

Öffentliches Recht

Standort: Rückwirkungsverbot

Problem: Geltung für Gemeinden

VERFGH RH-PF, BESCHLUSS VOM 05.07.2007
VGH N 18/06 (DVBL 2007, 1176)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss des VerfGH Rh-Pf ging es um die Frage, ob sich auch Gemeinden auf das Rückwirkungsverbot berufen können. Der VerfGH bejaht die Frage jedenfalls insoweit, als die rückwirkende Regelung in die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinde aus Art. 28 II GG (hier: in Verbindung mit Art. 49 V, VI LV Rh-Pf) eingreift. Zwar diene das aus dem Rechtsstaatsprinzip (hier: aus Art. 77 II LV Rh-Pf, auf Bundesebene aus Art. 20 III GG) ableitbare Rückwirkungsverbot in erster Linie dem Vertrauensschutz des Bürgers gegenüber staatlichen Regelungen. Wenn aber einem Hoheitsträger eine eigenständige, unabhängige Stellung zugewiesen sei, die hinsichtlich der durch das Rechtsstaatsprinzip geschützten Interessen der eines Grundrechtsträgers vergleichbar sei, müsse sie auch gleichwertigen Schutz genießen. Eine solche vergleichbare Rechtsposition sei den Gemeinden mit der Selbstverwaltungsautonomie zugewiesen.

Die Entscheidung enthält darüber hinaus äußerst lehrreiche Ausführungen zu der Unterscheidung zwischen "echter" und "unechter" Rückwirkung und deren Zulässigkeit. Diese Passagen sind geradezu lehrbuchhaft und daher selbsterklärend. Im Übrigen hat die RA über diese Thematik erst kürzlich berichtet (BVerfG, RA 2007, 417 = NVwZ-RR 2007, 433; zu weiteren Nachweisen vgl. Vertiefungshinweise).

Prüfungsrelevanz:

Dass Gemeinden sich auf Rechtspositionen berufen, die in der Verfassung für grundrechtsberechtigte Bürger geschaffen worden sind, hat im Moment Hochkonjunktur. Hingewiesen sei nochmals auf die Stadt Dresden, die glaubte, vor dem BVerfG eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG gegen den von der Aufsichtsbehörde angeordneten Bau der "Waldschlösschenbrücke" erheben und sich dabei auf Art. 2 I GG berufen zu können. Das BVerfG hat dieses Ansinnen recht schroff unter Hinweis auf seine (zu Art. 14 I GG ergangene) "Sasbach"-Entscheidung (BVerfGE 61, 82) zurückgewiesen. Gemeinden seien Teil des Staates; sie könnten sich deshalb nicht auf Grundrechte berufen, die Abwehrrechte des Bürgers gegen den

Staat seien. Es fehle an der Anwendbarkeit "dem Wesen nach", wie sie Art. 19 III GG für die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen fordere.

Der Unterschied zwischen den Fällen "Sasbach" und "Waldschlösschenbrücke" auf der einen Seite und der vorliegenden Entscheidung auf der anderen Seite liegt darin, dass das Rückwirkungsverbot kein Grundrecht, sondern eine Schranken-Schranke für Grundrechtseingriffe ist: In eine grundrechtlich geschützte Position mag aufgrund eines Gesetzesvorbehalts eingegriffen werden können (Schranke); das eingreifende Gesetz muss aber seinerseits verfassungsgemäß sein, also auch das aus der Verfassung herleitbare Rückwirkungsverbot beachten (Schranken-Schranke). Wenn man mit dem VerfGH Rh-Pf davon ausgeht, dass die Selbstverwaltungsautonomie aus Art. 28 II GG den Gemeinden eine ähnliche Abwehrstellung gegenüber dem Staat zubilligt wie die Grundrechte dem Bürger, so ist es nur konsequent, auch Eingriffe in die Selbstverwaltungsautonomie, die - außerhalb eines unantastbaren Kernbereichs - ebenfalls auf gesetzlicher Grundlage möglich sind, den Schranken-Schranken des übrigen Verfassungsrechts zu unterwerfen.

Vertiefungshinweise:

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

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

☐ Nichtigkeit der ursprünglichen Kappungsgrenze in diesem Fall: *OVG Rh-Pf*, *NuR* 2004, 484

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Der Lottokönig"

Leitsatz:

Der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 77 Abs. 2 LV) ableitende grundsätzliche Schutz des Vertrauens gegen nachträgliche Eingriffe des Gesetzgebers in abgewickelte, der Vergangenheit angehö-

rende Tatbestände (sog. echte Rückwirkung) gilt auch zugunsten der Gemeinden und Gemeindeverbände, soweit ihre in Art. 49 Abs. 5 und 6 LV gewährleistete Finanzhoheit berührt ist.

Sachverhalt:

§ 28 Abs. 2 Satz 3 LWaldG Rh-Pf verpflichtete das Land Rheinland-Pfalz, den Kommunen beim Revierdienst anteilige Personalausgaben nach einem flächenbezogenen Maßstab zu erstatten. § 9 Abs. 2, 2. Halbs. LWaldGDVO beschränkte diesen Anspruch auf höchstens 30 v.H. der durchschnittlichen Personalausgaben je Person. Das OVG Rh-Pf entschied mit Urteil vom 9.7.2003, die Regelung sei nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und deshalb nichtig. Nachfolgend erstattete das Land den Kommunen unter Vorbehalt die Kosten ohne Berücksichtigung der Kappungsgrenze und wies darauf hin, dass eine rückwirkende Änderung des Erstattungsrechts beabsichtigt sei. Am 16.3.2005 verabschiedete der Landtag das Erste Landesgesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung durch Flexibilisierung landesrechtlicher Standards (SFG). Art. 12 Abs. 2 SFG bestimmt, dass die Verteilung der Personalausgaben beim Revierdienst für die Abrechnungsjahre 2001 bis 2005 nach § 9 LWaldGDVO erfolgt, für das Abrechnungsjahr 2001 hingegen die Beschränkung auf 30 v.H. der durchschnittlichen Personalausgaben je Person keine Anwendung findet.

Die Kl. des Ausgangsverfahrens, eine Verbandsgemeinde, wendet sich gegen die Rückforderung der 2002 bis 2004 erstatteten Beträge. Auf Vorlage des VG Neustadt/Weinstraße entschied der VerfGH Rh-Pf, dass Art. 12 Abs. 2 SFG insoweit mit Art. 77 Abs. 2 LV unvereinbar und nichtig ist, als die Vorschrift für die Jahre 2002 bis 2004 die Erstattung nach § 9 Abs. 2 Halbs. 2 LWaldGDVO anordnet.

Aus den Gründen:

Art. 12 Abs. 2 SFG ist insoweit mit Art. 77 Abs. 2 LV unvereinbar und nichtig, als darin für die Jahre 2002 bis 2004 der den Kommunen gemäß § 9 Abs. 2 Halbsatz 1 LWaldGDVO zustehende flächenbezogene Erstattungsbetrag auf 30 v.H. der durchschnittlichen Personalausgaben je Person beschränkt wird. Die Vorschrift beinhaltet insoweit eine echte Rückwirkung (I.). Die dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen für eine solche Rückwirkung gezogenen Grenzen gelten auch gegenüber Gemeinden und Gemeindeverbänden, soweit sie in ihren Selbstverwaltungsrechten betroffen sind (II.). Diese Grenzen sind vorliegend nicht gewahrt (III.).

I. Rückwirkung der Norm

Die verfassungsrechtliche Beurteilung des Art. 12 Abs. 2 SFG bestimmt sich nach den Regeln über die Rückwirkung von Rechtsnormen (1.). Die Vorschrift

ändert die vor dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens geltende Rechtslage (2.). Sie beinhaltet für den Abrechnungszeitraum 2002 bis 2004 eine echte, für das Jahr 2005 hingegen eine unechte Rückwirkung (3.).

1. Echte und unechte Rückwirkung

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung rückwirkender Regelungen ist zu unterscheiden, ob es sich um eine echte oder eine unechte Rückwirkung handelt. Eine – verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässige – echte Rückwirkung setzt voraus, dass ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Eine unechte Rückwirkung hingegen liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet; sie ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig (vgl. BVerfGE 95, 64 [86]).

2. Subsumtion

Art. 12 Abs. 2 SFG bestimmt, dass die Verteilung der Personalausgaben beim Revierdienst – und folglich ihre Erstattung – für die Abrechnungsjahre 2001 bis 2005 nach § 9 LWaldGDVO und damit auch nach dessen Absatz 2 Halbsatz 2 erfolgt, wobei die Kappungsgrenze für das Abrechnungsjahr 2001 keine Anwendung finden soll. Damit ändert die Vorschrift die bis zum 12. April 2005 geltende Gesetzeslage. Zwar ist sie gemäß Art. 15 SFG erst zu diesem Zeitpunkt in Kraft getreten. Sie entfaltet jedoch bereits für den davor liegenden Zeitraum Wirkung, indem sie anordnet, dass für diesen die Erstattungsbeträge neu zu berechnen sind.

Hierin liegt eine nachträgliche Änderung, auch wenn § 9 Abs. 2 Halbsatz 2 LWaldGDVO bereits am 1. Januar 2001 in Kraft gesetzt wurde.

Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 110 Abs. 1 Satz 1 LV bedurfte der Erlass dieser Rechtsverordnung einer gesetzlichen Ermächtigung. Der Ordnungsgeber war aufgrund der ihm hierdurch gezogenen Grenzen gebunden; er durfte keine darüber hinausgehenden Bestimmungen erlassen (vgl. BVerfGE 42, 374 [387 f.]; 101, 1 [37 ff.]). Der Verstoß hiergegen führte zur Nichtigkeit der Vorschrift mit Wirkung ex tunc: Die personenbezogene Abrechnung in Gestalt der Kappungsgrenze war nicht von der Ermächtigungsnorm des § 28 Abs. 4 LWaldG gedeckt; sie widersprach der in § 28 Abs. 2 Satz 3 LWaldG angeordneten flächenbezogenen Erstattung und war deshalb nichtig (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 9. Juli 2003, 8 A 10429/03.OVG).

a. Echte Rückwirkung 2002-2004

Für die Jahre 2002 bis 2004 greift Art. 12 Abs. 2 SFG damit in abgewinkelte Tatbestände ein. Gemäß § 10 LWaldGDVO werden die Beträge nach § 28 Abs. 2

LWaldG (kalender-)jährlich zum 1. April des Folgejahres abgerechnet. Für den vorgenannten Zeitraum war folglich mit dessen Abschluss der Anspruch der Gemeinden auf eine ungeminderte Erstattung entstanden. Art. 12 Abs. 2 SFG ist erst nach diesem Zeitpunkt, nämlich am 12. April 2005, in Kraft getreten. Indem er den Umfang der Ausgleichszahlungen nachträglich mindert, erfüllt er somit die Voraussetzungen einer echten Rückwirkung.

b. Unechte Rückwirkung 2005

Für 2005 war der Abrechnungstatbestand hingegen noch nicht abgeschlossen, so dass insoweit lediglich eine unechte Rückwirkung vorliegt.

II. Rückwirkungsverbot gegenüber Gemeinden

Rechtsstaatlichkeit in dem von Art. 77 Abs. 2 LV verbürgten Sinne bedeutet vorrangig auch Schutz des Vertrauens in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der Rechtsordnung. Die nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung daraus folgende nur eingeschränkte Zulässigkeit rückwirkend belastender Rechtsnormen gilt auch zugunsten der Adressaten des § 28 Abs. 2 Satz 3 LWaldG und des § 9 Abs. 2 Halbsatz 1 LWaldGDVO. Dem steht nicht entgegen, dass Begünstigte dieser Vorschriften juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (vgl. § 28 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 3 Abs. 6, § 2 Nr. 2 LWaldG). Ob für juristische Personen des öffentlichen Rechts der Grundsatz des Vertrauensschutzes allgemein gilt, kann hier dahinstehen (vgl. i.Ü. zu deren Grundrechtsfähigkeit BVerfG, DVBl. 2007, 901; Schnapp, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, § 52). Jedenfalls Gemeinden und Gemeindeverbände können sich gegenüber dem Landesgesetzgeber hierauf – und damit auch auf das Rückwirkungsverbot – berufen, wenn und soweit sie durch ein rückwirkendes Gesetz in ihrer durch Art. 49 Abs. 5 und 6 LV geschützten Finanzhoheit betroffen werden.

1. Primär: Schutz der Grundrechtsberechtigten

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 77 Abs. 2 LV) folgende grundsätzliche Rückwirkungsverbot schützt zwar in erster Linie die mit den Grundrechten verbürgte Freiheit des Einzelnen. Es ist indessen nicht auf den Schutzbereich der Individualgrundrechte beschränkt. Eine echte Rückwirkung muss sich vielmehr auch außerhalb dieser Grundrechte an den elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen insbesondere des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit messen lassen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Verfassung einem Hoheitsträger eine eigenständige und unabhängige Stellung zuweist, die hinsichtlich der durch das Rechtsstaatsprinzip geschützten Interessen der eines Grundrechtsträgers vergleichbar ist und die deshalb aufgrund der Vorgaben der Verfassung auch gleichwertigen Schutz genießt.

2. Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden als den Grundrechten vergleichbare Rechtsposition

Das in Art. 49 LV garantierte Selbstverwaltungsrecht weist den Gemeinden und Gemeindeverbänden eine solche Stellung zu. Die Gewährleistung sichert einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zur eigenverantwortlichen Führung der ihn betreffenden Geschäfte zu (vgl. VerfGH Rh-Pf, AS 27, 231 [235 f.]; 32, 251 [258]).

Diese verfassungsrechtlich herausgehobene Stellung bedarf der Absicherung durch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Das gilt jedenfalls im Blick auf eine der wesentlichsten Ausprägungen des Selbstverwaltungsrechts, die in Art. 49 Abs. 5 und 6 LV geregelte kommunale Finanzhoheit, welche den Gemeinden und Gemeindeverbänden die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens einräumt und ihnen eine angemessene Finanzausstattung verbürgt (vgl. VerfGH Rh-Pf, AS 15, 66 [68]; 32, 251 [269 f.]). Gerade in finanzieller Hinsicht erfordert deshalb die gemeindliche Selbstverwaltung Planungssicherheit. Nur dann, wenn die Kommunen nicht befürchten müssen, dass ihnen nachträglich die Grundlagen ihres Handelns entzogen und damit ihre Dispositionen entwertet werden, können sie ihre Aufgaben eigenverantwortlich wahrnehmen. Daher genießen sie Vertrauensschutz und können sich auf das Rückwirkungsverbot berufen, wenn sie in diesem Sinn in ihren Selbstverwaltungsrechten betroffen sind.

3. Hier Finanzhoheit betroffen

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der rückwirkenden Änderung forstrechtlicher Erstattungsvorschriften bestimmt sich somit anhand der in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Rechtsnormen. Dem steht nicht entgegen, dass der Reviendienst, dessen Kostentragung § 28 Abs. 2 Satz 3 LWaldG regelt, nicht zu den freien Selbstverwaltungsaufgaben zählt, sondern die Gemeinden ihn gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 LWaldG als Auftragsangelegenheit durchführen. Auch insoweit dürfen nachträgliche Änderungen der finanziellen Ausstattung der Kommunen nur unter Wahrung des Vertrauensschutzes erfolgen. Dies ergibt sich aus der Verpflichtung des Landes gemäß Art. 49 Abs. 6 Satz 1 LV, den Gemeinden die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel zu sichern. Die Vorschrift beinhaltet eine einheitliche Finanzgarantie und geht vom Grundsatz einheitlicher Aufgabenerfüllung und einheitlicher Ausgleichsleistung aus (vgl. VerfGH Rh-Pf, AS 15, 66 [71, 73]; 29, 75 [81]; 33, 66 [69 f.]). Sie schließt deshalb nicht aus, dass je nach Finanzlage staatliche Auftragsangelegenheiten aus eigenen Einnahmequellen

der Gemeinden oder umgekehrt Selbstverwaltungsangelegenheiten aus staatlichen Finanzaufweisungen finanziert werden (vgl. VerfGH Rh-Pf, AS 15, 66 [71]). Damit berühren rückwirkende Kürzungen der Mittelzuweisung den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie unabhängig davon, ob sie den Bereich der Auftrags- oder der freien Selbstverwaltungsangelegenheiten betreffen.

4. Bestätigung des Ergebnisses durch das Konnexitätsprinzip

Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Einbeziehung der Gemeinden in den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz und das aus ihm resultierende Rückwirkungsverbot sowie dessen Erstreckung auf Erstattungszahlungen im Bereich der Auftragsverwaltung wird bestätigt durch die am 25. Juni 2004 (GVBl. S. 321) – und damit vor Erlass des Ersten Standardflexibilisierungsgesetzes – in Kraft getretene Vorschrift des Art. 49 Abs. 5 Satz 1 LV. Danach hat das Land, wenn es den Gemeinden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben überträgt, gleichzeitig Bestimmungen über die Kosten zu treffen. Ziel dieser Regelung ist es, die kommunale Finanzsituation sowie das Miteinander von Land und Kommunen verlässlicher und stetiger zu gestalten. Durch das Konnexitätsprinzip soll gesichert werden, dass die von der staatlichen Aufgabenzuweisung betroffenen Kommunen die realistische Möglichkeit haben, durch zumutbare eigene Anstrengungen, insbesondere durch einen wirtschaftlichen und sparsamen Gesetzesvollzug, zu einem vollständigen Ausgleich der Mehrbelastungen zu gelangen (vgl. LT-Drucks. 14/3016 S. 1, 3). Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat dies als unerlässlich zur Sicherung der kommunalen Selbstverwaltung erachtet (vgl. Abg. Schneiders, Plenarprotokoll 14/73 vom 26. Mai 2004, S. 4876; Abg. Schweitzer, ebd., S. 4877) und hierdurch erneut zum Ausdruck gebracht, dass das Prinzip des Vertrauensschutzes auch im Verhältnis des Landes zu den Kommunen, und zwar auch hinsichtlich der Auftragsangelegenheiten, Geltung beansprucht.

III. Zulässigkeit der Rückwirkung

1. Echte Rückwirkung für 2002-2004

Soweit Art. 12 Abs. 2 SFG für den Erstattungszeitraum von 2002 bis 2004 eine echte Rückwirkung anordnet, sind deren verfassungsrechtliche Voraussetzungen nicht erfüllt; sie ist weder aufgrund fehlenden Vertrauensschutzes noch wegen überragender Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt.

a. Voraussetzungen

aa. Grundsatz: Unzulässig

Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit, die in erster Linie Ver-

trauensschutz – d. h. das Vertrauen in den Bestand von Rechtsnormen bis zu ihrer ordnungsgemäßen Aufhebung – bedeutet (vgl. BVerfGE 18, 429 [439]; 23, 12 [32]). Eine echte Rückwirkung ist deshalb verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig.

bb. Ausnahmen

Im Grundsatz des Vertrauensschutzes findet das Rückwirkungsverbot aber nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze. Es gilt dort nicht, wo sich ausnahmsweise kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine rückwirkende Klärung erwartet werden musste. Ferner kommt ein Vertrauensschutz nicht in Betracht, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht mit dem Fortbestand der Regelungen rechnen konnten oder wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung von Normen erfordern (vgl. BVerfGE 88, 384 [404] m.w.N.).

b. Subsumtion

aa. Für das Jahr 2002

Für die das Abrechnungsjahr 2002 betreffende Änderung erstattungsrechtlicher Vorschriften sind die Voraussetzungen der in der Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit einer echten Rückwirkung entwickelten Fallgruppen nicht erfüllt; weder der Widerspruch zwischen flächen- und personenbezogener Abrechnung noch überragende Gründe des Gemeinwohls oder ein zu erwartender Wegfall der bisher geltenden Regelung vermögen eine echte Rückwirkung zu rechtfertigen.

(1). Unklare Rechtslage

Das Vertrauen des Betroffenen auf den Fortbestand der Rechtslage ist grundsätzlich nicht schützenswert, wenn sie unklar ist. In diesen Fällen kann es das Rechtsstaatsprinzip selbst erfordern, dass Rechtssicherheit und Gerechtigkeit durch eine klärende Regelung rückwirkend hergestellt werden (vgl. BVerfGE 30, 367 [388]). Eine solche mehrdeutige Rechtslage bestand aufgrund des Widerspruchs der Erstattungsregelungen in § 28 Abs. 2 Satz 3 LWaldG und § 9 Abs. 2 Halbsatz 2 LWaldGDVO bis zur Entscheidung des Obergerichtes Rheinland-Pfalz vom 9. Juli 2003, 8 A 10429/03.OVG. Mit diesem Urteil führte das Gericht jedoch eine Klärung herbei, die weder zu einer Regelungslücke noch zu einer der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufenden Rechtslage führte; vielmehr wurde hierdurch dessen Willen gerade Geltung verschafft, weshalb er nicht berechtigt gewesen ist, nunmehr eine diesem widersprechende rückwirkende Regelung zu erlassen. [...]

(2). Überragend wichtige Gemeinwohlgründe

Die rückwirkende Neuregelung des Erstattungsrechts ist schließlich auch nicht durch überragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Soweit die Wiedereinführung der Kappungsgrenze des § 9 Abs. 2 Halbsatz 2 LWaldGDVO damit begründet wird, eine rein flächenbezogene Betrachtung führe bei großen Forstrevieren zu einer Erstattung, die der gesetzgeberischen Wertung des Verhältnisses der forstbetrieblichen zu den sonstigen Aufgaben von 70:30 widerspreche, hat diese Überlegung keinen Niederschlag in § 28 LWaldG gefunden. In dessen Absatz 2 Satz 3 hat der Normgeber vielmehr festgelegt, dass die anteiligen Personalausgaben in Form eines Hundertsatzes der durchschnittlichen Personalausgaben je Hektar reduzierter Holzbodenfläche, mithin ausschließlich flächenbezogen erstattet werden sollen. Der Umstand allein, dass die erlassene Vorschrift in Einzelfällen einen zusätzlichen Regelungsbedarf auslöst, der rechtlich nicht geboten, aber vom Parlament nachträglich als notwendig erachtet wird, berechtigt den Gesetzgeber nicht zu einer Nachbesserung durch Eingriff in abgeschlossene Sachverhalte. Dies führte andernfalls dazu, den Ermächtigungsmisbrauch des Verordnungsgebers zu Lasten der Gesetzesadressaten nachträglich zu prämiieren.

(3). Evidente Verfassungswidrigkeit der ursprünglichen Regelung

Die gesetzgeberische Anordnung einer rein flächenbezogenen Abrechnung führt auch zu keinem Rechtszustand, der im Interesse des Gemeinwohls nicht hinzunehmen oder dessen Sachwidrigkeit so evident ist, dass die betroffenen Körperschaften nicht auf seinen Fortbestand hätten vertrauen dürfen. Dies gilt selbst unter Zugrundelegung eines Verhältnisses der forstbetrieblichen und der sonstigen forstlichen Aufgaben von 70:30. Eine Abrechnung allein nach dem Hektarsatz bewirkt zwar, dass bei einem Teil der Kommunalreviere mit Revierdienst durch körperschaftliche Bedienstete der Erstattungsbetrag mehr als 30 v.H. beträgt. So erhält die Klägerin des Ausgangsverfahrens danach für die Jahre 2002 bis 2004 statt 212.491,16 € (= 30 v.H. der Personalkosten pro Bediensteter) 268.249,77 € erstattet, mithin 37,87 v.H. der Personalkosten. Bezogen auf alle kommunalen Reviere mit körperschaftlichem Revierdienst führt jedoch eine flächenbezogene Berechnung – beispielsweise unter Zugrundelegung der für das Jahr 2001 geltenden Sätze –

zu einem durchschnittlichen Kostenträgungsverhältnis zwischen Land und Körperschaften von 67:33. Dieser Unterschied gegenüber dem Anteil der Aufgaben am Revierdienst ist eher geringfügig und liegt innerhalb der Bandbreite hinnehmbarer Folgenabweichung. Die Entscheidung für eine Pauschalierung der Erstattung und gegen eine „Spitzabrechnung“ beinhaltet stets die Möglichkeit, dass im Einzelfall der zu erstattende Betrag über dem der Aufwendungen liegt. Dies allein führt deshalb seitens des Erstattungsberechtigten nicht dazu, dass er mit einer rückwirkenden Neuregelung rechnen muss. [...]

bb. Für die Jahre 2003-2004

Durften Gemeinden und Gemeindeverbände folglich darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber den Erstattungsanspruch für die Jahre 2001 und 2002 nicht rückwirkend neu regelt, so ist die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens auch in den Jahren 2003 und 2004 nicht entfallen. Insbesondere war die Ankündigung einer Neuregelung des Erstattungsrechts durch die SGD Süd, wie sie erstmals mit Schreiben vom 30. Oktober 2003 erfolgte, und durch das Ministerium für Umwelt und Forsten nicht geeignet, den Vertrauensschutz entfallen zu lassen. Zwar ist eine echte Rückwirkung ausnahmsweise zulässig, wenn die Betroffenen im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht mit dem Fortbestand des geltenden Rechts rechnen durften. Die SGD Süd und das Ministerium konnten jedoch keine für den Gesetzgeber verbindlichen Erklärungen abgeben. Darüber hinaus entfällt das Vertrauen in den Fortbestand einer Vorschrift erst mit dem parlamentarischen Beschluss zu deren Neuregelung (vgl. BVerfGE 95, 64 [87]). Der rheinland-pfälzische Landtag hat das Standardflexibilisierungsgesetz am 16. März 2005 und damit erst nach Abschluss des Abrechnungsjahres 2004 beschlossen.

2. Unechte Rückwirkung für 2005

Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen hingegen, soweit Art. 12 Abs. 2 SFG die Kappungsgrenze für das Jahr 2005 einführt. Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, sofern nicht der Schutz des Vertrauens des Gesetzesadressaten ausnahmsweise Vorrang vor den verfolgten Gesetzeszielen hat (vgl. VerfGH Rh-Pf, AS 29, 23 [42]). Anhaltspunkte für einen derart überwiegenden Vertrauensschutz der Gemeinden sind vorliegend nicht ersichtlich.

Standort: § 80b VwGO Problem: Berichtigende Auslegung des Rechtsmittelgerichts

BVERWG, BESCHLUSS VOM 19.06.2007
4 VR 2.07 (NVwZ 2007, 1097)

Problemdarstellung:

Nach § 80 I VwGO entfalten Widerspruch und Anfechtungsklage grds. aufschiebende Wirkung. Diese endet gem. § 80b I VwGO mit Bestandskraft des angefochtenen Verwaltungsaktes oder, wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Letzteres kann dazu führen, dass während des - häufig mehrjährigen - Berufungsverfahrens die aufschiebende Wirkung endet. Um die daraus entstehenden Nachteile für den Betroffenen zu verhindern, kann nach § 80b II VwGO das Oberverwaltungsgericht die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung über diese drei Monate hinaus anordnen. Der vorliegende Beschluss des BVerwG beschäftigt sich mit einem solchen Antrag. Drei Kernprobleme stellten sich:

1. § 80b II VwGO nennt als zuständiges Gericht explizit das OVG. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass das OVG über das gegen die Abweisung der Anfechtungsklage zu erhebende Rechtsmittel (Berufung bzw. Berufungszulassung) zu entscheiden habe, und hat deshalb dem OVG auch die Kompetenz zur Entscheidung über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung zugesprochen. Dabei hat der Gesetzgeber übersehen, dass Fälle eintreten können, in denen nicht das OVG, sondern das BVerwG das zuständige Rechtsmittelgericht ist, etwa - wie hier - wenn auf die Berufungsinstanz im Wege der Sprungrevision (§ 134 VwGO) verzichtet wird. Das BVerwG ist der Auffassung, dass § 80b II VwGO in diesen Fällen berichtigend dahingehend auszulegen sei, dass dann das BVerwG - nicht das OVG - auch für die Entscheidung über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung zuständig sei. Man kann sich also merken, dass das Wort "Oberverwaltungsgericht" in § 80b II VwGO durch "Rechtsmittelgericht" ersetzt werden muss.

2. In der Literatur ist streitig, ob der Antrag nach § 80b II VwGO auch noch gestellt werden kann, wenn die aufschiebende Wirkung nach § 80b I VwGO bereits beendet war, also nach Ablauf der drei Monate. Während eine m.M. dies verneint, lässt das BVerwG den Antrag jederzeit zu. § 80b II VwGO sehe keine Antragsfrist vor, und eine solche dürfe auch nicht auf Umwegen eingeführt werden.

3. Die Begründetheit eines solchen Antrags auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ist genauso zu prüfen wie die Begründetheit eines Antrags nach § 80 V 1 VwGO auf Anordnung (bzw. Wie-

derherstellung) der aufschiebenden Wirkung. Dies ergibt sich schon aus dem Verweis des § 80b III VwGO auf § 80 V VwGO. Es ist also im Rahmen einer summarischen Prüfung danach zu fragen, ob das Suspensivinteresse des Antragstellers (Bürgers) das Vollzugsinteresse der durch die Antragsgegnerin (Hoheitsträger) repräsentierten Allgemeinheit überwiegt. Allen Versuchen, auf andere Kriterien zurückzugreifen, erteilt das BVerwG eine Absage.

Prüfungsrelevanz:

Der Antrag nach § 80b II VwGO führt in Praxis und Examen ein Schattendasein neben § 80 V 1 VwGO. Kommt er doch einmal vor, was leicht möglich ist, denn die Prüfung der Begründetheit ist, wie soeben geschildert, identisch mit der eines "normalen" Falls nach § 80 V 1 VwGO, misslingen viele Prüfungsarbeiten schon deshalb, weil die Kandidaten keinen Einstieg in die Klausur finden. Man sollte sich daher die in dieser Entscheidung angesprochenen Probleme zur Zulässigkeit (Zuständigkeit und Frist) gut einprägen. Neben diesen werden regelmäßig die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, die Statthaftigkeit, die Antragsbefugnis (analog § 42 II VwGO) und der richtige Antragsgegner (analog § 78 VwGO) zu erörtern sein. In der Begründetheit kann in vollem Umfang auf das zu § 80 V 1 VwGO Gelernte zurückgegriffen werden.

Vertiefungshinweise:

- Zum Beginn der aufschiebenden Wirkung: *OVG Greifswald*, RA 2004, 174 = NVwZ-RR 2004, 212
- Erstreckung der aufschiebenden Wirkung auf ersetzenden Verwaltungsakt: *OVG Münster*, RA 2001, 377 = NVwZ-RR 2001, 297

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Ernie der Flitzer"
- Examenskurs* : "Das geerbte Eigenheim"

Leitsätze:

- 1. § 80b II VwGO ist berichtigend dahin auszulegen, dass das Rechtsmittelgericht auf Antrag anordnen kann, dass die aufschiebenden Wirkung fort dauert.**
- 2. Der Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO ist nicht fristgebunden; eine Frist ergibt sich auch nicht mittelbar aus dem Begriff der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung.**

Sachverhalt:

Die Antragsteller begehren die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungs-

klage gegen die Änderungsgenehmigung zur zivilen Nutzung des ehemaligen NATO-Militärflugplatzes Memmingen zur Anlage und zum Betrieb des regionalen Verkehrsflughafens Allgäu.

Der Antragsgegner hat der Beigeladenen die genannte Änderungsgenehmigung mit Bescheid vom 9. Juli 2004 erteilt. Er hat zugleich nach folgender Maßgabe die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet:

“Die sofortige Vollziehung erstreckt sich nicht auf Durchführung von IFR-Flügen, die Verbreiterung der Rollbahnen N und W und die Inanspruchnahme von Flughafenflächen außerhalb der im Lageplan Maßstab M = 1 : 5 000 vom 08.01.2004 Planbeilage 4 Stand Dezember 2003 als ‚Umgriff/Planung Juli 2002‘ bezeichneten Bereichs. Soweit der Bereich des ‚Umgriff/Planung Juli 2002‘ (Antragsfassung 31.07.2002) über den Bereich ‚beantragten Umgriff‘ der konkretisierten Planung (Antragsfassung 22.12.2003) hinausgeht, ist die Grenzlinie ‚beantragter Umgriff‘ maßgeblich.”

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat die Anfechtungsklage der Antragsteller gegen die Änderungsgenehmigung durch Urteil vom 2. Dezember 2005, den Antragstellern zugestellt am 18. Januar 2006, abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Senat durch Beschluss vom 12. Dezember 2006 gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO die Revision zugelassen. Das Revisionsverfahren könne zur Klärung der Frage beitragen, unter welchen Voraussetzungen die Einrichtung eines regionalen Verkehrsflughafens auf einem aus der militärischen Trägerschaft entlassenen ehemaligen Militärflugplatz einer Prüfung der Umweltverträglichkeit bedarf, insbesondere ob und inwieweit im Rahmen einer Vorprüfung des Einzelfalls eine Vorbelastung durch den früheren militärischen Flugbetrieb zu berücksichtigen ist.

Die Beigeladene beabsichtigt, am 28. Juni 2007 den regelmäßigen Flugbetrieb mit Flügen im Linien- und Charterverkehr aufzunehmen. Die örtliche Presse hat hierüber Ende Februar 2007 berichtet. Im Rahmen des genannten Verkehrs sollen täglich zwischen sechs und acht Flugbewegungen stattfinden.

Am 24. Mai 2007 haben die Antragsteller den vorliegenden Antrag gestellt. Beide Antragsteller sind Landwirte. Für das Vorhaben sollen Teile ihrer landwirtschaftlichen Flächen in Anspruch genommen werden, die für die Herstellung der erforderlichen Hindernisfreiheit benötigt werden.

Aus den Gründen:

Der Antrag ist zulässig, aber nicht begründet.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Der Antrag, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der von den Antragstellern erhobenen Anfechtungsklage gegen die Änderungsgenehmigung vom 9.

Juli 2004 anzuordnen, ist gemäß § 80b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO statthaft. Daran hat sich durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben vom 9. Dezember 2006 (BGBl I S. 2833, berichtigt BGBl I 2007, 691) nichts geändert.

Gemäß § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO endet die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage mit der Unanfechtbarkeit oder, wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Das Oberverwaltungsgericht kann auf Antrag anordnen, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert (§ 80b Abs. 2 VwGO). Die am 16. August 2004 erhobene Anfechtungsklage der Antragsteller gegen die Änderungsgenehmigung vom 9. Juli 2004 hatte, soweit der Beklagte nicht die sofortige Vollziehung angeordnet hat, gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Diese endete gemäß § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, d.h. am 20. Juni 2006. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben gilt gemäß § 6 Abs. 5 Satz 2 LuftVG für die in § 8 Abs. 1 LuftVG bezeichneten Flugplätze für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens u.a. § 10 Abs. 6 LuftVG entsprechend. Nach dieser Vorschrift hat die Anfechtungsklage gegen einen Planfeststellungsbeschluss oder eine Plangenehmigung für den Bau oder die Änderung u.a. von Flughäfen keine aufschiebende Wirkung; der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen einen Planfeststellungsbeschluss oder eine Plangenehmigung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann nur innerhalb eines Monats nach Zustellung des Planfeststellungsbeschlusses oder der Plangenehmigung gestellt und begründet werden; § 58 VwGO gilt entsprechend; treten später Tatsachen ein, die die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen, so kann der durch den Planfeststellungsbeschluss oder die Plangenehmigung Beschwerzte einen hierauf gestützten Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO innerhalb von einem Monat stellen; die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Beschwerzte von den Tatsachen Kenntnis erlangt. Gemäß § 71 Abs. 3 Satz 1 LuftVG werden vor dem 17. Dezember 2006 begonnene Planungsverfahren nach den Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes in der ab dem 17. Dezember 2006 geltenden Fassung weitergeführt. Im vorliegenden Verfahren ist § 6 Abs. 5 Satz 2 LuftVG n.F. nicht anzuwenden. Der Gesetzgeber hat für bereits anhängige Verfahren nicht nachträglich die aufschiebende Wirkung einer erhobenen Klage entfallen lassen wollen (vgl. Beschluss vom 21. Juli 1994

BVerwG 4 VR 1.94 BVerwGE 96, 239 [241] zu § 17 Abs. 6a FStrG). Dies zeigt das Fehlen von Übergangsvorschriften zur Geltung der Antragsfrist nach § 10 Abs. 6 Satz 2 LuftVG. Deren Notwendigkeit ist offensichtlich für Verfahren, in denen wie hier die Frist für einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage bei Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben bereits abgelaufen war. Innerhalb welcher Frist in einem solchen Fall der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO zu stellen sein sollte, regelt auch § 71 Abs. 3 Satz 1 LuftVG nicht. Im vorliegenden Fall wurde die in § 10 Abs. 6 Satz 2 LuftVG enthaltene Monatsfrist zwar nicht in Lauf gesetzt, weil die Antragsteller nicht gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 LuftVG i.V.m. § 58 Abs. 1 VwGO über den Rechtsbehelf belehrt worden sind. Die durch die öffentliche Bekanntmachung und Auslegung der Änderungsgehmigung bis einschließlich 16. August 2004 in Lauf gesetzte Jahresfrist war bei Inkrafttreten des Gesetzes jedoch ebenfalls verstrichen; die Antragsteller waren auch nicht infolge höherer Gewalt an einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gehindert. Sie hatten vielmehr keinen Anlass, vor Ablauf der Jahresfrist einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen, da ihrer Anfechtungsklage bis zum 20. Juni 2006 aufschiebende Wirkung zukam; für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hätte das Rechtsschutzbedürfnis gefehlt.

II. Zuständigkeit des BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Entscheidung über den Antrag zuständig. § 80b Abs. 2 VwGO ist berichtigend dahin auszulegen, dass das Rechtsmittelgericht auf Antrag anordnen kann, dass die aufschiebenden Wirkung fort dauert.

1. Wortlaut

Wenn das Verwaltungsgericht erstinstanzlich über die Anfechtungsklage entschieden und die Berufung gemäß § 124 Abs. 1 VwGO zugelassen oder ein Beteiligter gemäß § 124a Abs. 4 VwGO die Zulassung der Berufung beantragt hat, ist Rechtsmittelgericht dem Wortlaut des § 80b Abs. 2 VwGO entsprechend das Oberverwaltungsgericht.

2. Gesetzgeberisches Versehen bei Sprungrevision

Wenn den Beteiligten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts gemäß § 134 VwGO unter Übergehung der Berufungsinstanz die Sprungrevision zusteht, durch Bundesgesetz die Berufung ausgeschlossen und gemäß § 135 VwGO nur die Revision zulässig ist oder gemäß § 48 VwGO das Oberverwaltungsgericht bereits im ersten Rechtszug entschieden hat, ist nicht das Oberverwaltungsgericht, sondern das Bundesverwaltungsgericht Rechtsmittelgericht. Das wurde im Gesetzgebungsverfahren offenbar übersehen.

3. Berichtigende Auslegung

§ 80b VwGO wurde durch das Sechste Gesetz zur Änderung der VwGO vom 1. November 1996 (BGBl I S. 1626) eingefügt. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BTDrucks 13/3993, S. 4) sollte das Gericht des ersten Rechtszuges in der klageabweisenden Entscheidung anordnen können, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert; auf Antrag sollte das Gericht der Hauptsache diese Anordnung aufheben können. Geändert wurde diese Regelung nach Widerstand des Bundesrates gegen die Einfügung des § 80b VwGO insgesamt (BTDrucks 13/3993, S. 19) erst im Vermittlungsverfahren (BTDrucks 13/5642). Nach dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses sollte nicht das Gericht des ersten Rechtszuges, sondern das Oberverwaltungsgericht, das über die Berufung oder den Antrag auf Zulassung der Berufung gegen die Abweisung der Anfechtungsklage zu entscheiden hat, über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung entscheiden. Das Gericht des ersten Rechtszuges hätte die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung in aller Regel schon deshalb nicht angeordnet, weil nach seiner Auffassung ein durch die aufschiebende Wirkung zu sichernder Aufhebungsanspruch nicht besteht.

Ein Grund, das Oberverwaltungsgericht auch dann über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung entscheiden zu lassen, wenn es in der Hauptsache mit der Anfechtungsklage nicht befasst wird, weil die Berufung ausgeschlossen oder das Verwaltungsgericht die Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen hat, ist nicht ersichtlich. Dass jedenfalls in diesen Fällen abweichend vom Wortlaut des § 80b Abs. 2 VwGO das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelgericht zuständig ist, entspricht einhelliger Auffassung (vgl. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 80b Rn. 14; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 80b Rn. 7; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 14. Aufl. 2004, § 80b Rn. 3; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand: Februar 1998, § 80b Rn. 43; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 80b Rn. 27). Nichts anderes kann gelten, wenn das Oberverwaltungsgericht wie hier gemäß § 48 VwGO im ersten Rechtszug über die Anfechtungsklage entschieden hat (so auch die genannte Literatur mit Ausnahme von Schmidt, a.a.O.). Auch in diesem Fall widersprüche die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts der im Gesetzgebungsverfahren getroffenen Grundentscheidung, dass nicht das Gericht des ersten Rechtszuges über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Klage entscheiden soll. Zudem würde eine dem Wortlaut folgende Auslegung des § 80b Abs. 2 VwGO zu einer gespaltenen Zuständigkeit im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes führen, wenn die Behörde wie hier gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung einzelner Regelungen des Verwaltungsakts angeordnet, es im Übrigen aber bei der auf-

schiebenden Wirkung belassen hat. Für einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wäre, wenn das Oberverwaltungsgericht der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision nicht abgeholfen hat, gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO das Bundesverwaltungsgericht als Gericht der Hauptsache zuständig (vgl. Beschluss vom 7. September 2005 BVerwG 4 B 49.05 BVerwGE 124, 201), für die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung das Oberverwaltungsgericht. Dass der Gesetzgeber eine solche Aufspaltung der Zuständigkeit und die damit einhergehende Verzögerung des einstweiligen Rechtsschutzes hat in Kauf nehmen wollen, ist nicht anzunehmen.

III. Keine Antragsfrist

Entgegen der Auffassung des Beklagten und der Beigeladenen ist der Antrag zulässig, obwohl die Antragsteller ihn erst mehr als drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 2. Dezember 2005 gestellt haben.

Die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung kann gemäß § 80b Abs. 2 VwGO angeordnet werden, auch wenn die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage im Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO bereits beendet war (so auch Redeker, a.a.O. Rn. 9; Puttler, a.a.O. Rn. 30; OVG Bremen, Beschluss vom 13. Dezember 1999 1 B 422/99 NVwZ 2000, 942; VGH München, Beschluss vom 26. Oktober 2000 10 AS 00.2391 juris Rn. 2; OVG Münster, Beschluss vom 29. Mai 2001 13 B 434/01 DVBl 2001, 1227; a.A.: Schmidt a.a.O. Rn. 6; Schoch, a.a.O. Rn. 38; Funke-Kaiser, in: Bader, VwGO, 3. Aufl. 2005 § 80b Rn. 14).

Der Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO ist nicht fristgebunden; eine Frist ergibt sich auch nicht mittelbar aus dem Begriff der Fortdauer. Anderenfalls könnte das Gericht auf einen Antrag, der zwar vor Beendigung der aufschiebenden Wirkung gestellt, über den aber erst nach deren Beendigung entschieden wird, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ebenfalls nicht anordnen, denn der Antrag hemmt die Beendigung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht. Wäre der Antrag nur zulässig, solange die aufschiebende Wirkung andauert, müsste er zur Vermeidung eines Rechtsverlusts im Übrigen selbst dann gestellt werden, wenn eine Vollziehung des Verwaltungsakts zu diesem Zeitpunkt nicht beabsichtigt ist. Denn eine Regelung, die erneut eine Frist in Lauf setzt, wenn später Tatsachen eintreten, die eine Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen (vgl. z.B. § 10 VI 4 und 5 LuftVG), enthält § 80b Abs. 2 VwGO nicht. Auch daraus ist zu schließen, dass der Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO ohne Einhaltung einer Frist zulässig sein soll.

B. Begründetheit

I. Maßstab des § 80 V VwGO heranzuziehen

In der Sache gelten für die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über einen Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO die gleichen Grundsätze wie für eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO (so auch Redeker, a.a.O., Rn. 10; Puttler, a.a.O., Rn. 32; Schmidt, a.a.O.; Schenke, a.a.O. Rn. 15). § 80b Abs. 3 VwGO ordnet die entsprechende Anwendung von § 80 Abs. 5 VwGO ausdrücklich an.

Dass die Revision gegen die Abweisung der Anfechtungsklage zugelassen wurde, genügt für die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nicht. Die Zulassung der Revision lässt als solche nicht den Schluss zu, dass der durch die aufschiebende Wirkung zu sichernde Anspruch auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts voraussichtlich besteht. Dass die Anfechtungsklage jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich erhoben wurde, ist nicht ausreichend. Der Gesetzgeber ging zwar davon aus, dass Klagen gegen belastende Verwaltungsakte zuweilen anhängig gemacht würden, um den Suspensiveffekt auszunutzen; dies war jedoch nicht der maßgebende Grund für die zeitliche Begrenzung der aufschiebenden Wirkung durch § 80b Abs. 1 VwGO (so aber OVG Bremen, Beschluss vom 13. Dezember 1999 1 B 422/99 NVwZ 2000, 942; OVG Weimar, Beschluss vom 7. Januar 2004 2 EO 612/03 juris Rn. 12). Leitend war vielmehr die Auffassung, dass es, wenn eine Anfechtungsklage im ersten Rechtszug nach eingehender Prüfung des Rechtsschutzbegehrens keinen Erfolg hat, in der Regel nicht gerechtfertigt sei, dass die aufschiebende Wirkung auch noch während eines eventuellen Rechtsmittelverfahrens fort dauert (BT-Drucks 13/3993, S. 11 f.).

II. Interessenabwägung im konkreten Fall

Im vorliegenden Fall überwiegt das Interesse des Antragsgegners und der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung der Änderungsgenehmigung vom 9. Juli 2004 das Interesse der Antragsteller an der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage.

1. Erfolgsaussichten der Hauptsache offen

Diese Interessenbewertung besagt nichts über die Prozessaussichten, an denen sich die Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit Rücksicht auf ihre Funktion, den Rechtsschutz in der Hauptsache zu sichern, an sich vorrangig auszurichten hat (Beschluss vom 14. April 2005 BVerwG 4 VR 1005.04 BVerwGE 123, 241 [244]). Die Erfolgsaussichten der von den Antragstellern erhobenen Anfechtungsklage gegen die Änderungsgenehmigung vom 9. Juli 2004 lassen sich im derzeitigen Verfahrens stadium mit Blick auf den zum 28. Juni 2007 vorgesehenen Beginn des regulären Flugbetriebs nicht mit der gebo-

tenen Eindeutigkeit beurteilen.

2. Abwägung nach Folgenlast

Aus dem Vorbringen der Antragsteller ergibt sich nicht, dass ihnen durch die Aufnahme des regulären Flugbetriebs am 28. Juni 2007 oder andere auf der Grundlage der Änderungsgenehmigung noch durchzuführende Maßnahmen der Beigeladenen irreversible Nachteile drohen. Durch die Aufnahme von IFR-Flügen werden vollendete Tatsachen zu ihren Lasten nicht geschaffen. Sollte die angefochtene Änderungsgenehmigung aufgehoben oder mit der Folge, dass sie bis zur Behebung des Mangels in einem ergänzenden Verfahren nicht vollziehbar wäre (Urteil vom 21. März 1996 BVerwG 4 C 19.94 BVerwGE 100, 370 [372]), für rechtswidrig erklärt werden, könnte der Flugbetrieb wieder eingestellt werden. [...]

Der Antragsgegner und die Beigeladene haben demgegenüber ein berechtigtes Interesse daran, dass der reguläre Flugbetrieb auf dem Flugplatz der Beigeladene bereits vor einer abschließenden Entscheidung über die Anfechtungsklage der Antragsteller aufgenommen

werden kann. Sie haben mit erheblichem finanziellem und personellem Aufwand die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass der ehemalige Militärflugplatz Memmingen als regionaler Verkehrsflughafen betrieben werden kann. Dieser Aufwand bliebe jedenfalls bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens ohne Ertrag. Außerdem hat die Beigeladene auf der Grundlage der vollziehbaren Änderungsgenehmigung bereits im Februar 2007 angekündigt, am 28. Juni 2007 den regulären Flugbetrieb aufnehmen zu wollen. Seither werben die Luftverkehrsgesellschaften und Reiseveranstalter für das Flugangebot und verkaufen Flugtickets. Würde der Flugbetrieb abgesagt, müssten die geschlossenen Verträge rückabgewickelt werden. Die damit verbundenen Nachteile werden umso größer, je später die Absage erfolgt. Gegenüber den Antragstellern haben die mit der Rückabwicklung verbundenen Nachteile besonderes Gewicht, denn es ist nicht zu erkennen, warum die Antragsteller den vorliegenden Antrag erst wenige Wochen vor dem seit längerem angekündigten Termin für die Aufnahme des Flugbetriebs gestellt haben.

Standort: Baurecht Problem: Gebot der Rücksichtnahme bei optischer Bedrängung

BVERWG, BESCHLUSS VOM 11.12.2006
4 B 72.06 (BAYVBL 2007, 250)

Problemdarstellung:

In § 35 III BauGB sind öffentliche Belange geregelt, die geeignet sind, Vorhaben im Außenbereich unzulässig zu machen, wenn sie beeinträchtigt werden (so bei sonstigen Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB) oder dem Vorhaben entgegen stehen (so bei sog. "privilegierten" Vorhaben i.S.d. § 35 I BauGB). Diese öffentlichen Belange entfalten für sich genommen jedoch keinen Drittschutz. Ein Nachbar, der die Verletzung eines solchen Belangs etwa im Rahmen einer Drittanfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung rügt, wird daher grds. mit dieser Rüge nicht gehört; er ist nicht klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn gleichzeitig das sog. "Gebot der Rücksichtnahme" verletzt ist. Dieses kann einer zunächst nicht drittschützenden Norm im Einzelfall Drittschutz verleihen, wenn in qualifizierter und individualisierter Weise in die Rechte des Klägers eingegriffen wird. Dass dieses "Gebot der Rücksichtnahme" auch in § 35 III 1 BauGB verankert ist, ist seit langem allgemein anerkannt.

Aus diesem Grund - und unter der Voraussetzung, dass im Einzelfall tatsächlich ein qualifizierter und individualisierter Eingriff vorliegt - können sich z.B. auch Nachbarn gegen Windenergieanlagen wehren, die "schädliche Umwelteinwirkungen" i.S.d. § 35 III 1 Nr. 3 BauGB hervorrufen. Eine solche Konstellation lag auch der vorliegenden Entscheidung des BVerwG zu-

grunde. Allerdings hatte sich der klagende Nachbar nicht auf "schädliche Umwelteinwirkungen" berufen, zu denen bei Windkraftanlagen etwa Emissionen wie Lärm oder Schattenwurf zu zählen sind, sondern allein geltend gemacht, die Windkraftanlage übe eine "optisch bedrängende Wirkung" auf sein Grundstück aus.

Streitig war nun, ob derartige psychische Belastungen erstens überhaupt als "öffentliche Belange" i.S.d. § 35 III 1 BauGB anzuerkennen sind, und ob sich - bejahendenfalls - zweitens das "Gebot der Rücksichtnahme" auch auf solche rein psychisch empfundenen Belastungen erstreckt. Das OVG Münster hatte in einer Aufsehen erregenden Entscheidung aus dem Jahr 2006 beides bejaht, das OVG Lüneburg hatte sich ähnlich geäußert. Das OVG Koblenz hingegen hatte in einer Entscheidung aus 2003 die Erstreckung des Rücksichtnahmegebots auf psychische Beeinträchtigungen verneint, weil es dieses nur in § 35 III Nr. 3 BauGB verankert sah (vgl. jeweils die Vertiefungshinweise).

Das BVerwG entschied diesen Streit nun ganz im Sinne des OVG Münster. Die in § 35 III 1 BauGB genannten "öffentlichen Belange" seien nicht abschließend, wie schon der Gesetzeswortlaut ("insbesondere") zeige. Ließe man aber auch psychische Empfindungen als öffentliche Belange zu, so sei es nur konsequent, das Rücksichtnahmegebot auch auf diese zu erstrecken. Das Rücksichtnahmegebot sei m.a.W. allgemein in § 35 III 1 BauGB verankert, nicht nur in § 35 III 1 Nr. 3 BauGB. Es sei dem OVG Koblenz auch nicht darin zuzustimmen, dass psychische Belange allein schon zum Schutz vor Querulanten und Klagen

überempfindlicher Personen außer Betracht bleiben müssten: vielmehr müsse - so das BVerwG weiter - von Einzelfall zu Einzelfall entschieden werden, ob tatsächlich eine derart erdrückende optische Wirkung von der Windenergieanlage ausgehe, dass sie nach § 35 III 1 BauGB unzulässig sei.

Prüfungsrelevanz:

Das Baunachbarrecht bildet einen Schwerpunkt der Examensaufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts. Dabei ist die Kenntnis der Baugebiete nach §§ 30 ff. BauGB ebenso Grundvoraussetzung für ein erfolgreiches Examen wie die Beherrschung des "Gebots der Rücksichtnahme", über das die RA bereits vielfach berichtet hat (siehe Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte zur "bedrängenden Wirkung" von Bausubstanzen: *OVG Münster*, DVBl 2006, 1532; *OVG Koblenz*, NuR 2003, 768

Zustimmende Anmerkungen zu diesem Beschluss: *Wurzel*, BayVB1 2007, 538

Zum "Gebot der Rücksichtnahme": *BVerwG*, RA 2001, 453 = *NVwZ* 2001, 813; *NVwZ* 1999, 879; *NVwZ-RR* 1998, 540; *NVwZ-RR* 1997, 516; *VGH Mannheim*, RA 2006, 137 = *NVwZ-RR* 2006, 89; *VGH Kassel*, *NVwZ-RR* 2000, 570; *OVG Hamburg*, RA 2002, 263 = *NVwZ* 2002, 494; *OVG Münster*, RA 1999, 242 = *NVwZ* 1999, 141; *VG Karlsruhe*, *NVwZ-RR* 2000, 144

Kursprogramm:

Examenskurs : "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze:

Windenergieanlagen können gegen das in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme verstoßen, weil von den Drehbewegungen ihrer Rotoren eine "optisch bedrängende" Wirkung auf bewohnte Nachbargrundstücke im Außenbereich ausgeht. Ob eine derartige Wirkung anzunehmen ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles.

Aus den Gründen:

Der Beklagte und der Beigeladene möchten rechtsgrundsätzlich geklärt wissen, ob eine Windenergieanlage wegen einer "optisch bedrängenden" Wirkung aufgrund der Drehbewegungen ihrer Rotoren gegen das in § 35 Abs. 3 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme verstoßen kann, ohne aufgrund ihrer Höhe und Breite eine "erdrückende" oder "erschlagende" Wirkung zu haben. Auf diese Frage lässt sich antworten, ohne dass es der Durchführung eines Revi-

sionsverfahrens bedarf. Sie ist auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen im Berufungsurteil ohne weiteres zu bejahen.

A. Gebot der Rücksichtnahme

Nach seinem objektivrechtlichen Gehalt schützt das Gebot der Rücksichtnahme die Nachbarschaft vor unzumutbaren Einwirkungen, die von einem Vorhaben ausgehen (Urteil vom 13. März 1981, BVerwG 4 C 1.78, BRS 38 Nr. 186). Eine besondere gesetzliche Ausformung hat es in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB mit dem Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen gefunden. Es betrifft jedoch auch Fälle, in denen sonstige nachteilige Wirkungen in Rede stehen (Urteile vom 21. Januar 1983, BVerwG 4 C 59.79, BRS 40 Nr. 199 und vom 18. November 2004, BVerwG 4 C 1.04, UPR 2005, 150). Dazu zählt die Rechtsprechung "optisch bedrängende" Wirkungen, die von einem Bauvorhaben auf bewohnte Nachbargrundstücke ausgehen (vgl. Urteile vom 13. März 1981, 4 C 1.78 a.a.O. und vom 23. Mai 1986, 4 C 34.85 BRS 46 Nr. 176).

B. Optisch bedrängende Wirkung

I. OVG Münster

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Frage der optisch bedrängenden Wirkung einer Windenergieanlage nicht die Baumasse ihres Turms, sondern die in der Höhe wahrzunehmende Drehbewegung des Rotors von entscheidender Bedeutung. Zum einen lenke der Rotor durch die Bewegung den Blick auf sich und schaffe eine Art "Unruheelement". Ein bewegtes Objekt erzeuge die Aufmerksamkeit in höherem Maße als ein statisches; eine Bewegung werde selbst dann noch registriert, wenn sie sich nicht direkt in der Blickrichtung des Betroffenen, sondern seitwärts von dieser befinde. Eine nur durch Phasen relativer Windstille unterbrochene ständige, nach Windstärke in der Umdrehungsgeschwindigkeit differierende Bewegung im Blickfeld oder am Rande des Blickfeldes könne schon nach kurzer Zeit, erst recht auf Dauer unerträglich werden. Ein sich bewegendes Objekt ziehe den Blick nahezu zwangsläufig auf sich. Es könne Irritationen hervorrufen und die Konzentration auf andere Tätigkeiten wegen der steten, kaum vermeidbaren Ablenkung erschweren. Zum anderen vergrößere die Drehbewegung des Rotors die Windenergieanlage in ihren optischen Dimensionen deutlich und bestimme sie. Die Fläche, die der Rotor überstreiche, habe in der Regel gebäudegleiche Abmessungen. Die optischen Auswirkungen einer Windenergieanlage seien umso größer, je höher die Anlage sei und je höher deshalb der Rotor angebracht sei.

Das Berufungsgericht durfte die von ihm geschilderten Auswirkungen der Drehbewegungen der Rotoren als Nachteil und für den Fall der Unzumutbarkeit als Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot werten.

II. OVG Koblenz

Die Bedenken des OVG Koblenz gegen den berufsgerichtlichen Ansatz teilt der Senat nicht.

Das OVG Koblenz hält es für zweifelhaft, ob der Gesichtspunkt der optisch bedrängenden Wirkung einer Windenergieanlage überhaupt im Rahmen des Gebots der Rücksichtnahme Berücksichtigung finden könne (Urteil vom 12. Juni 2003 1 A 11127/02 NuR 2003, 768). Zu beachten sei, dass die optisch bedrängende Wirkung nicht auf stofflichen Einwirkungen durch die Anlage im Sinne von Immissionen, sondern auf psychischen Belastungen durch die Größe der Anlage und die Drehbewegung ihres Rotors beruhe. Diese Störung der Betroffenen entspringe also weniger den physischen Auswirkungen auf diese als vielmehr dem von ihnen als beeinträchtigend empfundenen Anblick der Anlage. Diese psychischen Einflüsse auf die Bewohner der in der Nähe liegenden Anwesen ließen sich jedoch nur unzureichend objektivieren. Ihre Auswirkungen seien verschieden, je nachdem, ob man der Windkraftnutzung positiv oder negativ gegenüberstehe und ob man entsprechend empfindlich auf optische Eindrücke reagiere.

Das OVG Koblenz leitet das Rücksichtnahmegebot aus § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB her, nimmt daher folgerichtig an, dass ein Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot nur dann anzunehmen wäre, wenn die Windenergieanlage gegenüber der Nachbarschaft schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG, also Immissionen, hervorrufen würde (Urteil vom 12. Juni 2003 a.a.O.), und zieht einen Verstoß mit der Begründung in Zweifel, dass sich die Drehbewegung von Rotoren nicht unter den Begriff der Immission subsumieren lasse. Es versteht das Gebot der Rücksichtnahme indes zu eng. Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Rücksichtnahmegebot ein unbenannter öffentlicher Belang i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB, der sich über die gesetzliche Ausprägung in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB hinaus auch auf sonstige nachteilige Auswirkungen eines Vorhabens erstreckt. Zu diesen Auswirkungen gehören auch Belastungen psychischer Art, wie die Rechtsprechung des Senats zur „erdrückenden“ oder „erschlagenden“ Wirkung von Gebäuden auf Nachbargrundstücke zeigt (vgl. Urteile vom 13. März 1981, 4 C 1.78, a.a.O. und vom 23. Mai 1986, 4 C 34.85, a.a.O.).

III. OVG Lüneburg

Eine mögliche Kontroverse zur Rechtsprechung des OVG Lüneburg (Beschluss vom 4. April 2005 1 LA 76/04 NVwZ-RR 2005, 521) wäre lediglich sprachlicher Art. Das OVG Lüneburg hat den Rechtssatz aufgestellt, dass eine Windenergieanlage optisch bedrängend nur unter den Voraussetzungen sein könne, unter denen die Bauwerke zu Lasten dann abwehrbefugter Nachbarn als „erdrückend“ einzustufen seien. Eine erdrückende Wirkung könne danach namentlich durch

die Höhe und Breite eines hinzutretenden Gebäudes entstehen. Das anzunehmen komme allerdings erst dann in Betracht, wenn die genehmigte Anlage das Nachbargrundstück regelrecht abriegele, d.h. dort das Gefühl des Eingemauertseins oder eine Gefängnishofsituation hervorrufe. Dem Grundstück müsse gleichsam die Luft zum Atmen genommen werden. Dem wäre hier hinzuzufügen, so heißt es beim OVG Lüneburg weiter, dass eine Windenergieanlage zudem durch ihre Wirkungsweise Drehmoment belästigend wirken könne. Ob damit der Begriff der optischen Bedrängung in Bezug auf Windenergieanlagen erweitert worden ist oder die Belästigung durch die Drehbewegung der Rotoren als zusätzliches, zum Begriff der optisch bedrängenden Wirkung hinzutretendes nachteiliges Moment gemeint ist, bleibt offen. Eindeutig ist aber, dass auch das OVG Lüneburg die Drehbewegung der Rotoren als möglichen Nachteil zu Lasten benachbarter Grundstücke ansieht.

C. Einzelfallentscheidung nötig

Der Senat muss nach § 137 Abs. 2 VwGO davon ausgehen, dass die Drehbewegung der Rotorblätter die vom Berufungsgericht beschriebenen nachteiligen Auswirkungen auf den Betrachter hat. Zu Unrecht machen der Beklagte und der Beigeladene mit der Verfahrensrüge geltend, dass das Berufungsgericht zu den negativen Begleiterscheinungen der Drehbewegung nach § 86 Abs. 1 VwGO ein Sachverständigengutachten hätte einholen müssen. Das Tatsachengericht hat grundsätzlich nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ob es sich die für die Aufklärung und Würdigung des Sachverhalts erforderliche Sachkunde zutraut oder ob es sich der Hilfe Sachverständiger bedient. Seine Aufklärungspflicht verletzt es erst, wenn es sich eine ihm unmöglich zur Verfügung stehende Sachkunde zuschreibt oder seine Entscheidungsgründe auf mangelnde Sachkunde schließen lassen (vgl. Beschluss vom 17. März 1987 BVerwG 7 B 42.87 NJW 1987, 2454; stRspr). Das ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat ersichtlich die allgemeine Lebenserfahrung sprechen lassen, die es ermöglicht, gewöhnliche Vorgänge des täglichen Lebens in ihren Wirkungen abzuschätzen. Dass seine Würdigung, wie der Beigeladene behauptet, „schlicht lebensfremd“ sei, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht ist vielmehr in den Lebens- und Erkenntnisbereichen geblieben, die dem Richter allgemein zugänglich sind. Ob das „Unruheelement“, das der Rotor durch seine Bewegung schafft, so störend ist, dass das Maß des Zumutbaren überschritten und das Gebot der Rücksichtnahme verletzt ist, beurteilt sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Dabei gilt, dass die Bewegung des Rotors umso stärker spürbar wird, je geringer die Distanz zwischen der Windkraftanlage und dem Betrachter und je größer die Dimension der Bewegung ist (vgl. OVG Münster, Urteil vom 15.11.83, 7 A 1613/83, BRS 40 Nr. 66).

Standort: Prüfungsrecht**Problem: Prüfungsnote als VA**

VG WIESBADEN, URTEIL VOM 05.03.2007
7 E 1536/06 (NVwZ-RR 2007, 613)

Problemdarstellung:

Das VG Wiesbaden hatte sich im Rahmen der Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage mit der Frage zu beschäftigen, ob eine einzelne Klausurnote im Rahmen des Ersten Juristischen Staatsexamens einen Verwaltungsakt darstellt. Das VG verneint dies zunächst unter Hinweis auf die Rspr. des BVerwG zu diesem Thema, wobei es unerwähnt lässt, dass der VA-Charakter am Merkmal "Regelung" scheitert: Eine einzelne Note hat für den Betroffenen noch keine unmittelbare Rechtswirkung; erst der Endentscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen kommt eine solche zu.

Spannender als diese recht eindeutig zu beantwortende Frage ist der zweite Teil der Entscheidung: Das Justizprüfungsamt hatte der Notenbekanntgabe eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung dergestalt beigefügt, dass Anfechtungsklage erhoben werden könne, obwohl - wie erwähnt - kein Verwaltungsakt vorlag! Das VG setzt sich deshalb mit der Frage auseinander, ob allein die äußere Form einer Maßnahme dieser VA-Charakter verleihen kann. Entgegen der st.Rspr. des BVerwG und der h.M. lehnt das VG Wiesbaden dies ab, weil der Gesetzgeber mit "Verwaltungsakt" i.S.d. § 42 I VwGO nur einen solchen i.S.d. § 35 VwVfG gemeint habe und es nicht der Behörde überlassen werden könne, durch die Wahl der Form eines Verwaltungsakt unter Umgehung der Voraussetzungen des § 35 VwVfG einen VA zu schaffen. Dies vor allem deshalb nicht, weil sie sonst die Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen beeinflussen könnte.

Unerwähnt lässt das VG allerdings, dass diese "Beeinflussung der Rechtsschutzmöglichkeiten" für den Betroffenen eher vorteilhaft wäre, denn sowohl im Hauptsacheverfahren als auch im vorläufigen Rechtsschutz sind die statthaften Rechtsbehelfe gegen einen VA günstiger als gegen einen Realakt: Der dann statthafte Widerspruch (§ 68 I 1 VwGO) eröffnet im Gegensatz zu gerichtlichen Klagen auch eine Zweckmäßigkeitkontrolle, und ihm kommt ebenso wie der anschließenden Anfechtungsklage nach § 80 I VwGO im Gegensatz zu Feststellungs- und Leistungsklagen aufschiebende Wirkung zu. Im vorläufigen Rechtsschutz müsste nach § 80 V VwGO bei Vorliegen eines VA nur behauptet werden, wo § 123 I, III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO sonst eine Glaubhaftmachung fordern. Außerdem ist mit dem Vorliegen eines "VA Kraft äußerer Form" noch nichts über dessen Rechtmäßigkeit gesagt. Vielfach wird es nämlich an einer Befugnis zum Erlass eines VA fehlen, wenn inhaltlich kein VA vorliegt, sodass der "VA Kraft äußerer Form"

in aller Regel allein wegen fehlender VA-Befugnis rechtswidrig sein wird (vgl. BayVGh, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222). Ganz abgesehen davon wird durch die äußere Form der Anschein erweckt, als liege ein VA vor, der rechtsunkundige Bürger also in die Irre geführt. Dieser Nachteil hätte sich auch dem VG erschließen müssen, denn es hat die Anfechtungsklage als unstatthaft abgewiesen (auch wenn es dem Kläger auf Kostenebene durch Anwendung des § 155 IV VwGO entgegen gekommen ist). Aus all diesen Gründen sollte in einer Prüfungsarbeit eher der h.M. gefolgt werden, die den "VA Kraft äußerer Form" anerkennt.

Prüfungsrelevanz:

Ob und wann ein Verwaltungsakt vorliegt, ist für die Anwendung zahlloser Vorschriften von Bedeutung und muss daher im Examen sicher beurteilt werden können. Auf die Problematik eines "VA Kraft äußerer Form" sollte allerdings - wie es auch das VG Wiesbaden im vorliegenden Fall handhabt - erst eingegangen werden, nachdem festgestellt worden ist, dass ein Merkmal des § 35 S. 1 VwVfG fehlt. Mit der vorliegenden Entscheidung und den Vertiefungshinweisen (siehe unten) kann diese Frage in einem Gutachten durchaus streitig dargestellt werden, auch wenn die hier vom VG Wiesbaden vertretene Ansicht sich einer ganz herrschenden Gegenansicht gegenüber sieht.

Vertiefungshinweise:

- VA-Charakter einzelner Prüfungsleistungen in der Ersten Juristischen Staatsprüfung: *BVerwG*, NVwZ-RR 1994, 582
- VA Kraft Form: *BVerwGE* 7, 54; *VGh Kassel*, NJW 1966, 1624; *Schenke*, NVwZ 1990, 1009 (alle dagegen); *BVerwGE* 16, 116; *BayVGh*, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222; *OVG Magdeburg*, RA 2000, 122 = NVwZ 2000, 208 (alle dafür)
- Prüfer mit Sonnenbrille in mündlicher Prüfung: *VG Köln*, RA 2006, 655 = NWVB1 2006, 435
- Fehler im Klausursachverhalt: *BerlVerfGH*, RA 2004, 765 = NVwZ 2004, 1351
- Zur Rechtmäßigkeit von Referendarzeugnissen: *VGh Mannheim*, NVwZ-RR 2007, 393
- Zur Zulassung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2007, 532

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Die wilde Ehe"
- Assessorkurs* : "Das Prüfungsgespräch"

Leitsatz:

Die Bewertung einzelner Prüfungsleistungen im

Ersten Juristischen Staatsexamen ist grundsätzlich kein Verwaltungsakt.

Sachverhalt:

Der Kl. meldete sich am 29.6.2006 zur Ersten Juristischen Staatsprüfung in Hessen an. Am 6.9.2006 ließ der Präsident des Justizprüfungsamtes den Kl. zur Staatsprüfung zu. Nachdem der Kl. an dem Termin zur Anfertigung der vierten Aufsichtsarbeit am 29.9.2006 (Wahlpflichtfach 5) nicht erschienen war, bewertete das Justizprüfungsamt durch Schreiben vom 01.11.2006 die Aufsichtsarbeit im Wahlpflichtfach 5 mit der Note ungenügend (0 Punkte). Zur Begründung führte das Justizprüfungsamt u.a. aus, die Aufsichtsarbeit sei gem. 17 IV HessJAG a.F. mit der Note ungenügend zu bewerten, da der Kl. zu dem Klausurtermin nicht erschienen sei und nicht festgestellt werden könne, dass dies aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grund geschehen sei. Dem Schreiben war eine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt, wonach der Kl. innerhalb eines Monats ab Zustellung des Bescheides bei dem VG Klage erheben könne.

Auf das am 14.11.2006 zugestellte Schreiben hat der Kl. am 5.12.2006 Klage erhoben. Der Kl. ist der Ansicht, der Bescheid des Bekl. sei rechtswidrig und verletze den Kl. in seinen Rechten. Er behauptet, er sei bereits am 28.9.2006 erkrankt gewesen. Auf Grund dieser Krankheit habe er den Termin am 29.9.2006 nicht wahrnehmen können. Das Schreiben vom 1.11.2006 sei allein auf Grund seiner äußeren Form als Verwaltungsakt zu werten. Aus diesem Grunde könne die Klage nicht als unzulässig abgewiesen werden.

Aus den Gründen:

A. Anfechtungsbegehren

Soweit der Kl. die Aufhebung des Bescheides des Bekl. vom 1.11.2006 begehrt, ist die erhobene Anfechtungsklage unzulässig.

I. Einzelne Prüfungsnote kein Verwaltungsakt

Das Gericht geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerwG davon aus, dass es sich bei der Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung in der Ersten Juristischen Staatsprüfung grundsätzlich nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Anhaltspunkte dafür, dass sich aus § 17 IV HessJAG a.F. etwas Anderes ergeben könnte, sind nicht ersichtlich. Ginge man demgegenüber davon aus, dass eine Entscheidung nach dieser Vorschrift separat anfechtbar wäre, so käme man auch zu dem seltsamen Ergebnis, dass gegen die Entscheidung nach § 17 IV HessJAG a.F. Widerspruch oder ggf. auch unmittelbar Klage (dann müsste man § 22a HessJAG a.F. so verstehen, dass diese Vorschrift nicht zur Anwendung käme, wenn der Note - wie vorliegend - kein Akt der Bewertung der Prüfungsleistung zu Grunde läge) erhoben werden könnte und daneben

bzw. anschließend noch ein Rechtsbehelfsverfahren gegen die das Prüfungsverfahren abschließende Entscheidung möglich wäre (vgl. § 22a HessJAG a.F.).

II. Kein Verwaltungsakt Kraft Form

Eine Anfechtungsklage ist auch nicht deshalb zulässig, weil der Bekl. in Form eines Verwaltungsaktes entschieden hat. Voraussetzung für die Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage ist gem. § 42 I VwGO das Vorhandensein eines Verwaltungsaktes. Der Bundesgesetzgeber hat in § 35 VwVfG die Tatbestandsmerkmale eines Verwaltungsaktes normiert. Nur wenn diese gegeben sind, kann von einem Verwaltungsakt gesprochen werden. Etwas Anderes wäre allerdings dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber unter Außerachtlassung der Voraussetzungen des § 35 VwVfG eine Maßnahme als Verwaltungsakt definieren würde. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Maßgeblich dafür, ob es sich um einen Verwaltungsakt handelt, ist nicht die Form, sondern der Inhalt der behördlichen Maßnahme. Allein dies entspricht dem Wortlaut des § 35 VwVfG, der keinen Raum für formale Voraussetzungen lässt. Stellte man demgegenüber auch auf die Form ab, so hätte es die Behörde in der Hand, etwa durch Beifügung einer entsprechenden Rechtsbehelfsbelehrung zu bestimmen, welche Klage zu erheben wäre. Die Behörde könnte dann durch entsprechende formale Abfassung einer Maßnahme bewirken, dass ein Vorverfahren (§ 68 I VwGO) und eine Klagefrist (§ 74 I VwGO) einzuhalten wären, auch wenn die jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Vorschriften nicht gegeben wären.

Allein durch entsprechende Abfassung der Maßnahme könnte die Behörde dann auch ggf. Einfluss darauf nehmen, ob vorläufiger Rechtsschutz gem. § 80 oder § 123 VwGO zu suchen wäre. Schließlich könnte sich die Behörde allein auf Grund der Form der behördlichen Maßnahme einen Vollstreckungstitel verschaffen (vgl. § 1 HessVwVG), auch wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 HessVwVfG nicht gegeben wären.

Auch wenn inhaltlich kein Verwaltungsakt gegeben wäre, könnte die Behörde durch entsprechende Abfassung der Maßnahme auch erreichen, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung findet (vgl. § 9 HessVwVfG). Gesetzliche Vorschriften könnten hiernach allein durch entsprechendes Verhalten der Behörde umgangen werden. Eine solche Kompetenz steht den Behörden aber nicht zu.

Nach alledem geht das Gericht davon aus, dass nicht die Form, sondern der Inhalt der behördlichen Maßnahme dafür maßgeblich ist, ob vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes und mithin von der Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage auszugehen ist. Hiernach erweist sich die erhobene Anfechtungsklage des Kl. als unzulässig, da sie sich nicht auf einen Verwaltungsakt bezieht.

B. Neubescheidungsbegehren

Die Klage ist auch insoweit unzulässig, als der Kl. die Verurteilung des Bekl. begehrt, einen neuen Bescheid unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erteilen.

I. Verpflichtungsklage

Soweit hierin die Erhebung einer Verpflichtungsklage zu sehen sein sollte (vgl. § 113 V VwGO), wäre die Klage bereits deshalb unzulässig, weil - wie oben ausgeführt - über die einzelne Prüfungsnote nicht durch Verwaltungsakt entschieden wird.

II. Allg. Leistungsklage

Sollte es sich aber bei dem Klagebegehren um eine allgemeine Leistungsklage handeln, so wäre die Klage ebenfalls unzulässig. Es fehlte dann an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis, denn der Kl. hat die Möglichkeit, gegen den Bescheid, der das Prüfungsverfahren beendet, Rechtsbehelfe einzulegen. Im Rah-

men dieser Verfahren kann dann auch über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach § 17 IV HessJAG a.F. entschieden werden (im Übrigen ist auch nichts dafür ersichtlich, wie die vom Kl. beehrte Entscheidung aussehen sollte, soweit sie über eine Aufhebung der Maßnahme vom 1.11.2006 hinausgeht).

C. Kostenentscheidung

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 155 IV VwGO. Der Bekl. hat die Erhebung der Klage durch Beifügung einer unzutreffenden Rechtsbehelfsbelehrung verursacht, so dass er die Kosten des Verfahrens zu tragen hat (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. [2005], § 155 Rdnr. 20). Ob die im Schreiben der Behörde vom 1.11.2006 ausgesprochene Maßnahme zu Recht erfolgte, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da nichts dafür ersichtlich ist, dass bei formal zutreffender Bescheidung des Kl. dieser zum jetzigen Zeitpunkt Klage erhoben hätte.

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 Lütkeheuer (<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.

*Zivilrecht***Standort: Mietrecht Problem: Mieterhöhung nach unzulässiger Abwälzungsklausel**

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 18.04.2007
7 U 186/06 (NJW 2007, 3004)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit der Erhöhung des Mietzinses im Hinblick auf eine unwirksame Überwälzung der Schönheitsreparaturlast. Der Kl. ist Vermieter und begehrt insoweit die Zustimmung des bekl. Mieters dazu. Dem lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Vermieter die Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch mietvertragliche Klausel übertragen hatte, welche jedoch hinsichtlich einer starren Fristenregelung unwirksam war. Der Kl. wollte nun die entstehenden Kosten durch die Mieterhöhung auffangen.

Das Amtsgericht hatte eine Mieterhöhung in Höhe von 2,08 Euro je Monat für zulässig erachtet und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der Berufung begehrte die Kl. zunächst über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus die Zustimmung zur Erhöhung der Grundmiete für die Wohnung um weitere 36,47 Euro auf 386,23 Euro; sie hat die Klageerweiterung zurückgenommen und verlangte noch die Zustimmung zu einer weiteren Erhöhung der Miete um 28,28 Euro und führte zur Begründung aus, dass das AG in rechtsfehlerhafter Weise einen jährlichen Zuschlag für Schönheitsreparaturen von 8,50 Euro/m² Wohnfläche im Jahr entsprechend § 28 IV 2 der 11. BerechnungsVO versagt habe. Die Berufung hatte insoweit Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit einem sehr aktuellen Problem im Mietwesen. Es geht um die Frage, ob in den Fällen, in denen die mietvertragliche Klausel über die Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen unzulässig ist, der Vermieter in Ansehung der Unzulässigkeit den Mietzins gem. § 558 I, II BGB erhöhen kann.

Gem. § 535 I 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet, die Mietsache während der Mietzeit in dem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Es ist allgemein anerkannt, dass der Vermieter diese Verpflichtung auf den Mieter übertragen kann. Diese Erhaltungspflicht umfasst alle Maßnahmen, die nötig sind, um den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen. Darunter fallen insbesondere Instandhaltungsreparaturen wie Schönheitsreparatu-

ren (Palandt-Putzo, § 356 Rn 10). Die Verpflichtung ist generell abdingbar und kann einzelvertraglich vom Mieter übernommen werden (Palandt-Putzo, § 536 Rn 3). Bei der Abwälzung ist zu beachten, dass ein Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 BGB in den Fällen droht, in denen die Verpflichtung bedarfsunabhängig auf den Mieter übergehen soll (BGH, NJW 2003, 2234; BGH, NJW 2004, 2586; BGH 2005, 425; BGH, NZM 2006, 620; NJW 2006, 2113).

Es stellt sich in dieser Entscheidung nun die Anschlussfrage, ob der Vermieter den Mietzins erhöhen kann, um dadurch Rückstellungen für die nunmehr durch ihn zu tragenden Reparaturkosten und Renovierungskosten im Sinne der § 535 I 2 BGB zu bilden.

Gem. § 558 I 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung des Mieters zur Erhöhung des Mietzinses bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird ermittelt aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Größe, Art, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind, § 558 I 1, II 1 BGB.

Ob der Vermieter zur Erhöhung der Mietzinses in dieser Lage berechtigt ist, ist umstritten. Teilweise wird es für zulässig erachtet, dass ein Zuschlag auf die vereinbarte Miete bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter vorgenommen wird (so auch AG Bretten, DWW 2005, 293). Einer anderen Auffassung nach ist die Zulässigkeit nur dann gegeben, wenn er zuvor dem Mieter Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung einer wirksamen Klausel angeboten hat (so LG Düsseldorf, NJW 2006, 3071 = NZM 2006, 657). Einer Dritten Ansicht nach ist die Mieterhöhung nur zulässig, wenn der Mieter zu erkennen gibt, in Zukunft für den Erhalt der Wohnung nicht sorgen zu wollen

(so LG Nürnberg-Fürth, NJW 2006, 450 = NZM 2006, 53). In der Literatur wird diese Frage mehrheitlich als generell unzulässig erachtet. Dies wird zum Teil mit dem Strafcharakter des § 307 BGB begründet (vgl. Ahlt, DWW 2005, 96), teilweise wird auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln abgestellt (vgl. Hemming, WuM 2005, 165; Lehmann-Richter, ZMR 2005, 170; Emmerich, NZM

2006, 761).

Der erkennende Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Es erscheint überzeugend, dass die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen als Hauptleistungspflicht aus dem Mietvertrag Entgeltcharakter hat, da der Vermieter bei der Bemessung des verlangten Mietzinses einkalkuliert, ob er in regelmäßigen Abständen Aufwendungen für Schönheitsreparaturen hat oder nicht. Dann muss die fehlende Verpflichtung des Mieters, Schönheitsreparaturen durchzuführen, aber Auswirkung auf die Miethöhe haben, wobei kein sachlicher Grund für eine Differenzierung ersichtlich ist, ob die Mietparteien von vornherein von einer Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter Abstand genommen haben oder ob sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass wegen der Unwirksamkeit einer Klausel im Formularmietvertrag der Mieter keine Schönheitsreparaturen leisten muss.

Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage zugelassen. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese Rechtsfrage bisher nicht geklärt, und in Rechtsprechung und Literatur werden hier dargelegten Ansichten diskutiert. Die Revision wurde auch eingelegt und sie wird beim BGH unter dem Az. 111 ZR 118/07 geführt.

Vertiefungshinweise:

Besprechungen zu dieser Entscheidung: *Blank*, NZM 2007, 472; *Artz*, NZM 2007, 265; *Kappus*, ZMR 2007, 31

Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *Blank*, ZGS 2004, 104; *Hau*, JuS 2003, 130; *Ahrens*, ZGS 2003, 134; *Timme*, NJW 2005, 2962; *Börstinghaus*, MDR 2002, 501; *Wiesner*, MDR 2001, 977; *Derleder*, JZ 2000, 260;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Assessorkurs: "Das englische Teeservice"

Leitsätze (der Redaktion):

Nach dem Leitbild des § 535 I 2 BGB hat der Vermieter dem Mieter die gemietete Wohnung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Dem Vermieter obliegt der Erhaltungsaufwand einschließlich der Schönheitsreparaturen. Diese Verpflichtung stellt eine Hauptleistungspflicht des Mietvertrags dar, da die Übernahme der Schönheitsreparaturen Entgeltcharakter hat (vgl. BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790).

Die fehlende Verpflichtung des Mieters bei Unwirksamkeit der Klausel, Schönheitsreparaturen durch-

zuführen, muss Auswirkung auf die Miethöhe haben, wobei kein sachlicher Grund für eine Differenzierung ersichtlich ist, ob die Mietparteien von vornherein von einer Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter Abstand genommen haben oder ob sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass wegen der Unwirksamkeit einer Klausel im Formularmietvertrag der Mieter keine Schönheitsreparaturen leisten muss.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von der Bekl. die Zustimmung zur Erhöhung der monatlichen Grundmiete für eine Dachgeschosswohnung ab dem 01.12.2005.

Durch das angefochtene Urteil hat das AG der Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung in Höhe von 2,08 Euro stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Es stehe auf Grund des eingeholten Sachverständigengutachtens fest, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung der Bekl. 349,76 Euro monatlich ohne Nebenkosten und Stellplatzmiete betrage; ein Zuschlag für die nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen wegen der unwirksamen Klausel in § 14 b des Formularmietvertrags sei nicht vorzunehmen, da sich bei einer Mieterhöhung nach § 558 BGB die ortsübliche Vergleichsmiete ausschließlich nach den Kriterien dieser Vorschrift bestimme, so dass ein Rückgriff auf Kostenelemente mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ausgeschlossen sei.

Mit der Berufung begehrte die Kl. zunächst über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag die Zustimmung zur Erhöhung der Grundmiete für die Wohnung um weitere 36,47 Euro auf 386,23 Euro; später hat sie die Klageerweiterung zurückgenommen und verlangte noch die Zustimmung zu einer weiteren Erhöhung der Miete um 28,28 Euro auf den im Mieterhöhungsverlangen genannten Betrag von 378,04 Euro. Zur Begründung führte sie aus, dass das AG in rechtsfehlerhafter Weise einen jährlichen Zuschlag für Schönheitsreparaturen von 8,50 Euro/m² Wohnfläche im Jahr entsprechend § 28 IV 2 der 11. BerechnungsVO versagt habe.

Die Berufung hatte im zuletzt geltend gemachten Umfang Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Zulässigkeit der Berufung gem. § 511 II Nr. 1 ZPO gegeben

Die Berufung ist zulässig. Der Wert des Beschwerdegegenstands übersteigt 600 Euro (§ 511 II Nr. 1 ZPO). Die Rechtsmittelbeschwer bei Klagen auf Mieterhöhung ist nach § 9 ZPO zu bestimmen, so dass der dreieinhalbfache Jahresbetrag des streitigen Betrags maßgeblich ist (vgl. BGH, BGHR 2003, 1036; Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 3 Rdnr. 16 „Mietstreitigkeiten“ und § 9 Rdnr. 1). Hier hat die Kl. erstinstanz-

lich eine Mieterhöhung um 30,36 Euro monatlich verlangt und lediglich mit einem Betrag von 2,08 Euro monatlich obsiegt, so dass sie in Höhe von 28,28 Euro monatlich durch das amtsgerichtliche Urteil beschwert ist und sich damit der Wert des Beschwerdegegenstands auf 1187,76 Euro beläuft (28,28 Euro x 42 Monate).

2. Anspruch auf Zustimmung der Mieterhöhung gem. § 558 I 1 BGB gegeben

Die Kl. hat gegen die Bekl. gem. § 558 I 1 BGB über den im erstinstanzlichen Urteil zugesprochenen Betrag von 2,08 Euro hinaus Anspruch auf Zustimmung zur Erhöhung der Miete um weitere 28,28 Euro auf 378,04 Euro monatlich ab dem 01.12.2005, da die in § 14 b Nr. 2 des Mietvertrags enthaltene Regelung über die laufenden Schönheitsreparaturen unwirksam ist und der Kl. in Anlehnung an § 28 IV 2 der 11. BerechnungsVO einen Zuschlag von 8,50 Euro/m² im Jahr zusteht.

a. Unwirksamkeit der Abwälzungsklausel gem. § 307 II Nr. 1 BGB, da starrer Fristenplan

Zu Recht hat das AG entschieden, dass die in § 14 b Nr. 2 MV enthaltene Klausel über laufende Schönheitsreparaturen gegen § 307 II Nr. 1 BGB verstößt und damit unwirksam ist. (Wird, weil eine starre Fristenregelung enthaltend, unter Bezugnahme auf BGH, NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653 ausgeführt.)

b. Auch vertragliche Regelungen hins. der Schönheitsreparaturen finden in § 558 BGB Beachtung

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Bekl., dass eine Mieterhöhung hier schon deshalb ausscheide, weil nach § 558 II 1 BGB die ortsübliche Vergleichsmiete nur aus den üblichen Entgelten gebildet wird, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage vereinbart worden sind, während eine bestimmte vertragliche Regelung hinsichtlich der Schönheitsreparaturen durch die gesetzlichen Vergleichskriterien nicht erfasst werde. Dies kann schon deshalb nicht zutreffen, weil die ortsübliche Vergleichsmiete ermittelt werden muss und der Sachverständige Dr. L davon ausgeht, dass die Schönheitsreparaturen vom Mieter zu tragen sind. Strukturelle Unterschiede zwischen der verlangten Miete und der Vergleichsmiete sind deshalb durch Zu- oder Abschläge auszugleichen (vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, § 558 Rdnr. 18).

Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB hat der Vermieter dem Mieter die gemietete Wohnung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Dem Vermieter obliegt daher der Erhaltungsaufwand einschließlich der Schönheitsreparaturen. Überwiegend werden in Miet-

verträgen die Schönheitsreparaturen jedoch auf den Mieter abgewälzt. In diesem Fall stellt die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter eine Hauptpflicht des Mietvertrags dar, da die Übernahme der Schönheitsreparaturen Entgeltcharakter hat (vgl. BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790). Haben die Parteien davon abgesehen, dem Mieter die Schönheitsreparaturen vertraglich aufzubürden, sind diese gern. § 535 BGB vom Vermieter vorzunehmen; dieser kann aber den für die Schönheitsreparaturen vorgesehenen Anteil in die Miete einkalkulieren.

Geht daher ein Mietspiegel von einer durch Mietvertrag vorgenommenen Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter aus, enthält er keine Anteile für Schönheitsreparaturen. Verlangt in einem derartigen Fall der Vermieter unter Bezugnahme auf einen Mietspiegel, der keine Werte für Schönheitsreparaturen enthält, Zustimmung zu einer Mieterhöhung, ist er berechtigt, zu den Werten des Mietspiegels einen Zuschlag hinzuzurechnen (vgl. OLG Koblenz, NJW 1985, 333; LG München I, NZM 2002, 945; LG Frankfurt a. M., NJW-RR 2003, 1522 = NZM 2003, 974; Artz, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 558 a Rdnr. 20; Flintrop, in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwalts-Hdb. WohnraummietR, 2. Aufl., §§ 558 ff. Rdnr. 115). Das Gleiche muss nach Auffassung des Senats gelten, wenn - wie hier - ein Mietwertgutachten davon ausgeht, dass die Schönheitsreparaturen entsprechend der vertraglichen Regelung auf den Mieter abgewälzt wurden.

c. Zulässigkeit der Mieterhöhung nach Unwirksamkeit der Klausel ist streitig

Umstritten ist die Frage, ob auch bei einer Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter der Vermieter berechtigt ist, im Rahmen eines Mieterhöhungsverfahrens einen entsprechenden Zuschlag auf die Miete zu verlangen.

aa. Mieterhöhung ist zulässig

Teilweise wird es für zulässig erachtet, dass ein Zuschlag auf die vereinbarte Miete bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter vorgenommen wird (vgl. AG Bretten, DWW 2005, 293; AG Frankfurt a. M., NJW 2005, 3294 = NZM 2005, 862; AG Langenfeld, NZM 2006, 178; Stürzer, WuM 2004, 512; Warnecke, WuM 2006, 188; Both, WuM 2007, 3). Es könne keinen Unterschied machen, ob die Parteien sich bewusst dafür entschieden hätten, dass der Vermieter die Schönheitsreparaturen tragen solle, oder ob sich dies allein daraus ergebe, dass der Vermieter wegen der Unwirksamkeit der Formalklausel von Gesetzes wegen in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet sei. Durch die Unwirksamkeit der Vertragsklausel solle nicht der Vermieter bestraft werden, sondern der Mieter vor ei-

ner unangemessenen Benachteiligung durch eine Verpflichtung zur Durchführung übermäßiger Schönheitsreparaturen geschützt werden (AG Langenfeld, NZM 2006, 178). Da die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen Entgeltcharakter habe (vgl. BGHZ 105, 71 [79 f.1 = NJW 1988, 2790 [27921]), habe die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen Auswirkung auf die Höhe der ortsüblichen und angemessenen Vergleichsmiete i. S. von § 558 BGB (AG Frankfurt a. M., NJW 2005, 3294 = NZM 2005, 862).

bb. Zulässigkeit nur dann gegeben, wenn er zuvor dem Mieter Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung einer wirksamen Klausel angeboten hat

Das LG Düsseldorf vertritt dagegen im Urteil vom 18.05.2006 (NJW 2006, 3071 = NZM 2006, 657) die Auffassung, dass der Vermieter als Verwender einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel im Kompensationswege einen Zuschlag zur örtlichen Vergleichsmiete nur verlangen dürfe, wenn er zuvor dem Mieter Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturübernahme durch den Mieter angeboten habe (ebenso: E Kappes, NJW 2006, 3031 [3033]; Börstinghaus, in: SchmidtFutterer, MietR, 9. Aufl., § 558 a Rdnr. 51; ders., NZM 2005, 931). Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Vermieter auf der Grundlage des Rücksichtnahmegebots gem. § 241 II BGB infolge der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete vom Mieter verlangen könne, was aber voraussetze, dass der Vermieter dem Mieter vor einer entsprechenden Zustimmungsklage Verhandlungen über eine Vertragsänderung anbiete (vgl. LG Düsseldorf, NJW 2006, 3071 = NZM 2006, 657). Der Vermieter, der eine solche Mieterhöhung durchsetzen wolle, müsse sich selbst auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Schönheitsreparaturklausel berufen. Er enttäusche damit das Vertrauen des Mieters, der davon ausgehe, keine höhere Miete zahlen, sondern stattdessen in längeren Abständen - gegebenenfalls in Eigenleistung - Schönheitsreparaturen durchführen zu müssen, was unter Umständen günstiger sei, da er nur Materialkosten und Zeit aufwenden müsse (vgl. Börstinghaus, NZM 2005, 931). Teilweise wird auch ein Wahlrecht des Mieters, entweder der Mieterhöhung zuzustimmen oder den Vermieter an der Renovierungsklausel festzuhalten, angenommen (vgl. Blank, PiG 75 [2006], S. 17 [22]).

cc. Mieterhöhung ist nur zulässig, wenn der Mieter zu erkennen gibt, in Zukunft für den Erhalt der Wohnung nicht sorgen zu wollen

Das LG Nürnberg-Fürth vertritt in seinem Urteil vom 18.11.2005 (NJW 2006, 450 = NZM 2006, 53) die Meinung, dass jedenfalls dann, wenn der Mieter zu erkennen gebe, dass er trotz Unwirksamkeit der Über-

bürdung der Schönheitsreparaturen wegen eines Verstoßes gegen § 307 BGB auch in Zukunft für den Erhalt der Wohnung, soweit es sich um die Folgen gewöhnlicher Abnutzung handelt, selbst zu sorgen bereit sei, es dem Vermieter verwehrt sei, einen Zuschlag auf die Miete durchzusetzen. Begründet wird diese Auffassung damit, dass es als ein gegen § 242 BGB verstoßendes widersprüchliches Verhalten erscheine, wenn sich der Vermieter als Verwender der AGB wegen der Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Klausel einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffe. Damit würde die hinter §§ 305 ff. BGB stehende Wertung konterkariert. Das Risiko der Unwirksamkeit einer Formulklausel habe sonst entgegen der gesetzlichen Wertung der Verbraucher zu tragen (ebenso Blank, PiG 75 [2006], S. 17 [21 f.]).

dd. Zuschlag auf die Miete ist generell unzulässig

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter der Vermieter keinen Zuschlag auf die Miete verlangen kann. Dies wird zum Teil mit dem Strafcharakter des § 307 BGB begründet (vgl. Ahlt, DWW 2005, 96), teilweise wird auf das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln abgestellt (vgl. Hemming, WuM 2005, 165; Lehmann-Richter, ZMR 2005, 170 [173]). Emmerich (NZM 2006, 761) wendet sich bereits gegen das „Entgeltargument“, wonach Schönheitsreparaturen eine Gegenleistung des Mieters seien, sondern vertritt die Auffassung, dass die Gegenleistung des Mieters nur in der Miete bestehe, weshalb bei Unwirksamkeit der Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch kein Raum für eine Kompensation bestehe.

ee. Stellungnahme des erkennenden Senats

Der Senat schließt sich der zuerst wiedergegebenen Auffassung an. Es überzeugt, dass die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen als Hauptleistungspflicht aus dem Mietvertrag Entgeltcharakter hat, da der Vermieter bei der Bemessung des verlangten Mietzinses einkalkulieren wird, ob er in regelmäßigen Abständen Aufwendungen für Schönheitsreparaturen hat oder nicht. Dann muss die fehlende Verpflichtung des Mieters, Schönheitsreparaturen durchzuführen, aber Auswirkung auf die Miethöhe haben, wobei kein sachlicher Grund für eine Differenzierung ersichtlich ist, ob die Mietparteien von vornherein von einer Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter Abstand genommen haben oder ob sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass wegen der Unwirksamkeit einer Klausel im Formularmietvertrag der Mieter keine Schönheitsreparaturen leisten muss. Nicht überzeugend ist hingegen die Meinung, dass der „Strafcharakter“ von § 307 BGB dem Erhöhungsverlangen schon grundsätzlich entgegenstehe. Der „Straf-

Charakter" von § 307 BGB erschöpft sich darin, dass der Vermieter keinen Anspruch auf Durchführung der Schönheitsreparaturen gegen den Mieter hat und für den Zeitraum vor dem nach § 558 b BGB maßgeblichen Zeitpunkt für die Mieterhöhung keinen zusätzlichen Mietzins verlangen kann. Ebenfalls nicht überzeugend ist der Ansatz, dass bei Zuerkennung eines Zuschlags ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion vorliegen würde. Verstößt der Inhalt einer AGB teilweise gegen §§ 307 ff. BGB, so ist die Klausel grundsätzlich im Ganzen unwirksam und es findet keine geltungserhaltende Reduktion auf den noch zulässigen Inhalt statt (st. Rspr.; vgl. BGHZ 143, 103 = NJW 2000, 1110 [1113]; BGHZ 86, 284 = NJW 1983, 1322 [1325]). Dies strebt die Kl. aber auch nicht an. Die Klausel über die laufenden Schönheitsreparaturen ist unwirksam und soll auch nicht teilweise aufrechterhalten bleiben. Vielmehr geht es darum, die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln.

Die Auffassung des LG Nürnberg-Fürth betrifft den Sonderfall, dass es einer finanziellen Kompensation nicht bedarf, da der Mieter nicht an den Vermieter wegen der Durchführung der Schönheitsreparaturen herantreten und sich selbst um den Erhalt der Wohnung kümmern wird, soweit es um die Folgen üblicher Abnutzung geht. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Bekl. hat sich jedenfalls im Berufungsrechtszug auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie in Zukunft nicht mehr bereit ist, für den Erhalt der Wohnung zu sorgen, soweit es um die Folgen gewöhnlicher Abnutzung geht. Nicht zu überzeugen vermag die insbesondere von Börstinghaus vertretene Meinung, der sich das LG Düsseldorf angeschlossen hat, dass der Vermieter, gestützt auf das Gebot der Rücksichtnahme, zunächst dem Mieter die Vereinbarung einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel anbieten muss, bevor

er die Mieterhöhung verlangen kann. Der Mieter hat keinen Anspruch auf eine Vertragsänderung, und die Unwirksamkeit einer Klausel in AGB ist von Amts wegen zu beachten (vgl. Palandt/Heinrichs, Vorb. § 307 Rdnr. 7). Daher trifft das Argument nicht zu, dass sich der Vermieter auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen muss und damit das berechnete Vertrauen des Mieters enttäuscht, was sich auch im vorliegenden Fall zeigt, da die Unwirksamkeit der Klausel erstinstanzlich von den Parteien nicht angesprochen wurde und erstmals im Urteil des AG auf § 14 b des Mietvertrags eingegangen wird.

d. Höhe des Zuschlags bestimmt sich nach § 28 IV der 11. BerechnungsVO

Die Höhe des Zuschlags bemisst der Senat in Übereinstimmung mit dem Gutachten des Sachverständigen Dr. L und in Anlehnung an § 28 IV 2 der 11. BerechnungsVO mit 8,50 Euro/m² und Jahr. Diese Regelung wird angewandt, wenn überhaupt keine Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter erfolgt ist (vgl. OLG Koblenz, NJW 1985, 333; LG München I, NZM 2002, 945; Flintrop, in: Hannemann/Wiegner, §§ 558 ff. Rdnr. 115). Es ist nicht ersichtlich, dass die Interessenlage anders zu beurteilen ist, wenn die Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter unwirksam ist. Die Parteien sind in der Verfügung vom 30.01.2007 darauf hingewiesen worden, dass der Senat beabsichtigt, die genannte Regelung für den Zuschlag mit dem Höchstsatz von 8,50 Euro/m² Jahr heranzuziehen. Einwände hiergegen hat die Bekl. nicht erhoben. Bei einer Fläche der Wohnung von 51,5 m² errechnet sich danach ein monatlicher Zuschlag von 36,47 Euro (51,5 x 8,50 = 437,75 : 12 = 36,47), der noch über der verlangten Zustimmung zur Mieterhöhung um weitere 28,28 Euro monatlich liegt.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Helmpflicht bei Fahrradfahrern

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 12.02.2007
1 U 1821/06 (NJW 2007, 3075)

Problemdarstellung:

Der Kl. verlangt von den Bekl. Schmerzensgeld im Hinblick auf ein Verkehrsunfallgeschehen, an dem der Kl. als Rennradfahrer und der Bekl. zu 1 als Traktorfahrer beteiligt waren. Die Bekl. zu 2 ist Haftpflichtversicherer des Bekl. zu 1.

Der Kl. befuhr eine Landstrasse mit seinem Rennrad mit einer Geschwindigkeit von etwa 35 km/h und befand sich dabei hinter zwei ihn begleitenden Freunden. Der Kl. trug Rennradkleidung, jedoch keinen Sturzhelm. Der Kl. fuhr in eine scharfe Rechtskurve ein, wobei die Sicht auf den weiteren Fahrbahnverlauf durch eine Hecke im Kurvenbereich beeinträchtigt

war. Hinter der Kurve näherte sich der Bekl. mit seinem Traktor, wobei der Traktor ein landwirtschaftliches Gerät zog und deshalb die gesamte Fahrbahn der Breite nach ausfüllte. Um der Radfahrergruppe Platz zu schaffen, befuhr der Traktor den unbefestigten rechten Randstreifen und hielt an. Die Freunde des Kl. passierten die Stelle nun unbehelligt, der Kl. kam jedoch durch eine eingeleitete Vollbremsung noch im Kurvenbereich zu Fall. Durch den Sturz erlitt der Kl. schwere Kopfverletzungen.

Der Kl. hat beantragt, die Bekl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld nebst 5% Zinsen über dem Basiszins seit dem 26.01.2006 zu zahlen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Das OLG Düsseldorf hatte sich mit der Frage auseinander zusetzen, inwieweit bei einem Verkehrsunfallgeschehen die Verursachungsbeiträge der Beteiligten die Anspruchshöhe beeinflussen. Die Entscheidung ist lesenswert, weil sich der Senat ausführlich mit den einzelnen in Betracht kommenden Umständen auseinandersetzt und die Gesamtabwägung dargelegt wird. Verkehrsunfälle sind in beiden Staatsexamina von großer Klausurrelevanz und das Thema des Schutzhelms bei Fahrradfahrern ist in Anbetracht der hohen Unfallzahlen von großer Aktualität.

Der Senat prüft hier eine Haftung der Bekl. aus §§ 7 I, 18 I StVG. Im Kern der Betrachtung steht zunächst das Tatbestandsmerkmal "bei Betrieb". Erforderlich ist also, dass zur Zeit des Unfalls das KFZ in Betrieb war und ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Betrieb und der Rechtsgutsverletzung besteht. Das Tatbestandsmerkmal ist dabei nach der Rechtsprechung und der h.L. weit auszulegen (BGHZ 29, 163; 105, 66; 107, 366). In Betrieb ist ein Fahrzeug so lange, wie der Betriebsvorgang, also die Fahrt, noch nicht endgültig abgeschlossen ist. Der Betrieb endet erst dann, wenn das Fahrzeug am Ende der Fahrt angelangt ist und dort endgültig in Ruhe versetzt wird.

Bei Betrieb ist die Rechtsgutsverletzung entstanden, wenn der Unfall in einem unmittelbaren örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit den Betriebsvorgängen oder mit bestimmten Betriebseinrichtungen des KFZ steht. Es genügt jeder ursächliche Zusammenhang (Brox, Besonders Schuldrecht, § 46 Rn 8, 9). Vorliegend stellte sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass das Fahrzeug den Radfahrer unstreitig nicht berührt hatte.

Dieser Umstand vermag den Zusammenhang nicht zu durchtrennen. Ein Schaden ist bereits dann „bei Betrieb“ entstanden, wenn sich die von einem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben und das Unfallgeschehen dadurch jedenfalls (mit-)geprägt wird (BGH, NJW 1991, 2568; NJW 2005, 2081).

Auf der Haftungsausfüllenden Seite stellt sich nun die Frage nach der Zurechnung der Verursachungsbeiträge, § 9 StVG i.V.m. § 254 I BGB. Hierbei ist die Betriebsgefahr des KFZ zu berücksichtigen, welche sich die Bekl. sicherlich zu ihren Lasten zurechnen lassen muss. Es stellte sich nun die Frage, ob weitere Verursachungsbeiträge des Bekl. zu 1 ersichtlich sind. Hier sind insbesondere Verkehrsverstöße zu prüfen. Es kam ein Verstoß gegen das Rechtsfahrgebot gem. § 2 II StVO in Betracht. Inhalt des Gebots ist, möglichst weit rechts zu fahren. Dies bedeutet in der Regel nicht, dass der Verkehrsteilnehmer gehalten wäre, sich soweit wie möglich rechts zu halten. Erforderlich ist nur ein Fahren angemessen weit rechts. Dieser Grundsatz gilt zwar nicht auf schmalen Straßen im unübersichtlichen Kurvenbereich (vgl. BGH, NZV 1996, 444);

hier ist äußerst rechts zu fahren, soweit hierdurch keine Fußgänger auf der rechten Seite gefährdet werden. Dies gilt auch und erst recht, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Fahrzeug beteiligt ist, welches eine überdurchschnittliche Breite aufweist. Nicht verlangt werden kann dagegen allerdings in der Regel ein Verlassen der Fahrbahn und ein teilweises Befahren eines unbefestigten Randstreifens. Allerdings reichten die Feststellungen hier diesbezüglich nicht aus.

Zu Lasten des Kl. ist ein erhebliches und grobes Eigenverschulden gem. § 254 I BGB an der Entstehung des Schadens zu berücksichtigen. Der Kl. hat in evidenter Weise gegen das Gebot des § 3 I StVO verstoßen. Im Hinblick auf den unübersichtlichen Straßenverlauf ist eine Geschwindigkeit in Höhe von 30 - 40 km/H sicherlich nicht angepasst. Zudem resultiert ein gewichtiger Beitrag aus dem Umstand, dass der Kl. keinen Schutzhelm trug. Irrelevant ist, dass es kein gesetzliches Gebot des Tragens eines Helms gibt. Es handelt sich um eine Obliegenheit, die von einer Rechtspflicht unabhängig ist (BGH, NJW 1997, 2234). Es liegt daher ein "Verschulden gegen sich selbst" vor (so BGH, NJW 1997, 2234), da der Geschädigte vorwerfbar eigene Interessen außer Acht gelassen hat. Allerdings ist erforderlich, dass sich der Betroffene nicht "verkehrsrichtig" verhalten hat, was sich nicht nur durch die geschriebenen Regelungen der StVO bestimmt, sondern auch durch die konkreten Umstände im Straßenverkehr sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern zumutbar ist, um die Gefahren zu minimieren (BGH, DAR 1979, 334). Die bisher vorherrschende Rechtsprechung hat einen aus dem Nichttragen eines Schutzhelms resultierenden Vorwurf des Mitverschuldens gegenüber Radfahrern verneint (vgl. etwa OLG Hamm, NZV 2001, 86; NZV 2002, 129; OLG Stuttgart, VRS 97, 15). An dieser Rechtsprechung kann nicht in jedem Fall festgehalten werden. Besondere Anforderungen können an Rennradfahrer gestellt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Sport nur hobbymäßig betrieben wird. Dies liegt daran, dass in der Regel hohe Geschwindigkeiten erzielt werden, wodurch ein gesteigertes Unfallrisiko entsteht. Also sind auch außerhalb von Radrennveranstaltungen (dort Helmpflicht seit 2004) für (Freizeit-)Radsportler Helme zu tragen. Dies gilt aber nicht, für reine Freizeitfahrer, da bei dieser Gruppe zum einen mangels hoher Geschwindigkeiten ein geringeres Verletzungsrisiko besteht, zum anderen zeichnet sich bisher keine entsprechende Übung ab.

Bei der Abwägung wurde hier die Beiträge so abgewogen, dass die Mitverschuldensanteile des Kl. so schwerwiegend waren, dass die Haftung des Bekl. nach dem StVG ausnahmsweise vollständig ausschied.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Helmpflicht beim Fahrradfahren: *Heß/Bur-*

mann, NJW-Spezial 2006, 500

Zur Entwicklung des Straßenverkehrsrechts allgemein: *Heß/Burmann*, NJW 2007, 486

Zur Gefährdungshaftung, insb. der des Kraftfahrzeughalters: *Garbe/Hagedorn*, JuS 2004, 287; *Jaeger*, ZGS 2004, 217; *Vogel*, ZGS 2002, 400; *Mattis*, JA 1997, 45; 141; *Medicus*, Jura 1996; 561; *Groß*, VersR 1996, 657; *Schopp*, MDR 1990, 884

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das verhängnisvolle Skateboard"

Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze (der Redaktion):

Das Tatbestandsmerkmal "bei Betrieb" i. S. der §§ 7 I, 18 I StVG ist erfüllt, obwohl es zwischen dem Traktor und dem klägerischen Fahrrad zu keiner Berührung kam. Ein Schaden ist bereits dann „bei Betrieb" entstanden, wenn sich die von einem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahren ausgewirkt haben und das Unfallgeschehen dadurch jedenfalls (mit-)geprägt wird.

Unschädlich ist, dass eine gesetzlich normierte Pflicht zum Tragen eines Fahrradhelms nicht besteht. Die Annahme eines entsprechenden Mitverschuldens i. S. des § 254 I BGB folgt aus dem Gebot, die eigenen Interessen zu wahren und dabei Sorgfalt walten zu lassen. Es handelt sich um eine Obliegenheit des Gläubigers, die nicht davon abhängt, dass er eine Rechtspflicht oder sogar eine sanktionsbewehrte Norm verletzt hat.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von den Bekl. Schmerzensgeld aus einem Verkehrsunfall, an dem der Kl. selbst mit seinem Rennrad und der Bekl. zu 1 als Fahrer des bei der Bekl. zu 2 haftpflichtversicherten Traktors beteiligt waren. Am Sonntag, 10. 07. 2005, gegen 11 Uhr befuhr der damals 67-jährige Kl. mit seinem Rennrad in Begleitung der Zeugen W und B die durch ländliches Gebiet führende N.-Straße (K35) im Bereich der Gemeinde I. Er trug an diesem Tag eine Rennfahrerbekleidung, hingegen keinen Schutzhelm. Der Kl. folgte den beiden ihm vorausfahrenden Zeugen mit einer Geschwindigkeit von circa 30-40 km/h in eine auf der N.-Straße gelegene scharfe Rechtskurve, in der die Sicht nach vorn durch eine rechts neben der Fahrbahn befindliche Hecke beeinträchtigt ist. Hinter dem Kurvenbereich näherte sich der Bekl. zu 1 mit dem von ihm befahrenen Traktor in entgegengesetzter Fahrtrichtung. An den Traktor angehängt war zum damaligen Zeitpunkt ein landwirtschaftliches Arbeitsgerät, ein so genannter Heuwender, durch das der Traktor die gesamte Breite der Fahrbahn von 2,90 m einnahm. Bei Ansicht der aus dem Kurvenbereich ausfahrenden

Zeugen W und B lenkte der Bekl. zu 1 den Traktor auf den unbefestigten rechten Randstreifen und hielt an, um den Zeugen ein Passieren des Traktors zu ermöglichen. Der nachfolgende Kl. dagegen kam mit seinem Rad im Ausgangsbereich der Kurve zu Fall, nachdem er eine Vollbremsung eingeleitet hatte und hierdurch bedingt das Hinterrad weggerutscht war. Infolge des Sturzes erlitt der Kl. schwere Kopfverletzungen, vornehmlich ein Schädelhirntrauma zweiten Grades sowie eine Schädel- und Mittelgesichtsfraktur.

Der Kl. hat behauptet, er sei den beiden Zeugen erst in einem erheblichen Abstand nachgefolgt. Der Bekl. zu 1 sei nach dem Passieren der Zeugen mit dem Traktor wieder zur Straßenmitte zurückgekehrt und weiter auf den Kurvenbereich zugefahren. Als er - der Kl. - die Rechtskurve durchfahren habe, habe der Traktor plötzlich wie eine Wand vor ihm gestanden, so dass er aus Schreck und um eine Kollision mit dem Traktor zu vermeiden, die Vollbremsung eingeleitet habe. Der Kl. hat die Auffassung vertreten, der Bekl. zu 1 habe durch seine Verhaltensweise gegen das gesetzliche Rechtsfahrgebot verstoßen, zumindest würde sich aber eine Haftung der Bekl. aus der Betriebsgefahr des Traktors ergeben. Der Kl. hat beantragt, die Bekl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld nebst 5% Zinsen über dem Basiszins seit dem 26. 1. 2006 zu zahlen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Dem Kl. steht gegenüber den Bekl. der geltend gemachte Schmerzensgeldanspruch nicht zu. Die vorliegend allein in Frage kommende Haftung des Bekl. zu 1 aus §§ 18 I, 11 S. 2 StVG, § 253 II BGB und der Bekl. zu 2 nach §§ 7 I, 11 S. 2 StVG, § 253 II BGB, § 3 Nrn. 1 und 2 PfIVG für die Betriebsgefahr des von dem Bekl. zu 1 gesteuerten Traktors tritt - wie das LG im Ergebnis zutreffend erkannt hat - im Hinblick auf das grobe Eigenverschulden des Kl. an der Entstehung des Schadens vollständig zurück.

1. Höhe des Verursachungsbeitrags der Bekl. bestimmt sich nur nach der Höhe der Betriebsgefahr

Die Bekl. müssen sich im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Verursachungsanteile nach § 9 StVG, § 254 I BGB lediglich die von dem Traktor ausgehende - durch den Anbau des Heuwenders und die dadurch bedingte Überbreite des Fahrzeugs - erhöhte Betriebsgefahr zurechnen lassen. Eine weitere Erhöhung der Betriebsgefahr, etwa infolge eines schuldhaften Verkehrsverstößes des Bekl. zu 1, kommt dagegen nicht in Betracht.

a. Merkmal "bei Betrieb" trotz fehlender Berührung des Traktors mit dem klägerischen Rad gegeben

Der Umstand, dass es zwischen dem Traktor und dem

klägerischen Fahrrad zu keiner Berührung kam, steht der Annahme einer Schadensentstehung „bei dem Betrieb“ des Traktors i. S. der §§ 7 1, 18 I StVG nicht entgegen. Ein Schaden ist bereits dann „bei dem Betrieb“ entstanden, wenn sich von einem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahren ausgewirkt haben und das Unfallgeschehen in dieser Weise durch das Kraftfahrzeug (mit-)geprägt wird (BGH, NJW 1991, 2568; NJW 2005, 2081). Dabei kann der Schaden auch dann auf die Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs zurückgeführt werden, wenn es nicht zu einer Berührung mit ihm gekommen ist (vgl. BGH, NJW 2005, 2081). Selbst ein Unfall infolge einer objektiv nicht erforderlichen Abwehr oder Ausweichreaktion eines anderen Verkehrsteilnehmers kann dem Betrieb des Kraftfahrzeugs zugerechnet werden, das die Reaktion ausgelöst hat (BGH, NJW 2005, 2081). Eine Mitursächlichkeit der bloßen Anwesenheit des betreffenden Kraftfahrzeugs genügt dabei.

Übertragen auf den vorliegenden Fall bestehen nach Auffassung des Senats keine vernünftigen Zweifel daran, dass sich der Unfall bei dem Betrieb des Traktors ereignet hat. Bereits die von den dem Kl. vorausfahrenden Zeugen eingeleiteten Bremsmanöver belegen hinreichend, dass der auf der Straße hinter der Kurve befindliche Traktor auch für den Kl. Anlass war, das Bremsmanöver mit seinem Fahrrad einzuleiten. Ob die Reaktion des Kl. im konkreten Fall auch angemessen und geboten gewesen ist, ist für die Frage der Betriebsbezogenheit ohne Relevanz (vgl. BGH, NJW 1988, 2802; OLG Hamm, DAR 2001, 34).

b. Entlastungsbeweis gem. § 18 I 2 StVG wurde vom Bekl. zu 1 nicht erbracht.

Es ist darüber hinaus - auch nach der vom Senat durchgeführten informatorischen Anhörung des Bekl. zu 1 - nicht davon auszugehen, dass dem Bekl. zu 1 der ihm obliegende Entlastungsbeweis nach § 18 I 2 StVG gelungen wäre.

Der Entlastungsbeweis des Fahrzeugführers kann nur dann als geführt angesehen werden, wenn hinreichend sicher feststeht, dass dieser sich in der konkreten Unfallsituation in jeder Beziehung korrekt verhalten hat (wobei allerdings nicht die Maßstäbe des Idealfahrers nach § 17 III StVG gelten). Etwaige Zweifel gehen hier zu Lasten des beweisbelasteten Fahrers. Vorliegend kann nach der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme jedenfalls nicht hinreichend sicher ausgeschlossen werden, dass der Bekl. zu 1 im unmittelbaren Vorfeld des Unfalls schuldhaft gegen Verkehrsvorschriften, namentlich gegen das Rechtsfahrgebot des § 2 II StVO verstoßen hat. Die Angaben der beiden vernommenen Zeugen W und B sind in diesem Punkt nicht frei von Widersprüchen und Unklarheiten (wie noch näher auszuführen sein wird) und lassen es jedenfalls als möglich erscheinen, dass der Bekl. zu 1 mit dem Traktor unmittelbar vor dem Sturz des Kl.

mittig die Straße befuhr und nicht äußerst rechts am Seitenstreifen stand.

c. Feststellung eines konkreten Verkehrsverstößes durch den Bekl. zu 1 nicht möglich

Ein konkreter schuldhafter Verkehrsverstoß des Bekl. zu 1 kann dagegen nicht hinreichend sicher festgestellt werden. Dies wäre aber erforderlich, um im Rahmen des § 254 BGB berücksichtigt werden zu können, da insoweit nur nachweislich ursächlich gewordene Gefahrenmomente Berücksichtigung finden (BGH, NJW 1995, 1029; zuletzt EBE/BGH 2007, 30), nicht also bloßes vermutetes Verschulden i. S. des § 18 StVG.

aa. Kein Fall des § 2 II StVO

Dem Kl. ist der Nachweis eines Verstoßes des Bekl. zu 1 gegen das Rechtsfahrgebot nicht gelungen.

Das nach § 2 II StVO geltende Gebot, möglichst weit rechts zu fahren, bedeutet in der Regel nicht, dass der Verkehrsteilnehmer gehalten wäre, sich äußerst bzw. soweit technisch möglich rechts zu halten. Erforderlich ist lediglich ein Fahren angemessen weit rechts. Dieser Grundsatz gilt zwar nicht auf schmalen Straßen im unübersichtlichen Kurvenbereich (vgl. BGH, NZV 1996, 444); hier ist äußerst rechts zu fahren, soweit hierdurch keine Fußgänger auf der rechten Seite gefährdet werden. Dies gilt auch und erst recht, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Fahrzeug beteiligt ist, welches eine überdurchschnittliche Breite aufweist. Nicht verlangt werden kann dagegen allerdings in der Regel ein Verlassen der Fahrbahn und ein teilweises Befahren eines unbefestigten Randstreifens.

Entgegen der Auffassung des Kl. war der Bekl. zu 1 danach nicht verpflichtet, mit den rechten Rädern seines Traktors den Grünstreifen zu befahren oder gar ganz die Straße zu verlassen und über das Feld zu fahren, zumal nicht sicher festgestellt werden kann, dass er den eigentlichen Kurvenbereich mit dem Traktor bereits erreicht hatte.

Vor diesem Hintergrund steht ein Verstoß des Bekl. zu 1 gegen das vorgenannte Rechtsfahrgebot nicht mit der erforderlichen Gewissheit fest. Zwar deuten die bereits oben erwähnten Aussagen der beiden Zeugen, der Bekl. zu 1 habe sich mit seinem Traktor mitten auf der Fahrbahn befunden, auf eine Verletzung dieses Gebots hin. Andererseits stehen diese Angaben aber in Widerspruch zu der konkreten Bekundung des Zeugen B, wonach die Position des Traktors zum Unfallzeitpunkt in etwa der Stellung entspreche, wie sie auf dem Lichtbild der Beiakte zu sehen sei.

Auf dem besagten Lichtbild aber ist erkennbar, dass sich der Traktor am äußersten rechten Rand der Fahrbahn befindet, mit den rechten Rädern sogar auf der seitlichen Fahrbahnbegrenzung steht. Dann aber hätte der Bekl. zu 1 in der Tat dem Gebot des § 2 II StVO entsprochen. Im Übrigen lassen sich die Angaben der Zeugen bezüglich einer mittigen Fahrposition des

Traktors auch mit dem optischen Gesamtbild der Ortlichkeit erklären. So erscheint es angesichts der schmalen Fahrbahn und des nahezu die gesamte Breite der Fahrbahn einnehmenden Traktors durchaus nachvollziehbar, dass der Eindruck eines „mitten“ auf der Fahrbahn befindlichen Fahrzeugs entsteht. Diesen Eindruck vermitteln auch die von der Polizei an dem Unfallort angefertigten Lichtbilder. Da sich letztlich auch nicht sicher klären ließ, ob und gegebenenfalls wie genau der Bekl. zu 1 nach dem Passieren der beiden Zeugen seine Fahrt mit dem Traktor noch fortsetzte, bevor der Kl. zu Sturz kam, verbleiben in jedem Fall auch im Hinblick auf die von dem LG durchgeführte Beweisaufnahme bedeutende Zweifel an der Behauptung des Kl., der Bekl. zu 1 habe gegen das Rechtsfahrgebot verstoßen. Diese Zweifel gehen hier zu Lasten des insoweit für das Verschulden des Bekl. zu 1 beweisbelasteten Kl..

bb. Kein Verstoß gegen § 3 I StVO

Auch ein Verstoß des Bekl. zu 1 gegen § 3 I StVO kann vorliegend nicht angenommen werden. (Wird ausgeführt.)

Demgegenüber hat vorliegend ein erhebliches und grobes Eigenverschulden des Kl. i. S. des § 254 I BGB bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt. Die Mithaftung des Kl. wird im Prinzip von ihm selbst nicht (mehr) in Zweifel gezogen. Jedenfalls im Rahmen der Berufungsbegründung hat der Kl. klargestellt, dass er sich bei der Bemessung des Schmerzensgelds ein hälftiges Mitverschulden anrechnen lässt.

2. Verstoß des Kl. gegen § 3 I StVO gegeben

Der Verstoß des Kl. gegen das Gebot des § 3 I StVO, mit den Verkehrsverhältnissen angepasster Geschwindigkeit zu fahren, ist evident. Die von ihm selbst eingeräumte Geschwindigkeit von 30-40 km/h ist deutlich überhöht vor dem Hintergrund, dass die von ihm befahrene Straße sehr schmal war, er in eine unübersehbare Kurve einfuhr und in dem betreffenden ländlichen Bereich jederzeit mit breiten landwirtschaftlichen Fahrzeugen im Begegnungsverkehr gerechnet werden muss. Der Umstand, dass die ihm vorausfahrenden Zeugen in der Lage waren, ihre Räder vor dem Traktor zum Stehen zu bringen, belegt zudem die Unfallursächlichkeit dieses Verkehrsverstoßes.

3. Mitverschuldensbeitrag durch fehlenden Schutzhelm

Ein weiteres erhebliches Mitverschulden des Kl. am Zustandekommen seiner Verletzungen sieht der Senat zudem in dem Umstand, dass der Kl. zum Unfallzeitpunkt keinen Schutzhelm trug.

a. Pflicht zum Tragen des Helms zwar gesetzlich nicht normiert, jedoch eine Obliegenheit

Dabei steht der Umstand, dass eine gesetzlich normierte Pflicht zum Tragen eines Fahrradhelms nicht be-

steht, der Annahme eines entsprechenden Mitverschuldens i. S. des § 254 I BGB grundsätzlich nicht entgegen. Denn bei dem Gebot, die eigenen Interessen zu wahren und dabei Sorgfalt walten zu lassen, handelt es sich um eine Obliegenheit des Gläubigers, die nicht davon abhängt, dass er eine Rechtspflicht oder sogar eine sanktionsbewehrte Norm verletzt hat (BGH, NJW 1997, 2234; Oetker, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2003], § 254 Rdnr. 3). Eine Selbstgefährdung wird durch die Rechtsordnung regelmäßig nicht verboten; gleichwohl sieht § 254 BGB als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Anspruchsminderung des Geschädigten vor, wenn er vorwerfbar die eigenen Interessen außer Acht lässt und ihn insofern ein „Verschulden gegen sich selbst“ trifft (BGH, NJW 1997, 2234). Gleichwohl erforderlich für die Annahme eines Mitverschuldensvorwurfs ist indes die Feststellung, dass sich der betroffene Geschädigte nicht „verkehrsrichtig“ verhalten hat, was sich nicht nur durch die geschriebenen Regeln der Straßenverkehrsordnung bestimmt, sondern durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern zumutbar ist, um diese Gefahr möglichst gering zu halten (BGH, DAR 1979, 334). Danach genügt es für eine Mithaftung des Kl. im vorliegenden Fall, wenn das Tragen von Schutzhelmen durch Rennradfahrer zur Unfallzeit im Sommer 2005 nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich war. Dies ist nach Auffassung des Senats zu bejahen.

Die bisher vorherrschende Rechtsprechung hat einen aus dem Nichttragen eines Schutzhelms resultierenden Vorwurf des Mitverschuldens gegenüber Radfahrern verneint (vgl. etwa OLG Hamm, NZV 2001, 86; NZV 2002, 129; OLG Stuttgart, VRS 97, 15; OLG Nürnberg, DAR 1991, 173; DAR 1999, 507; OLG Karlsruhe, NZV 1991, 25), zumeist mit der Begründung, eine allgemeine Verkehrsanerkennung der Notwendigkeit einer solchen Schutzmaßnahme sei (noch) nicht festzustellen.

Diese Feststellung hat allerdings bereits im Hinblick auf den seit den vorgenannten Entscheidungen vergangenen Zeitraum von mehreren Jahren nur noch bedingte Aussagekraft. Es steht außer Zweifel, dass sich gerade in den zurückliegenden Jahren die Akzeptanz von Fahrradhelmen grundsätzlich erhöht hat, mag auch die Anzahl der nicht helmtragenden Radfahrer zumindest innerorts noch deutlich überwiegen. Nach Auffassung des Senats kann die grundsätzliche Frage, ob das Nichttragen eines Schutzhelms einen vorwerfbareren Obliegenheitsverstoß darstellt, nicht pauschal für alle am Straßenverkehr teilnehmenden Radfahrer gleich beantwortet werden. Gerade im Hinblick auf die vollkommen unterschiedlichen Fahrweisen und die damit einhergehenden Gefahren und Risiken erscheint es vielmehr geboten, eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Radfahrergruppen vorzunehmen; auch

danach, ob der Radfahrer einen Radweg benutzt hat oder aber auf der Straße gefahren ist, wobei hier wieder zwischen innerorts und außerorts zu unterscheiden ist. Insofern kommt der Entscheidung des erkennenden Senats vom 12.06.2006 (NZV 2007, 38), in der ein Mitverschulden wegen Fahrens ohne Fahrradhelm abgelehnt wurde, keine allgemeingültige Bedeutung zu. Die Entscheidung beruhte auf den besonderen Umständen des zu beurteilenden Falls, bei dem ein zehnjähriges Kind mit einem BMX-Rad in einem kaum befahrenen Garagenhof zu Fall kam. Für solche Fälle hält der Senat an seiner vorgenannten, einen Mitverschuldensvorwurf ablehnenden Rechtsprechung ausdrücklich fest.

Dagegen erscheint nach Ansicht des Senats eine hiervon abweichende Betrachtungsweise bei Rennradfahrern, die das Radfahren - und sei es auch nur hobbymäßig außerhalb eines Vereins - als Sport betreiben, geboten. Bei dieser Gruppe von Radfahrern steht die Erzielung hoher Geschwindigkeiten im Vordergrund, wodurch naturgemäß ein gesteigertes Unfallrisiko und damit auch eine beträchtliche Steigerung der Eigengefährdung einhergehen. Dies gilt keineswegs nur für gesonderte Radrennveranstaltungen (für den Profibereich hat der Radsportweltverband UCI seit 2004 eine allgemeine Helmpflicht eingeführt), sondern auch und gerade für die sportliche Betätigung außerhalb von Sportveranstaltungen, bei der der Rennradfahrer mangels entsprechender Absperrungen und sonstiger Vorkehrungen in vollem Umfang den Gefahren des allgemeinen Straßenverkehrs ausgesetzt ist.

Während man dem herkömmlichen Freizeitradfahrer, der sein Gefährt als normales Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr ohne sportliche Ambitionen einsetzt, mangels entsprechender allgemeiner Übung nicht ohne Weiteres abverlangen kann, zu seinem eigenen Schutz vor Unfallverletzungen einen Sturzhelm zu tragen, ist die Lage bei besonders gefährdeten Radfahrergruppen wie etwa Radsport betreibenden Rennradfahrern anders zu beurteilen. Während man dem herkömmlichen Freizeitradfahrer, der sein Gefährt als normales Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr ohne sportliche Ambitionen einsetzt, mangels entsprechender allgemeiner Übung nicht ohne Weiteres abverlangen kann, zu seinem eigenen Schutz vor Unfallverletzungen einen Sturzhelm zu tragen, ist die Lage bei besonders gefährdeten Radfahrergruppen wie etwa Radsport betreibenden Rennfahrern anders zu beurteilen. In diesem Kreis ist auch die Akzeptanz von Schutzhelmen deutlich ausgeprägter als bei "normalen" Radfahrern.

Insofern kommt der bereits in der vorgenannten Entscheidung des Senats zitierten Statistik der Bundesanstalt für Straßenwesen, wonach der Anteil der helmtragenden Fahrradfahrer in den letzten Jahren lediglich 6 % betrug, keine erhebliche Aussagekraft zu, denn eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Radfahrergruppen findet hier nicht statt. Es bedarf aber

keiner exakten wissenschaftlichen Erhebungen, sondern lediglich einer aufmerksamen Beobachtung des täglichen Straßenverkehrs, um zu der Erkenntnis zu gelangen, dass das Tragen von Schutzhelmen bei Rennradfahrern weitaus häufiger und regelmäßiger anzutreffen ist, als bei herkömmlichen Fahrradfahrern. Dies entspricht im Übrigen auch den Erfahrungen des Senats aus zahlreichen Verkehrsunfallprozessen unter Beteiligung von Radfahrern der letzten Jahre. Insofern vermag die häufig getroffene Aussage, das Tragen eines Fahrradhelms entspreche noch keinem „allgemeinen Verkehrsbewusstsein“, in dieser Pauschalität nicht zu überzeugen.

Man kann der Annahme einer entsprechenden Obliegenheit auch nicht entgegenhalten, das Tragen eines Schutzhelms sei nicht geeignet, etwaige schwerwiegende (Kopf-) Verletzungen des Radfahrers zu verhindern und könne damit insgesamt vom Grundsatz her schon wegen vermeintlicher Unverhältnismäßigkeit keinem Radfahrer abverlangt werden (so Kettler, NZV 2007, 39, unter Verweis auf verschiedene internationale Studien). Es stellt nach Auffassung des Senats ein untrügliches Zeichen dar, dass gerade mit Unfallverletzungen befasste Mediziner seit Jahren eine allgemeine Helmpflicht für Radfahrer fordern (vgl. Ärztezeitung vom 17.04.2001: „Notärzte fordern Helmpflicht für Fahrradfahrer“; 14.05.2003: „Die Helmpflicht für alle Radfahrer könnte vielen das Leben retten“). Dementsprechend spricht sich auch die World Health Organization (WHO) in einer ihrer jüngsten Veröffentlichungen für eine Helmpflicht für sämtliche Zweiradfahrer aus. Internationale Studien der letzten 15 Jahre haben nach Recherchen der WHO gezeigt, dass beim Tragen eines Schutzhelms das Risiko von Kopfverletzungen um 69% zurückgehe, das Risiko von schweren Kopfverletzungen nehme sogar um 79% ab. Dies gelte für alle Altersgruppen und nicht nur für Stürze vom Fahrrad, sondern auch für Kollisionen mit Kraftfahrzeugen. Der Helm schütze dabei nicht nur das Gehirn, vielmehr würden auch Verletzungen des oberen und des mittleren Gesichtsschädels laut WHO um zwei Drittel reduziert („Heimets: A road safety manual for decision-makers and practitioners“, Geneva, World Health Organization 2006; zu weiteren Studien s. Furián/Hnatek-Petrak, ZVR 2006, 427).

Die danach grundsätzlich für ihren Sport betreibende Rennradfahrer bestehende Obliegenheit zum Tragen eines Schutzhelms trifft vorliegend auch den Kl. Dass seine zum Unfall führende Fahrt mit dem Rennrad nicht lediglich eine von ihm selbst so bezeichnete „reine Spazierfahrt“ war, sondern durchaus sportlichen Zwecken diene, lässt sich schon aus der von ihm am Unfalltag getragenen Rennfahrerbekleidung und der von dem Kl. selbst eingeräumten Fahrgeschwindigkeit unschwer ableiten. Das Verhalten des Kl. ist auch ohne Weiteres als fahrlässig einzustufen. Die Notwendigkeit eines Selbstschutzes durch das Tragen eines Fahr-

radhelms war für ihn nicht nur erkennbar; nach seinen eigenen Angaben im Rahmen der informatorischen Anhörung war sich der Kl. vielmehr sogar bewusst, dass das Tragen eines Schutzhelms beim Rennradfahren Teil des verkehrsgerechten Verhaltens ist. Seinem Argument, den Helm nur bei Gruppentouren wegen des Fahrens im Pulk bzw. in der Kolonne zu tragen, vermag der Senat nicht zu folgen. Gerade der vorliegende Fall zeigt anschaulich, dass eine Unterscheidung zwischen Fahrten in einer Kolonne und solchen in einer Kleingruppe hinsichtlich des Erfordernisses, einen Schutzhelm zu tragen, keine Berechtigung hat.

b. Ursächlichkeit der Obliegenheitsverletzung für die Kopfverletzung gegeben

Die folglich dem Kl. anzulastende Obliegenheitsverletzung war vorliegend auch ursächlich für die ausweislich der ärztlichen Berichte von dem Kl. erlittenen Kopfverletzungen. Für die Kausalität zwischen der Nichtbenutzung eines Schutzhelms und den meisten Kopfverletzungen spricht bereits der Beweis des ersten Anscheins. Gerade das im Vordergrund des Verletzungsbildes stehende Schädelhirntrauma und die diagnostizierte Schädel- und Mittelgesichtsfraktur stellen typische Verletzungen dar, deren Vermeidung ein Sturzhelm dient und - ausweislich der zitierten WHO-Studie - auch zu dienen imstande ist. Nach dem Beweis des ersten Anscheins spricht bereits die Vermutung dafür, dass es bei Beachtung der Heimpflicht(-Obliegenheit) nicht zu den schweren Verletzungen gekommen wäre, wenn sich in dem Unfall ge-

rade die Gefahr verwirklicht hat, deren Eintritt die Pflicht (Obliegenheit) verhindern wollte (BGH, NJW 1983, 1380, zu Kopfverletzungen eines Kraftradfahrers ohne Schutzhelm). Dies trifft auch und insbesondere auf den vorliegenden Fall zu.

4. Gesamtabwägung

Bei der danach vorzunehmenden Gesamtabwägung, inwieweit der konkrete Körperschaden des Kl. von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist, fällt im Ergebnis der auf die Betriebsgefahr des Traktors beschränkte Verantwortungsbeitrag der Bekl. nicht haftungsbegründend ins Gewicht. Zu deutlich überwiegt das grobe Eigenverschulden des geschädigten Kl., der nicht nur durch seine riskante und verkehrswidrige Fahrweise, sondern auch durch die leichtfertige Vernachlässigung seines Eigenschutzes den Unfall und seine Folgen maßgeblich verursacht hat. In der Summe wiegen diese klägerischen Mitverschuldensanteile so schwer, dass ausnahmsweise die Haftung der Bekl. nach dem StVG vollständig in den Hintergrund tritt. Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der zum 01.08.2002 eingetretenen Veränderung der Gesetzeslage. Auch nach der Änderung des § 7 II StVG kommt weiterhin ein vollständiges Zurücktreten der Betriebsgefahr gegenüber einem groben Verschulden des Geschädigten prinzipiell in Betracht (so auch OLG Celle, MDR 2004, 994; Lemcke, Zfs 2002, 318; teilweise a. A. Ch. Huber, Das neue SchadensersatzR, § 4 Rdnrn. 42 ff.).

Standort: Mobiliarsachenrecht

Problem: Eigentum an Pfandflaschen

BGH, URTEIL VOM 09.07.2007
II ZR 233 /05 (NJW 2007, 2913)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt Schadensersatz für die Vernichtung der von ihr verwendeten Mehrwegflaschen und macht Feststellungs- und Unterlassungsansprüche geltend.

Die Parteien vertreiben beide stilles Mineralwasser in 1,5 Liter Flaschen. Die Kl. verwendet ihre Flaschen fünfzehn Mal, wobei der Anschaffungswert je Flasche 0,173 € beträgt und jede mit einem Pfand in Höhe von 0,15 € belegt ist. Die Flaschen sind mit einem Erkennungszeichen der Kl. versehen; die Bezeichnung "GG-Pool" ist eingestanzt. In den AGB hat sich die Kl. das Eigentum an den Flaschen vorbehalten. Die Bekl. hingegen befüllt die Flaschen in ihrem Vertrieb nur einmal und erhebt ein Pfand in Höhe von 0,25 €. Bei der Rückgabe des Leergutes werden der Kl. in ihren Pfandkästen auch Flaschen anderer Betreiber zurückgegeben, u.a. auch Flaschen der Bekl. Auch umgekehrt befinden sich in den Kästen der Bekl. des öfteren Flaschen der Kl.. Während die Kl. vor der

Wiederbefüllung die Fremdflaschen aussortiert, lässt die Bekl. alle aus dem Handel zurücklaufenden Flaschen nach der Auszahlung des Pfands zerkleinern und verwendet das Rohmaterial erneut.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb erfolglos. Hiergegen wendet sich die Kl. mit der - von dem BerGer. zugelassenen - Revision.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung befasst sich mit der Rechtsfrage, in wessen Eigentum Pfandflaschen stehen. Der erkennende Senat stellt heraus, dass die Kl. durch den Verkauf ihres Wassers an den Großhandel und den weiteren Vertrieb des Wassers bis zum Endverbraucher das Eigentum an den Verkehr gebrachten Flaschen nicht verloren hat. Werden Getränke in Einheitsflaschen (= Flaschen, die nicht aufgrund einer dauerhaften Kennzeichnung als Eigentum eines Herstellers oder Vertreibers zugeordnet werden können) verkauft, erstreckt sich der Eigentumsübergang nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Flasche selbst (Hellmann,

JuS 2001, 353, 354; Martinek, JuS 1989, 268; ders., JuS 1987, 514). Dies gilt auf allen Vertriebsstufen und selbst dann, wenn der Hersteller/Vertreiber in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Eigentumserwerb an der Flasche ausdrücklich ausgeschlossen hat. Eine solche Vereinbarung wäre auf ein unmögliches und unzulässiges Verhalten gerichtet und deshalb unbeachtlich. Anders verhält es sich bei Individualflaschen (= Mehrwegflaschen sind dauerhaft so gekennzeichnet, dass sie sich von Flaschen anderer Hersteller/Vertreiber unterscheiden und eindeutig als Eigentum eines bestimmten Herstellers erkennbar sind). Dort verbleibt das Eigentum an den Flaschen beim Hersteller/Vertreiber und wird auch auf den nachfolgenden Handelsstufen nicht an den Erwerber des Flascheninhalts übertragen (OLG Köln ZIP 1980, 1096; Martinek, JuS 1989, 268). Ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn die Flasche nicht einem bestimmten Hersteller, wohl aber einer geschlossenen Herstellergruppe zugeordnet werden kann (für einen Eigentumsübergang z.B. bei der "Brunneneinheitsflasche": OLG Köln ZIP 1980, 1098) ließ der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Hier waren die Flaschen dauerhaft gekennzeichnet, so dass die Kl. einen Verlust des Eigentums nicht zu verzeichnen hatte. Ein Eigentumsverlust tritt auch nicht dadurch ein, dass ein gutgläubiger Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 929, 932 I BGB vorliegt. Ein gutgläubiger Eigentumserwerb scheiterte hier jedoch am fehlenden guten Glauben der Bekl. bzw. der mit dem Leergut beauftragten Personen. Für die Bekl. und die von ihr eingeschalteten Personen war wegen der Kennzeichnung der Flaschen auch bei nur durchschnittlicher Aufmerksamkeit erkennbar, dass der Großhandel ihr Leergut nicht sortenrein zurücklieferte und auch zur Übertragung des Eigentums an den Flaschen der Kl. nicht berechtigt war.

Das Feststellungs- und Unterlassungsbegehren wurden antragsgemäß zugunsten der Kl. beschieden. Die Bekl. kann zu ihren Gunsten an den geleerten Flaschen weder ein originäres (von der Kl. selbst eingeräumt) noch ein abgeleitetes Besitzrecht (von dem Großhändlern abgeleitet) einwenden, § 986 I BGB. Auch ist der Herausgabeanspruch nicht eingeschränkt. Es ist der Bekl. nicht freigestellt, ob sie die Flaschen an die Kl. herausgeben oder den Pfandbetrag verfallen lassen will. Einem derartigen Wahlrecht steht bereits der mit der Pfanderhebung verfolgte Zweck entgegen. Es wird beim Verkauf nur ein leiheähnliches Verhältnis geschlossen, so dass nach dem Genuss des Getränks die Flasche zurück zu gewähren ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass nun auch der Endverbraucher befürchten muss, dass ihn der Hersteller auf die Herausgabe der Flaschen verklagt. Dies deshalb, weil es sich bei dem Getränkevertrieb um ein Massegeschäft handelt.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Vernichtung der Flaschen wurde jedoch verneint. Dies liegt daran, dass der Kl. keinen Schaden erlitten hat, weil der entfallende Pfand den wirtschaftlichen Wert der Flaschen deutlich übersteigt und daher eine Schadenskompensation vorliegt.

Vertiefungshinweise:

Zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen: *BGH*, RA 2005, 497 = *NJW* 2005, 2222 (Eigentum am Sparbuch); *BGH*, RA 2004, 291 = *NJW* 2004, 937 (Aufstellen von Antennen)

Zum Herausgabeanspruch: *Roth*, JuS 1997, 518; 710; 897; 1087; *Kindl*, JA 1996, 23; *Seidel*, JZ 1993, 180; *Schreiber*, Jura 1992, 356; 533; *Hager*, JuS 1987, 877; *Berg*, JuS 1971, 522; 636;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der vielseitige Besitzer"

Assessorkurs: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

a) Der Eigentümer einer individualisierten - aufgrund einer dauerhaften Kennzeichnung als sein Eigentum ausgewiesenen - Mehrwegpfandflasche verliert das Eigentum an der Flasche weder durch den Verkauf des Getränkes an den Großhandel noch durch den weiteren Vertrieb des Getränkes bis zum Endverbraucher.

b) Er kann von seinen Konkurrenten Herausgabe seiner leeren Flaschen fordern und sie wegen der Vernichtung seiner Flaschen auf Unterlassung und grundsätzlich auch auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

c) Auf den durch den Verlust seiner Flaschen entstandenen Schaden muss er sich den vereinnahmten Pfandbetrag anrechnen lassen.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt unter Berufung auf ihr Eigentum Schadensersatz für die Vernichtung der von ihr verwendeten Mehrwegflaschen und macht Feststellungs- und Unterlassungsansprüche geltend.

Beide Parteien vertreiben auf dem deutschen Markt stilles Mineralwasser in 1,5 Liter Kunststoffflaschen. Die Kl. füllt ihr Wasser in - nach ihren Angaben bis zu fünfzehn Mal wieder verwendbare - Mehrwegflaschen ab, deren Anschaffungskosten sie mit 0,173 bezziffert und die sie mit einem Pfand von 0,15 belegt. Die Flaschen der Kl. sind mit der Einstanzung "GG-Pool" versehen. In ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat sich die Kl. das Eigentum an den von ihr verwendeten Flaschen ausdrücklich vorbehalten; dort heißt es außerdem, dass der Abnehmer verpflichtet ist, das - ihm nur zur bestimmungsgemäßen Verwendung über-

lassene - Leergut unverzüglich an die Kl. zurückzugeben (Nr. 8 u. 9 der AGB). Die Bekl. hingegen befüllt die von ihr verwendeten Flaschen, für die sie ein Pfand von 0,25 € erhebt, nur einmal. Bei Rückgabe des Leerguts werden der Kl. in ihren Pfandkästen auch Flaschen anderer Vertreter, u.a. solche der Bekl. überlassen, während umgekehrt mit dem Leergut der Beklagten auch Flaschen der Kl. angeliefert werden. Während die Kl. im Rahmen der Wiederbefüllung die Fremdfaschen aussortiert, lässt die Bekl. sämtliche aus dem Handel zurücklaufenden Flaschen nach Auszahlung des Pfandes durch Drittfirmen in Frankreich zerkleinern und verwendet das Rohmaterial erneut.

Mit der Klage hat die Kl. zuletzt Schadensersatz für die Vernichtung von 728.552 - in das Vertriebssystem der Bekl. gelangten - Mehrwegpfandflaschen verlangt, deren Zeitwert sie je Flasche mit 0,0865 € beziffert hat. Sie begehrt außerdem die Feststellung, dass die Bekl. zur Herausgabe der in ihrem Besitz befindlichen oder dorthin gelangenden Flaschen der Kl. verpflichtet ist, sowie die Unterlassung künftiger Vernichtung ihrer Flaschen.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb erfolglos. Hiergegen wendet sich die Kl. mit der - von dem BerGer. zugelassenen - Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kl. ist teilweise begründet und führt - da weitere tatrichterliche Feststellungen nicht in Betracht kommen - unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Feststellung der Herausgabepflicht der Bekl. sowie zu ihrer Verurteilung, die Vernichtung der Flaschen der Kl. zu unterlassen.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der Kl. habe zwar durch die Auslieferung der Flaschen und den Erwerb des Wassers durch den Endverbraucher ihr Eigentum an ihren Flaschen nicht verloren. Allerdings führten die Vorstellungen des Rechtsverkehrs und eine lebensnahe Betrachtung dazu, dass in der Vertriebskette kein Besitzer einer Pfandflasche - der Endkunde ebenso wie der Groß- und Einzelhändler - davon ausgehen müsse, zu deren Rückgabe verpflichtet zu sein. Der Besitzer einer solchen Pfandflasche könne daher wählen, ob er dem Eigentümer die Flasche zurückgebe oder stattdessen durch "Verfallenslassen" des von ihm gezahlten Pfandbetrages Schadensersatz leiste. Diese "Ersetzungsbefugnis" gehe auf jeden Besitzer über, der die Flasche gegen Erstattung des eingesetzten Pfandbetrages zurücknehme.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprü-

fung nicht in allen Punkten stand.

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann die Kl. als Eigentümerin der von ihr in den Verkehr gebrachten Flaschen die Feststellung verlangen, dass die Bekl. verpflichtet ist, die in ihren Besitz gelangenden oder dort befindlichen Flaschen der Kl. herauszugeben. Ebenso hat sie Anspruch auf die Verurteilung der Bekl., die Vernichtung solcher Flaschen zu unterlassen. Der Bekl. steht weder ein Recht zum Besitz an den Flaschen noch die Befugnis zu, die Herausgabe der Flaschen zu verweigern und im Gegenzug auf die Erstattung des Pfandbetrages zu verzichten.

1. Kl. ist Eigentümerin der Flaschen

Im Ausgangspunkt noch zutreffend geht das BerGer. allerdings davon aus, dass die Kl. durch den Verkauf ihres Wassers an den Großhandel und durch den weiteren Vertrieb des Wassers bis zum Endverbraucher das Eigentum an den von ihr in den Verkehr gebrachten Flaschen nicht verloren hat.

a. Kriterium der Kennzeichnung der Flaschen durch Individualisierungsmerkmale

Die Beantwortung der Frage, ob beim Verkauf von Getränken in mehrfach verwendeten Pfandflaschen auch das Eigentum an der Flasche übertragen wird, hängt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der ihr folgenden herrschenden Auffassung in der Literatur entscheidend davon ab, ob die verwendete Flasche aufgrund einer dauerhaften Kennzeichnung als Eigentum eines bestimmten Herstellers oder Vertreibers ausgewiesen ist, ob sie einer Herstellergruppe zugeordnet werden kann oder ob es sich um eine so genannte Einheitsflasche handelt, die keine Individualisierungsmerkmale aufweist und von unbestimmt vielen Herstellern verwendet wird. Werden Getränke in derartigen Einheitsflaschen verkauft, erstreckt sich der Eigentumsübergang nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Flasche selbst (BGH, Urt. v. 05.10.1955 - IV ZR 302/54, LM § 50 ZPO Nr. 6 = NJW 1956, 298; OLG Düsseldorf BB 1948, 524; OLG Stuttgart WRP 1990, 778; Hellmann, JuS 2001, 353, 354; Martinek, JuS 1989, 268, 269; ders., JuS 1987, 514, 515 f.; Schäfer/Schäfer, ZIP 1983, 656, 659; Kollhosser/Bork, BB 1987, 909, 914 f.; Soergel/Habersack, BGB 13. Aufl. § 1204 Rdn. 33). Dies gilt gleichermaßen auf allen Vertriebsstufen und selbst dann, wenn der Hersteller/Vertreiber in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Eigentumserwerb an der Flasche ausdrücklich ausgeschlossen hat. Eine solche Vereinbarung wäre auf ein unmögliches und unzulässiges Verhalten gerichtet und deshalb unbeachtlich (BGH aaO; h.M. vgl. z.B. Martinek aaO; Kollhosser/Bork aaO; Schäfer/Schäfer aaO). Denn durch die Vermengung von Flaschen verschiedener Hersteller kommt es zwangsläufig zu einem Eigentumsverlust des einzelnen Herstellers (§§ 948 I, 947 I BGB). Mit der

Rückgabe von Flaschen gleicher Art und Güte, die jedenfalls im Miteigentum eines anderen Herstellers stehen könnten, würde in dessen Eigentumsrechte eingegriffen.

Anders verhält es sich hingegen, wenn die verwendeten Mehrwegflaschen dauerhaft so gekennzeichnet sind, dass sie sich von Flaschen anderer Hersteller/Vertreiber unterscheiden und eindeutig als Eigentum eines bestimmten Herstellers erkennbar sind. Bei derartigen Individualflaschen verbleibt das Eigentum an den Flaschen beim Hersteller/Vertreiber und wird auch auf den nachfolgenden Handelsstufen nicht an den Erwerber des Flascheninhalts übertragen (BGH, Urt. v. 26.11.1953 - IV ZR 139/53, LM § 989 Nr. 2; BGH, Urt. v. 10.04.1956 - I ZR 156/54, LM § 1004 Nr. 27; OLG Köln ZIP 1980, 1096 f.; Martinek, JuS 1989, 268 f.; Hellmann aaO; Schäfer/Schäfer aaO S. 657 ff.; Klinger, AbfallR 2003, 244; Kollhosser/Bork aaO S. 911 f.; a.A. bezüglich Bierkästen LG Darmstadt ZIP 1980, 113, 114; wohl auch OLG Celle BB 1967, 778 f.).

Uneinigkeit besteht hingegen darüber, ob sich an dieser Beurteilung etwas ändert, wenn die Flasche zwar nicht einem bestimmten Hersteller, wohl aber einer geschlossenen Herstellergruppe zugeordnet werden kann (für einen Eigentumsübergang z.B. bei der "Brunneneinheitsflasche": OLG Köln ZIP 1980, 1098, 1099 f.; LG Darmstadt aaO; Hellmann aaO; Klinger aaO S. 244 f.; Martinek aaO S. 272; dagegen: OLG Stuttgart aaO; OLG München GRUR 1980, 1010, 1011 f.; OLG Köln NJW-RR 1988, 373, 374; Kollhosser/Bork aaO S. 912 ff.; Schäfer/Schäfer aaO S. 659 f.; Baur, ZIP 1980, 1101). Dies bedarf hier keiner Entscheidung.

b. Kennzeichnung der Flaschen mit der eingepprägten Bezeichnung "GG-Pool"

Bei den von der Kl. verwendeten Flaschen handelt es sich um individualisierte Flaschen, an denen der Kunde - wenn er den Flascheninhalt kauft - kein Eigentum erwirbt. Durch die in die Flaschen der Kl. eingepprägte Bezeichnung "GG-Pool" unterscheiden sich deren Flaschen objektiv von allen anderen auf dem deutschen Markt vertriebenen Flaschen und lassen ihre Herkunft von einem bestimmten Hersteller erkennen. Anders als die Bekl. offenbar meint, ist es darüber hinaus nicht erforderlich, dass die Flaschen mit Hilfe des angebrachten Herkunftszeichens - auch nach Ablösung des Etiketts - von jedem Dritten der Kl. zugeordnet werden können. Aus der bisherigen Rechtsprechung, der sich die h.M. (vgl. z.B. Kollhosser/Bork aaO S. 911; Martinek aaO S. 268 f.) angeschlossen hat, ergibt sich das Gegenteil. So hat das OLG Köln (ZIP 1980, 1096 f.) die Bodenprägung "F", der Bundesgerichtshof (Urt. v. 26.11.1953 - IV ZR 139/53 aaO) sogar den - durch das abgefüllte eisenhaltige Wasser entstandenen - Belag in einer Einheitsflasche als Indivi-

dualisierungsmerkmal genügen lassen.

Einem Eigentumserwerb an den Flaschen im Vertragsverhältnis der Kl. zu ihren Großhändlern stehen bereits die AGB der Kl. (Nr. 8) entgegen, aus denen sich eindeutig ergibt, dass die Kl. ihr Eigentum an den von ihr in den Verkehr gebrachten Flaschen behalten und es gerade nicht auf ihre Vertragspartner übertragen will. Auch auf den weiteren Handelsstufen vom Großhändler zum Zwischen-/Einzelhändler und von diesem zum Endkunden wird ein Eigentumserwerb an den Flaschen weder ausdrücklich vereinbart noch ergibt er sich aus den Umständen oder der Interessenlage. Abgesehen von der gesonderten Abrechnung des Pfandes wird gerade aus der individuellen Kennzeichnung der Flaschen der Wille des Herstellers erkennbar, die Flaschen zurück zu bekommen und sie deshalb nur zur vorübergehenden Benutzung und nicht zu Eigentum zu überlassen (BGH, Urt. v. 10.04.1956 - I ZR 165/54 aaO; Kollhosser/Bork aaO S. 911; Soergel/Habersack aaO § 1204 Rdn. 33).

c. Kein Verlust des Eigentums durch Rücknahme auch fremder Flaschen

Anders als die Bekl. meint, verliert die Kl. nicht deshalb ihr Eigentum, weil sie "freiwillig" auch fremde Flaschen zurücknimmt und den Pfandbetrag von 0,15 auch für solche Flaschen erstattet. Zum einen hat sich die Kl. darauf berufen, dass der Großhandel nicht bereit sei, vor Rücklieferung ihrer Getränkekästen Fremdfflaschen auszusortieren und ihr selbst aus organisatorischen Gründen wegen der täglich bei ihr zurücklaufenden Leergutmenge ein Aussortieren der Fremdfflaschen bei Anlieferung nicht möglich sei. Zum anderen würde die Kl. auch bei "freiwilliger" Rücknahme fremder Flaschen das Eigentum an ihren gekennzeichneten Flaschen nicht verlieren. Anders als in der von der Revisionserwiderung herangezogenen Entscheidung des OLG Celle (BB 1967, 778 f.) verwendet die Kl. das in ihren Besitz gelangende fremde Leergut nicht, sondern lässt es vor der erneuten Befüllung ihrer Flaschen aussortieren. Ebenso wenig steht der Umstand einem Verbleib des Eigentums bei der Kl. entgegen, dass die Kl. mehrere Großhändler beliefert und diese deshalb möglicherweise nicht in der Lage sind, der Kl. dieselben Flaschen zurückzugeben, die sie von ihr erhalten haben. Großhändler und Weiterverkäufer sind auch bei Annahme einer leiheähnlichen Gebrauchsüberlassung ohne Eigentumsübergang schuldrechtlich nur verpflichtet, der Kl. eine entsprechende Anzahl ihrer Flaschen zurückzugeben (vgl. z.B. Kollhosser/Bork aaO S. 911).

d. Kein Eigentumsverlust aufgrund eines gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten

Das Eigentum der Kl. an den von ihr in den Verkehr gebrachten Flaschen ist nicht untergegangen, weil die Bekl. von dem jeweiligen Großhändler bei Übergabe

dieser Flaschen zusammen mit ihrem eigenen Leergut gutgläubig das Eigentum an den Flaschen der Kl. erworben hat. Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (§ 932 BGB) scheitert am fehlenden guten Glauben der Bekl. bzw. der in ihrem Vertriebssystem mit der Annahme des Leerguts beauftragten Personen. Für die Bekl. und die von ihr eingeschalteten Personen war wegen der besonderen Kennzeichnung der Flaschen der Kl. auch bei nur durchschnittlicher Aufmerksamkeit jedenfalls erkennbar, dass der Großhandel ihr Leergut nicht sortenrein zurücklieferte und auch zur Übertragung des Eigentums an den Mehrwegflaschen der Kl. nicht berechtigt war (vgl. BGH, Urt. v. 10.04.1956 - I ZR 165/54 aaO).

2. Feststellungsbegehren und Unterlassungsbegehren haben Erfolg

Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. jedoch angenommen, dass dem auf Herausgabe der Flaschen gerichteten Feststellungsbegehren ebenso wie dem Unterlassungsbegehren der Kl. ein Recht der Bekl. zum Besitz und darüber hinaus die Befugnis entgegen stehe, über die Flaschen der Kl. zu verfügen und im Gegenzug auf die Erstattung des erhobenen Pfandbetrages zu verzichten.

a. Weder originäres noch derivatives Besitzrecht gegeben

Die Bekl. hat gegenüber der Kl. kein Recht zum Besitz an den - entleerten - Flaschen der Kl.. Ein solches Besitzrecht hat die - nicht in vertraglichen Beziehungen zur Kl. stehende - Bekl. weder von der Kl. selbst erlangt noch konnte es ihr von den Großhändlern verschafft werden, die das Leergut der Kl. bei ihr angeliefert haben. Denn diese Großhändler hatten selbst an den leeren Flaschen der Kl. kein Recht zum Besitz, das sie an die Bekl. weitergeben konnten und durften. Ständen sie außer zu der Bekl. auch in vertraglicher Beziehung zur Kl., ergibt sich ihr mangelndes Besitzrecht an den leeren Flaschen und die fehlende Befugnis zur Besitzüberlassung an die Bekl. unmittelbar aus den AGB der Kl., nach deren Nummer 8 der Abnehmer verpflichtet ist, Leergut unverzüglich an die Kl. zurückzugeben. War dies nicht der Fall, hatten die Großhändler ebenfalls kein - gegenüber der Kl. wirksames - Recht zum Besitz. Dieses konnten sie nicht von Dritten herleiten. Alle in der Vertriebskette der Kl. stehenden Personen, denen der Besitz von dem jeweils höherstufigen Besitzer bis zum Großhändler überlassen wurde, sind der Kl. gegenüber nicht zum Besitz an deren leeren Flaschen berechtigt, weil ihnen die - nach den vertraglichen Vereinbarungen der Kl. zur unverzüglichen Herausgabe der leeren Flaschen verpflichteten - Großhändler ein solches Besitzrecht nicht verschaffen konnten. Ist die Zwischenperson dem Eigentümer nicht - mehr - zum Besitz berechtigt, kann der Eigentümer gem. § 986 I 2 BGB Herausgabe an sich selbst verlangen (Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl. §

986 Rdn. 7 f.; Münch-KommBGB/Medicus 4. Aufl. § 986 Rdn. 25). Anders als die Revisionserwiderung offenbar meint, ändert sich an der Herausgabeverpflichtung der Bekl. auch dann nichts, wenn der - auch in Vertragsbeziehung zur Kl. stehende - Großhändler bei Übergabe der Flaschen an die Bekl. seinen (Fremd-)Besitz an den leeren Flaschen der Kl. aufgegeben und der Bekl. Eigenbesitz verschafft hat. Die - unbefugte - Überlassung des Besitzes an die Bekl. verschafft dieser kein eigenes Besitzrecht gegenüber der Kl..

b. Keine Einschränkung des Herausgabeanspruchs

Entgegen der Auffassung des BerGer. ist es der Bekl. nicht freigestellt, ob sie die Flaschen an die Kl. herausgeben oder aber den Pfandbetrag verfallen lassen will. Dem steht das - an den leeren Flaschen fortbestehende - Eigentum der Kl. entgegen (vgl. oben II 1). Anders als das BerGer. meint, fehlt für eine - den Herausgabeanspruch der Kl. einschränkende - einvernehmliche Abrede zwischen allen am Vertriebssystem der Kl. Beteiligten jegliche Grundlage. Dem Begriff der "Pfandflasche" kann nach dem objektiven Empfängerhorizont ein derartiges vom BerGer. bejahtes "Wahlrecht" keineswegs entnommen werden. Dem steht der mit der Erhebung eines Flaschenpfandes verfolgte Zweck entgegen. Das Pfand soll bei den - von der Kl. verwendeten - individualisierten Mehrwegflaschen, die beim Verkauf des Getränkes Eigentum des Herstellers bleiben und den Abnehmern - aufgrund eines leiheähnlichen Vertrages - nur zum vorübergehenden Gebrauch überlassen werden, gerade die Rückgabe der Flaschen an den Eigentümer sicherstellen. Dass der Endverbraucher, wenn er nach Leerung des Flascheninhalts eine Mehrwegflasche der Kl. nicht in ihr Vertriebssystem zurückführt, nicht befürchten muss, auf Herausgabe der Flasche in Anspruch genommen zu werden, beruht auf dem Charakter des Getränkevertriebs als Massengeschäft. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, jedenfalls dem Endverbraucher sei von der Kl. eine derartige "Ersetzungsbefugnis" eingeräumt. Aus den AGB der Kl., die ihre unmittelbaren Vertragspartner ausdrücklich zur unverzüglichen Rückgabe der Flaschen verpflichten, ergibt sich das Gegenteil. Diese Regelung lässt - ebenso wie die Zielrichtung des Flaschenpfandes - keinen Raum für die Annahme, die Kl. biete den Besitzern ihrer - entleerten - Pfandflaschen an, diese gegen Verfall des eingesetzten Pfandgeldes zu Eigentum zu erwerben und wie ein Eigentümer über sie zu verfügen. Vielmehr steht der Kl. als Eigentümerin ein Herausgabeanspruch zu; ebenso kann sie sich gegen die Vernichtung der als ihr Eigentum gekennzeichneten Flaschen wehren (BGH, Urt. v. 26.11.1953 - IV ZR 139/53 aaO; BGH, Urt. v. 10.04.1956 - I ZR 165/54 aaO für die Fremdbefüllung der Flaschen; Kollhoser/Bork aaO S. 912; Schäfer/Schäfer aaO S. 658; a.A. wohl Baur aaO S. 1102, der wohl jedenfalls dem End-

verbraucher eine Ersetzungsbefugnis zubilligt).

c. Gegenrüge ist unbeachtlich., § 286 ZPO

Ohne Erfolg beruft sich die Revisionserwiderung darauf, nach dem Vortrag der Bekl. könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Bekl. im Besitz von Flaschen der Kl. sei oder sich jemals im Besitz solcher Flaschen befunden habe. Diese Gegenrüge (§ 286 ZPO) geht fehl.

Für das Revisionsverfahren ist das aus dem Berufungsurteil ersichtliche - unstreitige - Parteivorbringen i.S. von § 559 I ZPO zugrunde zu legen, zu dem auch der in Bezug genommene Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils gehört. Dieses aus dem Berufungsurteil ersichtliche Parteivorbringen erbringt nach § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der Berufungsinstanz. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll, nicht jedoch durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden (BGHZ 140, 335, 339). Eine etwaige Unrichtigkeit derartiger tatbestandlicher Darstellungen im Berufungsurteil kann ebenso wie eine solche des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden (st.Rspr. vgl. Sen.Urt. v. 08.01.2007 - II ZR 334/04, NZG 2007, 428, 429; Musielak/Ball, 5. Aufl. § 559 ZPO Rdn. 15).

Nach dem - danach für das Revisionsverfahren gem. §§ 314, 559 ZPO bindenden - Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils "lässt die Bekl. die aus dem Handel zurücklaufenden Flaschen von Drittunternehmen in Frankreich zerschreddern". Dies bedeutet, dass die Bekl. die tatsächliche Gewalt über diese Flaschen erlangt und darüber entscheidet, wie mit ihrem - nicht sortenreinen, auch Flaschen der Kl. enthaltenden -

Leergut verfahren werden soll.

III. Kein Anspruch auf Schadensersatz

Im Ergebnis zutreffend hat das BerGer. jedoch einen Schadensersatzanspruch der Kl. wegen Vernichtung ihrer Flaschen verneint.

Einem solchen Anspruch steht entgegen, dass der Kl. durch die Vernichtung ihrer Flaschen kein - über das im Falle der Nichterfüllung der Rückgabepflicht verfallene Pfand hinausgehender - Vermögensschaden entstanden ist. Vielmehr ist der - von ihr selbst behauptete - wirtschaftliche Wert ihrer von der Bekl. zerstörten Flaschen in Höhe von 0,0865 € je Flasche sogar deutlich geringer als der ihr für jede Flasche bei Abgabe zugeflossene Pfandbetrag in Höhe von 0,15 €. Diesen Betrag, den sie im Falle der Rückgabe ihres Leergutes auch der Bekl. zu vergüten verpflichtet gewesen wäre, weil die Kennzeichnung ihrer Flaschen als Pfandflaschen das Angebot an jedermann beinhaltet, ihre Flaschen gegen Erstattung des gezahlten Pfandes zurückzunehmen (vgl. Sen.Urt. v. 09.07.2007 - II ZR 232/05), muss sie sich auf den durch den Verlust der Flaschen entstandenen Schaden anrechnen lassen (BGH, Urt. v. 26.11.1953 - IV ZR 139/53 aaO a.E.). Hiergegen kann die Kl. nicht mit Erfolg einwenden, ihr Pfandkonto sei ausgeglichen, weil sie ihren Großhändlern für die bei ihr angelieferten Fremdfaschen Pfand ausbezahlt habe. Dieser Vorgang steht mit der Schaden verursachenden Zerstörung ihrer Flaschen ebenso wenig in dem erforderlichen adäquaten Ursachenzusammenhang wie mit ihrer Verpflichtung, dem jeweiligen Besitzer ihrer Flaschen bei deren Rücklieferung den sich aus dem Flaschenetikett ergebenden Pfandbetrag zu erstatten.

Standort: Vollstreckungsrecht

Problem: § 767 I ZPO analog

BGH, BESCHLUSS VOM 23.08.2007
VII 115/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Kosten des Rechtsstreits nach übereinstimmender Erledigungserklärung. Die Kl. wendet sich mit der Klage gegen die Vollstreckung aus einem Versäumnisurteil, welches durch einen späteren Vergleich gegenstandslos geworden ist.

Der Bekl. hatte gegen die Kl. ein Versäumnisurteil erwirkt, wonach die Kl. an den Bekl. ca. 40.000 Euro nebst Zinsen zu zahlen hatte. Der Bekl. hatte einen Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung gegen die Kl. aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil beauftragt und erwirkte weiterhin einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bzgl. des Anspruchs der Kl. gegenüber ihrer Bank, der dem Bekl. auch zur Einziehung überwiesen wurde. Nach fristgemäßem Einspruch wurde das Verfahren im Einspruchstermin

durch Vergleich beendet. Im Vergleich verpflichtete sich die Kl. zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 16.250 Euro den Bekl., der Bekl. verpflichtete sich, sämtliche Pfändungsmaßnahmen unverzüglich einzustellen. Unter dem 19.06.2006 teilte der Bekl. mit, dass er den zu vollstreckenden Betrag auf 16.250 Euro reduziert habe. Sofern der Betrag eingetrieben sei, würden die Vollstreckungsmaßnahmen im Übrigen zurückgenommen. Am 05. und 06.07.2006 forderte die Kl. den Bekl. auf, die Vollstreckungsmaßnahmen für gegenstandslos zu erklären. Dies wurde der Kl. von der Bekl. unter dem 07.07.2006 auch bestätigt und erfolgte mit Schreiben des Bekl. vom 10.07.2006 schließlich auch.

Die Vollstreckungsabwehrklage wurde am 06.07.2006 anhängig gemacht. Am 29.08.2006 händigte der Bekl. der Kl. die vollstreckbare Ausfertigung aus und diese erklärte einen Tag später den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Dem stimmte der Bekl. zu.

Das Landgericht hat dem Bekl. die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Dies deshalb, weil die gegen die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil gerichtete Vollstreckungsabwehrklage zulässig und begründet gewesen sei. Auf die sofortige Beschwerde des Bekl. hat das Oberlandesgericht die Kosten des Rechtsstreits der Kl. auferlegt. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Kl..

Prüfungsrelevanz:

Das Vollstreckungsrecht ist sowohl im ersten als auch im zweiten Staatsexamen sehr klausurrelevant. Interessant ist diese Entscheidung deshalb, weil sich der erkennende Senat zu der Statthaftigkeit der Vollstreckungsabwehrklage in analoger Anwendung äußert. In dieser Entscheidung weicht der BGH nicht von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, grenzt jedoch schulmeisterlich zur Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO ab. Allein deshalb ist die Entscheidung lesenswert.

Mit der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 I ZPO wendet sich der Vollstreckungsschuldner mit materiell rechtlichen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch selbst. Ziel der Klage ist die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels. In Abgrenzung dazu ist die Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO dann statthaft, wenn der Vollstreckungsschuldner Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (z.B. formelle Einwendungen, wie das Fehlen eines wirksamen Vollstreckungstitels oder materielle Einwendungen im formellen Gewand, d.h. Einwendungen mit denen der Eintritt der Voraussetzungen für die Erteilung einer qualifizierten Klausel gem. §§ 726 ff. ZPO bestritten werden (Vgl. Brox, Zwangsvollstreckungsrecht, § 43 rn 1314)).

Vorliegend wendet sich die Kl. sich mit ihrer Klage gegen einen nicht mehr existierenden Titel, weil das für vorläufig vollstreckbar erklärte Versäumnisurteil durch den vor dem Landgericht geschlossenen Vergleich wirkungslos geworden sei. Dies führte dazu, dass das Beschwerdegericht der Auffassung war, die Vollstreckungsgegenklage analog § 767 ZPO sei nicht der richtige Rechtsbehelf und daher mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig. Das Beschwerdegericht begründet die Auffassung damit, dass die Statthaftigkeit nur bejaht werden könne, wenn die Voraussetzungen sowohl des § 732 ZPO als auch die der Vollstreckungsgegenklage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO vorlägen. In diesen Fällen habe der Vollstreckungsschuldner ein Wahlrecht. Dies allerdings nur, wenn es möglich sei, mit einer Vollstreckungsgegenklage eine weitere Klage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO (prozessuale Gestaltungsklage) zu verbinden. Das sei aber nur dann der Fall, wenn gegen den Titel tatsächlich auch materielle Einwendungen erhoben würden. Gehe es dem

Schuldner demgegenüber nur darum, die Wirkungslosigkeit des Titels feststellen zu lassen, stehe ihm ausschließlich die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO zur Verfügung und ein Wahlrecht bestehe gerade nicht..

Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte Erfolg. Der BGH stellte zwei Fallgestaltungen heraus, in denen die analoge Anwendbarkeit der Klage in Betracht kommt.

Die fehlende Vollstreckungsfähigkeit des Titels kann mit der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend gemacht werden, ohne dass ein Rechtsschutzinteresse wegen der Möglichkeit, dies mit der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO geltend zu machen, zu verneinen wäre (BGH, Urteil vom 07.12.2005 - XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223; Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, § 40 Rn 534 a). Die Klage kann mit einer Vollstreckungsgegenklage, die sich auf materiell-rechtliche Einwendungen stützt, verbunden werden. Jedoch hängt ihre Zulässigkeit nicht davon ab, dass sie gemeinsam mit einer Vollstreckungsgegenklage erhoben wird. Für eine derartige einschränkende Voraussetzung fehlt nach Rechtsauffassung des BGH jeglicher sachliche Grund. Die Folge daraus ist, dass sich der Anwendungsbereich der analogen Klage erheblich erweitert.

Gleiches gilt in einem Fall, wie er hier vorliegt. Auch die Wirkungslosigkeit eines Titels infolge eines Vergleichs kann mit der Klage analog § 767 I ZPO geltend gemacht werden. Zwar hat das Versäumnisurteil hier durch den Abschluss des Vergleichs die Wirksamkeit verloren, allerdings hat es weiterhin den Rechtsschein der Vollstreckungsfähigkeit. In der Sache geht es also auch in diesen Fallgestaltungen um die Vollstreckungsfähigkeit des vorläufig vollstreckbaren Titels. Diese kann nach der Systematik der Zivilprozessordnung nur im Wege einer Vollstreckungsgegenklage beseitigt werden, so dass die analoge Anwendung gerechtfertigt erscheint. (So auch bereits BGHZ 124, 164, 170 ff.).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Vollstreckungsabwehrklage: *BGH*, RA 2005, 87 = *NJW* 2005, 367 (Erfüllungseinwand des Schuldners); *BGH*, RA 2002, 669 = *NJW* 2002, 2940 (Einwendung der Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrages gem. § 138 I BGB); *BGH*, RA 2001, 72 = *NJW* 2001, 231 (Abtretung der Klageforderung)

☐ Zu Rechtsbehelfen in der Zwangsvollstreckung: *Gottwald*, ZAP 2000, 375; *Nies*, MDR 1999, 1418; *Wittschier*, JuS 1997, 450; *Thran*, JuS 1995, 1111; *Schreiber*, Jura 1992, 25; *Schilken*, JuS 1991, 50; *Wetzzel*, JuS 1990, 469

Kursprogramm:

☐ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

- Assessorkurs:* "Jugendstil in Dortmund"
- Assessorkurs:* "Die Maklerprovision"
- Assessorkurs:* "Der Verzicht"

Leitsatz:

Mit der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 I ZPO kann geltend gemacht werden, dass ein Urteil infolge eines Vergleichs wirkungslos geworden ist.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Kosten des Rechtsstreits nach übereinstimmender Erledigungserklärung. Mit ihrer Klage wandte sich die Kl. gegen die Vollstreckung aus einem Versäumnisurteil, das durch einen späteren Vergleich gegenstandslos geworden war.

Die Parteien hatten zunächst vor dem Landgericht einen Rechtsstreit umgekehrten Rubrums geführt. Der Bekl. des hiesigen Verfahrens hatte dort gegen die Kl. ein Versäumnisurteil erwirkt, wonach diese an den Bekl. einen Betrag von 39.364,54 € nebst Zinsen zu bezahlen hatte. Aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteils hatte der Bekl. die Obergerichtsvollzieherin H. mit der Zwangsvollstreckung gegen die Kl. beauftragt und einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erwirkt, durch den Ansprüche der Kl. gegenüber ihrer Hausbank gepfändet und dem Bekl. zur Einziehung überwiesen wurden. Nach fristgerechtem Einspruch ist das Verfahren vor dem Landgericht im Einspruchstermin durch Vergleich beendet worden. Im Vergleich verpflichtete sich die hiesige Kl., an den Bekl. einen Betrag von 16.250 € zu zahlen. Der hiesige Bekl. verpflichtete sich seinerseits, sämtliche Pfändungsmaßnahmen unverzüglich einzustellen und dies der zuständigen Gerichtsvollzieherin mitzuteilen.

Unter dem 19.06.2006 teilte der hiesige Bekl. sowohl den Vertretern der Kl. als auch der Bank mit, dass nur noch aus einem Betrag in Höhe von 16.250 € vollstreckt werde und dies auch der Gerichtsvollzieherin so mitgeteilt worden sei. Sollte der Betrag eingetrieben sein, werde man die Vollstreckungsmaßnahmen im Übrigen zurücknehmen. Am 05. und 06.07.2006 forderte die Kl. den Bekl. telefonisch auf, noch am 06.07.2006 gegenüber der Gerichtsvollzieherin und der Bank mitzuteilen, dass die Vollstreckungsmaßnahmen als gegenstandslos zu betrachten seien. Dies ließ der Bekl. durch seinen Prozessbevollmächtigten zunächst ablehnen. Mit Schriftsatz vom 07.07.2006 teilten die Bevollmächtigten des Bekl. den Rechtsanwältinnen der Kl. mit, dass sie die Pfändung zurücknehmen werden. Mit Schriftsätzen vom 10.07.2006 nahm der Bekl. sowohl gegenüber der Bank als auch gegenüber der Gerichtsvollzieherin jeweils die Pfändung aus dem Versäumnisurteil zurück.

Bereits am 06.07.2006 hat die Kl. Vollstreckungsge-

genklage beim Landgericht eingereicht. Sie hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil des Landgerichts für unzulässig zu erklären und den Bekl. zu verurteilen, die ihm erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisurteils an die Kl. herauszugeben. Der Bekl. hat Zurückweisung der Vollstreckungsabwehrklage beantragt. Nach Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Versäumnisurteils an die Bevollmächtigten der Kl. am 29.08.2006 hat die Kl. am 30.08.2006 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Dem hat der Bekl. mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 27.09.2006 zugestimmt.

Das Landgericht hat dem Bekl. die Kosten des Rechtsstreits auferlegt, weil die gegen die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil gerichtete Vollstreckungsabwehrklage zulässig und begründet gewesen sei. Auf die sofortige Beschwerde des Bekl. hat das Oberlandesgericht die Kosten des Rechtsstreits der Kl. auferlegt. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Kl..

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde des Bekl..

1. Rechtsbeschwerde ist zulässig

Die gemäß § 574 I 1 Nr. 2, III ZPO mit Bindungswirkung für den Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (vgl. BGH, Beschluss vom 13.07.2006 - VI ZB 63/03, NJW-RR 2004, 1717 m.w.N.) und auch im Übrigen zulässig.

2. Entscheidung und Begründung des Beschwerdegerichts

Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO sei nicht der richtige Rechtsbehelf und daher mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig gewesen. Die Kl. habe sich mit ihrer Klage gegen einen nicht mehr existierenden Titel gewandt, weil das für vorläufig vollstreckbar erklärte Versäumnisurteil durch den vor dem Landgericht geschlossenen Vergleich wirkungslos geworden sei. Zwar habe der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 16.07.2004 (IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718) den Grundsatz aufgestellt, der Schuldner habe ein Wahlrecht, wenn die Voraussetzungen sowohl des § 732 ZPO als auch die der Vollstreckungsgegenklage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO vorlägen. Dieser Grundsatz gelte nach der zitierten Entscheidung aber nur, wenn es möglich sei, mit einer Vollstreckungsgegenklage eine weitere Klage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO (prozessuale Gestaltungsklage) zu verbinden. Das sei aber nur dann der Fall, wenn gegen den Titel tatsächlich auch materielle Einwendungen erhoben würden. Gehe es

dem Schuldner lediglich darum, die Wirkungslosigkeit des Titels feststellen zu lassen, stehe ihm ausschließlich die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO zur Verfügung.

3. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a. Statthaftigkeit bei Feststellung der fehlenden Vollstreckungsfähigkeit des Titels gegeben

Die fehlende Vollstreckungsfähigkeit des Titels kann mit der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend gemacht werden, ohne dass ein Rechtsschutzinteresse wegen der Möglichkeit, dies mit der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO geltend zu machen, zu verneinen wäre (BGH, Urteil vom 07.12.2005 - XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223; Beschluss vom 16.07.2004 - IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718; Urteil vom 10.03.2004 - IV ZR 143/03, NJW-RR 2004, 1275; Urteil vom 02.12.2003 - XI ZR 421/02, VersR 2004, 839; Urteil vom 27.09.2001 - VII ZR 388/00, BauR 2002, 83 = NZBau 2002, 25 = ZfBR 2002, 63; Urteil vom 18.11.1993 - IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164, 170 ff.). Die prozessuale Gestaltungsklage kann mit einer Vollstreckungsgegenklage, die sich auf materiell-rechtliche Einwendungen stützt, verbunden werden. Ihre Zulässigkeit hängt entgegen der Auffassung des BerGer. jedoch nicht davon ab, dass sie gemeinsam mit einer Vollstreckungsgegenklage erhoben wird. Für eine derartige einschränkende Voraussetzung fehlt jeglicher sachliche Grund.

b. Statthaftigkeit bei Geltendmachung der Wirkungslosigkeit eines Titels infolge Vergleichs gegeben

Mit der prozessualen Gestaltungsklage kann auch die Wirkungslosigkeit eines Titels infolge eines Vergleichs geltend gemacht werden. Auch wenn das Versäumnisurteil durch Abschluss des Vergleichs im Einspruchsverfahren ohne gerichtlichen Ausspruch seine Wirksamkeit verloren hat, stellt es weder ein Nichturteil noch ein nichtiges (wirkungsloses) Urteil dar. Es besitzt weiter den Rechtsschein der Vollstreckungsfähigkeit. Da es der Sache nach um die Vollstreckungsfähigkeit des vorläufig vollstreckbaren Titels geht und diese nach der Systematik der Zivilprozessordnung nur im Wege einer Vollstreckungsgegenklage beseitigt werden kann, rechtfertigt sich die ana-

loge Anwendung des § 767 ZPO (BGH, Urteil vom 18.11.1993 - IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164, 170 ff.).

4. Kostenentscheidung erging rechtmäßig

Die Kostenentscheidung des Landgerichts hält der allein gebotenen summarischen rechtlichen Nachprüfung stand. Die Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil war durch Abschluss des nachfolgenden Vergleichs im Einspruchstermin unzulässig geworden, weil der Vergleich dem Versäumnisurteil ohne weiteres die Wirkung und damit die formelle Vollstreckungsfähigkeit genommen hatte, ohne dass es dazu eines gerichtlichen Ausspruchs bedurfte. Der Prozessvergleich beendet im Umfang der Vereinbarung über den Streitgegenstand den Rechtsstreit und die Rechtshängigkeit (Lackmann in Musielak, ZPO, 5. Aufl. § 794, Rdn. 19; MünchKommZPO/ Wolfsteiner, 3. Aufl., § 794, Rdn. 72; Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. § 794, Rdn. 26 ff.). Urteile, die im Rechtsstreit ergangen, aber noch nicht rechtskräftig sind, werden daher ohne weiteres wirkungslos, wenn die Parteien keine anderen Vereinbarungen treffen, etwa, dass aus dem Urteil weiter vollstreckt werden dürfe.

Eine solche Vereinbarung haben die Parteien dieses Rechtsstreits nicht getroffen; vielmehr heißt es unter Ziffer 2 des Vergleiches ausdrücklich, dass der Kl. sich verpflichtet, sämtliche Pfändungsmaßnahmen unverzüglich einzustellen und dies der zuständigen Gerichtsvollzieherin mitzuteilen. Dieser Vereinbarung ist zu entnehmen, dass das Versäumnisurteil keine Grundlage für die Zwangsvollstreckung mehr sein soll.

Die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 93 ZPO kommt nicht in Betracht. Der Bekl. hat Anlass zur Klage gegeben. Er war mehrfach von den Prozessbevollmächtigten der Kl. aufgefordert worden, Pfändungsmaßnahmen einzustellen, Zwangsvollstreckungsanträge zurückzunehmen und die vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisurteils herauszugeben. Dem ist er trotz seiner Verpflichtung aus dem Vergleich bis zur Erhebung der Vollstreckungsgegenklage nicht nachgekommen.

5. Nebenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

*Strafrecht***Standort: § 24 StGB****Problem: “Teilrücktritt” von einer Qualifikation**

BGH, Urteil vom 04.04.2007
2 StR 34/07 (NJW 2007, 1699)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte überrumpelte das weibliche Opfer, hielt dies fest, küsste es und berührte es an den Brüsten und an der Scheide. Dann zog er ein Taschenmesser, hielt es an den Hals und verlangte die Durchführung des Oral- oder Handverkehrs. Da das Opfer aber weiterhin heftig Widerstand leistete, ließ er schließlich von ihm ab.

Das LG Aachen verurteilte den Angeklagten insb. wegen sexueller Nötigung, § 177 I StGB. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH diese Urteil auf, da ein Strafbarkeit wegen sexueller Nötigung mit Waffen, §§ 177 I, IV Nr. 1 StGB, gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Zwar sind die Sexualstraftaten in den meisten Bundesländern kein Prüfungsstoff. Die Konstellation des sog. “Teilrücktritts” von der Qualifikation, die der BGH in der vorliegenden Entscheidung anspricht, ist jedoch auch bei examensrelevanten (Qualifikations-) Tatbeständen denkbar, insb. §§ 244, 250 StGB. Deshalb sollte diese Konstellation - vor allem in mündlichen Prüfungen - bekannt sein.

Im Rahmen des Rücktritts von einer Qualifikation sind grundsätzlich drei Konstellationen denkbar:

Zunächst kann es sein, dass weder Grunddelikt noch Qualifikation vollendet sind. In diesem Fall ist ein Rücktritt von Grund- und Qualifikationstatbestand unter den ganz normalen Voraussetzungen des § 24 StGB denkbar. Zum Beispiel: A holt mit einer Eisenstange aus, um B von hinten niederzuschlagen, besinnt sich dann aber eines anderen und schlägt nicht zu. In dem Ausholen mit der Eisenstange liegt ein unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB, des A zur versuchten gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5, 22, 23 I StGB. Von diesem Versuch ist A jedoch strafbefreiend zurückgetreten, was aufgrund der Tatsache, dass weder Grunddelikt noch Qualifikation vollendet sind, auch unproblematisch möglich ist.

Denkbar ist auch, dass das Grunddelikt zwar vollendet ist, die Qualifikation aber nur versucht wurde. In diesem Fall ist ein “Teilrücktritt” des Täters von der Qualifikation möglich, was der BGH in der vorliegenden Entscheidung noch einmal ausdrücklich bestätigt. Zum

Beispiel: T will O vergewaltigen. Nachdem er die O zu Boden gerungen hat, greift T nach einem Messer, das er zu diesem Zweck in seiner Manteltasche bei sich führt, um O mit dem Messer zu bedrohen, damit diese sich nicht mehr wehrt. Bevor er jedoch das Messer zieht, erkennt er, dass O ihm sowieso körperlich deutlich unterlegen ist, sodass er das Messer in der Tasche lässt und die O ohne Einsatz des Messers vergewaltigt. T hat durch den Griff nach dem Messer zu einer qualifizierten Vergewaltigung mit Waffen, §§ 177 I, IV Nr. 1 StGB, unmittelbar angesetzt. Da er jedoch die für den Qualifikationstatbestand des § 177 IV Nr. 1 StGB erforderliche Handlung, das Verwenden, nicht vorgenommen hat, ist dieser Tatbestand nur im Versuch gegeben, von dem T dadurch, dass er das Messer nicht verwendet hat, wieder zurückgetreten ist. Es bleibt natürlich die Strafbarkeit wegen des Grunddelikts.

Streitig ist die Möglichkeit eines “Teilrücktritts”, wenn der Täter im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zum Grunddelikt den Qualifikationstatbestand bereits voll verwirklicht, die Qualifikation aber bei Vollendung des Grunddelikts nicht mehr vorliegt. Zum Beispiel (vgl. BGH, NStZ 1984, 216): X erpresst Y, indem er telefonisch dessen Leben bedroht. Y soll dem X ein “Schutzgeld” bei einem nächtlichen Treffen übergeben. Zu seiner eigenen Sicherheit nimmt X eine geladene Pistole zu dem Treffen mit. Als er den Y kommen sieht, hat er wegen der Waffe ein ungutes Gefühl und wirft sie weit weg. Dann gehen die beiden zu dem weiter entfernt geparkten Pkw des Y, wo X das Schutzgeld erhält. X hat bereits durch den Anruf zu einer versuchten räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB, unmittelbar angesetzt. Den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB hat er bereits verwirklicht, weil er zu einem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung der Tat eine geladene Pistole, also eine Waffe, bei sich geführt hat (vgl. BGHSt 31, 105, 107; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 6; Tröndle/Fischer, § 250 Rn 3, § 244 Rn 13). Als die räuberische Erpressung allerdings durch die Übergabe des Geldes vollendet wurde, führte X die Waffe nicht mehr bei sich. Fraglich ist, ob auch hier ein “Teilrücktritt” des Täters von der Qualifikation vorliegt. In der Literatur wird dies teilweise angenommen (LK-Vogler, § 24 Rn 208; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 113; Küper, JZ 1997, 233; Streng, JZ 1984, 652; Zaczky, NStZ 1994, 217). Der Qualifika-

tionsstatbestand des § 250 I Nr. 1 StGB stelle das Beisichführen nur unter der - ungeschriebenen - Voraussetzung unter Strafe, dass dieses für die Tatausführung förderlich sei, was nicht mehr sein könne, wenn der Täter die Waffe bei der Vollendung nicht mehr bei sich führe. Außerdem könne dadurch, dass der Qualifikationstatbestand bereits durch das Beisichführen beim Versuch verwirklicht sei, ein Rücktritt nicht ausgeschlossen werden. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur haben in diesen Fällen die Möglichkeit eines "Teilrücktritts" verneint (BGH, NStZ 1984, 216; LK-Lilie/Albrecht, § 24 Rn 339; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 27; Otto, JZ 1985, 21; Kudlich, JuS 1999, 349). Da der Tatbestand des § 250 I Nr. 1 StGB bereits durch das Beisichführen beim Versuchsbeginn voll verwirklicht sei, komme ein Rücktritt durch nachträgliches Wegwerfen der Waffe nicht mehr in Betracht. Dies würde für den Qualifikationstatbestand nämlich einen Bezug zwischen Beisichführen und Erfolgsherbeiführung voraussetzen, den er tatsächlich nicht beinhaltet.

Ob die vorliegende Entscheidung, in der der BGH lediglich wiederholt, dass ein Teilrücktritt "jedenfalls" dann ausscheidet, wenn der Qualifikationstatbestand vom Täter voll verwirklicht worden und die qualifikationsbegründende erhöhte Gefahr bereits eingetreten ist, so verstanden werden kann, dass der BGH nunmehr auch in der letztgenannten Fallgruppe einen Teilrücktritt anerkennen will (in diesem Sinne von Heintschel-Heinegg, JA 2007, 656), darf jedoch bezweifelt werden.

Vertiefungshinweise:

□ Zum "Teilrücktritt" von der Qualifikation: von Heintschel-Heinegg, JA 2007, 656 (zu diesem Fall); Kudlich, JuS 1999, 349; Küper, JZ 1997, 233; Otto, JZ 1985, 21; Streng, JZ 1984, 652; Zaczyk, NStZ 1994, 217

Leitsatz:

Ein "Teilrücktritt" von der Qualifikation des § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB kommt nicht in Betracht, wenn das Qualifikationsmerkmal bereits verwirklicht ist.

Sachverhalt:

Der Angeklagte begleitete die Nebenklägerin B nachts auf dem Heimweg. Als die Nebenklägerin die Haustür geöffnet hatte, folgte ihr der Angeklagte unvermittelt, forderte sie auf, ihn zu küssen und bedrängte sie körperlich. Als die Nebenklägerin das energisch ablehnte, packte der Angeklagte sie an den Schultern und schubste sie in den Hausflur. Dabei war er entschlossen, die Nebenklägerin auch gegen ihren Willen mit Gewalt zur Duldung von sexuellen Handlungen zu zwingen. Gegen ihren heftigen körperlichen Widerstand fasste er sie an verschiedenen Körperstellen an und drückte sie gegen die Wand. Der Angeklagte be-

schimpfte sie und warf ihr Geschlechtsverkehr mit anderen Männern vor. Es gelang ihm, die Nebenklägerin gegen deren heftigen Widerstand zu sich heranzuziehen. Er küsste sie wiederholt im Mund- und Halsbereich, fasste sie mehrmals am Hals sowie über der Kleidung an den Brüsten an und kniff auch mehrfach in ihre Brüste. Mindestens zweimal fasste er der Nebenklägerin, die sich nicht aus dem Griff des Angeklagten befreien konnte, über der Kleidung fest an die Scheide. Zudem schlug er ihr im Verlauf des Geschehens mehrfach mit der flachen Hand ins Gesicht, um ihren Widerstand zu brechen. Zeitweise umfasste er sie auch von hinten. Den genauen Ablauf der heftigen körperlichen Auseinandersetzung und die zeitliche Abfolge der einzelnen sexuellen Handlungen des Angeklagten konnte das Landgericht nicht mehr sicher feststellen.

Als die Auseinandersetzung bereits eine zeitlang gedauert hatte, hielt der Angeklagte der Nebenklägerin ein aufgeklapptes kleineres Messer - möglicherweise ein Taschenmesser - mit einer einige Zentimeter langen Klinge vor den Halsbereich, ohne die Nebenklägerin zu berühren und bedrohte sie damit. Dabei erklärte er ihr, er werde von ihr lassen, wenn sie ihm "eine Blase" oder "eine runterhole" und wenn sie ihn küsse. Die Nebenklägerin leistete jedoch weiterhin heftige Gegenwehr. Nach kurzer Zeit steckte der Angeklagte das Messer wieder weg. Nach 10 bis 15 Minuten ließ der Angeklagte von der Nebenklägerin ab und verließ das Haus.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung zu der Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihrer Revision die Verletzung materiellen Rechts und erstrebt einen Schuldspruch wegen besonders schwerer sexueller Nötigung. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat im Wesentlichen Erfolg.

Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts belegen, dass der Angeklagte bei seiner Tat den Qualifikationstatbestand der besonders schweren sexuellen Nötigung (§ 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB) erfüllt hat, weil er bei der Tat ein Messer verwendet hat.

2. Rechtliche Würdigung des BGH

Nach diesen Feststellungen hat der Angeklagte die Nebenklägerin mit Gewalt genötigt, sexuelle Handlungen des Angeklagten an sich zu dulden und damit den Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt. Das Landgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Handlungen des Angeklagten im Sinne von § 184f Nr. 1 StGB im Hinblick auf das ge-

schützte Rechtsgut erheblich waren.

Darüber hinaus hat der Angeklagte die Nebenklägerin aber auch mit gegenwärtiger Gefahr zumindest für ihren Leib bedroht, indem er ihr das aufgeklappte Messer vor den Halsbereich gehalten hat, um sie zu weiteren sexuellen Handlungen zu nötigen. Als Mittel der Bedrohung der Nebenklägerin hat er ein gefährliches Werkzeug verwendet und somit die Qualifikation des § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB erfüllt. Auch wenn nach den Feststellungen des Landgerichts das Tatmesser möglicherweise nur ein Taschenmesser mit einer einige Zentimeter langen Klinge war, war es doch durch die konkrete Art der Verwendung im Halsbereich der Nebenklägerin geeignet, erhebliche - wenn nicht gar lebensgefährliche - Verletzungen zuzufügen (vgl. BGHSt 46, 225, 228; BGH NStZ 2000, 419; 2005, 35; NStZ-RR 2002, 108). Der Angeklagte hat das Messer auch zur Bedrohung "bei der Tat" verwendet. Die gesetzliche Formulierung in § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB entspricht dem insoweit gleichlautenden § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Es liegt deshalb nahe, den notwendigen zeitlich-örtlichen Zusammenhang zwischen der den Grundtatbestand erfüllenden Handlung und dem qualifizierenden Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs ebenso zu umschreiben wie dort. Qualifiziert ist die Tat danach dann, wenn das gefährliche Werkzeug zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung der Tat eingesetzt wird (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 177 Rdn. 85; § 250 Rdn. 18; vgl. auch BGH, Beschl. vom 8. Februar 2006 - 2 StR 575/05). Die Nebenklägerin bemerkte das Messer spätestens, als der Angeklagte von ihr unter dem Eindruck der Bedrohung mit dem Messer den Oral- oder Handverkehr verlangte. Die Drohung wurde daher von der Nebenklägerin auch wahrgenommen (vgl. hierzu BGH NJW 2004, 3437).

Das Nötigungsmittel der Drohung mit dem Messer führte zwar nicht zu der vom Angeklagten angestrebten weiteren sexuellen Handlung. Es ist auch nicht festgestellt, dass der Angeklagte während oder nach der Bedrohung der Nebenklägerin mit dem Messer über die tätliche Auseinandersetzung hinaus andere sexuelle Handlungen an der Nebenklägerin vorgenommen hat. Deshalb wird die Tat des Angeklagten, die materiellrechtlich eine Einheit bildet, aber nicht zur versuchten sexuellen Nötigung, denn die Tat war be-

reits durch die vorausgegangenen durch Gewalt erzwungenen sexuellen Handlungen vollendet. Ein strafbefreiender Rücktritt von der versuchten sexuellen Nötigung war daher nicht mehr möglich, so dass es nicht mehr darauf ankommt, ob der Angeklagte schließlich freiwillig davon Abstand nahm, die Nebenklägerin weiter sexuell zu bedrängen, oder ob er sein Vorhaben als fehlgeschlagen ansah, weil er mit den ihm verfügbaren Nötigungsmitteln den angestrebten weiteren Erfolg nicht erreichen konnte.

In Betracht kommen könnte unter diesen Umständen allenfalls ein "Teilrücktritt" (vgl. hierzu Lilie/Albrecht LK 11. Aufl. § 24 Rdn. 339; Eser in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 24 Rdn. 113; jew. m.w.N.) von der Qualifikation des § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB, weil der Angeklagte das Messer nach kurzer Zeit wieder wegsteckte, ohne dass er die erstrebte weitere sexuelle Handlung nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erreicht hatte. Ein solcher "Teilrücktritt" scheidet hier jedoch aus, weil der Angeklagte nicht nur das Grunddelikt der sexuellen Nötigung, sondern durch den Gebrauch des Messers auch die Qualifikation bereits vollendet hatte und die qualifikationsbegründende erhöhte Gefahr schon eingetreten war (vgl. BGH NStZ 1984, 216 m. abl. Anm. von Zaczyk, zust. hingegen Lilie/Albrecht aaO Rdn. 341). Anders wäre es, wenn die Qualifikation selbst nur versucht wäre (Tröndle/Fischer aaO § 24 Rdn. 27).

3. *Änderung des Schuldspruchs*

Der Schuldspruch des Landgerichts ist daher dahin zu ändern, dass der Angeklagte der besonders schweren sexuellen Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung schuldig ist. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, weil das Landgericht dem Angeklagten bereits in der Hauptverhandlung einen entsprechenden Hinweis erteilt hat.

4. *Aufhebung des Strafausspruchs*

Die Änderung des Schuldspruchs hat die Aufhebung des Strafausspruchs zur Folge. Die hierzu getroffenen Feststellungen können jedoch - entgegen dem Antrag des Generalbundesanwalts - bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen in der neuen Hauptverhandlung sind zulässig, soweit sie den bisherigen Feststellungen nicht widersprechen.

Standort: § 263 III 2 Nr. 1, V StGB**Problem: Zurechnung von Bandentaten**

BGH, BESCHLUSS VOM 13.06.2007
3 STR 162/07 (NSTZ-RR 2007, 307)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte arbeitete für eine GmbH, für die von Lieferanten Waren bestellt wurden, obwohl die Mitarbeiter der GmbH von vornherein nicht die Absicht hatten, die entsprechenden Rechnungen zu bezahlen. Dies war zwischen den einzelnen Mitarbeitern der GmbH so vereinbart. Insgesamt konnten 36 entsprechende Bestellungen nachgewiesen werden.

Das Landgericht Osnabrück verurteilte den Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Betruges in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, 25 II, 263 III StGB, in 36 Fällen. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da in den meisten der abgeurteilten Fälle ein eigener Beitrag des Angeklagten nicht nachgewiesen sei und die bloße Mitgliedschaft in einer Betrügerbande ihn nicht automatisch zum Mittäter aller Taten der Banden werden lasse.

Prüfungsrelevanz:

Zwar betrifft die vorliegende Entscheidung des BGH den Bandenbetrug, § 263 III 2 Nr. 1 StGB, sie lässt sich jedoch grds. auf alle Bandendelikte übertragen. Da Vermögensdelikte und hier gerade auch die Voraussetzungen der entsprechenden Regelbeispiele und Qualifikation in beiden Examen zu häufigen Prüfungsinhalten gehören, sind hier detaillierte Kenntnisse unerlässlich.

Bei zahlreichen Vermögensdelikten stellt es ein Regelbeispiel oder einen Qualifikationstatbestand dar, dass der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung entsprechender Taten verbunden hat, z.B. §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2, 260 I Nr. 2, 260a, 263 III 2 Nr. 1, V StGB. Während einige dieser Bandentaten zusätzlich noch voraussetzen, dass der Täter die Tat unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht, vgl. §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 StGB, wirkt bei anderen bereits die bloße Bandenmitgliedschaft strafscharfend, vgl. §§ 260 I Nr. 2, 260a, 263 III 2 Nr. 1, V StGB. Insb. bei der letzten Gruppe der Delikte, zu der auch die im vorliegenden Fall relevanten Vorschriften des § 263 III 2 Nr. 1, V StGB gehören, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Bandenmitglied Beteiligter an einer konkreten Tat der Bande ist. Der BGH betont insofern in der vorliegenden Entscheidung - in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, StV 2001, 459; NSTZ 2003, 32, 33) -, dass die bloße Mitgliedschaft in einer Bande nicht ausreicht, um eine Beteiligung eines Bandenmitglieds an jeder einzelnen Tat der Bande zu bejahen, sondern dass insofern der

Nachweis erbracht werden muss, dass das entsprechende Bandenmitglied gerade zu dieser konkreten Bandentat eigene Beiträge erbracht hat. Selbst wenn dies der Fall ist, so ist es nicht selbstverständlich, dass ein Bandenmitglied, das eine Bandentat fördert, Mittäter des entsprechenden Deliktes ist: Die Art der Beteiligung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, sodass ein Bandenmitglied, das lediglich untergeordnete Förderungsbeiträge erbringt, u.U. nur Beihilfe zu der Bandentat leistet (BGH, NSTZ 2003, 32; NSTZ-RR 2003, 265, 267; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn 24; Tröndle/Fischer, § 244 Rn 22).

Da das LG es im vorliegenden Fall bzgl. der meisten der angeklagten Betrugstaten versäumt hatte, genau darzulegen, durch welche Beiträge der Angeklagte hierzu beigetragen hatte, konnte auch eine Beteiligung (erst Recht eine Mittäterschaft) des Angeklagten an diesen Taten nicht ohne Weiteres angenommen werden, sodass der BGH das Urteil aufhob und für die für eine Verurteilung erforderlichen weiteren Feststellungen zurückverwies.

In der angefochtenen Entscheidung unterlief dem LG Osnabrück auch ein Fehler, den man eher in einer Anfängerklausur erwartet. Den (im Rahmen von § 263 StGB gem. § 15 StGB) erforderlichen Vorsatz des Täters begründete dieses damit, dass er habe erkennen können bzw. müssen, dass die Bestellungen betrügerischen Charakter hätten. Deshalb sei Eventualvorsatz gegeben. Ein dolus eventualis setzt jedoch nach herrschender Meinung voraus, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und diese billigend in Kauf nimmt (BGH, NSTZ 1988, 175; 1998, 616; Tröndle/Fischer, § 15 Rn 9 f. mwN). Der Täter muss also die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung tatsächlich erkannt haben; dass er sie hätte erkennen können, reicht allenfalls für eine Fahrlässigkeit aus, nicht jedoch für die Annahme von Vorsatz.

Vertiefungshinweise:

Zur Beteiligung von Bandenmitgliedern an einzelnen Bandentaten: BGH, NJW 2000, 2034; StV 2001, 459; 2004, 21; NSTZ 1996, 495; 2000, 257; 2003, 32; NSTZ-RR 2003, 265; *Donsell/Schumann*, JR 2002, 52

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das eingespielte Team"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch wer sich mit anderen mit dem Ziel fortgesetzter Begehung einschlägiger Straftaten zu einer Bande zusammengeschlossen hat, kann wegen einer Tat, die "aus der Bande heraus" begangen wird, als Täter oder Teilnehmer nur bestraft werden, wenn

er an dieser konkreten Tat mitgewirkt hat, sei es durch einen (mit)täterschaftlichen Tatbeitrag, sei es als Anstifter, sei es nur als Gehilfe. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme richtet sich dabei nach den allgemeinen Maßstäben.

2. Allein die Bandenmitgliedschaft und ein Handeln im Interesse der Bande ohne konkreten Bezug zu einer von anderen Bandenmitgliedern begangenen Straftat genügt nicht, um eine Strafbarkeit des Bandenmitglieds wegen einer Bandentat zu begründen. Noch weniger ist allein die allgemeine Mitarbeit in einem auf die Begehung von Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetrieb ausreichend, wenn diese nicht zumindest fördernde Wirkung für die von anderen Firmenangehörigen begangenen Straftaten hat.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A war seit März 2002 unter dem Falschnamen P bei der Fa. M GmbH mit Sitz in O tätig. Der Geschäftszweck der Fa. bestand in der betrügerischen Bestellung von Waren, deren Bezahlung von vorneherein nicht beabsichtigt war. Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter war zunächst der Mitangeklagte K, der jedoch am 10.07.2002 seinen Geschäftsanteil veräußerte und gleichzeitig als Geschäftsführer abberufen wurde. Dem Mitangeklagten H wurde am 13.05.2002 Generalvollmacht für die Gesellschaft erteilt. Neben dem Angeklagten A waren am Geschäftssitz in O der Zeuge S (unter dem Falschnamen He) sowie ein "Sa beziehungsweise D" und ein "T" tätig.

Der Verurteilung des Angeklagten A (sowie der Mitangeklagten K und H) liegen 36 Bestellungen zu Grunde, die in den Monaten Mai bis Juli 2002 für die Fa. M GmbH bei verschiedenen Lieferfirmen getätigt und nach Rechnungsstellung nicht bezahlt worden waren. Der Verbleib der gelieferten Waren im Wert zwischen jeweils ca. 7000 und 48 000 € ist ungeklärt.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das LG verurteilte den Angeklagten A wegen "gemeinschaftlichen Betruges in 36 besonders schweren Fällen" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren. Die Mitangeklagten K und H sprach es jeweils des "gemeinschaftlichen Betruges in 36 Fällen" schuldig und verhängte gegen sie Gesamtfreiheitsstrafen von 1 Jahr und 6 Monaten (K) sowie 1 Jahr und 8 Monaten (H), deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte. Der Angeklagte A legte gegen das Urteil Revision ein; die Mitangeklagten K und H griffen ihre Verurteilung dagegen nicht an.

Das Rechtsmittel des Angeklagten A hatte in vollem Umfang Erfolg und führte gern. § 357 S. 1 StPO auch zur Aufhebung der Verurteilungen der beiden Mit-

geklagten. [...]

Das LG rechnet alle [36 verfahrensgegenständlichen] Bestellungen dem Angeklagten A zu und ist der Ansicht, er habe daher als Mitglied einer Bande, der jedenfalls auch der Zeuge S sowie "Sa" und "T" angehört hätten, 36 Fälle des Betruges (§ 263 I, III 2 Nr. 1 StGB) begangen.

2. Entscheidung des BGH

Der Schuldspruch hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Feststellungen des LG lassen im überwiegenden Teil der Fälle schon objektiv kein strafbares Verhalten des Angeklagten erkennen. Zu weiteren Taten enthalten sie offensichtliche Widersprüche, die der Verurteilung die Grundlage entziehen. Letztlich sind aber auch die Ausführungen des LG zur subjektiven Tatseite in sich derart unstimmtig, dass die Revision in den noch verbleibenden Einzelfällen ebenfalls Erfolg haben muss. Im Einzelnen:

a. Zum Fehlen der erforderlichen Feststellungen für eine Zurechnung der Bandentaten

Das LG leitet die Darstellung der 36 abgeurteilten Fälle mit der allgemeinen Vorbemerkung ein, dass die drei Angeklagten innerhalb des auf gemeinschaftliche betrügerische Warenbestellungen gerichteten Tatkonzepts, an welchem sie sich in unterschiedlichen Positionen und mit verschiedenen Tätigkeiten beteiligten, die anschließend dargestellten Einzeltaten begangen haben. Deren Schilderung beginnt jeweils mit der Feststellung, dass "die Tätergruppe" unter Verwendung der Firmenbezeichnung M eine Bestellung (gelegentlich auch mehrere Bestellungen) bei einem Lieferanten vorgenommen habe. Den folgenden Ausführungen lässt sich dann zwar meist entnehmen, wer der eigentliche Besteller war; bei mehreren Taten ist das aber auch nicht der Fall (jew. in der Reihenfolge des Urteils: Anklagepunkte 36, 49, 19, 1, 51, 2). Der Angeklagte A wird nur in 8 Fällen als Besteller genannt (Anklagepunkte 30, 7, 39, 47, 9, 53, 52, 14). Zu Anklagepunkt 1 wird festgestellt, dass er vor der Bestellung Verhandlungen mit der Lieferfirma führte. Bei den übrigen Taten ist er überhaupt nicht erwähnt.

Auf welche Handlungen des Angeklagten A das LG in den letztgenannten Fällen dessen Verurteilung wegen täterschaftlichen Betruges stützt, legt es nicht dar. Der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe lässt vermuten, dass es die Auffassung vertritt, jedem, der in Kenntnis des wahren Geschäftszwecks an der Gesellschaft beteiligt oder für sie tätig war, sei allein schon aus diesem Grund jede im Namen der Fa. vorgenommene Bestellung als täterschaftlicher Betrug zuzurechnen. Denn anders ist es kaum zu erklären, dass es auch den Mitangeklagten K, der sich fast ausschließlich in Tschechien aufhielt, nur wenige Male in O weilte, am Tagesgeschäft der Fa. weder mitwirkte noch es steuerte und auch kein Mitglied der "Betrügerbande" war,

dennoch des Betruges in 36 Fällen schuldig gesprochen hat.

Dies ist rechtlich indessen nicht haltbar. Auch wer sich - wie das LG für den Angeklagten A annimmt - mit anderen mit dem Ziel fortgesetzter Begehung einschlägiger Straftaten zu einer Bande zusammengeschlossen hat, kann wegen einer Tat, die "aus der Bande heraus" begangen wird, als Täter oder Teilnehmer nur bestraft werden, wenn er an dieser konkreten Tat mitgewirkt hat, sei es durch einen (mit)täterschaftlichen Tatbeitrag, sei es als Anstifter, sei es nur als Gehilfe; die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme richtet sich dabei nach den allgemeinen Maßstäben (BGH, NStZ-RR 2003, 265 [267]). Allein die Bandenmitgliedschaft und ein Handeln im Interesse der Bande ohne konkreten Bezug zu einer von anderen Bandenmitgliedern begangenen Straftat genügt dagegen nicht, um eine Strafbarkeit des Bandenmitglieds wegen einer Bandentat zu begründen (BGH StV 2001, 459; NStZ 2003, 32 [33]). Noch weniger ist allein die allgemeine Mitarbeit in einem auf die Begehung von Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetrieb ausreichend, wenn diese nicht zumindest fördernde Wirkung für die von anderen Firmenangehörigen begangenen Straftaten hat.

Nach diesen Maßstäben lassen die Feststellungen nicht erkennen, dass der Angeklagte A zu den betrügerischen Bestellungen, die er nicht selbst tätigte, die vielmehr andere Mitarbeiter der M GmbH ohne seine Mitwirkung vornahmen, einen täterschaftlichen Tatbeitrag geleistet hätte. Allenfalls im Anklagepunkt 1 könnte ein solcher in den von ihm vor der Bestellung geführten Verhandlungen liegen; ob es sich hierbei aber möglicherweise nur um einen Tatbeitrag handelte, dem nach den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe lediglich unterstützender Charakter zukam, hat das LG nicht erörtert und ist den Urteilsgründen auch in ihrem Gesamtzusammenhang nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob die betrügerischen Bestellungen anderer Firmenangehöriger eventuell je für sich schon durch die allgemeine Mitarbeit des Angeklagten A in dem Geschäftsbetrieb mitbestimmt oder gefördert worden sind. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte, hätte er jedoch nicht entsprechend der Zahl dieser Bestellungen tatmehrheitliche Betrugstaten als Mitäter begangen oder als Gehilfe unterstützt; vielmehr wären diese Taten auf Grund des einheitlichen Tatbeitrages in seiner Person zu gleichartiger Tateinheit verbunden (s. nur BGH, NStZ-RR 2003, 265 [267]).

b. Zur fehlenden Beteiligung des Angeklagten A an den nach seinem Ausscheiden begangenen Bandentaten

Das LG stellt fest, dass der Angeklagte A seine Tätigkeit für die M GmbH im März 2002 aufnahm und am 15.07.2002 aus der Fa. ausschied. Dennoch rechnet es

ihm betrügerische Bestellungen zu, die erst nach seinem letzten Arbeitstag vorgenommen worden sind (Anklagepunkte 7 - teilweise -, 8, 15, 40, 46, 31) und stellt zum Anklagepunkt 14 in offensichtlichem Widerspruch zu seinen vorherigen Ausführungen sogar fest, dass der Angekl. noch am 22. und 23.07.2002 Vertragsverhandlungen führte und Waren bestellte. Weder für diesen Widerspruch noch dazu, auf welcher Grundlage dem Angeklagten A die weiteren nach dem 15.07.2002 erteilten Bestellungen angelastet werden können, findet sich in den Urteilsgründen eine Erklärung.

c. Zu den Feststellungen bzgl. des Vorsatzes des Angeklagten A

Im Rahmen der Sachverhaltsfeststellungen und auch der Beweiswürdigung geht das LG - gestützt auf die Angaben des Zeugen S und des Mitangeklagten H - von direktem Betrugsvorsatz des Angeklagten A aus; hiergegen wäre für sich rechtlich nichts zu erinnern. Im Gegensatz hierzu stehen jedoch weitere Ausführungen zur Beweiswürdigung: Der Angeklagte hätte sich im Hinblick auf die Umstände seiner Tätigkeit (Verlangen der Verwendung eines Falschnamens; Auftreten des Zeugen S, mit dem er bereits bei einer anderen Fa. in entsprechender Weise tätig gewesen war) "kritische Gedanken" machen müssen. Da er mit der Buchhaltung befasst gewesen sei und sich hätte Einblick verschaffen können, ob die Waren weiterverkauft und Zahlungseingänge hierfür gebucht wurden, hätten ihm Zweifel an der Redlichkeit des Handelns der Fa. entstehen müssen. Dies rechtfertige die Annahme, der Angeklagte habe betrügerisches Handeln zumindest billigend in Kauf genommen.

Damit, dass der Angeklagte sich hätte Gedanken machen müssen und Einblick in die Geschäftsbücher hätte nehmen können, ist aber entgegen der Ansicht des LG nicht bedingter Vorsatz, sondern nur ein fahrlässiges Handeln des Angeklagten umschrieben. Im Übrigen erscheint es ohnehin äußerst zweifelhaft, ob in Fällen des Stoßbetruges bedingt vorsätzliches Handeln überhaupt denkbar ist. Damit fehlt es aber auch insoweit an einer eindeutigen Urteilsgrundlage. Der Schuldspruch gegen den Angeklagten A kann daher insgesamt keinen Bestand haben.

3. Zur Erstreckung des Urteils auf die Mitangeklagten K und H

Gem. § 357 S. 1 StPO ist die Urteilsaufhebung auf die nicht revidierenden Mitangeklagten K und H zu erstrecken.

a. Zur Erstreckung auf den Mitangeklagten K

Der Mitangeklagte K hat nach den Feststellungen keine einzige der verfahrensgegenständlichen Bestellungen selbst erteilt oder auch nur an ihnen mitgewirkt (im Fall des Anklagepunkts 30 war er lediglich in den

Geschäftsräumen in O anwesend; nach Einblick in die Geschäftsabläufe hielt er es ab einem bestimmten Zeitpunkt allerdings für möglich, dass die Firma unredliche Geschäfte betrieb, und nahm dies zumindest billigend in Kauf. Konkrete "Geld- oder Gewinnvorteile" erwartete er nicht. Über eine Gewinnverteilung sollte erst noch geredet werden. 36 täterschaftlich begangene Betrugstaten sind damit nicht ansatzweise belegt (s. oben 2. a).

b. Zur Erstreckung auf den Mitangeklagten H

Der Mitangeklagte H wird nur im Zusammenhang mit sechs Bestellungen erwähnt (Anklagepunkte 30, 7, 8, 15, 40, 46). Bis auf den Anklagepunkt 30 ist auch in diesen Fällen eine Mitwirkung dieses Mitangeklagten an dem jeweiligen Bestellvorgang indessen nicht dargetan; denn er wird jeweils nur auf den schriftlichen Bestellschreiben als Sachbearbeiter genannt, unterschrieben sind diese dagegen jeweils von dem Zeugen S unter seinem Falschnamen "He". Dass der Mitangeklagte H tatsächlich in irgendeiner Form an diesen Bestellungen beteiligt war, ist damit nicht belegt. Ausgehend von den oben dargelegten Grundsätzen fehlt es somit nach den bisherigen Feststellungen an der Grundlage für eine Verurteilung wegen tatmehrheitlichen täterschaftlichen Betruges.

Dies gilt letztlich auch für den Anklagepunkt 30. Zwar hat der Mitangeklagte H an der Auswahl der dann vom Angeklagten A bestellten Schuhe durch ein zustimmendes Nicken mitgewirkt und eine Erweiterung der Bestellung befürwortet. Im Hinblick auf die weitere Feststellung, dass der Angeklagte H nicht Mitglied der "Bestellerbande" war, er sich hauptsächlich in der Rolle desjenigen sah, der seinen Namen gab als "Strohmann für He", und er nicht unmittelbar an den Erlösen aus den betrügerischen Geschäften partizipierte, sondern lediglich für 2.000 € im Monat ange-stellt war, ist damit hier täterschaftliches Handeln nicht zweifelsfrei belegt. Es kommt vielmehr auch Beihilfe in Betracht. Dies wäre zu erörtern gewesen (vgl. oben 2. a). Auch seine Verurteilung ist daher in vollem Umfang aufzuheben.

4. Zurückverweisung

Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO Gebrauch und verweist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine Strafkammer des Landgerichts Oldenburg zurück.

5. Anmerkungen des BGH

Das angefochtene Urteil gibt abschließend Anlass zu folgendem Bemerkungen:

a. Geständnis des Angeklagten entbindet nicht von der Pflicht zur abschließenden Aufklärung des Sachverhalts

Das deutsche Strafprozessrecht wird von dem Grund-

satz beherrscht, dass die Gerichte von Amts wegen den wahren Sachverhalt - soweit dies mit dem verfügbaren Beweismaterial möglich ist - aufzuklären haben (§ 244 II StPO). Je nach dem Ergebnis dieser Aufklärungs-bemühungen (§ 261 StPO) ist der Angeklagte dann freizusprechen oder sein festgestelltes Verhalten unter die zutreffende Strafnorm zu subsumieren; auf dieser Grundlage ist der Schuldspruch zu treffen und sind die entsprechenden Rechtsfolgen festzusetzen. Dieser Grundsatz darf - schon wegen der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 III GG) - nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert werden. Soweit nicht das Gesetz selbst aus Opportunitätsgründen eine Beschränkung des aufzuklärenden Sachverhalts zulässt (s. etwa §§ 154, 154a StPO), ist es daher unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials - nach Umfang und Beweiskraft - beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte im Rahmen einer Verfahrensabsprache geständig zeigt (hier: Geständnisse der Mitangeklagte K und H durch bestätigte Verteidigererklärungen). Allein seine Bereitschaft, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet das Gericht nicht von der Pflicht zu prüfen, ob das daraufhin abgelegte Geständnis dem Urteil zu Grunde gelegt werden darf. Es ist daher zu untersuchen, ob es mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist, ob es überhaupt ein strafrechtlich relevantes Verhalten einräumt und - wenn letzteres der Fall ist - welche Strafnorm in welcher Begehungsweise hierdurch verletzt wurde; eine Absprache über den Schuldspruch ist verboten (BGHSt - GStSt - 50, 40 [49 f.] = NJW 2005, 1540 = NSTz 2005, 389). All dies ist hier - ausgehend von den bisher getroffenen Feststellungen, die jedoch nicht lebensnah erscheinen - hinsichtlich der Mitangeklagten K und H missachtet worden. Das ergibt sich schon aus den Ausführungen unter 3. Ergänzend weist der Senat auf die unerklärlichen Widersprüche des Urteils hinsichtlich des Mitangeklagten K hin: Einerseits wird festgestellt, dass er als Gesellschafter und Geschäftsführer am 10.07.2002 aus der M GmbH ausschied, zum anderen rechnet ihm das Landgericht - ohne ein Wort der Begründung - auch Bestellungen der Firma nach diesem Zeitpunkt zu und führt aus, seine insgesamt nur sechs bis sieben Besuche in O hätten sich "bis etwa September 2002" erstreckt; wie dies mit seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft im Juli 2002 vereinbar ist, bleibt offen.

Die Legitimität staatlichen Strafens droht Schaden zu nehmen, wenn eine Verfahrensabsprache mit einigen von mehreren Mitangeklagten sogar dazu führt, dass auch hinsichtlich eines nicht geständigen Angeklagten (hier des Angeklagten A) eine ordnungsgemäße Sach-

aufklärung unterbleibt, erkennbar widersprüchliche Feststellungen getroffen werden und ein Schuldspruch verkündet wird, dessen rechtliche Begründung sich in einer Wiederholung des Urteilstenors erschöpft und jede nähere Prüfung und Darlegung vermissen lässt, ob und wie der festgestellte Sachverhalt der als verletzt angesehenen Strafnorm subsumiert werden kann.

b. Erforderlichkeit ergänzender Feststellungen

Soweit die nunmehr zur Entscheidung berufene StrK bei einem oder mehreren der drei Angeklagten von bandenmäßiger Begehungsweise ausgehen sollte, wird sie die Bandenabrede näher darzulegen haben. Darüber hinaus wird sie sich auch mit der Frage zu beschäftigen haben, ob gewerbsmäßiges Handeln vorliegt. Einem Schuldspruch wegen Bauden- und gewerbsmäßi-

gen Betruges (§ 263 V StGB) stünde das Verschlechterungsgebot nicht entgegen (§ 358 II 1 StPO).

c. Darstellung einer Serie von Straftaten im Urteil

Wird eine Serie von Straftaten abgeurteilt, so ist es zur Übersichtlichkeit und besseren Verständlichkeit des Urteils dringend angezeigt, dort eigene Ordnungsziffern für die Taten zu vergeben und auf deren Bezifferung in der Anklage lediglich durch Klammerzusatz hinzuweisen. Dies gilt insbesondere dann, wenn - wie hier - nicht alle angeklagten Taten abgeurteilt werden und die Reihenfolge ihrer Darstellung im Urteil von derjenigen in der Anklageschrift abweicht (vgl. BGH bei Becker NSTZ-RR 2002, 260 Nr. 12; 2003, 4 Nr. 10 und 13).

Standort: § 136 StGB

Problem: Begründung der Beschuldigteneigenschaft

BGH, URTEIL VOM 03.07.2007
1 STR 3/07 (NJW 2007, 2706)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte im Mai 2002 zuerst seine Frau und dann seine Tochter getötet und deren Leichen in einem Waldstück versteckt. Bei der Polizei meldete er sie jedoch als vermisst. Als die Vermissten auch nach mehreren Monaten immer noch nicht wieder aufgetaucht waren, wurde der Angeklagte am 26.09.2002 eindringlich von den zuständigen Ermittlungsbeamten der Polizei vernommen. Er wurde zwar lapidar darauf hingewiesen, dass er bei der Polizei nichts zu sagen bräuchte, eine richtige Beschuldigtenbelehrung i.S.v. § 136 I 2 StPO erfolgte jedoch nicht. Wenig später wurde sein Grundstück durchsucht. Erst als im März 2003 ein der Ehefrau gehörendes Ledermäppchen in der Nähe des Grundstücks gefunden wurde, leitete die Staatsanwaltschaft ein förmliches Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten ein.

Das Landgericht Waldshut-Tiengen verurteilte den Angeklagten wegen Totschlags, § 212 I StGB, in zwei Fällen, wobei es die Verurteilung vor allem auf die Aussage des Angeklagten vom 26.09.2002 stützte. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da die Aussage des Angeklagten vom 26.09.2002 wegen Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus § 136 I 2 StPO nicht verwertbar sei. Auch einer Revision der Staatsanwaltschaft, mit der diese die Verneinung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht bei Tötung der Tochter durch das Landgericht rügte, gab der BGH statt.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots, gerade bei Verstoß gegen eine Belehrungs-

pflcht, stellt im zweiten Examen einen absoluten Standardstoff dar, der in sämtlichen denkbaren Klausurvarianten (Abschlussverfügung der StA, Urteil und Revision) relevant werden kann. Auch im ersten Examen kommen Fragen zu Beweisverwertungsverboten häufiger als StPO-Zusatzfragen. Die Prüfung der Voraussetzungen der verschiedenen Mordmerkmale ist in beiden Examen gleichermaßen wichtig.

Der vorliegende Fall betrifft zunächst die Belehrungspflicht des § 136 I 2 StPO. Nach dieser Vorschrift ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass es ihm freisteht, sich zur Sache zu äußern und dass er - auch vor seiner Vernehmung - einen Verteidiger hinzuziehen darf. Gem. § 163a III 2 StPO gilt diese Belehrungspflicht auch bei jeder späteren Vernehmung des Beschuldigten. Ein Verstoß gegen diese Pflicht zieht grds. ein Verwertungsverbot bzgl. der so erlangten Aussage des Beschuldigten nach sich, sofern er der Verwertung rechtzeitig widerspricht (BGHSt 38, 214; Müller, StV 1996, 358; Roxin, NSTZ 1992, 294). Allerdings ist zu beachten, dass diese Belehrungspflicht nur bei einer Vernehmung des Beschuldigten greift. Ein Zeuge oder auch ein Verdächtiger, der (noch) nicht Beschuldigter ist, braucht nicht entsprechend belehrt zu werden. Damit erlangt natürlich die Frage entscheidende Bedeutung, mit der sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung befasst, nämlich ab welchem Zeitpunkt eine Person Beschuldigter i.S.v. § 136 StPO ist.

Zwar bringt die vorliegende Entscheidung insofern wenig Neues, der BGH fasst hier jedoch seine bisherige Rechtsprechung zusammen (vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn 76 ff.): Die Beschuldigteneigenschaft setzt subjektiv den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde voraus, der sich objektiv in einem Willensakt manifestieren muss (vgl. BGHSt 38, 214, 228; BGH, NJW 1997, 1591). Ein

solcher Willensakt ist auf jeden Fall dann gegeben, wenn ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet oder Maßnahmen gegen die Person veranlasst werden, die nur gegen den Beschuldigten möglich sind, z.B. eine körperliche Untersuchung, § 81a StPO. Auch Maßnahmen, die an einen Tatverdacht anknüpfen, wie eine Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln, § 102 StPO, begründen grds. eine Beschuldigteneigenschaft. Aus einer bloßen Vernehmung einer Person kann allerdings nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass diese als Beschuldigter anzusehen ist, da auch ein Verdächtiger, der kein Beschuldigter ist, vernommen werden kann, vgl. §§ 55, 60 Nr. 2 StPO. Ein Verdächtiger muss aber - anders als ein Beschuldigter - nicht gem. § 136 I StPO belehrt werden. Der BGH betont, dass die Frage, ob die Strafverfolgungsbehörde einen solchen Grad des Verdachts auf eine strafbare Handlung für gegeben hält, dass sie einen Verdächtigen als Beschuldigten vernimmt, ihrer pflichtgemäßen Beurteilung unterliege und es im Rahmen der insofern gebotenen Abwägung aller Umstände des Einzelfalls darauf ankomme, inwieweit der Tatverdacht auf hinreichend gesicherten Erkenntnissen oder lediglich auf kriminalistischer Erfahrung beruhe. Falls der Tatverdacht so stark sei, dass die Strafverfolgungsbehörde andernfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, sei es jedoch verfahrensfehlerhaft, wenn sie dennoch nicht zur Beschuldigtenvernehmung übergehe (BGHSt 38, 214, 228; BGH NJW 1994, 2904, 2907; NStZ 2004, 368). Der BGH führt aus, dass im vorliegenden Fall der Inhalt der Vernehmung vom 26.09.2002 und die kurz darauf gegen den Angeklagten eingeleiteten Suchmaßnahmen zeigten, dass er bereits in der fraglichen Vernehmung als Beschuldigter angesehen wurde und deshalb hätte belehrt werden müssen.

Weiter macht der BGH Ausführungen zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 II StGB. Der BGH betont insofern, dass die Verdeckungsabsicht - keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele erfordere, sondern dass es insofern genüge, dass er die "Verdeckungsanlage" gleichsam "auf einen Blick" erfasst. Dies entspricht zwar der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 35, 116; BGH NJW 1999, 1039, 1041) und der wohl herrschenden Literatur, geht aber an der Argumentation des Landgerichts für die Verneinung der Verdeckungsabsicht vorbei. Das LG hatte eine solche nämlich ausgeschlossen, weil hierfür "zumindest eine gewisse Zeitspanne zwischen der Tötung beider Opfer" erforderlich und eine solche nicht nachzuweisen sei. In welchem zeitlichen Verhältnis die zu verdeckende Tat und die Tötungshandlung stehen müssen, ist allerdings vom BGH bisher nicht eindeutig entschieden worden (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 32 a f.). Wenn man

tatsächlich - wie es auch der BGH in der Vergangenheit getan hat - für eine Verdeckungsabsicht eine Tatmehrheit von Tötungshandlung und zu verdeckender Tat verlangt, dann müsste man u.U. im vorliegenden Fall tatsächlich - zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - davon ausgehen, dass eine solche zwischen (der zu verdeckenden) Tötung der Ehefrau und der der Tochter nicht gegeben ist.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft i.S.v. § 136 StPO: *BGHSt* 10, 8; 17, 128; 37, 48; 38, 214; *BGH*, *NJW* 1994, 2904; 1996, 2663; 1997, 1591; *NStZ-RR* 2002, 67; 2004, 368; *Beulke*, *StV* 1990, 181; *Satzger*, *JZ* 2001, 643

☐ Zur Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 StGB: *BGH*, *NJW* 2003, 312; *NStZ* 2003, 312; *Freund*, *NStZ* 2004, 123; *Sowada*, *JZ* 2000, 1044; *Wilhelm*, *NStZ* 2005, 177

Kursprogramm:

☐ *Assessorkurs*: "Maxi-Markt"

Leitsatz:

Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung (im Anschluss an BGHSt 38, 214).

Sachverhalt:

Am 9. oder 10. Mai 2002 schlug der Angeklagte im gemeinsamen Wohnanwesen zunächst mehrmals mit großer Kraft einen schweren großflächigen Gegenstand gegen den Kopf seiner Ehefrau G oder stieß - nach Eintritt der Bewusstlosigkeit - ihren Kopf mit großer Kraft gegen einen derartigen Gegenstand. G erlitt drei Schädelbrüche, wobei eine der Frakturen auch durch den ungehemmten Aufprall des Kopfes infolge Bewusstlosigkeit verursacht worden sein kann. Anschließend tötete der Angeklagte in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang seine Tochter J auf eine nicht bekannte Weise. Weitere Einzelheiten des eigentlichen Tathergangs hat das Landgericht nicht feststellen können.

Nach den Taten versteckte er die Leichen in einem 30 Kilometer entfernt liegenden Wald, nachdem er ihre Extremitäten mit Paketklebeband fixiert und sie mit Folie und Textilien umwickelt hatte. Mehr als drei Jahre später, am 23. August 2005, wurden die beiden Leichen in skelettiertem Zustand entdeckt.

Der Angeklagte zeigte am 13. Mai 2002 das Verschwinden von Ehefrau und Tochter an. Auf Grund dieser Vermisstenanzeige wurde zunächst lediglich bei der Polizei ein "Vermisstenvorgang" geführt. Der Angeklagte wurde am 13. Mai, 16. Mai, 12. August und 26. September 2002 von Polizeibeamten als Zeuge

vernommen. Er wurde - nur - vor der Zeugenvernehmung am 26. September darauf hingewiesen, dass er "bei der Polizei [...] überhaupt nichts sagen" und jedenfalls "keine Angaben machen brauche [...], die [... ihn] belasten könnten".

Bei den Vernehmungen äußerte sich der Angeklagte umfassend zur Sache. Am 4. Oktober 2002 legte die Polizei den Vorgang der Staatsanwaltschaft vor, die am 7. Oktober 2002 ein "Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen des Verdachts eines nichtnatürlichen Todesfalls" einleitete. Am 10. Oktober 2002 erfolgte eine Suchaktion mit Leichensuchhunden mit dem Einverständnis des Angeklagten auf seinem Grundstück einschließlich des Wohnhauses. Am 13. November 2002 sagte der Angeklagte bei der Polizei nochmals ergänzend als Zeuge zur Sache aus, ohne belehrt worden zu sein.

Als am 8. März 2003 ein Ledermäppchen mit Plastikkarten der Ehefrau in der Nähe des Anwesens des Angeklagten aufgefunden wurde, leitete die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 10. März 2003 gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen Mordes in zwei Fällen ein. Am 21. März 2003 wurde er als Beschuldigter vernommen; nach Beschuldigtenbelehrung, allerdings ohne dass auf die Nichtverwertbarkeit früherer Aussagen hingewiesen wurde (sog. qualifizierte Belehrung), machte er ergänzende Angaben zur Sache. Weil weitere Ermittlungen keine hinreichend sicheren Erkenntnisse über den Tod oder den Verbleib der beiden Frauen erbrachten, wurde das Verfahren am 3. Juni 2004 nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

Nachdem die beiden Leichen - die der Ehefrau eingewickelt in einen aus dem gemeinsamen Haushalt stammenden Teppich - entdeckt worden waren, erging nach Wiederaufnahme der Ermittlungen am 26. August 2005 Haftbefehl gegen den Angeklagten, auf Grund dessen seit demselben Tag Untersuchungshaft gegen ihn vollzogen wird. Bei einer Beschuldigtenvernehmung am 29. August 2005 sagte der Angeklagte nach nicht qualifizierter - Belehrung erneut ergänzend aus.

In der Hauptverhandlung, die am 27. Februar 2006 begann, machte der Angeklagte lediglich Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen und zu seinem Lebenslauf; zur Sache ließ er sich nicht ein. Die Verteidigung widersprach rechtzeitig der Verwertung der Aussagen des Angeklagten unter anderem vom 26. September und 13. November 2002, da der Angeklagte als Beschuldigter hätte belehrt werden müssen.

Die Schwurgerichtskammer wies den Widerspruch zurück.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags in zwei Fällen zu lebenslanger Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt; von der Feststellung der besonde-

ren Schuldschwere hat es abgesehen. Opfer der Taten waren seine Ehefrau G. und seine Tochter J. Wegen des Totschlags an der Ehefrau hat das Landgericht eine Freiheitsstrafe von elf Jahren verhängt; den Totschlag an der Tochter hat es als besonders schweren Fall bewertet (§ 212 Abs. 2 StGB) und deswegen auf eine lebenslange Freiheitsstrafe erkannt.

Der Angeklagte wendet sich mit der auf eine Verfahrensrüge und die Sachbeschwerde gestützten Revision gegen seine Verurteilung. Die Staatsanwaltschaft greift das Urteil mit der zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Sachrüge gestützten Revision - beschränkt - insoweit an, als der Angeklagte "bezüglich der Tötung seiner Tochter J wegen Totschlags und nicht wegen Mordes verurteilt" und "die besondere Schwere der Schuld nicht festgestellt" worden ist. Beide Rechtsmittel haben Erfolg. Allerdings führt die Revision der Staatsanwaltschaft entgegen ihrem Antrag auch zur Aufhebung der wegen der Tötung von J verhängten Einzelstrafe und damit der Gesamtsstrafe. [...]

II. Revision des Angeklagten

Die Revision des Angeklagten hat bereits mit der Verfahrensrüge Erfolg, die Kammer habe bei der Urteilsfindung rechtsfehlerhaft die Zeugenaussagen des Angeklagten am 26. September und 13. November 2002 verwertet, obwohl er als Beschuldigter hätte vernommen und dementsprechend belehrt werden müssen (Verstoß gegen § 136 Abs. 1, § 163a Abs. 4 StPO). [...]

1. Vortrag des Revisionsführers bzgl. der Verfahrensrüge

Die Revision macht geltend, dass der Angeklagte bei den Zeugenaussagen vom 26. September und 13. November 2002 aus Sicht der Vernehmungsbeamten "längst" Beschuldigter gewesen sei. Im Zentrum des Revisionsvorbringens steht dabei die Vernehmung am 26. September 2002; die Beschuldigteneigenschaft ergebe sich hier aus den zuvor bei den Ermittlungen gewonnenen Erkenntnissen sowie aus dieser Vernehmung selbst.

Zur Zeit der Vernehmung seien die Ehefrau und die Tochter des Angeklagten schon mehr als viereinhalb Monate lang verschwunden gewesen. Von der Polizei eingeleitete umfangreiche Suchmaßnahmen seien erfolglos geblieben. Nach den polizeilichen Erkenntnissen hätten die Vermissten keinen Kontakt zu Verwandten oder Freunden aufgenommen; auf dem Giro- und dem Kreditkartenkonto der Ehefrau seien keine Bewegungen zu verzeichnen gewesen.

Die Vernehmung sei von Vorhalten und Fragen geprägt, aus denen hervorgehe, dass der Vernehmungsbeamte "nicht nur im Sinne eines subjektiven 'Gefühls'", sondern "auf der Grundlage des aktuellen Ermittlungsstands einerseits davon überzeugt war, dass G und J tot waren, und andererseits, dass der Ange-

klagte mit dem Tod der beiden 'in Zusammenhang' stand". Der Vernehmungsbeamte habe auch zum Ausdruck gebracht, dass er die Angaben des Angeklagten insbesondere insoweit für nicht glaubhaft halte, als dieser Erinnerungsdefizite für die Tage nach dem Verschwinden behauptet habe.

2. Zum Vorliegen eines Verfahrensfehlers wegen Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot

Die Verwertung der Aussagen des Angeklagten vom 26. September und 13. November 2002 durch das Landgericht ist auf Grund der fehlenden Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 StPO rechtsfehlerhaft. Denn der Angeklagte erlangte mit der Vernehmung am 26. September 2002 und mit der anschließenden Suchmaßnahme auf seinem Anwesen den Status eines Beschuldigten.

a. Zum Begriff des Beschuldigten i.S.v. § 136 StPO

Der § 136 StPO zugrunde liegende Beschuldigtenbegriff vereinigt subjektive und objektive Elemente. Die Beschuldigteneigenschaft setzt - subjektiv - den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde voraus, der sich - objektiv - in einem Willensakt manifestiert (vgl. BGHSt 38, 214, 228; BGH NJW 1997, 1591; Rogall in SK-StPO 41. Lfg. vor § 133 Rdn. 33; vgl. auch § 397 Abs. 1 AO). Wird gegen eine Person ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Andernfalls beurteilt sich dessen Vorliegen danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen darstellt (BGHSt aaO).

Dabei ist zwischen verschiedenen Ermittlungshandlungen wie folgt zu differenzieren: Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen, die nur gegenüber dem Beschuldigten zulässig sind, sind Handlungen, die ohne weiteres auf den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde schließen lassen (Rogall aaO Rdn. 23). Aber auch Eingriffsmaßnahmen, die an einen Tatverdacht anknüpfen, begründen grundsätzlich die Beschuldigteneigenschaft des von der Maßnahme betroffenen Verdächtigen, weil sie regelmäßig darauf abzielen, gegen diesen wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen; so liegt die Beschuldigtenstellung des Verdächtigen auf der Hand, wenn eine Durchsuchung nach § 102 StPO dazu dient, für seine Überführung geeignete Beweismittel zu gewinnen (vgl. BGH NJW 1997, 1591, 1592; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 136 Rdn. 4). Anders liegt es bei Vernehmungen. Bereits aus §§ 55, 60 Nr. 2 StPO ergibt sich, dass im Strafverfahren auch ein Verdächtiger im Einzelfall als Zeuge vernommen werden darf, ohne dass er über die Beschuldigtenrechte belehrt werden muss (vgl. BGHSt 10, 8, 10; 17, 128, 133; Hanack aaO; Rogall aaO Rdn. 11; ferner BVerfG [Kammer], Beschl. vom 8. Dezember 2005 - 2 BvR 1513/05). Der Ver-

nehmende darf dabei auch die Verdachtslage weiter abklären; da er mithin nicht gehindert ist, den Vernommenen mit dem Tatverdacht zu konfrontieren, sind hierauf zielende Vorhalte und Fragen nicht zwingend ein hinreichender Beleg dafür, dass der Vernehmende dem Vernommenen als Beschuldigten gegenübertritt. Der Verfolgungswille kann sich jedoch aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Befragung ergeben.

Ergibt sich die Beschuldigteneigenschaft nicht aus einem Willensakt der Strafverfolgungsbehörden, kann - abhängig von der objektiven Stärke des Tatverdachts - unter dem Gesichtspunkt der Umgehung der Beschuldigtenrechte gleichwohl ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorliegen. Ob die Strafverfolgungsbehörde einen solchen Grad des Verdachts auf eine strafbare Handlung für gegeben hält, dass sie einen Verdächtigen als Beschuldigten vernimmt, unterliegt ihrer pflichtgemäßen Beurteilung. Im Rahmen der gebotenen sorgfältigen Abwägung aller Umstände des Einzelfalls kommt es dabei darauf an, inwieweit der Tatverdacht auf hinreichend gesicherten Erkenntnissen hinsichtlich Tat und Täter oder lediglich auf kriminalistischer Erfahrung beruht. Falls jedoch der Tatverdacht so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde andernfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn dennoch nicht zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird (vgl. BGHSt 37, 48, 51 f.; 38, 214, 228; BGH NJW 1994, 2904, 2907; 1996, 2663; 1997, 1591; NStZ-RR 2002, 67 [bei Becker]; 2004, 368; Beschl. vom 25. Februar 2004 - 4 StR 475/03).

Andererseits kann der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörde - zumal bei Tötungsdelikten - erst bei einem konkreten und ernsthaften Tatverdacht zur Vernehmung des Verdächtigen als Beschuldigten verpflichtet ist, für ihn auch eine schützende Funktion haben. Denn der Vernommene wird hierdurch nicht vorschnell mit einem Ermittlungsverfahren überzogen, das erhebliche nachteilige Konsequenzen für ihn haben kann.

b. Zur Beschuldigteneigenschaft des Angeklagten im Zeitpunkt der Vernehmung am 26.09.2002

Gemessen an diesen Grundsätzen ist es zwar nicht zu beanstanden, dass Staatsanwaltschaft und Polizei die Verdachtslage dahingehend beurteilten, dass noch keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für einen ernsthaften Tatverdacht auf ein Tötungsdelikt des Angeklagten vorhanden waren (nachfolgend aa).

Jedoch zeigten die Ermittlungsbeamten bei der Vernehmung am 26. September 2002 und danach ein Verhalten, aus welchem sich für den Angeklagten ergab, dass sie ihm als Beschuldigten begegneten (nachfolgend bb).

aa. Zum Fehlen eines Tatverdachts gegen den Angeklagten bzgl. eines Tötungsdelikts

Nach der dienstlichen Stellungnahme des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft vom 6. März 2006 gingen Staatsanwaltschaft und Polizei bis zum Auffinden des Kartenmappchens am 8. März 2003 - also bei sämtlichen Zeugenvernehmungen - davon aus, dass "noch keine Tatsachen vorlagen, die einen konkreten und ernsthaften Verdacht gegen den Angeklagten begründet hätten". Diese Beurteilung entsprach dem Stand der Ermittlungen. Denn die Erkenntnisse in dem Vermisstenfall erschöpften sich weitgehend darin, dass G und J schon längere Zeit - am 26. September 2002 seit mehr als viereinhalb Monaten - "spurlos" verschwunden waren. Dies gilt namentlich für die erfolglosen Suchaktionen, den ausbleibenden Kontakt zu Verwandten und Freunden sowie die fehlenden Kontenbewegungen. Auf der anderen Seite lagen Hinweise vor, die gegen einen Tatverdacht sprachen; so hatten sich etwa Personen bei der Polizei gemeldet, welche die Vermissten noch nach ihrem Verschwinden gesehen haben wollten.

Nach alledem durften die Vernehmungsbeamten zunächst davon ausgehen, dass keine gesicherten Erkenntnisse gegeben waren, die einen derart starken Tatverdacht gegen den Angeklagten begründeten, dass die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens von Rechts wegen geboten war. Den Strafverfolgungsbehörden fehlten hinreichende objektive Anhaltspunkte dafür, dass überhaupt Straftaten vorlagen. Allein die Vorstellung, falls sich entsprechende Tatsachen herausstellen sollten, werde in erster Linie gegen den Angeklagten vorgegangen, begründete nicht dessen Beschuldigtenstellung (vgl. in diesem Sinne BGHSt 49, 29, 31 f.).

bb. Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch das Verhalten der Vernehmungsbeamten

Neben der Stärke des Tatverdachts ist jedoch auch von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Beamten nach außen, auch in der Wahrnehmung des Vernommenen darstellt. Hier folgt der Verfolgungswille aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Vernehmung am 26. September 2002 und der darauf folgenden Suchmaßnahme auf dem Anwesen des Angeklagten: Eine - aus der Sicht des Angeklagten zu beurteilende - Gesamtschau aller relevanten Umstände ergibt, dass die Vernehmung vornehmlich dazu diente, den Angeklagten, von dessen mutmaßlicher Täterschaft sich der Vernehmungsbeamte überzeugt zeigte, zu überführen. In der lediglich von kurzen Pausen unterbrochenen fast zehnstündigen Vernehmung ging es diesem erkennbar insbesondere darum, den Angeklagten mit Ungereimtheiten seines bisherigen Aussageverhaltens und zuletzt direkt mit dem Vorwurf von Tötungsverbrechen zu konfrontieren. Die Gestaltung der Vernehmung lässt erkennen, dass der Vernehmungsbeamte mittels kriminalistischer Taktik einen

Tatnachweis ermöglichen oder einen gegebenenfalls erst später möglichen Tatnachweis erleichtern wollte. Die Vernehmung war von Vorhalten und Fragen geprägt, die erkennbar auf "Schwachstellen" in den bisherigen Aussagen zielten und zuletzt in eindringlicher Form auf ein Geständnis hinwirkten:

So äußerte der Vernehmungsbeamte schon zu Beginn der Vernehmung, dass nach seiner Überzeugung G und J tot seien. Noch in einem frühen Stadium erklärte er weiterhin, dass der Angeklagte bereits aus der Belehrung, sich nicht selbst belasten zu müssen, erkennen könne, dass der Vernehmungsbeamte ihm "im Zusammenhang mit dem Verschwinden von Frau und Kind [...] bis zu einem gewissen Grad Misstrauen entgegenbringe". Der Angeklagte bekundete beispielsweise, schon kurz nachdem Ehefrau und Tochter verschwunden gewesen seien, so "von der Rolle" gewesen zu sein, dass er nunmehr Erinnerungslücken habe, obwohl er zuvor ausgesagt hatte, die Ehe sei zerrüttet gewesen und seine Ehefrau habe schon früher unangekündigt auswärts übernachtet. Daraufhin äußerte der Vernehmungsbeamte, dass er dem Angeklagten insoweit nicht glaube ("ich glaube Ihnen kein Wort"); mit der Geltendmachung von Erinnerungslücken wolle der Angeklagte "nur umgehen, dass [...] er] sich eventuell in Widersprüche zu[m ...] etwaigen Ermittlungsergebnis verstricken" könnte. Sodann stellte der Vernehmungsbeamte zwar ausdrücklich die vergleichsweise schwache Beweislage heraus, indem er sagte: "Gut, Herr H., ich kann Ihnen natürlich nicht das Gegenteil [davon] beweisen, dass es bei Ihnen so war. Das kann ich natürlich nicht." Als der Angeklagte auf den nochmaligen Vorhalt, seine Angaben seien nicht glaubhaft, so dass sich die Frage stelle, was er "mit dem Verschwinden von der G und der J zu tun" habe, auf diesen Angaben beharrte, äußerte der Vernehmungsbeamte jedoch auch, dass der Angeklagte sich durch sein derzeitiges Aussageverhalten "nur noch verdächtiger" mache. Im weiteren Verlauf hielt der Vernehmungsbeamte - vor dem Hintergrund erheblicher Probleme des Angeklagten mit der Zeugungsfähigkeit - ihm vor, er könnte in einem Streitgespräch mit seiner Ehefrau erfahren haben, dass er nicht der Erzeuger seiner Tochter sei. Um diese den Angeklagten belastende Sachverhaltsvariante "in den Griff [zu] bekommen", forderte er die Entbindung des behandelnden Arztes von der Schweigepflicht, die der Angeklagte auch erteilte. Schließlich wurden die Vorhalte zunehmend eindringlicher (etwa: "Das Gewissen plagt Sie nicht?" oder "Dass Sie uns eventuell sagen, wo die Leichen sind!"). Zuletzt forderte der Vernehmungsbeamte noch die Zustimmung des Angeklagten zu einer Nachschau in seinem Haus und die Abgabe einer Speichelprobe für eine DNA-Analyse; mit beidem erklärte sich dieser einverstanden.

Wie bereits ausgeführt (vgl. oben II. 2. a), führen auf den Tatverdacht zielende Vorhalte und Fragen nicht

notwendig dazu, dass der Vernommene als Beschuldiger zu belehren ist. Die Vorhalte und Fragen dienen hier jedoch für den Angeklagten erkennbar zum einen dazu, neue Ermittlungsansätze gegen ihn zu gewinnen (Schweigepflichtsentbindung; Nachschau im Haus; DNA-Analyse) und ein Geständnis von ihm zu erlangen. Zum anderen wollte der Vernehmungsbeamte Widersprüche im Aussageverhalten des Angeklagten aufdecken.

So deutet etwa der Vorhalt, der Angeklagte wolle mit der Geltendmachung von Erinnerungslücken "nur umgehen, dass [er] sich eventuell in Widersprüche zu[m] etwaigen Ermittlungsergebnis verstricken" könnte, darauf hin, dass es dem Vernehmungsbeamten zu diesem Zeitpunkt, sollte der Angeklagte - wunschgemäß - präzisere Angaben machen, insbesondere auch um die Aufdeckung derartiger Widersprüche zum Zweck eines Tatnachweises ging.

Entgegen der bereits erwähnten Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 6. März 2006 erfolgte somit die Befragung erkennbar gerade nicht vor dem Hintergrund, "dass ein Angehöriger bei einem Vermisstenfall zu den Umständen des Verschwindens unwahre oder unvollständige Angaben macht, die nichts mit der Verheimlichung eines von ihm selbst begangenen Tötungsdelikt zu tun haben". Unter Berücksichtigung aller Umstände war dieses Vorgehen daher im vorliegenden Fall mit einer Vernehmung des Angeklagten als Zeugen nicht mehr zu vereinbaren.

Der Wille der Strafverfolgungsbehörden, gegen den Angeklagten als Beschuldigten vorzugehen, ergibt sich weiterhin aus der Suchmaßnahme kurze Zeit später, zu der der Angeklagte bei der Vernehmung sein Einverständnis erteilt hatte. Am 10. Oktober 2002, noch vor der Vernehmung am 13. November 2002, suchten Ermittlungsbeamte das Anwesen des Angeklagten einschließlich des Wohnhauses mit Leichensuchhunden ab. Der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zufolge sollte die Maßnahme "der Klärung der Frage [dienen], ob die Vermissten eventuell - auf welche Weise auch immer - in dem Anwesen selbst zu Tode gekommen sein könnten". Diese Maßnahme bezweckte daher die Überführung des Angeklagten. Hätte sie nämlich Erfolg gehabt, wären also auf dem Anwesen Leichen oder sonstige Hinweise dafür gefunden worden, dass die Vermissten dort zu Tode gekommen sein könnten, wären alle anderen Möglichkeiten als vom Angeklagten begangene Tötungsdelikte kaum in Betracht gekommen. Dies gilt unabhängig davon, ob und wie viele andere Suchaktionen nach dem Verschwinden von G und J erfolgten. Die Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft, dass die Suchmaßnahme am 10.10.02 "im Erfolgsfall [erst] zu einem Anfangsverdacht [hätte] führen können", ist deshalb nicht vertretbar.

c. Zur fehlenden Heilung des Verfahrensverstößes

Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136

Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 StPO wurde nicht dadurch geheilt, dass der Angeklagte am 21. März 2003 und 29. August 2005 nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung erneut Angaben machte. Der Senat braucht hier nicht zu entscheiden, ob und inwieweit auch ohne Hinweis auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben (sog. qualifizierte Belehrung) eine Heilung der vorausgegangenen fehlerhaften Belehrung in Betracht kommt, wenn der Beschuldigte die Angaben - pauschal - bestätigt (insoweit offen gelassen von BGHSt 47, 172, 175). Denn die Aussagen vom 21. März 2003 und 29. August 2005 waren nur ergänzender Natur; der Angeklagte bestätigte seine früheren Angaben indessen nicht.

d. Zum Bestehen eines Beweisverwertungsverbots

Da die Verteidigung der Verwertung der Aussagen des Angeklagten vom 26. September und 13. November 2002 rechtzeitig widersprochen hat, zog der Verstoß gegen die Pflicht zur Beschuldigtenbelehrung das Verbot einer Verwertung dieser Aussagen zu Beweis Zwecken nach sich (st. Rspr. seit BGHSt 38, 214). Allein die Belehrung des Angeklagten dahingehend, bei der Polizei überhaupt nichts sagen zu müssen, und gemäß § 55 Abs. 2, § 163a Abs. 5 StPO dahingehend, jedenfalls keine Angaben machen zu müssen, die ihn belasten könnten, kann in aller Regel die gebotene Belehrung über das vollumfängliche Aussageverweigerungsrecht nicht ersetzen. Hinzu kommt, dass diese Belehrungen - anders als die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO - keinen Hinweis auf das Recht zur Verteidigerkonsultation enthielten (vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHSt 47, 172, 174).

3. Zum Beruhen des Urteils

Auf dem Rechtsfehler beruht das angegriffene Urteil (§ 337 Abs. 1 StPO). Es ist nicht auszuschließen, dass das Landgericht anders entschieden hätte, wenn es nicht sämtliche Aussagen des Angeklagten in diesem Verfahren für verwertbar gehalten hätte. Soweit das Landgericht seine Überzeugung von der Schuld unter anderem darauf gestützt hat, dass das Verhalten des Angeklagten nach dem Verschwinden der Opfer nicht nachvollziehbar sei und seine Angaben in dem Verfahren vage und widersprüchlich gewesen oder widerlegt worden seien, hat es nämlich maßgebend auf die Vernehmung am 26. September 2002 Bezug genommen.

4. Aufhebung des Urteils; zur Sachbeschwerde

Der aufgezeigte Mangel führt zur Aufhebung des Urteils. Die Sachbeschwerde kann daher auf sich beruhen. Der Senat bemerkt jedoch, dass die Möglichkeit einer nur fahrlässigen Tötung von J, deren ausdrückliche Erörterung die Revision des Angeklagten vermisst, nach der Gesamtschau der Urteilsgründe nicht nahe liegend erscheint.

III. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft beanstandet zu Recht, dass die Schwurgerichtskammer das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht hinsichtlich der Tötung von J verneint hat.

1. Zur Verneinung einer Verdeckungsabsicht des Angeklagten durch das Landgericht

Dass der Angeklagte seine Tochter nicht in der Absicht tötete, den vorausgegangenen Totschlag an seiner Ehefrau zu verdecken, hat das Landgericht auf zwei teilweise ineinander greifende - Erwägungen gestützt:

a. Erforderlichkeit qualifizierter Überlegungen des Täters für das Vorliegen einer Verdeckungsabsicht

Zum einen geht es davon aus, die Verdeckungsabsicht hätte hier "zumindest eine gewisse Zeitspanne zwischen der Tötung beider Opfer" vorausgesetzt, "in der sich der Angeklagte unter Abwägung des Für und Wider zur Begehung der weiteren Tat" entschieden hätte. "Anhaltspunkte dafür, dass dem Angeklagten eine ausreichende Zeitspanne für derartige Überlegungen blieb", bestünden aber nicht. Vielmehr sei möglich, dass er sich "in Bruchteilen einer Sekunde" auch zur Tötung seiner Tochter entschlossen habe.

b. Ausschluss der Verdeckungsabsicht wegen "Affektübersprungs"

Zum anderen könne - unabhängig davon - ein sogenannter "Affektübersprung" nicht ausgeschlossen werden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei jedenfalls möglich, dass J während einer heftigen ehelichen Auseinandersetzung anwesend und in diese involviert gewesen sein könnte. Weil sie um die Vorlieben des Angeklagten für pornographische Darstellungen im Internet wusste, sei es dann nahe liegend, dass sie in der für sie extrem belastenden Situation ihre Eltern mit diesem Wissen

konfrontiert, sich erstmals in außergewöhnlicher Weise gegen den Vater aufgelehnt und für ihre Mutter Partei ergriffen habe. Möglich sei aber auch, dass sie - mit der Gewalttat des Vaters gegenüber der Mutter konfrontiert - geschrien und geweint sowie - eventuell neben ihrer Angst - auch ihre Abscheu gegenüber dessen Verhalten zum Ausdruck gebracht habe. Vor diesem Hintergrund käme ein "Affektübersprung" in Betracht, obwohl der psychiatrische Sachverständige dies unter Hinweis auf den Altersunterschied des Opfers zum Angeklagten für fern liegend erachtet habe. Ein derartiger "Affektübersprung" hätte darauf beruhen können, dass dieser seine Tochter "gleichsam als eine weitere, mit seiner ihn zutiefst kränkenden Ehefrau verbündete ('ebenbürtige') 'Gegnerin' angesehen haben" könnte.

2. Zur Fehlerhaftigkeit der Verneinung von Verdeckungsabsicht durch das Landgericht

Schon für sich gesehen hält keine dieser Erwägungen sachlichrechtlicher Überprüfung stand; auf die Frage eines Zusammenspiels der Erwägungen kann es daher nicht ankommen. Die Ausführungen zu den rechtlichen Voraussetzungen der Verdeckungsabsicht zeigen, dass die Kammer insoweit von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen ist (nachfolgend a). Soweit die Kammer annimmt, ein "Affektübersprung" könne nicht ausgeschlossen werden, ist die Beweiswürdigung nicht frei von Rechtsfehlern (nachfolgend b).

a. Zu den intellektuellen Anforderungen an Verdeckungsabsicht

Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann auch bei einem in einer unvorhergesehenen Augenblickssituation spontan gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Die Absicht zur Verdeckung einer anderen Tat erfordert keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele. Vielmehr genügt es, dass er die "Verdeckungs-lage" gleichsam "auf einen Blick" erfasst (vgl. BGHSt 35, 116; BGH NJW 1999, 1039, 1041; Schneider in MüKomm § 211 Rdn. 184 ff.; zu dem insoweit gleich zu behandelnden Ausnutzungsbewusstsein beim Mordmerkmal der Heimtücke vgl. Senat NStZ-RR 2005, 264, 265), wobei in der Regel ein vorhandenes gedankliches Mitbewusstsein ausreicht (BGH NJW aaO). Die Auffassung, der Annahme von Verdeckungsabsicht stünde entgegen, dass sich der Angeklagte angesichts der Reaktion seiner Tochter "in Bruchteilen einer Sekunde" auch zu ihrer Tötung entschlossen haben könnte, belegt, dass die Kammer von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen ist.

b. Zum Fehlen eines "Affektübersprungs"

Der aufgezeigte Mangel wäre im Ergebnis unerheblich, wenn infolge des - von der Kammer als nicht abschließbar angenommenen - "Affektübersprungs" dem Angeklagten das (gedankliche Mit-)Bewusstsein gefehlt hätte, dass die Tötung seiner Tochter die Aufklärung der Tötung der Ehefrau erschwerte, und er nicht in diesem Sinne zielgerichtet gehandelt hätte. Jedoch hält die dieser Annahme zugrunde liegende Beweiswürdigung rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Würdigung der Beweise ist Sache des Tatrichters. Ein Urteil ist jedoch aufzuheben, wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sie widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt; ferner dann, wenn der Tatrichter an die für die Überzeugungsbildung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen stellt (st. Rspr.; vgl. nur Senat NJW 2002, 2188, 2189; 2006, 1297, 1298; NStZ-RR 2003, 371 LS; 2005, 147 f.).

Gegen die Feststellungen zur Tötungsreihenfolge und zur affektbedingten Enthemmung des Angeklagten ist - im Ausgangspunkt - revisionsrechtlich nichts zu er-

innern. Basierend auf einer - noch - tragfähigen Tatsachengrundlage hat die Kammer insoweit namentlich aus dem Zustand der Ehe und dem Verhältnis des Angeklagten zu seiner Tochter sowie den Persönlichkeiten der Eheleute unter Berücksichtigung der hinsichtlich G festgestellten Tötungshandlungen mögliche Schlüsse gezogen; zwingend brauchen diese nicht zu sein (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurt. vom 21. Februar 2006 - 1 StR 456/05 m.w.N.).

Die Beweiswürdigung zu einem die Verdeckungsabsicht ausschließenden "Affektübersprung" ist jedoch lückenhaft (nachfolgend aa) und lässt besorgen, dass das Landgericht an die für die Überzeugungsbildung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt hat (nachfolgend bb).

aa. Zur Lückenhaftigkeit der Beweisführung des Landgerichts

Im Zusammenhang mit dem "Affektübersprung" ist lediglich angeführt, dass dieser "in Unkenntnis des tatsächlichen Verlaufs und der [etwaigen] Heftigkeit des Ehestreits nicht sicher auszuschließen" sei; auch der "befriedigende" Geschlechtsverkehr, den der Angeklagte erstmals in der Nacht vom 11. auf den 12. Mai 2002 mit D hatte, spreche nicht dagegen.

Demgegenüber bleiben die gegen eine derart starke affektive Erregung sprechenden Umstände unerörtert. Im Zusammenhang mit der Ablehnung einer erheblich eingeschränkten Schuldfähigkeit ist die Kammer nämlich "zu der Überzeugung gelangt, dass weder die Persönlichkeit des Angeklagten noch die sich aus der Ehesituation möglicherweise ergebenden Konfliktlagen noch besondere tatnahe Umstände und Verhaltensweisen" für eine durch die affektive Belastung hervorgerufenen Bewusstseinsstörung im Sinne von § 21 StGB sprächen.

Zudem fehlten sogenannte "konstellative Faktoren" wie etwa der Konsum von Alkohol. Insbesondere sei aber das Nachtatverhalten zu würdigen; neben dem Geschlechtsverkehr führt das Urteil in diesem Zusammenhang die gezielte Beseitigung von Tatspuren, das unauffällige Verhalten bei Kontakt mit Dritten im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den Taten sowie die gekonnte Darstellung eines Vermisstenfalls an. Hieraus schließt die Kammer auf "eine [beim Angeklagten] zum Tatzeitpunkt vollständig vorhandene Einsichts- und Steuerungsfähigkeit".

All diese Umstände können jedoch auch für den vom Landgericht als nicht ausschließbar erachteten "Affektübersprung" relevant sein, ohne dass sie in diesem Zusammenhang allerdings erörtert sind. Dies wäre jedoch geboten gewesen, nachdem das Landgericht dem Zustand affektiver Erregung für die Ablehnung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht entscheidende Bedeutung beimisst.

bb. Zur Überspannung der Anforderungen an die Fest-

stellung von Verdeckungsabsicht durch das Landgericht

Darüber hinaus lassen die Ausführungen im Urteil auch besorgen, dass die Kammer überspannte Anforderungen an die Feststellung gestellt hat, der Angeklagte habe J mit Verdeckungsabsicht getötet. Insbesondere gebietet der Zweifelssatz nicht, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten - auch hinsichtlich innerer Tatsachen - zu unterstellen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten Anhaltspunkte erbracht hat (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurt. vom 11. Juli 2006 - 1 StR 188/06 m.w.N.). Das Urteil nennt weder im Zusammenhang mit der Verdeckungsabsicht noch an anderer Stelle Anhaltspunkte, die konkret darauf hinweisen könnten, der Zustand affektiver Erregung habe die Vorstellungen des Angeklagten bei der Tötung von J völlig dominieren können. Das Urteil führt sogar an, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen ein "Affektübersprung" auf Grund des Altersunterschieds zwischen dem Angeklagten und seiner Tochter fern liege. Die Kammer hat sich offensichtlich dieser Wertung angeschlossen; jedenfalls ist Gegenteiliges nicht angeführt. Gleichwohl hat sie sich daran gehindert gesehen, einen solchen "Affektübersprung [...] sicher" auszuschließen. Dies lässt besorgen, dass sie für die Überzeugungsbildung von der Notwendigkeit einer jede denktheoretische Möglichkeit ausschließenden, von niemandem mehr anzweifelbaren Gewissheit ausgegangen ist (vgl. Schoreit in KK 5. Aufl. § 261 Rdn. 4 m.w.N.).

Hinsichtlich der Auswirkung einer affektiven Erregung auf das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht ist - zumal bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit - auch zu berücksichtigen, dass eine affektive Erregung ohnehin bei den meisten Tötungsdelikten den Normalfall darstellt (BGH NSTZ-RR 2003, 8) und für Verdeckungstötungen sogar typisch ist (vgl. BGH NJW 1999, 1039, 1041). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein solcher Erregungszustand dementsprechend im Regelfall keinen Einfluss auf die Verdeckungsabsicht (vgl. BGH NJW aaO; Urt. vom 15. Januar 2004 - 3 StR 382/03; zusammenfassend Schneider in MünchKomm § 211 Rdn. 187).

3. Aufhebung der Strafen

Die Aufhebung der Verurteilung wegen Totschlags an J auf die Revision der Staatsanwaltschaft führt zur Aufhebung der deswegen verhängten lebenslangen Einzelfreiheitsstrafe sowie der lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe.

Mit der Aufhebung des Schuldspruchs entfällt zugleich die Grundlage für den Strafausspruch. Eine Aufrechterhaltung der wegen der Tötung von J von der Schwurgerichtskammer gemäß § 212 Abs. 2 StGB verhängten lebenslangen Einzelfreiheitsstrafe und der dementsprechenden Gesamtfreiheitsstrafe bei gleichzeitiger Aufhebung des zu Grunde liegenden Schuld-

spruchs ist nicht möglich (in vergleichbarem Sinne BGHR StPO § 267 Abs. 2 Schuldfähigkeit 1). Ist aber die lebenslange (Gesamt-)Freiheitsstrafe aufzuheben, so ist für die Prüfung der Frage, ob die Kammer zu Recht von der Feststellung besonderer Schuldschwere (§ 57a StGB) abgesehen hat, kein Raum mehr.

IV. Zurückverweisung an ein anderes Landgericht

Der Senat macht - entsprechend auch den übereinstimmenden Anträgen von Verteidigung und Generalbundesanwalt in der Revisionshauptverhandlung - von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache gemäß § 354 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO an ein anderes Landgericht zurückzuverweisen.

V. Zum Bestehen eines Beweisverwertungsverbots bzgl. der späteren Aussagen des Angeklagten wegen Fehlens einer qualifizierten Belehrung

Die Revision des Angeklagten hat die Frage aufgeworfen, ob für die Aussagen des Angeklagten bei den Beschuldigtenvernehmungen am 21. März 2003 und 29. August 2005 mangels qualifizierter Belehrungen ein Beweisverwertungsverbot besteht. Diese Frage hätte vor allem dann Gewicht, wenn es aus der Sicht des neuen Tatrichters wiederum auf den Inhalt der in Rede stehenden Aussagen ankommen sollte.

1. Zu den Folgen einer qualifizierten Belehrung

Eine qualifizierte Belehrung dient in erster Linie der Heilung von Verstößen gegen Belehrungspflichten. War nämlich der Vernommene rechtsfehlerhaft nicht als Beschuldigter belehrt worden und erfolgt bei einer späteren Beschuldigtenvernehmung auch ein Hinweis auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussage, ist diese frühere Aussage gleichwohl verwertbar, soweit

er sie nach dem Hinweis - gegebenenfalls pauschal - bestätigt (vgl. Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 136 Rdn. 9).

2. Zur Verwertbarkeit späterer Aussagen bei Verwertungsverbot bzgl. der früheren Aussage und Fehlen einer qualifizierten Belehrung

Dies beantwortet für sich genommen nicht die Frage, ob die nach - allerdings nicht qualifizierter - Beschuldigtenbelehrung gemachten Aussagen verwertbar sind. Ist ein Beschuldigter gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt, nicht jedoch über die Unverwertbarkeit früherer Aussagen, so hat der Verstoß hinsichtlich der anschließenden Aussage jedenfalls kein Gewicht, das dem Gewicht eines Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entspräche. Wie der Bundesgerichtshof bereits im Zusammenhang mit anderen in ihrem Gewicht hinter einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zurückbleibenden Fehlern der Vernehmenden bei Beschuldigtenvernehmungen entschieden hat, ist dann die Verwertbarkeit der Aussage durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln (vgl. BGHSt 42, 170, 174; NStZ 2006, 236, 237; NStZ-RR 2006, 181, 182 f.). All dies gilt hier entsprechend.

Bei einer solchen Abwägung wäre insbesondere von Bedeutung, wie gravierend der Verfahrensverstoß war, ob er also in bewusster oder willkürlicher Umgehung der Belehrungspflichten erfolgte, wofür hier nichts spricht (vgl. auch oben II. 2. b. aa). Auf der anderen Seite wäre das Interesse an der Sachaufklärung einzustellen, das von dem - hier massiven - Gewicht der Tat abhängt. Die Annahme eines Verwertungsverbots ist nach alledem - jedenfalls auf der Grundlage der bisher erkennbaren Umstände - fern liegend.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Sakrales Glockenläuten

VG ARNSBERG, URTEIL VOM 30.08.2007
7 K 2561/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte es das VG Arnsberg mit einer Klage zu tun, die auf Unterlassen sakralen Glockengeläuts gerichtet war. Diese Fallkonstellation stellt einen echten Examensklassiker dar, in dessen Rahmen folgende Probleme anzusprechen sind:

I. Beim Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO führt die "modifizierte Subjektstheorie" nicht zu eindeutigen Ergebnissen, weil neben dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch auch zivilrechtliche Ansprüche (§ 1004 BGB) denkbar wären. Die Rspr. löst das Problem, indem sie auf den Sachzusammenhang abstellt: Sakrales Läuten einer öffentlich-rechtlich organisierten Glaubensgemeinschaft steht im Sachzusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen Widmung der Glocke und ist daher öffentlich-rechtlich zu beurteilen, während etwa das Läuten zur Zeitansage nur eine privatrechtliche Eigentumsnutzung darstellt.

II. Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs ist zu erörtern, ob dieser wegen einer Duldungspflicht der Betroffenen ausgeschlossen sein könnte.

1. Duldungspflichten für Emissionen in Form von Imponderabilien (nichtwägbaren Stoffen wie Lärm, Geruch, Erschütterung, Licht usw.) können sich aus § 906 I, II BGB oder § 22 BImSchG ergeben. Letzteren rekrutiert hier das VG, wobei dieser wie jener (vgl. § 906 I 3 BGB) auf §§ 3, 48 BImSchG verweisen. Danach sind "schädliche Umwelteinwirkungen" nicht zu dulden. Was "schädlich" ist, legt in Bezug auf Lärm die auf Basis des § 48 I BImSchG ergangene Technische Anleitung (TA) Lärm fest. Diese ist als Verwaltungsvorschrift (vgl. § 48 I BImSchG) allerdings nur reines Innenrecht der Verwaltung, so dass vor ihrer Anwendung durch ein Gericht zunächst ihre Verbindlichkeit geprüft werden muss. Diese wird allgemein bejaht, wenn auch mit unterschiedlicher Reichweite und Begründung ("normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift" oder "antezipiertes Sachverständigengutachten", vgl. dazu die Falllösung).

2. Sind die Grenzwerte der TA Lärm überschritten, liegt grds. eine nicht zu dulden, schädliche Umwelteinwirkung vor. Allerdings sieht die TA Lärm in bestimmten Fällen Ausnahmemöglichkeiten vor. Eine solche Ausnahme wird von der Rspr. wegen der von

Art. 4 I, II GG geschützten, herkömmlichen und sozialadäquaten Glaubensbetätigung für sakrales Kirchengeläut vielfach jedenfalls dann anerkannt, wenn die Überschreitung der Grenzwerte nur geringfügig ist.

Prüfungsrelevanz:

Gerade wegen der vielen unterschiedlichen Probleme eignet sich diese Fallkonstellation hervorragend für Examensaufgaben, besonders für Prüfungsgespräche, da sich der Fall in vielerlei Hinsicht abwandeln und ergänzen lässt (Beispiele: Wie wäre es bei nichtsakralem Läuten, etwa zur Zeitansage? Wie, wenn ein Gegengutachten zur "TA Lärm" beigebracht würde? Wie, wenn eine privatrechtlich organisierte Glaubensgemeinschaft den Lärm verursacht?). Zu diesen Randfragen sei auf die Anmerkungen in der Lösung verwiesen.

Vertiefungshinweise:

Zur Zulässigkeit des sakralen Kirchengeläuts: *BVerwGE* 68, 62; 90, 163; *OVG NRW*, NWVBl 1994, 385; NWVBl. 2004, 480; *VG Würzburg*, NVwZ 1999, 799

Weitere Fälle zum öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch: *OVG NRW*, RA 2006, 10 = NWVBl 2006, 32 (staatliche Äußerungen); RA 2003, 651 = NWVBl 2003, 462 (wirtschaftliche Betätigung); *OVG Koblenz*, RA 2006, 478 = NJW 2006, 1830 (Personenschutz);

Kursprogramm:

Examenskurs : "Versetzung der Straßenlaterne"

Examenskurs : "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für Klagen gegen sakrales Glockengeläut, das von Glaubensgemeinschaften verursacht wird, die den Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft innehaben, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2. Wegen der zu berücksichtigenden Herkömmlichkeit und der sozialen Adäquanz des sakralen Glockengeläuts besteht eine Duldungspflicht aus § 22 BImSchG i.V.m. der TA Lärm, wenn die Grenzwerte der TA Lärm - wie hier - nur geringfügig überschritten werden.

Sachverhalt:

Die Kläger wehren sich gegen das sakrale Glockenläuten des benachbarten Glockenturmes der Beklagten. Die Klägerin zu 1) ist Eigentümerin des seit 1993 gemeinsam mit dem Kläger zu 2) bewohnten Hausgrundstückes in der S-Straße in der Stadt X. Die Beklagte, eine Evangelisch-Lutherische Kirchengemeinde, ist Eigentümerin des benachbarten Grundstückes, welches seit 1966 mit dem Kirchengebäude und einem freistehendem Glockenturm bebaut ist. Das Grundstück der Kläger ist mit dem Garten zum Glockenturm hin ausgerichtet. Der Abstand zwischen Terrasse des klägerischen Grundstückes und dem Glockenturm beträgt ca. 30 m. Die nähere Umgebung entspricht einem allgemeinen Wohngebiet i.S.d. § 4 BauNVO.

Am 28.11.2004 hat die Beklagte die bisherige Stahlglocke durch ein sog. "Zimbelgeläut", bestehend aus einer großen und vier kleinen Glocken, ersetzt. Die Kläger tragen vor, seit Einbau des "Zimbelgeläuts" habe sich die Lautstärke des sakralen Geläuts um ein Vielfaches erhöht. Dies führe zu nachhaltigen, störenden und unzumutbaren Beeinträchtigungen. Der Aufenthalt im Wohngebäude sei nur bei geschlossenen Türen und Fenstern möglich. Ein Aufenthalt im Garten sei vor allem im Hinblick auf die Dauer des sakralen Geläutes von 5 Minuten (mit Nachhall gar 6 Minuten und 33 Sekunden) unmöglich. Bei ihnen sei es zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen wie Ein- und Durchschlafstörungen sowie Kopfschmerzen und Kreislaufbeschwerden, Hörstürzen, Tinnitus u.a. gekommen, die ärztlich behandelt werden müssten.

Ein eingeholtes Lärmgutachten ergab, dass beim sakralen Geläut ein Wirkpegel von 87,2 dB (A) erzielt wird, wenn die große Glocke eingesetzt wird. Nach der auf § 48 BImSchG basierenden "TA Lärm" liegt der Maximalpegel in allgemeinen Wohngebieten tagsüber bei 55 dB(A). Dieser darf für kurzzeitige Geräuschspitzen um maximal 30 dB(A) überschritten werden. Ergänzend hierzu bestimmt Ziffer 3.2.2 der "TA Lärm": "Liegen im Einzelfall besondere Umstände vor, die bei der Regelfallprüfung keine Berücksichtigung finden, nach Art und Gewicht jedoch wesentlichen Einfluss auf die Beurteilung haben können, ob die Anlage zum Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen relevant beiträgt, so ist ergänzend zu prüfen, ob sich unter Berücksichtigung dieser Umstände des Einzelfalls eine vom Ergebnis der Regelfallprüfung abweichende Beurteilung ergibt." Als Umstände, die eine Sonderfallprüfung erforderlich machen können, kommen nach Buchstabe d) der Ziffer 3.2.2 besondere Gesichtspunkte der Herkömlichkeit und der sozialen Adäquanz der Geräuschimmission in Betracht. Die Kläger meinen hierzu, die Beklagte könne sich nicht auf eine gemeindliche Lätetradition berufen, da das Glockengeläut erst im November 2004 durch die Anschaffung neuer Glocken verändert worden sei.

Sie beantragen mit ihrer Klage vor dem Verwaltungs-

gericht, die Beklagte zu verurteilen, das sakrale Läuten des Glockenwerks ihres Kirchturms so lange einzustellen, bis durch geeignete Schallschutzmaßnahmen sichergestellt sei, dass durch das Läuten des Glockenwerks verursachte kurzzeitige Geräuschspitzen den Immissionswert für ein allgemeines Wohngebiet von 55 dB(A) tagsüber um nicht mehr als 30 dB(A) überschreiten.

Mit Erfolg?

Lösung:

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

*A. Zulässigkeit**I. Verwaltungsrechtsweg*

Um vor dem Verwaltungsgericht Erfolg haben zu können, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies richtet sich mangels aufdrängender Spezialzuweisungen nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, welche eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art fordert. Fraglich ist hier, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Dann müsste der Streitgegenstand dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein. Gestritten wird hier über die Zulässigkeit sakralen Glockengeläuts.

1. Modifizierte Subjektstheorie

Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, was der Fall ist, wenn diese zwingend einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet. Als Anspruchsgrundlage für das Unterlassungsbegehren der Kläger - und damit als streitentscheidende Norm - kommt hier § 1004 BGB in Betracht. Diese Norm ist jedoch dem Privatrecht zuzuordnen, da weder auf Anspruchsteller- noch Anspruchsgegnerseite zwingend ein Hoheitsträger stehen muss. Es kommt aber auch der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch in Betracht. Bei diesem gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitut handelt es sich um einen spezifisch zur Abwehr öffentlich-rechtlicher Belastungen entwickelten Anspruch, der sich ausschließlich gegen Hoheitsträger richtet. Kommen somit mehrere Ansprüche aus unterschiedlichen Rechtsgebieten als streitentscheidend in Betracht, führt die modifizierte Subjektstheorie zu keinem eindeutigen Ergebnis.

2. Sachzusammenhang

Das VG Arnberg löst das Problem - in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerwG - nach der Theorie vom Sachzusammenhang:

"Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich bei einer Klage gegen das li-

turgische Glockengeläut um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO (BVerwGE 68, 62). [...] Ausschlaggebend ist, ob die öffentliche Sache, zu denen die Kirchenglocken unstreitig gehören, im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung genutzt wird, oder ob es sich um die Wahrnehmung von Eigentümerbefugnissen außerhalb des Widmungszwecks handelt. Aufgrund der Doppelnatur öffentlicher Sachen erscheint daher eine Rechtswegaufspaltung unvermeidlich (vgl. BVerwG, DVBl 1994, 762). Das Läuten anlässlich von Gottesdiensten, Beerdigungen, Hochzeiten, Konfirmationen u.ä. ist eindeutig vom sakralen und damit öffentlich-rechtlichen Widmungszweck der Glocken erfasst.“

[Anm.: Bei den Kirchenglocken handelte es sich deshalb - wie das VG meint - "unstreitig" um öffentliche Sachen, weil die beklagte Kirchengemeinde zur Evangelisch-Lutherischen Kirche gehörte, die nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V WRV den Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft innehat. Dies müsste in einem Gutachten an Stelle der lapidaren Verwendung des Begriffs "unstreitig" kurz ausgeführt werden. Läutet eine als Privatrechtssubjekt organisierte Glaubensgemeinschaft Glocken oder verursacht sie auf andere Weise Lärm - Stichwort: Muezzin vom Minarett - kann dem nur vor den Zivilgerichten begegnet werden. Gleiches gilt, wenn öffentliche Kirchenglocken zur Zeitansage geschlagen werden, denn dann liegt kein sakraler, öffentlich-rechtlicher Widmungszweck vor. Vielmehr handelt es sich um die (zivilrechtliche) Ausübung von Eigentümerbefugnissen.]

Für Klagen auf das Unterlassen sakralen Glockengeläuts gegen eine Glaubensgemeinschaft mit öffentlich-rechtlichem Status ist somit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthaftigkeit

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Diese begehren hier ein Unterlassen, nämlich das Nichtläuten der Kirchenglocken. Ein solches Begehren kann mit der allgemeinen Leistungsklage verfolgt werden, welche in der VwGO zwar nicht geregelt, aber an vielen Stellen (z.B. §§ 43 II, 111 VwGO) erwähnt und allgemein als statthaft anerkannt ist.

III. Klagebefugnis

Die Kläger müssten ferner klagebefugt sein. Zur Vermeidung von Popularklagen ist analog § 42 II VwGO die Geltendmachung der Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte zu fordern, wobei erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass eine solche Verletzung zumindest möglich erscheint. Hier ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Beklagte durch ihr

fortgesetztes sakrales Glockengeläut die Kläger in ihrem gewohnheitsrechtlich anerkannten, öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch verletzt. Mithin sind die Kläger auch klagebefugt.

IV. Richtiger Klagegegner

Die allgemeine Leistungsklage ist nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen den Rechtsträger zu richten, von dem das schlicht-hoheitliche Verhalten begehrt wird. Dies ist hier die Beklagte, die als Körperschaft des öffentlichen Rechts den Status einer juristischen Person innehat.

V. Beteiligtenfähigkeit

Die Kläger sind als natürliche Personen gem. §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO beteiligtenfähig, die Beklagte ist dies gem. §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO.

VI. Prozessfähigkeit

Die Kläger sind als volljährige natürliche Personen über § 62 I VwGO, die Beklagte ist als juristische Person durch ihre gesetzlichen Vertreter über § 62 III VwGO prozessfähig.

VII. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Ein allgemeines Rechtsschutzinteresse an der Durchführung einer verwaltungsgerichtlichen Klage besteht nur dann, wenn es keinen einfacheren, besseren, schnelleren Weg zur Erreichung des Klägerziels gibt. Als solcher kommt ein Antrag gegenüber der Beklagten auf freiwilliges Unterlassen des Glockengeläuts in Betracht. Die Kläger befinden sich jedoch seit langem in einer Auseinandersetzung mit der Beklagten über die Zulässigkeit des Glockengeläuts, die somit offensichtlich nicht bereit ist, freiwillig auf das sakrale Läuten zu verzichten.

Die Klage ist danach zulässig.

B. Streitgenossenschaft

Die Kläger können nach §§ 64 VwGO i.V.m. 59 ff. ZPO als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen. Sie sind sowohl aus dem selben rechtlichen Grund (öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch) als auch aus dem selben tatsächlichen Grund (Störung durch Glockengeläut) berechtigt, § 59 ZPO.

C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Kläger einen Anspruch auf die begehrte Leistung haben.

I. Anspruchsgrundlage

“Als Anspruchsgrundlage für das Begehren der Kläger kommt der allgemein anerkannte öffentlich-rechtliche Abwehr-, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen Immissionen, die von einer schlicht hoheitlich

betriebene Anlage ausgehen, in Betracht (BVerwG, NJW 1989, 1291 [1291]; OVG NRW, NWVBl 1994, 385 [385]; NWVBl. 2004, 480 f. m.w.N.). Dieser Anspruch lehnt sich inhaltlich an die Regelungen des § 1004 BGB an. Er setzt voraus, dass der Bürger durch schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln in seinen geschützten Rechtsgütern rechtswidrig beeinträchtigt wird und zur Duldung dieser Beeinträchtigung nicht verpflichtet ist.

II. Tatbestand

1. Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln

„Im vorliegenden Fall handelt es sich [...] zumindest bei dem hier streitigen sakralen Läuten um eine schlicht hoheitliche Tätigkeit, die die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts ausübt.“

2. Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht der Kläger

Fraglich ist, ob es durch das sakrale Läuten zu einem Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht der Kläger gekommen ist.

a. Art. 14 I GG

Die Kläger tragen zunächst unwidersprochen vor, seit Einbau des „Zimbelgeläuts“ habe sich die Lautstärke des sakralen Geläuts um ein vielfaches erhöht. Dies führe zu nachhaltigen, störenden und unzumutbaren Beeinträchtigungen. Der Aufenthalt im Wohngebäude sei nur bei geschlossenen Türen und Fenstern möglich. Ein Aufenthalt im Garten sei vor allem im Hinblick auf die Dauer des sakralen Geläutes von 5 Minuten (mit Nachhall 6 Minuten und 33 Sekunden) unmöglich. Darin liegt hinsichtlich der Klägerin zu 1) eine Beeinträchtigung der ungestörten Nutzung ihres Eigentums am Grundstück, die durch Art. 14 I GG geschützt ist. Der Kläger zu 2) ist zwar nicht Eigentümer des Grundstücks im zivilrechtlichen Sinne, der Eigentumsbegriff i.S.d. Art. 14 I GG geht jedoch über diesen hinaus und umfasst jede vermögenswerte Rechtsposition. Dazu gehört auch die dem Kläger zu 2) von der Klägerin zu 1) eingeräumte Nutzungsmöglichkeit des gemeinsam bewohnten und genutzten Hauses und Gartens.

b. Art. 2 II GG

Bei den Klägern ist es darüber hinaus zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen wie Ein- und Durchschlafstörungen sowie Kopfschmerzen und Kreislaufbeschwerden, Hörstürzen, Tinnitus u.a. gekommen, die ärztlich behandelt werden müssten. Darin liegen pathologische Befunde, die das körperliche Wohlbefinden erheblich beeinträchtigen und somit in die durch Art. 2 II GG garantierte körperliche Unversehrtheit eingreifen.

3. Rechtswidrigkeit

Der Eingriff müsste rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn die Kläger ihn nicht dulden müssen. Duldungspflichten können sich aus Gesetz, Vertrag, Verwaltungsakt oder Gewohnheitsrecht ergeben. Das VG Arnberg erblickt hier eine solche Duldungspflicht in § 22 BImSchG:

„Der Maßstab für die Beurteilung der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit der Immissionen ergibt sich auch für das sakrale Läuten grundsätzlich aus § 22 Abs. 1 BImSchG, der insoweit zu demselben Ergebnis führt wie § 906 BGB im privatrechtlichen Nachbarschaftsverhältnis (vgl. BVerwG, NJW 1989, 1291 [1291]; OVG NRW, BauR 1989, 715 [717]). Danach sind schädliche Umwelteinwirkungen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, erhebliche Belästigungen u.a. für die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 Abs. 1 BImSchG), zu verhindern, soweit sie nach dem Stand der Technik vermeidbar sind und soweit dies nicht der Fall ist, auf ein Mindestmaß zu beschränken.“

a. Regelung in der „TA Lärm“

„Für die Beurteilung der Zumutbarkeit von Glockengeläut ist grundsätzlich die sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz vom 26. August 1998 (TA Lärm) geeignet (vgl. BVerwGE 90, 163). Die Immissionsrichtwerte der TA Lärm richten sich zunächst nach der Schutzwürdigkeit des Gebiets, in dem der Immissionsort liegt. Es bestehen keine Bedenken, den unbepflanzten Bereich, in dem das Wohngrundstück der Kläger gelegen ist, als allgemeines Wohngebiet i.S.v. § 4 BauNutzungsverordnung (BauNVO) zu charakterisieren. Das ergibt sich aus der tatsächlich vorhandenen Bebauung, die vorwiegend aus Wohnhäusern sowie dem Schul- /Kindergartengebäude und der Kirche besteht. Nach Ziffer 6.1 Satz 1 Buchstabe d) TA Lärm beträgt der Immissionsrichtwert in allgemeinen Wohngebieten tags 55 dB (A). Gemäß Ziffer 6.1 Satz 2 TA Lärm dürfen einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen die Immissionsrichtwerte am Tage um nicht mehr als 30 dB (A) überschreiten. Hiernach ist daher grundsätzlich ein Spitzenpegelwert von 85 dB (A) zulässig. Ergänzend hierzu bestimmt Ziffer 3.2.2 TA Lärm: „Liegen im Einzelfall besondere Umstände vor, die bei der Regelfallprüfung keine Berücksichtigung finden, nach Art und Gewicht jedoch wesentlichen Einfluss auf die Beurteilung haben können, ob die Anlage zum Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen relevant beiträgt, so ist ergänzend zu prüfen, ob sich unter Berücksichtigung dieser Umstände des Einzelfalls eine vom Ergebnis der Regelfallprüfung abweichende Beurteilung ergibt.“

b. Bindungswirkung

Fraglich ist jedoch, ob diese Regelungen das Gericht binden. Die TA Lärm ist - wie erwähnt - lediglich eine

Verwaltungsvorschrift (vgl. § 48 BImSchG) und somit reines Innenrecht der Verwaltung. Dieses kann die Gerichte grundsätzlich nicht binden. Allerdings beruht die TA Lärm auf naturwissenschaftlich-medizinischen Erkenntnissen, also externem Sachverstand, sodass die Gefahr, die Verwaltung könne durch den Erlass von Innenrecht die Gerichte selbst in ihrem Sinne binden, nicht besteht. Zudem haben die Gerichte bei der Festlegung von Lärmgrenzwerten zur Bestimmung der Frage, welche Umwelteinwirkungen nun "schädlich" i.S.d. § 3 BImSchG sind, im Unterschied zur Auslegung und Interpretation vieler anderer unbestimmter Rechtsbegriffe (wie bspw. "öffentliche Sicherheit", "Sittenwidrigkeit" usw.) keine eigene Sachkompetenz. Sie müssten sich ebenfalls externen Sachverstands in Form von Gutachten bedienen. Die TA Lärm wird daher vielfach als sog. "normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift" bezeichnet, welche die Gerichte (ausnahmsweise) wie eine Außenrechtsnorm binden soll. Die Gegenansicht stuft die TA Lärm hingegen nur als sog. "antezipiertes Sachverständigengutachten" ein, mit der Folge, dass dann der Gegenbeweis durch ein Gegengutachten möglich bliebe. Hier ist eine solche Gegenbeweisführung jedoch nicht unternommen worden, sodass eine Stellungnahme zu diesem Streit dahinstehen kann. Die in der TA Lärm enthaltene Regelung ist für den vorliegenden Rechtsstreit in jedem Fall verbindlich.

[Anm.: Das VG Arnsberg ist auf die Bindungswirkung der TA Lärm in seinen Entscheidungsgründen nicht eingegangen. In einem Gutachten wäre dies aber zwingend nötig, da sie sich erstens nicht von selbst versteht und es sich zweitens geradezu um einen Examensklassiker handelt, dessen Kenntnis und Darstellung erwartet wird.]

c. Subsumtion

aa. Grenzwerte überschritten

Das vorliegende Lärmgutachten hat ergeben, dass einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen am Tage Wirkpegel von 87,2 dB (A) erzielen. Damit wird der zulässige Immissionsrichtwert von 55 dB (A) um mehr als 30 dB (A) überschritten. Dies führt grds. zu einer Bejahung schädlicher Umwelteinwirkungen und damit zu einer Verneinung einer Duldungspflicht aus § 22 BImSchG.

bb. Sonderfall

Fraglich ist jedoch, ob ein Sonderfall im Sinne der oben erwähnten Regelung des Buchstaben d) der Ziffer 3.2.2 TA Lärm vorliegt, wonach besondere Gesichtspunkte der Herkömmlichkeit und der sozialen Adäquanz der Geräuschimmission zu berücksichtigen sind. Das VG Arnsberg bejaht einen solchen Sonderfall hier wegen der verfassungsrechtlichen Privilegie-

rung des sakralen Glockengeläuts:

"Für die Beurteilung der Zumutbarkeit des sakralen Läutens gilt nach der ständigen Rechtsprechung im Vergleich zum Zeitschlagen ein anderer Maßstab, der sich aus der Privilegierung dieser kirchlichen Lebensäußerung aufgrund des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts der Kirchen und dem von Schutz des Art. 4 Abs. 2 GG erfassten Akt freier Religionsausübung ergibt (vgl. z.B.: BVerwGE 90, 163; BayVGH, Urteil vom 01.03.2002 - juris). Liturgisches Glockenläuten ist danach regelmäßig keine schädliche Lärmimmission, sondern eine zumutbare, sozialadäquate und allgemein akzeptierte Äußerung kirchlichen Lebens. Für die Frage der Zumutbarkeit ist in erster Linie auf die Lautstärke und Lästigkeit des Einzelgeräusches und damit auf den Wirkpegel abzustellen, während die Mittelwertbildung an Bedeutung zurücktritt. Für die Überschreitung der Schädlichkeitsgrenze ist zwar zunächst entscheidend, ob der gemessene Wirkpegel des einzelnen Läutegeräusches den Maximalpegel für Einzelgeräusche - von hier 85 dB (A) - überschreitet (BVerwG, UPR 1997, 39). Hierbei handelt es sich allerdings um keine starre Grenze, sondern um einen Orientierungswert, der im Rahmen der Sonderfallprüfung gegebenenfalls zu korrigieren ist (vgl. BayVGH, Beschluss vom 05.12.1997 - 22 ZE 97.3353 -, juris; BVerwG, Beschluss vom 02.09.1996 - 4 B 152/96 -, juris). [...]

Zwar [ist] hinsichtlich des sakralen Läutens anlässlich der Gottesdienste, Trauerfeiern, Hochzeiten und Konfirmation eine Überschreitung des Maximalpegels festzustellen. Nach dem hier entscheidenden Gutachten vom 26. September 2006 wird bei einem Einsatz der großen Glocke ein Maximalpegel von 87,2 dB (A), also eine Überschreitung des Spitzenpegelwertes um 2,2 dB (A) erreicht. Die Privilegierung des liturgischen Glockengeläuts führt jedoch im vorliegenden Fall dazu, dass geringfügige Überschreitungen der Grenzwerte hingenommen werden müssen (so in einem ähnlichen Fall auch VG Kassel, Urteil vom 25.11.2004 - 7 E 1173/02 -, in: juris). Diese Vorgehensweise erscheint zumindest gerechtfertigt, wenn das liturgische Glockenläuten täglich nur wenige Male zu festgelegten Zeiten und für kurze Dauer stattfindet. Es ist daher bei liturgischen Glockenläuten zum Gottesdienst, anders als beim täglichen Gebetsläuten, der Anspruch auf ungestörte Religionsausübung selbst dann höher zu gewichten als das Ruhebedürfnis der Anwohner, wenn der Maximalpegel den Immissionswert um mehr als 30 dB(A) überschreitet (vgl. auch VG Würzburg, NVwZ 1999, 799). Dieser Einschätzung ist auch für den vorliegenden Fall zuzustimmen."

d. Zwischenergebnis

Wegen der zu berücksichtigenden Herkömmlichkeit und der sozialen Adäquanz des sakralen Glockengeläuts besteht eine Duldungspflicht aus § 22 BImSchG

i.V.m. der TA Lärm, wenn die Grenzwerte der TA Lärm - wie hier - nur geringfügig überschritten werden. Ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch der Kläger besteht deshalb nicht.

D. Ergebnis

Die Klage ist unbegründet. Sie hat deshalb keinen Erfolg.

Standort: Schuldbeitritt

Problem: Wirksamkeit der Mithaftungsabrede

BGH, URTEIL VOM 24.07.2007

XI ZR 208 / 06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. geht aus einer Mithaftungsabrede gegen den Bekl. vor. Der Bekl. war früherer geschäftsführender Gesellschafter und Kommanditist der Darlehensnehmerin, einer insolventen GmbH & Co. KG..

Die Darlehensnehmerin schloss mit der Kl. im Juli 2000 einen Darlehensvertrag i.H.v. 500.000 DM. Mit Vertrag vom 22.06.2001 erhöhten die Beteiligten den Darlehensbetrag auf 1 Mio. DM. Von dem Darlehen wurden bis zum Dezember 2002 etwa 560.000 Euro ausgezahlt. Gesichert werden sollte der Rückzahlungsanspruch durch eine Mithaftungsabrede, welche im Darlehensvertrag verankert war. Diese Abrede wurde auch u.a. von dem Bekl. unterschrieben. Da die Darlehensnehmerin ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkam, kündigte die Kl. den Darlehensvertrag unter dem 14.03.2003. Die Kl. nahm den Bekl. nunmehr auf Rückzahlung der Darlehensschuld nebst Zinsen in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das BerGer. hat ihr bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen hinsichtlich des Bekl. stattgegeben. Mit der vom BerGer. - zugelassenen Revision erstrebt er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, dies mit Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung des BGH beinhaltet mehrere klassische Probleme aus dem Bereich der Personalsicherheiten im Kreditsicherungsrecht. Es werden in dieser Hinsicht keine neuen Aspekte behandelt, die bisherige Rechtsprechung wird bestätigt. Wegen der Vielzahl der Probleme ist die Entscheidung als Vorlage für eine Examensklausur bestens geeignet.

Zunächst stellte sich hier die Frage, welche von Sicherheit der Vertrag vom 17.07.2000 überhaupt darstellte. Hier galt es die klassischen Abgrenzungsprobleme, insbesondere zwischen der Bürgschaft gem. § 765 I BGB und dem Schuldbeitritt gem. §§ 311 I, 241 I BGB aufzuzeigen. Maßgeblich sind insbesondere der Wortlaut der Abrede, die Interessenlage und der Haftungswille. Nach der Auslegung war festzustellen, dass es sich hier um einen Schuldbeitritt gem. §§ 311 I, 241 I BGB handelte.

Im Anschluss daran war der Schwerpunkt der Klausur,

die Einigung auf deren Wirksamkeit zu untersuchen. Zweifelhaft war dies im Hinblick auf eine etwa bestehende Formnichtigkeit der Erklärung. Es war zu erkennen, dass § 766 S. 1 BGB nach gefestigter Rechtsprechung weder direkt noch analog auf den Beitritt anzuwenden sind. So dass im Anschluss daran zu erörtern war, ob der Beitritt den hohen Anforderungen der Form aus dem Verbraucherkreditwesen gem. §§ 491 ff. BGB unterliegt. Hier gibt es in einer Klausur mehrere Probleme, die erörterenswert sind. Zunächst stellt sich die Frage der sachlichen Anwendbarkeit der Normen auf den Beitritt gem. §§ 311 I, 241 I BGB. Unzweideutig handelt es sich nicht um einen Verbraucherkreditgeschäft gem. § 491 BGB bzw. eine sonstige Finanzierungshilfe gem. § 499 BGB. Daher kommt nur eine analoge Anwendung der Normen in Betracht. Diese wird vom BGH in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich bejaht, wenn die zu sichernde Forderung ein Darlehensvertrag ist. Dies deshalb, weil der Beitretende wegen seiner persönlichen Haftung ein mindestens ebenso hohes Schutzbedürfnis hat wie der Darlehensnehmer selbst. Dies liegt daran, dass er für eine eigene Verbindlichkeit haftet, ohne selbst einen Auszahlungsanspruch bzgl. des Darlehens inne zu haben.

Danach stellt sich die Frage, ob die Anwendbarkeit in persönlicher Hinsicht zu bejahen ist. Hier muss zunächst einmal herausgearbeitet werden, dass für die Anwendbarkeit der Verbraucherschützenden Normen allein das Rechtsverhältnis der Darlehensgeberin zum Beitretenden beachtlich ist. Das bedeutet, dass es unerheblich ist, ob auch der Darlehensnehmer als Verbraucher gem. § 13 BGB einzuordnen ist. Also ging es hier konkret um die Frage, ob ein geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH der zugleich Kommanditist ist, als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB einzuordnen ist. Dieser Umstand wird bejaht und ist bereits zuvor höchstrichterlich in dieser Hinsicht entschieden worden (vgl. BGH 133, 71; NJW 2000, 3133; 2006, 431; BGH 144, 370). Dabei bleibt auch nicht außer Betracht, dass der geschäftsführende Alleingesellschafter in der Insolvenzordnung kein Verbraucher ist, § 304 I InsO (BGH, ZIP 2005, 2070). Der erkennende Senat begründet diese Einordnung hier gut nachvollziehbar. Aus diesem Grund enthält die Lösungsskizze die diesbezüglichen Ausführungen des BGH nahezu vollständig. Auf diese Ausführungen wird insoweit verwiesen.

Die Entscheidung beinhaltet einen weiteren interessan-

ten Aspekt. Die Revisionserwiderung hatte angeregt, diese Rechtsfrage der Verbrauchereigenschaft des Gesellschafters und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers dem EuGH vorzulegen. Dazu besteht jedoch aus Sicht des erkannten Senats kein Anlass. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Es ist hier nicht entscheidungserheblich, ob ein Schuldbeitritt einer natürlichen Person, insbesondere eines geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH, zu einer Verbindlichkeit einer GmbH & Co. KG in den Anwendungsbereich der Richtlinie des Rates vom 22.12.1996 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit (Richtlinie 87/102/EWG, Abl. L 42 vom 12.02.1987, S. 48) fällt oder nicht. Nach Art. 15 der Richtlinie sind die Mitgliedsstaaten nicht gehindert, weitergehende Vorschriften zum Schutz der Verbraucher aufrechtzuerhalten oder zu erlassen (sog. Öffnungsklausel). Es spricht nichts dafür, dass sich der deutsche Gesetzgeber strikt auf eine Umsetzung der Richtlinie beschränken, nicht aber darüber hinausgehen wollte. Er hat dies vielmehr bei mehreren Vorschriften, zum Beispiel in §§ 1 und 3 VerbrKrG a.F. durch die Einbeziehung von Krediten zur Finanzierung des Erwerbs von Eigentumsrechten an Grundstücken, getan.

Vertiefungshinweise:

Zum Bürgschaftswesen allgemein: *Braun*, Jura 2004, 474; *Coester/Waltjen*, Jura 2001, 742; *Becker/Dietrich*, NJW 2000, 2798; *Dietrich*, WM 2000, 11; *Fischer*, WM 2000, 14; *ders.* ZIP 2000, 828; *Glöckner*, ZIP 1999, 821; *Hahn*, MDR 1999, 839; *Aden*, NJW 1999, 3763; *Bayer*, ZIP 1990, 1523;

Zum Verbraucherkreditwesen: *Roth*, WM 2003, 2356; *Bülow*, NJW 2002, 1145; *Krebs*, DB 2002, 517; *Westermann*, ZIP 2002, 189; *Ulmer*, BB 2001, 365; *Heyers*, Jura 2001, 760; *Blaurock*, JZ 1999, 801; *Bülow/Arzt*, ZIP 1998, 629; *Martis*, MDR 1998, 1189; *Kurtz*, DnotZ 1997, 552;

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"
 Assessorkurs: "Der Blumenhandel"

Leitsatz:

Das Verbraucherkreditgesetz findet auf die Mithaftungsübernahme des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH & Co. KG auch dann entsprechende Anwendung, wenn die neu gegründete Gesellschaft das Darlehen zur Anschubfinanzierung aufgenommen hat (im Anschluss an Senatsurteil vom 28.01.1997, WM 1997, 663).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Mit-

haftungsübernahme des früheren Gesellschafters und Geschäftsführers für die Darlehensschuld der insolventen GmbH & Co. KG. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Jahre 2000 gründeten der Bekl. zu 1 (nachfolgend: Bekl.) und Herr F. die QU. GmbH & Co. KG (nachfolgend: QU. KG) mit einer kapitalmäßigen Beteiligung von jeweils 50% an der Komplementär-GmbH und an der KG. Alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Komplementär-GmbH waren die beiden Gesellschafter. Vor Gründung der Gesellschaft war der Bekl. als selbständiger Handelsvertreter für die Q. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Q. KG) tätig.

Am 17.07.2000 schloss die Q. KG mit der QU. KG einen Darlehensvertrag, in dem sie der neu gegründeten Gesellschaft ein Darlehen bis zu 500.000 DM zur Anschubfinanzierung einräumte. Das Darlehen war mit 7,75% p.a. zu verzinsen und in monatlichen Raten, beginnend mit dem 01.01.2001, zurückzuzahlen. Angaben zum Gesamtbetrag aller von der QU. KG zu leistenden Zahlungen und zum effektiven Jahreszins enthielt das Vertragswerk nicht. In Ziff. 5 des Vertrags ("Sicherheitsleistung") war bestimmt, dass die QU. KG i.G. und die beiden Gesellschafter mit ihren Ehefrauen für die Rückzahlung des Darlehens als Gesamtschuldner haften. Der Vertrag wurde von allen Beteiligten unter der Überschrift "Darlehensnehmer" unterzeichnet, wobei die geschäftsführenden Gesellschafter sowohl im eigenen als auch im Namen der Gesellschaft handelten.

Mit Vertrag vom 22.06.2001 erhöhten die Beteiligten den Darlehensbetrag auf 1 Mio. DM und vereinbarten einen neuen Tilgungsplan. Von dem Darlehen wurden bis zum Dezember 2002 insgesamt 457.544,96 € an die QU. KG ausgezahlt. Da sie in der Folgezeit keine Rückzahlung mehr leistete, kündigte die Q. KG am 14.03.2003 die Geschäftsverbindung fristlos. Die QU. KG wurde nach mehrfachen Umfirmierungen mittlerweile wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht.

Gestützt auf Ziff. 5 des Darlehensvertrags hat die Kl. den Bekl. auf Rückzahlung des Darlehens und der bis zum 03.08.2004 aufgelaufenen Zinsen, insgesamt 560.076,31 Euro zuzüglich weiterer Zinsen in Anspruch genommen. Der Bekl. hat dem vor allem entgegenggehalten, dass der von ihm erklärte Schuldbeitritt gegen Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes verstoße und damit nichtig sei.

Ist die Klage begründet, wenn die Kl. aus der Haftungsabrede vom 17.07.2000 gegen den Bekl. vorgehen will?

Lösung:

Fraglich ist, ob die Kl. gegen den Bekl. einen Zahlungsanspruch aus einem Schuldbeitritt gem. §§ 311 I, 241 I BGB auf Zahlung in Höhe von 560.076,31 Euro

hat. Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

I. Einigung über den Abschluss eines Schuldbeitritts

Der Kl. und der Bekl. müssten sich über den Abschluss eines Schuldbeitrittvertrags gem. §§ 311 I, 241 I BGB geeinigt haben. Dazu müsste sich die Einigung auf die Begründung einer eigenen Verbindlichkeit gegenüber dem Kreditgeber beziehen. Der Schuldbeitritt ist abzugrenzen von der Bürgschaft gem. § 765 I BGB und von dem selbständigen Garantievertrag, §§ 311 I, 241 I BGB.

Eine Bürgschaft gem. § 765 I BGB ist ein einseitig verpflichtender Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten. Es wird somit eine eigenständige Verbindlichkeit begründet, die jedoch in ihrem Bestand und Umfang abhängig ist von der Hauptverbindlichkeit (§ 767 I 1 BGB; sog. Grundsatz der Akzessorität). Ein Schuldbeitritt liegt demgegenüber dann vor, wenn ein Dritter neben dem Hauptschuldner eine eigene Verbindlichkeit begründet, wobei der Beitritt zwar in dem Moment der Begründung von einer bestehenden Hauptverbindlichkeit abhängig ist, danach jedoch nicht mehr. Eine dritte Möglichkeit der Kreditsicherung ist die Begründung eines selbständigen Garantievertrags gem. § 311 I, 241 I BGB. Der selbständige Garantievertrag begründet eine verschuldensunabhängige Haftung für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs. Erkennbar ist hier nach dem Sachverhalt eine verschuldensunabhängige Haftung nicht gewollt.

[Anm.: In einer Klausur sollte mit der Annahme eines selbständigen Garantievertrags gem. §§ 311 I, 241 I BGB sehr zurückhaltend umgegangen werden im Hinblick auf die weitgehenden Haftungsfolgen für den Garantiegeber. Erforderlich sind deutliche Anhaltspunkte in dem Sachverhalt, welche hier nicht ersichtlich sind.]

Also ist nunmehr die Bürgschaft gem. § 765 I BGB von dem Schuldbeitritt gem. § 311 I, 241 I BGB abzugrenzen. Maßgeblich ist, ob nach dem Wortlaut der Erklärung und dem Willen der Vertragspartner (§§ 133, 157 BGB) eine selbständige oder nur eine angelehnte Schuld begründet werden soll (BGH, NJW 1986, 580). Dabei wird ein Schuldbeitritt regelmäßig von einem eher sachlich-wirtschaftlichen Eigeninteresse des Dritten begleitet, während bei der Bürgschaft ein persönliches Interesse des Bürgen vorrangig ist. Drittens ist der Haftungswille zu beachten. Der Bürge haftet grundsätzlich nachrangig (§ 771 I BGB) während der Beitretende gleichrangig haftet. Im Zweifel ist von einer Bürgschaft auszugehen als gesetzlich normiertes Institut (BGH, DB 1987, 1139; OLG Hamm, NJW 1988, 3022).

Hier läßt sich der Wortlaut der Haftungsabrede nicht eindeutig zuordnen. Die Interessenlage des Bekl. ist

eher sachlich - wirtschaftlicher Natur. Er ist Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Darlehensnehmerin und hat daher ein gesteigertes Eigeninteresse. Es handelt sich also nicht um ein persönlich gelagertes Interesse. Mithin spricht die Interessenlage für einen Schuldbeitritt gem. §§ 311 I, 241 I BGB. Der Haftungswille des Bekl. ist im Hinblick auf die Erklärung als gleichrangig mit der Darlehensnehmerin zu beurteilen. Daher entspricht auch die Interessenlage dem Beitritt.

Mithin ist eine Einigung über einen Schuldbeitritt gem. §§ 311 I, 241 I BGB gegeben.

II. Wirksamkeit der Einigung über den Schuldbeitritt

Die Einigung müsste wirksam sein. In Betracht kommt eine Formnichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB bzw. gem. § 494 I BGB.

1. Formnichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB wegen Verletzung des § 766 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob die Beitrittserklärung formnichtig ist. Dazu müsste auf den Schuldbeitritt der § 766 S. 1 BGB Anwendung finden. Unzweideutig findet die Vorschrift keine direkte Anwendung. Wie bereits dargelegt ist gerade keine Bürgschaft gem. § 765 I BGB, sondern ein Beitritt gem. § 311 I, 241 I BGB gegeben. Also kann allenfalls auf eine analoge Anwendung der Norm abgestellt werden. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage bestehen. Sicherlich ist die Form des Schuldbeitritts im Gesetz nicht geregelt. Zweifelhaft ist bereits die Frage der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Ohne Zweifel ist die Interessenlage jedoch nicht vergleichbar. Aufgrund des Eigeninteresses des Beitretenden ist dieser nicht in gleicher Weise schutzbedürftig wie ein Bürge, der aus persönlichen Gründen den Sicherungsvertrag unterschreibt. Also ist § 766 S. 1 BGB analog nicht auf den Schuldbeitritt anwendbar.

[Anm.: Im Übrigen wäre auch die Schriftform gem. § 126 BGB erfüllt. Es ist allerdings durchaus empfehlenswert, sich in einer Klausur gleichwohl zu der generellen Anwendbarkeit zu äußern. Dies deshalb, weil es sich um ein klassisches Standardproblem handelt.]

2. Formnichtigkeit gem. § 494 I BGB

Fraglich ist, ob der Beitrittvertrag gem. § 494 I BGB i.V.m. § 492 I BGB formnichtig ist.

a. Anwendbarkeit der Verbraucherschützenden Normen in sachlicher Hinsicht

Dazu müsste die Formvorschriften des Verbraucherschutzes auf den Schuldbeitritt gem. § 311 I, 241 I BGB Anwendung finden.

Eine direkte Anwendbarkeit scheidet aus, da der Beitritt weder ein Darlehen i.S.d. § 491 BGB noch eine

sonstige Finanzierungshilfe gem. § 499 I BGB ist. Daher scheidet eine direkte Anwendung aus. Die Beteiligung Dritter auf Seiten des Kreditnehmers ist in den §§ 491 ff. BGB nicht geregelt.

Diese Lücke könnte im Fall des Schuldbeitritts durch eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. BGB geschlossen werden. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage bestehen.

“Ein Schuldbeitritt ist seinem Wesen nach zwar selbst kein Kreditvertrag im Sinne des § 1 II VerbrKrG. Er ist aber nach der gefestigten, auch vom BerGer. und der Revision nicht in Zweifel gezogenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 133, 71, 74 f.; 133, 220, 222 f.; 155, 240, 243; 165, 43, 46 f.; Senatsurteile vom 28.01.1997 - XI ZR 251/95, WM 1997, 663, 664 und vom 27.06.2000 - XI ZR 322/98, WM 2000, 1799 m.w.Nachw.) einem Kreditvertrag bei wertender Betrachtung gleichzustellen, wenn es sich bei dem Vertrag, zu dem der Beitritt erklärt wird, wie hier, um einen Kreditvertrag handelt. An die Formwirksamkeit des Schuldbeitritts sind deshalb, insbesondere was die Mindestangaben nach § 4 I VerbrKrG angeht, dieselben strengen Anforderungen zu stellen wie an den Kreditvertrag selbst.”

Also ist die analoge Anwendbarkeit der verbraucher-schützenden Normen in sachlicher Hinsicht grundsätzlich zu bejahen.

b. Anwendbarkeit in persönlicher Hinsicht

Fraglich ist, ob die Normen auch in persönlicher Hinsicht Anwendung finden. Dazu müsste der Beitretende Verbraucher gem. § 13 BGB und der Darlehensgeber Unternehmer gem. § 14 I BGB sein.

aa. Keine Abhängigkeit des Verbraucherschutzes von der Einordnung des Darlehensnehmers als Verbraucher

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass im Rechtsverhältnis Darlehensgeber - Darlehensnehmer der Verbraucherschutz bereits in persönlicher Hinsicht ausscheidet. Ohne Zweifel sind beide Unternehmer gem. § 14 I BGB.

“Das gilt entgegen der Ansicht des BerGer. und der Revisionserwiderung uneingeschränkt auch dann, wenn der Schuldbeitritt - wie hier - zu einem Existenzgründungskredit von mehr als 100.000 DM erfolgt. Die Schutzbedürftigkeit des Beitretenden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unabhängig davon zu beurteilen, ob der Kreditnehmer selbst Verbraucher im Sinne des § 1 I VerbrKrG und § 13 BGB oder aber Unternehmer (§ 14 I BGB) ist. Entscheidend ist vielmehr allein die Verbrauchereigenschaft des Beitretenden zum Zeitpunkt der Mithaftungserklärung (BGHZ 133, 71, 76 f.; 134, 94, 97; Senatsurteile vom 28.01.1997 - XI ZR 251/95, WM

1997, 663, 664, vom 25.02.1997 - XI ZR 49/96, WM 1997, 710 und vom 27.06.2000 - XI ZR 322/98, WM 2000, 1799). An dieser Rechtsprechung, gegen die sich weder das BerGer. noch die Revisionserwiderung wenden, wird festgehalten.”

Also kommt es für die Einschlägigkeit des Verbraucherschutzes allein auf das Rechtsverhältnis Beitretender - Darlehensgeber an.

bb. Anwendbarkeit in persönlicher Hinsicht im konkreten Fall

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen in persönlicher Hinsicht im konkreten Fall Anwendung finden.

(1.) Unternehmereigenschaft gem. § 14 I BGB des Darlehensgeberin

Die Darlehensgeberin ist wie bereits dargelegt Unternehmerin gem. § 14 I BGB. Dies deshalb, weil sie sich gewerbsmäßig mit der Vergabe von Krediten beschäftigt.

(2.) Verbrauchereigenschaft des beitretenden Bekl. gem. § 13 BGB

Fraglich ist, ob der Bekl. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist. Verbraucher in diesem Sinne ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzuordnen ist. Zweifelhaft erscheint dies hier, da der Bekl. geschäftsführender Gesellschafter der Komplementär - GmbH und Kommanditist der Darlehensnehmerin ist.

(2.1.) Die Geschäftsführung einer GmbH ist weder gewerbliche noch selbständige Tätigkeit

“Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB ist eine natürliche oder juristische Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Die Geschäftsführung einer GmbH ist nach ständiger Rechtsprechung keine gewerbliche oder selbständige Tätigkeit (BGHZ 133, 71, 77 f.; 133, 220, 223; 144, 370, 380; BGH, Urteil vom 15.07. 2004 - III ZR 315/03, ZIP 2004, 1647, 1648 f.). Ein GmbH-Geschäftsführer, der im eigenen Namen ein Geschäft abschließt, sei es auch im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer, ist danach vielmehr Verbraucher. Das gilt auch bei der Übernahme der Mithaftung für eine Kreditschuld der GmbH, die von Kreditgebern oftmals verlangt wird. Das BerGer. beachtet bei seiner abweichenden Meinung nicht hinreichend, dass es insoweit nicht darauf ankommt, welche Motive der Mithaftungsübernahme zugrunde liegen, sondern darauf, dass diese Haftung auf einem eigenständigen Willensentschluss des Geschäftsführers als Privatperson beruht (vgl. BGHZ 165, 48, 50). Sie ist wegen ihres Sicherungscharakters mit der originären und zwingenden

Haftung eines Unternehmers für in seinem Betrieb begründete Schulden auch wertungsmäßig nicht vergleichbar.“

(2.2.) Geschäftserfahrenheit des Geschäftsführers ist unschädlich und steht der Verbrauchereigenschaft nicht entgegen

“Entgegen der Ansicht des BerGer. ist auch ohne Bedeutung, dass Geschäftsführer einer GmbH in aller Regel geschäftserfahren sind. Auch geschäftskundige Verbraucher, die einen Kredit nicht zu Zwecken des Konsums, sondern zu investiven Zwecken, etwa zum Erwerb einer Immobilienfondsbeteiligung, aufnehmen, genießen, was das BerGer. nicht hinreichend berücksichtigt, den Schutz des Verbraucherkreditgesetzes. Daran ändert der Besitz von GmbH- und/oder KG-Anteilen durch den Geschäftsführer einer GmbH bzw. GmbH & Co. KG schon deshalb nichts, weil bei der Beteiligung an einer Gesellschaft die Kapitalanlage im Vordergrund steht. Dies gilt entgegen der Ansicht des BerGer. unabhängig von der jeweiligen Beteiligungsgröße. Selbst Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer werbenden GmbH bzw. GmbH & Co. KG werden im Rahmen der Geschäftsführung nicht wie ein Kaufmann oder Unternehmer für den eigenen Betrieb, sondern allein für die Gesellschaft tätig. Sie üben daher nach der Wertung der §§ 1 ff. HGB und des § 14 BGB keine unternehmerische Tätigkeit im Handelsverkehr aus. Davon abgesehen war der Bekl. kein Mehrheitsgesellschafter mit einer Abstimmungsmehrheit. Auch spricht nichts dafür, dass er trotz Fehlens einer Mehrheitsbeteiligung einen "beherrschenden" Einfluss in der Gesellschaft hatte.“

(2.3.) Keine Gründe aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes die abweichende Betrachtung gebieten

“Weder der Entstehungsgeschichte des Verbraucherkreditgesetzes noch der aus der §§ 13, 14 BGB ist irgendetwas dafür zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Geschäftsführer und/oder Gesellschafter einer GmbH als Unternehmer behandelt sehen wollte. Nach seinem eindeutigen Willen soll das Verbraucherkreditgesetz vielmehr in Zweifelsfällen Anwendung finden und seine Schutzwirkung uneingeschränkt entfalten (BGHZ 133, 71, 78; 165, 43, 50 f.). Dabei hat es der Gesetzgeber, dem bereits bei Schaffung der §§ 13, 14 BGB die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bekannt war, dass ein Schuldbeitritt eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters die Mindestangaben des § 4 I VerbrKrG erfordert, auch bei Übernahme des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch belassen (BGHZ 165, 43, 51).“

(2.4.) Einordnung als Verbraucher ist interessengerecht und bietet keinen Anlass zur richtlichen Rechtsfortbildung

“Der Senat sieht angesichts dessen zu der von der Kl.

gewünschten richterlichen Rechtsfortbildung keine Möglichkeit, aber auch keinen ausreichenden Anlass. Zwar würde der Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG, der wie der Bekl. als Gesellschafter die Geschäftspolitik der QU. KG mitbestimmt hat, nicht unzumutbar belastet, wenn er bei Übernahme einer persönlichen Mithaftung dem Schutzbereich des Verbraucherkreditgesetzes nicht unterfiele. Das geltende Recht hat aber bisher nicht zu Missständen geführt, die eine Korrektur als besonders dringlich erscheinen ließen. Dem steht schon entgegen, dass es für den Kreditgeber problemlos möglich ist, durch Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften eine wirksame Mithaftung des GmbH-Geschäftsführers für Kredite der GmbH zu begründen. Dies hat die Zedentin unter nicht schutzwürdiger Außerachtlassung der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 133, 71, 76 ff.; 133, 220, 224; Senatsurteil vom 25.02.1997 - XI ZR 49/96, WM 1997, 710), die ihr bei Hereinnahme der Schuldbeitrittserklärungen im Jahre 2000 bekannt sein musste, versäumt.“

Daher ist der Bekl. Verbraucher gem. § 13 BGB.

c. Vorliegen eines Formverstößes analog § 492 I BGB
Fraglich ist, ob ein Formverstoß analog § 492 I BGB vorliegt. Die Schriftform gem. §§ 492 I 1, 126 BGB ist gewahrt. Es könnte jedoch ein Verstoß gegen § 492 I 5 BGB gegeben sein.

aa. Anwendbarkeit des § 492 I 5 BGB analog (sog. qualifiziertes Schriftformerfordernis)

Der § 492 I 5 BGB müsste in Analogie auf den Schuldbeitritt Anwendung finden. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, die Normen seien nicht anwendbar. Im Gegensatz zu der Schriftform analog § 492 I 1 BGB, die dem Schutz vor Übereile und der Warnfunktion dienen, seien die Anforderungen des § 492 I 5 BGB auf den Beitritt nicht anwendbar. Sinn und Zweck dieser Angaben sei die Ermöglichung des Vergleichs dieser Konditionen mit denen anderer Kreditinstitute. Da aber für den Beitretenden eine Vergleichbarkeit mit anderen Konditionen nicht in Betracht komme, da der Darlehensvertrag bereits geschlossen worden sei zum Zeitpunkt der Einigung über die Mithaftungsabrede, sei die Anwendung nicht geboten. (Vgl. Kabisch, WM 1998, 535; Kurz, DnotZ 1997, 552). Der BGH und die herrschende Lehre beurteilen die Rechtslage allerdings abweichend. Die Schutzbedürftigkeit des Beitretenden sei auch im Hinblick auf die in § 492 I 5 BGB enthaltenen Angaben gegeben. Der Beitretende habe nämlich keinen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta und trage gleichwohl das wirtschaftliche Risiko des Kreditgeschäfts in dem Fall, in dem der Hauptschuldner we-

gen Zahlungsunfähigkeit ausscheide.

Da beide Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. Zwar ist der Auffassung in der Literatur zuzugestehen, dass es zum Zeitpunkt der Beitrittserklärung für den Beitretenden nicht mehr darauf ankommt, verschiedene Angebote im Hinblick auf den Abschluss eines künftigen Darlehensvertrages zu vergleichen. Das Interesse des Beitretenden an der Aufschlüsselung der Eckdaten des Darlehensvertrages ist etwas anders gelagert, jedoch nicht weniger gewichtig. Für den Beitretenden sind die Angaben insoweit wichtig, als er persönlich durch die Begründung einer eigenständigen Verbindlichkeit für die Rückzahlung der Darlehensvaluta haftet, ohne jedoch auszahlungsberechtigt aus dem Darlehensvertrag zu sein.

Also ist die Einschränkung der Pflichtangaben analog § 492 I 5 BGB bis auf das Schriftformerfordernis analog § 492 I 1 BGB nicht sachgerecht. Daher ist § 492 I 5 BGB analog auch auf den Schuldbeitritt anwendbar.

bb. Verstoß im konkreten Fall

Die qualifizierten Schriftformerfordernisse müssten im konkreten Fall eingehalten sein. Hier fehlt zum einen die Angabe zum effektiven Jahreszins, welche gem. § 492 I 5 Nr. 5 BGB erforderlich ist. Zum anderen ist der Gesamtbetrag aller von Darlehensnehmer zu leistenden Zahlungen gem. § 495 I 5 Nr. 2 BGB nicht gegeben. Also liegt ein Formverstoß vor.

4. Rechtsfolge

Die Einigung genügt mithin den Anforderungen des

qualifizierten Schriftformerfordernisses nicht. Fraglich ist, welche Rechtsfolge sich daraus ergibt.

a. Nichtigkeit analog § 494 I BGB

Im Hinblick auf das Fehlen der Angaben im Rahmen des qualifizierten Schriftformerfordernisses ist die Abrede nichtig analog § 494 I BGB.

“Die Mithaftungsübernahme des Bekl. vom 17.07.2000 genügt nicht den Anforderungen des Verbraucherkreditgesetzes und ist daher wegen Verstoßes gegen § 4 I 4 Nr. 1 b und e VerbrKrG i.V. mit § 6 I VerbrKrG nichtig.”

b. Keine Heilung gem. § 494 II BGB

Fraglich ist, ob eine Heilung analog § 494 II BGB eingetreten ist. Das Darlehen wurde zwar an die Darlehensnehmerin ausgezahlt. Insoweit ist jedoch festzuhalten, dass der Beitretende selbst nicht Adressat der Auszahlung war. Daher ist auch eine Heilung nicht anzunehmen.

“Dass der Kredit entsprechend der darlehensvertraglichen Vereinbarung an die Hauptschuldnerin ausgezahlt worden ist, vermag eine Heilung des Formmangels nach dem Schutzzweck des § 6 II 1 VerbrKrG nicht herbeizuführen (Senat BGHZ 134, 94, 98 f.; 165, 43, 52; BGH, Urteil vom 30.07.1997 - VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000, 2001).”

Mithin ist die Einigung formnichtig, § 494 I BGB. Also ist ein Zahlungsanspruch aus der Mithaftungsabrede gem. §§ 311 I, 241 I BGB nicht gegeben.

Standort: § 266 StGB

Problem: Untreue durch Bildung “schwarzer Kassen”

BGH, URTEIL VOM 18.10.2006
2 STR 499105 (NSTZ 2007, 583)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte Kanther, der Vorstandsmitglied sowohl des Bundesverbandes der CDU als auch des hessischen Landesverbandes war, hatte mehrere Millionen DM aus dem Vermögen der hessischen CDU zunächst auf ein schweizer Nummernkonto des Mitangeklagten Weyrauch, eines anderen CDU-Funktionärs, und später auf eine von ihnen gegründete Stiftung transferiert. Das Geld sollte zur Förderung von Zwecken im Interesse der Partei verwendet werden, wobei die Angeklagten sich vorbehalten, selbst zu entscheiden, wann ein förderungswürdiger Zweck gegeben sei. Später wirkte der Angeklagte Kanther auch noch an der Erstellung von Rechenschaftsberichten der CDU i.S.v. § 24 ParteiG mit, in denen die beiseite geschafften Gelder keine Erwähnung fanden.

Das LG Wiesbaden hatte den Angeklagten Kanther

wegen Untreue, § 266 I StGB, und den Angeklagten Weyrauch wegen Beihilfe hierzu, §§ 266 I, 27 I StGB, durch die Übertragung des Parteigelder, also die Bildung einer sog. “schwarzen Kasse”, verurteilt. Eine weitere Untreuehandlung des Angeklagten Kanther bestünde zwar in der Mitwirkung an der Erstellung der unrichtigen Rechenschaftsberichte, diese trete jedoch als mitbestrafte Nachtat hinter die erste Untreue zurück. Der BGH stellte klar, dass die Mitwirkung an den Rechenschaftsberichten mangels Vorsatzes keine strafbare Untreue darstelle.

Prüfungsrelevanz:

Irrtümer und Vermögensdelikte, die den Hauptgegenstand der Ausführungen des BGH in der vorliegenden Entscheidung darstellen, sind in beiden Examen besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Der Tatbestand der Untreue ist hierbei wegen seiner ungewöhnlichen Struktur besonders problematisch. Während die Rechtsfigur der “schadensgleichen Ver-

mögensgefährdung" nicht nur bei § 266 I StGB, sondern insb. auch bei § 263 I StGB relevant wird, scheint der BGH mit der vorliegenden Entscheidung hier jedenfalls bzgl. der Anforderungen an den Tätervorsatz zwischen Untreue und Betrug differenzieren zu wollen.

Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils bei § 266 I StGB entspricht nach ganz herrschender Meinung demjenigen des Vermögensschadens bei § 263 I StGB (BGHSt 43, 293, 297; Lackner/Kühl, § 266 Rn 17; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 59; Wessels/Hillenkamp, Rn 775). Ebenso wie beim Vermögensschaden im Rahmen des Betrugs genügt somit auch für den Vermögensnachteil im Rahmen der Untreue eine konkrete Gefährdung des geschützten Vermögens (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden", vgl. BGH, NStZ 2003, 540; OLG Stuttgart, NJW 1999, 1564; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 61; Wessels/Hillenkamp, Rn 775). Unterschiede zwischen Betrug und Untreue ergeben sich jedoch nach der vorliegenden Entscheidung im Rahmen des Vorsatzes. Beim Betrug ist im Falle eines Gefährdungsschadens ein entsprechender Vorsatz gegeben, wenn der Täter die Umstände kennt, aus denen sich die Vermögensgefährdung ergibt, selbst wenn er darauf vertraut, dass die Gefährdung nicht zu einem Verlust führt (BGH, NStZ-RR 2001, 328, 330; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 106a). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH jedoch, dass dies für die Untreue nicht ausreichen könne: Da der Tatbestand des § 266 I StGB - anders als § 263 I StGB - keine Bereicherungsabsicht voraussetze, sei in den Fällen, in denen lediglich ein Vermögensschaden aufgrund einer schadensgleichen Vermögensgefährdung vorliege, ein (Eventual-) Vorsatz des Täters bzgl. des Schadens nur gegeben, wenn der Täter Kenntnis von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts habe und diese konkrete Gefahr in Kauf nehme und darüber hinaus die Realisierung dieser Gefahr billige, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet. Stelle man keine qualifizierten Anforderungen an den Nachteilszuefügungsvorsatz bei der Untreue, so bestünde die Gefahr, dass der § 266 I StGB im Sinne eines reinen Gefährdungsdelikt verstanden werde und insb. die Grenzen zwischen Versuch und Vollendung völlig verschwächen. Einen Widerspruch zur Rechtsprechung der anderen Senate hinsichtlich des Vorsatzes bei schadensgleicher Vermögensgefährdung i.R.v. § 263 StGB sieht der 2. Senat im vorliegenden Fall nicht.

Vertiefungshinweise:

Zur "schadensgleichen Vermögensgefährdung" i.R.v. § 266 I StGB: BGHSt 44, 376; 46, 30; 47, 8; 48, 354; BGH, NStZ 2003, 540; NStZ-RR 2005, 343; Bosch, wistra 2001, 257; Mosenheuer, NstZ 2004,

181; Saliger, NStZ 2007, 545 (zu diesem Fall)

Zum Schädigungsvorsatz bei schadensgleicher Vermögensgefährdung: BGHSt 48, 331; BGH, wistra 1996, 261; NJW 2002, 1211; NStZ 2003, 264; NStZ-RR 2001, 328

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Perlenkette"

Leitsätze:

- 1. Das pflichtwidrige Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung einer treuhänderisch verwalteten "schwarzen Kasse" durch Verantwortliche einer politischen Partei führt auch dann zu einem Nachteil i. S. von § 266 I StGB, wenn durch Einsatz der vorenthaltenen Mittel unter Umgehung der satzungsgemäßen Organe politische oder sonstige Zwecke der Partei nach dem Gutdünken des Täters gefördert werden sollen.**
- 2. Zu den Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes eines Gefährdungsschadens bei der Untreue.**

Sachverhalt:

Der Angeklagte K, ein hochrangiger Funktionsträger der CDU Hessen und zugleich des Bundesverbandes der CDU, transferierte im Dezember 1984 insgesamt 20,8 Mio. DM des Landesverbandes, die im offiziellen Rechnungswesen der Partei nicht aufgeführt waren, auf ein Treuhandnummernkonto in der Schweiz, dessen Inhaber W war. Vor dem Hintergrund der bevorstehenden Änderung des Parteiengesetzes handelte er uneigennützig mit dem Ziel, die Gelder für politische Zwecke der CDU Hessen zu sichern. Ein Auftrag oder Beschluss des Landesvorstands lag nicht vor. Nach dem Inkrafttreten des PartG 1994 und in der Sorge um verschärfte Kontrollmaßnahmen übertrug er das Vermögen auf die eigens gegründete Stiftung "Za" in Liechtenstein, deren Begünstigter der Landesverband war, die aber auch vor dem Begünstigten geheim gehalten wurde. Die Gelder wurden teilweise unter Verdeckung ihrer Herkunft an den Landesverband oder an selbstständige Untergliederungen der CDU zurückgeführt. In den Jahren 1995-1997 verschwieg der Angeklagte K bei den Beratungen über Haushalt und Rechenschaftsbericht das Vorhandensein des Vermögens der Stiftung, das etwa das fünffache des offiziellen Haushaltes ausmachte. Er war sich dabei bewusst, dass die Rechenschaftsberichte unrichtig waren und nahm billigend in Kauf, dass Bundespartei und Landesverband der Gefahr erheblicher Sanktionen auf Grund der Regelungen des Parteiengesetzes ausgesetzt wurden. Der Angeklagte W unterstützte die Handlungen des Angeklagten K u.a. dadurch, dass er die Verwaltung treuhänderisch durchführte und erforderliche Testate erteilte. Nach Aufdeckung des Sachverhalts

forderte der Präsident des Deutschen Bundestages Förderungsbeträge i.H.v. 35,85 Mio DM von der Gesamtpartei zurück. Der finanzielle Spielraum des Landesverbandes wurde durch Regressforderungen erheblich beeinträchtigt.

Hat K sich wegen Untreue, § 266 StGB, strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 266 I StGB durch Übertragung der Gelder

Dadurch, dass K 20,8 Mio. DM aus dem Vermögen des Landesverbandes der CDU Hessen zunächst auf ein Treuhandkonto in der Schweiz und später auf die Stiftung "Za" übertrug, könnte K sich wegen Untreue gem. § 266 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB

Die Übertragung der Gelder könnte zunächst den Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB, erfüllen. Dann müsste K die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen des Landesverbandes zu verfügen oder diesen zu verpflichten, missbraucht und dadurch diesem Nachteil zugefügt haben.

Der Tatbestand des § 266 I 1. Fall StGB setzt den Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis voraus. Eine Befugnis wird missbraucht, wenn der Täter bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln im Rahmen seines rechtlichen Könnens, d.h. wirksam im Außenverhältnis, aber unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens (im Innenverhältnis) handelt (BGHSt 5, 61, 63; Joecks, § 266 Rn 18; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 545). Das bedeutet, dass der Missbrauch einer Befugnis stets den Gebrauch der Befugnis voraussetzt, d.h. der Täter muss eine rechtsgeschäftliche Handlung im Namen des Opfers vornehmen, durch die dieses im Außenverhältnis wirksam vertreten wird (Lackner/Kühl, § 266 Rn 6; Mitsch, BT 2/1, § 8 Rn 24).

Die Übertragung der Gelder erfolgte jedoch nicht im Namen des Landesverbandes, so dass K von seiner Befugnis gar keinen Gebrauch gemacht hat. Der Missbrauchstatbestand ist somit nicht erfüllt.

2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB

K könnte jedoch den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB, erfüllt haben.

Dann müsste er die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zuge-

fügt haben.

a. Vermögensbetreuungspflicht

Zunächst müsste K eine Vermögensbetreuungspflicht bzgl. des Vermögens des Landesverbandes gehabt haben.

Eine Vermögensbetreuungspflicht ist gegeben, wenn der Täter im Rahmen eines zumindest auch fremdnützigen Schuldverhältnisses wesentliche Aufgaben und Befugnisse, also ein gewisses Maß an Selbstständigkeit, hat und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt (BGH, NStZ 1996, 81; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn 23 f.; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 28 f.; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 566a).

K war hochrangiger Funktionsträger des Landesverbandes. Bei Parteivorsitzenden und vergleichbaren Funktionsträgern politischer Parteien ist auf Grund von deren weit reichenden Befugnissen und zentraler Stellung im Rahmen der Parteiorganisation eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB gegeben (BGH, wistra 1986, 256; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn 25; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 36).

b. Pflichtverletzung

K müsste die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben.

Anders als die Tathandlung des Missbrauchstatbestandes kann die Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB sowohl in einem rechtsgeschäftlichen als auch einem rein tatsächlichen Verhalten bestehen (BGHSt 31, 232; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn 35; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 15). Eine Pflichtverletzung ist gegeben, wenn der Täter die ihm übertragene Geschäftsbesorgung nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt (BGH, NJW 1991, 990; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn 35a).

Nach Auffassung des BGH stellt die Übertragung der Parteigelder eine Pflichtverletzung dar: "Die Übertragung der Guthaben der so genannten 'C-Konten' auf schweizerische Konten, deren Inhaber der Angeklagte W war, im Jahr 1983 verstieß gegen die Vermögensbetreuungspflicht, welche der Angeklagte K und der frühere Mitangeklagte Wi gegenüber dem Landesverband hatten. Hierfür ist unerheblich, ob sie 'letztlich' im Interesse der Berechtigten zu handeln glaubten. Es bleibt hierbei schon offen, ob dieses Interesse von den Tatbeteiligten ganz oder überwiegend wirtschaftlich oder eher politisch definiert wurde. Dies kann aber dahinstehen, denn aus ihrer Position in dem Landesverband der Partei entsprang die Pflicht, das zu betreuende Vermögen nach Maßgabe der satzungsgemäßen Willensbildung, also nach Weisung des Parteitags und des Vorstands zu verwalten. Hiergegen verstieß die Verschleierung und Verlagerung des in der 'schwarzen Kasse' auf den so genannten 'C-Konten' angesam-

melten Vermögens offenkundig".
Eine Pflichtverletzung des K ist somit gegeben.

c. Vermögensnachteil

Durch die Pflichtverletzung des K müsste dem Landesverband ein Vermögensnachteil entstanden sein.

Der Begriff des "Vermögensnachteils" i.S.v. § 266 I StGB entspricht demjenigen des "Vermögensschadens" i.S.v. § 263 I StGB (Lackner/Kühl, § 266 Rn 17; Tröndle/Fischer, § 266 Rn 59). Das heißt, ein Vermögensnachteil ist dann gegeben, wenn das Opfer nach der Tathandlung weniger Vermögen hat als davor, was im Wege einer Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenswerte des Opfers zu ermitteln ist (OLG Bremen, NStZ 1989, 228; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn 40).

Hierzu der BGH: "Ein Vermögensnachteil i. S. von § 266 I StGB ist dem Landesverband dadurch entstanden, dass die Täter sich die Möglichkeit verschafften, die zunächst auf den Angeklagten W, später auf die von ihnen kontrollierte Stiftung 'Za' übertragenen Vermögenswerte als geheimen, keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterliegenden und jeder Kontrolle durch den Berechtigten [also den Landesverband] entzogenen 'Dispositionsfonds' zu nutzen (vgl. BGHSt 40, 287, 296). Ziel der Angeklagten war es, die verdeckt angesammelten Vermögenswerte vor den satzungsgemäßen Organen des Landesverbands geheim zu halten, da sie die Bestimmung über die Mittelverwendung nach eigenem Gutdünken - wenn auch in einem von ihnen selbst definierten Interesse des Berechtigten - vorzunehmen wünschten.

Hierdurch war entgegen dem Vorbringen der Revisionsführer nicht allein die Dispositionsbefugnis des Berechtigten betroffen, deren Beschränkung für sich allein die Feststellung eines Vermögensschadens nicht begründen könnte (vgl. Tröndle/Fischer 53. Aufl., § 266 Rn 70); vielmehr trat eine konkrete, vom Berechtigten nicht zu kontrollierende und nur noch im Belieben der Täter stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts ein. Wie nahe liegend diese Gefahr war, macht nicht zuletzt der Umstand deutlich, dass nach den Feststellungen des LG mehrfach, im abgeurteilten Zeitraum jedenfalls im Jahr 1995 erhebliche Beträge pflichtwidrig Dritten zugewandt wurden. Die mit hohem konspirativen Aufwand durchgeführte Entziehung der Vermögenswerte über einen langen Zeitraum zu dem tatsächlich auch erreichten Zweck, dem Berechtigten diese Teile seines Vermögens vorzuenthalten und sie nach Maßgabe eigenen Gutdünkens und vorgeblich 'besserer' Beurteilung zur Förderung von Zwecken einzusetzen, welche den Tätern im Einzelfall als förderungswürdig erschienen, minderte den objektiven wirtschaftlichen Wert der Forderungen für den Berechtigten und begründete daher einen Vermögensschaden (vgl. auch BGH NStZ 1984, 549; OLG Frankfurt a. M. NJW 2004, 2028, 2030; Lackner/Kühl 25.

Aufl., § 266 Rn 17a; LK-Schünemann 11. Aufl., § 266 Rn 148; Tröndle/Fischer aaO, Rn 71). Hierbei ist namentlich auch zu berücksichtigen, dass nach satzungsgemäßem Zweck und Struktur des Landesverbands die Definition dessen, was als das 'Interesse' des Landesverbands anzusehen war, gerade in der innerparteilich offenen Diskussion zu finden und von den zuständigen Organen zu entscheiden war. Wenn einzelne Verantwortliche dem Parteiverband pflichtwidrig Vermögenswerte in Höhe des etwa fünffachen Jahreshaushalts entzogen, um sie unter Umgehung der zuständigen Organe für Zwecke einzusetzen, welche sie selbst jeweils als förderungswürdig ansahen, so ging dies über eine bloße Einschränkung der Dispositionsbefugnis hinaus."

Ein Vermögensnachteil ist somit gegeben.

d. Vorsatz

K handelte auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

K ist strafbar gem. § 266 I 2. Fall StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 266 I StGB zum Nachteil des Bundesverbandes durch Mitwirkung bei der Erstellung der falschen Rechenschaftsberichte

Durch seine Mitwirkung bei der Erstellung der falschen Rechenschaftsberichte könnte K sich wegen Untreue gem. § 266 I StGB zum Nachteil des Bundesverbandes strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB

Ein "Missbrauch" i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB setzt voraus, dass der Täter eine rechtsgeschäftliche Handlung als Vertreter des Opfers vornimmt (s.o.). Die Mitwirkung des K bei der Erstellung der Rechenschaftsberichte stellt jedoch keine rechtsgeschäftliche Vertretung des Bundesverbandes dar, sodass der Missbrauchstatbestand ausscheidet.

2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB

A könnte allerdings den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB, verwirklicht haben.

a. Vermögensbetreuungspflicht

Der Angeklagte müsste zur Betreuung des Vermögens des Bundesverbandes verpflichtet gewesen sein.

Ebenso wie sich aus der zentralen Stellung des K im Rahmen des Landesverbandes eine Vermögensbetreuungspflicht für dessen Vermögen ergibt (s.o.), so folgt aus seiner vergleichbaren Stellung beim Bundesverband eine entsprechende Vermögensbetreuungs-

pfllicht.

So sieht es auch der BGH: "Den Angeklagten K traf als Mitglied des Bundesvorstands und des Präsidiums der CDU Deutschlands dieser gegenüber eine Vermögensbetreuungspflicht."

b. Pflichtverletzung

A müsste durch das Mitwirken an der Erstellung falscher Rechenschaftsberichte seine Pflichten gegenüber dem Bundesverband verletzt haben.

Als Vorstandsmitglied einer Partei hat K gegenüber dem Parteiverband die Pflicht, keine falschen Rechenschaftsberichte der Partei zu erstellen bzw. hieran mitzuwirken, da im Falle der Aufdeckung der Unrichtigkeit der Rechenschaftsberichte insb. staatliche Zuwendungen zurückgefordert werden können, § 31a ParteiG.

Auch der BGH bejaht dies: "Er [der K] durfte nicht an der Erstellung und Vorlage wissentlich falscher Rechenschaftsberichte mitwirken, wenn sich hieraus für die Partei ein nicht kompensierter Vermögensnachteil ergab."

Eine Pflichtverletzung ist somit gegeben.

c. Vermögensnachteil

Dem Bundesverbande müsste durch die Pflichtverletzung des K ein Vermögensnachteil entstanden sein.

Der BGH insofern: "Die Veranlassung falscher Rechenschaftsberichte verursachte einen [...] Vermögensnachteil. Der Schaden des Bundesverbands der Partei bestand nach der zutreffenden Auffassung des LG in dem konkreten Risiko des Vorenthaltes oder der Rückforderung des Zuwendungsanteils (ebenso S/S--Lenckner/Perron 27. Aufl., § 263 Rn 45 mwN; a. A. MünchKomm-StGB-Dierlamm § 266 Rn 218) [...]"

Ein Vermögensnachteil beim Bundesverband ist somit gegeben.

d. Vorsatz

K müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Der BGH führt hierzu aus: "Das LG hat angenommen, der Angeklagte K habe im Hinblick auf die Pflichtverletzung jedenfalls bedingt vorsätzlich gehandelt, indem er, ebenso wie der frühere Mitangeklagte Wi, die Möglichkeit erkannt und billigend in Kauf genommen habe, dass die Regelungen der §§ 19 IV 3, 23 IV 3 PartG 1994 die staatliche Teilfinanzierung in Höhe des Zuwendungsanteils von der Vorlage nicht nur eines formell ordnungsgemäßen, sondern eines inhaltlich richtigen Rechenschaftsberichts der Bundespartei abhängig machten. Diese Auslegung der Regelungen war nach Auffassung des LG 'nahe liegend'. Unter Würdigung der festgestellten intensiven Befassung der Angeklagten mit der Neuregelung im Jahr 1993 hat der Tatrichter hieraus geschlossen, dass die Angeklagten auch die Möglichkeit der 'Verlustfolge' erkannten und 'als Risikofaktor ins Kalkül zogen' und dass sie

'einen Vermögensschaden für die CDU-Bundespartei [...] billigend in Kauf nahmen'. [...]

Zutreffend ist das LG insoweit davon ausgegangen, dass es sich bei der Frage der Anforderungen an den Rechenschaftsbericht um eine Frage des objektiven Tatbestands und nicht allein um eine solche der rechtlichen Würdigung handelte. Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit i. S. von § 266 I StGB verwies insoweit auf die Regelungen der §§ 19 IV 3, 23 IV i. V. mit § 24 PartG 1994. Auf die tatsächlichen Voraussetzungen der so konkretisierten Pflicht muss sich der Vorsatz des Täters erstrecken; sie beschreiben die i. S. von § 266 I StGB verletzte Pflicht selbst und nicht allein das Verbot ihrer Verletzung. Die irrtümliche Verkennung dieser Anforderungen würde daher gem. § 16 I StGB den Tatvorsatz ausschließen, ohne dass es auf die Vermeidbarkeit des Irrtums ankäme.

Das kognitive Element des bedingten Tatvorsatzes ist vom LG im Ergebnis rechtsfehlerfrei festgestellt. Zutreffend hat zwar die Revision darauf hingewiesen, dass die nachträgliche Klärung der Rechtsfrage, ob das Parteiengesetz 1994 die Vorlage eines nur formell ordnungsgemäßen oder eines inhaltlich richtigen Rechenschaftsberichts als Voraussetzung für die Festsetzung der staatlichen Zuwendung an die Partei verlangte, durch das Urteil des OVG Berlin vom 12.06.2002 in Verbindung mit dem Beschluss des BVerwG vom 04.02.2003 sowie durch den Beschluss des BVerfG vom 17.06.2004 (BVerfGE 111, 54 = NJW 2005, 126) nicht ohne Weiteres dazu führen kann, die Einlassung der Angeklagten als widerlegt anzusehen, sie hätten angenommen, ausreichend sei die fristgemäße Vorlage eines nur formell ordnungsgemäßen Rechenschaftsberichts. Für diese Auslegung sprach immerhin der Wortlaut des § 23 IV PartG 1994; dass sie entgegen der Annahme des LG nicht gänzlich fern lag, zeigt der Umstand, dass auch die erkennende StrK selbst sie im Nichteröffnungsbeschluss vom 20.03.2002 im Anschluss an das Urteil des VG Berlin vom 31.01.2001 (NJW 2001, 1367) zunächst vertreten hat. Für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands reicht jedoch auch insoweit bedingter Vorsatz aus. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen des LG belegen zweifelsfrei (insoweit a. A. Saliger Parteiengesetz u. StrafR 2005, S. 394; MünchKomm-StGB-Dierlamm § 266 Rn 218), dass die Angeklagten jedenfalls die Möglichkeit erkannten, dass §§ 19 IV 3, 23 IV 3 PartG 1994 die Vorlage eines inhaltlich im Wesentlichen richtigen Rechenschaftsberichts forderten [...]

Durchgreifenden Bedenken begegnet hingegen die Bejahung des voluntativen Vorsatzelements. Das LG ist davon ausgegangen, auch hinsichtlich des durch die falschen Rechenschaftsberichte verursachten Gefährdungsschadens reiche der bei den Angeklagten festgestellte bedingte Vorsatz aus. Da der so genannte Gefährdungsschaden dem endgültigen Schaden nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Ansicht in der

Literatur in § 266 I StGB ebenso wie in § 263 StGB grundsätzlich gleichgestellt ist, hat das LG angenommen, das Inkaufnehmen der Voraussetzungen einer konkreten Gefährdung erfülle auch dann das voluntative Element des Untreuevorsatzes, wenn der Täter die - als möglich erkannte - endgültige Realisierung der Gefahr vermeiden will und gerade nicht billigt.

Gegen diese Ansicht bestehen in dieser Allgemeinheit Bedenken, weil sie im Ergebnis zu einer Ausweitung des ohnehin schon äußerst weiten Tatbestands der Untreue in Richtung auf ein bloßes Gefährdungs-Delikt führt. Die unveränderte Übertragung des von der Rechtsprechung ursprünglich für die Bestimmung des Vermögensschadens in Sonderfällen des Betrugs entwickelten Begriffs der schadensgleichen Vermögensgefährdung (vgl. S/S-Cramer/Perron § 263 Rn 143 ff.; Tröndle/Fischer § 263 Rn 94 ff. mwN) auf die Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 I StGB beachtet nicht hinreichend, dass der subjektive Tatbestand des § 263 I StGB durch das Erfordernis der Bereicherungsabsicht eine Einschränkung erfährt, welche der Tatbestand der Untreue nicht voraussetzt. Dies führt in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Tatvollendung vom - nicht strafbaren - Versuch (krit. zur Vorverlagerung der Strafbarkeit u. a. LK-Schünemann § 266 Rn 146; MünchKommStGB-Dierlamm § 266 Rn 195; S/S-Cramer/Perron § 263 Rn 143 - jew. mwN) und bei der Anwendung des Untreuetatbestands insbesondere im Bereich wirtschaftlichen Handelns, etwa auf Handlungen im Zusammenhang mit dem Abschluss so genannter Risikogeschäfte. Der hiergegen in der Literatur vorgetragene Einwand der Zufälligkeit der Strafverfolgung - je nach dem oft zufälligen wirtschaftlichen Erfolg des Handelns - ist nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Eine Eingrenzung wurde hier in der Rechtsprechung bislang insbesondere durch die Einbeziehung subjektiver Elemente in den Begriff der Pflichtwidrigkeit versucht (vgl. BGHSt 46, 30, 34 = NJW 2000, 2364 [...]).

Nach Ansicht des Senats ist der Tatbestand der Untreue in Fällen der vorliegenden Art im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet. Nur unter dieser Voraussetzung erscheint in enger als bisher begrenzten Fallgruppen die Annahme der Tatvollendung schon bei Eintritt einer konkreten Gefahr des Vermögensverlustes als rechtsstaatlich unbedenkliche Vorverlagerung der Strafbarkeit wegen Untreue.

Der Begriff der sog. schadensgleichen Vermögensgefährdung als Vollendung des Schadenseintritts hindert

diese einschränkende Auslegung nicht. Aus der bloßen begrifflichen Gleichsetzung sind nicht schon ohne Weiteres zwingende dogmatische Folgerungen für die Anwendung des Tatbestands abzuleiten; vielmehr muss diese unter Beachtung allgemeiner Grundsätze, namentlich auch des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, aus der Sache selbst folgen. Dies geschieht bei der Anwendung des Begriffs des Gefährdungsschadens auch bisher schon insoweit, als bei der Frage der Beendigung der Tat und damit des Verjährungsbeginns (§ 78a StGB) die konkrete Vermögensgefährdung der endgültigen Schädigung gerade nicht gleichgesetzt wird (vgl. BGH wistra 2003, 379). Das Urteil des 1. Strafsenats vom 15.11.2001 (BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 [...]) steht dem nicht entgegen. In dem jener Entscheidung zu Grunde liegenden Fall einer risikobehafteten Kreditvergabe hat der 1. Strafsenat zwar ausgeführt, das Billigungselement des bedingten Schädigungs-Vorsatzes müsse sich nur auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung beziehen (BGHSt 47, 148, 157 = NJW 2002, 1211 [...]). Jedoch betraf diese Entscheidung ersichtlich eine besondere Fallgruppe in Abgrenzung zu dem der Entscheidung BGHSt 46, 30 [...] zu Grunde liegenden Fall einer möglicherweise pflichtwidrigen Kreditvergabe unter Verstoß gegen § 18 S. 1 KWG. Im Fall BGHSt 47, 148 (= NJW 2002, 1211 [...]) hat der 1. Strafsenat entschieden, auch das voluntative Element des (bedingten) Gefährdungs-Vorsatzes sei gegeben oder liege jedenfalls nahe, wenn nach Kenntnis des Täters ein extrem hohes, 'nicht abschätzbares' und 'unbeherrschbares' Risiko eingegangen werde (BGHSt 47, 148, 155 = NJW 2002, 1211 [...]), das zu einer konkreten "höchsten Gefährdung" des zu betreuenden Vermögens führte. Diese Fallkonstellation, bei welcher die 'letztliche' Ablehnung der Schadensrealisierung durch den Täter nurmehr im Bereich einer vagen Hoffnung angesiedelt ist, ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar." Ein Vorsatz des K ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

Durch das Mitwirken an den unrichtigen Rechenschaftsberichten hat sich K nicht wegen Untreue zum Nachteil des Bundesverbandes strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. § 266 I StGB zum Nachteil des Landesverbandes durch Mitwirkung bei der Erstellung der falschen Rechenschaftsberichte

Durch seine Mitwirkung bei der Erstellung der falschen Rechenschaftsberichte könnte K sich wegen Untreue gem. § 266 I StGB zum Nachteil des Landesverbandes strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB

Die Mitwirkung des K bei der Erstellung der falschen

Rechenschaftsberichte stellt keine Vertretung des Landesverbandes und somit keinen Missbrauch einer Vertretungsmacht i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB dar (s.o.).

2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB

a. Vermögensbetreuungspflicht

K hatte eine Vermögensbetreuungspflicht für das Vermögen des Landesverbandes (s.o.).

b. Pflichtverletzung

Durch das Mitwirken an der Erstellung falscher Rechenschaftsberichte hat K seine Pflichten gegenüber dem Landesverband ebenso verletzt wie diejenigen gegenüber dem Bundesverband (s.o.).

c. Vermögensnachteil

Dem Landesverband müsste durch die Pflichtverletzung des K ein Vermögensnachteil entstanden sein. Der BGH insofern: "Die Veranlassung falscher Rechenschaftsberichte verursachte einen [...] Vermögensnachteil. [... Einen] weiteren Gefährdungsschaden des

Landesverbandes hat das LG in der konkreten Gefahr gesehen, dass die Bundespartei Schadensersatzforderungen gegen den Landesverband geltend machen könnte. Selbst wenn insoweit nur Gefährdungsschäden vorlagen, handelte es sich hierbei in der Substanz und quantitativ um andere Nachteile als bei dem durch das Verschweigen des Vermögens der Stiftung 'Za' dem Landesverband zugefügten Nachteil. [...]" Ein Vermögensnachteil beim Landesverband ist somit gegeben.

d. Vorsatz

Aus den o.g. Gründen ist allerdings auch bzgl. des Gefährdungsschadens des Landesverbandes ein Vorsatz des K nicht gegeben.

II. Ergebnis

K hat sich durch das Mitwirken an der Erstellung unrichtiger Rechenschaftsberichte nicht gem. § 266 I StGB strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Koehl, Felix: "Der einstweilige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess nach § 80 V und § 123 VwGO - eine pointierte Zusammenstellung der examensrelevanten Probleme"
Fundstelle:	BayVBl 2007, 540 (Heft 17)
Inhalt:	Nomen est omen. Der Beitrag stellt die Prüfung der §§ 80 V, 123 I VwGO im ersten und zweiten Staatsexamen pointiert dar, wobei die Rspr. des BayVGH besonders berücksichtigt wird. Gleichwohl ein auch außerhalb Bayerns äußerst lesenswerter, lehrreicher Beitrag.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Neuner, Jörg: "Was ist eine Willenserklärung"
Fundstelle:	JuS 2007, 881 (Heft 10)
Inhalt:	Der Autor legt die einzelnen Tatbestandsmerkmale einer Willenserklärung dar. Besonders ausführlich werden die Probleme auf der inneren Tatbestandsseite erklärt. Es handelt sich dabei um Umstände, die die Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestandes der Willenserklärung zweifelhaft erscheinen lassen. Ein zur Wiederholung gut geeigneter Beitrag.

Autor/Titel:	Schreiber, Christoph: "Die Verteidigungsmittel des Bürgen"
Fundstelle:	Jura 2007, 730 (Heft 10)
Inhalt:	Das Bürgschaftswesen bereitet vielen Studenten und Referendaren Probleme. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, welche Verteidigungsmittel dem Bürgen zur Verfügung stehen. Dies ist deshalb von besonderer Bedeutung, da der Bürge mit seinem gesamten Vermögen für die zu sichernde Forderung einzustehen hat. Die Probleme klausurrelevanten Probleme werden sehr verständlich erörtert.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kaspar, Johannes: "Das Mordmerkmal der Heimtücke"
Fundstelle:	JA 2007, 699 (Heft 10)
Inhalt:	In diesem Aufsatz präsentiert der Verfasser die herrschende Definition der Rspr. zur "Heimtücke", befasst sich mit den entsprechenden Voraussetzungen und präsentiert neben den Restriktionsversuchen der Literatur auch die Rechtsfolgenlösung des BGH. Der Schwerpunkt liegt jedoch darauf, die von der Rechtsprechung in der Vergangenheit gelegentlich betriebene normative Korrektur der Heimtücke (vgl. hierzu RA 2007, 483, 488) greifbar zu machen und in den Gutachtaufbau einzugliedern.

Autor/Titel:	Ernst, Stefan: "Das neue Computerstrafrecht"
Fundstelle:	NJW 2007, 2661 (Heft 37)
Inhalt:	Die §§ 202a ff., 303a ff. StGB wurden mit Wirkung vom 11.08.2007 wesentlichen Änderungen unterzogen, um gerade im Bereich der online-Aktivitäten neue Straftabestände zu schaffen. Der Verfasser stellt die entsprechenden Gesetzänderungen kurz dar und bemüht sich um eine vorausschauende Bewertung. Da aktuelle Gesetzesänderungen gerne in mündlichen Prüfungen angesprochen werden, empfiehlt sich dieser Aufsatz vor allem bei einer Vorbereitung hierauf.