Nachlässigkeit anlasten, dass der Schuldner womöglich in der Lage gewesen wäre, die - erst nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils erklärte - Anfechtung zeitiger, noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz, auszusprechen. Indes war auch dieser Vortrag des Beklagten nach § 767 II ZPO analog präkludiert. Die Revision des Bekl. weist darauf hin, der Schuldner habe erst kurz vor der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess erfahren, dass der Kl. für die Baumaßnahme, die zur Herstellung des gekauften Wohnungseigentums habe führen sollen, überhaupt keine Baugenehmigung erteilt worden sei, was sie dem Schuldner arglistig verschwiegen habe. Wenn der Schuldner das aber vor der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess erfahren hat, hätte er es dort auch vorbringen können. Da er es nicht getan hat, ist er mit diesem Vorbringen ausgeschlossen, und dann ist es auch der Bekl..

b. Schuldnervermögen nicht unzureichend gem. § 2 AnfG

Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. jedoch das Schuldnervermögen als insgesamt unzureichend im Sinne von § 2 AnfG angesehen.

aa. Schuldnervermögen nicht zum Teil ausreichend wegen Pfändungsmöglichkeit

Allerdings ist der Einwand des Bekl., unter Berücksichtigung des titulierten Darlehensrückzahlungsanspruchs und des Eigentumsverschaffungsanspruches bezüglich der Wohnungen sei das Schuldnervermögen nicht unzureichend, weil die Kl. durch Pfändung dieser - gegen sie selbst gerichteten - Ansprüche zumindest eine Teilbefriedigung erlangen könne, vom BerGer. im Ergebnis zutreffend zurückgewiesen worden. Der Darlehensrückzahlungsanspruch ist wegen der

erfolgten Abtretung an den Bekl. nicht mehr dem Schuldnervermögen zuzurechnen. Insoweit macht der Bekl. mit seiner Revision geltend, vorgetragen zu haben, dass er zu einer Rückabtretung an den Schuldner bereit sei; das Landgericht hätte ihn gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es diese Rückabtretung für notwendig erachte. Indes ist der Bekl. darauf, dass sich diese Forderung nicht mehr im Schuldnervermögen befindet, und die Auswirkungen dieses Umstands im Rahmen des § 2 AnfG in dem erstinstanzlichen Urteil hinreichend aufmerksam gemacht worden. Gleichwohl ist die Rückabtretung nicht erfolgt.

Hinsichtlich des Eigentumsverschaffungsanspruchs hält die Revision des Bekl. dem Berufungsurteil zwar mit Recht entgegen, der Anspruch sei nie an den Bekl. abgetreten worden. Das verhilft der Revision jedoch nicht zum Erfolg. Der Eigentumsverschaffungsanspruch war nur in dem Maße werthaltig, in dem der Gläubiger - hier also der Schuldner - seinerseits vertragstreu war. War dieser nicht bereit, den Kaufpreis zu bezahlen, konnte der Verkäufer (hier: die Kl.) den Anspruch auf die Gegenleistung mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts abwehren. Da der Schuldner nicht in der Lage, jedenfalls nicht willens war und ist, den Kaufpreis zu bezahlen, kann er die Kl. nach Treu und Glauben auch nicht darauf verweisen, den gegen sie selbst gerichteten Eigentumsverschaffungsanspruch zu pfänden.

bb. Begründung des BerGer. bzgl. Aufrechnung ist nicht tragfähig

Demgegenüber hat das BerGer. den Einwand des Bekl., die Kl. könne gegen seine Forderungen, soweit sie auf Zahlung gerichtet seien, aufrechnen, mit einer nicht tragfähigen Begründung zurückgewiesen.

(1) Folge der Forderungsinhaberschaft des Schuldners

Hat der Schuldner seinerseits Forderungen gegen den Anfechtungsgläubiger, der dagegen mit seiner Gegenforderung aufrechnen kann, ist das Schuldnervermögen grundsätzlich nicht unzureichend im Sinne des § 2 AnfG.

(aa) Doppelfunktion der Aufrechnung

Der Schuldner hat das Recht, mit einer eigenen Forderung (Gegenforderung) gegen die Forderung seines Gläubigers (Hauptforderung) aufzurechnen. Er bewirkt, indem er seine Gegenforderung hingibt, die Tilgung der Hauptforderung. Die Aufrechnung ist damit ein Erfüllungssurrogat. Zugleich gibt sie dem Aufrechnenden die Möglichkeit, seine Gegenforderung im Wege der Selbsthilfe ohne das Risiko eines von ihm zu führenden Aktivprozesses durchzusetzen (BGHZ 130, 76, 80 m.w.N.; BGH, Urt. v. 28.04.1987 - VI ZR 143/86, NJW 1987, 2997, 2998; Staudinger/Gursky, BGB Bearbeitung 2000 vor §§ 387 ff Rn. 6;

MünchKomm-BGB/Schlüter, 5. Aufl. § 387 Rn. 1). Sie ermöglicht einen der Zwangsvollstreckung ähnlichen Zugriff auf die Hauptforderung. Insoweit dient sie der Befriedigung der Gegenforderung. Rechnet der Anfechtungsgläubiger (§ 2 AnfG) mit seiner Forderung, die der Anfechtung zugrunde liegt, gegen eine Forderung des Schuldners auf, ist dies einem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung gleichzuachten. Soweit dieser Zugriff reicht, fehlt es an der Voraussetzung des § 2 AnfG, wonach "die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt" haben darf.

Das BerGer. meint, die Aufrechnung verschaffe dem Anfechtungsgläubiger lediglich die Befreiung von einer Verbindlichkeit, nicht hingegen den Erhalt einer nach § 2 AnfG vorauszusetzenden Befriedigung. Diese Auffassung berücksichtigt nicht die doppelte Funktion der Aufrechnung. Das BerGer. kann sich insoweit auch nicht auf Jäger (Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 2. Aufl § 2 Anm. 26) stützen. Dort heißt es, Vermögensstücke eines Dritten oder des Gläubigers selbst, die für die befriedigungsbedürftige Forderung hafteten, blieben bei Ermittlung einer Uneinbringlichkeit im Sinne des § 2 AnfG außer Ansatz. Decke das Schuldnervermögen die Forderung des Gläubigers nicht, so habe er die Rückgewähr eines anfechtbaren Erwerbs auch dann zu beanspruchen, wenn er aufgrund der Dritthaftung seine Befriedigung erwirken könne. Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber nicht um eine Dritthaftung, sondern darum, dass sich im Vermögen des Schuldners eine Forderung befunden hat, auf welche die Kl. auch jetzt noch zugreifen kann (vgl. § 406 BGB). Dieser Zugriff ist der Kl. auch zuzumuten, obwohl sie selbst vermögenslos ist; denn sie kann sich im Wege der Aufrechnung - durch Befreiung von der eigenen Verbindlichkeit - den Wert der Hauptforderung erschließen.

(bb) Fehlende Aufrechnungserklärung ist unerheblich

Dass die Kl. als Anfechtungsgläubigerin die Aufrechnung nicht erklärt hat, ist unerheblich. Allerdings ist die Aufrechnung ein Recht des Schuldners. Es steht ihm im Allgemeinen frei, ob er davon Gebrauch macht oder nicht. In vielen Fällen wird der Schuldner seine Gegenforderung nicht aufopfern wollen, um die Hauptforderung zu tilgen. Auch dann, wenn die Gegenforderung des Schuldners tituliert ist, muss er nicht aufrechnen. Er kann vielmehr aufgrund seines Titels vollstrecken und es dem Gläubiger überlassen, ob er von einer etwa auch für ihn gegebenen Aufrechnungsmöglichkeit Gebrauch macht. Dass der Schuldner die Möglichkeit hätte, im Wege der Aufrechnung auf die Hauptforderung zuzugreifen, nötigt ihn nicht dazu, von dem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung abzusehen.

Dies ändert sich im Grundsatz - vorbehaltlich des Be-

stehens eines Aufrechnungsverbots - dann, wenn der derjenige, der im Wege der Gläubigeranfechtung auf das Vermögen eines Dritten zugreifen will, dem Hauptschuldner gegenüber mit einer Verbindlichkeit belastet ist und diese durch Aufrechnung tilgen kann. Der Gläubiger darf nicht nach Belieben seinen Schuldner schonen und stattdessen den Empfänger anfechtbar erworbener Zuwendungen in Anspruch nehmen; insofern ist die Anfechtungsklage "subsidiär" (BGH, Urt. v. 11.07.1996 - IX ZR 226/94, ZIP 1996, 1516, 1518). Dem Gläubiger muss das aus dem Vermögen des Schuldners Weggegebene nur zur Verfügung gestellt werden, "soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist" (§ 11 I AnfG). Genauso wie der Gläubiger nicht nach freiem Belieben entscheiden kann, ob er aus einem vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner vollstreckt oder gleich einen Anfechtungsanspruch gegen einen Dritten geltend macht, muss er eine Aufrechnungsmöglichkeit wahrnehmen, bevor er anfechtet. Kann sich der Anfechtungsgläubiger (Gläubiger der Gegenforderung) durch Aufrechnung befriedigen, ist es nicht erforderlich, dass der Dritte (Anfechtungsschuldner) das vom Gläubiger der Hauptforderung Erhaltene dem Anfechtungsgläubiger zur Verfügung stellt.

(cc) Keine Berücksichtigung der Aufrechnung bei Aufrechnungsausschluss

Ist die Aufrechnung - jedenfalls für den Anfechtungsgläubiger (Gläubiger der Gegenforderung) - gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen, verbietet sich allerdings die Berücksichtigung einer Aufrechnungsmöglichkeit bei der Prüfung, ob das Vermögen desjenigen, der einen Gegenstand weggegeben hat, dadurch unzureichend geworden ist. In diesem Fall ist es zur Befriedigung des Gläubigers der Gegenforderung weiterhin erforderlich, dass ihm das Weggegebene zur Verfügung gestellt wird. Denn eine Aufrechnung, die rechtlich ausgeschlossen ist, taugt weder als Erfüllungssurrogat noch zur Selbstexekution.

(2) Hier Aufrechnungsmöglichkeit bzgl. Darlehensrückzahlungsanspruch gegeben

Im vorliegenden Fall kann die Kl. gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch aufrechnen. Dieser Anspruch besteht; er ist tituliert. Seine Abtretung an den Bekl. hindert die Aufrechnung durch die Kl. nicht (§ 406 BGB). Damit kann sich die Kl. in Höhe von 76.693,78 € befriedigen. Das zwischen der Kl. und dem Schuldner - zu dessen Lasten - vereinbarte Aufrechnungsverbot steht dem nicht entgegen. Ob das Aufrechnungsverbot für den Schuldner gemäß § 242 BGB entfallen ist, weil inzwischen auch die Kl. in Vermögensverfall geraten ist, so dass er bei einer Fortdauer des Verbots seine Gegenforderung nicht mehr realisieren könnte (vgl. BGHZ 23, 17, 26 f; BGH, Urt. v. 02.12.1974 - II ZR 132/73, NJW 1975, 442; v. 26. Februar 1987 - I ZR 110/85, WM 1987,

732, 734; v. 19.09.1988 - II ZR 362/87, NJW 1989, 124, 125; MünchKomm-BGB/Kieninger, aaO § 309 Nr. 3 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Schlüter, aaO § 387 Rn. 61; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl. § 387 Rn. 17), kann dahinstehen. Da das Aufrechnungsverbot nur zum Schutze der Kl. diente, war ihr die Aufrechnung zu keinem Zeitpunkt verboten. Die Kl. darf von der Aufrechnung auch nicht deshalb absehen, weil mit der Aufrechnung gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch noch keine vollständige Befriedigung der klägerischen Kaufpreisforderung von 306.775,12 € nebst Zinsen erreichbar ist. Eine Zwangsvollstreckung kann nicht schon dann unterbleiben, wenn feststeht, dass sie nur zu einer Teilbefriedigung des Gläubigers führen würde (Huber, aaO § 2 Rn. 23; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 2 AnfG Rn. 20). Allerdings ist der Gläubiger nicht gehalten, auf jeden noch so geringwertigen oder entlegenen Gegenstand zuzugreifen. Eine Forderung von 76.693,78 € ist jedoch - gemessen an der Höhe der Forderung des Anfechtungsgläubigers - nicht unbedeutend. Daher muss sich die Kl. diese Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Anfechtungsgegner anrechnen lassen. Den Anfechtungsanspruch kann sie nur wegen des Rests geltend machen.

(3) Keine Aufrechnungsmöglichkeit aus dem Projekt der Doppelhäusererrichtung

Die von dem Bekl. aus abgetretenem Recht des Schuldners in Höhe von 244.598,71 € geltend gemachten, von der Kl. bestrittenen und gerichtlich nicht festgestellten Ansprüche aus dem Doppelhäuser-Projekt hindern den Anfechtungsanspruch dagegen nicht; insofern ist der Kl. eine Aufrechnung nicht zumutbar.

(aa) Feststellungen bzgl. Schuldnervermögen gleichwohl unzureichend

In der Revisionsverhandlung hat der Bekl. ausdrücklich geltend gemacht, das Schuldnervermögen sei auch wegen dieser Ansprüche zureichend. Es ist zwar fraglich, ob der Bekl. sich bereits in den Vorinstanzen darauf berufen hat. Diese Frage hatten jedoch bereits die Tatrichter zu untersuchen, weil die entsprechenden Tatsachen vorgetragen waren. Demgemäß steht sie nunmehr auch zur Überprüfung durch das Revisionsgericht.

(bb) Kein Verweis auf die Aufrechnungsmöglichkeit, wenn Gegenforderung bestritten

Der Bekl. kann den Anfechtungsgläubiger nicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung gegenüber dem Schuldner verweisen, wenn dessen Forderung ernsthaft bestritten ist. Ist zweifelhaft, ob nach einer Vermögensverschiebung des Schuldners dessen Restvermögen ausreicht, um den Gläubiger zu befriedigen, braucht sich der Anfechtungskläger nicht auf die Möglichkeit einer Pfändung verweisen zu lassen, die, wenn

überhaupt, erst nach Jahren zu einer Befriedigung führt (BGH, Urt. v. 22.09.1982 aaO). Ebenso wenig muss er sich auf die Pfändung angeblicher Forderungen des Schuldners einlassen, deren Bestehen nicht festgestellt ist (OLG Hamm ZInsO 2002, 81, 83; Huber, aaO § 2 Rn. 27; Kübler/Prütting/Paulus, aaO § 2 Rn. 20). Aus den gleichen Gründen kann der Gläubiger nicht darauf verwiesen werden, sich durch Aufrechnung gegenüber einer Forderung zu befriedigen, von der nicht geklärt ist, ob sie einen nennenswerten Bestandteil des Schuldnervermögens bildet. Müsste der Anfechtungsgläubiger hier zunächst den Streit über eine solche Forderung austragen, würde dies zudem eine Verzögerung der Durchsetzung des Anfechtungsrechts bewirken, die nicht vereinbar wäre mit dem Zweck dieses Rechtsinstituts, den Gläubiger vor Vermögensverschiebungen durch den Schuldner zu schützen, die geeignet sind, seine Befriedigung zu vereiteln.

3. Anfechtung in Höhe von 230.081,34 € möglich

Soweit danach ein nicht aus dem Schuldnervermögen zu deckender Anspruch verbleibt - nämlich in Höhe von 230.081,34 € -, sind die Voraussetzungen einer Anfechtung gemäß § 4 AnfG erfüllt.

a. Anfechtungsgrund gem. § 4 AnfG gegeben

Wie vom BerGer. zutreffend ausgeführt, hat der Bekl. den Grundbesitz unentgeltlich erhalten, und zwar nicht früher als vier Jahre vor der Anfechtung. Es handelt sich um eine Zuwendung im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge. Durch den Abschluss der Ergänzungvereinbarung vom 05.12.2004 hat sich an der Unentgeltlichkeit nichts geändert. Für die Qualifizierung einer Rechtshandlung als entgeltlich oder unentgeltlich kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Rechtshandlung vorgenommen wurde (vgl. § 8 AnfG). Es muss darauf abgestellt werden, ob seinerzeit eine angemessene Gegenleistung erfolgt oder wenigstens ausbedungen worden ist. Eine sich daraus ergebende Unentgeltlichkeit der Leistung wird nicht dadurch aufgehoben, dass die Parteien sie im Nachhinein in eine entgeltliche umwandeln (BFH NJW 1988, 3174, 3175 r. Sp.; Huber, aaO § 4 Rn. 20; Kübler/Prütting/Paulus, aaO § 4 AnfG Rn. 3).

b. Objektive Gläubigerbenachteiligung gegeben

Durch die Grundstücksübertragung ist die Möglichkeit der Kl., sich durch Vollstreckung in das Schuldnervermögen zu befriedigen, beeinträchtigt und die Kl. somit objektiv benachteiligt worden. Nach den tatrichterlichen - von der Revision des Bekl. nicht angegriffenen - Feststellungen sind die übertragenen Flurstücke, von einer einzigen Ausnahme abgesehen, nicht wertauschöpfend belastet.

Allerdings wäre - entgegen der Meinung des BerGer. - ein nachträglicher Wegfall der Gläubigerbenachteiligung

gung erheblich (Huber, aaO § 1 Rn. 51; vgl. ferner MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 177 f; Uhlenbruck/ Hirte, InsO 12. Aufl. § 129 Rn. 129). Diese muss bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung gegeben sein. Eine zunächst vorliegende Gläubigerbenachteiligung entfällt, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner bis zu diesem Zeitpunkt als (weitere) Gegenleistung der angefochtenen Zuwendung Vermögenswerte zukommen lässt, welche die angefochtene Leistung nunmehr vollständig ausgleichen und dem Zugriff des Gläubigers offen stehen.

Hier ist die Gläubigerbenachteiligung jedoch nicht nachträglich entfallen. Mit der Ergänzungsvereinbarung vom 05.12.2004 hat der Bekl. gegenüber der Grundpfandgläubigerin ein Schuldanerkenntnis über 60.000 € nebst Zinsen abgegeben und sich deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen. Außerhalb der Ergänzungsvereinbarung hat er Darlehensverbindlichkeiten seines Vaters übernommen und angeblich auch erfüllt. Dadurch sind dem Schuldner keine dem Zugriff der Kl. offen stehenden Vermögenswerte zugeflossen.

II. Die Revision der Kl.

Die Kl. wendet sich dagegen, dass dem Bekl. wegen des ihm vom Schuldner abgetretenen Darlehensrückzahlungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt worden ist. Diesem Angriff ist im Ergebnis der Erfolg nicht zu versagen. Da der Darlehensrückzahlungsanspruch bei der Frage, ob das Schuldnervermögen zureichend im Sinne des § 2 AnfG ist, berücksichtigt werden muss (vgl. oben I 2 b bb), ist er

dadurch "verbraucht" und kann nicht zusätzlich zum Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts gemacht werden. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, dass der Bekl. hier auch gemäß § 767 II ZPO mit dem Zurückbehaltungsrecht präkludiert wäre (zur Präklusion einer derartigen Einrede vgl. RGZ 158, 145, 149; BGHZ 34, 274, 281 f; OLG Celle OLGZ 1970, 357, 359 f; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 767 Rn. 21, 32), weil der Schuldner dieses nicht mehr geltend machen könnte; dessen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens war bereits vor der Schlussverhandlung im Berufungsrechtszug des Vorprozesses entstanden und fällig geworden.

C. Änderung des Berufungsurteils

Das Berufungsurteil ist demgemäß dahin zu ändern, dass der Bekl. die Zwangsvollstreckung in das ihm von dem Schuldner übertragene, nicht wertausschöpfend belastete Immobilienvermögen nur wegen der infolge der Aufrechnung mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch verminderten Forderung der Kl. zu dulden hat. Dadurch entfällt das dem Bekl. zugebilligte Zurückbehaltungsrecht. Beides kann das Revisionsgericht selbst aussprechen, weil der Rechtsstreit insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 562 I, § 563 III ZPO).

Da das Berufungs- wie auch das Revisionsurteil keine Teilurteile sind - beide Instanzen haben über den gesamten angefallenen Streitstoff abschließend entschieden -, muss insoweit eine Kostenentscheidung getroffen werden.

Standort: ZPO I

Problem: Anwaltliche Sorgfalt

BGH, BESCHLUSS VOM 18.07.2007
XII ZB 32/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Bekl. wurde antragsgemäß verurteilt, an die Kl. Trennungsunterhalt zu zahlen. Gegen das am 15.09.2006 zugestellte Urteil legte der Bekl. rechtzeitig Berufung ein. Die Frist zur Berufungsbegründung lief bis zum Freitag, 15.12.2006. Erst am Montag, dem 18.12.2006 gingen beim BerGer. ein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, die Berufungsbegründung und ein weiterer Schriftsatz ein. In letztem wurde beantragt, zunächst über die Prozesskostenhilfe zu entscheiden, bevor das Berufungsverfahren eingeleitet wird.

Unter dem 11.01.2007 erteilte das BerGer. den Hinweis, dass die Schriftsätze verspätet eingegangen seien. Daraufhin beantragte der Bekl. mit am 29.01.2007 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und begründete die Berufung erneut.

Das BerGer. hat den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und dem Bekl. die begehrte Prozesskostenhilfe versagt, weil die Fristversäumung auf einem Organisationsverschulden des Prozessbevollmächtigten des Bekl. beruhe.

Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde des Bekl..

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung präzisiert der erkennende Senat die Anforderungen an die wirksame Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze. Diese Frage ist in der Praxis von großer Bedeutung und kann leicht in eine Klausur, insbesondere zum zweiten Staatsexamen, eingearbeitet werden. Die Entscheidung enthält zwar keine neuen Ansätze, ist jedoch wegen der Herleitung der Pflichten lesenswert.

Im Kern geht es um die Frage der Zurechnung des Verschuldens. § 85 II ZPO enthält eine besondere prozessuale Zurechnungsnorm für das Verschulden des rechtsgeschäftlichen Vertreters, Ausprägung des sog. Grundsatzes der Verschuldenszurechnung. Der Grund-

gedanke dahinter ist derjenige, dass eine Partei, die ihren Rechtsstreit durch einen Vertreter als Person ihres Vertrauens führen lässt, in jeder Weise so behandelt werden soll, als wenn sie den Prozess selbst geführt hätte (BGHZ 2, 207; 66, 124). Durch die Berufung auf das Vertreterverschulden soll die Partei nicht die Folgen von prozessualen Fehlern und Versäumnissen abwenden können, da im Übrigen durch die Stellvertretung das Prozessrisiko zu Lasten des Prozessgegners verschoben würde (Zöller-Vollkommer, § 85 Rn 2). Der Verschuldensbegriff bedarf einer einschränkenden Auslegung. Er umfasst außer leichter Fahrlässigkeit nicht jede Form von Vorsatz. Der Partei kann nicht zugerechnet werden, wenn eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch den prozessbevollmächtigten Anwalt erfolgt, wobei eine besonders leichtfertige, an "Gewissenlosigkeit" grenzende Außerachtlassung der anwaltlichen Berufspflichten der Sittenwidrigkeit gleichsteht (VG Stade, NJW 83, 1509). Entscheidender Maßstab für das Verschulden ist ein objektiv-typisierender Maßstab, d.h. die übliche, von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu fordernde Sorgfalt (BGH, NJW 85, 496; 1711).

Hinsichtlich einer Ausgangskontrolle bedeutet dies, dass der Rechtsanwalt seine Pflicht nur dann genügt, wenn er seine Angestellten anweist, nach der Übersendung der Telefaxe anhand des Sendeprotokolls nachzuprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist; im Anschluss daran darf die Frist erst aus dem Fristenkalendar gestrichen werden. Die Anweisung kann auf zweierlei Weise erfolgen: entweder aus einer allgemeinen Kanzleianweisung oder aus einer konkreten Einzelanweisung, wobei sich die Einzelanweisung insbesondere auch auf die Ausgangskontrolle erstrecken muss.

Diese Entscheidung war insoweit besonders gelagert, als dass bei der Prüfung des Wiedereinsetzungsantrags gem. § 233 ZPO die überholende Kausalität zu berücksichtigen war. Eine Wiedereinsetzung ist dann zu gewähren, wenn eine Partei ohne Verschulden eine Frist i.S.d. § 233 ZPO versäumt. Hier wurde die Frist zur Berufungsbegründung versäumt. Allerdings wirkt sich selbst ein früheres Verschulden - hier in Form der fehlerhaften Faxsendung - dann nicht aus, wenn seine rechtliche Erheblichkeit durch ein späteres Ereignis entfällt, welches der Partei bzw. ihrem Vertreter nicht zugerechnet werden kann. Hier war das Schreiben rechtzeitig zur Post gegeben worden, allerdings hatte sich die postalische Beförderung verzögert. Da Verzögerungen der Briefbeförderung nicht als Verschulden angerechnet werden dürfen, war die Wiedereinsetzung hier gem. § 233 ZPO zu gewähren.

Vertiefungshinweise:

Zur Berufung: *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897;

Stackmann, NJW 2002, 781; *Schnauder*, JuS 2002, 68; *BGH*, RA 2004, 442 = NJW 2004, 1876; *Gaier*, NJW 2004, 2041; *Lechner*, NJW 2004, 3593; *BGH*, RA 2005, 401 = NJW 2005, 1583; *BGH*, RA 2006, 334 = NJW 2006, 1589

Zu Organisationspflichten eines Rechtsanwaltes bei Übermittlung fristwahrender Schriftsätze: *BGH*, NJW 1993, 732; *BGH*, NJW-RR 2001, 889; *Müller*, NJW 1998, 497; *ders.*, NJW 2000, 322; *BGH*, RA 2007, 321

Zu anwaltlichen Pflichten allgemein: *BGH*, RA 2001, 27 = NJW 2000, 3560 (Ausgleichspflicht für den durch Prozessverlust verursachten Schaden); *KG*, RA 2005, 331 = NJW 2005, 1284 (Schmerzensgeldanspruch nach Untersuchungshaft aufgrund Anwaltsverschulden); *BGH*, RA 2006, 139 = NJW 2006, 448 (Säumnis bei plötzlich erkranktem Anwalt)

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Spätes Kommen"

Assessorkurs: "Ein englisches Teeservice"

Assessorkurs: "Wer nicht zahlt, der fliegt"

Leitsätze:

a) Der Rechtsanwalt genügt seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalendar gestrichen werden (im Anschluss an die Senatsbeschlüsse vom 20.07.2005 - XII ZB 68/05 - FamRZ 2005, 1534 und vom 10.05.2006 - XII ZB 267/04 - FamRZ 2006, 1104).

b) Eine diesen Anforderungen genügende Ausgangskontrolle kann sich entweder aus einer allgemeinen Kanzleianweisung oder aus einer konkreten Einzelanweisung ergeben. Fehlt es an einer entsprechenden allgemeinen Kanzleianweisung, muss sich die Einzelanweisung, einen Schriftsatz sogleich per Telefax an das Rechtsmittelgericht abzusenden, in gleicher Weise auf die Ausgangskontrolle erstrecken.

c) Ein früheres Verschulden einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten schließt die Wiedereinsetzung dann nicht aus, wenn seine rechtliche Erheblichkeit durch ein späteres, der Partei oder ihrem Vertreter nicht zuzurechnendes Ereignis entfällt (sog. überholende Kausalität).

d) Dem Rechtsmittelführer dürfen Verzögerungen der Briefbeförderung oder Briefzustellung durch die Deutsche Post AG nicht als Verschulden angerechnet werden. Er darf vielmehr darauf vertrauen, dass die Postlaufzeiten eingehalten werden, die seitens der Deutschen Post AG für den Normalfall

festgelegt werden. In seinem Verantwortungsbereich liegt es allein, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß aufzugeben, dass es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Deutschen Post AG den Empfänger fristgerecht erreichen kann (im Anschluss an BGH, Beschluss v. 13.05.2004 - V ZB 62/03 - NJW-RR 2004, 1217 f.).

Sachverhalt:

Auf Antrag der Kl. verurteilte das Amtsgericht den Bekl. zur Zahlung von Trennungsunterhalt. Gegen das am 15.09.2006 zugestellte Urteil legte der Bekl. rechtzeitig Berufung ein. Die Frist zur Begründung der Berufung wurde auf seinen Antrag bis zum 15.12.2006 (Freitag) verlängert. Erst am 18.12.2006 (Montag) gingen beim BerGer. ein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, die Berufungsbegründung und ein weiterer Schriftsatz ein, in dem beantragt wurde, zunächst über die Prozesskostenhilfe zu entscheiden, "bevor das Berufungsverfahren seinen Fortgang nimmt". Auf den Hinweis des BerGer. vom 11.01.2007, dass die Berufungsbegründung und der Prozesskostenhilfeantrag verspätet eingegangen seien, beantragte der Bekl. mit einem am 29.01.2007 beim BerGer. eingegangenen Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und begründete die Berufung erneut.

Das BerGer. hat den Antrag des Bekl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und dem Bekl. die begehrte Prozesskostenhilfe versagt, weil die Fristversäumung auf ein - dem Bekl. gemäß § 85 II ZPO zurechenbares - Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten zurückzuführen sei. Der Prozessbevollmächtigte habe weder durch eine allgemeine Kanzleianweisung, noch durch seine Einzelanweisung eine ausreichende Postausgangs- und Fristwahrungskontrolle sichergestellt. Deswegen sei es zur Löschung der Frist gekommen, noch bevor sich die Kanzleiangeestellte anhand des Sendeprotokolls von der ordnungsgemäßen Übermittlung der Berufungsbegründung überzeugt habe. Der Prozessbevollmächtigte habe den rechtzeitigen Eingang der Berufungsbegründung oder des Prozesskostenhilfeantrags auch nicht durch andere organisatorische Maßnahmen sichergestellt. Zwar habe die Kanzleiangeestellte in ihrer eidesstattlichen Versicherung erklärt, sie habe am 13.12.2006 (Mittwoch) auf dem Heimweg mit der übrigen Post auch diese Schriftsätze vom gleichen Tage in den Briefkasten geworfen. Dabei sei allerdings offen geblieben, wann dies geschehen sein soll, um welchen Briefkasten es sich gehandelt habe und vor allem, zu welchem Zeitpunkt die nächste Leerung erfolgen sollte. Diese Unklarheit spreche dafür, dass die erst am folgenden Montag beim BerGer. eingegangene Berufungsbegründung zu spät zur Post gegeben worden sei.

Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde des Bekl..

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist nach §§ 574 I Nr. 1, 533 I 4, 238 I 1 ZPO statthaft und gemäß § 574 II Nr. 2 ZPO zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senatsbeschluss vom 09.02.2005 - XII ZR 225/04 - FamRZ 2005, 791, 792 m.w.N.) dient das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in besonderer Weise dazu, den Rechtsschutz und das rechtliche Gehör zu garantieren. Daher gebieten es die Verfahrensgrundrechte auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG), den Zugang zu den Gerichten und den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BGHZ 151, 221, 227 m.w.N.). Gegen diesen Grundsatz verstößt die angefochtene Entscheidung.

1. Fehlende Übermittlung per Telefax beruht auf Organisationsverschulden des Bekl., § 85 II ZPO

Allerdings kann es den Bekl. nicht entlasten, dass die BerGer. und der Prozesskostenhilfeantrag ursprünglich schon am 13.12. per Telefax an das BerGer. übermittelt werden sollten. Denn insoweit geht das BerGer. zu Recht davon aus, dass die unterlassene Übermittlung per Telefax auf ein dem Bekl. gemäß § 85 II ZPO zurechenbares Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten zurückzuführen ist.

a. Inhalt der Pflicht einer wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt der Rechtsanwalt seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden (Senatsbeschlüsse vom 20.07.2005 - XII ZB 68/05 - FamRZ 2005, 1534 f. und vom 10.05.2006 - XII ZB 267/04 - FamRZ 2006, 1104, 1005 f.; BGH Beschluss vom 10.10.2006 - XI ZB 27/05 - NJW 2007, 601 f.). Diese zwingend notwendige Ausgangskontrolle muss sich entweder - für alle Fälle - aus einer allgemeinen Kanzleianweisung oder - in einem Einzelfall - aus einer konkreten Einzelanweisung ergeben. Fehlt es an einer allgemeinen Kanzleianweisung, muss sich die Einzelanweisung, einen Schriftsatz sogleich per Telefax an das Rechtsmittelgericht abzusenden, in gleicher Weise auf die Ausgangskontrolle erstrecken. Die Kanzleiangeestellte ist dann zusätzlich anzuweisen, die Frist erst nach einer Kontrolle der vollständigen Über-

mittlung anhand des Sendeprotokolls zu streichen. Eine diesen Anforderungen genügende Anordnung der Ausgangskontrolle hat weder der Prozessbevollmächtigte des Bekl. noch dessen Kanzleiangestellte vorgebracht oder glaubhaft gemacht. Denn eine Anweisung, die Frist im Kalender erst nach einer Überprüfung des Sendeberichts zu löschen, ergibt sich hier nach dem Vortrag des Bekl. weder aus einer allgemeinen Kanzleianweisung, noch aus einer konkreten Anweisung seines Prozessbevollmächtigten.

b. Ersatz der Ausgangskontrolle durch eine wirksame Einzelanweisung

Soweit der Prozessbevollmächtigte des Bekl. sich auf eine ausdrücklich erteilte Einzelanweisung beruft, hätte er außerdem dafür sorgen müssen, dass diese nicht vergessen wird. Zwar erstreckte sich die Einzelanweisung des Prozessbevollmächtigten darauf, den Berufungsschriftsatz und den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe vorab per Telefax an das BerGer. zu übermitteln. Grundsätzlich darf ein Rechtsanwalt auch darauf vertrauen, dass eine Büroangestellte, die sich bisher als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung befolgt. Die Anweisung sollte aber nach dem glaubhaft gemachten Vortrag des Bekl. nicht unverzüglich, sondern lediglich im Laufe desselben Tages ausgeführt werden. In solchen Fällen kann die Einzelanweisung auch wegen der Gefahr des Vergessens eine wirksame Ausgangskontrolle nicht ersetzen. Denn wenn eine Einzelanweisung - wie hier - einen solch wichtigen Vorgang wie die Wahrung einer Rechtsmittelbegründungsfrist betrifft, müssen in der Kanzlei ausreichende organisatorische Vorkehrungen dagegen getroffen sein, dass die Anordnung in Vergessenheit gerät und die Frist dadurch versäumt wird. In einem solchen Fall bedeutet das Fehlen jeder Sicherung einen Organisationsmangel (BGH Beschlüsse vom 04.04.2007 - III ZB 85/06 - FamRZ 2007, 1007, vom 22.06.2004 - VI ZB 10/04 - FamRZ 2004, 1711, 1362 und vom 04.11.2003 - VI ZB 50/03 - NJW 2004, 688, 689; vgl. auch Senatsbeschluss vom 13.09.2006 - XII ZB 103/06 - FamRZ 2006, 1663).

2. Wiedereinsetzung wird gewährt mangels Ursächlichkeit des Organisationsverschulden

Dem Bekl. ist allerdings gleichwohl Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, weil das Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten für die Fristversäumung nicht ursächlich geworden ist. Denn nach dem an Eides statt versicherten Vortrag des Bekl. erstreckte sich die konkrete Einzelanweisung seines Prozessbevollmächtigten auch darauf, die Berufungsbegründung und den Prozesskostenhilfeantrag nebst den entsprechenden Unterlagen noch am 13.12.2006 auf den Postweg zu bringen. Entsprechend hat die Kanzleiangestellte die Schriftsätze nach dem Inhalt ihrer eidesstattlichen Versicherung noch am

Abend des 13.12.2006 kuvertiert, frankiert und in einen Postbriefkasten eingeworfen.

a. Glaubhaft gemachter Sachverhalt ist ausreichend

Entgegen der Auffassung des BerGer. genügt dieser glaubhaft gemachte Sachverhalt, um ein für die Verspätung ursächliches Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Bekl. auszuschließen. Denn ein früheres Verschulden einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten schließt die Wiedereinsetzung dann nicht aus, wenn seine rechtliche Erheblichkeit durch ein späteres, der Partei oder ihrem Vertreter nicht zuzurechnendes Ereignis entfällt (sog. überholende Kausalität). So liegt der Fall auch hier.

b. Berufungsbegründung wurde am 13.11.2006 zur Post gegeben

Die Berufungsbegründung ist durch die Kanzleiangestellte des Prozessbevollmächtigten des Bekl. noch am 13.11.2006 zur Post gegeben worden. Damit scheidet ein Verschulden aus, auch wenn die Schriftsätze erst verspätet beim BerGer. eingegangen sind. Der Bekl. und sein Prozessbevollmächtigter waren nicht verpflichtet, die Berufungsschrift zu einem früheren Zeitpunkt zur Post zu geben, sondern berechtigt, die Frist bis zum letzten möglichen Zeitpunkt auszunutzen. Sie mussten lediglich dafür Sorge tragen, dass die Berufungsbegründung so rechtzeitig zur Post gegeben wurde, dass sie bei einer normalen Bearbeitung der Postsendungen noch fristgerecht beim BerGer. einging (BGH Beschluss vom 13.05.2004 - V ZB 62/03 - NJW-RR 2004, 1217 f.). Weil das hier geschehen ist, kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen die Frist bis zum letzten möglichen Moment ausgenutzt wurde.

aa. Rechtsmittelführer darf auf die Einhaltung der Postlaufzeit vertrauen

Entgegen der Auffassung des BerGer. liegt ein Verschulden des Bekl. oder seines Prozessbevollmächtigten auch nicht darin, dass die Berufungsbegründung erst am Abend des 13.11.2006 zur Post gegeben wurde. Denn nach ständiger Rechtsprechung dürfen dem Rechtsmittelführer Verzögerungen der Briefbeförderung oder Briefzustellung durch die Deutsche Post AG nicht als Verschulden angerechnet werden. Er darf vielmehr darauf vertrauen, dass die Postlaufzeiten eingehalten werden, die seitens der Deutschen Post AG für den Normalfall festgelegt werden. In seinem Verantwortungsbereich liegt es allein, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß aufzugeben, dass es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Deutschen Post AG den Empfänger fristgerecht erreichen kann. Dabei darf eine Partei grundsätzlich darauf vertrauen, dass werktags im Bundesgebiet aufzugebende Postsendungen am folgenden Werktag im Bundesgebiet ausgeliefert werden. Anders liegt es nur,

wenn konkrete Umstände vorliegen, welche die ernsthafte Gefahr der Fristversäumung begründen (BGH Beschlüsse vom 13.05.2004 - V ZB 62/03 - NJW-RR 2004, 1217 f. und vom 15.04.1999 - IX ZB 57/98 - NJW 1999, 2118). Weil die Berufungsbegründung und der Prozesskostenhilfeantrag hier schon am Abend des 13.12.2006 eingeworfen wurden, war die Versendung spätestens mit Leerung des Briefkastens am 14.12.2006 sichergestellt. Dann durften der Bekl. und sein Prozessbevollmächtigter darauf vertrauen, dass die Schriftsätze am Folgetag, dem 15.12.2006, bei dem nahe gelegenen Oberlandesgericht eingehen werden.

bb. Erforderlicher Hinweis gem. § 139 ZPO ist unterblieben

Selbst wenn dem BerGer. weitere Unklarheiten oder Zweifel zum konkreten Ablauf verblieben wären, hätte es die Berufung nicht verwerfen dürfen, sondern den Bekl. nach § 139 ZPO zur Konkretisierung seines Vortrags auffordern müssen. Die weitere Konkretisierung des im Wiedereinsetzungsverfahren rechtzeitig eingegangenen Vortrags des Bekl., wie er jetzt im Rechtsbeschwerdeverfahren nachgeholt ist, hätte das BerGer.

dann bei seiner Entscheidung berücksichtigen müssen. Das gilt insbesondere für die Tatsache, dass die Kanzleiangestellte am 13.12.2006 bis 18.35 Uhr arbeitete und die Schriftsätze sodann in der etwa drei Gehminuten von der Kanzlei entfernten Hauptpost eingeworfen habe, wo die Briefkästen stündlich bis 19.00 Uhr geleert werden.

c. Verschulden entfällt mit der überholenden Kausalität

Wegen der überholenden Kausalität bei der Versendung der Schriftsätze im Postweg entfällt somit ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Bekl.. Auf den rechtzeitig eingegangenen Antrag ist ihm deswegen die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu bewilligen. Über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird das Berufungsgericht erneut unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten und der Erfolgsaussicht der Berufung zu befinden haben.

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:	Rechtsanwältin 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: §§ 223, 228 StGB****Problem: Hypothetische Einwilligung**

BGH, URTEIL VOM 05.07.2007

4 STR 549/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte - ein Chirurg - hatte bei dem Opfer bereits früher einmal eine Fettabsaugung durchgeführt, die positiv verlaufen war. Deshalb wollte das Opfer beim Angeklagten noch eine zweite Fettabsaugung durchführen lassen. Vor der zweiten Operation wurde das Opfer - anders als vor der ersten - vom Angeklagten nicht noch einmal über die Risiken eines solchen Eingriffs aufgeklärt. Bei der Operation ließ sich der Angeklagte nicht von einer Krankenschwester unterstützen, sondern von seinem - nicht medizinisch gebildeten - Schwager. Außerdem verabreichte er dem Opfer eine Überdosis Schmerzmittel und erkannte verschiedene Anzeichen für einen Ausfall der Atmung des Opfers zunächst nicht. Als der Angeklagte bemerkte, dass das Opfer nicht mehr hinreichend atmete, hatte er nicht die Mittel zur Hand, um diesem noch helfen zu können, sodass das Opfer verstarb.

Das LG Halle verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB. Ein Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 StGB, sei nicht gegeben, da das Grunddelikt (§ 223 StGB) durch eine hypothetische Einwilligung des Opfers gerechtfertigt sei. Der BGH stellte klar, dass eine Rechtfertigung durch eine hypothetische Einwilligung des Opfers angesichts der zahlreichen Sorgfaltspflichtverstöße des Angeklagten bei der zweiten Operation eher fern liegend sei.

Prüfungsrelevanz:

Im vorliegenden Fall werden zwei klassische Examensprobleme relevant. Zum einen die Frage, ob bzw. wann ärztliche Heileingriffe Körperverletzungen darstellen und zum anderen die Prüfung der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, hier derjenigen für eine hypothetische Einwilligung. Der vorliegende Fall wird deshalb wahrscheinlich als Examensklausur auftauchen, vielleicht sogar - der BGH selbst deutet es in seinen letzten Sätzen an - ergänzt um das Problem eines Erlaubnistatbestandsirrtums.

Ein klassischer Streit in Rechtsprechung und Literatur betrifft die Frage, ob ärztliche Heileingriffe Körperverletzungen i.S.d. §§ 223 ff. StGB sein können (vgl. hierzu die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 28 ff.). Die herrschende Literatur steht, wenn

auch mit Unterschieden im Detail, auf dem Standpunkt, dass ein ärztlicher Heileingriff jedenfalls dann keine Körperverletzung darstellt, wenn er medizinisch indiziert, kunstgerecht durchgeführt und erfolgreich ist (Lackner/Kühl, § 223 Rn 8 f.; LK-Lilie, Vor § 223 Rn 3 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 33 ff.; Bockelmann, ZStW 1993, 105; Müller, DriZ 1998, 115). In diesem Fall werde durch die Behandlung der körperliche Zustand des Patienten letztendlich gebessert; deshalb könne nicht von einer Körper-“Verletzung“ die Rede sein. Es dürfe nicht auf die isolierte Handlung, z.B. den Schnitt mit einem Skalpell, abgestellt werden, sondern diese müsse als Teil einer Gesamt-Heilbehandlung gesehen werden. Außerdem würden durch die §§ 223 ff. StGB nicht der Körper geschützt, sondern das Körperinteresse. Ein Eingriff in den Körper, der aber im Interesse des Körpers erfolge, verletze also das Schutzgut der Körperverletzungsdelikte nicht. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur nehmen auch bei einer indizierten, kunstgerechten und erfolgreichen Heilbehandlung unter den normalen Voraussetzungen des § 223 I StGB das Vorliegen einer Körperverletzung an (BGHSt 11, 112; BGH, NJW 2000, 885; Tröndle/Fischer, § 223 Rn 9 ff.; Schroeder, NJW 1961, 951). Es gebe keinen Grund, das Verhalten eines Arztes aus dem Tatbestand des § 223 StGB auszunehmen. Zwar besteht grds. auch kein Bedürfnis, einen Arzt wegen der Vornahme einer Operation zu bestrafen; die Straflosigkeit des Arztes sei allerdings eine Frage der Rechtfertigung und nicht des Tatbestandsausschlusses. Würde man ärztliche Heileingriffe bereits aus dem Tatbestand des § 223 I StGB ausnehmen, so könnte der Arzt den Patienten eigenmächtig einer Heilbehandlung zuführen und wäre straflos, ohne dass es einer entsprechenden Zustimmung des Patienten bedürfte. Dies würde den Patienten in seinem Selbstbestimmungsrecht - das aber auch über die §§ 223 ff. StGB geschützt werde - in unbilliger Weise beeinträchtigen. Außerdem sei für eine wirksame rechtfertigende Einwilligung des Patienten, die die Straflosigkeit des Arztes entfallen lasse, eine umfassende Aufklärung des Patienten über die Risiken der Operation erforderlich (vgl. BGHSt 16, 309; BGH, NStZ 2004, 442; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 40 ff.). Ein solches Erfordernis ergebe sich aber nach der herrschenden Literatur, die ja bereits die Tatbestandsmäßigkeit verneint, nicht. Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Gerade am Fehlen einer wirksamen Aufklärung schei-

terte im vorliegenden Fall jedoch die rechtfertigende Einwilligung des Opfers. Auch eine Rechtfertigung über eine mutmaßliche Einwilligung kam nicht in Betracht, da eine solche nur angenommen werden kann, wenn das Opfer vor der Tat nicht mehr nach seinem Willen gefragt werden kann (vgl. BVerfG, NJW 2002, 2165; BGHSt 35, 246; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor § 32 Rn 54) und das Opfer im vorliegenden Fall durchaus vor der Operation aufgeklärt und befragt hätte werden können. Deshalb hatte das LG auf den Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Einwilligung zurückgegriffen. Bei einer fehlenden oder unzureichenden Aufklärung des Patienten, die seine Einwilligung unwirksam macht, nehmen Rechtsprechung und herrschende Literatur eine Rechtfertigung über eine hypothetische Einwilligung an, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer und ausreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte (BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17; Kuhlen, JR 2004, 227; Tröndle/Fischer, § 223 Rn 16a). Der BGH stellt jedoch im vorliegenden Fall klar, dass eine hypothetische Einwilligung nur angenommen werden kann, wenn der Patient bei entsprechender Aufklärung in die Behandlung, wie sie tatsächlich stattgefunden hat - also ggf. inklusive aller Sorgfaltspflichtverletzungen - eingewilligt hätte. Deswegen sei auch das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung im vorliegenden Fall eher fern liegend, da der Patient angesichts der zahlreichen Sorgfaltspflichtverletzungen des Angeklagten bei einer entsprechenden, diese Pflichtverletzungen einschließenden, Aufklärungen nicht eingewilligt hätte, sondern nur in eine kunstgerechte.

Vertiefungshinweise:

□ Zu ärztlichen Heileingriffen als Körperverletzungen: BGHSt 11, 112; 35, 246; BGH, NJW 2000, 885; NStZ 1996, 34; Duttge, MedR 2005, 706; Kargl, GA 2001, 538; Müller, DRiZ 1998, 115; Stächel, StV 1998, 100;

□ Zur hypothetischen Einwilligung: BGH, NStZ 1996, 34, NStZ-RR 2004, 16; Kuhlen, JR 2004, 227, Mitsch, JZ 2005, 279; Rönna, JZ 2004, 801

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Kunstfehler"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ärztliche Heileingriffe stellen (vorsätzliche) Körperverletzungshandlungen dar und bedürfen deshalb grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein. Diese Einwilligung kann wirksam nur erteilt werden, wenn der Patient in der gebotenen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist

2. Die Rechtswidrigkeit eines ärztlichen Heileingriffs kann auch dann entfallen, wenn im Falle eines Aufklärungsmangels der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte (sog. hypothetische Einwilligung).

3. Eine (hypothetische) Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff bezieht sich, jedenfalls bei Fehlen einer weitergehenden Aufklärung, nur auf eine lege artis, d.h. nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft, durchgeführte Heilbehandlung.

Sachverhalt:

Der Angeklagte betreibt seit 1993 als niedergelassener Chirurg eine Arztpraxis in Halle. Seit dem Jahr 2001 bildete er sich auf dem Gebiet der ästhetischen Chirurgie fort und führte fortan in seiner Praxis auch ambulante kosmetische chirurgische Eingriffe durch. Insbesondere nahm er Fettabsaugungen (Liposuktionen) vor und entfernte Fettschürzen (Fettschürzenplastik). Solchen kosmetischen Operationen unterzog sich auch N, der an den Folgen des zweiten Eingriffs verstarb.

Ende April/Anfang Mai 2002 führte der Angeklagte bei seinem Patienten im Beisein eines Narkosearztes und einer Krankenschwester den ersten ambulanten Eingriff durch. Er saugte zunächst bei lokaler Betäubung am Bauch des N Fett ab und entfernte anschließend in Vollnarkose operativ die Fettschürze; außerdem richtete er einen Bauchdeckenbruch. Über die Risiken einer Fettabsaugung und des Betäubungsverfahrens war N vor dieser Operation aufgeklärt worden. Der Eingriff verlief komplikationslos.

Am 29. Juni 2002 wurde N ein weiteres Mal vom Angeklagten operiert. Bei diesem Eingriff sollten in lokaler Anästhesie von der ersten Operation herrührende Narbenstummel entfernt und - auf Vorschlag des Angeklagten - nochmals Fett abgesaugt werden. Eine (erneute) Aufklärung über die Risiken einer Fettabsaugung unterblieb; eine Einwilligungserklärung unterzeichnete der Patient nicht. Da am Operationstag - einem Samstag - eine Krankenschwester nicht zur Verfügung stand, bat der Angeklagte seinen Schwager, einen auf medizinischem Gebiet unerfahrenen Chemiestudenten, ihn bei Hilfstätigkeiten, etwa beim Austausch von Fettmengenbehältern, zu unterstützen. Das Patientenmonitoring meinte der Angeklagte selbst vornehmen zu können. Gegen 10.30 Uhr verabreichte der Angeklagte dem Patienten zunächst ein Schlaf förderndes Medikament, später ein solches gegen Angst- und Spannungszustände sowie ein opiathaltiges schmerzstillendes Mittel. Er legte ihm außerdem eine Blutdruckmanschette, ein Pulsoximeter und eine Sauerstoffmaske an und schloss ihn an ein EKG-Gerät an. Gegen 12.00 Uhr begann der Angeklagte mit der Operation. Zur Vorbereitung der späteren Fettabsaugung infiltrierte er zunächst vier Liter einer Infusionslösung in den Bauchraum des Patienten. Weil dieser dabei

über Schmerzen klagte, verabreichte der Angeklagte ihm nochmals 7,5 mg des Schmerz stillenden Mittels, woraufhin N tief einschief und zu schnarchen begann. Dem Angeklagten war nicht bewusst, dass die kombinierte Gabe der verabreichten Medikamente das Risiko des Auftretens einer zentralen Atemdepression beim Patienten potenzierte. Auch das tiefe Einschlafen, das dem Zustand einer Vollnarkose gleichkam und auf eine Überdosierung der verabreichten Medikamente hinwies, beunruhigte den Angeklagten nicht. Er begann vielmehr nach der Einwirkungszeit der Infusionslösung (ca. 1 1/2 Stunden nach Operationsbeginn) mit dem Absaugen des Fetts. Zu diesem Zeitpunkt litt N bereits an einer medikamentenbedingten Atemdepression, was durch das Beschlagen der Sauerstoffmaske deutlich wurde. Die Operation hätte deshalb sofort abgebrochen und es hätten geeignete Gegenmaßnahmen eingeleitet werden müssen. Das Beschlagen der Sauerstoffmaske, das der Angeklagte bemerkt hatte, vermochte er jedoch nicht richtig zu deuten. Erst ca. 20 Minuten später, als ein Überwachungsgerät Alarmsignale aussandte, registrierte der Angeklagte den besorgniserregenden Zustand seines Patienten und brach die Operation ab. Er versuchte zunächst, N an ein Beatmungsgerät anzuschließen und führte, als dies misslang, eine Mund-zu-Mund-Beatmung und eine Herzmassage durch. Einen Beatmungsbeutel, der eine wirkungsvollere Beatmung gewährleistet hätte, hatte der Angeklagte nicht zur Hand. Die Gabe von Gegenmitteln zur Behebung der Atemdepression erwog er nicht. Auch die Herbeirufung des Notarztes verzögerte sich, weil der Angeklagte die Telefonnummer der Rettungsstelle nicht greifbar hatte. Noch vor Eintreffen des Notarztes erlitt N als Folge der Überdosierung der verabreichten Medikamente einen Herzstillstand und verstarb. Danach gab der Angeklagte der Ehefrau des Patienten ein Blankoformular mit einer Einwilligung in die Operation und sagte zu ihr, sie solle das Formular unterschreiben "wie ihr Mann".

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Die Nebenklägerin, die Ehefrau des Tatopfers, erhebt die Sachrüge und erstrebt mit ihrem Rechtsmittel eine Verurteilung des Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB.

Beide Rechtsmittel haben Erfolg. [...]

Nach Auffassung des Landgerichts ist der Tod des Patienten auf mehrere Sorgfaltsverstöße des Angeklagten zurückzuführen. Dieser habe nämlich

- die auf vier Liter Absaugmenge angelegte Liposuktion statt - regelgerecht - in Vollnarkose in lokaler Anästhesie vorgenommen,
- die Operation ohne geschultes Personal durchgeführt, so dass ein kontinuierliches Patientenmonitoring nicht gewährleistet gewesen sei,
- eine Medikamentenkombination verabreicht, ohne sich über die hierdurch erhöhte Gefährdung des Patienten im Klaren gewesen zu sein,
- frühe Hinweise auf die Überdosierung der Medikamente (tiefer Schlaf des Patienten) und den Beginn einer Atemdepression (Beschlagen der Sauerstoffmaske) nicht erkannt und deshalb Gegenmaßnahmen nicht rechtzeitig ergreifen können, und schließlich
- sei er nur unzureichend auf die Notfallsituation vorbereitet gewesen.

Eine vorsätzliche Körperverletzung (mit Todesfolge) hat das Landgericht nicht angenommen, da die Vornahme des Eingriffs selbst durch eine hypothetische Einwilligung des Patienten gerechtfertigt gewesen sei und den Angeklagten in Bezug auf die Überdosierung der Medikamente nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf treffe.

II. Revision des Angeklagten

Die Revision des Angeklagten hat mit der Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 i.V.m. § 231 Abs. 2 StPO Erfolg. Eines Eingehens auf die weitere vom Beschwerdeführer erhobene Verfahrensrüge und die Sachrüge bedarf es daher nicht.

Das Landgericht hat am vierten Verhandlungstag, am 27. Juni 2006, die Hauptverhandlung mit Beweisaufnahme, Schlussvorträgen und Urteilsverkündung in Anwendung des § 231 Abs. 2 StPO in Abwesenheit des Angeklagten in der Annahme zu Ende geführt, dieser sei bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung eigenmächtig ausgeblieben. Die für solches Vorgehen unerlässliche Eigenmächtigkeit des Ausbleibens lag indes, wie der Beschwerdeführer noch ausreichend (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) vorgetragen und was sich im Rahmen des vom Senat durchgeführten Freibeweisverfahrens auch als erwiesen bestätigt hat, nicht vor.

Der Angeklagte war am Vortag des vierten Hauptverhandlungstags, am 26. Juni 2006, auf Veranlassung einer Allgemeinärztin durch den Notarzdienst zur Abklärung eines akuten Koronarsyndroms zur Behandlung in die Klinik für Innere Medizin des Krankenhauses H. eingewiesen und dort stationär bis zum 28. Juni 2006 unter permanenter Monitorüberwachung behandelt worden.

Dass die Strafkammer, der hiervon - ersichtlich ebenso wie dem Verteidiger - nichts bekannt war, von eigenmächtigem Ausbleiben ausgehen konnte, ist ohne Bedeutung (vgl. Meyer-Goßner StPO 50. Aufl. § 231 Rdn. 25 m.N.). Die Hauptverhandlung ist hier mit einer Sachverhandlung fortgesetzt und am selben Tag mit dem Urteil abgeschlossen worden, so dass der er-

wiesenermaßen ohne Verschulden ausgebliebene Angeklagte auch keine Möglichkeit hatte, auf Heilung durch Nachholung der von ihm versäumten wesentlichen Teile der Verhandlung hinzuwirken.

III. Revision der Nebenklägerin

Die Revision der Nebenklägerin führt zum Erfolg, da das Landgericht ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten in Bezug auf eine Körperverletzung zum Nachteil seines Patienten und damit einhergehend eine (vorsätzliche) Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB mit rechtsfehlerhafter Begründung abgelehnt hat.

Die Annahme des Landgerichts, die zweite bei N durchgeführte Liposuktion sei durch eine (hypothetische) Einwilligung des Patienten gerechtfertigt gewesen, hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zwar ist das Landgericht in seinem rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass ärztliche Heileingriffe (vorsätzliche) Körperverletzungshandlungen darstellen und deshalb grundsätzlich der Einwilligung des Patienten bedürfen, um rechtmäßig zu sein. Diese Einwilligung kann aber wirksam nur erteilt werden, wenn der Patient in der gebotenen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist (vgl. BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 m.w.N.; Ehlers/Brogli, *Arzthaftungsrecht* 2. Aufl. Rdn. 769). Dies ist hier nicht geschehen. Nicht zu beanstanden ist der weitere Ausgangspunkt der Schwurgerichtskammer, dass die Rechtswidrigkeit auch dann entfallen kann, wenn im Falle eines Aufklärungsmangels, wie er hier beim zweiten operativen Eingriff gegeben war, der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 16 = BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 7).

Das Landgericht hat eine hypothetische Einwilligung in die mit dem operativen Eingriff verbundenen Körperverletzungshandlungen des Angeklagten mit der Begründung angenommen, der Angeklagte habe seinem Patienten zwar nicht vor der verfahrensgegenständlichen, jedoch vor der ersten Operation "alle Risiken einer Fettabsaugung" erläutert, N sei damals mit dem Eingriff einverstanden gewesen und hätte deshalb selbst bei nochmaliger Aufklärung auch dem zweiten

Eingriff zugestimmt.

Diese Wertung lässt außer Acht, dass sich eine Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff, jedenfalls bei Fehlen einer weitergehenden Aufklärung, nur auf eine *lege artis*, d.h. nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführte Heilbehandlung bezieht (vgl. BGHSt 43, 306, 309; Geiß/Greiner, *Arzthaftungsrecht* 4. Aufl., S. 168 Rdn. 13). Die Durchführung der zweiten Operation war jedoch, anders als dies bei der ersten Liposuktion im April/Mai 2002 der Fall war, vom Angeklagten von vornherein so angelegt, dass sie nicht dem medizinischen Standard entsprach. Nach den Feststellungen war weder die vom Angeklagten vorgesehene Narkosemethode (Lokalanästhesie statt Vollnarkose) unter den gegebenen Umständen regelgerecht gewählt, noch hatte er, was in Anbetracht der unzureichenden Notfallvorbereitung eine besondere Risikohöherung darstellte, ein kontinuierliches Patientenmonitoring während des Eingriffs sichergestellt, da er sich eines medizinischen Laien statt einer ausgebildeten Krankenschwester als Hilfspersonal bediente.

Das Landgericht hätte deshalb bei Prüfung der Frage, ob eine (hypothetische) Einwilligung des Patienten vorlag, nicht lediglich auf die Umstände der ersten, kunstgerecht durchgeführten Operation abstellen dürfen, sondern hätte in den Blick nehmen und erörtern müssen, ob N auch in Kenntnis der vorgenannten, von der ersten Operation abweichenden Umstände in den Eingriff eingewilligt hätte. Dies dürfte allerdings schon in Anbetracht dessen, dass es sich weder um eine eilbedürftige, noch um eine medizinisch indizierte, sondern lediglich um eine kosmetische Behandlung handelte, die ohnehin erheblich genaueren Aufklärungsanforderungen unterliegt (vgl. Geiß/Greiner aaO S. 167 Rdn. 9), kaum anzunehmen sein.

Im Falle des Fehlens einer (hypothetischen) Einwilligung stellt sich der operative Eingriff des Angeklagten jedoch als tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung dar. Eine vorsätzliche Tat könnte dem Angeklagten nur dann nicht vorgeworfen werden, wenn er, was das Urteil nicht ergibt, nach den bisherigen Feststellungen aber eher fern liegt, irrig vom Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts ausgegangen wäre (vgl. hierzu BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 m.w.N.).

Standort: § 306a I Nr. 1 StGB**Problem: Entwidmung**

BGH, URTEIL VOM 28.06.2007

3 STR 54/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten lebten mit den beiden minderjährigen Töchtern der Angeklagten in einem Einfamilienhaus. Um eine Renovierung des Obergeschosses finanzieren zu können, wollten sie das Obergeschoss des Gebäudes in Brand setzen und die Feuerversicherungssumme kassieren. Sie gingen davon aus, weiterhin im Untergeschoss oder gegebenenfalls bei Verwandten wohnen zu können. Während sich die Töchter bei Verwandten aufhielten, setzten die Angeklagten das Obergeschoss in Brand, das auch ausbrannte.

Das LG Osnabrück verurteilte die Angeklagten insb. wg. besonders schwerer Brandstiftung, §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2 StGB. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da bereits das Grunddelikt (§ 306a I Nr. 1 StGB) nicht verwirklicht sei; die Angeklagten hätten nämlich kein Wohngebäude in Brand gesetzt. Somit liege nur eine Strafbarkeit wegen Versicherungsmisbrauchs, § 265 I StGB vor.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte sind häufiger Gegenstand von Examensaufgaben, insb. deshalb weil sie sich hervorragend mit Problemen des Allgemeinen Teils (Rechtfertigungsgründe, Irrtümer, Kausalität und Zurechnung) oder auch Vermögensdelikten (insb. § 263 StGB) kombinieren lassen. Die im vorliegenden Fall entscheidende Entwidmung von Wohngebäuden i.R.v. § 306a I Nr. 1 StGB stellt insofern ein Standardproblem dar.

§ 306a I Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter ein Gebäude oder eine andere Räumlichkeit in Brand setzt, die "der Wohnung von Menschen dient". Hierbei ist es unbeachtlich, ob das Gebäude (vom Erbauer oder Eigentümer) dazu bestimmt oder geeignet ist, als Wohngebäude zu dienen; einzig maßgeblich ist, dass es tatsächlich als Wohngebäude dient, dass also jemand dieses Gebäude zu einem räumlichen Mittelpunkt seines Lebens gemacht hat (BGH, NStZ 1992, 541; 1994, 130; Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn 5). So ist etwa ein geschlossenes Hotel (vgl. BGH, NStZ 1984, 455; 1999, 32) oder ein noch nicht bezogener Neubau (vgl. Lackner/Kühl, § 306a Rn 2) kein Wohngebäude i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB.

Der Bewohner eines Wohnhauses kann allerdings die Zweckbestimmung des Gebäudes als Wohngebäude aufheben (sog. Entwidmung; vgl. Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn 5). Dies kann dadurch geschehen, dass der Bewohner selbst den Brand legt (BGHSt 10, 215; BGH, StV 2001, 576) oder dass er einem Dritten

den Auftrag zur Durchführung der Brandstiftung erteilt (BGH, wistra 1994, 21). Einen entsprechenden Entwidmungswillen der Angeklagten hatte das LG verneint, weil diese nur das Obergeschoss ausbrennen und während der Renovierung- soweit möglich - im Untergeschoss wohnen bleiben wollten. Der BGH betont jedoch in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, StV 2001, 577; NStZ-RR 2005, 76), dass ein Entwidmungswille nicht ausgeschlossen ist, wenn der Täter vorhat, das Gebäude im Falle eines Fehlschlags weiter zu bewohnen. Dann könne es aber auch einen Entwidmungswillen nicht ausschließen, wenn der Täter vorhabe, nur einen Teil des Gebäudes zu entwidmen oder nur für eine bestimmte Zeit die Wohnungseigenschaft aufzuheben, jedenfalls wenn er - wie die Angeklagten - es billigend in Kauf nehme, dass auch die übrigen Räumlichkeiten ggf. auf Dauer unbrauchbar würden.

Das LG hatte eine Entwidmung des Gebäudes durch die Angeklagten weiter mit der Begründung verneint, dass nicht nur die Angeklagten, sondern auch die minderjährigen Töchter der Angeklagten in dem Haus wohnten. Die Entwidmung müsse jedoch - insofern entspricht das Urteil des LG der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, NStZ-RR 2004, 235; 2005, 76) - grds. im Einverständnis mit allen Bewohnern vorgenommen werden. Der BGH hatte allerdings in der Vergangenheit bereits klargestellt, dass minderjährige Kinder bei einer solchen Entwidmung durch ihre gesetzlichen Vertreter, denen ja auch gem. § 1631 I BGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder zusteht, vertreten werden (BGH, NStZ 1992, 541; 1999, 32, 34). Zwar stand der Angeklagten das Sorge für die Töchter gemeinsam mit deren Vater zu, der an der Tat nicht beteiligt war. Der BGH stellt jedoch klar, dass dies eine wirksamen Vertretung der Töchter durch die Mutter bzgl. der Entwidmung nicht ausschließt. Bei getrennt lebenden Eltern müssen zwar Entscheidungen in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung, wozu auch die Aufenthaltsbestimmung gehört, gem. § 1687 I 1 BGB in gegenseitigem Einvernehmen getroffen werden. Dies beinhaltet jedoch nur die Entscheidung, in welcher Stadt die Kinder leben, nicht in welchem Haus oder welcher Wohnung. Diese Entscheidung obliege allein dem Elternteil, bei dem die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten, im vorliegenden Fall also der Angeklagten.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Entwidmung von Wohngebäuden i.R.v. § 306a I Nr. 1 StGB: BGHSt 10, 215; 16, 394; 26, 122; BGH, NStZ 1992, 541; 1994, 130; wistra 1994, 21; StV 2001, 576; NStZ-RR 2004, 235; 2005, 76; Geppert, JURA 1989, 420; Horn/Hoyer, JZ 1987, 976; Radtke,

ZStW 110, 866;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Feuerfalle"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ob es sich bei einem Gebäude i.S.v. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB um ein Gebäude handelt, das der Wohnung von Menschen dient, beurteilt sich nicht danach, ob ein Gebäude nach seiner objektiven Beschaffenheit für Wohnzwecke geeignet oder vom Eigentümer hierfür bestimmt ist; maßgeblich ist vielmehr allein, ob es rein tatsächlich von Bewohnern zumindest vorübergehend als Mittelpunkt ihrer (privaten) Lebensführung zu Wohnzwecken genutzt wird.

2. An einer derartigen Nutzung als Wohnung fehlt es etwa dann, wenn das Gebäude leer steht, der bisher einzige Bewohner getötet wurde oder alle Bewohner das Gebäude als Wohnung aufgegeben haben. In letztgenanntem Fall muss der Willensentschluss zur Aufgabe der Wohnung nicht durch eine vor der Brandlegung nach außen erkennbar gewordene Handlung manifest geworden sein; vielmehr genügt es, dass der Entschluss in der Brandlegung seinen Ausdruck findet, sei es, dass alle Bewohner an dieser mitwirken oder zu ihr anstiften, sei es, dass sie mit der Inbrandsetzung des Gebäudes zumindest einverstanden sind .

3. Wer das von ihm bewohnte Gebäude in Brand setzt, gibt dessen Zweckbestimmung als Wohnung auch dann auf, wenn er bei seinem Tun von der Absicht geleitet ist, das Gebäude neu zu errichten oder zu renovieren, um es danach wieder zu bewohnen; denn maßgeblich für die Entwidmung des Gebäudes ist allein, ob der Bewohner im Tatzeitpunkt damit einverstanden ist oder es zumindest hinnimmt, dass das Gebäude durch den Brand in einer Weise beschädigt wird, die es ausschließt, die Räumlichkeiten unmittelbar nach der Tat ohne Wiederaufbau oder Renovierung weiter als Wohnung zu nutzen. Nichts anderes kann gelten, wenn der Bewohner zwar beabsichtigt, nur einen Teil des von ihm bewohnten Gebäudes durch das Feuer zu zerstören, es im Hinblick auf die mangelnde Kontrollierbarkeit der Brandentwicklung aber hinnimmt, dass auch die übrigen Räumlichkeiten durch den Brand unbewohnbar werden.

4. Maßgeblich für eine solche Aufgabe der Zweckbestimmung ist bei Minderjährigen insoweit grundsätzlich der Wille des oder der Sorgeberechtigten. Stellen diese durch entsprechende Maßnahmen oder Weisungen sicher, dass ihre Kinder sich im Zeitpunkt der Brandlegung außerhalb des elterlichen Hauses befinden, so haben sie auch für diese

den Wohnzweck des Gebäudes aufgegeben. Dass die Kinder von dem Tatplan nichts wissen, also - unbewusst und selbstverständlich - davon ausgehen, das Haus sei weiterhin auch ihre Wohnung, ändert hieran nichts. Denn ihr Wille, das Haus weiterhin als Wohnung zu nutzen, wird durch den entgegenstehenden Willen der Sorgeberechtigten überlagert.

Sachverhalt:

Die beiden Angeklagten wohnten in nichtehelicher Lebensgemeinschaft in einem im Alleineigentum der Angeklagten B stehenden Einfamilienhaus. Dort lebten auch die zwei minderjährigen Töchter der Angeklagten B, der das Sorgerecht für die beiden Kinder gemeinsam mit ihrem früheren - geschiedenen - Ehemann zusteht. Um den beabsichtigten Umbau des Obergeschosses des Hauses zu finanzieren, beschlossen die beiden Angeklagten, dieses in Brand zu setzen und sodann die Feuerversicherung der Angeklagten B in Anspruch zu nehmen. Die Angeklagten hatten die Vorstellung, dass durch das Feuer nicht mehr als das Obergeschoss des Hauses zerstört werden sollte und sie im Untergeschoss weiter wohnen könnten. Falls notwendig, wollten sie für die Zeit der Beseitigung der Brandschäden bei Verwandten wohnen.

Ihren Plan setzten sie am 13. April 2006 (Gründonnerstag) in die Tat um. Am Nachmittag dieses Tages hatte der frühere Ehemann der Angeklagten B die beiden Töchter - wie schon langfristig geplant - abgeholt, damit sie, wie üblich, die Osterfeiertage bei ihm verbrächten. Weder er noch die Kinder waren in das Vorhaben der Angeklagten eingeweiht. Diese besuchten am Abend die Feier eines Motorradclubs. Von dort ließ sich der Angeklagte K in der Nacht unter einem Vorwand zu dem Haus zurückfahren, wo er entsprechend der Abrede mit der Angeklagten B Feuer legte, indem er im Kinderzimmer im Obergeschoss Papier und Textilien anzündete. Als auch die Gardinen Feuer gefangen hatten, ging er davon aus, dass nunmehr das Obergeschoss wie geplant ausbrennen werde. Er ließ sich daher zu der Feier zurückbringen, wo er der Angeklagten B signalisierte, dass der Brand gelegt sei.

Entgegen der Erwartung der Angeklagten war das Feuer jedoch erloschen, ohne auf das Haus überzugreifen und weiteren Schaden anzurichten. Dies bemerkten sie, als sie später von der Feier nach Hause zurückkehrten. Der Angeklagte K erklärte daraufhin, er werde das Obergeschoss jetzt "ordentlich" anzünden; hiermit war die Angeklagte B einverstanden. Vorkehrungen gegen ein Übergreifen des Feuers auf das Erdgeschoss trafen die Angeklagten auch jetzt nicht; sie gingen aber weiterhin davon aus, dass sich das Feuer auf das Obergeschoss beschränken werde. Der Angeklagte K zündete nunmehr in der Abstellkammer des Obergeschosses Kleidungsstücke an und stellte sicher, dass das Feuer nicht wieder erlosch. Dieses griff im

Obergeschoss um sich, die dortigen Räumlichkeiten brannten aus.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat die beiden Angeklagten jeweils der besonders schweren Brandstiftung und der versuchten besonders schweren Brandstiftung schuldig gesprochen. Es hat gegen den Angeklagten K auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und neun Monaten und gegen die Angeklagte B auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und einem Monat erkannt; vom Vorwurf des versuchten Betruges hat es die Angeklagten freigesprochen. Mit ihren Revisionen beanstanden die Angeklagten ihre Verurteilung und rügen die Verletzung materiellen Rechts. Die Rechtsmittel führen zur Änderung der Schuldsprüche und zur Aufhebung der Strafaussprüche; im Übrigen bleiben sie ohne Erfolg. [...]

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht ist der Ansicht, die Angeklagten hätten sich danach einer versuchten und einer vollendeten besonders schweren Brandstiftung nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 i. V. m. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig gemacht. Bei dem Wohnhaus der Angeklagten B habe es sich auch im Zeitpunkt der beiden Brandlegungen noch um ein Gebäude gehandelt, das der Wohnung von Menschen diene. Diese Eigenschaft habe es durch die Tathandlungen nicht verloren. Zwar sei eine Entwidmung dadurch möglich, dass die bisherigen Bewohner des Gebäudes durch die Brandlegung zu erkennen geben, sie wollten dieses nicht mehr zu Wohnzwecken nutzen. Dies scheidet hier jedoch aus zwei Gründen aus. Zum einen sei die Absicht der Angeklagten allein auf die Zerstörung des Obergeschosses und dessen Umbau gerichtet gewesen, während das Untergeschoss unversehrt bleiben sollte; demgemäß wollten sie das Haus weiter zu Wohnzwecken nutzen und sollte auch die eventuell notwendige Unterkunft bei Verwandten während der Dauer der Renovierungsarbeiten nur vorübergehend sein. Zum anderen habe es an einer Entwidmung durch alle Bewohner des Hauses gefehlt, da die Töchter der Angeklagten B nicht eingeweiht und einverstanden gewesen seien; die Angeklagte B habe wegen des gemeinsamen Sorgerechts den Aufenthalt ihrer Töchter aber nicht allein bestimmen und daher für diese auch nicht allein den Wohnzweck des Hauses aufgeben können.

3. Entscheidung des BGH

Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

a. Zum Tatobjekt des § 306a I Nr. 1 StGB

Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Landgerichts. Da der Qualifikationstatbestand des § 306b

Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB auf § 306a StGB aufbaut, ist er hier nur dann erfüllt, wenn es sich zum Zeitpunkt der beiden - zu Betrugszwecken vorgenommenen (vgl. BGHSt 45, 211; BGH NJW 2000, 3581; NStZ 2000, 197, 198; NStZ-RR 2004, 366) - Brandlegungen bei dem Haus der Angeklagten B im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB (noch) um ein Gebäude handelte, das der Wohnung von Menschen dient.

Ob dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, beurteilt sich nicht danach, ob ein Gebäude nach seiner objektiven Beschaffenheit für Wohnzwecke geeignet oder vom Eigentümer hierfür bestimmt ist; maßgeblich ist vielmehr allein, ob es rein tatsächlich von Bewohnern zumindest vorübergehend als Mittelpunkt ihrer (privaten) Lebensführung zu Wohnzwecken genutzt wird (BGHSt 16, 394, 395; 23, 114; 26, 121, 122; BGH NStZ 1984, 455; Radtke in MünchKommStGB § 306 a Rdn. 11 m. w. N.). An einer derartigen Nutzung fehlt es etwa dann, wenn das Gebäude leer steht (vgl. BGH NStZ 1984, 455), der bisher einzige Bewohner getötet wurde (BGHSt 23, 114 f.) oder alle Bewohner das Gebäude als Wohnung aufgegeben haben (BGHSt 16, 394, 396; 26, 121, 122; BGH NStZ 1988, 71; 1994, 130; NStZ-RR 2005, 76; BGHR StGB § 306 Nr. 2 aF Wohnung 3, 6). In letztgenanntem Fall muss der Willensentschluss zur Aufgabe der Wohnung nicht durch eine vor der Brandlegung nach außen erkennbar gewordene Handlung manifest geworden sein (BGHSt 16, 394, 396); vielmehr genügt es, dass der Entschluss in der Brandlegung seinen Ausdruck findet, sei es, dass alle Bewohner an dieser mitwirken (BGHSt 16, 394, 396; 26, 121, 122) oder zu ihr anstiften (BGH NStZ 1988, 71; 1994, 130), sei es, dass sie mit der Inbrandsetzung des Gebäudes zumindest einverstanden sind (BGH NStZ-RR 2004, 235, 236; 2005, 76).

b. Zum Vorliegen einer Entwidmung des Gebäudes durch die Angeklagten

Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung des Landgerichts, nach diesen Maßstäben manifestiere sich in den beiden Brandlegungen nicht der Wille der Bewohner des Hauses der Angeklagten B, dieses nicht mehr als Wohnung zu nutzen.

aa. Zum Vorliegen eines Entwidmungswillens

Allerdings ging die Vorstellung der Angeklagten dahin, nach dem Brand zunächst das Erdgeschoss und nach dem Umbau des Obergeschosses das gesamte Haus weiter als Wohnung zu nutzen; nur vorübergehend wollten sie erforderlichenfalls bei Verwandten unterkommen. Dies ändert indessen nichts daran, dass sie durch die beiden Brandlegungen die Bestimmung des Hauses Wohnzwecken zu dienen, jedenfalls in dem Umfang aufgegeben haben, in dem dieses nach ihrer Vorstellung von dem Brand erfasst werden konnte.

Wer das von ihm bewohnte Gebäude in Brand setzt,

gibt dessen Zweckbestimmung als Wohnung auch dann auf, wenn er bei seinem Tun von der Absicht geleitet ist, das Gebäude - gegebenenfalls mit betrügerisch erlangten Mitteln der Feuerversicherung - neu zu errichten oder zu renovieren, um es danach wieder zu bewohnen; denn maßgeblich für die Entwidmung des Gebäudes ist allein, ob der Bewohner im Tatzeitpunkt damit einverstanden ist oder es zumindest hinnimmt, dass das Gebäude durch den Brand in einer Weise beschädigt wird, die es ausschließt, die Räumlichkeiten unmittelbar nach der Tat ohne Wiederaufbau oder Renovierung weiter als Wohnung zu nutzen. Aus diesem Grunde ist der Wohnzweck des Gebäudes durch dessen Bewohner auch dann aufgegeben, wenn dieser sich vorbehält, im Falle des Fehlschlags der Tat dort weiter zu wohnen (BGH NStZ-RR 2001, 330; 2005, 76; s. demgegenüber noch BGHSt 26, 121, 122). Nichts anderes kann gelten, wenn der Bewohner zwar beabsichtigt, nur einen Teil des von ihm bewohnten Gebäudes durch das Feuer zu zerstören, es im Hinblick auf die mangelnde Kontrollierbarkeit der Brandentwicklung aber hinnimmt, dass auch die übrigen Räumlichkeiten durch den Brand unbewohnbar werden.

Nach diesen Maßstäben gaben die Angeklagten mit den beiden Brandlegungen den Wohnzweck des gesamten Hauses auf. Zwar war es ihr Bestreben, durch den Brand lediglich das Obergeschoss des Hauses zu zerstören und im Erdgeschoss auch unmittelbar nach der Tat weiter wohnen zu bleiben. Ihnen war jedoch bewusst, dass das Feuer auch das Erdgeschoss des Hauses ergreifen konnte. Sollte es so kommen, wollten sie vorübergehend zu Verwandten ziehen. Maßnahmen, die ein Übergreifen des Brandes auf das Erdgeschoss hätten verhindern können, trafen sie nicht. Sie waren demgemäß damit einverstanden, dass gegebenenfalls auch das gesamte Haus abbrannte. Danach ist es ohne Belang, ob durch den Brand auch das Erdgeschoss erfasst wurde, was sich den Feststellungen nicht eindeutig entnehmen lässt.

bb. Zur Vertretung der minderjährigen Töchter durch B

Durch ihre Mitwirkung an den Tathandlungen hat die Angeklagte B auch für ihre Töchter im vorbezeichneten Sinne die Nutzung ihres Hauses als Wohnung aufgehoben (vgl. grds. BGH NStZ 1992, 541; 1999, 32, 34). Maßgeblich ist bei Minderjährigen insoweit grundsätzlich der Wille des oder der Sorgeberechtigten. Stellen diese durch entsprechende Maßnahmen oder Weisungen sicher, dass ihre Kinder sich im Zeitpunkt der Brandlegung außerhalb des elterlichen Hauses befinden, so haben sie auch für diese den Wohnzweck des Gebäudes aufgegeben. Dass die Kinder von dem Tatplan nichts wissen, also - unbewusst und selbstverständlich - davon ausgehen, das Haus sei weiterhin auch ihre Wohnung, ändert hieran nichts. Denn ihr Wille, das Haus weiterhin als Wohnung zu nutzen,

wird durch den entgegenstehenden Willen der Sorgeberechtigten überlagert. Ob etwas anderes dann zu gelten hat, wenn sich die Kinder dem Willen der Sorgeberechtigten widersetzen (Radtke aaO § 306a Rdn. 18; Heine in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 306a Rdn. 5), bedarf keiner Entscheidung; denn ein solcher Fall liegt nicht vor.

Hier besteht allerdings die Besonderheit, dass die Angeklagte B die elterliche Sorge über die beiden Kinder gemeinsam mit ihrem geschiedenen früheren Ehemann ausübte, der von ihr getrennt lebte und in das Vorhaben nicht eingeweiht war. Dessen Mitwisserschaft oder Einverständnis war indessen für die Aufgabe des Wohnzwecks des Hauses nicht erforderlich. Die Angeklagte B war Alleineigentümerin des Gebäudes. Nach Scheidung und Trennung von ihrem Ehemann hatte sie allein darüber zu bestimmen, ob dieses den beiden Töchtern zu Wohnzwecken dienen sollte. Aus § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt sich nichts anderes. Zwar zählt zu den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung im Sinne dieser Vorschrift auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Finger in MünchKommBGB 4. Aufl. § 1687 Rdn. 8). Dieses umfasst jedoch nicht das Recht, auch darüber mitzubestimmen, an welchem konkreten Wohnsitz, in welchem konkreten Haus das Kind mit dem Elternteil, bei dem es sich mit Einwilligung des anderen Elternteils gewöhnlich aufhält, Wohnung zu nehmen hat (Salgo in Staudinger, BGB Neubearbeitung 2006 § 1687 Rdn. 39). So hätte die Angeklagte B. mit ihrem geschiedenen Ehemann auch nicht etwa darüber Einvernehmen herstellen müssen, ob sie das Haus verkauft und mit den beiden Töchtern in eine andere Wohnung am selben Ort umzieht.

c. Zur Strafbarkeit der Angeklagten wegen § 265 I StGB; Zurückverweisung

Eine Verurteilung der Angeklagten wegen versuchter und vollendeter besonders schwerer Brandstiftung scheidet daher aus. Auf Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen haben sie sich vielmehr jeweils des versuchten und des vollendeten Versicherungsmissbrauchs (§ 265 Abs. 1 und 2, § 22, § 23 Abs. 1, § 53 Abs. 1 StGB) schuldig gemacht. Eine weitergehende Strafbarkeit des Angeklagten K nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt dagegen wegen der Einwilligung der Angeklagten B nicht in Betracht (Tröndle/Fischer aaO § 306 Rdn. 20 m. w. N.). Entgegen der Auffassung der Revision der Angeklagten B handelte es sich bei den beiden Brandlegungen jedoch nicht um ein einheitliches Tatgeschehen. Vielmehr war der erste Versuch, bei dem der Angeklagte K meinte, alles zur Inbrandsetzung des Obergeschosses Notwendige getan zu haben, infolge des frühzeitigen Erlöschens des Feuers vor Übergreifen auf wesentliche Gebäudebestandteile fehlgeschlagen. Erst als die beiden Angeklagten dies nach einer deutlichen zeitlichen Zäsur bemerkt und ihren Tatentschluss erneuert hatten, legte der An-

geklagte K erneut Feuer, was nunmehr zum Erfolg führte. Damit liegen zwei Taten im Sinne des § 53 Abs. 1 StGB vor.

Der Senat kann die Schuldsprüche selbst entsprechend ändern (§ 354 Abs. 1 StPO analog; vgl. Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 354 Rdn. 12 ff.). § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da sich die Ange-

klagen gegen den geänderten Schuldvorwurf ersichtlich nicht anders als geschehen hätten verteidigen können. Die Änderung der Schuldsprüche führt zur Aufhebung der Strafaussprüche und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht, damit dieses die Strafen neu zumisst.

Standort: §§ 136, 136a StPO

Problem: Verdeckte Ermittler

BGH, URTEIL VOM 26.07.2007

3 STR 104/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der der Tötung des Opfers verdächtig war und sich wegen einer anderen Sache in Strafhaft befand, hatte sich bei seinen Vernehmungen stets auf sein Schweigerecht berufen. Deshalb setzte die Staatsanwaltschaft (mit entsprechendem richterlichen Beschluss) einen Verdeckten Ermittler auf den Angeklagten an. Der Verdeckte Ermittler wurde dem Angeklagten als vermeintlicher Mitgefangener während eines Gefangenentransportes präsentiert und besuchte diesen später mehrfach in der Haft. Er war die einzige Kontaktperson des Angeklagten außerhalb der JVA, sodass der Angeklagte den Verdeckten Ermittler auch brauchte, um Vollzugslockerungen wie Ausgänge und Hafturlaube zu erhalten. Während eines einwöchigen Hafturlaubes, den der Angeklagte beim Verdeckten Ermittler verbrachte und währenddessen dieser ihm zukünftige gemeinsame Geschäfte vorschlug, gestand der Angeklagte auf Drängen des Verdeckten Ermittlers hin die Tötung des Opfers. Als er später von der Polizei mit dem "rechtlich einwandfreien" Einsatz des Verdeckten Ermittlers und seiner entsprechenden Aussage konfrontiert wurde, wiederholte er seine Angaben auch gegenüber der Polizei. Das LG Wuppertal verurteilte den Angeklagten auf Grund dieser Angaben wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da die durch den Verdeckten Ermittler gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar seien.

Prüfungsrelevanz:

Ob und in welchem Umfang die Erkenntnisse, die durch den Einsatz Verdeckter Ermittler gewonnen wurden, in einem Strafverfahren verwertet werden können, ist ein wichtiges Problem in Klausuren im zweiten Staatsexamen. Solche Probleme können sowohl in staatsanwaltschaftliche Aufgabenstellungen eingebaut werden (unverwertbare Beweismittel können natürlich zur Begründung des für die Anklageerhebung gem. §§ 170 I, 203 StPO erforderlichen hinreichenden Tatverdachts nicht herangezogen werden) als

auch in Urteils- oder - wie im vorliegenden Fall - Revisionsklausuren. Auch im ersten Examen können solche Probleme als Zusatzfragen oder in mündlichen Prüfungen auftauchen.

Die bisherige Rechtsprechung zur Verwertbarkeit derjenigen Aussagen, die Beschuldigte gegenüber Verdeckten Ermittlern gemacht haben, ist uneinheitlich. Zwar ist der Einsatz verdeckter Ermittler in §§ 110a ff. StPO ausdrücklich vom Gesetzgeber vorgesehen. Dennoch ist dies im Spannungsfeld der im Rahmen der Ermittlungen natürlich auch zu berücksichtigenden (Grund-) Rechte des Beschuldigten nicht unproblematisch. Denn zum einen hat der Beschuldigte das Recht, gegenüber den Strafverfolgungsorganen - und zu denen gehört der Verdeckte Ermittler ja auch - keine Aussage zu machen und muss hierüber von diesen sogar belehrt werden, vgl. §§ 136 I 2 StPO (Grundsatz des "nemo tenetur se ipsum accusare"). Außerdem darf die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Beschuldigten grds. nicht durch Täuschung beeinträchtigt werden, § 136a I 1 StPO. Da der Verdeckte Ermittler dem Beschuldigten aber natürlich nicht offenbart, dass er für die Strafverfolgungsbehörden arbeitet, könnte hierin auch eine Täuschung gesehen werden.

Der BGH betont im vorliegenden Fall allerdings, dass der Einsatz eines verdeckten Ermittlers nicht gegen §§ 136, 136a StPO verstoße. Eine Belehrungspflicht gem. § 136 I 2 StPO bestehe nicht, da es sich bei dem Gespräch zwischen Beschuldigtem und Verdecktem Ermittler nicht um eine "Vernehmung" i.S.v. § 136 I StPO handele. § 136a I StPO sei auch nicht einschlägig, da der Einsatz des Verdeckten Ermittlers keine verbotene Vernehmungsmethode darstelle. Insb. sei eine "heimliche" Vernehmung wie im vorliegenden Fall, d.h. eine Vernehmung ohne dass der Vernehmende zu erkennen gebe, dass er für die Strafverfolgungsbehörden arbeite, nicht generell unzulässig. Allerdings stelle es einen Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz dar, wenn einem Beschuldigten, der sich gegenüber den Strafverfolgungsorganen bereits auf sein Schweigerecht berufen hat, Aussagen durch einen Verdeckten Ermittler in vernehmungähnlichen Situationen entlockt werden. Dies gelte im vorliegenden Fall insb. deshalb, weil sich der Beschuldigte in einer Abhängigkeitssituation befand, da er den Kontakt zum

Verdeckten Ermittler aufrecht erhalten musste, wenn er weiterhin in den Genuss von Hafterleichterungen kommen wollte. Insofern entspreche der vorliegende Fall demjenigen, in dem einem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten ein Spitzel in die Zelle gelegt werde; auch hier seien die so gewonnenen Ergebnisse unverwertbar (vgl. BGHSt 34, 362). Das durch die Unzulässigkeit der Maßnahme begründete Beweisverwertungsverbot entfalte außerdem auch eine Fernwirkung bzgl. der späteren Aussage des Beschuldigten in der Vernehmungssituation, nachdem ihm die durch den Verdeckten Ermittler gewonnenen Ergebnisse - fälschlicherweise - als verwertbar präsentiert worden waren.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verwertbarkeit der durch verdeckte Ermittler gewonnenen Erkenntnisse: *BGHSt* 31, 304; 34, 362; 42, 139; 44, 129 ; *Fezer*, *JZ* 1999, 527; *Schneider*, *NSStZ* 2004, 364

□ Zum Einsatz von freien Mitarbeitern der Polizei ("V-Leute"): *BGH*, *NSStZ* 1995, 513; *StV* 1995, 398; *Bernsmann/Jansen*, *StV* 1998, 230; *Duttge*, *JZ* 1996, 556; *Eschelbach*, *StV* 2000, 390; *Kintzi*, *DRiZ* 2003, 142; *Rogall*, *NSStZ* 2000, 493

Leitsatz:

Ein Verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

Sachverhalt:

Im Januar 2003 leitete die Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten, der sich zu dieser Zeit in anderer Sache in Strafhaft befand, ein Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts ein. Der Angeklagte, der durch Presseberichte von dem gegen ihn bestehenden Verdacht erfahren hatte, bestritt gegenüber einem Kriminalbeamten die Tat und teilte mit, er werde auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch machen und erst nach Akteneinsicht umfassend aussagen. Zu einer förmlichen Vernehmung des Angeklagten kam es zunächst nicht.

Nachdem sich der gegen den Angeklagten bestehende Verdacht trotz umfangreicher polizeilicher Ermittlungen nicht hatte erhärten lassen und weitere erfolgversprechende Ermittlungsansätze nicht bestanden, genehmigte das Amtsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft mit Beschluss vom 28. Oktober 2003 den

Einsatz eines Verdeckten Ermittlers. Die Genehmigung wurde mehrfach verlängert. Aufgrund der Beschlüsse wurde vom 16. Dezember 2003 bis 7. Januar 2005 ein Verdeckter Ermittler gegen den Angeklagten eingesetzt. Ein erster Gesprächskontakt fand im Rahmen eines arrangierten Gefangenentransportes statt. In der Folgezeit besuchte der Verdeckte Ermittler den Angeklagten bis Anfang Januar 2005 dreizehnmal in der Justizvollzugsanstalt. Später begleitete er ihn auf zwei Ausgängen sowie zwei eintägigen Hafturlauben, die auf Initiative der Strafverfolgungsorgane bewilligt worden waren. Im Laufe der Zeit fasste der Angeklagte Vertrauen zu dem Verdeckten Ermittler. Dieser war seine einzige Kontaktperson außerhalb der Justizvollzugsanstalt; als solche benötigte der Angeklagte ihn auch für Vollzugslockerungen. Der Angeklagte erzählte dem Verdeckten Ermittler von den gegen ihn geführten Ermittlungen sowie den ihn belastenden Indizien und überließ ihm Kopien der Ermittlungsakten zur Einsichtnahme. Dabei bestritt er, die Tat begangen zu haben.

Anfang 2005 wurde dem Angeklagten ein einwöchiger Hafturlaub bewilligt. In diesem Urlaub, den er in einer ihm vom Verdeckten Ermittler zur Verfügung gestellten Wohnung verbrachte, sprach dieser ihn am 6. Januar 2005 gezielt auf den Tatvorwurf an. In einem teilweise erregt geführten Gespräch bedrängte der Verdeckte Ermittler den Angeklagten unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Der Angeklagte, der sich im Hinblick auf die weitere Haftzeit und geplante gemeinsame Geschäfte das Vertrauen des Verdeckten Ermittlers erhalten wollte, räumte schließlich seine Täterschaft ein. Er schilderte auf zahlreiche Nachfragen des Verdeckten Ermittlers Einzelheiten des Tatgeschehens, das er allerdings beschönigend darstellte, und beschrieb insbesondere detailliert die Beseitigung der Leiche sowie der Tatspuren. Am nächsten Tag ergänzte er seine Angaben. Die Gespräche wurden auf der Grundlage von Beschlüssen des Amtsgerichts abgehört und auf Tonträgern aufgezeichnet.

Nachdem der am 7. Januar 2004 vorläufig festgenommene Angeklagte über den Einsatz des Verdeckten Ermittlers und die Gesprächsaufzeichnungen informiert worden war, machte er nach Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter in einer förmlichen Vernehmung im Wesentlichen dieselben Angaben wie gegenüber dem Verdeckten Ermittler. Vor der Vernehmung hatte ein Kriminalbeamter dessen Vorgehen als rechtlich einwandfrei und die dabei erlangten selbstbelastenden Äußerungen als gerichtsverwertbar bezeichnet.

In der Hauptverhandlung hat die Verteidigung einer Verwertung der Angaben des Angeklagten gegenüber dem Verdeckten Ermittler und bei der Beschuldigtenvernehmung widersprochen. Das Landgericht hat den

Widerspruch zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt und gegen ihn unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Urteil eine Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten verhängt. Hiergegen wenden sich die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte mit ihren Revisionen.

A. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts die Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes angreift, ist aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts offensichtlich unbegründet.

B. Revision des Angeklagten

Die vom Angeklagten zulässig erhobene Verfahrensrüge führt zur Aufhebung des Urteils.

I. Rüge des Angeklagten

Nach den Feststellungen betäubte der Angeklagte am 1. August 2002 in seiner Wohnung auf Mallorca ein 15 Jahre altes Mädchen, das danach verstarb. Von zentraler Bedeutung für die Beweiswürdigung der Strafkammer zur Täterschaft des Angeklagten waren dessen Angaben gegenüber einem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in einer anschließend von Kriminalbeamten durchgeführten Beschuldigtenvernehmung. Mit seiner Verfahrensrüge macht der Angeklagte geltend, dass diese Angaben unverwertbar seien. [...]

II. Zur Unverwertbarkeit der Angaben des Angeklagten

Die Rüge, dass die Angaben des Angeklagten gegenüber dem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in der anschließenden Beschuldigtenvernehmung nicht hätten verwertet werden dürfen, ist begründet.

1. Grundsätzliche Rechtmäßigkeit des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass gegen den Angeklagten ein Verdeckter Ermittler eingesetzt worden ist. Die Voraussetzungen für den Einsatz lagen unter den gegebenen Umständen vor (§ 110 a Abs. 1 Satz 4 StPO). Die nach § 110 b Abs. 2 Nr. 1 StPO erforderliche richterliche Zustimmung war eingeholt worden.

Dementsprechend sind im Grundsatz die von dem eingesetzten Verdeckten Ermittler gewonnenen Erkenntnisse verwertbar. Es hätten etwa keine Bedenken bestanden gegen die Verwertung von Wahrnehmungen, die dieser bei Begegnungen mit dem Angeklagten gemacht, oder von Beweismitteln, die er im Rahmen sei-

nes Einsatzes gefunden hätte. Insbesondere hätten auch der Verwertung von Äußerungen des Angeklagten keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden, die dieser - jedenfalls außerhalb bestimmter Haftsituationen (vgl. dazu BGHSt 34, 362; 44, 129) - aufgrund des von dem Verdeckten Ermittler geschaffenen Vertrauensverhältnisses diesem gegenüber von sich aus gemacht hätte. Dass ein Verdeckter Ermittler nicht gehalten ist, den Beschuldigten, gegen den er eingesetzt ist, über sein Schweigerecht zu belehren, wenn dieser dazu ansetzt, über die Tat zu berichten, versteht sich aus dem Wesen des von der Strafprozessordnung zugelassenen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und begegnet auch mit Blick auf die verfassungsmäßigen und prozessualen Rechte des Beschuldigten keinen Bedenken. Solange der Verdeckte Ermittler den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen nicht drängt oder ihm solche nicht in anderer Weise - insbesondere durch gezielte Befragungen - entlockt, dürfen diese verwertet werden. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen ist bei wertender Betrachtung die Situation keine andere, als wenn der Beschuldigte sich einem Freund, Bekannten oder sonstigen Dritten, denen er sein Vertrauen schenkt, in der irrigen Annahme offenbart, dieser werde die belastenden Informationen für sich behalten und nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben.

2. Unzulässigkeit des Einsatzes des Verdeckten Ermittlers im vorliegenden Fall

Verfahrensrechtlich unzulässig wurde der Einsatz des Verdeckten Ermittlers hier dadurch, dass er den Angeklagten, der sich für das Schweigen zum Tatvorwurf entschieden und dies einem Polizeibeamten mitgeteilt hatte, unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauens zu einer Aussage gedrängt und in einer vernehmungähnlichen Weise zu den Einzelheiten befragt hatte.

a. Kein Verstoß gegen §§ 136 I, 163a StPO

Ein solches Verhalten beinhaltet allerdings keinen Verstoß gegen §§ 163 a, 136 Abs. 1 StPO. Diese Vorschriften sind nicht unmittelbar anwendbar, weil zum Begriff der Vernehmung im Sinne der Strafprozessordnung gehört, dass der Vernehmende der Auskunftsperson (also dem Beschuldigten, Zeugen oder dem Sachverständigen) in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft (eine "Aussage") verlangt (BGHSt 42, 139, 145 f. - Großer Senat für Strafsachen). Sie sind nach ihrem Sinn und Zweck, den Beschuldigten vor der irrümlichen Annahme einer Aussagepflicht zu bewahren, auch nicht entsprechend anzuwenden. Mit der Erwägung, es handle sich um eine "vernehmungähnliche Situation", lässt sich eine entsprechende Anwendung nicht rechtfertigen (BGHSt 42, 139, 146 ff. - GS). Schließlich stellt sich das in Frage stehende Verhalten des Verdeckten Ermittlers auch nicht als eine unzulässige Um-

gehung der §§ 163 a, 136 Abs. 1 StPO dar (vgl. näher BGHSt 42, 139, 148 f. - GS).

b. Kein Verstoß gegen § 136a III 2 StPO

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind seine Angaben gegenüber dem Verdeckten Ermittler auch nicht nach § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO unverwertbar. In der das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch den Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen die - unmittelbar oder entsprechend angewandte - Regelung der §§ 163 a Abs. 3, 136 a Abs. 1 StPO. Das ergibt sich aus einer systematischen, die anderen in § 136 a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Mittel berücksichtigenden Betrachtung. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen (vgl. BGHSt 42, 139, 149 - GS).

c. Kein Verbot heimlicher Befragung

Schließlich lässt sich die Unzulässigkeit der Befragung des Angeklagten zum Tatvorwurf durch den Verdeckten Ermittler auch nicht mit der Erwägung begründen, dass das Bild der Vernehmung des Beschuldigten nach der Strafprozessordnung das eines offenen, den amtlichen Charakter der Befragung und das Ermittlungsinteresse offenbarenden Vorgangs ist. Indem die Strafprozessordnung etwa vorschreibt, dass der Beschuldigte zu seiner Vernehmung schriftlich zu laden ist, dass ihm zu Beginn seiner Vernehmung zu eröffnen ist, welche Tat ihm zur Last gelegt wird, und dass er über seine Aussagefreiheit zu belehren ist, untersagt sie den Strafverfolgungsbehörden nicht zugleich (mittelbar) jede andere Art und Weise der "Kommunikation mit einem Tatverdächtigen". Die Ausgestaltung der Vernehmung als eines "offenen" Vorgangs durch die Strafprozessordnung ist nicht Ausdruck eines dem Gesetz als allgemeines Prinzip zugrundeliegenden Grundsatzes, nach dem Ermittlungen und speziell Befragungen des Beschuldigten nicht heimlich, das heißt ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht, erfolgen dürften (BGHSt 42, 139, 149 ff. - GS - mit näherer Begründung).

d. Verstoß gegen den nemo-tenetur Grundsatz

Unter den hier gegebenen Umständen verstößt die Befragung des Angeklagten zu den Tatvorwürfen durch den Verdeckten Ermittler aber gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare").

aa. Herleitung des nemo-tenetur-Grundsatzes

Die Selbstbelastungsfreiheit (vgl. BGHSt 42, 139, 151 f. - GS; 38, 214, 220; 36, 328, 332; 34, 39, 46) zählt zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafver-

fahrens. Sie hat in der Strafprozessordnung in den §§ 55, 136 Abs. 1, 136 a Abs. 1 und 3, § 163 a Abs. 3 sowie § 243 Abs. 4 Satz 1 Niederschlag gefunden und in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g des Internationalen Paktes vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR) in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz zu diesem Pakt vom 15. November 1973 (BGBl II 1973 S. 1533) eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung erfahren. Sie ist verfassungsrechtlich abgesichert durch die gemäß Art. 1, 2 Abs. 1 GG garantierten Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit (BVerfGE 56, 37, 43 ff.) und gehört zum Kernbereich des von Art. 6 MRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR StV 2003, 257, 259). Die Selbstbelastungsfreiheit entspricht der prozessualen Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, der Beteiligter und nicht Objekt des Verfahrens ist, und hat Vorrang vor der ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Pflicht des Staates zu einer effektiven Strafverfolgung (vgl. BVerfGE 80, 367, 375). Dabei gilt sie unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs; die Strafprozessordnung zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis (vgl. BGHSt 14, 358, 365).

bb. Inhalt und Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes

Über Inhalt und Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes im Einzelnen besteht - zwischen Literatur und Rechtsprechung aber auch innerhalb der Rechtsprechung - noch keine Einigkeit.

Nach seinen bislang in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten Ausprägungen beinhaltet der nemo-tenetur-Grundsatz das Verbot von Zwang. Im Strafverfahren darf - so auch die Formulierung in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g IPbürgR - niemand gezwungen werden, sich selbst durch eine Aussage einer Straftat zu bezichtigen und damit zu seiner Überführung beizutragen oder anders als durch Äußerungen zum Untersuchungsgegenstand aktiv an der Aufklärung des Sachverhalts (etwa durch Teilnahme an Tests oder Tatrekonstruktionen) mitzuwirken (BGHSt 42, 139, 151 f. - GS). In der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen heißt es dazu: "Gegenstand des Schutzes des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes" (BGHSt 42, 139, 153 - GS).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat demgegenüber festgestellt, dass das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung zwar in erster Linie dazu dienen, den Beschuldigten gegen unzulässigen Zwang der Behörden und die Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen; jedoch sei "der Anwendungsbereich des Rechts nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang

widerstehen musste". Das Recht, das zum Kernbereich des fairen Verfahrens gehört, "dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will" (EGMR StV 2003, 257, 259 - Fall Allan v. Großbritannien).

Diese Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könnten mit Blick auf andere Fallgestaltungen Anlass zur Prüfung geben, ob an der - anscheinend restriktiveren - Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann und welche Konsequenzen sich insbesondere für Fälle der Art ergeben, wie sie in dem damaligen Ausgangsverfahren zur Beurteilung anstanden.

cc. Zur Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes im vorliegenden Fall

Dies kann hier indes dahinstehen.

α. Ausübung des Schweigerechts des Angeklagten vor Einsatz des Verdeckten Ermittlers

Der zu beurteilende Sachverhalt wird wesentlich dadurch geprägt, dass der Angeklagte gegenüber einem Polizeibeamten erklärt hatte, er werde auf Anraten seines Verteidigers zur Zeit von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Wenn der Einsatz des Verdeckten Ermittlers nicht schon von vornherein darauf angelegt war, so diene er jedenfalls in der entscheidenden Phase des Hafturlaubs im Januar 2005 aber gerade dazu, dem Angeklagten unter Ausnutzung der geschaffenen Vertrauensstellung Aussagen zum Tatgeschehen und seiner Beteiligung zu entlocken und durch gezielte Fragen des mit den Ermittlungsergebnissen vertrauten Verdeckten Ermittlers selbstbelastende Angaben zu erhalten; auf diese Weise sollte in Verbindung mit den vorhandenen anderen Beweismitteln seine Überführung sichergestellt werden.

β. Unzulässigkeit vernehmungsfähnlicher Befragungen durch Verdeckte Ermittler nach Ausübung des Schweigerechts

Erklärt der Beschuldigte, wie hier der Angeklagte, in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren gegenüber den Ermittlungsbehörden schweigen zu wollen, so verdichtet sich der allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bietet, in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung für das Schweigen grundsätzlich zu respektieren haben. Es kann dahingestellt bleiben, was daraus für das Verhalten von Vernehmungspersonen, die dem Beschuldigten in amtlicher Eigenschaft offen gegenüber treten, im Einzelnen folgt, insbesondere welchen Grenzen Versuche unterliegen, den Beschuldigten zu einem Überdenken seiner Entscheidung zu veranlassen. Mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist es jedenfalls nicht vereinbar, dem Beschul-

digten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, in gezielten, vernehmungsfähnlichen Befragungen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, wie etwa durch Verdeckte Ermittler, selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken.

γ. Rechtsprechung des EGMR

Nur diese Bewertung entspricht der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dessen Auslegung der innerstaatlich im Range eines einfachen Bundesgesetzes geltenden Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten bei der Anwendung des nationalen Rechts zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfG NJW 2004, 3407, 3409; Meyer-Goßner aaO vor Art. 1 MRK Rdn. 3 ff. m. w. N.). Sie weicht auch nicht von der Rechtsprechung anderer Senate und insbesondere der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen aus dem Jahre 1996 ab.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in der bereits zitierten Entscheidung "Allan v. Großbritannien" ausgeführt, dass die zum Schweigerecht und zum Schutz vor Selbstbelastungsfreiheit gehörende freie Entscheidung auszusagen oder zu schweigen, "effektiv unterlaufen (wird), wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Aussagen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, und die so erlangten Geständnisse oder selbstbelastenden Aussagen in den Prozess als Beweise einführen". Ob das Schweigerecht in einem solchen Maße missachtet wird, dass eine Verletzung von Art. 6 der Konvention vorliegt, hängt - wie der Gerichtshof weiter ausgeführt hat - zwar von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine solche Verletzung muss aber nach den weiteren Erwägungen der Entscheidung angenommen werden, wenn der Informant - wie bei einem Verdeckten Ermittler unzweifelhaft der Fall - als Agent des Staates handelt und die fraglichen Beweise als vom Informanten entlockt anzusehen sind. Dies wiederum hängt "von der Art der Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten und davon ab, ob sich das Gespräch des Informanten mit dem Beschuldigten als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt".

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheint zwar in der Tendenz ein engeres Verständnis vom Regelungsgehalt des nemo-tenetur-Grundsatzes zugrunde zu liegen. Dafür spricht insbesondere die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen, die - wie dargestellt - hervorhebt, dass der Grundsatz die Freiheit von Zwang zur Aussage beinhaltet (BGHSt 42, 139, 151 ff. - GS). Indes hat auch der Große Senat ausdrücklich die rechtsstaatlichen Grenzen betont, die der vernehmungsfähnlichen Befragung von Tatverdächtigen ohne

Aufdeckung der Ermittlungsabsicht - wegen ihrer Nähe zum nemo-tenetur-Prinzip (BGHSt 42, 139, 156 - GS) - gesetzt sind (BGHSt 42, 139, 154 ff. - GS). Aus dieser Nähe sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip, speziell dem Grundsatz des fairen Verfahrens könne sich eine heimliche Befragung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung des Gebotes einer effektiven Strafverfolgung als unzulässig erweisen (vgl. BGHSt 42, 139, 156 f. - GS). Abgesehen von diesen ganz allgemein bestehenden - durch Abwägung im Einzelfall zu ermittelnden - Grenzen steht nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen aber auch außer Frage, dass in verschiedenen Sachverhalten die heimliche Befragung von Tatverdächtigen aus rechtsstaatlichen Gründen von vornherein unzulässig ist (BGHSt 42, 139, 154 f. - GS). Als Beispiele aus der älteren Rechtsprechung werden in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Fälle erwähnt, dass einem Untersuchungshäftling ein Spitzel in die Zelle gelegt (BGHSt 34, 362; vgl. auch BGHSt 44, 129) oder das gesprochene Wort verbotswidrig fixiert wurde (BGHSt 31, 304; 34, 39). Der Große Senat hat als weiteren möglichen Anwendungsfall einer aus rechtsstaatlichen Gründen absolut unzulässigen heimlichen Befragung des Beschuldigen den der gezielten Anbahnung eines Liebesverhältnisses zur Gewinnung von Informationen genannt und daran anschließend weiter ausgeführt, dass "auch an einen Fall gedacht werden kann, in dem der Beschuldigte durch eine Privatperson befragt wurde, obwohl er zuvor in einer Vernehmung ausdrücklich erklärt hatte, keine Angaben zur Sache machen zu wollen" (BGHSt 42, 139, 155 - GS).

Diese Ausführungen betreffen zwar unmittelbar nur die Befragung des Tatverdächtigen durch eine Privatperson, die auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden tätig wird. Mit Blick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit und den Sinn und Zweck dieses Prinzips kann aber für eine Befragung durch einen Verdeckten Ermittler nichts anderes gelten.

δ. Zur Verletzung des Ermittlungsbeschränkungen im vorliegenden Fall

Gegen die Beschränkungen, die sich nach alledem für das Vorgehen der Ermittlungsbehörden ergeben - sei es unmittelbar aus dem nemo-tenetur-Grundsatz, sei es aus den mit Blick auf ihn zu stellenden Anforderungen an ein faires, rechtsstaatliches Verfahren -, haben diese mit der Befragung des Angeklagten durch den Verdeckten Ermittler verstoßen.

Der Angeklagte hat gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten erklärt, er wolle auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Dass er diese Erklärung nicht in einer förmlichen Vernehmung nach Belehrung über sein Schweigerecht abgegeben hat und es überhaupt zu einer förmlichen Vernehmung in dieser Sache zunächst nicht gekommen ist, ist für die rechtliche Bewertung nach dem

Sinn und Zweck des nemo-tenetur-Grundsatzes ohne Bedeutung. Desgleichen ist ohne Belang, dass sich der Angeklagte nach seiner Erklärung, schweigen zu wollen, bei der Kriminalpolizei immer wieder nach dem Ermittlungsstand erkundigt, sich ungefragt zur Tat sowie den Ermittlungen geäußert und mehrmals eine mögliche Aussage - nach Akteneinsicht und Absprache mit seinem Verteidiger - in Aussicht gestellt hat. Sein wenig konsequentes Verhalten hätte es allerdings gerechtfertigt, jeweils nach einer das Ermittlungsverfahren und den Tatvorwurf berührenden Äußerung nachzufragen, ob er hinsichtlich seiner Entscheidung für das Schweigen anderen Sinnes geworden und nunmehr zur Äußerung bereit sei. Ohne eine solche Nachfrage und ohne eine entsprechende Erklärung des Angeklagten hat sich aber nichts daran geändert, dass er unter Berufung auf sein Schweigerecht deutlich erklärt hat, zur Sache keine Angaben machen und sich insbesondere keiner Vernehmung mit gezielten Nachfragen durch den Vernehmungsbeamten stellen zu wollen.

Die Entscheidung des Angeklagten für die Inanspruchnahme seines Schweigerechts haben die Strafverfolgungsorgane durch die Art und Weise der Informationsgewinnung seitens des eingesetzten Verdeckten Ermittlers massiv verletzt. Dieser hat sich nicht darauf beschränkt, das zwischen ihm und dem Angeklagten geschaffene Vertrauen dafür zu nutzen, Informationen aufzunehmen, die der Angeklagte von sich aus zum Tatgeschehen oder ermittlungsrelevanten Umständen machte. Gegen eine Verwertung solcher Erkenntnisse werden in der Regel auch dann keine Bedenken bestehen, wenn der Beschuldigte sich vorher ausdrücklich für das Schweigen entschieden und dies erklärt hat. Da ein solches Vorgehen von den gesetzlichen Vorschriften über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gedeckt ist, berührt die mit ihr verbundene Täuschung das nemo-tenetur-Prinzip nicht in relevanter Weise. Hier hat der Verdeckte Ermittler dem Angeklagten aber durch beharrliche Fragen und unter Hinweis auf das vorgetäuschte Vertrauensverhältnis selbstbelastende Äußerungen entlockt, zu denen er bei einer förmlichen Vernehmung nicht bereit gewesen wäre. Die Befragung durch den Verdeckten Ermittler war, wie die Aufzeichnungen belegen, in einer Weise intensiv, dass sich - in den Worten des Europäischen Gerichtshofs - "das Gespräch als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt".

Die Missachtung des Rechts des Angeklagten, selbst frei zu entscheiden, ob er aussagen oder schweigen wollte, wiegt dabei hier um so schwerer, als die Strafverfolgungsbehörden gezielt die besonderen Belastungen der Haftsituation ausnutzten, um ihm Täterwissen zu entlocken. Der Angeklagte befand sich in anderer Sache in Strafhaft. Nach den Feststellungen war der Verdeckte Ermittler die einzige Person außerhalb der Justizvollzugsanstalt, mit der er Kontakt hatte. Damit

er Vollzugslockerungen wie Ausgang oder Hafturlaub erhalten konnte, war er auf die Mitwirkung des Verdeckten Ermittlers angewiesen. Dieser stellte ihm zudem gemeinsame Geschäfte und damit eine Lebensperspektive nach Haftverbüßung in Aussicht. Zusammengefasst konnte sich der Angeklagte den Einwirkungen des Verdeckten Ermittlers nur beschränkt entziehen. Auch wenn die zur Aufdeckung seiner Täterschaft führende Befragung letztlich außerhalb der Justizvollzugsanstalt während eines Hafturlaubs stattfand, war die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten so stark eingeschränkt, dass seine Situation der besonderen Zwangssituation eines Untersuchungshäftlings nahe kam, dem ein Polizeispitzel in die Zelle gelegt wird (vgl. BGHSt 34, 362). Das gilt um so mehr, als sich der Verdeckte Ermittler bei den entscheidenden Befragungen nicht darauf beschränkte, das ihm vom Angeklagten entgegengebrachte Vertrauen für Fragen auszunutzen, sondern diesen massiv - unter anderem mit der Ankündigung, die für den Angeklagten einzige Beziehung in die Welt außerhalb der Vollzugsanstalt abubrechen - zu Angaben drängte. Insofern ist es für die rechtliche Beurteilung unerheblich, dass der Angeklagte zu Beginn des Kontaktes mit dem Verdeckten Ermittler kurzfristig in Erwägung gezogen hatte, dieser könne ein Polizeispitzel sein; denn er ging anschließend von einer vertrauensvollen Beziehung auf privater Ebene aus.

3. Zur Unverwertbarkeit auch der polizeilichen Vernehmung

Die nach alledem unzulässige Beweisgewinnung durch

den Verdeckten Ermittler hat - wegen des gravierenden Eingriffs in die prozessualen Rechte des Angeklagten - ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

Dieses Beweisverwertungsverbot erstreckt sich auch auf die Aussage des Angeklagten bei der polizeilichen Vernehmung. Zwar wurde dieser vor der Vernehmung gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO ordnungsgemäß über sein Schweigerecht und sein Recht zur Verteidigerkonsultation belehrt, jedoch wirkte bei der Vernehmung die rechtsstaatswidrige Beweisgewinnung durch den Verdeckten Ermittler fort. Die Äußerungen zum Tatgeschehen waren dem Angeklagten kurze Zeit zuvor entlockt worden, ein Kriminalbeamter bezeichnete sie ihm gegenüber als gerichtsverwertbar. Da er unter diesen Umständen davon ausgehen musste, seine Angaben gegenüber dem Verdeckten Ermittler könnten ohnehin gegen ihn verwendet werden, war er sich seiner Entscheidungsmöglichkeit, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, nicht bewusst. Dies hat die Fortwirkung des Beweisverwertungsverbotes zur Folge (vgl. BGHSt 17, 364, 367 f.; 37, 48, 53; BGH NStZ 1988, 41; Boujong in KK 5. Aufl. § 136 Rdn. 29 und § 136 a Rdn. 40 f.; Meyer-Goßner aaO § 136 Rdn. 30).

4. Zum Beruhen des Urteils auf dem Fehler

Da das Landgericht bei der Beweiswürdigung entscheidend auf die selbstbelastenden Äußerungen des Angeklagten abgestellt hat, beruht das Urteil auf dem aufgezeigten Verfahrensfehler. Über die Sache ist deshalb neu zu verhandeln und zu entscheiden.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Abhören von Rechtsanwälten (Fall El Masri)

BVERFG, BESCHLUSS VOM 30.04.2007
2 BvR 2151/07 (NJW 2007, 2752)

Problemdarstellung:

Der deutsche Staatsbürger Khaled El-Masri wurde Ende 2003 in Mazedonien mutmaßlich vom US-Geheimdienst CIA nach Afghanistan entführt und dort über mehrere Monate festgehalten. Vielfach wurde angenommen, El-Masri sei mit einem Al-Quaida-Terroristen gleichen Namens verwechselt worden. Allerdings gab es auch Presseberichte, die El-Masri tatsächlich Verbindungen zu islamistischen Terrorgruppen nachsagten. Über die Rolle El-Masris und die Frage, wann und in welchem Umfang die deutschen Behörden - insbesondere in Person des damaligen Innenministers Schily - über sein Schicksal unterrichtet waren, ob sie die Entführung hätten verhindern können oder sie vielleicht sogar durch Beihilfe unterstützt haben, wird seitdem in der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert.

Jedenfalls ermittelte die Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts der Begehung von Straftaten im Zusammenhang mit dem Verschwinden El-Masris. Im Rahmen dieser Ermittlungen legitimierte das Amtsgericht München im Januar 2006 die Überwachung des Telefons, Mobiltelefons und Telefaxgeräts des Rechtsanwalts von El-Masri. Zur Begründung wurde ausgeführt, es sei nicht auszuschließen, dass die mutmaßlichen Täter über seinen Rechtsanwalt nochmals Kontakt zu El-Masri suchten, etwa um sich sein Schweigen zu erkaufen, ihn einzuschüchtern o.ä. Jedenfalls erhoffte man sich von der Telefonüberwachung Hinweise auf Identität und Verbleib der Täter.

Gegen die Überwachung seines Telefonverkehrs zog der Rechtsanwalt El-Masri (nach erfolgloser Erschöpfung des Rechtswegs) schließlich vor das BVerfG. Das Gericht gab seiner Verfassungsbeschwerde statt: In der gerichtlichen Anordnung der Überwachung des Telefonverkehrs liege ein Eingriff in die Fernmeldefreiheit aus Art. 10 I GG und die Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG, der verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei. Insbesondere sei die Anordnung unverhältnismäßig, weil die Wahrscheinlichkeit, dass sich die mutmaßlichen Täter nach über zwei Jahren noch einmal beim Rechtsanwalt ihres Opfers melden könnten, verschwindend gering gewesen sei. Der einschlägige § 100a StPO lässt Telefonüberwachungen bei Dritten (also solchen Personen, die nicht selbst beschuldigt

werden) aber nur zu, wenn anzunehmen ist, dass der Dritte für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben wird oder dass der Beschuldigte den Anschluss des Dritten benutzt. Bloße Vermutungen reichen laut BVerfG zu dieser Annahme nicht aus.

Prüfungsrelevanz:

Nicht selten werden Fälle, die in der Öffentlichkeit hohe Wellen geschlagen haben, zum Anlass für Prüfungsaufgaben genommen. Der Fall der Telefonüberwachung des Rechtsanwalts von El-Masri eignet sich hierzu besonders gut, da er ohne Probleme in eine Verfassungsbeschwerde übernommen werden oder zum Gegenstand von Prüfungsgesprächen gemacht werden kann.

Inhaltlich zur Kenntnis genommen werden sollte, dass Art. 10 I GG und Art. 12 I GG nebeneinander stehen können, und dass das BVerfG bei der Überwachung von Rechtsanwälten wegen der zu schützenden Nähebeziehung zu ihren Mandanten und ihrer Funktion als Teil der Rechtspflege besonders strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs stellt.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass § 148 StPO Strafverteidiger generell von staatlichen Überwachungsmaßnahmen befreit. Beim Rechtsanwalt von El-Masri handelte es sich aber nicht um einen Strafverteidiger, sondern um den Rechtsanwalt des Opfers, so dass die Norm nicht zur Anwendung kam. Anderenfalls hätte es schon an einer tauglichen Schranke zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs gefehlt.

Vertiefungshinweise:

- Gesetzgebungskompetenz für Telefonüberwachung: *BVerfG*, RA 2005, 440 = DVBl 2005, 1192
- Überwachung des Mobiltelefons eines Rechtsanwalts: *BVerfG*, wistra 2007, 297
- Beschlagnahme eines Mobiltelefons: *BVerfG*, RA 2005, 173 = NStZ 2005, 337

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Die Telefonüberwachung eines Rechtsanwalts greift in dessen Grundrechte aus Art. 10 I, 12 I GG ein.**
- 2. Der Eingriff in die Grundrechte des Rechtsanwalts ist jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn die Wahrscheinlichkeit gering ist, dass er von den**

Tätern, gegen die ermittelt wird, als Nachrichtermittler kontaktiert werden wird.

Sachverhalt:

Der Bf. (Bf.) ist anwaltlicher Vertreter des zeitweise - mutmaßlich von Geheimdienstkreisen - entführten E. Die Entführung fand im Zeitraum vom 31. Dezember 2003 bis 29. Mai 2004 statt.

Mit Beschluss vom 11. Januar 2006 ordnete das Amtsgericht München nach § 100 a Satz 1, § 100 b StPO die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation betreffend den Festnetz- und Telefaxanschluss der Rechtsanwaltskanzlei an, in der außer dem Bf. auch dessen Ehefrau als Rechtsanwältin tätig ist, sowie zweier auf den Bf. angemeldeter Mobilfunkgeräte, wobei eines von der Ehefrau des Bf. genutzt wird. In der Kanzlei sind auch zwei weitere in Bürogemeinschaft verbundene Anwälte tätig.

Zur Begründung führte das AG u.a. aus: Unbekannte Täter stünden im Verdacht, den Geschädigten E. gegen seinen Willen und mit Gewalt und Drohung von Gewaltanwendung festgehalten zu haben (Verschleppung gemäß § 234a StGB). Auf Grund bestimmter Tatsachen sei davon auszugehen, dass der Bf. als Nachrichtenempfänger an ihn gerichtete Mitteilungen der Täter entgegennehme. Der "Fall E." sei derzeit in sämtlichen Medien Gegenstand der Berichterstattung. In Presseberichten werde einerseits die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Vielzahl von Personen und Institutionen, zum anderen die Rolle des Geschädigten (Erhalt von Schweigegeld) selbst diskutiert. Es müsse damit gerechnet werden, dass Täter oder Teilnehmer über Telefon mit dem Geschädigten oder dem Bf. in Verbindung träten, um eine "Lösung des Falles" zu diskutieren. Andere Aufklärungsmittel seien nicht vorhanden.

Am 11. April 2006 wurde die Maßnahme durch das Amtsgericht verlängert. Sie dauerte bis zum 13. Juni 2006 an.

Nachdem der Bf. sämtliche Rechtsbehelfe gegen den Beschluss der Telefonüberwachung und dessen Verlängerung erfolglos ausgeschöpft hat, erhebt er Verfassungsbeschwerde (Vb.) zum BVerfG. Der Bf. sieht sich in seinen Rechten aus Art. 10 I, 12 I GG verletzt.

Hat die Vb. Erfolg?

Lösung:

Die Vb. hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG für die Entscheidung über Vb. zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Gem. § 90 I BVerfGG kann eine Vb. von "jedermann" erhoben werden, also auch vom Bf.

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist nach § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Zur öffentlichen Gewalt gehören gem. Art. 20 II, III GG Exekutive, Judikative und Legislative. Der Bf. wendet sich hier gegen Beschlüsse des Amtsgerichts, mit denen die Telefonüberwachung angeordnet bzw. verlängert worden sind. Diese sind als Judikativakte ebenso taugliche Beschwerdegegenstände wie die Gerichtsentscheidungen, mit denen seine Rechtsbehelfe zurückgewiesen worden sind.

IV. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 I BVerfGG muss der Bf. ferner geltend machen können, durch den angefochtenen Hoheitsakt in seinen Grundrechten verletzt zu sein. Dies setzt neben der Möglichkeit einer solchen Verletzung voraus, dass der Bf. selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass der Bf. durch die angeordnete und verlängerte Telefonüberwachung in seinen Grundrechten aus Art. 10 I GG und Art. 12 I GG verletzt ist.

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen

Der Bf. war selbst von der Maßnahme betroffen, da die angefochtenen Beschlüsse über die Anordnung und Verlängerung der Telefonüberwachung gegen ihn gerichtet waren und es sich u.a. um seine Telefonanschlüsse handelte. Die Beschwer trat durch die Beschlüsse auch ohne weiteren Zwischenakt und damit unmittelbar ein. Fraglich ist, ob eine gegenwärtige Beschwer vorliegt, denn die Überwachung ist seit 13. Juni 2006 abgeschlossen und somit erledigt. Dies ändert aber nichts daran, dass die hier angefochtenen Beschlüsse nach wie vor als Rechtsgrundlagen der durchgeführten Überwachung existieren und diese legitimieren. Auch wirken die Rechtsfolgen der Überwachung in Form der von staatlicher Seite gewonnenen Erkenntnisse fort, sodass dem Bf. ein Rehabilitationsinteresse nicht abgesprochen werden kann, zumal der Fall in der Öffentlichkeit breites Aufsehen erregt hat.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Nach § 90 II BVerfGG muss der Bf. vor Erhebung der Vb. den Rechtsweg erschöpfen, was er hier laut Sachverhalt getan hat. Darüber hinaus entnimmt das BVerfG § 90 II BVerfGG den Grundsatz der Subsidiarität der Vb., welcher den Bf. verpflichtet, auch über die Rechtswegerschöpfung hinaus alles zu unternehmen, um eine Vb. entbehrlich zu machen. Hier ist

nicht ersichtlich, welcher andere Weg dem Bf. offen gestanden hätte, um eine Rehabilitation zu erreichen. Deshalb liegt auch kein Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz vor.

VI. Form und Frist

Die Monatsfrist des § 93 I BVerfGG ist eingehalten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist ferner die Beachtung der Formalien des § 23 BVerfGG zu unterstellen.

Die Vb. ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit der Bf. durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten oder in einem der in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten, sog. "grundrechtsgleichen Rechte" verletzt ist. Hier kommt eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 I GG und der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG in Betracht. Dann müsste jeweils ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

I. Art. 10 I GG

1. Schutzbereich betroffen

"Das Fernmeldegeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 106, 28 [35 f.]; 115, 166 [182]). Mit der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikationsanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt anders verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 107, 299 [313])."

Somit ist mit dem angeordneten Zugriff auf die Inhalte der Kommunikation der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG betroffen.

2. Eingriff

"Mit der angegriffenen Anordnung der Abhörmaßnahme wurde in das Fernmeldegeheimnis eingegriffen, weil sich staatliche Stellen ohne Zustimmung des Bf. und sonstiger Beteiligter Kenntnis von dem Inhalt und den Umständen der fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgänge verschafft haben."

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

a. Schranken

Gem. Art. 10 II GG dürfen Beschränkungen des Grundrechts nur aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden. Als gesetzliche Grundlage in diesem Sinn dienen hier §§ 100 a S. 1, 100 b StPO, welche die formellen (§ 100 b StPO) und materiellen (§ 100a S. 1 StPO) Voraussetzungen für eine Telefonüberwachung nennen. Die danach zulässige Anordnung darf sich gem. § 100a S. 2 StPO neben dem Beschuldigten auch gegen Personen richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben werden oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt.

b. Schranken-Schranken

Um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein, genügt das bloße Vorhandensein einer gesetzlichen Regelung aber nicht. Vielmehr müssen die Schranke selbst und ihre Anwendung auf den konkreten Fall ihrerseits verfassungsgemäß sein.

aa. Verfassungsmäßigkeit der Schranke

Fraglich ist also zunächst, ob die §§ 100a, 100b StPO ihrerseits verfassungsgemäß sind.

(1). Formell

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass der §§ 100a, 100b StPO ergibt sich aus Art. 72 I, 74 I Nr. 1 GG (Strafrecht und gerichtliches Verfahren). Verfahrens- oder Formverstöße sind nicht ersichtlich.

(2). Materiell

In materieller Hinsicht hat der Gesetzgeber das gesamte materielle Verfassungsrecht, darunter besonders die Grundsätze der Art. 19 und 20 GG zu beachten. In Art. 20 III GG enthalten ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Diesem tragen die Normen dadurch Rechnung, dass sie die Telekommunikationsüberwachung nur bei hinreichenden Verdachtsmomenten für die Begehung besonders schwerer, in § 100a StPO abschließend aufgezählter Straftaten erlauben und sie darüber hinaus in § 100b StPO einem Richtervorbehalt unterwerfen.

[Anm.: Das BVerfG ist in der Originalentscheidung auf die Verfassungsmäßigkeit der Normen mit keinem Wort eingegangen, offensichtlich weil es diese für unproblematisch gegeben hält. In der Tat finden sich auch in der Literatur - soweit ersichtlich - keine Stimmen, die Gegenteiliges behaupten. Die Ausführungen dazu sind daher an dieser Stelle bewusst kurz gehalten. Ganz im Gegensatz dazu wurde und wird die Verfassungsmäßigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung nach §§ 100c ff. StPO nach wie vor kontrovers diskutiert, vgl. dazu die Entscheidung des BVerfG vom 11.05.2007 - 2 BvR 543/06 in diesem Heft.]

bb. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung

Fraglich bleibt, ob die Schranken auch auf den Fall des Bf. in verfassungskonformer Weise angewendet worden sind. Das BVerfG prüft dabei nicht wie eine "Superrevisionsinstanz" noch einmal Tatbestand und Rechtsfolge durch, sondern beschränkt seine Prüfung auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Rechtsanwender gehört wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG, der nicht nur den Gesetzgeber (Legislative), sondern auch den Rechtsanwender (Exekutive und - wie hier - Judikative) verpflichtet, lediglich solche Maßnahmen zu ergreifen, die zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sind.

(1). Legitimer Zweck

"Die Anordnung der Abhörmaßnahme diene [...] dem legitimen öffentlichen Zweck der Aufklärung und Verfolgung schwerer Straftaten. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. BVerfGE 107, 299 [316])."

(2). Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit

"Jedoch waren die mit der Abhörmaßnahme verbundenen Eingriffe in die Grundrechte des Bf. unverhältnismäßig im engeren Sinne. Die Frage, ob die Überwachung der Telekommunikation des Bf. ein geeignetes Mittel zur Ermittlung des oder der Täter war, kann hier offen bleiben. Ebenso kann dahinstehen, ob vor der Anordnung der Abhörmaßnahmen mildere Mittel zur Ermittlung der Täter hätten ergriffen werden müssen. Jedenfalls war aber die Wahrscheinlichkeit, der Bf. werde von dem oder den Tätern kontaktiert werden, als äußerst gering zu bewerten und vermochte - gerade mit Blick auf die seit der Tat verstrichene Zeit - keinesfalls die vorgenommenen schwerwiegenden Eingriffe in die Grundrechte des Bf. zu rechtfertigen.

Die Anordnung der Überwachung der Telekommunikation darf sich nur gegen solche Nichtbeschuldigte richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt (§ 100 a Satz 2 StPO). Zum Tatbestandsmerkmal "bestimmte Tatsachen" hat das BVerfG verlangt, dass die Verdachtsgründe über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen müssen (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 2006 - 2 BvR 950/05 -, NJW 2006, S. 2974 [2975]

zu § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO). Bloßes Gerede, nicht überprüfte Gerüchte und Vermutungen reichen nicht. Erforderlich ist, dass auf Grund der Lebenserfahrung oder der kriminalistischen Erfahrung fallbezogen aus Zeugenaussagen, Observationen oder anderen sachlichen Beweisanzeichen auf die Eigenschaft als Nachrichtenmittler geschlossen werden kann.

Dies erscheint im vorliegenden Fall sehr zweifelhaft. Dabei kann dahinstehen, ob nach dem Gesetzeswortlaut ("für den Beschuldigten Handelnde") und der Intention des Gesetzgebers Nachrichtenmittler nur solche Personen sind, die gewissermaßen "im Lager" des Beschuldigten stehen (vgl. bei Mahnkopf/Döring, NStZ 1995, S. 112 [113]; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 100 a Rn. 12; a.A. dagegen zunehmend die neuere Literatur: vgl. Mahnkopf/Döring, a.a.O., S. 113; Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., § 100 a Rn. 68; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2003, § 100 a Rn. 25: auch Opfer einer Schutzgelderpressung kann Nachrichtenmittler sein, weil es Mitteilungen vom Beschuldigten entgegen nimmt), was hier zu verneinen wäre. Entscheidend ist jedoch, dass die Wahrscheinlichkeit einer Kontaktaufnahme des Beschuldigten oder seines Umfeldes mit dem Bf. von vornherein so gering war, dass die Erfolgsaussichten der Maßnahme außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs standen. Die Umstände, die aus Sicht der Fachgerichte Kontakte zwischen dem Bf. und dem Täterumfeld erwarten ließen, sind wenig konkret und tragen lediglich den Charakter von Vermutungen. Sie sind nicht geeignet, den Bf. als Nachrichtenmittler im Sinne von § 100 a Satz 2 StPO erscheinen zu lassen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Ende der Entführung schon mehr als eineinhalb Jahre zurücklag. [...] Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Kontaktaufnahme durch die Täter erst und gerade ab Januar 2006 zu erwarten gewesen wäre. Auch das vom Landgericht selbst ins Spiel gebrachte Gerücht, es sei bereits ein Schweigegeld gezahlt worden, spricht gerade gegen die Annahme diesbezüglicher aktueller Kontakte des Bf. zu den Entführerkreisen."

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung und Verlängerung der Telefonüberwachung waren unverhältnismäßig. Damit gelingt ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht, der Bf. ist in Art. 10 I GG verletzt.

II. Art. 12 I GG

Darüber hinaus könnte ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG vorliegen.

1. Schutzbereich betroffen

Art. 12 I GG schützt die Berufsfreiheit umfassend, d.h. in Gestalt der Berufswahl und der Berufsausübung.

Unter einem Beruf ist jede auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene und erlaubte Tätigkeit zu verstehen. Dazu gehört auch die Tätigkeit eines Rechtsanwalts, die der Bf. ausübt. Das BVerfG stellt daher nur kurz fest:

“Das Abhören der berufsbezogenen Gespräche des Bf. berührt den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG, das dem Rechtsanwalt eine von staatlicher Kontrolle und Bevormundung freie Berufsausübung gewährleistet und dazu insbesondere das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant schützt (vgl. BVerfGE 113, 29 [49]).”

2. Eingriff

“Maßnahmen, die geeignet sind, das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant zu stören oder gar auszuschließen, greifen in die Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts ein.”

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Auch die Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG unterliegt nach Art. 12 I 2 GG einem Gesetzesvorbehalt. Als rechtfertigende Gesetze kommen wiederum die §§ 100a, 100b StPO in Betracht, die ihrerseits verfassungskonform sind (s.o.). Allerdings müssen die Schranken auch im Hinblick auf den Eingriff in die Berufsfreiheit verfassungskonform angewendet werden. Das BVerfG verneint dies wiederum wegen der Unverhältnismäßigkeit der Beschlüsse:

“Die Tätigkeit des Rechtsanwalts liegt [...] auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege (vgl. BVerfGE 113, 29 [49]). Die herausgehobene Bedeutung der unkontrollierten Berufsausübung eines Rechtsanwalts gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und hätte die Fachgerichte vorliegend zu einer Ablehnung der Anordnung veranlassen müssen.”

[Anm.: Grundsätzlich vertritt das BVerfG zur Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Art. 12 I 1 GG die sog. “Drei-Stufen-Theorie”, die nach der Intensität des Eingriffs differenziert und mit steigender Intensität strengere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit stellt. So soll zur Rechtfertigung einer bloßen Berufsausübungsregelung (unterste Stufe) bereits jeder vernünftige Gemeinwohlgrund genügen, während subjektive Berufswahlregelungen (mittlere Stufe) durch besonders wichtige und objektive Berufswahlregelungen (höchste Eingriffsstufe) gar durch überragend wichtige Gemeinwohlgründe veranlasst sein müssen. Auf die “Drei-Stufen-Theorie” ist das Gericht vorliegend nicht eingegangen, und zwar wohl deshalb nicht, weil es die Verhältnismäßigkeit der angefochtenen Beschlüsse schon im Hinblick auf Art. 10 I GG geprüft und verneint hatte. Im Hinblick auf Art. 12 I 1 GG sollte offenbar nichts anderes gelten.

Unter Anwendung der “Drei-Stufen-Theorie”, welche in einem Gutachten durchaus angezeigt gewesen wäre, hätte man die Telefonüberwachung als Berufsausübungsregelung qualifizieren müssen. Ein “vernünftiger Gemeinwohlgrund” wäre dann zur Rechtfertigung ausreichend gewesen, hätte hier allerdings verneint werden müssen, wenn man denn mit dem BVerfG annimmt, dass die Aufklärung von Straftaten als solcher ausscheidet, weil die Möglichkeit, dass die Telefonüberwachung zur Ermittlung der vermeidlichen Täter hätte beitragen können, äußerst fernliegend war.]

4. Zwischenergebnis

Die angefochtenen Beschlüsse verletzen den Bf. auch in Art. 12 I 1 GG.

C. Ergebnis

Die Vb. ist zulässig und begründet. Sie hat somit Erfolg.

Standort: Kaufrecht

Problem: Mangelzeitpunkt

BGH, Urteil 18.07.2007

VIII ZR 259/06 (NJW 2007, 2621)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen gebrauchten PKW.

Der Bekl. betreibt einen KFZ - Handel. Im Oktober 2002 erwarb der Kl. vom Bekl. einen Gebrauchtwagen unter Ausschluss jeder Gewährleistung. Das Fahrzeug hatte eine Laufleistung von etwa 160.000 km. Der Kl. nutzte den PKW auch zum Transport von schwer beladenen Anhängern und legte mit ihm ca. 2000 km zurück.

Nach etwa vier Wochen wurde das Fahrzeug von einer

Werkstatt begutachtet. Dort wurde festgestellt, dass sich im Kühlsystem des PKW zu wenig Wasser befand. Nach dem Ausbau des Zylinderkopfes wurde festgestellt, dass die Zylinderkopfdichtung defekt und die Ventilstege gerissen war. Der Kl. forderte den Bekl. vergeblich zur Mängelbeseitigung auf. Unter dem 04.02.2003 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte den Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs auf.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Klageantrag weiter.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung präzisiert der Kaufrechtssenat seine Rechtsprechung zu § 476 BGB weiter. Diese Norm ist von sehr hoher Bedeutung in der Praxis; dies zeigt sich nicht zuletzt dadurch, dass die erste Entscheidung zum BGH zum reformierten Kaufrecht genau den Anwendungsbereich des § 476 BGB betraf (Vgl. BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299).

In dieser Entscheidung bestätigt der erkennende Senat des BGH seine Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Norm. Ein klassischer Streit besteht zum einen hinsichtlich der Reichweite der Vermutungswirkung der Norm. Es haben sich im wesentlichen zwei Auffassungen herausgebildet:

Die überwiegende Auffassung in der Literatur meint, dass der § 476 BGB nicht nur in zeitlicher Hinsicht seine Vermutungswirkung entfalte, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht, d.h. es wird nicht nur die Frage des "seit wann liegt der Mangel vor", sondern auch die Frage des "ob des Vorliegens des Grundmangels" von der Vermutungswirkung umfasst (Löhring, JA 2004, 857; NJW 2004, 3020; v. Westfalen, ZGS 2004, 341; Roth, ZIP 2004, 2025; Saenger/Veltmann, ZGS 2005, 450; Fischinger, JA 2006, 401). Folge dieser Auffassung ist, dass der Käufer lediglich die gegenwärtige Mangelhaftigkeit beweisen muss.

Der BGH ist jedoch insoweit abweichender Auffassung, als dass der § 476 BGB keine Vermutung für das Vorliegen eines Sachmangels entfalte, sondern gemäß seinem Wortlaut nur Wirkung in zeitlicher Hinsicht entfalte. (BGH, NJW 2004, 2269; BGH, RA 2005, 677 = NJW 2005, 3490; BGH, NJW 2006, 434; NJW 2006, 2250). Mithin ist nur in den Fällen, in denen der Käufer nachweisen kann, dass ein Mangel (oder aber ein bereits bei Gefahrübergang vorliegender Grundmangel) vorlag und nachweislich eine Fehlbedienung nicht ursächlich ist, die Vermutungswirkung gegeben.

Trotz vehementer Kritik der Literatur hält der BGH an seiner Auffassung fest, dass der § 476 BGB eine Vermutungswirkung lediglich in zeitlicher Hinsicht entfaltet. Tritt ein Sachmangel während der ersten sechs Monate nach dem Gefahrübergang auf, so wird vermutet, dass dieser Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag. Ist dies widerlegt, enthält nach der Rechtsansicht des BGH die Norm keine Vermutung dahingehend, dass der insoweit aufgetretene Mangel bereits bei Gefahrübergang in Form des Grundmangels vorliegen hat.

Die Auffassung des BGH ist durchaus zu kritisieren. Das Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Norm. § 476 BGB basiert auf Art. 5 III der Verbraucherschutzrichtlinie und dient dem Vorteil des Verbrauchers. Der Zweck des Verbraucherschutzes wird jedoch weitgehend verfehlt, wenn der Unternehmer durch die bloße Rüge der ordnungswidrigen Be-

dienung des Kaufgegenstandes herbeiführen könnte, dass der Käufer zu beweisen hat, dass der Fehler nicht aus seiner Sphäre entstammt, sondern aus derjenigen des Verkäufers. Ein solcher Beweis wird dem Käufer nicht gelingen.

Vorliegend musste jedoch genau differenziert werden. Bei genauer Betrachtung war das Problem hier etwas anders gelagert. Es war gerade nicht klar, wann der Mangel an der Zylinderkopfdichtung eingetreten war. Der Anwendungsbereich war insoweit ohne Probleme eröffnet. Problematisch war hier, ob der Ausschlussgrund des § 476, letzter Hs. BGB greift. Es stellte sich die Frage, ob die Vermutung mit der Art des Mangels zu vereinbaren ist. Dies ist ein klassische Einwand insbesondere bei den Gebrauchtfahrzeugen. Der BGH bestätigt hier die Rechtsprechung insoweit, als dass die Vermutung nicht schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Mangel typischerweise jederzeit eintreten kann. Bei äußeren Beschädigungen stellt der erkennende Senat vielmehr darauf ab, ob diese auch von einem fachlich nicht versierten Käufer ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen hätte erkannt werden müssen (BGH, RA 2005, 677 = NJW 2005, 3490). Davon kann bei einer defekten Zylinderkopfdichtung jedenfalls nicht ausgegangen werden.

Vertiefungshinweise:

Zum Persönlicher Anwendungsbereich der verbraucher-schützenden Normen: *OLG Koblenz*, NJW 2006, 1438 (Powerseller bei ebay); *BGH*, NJW 2006, 2250 (Gewinnerzielungsabsicht bei Unternehmer gem. § 14 I BGB nicht erforderlich); *Schroeter*, JuS 2006, 682

Zur Beweislastumkehr bei Tierkäufen: *BGH*, NJW 2005, 2852 (Hund); *BGH*, NJW 2006, 2250; *BGH*, NJW 2007, 674; *BGH*, NJW 2007, 1351 (Pferd); *BGH*, NJW 2007, 2619 (Kater) mit Anmerkungen Lorenz, NJW 2007, 2623; *Eichelberger*, ZGS 2007, 98

Zum Verbrauchsgüterkauf: *Lorenz*, NJW 2004, 3020; *Schindler*, JuS 2004 835; *Gsell*, JuS 2005, 967; *Schmidt*, JuS 2006, 1; *Kieselstein*, JA 2006, 423

Kursprogramm:

Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"

Examenskurs: "Dolce Vita"

Leitsätze:

Zeigt sich bei einem gebrauchten Kraftfahrzeug, das ein Verbraucher von einem Unternehmer gekauft hat, innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe an den Käufer ein Mangel (hier: defekte Zylinderkopfdichtung, gerissene Ventilstege) und können die dafür als ursächlich in Frage kommenden Umstände (Überhitzung des Motors infolge zu geringen Kühlmittelstands oder Überbeanspruchung) auf einen Fahr- oder Bedienungsfehler des

Käufers zurückzuführen, ebenso gut aber auch bereits vor der Übergabe des Fahrzeugs an den Käufer eingetreten sein, so begründet § 476 BGB die Vermutung, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein gebrauchtes Kraftfahrzeug.

Am 10.10.2002 erwarb der Kl. von dem Bekl., der einen Kraftfahrzeughandel betreibt, unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung einen Personenkraftwagen O. mit einem Kilometerstand von 159.100 km zum Kaufpreis von 4.490 € einschließlich Mehrwertsteuer. Der Kl. nutzte das Fahrzeug zu privaten Zwecken, allerdings auch zum Transport von schwer beladenen Anhängern (Gartenabfall) und legte mit ihm rund 2.000 km zurück. Nach etwa vier Wochen verbrachte er den Wagen zur Begutachtung in eine O. -Werkstatt. Dort wurde festgestellt, dass sich im Kühlsystem des Fahrzeugs zu wenig Wasser befand. Nach der Demontage des Zylinderkopfes wurde weiter festgestellt, dass die Zylinderkopfdichtung defekt und die Ventilstege gerissen waren. Nachdem der Kl. den Bekl. vergeblich zur Mängelbeseitigung aufgefordert hatte, erklärte er mit anwaltlichem Schreiben vom 04.02.2003 den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte den Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs auf. Dieses Begehren ist auch Gegenstand der vorliegenden Klage. Der Kl. hat sich auf die Beweislastumkehr nach § 476 BGB berufen und dazu behauptet, dass er das Fahrzeug als Verbraucher erworben habe. Der Bekl. hat demgegenüber behauptet, das Fahrzeug sei vor der Übergabe an den Kl. von einem Sachverständigen untersucht worden, der dabei keinen Mangel am Kühlsystem festgestellt habe. Der Defekt der Zylinderkopfdichtung und das Reißen der Zylinderkopfstege beruhten auf einer falschen Fahrweise des Kl. (Überlastung, Nichtbeachten der Anzeige für die Kühlwassertemperatur).

Es kommt zu einem Rechtsstreit zwischen den Parteien. Das erkennende Gericht beauftragte einen Sachverständigen, der die durch die Werkstatt festgestellten Schäden am Fahrzeug bestätigte. Seit wann die Schäden vorliegen, konnte der Sachverständige nicht mit Bestimmtheit sagen.

Kann der Kl. von dem Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

Lösung:

Der Kl. könnte vom Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises gem. §346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1.Fall, 323 I, 326 V BGB verlangen, wenn er wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Die Parteien müssten einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben. Unstreitig erwarb der Kl. vom Bekl. am 10.10. 2002 unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung einen Personenkraftwagen mit einem Kilometerstand von 159.100 km zum Kaufpreis von 4.490 € einschließlich Mehrwertsteuer. Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen nicht. Also liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor.

II. Mangel

Es müsste ein Mangel vorliegen. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB.

1. Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB

Es könnte ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB vorliegen. Dazu müsste eine Beschaffenheitsvereinbarung gegeben sein. Eine Beschaffenheitsvereinbarung liegt dann vor, wenn der Inhalt des Kaufvertrages von vornherein oder nachträglich die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übereignen und zu übergeben, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist (sog. Sollbeschaffenheit; vgl. Palandt-Weidenkaff, § 434 Rn 15).

Hier haben sich die Parteien über die Beschaffenheit der Zylinderkopfdichtung nicht unterhalten. Mithin ist eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht gegeben.

2. Vertraglich vorausgesetzte Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Fraglich ist, ob ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vorliegt. Dazu dürfte sich die Kaufsache nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignen. Im Vertrag müsste eine bestimmte Verwendung entweder ausdrücklich oder stillschweigend beiderseits vorausgesetzt worden sein (Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233). Dazu muss der Verkäufer erkennen können, dass der Käufer die Sache in einer bestimmten Weise verwenden will (Schinkels, ZGS 2004, 226). Der Kl. erwarb das Fahrzeug, um es im Straßenverkehr zu nutzen. Es liegt ein Defekt der Zylinderkopfdichtung vor und die Ventilstege ist gerissen. Beides hat der Sachverständige unbestritten dargelegt. Damit ist das Fahrzeug nicht mehr fahrtauglich und eignet sich nicht für den Straßenverkehr. Problematisch ist, dass hier gleichfalls ein Verschleiß in Betracht kommt.

[Anm.: In den Fällen, in denen es sich um gebrauchte Gegenstände, insbesondere KFZ handelt, ist in den Fällen des Vorliegen eines Mangels gem. § 434 I 2 BGB immer abzugrenzen von einer Verschleißerscheinung. Normale Verschleißerscheinungen stellen nämlich keine Mängel dar, so dass eine Haftung des Verkäufers insoweit nicht begründet werden kann (vgl. BGH, NJW 2006, 434). Anderes kommt nur dann in Betracht, wenn der Verkäufer den Verschleiß durch eine Wartung oder Inspektion hätte verhindern können

(*OLG Düsseldorf, ZGS 2007, 320; OLG Koblenz, NJW 2007, 1828*).]

Hier handelt es sich zwar in beiden Fällen um Verschleißteile des PKW. Allerdings gehen die hier vorliegenden Schäden über den bloßen Verschleiß hinaus. Zudenken ist beim klassischen Verschleiß an Gebrauchsspuren wie Flecken auf dem Sitz (vgl. BGH, NJW 2005, 3490), Durchrostung des Bodenblechs nach 13 Jahren (vgl. NJW-RR 1988, 1138) sowie ein schlagartiger Defekt einer Dichtung (vgl. BGH, NJW 2006, 434).

“Ein solcher Sachmangel ist hier gegeben. Nach dem unstreitigen Sachverhalt wurde in der Werkstatt, in die der Kl. das Fahrzeug etwa vier Wochen nach Übergabe verbracht hatte, festgestellt, dass die Zylinderkopfdichtung defekt und die Ventilstege gerissen waren. Das BerGer. hat das Vorliegen eines Sachmangels insoweit zu Unrecht unter Hinweis auf die Senatsrechtsprechung mit der Begründung verneint, nach den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen sei es möglich, dass die festgestellten Mängel erst nach Übergabe des Fahrzeugs durch eine falsche Fahrweise des Kl. entstanden seien.“

Mithin ist ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB gegeben.

III. Bei Gefahrübergang

Der Mangel müsste zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs (vgl. § 434 I 1 BGB) vorgelegen haben. Maßgeblich ist hier die Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB.

1. Grundsätzlich beweisbelastet

Grundsätzlich beweisbelastet für das Vorliegen des Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt ist der Käufer. Dies folgt aus den allgemeinen Beweislastgrundsätzen (“Jeder muss das für ihn günstige beweisen.”) sowie aus dem Rechtsgedanken des § 363 BGB.

Im Hinblick auf den Zeitpunkt, wann der Mangel entstanden ist, kann der Sachverständige keine verlässliche Aussage treffen. Der Bekl. wendet insoweit ein, dass der Mangel auf einer nach der Übergabe des Fahrzeugs erfolgten Fehlbedienung, etwa dem Transport zu schwerer Anhänger, beruht.

Daher ist der Kl. beweisfällig geblieben.

2. Beweislastumkehr gem. § 476 BGB

Fraglich ist, ob zugunsten des Käufers die Umkehr der Beweislast gem. § 476 BGB greift.

“Nach dieser Vorschrift wird bei einem Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I 1 BGB) dann, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unver-

einbar. Nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 476 BGB erfüllt sind und daher zu vermuten ist, dass das Fahrzeug bereits bei Übergabe an den Kl. mangelhaft war.”

[*Anm.: Bei der Beweislastumkehr handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 ZPO, die grundsätzlich widerleglich ist. Um die Widerlegung herbeizuführen, muss der Anspruchsgegner den vollen Beweis des Gegenteils erbringen. Dies bedeutet, er muss darlegen, dass der Mangel erst nach Gefahrübergang entstanden ist. Das bloße Aufzeigen eines alternativen Geschehensablaufs, d.h. die Erschütterung der Vermutung ist daher nicht ausreichend (Palandt-Weidenkaff, § 476 Rn 8 a).*]

a. Anwendbarkeit bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 I 1 BGB

Fraglich ist, ob ein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I 1 BGB vorliegt. Dazu müsste der Käufer Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, der Verkäufer Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB sowie der Kaufgegenstand eine bewegliche Sache sein. Der Bekl. betreibt einen KFZ - Handel und wurde bei der Veräußerung des PKW insoweit gewerbsmäßig tätig. Der Kl. erwarb den PKW zu privaten Zwecken und ist daher als Verbraucher einzuordnen. Der PKW ist auch unproblematisch eine bewegliche Sache.

Die Anwendbarkeit ist auch nicht gem. § 474 I 2 BGB ausgeschlossen. Zwar handelt es sich um eine gebrauchte Sache, die allerdings nicht in einer öffentlichen Versteigerung gem. § 383 III 1 BGB erworben wurde. Also greift der Ausschluss nicht. Mithin liegt ein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I 1 BGB vor.

b. Tatbestand des § 476 BGB

Es müsste nun ein Sachmangel innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetreten sein. Am 10.10.2006 schlossen die Parteien den Kaufvertrag. Der Mangel wurde von der KFZ - Werkstatt etwa vier Wochen später entdeckt, und vom gerichtlich bestellten Sachverständigen bestätigt. Daher liegt ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB innerhalb von sechs Monaten seit der Übergabe vor.

[*Anm.: Auf das Problemfeld des so genannten Grundmangels kommt es in dieser Entscheidung daher gar nicht an.*]

Also greift die Vermutung in zeitlicher Hinsicht ein. Es wird daher vermutet, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

c. Ausschluss gem. § 476 BGB a.E.

Die Beweislastumkehr dürfte nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss wegen der Art

der Sache sowie wegen der Art des Mangels.

aa. Art der Sache

Die Beweislastumkehr könnte aufgrund der Art der Sache ausgeschlossen sein. Fraglich ist, ob die Beweislastumkehr auch auf gebrauchte Sachen Anwendung findet. Nach mittlerweile ganz herrschender Auffassung kommt der Ausschluss bei gebrauchten Sachen nicht generell in Betracht (BGH, NJW 2004, 2299; BGH, NJW 2005, 3490; BGH, NJW 2006, 434). Dies liegt zum einen daran, dass der Sinn und Zweck des Verbraucherschutzes auf diese Weise unterlaufen wird, da eine große Zahl von Verbraucherverträgen von der Umkehr der Beweislast ausgeschlossen wäre. Zum anderen lässt sich auch dogmatisch herleiten, dass nur bestimmte Geschäfte mit gebrauchten Sachen dem Begriff der Verbrauchsgüterkäufe nicht unterfallen sollen, § 474 I 2 BGB. Schließlich ist auch die Verkürzung der Verjährung gem. § 475 II BGB gesetzlich vorgesehen.

[Anm.: Kürzlich beschäftigte sich der BGH mit der ungewöhnlichen Frage, ab wann denn Tiere (hier ein Fohlen) als "gebraucht" anzusehen seien. Unzweideutig unterfallen auch Tierkäufe den verbraucher-schützenden Vorschriften. Zwar sind Tiere keine Sachen im Sinne des § 90 BGB, sie werden jedoch als solche behandelt, § 90 S. 2. 3 BGB. Wichtig ist die Einordnung aber deshalb, weil die Verkürzung der Verjährung gem. § 475 II BGB in Betracht kommt.

Einer Auffassung nach sind Tiere grundsätzlich als "gebrauchte" Sachen einzuordnen (Eichelberger, ZGS 2007, 98). Die höchstrichterliche Rechtsprechung differenziert näher: Demnach sind Tiere dann als "neu" einzuordnen, wen sie noch kein besonderes Gepräge aufweisen, z.B. dadurch, dass sie noch nicht als Reittier genutzt wurden oder noch keine Ausbildung erhalten haben.]

Also ist die Beweislastumkehr aufgrund der Art der Sache nicht ausgeschlossen.

bb. Art des Mangels

Die Beweislastumkehr könnte aufgrund der Art des Mangels ausgeschlossen sein. Problematisch erscheint, dass diese Art von Mängeln wie der Defekt einer Zylinderkopfdichtung oder der Riss der Ventilstege jederzeit auftreten können. Dies ist deshalb fraglich, weil ein Rückschluss auf den Entstehungszeitpunkt bei diesen Umständen sehr problematisch ist. Allerdings soll der Entstehungszeitpunkt ja gerade von der Vermutungswirkung umfasst sein. Daher ist es ein Zirkelschluss wegen der Rechtsunsicherheit bei diesen Mängeln die Beweislastumkehr auszuschließen.

“Entgegen der Hilfsbegründung des BerGer. ist die Vermutung des § 476 BGB hier nicht deswegen ausgeschlossen, weil sie mit der Art des Mangels unverein-

bar wäre. Zu Unrecht hat das BerGer. angenommen, dies treffe für einen Mangel zu, der typischerweise jederzeit eintreten könne und deshalb keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf sein Vorliegen bereits zur Zeit des Gefahrübergangs zulasse, was hier der Fall sei. Diese Ansicht hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 14.09.2005 (aaO, unter B II 1 b cc (2)) abgelehnt, weil die Vermutung des § 476 BGB sonst entgegen dem aus dem Wortlaut der Vorschrift hervorgehenden Regel-Ausnahme-Verhältnis regelmäßig gerade in den Fällen leer laufen würde, in denen der Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht zuverlässig festgestellt werden kann. Aus dem vom BerGer. zitierten Senatsurteil vom 23.11.2005 (aaO) ergibt sich nichts anderes. Dort hat der Senat die in Rede stehende Ansicht nicht selbst vertreten, sondern nur als solche des dortigen Berufungsgerichts wiedergegeben (aaO, unter Tz. 8), auf die es jedoch im Ergebnis nicht angekommen ist (aaO, unter Tz. 26).”

Demnach ist die Beweislastumkehr auch nicht wegen der Art des Mangels ausgeschlossen.

[Anm.: Zu genau dieser Problematik hat der BGH kürzlich in einer weiteren Sache erkannt, die im Kern die Norm des § 476 BGB zum Gegenstand hatte (Vgl. BGH, Urteil vom 11.07.2007, VIII ZR 110, 06): Hier ging es um einen Kaufvertrag über einen Kater. Die Kl. begehrte Ersatz für ihr entstandene Arztkosten. Der erkennende Senat betonte, dass es für den Auschlussatbestand unerheblich sei, ob der Mangel äußerlich erkennbar sei. Die Beweislastumkehr setzt demnach nicht voraus, dass der Verkäufer in Bezug auf den betreffenden Mangel bessere Erkenntnismöglichkeiten hat als der Käufer (Gsell, EwIR 2006, 69; Maulitsch, NJW 2006, 3091; a.A. OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36; Grohmann/Gruschinke, ZGS 2005, 452).]

IV. Rücktrittsgrund

Fraglich ist, ob der Rücktrittsgrund gem. § 323 I BGB vorliegt. Dazu müsste eine Nicht- oder Schlechtleistung einer fälligen und durchsetzbaren, noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht gegeben sein. Bezugspunkt ist die Nacherfüllung gem. § 437 Nr. 1, 439 I BGB. Die Nacherfüllung wurde hier nicht vorgenommen. Es handelt sich um eine leistungsbezogene Pflicht, da die Nacherfüllung die Modifizierung der ursprünglichen Gutleistungspflicht aus § 433 I 1 BGB darstellt. Die Nacherfüllung ist auch fällig, da der Kl. die Nacherfüllung verlangt hat. Zweifel an der Durchsetzbarkeit bestehen nicht. Die Nacherfüllung ist auch möglich, da es sich um einen behebbaren Mangel handelt. Also liegt der Rücktrittsgrund vor.

V. Fristsetzung zur Nacherfüllung

Der Kl. müsste eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Vorliegend hat der Kl. den Bekl. zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Fristsetzung

muss eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung enthalten. Die Aufforderung muss für die Erbringung der Leistung einen Endtermin angeben oder die Fristdauer nach Tagen, Wochen oder Monaten bemessen (Palandt-Grüneberg, § 323 Rn 13). Hier mangelt es an dem Setzen eines Endtermins sowie an einer Bestimmung der Fristdauer. Also ist eine Fristsetzung hier nicht erfolgt.

Die Fristsetzung könnte gem. § 323 II Nr. 2 BGB entbehrlich sein. Der Bekl. hat die Nacherfüllung verweigert. Er behauptete, dass die Mängel auf einer Fehlbearbeitung des Kl. beruhen. Also ist die Fristsetzung entbehrlich.

VI. Kein Ausschluss

Der Rücktritt dürfte nicht ausgeschlossen sein.

1. Vertraglicher Ausschlussgrund:

In Betracht kommt ein vertraglicher Ausschlussgrund. Nach der Vereinbarung im Vertrag sind sämtliche Gewährleistungsechte ausgeschlossen. Fraglich ist, ob der Ausschluss wirksam ist. Gem. § 475 I 1 BGB kann sich der Unternehmer auf vor Mitteilung des Mangels getroffene Vereinbarungen nicht berufen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 ff. BGB abweichen.

Hier wurde der Ausschluss vor der Mitteilung des Mangels vereinbart. Zudem weicht die Vereinbarung von § 437 BGB ab. Mithin kann sich der Unternehmer auf den Ausschluss nicht berufen.

2. Gesetzlicher Ausschlussgrund gem. § 323 V 2 BGB

Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn es sich um einen lediglich unerheblichen Mangel handelt. Die

Erheblichkeitsprüfung beinhaltet eine umfassende Interessenabwägung (NJW 2005, 2019). Zu berücksichtigen sind vor allem der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand und bei einem nicht behebbaren Mangel die von ihm ausgehende funktionelle und ästhetische Beeinträchtigung, aber auch die Schwere des Verschuldens des Schuldners, wobei bei Arglist eine unerhebliche Pflichtverletzung in der Regel zu verneinen ist (BGH, NJW 2006, 1969; Palandt - Grüneberg, § 323 Rn 32). Hier handelt es sich um einen Defekt der Zylinderkopfdichtung und um einen Riß in der Ventilstege. Die Fahrtauglichkeit ist aufgrund dessen aufgehoben. Also ist der Mangel auch erheblich.

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

Der Rücktritt dürfte nicht unwirksam sein. Dies ist dann der Fall, wenn der dem Rücktritt zugrundeliegende Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB verjährt wäre. Die Verjährung bemisst sich nach § 438 I, II BGB. Hier sind erkennbar keine zwei Jahre seit der Übergabe vergangen. Also ist der Rücktritt nicht unwirksam.

VIII. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Der Kl. hat den Rücktritt auch mit anwaltlichem Schreiben vom 04.02.2003 erklärt.

IX. Rechtsfolge, § 346 I BGB

Mithin kann der Kl. vom Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, allerdings nur Zug- um Zug gegen Rückübereignung des Kaufgegenstandes, §§ 348, 320 I, 322 I BGB sowie Wertersatz für die gezogenen Nutzungen, § 346 II 1 Nr. 1 BGB.

Standort: §§ 263, 263a StGB

Problem: Missbrauch

BGH, URTEIL VOM 18.07.2007

2 STR 69/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war mehrmals in den Postverteilerraum eines Postamtes eingedrungen und hatte sich dort Postsendungen verschafft, die er gezielt nach Schecks, Kredit- und ec-Karten, Sparbüchern und dergleichen durchsuchte. Die so erlangten Schecks löste er auf die Konten ein, für die er ec-Karten und die passenden Geheimnummern (PINs) gefunden hatte und hob dann das Geld am Geldautomaten mit den ec-Karten ab. Außerdem kaufte er mit den gefundenen Kreditkarten ein und versuchte, unter Vorlage eines Sparbuchs und des Personalausweises des Inhabers die Auszahlung des Betrages zu erlangen, was jedoch misslang.

Das LG Frankfurt am Main verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Diebstahls, § 242 I StGB, Betrugs, § 263 I StGB und Computerbetrugs, § 263a I StGB. Die

hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH größtenteils zurück. Lediglich das Einlösen der fremden Inhaberschecks durch den Angeklagten stelle entgegen der Rechtsauffassung des LG keinen Betrug dar.

Prüfungsrelevanz:

Wenn ein Klausurensteller versucht hätte, möglichst viele Probleme aus dem Bereich der Vermögensdelikte, gerade im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, in einem Fall unterzubringen, so wäre er wahrscheinlich auf den vorliegenden Sachverhalt gekommen. Dass dieser Fall - ggf. mit kleinen Abwandlungen - in absehbarer Zeit als Klausur gestellt werden wird, kann als gesicherte Erkenntnis angesehen werden. Im vorliegenden Fall spielen vor allem Diebstahl, Betrug und Computerbetrug eine Rolle, die alle zu den besonders examensrelevanten Delikten gehören.

Interessant - wenn auch nicht neu - sind insofern die

Ausführungen des BGH, dass das Einreichen eines Inhaberschecks durch eine Person, die diesen Scheck durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, keine Täuschung i.S.v. § 263 I StGB darstelle. Bei einem Inhaberscheck ergebe sich die Berechtigung zur Scheckeinlösung bereits aus dem bloßen Besitz; weitere Voraussetzungen seien insofern nicht erforderlich. Auch derjenige, der sich zu Unrecht im Besitz des Schecks befinde, habe also einen Anspruch auf Auszahlung des Scheckbetrages, sodass er bei einer Einlösung des Schecks hierüber nicht täuschen könne.

Außerdem bietet der vorliegende Fall (noch einmal) Anlass dazu, die Strafbarkeit der Benutzung entwendeter ec-Karten am Geldautomaten zu diskutieren. Bei dem insofern einschlägigen Tatbestand des § 263a I 3. Fall StGB stellt sich vor allem die Frage, wann eine Datenverwendung "unbefugt" im Sinne dieser Norm ist. Der BGH folgt in der vorliegenden Entscheidung - wie bisher - der betrugsspezifischen Auslegung und verlangt ein täuschungsähnliches Verhalten, das aber bei der Verwendung einer gestohlenen ec-Karte durch einen Nichtberechtigten vorliege. Weiter betont der BGH, dass der Geschädigte eines solchen Verhaltens die auszahlende Bank ist und nicht der Kontoinhaber, dessen ec-Karte der Täter verwendet.

Hilfreich für eine Klausurlösung sind auch die Ausführungen des BGH zur Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage (sog. gleichartige oder unechte Wahlfeststellung): Steht mit Sicherheit fest, dass der Täter ein bestimmtes Delikt begangen hat und lässt sich nur nicht klären, durch welche von mehreren denkbaren Handlungen dies der Fall war, so kann dies den Täter nicht entlasten. Der Täter wird eindeutig wegen der entsprechenden Tat verurteilt, allerdings auf wahldeutiger Tatsachengrundlage (BGHSt 2, 351; BGH, NStZ 1981, 361; Tröndle/Fischer, § 1 Rn 25).

Auch enthält die vorliegende Entscheidung eine schöne Definition für die - auf Konkurrenzebene bedeutsame - Frage, wann eine Nachtat durch die Vortat mitbestraft ist und deshalb zurücktritt (vgl. hierzu auch die Darstellung bei Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, Vor § 52 Rn 129 ff.): Die mitbestrafte Nachtat ist eine selbstständige, den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende rechtswidrige und schuldhaft Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position sichert, ausnutzt oder verwertet. Sie bleibt straflos, wenn die Bewertung des konkreten Sachverhalts ergibt, dass dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren - funktionalen - Zusammenhangs mit der Vortat kein eigener Unwertgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, sie neben der Vortat selbstständig zu bestrafen.

Vertiefungshinweise:

Zur Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrund-

lage: BGHSt 2, 351; 36, 269; BGH, NStZ 1986, 373; 1994, 339; Otto, JR 1990, 205; Rudolphi, JZ 1990, 198

Zur Täuschung bei Vorlage eines Schecks: BGHSt 3, 69; BGH, NJW 1969, 1260; BayObLG, NJW 1999, 1648

Zu § 263a StGB bei Verwendung fremder ec-Karten am Automaten: BGH, NStZ 2003, 650; 2005, 213; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 137; Berghaus, JuS 1990, 982; Hilgendorf, JuS 1999, 542; Meier, JuS 1992, 1017; Mühlbauer, wistra 2003, 244

Zur mitbestraften Nachtat: BGHSt 38, 368; BGH, wistra 2005, 66; Geppert, JURA 2000, 656; Otto, JURA 1994, 276;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

Examenskurs: "Der Missbrauch der ec-Karte"

Examenskurs: "Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei der Einreichung eines Inhaberschecks, der durch einen Diebstahl erlangt wurde, liegt in der Regel mangels Täuschungshandlung kein Betrug vor, da der Einreicher eines Inhaberschecks regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert wird.

2. Hebt ein Nichtberechtigter mit einer gestohlenen ec-Karte am Geldautomaten Geld ab, so entsteht dem Geldinstitut - und nicht dem Kontoinhaber - ein Vermögensschaden i.S.v. § 263a StGB.

3. Eine Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage ist dann gegeben, wenn der Richter davon überzeugt ist, dass einer der mehreren möglichen Geschehensabläufe mit Sicherheit gegeben ist und die Unsicherheit darüber, welcher es ist, allein in der gedanklichen Vorstellung liegt, dass es auch der andere von ihnen sein könnte (sog. "unechte" oder "gleichartige" Wahlfeststellung).

4. Der in der Vorlage eines Sparbuches und eines fremden Ausweispapiers liegende Betrugsversuch ist eine mitbestrafte Nachtat zu einem vorhergehenden Diebstahl, durch welchen der Täter das Sparbuch erlangt hat.

5. Die Verwendung einer Kreditkarte stellt - anders als die Verwendung eines Sparbuchs - keine mitbestrafte Nachtat zu einem vorangehenden Diebstahl dar.

Sachverhalt (vereinfacht):

A verschaffte sich fünfmal Zugang zum Postverteilraum eines Postamtes in Frankfurt am Main, indem er das Türschloss mit einem gebogenen Draht öffnete. Die dort liegenden Postsendungen nahm er stapelweise mit nach Hause und öffnete sie. Dabei fielen ihm die

ec-Karte des G, ein Schreiben mit der PIN-Nummer des G, die Kreditkarte des M, ein Inhaberscheck des S sowie ein Sparbuch des J und dessen Personalausweis in die Hände. A hatte gezielt nach solchen Dingen gesucht. Bei welcher der fünf Taten A diese Gegenstände erbeutete, ließ sich nicht mehr klären.

Den Inhaberscheck löste A bei der B-Bank auf das dort geführte Konto von G ein, über dessen ec-Karte nebst zugehöriger PIN-Nummer er aufgrund des vorherigen Verhaltens ebenfalls verfügte. Vom Konto des G hob A mittels der ec-Karte des G an einem Geldautomaten der B-Bank einen Geldbetrag von 2.000,- € ab.

Mittels der erbeuteten Kreditkarte des M kaufte A bei V einen Fernseher zum Preise von 899,- €.

Schließlich versuchte A in der C-Bank bei deren Angestellten C vergeblich, von dem Sparbuch des J unter Vorlage einer gefälschten Vollmacht und des Personalausweises des J Geld abzuheben.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: §§ 123, 205, 246, 267 und 281 StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. 1. Tatkomplex: Der Einbruch - Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB

Dadurch, dass A sich zu dem Postverteilerzugang verschaffte und von dort Postsendungen mitnahm, könnte A sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei den Postsendungen müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Sachen i.S.v. § 242 I StGB sind alle körperlichen Gegenstände (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 9; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 3). Beweglich ist eine Sache dann, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 11). Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 12).

Bei den Postsendungen handelte es sich um körperliche Gegenstände, die A auch tatsächlich fortschaffen konnte, also um bewegliche Sachen. Diese standen auch noch im Eigentum des jeweiligen Absenders, sodass sie für A fremd waren.

Die Postsendungen stellen somit taugliche Tatobjekte für einen Diebstahl dar.

2. Wegnahme

A müsste die Postsendungen weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Jockes, § 242 Rn 10; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 11).

Es müsste also zunächst fremder Gewahrsam an den Postsendungen bestanden haben.

Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, wobei das Vorliegen dieser Voraussetzungen nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist (BGHSt 22, 180, 182; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 11). Hier könnte der Leiter der Postverteilerstelle Gewahrsam an den Postsendungen gehabt haben. Zwar macht der Sachverhalt keine Angaben darüber, ob dieser sich im Tatzeitpunkt in der Postverteilerstelle aufhielt. Dies spielt jedoch für die tatsächliche Sachherrschaft auch grundsätzlich keine Rolle, da es für eine solche ausreichend ist, dass die Möglichkeit des jederzeitigen Zugriffs besteht (BGHSt 4, 210; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 25).

Der Leiter der Postverteilerstelle konnte zumindest jederzeit zum Postverteilerraum zurückkehren und auf die Postsendungen zugreifen, sodass er die tatsächliche Sachherrschaft hatte. Er müsste auch einen natürlichen Herrschaftswillen gehabt haben. Insofern ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Gewahrsamsinhaber den akuten und konkreten Willen zur Beherrschung einzelner Sachen besitzt; ein genereller Herrschaftswille in dem Sinne, dass dieser sich auf alle Sachen innerhalb eines bestimmten räumlichen Bereiches bezieht, ist ausreichend (Lackner/Kühl, § 242 Rn 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 30). Der Leiter der Postverteilerstelle hatte einen generellen Herrschaftswillen bzgl. aller Sachen im Bereich der von ihm geleiteten Stelle, sodass er auch bzgl. der von A entwendeten Postsendungen einen solchen Herrschaftswillen besaß. Es bestand also ursprünglich Gewahrsam des Leiters der Postverteilerstelle, also für A fremder Gewahrsam an den Postsendungen.

A müsste neuen Gewahrsam begründet haben.

Der Täter hat neuen Gewahrsam dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (OLG Köln, StV 1989, 156; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15). Dies ist im vorliegenden Fall spätestens dann gegeben, wenn A mit den Postsendungen den Postverteilerraum verlässt.

Diese Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.

Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 35). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 242

Rn 14). Ein solches Einverständnis des Gewahrsamshabers war im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben, sodass auch ein Gewahrsamsbruch vorliegt. A hat die Postsendungen weggenommen.

3. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

a. Zueignungsabsicht

A müsste in der Absicht gehandelt haben, sich die Postsendungen bzw. deren Inhalt zuzueignen.

Die Zueignungsabsicht setzt sich aus zwei Elementen zusammen, der Aneignungsabsicht und dem Enteignungswillen (Tröndle/Fischer, § 242 Rn 33a; Rengier, BT 1, § 2 Rn 40).

aa. Aneignungsabsicht

A müsste mit Aneignungsabsicht gehandelt haben.

Aneignungsabsicht ist die Absicht, die weggenommene Sache selbst oder den in dieser verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 24, 155; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 41).

Die Briefumschläge, in denen sich die Postsendungen befanden, beabsichtigte A nicht, seinem Vermögen einzuverleiben. Auch auf diejenigen Sendungen, die lediglich privater Natur oder für ihn nicht verwertbar waren, hatte A es nicht abgesehen. Bzgl. der von ihm erbeuteten ec- und Kreditkarten, des Schecks, des Sparbuchs und Personalausweises ist eine Aneignungsabsicht des A aber sehr wohl gegeben, da er die Absicht hatte, diese Sachen in der später vorgenommenen Weise zu benutzen und so zumindest ihren Wert seinem Vermögen einzuverleiben.

bb. Enteignungswille

A müsste auch Enteignungswillen besessen haben.

Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, ihm also die Sache auf Dauer zu entziehen (Joecks, Vor § 242 Rn 22; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 47).

Da A nicht vorhatte, die weggenommenen Sachen den Eigentümern zurückzugeben, hatte er auch den Willen zu deren dauerhafter Enteignung.

Eine Zueignungsabsicht des A bzgl. der später von ihm benutzten Sachen ist also gegeben.

b. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die von A beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig sein.

Eine vom Täter beabsichtigte Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn dieser keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Zueignung hat (Joecks, Vor §

242 Rn 46 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 59). Da A keinen Anspruch auf Zueignung der Sachen hatte, war die von ihm beabsichtigte Zueignung rechtswidrig.

c. Vorsatz

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern Vorsatz des Täters erforderlich (BGH, NJW 1990, 2832; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 49).

A wusste, dass er keinen Anspruch auf die weggenommenen Sachen hatte, sodass er auch bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung vorsätzlich handelte.

A hat den Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Besonders schwerer Fall (§ 243 StGB)

Der von A begangene Diebstahl könnte einen besonders schweren Fall i.S.v. § 243 StGB darstellen.

1. Einbruchsdiebstahl, § 243 I 2 Nr. 1 StGB

A könnte zunächst das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB, den sog. Einbruchsdiebstahl, verwirklicht haben.

a. Umschlossener Raum

Dann müsste es sich bei dem Postverteilteraum um einen umschlossenen Raum handeln.

Umschlossener Raum i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB ist ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, vom Menschen betreten zu werden und mit zumindest teilweise künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens Unbefugter versehen ist (BGH, StV 1983, 149; Tröndle/Fischer, § 243 Rn 4). Diese Voraussetzungen sind bei dem Postverteilteraum gegeben.

b. Tatmodalität

A müsste eine der genannten Tatmodalitäten verwirklicht haben, d.h. er müsste in den Raum eingebrochen, eingestiegen, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen sein oder sich in dem Raum verborgen gehalten haben.

A hatte das Türschloss des Postverteilteraums mit einem gebogenen Draht geöffnet, er ist also mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug in den Raum eingedrungen. Eine Tatmodalität liegt somit vor.

c. Quasi-Vorsatz

Im Rahmen von § 243 I StGB muss der Täter auch in Kenntnis der objektiven Merkmale des Regelbeispiels,

also quasi vorsätzlich handeln (Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn 43; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 123). A wusste, dass ein mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug in einen umschlossenen Raum eindrang, handelte also quasi-vorsätzlich.

d. Zur Ausführung der Tat

§ 243 I 2 Nr. 1 StGB setzt auch voraus, dass der Täter "zur Ausführung der Tat" handelt.

A ist gerade deshalb in den Postverteilteraum eingedrungen, um dort Postsendungen stehlen zu können. Er hat also zur Ausführung der Tat gehandelt.

2. Kein Ausschluss

Bei Verwirklichung eines Regelbeispiels ist nur der Regel (und nicht zwingend) ein besonders schwerer Fall gegeben; die Indizwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles, die durch das Regelbeispiel begründet wird, kann auf Grund einer Gesamtbewertung der Tat widerlegt werden (BGHSt 29, 322; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn 1). Hierfür liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor.

Gem. § 243 II StGB ist ein besonders schwerer Fall dann ausgeschlossen, wenn die Tat sich auf eine geringwertige Sache bezieht.

Für die Feststellung der Geringwertigkeit ist auf den objektiven Sachwert, d.h. den Verkehrswert, abzustellen; das bedeutet, dass Sachen, die keinen messbaren Verkehrswert besitzen, auch nicht i.S.v. § 243 II StGB geringwertig sind (BGH, NJW 1977, 1460; Tröndle/Fischer, § 243 Rn 24; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 127). Die von A entwendeten ec- und Kreditkarten, der Scheck, das Sparbuch und der Personalausweis nehmen gar nicht am Handelsverkehr teil, da es sich hierbei nicht um frei verkäufliche Sachen handelt. Sie haben daher keinen messbaren Verkehrswert, so dass sie auch keine geringwertigen Sachen i.S.v. § 243 II StGB darstellen.

IV. Ergebnis

A ist einer Tat gem. § 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB schuldig. Allerdings lässt sich nicht mehr klären, an welchem der Tage, an denen A in den Postverteilteraum eingedrungen ist, er die fraglichen Sachen erbeutet hat. Dies kann jedoch eine Strafbarkeit des A nicht ausschließen.

Hierzu der BGH: "Der Angeklagte hat eingeräumt, in mindestens fünf Fällen Briefsendungen aus dem Postverteilteraum entwendet zu haben. Ein Freispruch kommt danach nicht in Betracht, auch wenn er diese Taten innerhalb des Tatzeitraums nicht näher nach Tatzeit und Beute konkretisieren konnte. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend ausführt, lassen sich jedoch anhand einzelner Gegenstände, bei denen der Zeitpunkt der Entwendung auf wenige Tage oder eine Woche eingegrenzt werden kann, fünf voneinander getrennte, sich nicht über-

schneidende Zeiträume feststellen, während derer der Angeklagte Briefsendungen aus dem Postamt wegnahm und denen sich ein Teil der entwendeten Briefsendungen anhand der Urteilsfeststellungen jeweils eindeutig zuordnen lässt. [...] Soweit die Entwendung der übrigen Briefsendungen nach den Feststellungen des Landgerichts zum Tatzeitraum mehreren der fünf Einzelaten zugeordnet werden könnten, liegt der Sache nach eine Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage vor. Eine Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage ist dann gegeben, wenn der Richter davon überzeugt ist, dass einer der mehreren möglichen Geschehensabläufe mit Sicherheit gegeben ist, die Unsicherheit darüber, welcher es ist, allein in der gedanklichen Vorstellung liegt, dass es auch der andere von ihnen sein könnte (BGHSt 12, 386, 388 f.; Schoreit in KK 5. Aufl. § 261 Rdn. 73).

Das ist hier der Fall. Die Strafkammer geht aufgrund des Geständnisses des Angeklagten von fünf Diebstahlstaten aus. Die einzelnen entwendeten Briefsendungen müssen sich dementsprechend zwangsläufig einer dieser Taten zuordnen lassen, wobei nicht aufklärbar ist, welcher Diebstahlstat genau.

Die alternativ möglichen Verhaltensweisen des Angeklagten sind auch rechtsethisch und psychologisch gleichwertig (vgl. dazu BGHSt 1, 275, 276; 25, 182, 184). Die Strafkammer hat - das zeigt die gleichmäßige Festsetzung von Einzelstrafen von zehn Monaten - ersichtlich auch der jeweils entwendeten Zahl von Briefsendungen bzw. ihrem Inhalt keine Bedeutung für die Strafhöhe beigemessen. Das hält sich im vorliegenden Fall im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens, da der Angeklagte verschlossene Briefsendungen entwendete, deren Inhalt und deren Werthaltigkeit er nicht kannte. Ob er also bei jeder Tat größere oder kleinere Vermögenswerte durch den Diebstahl einer mehr oder minder großen Zahl von Postsendungen an sich brachte, konnte der Angeklagte zum Tatzeitpunkt noch nicht wissen. Somit ist sicher ausgeschlossen, dass sich diese Handhabung zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt haben könnte."

B. 2. Tatkomplex: Die Einlösung des Inhaberschecks - Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber der B-Bank und zum Nachteil des S

Dadurch, dass A den von S ausgestellten Inhaberscheck bei der B-Bank einlöste und den Betrag dem Konto des G gutschreiben ließ, könnte er sich gem. § 263 I StGB wegen Betrugs gegenüber der B-Bank und zum Nachteil des S strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Dann müsste A zunächst die B-Bank über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen

(BGHSt 18, 237; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 493). Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Geschehnisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind (OLG Koblenz, NJW 1976, 63).

Wer eine Leistung fordert, erklärt - zumindest konkludent -, dass er auch berechtigt sei, die Leistung einzufordern, also einen entsprechenden Anspruch habe (BGH, NStZ 1994, 188; OLG Hamm, NStZ 1997, 130; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 16c). Wer also einen Scheck zur Einziehung vorlegt und dadurch die Auszahlung des entsprechenden Betrages oder eine entsprechende Gutschrift auf ein Konto fordert, erklärt somit konkludent, zur Vorlage des Schecks berechtigt zu sein.

Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht jedoch darin, dass es sich bei dem von A vorgelegten Scheck um einen Inhaberscheck handelt. Gem. Art. 5 I ScheckG kann ein Scheck zur Zahlung an den Inhaber gestellt werden. In diesem Fall ist der bezogene Bankier bei Vorlage des Schecks und entsprechender Kontendeckung dazu verpflichtet, an jeden Inhaber des Schecks zu leisten, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob der Inhaber den Scheck mit Rechtsgrund erlangt hat oder nicht. Da bereits der Besitz des Inhaberschecks dem Inhaber einen Anspruch auf Auszahlung gibt, hat A als Besitzer des Schecks somit einen Anspruch auf eine entsprechende Auszahlung bzw. Kontogutschrift. A täuscht also nicht über eine entsprechende Berechtigung, da er tatsächlich berechtigt ist. Eine konkludente Erklärung in dem Sinne, dass der Besitzer eines Inhaberschecks erklären würde, zur Inhaberschaft materiell berechtigt zu sein - was bei A nicht der Fall wäre - ist grundsätzlich nicht gegeben (BayObLG, NJW 1999, 1648; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 29). Somit liegt bereits keine Täuschung des A vor. So sieht es auch der BGH:

“Hätte es sich um Inhaberschecks gehandelt, könnte es bereits an einer für die Vermögensverfügung relevanten Täuschungshandlung gefehlt haben, da der Einreicher eines Inhaberschecks regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert wird (vgl. BayObLG NJW 1999, 1648, 1649).”

II. Ergebnis

A hat sich durch das Vorlegen des Schecks nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

C. 3. Tatkomplex: Die Abhebung der 2.000,- €

I. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil der B-Bank

Dadurch, dass A mit der ec-Karte des G 2.000,- € am Geldautomaten abhob, könnte er sich gem. § 263 I StGB wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

A müsste über Tatsachen getäuscht haben.

Eine Täuschung setzt eine intellektuelle Einwirkung des Täters auf das Vorstellungsbild eines anderen voraus, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.

A hat mit der ec-Karte des G jedoch lediglich einen Geldautomaten bedient. Hierbei scheidet eine intellektuelle Einwirkung und somit eine Täuschung aus, da ein Geldautomat - also letztlich ein Computer - keinen Intellekt besitzt. Auch hat ein Computer kein Vorstellungsbild, das beeinflusst werden könnte. Getäuscht werden i.S.v. § 263 I StGB kann also nur eine natürliche Person (Tröndle/Fischer, § 263 Rn 10). Zwar gibt es die Möglichkeit einer sog. “computervermittelten” Täuschung, wenn die eingegebenen Daten einem Menschen übermittelt werden, der dann eine Verfügung trifft. Jedoch ist bei einem Geldautomaten keine menschliche Entscheidung zwischen die Eingabe der Daten und die Auszahlung des Geldes geschaltet, so dass auch eine computervermittelte Täuschung ausscheidet (OLG Schleswig, NJW 1986, 2653). Eine Täuschung ist somit nicht gegeben.

2. Ergebnis

A hat sich durch das Bedienen des Geldautomaten nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. § 263a I 3. Fall StGB zum Nachteil der B-Bank

Dadurch, dass A mit der ec-Karte des G 2.000,- € am Geldautomaten abhob, könnte er sich jedoch wegen Computerbetrugs gem. § 263a I 3. Fall StGB zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tathandlung: Unbefugte Verwendung von Daten

A müsste unbefugt Daten verwendet haben.

Daten i.S.v. § 263a I StGB sind kodierte Informationen in einer im Wege automatisierter Verarbeitung nutzbaren Darstellungsform (Tröndle/Fischer, § 263a Rn 3; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 602). Verwendet werden Daten, wenn sie in das Datenverarbeitungsgerät eingebracht werden (Lackner/Kühl, § 263a Rn 9; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 6).

Auf dem Magnetstreifen der ec-Karte befinden sich magnetisch kodierte Informationen, die über ein entsprechendes Datenverarbeitungsgerät, z.B. einen Geldautomaten, genutzt werden können, also Daten. Diese hat A durch die Eingabe der ec-Karte in den Geldautomaten auch verwendet.

Diese Datenverwendung durch A müsste jedoch auch unbefugt gewesen sein. Fraglich ist, wann eine Datenverwendung “unbefugt” i.S.v. § 263a I 3. Fall StGB ist.

aa. 1. Meinung

Nach einer Auffassung ist eine unbefugte Datenverwendung bei jeder vertragswidrigen, dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Rechtsgutinhabers widersprechenden, Verwendung von Daten gegeben (sog. subjektive Auslegung; LK-Tiedemann, § 263a Rn 43; Mitsch, BT 2 2. Teilband, § 3 Rn 23; Hilgen-dorf, JuS 1997, 130).

Die Verwendung der ec-Karte (und der darauf gespeicherten Daten) durch A entspricht weder dem Willen des G noch demjenigen der B-Bank, sodass nach dieser Auffassung eine unbefugte Datenverwendung gegeben ist.

bb. 2. Meinung

Nach einer anderen Auffassung ist eine Datenverwendung nur dann unbefugt, wenn sie dem (mutmaßlichen) Willen des Rechtsgutinhabers widerspricht und sich dieser Wille gerade - durch programmspezifische Sicherungen - im entsprechenden Computerprogramm niedergeschlagen hat und diese Sicherungen durch das Handeln des Täters überwunden werden (sog. computerspezifische Auslegung; OLG Celle, NStZ 1989, 367; Achenbach, JR 1994, 295; Arloth, JURA 1996, 357; Neumann, StV 1996, 375).

Zwar entspricht die Verwendung der gestohlenen ec-Karte und der darauf gespeicherten Daten nicht dem Willen des Rechtsgutinhabers (s.o.). Allerdings hat dieser entgegenstehende Wille keinen Niederschlag im entsprechenden Programm des Geldautomaten gefunden. Dieses überprüft nämlich nur, ob eine echte ec-Karte in Verbindung mit der richtigen PIN-Nummer verwendet wird, was aber vorliegend der Fall ist. Ob es sich bei dem Verwender auch tatsächlich um den Berechtigten handelt, wird durch das Computerprogramm nicht geprüft. Nach dieser Auffassung wäre also eine unbefugte Datenverwendung nicht gegeben.

cc. 3. Meinung

Nach herrschender Meinung setzt eine unbefugte Datenverwendung ein täuschungsähnliches Verhalten voraus, d.h. ein entsprechendes Verhalten gegenüber einem Menschen müsste eine Täuschung i.S.v. § 263 I StGB darstellen (sog. betrugsspezifische Auslegung; BGH, NJW 2002, 905; NStZ 2005, 213; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 9; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 11; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 513; Mühlbauer, wistra 2003, 244).

Würde A unter Vorlage der ec-Karte und Angabe der PIN-Nummer von einem Menschen (z.B. einem Bankangestellten) die Auszahlung des Geldes - also eine Leistung - verlangen, so würde er - zumindest konkludent - behaupten, dass er einen entsprechenden Anspruch besitze (s.o.), was wegen des tatsächlichen Fehlens eines entsprechenden materiell-rechtlichen Anspruchs des A eine Täuschung darstellen würde. Ein täuschungsähnliches Verhalten und somit eine unbefugte Datenverwendung ist nach dieser Auffassung

somit gegeben.

dd. Stellungnahme

Durch die Einführung des § 263a StGB wollte der Gesetzgeber Lücken im Rahmen des Betruges schließen, die dadurch entstehen, dass dieser stets eine Täuschung eines Menschen voraussetzt (s.o.), was infolge der zunehmenden technischen Möglichkeiten im heutigen Geschäftsverkehr, insb. der wirtschaftlichen Tätigkeit im Internet, immer seltener wird. Deshalb erscheint es nicht sinnvoll, mit der 2. Meinung einen computerspezifischen Ansatz zu vertreten, der dazu führt, dass der in der Praxis wichtigste Fall des § 263a I 3. Fall StGB, die Verwendung fremder ec-Karten am Geldautomaten, nicht unter diesen Tatbestand fiele, obwohl er von ihm aber gerade erfasst werden sollte (vgl. BT-DRs. 10/318 S. 4). Zudem verbleibt für § 263a I 3. Fall StGB bei computerspezifischer Auslegung kein sinnvoller Anwendungsbereich, da die nach dieser Auffassung insofern erforderliche Datenkontrolle durch den Computer letztlich die unbefugte Datenverwendung mit der unrichtigen i.S.v. § 263a I 2. Fall StGB gleichsetzen würde. Die 2. Meinung ist somit abzulehnen. Nach den anderen Auffassungen ist eine unbefugte Datenverwendung gegeben.

A hat unbefugt Daten verwendet.

b. Dadurch Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

Durch die Verwendung der ec-Karte des G am Geldautomaten müsste A einen Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst haben. In dem Geldautomaten findet vor der Auszahlung des angeforderten Betrages ein Datenverarbeitungsvorgang statt. Fraglich ist jedoch, ob A diesen Vorgang i.S.v. § 263a I StGB "beeinflusst" hat.

aa. Minderheitsmeinung

Nach einer Auffassung setzt die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs stets voraus, dass der Täter in einen bereits laufenden Datenverarbeitungsvorgang eingreift (Jungwirth, MDR 1987, 543; Kleb-Braun, JA 1986, 259; Ranft, wistra 1987, 83).

Da A durch das Einführen der ec-Karte in den Geldautomaten den entsprechenden Datenverarbeitungsvorgang erst in Gang gesetzt hat, wäre nach dieser Meinung eine Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs i.S.v. § 263a I StGB nicht gegeben.

bb. Herrschende Meinung

Die herrschende Meinung hingegen sieht auch das Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs als Beeinflussung i.S.v. § 263a I StGB an (BGHSt 38, 121; BayObLG, JR 1994, 289; OLG Köln, NStZ 1991, 586; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 20).

Nach dieser Auffassung wäre also ein Beeinflussen des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs durch A gegeben.

cc. Stellungnahme

Beim Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs handelt es sich um die stärkste Form der Beeinflussung, sodass nicht ersichtlich ist, warum gerade diese den Tatbestand des § 263a I StGB nicht erfüllen sollte. Auch wäre unverständlich, warum bei der gebotenen betrugsnahen Auslegung (s.o.) gerade die Fallgruppe nicht erfasst werden sollte, die der typischen Betrugs handlung - dem Hervorrufen des Irrtums - entspricht. Der herrschenden Meinung ist zu folgen. Eine Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs ist somit gegeben.

c. Dadurch Vermögensschaden

Durch sein Verhalten müsste A das Vermögen eines anderen geschädigt haben.

Ein Vermögensschaden i.S.v. § 263a StGB ist - ebenso wie bei § 263 StGB - dann gegeben, wenn das Opfer durch die tatbestandsmäßige Handlung eine Vermögensminderung erfahren hat, die nicht durch den Zufluss eines Äquivalents ausgeglichen worden ist (Jocks, § 263a Rn 38; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 22).

Hierzu der BGH: "Sicher feststellbar ist hier, dass durch die unberechtigte Abhebung von Geldautomaten den betroffenen Geldinstituten ein Schaden entstanden ist. Das durch den Geldautomaten ausgezahlte Bargeld wird aus dem Vermögen des Geldinstituts ausgefolgt (BGH NSTz 2001, 316; vgl. auch BGHSt 38, 120, 122). Die auszahlende Bank hat grundsätzlich gegenüber dem Kontoinhaber, auf dessen Konto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, keinen Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 Abs. 1 BGB; denn die Auszahlung ist nicht aufgrund wirksamer Weisung des Berechtigten (im Sinne von § 665 BGB), sondern durch das Handeln eines Unbefugten erfolgt (BGH NSTz 2001, 316; NJW 2001, 286 f.). Geschädigt ist - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nicht der Kontoinhaber, sondern die Bank. Der bei der auszahlenden Bank eingetretene Vermögensschaden wird auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer saldierenden Betrachtungsweise durch einen unmittelbar durch die in Rede stehenden Vermögensverfügung herbeigeführten Ersatzanspruch gegen den Kontoinhaber kompensiert (vgl. hierzu BGH NSTz 2001, 316, 317). Ein etwaiger Schadensersatzanspruch der auszahlenden Bank gegen die Kontoinhaber F und G, die aufgrund des Diebstahls des Angeklagten nie in den Besitz von EC-Karten und PIN-Nummern gelangt sind, erscheint schon mangels eines vorwerfbaren Verhaltens der Kontoinhaber ausgeschlossen. Er wäre im Übrigen aber auch regelmäßig keine Kompensation im oben genannten Sinne (vgl. BGH NSTz 2001, 316,

317).

Anderweitige, unmittelbar durch die Vermögensverfügung herbeigeführte Ansprüche der auszahlenden Bank gegen die Kontoinhaber, die zu einer solchen Kompensation geeignet wären, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Umstand, dass das Vermögen der Kontoinhaber zunächst durch die unberechtigten Scheckgutschriften gemehrt wurde, ändert daran nichts, da insoweit andere - mit der Automatenabhebung nicht zusammenhängende - Rückabwicklungsverhältnisse bestehen."

Ein Vermögensschaden ist somit bei der B-Bank eingetreten.

d. Vorsatz

A handelte vorsätzlich

e. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Der Täter des § 263a StGB muss - ebenso wie derjenige des § 263 StGB - in der Absicht handeln, sich einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 29; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 25).

A handelte bei der Abhebung in der Absicht, sich zumindest den Besitz an den ausgezahlten Geldscheinen und damit einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Dieser Vermögensvorteil müsste stoffgleich sein. Stoffgleichheit i.S.v. §§ 263, 263a StGB ist gegeben, wenn der beabsichtigte Vorteil die Kehrseite des Schadens beim Opfer darstellt (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 29, § 263 Rn 168; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 25, § 263 Rn 108). Der von A beabsichtigte Vorteil - Erlangung der ausgezahlten Geldscheine - stellt die Kehrseite des Schadens der B-Bank - Verlust der Geldscheine (s.o.) - dar, sodass die Stoffgleichheit gegeben ist.

Die beabsichtigte Bereicherung muss auch rechtswidrig sein. Rechtswidrig ist eine vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn der Täter keinen Anspruch auf diese Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 25, § 263 Rn 111). A hatte keinen Anspruch auf die Auszahlung des Geldes, sodass diese Bereicherung auch rechtswidrig war.

Da es sich bei der Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um objektive Tatbestandsmerkmale handelt, ist ein entsprechender Vorsatz des Täters erforderlich (BGH, NSTz 2003, 663; Tröndle/Fischer, § 263a Rn 25, § 263 Rn 112 f.).

Da A auch wusste, dass der von ihm beabsichtigte Vorteil die Kehrseite des Schadens der B-Bank war und dass er keinen entsprechenden Auszahlungsanspruch besaß, hat er in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A ist eines Computerbetrugs gem. § 263a StGB schuldig.

III. Strafbarkeit gem. § 266b I StGB zum Nachteil der B-Bank

Dadurch, dass er mit der ec-Karte des G 2.000,- € am Geldautomaten abhob, könnte A sich wegen Missbrauchs von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b I StGB zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

Tauglicher Täter einer Tat gem. § 266b I StGB ist jedoch nur derjenige, dem von dem Aussteller durch die Überlassung einer Scheck- oder Kreditkarte die Möglichkeit eingeräumt wurde, diesen zu einer Zahlung zu veranlassen, also der berechnigte Inhaber der Karte (BGH, NStZ 1992, 278; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266b Rn 7; Tröndle/Fischer, § 266b Rn 12). Da die Karte von dem Kreditinstitut nicht dem A überlassen wurde - dieser hatte sie ja weggenommen (s.o.) -, sondern vielmehr dem G überlassen werden sollte, ist A nicht der berechnigte Karteninhaber und somit auch kein tauglicher Täter eines Tat gem. § 266b StGB.

A ist nicht strafbar gem. § 266b StGB.

IV. Strafbarkeit gem. § 266 I StGB zum Nachteil der B-Bank

Durch das Abheben von 2.000,- € mit der ec-Karte des G am Geldautomaten, könnte A sich wegen Untreue gem. § 266 I StGB zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB

A könnte den Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB, verwirklicht haben.

Dann müsste ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt worden sein, über das Vermögen der B-Bank zu verfügen oder diese zu verpflichten. A ist jedoch keine Befugnis zur Vertretung der B-Bank eingeräumt worden, vielmehr hat A sich selbst durch die rechtswidrige Beschaffung der ec-Karte des G die Möglichkeit - aber nicht die Befugnis - verschafft, auf das Vermögen der B-Bank Zugriff zu nehmen.

b. Treuebruchstatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB)

A könnte dann den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB, erfüllt haben.

Dies würde insb. voraussetzen, dass A kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses die Pflicht oblag, Vermögensinteressen der B-Bank wahrzunehmen. Auch dies ist nicht der Fall.

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 266 I StGB.

V. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB StGB

Durch das Mitnehmen der Geldscheine im Werte von 2.000,- € am Geldautomaten könnte A sich wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben. Es kann dahinstehen, ob die Geldscheine wirksam an A übereignet wurden, was dazu führen würde, dass sie keine fremden beweglichen Sachen mehr wären und somit ein Diebstahl an den Geldscheinen bereits deshalb ausscheiden würde (so z.B. OLG Hamburg, NJW 1987, 336; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 516; Löhning, JR 1999, 362), wenn jedenfalls keine Wegnahme des Geldes durch A gegeben wäre.

Eine Wegnahme setzt insb. den Bruch fremden Gewahrsams voraus, d.h. die Aufhebung dieses Gewahrsams gegen oder ohne Willen des Gewahrsamsinhabers (s.o.). Durch das Aufstellen des Automaten hat jedoch die B-Bank den Willen geäußert, den Gewahrsam an den ausgezahlten Geldscheinen an jeden zu übertragen, der Kennkarte und übereinstimmende Kennziffer eingeben kann (BGHSt 35, 152, 158 ff.; 38, 120, 122 ff.; OLG Hamburg, NJW 1987, 336 f.; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 514; Wiechers, JuS 1979, 847 ff.; a.A.: Gropp, JZ 1983, 487 ff.). Da A eine echte ec-Karte und die passende PIN eingeben konnte, ist somit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der B-Bank gegeben.

Mangels Wegnahme hat A sich somit nicht gem. § 242 I StGB strafbar gemacht.

D. 4. Tatkomplex: Der Einkauf mit der Kreditkarte

I. Strafbarkeit gem. § 266b I StGB zum Nachteil des Kreditkarteninstituts

Eine Strafbarkeit des A gem. § 266b I StGB durch den Einkauf mit der Kreditkarte kommt nicht in Betracht, da A nicht berechtigter Karteninhaber und somit kein tauglicher Täter für eine Tat gem. § 266b I StGB ist.

II. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil des V

A könnte sich jedoch durch den Einkauf mit der Kreditkarte wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil des Verkäufers V strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Täuschung über Tatsachen

A müsste V über Tatsachen, also dem Beweise zugängliche Geschehnisse oder Zustände, getäuscht, d.h. intellektuelle auf dessen Vorstellungsbild eingewirkt, haben, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (s.o.).

Beim Bezahlen mit einer Scheck- oder Kreditkarte

erklärt der Handelnde (konkludent), dass er auch zur Benutzung der Karte berechtigt sei (OLG Hamm, StraFo 2001, 281; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 29a). Durch die Bezahlung mit der Kreditkarte hat A also über seine Berechtigung getäuscht, die Karte zu verwenden. Da das Bestehen einer solchen Berechtigung dem Beweise zugänglich ist, hat A also den V über eine Tatsache getäuscht.

b. Täuschungsbedingter Irrtum

V müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (BGHSt 2, 325; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18). An einem Irrtum fehlt es, wenn der Getäuschte sich keine Vorstellung von der maßgeblichen Tatsache macht (sog. ignorantia facti; RGSt 42, 40, 41; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 379; Rengier, BT, § 13 Rn 20).

Beim Vorlegen einer Kreditkarte macht der Vertragspartner sich zwar grds. keine Gedanken darüber, ob der Karteninhaber zahlungsfähig ist, da dies für den Vertragspartner auch keine Rolle spielt - er erhält sein Geld auf jeden Fall von dem (stets solventen) Kreditkartenunternehmen (BGHSt 33, 244, 250 f.; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 562a). Hierfür ist aber entscheidend, dass derjenige, der mit der Karte bezahlt, auch der berechtigte Karteninhaber ist, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der Vertragspartner sich über die Berechtigung des die Karte Vorlegenden sehr wohl Gedanken macht. Im vorliegenden Fall kann also davon ausgegangen werden, dass V auf Grund der Täuschung des A glaubte, dass es sich bei diesem um den berechtigten Karteninhaber handelte, sodass einem täuschungsbedingten Irrtum unterlag.

c. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

V müsste auch infolge des Irrtums eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 55).

V hat die Stereoanlage an den A übergeben und übereignet und dadurch sein Vermögen um den Besitz und das Eigentum an der Anlage gemindert. Da V dies auch auf Grund des o.g. Irrtums getan hat, ist eine irrumsbedingte Vermögensverfügung gegeben.

d. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Bei V müsste auch ein verfügungsbedingter Vermögensschaden eingetreten sein.

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

gen des Opfers gemindert wurde ist ein Vermögensschaden nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines Äquivalentes ausgeglichen wurde (Joecks, § 263 Rn 83).

Hier hat V für den Verlust des Eigentums zwar (über die Verwendung der Kreditkarte durch den A) die Zusage des Kreditkartenunternehmens erhalten, für diese Verbindlichkeit einzustehen. Diese Zusage besteht jedoch grundsätzlich nur dann, wenn die Kreditkarte durch den berechtigten Karteninhaber benutzt wurde. Im vorliegenden Fall hat aber nicht der berechtigte Karteninhaber (M) bei V mit der Karte bezahlt, sondern A. Deshalb ist es für V zumindest nicht problemlos möglich, von dem Kreditkartenunternehmen die Zahlung zu erhalten, da sich dieses u.U. wegen der Nutzung der Karte durch einen Nichtberechtigten nicht zur Zahlung verpflichtet sehen wird. Im Rahmen von § 263 I StGB ist allgemein anerkannt, dass es auch für einen Vermögensschaden ausreicht, dass beim Opfer eine konkrete Vermögensgefährdung eingetreten ist ("schadensgleiche" Vermögensgefährdung, vgl. BGH, wistra 2003, 230; 2004, 60; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 143 ff.). Hier besteht also für V die konkrete Gefahr, keine Gegenleistung für die Übereignung der Stereoanlage zu erlangen, sodass ein verfügungsbedingter Vermögensschaden vorliegt.

e. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

f. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste in der Absicht gehandelt, sich selbst oder einem Dritten einen stoffgleichen und rechtswidrigen Vermögensvorteil, also eine Bereicherung, zu verschaffen.

aa. Bereicherungsabsicht

A müsste zunächst in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern.

A hatte die Absicht, Besitz und Eigentum an der Stereoanlage, also einen Vermögensvorteil, zu erhalten. Er hat also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

bb. Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

Die von A beabsichtigte Bereicherung müsste stoffgleich sein.

Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann stoffgleich, wenn sie die Kehrseite des Schadens darstellt, d.h. wenn sie unmittelbar aus derselben Verfügung stammt, aus der auch der Schaden beim Opfer resultiert (BGHSt 21, 384; BayObLG, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168).

Die von A erstrebte Bereicherung - Erlangung von Besitz und Eigentum an der Stereoanlage - ist die Kehrseite des Schadens bei V, da insb. beide auf der-

selben Vermögensverfügung des V beruhen, nämlich der Übereignung der Anlage.

cc. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Die von A beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig sein.

Eine (beabsichtigte) Bereicherung ist dann rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die erstrebte Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 111). Im Rahmen des Betruges können solche Ansprüche niemals Grundlage der Bereicherung sein, die der Täter erst durch die Täuschung erlangt hat (BGH, NJW 1990, 2476; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 173). A hatte vor der Täuschung des V über seine Befugnis zur Verwendung der Kreditkarte keinen Anspruch gegen V auf Übergabe und Übereignung der Stereoanlage, sodass die von ihm beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig ist.

dd. Vorsatz bzgl. Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Da es sich bei der Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um objektive Tatbestandsmerkmale handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich (BGH, NStZ 2003, 663; Joecks, § 263 Rn 119).

A wusste, dass es sich bei der beabsichtigten Bereicherung um die Kehrseite des Schadens bei V handelte und er war sich auch dessen bewusst, dass er keinen entsprechenden Anspruch besaß, sodass er bzgl. der Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung vorsätzlich handelte.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A ist eines Betruges gem. § 263 I StGB durch das Verwenden der Kreditkarte schuldig.

E. 5. Tatkomplex: Die Vorlage des Sparbuchs - Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber C und zum Nachteil des J

Dadurch, dass A unter Vorlage des Sparbuchs des J und von dessen Personalausweis sowie einer gefälschten Vollmacht beim Angestellten C der C-Bank die Auszahlung eines Teils des Sparguthabens des J zu erwirken, könnte er sich wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber C und zum Nachteil des J strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Ein vollendeter Betrug ist nicht gegeben, da das Geld nicht an den A ausgezahlt wurde, sodass keine Vermögensverfügung des C vorliegt. Die Strafbarkeit des versuchten Betrugs ergibt sich aus § 263 II StGB.

2. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betruges gegenüber C und zum Nachteil des J gehabt haben.

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

a. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A müsste zunächst Tatentschluss dazu gehabt haben, den C über Tatsachen zu täuschen.

A wollte das Sparbuch, die gefälschte Vollmacht und den Personalausweis des J vorlegen und dadurch wahrheitswidrig vorspiegeln, dass er auf Grund einer Vollmachtserteilung durch J berechtigt sei, Abhebungen von dem Sparbuch zu tätigen. A hatte also Tatentschluss bzgl. einer Täuschung über Tatsachen.

b. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass C einem täuschungsbedingten Irrtum unterliegen würde.

Ein Irrtum setzt eine Fehlvorstellung des Opfers voraus, an der es fehlt, wenn das Opfer sich keine Gedanken über die Tatsachen macht, über die der Täter getäuscht hat (s.o.).

Nach herrschender Meinung ist ein Irrtum des Bankangestellten bei Vorlage eines Sparbuchs durch einen Nichtberechtigten grundsätzlich nicht gegeben: Da die Bank gem. § 808 I 1 BGB an jeden Inhaber eines Sparbuchs - und nicht nur an den Berechtigten - mit befreiender Wirkung leisten könne, sei es der Bank auch egal, ob es sich bei dem Inhaber um den Berechtigten handele, sodass auch bei ihren Angestellten kein entsprechender Irrtum angenommen werden könne (OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2003; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 34a; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 53; a.A.: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 48). Da der A allerdings extra den Personalausweis des J mitgenommen und eine Vollmacht gefälscht hatte, um so seine (vermeintliche) Berechtigung zur Abhebung des Geldes nachzuweisen, ist davon auszugehen, dass A zumindest dachte, dass C sich Gedanken über seine Berechtigung zur Benutzung des Sparbuchs machen würde. Da im Rahmen des Tatentschlusses ausschließlich die Vorstellung des Täters maßgeblich ist (s.o.), ist also ein Tatentschluss des A bzgl. eines Irrtums des C gegeben.

c. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung

A müsste sich auch ein irrtumsbedingte Vermögensverfügung des C vorgestellt haben.

aa. Bzgl. vermögensmindernden Verhaltens des C

A müsste sich zunächst vorgestellt haben, dass durch das Verhalten des C unmittelbar eine Vermögensmin-

derung eintreten würde.

A stellte sich vor, dass C an ihn einen Teil des Sparguthabens des J auszahlen würde. Da diese Leistung gem. § 808 I 1 BGB im Verhältnis des J zur C-Bank befreiende Wirkung entfalten würde, würde das Sparguthaben des J, also der Auszahlungsanspruch des J gegen die C-Bank, in Höhe des ausgezahlten Betrages erlöschen. Eine Minderung des Vermögens des J würde also nach der Vorstellung des A eintreten. A stellte sich vor, dass C über das Vermögen des J verfügen würde.

bb. Bzgl. Näheverhältnis

A stellte sich eine Vermögensverfügung des C vor, allerdings eine solche über das Vermögen des J und nicht dasjenige des C selbst.

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

A wusste, dass J ein Vertragsverhältnis zur C-Bank unterhielt, auf Grund dessen diese ein Sparguthaben des J führte und somit gem. § 808 I 1 BGB mit befreiender Wirkung Auszahlungen auch an Dritte vornehmen konnte. Er wusste auch, dass C bei der C-Bank angestellt war und so für die C-Bank die entsprechenden Verfügungen vornehmen durfte. A stellte sich also Umstände vor, nach denen der C gem. § 808 I 1 BGB i.V.m. dem Sparvertrag zwischen J und der C-Bank i.V.m. dem Arbeitsvertrag zwischen C und der C-Bank dazu befugt war, durch Auszahlung des Sparguthabens das Vermögen des J zu mindern und so über dessen Vermögen zu verfügen. A hatte Tatentschluss bzgl. eines Näheverhältnisses zwischen C und J.

A hatte also Tatentschluss bzgl. einer irrtumsbedingten

Vermögensverfügung des C.

d. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

A müsste sich weiter vorgestellt haben, dass durch die Verfügung der J einen Vermögensschaden erleiden würde.

A wusste, dass der J für die Minderung seines Sparguthabens bei der C-Bank kein Äquivalent erhalten würde, sodass er Tatentschluss bzgl. eines verfügungsbedingten Vermögensschadens bei J hatte.

e. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste in der Absicht gehandelt haben, sich selbst einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.

A hatte die Absicht, die Auszahlung des Geldes, also einen Vermögensvorteil, zu erlangen. Er wusste, dass diese Bereicherung die Kehrseite des Vermögensschadens bei J darstellen würde, da Schaden und Vorteil unmittelbar aus derselben Vermögensverfügung - der Auszahlung des Geldes - resultieren würden, sodass er auch Tatentschluss bzgl. der Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung hatte. Außerdem wusste A, dass er keinen Anspruch auf die Auszahlung des Geldes hatte, sodass er auch Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung hatte.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben, § 22 StGB.

Ein unmittelbares Ansetzen 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, sodass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, wistra 2002, 263; Roxin, JuS 1979, 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Spätestens mit Vorlegen des Sparbuchs, der (gefälschten) Vollmacht und des Personalausweises des J in der C-Bank waren aus Sicht des A keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte zur Vollendung des Betruges mehr erforderlich, das geschützte Rechtsgut (vermögen des J) war bereits konkret gefährdet, sodass A auch die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hat. Ein unmittelbares Ansetzen des A ist somit gegeben.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)

A dürfte nicht strafbefreiend zurückgetreten sein.

Nach herrschender Meinung ist ein Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, was dann der Fall ist, wenn der Täter glaubt, dass er den Erfolg mit den zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette herbeiführen könne (BGH, NStZ-RR 2006, 168, 169; Lackner/Kühl, § 24 Rn 10 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 7 ff.; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 6 f.). In dem Moment, in dem C erkannte, dass es sich bei dem A nicht um einen bzgl. des Sparbuchs Berechtigten handelte, war für A klar, dass er den geplanten Betrug nicht mehr wie geplant würde durchführen können, sondern - wenn überhaupt - allenfalls auf Grund einer ganz neuen Kausalkette.

Somit ist ein fehlgeschlagener Versuch gegeben und ein strafbefreiender Rücktritt des A ausgeschlossen.

6. Ergebnis

A ist eines versuchten Betruges gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB durch die Vorlage des Sparbuchs und des Personalausweises des J schuldig.

F. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

A hat durch das Mitnehmen der Karten, des Schecks, des Sparbuchs und des Personalausweises einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB, begangen, durch das Abheben des Geldes am Geldautomaten einen Computerbetrug, § 263a I 3. Fall, durch den Einkauf mit der Kreditkarte einen Betrug, § 263 I StGB, und durch die Vorlage des Sparbuchs, der Vollmachtsfälschung und des Personalausweises einen versuchten Betrug, §§ 263 I, 22, 23 I StGB.

Da die spätere Verwendung der durch den Diebstahl erlangten Sachen (Karten, Sparbuch und Ausweis) von vorneherein geplant war, könnte es sich bei den durch die Verwendung verwirklichten Delikten um mitbestrafte Nachtaten handeln. Hierzu führt der BGH aus: "Der hier in der Vorlage des Sparbuches und des fremden Ausweispapiers liegende Betrugsversuch ist eine mitbestrafte Nachtat zu dem vorhergehenden Diebstahl durch welchen der Angeklagte das Sparbuch erlangt hat (vgl. BGH StV 1992, 272; NStZ 1993, 591).

Die mitbestrafte Nachtat ist eine selbständige, den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende rechtswidrige und schuldhaftige Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position sichert, ausnutzt oder verwertet. Sie bleibt straflos, wenn die Bewertung des konkreten Sachverhalts ergibt, dass dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren - funktionalen - Zusammenhangs mit der (Vor-) Haupttat kein eigener Un-

wertgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, sie neben der Haupttat selbständig zu bestrafen (Rissing van Saan in LK 12. Aufl. Vor § 52 Rdn. 151). Voraussetzung für die Straflosigkeit der Nachtat ist, dass die Geschädigten der beiden Straftaten identisch sind, die Nachtat kein neues Rechtsgut verletzt und der Schaden qualitativ nicht über das durch die Haupttat verursachte Maß hinaus erweitert wird (BGHSt 5, 295, 297; 6, 67, 68; Rissing van Saan aaO Vor § 52 Rdn. 153).

Hier hat der Angeklagte nur versucht, den im Sparbuch verkörperten, bereits durch die Diebstahlstat erlangten Wert zum Nachteil des gleichen Geschädigten zu realisieren. [...]

Bei den Fällen des Computerbetruges handelt es sich hier nicht um mitbestrafte Nachtaten zu etwaigen vorangegangenen betrügerischen Scheckeinlösungen auf die Konten F und G. Das wäre nach den oben genannten Grundsätzen nur dann der Fall, wenn durch die Abhebungen derselbe Geschädigte betroffen wäre wie durch die (ggf. betrügerische) Einlösung der Schecks und der Schaden qualitativ nicht über das hier durch die Scheckeinlösungen verursachte Maß ausgeweitet wurde. Das lässt sich unter den gegebenen Umständen aber nicht mehr zuverlässig feststellen, so dass die Grundsätze der Postpendenzfeststellung zur Anwendung kommen. Ist ungewiss, ob der Angeklagte sich bereits (auch) im Rahmen einer etwaigen Vortat strafbar gemacht hat, dann kann die Tatbestandsmäßigkeit des Nachtatverhaltens auch nicht entfallen. Es behält seine ursprüngliche Bedeutung (BGHSt 35, 86, 90; BGHR StGB § 1/Wahlfeststellung Postpendenz 5; BGH, Beschl. vom 20. Oktober 1999 - 5 StR 492/99; Rissing-van Saan LK aaO Vor § 52 Rdn. 162) - im vorliegenden Fall als strafbarer Computerbetrug. [...]

Die Verwendung der Mastercard stellt [...] keine mitbestrafte Nachtat zum vorangehenden Diebstahl dar. Mit der Entwendung der Mastercard und der Zueignung durch den Täter tritt noch kein Vermögensschaden ein, weil diese den Wert, auf den mit ihrer Nutzung zurückgegriffen werden kann, nicht selbst verkörpert; sie verbrieft keine Forderung (vgl. BGH NStZ 2001, 316 - zur Scheckkarte -). Diesbezüglich kann für eine Kreditkarte nichts anderes gelten als für eine Scheckkarte. Der Vermögensschaden des Einzelhändlers oder des Kreditkartenunternehmens tritt erst durch die missbräuchliche Verwendung der Mastercard ein." Der versuchte Betrug tritt also hinter den Diebstahl zurück, die übrigen Delikte bleiben - da sie alle durch unterschiedliche Handlungen verwirklicht wurden - in Tatmehrheit, § 53 StGB, nebeneinander bestehen. A ist also strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1; 263a I 3. Fall; 263 I; 53 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Görisch, Christoph / Hartmann, Bernd: "Grundrechtsrüge und Prüfungsumfang bei der Verfassungsbeschwerde"
Fundstelle:	NVwZ 2007, 1007 (Heft 9)
Inhalt:	Die Autoren gehen der Frage nach, ob das BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde alle möglicherweise verletzten Grundrechte prüft, oder nur solche, deren Verletzung der Beschwerdeführer gerügt hat. Die Autoren machen insoweit eine Divergenz zwischen dem Ersten und Zweiten Senat des BVerfG aus .

Zivilrecht

Autor/Titel:	Schärtl, Christoph: "Das kaufmännische Bestätigungsschreiben"
Fundstelle:	JA 2007, 567 (Heft 8/9)
Inhalt:	Der Autor stellt in diesem Beitrag die Besonderheiten des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in leicht verständlicher Weise dar. Die tatbestandlichen Voraussetzungen werden einzeln besprochen und typische Klausurprobleme erörtert. Ein zur Wiederholung und Vertiefung bestens geeigneter Beitrag.

Autor/Titel:	Zieglmeier, Christian: "Die neuen "Spielregeln" des § 280 I 2 BGB"
Fundstelle:	JuS 2007, 701 (Heft 8)
Inhalt:	Der Beitrag behandelt das Problem der Beweislastverteilung gem. § 280 I 2 BGB. Er stellt anhand von Fallbeispielen die für den Schuldner weitreichenden Konsequenzen der Beweislastregel dar. Problematisiert wird insbesondere, ob der Normgehalt sich in einer Regel zur Beweislastverteilung erschöpft oder darüber hinausgehend als materielle Einwendungsnorm zu verstehen ist. Der Autor vertritt die These, es handele sich um eine materielle Einwendung, der haftungsbegründende Tatbestand sei allein in § 280 I 1 BGB enthalten.

Strafrecht

Autor/Titel:	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: Die Zueignungsabsicht"
Fundstelle:	JuS 2007, 806 (Heft 9)
Inhalt:	Für die höchst examensrelevanten Delikte der §§ 242 ff., 249 ff. StGB ist das Vorliegen einer Zueignungsabsicht Voraussetzung. Ein aufgrund der Kürze als Einführung (und wegen der gut gewählten Literaturhinweise) sehr lesenswerter Beitrag.

Autor/Titel:	Bock, Dennis: "Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)"
Fundstelle:	JA 2007, 599 (Heft 8/9)
Inhalt:	Der Verfasser diskutiert anhand des gängigen Prüfungsschemas typische Probleme der Strafbarkeit des Anstifters wie Abgrenzung zur mittelbaren Täterschaft, Anforderungen an die Anstiftungshandlung, Auswirkung eines error in persona des Haupttäters usw. Die Darstellung ist kurz, beinhaltet aber das gängige Meinungsspektrum. Zur Nacharbeit und Wiederholung ist dieser Aufsatz sehr sinnvoll.