

Öffentliches Recht

Standort: Polizei- und Ordnungsrecht

Problem: Zweckveranlasser

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 11.04.2007
7 A 678/07 (NVwZ-RR 2008, 12)

Problemdarstellung:

Nach der herrschenden "Theorie der unmittelbaren Verursachung" ist Störer im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne nur, wer die letzte Ursache vor dem potenziellen Störungseintritt gesetzt, die Gefahrenschwelle also unmittelbar überschritten hat. Hiervon gibt es mit der Figur des "Zweckveranlassers" eine Ausnahme: Danach stört auch der Hintermann, welcher den Vordermann zur Überschreitung der Gefahrenschwelle bestimmt hat. So lag es auch im vorliegenden Fall, in dem ein Lebensmittelhändler (Hintermann) einem Lieferanten (Vordermann) den Schlüssel zur Warenanlieferung überlassen und so die Gefahr von Ruhestörungen durch nächtliche Warenanlieferungen erst ermöglicht hatte.

Das OVG Münster stellt klar, dass die Verantwortlichkeit des Zweckveranlassers zu der des unmittelbar Störenden hinzutritt - nicht etwa an dessen Stelle tritt - mit der Folge, dass eine Auswahl unter mehreren Störern notwendig wird. Diese hat sich an der Effektivität der Gefahrenabwehr zu orientieren.

Ferner führt das OVG aus, dass die Höhe eines Zwangsgeldes sich nicht nur nach dem wirtschaftlichen Interesse an der Durchsetzung des Ge- oder Verbots, sondern (auch) nach der Finanzkraft des Adressaten bemessen darf, weil es Beugewirkung entfalten soll.

Prüfungsrelevanz:

Dass zwischen Zweckveranlasser und unmittelbarem Störer im Rahmen des Ermessens sachgerecht ausgewählt werden muss, ist für jede Prüfungsaufgabe mit Zweckveranlasserproblematik wichtig.

Leider beantwortet das OVG die Vorfrage, wann genau jemand als Zweckveranlasser einzustufen ist, nur sehr ungenau. Hierzu werden nämlich zwei Ansichten vertreten:

I. Die subjektive Theorie fordert, dass der Zweckveranlasser das unmittelbar störende Verhalten gewollt haben muss, wobei wiederum streitig ist, ob er es sogar im Sinne einer strafrechtlichen Absicht darauf angelegt haben muss (so z.B. Friauf, in: Schmidt-Aßmann, VerwR BT, Rn 80) oder ob ein billigendes

Inkaufnehmen genügt. Letzteres deutet hier das OVG Münster an, wenn es in den Gründen formuliert, "die Kl. nehme das Verhalten ihrer Lieferanten jedenfalls billigend in Kauf." An anderer Stelle heißt es wiederum, das störende Verhalten müsse "gezielt ausgelöst" worden sein.

II. Die objektive Theorie hingegen verzichtet ganz auf subjektive Elemente. Nach ihr (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1988, 638) genügt es für eine Zweckveranlassung, wenn objektive Umstände vorliegen, die es dem Hintermann ersichtlich erscheinen ließen, dass sein Verhalten ein anderes, unmittelbar störendes Verhalten hervorrufen könnte. Für diese Ansicht spricht, dass subjektive Elemente dem Ordnungsrecht generell fremd sind und eine effektive Gefahrenabwehr beeinträchtigen, weil sie sich oftmals nur schwer nachweisen lassen.

Vertiefungshinweise:

Auswahl zwischen Verhaltens- und Zustandsstörer: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2006, 781

Zweckveranlasser im Versammlungsrecht: *BVerfG*, RA 2001, 1 = DVBl 2001, 62

Kursprogramm:

Examenskurs: "Waffen-SS"

Leitsatz:

Händigt ein Lebensmitteleinzelhändler Lieferanten Schlüssel zur Warenanlieferungsschleuse seines Betriebs aus und kommt es entgegen einer Auflage der den Betrieb erfassenden Baugenehmigung zu nächtlicher Warenanlieferung, kann es ermessensgerecht sein, dem Lebensmitteleinzelhändler als Zweckveranlasser durch zwangsgeldbewehrte Ordnungsverfügung die nächtliche Warenanlieferung zu untersagen.

Sachverhalt:

Mit Ordnungsverfügung vom 25.10.2005 untersagte der Bekl. der Kl. gestützt auf die Nebenbestimmung BA0024 zur Baugenehmigung vom 23.3.2005 unter Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 10.000 Euro, während der Nachtzeit zwischen 22 Uhr und 6 Uhr Lieferungen am M.-Markt in T. vorzunehmen. Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobe-

ne Klage wies das VG ab. Mit dem dagegen gestellten Berufungszulassungsantrag trug die Kl. vor, das VG habe sie zu Unrecht als Handlungsstörerin angesehen. Zwar habe sie eine Ursache für die nächtlichen Warenanlieferungen gesetzt, denn sie habe den Lieferanten Schlüssel (für eine Eingangstür neben der Anlieferungsschleuse) gegeben, die die nächtlichen Warenanlieferungen ermöglichten. Sie sei aber dennoch keine "Zweckveranlasserin": Verursache ein Dritter die Störung - hier die Lieferanten -, müsse der Zweckveranlasser die Störung zumindest billigend in Kauf nehmen, bevor er als Störer in Anspruch genommen werden dürfe. Das OVG ließ die Berufung nicht zu.

Aus den Gründen:

Ob es auf die von der Kl. erarbeitete Unterscheidung ankommt, ob nämlich ihre Lieferanten überhaupt Störer sind, bedarf keiner Entscheidung.

A. Störereigenschaft der Kl.

I. Theorie der unmittelbaren Verursachung

Verursacher ist nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht derjenige, dessen Verhalten die Gefahr "unmittelbar" herbeiführt, also bei einer wertenden Zurechnung die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschritten hat. Personen, die entferntere, nur mittelbare Ursachen für den eingetretenen Erfolg gesetzt, also nur den Anlass für die unmittelbare Verursachung durch andere gegeben haben, sind in diesem Sinne keine Verursacher.

II. Zweckveranlasser

1. Voraussetzungen

Nach der gebotenen wertenden Betrachtungsweise kann allerdings auch ein als "Veranlasser" auftretender Hintermann (mit) verantwortlich sein, wenn dessen Handlung zwar nicht die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschritten hat, aber mit der durch den Verursacher unmittelbar herbeigeführten Gefahr oder Störung eine natürliche Einheit bildet, die die Einbeziehung des Hintermanns in die Polizeipflicht rechtfertigt. Eine derartige natürliche Einheit besteht typischerweise beim "Zweckveranlasser" als demjenigen, der die durch den Verursacher bewirkte Polizeiwidrigkeit gezielt ausgelöst hat (vgl. BVerwG, AbfallR 2006, 143).

2. Subsumtion

Die Kl. will der Sache nach wohl behaupten, sie habe die Störung nicht zielgerichtet verursacht, denn jedenfalls nicht billigend in Kauf genommen. Aus dem Zulassungsantrag geht jedoch nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich, weshalb bei wertender Betrachtung nicht zumindest davon ausgegangen werden muss, die Kl. nehme das Verhalten ihrer Lieferanten jedenfalls

billigend in Kauf. Denn die Kl. musste erkennen, dass ihre Lieferanten Waren nachts anliefern, obwohl sie, die Kl., nach ihrem Vortrag auf das nächtliche Lieferverbot hingewiesen hat. Wenn sie dennoch die die Nachtanlieferung erst ermöglichenden Schlüssel von ihren Lieferanten nicht zurückfordert, nimmt sie dieses Geschehen jedenfalls hin. [...]

B. Störerauswahl

Die Kl. meint ferner, selbst wenn sie als Zweckveranlasserin anzusehen sein sollte, hätten ermessensgerecht doch nur die "Vordermänner", das seien die Lieferanten, in Anspruch genommen werden dürfen. Der Zweckveranlasser dürfe nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der "eigentliche" Handlungsstörer nicht "greifbar" sei.

Einen solchen Ausschlussgrund kennt das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht jedoch nicht. Vielmehr ist es gerade in den Fällen der so genannten Zweckveranlassung so, dass neben dem Hintermann auch der Vordermann einen Störungsbeitrag leistet, der je nach dem Ergebnis der geforderten bewertenden Betrachtungsweise auch seine ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit begründen kann, ohne den Hintermann von seiner Verantwortlichkeit zu befreien. Aus dem von der Kl. zitierten Urteil des 20. Senats des OVG Münster (NVwZ 1997, 804) - ergibt sich nichts Anderes. Dort lag der Sachverhalt vielmehr so, dass ein sonstiger Ordnungspflichtiger, der "neben oder an Stelle der Kl. zumindest ernstlich (als Ordnungspflichtiger) zu erwägen gewesen wäre, nicht ersichtlich (war)".

C. Höhe des Zwangsgeldes

Die Kl. sieht die Erwägung des VG als ernstlich zweifelhaft an, dass die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes auch mit der Leistungsfähigkeit des Ordnungspflichtigen begründet werden könne; abzustellen sei auf das konkrete wirtschaftliche Interesse an der Nichtbefolgung der Ordnungsverfügung. Die Kl. übersieht, dass der Charakter des Zwangsgeldes ein Beugemittel ist. Sein Zweck ist es, den Ordnungspflichtigen zu veranlassen, der Ordnungsverfügung nachzukommen (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 17).

Aus diesem Grunde ist sehr wohl neben weiteren Erwägungen auch die der Leistungsfähigkeit des Ordnungspflichtigen ein Gesichtspunkt, der bei der Festsetzung der Höhe des Zwangsgelds berücksichtigt werden kann. Darüber hinaus hat das VG in seinem Urteil auf weitere Gesichtspunkte abgestellt, nämlich die Häufigkeit des pflichtwidrigen Verhaltens der Kl. sowie die Bedeutung der Angelegenheit im Hinblick auf das Interesse der Nachbarschaft, vor unzumutbaren Lärmbelästigungen verschont zu bleiben. Weshalb nicht auch diese Gesichtspunkte für die Höhe des Zwangsgeldes - neben der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Kl. - in die Ermessensentscheidung des Bekl. einfließen durften, legt der Zulassungsantrag nicht dar.

Standort: Kommunalrecht**Problem: Vertreter des Bürgerbegehrens**

BAYVGH, URTEIL VOM 25.07.2007
4 BV 06.1438 (BAYVBL 2008, 82)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte sich mit zwei Fragen zu beschäftigen, die das in den Gemeindeordnungen der Länder vorgesehene Bürgerbegehren (hier: Art. 18a BayGO) betreffen:

I. In den Gemeindeordnungen ist vorgesehen, dass ein Bürgerbegehren Vertreter (i.d.R. bis zu drei) benennen muss, die die Unterzeichner des Bürgerbegehrens vertreten. Fraglich war nun, ob ein solcher Vertreter selbst auch Bürger sein muss. Der BayVGH verneint dies, weil die BayGO ein solches Erfordernis weder explizit enthalte, noch ein sachlicher Grund ersichtlich sei, der dies erfordere.

II. In der BayGO ist auch kein ausdrückliches Verbot enthalten, mehrere Fragen zu einem Bürgerbegehren zu verbinden und gleichzeitig zur Abstimmung zu stellen. Allerdings meint der BayVGH, dass dann jedenfalls ein enger Zusammenhang zwischen diesen Fragen bestehen müsse, denn ansonsten sei es dem Bürger nicht möglich, durch sein Abstimmungsverhalten zu artikulieren, mit welchen Teilen er einverstanden sei und mit welchen nicht. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass - da ja bei einem Bürgerbegehren nur einheitlich mit Ja oder Nein abgestimmt werden kann - um der Erreichung eines Hauptzieles wegen auch solche Fragen mit Ja beantwortet würden, die isoliert zur Abstimmung gestellt mehrheitlich abgelehnt worden wären. Dieses sog. "Koppelungsverbot" war im vorliegenden Fall verletzt.

Prüfungsrelevanz:

Die Ansicht des BayVGH, dass die Vertreter des Bürgerbegehrens nicht selbst Bürger sein müssen, ist deshalb so interessant, weil das OVG Münster für den in diesem Punkt mit Art. 18a BayGO wörtlich übereinstimmenden § 26 II GO NRW das Gegenteil vertritt (OVG NRW, NWVBl. 2004, 346). Wenn keine explizite Regelung existiert, muss die Frage also streitig dargestellt und ggf. entschieden werden. Dabei ist die auf "Sinn und Zweck" des Bürgerbegehrens abstellende Ansicht des OVG Münster wenig überzeugend, denn es ist - wie der BayVGH zu Recht ausführt - gerade das Wesen der Stellvertretung, dass der Vertreter nicht dieselben Eigenschaften aufweisen muss wie der Vertretene (bzw. hier die Vertretenen, also die Unterzeichner des Bürgerbegehrens). Ganz abgesehen davon hätte es sehr nahe gelegen, ein solches Erfordernis explizit zu regeln, wenn der Gesetzgeber es denn gewollt hätte, da die Gemeindeordnungen zu Bürgerbegehren zahllose andere Formalien - auch in puncto

Vertreterbestellung - enthalten.

Das "Koppelungsverbot" mehrerer nicht in Zusammenhang stehender Fragen ist beim Bürgerbegehren ebenfalls nicht geregelt, lässt sich aber mit den in den Entscheidungsgründen dargelegten Argumenten überzeugend begründen. Begrifflich ist es vom öffentlich-rechtlichen Vertrag bekannt, wo § 56 II 2, 2. Hs VwVfG ein ausdrückliches Koppelungsverbot für Austauschverträge enthält.

Vertiefungshinweise:

Bürgerbegehren mit mehr als drei Vertretern: *OVG Münster*, RA 2003, 12 = *NWVBl* 2003, 468

Entscheidungssperre durch Bürgerbegehren: *Bay-VerfGH*, RA 2000, 672 = *NVwZ-RR* 2000, 737; *OVG Münster*, RA 1999, 129 = *NVwZ-RR* 1999, 140 (vgl. hierzu jetzt aber § 26 VI 6 GO NRW n.F.)

Kursprogramm:

Examenskurs : "Wechselstrominitiative"

Leitsätze:

- 1. Die Vertreter eines Bürgerbegehrens müssen nicht Bürger der Gemeinde sein, in der der Bürgerentscheid durchgeführt werden soll.**
- 2. Art. 18a IV 1 BayGO verbietet die Koppelung sachlich nicht zusammenhängender Materien in einem Bürgerbegehren.**

Sachverhalt:

In der bayerischen Stadt M. sollte ein vom Kl. vertretenes Bürgerbegehren einen Bürgerentscheid über baurechtliche Fragen erzwingen. Das VG wies die auf Zulassung des Bürgerbegehrens gerichtete Klage als unzulässig ab, weil der Kl. nicht klagebefugt sei. Zwar sei er als Vertreter des Bürgerbegehrens ursprünglich ordnungsgemäß bestellt worden, zwischenzeitlich jedoch aus M. weggezogen und damit nicht mehr Bürger von M.; Vertreter eines Bürgerbegehrens könne aber nur sein, wer selbst Bürger sei. Zudem würden in dem Bürgerbegehren mehrere nicht miteinander in Zusammenhang stehende Fragen zur Abstimmung gestellt; dadurch werde gegen das sog. Koppelungsverbot verstoßen, sodass die auf Zulassung des Bürgerbegehrens gerichtete Klage jedenfalls unbegründet sei. Die Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat die auf Zulassung des Bürgerbegehrens gerichtete Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Entgegen seiner Ansicht ist die Klage allerdings nicht unzulässig; insbesondere ist der Kläger weiterhin als einziger Vertreter des Bürgerbegehrens

befugt, dessen Rechte gerichtlich geltend zu machen. Die Klage ist jedoch unbegründet; denn es besteht kein Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens, weil die Fragestellung gegen das Koppelungsverbot verstößt.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Die Klage ist als Verpflichtungsklage (vgl. BayVGh, BayVBl. 1998, 402/403) zulässig.

II. Klagebefugnis

Der Kläger ist klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO), weil er durch die Unterzeichner des Bürgerbegehrens gemäß Art. 18a Abs. 4 Satz 1 GO wirksam als einziger Vertreter benannt und damit nach Art. 18a Abs. 8 Satz 2 GO berechtigt ist, die Zulassung im eigenen Namen gerichtlich einzuklagen (zur Rechtsstellung des Vertreters vgl. BayVGh, BayVBl. 1999, 408 = NVwZ 2000, 219/220).

1. Vertreter muss nicht Bürger sein

Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts ist die Vertreterstellung nicht dadurch entfallen, dass der Kläger im Verlauf des Klageverfahrens aus dem Gebiet der Beklagten weggezogen und deshalb kein Gemeindeglieder (Art. 15 Abs. 2 GO) mehr ist. Während nur Gemeindeglieder einen Bürgerentscheid beantragen (Art. 18a Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 GO) und an der Abstimmung teilnehmen können (Art. 18a Abs. 10 Satz 3 GO), stellt das Gesetz an die Person des Vertreters keine besonderen, über die Geschäfts- und Prozessfähigkeit hinaus gehenden Anforderungen. Art. 18a Abs. 4 Satz 1 GO bestimmt insoweit lediglich, dass das Bürgerbegehren "bis zu drei Personen benennen (muss), die berechtigt sind, die Unterzeichnenden zu vertreten". Weder dem Wortlaut noch der Systematik des Art. 18a GO lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Vertreter Bürger der Gemeinde sein muss, in der der Bürgerentscheid durchgeführt werden soll.

Eine solche Anforderung lässt sich auch nicht aus dem Wesen des Bürgerbegehrens als Selbstorganisation der Bürger herleiten. Zwar haben die Vertreter für die praktische Abwicklung eines Bürgerbegehrens und Bürgerentscheids große Bedeutung. Sie allein machen gegenüber der Gemeinde oder in einem gerichtlichen Verfahren im eigenen Namen die Interessen der Gesamtheit derjenigen Gemeindeglieder geltend, die das Bürgerbegehren unterzeichnet haben und die nach der Unterzeichnung keinen Einfluss auf den Fortgang des Bürgerbegehrens oder das Verhalten der Vertreter mehr nehmen können (BayVGh, a.a.O.). Dieser Bedeutung trägt Art. 18a Abs. 4 Satz 1 GO dadurch Rechnung, dass er die Benennung von "bis zu drei" vertretungsberechtigten Personen - ebenso wie den

Antrag, die Fragestellung und die Begründung - als zwingenden Bestandteil eines Bürgerbegehrens vorsieht. Daraus folgt, dass die Benennung des oder der - konkret zu bezeichnenden - Vertreter auf den einzelnen Unterschriftenlisten erfolgen muss; denn der Wille eines jeden Unterzeichnenden muss sich nachweislich auch auf die vertretungsberechtigten Personen beziehen (BayVGh, BayVBl. 1997, 89). Mit dieser zwingenden Formvorschrift ist sichergestellt, dass keine "selbsternannten" Vertreter agieren, sondern nur solche, die durch eine ausdrückliche Ermächtigung der unterzeichnenden Gemeindeglieder bestimmt sind. Ein höheres Maß an Legitimation der Vertreter ist nach dem Gesetz nicht erforderlich. Weder gibt es einen allgemeinen Grundsatz, nach dem der Vertreter dieselben Eigenschaften aufweisen müsste wie der Vertretene, noch ist ein sachlicher Grund dafür ersichtlich, den das Bürgerbegehren unterstützenden Gemeindegliedern die Auswahl eines "ortsfremden" Vertreters zu verwehren (vgl. Spies, Bürgerversammlung - Bürgerbegehren - Bürgerentscheid, 1999, S. 176). Diese Auffassung wird von der Praxis (Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 18.12.1995 Nr. VI, 4, abgedruckt bei Thum, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in Bayern, Kennzahl 30.10) und der Literatur (Thum, a.a.O., Kennzahl 13.04 Anm. 10; Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 18a GO Erl. 5; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 18a GO RdNr. 13; Schulz/Wachsmuth/Zwick, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 18a GO Erl. 2.3.2.4.1; Widmann/Grasser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 18a GO Erl. 23) geteilt.

2. Kläger als Vertreter

Der Kläger ist in zulässiger Weise und hinreichend deutlich als einziger Vertreter des Bürgerbegehrens benannt [wird ausgeführt].

B. Begründetheit

Die Klage ist jedoch unbegründet. Es besteht, wie bereits das Verwaltungsgericht hilfsweise ausgeführt hat, kein Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens, weil die unterbreitete Fragestellung gegen das in Art. 18a Abs. 4 Satz 1 GO enthaltene Koppelungsverbot verstößt.

I. Koppelungsverbot

Nach Art. 18a Abs. 4 Satz 1 GO muss das Bürgerbegehren (u.a.) "eine mit Ja oder Nein zu entscheidende Fragestellung" enthalten. Das schließt es zwar nicht von vornherein aus, in eine Fragestellung mehrere Teilfragen oder -maßnahmen aufzunehmen, auch wenn dadurch derjenige, der die Teilaspekte an sich unterschiedlich beantworten möchte, vor die Entscheidung

gestellt wird, einheitlich mit Ja oder Nein zu stimmen (BayVGH, BayVBl. 1998, 242/243; BayVBl. 2006, 534/535). Verboten ist jedoch die Koppelung sachlich nicht zusammenhängender Materien in einer Fragestellung.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 24.2.2000 (BayVBl. 2000, 306/307) mit Blick auf Volksbegehren ausgeführt, dass es dem Mitwirkungsrecht aus Art. 7 Abs. 2 BV und dem in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BV verankerten demokratischen Prinzip zuwiderlaufen würde, wenn heterogene, sachlich nicht zusammenhängende Materien verknüpft und dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden könnten. Er hat insbesondere hervorgehoben, dass das Volk als solches nicht organisiert sei und demgemäß bei der Volksgesetzgebung seinen Willen nur in Form von Abstimmungen äußern könne, die nur auf Ja oder Nein lauten könnten und die inhaltlich notwendigerweise von wenigen Personen vorbereitet werden müssten. Bei einer auf Zustimmung oder Ablehnung beschränkten Äußerungsmöglichkeit könne der wahre Wille des Volkes nur dann zutreffend ermittelt werden, wenn die einzelnen Sachfragen getrennt zur Abstimmung gestellt würden. Deshalb sei es unter dem Blickwinkel des demokratischen Prinzips und des Grundrechts des Bürgers auf echte Mitwirkung am Volksgesetzgebungsverfahren erforderlich, dass der Bürger bei den Abstimmungen ein Höchstmaß an Abstimmungsfreiheit hat und seinen Willen so differenziert wie möglich zur Geltung bringen könne. Dies wäre jedenfalls dann nicht zu verwirklichen, wenn der Bürger gezwungen wäre, über mehrere, sachlich nicht zusammenhängende Regelungsvorschläge eines Volksbegehrens "im Paket" abzustimmen. Darüber hinaus bestünde bei dieser Verfahrensweise die Gefahr der Verfälschung des Abstimmungswillens. Diese Erwägungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Volksbegehren gelten in gleicher Weise für das ebenfalls in Art. 7 Abs. 2 BV verankerte Bürgerbegehren (Thum, a.a.O., Kennziffer 13.04 Anm. 4 m. w. N.). Soweit in einzelnen früheren Entscheidungen des Senats eine "lockerere" Verknüpfung mehrerer Materien als ausreichend angesehen worden ist (vgl. etwa BayVGH, BayVBl. 1998, 242/243: "innerer Zusammenhang"), wird daran nicht festgehalten. Welche Materien sachlich in einer Weise zusammenhängen, dass sie in einem Bürgerbegehren verbunden und den Abstimmungsberechtigten mit einer Frage zum Bürgerentscheid vorgelegt werden dürfen, beurteilt sich nach materiellen Kriterien. Die bloße formale Verbindung unter dem Dach einer Fragestellung genügt ebenso wenig wie die Verknüpfung durch ein gemeinsames allgemeines Ziel oder ein politisches Programm. Maßgeblich ist, ob die Teilfragen oder -maßnahmen nach objektiver Beurteilung innerlich eng zusammenhängen und eine einheitliche abgrenzbare Materie bilden.

II. Verstoß

Das hier zur Prüfung stehende Bürgerbegehren umfasst ein in drei Teilfragen mit insgesamt sechs Unterpunkten gegliedertes komplexes Gebilde von wechselseitigen Handlungsaufträgen und -verboten an die beklagte Stadt, das (mindestens) zwei verschiedene thematische Bereiche umfasst, die sachlich nicht miteinander verbunden sind: Der eine Bereich betrifft die bauplanungs- und bodenordnungsrechtliche Entwicklung im Gebiet der Beklagten und zielt darauf ab, dass die Beklagte Wohnbauflächen vorerst nur in zwei bestimmten Baugebieten ausweist; er umfasst einerseits den Auftrag, die Bebauungsplanverfahren für die zwei Baugebiete fortzusetzen und die Umlegungsverfahren binnen einer bestimmten Frist einzuleiten (Teil Nr. 1), und andererseits das vorläufige Verbot, für zusätzliche Wohnbaugebiete einen Bebauungsplan zu erstellen oder Bauleitplanverfahren fortzusetzen (Teil Nr. 3 Unterpunkt 3). Der andere Bereich soll die städtische Grundstücksbeschaffung zur anschließenden Weiterveräußerung an Bauwillige regeln, und zwar einerseits mit dem konkreten "parzellenscharfen" Gebot, den "Rücktritt vom Kaufvertrag mit Fam. S. für die Einheimischen-Modell-Grundstücke" nicht zu vollziehen (Teil Nr. 2), andererseits mit dem vorläufigen Verbot, "zusätzliches Bauland für Wohnsiedlungen" zu kaufen (Teil Nr. 3 Unterpunkt 1), und der Anweisung, "Kaufverträgen für Wohnbauland in anderen Gebieten, die in den Jahren 2003 und 2004 geschlossen wurden", nicht zuzustimmen (Teil Nr. 3 Unterpunkt 2). Beide Bereiche sind innerlich nicht eng zu einer einheitlichen abgrenzbaren Materie verbunden. Über sie kann ohne Weiteres in getrennten Bürgerentscheiden abgestimmt werden, ohne dass sie eine Änderung in Inhalt und Zielrichtung erfahren würden. Es liegt auf der Hand, dass sich aus der objektiven Sicht der abstimmenden Gemeindebürger grundsätzlich verschiedene Argumente finden, die jeweils für und gegen die beiden Teile des Bürgerbegehrens sprechen.

Die vorgeschaltete allgemeine Fragestellung ("Sind Sie dafür, dass unsere Stadt Moosburg durch den Verkauf von stadteigenem Bauland zu viel Geld kommt") kann einen sachlichen Zusammenhang schon deshalb nicht herstellen, weil sie - in letztlich nicht anders als irreführend zu bezeichnender Weise - hinter dem "im Kleingedruckten" angeführten Katalog der Einzelmaßnahmen zurückbleibt. Während erstere unterstellt, es sei "stadteigenes" Bauland vorhanden, über dessen Verkauf abgestimmt werden solle, zielt letzterer vor allem darauf, dass die Beklagten zunächst (nur) in ausgewählten Gebieten die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen für "Bauland" schafft und von einem bestimmten Grundstückseigentümer zusätzliche Flächen erwirbt; weiter soll mit dem Maßnahmenkatalog erreicht werden, dass die Stadt bereits abgeschlossenen Kaufverträgen über Grundstücke in anderen Gebieten nicht zustimmt, das heißt aber der Sache nach nichts

anderes, als - in Widerspruch zur allgemeinen Fragestellung - bereits vorhandene "stadteigene" Grundstücke gerade nicht an Bauwillige verkauft, sondern an die Verkäufer zurückreicht. Das Zusammenspannen dieser sachlich nicht zusammenhängenden Materien in einem Bürgerbegehren verstößt mithin gegen das Koppelungsverbot.

III. Rechtsfolge

Dieser Rechtsverstoß bewirkt, dass das Bürgerbegehren von Anfang an insgesamt unzulässig ist.

IV. Keine Heilung möglich

Dieser Mangel kann im Nachhinein weder durch Erklärungen seitens des Klägers als Vertreter des Bürger-

begehrens noch durch die Beklagte oder das Gericht mittels einer Trennung in mehrere Bürgerentscheide geheilt werden. Denn das Koppelungsverbot erfasst bereits das Sammeln der Unterschriften. Eine nachträgliche Teilung der Abstimmungsgegenstände oder gar Streichung von Teilbereichen wäre durch die Unterschriften der Befürworter des Bürgerbegehrens nicht gedeckt und scheidet daher aus. Ob die Teilmaßnahmen für sich betrachtet mit materiellem Recht vereinbar wären, kann mithin ebenso dahinstehen wie die in der Berufungsverhandlung vom Kläger aufgeworfene Frage, ob der die Grundstückskaufverträge betreffende Teil des Bürgerbegehrens inzwischen durch Zeitablauf erledigt ist.

Standort: Verwaltungsvollstreckung

Problem: Verhältnis zur Kommunalaufsicht

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 22.08.2007
15 B 1328/07 (NVwZ-RR 2008, 50)

Problemdarstellung:

In den Gemeindeordnungen der Länder ist als Mittel der Kommunalaufsicht die Ersatzvornahme vorgesehen (hier: § 123 GO NRW). Eine Ersatzvornahme ist ferner in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder vorgesehen (in NRW: §§ 55, 57 I Nr. 1, 59 VwVG NRW und §§ 50, 51 I Nr. 1, 52 PolG NRW; vgl. auch §§ 6, 9 I lit. a, 10 VwVG des Bundes). Die nachfolgende Entscheidung des OVG NRW zeigt, dass diese beiden Ersatzvornahmen nichts miteinander zu tun haben, da sie völlig unterschiedliche Fälle regeln:

I. Die Ersatzvornahme im Verwaltungsvollstreckungsrecht dient der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsakts gegenüber dem Bürger. Sie ergeht also im Über- Unterordnungsverhältnis zwischen Bürger und Staat. Zudem ist sie nur bei vertretbaren Handlungen zulässig (vgl. §§ 52 PolG NRW, 59 VwVG NRW, 10 VwVG des Bundes sowie die entsprechenden Normen der übrigen Bundesländer).

II. Demgegenüber betrifft die kommunalaufsichtliche Ersatzvornahme das Verhältnis der Gemeinde zur Aufsichtsbehörde, also ein solches zwischen Staat und Staat. Ferner ist sie nicht auf vertretbare Handlungen beschränkt, sondern kann auch zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen dienen (so auch im vorliegenden Fall: Erlass einer Satzung durch die Gemeinde).

III. Demgemäß dürfen die für die eine Ersatzvornahme geltenden Vorschriften auch nicht auf die andere angewendet werden. Dieser Umstand wird vom OVG im vorliegenden Fall deutlich herausgearbeitet, in dem die beklagte Gemeinde rügte, die kommunalaufsichtliche Androhung der Ersatzvornahme sei ihr nicht förmlich zugestellt worden und enthielte keinen Kostenvoran-

schlag. Zustellung und Kostenvorschlag schreibt das Landesrecht NRW aber nur für die verwaltungsvollstreckungsrechtliche Ersatzvornahme vor.

Prüfungsrelevanz:

Der erste Teil der Entscheidung beschäftigt sich mit der Rechtmäßigkeit der Aufsichtsmaßnahme an sich. Dieser ist für Prüfungsaufgaben weniger interessant, wenngleich es sich durchaus lohnt zu wissen, dass die Gemeinden zur kostendeckenden Aufgabenerledigung verpflichtet sind und eine Gemeinde, die nicht freiwillig die nötigen Gelder hereinholt, aufsichtsrechtlich hierzu gezwungen werden kann. Im zweiten Teil geht es dann um die oben ausgeführte Unterscheidung der aufsichtsrechtlichen und verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Ersatzvornahme, die unbedingt beherrscht werden muss, denn - wie die Entscheidung zeigt - wäre es ein schwerer Fehler, sie in einen Topf zu werfen und die jeweils geltenden Vorschriften zu vermischen.

Vertiefungshinweise:

Kosten der Ersatzvornahme: *VGH Mannheim*, RA 2003, 83 = VBIBW 2003, 74

Klage eines Ratsmitglieds gegen Kommunalaufsichtsmaßnahme: *OVG Münster*, RA 2004, 665 = NWVB1 2004, 378

Schutzwirkung der Kommunalaufsicht für die Gemeinde: *BGH*, RA 2003, 73 = BayVB1 2003, 537

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das mobile Halteverbot"

Examenskurs: "Mitbefangen, mitgehungen"

Leitsatz:

Auf die kommunalaufsichtliche Ersatzvornahme nach § 123 II NWGO finden die verwaltungsvoll-

streckungsrechtlichen Vorschriften über die Zustellung der Zwangsmittelandrohung (§ 63 VI 1 NWVwVG) und den Kostenvoranschlag (§ 63 IV NWVwVG) keine Anwendung.

Sachverhalt:

Der Ast. wurde im Wege kommunalaufsichtlicher Anordnung nach § 123 I NWGO aufgegeben, die Kindergartenbeiträge binnen einer gesetzten Frist durch Satzung zu erhöhen. Für den Fall fruchtlosen Fristablauf wurde die Ersatzvornahme nach § 123 II NWGO angeordnet und die sofortige Vollziehung angeordnet. Die Verfügung wurde formlos bekannt gegeben. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung der Ast. bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die nach § 123 I NWGO verfügte Anordnung, durch Satzung die Kindergartenbeiträge in bestimmtem Umfang zu erhöhen.

A. Anordnung der Beitragserhöhung

I. Kostendeckungspflicht aus § 77 II NWGO

Zu Recht meint das VG, dass sich diese Pflicht aus § 77 II NWGO ergibt, der anordnet, dass die Gemeinde die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Finanzmittel erstens, soweit vertretbar und geboten, aus speziellen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen und zweitens im Übrigen aus Steuern zu beschaffen hat, soweit die sonstigen Finanzmittel nicht ausreichen. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der Gemeinde zur vorrangigen Deckung der Ausgaben aus speziellen Entgelten, die lediglich auf den Rahmen des Vertretbaren und Gebotenen eingeschränkt wird. Deshalb müssen Kommunen in defizitärer Haushaltslage, wie die Ast., Finanzierungslücken bei Kindertageseinrichtungen vorrangig durch Elternbeiträge statt durch Steuern oder Kredite abdecken (vgl. OVG Münster, NWVB1 2007, 347).

II. Anwendbarkeit neben § 90 I 1 SGB VIII

Zu Unrecht meint die Ast., die Vorschrift sei wegen der bundesrechtlichen Vorschrift des § 90 I 1 SGB VIII unanwendbar, nach dem u.a. für die Inanspruchnahme von Angeboten der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen Teilnahmebeiträge oder Kostenbeiträge festgesetzt werden können.

Diese Vorschrift verleiht dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bzw. den jugendhilferechtlich tätigen Gemeinden die Befugnis, solche Beiträge festzusetzen und stellt dies in ihr Ermessen. Ausdrückliche inhaltliche Vorgaben für die Ausübung des Ermessens legt das Bundesrecht nicht fest. Allerdings mag sich aus der Qualität des Entgelts als Abgabe eigener Art ergeben, dass besondere soziale und pädagogische Ge-

sichtspunkte im Rahmen des durch § 90 I 1 SGB VIII eingeräumten Ermessens zu berücksichtigen sind. Dies steht jedoch nicht im Widerspruch zu der Pflicht nach § 77 II NWGO, Entgelte zu erheben. Dessen Merkmale des Gebotenen und Vertretbaren geben Raum für eine diese Gesichtspunkte einbeziehende Ermessensausübung.

III. Rechtspflicht zum Handeln

In Anwendung des § 77 II NWGO hat das VG auch zutreffend eine Rechtspflicht der Ast. zur Erhöhung der Beiträge bejaht.

1. Kein Beurteilungsspielraum

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Begriff des Vertretbaren in § 77 II Nr. 1 NWGO der Ast. einen nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffne, der nicht durch die Finanzsituation der Gemeinde begrenzt sei.

§ 77 II Nr. 1 NWGO beschränkt die Verpflichtung der Gemeinde, Finanzmittel aus speziellen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen zu beschaffen, nach oben auf das Vertretbare und nach unten auf das Gebotene. Die Pflicht der Gemeinden, Entgelte zu erheben, entfällt also nur, wenn dies unvertretbar oder nicht geboten ist. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe, die einen Beurteilungsspielraum nicht eröffnen. Dass eine solche Pflicht zur Erhöhung der bisherigen Beiträge besteht, hat das VG zutreffend festgestellt. Dagegen werden keine substantiierten Einwände erhoben.

2. Höhe angemessen

Zu Unrecht meint die Ast., dass - soweit § 77 II NWGO überhaupt für anwendbar gehalten werde - jedenfalls nur eine Erhöhung verfügt werden dürfe, die gerade noch geboten sei. Das sei eine durchschnittliche Erhöhung von 20,5% nicht. Diese Auffassung verkennt den Regelungsgehalt des § 77 II NWGO. Die Vorschrift verpflichtet hier die Ast., die seit 1993 nicht mehr erhöhten Beiträge im Rahmen des eingeräumten Ermessens zu erhöhen. Dieser Verpflichtung ist sie nicht nachgekommen. Wegen der Nichterfüllung der gesetzlichen Verpflichtung ist die Aufsichtsbehörde nach § 123 I VwGO [sic! Richtig: § 123 NWGO, Anm.d.Red.] befugt, das Ermessen anstelle der Gemeinde im Rahmen einer Aufsichtsmaßnahme auszuüben, wobei sie insoweit nur auf "das Erforderliche" beschränkt ist. Mit der angeordneten Erhöhung um 20,5% wird der Ausfall von Landesmitteln in Höhe von 856.000 Euro voraussichtlich nur zu 65% kompensiert, sodass die Anordnung im Rahmen des Erforderlichen verbleibt.

3. Kein Ermessensfehler

Wegen des Übergangs der Ermessensausübung auf die Aufsichtsbehörde gehen auch die gegen das Ein-

schreitermessen gerichteten Einwände der Ast. ins Leere: Richtig ist, dass es im Rahmen eines stimmigen Konzeptes denkbar ist, statt durch bloße Erhöhung der Beiträge auch anderweitige Einnahmeerhöhungen oder Ausgabeminderungen vorzusehen, um den Ausfall der Landesmittel abzudecken. Das wäre aber hier nur von Bedeutung, wenn die Ast. ein solches Konzept im Einklang mit § 77 II NWGO beschlossen und damit ihrer haushaltswirtschaftlichen Pflicht nachgekommen wäre. Daran fehlt es.

B. Androhung der Ersatzvornahme

Schließlich führen auch die gegen die angedrohte Ersatzvornahme geführten Angriffe nicht zum Erfolg des Antrags.

I. Keine Zustellungspflicht

Richtig ist, dass die angegriffene Verfügung neben der Anordnung einer Beitragserhöhung durch Satzung auch eine Androhung der Ersatzvornahme enthält und dass die Verfügung nicht zugestellt, sondern formlos bekannt gemacht wurde. Eine Zustellung war jedoch auch nicht erforderlich. § 63 VI 1 NWVwVG, der anordnet, dass die Androhung eines Zwangsmittels zuzustellen ist, ist nämlich unanwendbar. Diese Vorschrift betrifft alleine die Androhung der in § 57 NWVwVG genannten Zwangsmittel. Dazu gehört zwar die Ersatzvornahme nach § 59 NWVwVG, nicht aber die hier in Rede stehende Ersatzvornahme nach § 123 II NWGO. Die verwaltungsvollstreckungsrechtliche Ersatzvornahme richtet sich zur Durchsetzung

einer regelmäßig durch einen Grundverwaltungsakt verfügten Pflicht auf die Ausführung einer Handlung, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), seitens der Vollzugsbehörde oder eines von ihr Beauftragten. Es geht also um die Verwaltungsvollstreckung im allgemeinen Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Bürger und Staat. Die kommunalrechtliche Ersatzvornahme erlaubt demgegenüber, alle Handlungen der Gemeinde, auch wenn sie - wie etwa hier der Erlass einer Satzung - nicht vertretbar sind, durch die Aufsichtsbehörde durchzuführen oder durchführen zu lassen. Es handelt sich also um die speziell kommunalaufsichtsrechtliche Variante des allgemeinen Instituts aufsichtsrechtlichen Eintritts zwischen Aufsichtsbehörde und beaufsichtigter Körperschaft und Behörde (vgl. etwa den ordnungsbehördlichen Selbsteintritt der Aufsichtsbehörde nach § 10 I OBG in entsprechender Anwendung der kommunalrechtlichen Ersatzvornahme).

Der unterschiedliche Charakter der verwaltungsvollstreckungsrechtlichen und der kommunalaufsichtlichen Ersatzvornahme erlaubt es nicht, auf Letztere die genannte Zustellungsvorschrift des Verwaltungsvollstreckungsrechts anzuwenden.

II. Keine Kostenvoranschlagspflicht

Aus demselben Grund ist auch die Vorschrift des § 63 IV NWVwVG nicht anwendbar, wonach in der Androhung des Zwangsmittels die voraussichtlichen Kosten angegeben werden sollen.

Standort: VwGO

Problem: Widerruf der Klagerücknahme

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 13.08.2007
1 A 1995/06 (NWVBL 2008, 75)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger nach Schluss der mündlichen Verhandlung und Urteilsverkündung noch eine Klagerücknahme erklärt, was wegen § 92 I 1 VwGO (bis zur Rechtskraft des Urteils) möglich ist. Das Gericht protokollierte diese und erklärte gleichzeitig das soeben ergangene Urteil für unwirksam. In einem folgenden Schriftsatz, der das Gericht noch vor Erklärung des Beklagten über sein Einverständnis mit der Klagerücknahme erreichte (§ 92 I 2 VwGO), sagte sich der Kläger von der Klagerücknahme los und verlangte Fortgang des Verfahrens durch Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung.

Das OVG Münster erteilte diesem Begehren eine Absage. Die Klagerücknahme habe Bestand, gleichgültig wie man den nachfolgenden Schriftsatz des Klägers verstehen wolle, denn als Prozesshandlung sei sie weder widerruflich noch anfechtbar. Dies gelte namentlich auch dann, wenn der Beklagte sich noch nicht

über sein Einverständnis erklärt habe. Hierin unterscheide sie sich von der Erledigungserklärung, die nach ganz h.M. bis zur Erklärung der anderen Partei über die Erledigung widerruflich ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist besonders für Referendare sehr interessant. Sie eignet sich hervorragend für einen öffentlich-rechtlichen Aktenvortrag, in dessen Rahmen die Verfahrensbeendigung durch Klagerücknahme zu prüfen wäre. Diese setzt eine wirksame Erklärung der Klagerücknahme und das Einverständnis des Beklagten nach Antragstellung voraus, wobei letzteres nach § 92 I 3 VwGO fingiert wird, wenn der Beklagte nicht innerhalb von zwei Wochen widerspricht (eine entsprechende Belehrung durch das Gericht vorausgesetzt, § 92 I 3 VwGO a.E.). Beides prüft das OVG in den Entscheidungsgründen schulmäßig durch. Interessant ist auch die Entscheidungsform bei Streit über die Verfahrensbeendigung, die ja im Rahmen des Aktenvortrages vorgeschlagen werden muss: Ist das Verfahren beendet, stellt das Gericht durch Urteil fest,

dass das Verfahren beendet ist. Ist das Verfahren nicht beendet, wird die mündliche Verhandlung fortgesetzt.

Vertiefungshinweise:

Zur Zulässigkeit innerprozessualer Bedingungen bei Klagerücknahme: *BVerwG*, RA 2002, 462 = DVBl 2002, 1048

Zur Unanfechtbarkeit von Prozesshandlungen: *BVerwGE* 57, 342; *BVerwG*, NVwZ 2006, 834; NVwZ 1985, 196; *BGH*, FamRZ 1993, 694

Zur Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen: *BVerwG*, DVBl 1996, 105; *BGH*, NJW-RR 1990, 67; NJW 1986, 1445

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Das Prüfungsgespräch"

Leitsätze:

- 1. Die Erklärung der Klagerücknahme ist auch dann unwiderruflich, wenn der Beklagte seine erforderliche Einwilligung noch nicht erteilt hat bzw. die Einwilligungsfiktion noch nicht eingetreten ist.**
- 2. Die Fiktion der Einwilligung in die Klagerücknahme tritt unter den weiteren Voraussetzungen des § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO auch dann ein, wenn die Klagerücknahme zu Protokoll der mündlichen Verhandlung erklärt wird und dem Beklagten dieses Protokoll zugestellt wird.**

Sachverhalt:

Der Kläger erklärte in der öffentlichen Sitzung vor dem VG am 16.12.2005 nach Antragstellung, dem Schließen der mündlichen Verhandlung und (klageabweisender) Urteilsverkündung zu Protokoll des Gerichts, er wolle das Klageverfahren nicht fortführen, d.h. er nehme die Klage zurück und verzichte auf die Auszahlung der beantragten Leistungen unter Protest. Daraufhin verkündete das VG den Beschluss, das soeben verkündete Urteil sei unwirksam und das Verfahren werde auf Kosten des Klägers eingestellt. Das Protokoll der mündlichen Verhandlung wurde dem Beklagten am 23.12.2005 mit dem gerichtlichen Hinweis zugestellt, die Einwilligung zur Klagerücknahme gelte als erteilt, wenn ihr nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Verhandlungsprotokolls widersprochen werde.

Mit am 20.12.2005 bei dem VG eingegangenen Schriftsatz beantragte der Kläger, das Verfahren neu aufzurollen. Der Beklagte beantragte am 10.1.2006, diesen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens abzulehnen. Das VG stellte nach Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung durch Urteil fest, dass das Verfahren durch Klagerücknahme beendet ist. Das OVG wies die Berufung zurück.

Aus den Gründen:

Nach § 92 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann der Kläger bis zur Rechtskraft des Urteils seine Klage zurücknehmen. Das im Anschluss an die mündliche Verhandlung am 16.12.2005 vor dem VG verkündete Urteil war nicht rechtskräftig (vgl. § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

A. Klagerücknahme erklärt

Eine auf eine Klagerücknahme gerichtete Erklärung des Klägers lag vor. Seine Erklärung zu Protokoll des VG ist in ihrem Aussagegehalt eindeutig und lässt kein anderes Verständnis zu, als dass die Rücknahme der Klage erklärt werden sollte. Dies folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut: "Ich will das Klageverfahren nicht fortführen, d.h. ich nehme die Klage zurück..." Der - überdies anwaltlich vertretene - Kläger muss sich an dieser Äußerung - so wie sie protokolliert worden ist - festhalten lassen; das Protokoll gibt hierfür vollständigen Beweis ab (vgl. § 105 VwGO, §§ 165, 160 Abs. 3 Nr. 8 ZPO).

B. Wirksamkeit

I. Bedingungsfreiheit

Die Rücknahmeerklärung erfolgte auch nicht unter einer (unzulässigen) Bedingung, die ggf. zu ihrer Unwirksamkeit führen würde. Vielmehr hat der Kläger ohne jede Einschränkung erklärt, dass er die Klage zurücknehme. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass er die Klage nur "unter Protest" zurückgenommen haben will [wird ausgeführt]. Aus welcher Motivation heraus er seine Klage jedoch zurücknimmt - offenbar weil er trotz abweichender rechtlicher Auffassung aktuell keinen (wirtschaftlichen) Sinn mehr in der Fortführung des Verfahrens sieht -, ist für die Wirksamkeit einer Rücknahmeerklärung ohne Belang.

II. Form

1. Erklärung zu Protokoll

Die Erklärung der Rücknahme zu Protokoll des Gerichts nach dem Schließen der mündlichen Verhandlung (vgl. § 104 Abs. 3 Satz 1 VwGO) ist (form-)wirksam. Sie konnte wirksam in das Protokoll aufgenommen werden (§ 105 VwGO i.V.m. §§ 159-165 ZPO). Im Protokoll ist die Zurücknahme der Klage festzustellen (§ 160 Abs. 3 Nr. 8 ZPO). Diese Erklärung ist entsprechend §§ 162 Abs. 1 Satz 1, 160 Abs. 3 Nr. 8 ZPO dem Kläger vorgelesen worden; dieser hat die Genehmigung erteilt (§ 162 Abs. 1 Satz 3 ZPO).

2. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung

Der Wirksamkeit der Erklärung zu Protokoll steht nicht entgegen, dass das VG die mündliche Verhandlung bereits geschlossen hatte. Das Protokoll über die

Verhandlung - sprich: den Termin, in dem mündlich zur Sache verhandelt wird - wird gleichwohl weitergeführt. Dies ergibt sich zwingend aus § 162 Abs. 3 Nrn. 6 und 7 ZPO, wonach die Entscheidung des Gerichts und deren Verkündung festzuhalten ist, aber auch aus § 162 Abs. 3 Nr. 9 ZPO, wonach der Verzicht auf Rechtsmittel festzustellen ist. All diese zu protokollierenden Förmlichkeiten erfolgen regelmäßig erst, nachdem die mündliche Verhandlung - im engeren Sinne - geschlossen worden ist.

III. Anfechtung

Der Kläger kann seine Rücknahmeerklärung nicht mit Erfolg anfechten, auch wenn zu seinen Gunsten davon ausgegangen wird, dass er mit seinen bisherigen Erklärungen zumindest hilfsweise eine solche Anfechtungserklärung abgeben wollen. Die Grundsätze des materiellen Rechts über die Anfechtung wegen Irrtums und anderer Willensmängel (vgl. §§ 119 ff. BGB) sind auf Prozesshandlungen wegen der prozessualen Gestaltungswirkung der Rücknahmeerklärung und zum Schutz der Verfahrenslage vor Unsicherheit nicht anwendbar.

IV. Widerruf

Auch ein Widerruf, der ggf. in den mit Schriftsatz vom 20.12.2005 erfolgten Ausführungen erblickt werden könne, scheidet aus. In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass Prozesshandlungen, und somit auch die Klagerücknahme, unter bestimmten Umständen widerrufen werden können.

1. Wiederaufnahmegründe gegeben

Ein solcher Widerruf kommt einmal in Betracht, wenn ein Wiederaufnahmegrund entsprechend den Wiederaufnahmetatbeständen der Zivilprozessordnung vorliegt (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1999, 407; NVwZ 1997, 1210). Solche Anhaltspunkte für einen Nichtigkeitsgrund nach § 579 ZPO bzw. für einen Restitutionsgrund i. S. d. § 580 ZPO sind allerdings nicht ersichtlich; auch der Kläger hat sich hierauf nicht berufen.

2. Treu und Glauben

Ein Widerruf kommt nach der oben genannten Rechtsprechung ferner dann in Betracht, wenn es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar wäre, einen Beteiligten an einer Prozesshandlung festzuhalten. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob der Beteiligte durch eine unrichtige richterliche Belehrung oder Empfehlung zu einer bestimmten prozessualen Erklärung bewegt worden ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9.1.1985 - 6 B 222.84). Auch diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Das VG hat den Kläger zu keiner auf eine Klagerücknahme gerichteten Erklärung angehalten. Vielmehr hat es der Kläger selbst - in Kenntnis des verkündeten Urteilstenors - vorgezo-

gen, den Streitstoff einer streitigen, mit Rechtsmitteln überprüfaren Entscheidung durch das VG zu entziehen.

Eine aus Sicht des Klägers falsche rechtliche Behandlung der Sache durch das Gericht reicht nicht aus, um den dargelegten Voraussetzungen für einen Widerruf zu genügen. Um sich gegen eine - vermeintliche - Unrichtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu wehren, hätte der Kläger nicht die Klage zurücknehmen dürfen, sondern Rechtsmittel einlegen müssen.

3. Unzulässigkeit auch während der Erklärungsfrist des Beklagten

Der Kläger war an seine Erklärung der Klagerücknahme gebunden, solange die nach § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO erforderliche Einwilligung des Beklagten noch nicht versagt war. Auch während des sich hieraus ergebenden Schwebezustands kann die Klagerücknahmeerklärung nicht wirksam widerrufen werden. Der Grundsatz der Unwiderruflichkeit einer Prozessklärung gilt auch in den Fällen des § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO, in denen nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung die Einwilligung des Beklagten zur Klagerücknahme erforderlich, aber noch nicht erfolgt ist.

Die erforderliche Einwilligung dient ausschließlich dem Interesse des Beklagten an einer gerichtlichen Entscheidung bei einem bereits weit fortgeschrittenen Prozessstadium. Die Rücknahmemöglichkeit ist gesetzlich eingeschränkt; der Kläger soll sich dem abweisenden Urteil nur mit Einwilligung des Beklagten entziehen können. Die Vorschrift dient mithin dem Schutz des Beklagten und nicht dem Schutz des Klägers. Die Rechte des Klägers sind daher unabhängig davon, ob eine Einwilligung des Beklagten erforderlich ist oder nicht, dieselben.

4. Kein Vergleich mit Erledigungserklärung

Dem steht nicht entgegen, dass eine klägerseitige Erledigungserklärung anerkanntermaßen bis zum Eingang der korrespondierenden Erledigungserklärung des Beklagten widerrufen werden kann (vgl. BVerwG, DVBl. 1992, 777; DÖV 1972, 796). Denn eine Erledigungserklärung ist nicht mit der Erklärung der Klagerücknahme zu vergleichen.

Die einseitige Erledigungserklärung eines Beteiligten bewirkt noch keine Beendigung des Rechtsstreits. Soweit sie vom Kläger abgegeben wird, ist sie eine Prozesshandlung, mit welcher der Verzicht auf eine Sachentscheidung erklärt wird. Bei entsprechender Erklärung der Gegenseite bewirkt sie die Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (BVerwG, DÖV 1991, 163). Anders verhält es sich bei der Erklärung einer Klagerücknahme. Sofern die erforderliche Einwilligung des Beklagten erteilt wird, entfällt entsprechend § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend auf den Zeitpunkt der Erklärung der Klagerücknahme die Rechtshängigkeit

der Klage. Wird die Einwilligung nicht erteilt oder rechtzeitig verweigert, bleibt die Erklärung ohne Wirkung. Gleichwohl hat der Kläger bereits mit Zugang seiner Rücknahmeerklärung bei Gericht alles aus seiner Sicht Erforderliche getan und den weiteren Prozessverlauf aus der Hand gegeben.

C. Einwilligung des Beklagten

Die nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung notwendige Einwilligung des Beklagten (vgl. § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO) fehlte zunächst.

I. Konkludente Erklärung genügt

Sie ist jedoch - spätestens - konkludent mit Schriftsatz des Beklagten vom 10.1.2006 erfolgt. Hierin hat dieser beantragt, den Antrag des Klägers auf Fortsetzung des Verfahrens abzulehnen, und sich zur Begründung darauf berufen, dass er, der Beklagte, der Rücknahme nicht innerhalb der in § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO genannten Frist widersprochen habe. Es ist unerheblich, dass der Beklagte davon ausgegangen ist, dass bereits die Einwilligungsfiktion zum Tragen gekommen ist. Er hat hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er mit der erklärten Klagerücknahme einverstanden ist. Die rechtzeitig - nämlich vor Rechtskraft des verkündeten Urteils - erklärte Einwilligung wirkt entsprechend § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Erklärung der Klagerücknahme zurück.

II. Zeitpunkt

Einer dermaßen - konkludent - erteilten Einwilligung steht nicht der Umstand entgegen, dass der - im Zeitpunkt der Abgabe der Rücknahmeerklärung anwesende - Beklagte nicht unmittelbar im Termin der mündlichen Verhandlung seine Einwilligung erklärt hat. § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO stellt nach seinem Wortlaut ein solches Erfordernis nicht auf. Für den Zivilprozess wird zwar in ähnlich gelagerten Fällen unter Berufung auf §§ 136 Abs. 4, 296 a Satz 1 ZPO vereinzelt angenommen, dass von einer Versagung der Einwilligung auszugehen ist, wenn der Beklagte nach der in der Verhandlung erklärten Klagerücknahme die Einwilligung nicht bis zum Schluss dieser Verhandlung erklärt hat (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, 65. Aufl. 2007, § 269 Rn. 18). Um den Prozess nicht mit Schwebeständen zu belasten, könne die Einwilligung nur im selben Termin wie die Rücknahme erklärt werden (vgl. Foerste, in: Musielak, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 269 Rn. 9).

Dem kann - jedenfalls für den Verwaltungsprozess - nicht gefolgt werden. Die schlichte Nichtabgabe einer Zustimmungserklärung im Termin der mündlichen Verhandlung ist keine Versagung der Einwilligung. Bloßem Schweigen kommt - sofern eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht besteht - keine prozessual erhebliche Bedeutung zu. Die in der zitierten zivilprozessualen Literatur herangezogenen Normen, wonach

nach dem Schließen der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden können (§ 296a Satz 1 ZPO), lassen sich überdies auf den Verwaltungsprozess nicht übertragen. § 173 Satz 1 VwGO lässt die entsprechende Anwendung u.a. der Normen der Zivilprozessordnung nur zu, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Der Verwaltungsprozess ist jedoch vom Grundsatz der Amtsermittlung (§ 86 Abs. 1 VwGO) geprägt. Angriffs- und Verteidigungsmittel, wie sie das Zivilprozessrecht kennt, sind einem dermaßen ausgestalteten Verfahren im Wesentlichen fremd. Nur unter den strengen Voraussetzungen des § 87b Abs. 3 VwGO - die hier ersichtlich nicht vorliegen - können Erklärungen und Beweismittel zurückgewiesen werden. Das VG hat selbst nach dem Schließen der mündlichen Verhandlung bei nachträglichem Vorbringen die Tatsache, dass noch etwas vorgetragen worden ist, jedenfalls zur Kenntnis zu nehmen, eine Wiedereröffnung zu erwägen und darüber ermessensfehlerfrei zu entscheiden (vgl. § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO; BVerwG, NVwZ 1989, 858).

Nichts anderes ergibt sich aus dem vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in den Vordergrund der rechtlichen Betrachtung gestellten § 147 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann. Die Rücknahmeerklärung ist kein auf einen Vertragsschluss gerichteter Antrag und mit einem solchen auch nicht vergleichbar; sie ist vielmehr eine prozessuale Gestaltungserklärung, die gegenüber dem Gericht abzugeben ist und auf die sich die Grundsätze des materiellen Rechts nicht übertragen lassen.

Keine andere Betrachtung ist angesichts der vom Kläger thematisierten Verfahrensverzögerung angezeigt, welcher der Gesetzgeber durch die Einfügung eines Satzes 3 in § 92 Abs. 1 VwGO durch Art. 6 Nr. 2 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes (BGBl. I 2004, S. 2198) m.W.v. 1.9.2004 habe entgegengetreten wollen. Es trifft zwar zu, dass es Motivation des Gesetzgebers war, vergleichbar mit § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO durch die Einwilligungsfiktion Rückfragen beim Beklagten zu erübrigen und eine raschere Einstellung nach Klagerücknahme zu ermöglichen (BT-Drs. 15/3482, S. 23). Die Einfügung des Satzes 3 lässt im vorliegenden Zusammenhang jedoch keine Rückschlüsse auf die hier zu behandelnde Frage zu, bis zu welchem Zeitpunkt die nach dem unverändert gebliebenen Satz 2 des § 92 Abs. 1 VwGO erforderliche Einwilligung - hinsichtlich der eine Motivation des Gesetzgebers zur Einbeziehung in die Beschleunigungsüberlegungen gerade nicht festgestellt werden kann - erklärt werden kann. Auch trifft § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO nach seinem Wortlaut weder eine Aussage zu Verfahrensabläufen in der mündlichen Verhandlung noch zu solchen in ihrem unmittelbaren Anschluss.

III. Jedenfalls Fiktion eingetreten

Unabhängig hiervon galt die Einwilligung auch gem. § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO als erteilt, weil der Beklagte der Klagerücknahme nicht innerhalb von zwei Wochen seit Zustellung der Niederschrift über die mündliche Verhandlung, die den gem. § 92 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 VwGO erforderlichen Hinweis des Gerichts auf die Einwilligungsfiktion enthielt, widersprochen hat. Die Erklärung der Klagerücknahme zur Niederschrift der mündlichen Verhandlung steht deren schriftsätzlicher Erklärung gleich (vgl. Clausing, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 92 Rn. 30a). § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO ist auf einen solchen Fall entsprechend anzuwenden. Die im Termin zur mündlichen Verhandlung Bedeutsamkeit erlangenden Protokollvorschriften dienen ersichtlich dem Zweck, mündliche Erklärungen der Prozessbeteiligten in einer formalisierten Weise festzuhalten, die außerhalb der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich vorgenommen worden wären. Dementsprechend kann es keinen Unterschied machen, ob der Kläger nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich die Klagerücknahme gegenüber dem Gericht erklärt und das

Gericht diesen Schriftsatz mit dem nach § 92 Abs. 1 Satz 3 VwGO erforderlichen Hinweis an den Beklagten zustellt, oder eine dieser schriftsätzlichen Erklärung gleichstehende Protokollerklärung dementsprechend an den Beklagten übermittelt. § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO trägt allein dem aner kennenswerten Interesse des Beklagten an einer streitigen Entscheidung Rechnung; nur um unter prozessökonomischen Gesichtspunkten Verzögerungen zu vermeiden, die aus einer schlichten Nichtabgabe einer Einwilligungserklärung resultieren und das Gericht zur erneuten Durchführung einer mündlichen Verhandlung zwingen, ergänzt Satz 3 dieses Regelungsgefüge um eine Einwilligungsfiktion. Dem Interesse des Beklagten wird durch die Zustellung der zu Protokoll gegebenen Rücknahmeerklärung Rechnung getragen; will er den Eintritt der Fiktion - auf deren Eintritt er hinzuweisen ist - verhindern, muss er dieser Erklärung widersprechen. Ein aus der Interessenlage des Beklagten, auf die es vorliegend allein ankommt, heraus begründeter beachtlicher Unterschied zwischen schriftsätzlicher und im Protokoll festgehaltener Erklärung besteht nicht.

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 Lühl (<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: Kaufrecht

Problem: Mangelfreiheit eines Geländefahrzeugs

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 28.06.2007
9 U 239/06 (NJW-RR 2008, 137)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt die Rückabwicklung eines PKW - Kaufvertrages. Der Kl. hatte ein Geländefahrzeug als Neuwagen erworben. Das Fahrzeug beschleunigte nach dem automatischen Gangwechsel nur verzögert, d.h. dass ein Geschwindigkeitsgleichstand von mindestens 10 Sekunden eintrat. Dies ereignete sich regelmäßig bei Geschwindigkeiten über 140 km/h. Dadurch wurden Überholvorgänge oftmals gefährlich knapp, so dass auch die Verkehrssicherheit beeinträchtigt war.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung präzisierte das erkennende Gericht die Anforderungen an das Vorliegen des objektiven Mangelbegriffs. Für die Frage, ob eine Kaufsache die nach § 434 I 2 Nr. 2 geschuldete übliche Beschaffenheit aufweist, ist auf das redliche und vernünftige Verhalten eines Durchschnittskäufers abzustellen. Dieser Maßstab schließt überzogene Qualitätsanforderungen ebenso aus wie ein unter dem Durchschnitt liegendes Qualitätsniveau. Vergleichsmaßstab sind Sachen der gleichen Art wie die Kaufsache. Bei dem klausurrelevanten Erwerb eines Neufahrzeugs ist weiterhin zu differenzieren: Beim Qualitätskriterium „Stand der Serie“, muss das Fahrzeug gem. § 243 I BGB von mittlerer Art und Güte der Serie sein, der es angehört (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl. [2005], Rdnr. 235). Die Einhaltung des Kriteriums „Stand der Serie“ reicht allerdings zur Mangelfreiheit nicht aus. Maßgeblich ist nach der nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur auf den allgemeinen „Stand der Technik“ abzustellen (Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rdnr. 241 m.w. Nachw.). Dies liegt daran, dass eine Beschränkung der Gewährleistung auf den Standard des Herstellers für sein Produkt dazu führen würde, dass für Konstruktions- oder Fertigungsfehler einer ganzen Serie keine Gewährleistung erfolgen müsste. Der Stand der Technik ist der Entwicklungsstand aller in dieser Fahrzeugklasse vergleichbaren Kraftfahrzeuge (OLG Düsseldorf, NJW 2005, 2235; NJW-RR 1997, 1211; OLG Oldenburg, DAR 2000, 219). Da das Fahrzeug des Kl. im oberen Geschwindigkeitsbereich nur verzögert beschleunigte und es dabei regelmäßig zu gefährlichen Situationen

im Straßenverkehr kam, war das Fahrzeug als objektiv mangelhaft zu bewerten.

Vertiefungshinweise:

- Kraftstoffmehrverbrauch gegenüber Prospektangaben des Herstellers: LG Ravensburg, NJW 2007, 2137
- Mängelrüge wegen Wassereintritts bei Fahrzeugreinigung: vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2007, 928
- Zu Grundfällen des Sachmangelbegriffs: *Tröger*, JuS 2005, 503; *BGH*, NJW 2006, 2250 (Tierkauf); *BGH*, RA 2007, 195 (Tierkauf)
- Zum Verschleiß in Abgrenzung zum Mangel: *BGH*, NJW 2006, 2250
- Beweislast beim Sachmangel: *Schmidt*, JuS 2006, 1; *Kieselstein*, JA 2006, 423; *Schroeter*, JuS 2006, 682

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Augen auf beim Mustangkauf”
- Examenskurs*: “Dolce Vita”

Leitsätze:

- 1. Geländewagen werden hierzulande üblicherweise weitgehend auch im normalen Straßenverkehr eingesetzt, so dass der Geschwindigkeitsbereich über 140 km/h für den Fahrbetrieb von Bedeutung sein kann.**
- 2. Eine Verzögerung der Beschleunigung von mindestens zehn Sekunden nach dem automatischen Gangwechsel vom zweiten in den dritten Gang bei Geschwindigkeiten über 140 km/h entspricht nicht dem üblichen Standard eines Geländewagens vergleichbarer Art und Preisklasse und ist ein Sachmangel.**

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt von der Bekl., nachdem er vom Neuwagen-Kaufvertrag vom 28.02.2005 zurückgetreten ist, Rückzahlung des Gesamtkaufpreises Zug um Zug gegen Herausgabe und Rückübergang des Pkw. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das gekaufte Fahrzeug weist entgegen der Würdigung des LG zum Rücktritt berechtigende Mängel i.S. von §

434 I 2 Nr. 2 BGB auf. Da auch die weiteren Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, ist die Bekl. gem. § 346 I i.V. mit §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB zur Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs verpflichtet. Außerdem steht dem Kl. der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu. Die gezogenen Gebrauchsvorteile hat der Kl. aber in höherem Maße, als von ihm berücksichtigt, sich anrechnen zu lassen. Insoweit ist die Klage unbegründet.

1. Anforderungen an den Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Ausdrückliche Vereinbarungen i.S. des § 434 I 1 BGB zu der Fahrzeugbeschaffenheit in den gerügten Mangelbereichen behaupten beide Seiten nicht.

Es ist folglich auf § 434 I 2 BGB zurückzugreifen, wonach das klägerische Fahrzeug frei von Sachmängeln wäre, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 1), sonst, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (Nr. 2). Dafür, ob eine Kaufsache die nach Nr. 2 geschuldete übliche Beschaffenheit aufweist, ist auf das redliche und vernünftige Verhalten eines Durchschnittskäufers abzustellen. Dieser Beurteilungsmaßstab schließt überzogene Qualitätsanforderungen ebenso aus wie ein unter dem Durchschnitt liegendes Qualitätsniveau. Vergleichsmaßstab sind Sachen der gleichen Art wie die Kaufsache.

Beim Qualitätskriterium „Stand der Serie“, muss das Neufahrzeug gem. § 243 I BGB von mittlerer Art und Güte der Serie sein, der es angehört (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl. [2005], Rdnr. 235). Die Einhaltung des Kriteriums „Stand der Serie“ reicht aber nicht aus. Maßgeblich ist nach der fast einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Kommentarliteratur auf den allgemeinen „Stand der Technik“ abzustellen (Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rdnr. 241 m.w. Nachw.). Denn eine Beschränkung der Gewährleistung auf den Standard des Herstellers für sein Produkt würde dazu führen, dass für Konstruktions- oder Fertigungsfehler einer ganzen Serie keine Gewährleistung erfolgen müsste. Der Stand der Technik ist der Entwicklungsstand aller in dieser Fahrzeugklasse vergleichbaren Kraftfahrzeuge (OLG Düsseldorf, NJW 2005, 2235; NJW-RR 1997, 1211; OLG Oldenburg, DAR 2000, 219; DAR 1995, 161; OLG Köln, DAR 1986, 320; NJW-RR 1991, 1340; VersR 1993, 888; VersR 1992, 584; VersR 1995, 420).

2. Sachmangel liegt vor, weil des Fahrzeug hinter dem Entwicklungsstand zurückbleibt und weil eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit vorlag

Das streitgegenständliche Fahrzeug erfüllt nicht nur den Entwicklungsstand vergleichbarer Geländewagen

nicht, es leidet auch an einem Mangel, der zu einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit führt. Die ergänzende Beweisaufnahme hat zur Überzeugung des Senats ergeben, dass entgegen der Würdigung des LG keine konstruktionsbedingten Besonderheiten und Eigentümlichkeiten vorliegen, die ein Käufer, der sich für einen Geländewagen entscheidet, akzeptieren muss, sondern nicht mehr hinzunehmende, erhebliche Abweichungen beim Fahrverhalten sowie der Verkehrssicherheit gegenüber vergleichbaren Fahrzeugen der gleichen Fahrzeugklasse bestehen. Der Senat hat die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen W nachvollzogen und macht sie zur Grundlage der eigenen Feststellungen. Der von der Bekl. herangezogene Auto-Bild-Test ist ungeeignet, Zweifel an der Richtigkeit der gutachterlichen Angaben zu begründen.

Das klägerische Fahrzeug beschleunigt nach dem automatischen Gangwechsel bei Geschwindigkeiten über 140 km/h nur verzögert. Das 3-Gang-Getriebe mit einer zu-/abschaltbaren Overdrive-Stufe bewirkt mit seiner Leistungsauslegung einen zu starken Abfall der Drehzahl und damit verbunden eine zu lange Spanne, bis sich die Beschleunigung trotz unveränderter Gaspedalstellung nach Gangwechsel in den höheren Gang von zwei auf drei wieder fortsetzt. Stattdessen tritt zunächst ein Geschwindigkeitsgleichstand von mindestens zehn Sekunden ein, der nicht dem üblichen Standard eines Geländewagens vergleichbarer Art und Preisklasse entspricht. Geländewagen werden hierzu üblicherweise weitgehend auch im normalen Straßenverkehr eingesetzt, so dass der Geschwindigkeitsbereich über 140 km/h für den Fahrbetrieb von Bedeutung ist. Die Zeitspanne von zehn Sekunden ist im Fahrbetrieb ungewöhnlich und störend. Sie führt zu einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit, wenn ein Überholvorgang knapp ist. Da selbst ein vorausschauender Fahrer nicht alle schwierigen Verkehrssituationen vorhersehen wird, kann dieses Sicherheitsrisiko nicht vollständig durch ein Mehr an Sorgfalt und Vorsicht ausgeschaltet werden. Unabhängig davon kann einem redlichen und vernünftigen Durchschnittskäufer nicht zugemutet werden, bei allen Überhol- und Beschleunigungsvorgängen jeweils eine zehn Sekunden-Verzögerung in sein Fahrverhalten einzubeziehen. Hinzu kommt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit diesem Mangel nicht nur vom Standard der Fahrzeugklasse sondern auch vom Vorgängermodell abweicht. Der Kl., der das Vorgängermodell zuvor gefahren und bei der Bekl. in Zahlung gegeben hat, durfte erwarten, über die gravierende, die Verkehrssicherheit beeinflussende Änderung zum Vorgängermodell von der Bekl. informiert zu werden, was nicht der Fall war. Dieser Mangel war auch im Rahmen der erfolgten innerstädtischen Probefahrt nicht feststellbar, weshalb die Aufklärung des Kl. nicht entbehrlich war.

Zusätzlich dazu kann der Kl. seinen Rücktritt auch auf

weitere, weniger gravierende Abweichungen sowohl vom Standard des Vorgängermodells als auch der Fahrzeugklasse stützen. Das klägerische Fahrzeug bockt und vibriert beim automatischen Abregeln bei Erreichen der Höchstgeschwindigkeit. Dies hat ein starkes Verzögerungsrucken und Nachnickbewegungen zur Folge. Das Fahrzeug ruckt und pendelt so, dass die Insassen zunächst recht unangenehm nach vorne und hinten bewegt werden. Das Verzögerungsrucken schwächt sich sogleich wieder ab. Auch dieser Mangel ist nicht durch die Konzeption eines Gelände-

wagens vorgegeben, sondern beruht allein darauf, dass der Motor bei 174 km/h seine Leistungsgrenze noch nicht erreicht hat und deshalb automatisch abgeregelt wird.

Auf Änderungen der Einstellung reagiert der Tempomat nur mit einer ungewöhnlich langen Verzögerung. Die Verzögerung ist entgegen der Würdigung des LG ebenfalls nicht konzeptionell bedingt. Vielmehr ist die angewandte Technik schlicht veraltet. Dies entspricht weder dem Bedien- und Komfortstandard des Vorgängermodells noch dem von Konkurrenzfahrzeugen.

Standort: Vergleich gem. § 779 BGB

Problem: Formnichtigkeit; Widerruf

BGH, URTEIL VOM 18.12.2007

XI ZR 76/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Vergleichs. Die Kl. wollte einem Immobilienfond beitreten und erteilte dazu einer Treuhänderin, die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz hatte, eine Vollmacht. Die Beteiligung der Kl. sollte 60.000 DM betragen und sollte partiell mit einem Kredit über eine Kapitallebensversicherung finanziert werden. Nach Fertigstellung des Bauvorhabens wurde von der Rechtsvorgängerin der Bekl. und den Gründungsgesellschaftern des Fonds sowie der Treuhänderin ein Darlehensvertrag über insgesamt ca. 87.000.000 DM geschlossen, dessen Valuta dem Fonds zur Projektverwirklichung zufließt. Durch diesen Darlehensvertrag wurde ein Zwischenfinanzierungsdarlehen abgelöst, in dessen Vertragsbedingungen unter anderem festgelegt war, dass als Sicherheit für das Darlehen unter anderem eine Grundschuld an dem Fondgrundstück diente; Zudem war festgelegt, dass jeder der Fondsmitglieder persönlich in Höhe von 80 % des von ihm gezeichneten Anteils haften sollte. Nachdem die Tilgung des Endfinanzierungskredits ausgesetzt wurde, wurden die Kl. von der Bekl. mit Schreiben vom 13.02.1995 informiert, dass sie aus der kreditvertraglichen Vereinbarung persönlich für Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft haften.

Nach der Insolenz einer der Initiatorinnen des Fonds schloss sich die Kl. einer Gemeinschaft an, die die Interessen einer Vielzahl von Anlegern gegenüber der Bekl. wahrnahm. Die Interessengemeinschaft beauftragte einen Rechtsanwalt H, der nach längeren Verhandlungen mit der Bekl. den Anlegern den Abschluss eines Vergleichs empfahl. Daraufhin unterzeichnete die Kl. am 30.08.1999 die Vergleichsvereinbarung, in der unter anderem der Nettokreditbetrag mit 37.338 DM, der Zinssatz mit 4,95%, die effektiven Jahreszinsen mit 5,06%, die Art und Weise der Rückzahlung und die Besicherung des Kredits durch die auf dem Fondgrundstück ruhende Grundschuld angegeben

sind. Hauptpunkte dieses Vergleichs sind ein Forderungsverzicht der Bekl. in Höhe von 30%, ein günstiger Zinssatz sowie ein wechselseitiger Verzicht der Parteien auf etwaige weitergehende Schadensersatz-, Erstattungs- oder sonstige Regressansprüche gegen die Bekl.

Die Kl. ist der Auffassung, der Vergleich sei nichtig und erklärte vorsorglich die Anfechtung des Vertrages unter Forderung der Rückabtretung einer an die Bekl. abgetretenen Lebensversicherung sowie Rückzahlung der gezahlten Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Begehren erfolglos weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte über die Wirksamkeit eines Vergleichs gem. § 779 I BGB zu befinden. Ein Vergleich gem. § 779 I BGB ist gemäß seiner Stellung im Gesetz ein schuldrechtlicher Vertrag. Er zeichnet sich dadurch aus, dass er hinsichtlich der streitigen oder ungewissen Punkte zwischen den Parteien festlegt, was gelten soll (Münch/Komm-Habersack, § 779 Rn 31). Der Abschluss des Vertrages erfolgt nach den allgemeinen Regeln gemäß der §§ 145 ff. BGB. Notwendig ist zudem ein Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis und ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien (Palandt-Sprau, § 779 Rn 4).

Die Kl. vertrat in der Revision die Auffassung, sie habe den Vertrag wirksam gem. §§ 142 I, 123 I BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten, so dass sämtliche Ansprüche daraus erloschen seien. Allerdings war der Tatsachenvortrag insoweit nicht substantiiert genug.

Interessant sind die Ausführungen des erkennenden Senats zur Frage, ob der Vergleich wirksam widerrufen wurde. In Betracht kam ein Widerruf nach § 312 I i.V.m. § 355 I BGB, ein Widerruf bei Haustürgeschäften. Typisch für ein Haustürgeschäft ist eine Situation, in der ein Verbraucher zu Hause überrumpelt wurde. Genau an einer solchen Situation fehlt es hier. Der Vergleich war hier nach längeren Beratungen und nach

einer längeren Zeitspanne unbeeinflusst durch die Haustürsituation geschlossen worden. Daher fehlte es hier bereits an der sachlichen Anwendbarkeit des Widerrufsrechts.

Schließlich kam noch eine Formunwirksamkeit des Vergleichs gem. § 494 I BGB in Betracht. Grundsätzlich ist der Vergleich formfrei möglich. § 779 I BGB schreibt insoweit keine besondere Form vor. Geht jedoch eine der Parteien in dem Vergleich eine nach anderen Vorschriften formbedürftige Verpflichtung ein, erstreckt sich das jeweilige Formerfordernis auf den Vergleich (Münch/Komm-Habersack, § 779 Rn 39; Paland-Sprau, § 779 Rn 2). Hier wurde ein Verbraucherdarlehensvertrag gem. § 491 BGB mitgeregelt, so dass die Formvorschriften gem. § 492 I BGB Anwendung finden. Allerdings waren die Formmängel hier geheilt durch die Inanspruchnahme des Darlehens gem. § 494 II BGB. Hier wurde das Darlehen zwar nicht an die Kl. ausgezahlt, jedoch nahm sie das Darlehen insoweit in Anspruch, als die Valuta an den Fonds ausgezahlt war. Dem steht nicht entgegen, dass die Auszahlung zeitlich vor dem Vergleichsschluss erfolgte. Die Inanspruchnahme liegt darin, dass eine Fortsetzung der Darlehensnutzung durch den Fonds erfolgt. Diesen Umstand erachtete der erkennende Senat in dieser Entscheidung erstmalig als ausreichend.

Vertiefungshinweise:

Zum Verbrauchercreditwesen: *BGH*, RA 2007, 215; *Kulke*, NJW 2006, 2223; *BGH*, RA 2007, 628; *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; *Martis*, MDR 1998, 1189

Zum Haustürgeschäft: *BGH*, NJW 2006, 845; *BGH*, RA 2006, 151 = NJW 2006, 497

Zum Vergleich gem. § 779 BGB: *Lange*, WM 1999, 1301

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"
- Assessorkurs*: "Der Ehe Lohn"

Leitsätze:

- a) **Zur Wirksamkeit eines Vergleichs betreffend HAT-Fonds 48.**
- b) **Zur Heilung eines in einem Vergleich enthaltenen formnichtigen Kreditvertrages nach § 6 II 1 VerbrKrG durch Inanspruchnahme des Kredits seitens des Erwerbers eines Fondsanteils, wenn die an den Fonds geflossene Darlehensvaluta vereinbarungsgemäß dem Fonds belassen worden ist.**
- c) **Ob eine Haustürsituation i.S. von § 1 I HWiG für den späteren Vertragsschluss mitursächlich war, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt. Dabei ist zu beachten, dass es keinen Rechtssatz gibt, nach dem mit Ablauf einer bestimmten Frist die Kausalität ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls entfällt.**

les, die jeweils dem Tatrichter obliegt. Dabei ist zu beachten, dass es keinen Rechtssatz gibt, nach dem mit Ablauf einer bestimmten Frist die Kausalität ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls entfällt.

Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Vergleichs und dadurch betroffene Ansprüche der Kl..

[2] Diese unterzeichnete am 18.07.1993 einen mit "Auftrag und Vollmacht" überschriebenen formularmäßigen Zeichnungsschein, mit dem sie die D. Steuerberatungsgesellschaft mbH (künftig: Treuhänderin), die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, beauftragte, für sie den wirtschaftlichen Beitritt zu dem in der Rechtsform einer GbR organisierten Immobilien fonds (künftig: Fonds) zu erklären, der ein Büro- und Geschäftshaus in Dr. errichten sollte. Die Beteiligung der Kl. sollte 60.000 DM betragen und in Höhe von 48.000 DM zuzüglich Damnum durch einen Kredit mit Tilgung über eine Kapitallebensversicherung finanziert werden. Die Kl. erteilte der Treuhänderin im Zeichnungsschein ausdrücklich Vollmacht, erforderliche Zwischen- und Endfinanzierungskredite für die Gesellschaft wie auch für sie selbst aufzunehmen, und bot ihr den Abschluss eines umfassenden Treuhandvertrages an. Die Treuhänderin nahm das Angebot an und übernahm für sie treuhänderisch einen Teil des von ihr gehaltenen Gesellschaftsanteils. Für die Kl. als Treugeberin sollte die Treuhänderin im Wege offener Stellvertretung tätig werden mit der Folge, dass die Kl. unmittelbar Trägerin von Rechten und Pflichten aus den für sie abgeschlossenen Verträgen, begrenzt auf die Höhe ihrer Beteiligung, sein sollte.

[3] Nach Fertigstellung des Bauvorhabens wurde am 16./23.12.1994 von der Rechtsvorgängerin der Bkl. (künftig: Bkl.) und den Gründungsgesellschaftern des Fonds sowie der Treuhänderin ein Darlehensvertrag über insgesamt 86.183.595 DM geschlossen, dessen Valuta dem Fonds zur Projektverwirklichung zufloss. Durch diesen Vertrag wurde unter anderem ein Zwischenfinanzierungsdarlehen vom 19./24.05.1993 abgelöst, dessen Vertragsbedingungen ausdrücklich auch für den Endfinanzierungsvertrag gelten sollten. Danach diente als Sicherheit für das Darlehen unter anderem eine Grundschuld am Fondsgrundstück. Ferner war bestimmt, dass jeder der Fondsanleger persönlich in Höhe von 80% des von ihm gezeichneten Anteils zuzüglich eines vereinbarten anteiligen Disagios haften sollte. Für den Großteil des Endfinanzierungskredits wurde die Tilgung bis zum 30.06.2013 ausgesetzt. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Tilgung durch Ansprüche aus Kapitallebensversicherungsverträgen der einzelnen Fondsanleger erfolgen, die diese an die Bkl. sicherheitshalber abtraten. Mit Schreiben vom 13.02.1995 informierte die Bkl. die Kl. über das Kreditverhältnis und teilte ihr mit, dass sie aus der kredit-

vertraglichen Vereinbarung persönlich bis zu einem Betrag von maximal 88,9% ihres Gesellschaftsanteils für die Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft hafte.

[4] Nach der Insolvenz einer der Initiatorinnen des Fonds schloss sich die Kl. einer Gemeinschaft an, die die Interessen einer Vielzahl von Anlegern gegenüber der Bekl. wahrnahm. Die Interessengemeinschaft beauftragte Rechtsanwalt H., der nach längeren Verhandlungen mit der Bekl. auf der Grundlage einer ausführlichen rechtlichen Stellungnahme vom 26.07.1999 den Anlegern den Abschluss eines vom ihm ausgehandelten Vergleichs empfahl. Die Kl. unterzeichnete daraufhin am 30.08.1999 die ihr von der Bekl. übersandte Vergleichsvereinbarung vom 09.08.1999, in der u.a. der Nettokreditbetrag mit 37.338 DM, der Zinssatz mit 4,95%, die effektiven Jahreszinsen mit 5,06%, die Art und Weise der Rückzahlung und die Besicherung des Kredits durch die auf dem Fondsgrundstück ruhende Grundschuld angegeben sind. Kernpunkte dieses Vergleichs sind ein Forderungsverzicht der Bekl. in Höhe von 30%, ein vergünstigter Zinssatz sowie ein wechselseitiger Verzicht der Parteien u.a. auf etwaige weitergehende Schadensersatz-, Erstattungs- oder sonstige Regressansprüche gegen die Bekl..

[5] Mit Anwaltsschreiben vom 09.10.2003 berief sich die Kl. auf die Nichtigkeit des Vergleichs, erklärte vorsorglich dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und forderte die Rückabtretung einer an die Bekl. abgetretenen Lebensversicherung sowie Rückzahlung der gezahlten Zinsen.

[6] Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung von 13.037,49 € zuzüglich Zinsen, Rückabtretung der Lebensversicherung und Feststellung, dass die Kl. aus dem Vergleich keine Zahlungspflichten hat, hilfsweise, dass sie nur 4% Zinsen schuldet, abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision ist nicht begründet.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

[8] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Der Vergleich sei nicht gemäß § 779 I BGB unwirksam. Die Parteien hätten dem Vergleich keinen Sachverhalt zugrunde gelegt, der der Wirklichkeit nicht entsprochen hätte. Vielmehr werde aus der Stellungnahme von Rechtsanwalt H. vom 26.07.1999 deutlich, dass eine wirksame Verpflichtung der einzelnen Anleger gegenüber der Bekl. unter vielfältigen, aber nicht abschließenden Gesichtspunkten geprüft und in Zweifel gezogen worden sei. Rechtsanwalt H. habe ausdrücklich betont, dass es zu keinem der Haftungsansätze eine klare höchstrichterliche Entscheidung gebe. Er habe auch in Erwägung gezogen, dass eine solche später zugunsten der Anleger ausfallen könne. Die Kl. habe daher erkennbar und bewusst das

Risiko übernommen, dass spätere rechtliche Beurteilungen womöglich zu einem für die Anleger günstigeren Ergebnis gelangen könnten. Sinn und Zweck des Vergleichs sei gerade die Beseitigung der durch die Vielzahl tatsächlicher und rechtlicher Probleme entstandenen Ungewissheit über eine anteilmäßige Haftung der Kl. für die Rückzahlung des Darlehens gewesen. Es habe eine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden sollen. Deshalb sei unerheblich, ob die Kl. der Bekl. bereits vor Abschluss des Vergleichs direkt verpflichtet gewesen sei.

[10] Die Kl. könne den Vergleich nicht nach § 123 BGB anfechten, da sie nicht getäuscht worden sei. Auch ein Widerruf des Vergleichs nach § 1 HWiG (HWiG im Folgenden jeweils in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung) scheide aus. Selbst wenn die Unterzeichnung des Zeichnungsscheins im Juli 1993 in einer Haustürsituation erfolgt sein sollte, sei diese für den Abschluss des Vergleichs im August 1999 nicht ursächlich. Vielmehr habe die Kl. den Vergleichsvorschlag nach eingehender rechtlicher Beratung unbeeinflusst angenommen.

[11] Der Vergleich sei auch nicht gemäß § 6 I VerbrKrG (VerbrKrG im Folgenden jeweils in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung) nichtig. Er enthalte die nach § 4 I 4 Ziffer 1 VerbrKrG erforderlichen Angaben. Die Angabe eines Gesamtbetrages (§ 4 I 4 Nr. 1 b VerbrKrG) sei nicht erforderlich gewesen, da der Kreditvertrag von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht worden sei (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG). Ein Realkreditvertrag in diesem Sinne liege auch dann vor, wenn der Erwerber ein Grundpfandrecht nicht selbst bestelle, sondern ein bestehendes teilweise übernehme. Gleichfalls sei es nicht erforderlich gewesen, die Jahresbeiträge der Kapitallebensversicherung in dem Vergleich anzugeben. Diese Prämie gehöre nicht zu den in § 4 I 4 Nr. 1 f VerbrKrG genannten Kosten einer sonstigen Versicherung. Da die Kl. zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses die Prämien seit nahezu sechs Jahren entrichtet gehabt habe, sei es außerdem mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren, wenn sie aus dem Fehlen der ziffernmäßigen Bezeichnung der Versicherungsprämien die Nichtigkeit des Vergleichsabschlusses herleiten wolle. Der im Vergleich enthaltene Hinweis auf die der Beklagten abgetretene Kapitallebensversicherung beinhalte zugleich die gemäß § 4 I 4 Nr. 1 c VerbrKrG erforderliche Angabe der Art und Weise der Rückzahlung des Kredits.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[12] Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

1. Der Vergleich gem. § 779 I BGB ist wirksam

[13] Das Berufungsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass die Vergleichsvereinbarung der Parteien vom

9./30.08.1999 nicht gemäß § 779 BGB unwirksam ist.

a. Vergleichsvoraussetzungen i.S. des § 779 I BGB

[14] Voraussetzung für die Unwirksamkeit eines Vergleiches nach § 779 I BGB ist, dass der von beiden Parteien nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt nicht der Wirklichkeit entspricht und der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. Ein Sachverhalt ist dann als feststehend zugrunde gelegt, wenn er den Beteiligten nicht oder nicht mehr ungewiss ist und von ihnen als wesentliche Voraussetzung der Streitbeilegung betrachtet wird (vgl. MünchKommBGB/Habersack, 4. Aufl. § 779 Rdn. 63 m.w.Nachw.). Ein etwaiger Irrtum über einen Umstand, der vor dem Vergleich als streitig und ungewiss angesehen wurde und deshalb Gegenstand der Streitbeilegung war, führt nicht zur Anwendbarkeit des § 779 BGB (BGH, Urteil vom 08.12.1999 - I ZR 230/97, WM 2000, 2160, 2162). Ebenso wenig hat ein reiner Rechtsirrtum der Parteien ohne jeden Irrtum über Tatsachen die Unwirksamkeit des Vergleichs zur Folge (BGH, Urteil vom 07.06.1961 - VIII ZR 69/60, NJW 1961, 1460 m.w.Nachw.).

b. Beide Parteien gingen von persönlicher Haftung der Kl. für die Kreditverbindlichkeit i.H. ihres Anteils aus

[15] Die Revision beruft sich ohne Erfolg darauf, die Parteien seien bei Abschluss des Vergleichs übereinstimmend fehlerhaft davon ausgegangen, die Kl. persönlich sei Darlehensnehmerin des Kreditvertrages vom 16./23.12.1994 gewesen. Ob beide Parteien eine solche Vorstellung hatten, ist zweifelhaft, da es im Schreiben von Rechtsanwalt H. vom 13.10.1998 an die Bekl. heißt, der Darlehensvertrag vom 16./23.12.1994 sei von der Treuhänderin als Gesellschafterin des Fonds, nicht für die einzelnen Anleger geschlossen worden, diese seien daraus nicht verpflichtet. Indes kann die Frage für die Entscheidung des Rechtsstreits offen bleiben. Denn für den Vergleichsschluss war es, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht entscheidend, ob die Parteien von einer direkten Darlehensverpflichtung der Kl. oder lediglich von einer mittelbaren Haftung aufgrund des Treuhandvertrages ausgegangen sind. Beide Parteien wussten, dass die Kl. aufgrund der ausdrücklichen vertraglichen Absprachen für die Erfüllung der Kreditverbindlichkeiten in Höhe von 88,9% ihres Anteils persönlich haften sollte. Über die Wirksamkeit dieser Verpflichtung herrschte unabhängig von der rechtlichen Konstruktion Streit zwischen den Parteien. Die Begründung einer neuen darlehensvertraglichen Verpflichtung, die unabhängig von möglichen Einwendungen aus den bisherigen vertraglichen Konstruktionen und insbesondere der Verknüpfung mit dem Fondsbeitritt der Kl. sein sollte, war übereinstimmender Beweggrund für den Vergleichsabschluss. Darüber hinaus ist der Sachver-

halt von den Parteien in der Vergleichsvereinbarung und in der Stellungnahme des Rechtsanwalts H. vom 26.07.1999 erschöpfend dargestellt worden. Über diesen bestand kein Streit. Wenn die Parteien irrtümlich von einer persönlichen Darlehensverpflichtung der Kl. ausgegangen sein sollten, handelte es sich um einen reinen unbeachtlichen Rechtsirrtum.

2. Vergleich ist nicht durch Anfechtung gem. § 142 I i.V.m. § 123 I BGB erloschen

[16] Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt, dass die Kl. ihre Vergleichserklärung nicht nach § 123 BGB wirksam angefochten hat, weil sie von der Bekl. nicht arglistig getäuscht worden ist.

a. Keine arglistige Täuschung durch nachteiliges Verhalten des Geschäftsführers dargelegt

[17] Soweit die Kl. ihr Anfechtungsrecht darauf stützt, dass die Geschäftsführer der Interessengemeinschaft vormals maßgeblich am Vertrieb der Fondsanteile beteiligt gewesen seien, hat das Berufungsgericht eine arglistige Täuschung zu Recht mangels konkreten Vortrages der Kl. zu einem für sie nachteiligen Verhalten der Geschäftsführer verneint. Der von der Revision angeführte Interessenkonflikt bestand zudem nicht, weil eine etwaige Haftung der Fondsvertreiber durch den Vergleich nicht berührt wurde.

b. Keine durch den Vergleich begründete nachteilige Haftung der Kl. gegeben

[18] Das Berufungsgericht hat auch zu Recht ausgeführt, dass aus damaliger Sicht die Haftung der Kl. durch den Vergleich nicht nachteilig verändert worden ist. Entgegen der Ansicht der Revision war die Kl. ursprünglich nicht nur der Treuhänderin gegenüber verpflichtet, sondern sollte der Bekl. aufgrund der kreditvertraglichen Vereinbarungen unmittelbar in Höhe ihres Anteils haften. Die Frage, ob diese vertraglichen Vereinbarungen wirksam waren oder nicht, war zwischen den Parteien im Streit. Die Kl. war durch Rechtsanwalt H. über die damals erkennbaren rechtlichen Fragen in Kenntnis gesetzt worden. Eine Aufklärungspflicht der Bekl. über eine mögliche Nichtigkeit der Treuhandvollmacht bestand - unabhängig von der davon nicht ohne weiteres berührten Finanzierungsvollmacht im Zeichnungsschein (vgl. dazu Senatsurteil vom 24.10.2006 - XI ZR 216/05, WM 2007, 116, 117 f., Tz. 16 f.) - schon allein deswegen nicht, weil den vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nichts zu entnehmen war, was für einen Verstoß eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht eines Geschäftsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBERG i.V. mit § 134 BGB gesprochen hätte (st.Rspr., vgl. etwa BGHZ 145, 265, 276 ff.; Senatsurteile vom 09.11.2004 - XI ZR 315/03, WM 2005,

72, 75 und vom 23.01.2007 - XI ZR 44/06, WM 2007, 639, 640, Tz. 11, für BGHZ 171, 1 vorgesehen).

3. Vergleich auch nicht durch Widerruf gem. § 1 I HwiG (= §§ 312 I, 355 I BGB) erloschen

[19] Das Berufungsgericht hat auch zu Recht ausgeführt, dass die Kl. die Vergleichsvereinbarung nicht nach § 1 I HwiG wirksam widerrufen hat. Es fehlt nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls an der Ursächlichkeit einer Haustürsituation für den Vergleichsabschluss.

[20] Ob eine - vorliegend unterstellte - Haustürsituation bei Unterzeichnung des Zeichnungsscheins im Jahr 1993 für den Abschluss des Vergleichs im Jahr 1999 mitursächlich war, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt und die deshalb in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur beschränkt überprüft werden kann (Senatsurteile vom 09.05.2006 - XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1244, Tz. 14, vom 13.06.2006 - XI ZR 94/05, WM 2006, 1995, 1997, Tz. 15 und vom 10.07.2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, 1832, Tz. 11 m.w.Nachw.). Dabei ist zu beachten, dass es keinen Rechtssatz gibt, nach dem mit Ablauf einer bestimmten Frist die Kausalität ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles entfällt. Das Berufungsgericht ist unter Würdigung der Umstände des Falles rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Abschluss des Vergleichs der Parteien nicht unter dem Eindruck einer für Haustürgeschäfte typischen Überumpelungssituation zustande gekommen ist, sondern nach eingehender rechtlicher Beratung und nach langem Zeitabstand unbeeinflusst von einer eventuellen Haustürsituation geschlossen wurde. Diese tatrichterliche Würdigung ist ohne weiteres vertretbar, verstößt nicht gegen die Denkgesetze und beruht nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung.

4. Keine Formnichtigkeit des Vergleichs gem. §§ 6 I, 4 I VerbrKrG (= §§ 494 I, 492 I BGB)

[21] Schließlich hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vergleich auch nicht gemäß § 6 I VerbrKrG wegen Fehlens von Pflichtangaben nach § 4 I VerbrKrG nichtig ist.

a. Kein Formfehler gem. § 4 I 4 Nr. 1 b VerbrKrG wegen § 3 II Nr. 2 VerbrKrG (= §§ 492 I 5 Nr. 2, 492 I a BGB)

[22] Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Vergleich die Gesamtbetragsangabe nach § 4 I 4 Nr. 1 b VerbrKrG gemäß § 3 II Nr. 2 VerbrKrG nicht enthalten musste. Die in der Vergleichsvereinbarung festgelegte Darlehensforderung ist von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht worden. Auf Seite 4 unter Buchstabe C.) des Vergleichs ist ausdrücklich geregelt, dass das

Darlehen grundpfandrechtlich durch die zu Lasten des Fondsgrundstücks eingetragene Grundschuld besichert werden soll. Ein Realkreditvertrag im Sinne von § 3 II Nr. 2 VerbrKrG liegt bei einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung auch dann vor, wenn der Erwerber ein Grundpfandrecht nicht selbst bestellt hat, sondern ein bestehendes (teilweise) als Sicherheit dienen soll. Ob der Kreditnehmer selbst Sicherungsgeber ist, ist ohne Belang. Entscheidend ist die schuldrechtliche Abrede, nach der ein Grundpfandrecht zur Absicherung dienen soll (Senatsurteil BGHZ 167, 223, 229 f., Tz. 20).

b. Keine durchgreifenden Formfehler gem. § 4 I 4 Nr. 1 f VerbrKrG (= § 492 I 5 Nr. 6 BGB) sowie gem. § 4 I 4 Nr. 1 c VerbrKrG (= § 492 I 5 Nr. 3 BGB)

[23] Soweit das Berufungsgericht die fehlende Angabe über die Höhe der Kapitallebensversicherungsprämien (§ 4 I 4 Nr. 1 f VerbrKrG) als unbeachtlich und die Angabe über die Art und Weise der Rückzahlung des Kredits (§ 4 I 4 Nr. 1 c VerbrKrG) als erfüllt angesehen hat, sind seine Ausführungen nur im Ergebnis zutreffend.

aa. Formbedürftigkeit des Vergleichs gem. § 779 BGB

[24] Zwar schreibt § 779 BGB selbst keine Form vor. Geht aber eine Partei in dem Vergleich eine nach anderen Vorschriften formbedürftige Verpflichtung ein, die nicht schon in dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis formgerecht begründet worden ist, erstreckt sich das jeweilige Formerfordernis auch auf den Vergleich (vgl. MünchKommBGB/ Habersack, 4. Aufl. § 779 Rdn. 39; Palandt/Sprau, BGB 67. Aufl. § 779 Rdn. 2). Für einen in einem Vergleich enthaltenen Verbraucherdarlehensvertrag folgt dies bereits aus einem Umkehrschluss zu § 3 II Nr. 3 VerbrKrG. Dieser macht eine Ausnahme vom Formerfordernis nur für gerichtlich protokollierte Vergleiche (vgl. Staudinger/Marburger, BGB Bearb. 2002 § 779 Rdn. 35).

bb. Heilung des Formfehlers gem. § 6 II 1 VerbrKrG (= § 494 II BGB)

[25] Die von der Revision gerügten Formmängel sind aber gemäß § 6 II 1 VerbrKrG durch Inanspruchnahme des Darlehens geheilt worden.

[26] Einer Heilung durch Inanspruchnahme des Darlehens steht nicht entgegen, dass die Darlehensvaluta zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits an den Fonds ausgezahlt war. Die Inanspruchnahme liegt in diesem Fall in der Fortsetzung der Darlehensnutzung durch den Fonds. Eine Heilung wegen Fortsetzung der Darlehensnutzung hat der Senat zwar bislang nur für den Darlehensnehmer bejaht (vgl. BGHZ 165, 213, 218). Für den Fall des Empfangs eines Darlehens entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Senats, dass ein Darlehensnehmer die Darlehensvaluta auch dann erhalten hat, wenn sie vereinbarungsgemäß an

die Fondsgesellschaft ausgezahlt worden ist (BGHZ 167, 223, 235, Tz. 33; 167, 239, 244 f., Tz. 16; 167, 252, 263 f., Tz. 31). Für den vorliegenden Fall der Inanspruchnahme durch Fortsetzung der Nutzung kann aber nichts anderes gelten. Denn nach dem Inhalt des Vergleichs sollte das Darlehen vereinbarungsgemäß dem Fonds belassen werden. Entgegen der Ansicht der Revision ist der vorliegende Fall nicht mit einem formnichtigen Schuldbeitritt vergleichbar, bei dem eine Heilung deswegen ausgeschlossen ist, weil der Mitverpflichtete keinen Anspruch auf Gewährung des Darlehens hat und lediglich für eine fremde Schuld haftet (vgl. BGHZ 134, 94, 98 f.; 155, 240, 248; 165, 43, 52 f.). Vorliegend haftet die Kl. aber nicht für eine fremde Schuld, sondern sie ist selbst Darlehensnehmerin und wird gegenüber dem Fonds durch das Belassen der Darlehensvaluta von ihrer Einlageverpflichtung aus dem Fondsbeitritt befreit.

[27] Die Heilung erfolgt nach § 6 II 1 VerbrKrG ohne Reduzierung der Zahlungspflicht der Kl. gemäß § 6 II 2 und 3 VerbrKrG. Der von der Kl. unter Berufung auf das Senatsurteil vom 09.05.2006 (XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1246, Tz. 31) geltend gemachte Verstoß gegen § 4 I 4 Nr. 1 c VerbrKrG wegen Nichtangabe der Anzahl der zu entrichtenden Lebensversicherungsprämien löst im Falle seiner Heilung keine spezifische Sanktion aus (Senatsurteil vom 19.10.2004 - XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2438). Auch der von der Kl.

geltend gemachte Verstoß gegen § 4 I 4 Nr. 1 f VerbrKrG wegen Nichtangabe der Kosten der Kapitallebensversicherung löst, unabhängig von der Frage, ob noch ein zeitlicher und sachlicher Bezug zwischen dem Abschluss des Versicherungsvertrages und dem des Vergleichs bestand, sie also überhaupt anzugeben waren (dazu Senatsurteil vom 05.12.2006 - XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 442, Tz. 21), keinen Erstattungs- oder Ermäßigungsanspruch aus (Senat BGHZ 162, 20, 29).

[28] Darüber hinaus hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dass die Kl. seit rund sechs Jahren vor Abschluss des Vergleichs die Prämien auf die Kapitallebensversicherung gezahlt hat und ihr sowohl deren Kosten und als auch ihr Einsatz zur Tilgung des Darlehens bei Abschluss des Vergleichs bekannt waren. Wenn das Berufungsgericht in Würdigung dieser Sachlage die Berufung der Kl. auf das Fehlen entsprechender Pflichtangaben im Vergleich als rechtsmissbräuchlich (dazu BGHZ 142, 23, 34 f.; 144, 370, 385; 165, 43, 53 und Senatsurteil vom 19.10.2004 - XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2438; zweifelnd Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 494 Rdn. 10 a.E.) gewertet hat, ist das rechtlich nicht zu beanstanden.

III. Zurückweisung der Revision erfolgt

[29] Die Revision war nach alledem zurückzuweisen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Haftungsausschluss nach SGB VII

BGH, URTEIL VOM 18.12.2007
VI ZR 235/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt Ersatz des immateriellen Schadens, der durch einen Verkehrsunfall bedingt war. Der Bekl. zu 1 war Fahrer des KFZ und die Bekl. zu 2 ist dessen Haftpflichtversicherer. Der Kl. sowie der Bekl. zu 1 sind Mitglieder zweier freiwilliger Feuerwehren, die beide zu einem Verkehrsunfall gerufen wurden. Beide Einheiten standen in Kontakt und vereinbarten die Absperrung der Straße jeweils an einer anderen Stelle. Als der Kl. abredgemäß die Straße abriegelte, ereignete sich ein weiterer Verkehrsunfall in seiner unmittelbaren Nähe, der schließlich zu den Schäden führte. Der Bekl. zu 1 wollte seinerseits von zu Hause aus zur Unfallstelle fahren, wobei er seinen Privatwagen benutzte. Als er sich bei der Anfahrt verfuhr, stieß er aus Unachtsamkeit mit einem entgegenkommenden PKW zusammen. Dabei verletzte sich der Kl. schwer.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte hinsichtlich der Bekl. zu 2 Erfolg. Diese verfolgt mit der Revision erfolgreich ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Beschwerde des

Kl. gegen die Nichtzulassung der Revision gegenüber dem Bekl. zu 1 hat der erkennende Senat durch Beschluss vom 25.09.2007 zurückgewiesen.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit einem häufigen Problem in der Schadensersatzhaftung, der gestörten Gesamtschuld. Die Entscheidung ist insoweit besonders gelagert, als der Kl., sowie der Bekl. zu 1 der freiwilligen Feuerwehr angehören und somit neben den klassischen, insbesondere deliktisch gelagerten Anspruchsgrundlagen auch an den Amtshaftungsanspruch zu denken war.

Das BerGer. vertrat die Rechtsauffassung, der Bekl. sei in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden, so dass die Verantwortlichkeit nicht ihn, sondern im Rahmen der Amtshaftung den Träger der Feuerwehr gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG treffe. Der Haftpflichtversicherer, die Bekl. zu 2 hafte gem. § 7 I StVG i.V.m. § 3 Nr. 1 PflVG (= § 115 I VVG n.F.). Das BerGer. verneint das Vorliegen des Haftungsprivilegs gem. § 106 III SGB VII.

Dem tritt der BGH in der Revision entgegen. Das Urteil ist im Hinblick auf die Ausführungen zu § 106 III

SGB VII sehr lesenswert. Der BGH verneint die Haftung des Bekl. zu 1 wegen Einschlägigkeit des § 106 III, 1. Fall SGB VII i.V.m. § 105 I SGB VII. Der Ausschluss gemäß §§ 106 III, 1. Fall, 105 I SGB VII ist umfassend. Er gilt für alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, insbesondere auch für Ansprüche nach §§ 7, 18 StVG sowie für Schadensersatzansprüche gem. § 823 BGB und Amtshaftungsansprüche nach § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG. Das Haftungsprivileg des § 106 III Alt. 1 SGB VII kommt also auch dem Dienstherrn der Beamten zugute. Die personale Konstruktion der Amtshaftung hat zur Folge, dass der Staat grundsätzlich nur in dem gleichen Umfang haftet, wie der Amtsträger selbst es müsste, wenn es die Schuldübernahme nicht gäbe. Deshalb kommen sämtliche auf die persönliche Verantwortlichkeit des Amtsträgers zugeschnittenen gesetzlichen Haftungsbeschränkungen, Haftungsmilderungen oder Haftungsausschlüsse mittelbar auch dem Staat zugute (BGHZ 151, 198, 200). Bei der freiwilligen Feuerwehr handelt es sich um Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen, § 1 I FSHG NW. Entgegen der Auffassung des BerGer. arbeiteten die Feuerwehren auch zusammen. Beide Feuerwehren sollten ausrücken, um die Unglücksstelle abzusichern. Dass dies jeweils an unterschiedlichen Stellen der Straßen geschehen sollte, steht dem nicht entgegen. Das Zusammenwirken in diesem Sinne liegt jedenfalls dann vor, wenn die Tätigkeit als faktisches Miteinander der Tätigen verstanden werden kann, wobei die Tätigkeit aufeinander bezogen oder miteinander verknüpft werden kann oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet ist (BGHZ 145, 331). Dies ist dann gegeben, wenn eine Gefahrgemeinschaft vorliegt, die eine entsprechende Anwendung der §§ 104, 105 SGB VII rechtfertigt (Kassler Kommentar/Ricke, 44 Lfg. 2004, § 106 Rn 2). Hier lag gerade nicht die Konstellation vor, in der die Tätigkeiten zufällig nebeneinander abliefen; vielmehr wurde der Einsatz der beiden Feuerwehren koordiniert durch die Absprachen zwischen beiden (vgl. dazu bereits OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2006 - 10 U 3618/06). Schließlich war auch das Merkmal der Schädigung durch eine betriebliche Tätigkeit zu bejahen. Bei Wegeunfällen ist maßgebend, ob sich in dem Unfallgeschehen das betriebliche Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten zeigt oder ob dieses Verhältnis zum Unfall keinen oder nur einen losen Zusammenhang aufweist (BGHZ 157, 159; BGH, VersR 206, 221). Die Fahrt eines Mitglieds der freiwilligen Feuerwehr zum Einsatzort ist eine betriebliche Tätigkeit, unabhängig davon, ob sie in einem Privatwagen oder einem Dienstwagen erfolgt. Dies liegt daran, dass die Fahrt maßgeblich durch die betriebliche Organisation der Feuerwehr geprägt wird. Der Ausschluss der Haftung bezieht sich auch auf die Ehefrau des Bekl. zu 1 und im Ergebnis auch auf die

Trägerin der freiwilligen Feuerwehr. Sofern die Ehefrau als Halterin oder Mithalterin des KFZ in Betracht kommt, wäre diese dem Kl. gegenüber unproblematisch gem. § 7 I StVG ersatzpflichtig. Ihre Haftung bestünde gesamtschuldnerisch gem. § 421 BGB mit dem Träger der freiwilligen Feuerwehr, welcher gem. § 829 BGB i.V.m. Art. 34 GG haftete. Auch der haftungsbegründende Tatbestand der Amtshaftung ist gegeben. Die freiwillige Feuerwehr handelt hoheitlich, sofern sie Aufgaben gem. § 1 I FSHG NW erfüllt, so dass der Bekl. zu 1 Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist. Auch ist die Fahrt zur Unfallstelle bereits als hoheitliche Tätigkeit einzuordnen. Dies ist dann der Fall, wenn ein so enger Zusammenhang zwischen der Fahrt und der geplanten hoheitlichen Betätigung besteht, dass sich die Fahrt bei natürlicher Betrachtung in den Bereich der hoheitlichen Tätigkeit einfügt (vgl. BGH, NJW 1992, 1227). Ein Ausschluss der Haftung gem. § 839 I 2 BGB war ebenfalls nicht gegeben. Diese Privilegierung findet in den Fällen keine Anwendung, in denen sich ein Amtsträger am Straßenverkehr beteiligt. Es gilt insoweit der Gleichbehandlungsgrundsatz aller Verkehrsteilnehmer. Anderes gilt nur dann, wenn der Amtsträger Sonderrechte (z.B. Blaulicht) in Anspruch nimmt (vgl. BGHZ 85, 225).

Die Haftung der Bekl. zu 2 scheidet an den Grundsätzen der gestörten Gesamtschuld. In den Fällen, in denen zwischen mehreren Schädigern ein Gesamtschuldverhältnis besteht, können Ansprüche des Geschädigten gegen einen Gesamtschuldner (Zweitschädiger) auf den Betrag beschränkt sein, der auf diesen im Innenverhältnis zu dem anderen Gesamtschuldner (Erstschädiger) endgültig entfiel, wenn die Schadensverteilung nach § 426 BGB nicht durch eine sozialversicherungsrechtliche Haftungsprivilegierung des Erstschädigers gestört wäre (st. Rspr.: vgl. BGHZ 155, 205; 157, 9; BGH, VersR 2005, 1397). Ist neben demjenigen, der aus Gefährdungshaftung zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, der andere wegen Verschuldens für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander nach § 840 II BGB der andere allein verpflichtet. Insoweit ist "ein anderes bestimmt" i. S. des § 426 I 1 BGB, denn in den Fällen, in denen auf der einen Seite nur eine Gefährdungshaftung oder eine Haftung aus vermutetem Verschulden, auf der anderen Seite jedoch erwiesenes Verschulden vorliegt, soll im Innenverhältnis derjenige den ganzen Schaden tragen, der nachweislich schuldhaft gehandelt hat (Senatsurteil BGHZ 157, 9, 15 m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Gesamtschuld: *BGH*, RA 2003, 293 = *NJW* 2003, 1036 (Vergleich mit Gesamtschuldner); *BGH*, RA 2003, 749 = *NJW* 2003, 2980 (Gesamtschuld bei einheitlichem Mangel); *BGH*, RA 2002, 340 = *NJW*

2002, 1425 (zu § 32 ZPO); *BGH*, RA 2002, 651 = *MJW* 2002, 3096; *BGH*, *BGH*, RA 2001, 289 = *NJW* 2001, 946 (Verjährung);

Zum Haftungsausschluss: *BGH*, RA 2007, 662 (zu § 105 I SGB VII); *BGH*, *NJW* 2005, 2309 (zu § 106 SGB VII); *OLG Köln*, *NJW* 2005, 3074 (Haftung des Reiseveranstalters); *BGH*, RA 2005, 145 = *NJW* 2005, 422 (Ausschluss in AGB); *BGH*, RA 2004, 266 = *NJW* 2004, 947 (zu § 106 III SGB VII)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der geschädigte Kollege"

Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze:

1. Wenn zwei freiwillige Feuerwehren nach einem gemeinsamen Einsatzplan ausrücken, um eine Unglücksstelle gemeinsam - wenn auch an verschiedenen Stellen - abzusperren, liegt regelmäßig ein Zusammenwirken von Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen vor.

2. Der Einsatz der freiwilligen Feuerwehr in Bayern ist jedenfalls dann hoheitliche Tätigkeit, wenn Aufgaben des abwehrenden Brandschutzes oder des technischen Hilfsdienstes gemäß Art. 1 BayFwG verrichtet werden.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. begehrt Ersatz materiellen und immateriellen Schadens aufgrund eines Verkehrsunfalls vom 03.06.2004, den der Bekl. zu 1 als Fahrer eines bei der Bekl. zu 2 haftpflichtversicherten PKW allein verschuldete.

[2] Nach einem LKW-Unfall auf einer Kreisstraße wurden über die Rettungsleitstelle zwei freiwillige Feuerwehren alarmiert. Diese vereinbarten über Funk, die Straße auf einem längeren Teilstück zu sperren. Nach dem Einsatzplan sollte die Sperrung nördlich der Unfallstelle von der Freiwilligen Feuerwehr A. und südlich der Unfallstelle von der Freiwilligen Feuerwehr G. vorgenommen werden. Der Kl., Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr G., riegelte daraufhin den Verkehr südlich der Unfallstelle an der Einmündung der Bundesstraße B 20 ab. Der Bekl. zu 1, Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr A., war zu Hause alarmiert worden. Er fuhr mit einem privaten PKW zum Feuerwehrhaus in A. Da er dort niemanden mehr antraf, fuhr er in der irrigen Annahme, der Unfall habe sich auf der B 20 ereignet, auf diese Bundesstraße. Als er seinen Irrtum bemerkte, bog er von der B 20 nach links ab, um auf die Kreisstraße zu gelangen. Dabei stieß er aus Unachtsamkeit mit einem entgegenkommenden Fahrzeug zusammen, schleuderte auf den dort im Einsatz befindlichen Kl. und verletzte diesen schwer.

[3] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte hinsichtlich der Bekl. zu 2 Er-

folg. Diese verfolgt mit der vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Beschwerde des Kl. gegen die Nichtzulassung der Revision gegenüber dem Bekl. zu 1 hat der erkennende Senat zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

[4] Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Bekl. zu 1 sei in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden. Deshalb treffe die Verantwortlichkeit nicht ihn persönlich, sondern gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG den Träger der Feuerwehr. Die Bekl. zu 2 hafte gemäß § 7 I StVG i.V.m. § 3 Nr. 1 PflVG, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Bekl. zu 1, seine Ehefrau oder beide Halter des Fahrzeugs gewesen seien. Dieser Anspruch werde von der Haftungsverlagerung gemäß Art. 34 S. 1 GG nicht erfasst. Das Haftungsprivileg des § 106 III SGB VII greife nicht ein. Weder hätten die beteiligten Feuerwehren zur Hilfe bei Unglücksfällen "zusammengewirkt" (Alt. 1), noch seien der Kl. und der Bekl. zu 1 auf einer "gemeinsamen Betriebsstätte" tätig gewesen (Alt. 3). Da ihre Einsatzorte weit voneinander entfernt gelegen hätten, habe eine Gefahrengemeinschaft nicht bestanden.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[5] Die angefochtene Entscheidung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Eine Haftung der Bekl. zu 2 ist aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründet.

1. Ausschluss der Haftung gem. § 106 III, 1. Fall i.V.m. § 105 I SGB VII

[6] War der Bekl. zu 1, was das Berufungsgericht offen gelassen hat, Halter des von ihm gefahrenen Fahrzeugs, scheidet Ersatzansprüche des Kl. gegen den zweitbeklagten Haftpflichtversicherer aus, weil der Bekl. zu 1 selbst nicht haftbar ist. Seine Ersatzpflicht ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nach § 106 III Alt. 1 i.V.m. § 105 I SGB VII ausgeschlossen.

a. Begriff der "Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen" i.S.von § 106 III SGB VII

[7] Nach § 106 III Alt. 1 SGB VII gelten, wenn Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen zusammenwirken, die §§ 104 und 105 SGB VII für die Ersatzpflicht der für die beteiligten Unternehmen Tätigen untereinander. Freiwillige Feuerwehren, die im früheren § 637 II RVO noch ausdrücklich genannt wurden, sind "Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen" im Sinne von § 106 III Alt. 1 SGB VII (Kasseler Kommentar/Ricke, 53. Lfg. 2007, § 128 Rn. 3a). Als solche werden sie in Bayern jedenfalls dann tätig, wenn sie Pflichtaufgaben nach Art. 1 I BayFwG erfüllen. Das war vorliegend der Fall, denn zu diesen Aufgaben gehört neben dem

abwehrenden Brandschutz der technische Hilfsdienst, also die im öffentlichen Interesse liegende "ausreichende technische Hilfe bei sonstigen Unglücksfällen", zu denen auch Verkehrsunfälle zählen (Forsster/Pemler, Bayerisches Feuerwehrgesetz, 29. Lfg. 2003, Art. 1 Rn. 45).

b. Begriff des "Zusammenwirkens" i.S.v. § 106 III SGB VII

[8] Die im Streitfall alarmierten Feuerwehren haben im Sinne von § 106 III Alt. 1 SGB VII "zusammengewirkt", denn nach dem Einsatzplan sollten beide Feuerwehren ausrücken und die Unglücksstelle gemeinsam - wenn auch an verschiedenen Stellen - absperren.

aa. Wortlaut und Sinn und Zweck der Norm

[9] Ein solches Verständnis des Begriffs "Zusammenwirken" entspricht sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der Gesetzgeber hat bei allen Alternativen des § 106 III SGB VII Kooperationsformen ins Auge gefasst, bei denen im faktischen Miteinander die Tätigkeit der Mitwirkenden aufeinander bezogen oder miteinander verknüpft oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet ist (BGHZ 145, 331, 336). In diesen Fällen besteht zwischen Angehörigen fremder Unternehmen eine besondere Gefahrengemeinschaft, die eine entsprechende Anwendung der §§ 104, 105 SGB VII rechtfertigt (Kasseler Kommentar/Ricke, 44. Lfg. 2004, § 106, Rn. 2; ders., 48. Lfg. 2005, Rn. 10).

bb. Kein Fall des zufälligen Aufeinandertreffens gegeben

[10] Hinsichtlich der Voraussetzungen von § 106 III Alt. 3 SGB VII (gemeinsame Betriebsstätte) hat der erkennende Senat darauf abgestellt, dass dieses Haftungsprivileg nicht eingreift, wenn die Tätigkeiten von Angehörigen fremder Unternehmen beziehungslos nebeneinander ablaufen und nur rein zufällig aufeinandertreffen (Arbeitsberührung statt Arbeitsverknüpfung). Das ist etwa dann der Fall, wenn sich die beteiligten Unternehmen vor dem Schadensereignis in keiner Weise - auch nicht stillschweigend oder durch bloßes Tun - verständigt haben (Senatsurteile BGHZ 145, 331; 157, 213; vom 08.04.2003 - VI ZR 251/02 - VersR 2003, 904 und vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - VersR 2007, 948). Diese Grundsätze sind auch für die Auslegung von § 106 III Alt. 1 SGB VII heranzuziehen.

cc. Bewusste Verknüpfung der Tätigkeiten durch gemeinsame Absprachen

[11] Im Streitfall haben die beiden Feuerwehren eine ausdrückliche Absprache darüber getroffen, in welchem Bereich der Unglücksstelle sie jeweils tätig werden sollten. Die Absperrmaßnahmen liefen nicht zufällig und beziehungslos nebeneinander ab, sondern wa-

ren bewusst miteinander verknüpft, zumal bei einer beidseits befahrbaren Straße Bergungsarbeiten nur dann ungestört durchgeführt werden können, wenn die Zufahrt zum Unfallort von beiden Seiten abgesperrt wird (vgl. OLG München, Urteil vom 15.12.2006 - 10 U 3618/06 - Rn. 13, juris).

dd. Gefahrengemeinschaft als Grundlage des Haftungsausschlusses gegeben

[12] Danach war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts vorliegend eine sogenannte Gefahrengemeinschaft gegeben, die Grundlage des Haftungsausschlusses nicht nur in Fällen der 3. Alternative des § 106 III SGB VII (dazu Senatsurteile BGHZ 148, 209, 212 und vom 13.03.2007, aaO), sondern auch beim Zusammenwirken mehrerer Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen ist (Kasseler Kommentar/Ricke, 48. Lfg. 2005, § 106, Rn. 10; Rofls, Die Haftung unter Arbeitskollegen und verwandte Tatbestände, S. 157). Die Regelung in § 106 III Alt. 1 SGB VII trägt nämlich der spezifischen Gefahrensituation Rechnung, in der sich die helfenden Personen regelmäßig befinden. Die von einem Unglücksfall ausgehenden Risiken - welche durch die erforderliche Eile und das Zusammenwirken vieler, oftmals miteinander nicht oder wenig vertrauter Personen mit unbekanntem oder gefährlichem Gerät sowie die gegebenenfalls erforderliche Improvisation am Unfallort verstärkt werden - lassen es geboten erscheinen, die privatrechtliche Einstandspflicht für in derartigen Ausnahmesituationen verursachte Schäden auszuschließen (Rofls, aaO).

[13] Das Vorliegen einer solchen Situation kann im Streitfall nicht deshalb verneint werden, weil die beteiligten Feuerwehren die Unfallstelle an unterschiedlichen und räumlich voneinander entfernten Orten sichern sollten. Unter den mit einem Unglücksfall regelmäßig verbundenen erschwerten Umständen ist es nicht außergewöhnlich, dass sich die Wege der Helfenden trotzdem kreuzen und diese sich dabei "ablaufbedingt in die Quere kommen" (vgl. dazu Senatsurteil vom 13.03.2007, aaO). Zudem wäre es unpraktikabel und unbefriedigend, wenn das Eingreifen des Haftungsprivilegs bei Feuerwehren, deren Tätigkeitsort sich im Laufe des Einsatzes verändern kann (z.B. bei Waldbränden oder Überschwemmungen), von dem Ort des konkreten Einsatzes abhängig wäre (OLG München, aaO, Rn. 17).

c. Schädigung durch betriebliche Tätigkeit des Bkl. zu 1 verursacht

[14] Die Schädigung des Kl. ist durch eine betriebliche Tätigkeit des Bkl. zu 1 verursacht worden. Hierfür ist bei Wegeunfällen maßgebend, ob sich in dem Unfallgeschehen das betriebliche Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem manifestiert oder ob dieses Verhältnis zum Unfall keinen oder nur einen losen Zusammenhang hat (Senatsurteile BGHZ 157, 159,

163 f. und vom 25.10.2005 - VI ZR 334/04 - VersR 2006, 221, 222 m.w.N.). Keine betriebliche Tätigkeit ist für den Schädiger die Zurücklegung der in § 8 II SGB VII genannten - und nur aus sozialpolitischen Gründen in der gesetzlichen Unfallversicherung mitversicherten - Wege (BAG, NJW 2001, 2039; Kasseler Kommentar/Ricke, 53. Lfg. 2007, § 105, Rn. 6; zu § 637 RVO vgl. auch Senatsurteil vom 14.02.1978 - VI ZR 216/76 - VersR 1978, 625). Die Fahrt des Mitglieds einer freiwilligen Feuerwehr zum Einsatzort ist eine betriebliche Tätigkeit und zwar auch dann, wenn sie im Privatwagen erfolgt. Eine solche Fahrt kann nämlich nicht nach Belieben gestaltet werden. Sie ist nach plötzlicher Alarmierung besonders eilbedürftig, sie erfolgt unter erhöhter Anspannung und ist zudem wesentlich durch die betriebliche Organisation geprägt (zu § 637 RVO vgl. OLG Celle, VersR 1988, 67, 68; LG Trier, ZfS 1991, 120; Rolfs, aaO, S. 155). Unerheblich ist, dass der Bekl. zu 1 die Einsatzstelle nicht auf direktem Wege, sondern irrtümlich über die Bundesstraße anfuhr. Bei Abwegen besteht Versicherungsschutz, wenn dem Geschädigten der Abweg nicht anzulasten ist (vgl. Kasseler Kommentar/Ricke, 53. Lfg. 2007, § 8, Rn. 202 ff. m.w.N.). So liegt der Fall hier, denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Lage der Unfallstelle dem Bekl. zu 1 nur ungenau beschrieben worden. Im Hinblick darauf ist ihm unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Unglücksfalles nicht vorzuwerfen, dass er nicht auf dem direkten Weg zu seinem Einsatzort fuhr.

d. Versicherungsfall gem. §§ 7 I, 8 I SGB VII

[15] Die Schädigung des Kl. beruht auch auf einem von dem Bekl. zu 1 verursachten Versicherungsfall im Sinne von §§ 7 I, 8 I SGB VII, denn der Kl. hat den Unfall infolge einer versicherten Tätigkeit nach § 2 I Nr. 12 SGB VII erlitten, nämlich infolge seines ehrenamtlichen Dienstes bei der freiwilligen Feuerwehr (vgl. dazu Brackmann/Wiester, SGB VII, 93./99. Lfg. 1999, § 2, Rn. 611). Ebenso wie der Kl. war auch der Bekl. zu 1 gemäß § 2 I Nr. 12 SGB VII Versicherter.

e. Kein Ausschluss durch vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls

[16] Die Vorschrift des § 105 I 1 SGB VII steht dem Eingreifen des Haftungsprivilegs vorliegend nicht entgegen. Der Versicherungsfall ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht vorsätzlich herbeigeführt worden. Er ereignete sich auch aus der Sicht des geschädigten Kl., der sich bereits an seinem Einsatzort befand, nicht auf einem nach § 8 II Nr. 1-4 SGB VII versicherten Weg (vgl. Senatsurteil BGHZ 157, 159, 163; Rapp in LPK SGB VII, § 105, Rn. 10 und § 104, Rn. 21).

f. Rechtsfolge: Umfassender Haftungsausschluss

[17] Der Haftungsausschluss gemäß §§ 106 III Alt. 1,

105 I SGB VII ist umfassend. Er gilt für alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen und erstreckt sich insbesondere auf Ansprüche nach §§ 7 und 18 StVG sowie auf Schadensersatzansprüche nach § 823 BGB und Amtshaftungsansprüche nach § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG. Das Haftungsprivileg des § 106 III Alt. 1 SGB VII kommt auch dem Dienstherrn des Beamten zugute, denn die personale Konstruktion der Amtshaftung hat zur Folge, dass der Staat grundsätzlich nur in dem gleichen Umfang haftet, wie der Amtsträger selbst es müsste, wenn es die Schuldübernahme nicht gäbe. Deshalb kommen sämtliche auf die persönliche Verantwortlichkeit des Amtsträgers zugeschnittenen gesetzlichen Haftungsbeschränkungen, Haftungsmilderungen oder Haftungsausschlüsse mittelbar auch dem Staat zugute (BGHZ 151, 198, 200).

2. Haftungsausschluss betreffe auch die Ehefrau nach den Grundsätzen der gestörten Gesamtschuld

[18] Ein Anspruch des Kl. gegen den zweitbeklagten Haftpflichtversicherer besteht auch dann nicht, wenn nicht der Bekl. zu 1, sondern dessen Ehefrau oder beide gemeinsam Halter des von ihm gefahrenen Fahrzeugs waren. Zwar kommt der Ehefrau kein Haftungsprivileg gemäß §§ 104 ff. SGB VII zugute, doch wäre deren Haftung und damit auch die auf § 3 Nr. 1 PflVG beruhende Einstandspflicht der Bekl. zu 2 nach den Grundsätzen der sogenannten gestörten Gesamtschuld ausgeschlossen.

a. Gesamtschuldnerische Haftung gem. § 7 I StVG und gem. §§ 839 I BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG

[19] Als Halterin oder Mithalterin des unfallbeteiligten Kraftfahrzeugs wäre die Ehefrau des Bekl. zu 1 dem Kl. gegenüber gemäß § 7 I StVG grundsätzlich ersatzpflichtig. Ihre Haftung bestünde gesamtschuldnerisch mit dem Träger der freiwilligen Feuerwehr (§ 839 I BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG).

aa. Bekl. zu 1. ist Beamter im haftungsrechtlichen Sinne

[20] Der Bekl. zu 1, der durch den von ihm allein verschuldeten Unfall den Kl. an der Gesundheit geschädigt und dadurch eine Amtspflicht verletzt hat, war Beamter im haftungsrechtlichen Sinne.

(1.) Tätigkeit ist hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen

[21] Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn die Person tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist. Die Feuerwehr handelt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben regelmäßig hoheitlich (BGHZ 63, 167, 170 m.w.N.). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Tätigkeiten freiwilliger Feuerwehren in Nordbaden (Urteil vom 23.10.1958 - III ZR 91/57 - VersR 1958, 886) und in Nordrhein-Westfalen (BGHZ 20, 290, 292; ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1444).

Dem hat sich für die bayerischen freiwilligen Feuerwehren das Bayerische Oberste Landesgericht angeschlossen (BayObLGZ 70, 216, 219 ff.; zust. Forster/Pemler aaO, Art. 27, Rn. 37). Diese Auffassung wird auch von der Kommentarliteratur geteilt (Staudinger/Wurm, BGB, 13. Bearb. [2002], § 839, Rn. 798; Soergel/Vinke, BGB, Stand Sommer 2005, § 839, Rn. 75).

(2.) *Auch die freiwillige Feuerwehr handelt hoheitlich*
 [22] Der Einsatz der freiwilligen Feuerwehr in Bayern ist jedenfalls dann hoheitliche Tätigkeit, wenn Aufgaben gemäß Art. 1 BayFwG verrichtet werden. Die Gewährleistung des dort genannten abwehrenden Brandschutzes und des technischen Hilfsdienstes ist Teil des Sicherheitsrechts und öffentlich-rechtliche Pflichtaufgabe der Gemeinden (§ 57 GO, Art. 1 BayFwG). Sie wird für diese von den Feuerwehren wahrgenommen, die dafür mit besonderen Eingriffsbefugnissen ausgestattet sind (Art. 24 ff. BayFwG). Der Annahme hoheitlichen Tätigwerdens steht nicht entgegen, dass freiwillige Feuerwehren privatrechtlich, nämlich als Vereine, organisiert sind. Zum einen können auch Private mit der Wahrnehmung einzelner hoheitlicher Aufgaben betraut werden (Beliehene und Verwaltungshelfer, vgl. Zimmerling in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 839, Rn. 39 f.). Zum anderen sind die freiwilligen Feuerwehren in Bayern nicht nur Vereine im Sinne des BGB, sondern gleichzeitig auch öffentliche Einrichtungen (Art. 4 I 2 BayFwG).

bb. Durch Alarmierung veranlasste Fahrt war bereits hoheitlich

[23] Im Streitfall zählt bereits die durch die Alarmierung veranlasste Fahrt des Bekl. zu 1 zur Unglücksstelle zur hoheitlichen Tätigkeit, denn es genügt, wenn zwischen der Fahrt und der geplanten hoheitlichen Betätigung am Zielort ein so enger innerer Zusammenhang gegeben ist, dass diese sich bei natürlicher Betrachtungsweise in den Bereich hoheitlicher Tätigkeit einfügt und nicht nur in einer äußeren, zeitlichen und gelegentlichmäßigen Beziehung zur Ausübung der hoheitlichen Betätigung steht (BGH, Urteil vom 12.12.1991 - III ZR 10/91 - NJW 1992, 1227, 1228; vgl. auch Staudinger/Wurm, aaO, § 839, Rn. 799; Soergel/Vinke, aaO, § 839, Rn. 75; Forster/Pemler, aaO, Art. 27, Rn. 39; für die Rückfahrt vgl. BGH, Urteil vom 02.06.1958 - III ZR 126/57 - VersR 1958, 688, 689). Ein solch enger innerer Zusammenhang mit der geplanten Einsatzfähigkeit war vorliegend gegeben. Dass die Fahrt im Privatwagen zurückgelegt wurde, ist unerheblich, wenn dies - wie hier - zur Verwirklichung des hoheitlichen Ziels geboten war (vgl. BGH, Urteil vom 02.11.1978 - III ZR 183/76 - VersR 1979, 225, 226).

cc. Kein Ausschluss gem. § 839 I 2 BGB wegen des

Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer; Ausnahme nur bei Sonderrechten dem § 35 StVO

[24] Die Haftung nach § 839 I 1 BGB ist auch nicht subsidiär, denn das Verweisungsprivileg des Satzes 2 ist vorliegend nicht anwendbar. Zwar gelten als "anderweitige Ersatzmöglichkeit" im Sinne dieser Vorschrift auch Ansprüche gegen einen anderen Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer (BGHZ 91, 48, 51), jedoch ist § 839 I 2 BGB nicht anwendbar bei der dienstlichen Teilnahme eines Amtsträgers am allgemeinen Straßenverkehr. Wegen der inhaltlichen Übereinstimmung der alle Verkehrsteilnehmer gleichermaßen treffenden Rechte und Pflichten gebührt hier dem Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer Vorrang gegenüber dem Verweisungsprivileg (BGHZ 68, 217, 220 ff.; 91, 48, 52). Allerdings bleibt bei der dienstlichen Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr das Verweisungsprivileg anwendbar im Falle der Inanspruchnahme von Sonderrechten (BGHZ 85, 225, 228; Soergel/Vinke, aaO, § 839, Rn. 92, 195 f.). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat der Bekl. zu 1 jedoch keine Sonderrechte nach § 35 StVO in Anspruch genommen. Der Unfall beruht allein darauf, dass er beim Linksabbiegen aus Unachtsamkeit ein entgegenkommendes Fahrzeug übersah. Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob bei der Fahrt mit einem privaten PKW zum Einsatzort überhaupt Sonderrechte in Anspruch genommen werden können (vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 39. Aufl., § 35 StVO, Rn. 3 m.w.N.) und ob dies im Streitfall zur Aufgabenerfüllung gemäß § 35 I StVO "dringend geboten" gewesen wäre. Einer dienstlichen Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr (im Sinne des Amtshaftungsrechts) steht auch nicht entgegen, dass sich der Schädiger nicht auf einem Weg nach § 8 II SGB VII befand (vgl. Senatsurteil BGHZ 94, 173, 175).

dd. Überleitung der Haftung auf den Träger gem. Art. 34 GG schließt die pers. Haftung gem. § 18 StVG aus

[25] Die Haftung des Bekl. zu 1 aus § 839 I 1 BGB wird durch Art. 34 S. GG auf die Anstellungskörperschaft (den Träger der freiwilligen Feuerwehr) übergeleitet und schließt die persönliche Haftung des Bekl. als Fahrzeugführer gemäß § 18 StVG aus (vgl. BGHZ 29, 38, 43).

b. Gestörte Gesamtschuld mangels eines Haftungsausschlusses zugunsten der Ehefrau des Bekl. zu 1

[26] Das damit zwischen dem Träger der freiwilligen Feuerwehr und der Ehefrau des Bekl. zu 1 bestehende Gesamtschuldverhältnis ist gestört, weil dem Dienstherrn - wie dargelegt - das Haftungsprivileg gemäß §§ 106 III Alt. 1, 105 I SGB VII zugutekommt. Nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen können in den Fällen, in denen zwischen mehreren Schädigern ein

Gesamtschuldverhältnis besteht, Ansprüche des Geschädigten gegen einen Gesamtschuldner (Zweitschädiger) auf den Betrag beschränkt sein, der auf diesen im Innenverhältnis zu dem anderen Gesamtschuldner (Erstschädiger) endgültig entfielen, wenn die Schadensverteilung nach § 426 BGB nicht durch eine sozialversicherungsrechtliche Haftungsprivilegierung des Erstschädigers gestört wäre (st. Rspr.: vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 61, 51, 55; 94, 173, 176; 155, 205, 212 ff.; 157, 9, 14; vom 14.06.2005 - VI ZR 25/04 - VersR 2005, 1397 und vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - aaO). Die Beschränkung der Haftung des Zweitschädigers beruht dabei auf dem Gedanken, dass einerseits die haftungsrechtliche Privilegierung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden soll, es aber andererseits bei Mitberücksichtigung des Grundes der Haftungsprivilegierung, nämlich der anderweitigen Absicherung des Geschädigten durch eine gesetzliche Unfallversicherung nicht gerechtfertigt wäre, den Zweitschädiger den Schaden alleine tragen zu lassen. Deshalb hat der Senat den Zweitschädiger in solchen Fällen in Höhe des Verantwortungsteils freigestellt, der auf den Erstschädiger im Innenverhältnis entfielen, wenn man seine Haftungsprivilegierung hinweg denkt, wobei unter "Verantwortungsteil" die Zuständigkeit für die Schadensverhütung und damit der Eigenanteil des betreffenden Schädigers an der Schadensentstehung zu verstehen ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 110, 114, 119; 155, 205, 213; 157, 9, 15).

[27] So liegt der Fall hier. Denkt man das Haftungsprivileg gemäß §§ 106 III Alt. 1, 105 I SGB VII hinweg, so würde die - nicht haftungsprivilegierte - Bekl. zu 2 aus Gefährdungshaftung gemäß § 7 I StVG i.V.m. § 3 Nr. 1 PflVG haftbar sein. Zwischen ihr und dem Träger der freiwilligen Feuerwehr bestünde ein Ge-

samtschuldverhältnis gemäß § 840 I BGB. Im Innenverhältnis könnte die Bekl. zu 2 nach § 426 BGB den Träger der freiwilligen Feuerwehr in vollem Umfang auf Ausgleich in Anspruch nehmen und damit dessen Haftungsprivileg unterlaufen. Ist neben demjenigen, welcher aus Gefährdungshaftung zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, der andere wegen erwiesenen Verschuldens für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander nach § 840 II BGB der andere allein verpflichtet. Insoweit ist "ein anderes bestimmt" im Sinne des § 426 I 1 BGB, denn in den Fällen, in denen auf der einen Seite nur eine Gefährdungshaftung oder eine Haftung aus vermutetem Verschulden, auf der anderen Seite jedoch erwiesenes Verschulden vorliegt, soll im Innenverhältnis derjenige den ganzen Schaden tragen, der nachweislich schuldhaft gehandelt hat (Senatsurteil BGHZ 157, 9, 15 m.w.N.). Hätte mithin der Träger der freiwilligen Feuerwehr im Innenverhältnis zur Bekl. zu 2 die Verantwortung für die Schadensentstehung ohne die Haftungsprivilegierung des § 106 III, Alt. 3 SGB VII alleine zu tragen, so wäre es nicht gerechtfertigt, die Bekl. zu 2 als Haftpflichtversicherer der Zweitschädigerin (Halterin) im Rahmen des gestörten Gesamtschuldverhältnisses gleichwohl für den Personenschaden des Kl. (endgültig) haften zu lassen.

c. Kein anderes Ergebnis, wenn beide Ehegatten Halter des KFZ waren

[28] Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Bekl. zu 1 und dessen Ehefrau gemeinsam Halter des Fahrzeugs waren.

III. Nebenentscheidung

[29] Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Standort: Abtretung

Problem: Globalzession / Insolvenzanfechtung

BGH, URTEIL VOM 29.11.2007
IX ZR 30/07 (NJW 2007, 430)

Problemdarstellung:

Der Kl. ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin E.. Die Schuldnerin führte bei der Bekl. ein debitorisch geführtes Geschäftskonto. Im Jahr 2001 hatte die Schuldnerin der Bekl. zur Sicherung aller Forderungen aus der bankmäßigen Verbindung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen gegen Dritte zur Sicherheit abgetreten. Mit Vertrag vom 30.06.2004 wurde der Schuldnerin eine Kreditlinie in Höhe von 2,5 Mio. eingeräumt. Als die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin drohte, kündigte die Bekl. am 12.11.2004 den Kredit fristlos und stellte ihn zur Rückzahlung fällig. Das Konto der Schuldnerin wies zu diesem Zeit-

punkt einen Sollzustand von etwa 2,5 Mio € aus.

In der Zeit vom 12.11.2004 bis zum 07.01.2005 sind auf Forderungen der Schuldnerin Zahlungen von insgesamt ca. 950.000 € auf dem Konto eingegangen. Die Bekl. hat noch Verfügungen der Schuldnerin in Höhe von 19.010 € zugelassen. Der Kl. begehrt nunmehr die Zahlung des Differenzbetrages in Höhe von ca. 932.000 €. Er hielt die von der Bekl. erklärte Verrechnung gem. § 93 I Nr. 3 InsO für unwirksam.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Sprungrevision verfolgt der Kl. den erhobenen Anspruch erfolglos weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat musste sich hier mit einem klassischen Problem im Mobiliarsachenrecht, der Globalzession, auseinandersetzen. Besonders gelagert war

der Fall insoweit, als es sich um die Frage der Insolvenzfestigkeit der Globalzession handelte. Grundzüge des Insolvenzwesens gehören zum Pflichtstoff im zweiten Staatsexamen.

Die Vorausabtretung ist in der Praxis als Sicherungsmittel von großer Bedeutung. Gerade das praktische Bedürfnis nach einem Sicherungsmittel wie dem der Globalzession macht deutlich, dass eine Entwertung dieses Sicherungsmittels auch in Zeiten der Insolvenz weitestgehend vermieden werden soll. Ursprünglich ging man wie selbstverständlich davon aus, dass solche Forderungen, die kurz vor Stellung eines Insolvenzantrags entstanden waren, der Bank auch bei Insolvenz des Kunden als Sicherheit dienen. Im Jahr 2002 hatte der BGH dann entschieden, dass eine Bank Zahlungseingänge innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten vor Insolvenzantragstellung zu ihren Gunsten mit einem negativen Kontokorrentkonto verrechnen durfte, soweit diese Forderungen zuvor Gegenstand der Globalzession an die Bank waren.

Im Jahr 2005 entschied das OLG Karlsruhe (Entscheidung von 08.04.2005, NZI 2006, 103) sodann, dass das Entstehen der Forderung in diesem drei-Monatszeitraum als inkongruente Sicherheit unter den erleichterten Anforderungen im Sinne von § 131 InsO angefochten werden kann. Allerdings hätte dies zu einer deutlichen Entwertung der Globalzession als Sicherungsmittel geführt. Dies deshalb, weil diese Forderungen regelmäßig werthaltig sind. In der hier vorliegenden Entscheidung stellte der erkennende Senat des BGH klar, dass das Entstehen der Forderung bzw. deren Werthaltigmachen im kritischen Zeitraum (drei Monate) als kongruente Deckung angefochten werden kann (§ 130 InsO).

Diese Entscheidung ist insoweit sehr interessant, als dass klassische Klausurprobleme mit dem Insolvenzwesen verbunden werden können. Sicherlich kann eine vertiefte Kenntnis der Materie nicht verlangt werden, allerdings ist insbesondere auch das Insolvenzanfechtungswesen ein beliebtes Problem im zweiten Staatsexamen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Abtretung: *BGH*, RA 2007, 439 = *NJW* 2007, 2320; *BGH*, RA 2005, 56 = *NJW* 2005, 135; *Ahcin/Armbrüster*, *JuS* 2002, 450 ff.; 658 ff.; 768 ff.; 865 ff.; 965 ff.

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

□ Zur Anfechtbarkeit der Globalzession: *Leithaus*, *NZI* 2007, 545; *Piekenbrock*, *NZI* 2007, 685; *OLG Karlsruhe*, *NZI* 2006, 103; *Himmelsbach/Achsnick*, *NZI* 2006, 104

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Die Globalzession"
- *Assessorkurs*: "Der Baumaschinenhändler"
- *Assessorkurs*: "Die sicherungsübereigneten Pfandgegenstände"

Leitsätze:

- a) Globalzessionsverträge sind auch hinsichtlich der zukünftig entstehenden Forderungen grundsätzlich nur als kongruente Deckung anfechtbar.**
- b) Das Werthaltigmachen zukünftiger Forderungen aus Globalzessionen ist als selbständige Rechts-handlung anfechtbar, wenn es dem Vertragschluss zeitlich nachfolgt; insoweit handelt es sich ebenfalls um eine kongruente Deckung, wenn dies für das Entstehen der Forderung zutrifft.**
- c) Die Insolvenzanfechtung von global abgetretenen, zukünftig entstehenden Forderungen scheitert grundsätzlich nicht am Vorliegen eines Bargeschäfts.**

Sachverhalt:

Der Kl. ist Verwalter in dem am 01.02.2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin).

[1] Die Schuldnerin unterhielt bei der bekl. Bank ein Geschäftskonto, das debitorisch geführt wurde. Durch Vertrag vom 30.06.2004 wurde der Schuldnerin eine Kreditlinie von 2,5 Mio. eingeräumt. Bereits mit einem im Jahre 2001 geschlossenen Vertrag hatte die Schuldnerin der Bekl. zur Sicherung aller Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen gegen Dritte sicherungshalber abgetreten.

[2] Im Herbst 2004 verhandelte die Schuldnerin mit der Bekl. über eine Erweiterung der Kreditlinie. Nachdem die Bekl. um weitere Information gebeten hatte, erhielt sie am 12.11.2004 ein Gutachten, das zu dem Ergebnis kam, die Schuldnerin sei zum 31.10.2004 nach Buchwerten in Höhe von 1.394.200 überschuldet und werde in Kürze zahlungsunfähig. Die Bekl. kündigte daraufhin noch am selben Tag den Kredit fristlos und stellte ihn zur sofortigen Rückzahlung fällig. Zu diesem Zeitpunkt wies das Konto der Schuldnerin einen Sollstand von 2.562.500,61 aus. Die Bekl. beantragte am 15.12. 2004, das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin zu eröffnen.

[3] In der Zeit vom 12.11.2004 bis zum 07.01.2005 sind auf Forderungen der Schuldnerin, die zwischen dem 15.09. und dem 12.11.2004 begründet oder werthaltig wurden, Zahlungen von insgesamt 951.732,98 auf dem Konto eingegangen. Die Bekl. hat noch Verfügungen der Schuldnerin in Höhe von 19.010,52 zugelassen.

[4] Der Kl. verlangt Auszahlung des Differenzbetrages von 932.722,46 €. Er hält die von der Bekl. erklärte

Verrechnung gemäß § 96 I Nr. 3 InsO für unwirksam. Die Bekl. habe an den ihr abgetretenen Forderungen kein anfechtungsfestes Absonderungsrecht erworben, weil die Abtretung als inkongruente Deckung nach § 131 I Nr. 3 InsO anfechtbar sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Sprungrevision verfolgt der Kl. den erhobenen Anspruch weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Ausgangsgerichts

[6] Das Landgericht hat ausgeführt, der Auszahlungsanspruch des Kl. sei durch die von der Bekl. erklärte Aufrechnung gemäß §§ 387, 389 BGB erloschen. Ein Anspruch aus Insolvenzanfechtung sei nicht begründet, weil es an der erforderlichen Gläubigerbenachteiligung fehle. Die Bank sei aufgrund der Globalabtretungsvereinbarung Inhaberin der Forderungen gewesen, die durch Zahlung auf das Konto beglichen worden seien, so dass ihr ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO) zugestanden habe. [7] Der Erwerb dieser Forderungen sei nicht nach § 131 I Nr. 3 InsO anfechtbar. Zwar seien die Forderungen im zweiten und dritten Monat vor Antragstellung begründet oder werthaltig geworden. Die Bekl. habe jedoch aufgrund der Globalzession Anspruch auf Erwerb dieser Forderungen gehabt. Die in der Abtretungsvereinbarung erfolgte Bezeichnung der künftigen Forderungen sei hinreichend bestimmt und die Sicherheit deshalb kongruent. [8] Unter Wertungsgesichtspunkten sei nicht ersichtlich, weshalb der bloße Austausch von Forderungen zu einer Neubewertung der Sicherheitengewährung führen müsse. Vielmehr lege das Zusammenspiel von Entstehung und Untergang der Forderungen einen Vergleich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Behandlung von Zahlungseingängen im Kontokorrent nahe, soweit die Bank ihren Kunden wieder über deren Gegenwert verfügen lasse (vgl. BGHZ 150, 122 ff). Die jener Rechtsprechung zugrunde liegende Überlegung lasse sich zwanglos auf sogenannte revolving-Sicherheiten übertragen.

II. Entscheidung des BGH in der Sprungrevision

[9] Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die von der Bekl. erklärte Verrechnung ist wirksam.

1. Unzulässigkeit der Aufrechnung soweit Aufrechnungslage auf anfechtbarer Rechtshandlung beruht

[10] Nach § 96 I Nr. 3 InsO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger diese Möglichkeit durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Die Vorschrift findet auch auf die Herstellung von Verrechnungslagen Anwendung (BGH, Urt. v.

14.12.2006 - IX ZR 194/05, NZI 2007, 222, 223).

[11] Der insoweit maßgebliche Zeitpunkt ist nach § 140 I InsO zu bestimmen. Da es sich um die Verknüpfung gegenseitiger Forderungen handelt, kommt es darauf an, wann das Gegenseitigkeitsverhältnis begründet worden ist. Dagegen ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Forderung des Schuldners oder des Insolvenzgläubigers früher entstanden oder fällig geworden ist (BGHZ 159, 388, 395; BGH, Urt. v. 14.06.2007 - IX ZR 56/06, ZIP 2007, 1507, 1509). Der Bekl. stand ab Kündigung des Kredits eine fällige Forderung zu. Mit Einzahlung der Drittschuldner auf das streitbefangene Konto erwarb die Schuldnerin einen Herausgabeanspruch aus § 667 BGB gegen das Kreditinstitut. Die Verrechnungslage wurde somit hinsichtlich aller streitbefangenen Kontoeingänge erst zu einem Zeitpunkt begründet, als die Bekl. die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits kannte.

2. Kreditinstitut ist Berechtigte bedingt durch die stille Sicherungszession

[12] Die Einzahlung der Drittschuldner auf das bei der Bekl. geführte Konto der Schuldnerin ist unmittelbar in das Vermögen des Kreditinstituts gelangt. Dieses hat aufgrund der Sicherungsabtretung den Erlös als wahre Berechtigte erhalten, obwohl die Abtretung noch nicht offen gelegt war (vgl. BGH, Urt. v. 01.10.2002 - IX ZR 360/99, WM 2002, 2369, 2371). Zwar ist mit der Zahlung die der Bekl. als Sicherheit abgetretene Forderung erloschen (§§ 362, 407 I BGB). Die Bank hat jedoch an deren Stelle ein Pfandrecht an dem neu entstandenen Anspruch der Schuldnerin aus § 667 BGB gemäß Nr. 14 Abs. 1 AGB-Banken erworben. Dieser unmittelbare Sicherheitentausch benachteiligt die Gläubiger nicht, sofern die Bekl. aufgrund der Globalabtretung an den ab 15.09.2004 - also während des Drei-Monats-Zeitraums vor dem Eingang des Eröffnungsantrags - entstandenen oder werthaltig gewordenen Forderungen ein anfechtungsfestes Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO) erworben hatte (vgl. BGH, Urt. v. 01.10.2002 - IX ZR 360/99, aaO; v. 02.06.2005 - IX ZR 181/03, WM 2005, 1790, 1791). Dabei ist für die anfechtungsrechtliche Beurteilung auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die zukünftigen Forderungen begründet worden sind (vgl. BGHZ 157, 350, 353 f; BGH, Urt. v. 20.03.2003 - IX ZR 166/02, WM 2003, 896, 897; v. 22.07.2004 - IX ZR 183/03, ZIP 2004, 1819, 1821; v. 08.03.2007 - IX ZR 127/05, NZI 2007, 337, 338).

3. Keine Anfechtbarkeit der Sicherungsabtretung gem. § 131 I Nr. 3 InsO

[13] Entgegen der Meinung der Revision ist die Sicherungsabtretung der ab dem 15.09. bis zum 12.11.2004 entstandenen oder werthaltig gewordenen Forderungen nicht nach § 131 I Nr. 3 InsO anfechtbar; denn die Bekl. hat insoweit keine inkongruente, sondern eine

kongruente Sicherheit erworben.

a. Anfechtbare Rechtshandlung gem. § 131 I InsO bei Inkongruenz

[14] Gemäß § 131 I InsO ist eine Rechtshandlung inkongruent, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. In einem das Pfandrecht nach Nr. 14 I AGB-Banken betreffenden Urteil vom 07.03.2002 (BGHZ 150, 122, 126) hat der erkennende Senat die Auffassung vertreten, dass nur solche Vereinbarungen die insolvenzrechtliche Kongruenz herstellen können, welche auf bestimmte, sogleich wenigstens identifizierbare Gegenstände gerichtet sind. Absprachen, die es dem Ermessen der Beteiligten oder dem Zufall überlassen, welche konkrete Sicherheit erfasst werde, seien dagegen nicht geeignet, die Besserstellung einzelner Gläubiger im Konkurs zu rechtfertigen.

[15] Unter Hinweis auf diese Entscheidung hat der Senat im Urteil vom 02.06.2005 (aaO) das in einem Poolvertrag vereinbarte Pfandrecht, das alle Zahlungseingänge auf den Schuldnerkonten bei den am Pool beteiligten Banken erfassen sollte, als inkongruente Sicherheit bewertet. In Anknüpfung an die im Senatsurteil vom 07.03.2002 (aaO) als Voraussetzung einer kongruenten Deckung genannten Anforderung hat das OLG Karlsruhe entschieden, eine Globalabtretung gewähre dem Gläubiger ebenfalls nur eine inkongruente Sicherung (WM 2005, 1762; dem zustimmend OLG Dresden WM 2006, 2095; OLG München NZI 2006, 530; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl. § 131 Rn. 39c; HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. § 131 Rn. 13; Bork/Schoppmeyer, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts Kap. 8 Rn. 90 f; Vortmann in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung 8. Aufl. S. 1495; Bornheimer in Nerlich/Kreppin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz § 26 Rn. 163; Mitlehner ZIP 2007, 1925, 1927 ff; Runkel/Kuhlemann ZInsO 2007, 1094 ff).

b. Kongruenz auch hins. der Abtretung künftiger Forderungen möglich

[16] Der Senat hält an der Auffassung fest, dass nach Nr. 13 bis 15 AGB-Banken entstandene Sicherungen inkongruente Deckungen darstellen, weil es dort völlig dem Ermessen der Beteiligten oder dem Zufall überlassen bleibt, ob und in welchem Umfang die Gläubigerrechte entstehen (vgl. BGHZ 33, 389, 393; 150, 122, 126; BGH, Urt. v. 08.03.2007, aaO). Entgegen der Annahme im Urteil vom 07.03.2002 (ebenso Urt. v. 02.06.2005, aaO) begründet die Entstehung künftiger Rechte jedoch nicht generell eine inkongruente Deckung, wenn sie nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung nicht von Anfang an identifizierbar waren. Vielmehr erfüllt ein Globalabtretungsvertrag, wie er im Streitfall geschlossen wurde, auch hinsichtlich

der zukünftigen Forderungen alle Voraussetzungen einer kongruenten Sicherung.

aa. Kongruenz hängt nicht von der Identifikationsmöglichkeit der Gegenstände ab

[17] Eine Abgrenzung in der Weise, dass Vereinbarungen, die Sicherungen durch Vorausabtretung betreffen, auf bestimmte, sogleich wenigstens identifizierbare Gegenstände gerichtet sein müssen, um eine kongruente Deckung zu begründen, ist weder vom Wortlaut noch von der Entstehungsgeschichte des § 131 InsO vorgegeben.

(1) Keine Erläuterung des Anspruchs auf Sicherung in den Gesetzgebungsmaterialien

[18] Das Merkmal des Anspruchs auf die Sicherung wird in den Gesetzesmaterialien zur Insolvenzordnung nicht näher erläutert. Vielmehr heißt es dort, die Vorschrift lehne sich an das geltende Konkursrecht (§ 30 Nr. 2 KO) an und behandle die Anfechtbarkeit einer dem Gläubiger nicht oder so nicht gebührenden bzw. ihm nicht zustehenden, d.h. inkongruenten Sicherung (BT-Drucks. 12/2443, S. 158). Nach Auffassung der Kommission für Insolvenzrecht darf die Reform des Anfechtungsrechts nicht zu einer Gefährdung der Kreditversorgung der Wirtschaft führen (BMJ, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht S. 400). Die inkongruente Sicherung hat sie lediglich mit "dem Gläubiger nicht gebührend" bzw. "nicht zustehend" umschrieben (aaO S. 406).

(2) Keine Anfechtbarkeit einer vor der Krise vereinbarten Sicherheit aus der KO

[19] Wie aus den Gesetzesmaterialien zur Konkursordnung hervorgeht, lag bereits § 23 Nr. 2 KO 1877 (§ 30 Nr. 2 KO) die Vermutung zugrunde, dass der Gläubiger, der kurz vor oder nach Ausbruch der Zahlungsunfähigkeit eine Sicherstellung erlangt, auf welche er keinen rechtlichen Anspruch zu erheben hatte, die Lage des Schuldners, die Zahlungseinstellung oder die Einbringung des Konkursantrages gekannt oder gewusst habe, dass der Schuldner ihn "vor Thores Schluß" habe begünstigen wollen (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen 4. Bd. Motive S. 125 f). Maßgebliches Kriterium für die Inkongruenz war danach, dass der Konkursgläubiger, dem die Sicherung erst nachträglich in der Krise gewährt worden war, diese nicht schon rechtlich zu beanspruchen hatte. Dagegen war nach den Motiven die leichtere Anfechtbarkeit gemäß § 23 Nr. 2 KO 1877 ausgeschlossen, wenn der Konkursgläubiger schon vor der kritischen Zeit bei oder nach Entstehung seiner Forderung einen klagbaren Anspruch auf die Sicherung erworben hatte (Hahn, aaO S. 130). Eine vor Entstehung der Krise vereinbarte Sicherung sollte danach nicht gemäß § 30 Nr. 2 KO anfechtbar sein.

(3) Enge Auslegung der KO durch die Rechtsprechung ergibt kein anderes Ergebnis

[20] Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat den Begriff "Sicherung dieser Art" in § 30 Nr. 2 KO zwar eng ausgelegt, jedoch in keinem Fall zukünftige Rechte aus einem in unverdächtiger Zeit abgeschlossenen Globalsicherungsvertrag als inkongruent angesehen.

[21] Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 30.06.1959 (BGHZ 30, 238) auf die Vorausabtretung künftiger Forderungen zu Sicherungszwecken § 30 Nr. 1 Halbs. 2 KO angewandt, sie also als kongruente Sicherung behandelt (vgl. Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 30 KO Anm. 14).

[22] Das Urteil vom 18.04.1991 (IX ZR 149/90, WM 1991, 1273, 1277) geht von derselben anfechtungsrechtlichen Anknüpfung aus. Eine davon abweichende Sicht lässt sich auch nicht aus anderen Urteilen ableiten. BGHZ 33, 389, 393 f hat den in Nr. 19 Abs. 1 AGB-Banken in der damals geltenden Fassung vorgesehenen Anspruch auf Nachbesicherung als inkongruent gewertet, weil die Kl. zwar einen umfassenden, inhaltlich aber völlig unbestimmten Anspruch erhielt, dem Schuldner also unter den in Betracht kommenden Sicherheiten die freie Wahl gelassen wurde (vgl. auch BGH, Urt. v. 12.11.1992 - IX ZR 236/91, WM 1993, 270, 272). Im Urteil vom 04.12.1997 (IX ZR 47/97, WM 1998, 248, 249) hat der Senat die Übereignung eines Maschinenparks als kongruente Erfüllung einer Vereinbarung gewertet, obwohl in der ihr vorausgegangenen Vereinbarung die Maschinen nicht konkret genannt worden waren. In diesem Zusammenhang hat der Senat ausgeführt, lediglich solche Vereinbarungen seien nicht ausreichend, die Umfang und Art der Sicherheit oder die Auswahl der Sicherungsgegenstände noch offen ließen. Strengere Anforderungen hat die Rechtsprechung zur Konkursordnung auch in der Folgezeit nicht aufgestellt (vgl. BGHZ 137, 267, 283).

(4) Ergebnis

[23] Im Schrifttum zur Konkursordnung wurde, soweit ersichtlich, nirgends die Ansicht vertreten, bei Vereinbarung einer Globalabtretung von hinreichend bestimmten Forderungen oder im Falle der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand stellten alle zukünftigen Forderungen oder später eingebrachten Gegenstände inkongruente Deckungen dar.

bb. Kein erweitertes Verständnis der Inkongruenz im Vergleich zum früheren Recht

[24] Nach Sinn und Zweck des § 131 InsO sowie bei sachgerechter Abwägung zwischen dem Sicherungsinteresse des einzelnen Gläubigers, den berechtigten Belangen des Schuldners und dem Schutz der Gläubigersamtheiter scheint es nicht gerechtfertigt, den Begriff der Inkongruenz im gegenüber dem früheren Recht erweiterten Sinne zu verstehen.

(1) Künftige Forderungen sind bei der Globalzession bestimmbar

[25] Im Zeitpunkt des Globalabtretungsvertrages sind die künftig entstehenden Forderungen zwar nicht konkret bestimmt (zutreffend Kuder ZInsO 2006, 1065, 1067). Eine Globalzession verschafft dem Sicherungsnehmer keinen Anspruch auf bereits individualisierte Sicherungsgegenstände. Bei Vertragsschluss ist zwar in allgemeinen Umrissen, jedoch noch nicht in den Einzelheiten erkennbar, wann, woraus und in welchem Umfang neue Forderungen entstehen. Die Begründung zukünftiger Forderungen ist jedoch - anders als bei Sicherheiten gemäß Nr. 13 bis 15 AGB-Banken - nach Inhalt und Sinn eines Vertrages, wie er im Streitfall gegeben ist, dem freien Belieben des Schuldners entzogen. Vielmehr beruht die getroffene Sicherungsvereinbarung gerade darauf, dass die Vertragspartner davon ausgehen, der Kreditnehmer werde den Geschäftsbetrieb im bisherigen Umfang - oder in einer der Bank zuvor näher erläuterten Weise - fortsetzen und daher ständig neue Ansprüche gegen Kunden erwerben. Dabei gehen die Beteiligten zugleich davon aus, dass eine für den Darlehensgeber taugliche Sicherheit nur durch Einbeziehung der zukünftigen Forderungen geschaffen werden kann. Da die bei Vertragsschluss bereits entstandenen Forderungen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb spätestens nach einigen Monaten ganz überwiegend durch Erfüllung erloschen sind und die Schuldnerin insoweit einzugsermächtigt bleibt, um diesen Vermögenswert für die Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebes zu nutzen, macht ein solcher Sicherungsvertrag nur Sinn, wenn der durch Erfüllung entstehende Verlust für den Sicherungsnehmer durch Begründung neuer Forderungen wirtschaftlich in etwa ausgeglichen werden kann.

[26] Diese Erwartung des Sicherungsnehmers ist dem anderen Teil bewusst. Sie kommt hier im Vertrag zwischen der Schuldnerin und der Bekl. aus dem Jahr 2001 insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Sicherungsgeber zu Beginn eines jeden Kalendervierteljahres Bestandslisten über die an die Bank abgetretenen, noch ausstehenden Forderungen einzureichen hatte. Nach dem Inhalt der Vereinbarung konnte daher eine negative Entwicklung im Forderungsbestand vertragsrechtliche Wirkungen jedenfalls dann auslösen, wenn sich dadurch - unter Berücksichtigung der von der Schuldnerin darüber hinaus gewährten Sicherheiten - das Ausfallrisiko der Bank erhöhte. Der Umfang der in Zukunft auf die Beklagte übergehenden Forderungen der Schuldnerin wurde zudem in abstrakter Form bereits rechtlich bindend festgelegt. Der Zedent nimmt bei der Globalzession die Erfüllungshandlung sofort vor (zutreffend Piekenbrock WM 2007, 141, 145; Furche WM 2007, 1305, 1312). Die Abtretung der zukünftigen Forderungen enthält bereits selbst alle Merkmale, aus denen der Übertragungstatbestand besteht. Die Entstehung der abgetretenen Forderung ge-

hört sogar dann nicht dazu, wenn noch nicht einmal der Rechtsgrund für sie gelegt ist (BGH, Urt. v. 20.03.1997 - IX ZR 71/96, WM 1997, 831, 832). Die von den Vertragsparteien getroffene Vereinbarung erfüllt damit die Voraussetzung, dass die abgetretene Forderung, wie jeder Gegenstand einer Verfügung, bestimmt oder zumindest bestimmbar sein muss (vgl. BGHZ 7, 365; MünchKomm-BGB/Roth, 5. Aufl. § 398 Rn. 67; Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch 2. Aufl. § 96 Rn. 44 ff, 98). Die Bezeichnung "sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen von Anfangsbuchstaben A bis Z" genügt dem Bestimmtheitsgebot im Rahmen des § 398 BGB (BGHZ 71, 75, 78 f; BGH, Urt. v. 16.03.1995 - IX ZR 72/94, NJW 1995, 1668, 1669). Für den Globalzessionsvertrag ist eine solche Formulierung allgemein üblich.

(2) Bestimmbarkeit reicht für die Kongruenz aus

[27] Wird bereits bei Abschluss des Globalabtretungsvertrages das dingliche Geschäft vollzogen und gleichzeitig die schuldrechtliche Seite in dem vertragsrechtlich möglichen Maße konkretisiert, ist kein einleuchtender Grund erkennbar, die Kongruenz der Sicherheit nur deshalb zu verneinen, weil die zukünftig entstehenden Sicherheiten nicht sogleich identifizierbar waren, eine Voraussetzung, die die Vertragsparteien schon aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllen konnten.

(a) Dispositionsbefugnis des Schuldners begründet nicht notwendig eine inkongruente Deckung

[28] Eine inkongruente Deckung ist nicht ohne weiteres bereits dann zu bejahen, wenn dem Schuldner eine gewisse Dispositionsbefugnis hinsichtlich des zu leistenden Gegenstandes verbleibt.

[29] Bei der Wahlschuld ist jede der vom Schuldner zu erbringenden Leistungen kongruent, gleichgültig, wer die Wahl vorzunehmen hat. Stand dem Schuldner aufgrund einer in unkritischer Zeit getroffenen Vereinbarung eine Ersetzungsbefugnis zu, so trifft dies für jede Leistung, durch die er sich von seiner Pflicht befreien darf, ebenfalls zu (RGZ 71, 89, 91; BGHZ 70, 177, 183; BGH, Urt. v. 29.09.2005 - IX ZR 184/04, ZIP 2005, 2025, 2026; Münch-Komm-InsO/Kirchhof, aaO § 131 Rn. 12; HK-InsO/Kreft, aaO § 131 Rn. 9). In beiden Fällen hat der Gläubiger Befriedigung zu fordern; die Art der Befriedigung hängt jedoch auch von dem Willen des Schuldners ab. Ferner ist bei einer Gattungsschuld (§ 243 I BGB) die Auslieferung der Sache nicht deswegen gemäß § 131 InsO anfechtbar, weil der Gläubiger erst innerhalb des kritischen Zeitraums einen Anspruch auf Übereignung dieser bestimmten Sache (§ 243 II BGB) erhalten hat (Piekenbrock WM 2007, 141, 145; vgl. auch Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 30 Rn. 209).

(b) Enge Auslegung der Inkongruenz bei Globalsicherungsverträgen

[30] Eine engere Auslegung des Begriffs der Inkongruenz, bezogen auf Globalsicherungsverträge in unverdächtiger Zeit, ist zudem deshalb geboten, weil § 131 InsO auf der Erfahrung beruht, dass eine Leistung, die so nicht beansprucht werden kann, in der Regel höheres Misstrauen verdient und daher weniger Schutz genießen soll als eine kongruente Deckung (vgl. BGHZ 123, 320, 326; 137, 267, 284; BGH, Urt. v. 08.10.1998 - IX ZR 337/97, ZIP 1998, 2008, 2011). Dieser Ansatz trifft jedoch auf Sicherungen der hier vereinbarten Art in keiner Weise zu. Zwar bildet die Verdächtigkeit einer Leistung keine zwingende Voraussetzung für die Anwendung von § 131 InsO (vgl. zu § 648 BGB BGH, Urt. v. 18.11.2004 - IX ZR 299/00, WM 2005, 804, 806; v. 10.05.2007 - IX ZR 146/05, ZIP 2007, 1162, 1163; für eine teleologische Reduktion des § 131 InsO dagegen Jacoby ZIP 2006, 2351, 2356 f). Jedoch spricht der Umstand, dass einer Globalzession, wie sie hier vereinbart wurde, ein für inkongruente Deckungen typisches Merkmal fehlt, in hohem Maße dagegen, die zukünftigen Forderungen nur deshalb als inkongruente Sicherungen anzusehen, weil ihnen eine bisher nicht verlangte, bei Vertragsabschluss tatsächlich und rechtlich nicht zu leistende Voraussetzung fehlt.

(3) Gläubigergleichbehandlung muss im angemessenen Verhältnis zum Kreditbedarf und zum Sicherungsinteresse stehen

[31] Diejenigen, die eine solche Identifizierbarkeit fordern, machen vor allem geltend, die Anfechtungsvorschriften dürften nicht im Voraus durch rein pauschale, allumfassende Vertragsklauseln abgeschwächt werden, die keinerlei Publizität gegenüber potentiell betroffenen Drittgläubigern hätten. Da das Sicherungsrecht dem Berechtigten in der Insolvenz einen Vorrang gegenüber anderen Insolvenzgläubigern einräume und daher mittelbar den Gleichbehandlungsgrundsatz aushöhle, sei es gerechtfertigt, sich nicht mit der sachenrechtlichen Bestimmbarkeit des Gegenstandes der Vereinbarung zu begnügen und dieses zusätzliche Merkmal zu verlangen (Kirchhof, aaO § 131 Rn. 39c).

[32] Dem vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen, weil dadurch die Gläubigergleichbehandlung ein unangemessenes Gewicht gegenüber dem Kreditbedarf des Unternehmers und dem Sicherungsinteresse des Geldkreditgebers erlangen würde. § 131 InsO ist vielmehr, soweit möglich, in dem Sinne auszulegen, dass sich eine die berechtigten Interessen aller Beteiligten berücksichtigende ausgewogene anfechtungsrechtliche Gesamtlösung ergibt (Kayser, Höchststrichterliche Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung und Unternehmensinsolvenz Rn. 576). Dass zukünftig entstehende Sicherheiten aufgrund von Globalverträgen allgemein unter erleichterten Vorausset-

zungen anfechtbar sein sollen, lässt sich weder dem Grundkonzept der §§ 129 ff InsO noch sonstigen allgemeinen Regeln des Insolvenzrechts entnehmen. Der Globalzessionar gehört ohne Einschränkung zu den Absonderungsberechtigten im Sinne von § 51 Nr. 1 InsO. Die Gewährung von Sicherheiten soll sich gerade dann bewähren, wenn der Schuldner finanziell nicht mehr leistungsfähig ist. Weder die §§ 50, 51 InsO noch die anfechtungsrechtlichen Vorschriften liefern einen Ansatz dafür, zwischen individuellen und globalen Sicherungsverträgen mit der Maßgabe zu differenzieren, dass letztere dem Gläubiger einen geringeren Schutz gewähren. Die berechtigten Interessen der Gläubigersamtheit werden vielmehr bei Globalverträgen bereits dadurch angemessen berücksichtigt, dass hinsichtlich der Anfechtung zukünftiger Rechte gemäß § 140 Abs. 1 InsO der Zeitpunkt, zu dem deren rechtliche Wirkungen eintreten, maßgebend ist.

[33] Schließlich hat der Senat in seine Auslegung auch die Tatsache einzubeziehen, dass die Globalabtretung von Kundenforderungen ein im Geschäftsverkehr weit verbreitetes Sicherungsmittel darstellt, das für die Möglichkeit, Kredit zu erhalten, große Bedeutung besitzt. Insbesondere für mittelständische Unternehmen stellt sie nicht selten das einzige Vermögen dar, welches dem Kreditgeber als werthaltige Sicherheit angeboten werden kann.

[34] Da der Sicherungsfall in der Regel erst eintritt, wenn die bei Vertragsschluss schon begründeten Forderungen durch Erfüllung erloschen sind oder sich als nicht realisierbar erwiesen haben, erhält der Darlehensgläubiger auf diesem Wege nur dann eine wirtschaftlich erhebliche Sicherung, wenn der Vertrag die zukünftigen Forderungen mit umfasst. Könnte der Insolvenzverwalter deren Erwerb generell nach § 131 InsO anfechten, sobald sie nicht früher als drei Monate vor dem Eingang des Insolvenzantrages entstanden sind, würde dies Globalzessionen in einem Maße entwerten, dass sie für weite Geschäftsbereiche kaum noch als geeignete Kreditunterlage dienen könnten. Das zeigt der vorliegende Fall eindrucksvoll, in dem unstreitig nur rund 15 % der auf dem Konto der Schuldnerin bei der bekl. Bank eingegangenen Zahlungen Forderungen betreffen, die drei Monate vor dem Eröffnungsantrag schon werthaltig waren. Die unangemessene Beeinträchtigung eines im Vertragsrecht allgemein anerkannten Sicherungsmittels von erheblicher praktischer Bedeutung wird somit dadurch vermieden, dass der Erwerb zukünftiger Forderungen im Drei-Monats-Zeitraum vor dem Insolvenzantrag in der Regel nur nach § 130 InsO angefochten werden kann.

c. Das Werthaltigmachen der Forderungen ist gem. § 130 InsO anfechtbar

[35] Was für das Entstehen zukünftiger Forderungen aus einer Globalzession gilt, trifft für das Werthaltig-

machen dieser Forderungen in gleicher Weise zu. Auch dieses ist nach § 130 InsO anfechtbar.

aa. Eine durch Wertschöpfung geschaffene Aufrechnungslage kann anfechtbar sein

[36] Der Bundesgerichtshof hat mehrfach entschieden, dass eine durch Wertschöpfung geschaffene Aufrechnungslage anfechtbar sein kann (BGHZ 145, 245, 254 f; 147, 28, 35; BGH, Urt. v. 04.10.2001 - IX ZR 207/00, WM 2001, 2208, 2209 f). In der neueren Literatur werden allgemein Rechtshandlungen, die zur Werthaltigkeit der abgetretenen Forderung führen, als selbständig anfechtbar angesehen (Gerhardt, Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, S. 169, 178 f; Kirchhof, Festschrift für Uhlenbruck S. 269, 277; HambKomm-InsO/Rogge, 2. Aufl. § 131 Rn. 21; Streit/Jordan DZWIR 2004, 441, 447; Leiner ZInsO 2006, 460, 463; Piekenbrock WM 2007, 141, 150; Bork, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts Kap. 15 Rn. 5; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis 7. Aufl. Rn. 6.103 f; ebenso OLG Dresden ZIP 2005, 2167, 2168; a.A. Furche WM 2007, 1305, 1313 f). Anfechtbar sind danach Erfüllungshandlungen wie die Herstellung eines Werkes, die Übergabe der Kaufsache oder die Erbringung von Dienstleistungen. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Gemäß §§ 130, 131 InsO sind auch Rechtshandlungen anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung ermöglichen; damit sollte nach der Amtlichen Begründung (BT-Drucks. 12/2443, S. 157) die Anfechtung erweitert werden. Zu den anfechtbaren Rechtshandlungen im Sinne des § 129 I InsO gehören nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen und selbst Realakte, denen das Gesetz Rechtswirkungen beimisst (BGH, Urt. v. 12.02.2004 - IX ZR 98/03, WM 2004, 666, 667; v. 14.12.2006 - IX ZR 102/03, NZI 2007, 158). Wird durch vom Schuldner veranlasste Maßnahmen die Fälligkeit der Vergütung herbeigeführt oder die Einrede nach § 320 BGB ausgeräumt, so gewinnt die Forderung dadurch für den Sicherungsnehmer an Wert. Daher sind solche tatsächlichen Leistungen als gegenüber einem vorausgegangenem Vertragsschluss des Schuldners mit seinem Kunden selbständige Rechtshandlungen ebenfalls insolvenzrechtlich anfechtbar (Kirchhof, Festschrift für Uhlenbruck aaO S. 277). Folgt die Leistung des Schuldners der vertraglichen Vereinbarung nach, so ist gemäß § 140 I InsO auf die Bewirkung der Werthaltigkeit abzustellen.

bb. Sind Forderungen ihrer Entstehung nach als kongruent zu behandeln, trifft dies auch auf Leistungen zu, die diese werthaltig machen

[37] Sind zukünftige Forderungen hinsichtlich ihrer Entstehung als kongruente Deckung zu behandeln, trifft dies auch für die Leistungen zu, die diese Forderungen werthaltig machen.

[38] Dem kann nicht entgegengehalten werden, der

Sicherungsnehmer habe keinen Anspruch darauf, dass der Schuldner die ihm nur gegenüber dem Kunden obliegende Leistung erfülle (so aber Kirchhof, aaO; Beiner/Luppe NZI 2005, 15, 22). Die Abtretung bestimmbar beschriebener zukünftiger Forderungen bewirkt, dass der Schuldner über diese nicht mehr anderweitig verfügen kann. Hat dies insolvenzrechtlich zur Folge, dass mit Begründung dieser Forderungen kongruente Deckungen entstehen, so trifft dies auch für die Wertauffüllung durch die vertragliche Leistung des Schuldners zu; denn diese ist ebenfalls seiner Verfügungsbefugnis entzogen (ebenso Piekenbrock WM 2007, 141, 150). Eine Differenzierung würde schon deshalb nicht einleuchten, weil der Sicherungsnehmer auch keinen klagbaren Anspruch auf das Entstehen einzelner nicht bereits individuell konkretisierbarer Forderungen hat. Vor allem aber dient die Sicherungsabtretung gerade dazu, dem Sicherungsnehmer den Wert der abgetretenen Forderungen zu verschaffen, wenn der Schuldner nicht leistungswillig oder zahlungsunfähig ist. Der Sicherungsanspruch ist demzufolge von Anfang an auf eine werthaltige Sicherheit und nicht auf eine wertlose Hülle gerichtet. Schon deshalb wäre es ein Wertungswiderspruch, anfechtungsrechtlich das Entstehen der Forderung als kongruent, ihre Wertauffüllung dagegen als inkongruent zu behandeln. Es gäbe zudem keinen rechtlich einleuchtenden Grund, insgesamt eine kongruente Sicherung zu bejahen, wenn eine Forderung bereits mit ihrer Entstehung werthaltig wird, das der Entstehung zeitlich nach-folgende Werthaltigmachen dagegen der Anfechtbarkeit nach § 131 InsO zu unterwerfen.

[39] Da Entstehung und Fälligkeit einer Forderung häufig rechtlich auseinanderfallen, hätte dies ebenfalls zur Folge, dass Globalzessionen im Insolvenzfall durch das Anfechtungsrecht weitgehend entwertet werden. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber durch die Erweiterung des Anfechtungstatbestandes eine solche Rechtsfolge bewirken wollte. Eine sachgerechte Interessenabwägung muss demzufolge zu dem Ergebnis gelangen, dass sowohl die Entstehung als auch das Werthaltigmachen der zukünftigen Forderungen als kongruente Sicherheiten behandelt werden. Die Belange der Gläubigersamtheit sind dadurch angemessen gewahrt, dass die Anfechtung dieser Leistungen des Schuldners durchgreift, sofern der Sicherungsnehmer zu diesem Zeitpunkt die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte (§ 130 I 1 Nr. 1 und 2 InsO).

d. Kein Fall des § 142 InsO

Eine Insolvenzanfechtung nach § 130 InsO scheidet nicht an der Bestimmung des § 142 InsO; denn die Voraussetzungen eines Bargeschäfts sind bezüglich künftiger von der Globalzession erfasster Forderungen in aller Regel nicht gegeben.

aa. Kein Bargeschäft in diesem Sinne gegeben

[40] Ein Bargeschäft liegt nur vor, wenn der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner in engem zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (BGHZ 157, 350, 360; BGH, Urt. v. 08.12.2005 - IX ZR 182/01, NZI 2006, 159, 161; v. 11. 10.2007 - IX ZR 195/04, z.V.b.). Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (Molitor ZInsO 2006, 23, 25; Zeller/Edelmann BB 2007, 1461, 1463; LG Chemnitz WM 2007, 397, 398) enthält das Stehenlassen der Darlehensforderung keine ausgleichende Gegenleistung, weil allein damit dem Schuldner kein neuer Vermögenswert zugeführt wird. Der Schuldner hat ihn vielmehr bereits durch die Darlehensgewährung erhalten; das bloße Unterlassen der Rückforderung bedeutet keine Zuführung eines neuen Vermögenswertes (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 13 c; Mitlehner ZIP 2007, 1925, 1930; im Ergebnis ebenso bereits BGH, Urt. v. 03.12.1998 - IX ZR 313/97, WM 1999, 12, 14).

bb. Auch kein Bargeschäft in Ansehung des Einziehungsrechts des Sicherungsgebers

[40] Ein Bargeschäft kann auch nicht mit der Überlegung begründet werden, die Bank gestatte dem Sicherungsgeber, die abgetretenen Forderungen einzuziehen, und könne dafür die Auffüllung der Sicherheit durch Entstehen neuer Forderungen verlangen (so aber Obermüller, aaO Rn. 6.102 d ff; Kuder ZInsO 2006, 1065, 1069; Blum ZInsO 2007, 528, 530; Furche WM 2007, 1305, 1314; vgl. auch Brandt/Günther BKR 2006, 232, 235). Die von § 142 InsO vorausgesetzte rechtsgeschäftliche Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung ist hier hinsichtlich der ausscheidenden und der hinzukommenden Forderungen nicht gegeben; denn der Erwerb neuer Forderungen erfolgt bei der Globalzession unabhängig davon, was aus den dem Schuldner zur Einziehung überlassenen Forderungen geworden, insbesondere welcher Wert ihm daraus zugeflossen ist. Damit fehlt es insoweit schon im Ansatz an einer auf einen gleichwertigen Leistungsaustausch ausgerichteten vertraglichen Vereinbarung. Davon abgesehen könnte das Entstehen neuer Forderungen allenfalls dann eine gleichwertige Sicherheit darstellen, wenn diese nicht nur betragsmäßig, sondern auch in ihrem wirtschaftlichen Wert den untergegangenen Forderungen gleichkämen, so dass bei vergleichender Betrachtung eine Schmälerung des Schuldnervermögens ausgeschlossen wäre. Diese Voraussetzungen sind bei Globalzessionen typischerweise nicht gegeben, weil der Sicherungswert von vielen Faktoren, insbesondere der Qualität der Leistung des Schuldners sowie der Vertragstreue und finanziellen Leistungsfähigkeit seines Kunden abhängt und deshalb nicht generell, sondern nur bezogen auf die jeweilige Einzelforderung bestimmt werden kann. Die dem Schuld-

ner überlassenen Altforderungen können nicht nur durch Erfüllung, sondern auch durch Verzicht, Vergleich, Klageabweisung, Verjährung oder Insolvenz des Drittschuldners wertlos geworden sein.

[42] Der für die Voraussetzungen eines Bargeschäfts darlegungs- und beweispflichtige Sicherungsnehmer (BGH, Urt. v. 01.10.2002 - IX ZR 360/99, WM 2002, 2369, 2372; v. 10.05.2007 - IX ZR 146/05, WM 2007, 1181, 1182) wäre zudem in den weitaus meisten Fällen nicht einmal ansatzweise in der Lage, die Tatsachen vorzutragen, die zur Beurteilung des Wertverhältnisses zwischen untergegangenen und neu entstandenen Forderungen notwendig sind. Schon aus diesen Gründen ist es nicht möglich, das Untergehen und Neuentstehen gesicherter Forderungen aus Globalzessionen bei Prüfung von § 142 InsO rechtlich ebenso einzuordnen wie die kontokorrentmäßige Verrechnung vereinnahmter Zahlungseingänge mit erneuten vertragsmäßigen Verfügungen des Schuldners, die ohne weiteres die Feststellung ermöglichen, in welchem Umfang ein gegenseitiger Leistungsaustausch in engem zeitlichem Zusammenhang erfolgt ist.

cc. Kein Bedürfnis für die Erweiterung des Tatbestands des § 142 InsO

Der Senat sieht keine Veranlassung, den Tatbestand des § 142 InsO über den von der Senatsrechtsprechung bisher abgesteckten Bereich hinaus zu erweitern, wie dies von einzelnen Autoren befürwortet wird (vgl. Obermüller, aaO Rn. 6.102 p; Kuder, aaO; Molitor, aaO). Der Sicherungsnehmer ist bereits dadurch hinreichend geschützt, dass die Anfechtung zukünftiger Forderungen nur unter den Voraussetzungen des § 130 InsO Erfolg hat. Er erwirbt damit ein insolvenzfestes

Absonderungsrecht an allen Forderungen, die werthaltig geworden sind, bevor er Umstände erfahren hat, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder den Eröffnungsantrag schließen lassen (§ 130 II InsO). Würden dagegen solche Rechte auch noch an später entstandenen Forderungen begründet, könnte dies für den Sicherungsnehmer einen Anreiz bilden, den Kreditvertrag mit dem insolventen Schuldner noch eine Zeitlang bis zu dem von seinem persönlichen Befriedigungsinteresse her gesehen günstigsten Zeitpunkt fortzusetzen.

[43] Dies stände in Widerspruch zum erklärten Ziel der Insolvenzordnung, die Beteiligten zu veranlassen, das Insolvenzverfahren frühzeitig einzuleiten, um eventuelle Sanierungsaussichten zu wahren und eine möglichst effektive Befriedigung der Gläubiger im Sinne von § 1 S. 1 InsO zu bewirken. Deren berechnete Interessen wären in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt, wenn eine Globalzession dem Sicherungsnehmer die Möglichkeit gäbe, das Kreditverhältnis mit einem erkanntermaßen insolventen Schuldner zum Nachteil der Masse fortzusetzen.

4. Also ist kein Anfechtungsrecht gem. § 130 I InsO gegeben

Die Anfechtungsvoraussetzungen des § 130 I InsO sind auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts nicht gegeben.

[44] Der Kl. behauptet nicht, dass die Schuldnerin vor Kündigung des Kreditverhältnisses durch die Bekl. zahlungsunfähig war. Alle Forderungen, deren Gegenwart mit der Klage herausverlangt wird, sind vor diesem Zeitpunkt entstanden oder werthaltig geworden. Die Klage ist mithin unbegründet.

*Strafrecht***Standort: § 227 StGB****Problem: Unmittelbarkeitszusammenhang**

BGH, URTEIL VOM 15.11.2007
4 STR 453/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Nach einem Streit um ein Mädchen in einer Diskothek hatte ein Freund des Angeklagten das Opfer zu Boden gestoßen. Der Angeklagte trat dem Opfer mit der Schuhspitze gegen den Brustkorb, wobei er bewusst darauf achtete, das Opfer nicht am Kopf zu treffen. Durch den Tritt wurde eine Nervenreflexreaktion ausgelöst, die den Herzstillstand des Opfers bewirkte und so zu dessen Tod führte.

Das LG Neubrandenburg hatte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB, verurteilt. Eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, hatte das LG abgelehnt, da es sich bei dem Tod durch eine Nervenreizung um eine Verletzungsfolge handele, die so sehr außerhalb der Lebenserfahrung liege, dass mit ihr nicht zu rechnen sei, sodass dem Angeklagten der Tod des Opfers nicht zugerechnet werden könne. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH dieses Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Probleme der Erfolgszurechnung und des bei Erfolgsqualifikationen erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhangs sind im ersten Examen häufiger Gegenstand von Prüfungsaufgaben, können jedoch auch in ein Aktenstück im zweiten Examen gut eingebunden werden. Für eine Strafbarkeit wegen einer Erfolgsqualifikation wie z.B. §§ 227, 251, 306c StGB ist es nicht ausreichend, dass der Täter durch die Begehung des Grunddeliktes die schwere Folge des Qualifikationstatbestandes äquivalent kausal hervorgerufen hat. Weiter muss noch ein Unmittelbarkeits- oder deliktsspezifischer Gefährdungszusammenhang in der Weise bestehen, dass der Eintritt der schweren Folge sich als Resultat einer typischen Gefahr des Grunddeliktes darstellt (BGH, NStZ 1997, 82; NStZ-RR 2007, 76; Fischer, § 227 Rn 3; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 3). Im Rahmen der Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, lassen es Rechtsprechung und ein Teil der Literatur es insofern genügen, dass die schwere Folge aus dem Erfolg oder der Handlung des Grunddeliktes resultiert (BGHSt 31, 96, 99; 48, 34, 37 f.; Fischer, § 227 Rn 4). Die Gegenauffassung in der Literatur nimmt diesen

Unmittelbarkeitszusammenhang hingegen nur an, wenn die schwere Folge aus dem - vorsätzlich herbeigeführten - Erfolg des Grunddeliktes (also aus der Körperverletzung) resultiert (Joecks, § 227 Rn 7 f.; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 18 Rn 4; SK-Horn/Wolters, § 227 Rn 10; Sowada, JURA 2003, 552). Weiter muss der Täter für eine Strafbarkeit wegen einer Erfolgsqualifikation gem. § 18 StGB bezüglich der schweren Folge wenigstens fahrlässig handeln. Fahrlässiges Handeln setzt normalerweise eine Sorgfaltspflichtverletzung bei Vorhersehbarkeit des Erfolges und des wesentlichen Kausalverlaufs voraus (BGHSt 10, 369; 12, 75; Fischer, § 15 Rn 14). Bei einer Erfolgsqualifikation ist jedoch das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung stets unproblematisch: Diese besteht in der Begehung des Grunddeliktes. Somit ist für eine Fahrlässigkeit i.R.v. § 18 StGB letztlich nur die Vorhersehbarkeit des Eintritts der schweren Folge maßgeblich (BGHSt 51, 18, 21; BGH, NJW 2006, 1821, 1822; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 18 Rn 5; Fischer, § 227 Rn 7; Bosch, JA 2006, 745).

An der vorliegenden Entscheidung zeigt sich zunächst eine Besonderheit, die sich aus dem sehr weiten Verständnis des Unmittelbarkeitszusammenhangs ergibt, wie sie der BGH vertritt: Der BGH geht sowohl im Rahmen der Prüfung dieses Zusammenhangs als auch bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 18 StGB lediglich auf die Vorhersehbarkeit des Erfolges ein, prüft also auf den ersten Blick zweimal dieselben Voraussetzungen. Dies würde schon dafür sprechen, den Unmittelbarkeitszusammenhang enger zu sehen als der BGH dies tut, um diesem Tatbestandsmerkmal einen eigenen Prüfungsinhalt zu geben. Allerdings sind die beiden Vorhersehbarkeitsprüfungen, die der BGH durchführt, inhaltlich nicht vollkommen identisch: Während der BGH für die Vorhersehbarkeit im Rahmen des Unmittelbarkeitszusammenhangs lediglich auf die objektive Vorhersehbarkeit abstellt, prüft er im Rahmen der für § 18 StGB maßgeblichen Fahrlässigkeit - insoweit in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur (Fischer, § 227 Rn 7; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 180 f.), auch wenn die diese Prüfung teilweise in die Schuld verlegt - insbesondere die Vorhersehbarkeit nach den individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen des Täters. Somit hat der BGH immerhin im Rahmen des Unmittelbarkeitszusammenhangs einen anderen Beurtei-

lungsmaßstab für die Vorhersehbarkeit als im Rahmen von § 18 StGB.

Bei der Prüfung der Vorhersehbarkeit kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Todesfolge, die auf einer Nervenreizung beruhte, die (wie ein Sachverständiger bestätigte) eine "medizinische Rarität" darstellt, trotzdem vorhersehbar sei, weil es bei Tritten gegen den Brustkorb häufiger - z.B. durch Milz- oder Leberrisse - zum Tode des Getretenen komme. Dies erstaunt zunächst, zeigt allerdings, dass es für die Vorhersehbarkeit tatsächlich nur auf den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen und nicht auf den konkreten Kausalverlauf im Einzelfall ankommt.

Vertiefungshinweise:

Zum Unmittelbarkeitszusammenhang i.R.v. § 227 I StGB: *BGH*, NStZ 1997, 341; 2001, 478; RA 2008, 58; *Altenhain*, GA 1996, 23; *Bosch*, JA 2006, 745; *Sowada*, JURA 2003, 552; *Wolters*, GA 1984, 443

Kursprogramm:

Examenskurs: "Hooligan"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der von § 227 Abs. 1 StGB vorausgesetzte "unmittelbare" (Gefahrverwirklichungs-)Zusammenhang fehlt dann, wenn der tatsächliche Geschehensablauf, der Körperverletzung und Todesfolge miteinander verknüpft, außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt, wie etwa eine Verkettung außergewöhnlicher unglücklicher Zufälle.

2. Dass ein kräftiger Tritt mit der Schuhspitze gegen den Rumpf eines am Boden Liegenden zum Tod des Verletzten führt, liegt nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, denn ein solcher Geschehensablauf ist, auch wenn es sich bei der konkreten Todesursache um eine "medizinische Rarität" handelt, nicht so außergewöhnlich, dass der eingetretene Erfolg deshalb nicht zuzurechnen ist.

3. Soweit § 227 Abs. 1 StGB voraussetzt, dass dem Täter hinsichtlich der Verursachung des Todes wenigstens Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 18 StGB), ist alleiniges Merkmal der Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers. Hierfür reicht es aus, dass der Erfolg nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit liegt. Ferner ist erforderlich, dass der Eintritt des Todes des Opfers vom Täter in seiner konkreten Lage nach seinen persönlichen Kenntnissen vorhergesehen werden konnte. Hierbei braucht sich die Vorhersehbarkeit aber gerade nicht auf alle Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs zu erstrecken. Vielmehr genügt die Vorhersehbarkeit des Erfolges im Allgemeinen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte und L, der in diesem Verfahren von dem Vorwurf der Beteiligung an einer Schlägerei rechtskräftig freigesprochen worden ist, suchten am Tattage gegen 1.30 Uhr die Diskothek "Moon-Dance" in D. auf. Als der Angeklagte mit U tanzte, kam D, das spätere Tatopfer, wiederholt auf die Tanzenden zu und wollte mit U tanzen. Der Angeklagte forderte ihn jedesmal auf, sich zu entfernen. Geraume Zeit später ging der erheblich angetrunkene D (BAK: 2,56 ‰) zu der sich nunmehr im Eingangsbereich der Diskothek aufhaltenden Gruppe um den Angeklagten und versuchte erneut, U anzusprechen. Als diese sich abwandte, sprach D den früheren Mitangeklagten L an, der sich belästigt fühlte und D mit beiden Händen einen Stoß gegen die Brust versetzte, so dass dieser einige Schritte rückwärts taumelte und zu Boden fiel.

Der Angeklagte trat "eingedenk der vorangegangenen Auseinandersetzungen" an den am Boden liegenden D heran und trat ihm "mit der Spitze des beschuhten Fußes kräftig gegen den Oberkörper". Dabei achtete der Angeklagte nach seinen Angaben darauf, D nicht am Kopf zu treffen, weil er um die Gefährlichkeit von Tritten gegen den Kopf wusste.

Der Fußtritt des Angeklagten traf den Oberkörper des Tatopfers unmittelbar unterhalb des Rippenwinkels und löste über das sog. Sonnengeflecht eine Reaktion des Nervus vagus (10. Hirnnerv) des parasympatischen Nervensystems aus, die zum Herzstillstand führte. Der Reflextod in Folge der Reizung des Solarplexus wurde möglicherweise durch eine mit der starken Alkoholisierung des Tatopfers verbundene Beeinträchtigung des Atemzentrums und durch organische Veränderungen am Herzmuskel des Tatopfers nach einer Herzmuskelentzündung begünstigt.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung sachlichen Rechts. Sie erstrebt eine Verurteilung des Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge.

Das Rechtsmittel hat im Wesentlichen Erfolg.

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat die Tat lediglich als mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangene gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) gewertet. Eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 Abs. 1 StGB) hat es verneint. Die tödliche Gefahr für das Opfer habe

so weit außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit gelegen, dass dem Angeklagten die qualifizierende Folge deshalb nicht zugerechnet werden könne. Nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen stelle zwar jeder Tritt gegen den Rumpf eines am Boden liegenden Menschen eine gefährliche Begehungsweise dar, da dann stets das Risiko erheblicher Verletzungen bestehe, sei es durch Leber- oder Milzriss oder aber Rippenbrüche und Einspießungsverletzungen; bei dem Reflextod, der durch Reizung des Solarplexus eintritt, handele es sich aber um eine "medizinische Rarität", die nicht zum Allgemeinwissen gehöre. Dass der Angeklagte, als Kampfsportler oder aufgrund Bildung oder Ausbildung über weitergehendes medizinisches Wissen verfüge, habe nicht festgestellt werden können, so dass es an der individuellen Vorhersehbarkeit des Todeseintritts fehle. Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Sie lassen besorgen, dass die Jugendkammer hinsichtlich der - individuellen - Vorhersehbarkeit des Todeseintritts zu hohe Anforderungen gestellt hat.

a. Zum Vorliegen des für § 227 StGB erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhangs

Nach den Feststellungen haftete der vom Angeklagten vorsätzlich begangenen Körperverletzungshandlung, die das Landgericht ohne Rechtsfehler als gefährliche Körperverletzung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB gewertet hat, die spezifische Gefahr an, zum Tod des Opfers zu führen. Da sich gerade diese Gefahr in dem tödlichen Ausgang niedergeschlagen hat, ist der von § 227 Abs. 1 StGB vorausgesetzte "unmittelbare" (Gefahrverwirklichungs-) Zusammenhang (vgl. BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 12) zwischen der todesursächlichen Körperverletzungshandlung und dem später eingetretenen Tod des Opfers gegeben. Zwar fehlt ein solcher Zusammenhang dann, wenn der tatsächliche Geschehensablauf, der Körperverletzung und Todesfolge miteinander verknüpft, außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt (vgl. BGHSt 7 31, 96, 100; 51, 18, 21 m.w.N.), wie etwa eine Verkettung außergewöhnlicher unglücklicher Zufälle (vgl. BGHSt 31, 96, 100). So liegt es hier aber entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht. Dass ein kräftiger Tritt mit der Schuhspitze gegen den Rumpf eines am Boden Liegenden zum Tod des Verletzten führt, liegt nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit (vgl. BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 9), denn ein solcher Geschehensablauf ist, auch wenn es sich - wie hier - bei der konkreten Todesursache um eine "medizinische Rarität" handelt, nicht so außergewöhnlich, dass der eingetretene Erfolg deshalb nicht zuzurechnen ist (vgl. BGHSt 31, 96, 100). Dass möglicherweise die Alkoholisierung des Tatopfers und eine Vorschädigung des Herzmuskels für den Todeserfolg mitursächlich waren, steht der Zurechnung ebenfalls nicht entgegen (vgl. BGHSt aaO; BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 12).

b. Zum wenigstens fahrlässigen Verhalten des Angeklagten, § 18 StGB

Soweit § 227 Abs. 1 StGB ferner voraussetzt, dass dem Täter hinsichtlich der Verursachung des Todes wenigstens Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 18 StGB), ist alleiniges Merkmal der Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers (st. Rspr.; vgl. BGHSt 51, 18, 21 m.N.). Hierfür reicht es aus, dass der Erfolg nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit lag, was hier aus den genannten Gründen der Fall ist. Ferner ist erforderlich, dass der Eintritt des Todes des Opfers vom Täter in seiner konkreten Lage nach seinen persönlichen Kenntnissen vorhergesehen werden konnte (vgl. BGHSt 51, 18, 21; BGHR StGB § 227 [i.d.F. d. 6. StrRG] Todesfolge 1). Bei der Prüfung der individuellen Vorhersehbarkeit ist das Landgericht von einem falschen rechtlichen Ansatz ausgegangen, denn es hat darauf abgestellt, ob der Angeklagte die konkrete Todesursache hätte vorhersehen können. Bei der Körperverletzung mit Todesfolge braucht sich die Vorhersehbarkeit aber gerade nicht auf alle Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs zu erstrecken (vgl. BGHSt aaO; BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 9, 12), insbesondere nicht auf die durch die Körperverletzungshandlung ausgelösten im Einzelnen ohnehin nicht einschätzbaren somatischen Vorgänge, die den Tod schließlich ausgelöst haben (vgl. BGHR aaO). Vielmehr genügt die Vorhersehbarkeit des Erfolges im Allgemeinen (vgl. BGHSt 48, 34, 39).

Das Landgericht hätte demgemäß prüfen müssen, ob der Angeklagte bei der Tatausführung den Eintritt des Todes des Opfers in seiner konkreten Lage nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten im Ergebnis und nicht in den Einzelheiten des dahin führenden Kausalverlaufs hätte voraussehen können (vgl. BGHSt 51, 18, 21). Dass ein kräftiger Tritt mit der Schuhspitze gegen den Rumpf eines am Boden Liegenden zum Tode führen kann, ist im Hinblick darauf, dass bei solchen Tritten, wie das sachverständig beratene Landgericht zutreffend ausgeführt hat, stets das Risiko eines Leber- oder Milzrisses und von Rippenbrüchen und Einspießungsverletzungen besteht, regelmäßig vorhersehbar.

Dies gilt insbesondere dann, wenn das Tatopfer - wie hier - infolge übermäßigen Alkoholkonsums körperlich beeinträchtigt ist und dies für den Täter, was hier nach den Feststellungen jedenfalls nahe liegt, erkennbar war (vgl. BGHSt 24, 213, 217; BGH NSTz 2001, 143, 145). Dass der Angeklagte nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten in seiner konkreten Situation den Tod des Opfers im Ergebnis - insoweit anders als die Angeklagte in der vom Landgericht in Bezug genommenen Senatscheidung BGHSt 51, 18, 21 - nicht hätte vorhersehen können, liegt nach den bisherigen Feststellungen fern. Dies gilt um so mehr als das Landgericht zur gefährlichen Körperverletzung ausge-

führt hat, der Angeklagte habe nicht nur eine Beeinträchtigung des persönlichen Wohlbefindens des Tatopfers in Kauf genommen, sondern auch Rippenbrüche oder innere Verletzungen.

3. Aufhebung des Urteils; Hinweis an das Landgericht
Die aufgezeigten Mängel führen zur Aufhebung des Urteils, soweit es den Angeklagten betrifft. Die rechts-

fehlerfrei getroffenen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen können jedoch bestehen bleiben.

Für den Fall einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge werden im Hinblick auf die zahlreichen gewichtigen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles im Sinne des § 227 Abs. 1 StGB und die Verhängung einer Bewährungsstrafe nahe liegen.

Standort: § 315b I Nr. 3 StGB

Problem: Sache von bedeutendem Wert

BGH, URTEIL VOM 27.09.2007

4 STR 1/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mehrfach absichtlich Unfälle herbeigeführt, indem er z.B. seinen Pkw grundlos abbremsste, um ein Auffahren des nachfolgenden Fahrzeugs zu provozieren. Auch als Radfahrer hatte er einen Unfall provoziert, indem aus einem toten Winkel vor ein Auto fuhr und sich von dessen Fahrerin anfahren ließ. Anschließend hatte er die Schäden stets den entsprechenden Versicherungen gemeldet und die Schadenssummen kassiert.

Das LG Neuruppin hatte den Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3 StGB, und Betruges, § 263 I StGB, in zahlreichen Fällen verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin gab der BGH insbesondere zu bedenken, dass die bisherigen Feststellungen in vielen Fällen nicht erkennen ließen, dass es zu einer konkreten Gefahr für eine fremde Sache "von bedeutendem Wert" i.S.v. § 315b I StGB gekommen sei, und verwies an das LG zurück.

Prüfungsrelevanz:

Verkehrsdelikte, und hier ganz besonders die §§ 315b, 315c StGB, erfreuen sich in beiden Examen wegen ihrer großen praktischen Relevanz und der zahlreichen Sonderprobleme, die hier in Fälle eingebaut werden können, einer besonders großen Beliebtheit.

§ 315b I Nr. 3 StGB setzt voraus, dass der Täter einen "ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" vornimmt, wie ihn § 315b I Nrn. 1 und 2 StGB beschreiben. Erforderlich für § 315b I StGB ist - wie sich der amtlichen Überschrift des Deliktes entnehmen lässt - stets ein verkehrsfremder Eingriff von außen in den Straßenverkehr. Verkehrsteilnehmer sind somit grundsätzlich insofern privilegiert als auf sie nur der (enge) Tatbestand des § 315c I StGB Anwendung findet und nicht der (weite) Tatbestand des § 315b I StGB; § 315c I StGB kommt insofern eine "Sperrwirkung" zu (vgl. die Darstellung bei Fischer, § 315b Rn 9 ff.). Ausnahmsweise wird jedoch auch das Verhalten eines Verkehrsteilnehmers von § 315b I StGB erfasst, wenn

es sich nämlich als "Pervertierung" der Teilnahme am Straßenverkehr darstellt, was der Fall ist, wenn der Täter das von ihm gesteuerte Fahrzeug bewusst zweckwidrig in verkehrsfeindlicher Absicht verwendet und zudem mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz handelt (BGH, RA 2003, 327 = StraFo 2003, 215; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 9 f.). Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann gegeben, wenn der Täter sein Fahrzeug als Waffe oder - wie im vorliegenden Fall - als Schadenswerkzeug verwendet (BGHSt 48, 233, 237 f.; Joecks, § 315b Rn 11a).

Weiter setzt der Tatbestand des § 315b I StGB voraus, dass der Täter durch sein Verhalten Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet. Eine Sache von "bedeutendem Wert" wird ab einem Sachwert von ca. 750,- € angenommen (BGHSt 48, 14, 23; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben/Heine, § 315b Rn 12, Vor §§ 306 ff. Rn 15; a.A. (1.300,- €): Fischer, § 315b Rn 16). Dies legt der BGH auch im vorliegenden Fall zugrunde, stellt jedoch klar, dass zur Wertermittlung auf den Verkehrswert abzustellen sei, also Wertminderungen Berücksichtigung finden müssten (ebenso AG Schwäbisch Hall, NStZ 2002, 153; Schönke/Schröder-Heine, Vor §§ 306 ff. Rn 15). Weiter betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung - auch insofern in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (OLG Frankfurt, StV 1985, 111; OLG Koblenz, DAR 1973, 48; Schönke/Schröder-Heine, Vor §§ 306 ff. Rn 16) -, dass es für den bedeutenden Wert nicht auf den Gesamtwert der gefährdeten Sache ankommt, sondern auf die Höhe des drohenden Schadens. Es reicht also nicht, wenn einer Sache von bedeutendem Wert nur ein unbedeutender Schaden droht.

Vertiefungshinweise:

Zur Verwirklichung von § 315b I Nr. 3 StGB durch Verkehrsteilnehmer: BGH, NStZ-RR 2000, 343; RA 2003, 327 = StraFo 2003, 2115; RA 2004, 606 = NStZ 2004, 625; RA 2006, 623 = JA 2006, 900; Dreher, JuS 2003, 1159; Grupp/Kinzig, NStZ 2007, 132; König, NStZ 2004, 175

Zur Gefährdung fremder Sache von bedeutendem Wert: BGHSt 48, 14; OLG Frankfurt, StV 1985, 111;

OLG Koblenz, DAR 1973, 48

Kursprogramm:

Examenskurs: "Hoffentlich Allianz versichert"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch das absichtliche Herbeiführen eines Verkehrsunfall kann einen "ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" i.S.v. § 315b I Nr. 3 StGB darstellen.

2. Für die Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert i.S.v. § 315b I StGB reicht es nicht aus, dass eine Sache von bedeutendem Wert nur in (wirtschaftlich) unbedeutendem Maße gefährdet wird; vielmehr muss der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs sein. Für die Berechnung des Gefährdungsschadens kommt es auf die am Marktwert zu messende Wertminderung an.

Sachverhalt:

[Zu Fall II. B 19] Die Zeugin F, die mit ihrem Pkw aus einer untergeordneten Straße kommend nach rechts in die Hauptstraße abbiegen wollte, brachte den Pkw vor der Kreuzung an der Sichtlinie zum Halten. Der Angeklagte, der sich mit seinem Fahrrad der Kreuzung auf dem Bürgersteig - aus der Sicht der Zeugin - von links näherte, erkannte, dass die Zeugin mit ihrem Pkw so weit vorgefahren war, dass sie den Bürgersteig nicht mehr im Blick hatte.

Als die Zeugin anfuhr, steuerte er sein Rad vor den Pkw der Zeugin und kam, wie von ihm beabsichtigt, zu Fall. Die Haftpflichtversicherung der Zeugin zahlte als Schadensersatz und Schmerzensgeld insgesamt 902,20 Euro an den Angeklagten, weil sie aufgrund der Unfallschilderung in dem Schreiben des vom Angeklagten beauftragten Rechtsanwalts davon ausging, die Zeugin sei mit ihrem Pkw plötzlich und unvermittelt angefahren, als der Angeklagte den Einmündungsbereich bereits nahezu vollständig überquert habe.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in 20 Fällen und wegen Betruges in 21 Fällen, wobei es in vier Fällen beim Versuch blieb, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt und gegen ihn eine Maßregel nach §§ 69, 69 a StGB festgesetzt. Die Angeklagte hat es wegen Betruges in 21 Fällen, wobei es in vier Fällen beim Versuch blieb, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Angeklagten rügen mit ihren Revisionen die Verletzung formellen und sachlichen Rechts. Die Rechtsmittel der Angeklagten haben in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des

§ 349 Abs. 2 StPO.

I. Zur Verfahrensrüge

1. Zur Beweiswürdigung im Fall II. B 5

Soweit das Landgericht im Fall II. B 5 der Urteilsgründe den Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr und beide Angeklagte wegen eines mittäterschaftlich begangenen Betruges zum Nachteil der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners verurteilt hat, haben die Rechtsmittel der Angeklagten mit einer zulässig erhobenen, auf die Verletzung des § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge Erfolg.

Das Landgericht hat seine Überzeugung, dass der Angeklagte den Unfall mit dem von ihm geführten Pkw, dessen Halterin die Angeklagte gewesen ist, absichtlich herbeigeführt hat, indem er das Fahrzeug ohne verkehrsbedingten Grund plötzlich bis zum Stillstand abgebremst hat, auf die Bekundungen des in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommenen Unfallgegners und einer Zeugin, die den Unfall als Fußgängerin beobachtet hat, gestützt.

Die Angeklagten rügen zu Recht, das Landgericht habe entgegen § 261 StPO die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt, weil es unterlassen habe, die in der Hauptverhandlung verlesene Schadensanzeige des Unfallgegners vom 1. Dezember 2000 und die von diesem gefertigte Unfallskizze, die in Augenschein genommen wurde, in seine Beweiswürdigung einzubeziehen. In seiner Schadensanzeige hatte der Unfallgegner angegeben, ein Bus habe durch Blinkzeichen angezeigt, den Haltestellenbereich verlassen zu wollen, worauf die drei vor ihm fahrenden Pkw abrupt abgebremst worden seien, so dass er nicht rechtzeitig halten können und auf den vor ihm befindlichen Pkw aufgefahren sei. Diese mit der von dem Zeugen gefertigten Unfallskizze in Einklang stehende Schilderung des Unfallhergangs lässt sich mit den Bekundungen des Zeugen in der Hauptverhandlung nicht vereinbaren. Das Landgericht hätte sich deshalb in den Urteilsgründen mit diesem Widerspruch auseinandersetzen müssen (vgl. BGH StV 1993, 115; BGH, Urteil vom 15. September 2005 - 4 StR 107/05).

2. Zur Beweiswürdigung im Fall II. B 19

Soweit der Angeklagte im Fall II. B 19 der Urteilsgründe wegen Betruges verurteilt worden ist, hat sein Rechtsmittel ebenfalls mit einer auf die Verletzung des § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge Erfolg. [...]

Das Landgericht hat seine Überzeugung, dass der Angeklagte den Unfall absichtlich herbeigeführt hat, auf die Bekundungen der Zeugin F in der Hauptverhandlung gestützt. Aus der Sicht der Zeugin sei die Vorfahrtsstraße in beide Richtungen gerade und gut einsehbar gewesen. Da die Zeugin sich sicher gewesen sei, keinen Radfahrer auf der Fahrbahn gesehen zu haben, müsse sich der Angeklagte, wie die Zeugin

“bereits vermutet” habe, außerhalb ihres Sichtfeldes befunden haben und sich mithin über den Bürgersteig angenähert haben.

Die Revision des Angeklagten rügt zu Recht, dass das Landgericht sich entgegen § 261 StPO nicht mit der in der Hauptverhandlung am 18. Januar 2006 verlesenen, von der Zeugin und vom Angeklagten unterschriebenen Unfallanzeige vom 16. November 2002 und mit der in Augenschein genommenen Unfallskizze auseinandergesetzt hat. Dies war deshalb geboten, weil sich sowohl aus der von der Zeugin für die Schadensanzeige bei der Haftpflichtversicherung gefertigten Skizze als auch aus der Beschreibung der Unfallsituation in der Unfallanzeige ergibt, dass der Angeklagte sich der Kreuzung auf dem für Radfahrer freigegebenen Gehweg nicht - wie aufgrund der Bekundungen der Zeugin festgestellt - von links, sondern von rechts näherte. Nach der von der Zeugin gefertigten Skizze war die Sicht nach rechts aus dem auf die Kreuzung zufahrenden Pkw aber durch eine Hecke am Rand des Geh- und Radweges eingeschränkt.

3. Aufhebung der Verurteilungen in den Fällen II. B 5 und II. B 19 aufgrund der Verfahrensrüge

Die aufgezeigten Verfahrensfehler führen zur Aufhebung der Verurteilungen in den Fällen II. B 5 und 19 der Urteilsgründe. Das Landgericht hat die Verurteilung in diesen Fällen entscheidend auf die Bekundungen der Unfallgegner gestützt, von deren Glaubhaftigkeit es sich insbesondere auch im Hinblick darauf überzeugt hat, dass sie “auch nicht im Widerspruch zu früheren Angaben und Vernehmungen” standen [...]. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass das Landgericht, hätte es die Beweisergebnisse umfassend gewürdigt, zu anderen, für die Angeklagten günstigeren Feststellungen gelangt wäre.

Dass sich die Verfahrensfehler auch auf die der Verurteilung der Angeklagten in den übrigen Fällen zu Grunde liegende Beweismündigung ausgewirkt haben können, schließt der Senat aus. Soweit das Landgericht seine Überzeugung, dass der Angeklagte die Unfälle absichtlich herbeigeführt hat, unter anderem auf die Vielzahl der Unfälle, an denen der Angeklagte beteiligt war, die Vergleichbarkeit der jeweiligen Verkehrslage an den Unfallorten und die stets gleiche Abwicklung der Schadensfälle gestützt hat, steht dem nicht entgegen, dass der Angeklagte in den Fällen II. B 5 und 19 der Urteilsgründe die Unfälle möglicherweise nicht provoziert hat. Denn der Unfallhergang in diesen Fällen unterscheidet sich deutlich von dem Unfallgeschehen in den übrigen Fällen, die zahlreiche Gemeinsamkeiten aufweisen, die für eine Unfallprovokation durch den mit den Verhältnissen an den Unfallorten vertrauten Angeklagten sprechen.

II. Zur Sachrüge

Soweit es die Angeklagte betrifft, hat die sachlich-

rechtliche Überprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zu deren Nachteil ergeben. Die Revision des Angeklagten hat jedoch mit der Sachrüge Erfolg, soweit er in den Fällen II. B 2, 3, 7 bis 10, 12, 14 bis 18, 20 und 21 jeweils wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr verurteilt worden ist.

1. Zum Fehlen einer konkreten Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert

Zwar hat der Angeklagte nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen den Verkehrsunfall jeweils absichtlich herbeigeführt (§ 315 b Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 a StGB) und mithin die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, dass er einen “ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff” im Sinne des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB vorgenommen hat (vgl. BGHSt 48, 233).

Der Straftatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB setzt darüber hinaus aber voraus, dass durch den tatbestandsmäßigen Eingriff Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet werden. Dass in den genannten Fällen Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet worden sind, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Auch die Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert ist in den genannten Fällen nicht belegt. Dass eine Sache von bedeutendem Wert nur in (wirtschaftlich) unbedeutendem Maße gefährdet wird, reicht hierfür nicht aus; vielmehr muss der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs sein (vgl. BGH NJW 1990, 194, 195; Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. § 315 Rdn. 16 m.w.N.). Für die Berechnung des Gefährdungsschadens kommt es auf die am Marktwert zu messende Wertminderung an (vgl. BGH NStZ 1999, 350, 351; Barnickel in MünchKomm StGB § 315 Rdn. 71). Die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB lag zu dem für die Wertbestimmung maßgeblichen Gefährdungszeitpunkt (vgl. Barnickel in MünchKomm StGB aaO Rdn. 69 m.N.) bei mindestens 1.500 DM bzw. 750 Euro (BGHSt 48, 14, 23; vgl. Barnickel aaO).

Dass in den oben genannten Fällen ein Schaden (zumindest) in dieser Höhe drohte, ist durch die bisherigen Feststellungen nicht belegt: Soweit im Fall II. B 20 der Urteilsgründe der eingetretene Fremdsachschaden mit 375 Euro beziffert wird, liegt es nach den bisherigen Feststellungen eher fern, dass ein darüber hinausgehender Schaden drohte. In den übrigen Fällen hat die Strafkammer die Höhe des entstandenen Sachschadens nicht genannt. Weder das Schadensbild in den Fällen II. B 8 der Urteilsgründe (Kratzer an der vorderen Stoßstange rechts), II. B 9 (“zwei Punkte” am Fahrzeug des Unfallgegners), II. B 10 (Beschädigung der Stoßstange vorne rechts) und II. B 17 (eine etwa einen Zentimeter tiefe Einbeulung des vorderen Kennzeichens) noch die Feststellungen zum Unfallhergang

in diesen und den übrigen Fällen belegen eine zweifelsfrei die Wertgrenze überschreitende konkrete Gefährdung der an dem Unfall beteiligten Fremdfahrzeuge.

2. Keine Aufhebung der Verurteilung wegen Betruges
Die danach gebotene Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in den genannten Fällen lässt jedoch die Verurteilung der Angeklagten in diesen Fällen wegen eines mittäterschaftlich zum Nachteil der Haftpflicht-

versicherungen der jeweiligen Unfallgegner begangenen Betruges unberührt. Sie zieht nur die Aufhebung der zur Gefährdung von Leib und Leben anderer Personen, zur Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert und der insoweit zur inneren Tatseite getroffenen Feststellungen nach sich. Im Übrigen halten die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen, zur absichtlichen Herbeiführung der Verkehrsunfälle und zum Schädigungsvorsatz des Angeklagten rechtlicher Nachprüfung stand und können deshalb bestehen bleiben.

Standort: § 25 II StGB

Problem: Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe

BGH, URTEIL VOM 29.11.2007

4 STR 425/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte S wollte beim Opfer Schulden (insbesondere aus Rauschgiftgeschäften) eintreiben und bat deshalb seine Bekannten O und V um Mithilfe, wobei allen klar war, dass S das Opfer töten würde, wenn dieses die Schulden nicht bezahlen würde. Während V im Fluchtwagen wartete, gab O sich gegenüber dem Opfer als "der Mann aus Holland" aus und behauptete, selbst ein Gläubiger des S zu sein und mit dem Opfer über die Begleichung der Schulden verhandeln zu wollen. So verschaffte sich O Einlass in die Wohnung des schwer bewaffneten Opfers. In einem unbeobachteten Augenblick öffnete O die Haustür und ließ den S hinein. Dies überraschte das Opfer, das wegen einiger unmittelbar zuvor geführter Telefonate zwischen S und O davon ausgegangen war, dass S sich weit entfernt aufhalten würde. Als sich im weiteren Verlauf der folgenden Verhandlungen zeigte, dass das Opfer die Schulden nicht zurückzahlen würde, tötete der S es durch mehrere Schüsse in den Rücken.

Das LG Saarbrücken hatte den Angeklagten S aufgrund dieses Sachverhalts wegen Totschlags, § 212 I StGB, und O und V jeweils wegen Beihilfe hierzu, §§ 212 I, 27 I StGB, verurteilt. Mit ihrer Revision rügte die Staatsanwaltschaft, dass das LG keinen Mord, § 211 StGB, angenommen und den O nicht als Mittäter gem. § 25 II StGB verurteilt habe. Dieser Revision gab der BGH weitgehend statt.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte und Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme stellen - gerade auch in entsprechender Kombination - häufig den Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen dar. Die vom BGH in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Problemfelder der Voraussetzungen der verschiedenen Mordmerkmale und der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe sind hierbei absolute Klassiker,

deren Kenntnis unverzichtbar ist.

Der BGH befasst sich zunächst mit der Frage nach den Voraussetzungen für eine heimtückische Tötung i.S.v. § 211 II StGB. Eine solche ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; NStZ 2003, 533; LK-Jähnke, § 211 Rn 412 mwN). Arglos ist das Opfer, wenn es sich keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (BGHSt, StV 1998, 544; Fischer, § 211 Rn 35), wehrlos ist es, wenn es infolge seiner Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24a; Küper, JuS 2000, 741). In der Literatur wird teilweise zusätzlich zu diesen Voraussetzungen noch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch verlangt, was natürlich voraussetzt, dass vor der Tat ein Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer bestand (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 26 mwN).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ist derjenige des Beginns des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs, also des unmittelbaren Ansetzens zum versuchten Tötungsdelikt (BGH, NStZ-RR 2005, 201, 202; NStZ 2006, 503, 504; StV 2007, 229; Fischer, § 211 Rn 35; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24). Von dieser Regel, dass die Arglosigkeit bei Beginn des Tötungsversuchs gegeben sein muss, hat der BGH in der Vergangenheit in Fällen eine Ausnahme gemacht, in denen der Täter das Opfer in einem Zeitpunkt, in dem dieses noch arglos war, in einen Hinterhalt gelockt bzw. diesem eine raffinierte Falle gestellt hatte; hier hatte er auf die Arglosigkeit des Opfers bei Beginn der Umsetzung des Planes des Täters, also in einem Zeitraum vor dem unmittelbaren Ansetzen zur Tötung abgestellt (BGHSt 22, 77, 79 f.; BGH, NStZ 1989, 364, 365). Zwar waren S und O im vorliegenden Fall auch listig vorgegangen, indem sich der O als holländischer "Mittelsmann" beim Opfer Zutritt verschafft und den S später hineingelassen hatte. Trotzdem sieht der BGH wesentliche Unterschiede zu den genannten Entschei-

dungen insbesondere deshalb, weil das Opfer im vorliegenden Fall aufgrund früherer Drohungen des S von der Tat nicht überrascht wurde und die Ausführung der Tat von einem Verhalten des Opfers (der Weigerung, zu zahlen) abhängig war (vgl. BGH, NStZ 1989, 364, 365; NJW 1991, 1963).

Auch zum Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe äußert sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung. Ein Beweggrund des Täters ist dann "niedrig" i.S.v. § 211 StGB, wenn er sittlich auf tieferer Stufe steht und besonders verachtenswert ist (BGH, NJW 2002, 369; 2006, 97; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 18; Wessels/Hettinger, Rn 95). Ob dies der Fall ist, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren einschließlich der Tatumstände, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu beurteilen (BGH, NStZ-RR 2006, 234; 2006, 340, 341; Fischer, § 211 Rn 15). Verwerfliche Motive wie Wut, Ärger, Rache oder Hass kommen nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen (BGH, StV 2001, 228; RA 2007, 183, 185 = NStZ 2007, 523; Fischer, § 211 Rn 25). In der vorliegenden Entscheidung deutet der BGH an, dass diese Voraussetzungen durchaus gegeben sein können, wenn der Täter ein ihm eigentlich freundschaftlich verbundenes Opfer nur deshalb geradezu "hinrichtet", weil er es für die Nichtzahlung von Schulden "bestrafen" will.

Schließlich macht der BGH noch Ausführungen zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe. Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre setzt eine (Mit-) Täterschaft objektiv das Bestehen von Tatherrschaft und subjektiv einen entsprechenden Tatherrschaftswillen voraus; Tatherrschaft hat hierbei derjenige, der die Tat beherrscht, sie nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann und deshalb die Zentralfigur des Geschehens darstellt (Joecks, § 25 Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor §§ 25 ff. Rn 62 mwN). Die eingeschränkt-subjektive Theorie der Rechtsprechung verlangt für eine (Mit-) Täterschaft objektiv nur die Leistung irgendeines Förderungsbeitrages, subjektiv muss der Täter allerdings mit Täterwillen (animus auctoris) handeln, was der Fall ist, wenn er die Tat zumindest auch als "seine" Tat sieht und nicht nur einen anderen Beteiligten bei dessen Tat unterstützen will; wichtige Indizien für einen solchen Täterwillen sind das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder zumindest der Wille hierzu (BGH, StV 2003, 279; NStZ 2005, 228). Ein zentrales Element beider Auffassungen ist also die Tatherrschaft, da diese nach der Rechtsprechung immerhin ein wichtiges Indiz für das Vorliegen des maßgeblichen Täterwillens darstellt. In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass Tatherrschaft nicht nur gegeben ist, wenn ein Tatbeteilig-

ter die Tatbestandsverwirklichung eigenhändig vornimmt, sondern bereits dann, wenn er in Arbeitsteilung mit anderen eine für das Gelingen der Tat wesentliche Funktion innehat. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall aber auch bei O gegeben, da dieser dadurch, dass er dem S heimlich Zugang zur Wohnung verschaffte, die Tat überhaupt erst ermöglichte und somit den Geschehensablauf (mit) beherrschte. Eine Mittäterschaft des O stehe auch nicht entgegen, dass dieser kein eigenes Interesse am Taterfolg gehabt habe, da dieses Interesse als Indiz neben der Tatherrschaft nur eine marginale Bedeutung habe. Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass der BGH zu Prüfung des Täterwillens mittlerweile immer stärker auf die Tatherrschaft abstellt und den anderen Indizien kaum noch Bedeutung beimisst, sodass sich die beiden Auffassungen zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe noch weiter annähern.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Heimtücke i.S.v. § 211 II StGB: BGH, NStZ 2003, 146; RA 2006, 612 = NStZ 2006, 512; RA 2007, 183 = NStZ 2007, 523; Bosch/Schindler, JURA 2000, 77; Kargl, JURA 2004, 189; Quentin, NStZ 2005, 128; Rotsch, JuS 2005, 12; Schneider, NStZ 2003, 428; Widmaier, NJW 2003, 1789; Zaczyk, JuS 2004, 750

☐ Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 II StGB: BGHSt 47, 128; 50, 1; BGH, NStZ-RR 2000, 168; NStZ 2002, 369; RA 2007, 147 = NStZ-RR 2007, 111; Kargl, StraFo 2001, 386; Neumann, JR 2002, 471

☐ Zu den Voraussetzungen der Tatherrschaft: BGHSt 28, 346; BGH, NStZ-RR 2002, 74; NStZ-RR 2004, 40; Ahrens, JA 1996, 664; Stein, StV 1993, 411

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Ein Colt für alle Fälle"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nach ständiger Rechtsprechung handelt heimtückisch, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist das Opfer dann, wenn es nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnet. Das Opfer muss gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein, wobei für die Beurteilung grundsätzlich die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs maßgebend ist.

2. Von der Regel, dass die Arglosigkeit bei Beginn des Tötungsversuchs vorliegen muss, kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Tötung durch von langer Hand geplantes, wohl durchdachtes Locken in einen Hinterhalt bzw. raffiniertes

Stellen einer Falle ermöglicht wird. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Tatopfer von der Tat nicht überrascht wird oder die Ausführung der Tat von einem Verhalten des dann Getöteten abhängig ist.

3. Beweggründe sind im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB "niedrig", wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Bei einer Tötung - aus Wut oder Ärger kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen. Wenn der Täter sein Tatopfer, mit dem er freundschaftlich verbunden ist, zur "Bestrafung" für die Nicht-Rückzahlung von Schulden gleichsam "hinrichtet", bietet dies tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme (sonst) niedriger Beweggründe.

4. Die Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB, erfordert - auf der Grundlage gemeinsamen Wollens - einen die Tatbestandserfüllung fördernden Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann. Hat ein Tatbeteiligter einen wesentlichen Beitrag geleistet, so ist er als Mittäter anzusehen, wenn er die Tat als eigene wollte. Ob er ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Bedeutsame Anhaltspunkte dafür können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu sein.

5. Tatherrschaft ist nicht nur gegeben, wenn der Tatbeteiligte die Tatbestandsverwirklichung eigenhändig vornimmt, sondern bereits dann, wenn er in Arbeitsteilung mit anderen eine für das Gelingen der Tat wesentliche Funktion innehat. Selbst wenn der Tatbeteiligte dann kein eigenes Interesse an der Tat hatte, kommt diesem Umstand im Hinblick auf den von ihm erbrachten wesentlichen Tatbeitrag als Abgrenzungskriterium nur eine marginale indizielle Bedeutung zu.

Sachverhalt:

Der Angeklagte S und der drogenabhängige C - das spätere Tatopfer - standen in Geschäftsbeziehung und waren miteinander befreundet. C bezog von S, der einen "Espresso Pub" betrieb, Kokain. Ende November 2005 befand er sich in einer schlechten finanziellen Situation.

Seine Firma hatte hohe Verbindlichkeiten bei den Finanzbehörden, er selbst hatte wenigstens 24.500 Euro Schulden beim Angeklagten S, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob diese Verbindlichkeiten allein aus Drogenlieferungen oder auch aus anderen Geschäften stammten. Als C dem S zur Rückzahlung seiner Schulden ein Fahrzeug übergab, das dem C aber gar nicht gehörte, war S sehr verärgert. Er fühlte sich von C, der

ihm nach seiner Meinung auf Grund der bestehenden Freundschaft und Geschäftsbeziehung zu "Loyalität und Dankbarkeit" verpflichtet sein musste, hintergangen. Hinzu kam, dass S von eigenen Gläubigern aus den Niederlanden, vermutlich wegen Forderungen aus Betäubungsmittelgeschäften, stark unter Druck gesetzt worden war, er aber nicht zahlen konnte.

Am Tag vor der Tat übergab C dem Angeklagten S 500 Euro zur (Teil-)Rückzahlung seiner Schulden. Es kam - wohl in diesem Zusammenhang - zu einer heftigen verbalen Auseinandersetzung zwischen beiden, bei der S massive Drohungen gegen Leib und Leben des C ausstieß. Nachdem C gegangen war und er aus Angst Telefonanrufe des S nicht entgegennahm, entschloss sich dieser, zu C zu fahren, um ihn zur Rückzahlung des dringend benötigten Geldes zu bewegen. Er rief die Angeklagten O und V in seine Wohnung und äußerte - nach dem gemeinsamen Genuss von Alkohol und Kokain - dass "er den umbringen werde, wenn er seine Schulden nicht bezahle". Bevor die Angeklagten die Wohnung des S verließen, um zu C zu fahren, steckte S eine scharfe, geladene Pistole ein. Spätestens zu diesem Zeitpunkt fasste er den Entschluss, C zu töten, falls dieser seine Schulden nicht bezahlen würde. Sodann fuhren die Angeklagten mit dem Fahrzeug des V, das dieser steuerte, zur Wohnung des C. Auf der Fahrt sah der Angeklagte O die Waffe des S. Wegen der Bewaffnung, der gereizten Stimmung des S und der in der Wohnung zuvor geäußerten Todesdrohung "argwöhnte" O, dass es zu einer Tötung des C kommen könnte, wenn dieser seine Schulden nicht begleichen würde.

Als die Angeklagten kurz nach Mitternacht am Wohnhaus des C ankamen, forderte S den Angeklagten O auf, an der Haustür zu klingeln, sich wahrheitswidrig als "der Mann aus Holland" auszugeben und von C die Rückzahlung der Schulden zu fordern. Er sollte C erklären, dass das Geld, das C schuldete, nicht S allein zustehe, sondern auch den "Leuten aus Holland", die das Geld dringend haben müssten. Der Angeklagte O wurde nach diesem Ansinnen des S in seiner Vermutung noch bestärkt, dass es möglicherweise zu einer Tötung des C kommen könnte.

Er ging gleichwohl zur Wohnungstür, die ihm nach dem Läuten von C geöffnet wurde. Wegen der mit S geführten heftigen Auseinandersetzung und dessen Drohung fürchtete C um sein Leben. Er rechnete mit einem Angriff des S und hatte sich deshalb zur Verteidigung mit einer geladenen Vorderschaftrepetierflinte ("Pumpgun") bewaffnet. Diese hielt er beim Öffnen der Tür in seiner rechten Hand. Als O das sah, war ihm ohne jeden Zweifel bewusst, dass bei einem Scheitern der Geldbeitreibung von S die Tötung des C beabsichtigt war.

Inzwischen hatte S dem Angeklagten V im Einzelnen mitgeteilt, dass er gegebenenfalls beabsichtige, C zu töten. Er wies ihm einen Platz an, wo V sich mit sei-

nem Fahrzeug hinstellen sollte, um nach der Tat eine schnelle Flucht zu ermöglichen.

Nachdem C dem Angeklagten O die Tür geöffnet hatte, stellte sich dieser, der Anweisung des S folgend, als "der Mann aus Holland" vor, der gekommen sei, um über die Schulden zu sprechen. C ließ den Angeklagten O eintreten und stellte die Waffe ab. Er erklärte O, dass er sich derzeit bemühe, das Geld für S zu beschaffen, er aber Schulden beim Finanzamt habe. Im Verlauf des Gesprächs rief S mehrfach das Mobiltelefon des O an. Er warf dem C, an den O das Telefon weitergereicht hatte, vor, dass dieser ihn mit der Übergabe des ihm nicht gehörenden Fahrzeugs getäuscht und er ihn im Stich gelassen habe. In einem weiteren Gespräch erteilte S dem Angeklagten O die Anweisung, ihm unter der Vorgabe, er - O - müsse austreten, die Hauseingangstür zu öffnen. Das tat der Angeklagte O auch. Ihm war dabei bewusst, dass der bewaffnete Angeklagte S so für C unbemerkt in das Haus eindringen und dieses Überraschungsmoment zur Tötung nutzen konnte.

Als S das Haus betreten hatte, war C von dessen Erscheinen überrascht. Er war auf Grund der Telefongespräche davon ausgegangen, dass sich S in dem mehr als 30 km entfernten Ort Neunkirchen aufhielt. C befürchtete nun endgültig, auch auf Grund dieser Täuschung, dass S einen Anschlag auf ihn plante. Um S zu beschwichtigen, umarmte er ihn freundschaftlich. S verlangte erneut die Rückzahlung des ausstehenden Geldes, worauf C wieder auf seine hohen Verbindlichkeiten beim Finanzamt hinwies. Die nunmehr zum Teil heftig und lautstark geführte Diskussion - bei der Kokain konsumiert wurde - steigerte sich immer mehr. S lief aufgebracht in dem Raum hin und her. Als er glaubte, keine Rückzahlung seiner Schulden erhalten zu können, wollte er C hierfür bestrafen. Er feuerte, in der Absicht, C zu töten, aus der mitgeführten Pistole, die er unbemerkt unter seiner über dem Arm liegenden Lederjacke verborgen hatte, von hinten einen aufgesetzten Schuss durch die Jacke in den linken Brustkorb des C. Als dieser daraufhin zu Boden fiel, gab S zwei weitere, wiederum aufgesetzte Schüsse in den Kopf des C ab. Dieser verstarb innerhalb weniger Minuten. Anschließend reinigten S und O den Tatort, beseitigten Spuren und flüchteten mit V

Aus den Gründen:

I. Einleitung

1. Entscheidung des Landgerichts und des BGH; Prozessgeschichte

Das Landgericht hat den Angeklagten S wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Angeklagten O und V hat es jeweils wegen Beihilfe zum Totschlag zu Freiheitsstrafen von fünf (O) bzw. sechs (V) Jahren ver-

urteilt.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Staatsanwaltschaft und die Nebenkläger Herbert und Hildegard C. - die Eltern des Tatopfers - sowie die Angeklagten mit ihren Revisionen. Die Staatsanwaltschaft und die Nebenkläger erstreben eine Verurteilung wegen (gemeinschaftlich begangenen) Mordes bzw. wegen Beihilfe zum Mord (V). Der Angeklagte S hat seine Revision auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt. Er beanstandet, dass das Landgericht zu Unrecht von seiner vollen Schuldfähigkeit ausgegangen sei. Die Angeklagten O und V wenden sich gegen den vom Landgericht jeweils angenommenen Gehilfenvorsatz zur Tötung des Tatopfers.

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger haben weitgehend Erfolg; die Revisionen der Angeklagten sind unbegründet. [...]

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Nach Auffassung des Landgerichts hat sich der Angeklagte S nach den getroffenen Feststellungen lediglich des Totschlags schuldig gemacht. Ein "heimtückisches" Vorgehen (§ 211 Abs. 2 5. Alt. StGB) liege nicht vor, weil das Tatopfer vor dem Angriff des Angeklagten S nicht arglos gewesen sei. Der Angeklagte O habe sich wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar gemacht, weil er vorsätzlich zu dem von S begangenen Totschlag dadurch Hilfe geleistet habe, dass er diesem mit der wahrheitswidrigen Behauptung, er sei "der Mann aus Holland", der über die Rückzahlung der Schulden verhandeln wolle, und durch die spätere heimliche Öffnung der Haustür Zutritt zum Haus des Opfers verschafft und hierdurch die Tat erst möglich gemacht habe. O sei nicht Mittäter gewesen, weil er - wovon zu seinen Gunsten auszugehen sei - in eine gemeinsame Planung der Tat nicht mit eingebunden gewesen sei und er keine Tatherrschaft und auch kein eigenes Interesse an der Tat gehabt habe. Auch der Angeklagte V habe sich der Beihilfe zum Totschlag schuldig gemacht, weil er die Tatausführung des S dadurch gefördert habe, dass er sein Fahrzeug weisungsgemäß zur schnellen Flucht bereit gestellt und nach der Tat die Flucht ermöglicht habe.

II. Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger Herbert und Hildegard C

1. Zu den Verfahrensrügen

Die Verfahrensrügen greifen aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts zu den Revisionen der Nebenkläger genannten Gründen, in der auch zu der ebenfalls von der Staatsanwaltschaft erhobenen Aufklärungsrüge betreffend die Zeugin Z Stellung genommen wurde, nicht durch.

2. Zur Sachrüge

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Neben-

kläger Herbert und Hildegard C haben jedoch mit der Sachrüge im Wesentlichen Erfolg.

a. Zum Fehlen von Heimtücke i.S.v. § 211 II StGB

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hat das Landgericht allerdings ein "heimtückisches" Vorgehen des Angeklagten S rechtsfehlerfrei verneint.

Nach ständiger Rechtsprechung handelt heimtückisch, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist das Opfer dann, wenn es nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnet. Das Opfer muss gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein, wobei für die Beurteilung grundsätzlich die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs maßgebend ist. Die Arglosigkeit kann aus unterschiedlichen Gründen entfallen. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles. Aus der Sicht des Täters ist Voraussetzung für ein heimtückisches Handeln, dass dieser sich bewusst ist, einen ahnungs- und schutzlosen Menschen zu überraschen, und dass er diese Situation in ihrer Bedeutung für die Tatausführung erkennt und nutzt (vgl. nur BGH NJW 2006, 1008, 1010 = BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 33; BGH, Beschluss vom 11. September 2007 - 1 StR 273/07 jew. m.w.N.).

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien war das Mordmerkmal der Heimtücke bei der Tat nicht erfüllt:

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen hatte der später getötete C nach der Drohung durch den Angeklagten S am Tag vor der Tat erhebliche Angst um sein Leben. Er hatte sich in seiner Wohnung mit einer Schusswaffe bewaffnet, als O an der Tür klingelte. Als der Angeklagte S überraschend bei dem zahlungsunfähigen C erschien, fürchtete dieser endgültig, dass S einen Anschlag auf ihn vorhatte. Bei dem anschließenden Gespräch kam es zu einer heftigen Diskussion, bevor S schließlich die tödlichen Schüsse abgab.

Dass das Landgericht nach diesen Feststellungen ausgeschlossen hat, dass C seinen Argwohn vor Abgabe des ersten Schusses - dem hier für die Frage der Heimtücke maßgeblichen Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (vgl. BGH NJW 1991, 1963) - aufgegeben haben könnte, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die von den Revisionen für ihre Auffassung, S habe heimtückisch gehandelt, herangezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Heimtücke durch von langer Hand geplantes, wohl durchdachtes Locken in einen Hinterhalt bzw. raffiniertes Stellen einer Falle (BGHSt 22, 77, 79 f.; BGH NStZ 1989, 364, 365; BGH, Urteil vom 14. Juni 1960 - 1 StR 73/60), in denen von der Regel, dass die Arglosigkeit bei Beginn des Tötungsversuchs vorliegen muss, eine Ausnahme gemacht wird (vgl. Schneider in MünchKomm-StGB §

211 Rdn. 131), betreffen andere Fallgestaltungen. Sie unterscheiden sich vom vorliegenden Fall insbesondere dadurch, dass das Tatopfer hier von der Tat nicht überrascht worden ist (vgl. BGH NStZ 1989, 364, 365: keine Heimtücke) und die Ausführung der Tat von einem Verhalten des dann Getöteten abhängig war (vgl. BGH NJW 1991, 1963: keine Heimtücke), nämlich dass C nicht zahlen würde. S entschloss sich zur Tötung erst, als aus seiner Sicht die "Bedingung" für die Tötung (keine Rückzahlung der Schulden) eingetreten war. Zu diesem Zeitpunkt war C aber nicht arglos.

Der vom Generalbundesanwalt gerügte Erörterungsmangel, das Landgericht habe sich rechtsfehlerhaft nicht damit beschäftigt, dass S sein Opfer möglicherweise fälschlich für arglos gehalten haben könnte, liegt angesichts der bisherigen Feststellungen nicht vor; denn S kannte alle wesentlichen Umstände, aus denen sich der Argwohn des C ergab.

b. Zum Vorliegen niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 II StGB

Rechtlichen Bedenken begegnet jedoch, dass das Landgericht sich nicht mit dem Mordmerkmal der Tötung aus sonst "niedrigen Beweggründen" auseinandergesetzt hat.

Beweggründe sind nach der Rechtsprechung im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB "niedrig", wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung dieser Frage hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu erfolgen. Bei einer Tötung - wie hier festgestellt - aus Wut oder Ärger kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (vgl. nur BGHSt 47, 128, 130; BGH, Urteil vom 5. September 2007 - 2 StR 306/07 m.w.N.).

Die Feststellungen des Landgerichts, nach denen der Angeklagte S sein Tatopfer, mit dem er freundschaftlich verbunden war, zur "Bestrafung" für die Nichtrückzahlung von Schulden gleichsam "hingerichtet" hat, bieten tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme (sonst) niedriger Beweggründe (vgl. BGH, Beschluss vom 22. April 2004 - 3 StR 115/04 ["Hinrichtung" eines Drogenschuldners]; Schneider aaO Rdn. 71 ff.), zumal das Schwurgericht in seinen Strafzumessungserwägungen selbst davon ausgeht, dass die Tötung des C "auf einem als niedrig einzustufenden Motiv" beruhte.

Das Mordmerkmal der (sonst) niedrigen Beweggründe hätte daher der Prüfung bedurft. Dies wird nachzuholen sein.

Sollte der neue Tatrichter beim Angeklagten S zu einem Schuldspruch wegen Mordes aus (sonst) niedri-

gen Beweggründen gelangen, so wird er zu bedenken haben, dass eine Verurteilung von Teilnehmern an dieser Tat - hier: möglicherweise der beiden Mitangeklagten - wegen Beihilfe zum Mord (aus niedrigen Beweggründen) nur dann möglich ist, wenn diese selbst als Gehilfen ihre Tatbeiträge entweder ebenfalls aus niedrigen Beweggründen oder in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des (Haupt-)Täters erbracht haben (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 43; Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. § 211 Rdn. 42 f. m.w.N.). Auch dies bedarf ggf. der Erörterung.

c. Zur Mittäterschaft des Angeklagten O

Die Verurteilung des Angeklagten O nur wegen Beihilfe (zum Totschlag) und nicht wegen Mittäterschaft hält ebenfalls rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Nach ständiger Rechtsprechung erfordert die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) - auf der Grundlage gemeinsamen Wollens - einen die Tatbestandserfüllung fördernden Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann. Hat ein Tat-Beteiligter einen wesentlichen Beitrag geleistet, so ist er als Mittäter anzusehen, wenn er die Tat als eigene wollte. Ob er ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Bedeutsame Anhaltspunkte dafür können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu sein, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (vgl. BGH StV 1983, 501; NStZ-RR 2002, 74, 75; 2004, 40, 41).

Von diesen Kriterien geht das Landgericht bei seiner Abgrenzung, ob der Angeklagte O Mittäter oder Gehilfe war, im Ansatz zutreffend aus. Rechtlichen Bedenken begegnet jedoch seine Wertung, der Angeklagte O habe keine Tatherrschaft gehabt, weil er nicht - wie S - das "Geschehen in den Händen gehalten (habe)"; denn Tatherrschaft ist nicht nur gegeben, wenn der Tatbeteiligte die Tatbestandsverwirklichung eigenhändig vornimmt, sondern bereits dann, wenn er in Arbeitsteilung mit Anderen eine für das Gelingen der Tat wesentliche Funktion innehat (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 74, 75).

Nach den Feststellungen hat der Angeklagte O das Tatopfer durch Täuschung zum Weglegen seiner Waffe veranlasst und dem bewaffneten Angeklagten S in dem Bewusstsein, dass es zur Tötung des C kommen

konnte, heimlich den Zugang zu dessen Wohnung verschafft. Durch diesen wesentlichen Tatbeitrag hat er die Tat überhaupt erst ermöglicht. Er hat somit den Geschehensablauf mit beherrscht. Damit hatte er Tatherrschaft (vgl. BGHSt 28, 346, 349; BGH NStZ-RR 2004, 40, 41).

Selbst wenn der Angeklagte O, wovon das Landgericht ausgeht, kein eigenes Interesse an der Tat hatte, kommt diesem Umstand im Hinblick auf den von ihm erbrachten wesentlichen Tatbeitrag als Abgrenzungskriterium nur eine marginale indizielle Bedeutung zu (vgl. BGH wistra 2001, 420, 421). Er schließt, ebenso wenig wie der Umstand, dass O (zunächst) in eine gemeinsame Planung der Tat nicht mit eingebunden war (vgl. BGH NStZ 2006, 44, 45), nicht aus, dass der Angeklagte die Tat als eigene wollte. Die Frage (mit)täterschaftlichen Handelns des Angeklagten O wird daher unter umfassender Würdigung des Beweisergebnisses - auch seiner Einbindung in die sonstige Tat-Vorbereitung - neu zu bewerten sein.

III. Revisionen der Angeklagten

Die Revisionen der Angeklagten sind aus den Gründen der Antragsschriften des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

IV. Teilweise Aufhebung der Feststellungen und Zurückverweisung

Die Fragen des Vorliegens des Tatbestands des § 211 StGB und der Täterschaft des Angeklagten O bedürfen somit neuer Verhandlung und Entscheidung.

Die in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen zum "Vortatgeschehen", zum "Nachtatgeschehen" und zur Schuldfähigkeitsbeurteilung der Angeklagten sind rechtsfehlerfrei getroffen; sie können daher bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen, die den bestehen gebliebenen nicht widersprechen, sind zulässig. Die übrigen Feststellungen müssen aufgehoben werden. Der neu entscheidende Tatrichter wird insoweit Gelegenheit haben, Näheres über die Beziehungen der Angeklagten zueinander festzustellen, um nachvollziehbar zu machen, warum sich die Angeklagten O und V an der Tat des S beteiligt haben. Auch bedürfen insbesondere die direkt vor der Tat geführten Telefongespräche, die auf eine stärkere Einbindung des Angeklagten O in die Tatplanung und Tat als bisher festgestellt hindeuten [...], einer gesamtwürdigen Bewertung.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Schadensersatzanspruch Staat - Bürger

VG MÜNSTER, URTEIL VOM 24.04.2007
I K 464/06 (NWVBl 2008, 39)

Problemdarstellung:

Die Kl., eine Universität, nahm die Bekl., eine Studentin, im Klageweg auf Schadensersatz in Anspruch, weil Dritte unter Benutzung des Ausweises der Bekl. Bücher aus der Bibliothek entwendet hatten. In der Bibliotheksordnung war ein solcher Schadensersatzanspruch ausdrücklich normiert. Das VG wies die Klage gleichwohl ab, denn die Kl. könne sich nicht selbst Anspruchsgrundlagen schaffen, indem sie diese in ihrer eigenen Benutzungssatzung regele; vielmehr fordere der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG für eine solche Regelung eine parlamentsgesetzliche Grundlage, die hier nicht existierte. Sei somit die Bibliotheksordnung in diesem Punkt unwirksam, könne sie auch keine Ansprüche vermitteln.

Das Gericht prüfte weiterhin Ansprüche aus §§ 280 I BGB analog und § 823 I BGB, lehnte diese aber ebenfalls ab, weil die Kl. jedenfalls ein zum Ausschluss dieser Ansprüche führendes, ganz überwiegendes Mitverschulden an der Schadensentstehung treffe; auf den Bibliotheksausweisen war nämlich ein Lichtbild des Benutzers aufgedruckt, und die Kl. hatte es unterlassen, durch organisatorische Maßnahmen (Anweisungen an die Bediensteten) sicherzustellen, dass die Identität des Benutzers anhand des Lichtbildes kontrolliert wird.

Neben diesen materiellen Problemen war der Fall auch hinsichtlich der Zulässigkeit interessant. Es stellten sich insbesondere Fragen nach der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und dem allgemeinen Rechtsschutzinteresse, weil die Universität statt zu klagen möglicherweise einfach auch einen Verwaltungsakt (VA) hätte erlassen können. Letztlich kam diese Alternative aber nicht in Betracht, weil es für den VA-Erlass gleichfalls an einer gesetzlichen Grundlage (sog. "VA-Befugnis") fehlte.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall bietet einen idealen Prüfungsstoff, weil er in Zulässigkeit (Rechtswegeröffnung, Rechtsschutzinteresse) und Begründetheit (VA-Befugnis; Vorbehalt des Gesetzes) klassische Examensprobleme des öffentlichen Rechts enthält und zu allem Überfluss über die analoge Anwendung des § 280 I BGB auf öffentlich-

rechtliche Schuldverhältnisse auch noch einen kleinen Ausflug in das Zivilrecht verlangt.

Gut merken sollte man sich § 17 II GVG, wonach das zuständige Gericht den Fall unter allen rechtlichen Gesichtspunkten prüft, also auch das Verwaltungsgericht zivilrechtliche Ansprüche prüfen darf (und muss), wenn diese im Sachzusammenhang mit öffentlich-rechtlichen, den Verwaltungsrechtsweg eröffnenden Ansprüchen stehen.

Vertiefungshinweise:

Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe durch Benutzungsordnungen erforderlich: OVG Münster, NWVBl. 1998, 196

Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte nach § 17 II GVG: VG Düsseldorf, RA 1999, 700 = NWVBl 1999, 470 (zur öffentl.-rechtl. GoA)

Pflichtverletzung bei öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehung: VGH Mannheim, RA 2003, 388 = VBIBW 2003, 235 (Anschluss- und Benutzungszwang); vgl. ferner OVG Münster, NWVBl 1998, 196

Leitsätze:

- 1. Der Verwaltungsrechtsweg ist für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung des Universitätsbibliotheksbenutzungsverhältnisses eröffnet.**
- 2. Die Normierung von Schadensersatzansprüchen wegen schuldhaft ermöglichtem Missbrauch eines Bibliotheksbenutzungsausweises bedarf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.**
- 3. Hinsichtlich des Schadens, der durch den Missbrauch eines Bibliotheksbenutzungsausweises entsteht, trifft die Universität ein überwiegendes Mitverschulden in Form des Organisationsverschuldens, wenn sie ihr zur Verfügung stehende Möglichkeiten zur Identifizierung des Ausleihers nicht nutzt.**

Sachverhalt:

Die Klägerin (Kl.) - eine rheinland-pfälzische Universität - stellte der beklagten Studentin (Bekl.) im Wintersemester 2004/2005 einen Studenausweis aus. Der Studenausweis hatte die Form einer Chipkarte, die mit einem Lichtbild und einer Geldkartenfunktion versehen war und zugleich als Benutzungsausweis für die Universitätsbibliothek diente (sog. TUNIKA). Mit der TUNIKA der Beklagten wurden am 9.12. 2004 ins-

gesamt 17 Bücher ausgeliehen, von denen die Klägerin lediglich eines zurückerhielt, das in der Cafeteria der Universität aufgefunden wurde. Am 14.12. zeigte die Beklagte dem Studentensekretariat den Verlust ihrer TUNIKA an. Sie gab an, mit ihr zuletzt kurz vor der Ausleihe in der Mensa der Klägerin bezahlt und sie anschließend in ihre Jackentasche gesteckt zu haben. Ihren Verlust habe sie erst am Tag vor der Verlustanzeige, also am 13.12. bemerkt.

Im Folgenden ersetzte die Klägerin die abhanden gekommenen Bücher und verlangte von der Beklagten Schadensersatz. Die Beklagte weigerte sich, für den Neuerwerb der Bücher aufzukommen, da die Bücher nicht von ihr entliehen worden seien und die Klägerin es versäumt habe, die Identität des Ausleihers anhand des auf der TUNIKA angebrachten Lichtbildes zu überprüfen. Hinsichtlich des Verlustes der TUNIKA sei sie sich keiner Schuld bewusst.

Mit der vor dem Verwaltungsgericht (VG) erhobenen Klage begehrte die Klägerin Zahlung des für den Neuerwerb der abhanden gekommenen Bücher aufgewandten Betrags. In § 6 V 3 der Bibliotheksordnung (BibliotheksO) sei ausdrücklich geregelt, dass der Inhaber der TUNIKA für Schäden aus schuldhaft ermöglichtem Missbrauch der TUNIKA hafte. Ein solches Verschulden der Bekl. liege hier vor, weil sie die TUNIKA entweder liegen gelassen oder ihren Diebstahl durch Unachtsamkeit ermöglicht habe. Außerdem habe sie es entgegen § 6 V 2 BibliotheksO unterlassen, den Verlust unverzüglich zu melden. Ein Mitverschulden der Kl. bestehe auch nicht. Das Lichtbild auf der TUNIKA sei nicht für die Ausleihe in der Bibliothek angebracht worden, sondern diene z.B. der Identifizierung im öffentlichen Personennahverkehr, da die TUNIKA ein Semesterticket beinhalte. Eine Identitätskontrolle der Ausleiher komme nicht in Betracht, da hierdurch der Ausleihvorgang verzögert werde und Ausleihen durch Dritte nur noch mit einer Vollmacht möglich wären. Außerdem sei

Hat die Klage vor dem VG Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Um vor dem VG zulässig zu sein, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich dies hier nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, die eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraussetzt, für die keine abdrängende Sonderzuweisung existiert.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Der Streitgegenstand ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen aus dem öffentlichen Recht stammen, was mit der modifizierten Subjektstheorie dann der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Hier kommen als streitentscheidende Normen § 6 V 3 BibliotheksO, aber auch solche des BGB, namentlich §§ 280, 823 I BGB in Betracht. Während die BibliotheksO das Verhältnis der Benutzer der Bibliothek im Verhältnis zur Universität als deren Betreiber regelt, mit der Universität als Personalkörperschaft also zwingend einen Hoheitsträger berechtigt und verpflichtet, gilt das BGB vor allem unter Privaten, ist also nicht öffentlich-rechtlicher Natur. Insbesondere § 280 I BGB findet jedoch wiederum auch im öffentlichen Recht entsprechende Anwendung, wenn das ihm zugrunde liegende Schuldverhältnis öffentlich-rechtlich ist. Als solches kommt hier nur das Universitätsbibliotheksbenutzungsverhältnis in Betracht. Fraglich ist also, ob dieses zivil- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Das VG widmet dieser Frage einen kurzen Ergebnissatz:

“Die Klägerin macht einen Anspruch auf Schadensersatz in entsprechender Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB wegen einer Pflichtverletzung des als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Universitätsbibliotheksbenutzungsverhältnisses geltend.”

[Anm.: Dies müsste in einer Klausur weiter ausgeführt werden. Dafür, dass hier eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung vorliegt, sprechen schon die Vertragsparteien - die Universität ist eine öffentlich-rechtliche Personalkörperschaft und die Studentin ist in ihrer Eigenschaft als solche Mitglied derselben -, ferner der Gegenstand der Vereinbarung, nämlich das Entleihen von Büchern zu Studienzwecken.]

Neben dem ohnehin öffentlich-rechtlichen § 6 V 3 BibliotheksO und der analogen Anwendung des § 280 I BGB auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse bleiben noch Ansprüche aus § 823 I BGB. Dessen rein privatrechtliche Natur schadet der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs jedoch nicht:

“Unter dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung gem. § 823 BGB ist das Gericht nach § 17 II 1 GVG zur Entscheidung befugt.”

[Anm.: Wegen § 17 II 1 GVG gilt also: Ist eine streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlich, genügt dies bereits zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs. Das VG kann und muss dann die zivilrechtlichen Ansprüche mitprüfen (Ausnahme: § 17 II 2 GVG). Der Kl. kann in diesen Fällen natürlich ebenso gut eine Klage vor den ordentlichen Gerichten erheben, die dann aus dem selben Grund die öffentlich-rechtlichen Ansprü-

che mitprüfen müssen. Allerdings wird es dies im Regelfall nicht tun, weil ihm (nur) vor dem Verwaltungsgericht gem. § 86 I VwGO der Amtsermittlungsgrundsatz zugute kommt.]

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Es streiten hier keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sodass die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

“Die Zuweisung bestimmter Schadensersatzansprüche an den ordentlichen Rechtsweg in § 40 II 1 VwGO ist nicht einschlägig, da diese nur Ansprüche gegen den Staat, nicht solche des Staates betrifft (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., 2003, § 40 Rn. 73).”

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Klägerbegehren. Die Kl. begehrt hier Zahlung von Schadensersatz. Für Ansprüche, die nicht auf den Erlass von Verwaltungsakten gerichtet sind, ist die allgemeine Leistungsklage statthaft, die in der VwGO zwar nicht eigens geregelt, aber vielfach erwähnt wird (z.B. in §§ 43 II, 111 VwGO) und deshalb allgemein als statthaft anerkannt ist. Dies stellt auch das VG in einem Satz fest:

“Die Klägerin kann ihren Zahlungsanspruch im Wege der allgemeinen Leistungsklage geltend machen.”

III. Klagebefugnis

Zur Vermeidung von Popularklagen ist bei der Leistungsklage analog § 42 II VwGO die Geltendmachung eines eigenen subjektiv-öffentlichen Rechts zu fordern. Hier erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Kl. Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. aus §§ 280 I BGB, 823 I BGB oder § 6 V 3 BibliotheksO hat. Mithin ist sie klagebefugt.

IV. Klagegegner

Der richtige Klagegegner richtet sich bei der allgemeinen Leistungsklage nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip. Danach ist die natürliche oder juristische Person zu verklagen, gegen den sich die geltend gemachten Ansprüche richten. Dies ist hier die beklagte Studentin als natürliche Person.

V. Allg. Rechtsschutzinteresse

Ein Rechtsschutzinteresse an einer verwaltungsgerichtlichen Klage besteht nur, wenn es keinen einfacheren, besseren, schnelleren Weg zum Erfolg gibt. Als solcher kommt hier der Erlass eines Verwaltungsakts gegen die Beklagte in Betracht. Dieser könnte vollstreckt werden, ohne dass es eines Urteilstitels bedürfte. Außerdem wäre nach Erlass eines VA die Beklagte mit der Klageobliegenheit - Erhebung einer An-

fechtungsklage gegen den VA - belastet. All dies wäre für die Kl. günstiger. Trotzdem sieht das VG das Rechtsschutzinteresse als gegeben an:

“[Die Klage] weist das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis auf, da Zweifel an ihrer Befugnis, gegenüber der Beklagten einen Verwaltungsakt zu erlassen, bestehen und angesichts der vorausgegangenen Zahlungsverweigerung der Beklagten ohnehin mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu rechnen war (vgl. zu einer entsprechenden Fallkonstellation BVerwG, Urt. v. 28. 9. 1979 - 7 C 22/78 - BVerwGE 58, 316).”

[Anm.: Auch diese “Zweifel” an der VA-Befugnis hätten in einem Gutachten näher ausgeführt werden müssen. In der Tat ist eine gesetzliche Grundlage nämlich nicht nur für die Ansprüche des Staates gegenüber dem Bürger selbst, sondern auch für deren Geltendmachung durch VA erforderlich (vgl. nur § 49a I 2 VwVfG), weil die o.g. Folgen - Vorliegen eines Titels und Verschiebung der Klageobliegenheit - bereits wesentliche Maßnahmen sind, die nach der “Wesentlichkeitstheorie” des BVerfG bereits für sich genommen den aus Art. 20 III GG ableitbaren Vorbehalt des Gesetzes auslösen. Eine solche VA-Befugnis ist hier nicht ersichtlich, weil sie weder im BGB noch in der BibliotheksO enthalten ist. Dazu, dass letztere eine solche i.Ü. auch nicht wirksam begründen könnte, selbst wenn sie dort stünde, s.u.]

Somit ist die Klage zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Kl. der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. zusteht.

A. Anspruch aus § 6 V 3 BibliotheksO

Ein solcher Anspruch könnte sich zunächst aus § 6 V 3 BibliotheksO ergeben. Dieser bestimmt, dass der Inhaber der TUNIKA für Schäden aus schuldhaft ermöglichtem Missbrauch der TUNIKA haftet. Fraglich ist jedoch, ob § 6 V 3 BibliotheksO seinerseits wirksam ist.

I. Vorbehalt des Gesetzes

Zweifel an der Wirksamkeit des § 6 V 3 BibliotheksO könnten sich aus Art. 20 III GG ergeben. Nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbaren “Vorbehalt des Gesetzes” bedürfen zumindest wesentliche Maßnahmen einer parlamentsgesetzlichen Grundlage. Eine wesentliche Maßnahme in diesem Sinne erblickt das VG auch in der Regelung von Schadensersatzansprüchen:

“Die von dem Senat der Klägerin dort vorgenommene Normierung einer Haftung der Bibliotheksbenutzer für Schäden aus schuldhaft ermöglichtem Missbrauch des

Benutzungsausweises stellt einen weitreichenden Eingriff in die Vermögensrechte der Benutzer dar. Sie bedarf nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, wonach der Gesetzgeber verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, und sie nicht anderen Normgebern überlassen darf, einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (vgl. zum Vorbehalt des Gesetzes: BVerfGE 49, 89; 98, 218).“

II. Keine gesetzliche Grundlage vorhanden

“Als solche kommt lediglich § 5 Abs. 2 Nr. 5 des rheinlandpfälzischen Universitätsgesetzes (seit dem 1.9.2003: § 7 des rheinlandpfälzischen Hochschulgesetzes) in Betracht. Die dort enthaltene Ermächtigung zur Regelung der Organisation und Benutzung der Hochschulbibliothek gibt für eine derartige Haftungsregelung jedoch nichts her. Sie vermittelt lediglich die Befugnis, im Wege der Satzung Regelungen zu treffen, die die Funktionsfähigkeit der Universitätsbibliothek gewährleisten sollen. Für Regelungen, die nicht den Betrieb der Bibliothek betreffen, findet sich dort keine Grundlage.”

B. Anspruch aus § 280 I BGB analog

Ein Anspruch könnte sich aber aus einer analogen Anwendung des § 280 I BGB ergeben.

I. Schuldverhältnis

Ein taugliches Schuldverhältnis lag hier mit dem Bibliotheksbenutzungsverhältnis zwischen der Kl. und der Bekl. vor. Dieses ist zwar öffentlich-rechtlicher Natur; dass § 280 I BGB auch für öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse (analog) gilt, ist jedoch seit langem allgemein anerkannt (vgl. nur OVG NRW, Urteil vom 14.6.2003 - 15 A 4115/01; Urteil vom 28.6.2005 - 15 A 4115/01; Urteil vom 23.5.1997 - 22 A 302/96; BVerwG, NJW 1995, 2303).

[Anm.: In einem Gutachten könnte es nicht schaden, gleichwohl kurz die Analogievoraussetzungen anzuprüfen und zu bejahen.]

II. Pflichtverletzung

Fraglich ist jedoch, ob der Bekl. eine Pflichtverletzung zur Last fällt.

1. Rückgabe der Bücher

“Eine Pflicht der Beklagten, die mit ihrer TUNIKA entliehenen Bücher zurückzugeben, ist nicht entstanden, da sie die Bücher nicht entliehen hat. Das Gericht ist aufgrund der mündlichen Verhandlung zu der Überzeugung gelangt, dass die Beklagte die Ausleihe nicht selbst vorgenommen und ihren Ausweis auch keiner anderen Person zur Verfügung gestellt hat.”

2. Meldepflicht

“Es kann dahin stehen, ob die Beklagte die sich aus §

6 Abs. 5 Satz 2 der Bibliotheksordnung ergebende Pflicht, den Verlust ihres Benutzungsausweises der Bibliothek und dem Studentensekretariat unverzüglich anzuzeigen, verletzt hat, indem sie ihre TUNIKA erst am 14.12. sperren ließ, obwohl sie ihren Verlust bereits am 13.12.2004 bemerkt hatte. Diese Pflichtverletzung hätte den der Beklagten entstandenen Schaden jedenfalls nicht verursacht, da die Bücher bereits am 9.12.2004 entliehen wurden.”

3. Kontrollpflicht

“Eine Verpflichtung des Benutzers, sich des Besitzes der TUNIKA im Abstand von wenigen Stunden zu vergewissern, ist in der Bibliotheksordnung nicht normiert. Sie ergibt sich auch nicht aus dem Benutzungsverhältnis. Das Benutzungsverhältnis könnte allenfalls die Pflicht begründen, den Verbleib des Benutzungsausweises in regelmäßigen Abständen zu kontrollieren, wobei dem Benutzer jedenfalls nicht mehr als eine tägliche Kontrolle abverlangt werden kann. Da die Beklagte ihre TUNIKA noch am Mittag des 9.12.2004 benutzt hatte, bestand für sie keine Veranlassung, sich ihres Besitzes noch am selben Nachmittag zu vergewissern.”

4. Sorgfaltspflicht

Nach alledem verbleibt noch die Frage, ob die Bekl. gegen ihre Pflicht, die TUNIKA sorgfältig aufzubewahren, verstoßen hat. Die Kl. behauptet dies, die Bekl. bestreitet es. Der Sachverhalt selbst enthält keine objektiven Anhaltspunkte für die Richtigkeit der einen oder der anderen Behauptung. Dies kann nach Ansicht des VG jedoch auch dahinstehen, denn selbst wenn man eine Pflichtverletzung seitens der Bekl. unterstellte, führe jedenfalls das überwiegende Mitverschulden der Kl. in Form eines Organisationsverschuldens gem. § 254 BGB zum Ausschluss des Anspruchs:

“Ob das Benutzungsverhältnis eine Pflicht begründet, den Benutzungsausweis sorgfältig aufzubewahren, ob die Beklagte diese Pflicht verletzt und damit den Missbrauch ihres Ausweises i.S.d. § 6 Abs. 5 Satz 3 der Bibliotheksordnung schuldhaft ermöglicht hat, ob hierfür der Beweis der ersten Anzeichens spricht (vgl. zu den Voraussetzungen des Anscheinsbeweises: Bbg. OLG, Urteil vom 7.3.2007 - 13 U 69/06; BGHZ 160, 308) und ob die Beklagte ihr fehlendes Verschulden dargelegt und bewiesen hat, bedarf keiner Entscheidung. Eine Ersatzpflicht der Beklagten besteht jedenfalls wegen überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin entsprechend § 254 Abs. 1 BGB nicht.

Nach der vorgenannten Vorschrift hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Den Geschädigten trifft ein Mit-

verschulden, wenn er diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die nach Lage der Sache erforderlich scheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren (vgl. Palandt, BGB, Kommentar, 66. Aufl., 2007, § 254 Rn. 1).

a. Organisationsverschulden der Kl.

“Ein solches Mitverschulden kann auch in einem Organisationsverschulden bestehen. Ein solches Organisationsverschulden ist der Klägerin zur Last zu legen. Nach ihrem Vorbringen werden ihre zur Ausleihe vorgesehenen Bestände jeder Person überlassen, die einen Benutzungsausweis vorlegt. Eine Kontrolle anhand des auf der TUNIKA angebrachten Lichtbildes, ob es sich bei dem Ausleiher um ihren Inhaber handelt, findet nicht statt. Auf diese Weise hat jeder Benutzer die Möglichkeit, Bestände der Klägerin durch Bevollmächtigte auszuleihen, ohne diesen eine Vollmacht ausstellen zu müssen. Die Überlassung des Benutzungsausweises reicht aus. [...] Selbst wenn die Bibliotheksordnung der Klägerin eine Identitätsüberprüfung bei der Ausleihe nicht vorsehen sollte, wäre der Klägerin ein Mitverschulden zur Last zu legen, da sie die durch das auf der TUNIKA angebrachte Lichtbild eröffnete Kontrollmöglichkeit nicht nutzt, um sich vor Schaden zu bewahren. Dabei bedarf es keiner weiteren Prüfung, zu welchen Zwecken das Lichtbild in die TUNIKA aufgenommen wurde. Entscheidend ist, dass die Klägerin die durch seine Existenz eröffnete Möglichkeit der Legitimationsprüfung nicht nutzt. Diese Praxis ist ihr als Organisationsverschulden vorzuwerfen. Ihre Einwände, die Überprüfung des Lichtbildes würde den Ausleihvorgang erheblich verlängern, sei wegen einer Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes häufig nicht möglich und würde dazu führen, dass für eine Ausleihe durch Dritte die Vorlage einer Vollmacht erforderlich werden würde, vermag ihre Praxis nicht zu rechtfertigen. Dass durch eine Überprüfung des Lichtbildes der Ausleihvorgang erheblich verlängert werden würde, vermag das Gericht nicht zu erkennen. Eine solche Überprüfung findet auch im öffentlichen Nahverkehr statt, da die TUNIKA auch als Fahrausweis genutzt wird. Da die Überprüfung die Einhaltung des Nahverkehr-Fahrplans offensichtlich nicht in Frage stellt, kann sie auch im Ausleihbetrieb der Klägerin nicht zu einer wesentlichen Verzögerung führen. Dies ergibt sich bereits aus der Natur des Prüfungsvorgangs, der regelmäßig durch einen kurzen Blick erledigt sein dürfte. Dass eine Identifizierung aufgrund einer Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes des Benutzers im Einzelfall nicht möglich sein kann, spricht nicht gegen das Vorhandensein der Kontrollmöglichkeit im Regelfall. Da es sich bei der TUNIKA in erster Linie um einen Studienausweis handelt, der nur für einen begrenzten Zeitraum - das Studium - ausgestellt wird, ist im Übrigen davon auszugehen, dass sich das äußere Erscheinungsbild der meisten Inhaber

in dieser Zeit nicht wesentlich verändert. Schließlich vermag auch das durch eine Identitätsüberprüfung begründete Erfordernis einer Vollmacht für Dritte, die für einen Benutzer Bestände der Klägerin ausleihen wollen, nicht zu rechtfertigen, warum die Klägerin von Identitätskontrollen absieht. Diese Ausleihen dürften im Verhältnis zu den persönlichen Ausleihen der Benutzer wesentlich seltener vorkommen. Die Notwendigkeit, eine Vollmacht auszustellen, würde im Übrigen allein die Benutzer belasten und diene - in Verbindung mit einer Identitätsüberprüfung durch die Klägerin - dem Interesse aller Benutzer, beim Verlust des Benutzungsausweises keinen Schadensersatzansprüchen der Klägerin ausgesetzt zu sein.”

b. Überwiegen

“Die Abwägung der Verursachungsbeiträge und Verschuldensanteile der Klägerin und der Beklagten ergibt ein deutlich überwiegendes Mitverschulden der Klägerin, das ihren Anspruch auf Schadensersatz ausschließt. Die Klägerin hätte bei Nutzung der ihr zur Verfügung stehenden Kontrollmöglichkeiten den Schadenseintritt höchstwahrscheinlich verhindern können. Hinsichtlich des Verlusts von Teilen ihrer Bestände durch Missbrauch von Benutzungsausweisen ist ihr bedingter Vorsatz vorzuwerfen. Bedingt vorsätzlich handelt, wer den als möglich erkannten rechtswidrigen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Handelnde darauf vertraut, der Schaden werde nicht eintreten (vgl. Palandt, BGB, a.a.O., § 276 Rn. 10). Die Regelungen des § 6 Abs. 5 Bibliotheksordnung der Klägerin verdeutlichen, dass ihrem Senat die sich aus dem Verlust von Benutzungsausweisen ergebenden Missbrauchsmöglichkeiten bei der Normierung der Bibliotheksordnung bewusst waren. Anstatt zusätzliche eigene Sicherheitsvorkehrungen (wie z. B. eine Identitätsüberprüfung der Ausleiher) vorzusehen, beschränkte er sich darauf, den Benutzern die Pflicht aufzuerlegen, den Verlust des Ausweises der Bibliothek und dem Studentensekretariat unverzüglich anzuzeigen. Die Klägerin sollte durch die in § 6 Abs. 5 Satz 3 der Bibliotheksordnung den Benutzern auferlegte Haftung vor Schäden bewahrt werden. In Anbetracht dieser Haftungsregelung kann keine Rede davon sein, dass der Senat der Klägerin darauf vertraut habe, ein Missbrauch von verlorenen Benutzungsausweisen werde nicht vorkommen. Er hat diese Fälle vielmehr zutreffend vorhergesehen und hierfür anhand der Haftungsregelung Vorsorge getroffen. Da die Klägerin anhand der Haftungsregelung vor Schäden bewahrt werden sollte, war der Verlust von Teilen ihrer Bestände durch Missbrauch von Benutzungsausweisen zwar nicht erwünscht, wurde aber mit Blick auf den vermeintlichen Schadensersatzanspruch gegen den Ausweisinhaber billigend in Kauf genommen.

Gegenüber diesem Organisationsverschulden der Klä-

gerin tritt die der Beklagten eventuell vorzuwerfende Fahrlässigkeit zurück.”

III. Anspruch aus § 823 I BGB

“Aufgrund des überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin steht ihr auch kein Anspruch auf Schadens-

ersatz aus § 823 Abs. 1 BGB zu.”

C. Ergebnis

Die Kl. hat keine Ansprüche auf Schadensersatz gegen die Bekl. Ihre Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Standort: Familienrecht

Problem: Ausgleich nichtehelicher Lebenspartner

BGH, URTEIL VOM 31.10.2007
XII ZR 261/04 (NJW 2008, 443)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Rückzahlungsverpflichtung bzgl. einer Zuwendung, die im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gewährt wurde. Die Bekl. und der V lebten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Der W.G. ist der Sohn des V. Der Kl. ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des W.G. und versucht die Beitreibung der Forderung im Klagewege.

Der V verstarb im Oktober 1999 und wurde von dem W.G. beerbt. Der V war bereits im März 1999 schwer erkrankt und überwies einen Betrag i.H.v. 39.000 € an die Bekl., wobei der Überweisungsträger den Vermerk “Umbuchung” trägt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Bekl.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung ist eine klassische Problematik des Familienrechts zu beurteilen. Es geht um die Möglichkeit der Rückforderung im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zugewendeter Vermögensgegenstände. Hier ist nur die etwas anders gelagerte Konstellation zu berücksichtigen, dass nicht die Trennung der Partner das Zahlungsbegehren auslöst, sondern das Ableben eines der Partner dazu führte, dass der Insolvenzverwalter über das Vermögen des Erben die Beitreibung der Forderung versuchte.

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist der Umstand, dass der BGH erstmalig nicht mehr an den “klassischen Begriff” der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft anknüpft, sondern eine Definition vornimmt, die geschlechtsneutral gehalten wurde. Dies ist in dem vorliegenden Sachverhalt zwar nicht entscheidungserheblich gewesen, allerdings ist diese Entscheidung in diesem Punkt als obiter dictum anzusehen. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft liegt demnach vor, wenn sie auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art

zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen. Danach ist für eine solche Lebensgemeinschaft weniger ein räumliches Zusammenleben oder ein gemeinsamer Haushalt von Bedeutung als vielmehr eine Verflechtung der Lebensbereiche im Sinne einer Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft.

Das Berufungsgericht hatte entschieden, dass die mit dem Verwendungszweck “Umbuchung” versehene Überweisung kondizierbar sei. Dem folgt der erkennende Senat nicht. Dieser stellte den Gesichtspunkt der Zuwendungen unter nichtehelichen Lebenspartnern als entscheidungserheblich in den Vordergrund der Betrachtung. Diesen Umstand hatte das Berufungsgericht übergangen. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung waren die klassischen Anspruchgrundlagen zu erörtern, wobei der erkennende Senat sich im Schwerpunkt mit einem Anspruch aus Auflösung einer BGB-Gesellschaft gem. §§ 730 ff., 738 ff. BGB beschäftigte. Dort war zu problematisieren, ob ein Gesellschaftsvertrag gem. § 705 BGB geschlossen worden war, sei es ausdrücklich, sei es konkludent. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus. Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen darstellt, ist ein solcher Vertrag für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen erforderlich (Senatsurteil BGHZ 165, 1, 10). Das kann zum Beispiel in Betracht kommen, wenn die Parteien planten, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte. Genau daran mangelte es hier. Die Zuwendung erfolgte zu einem Zeitpunkt, zu dem der V bereits schwer erkrankt war. Mithin konnte die Zuwendung nicht mehr darauf gerichtet sein, gemeinsame Werte zu schaffen. Also schied ein solcher Anspruch aus.

Einen weiteren Schwerpunkt stellte die Frage, ob bereicherungsrechtlich die Rückzahlung begehrt werden kann. In Betracht kam hier nur ein Anspruch aus § 812 I 2, 2.Fall BGB. Voraussetzung dafür ist eine tatsäch-

liche Willensübereinstimmung der Partner über einen mit der Leistung bezweckten Erfolg, der indessen nicht eingetreten sein dürfte. An der dazu erforderlichen Rechtsgrundabrede fehlt es hier. Nach dem Vorbringen der Bekl. konnte davon schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Zuwendung wegen und in Anerkennung der ihrerseits bereits erbrachten Leistungen vorgenommen wurde. So handelte es sich im Ergebnis um eine sog. gemeinschaftsbezogene Zuwendung unter den nichtehelichen Partnern. Dies erscheint in Anbetracht der Höhe der Zuwendung (etwa 80.000 DM) auf den ersten Blick erstaunlich, ist aber im Ergebnis konsequent. Dies deshalb, weil die Zuwendung zu einem Zeitpunkt erfolgte, an dem der Tod des V wegen seiner Erkrankung bereits abzusehen war und daher die "Umbuchung" nicht mehr vor dem Hintergrund des Fortbestands der Gemeinschaft erfolgte.

Vertiefungshinweise:

Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft: *Wever*, FamRZ 2003, 565; *Lipp*, JuS 1999, 847; *Wiebe*, JuS 1995, 227

Zur Rückforderung von Zuwendungen: *Schmidt*, JuS 2004, 249; *OLG Koblenz*, RA 2001, 537 = NJW 2001, 2480 (Rückforderung durch Schwiegereltern); *Diederichsen*, NJW 1983, 1017

Zum Ausgleich bei Tod: *OLG Hamm*, RA 2002, 243 = FamRZ 2002, 159 (Tod eines Lebensgefährten); *BGH*, RA 1999, 612 = NJW 1999, 2962 (Tod eines Ehegatten)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das junge Glück"

Leitsätze (Satz 2, 3 der Redaktion):

1. Zu Ausgleichsansprüchen des Erben gegen den überlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die bis zum Tod des Erblassers bestanden hat.

2. Nichteheliche Lebensgemeinschaften liegen vor, wenn sie auf Dauer angelegt sind, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulassen und sich durch innere Bindungen auszeichnen, die ein gegenseitiges Einstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen (BVerfG, FamRZ 1993, 164, 168).

3. Danach ist für eine solche Lebensgemeinschaft weniger ein räumliches Zusammenleben oder ein gemeinsamer Haushalt von Bedeutung als vielmehr eine Verflechtung der Lebensbereiche im Sinne einer Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. nimmt die Bekl. aus ungerechtfertigter Be-

reicherung auf Zahlung von 38.932,97 € nebst Zinsen in Anspruch. Er ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des W. G., der den Anspruch im vorliegenden Rechtsstreit zunächst geltend gemacht hat. W. G. ist der Erbe seines im Oktober 1999 verstorbenen Vaters.

[2] Letzterer tätigte am 22.03.1999 eine Überweisung in Höhe von 79.146,28 DM auf ein Konto der Bekl.. Der Überweisungsbeleg trägt den Vermerk "Umbuchung". W. G. nahm die Bekl. bereits in einem vorausgegangenen Rechtsstreit mit Erfolg auf Zahlung eines Teilbetrages von 3.000 DM des überwiesenen Betrages in Anspruch. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist der Restbetrag der an die Bekl. überwiesenen Summe. W. G. hat den geltend gemachten Anspruch damit begründet, dass sein Vater der Bekl. mit der Zuwendung lediglich ein zurückzahlendes Darlehen gewährt habe. Die Bekl. habe im Vorprozess eingeräumt, dass es sich nicht um eine Schenkung gehandelt habe, die Vereinbarung eines Darlehens aber bestritten. Mit diesem einfachen Bestreiten genüge sie ihrer Darlegungslast jedoch nicht. Zu näheren Angaben sei sie auch deshalb verpflichtet, weil ihm selbst nähere Erkenntnismöglichkeiten über den Hintergrund der Zahlung nicht zur Verfügung stünden.

[3] Durch Beschluss vom 10.10.2001 - vor Eingang des eingereichten Mahnantrages - wurde über das Vermögen des W. G. das Insolvenzverfahren eröffnet. Der bestellte Insolvenzverwalter teilte gegenüber der Klägervertreterin mit, dass er ihr die Genehmigung erteile, den Rechtsstreit fortzuführen. Die Genehmigung gelte jedoch nur für den Fall, dass die Insolvenzmasse nicht für die Kosten aufkommen müsse, diese also durch die Rechtsschutzversicherung gedeckt seien. Daraufhin hat die Klägervertreterin angezeigt, dass sie nunmehr den Insolvenzverwalter über das Vermögen des W. G. vertrete, und um entsprechende Berichtigung des Aktivrubrums gebeten.

[4] Die Bekl. ist dem Klagebegehren entgegengetreten. Neben Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klage hat sie geltend gemacht, dass ein Rechtsgrund für die Zuwendung des Erblassers bestehe. Sie sei mit diesem seit 1982 eng verbunden gewesen, ohne dass es zu einer Eheschließung gekommen sei. Sie habe ihn in seinem Abbruchunternehmen unterstützt und dieses mit ihm gemeinsam aufgebaut. Dabei habe sie ihm auch Darlehen gewährt, die nur teilweise zurückgezahlt worden seien. Nach seiner Erkrankung im Jahre 1995 habe sie ihn gepflegt. Seit 1998 habe er bei ihr gewohnt. Sie habe bei finanziellen Engpässen des Erblassers zeitweise die Löhne seiner Arbeitnehmer gezahlt. Selbst nach seiner Einlieferung ins Krankenhaus im August 1999, in dem er Ende Oktober 1999 verstorben sei, habe sie nach seinen Anweisungen das Unternehmen fortgeführt und sein Haus versorgt. Aufgrund des engen Verhältnisses zwischen ihr und dem Erblasser seien über die finanziellen Zuwendungen und Darlehen schriftliche Abmachungen und Auf-

zeichnungen nicht erfolgt. Sie sei an ihn nicht mit Rückforderungsansprüchen herangetreten und habe von ihm auch zu keiner Zeit ein Entgelt für ihre Tätigkeiten verlangt. Dennoch habe sich der Erblasser ihr gegenüber in finanzieller Schuld gefühlt. Die Zahlung stelle deshalb rechtlich eine Darlehensrückzahlung, ein Entgelt für die von ihr erbrachten Dienste oder eine Schenkung aus sittlichem Grund oder eine Mischung aus diesen Rechtsgründen dar.

Prüfen Sie die Begründetheit der Klage.

[Anm.: Prüfen sie unabhängig von den Daten im Sachverhalt ausschließlich unter Zugrundelegung der aktuellen Gesetzeslage.]

Lösung:

Die Klage ist begründet, wenn der Kl. gegen die Bekl. einen Zahlungsanspruch in Höhe von 39.000€ inne hat.

A. Anspruch aus Partnerschaftsvertrag gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 311 I, 241 I BGB

Fraglich ist, ob der Kl. einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 39.000 € gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 311 I, 241 I BGB hat.

I. Aktivlegitimation bzw. Forderungsinhaberschaft

Fraglich ist, ob der Kl. überhaupt den Anspruch als Insolvenzverwalter über das Vermögen des W.G. einklagen kann und ob der W.G. seinerseits überhaupt anspruchsberechtigt ist.

Der Insolvenzverwalter und Kl. ist gem. § 80 I InsO zur Verwaltung der Insolvenzmasse berechtigt und verpflichtet. Daher ist der Insolvenzverwalter aktivlegitimiert, wenn der W.G. als Insolvenzschuldner seinerseits Anspruchsinhaber ist. Der W.G. hat seinen Vater, den V, beerbt. Gem. § 1922 I BGB rückte der W.G. dadurch in die Rechtspositionen des V vollumfänglich ein. Also ist der W.G. auch Forderungsinhaber, sofern dem V eine entsprechende Forderung zustand.

II. Abschluss eines Partnerschaftsvertrags gem. §§ 311 I, 241 I BGB

Der V müsste mit der Bekl. einen Partnerschaftsvertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB geschlossen haben (vgl. zu diesem Vertragstyp: Strätz, FamRZ 1980, 304). Grundsätzlich kommt sowohl ein ausdrücklicher, als auch ein konkludenter Vertragsschluss in Betracht. Hier wäre allenfalls ein konkludenter Vertragsschluss ersichtlich. Dazu ist jedoch erforderlich, dass beide Parteien mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben. Davon kann nicht grundsätzlich ausgegangen werden. Allein durch eine Zuwendung unter Lebenspartnern kann eine Willenserklärung nicht angenommen werden (so auch BGHZ 77, 55). Weitere Umstände neben

der Zuwendung, die auf einen Vertragsschluss insoweit schließen lassen, sind nicht ersichtlich. Also scheidet ein Anspruch aus.

B. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 530, 531 II, 812 I, 818 BGB

Fraglich ist, ob ein Zahlungsanspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 530, 531 II, 812 I BGB besteht. Zunächst einmal ist erforderlich, dass sich die Bekl. und der V über den Abschluss eines Schenkungsvertrages gem. § 516 I BGB geeinigt haben, so dass sich die Zuwendung des V als Schenkung darstellt. In Betracht kommt auch hier alleine eine konkludente Einigung. Ob und ggf. wann eine Schenkung in diesen Fällen vorliegt, ist in den jeweiligen Fallkonstellationen genau zu untersuchen und wird bisweilen streitig diskutiert (vgl. BGH, NJW 1981, 545; Diederichsen, NJW 1983, 1017).

Bei alltäglichen Leistungen mit unterhaltsrechtlichem Charakter, die in einem gewissen Austauschverhältnis stehen, ist davon auszugehen, dass diese Leistungen ersatzlos vom leistungsfähigen Partner erbracht werden, so dass eine konkludente Einigung nicht anzunehmen ist. Es handelt sich dabei um sog. unbenannte Zuwendungen (vgl. Derleder, NJW 1980, 545). Bei größeren Zuwendungen kann eine Schenkung nur dann angenommen werden, wenn die Unentgeltlichkeit eindeutig erklärt wird oder ein darauf hindeutendes Verhalten ersichtlich ist. Das objektive Element der Unentgeltlichkeit ist insoweit unzureichend. Es muss auch subjektiv ein entsprechender Wille feststellbar sein (OLG Celle, NJW 1983, 1065).

Auch hier ist von einer gemeinschaftsbezogenen Zuwendung auszugehen. "[16] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden gemeinschaftsbezogene Zuwendungen der Partner grundsätzlich nicht ausgeglichen. Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensbezogene Handeln der Partner bestimmen und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich keine Rechtsgemeinschaft besteht. Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben, werden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet. Beiträge werden geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist. Soweit nachträglich noch etwas ausgeglichen wird, geschieht das aus Solidarität und nicht in Erfüllung einer Rechtspflicht. Denn Gemeinschaften dieser Art ist - ähnlich wie einer Ehe - die Vorstellung grundsätzlich fremd, für Leistungen im gemeinsamen Interesse könnten ohne besondere Vereinbarung "Gegenleistung", "Wertersatz", "Ausgleichung" oder "Entschädigung" verlangt werden (BGHZ 77, 55, 58 f.; BGH Urteile vom 04.11.

1991 - II ZR 26/91 - FamRZ 1992, 408; vom 01.02.1993 - II ZR 106/92 - FamRZ 1993, 939, 940; vom 08.07.1996 - II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473; vom 25.09.1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533 und vom 06.10.2003 - II ZR 63/02 - FamRZ 2004, 94).

[23] Bei der in Rede stehenden Überweisung handelt es sich um eine gemeinschaftsbezogene Zuwendung. Als solche müssen auch die Leistungen desjenigen Partners beurteilt werden, der nicht zu den laufenden Kosten beiträgt, sondern größere Einmalzahlungen erbringt. Er kann insofern nicht besser gestellt werden als derjenige Partner, dessen Aufwendungen den täglichen Bedarf decken oder der sonst erforderlich werdende Beiträge übernimmt (vgl. Burger in Schröder/Bergschneider Familien- und Vermögensrecht Rdn. 7.19; Hausmann/Hohloch Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft 2. Aufl. Kap. 4 Rdn. 5).“

Also ist ein Anspruch mangels eines Schenkungsvertrages nicht ersichtlich.

[Anm.: In vielen Klausuren kann die Frage, ob ein Schenkungsvertrag geschlossen wurde, sogar offen bleiben. In diesen Fällen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen Widerrufsgrund gem. § 530 I BGB in Form des groben Undanks darstellt. Grober Undank ist eine objektiv schwere Verfehlung und subjektiv eine auf Mangel an Dankbarkeit hindeutende missbilligende Gesinnung. Allein die Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft rechtfertigt keinen groben Undank. Dies liegt schlicht daran, dass diese Form der Lebensgemeinschaft gerade nicht auf die endgültige Eingehung einer Verbindung gerichtet ist.]

C. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 488 I 2 BGB

Es könnte ein Zahlungsanspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. § 488 I 2 BGB vorliegen. Dazu müssten die Bekl. und der Erblasser V einen Darlehensvertrag gem. § 488 BGB geschlossen haben. Eine solche Abrede ist ausdrücklich nicht geschlossen worden. Eine konkludente Abrede allein anhand der Hingabe des Geldes kommt mangels ausreichender Anhaltspunkte für einen entsprechenden Rechtsbindungswillen gleichfalls nicht in Betracht.

Folglich scheidet ein Anspruch aus.

D. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 730 ff, 726, 705 BGB

In Betracht kommt ein Zahlungsanspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 730 ff, 726, 705 BGB. Es könnte sich ein Anspruch aus der Auflösung einer BGB - Gesellschaft nach §§ 730, 731 BGB ergeben. Dann müsste zwischen V und der Bekl. eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden haben.

“[17] Allerdings kann ein Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesell-

schaft bestehen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben (vgl. etwa BGH Urteil vom 25.09.1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533). Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus. Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen darstellt, ist ein solcher für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen erforderlich (Senatsurteil BGHZ 165, 1, 10). Das kann etwa in Betracht kommen, wenn die Parteien die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, etwa einer Immobilie, einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte. Dabei können sich Indizien für ein nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertendes Handeln z.B. aus Planung, Umfang und Dauer des Zusammenwirkens ergeben.“

I. Gesellschaftsvertrag durch Zusammenschluss der Partner

Der Zusammenschluss der Partner als solcher könnte die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses rechtfertigen. Das setzt voraus, dass der Zusammenschluss zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Gesellschaftszweck sein kann. Der Umstand, dass die Parteien keine Ehe eingegangen sind, zeigt gerade, dass ein rechtlicher Bindungswille nicht vorgelegen hat. Also ist ein Vertrag insoweit nicht gegeben.

II. Gesellschaftsvertrag durch Hilfe bei der Vermögensbildung

Es könnte ein Vertrag gem. § 705 BGB durch die Hilfe bei der Vermögensbildung zustande gekommen sein. Allerdings ist allein der Umstand, dass ein Partner dem anderen bei der Vermögensbildung durch Arbeit oder eine sonstigen Zuwendung hilft, für die Annahme eines Gesellschaftszwecks nicht ausreichend. Es ist innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufgrund der persönlichen Beziehungen, die auch das wirtschaftliche Handeln der Partner zu bestimmen pflegen, nicht ungewöhnlich, dass sie sich bei der Schaffung von Werten gegenseitig unterstützen, ohne dafür eigene Vorteile zu erhalten (vgl. BGH, NJW 1983, 2375). Solange die Partner Vermögenswerte schaffen, die gerade der Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollen, kann keine konkludente Vereinbarung eines Gesellschaftszwecks angenommen werden. Denkbar ist dies allein dann, wenn die Partner einen Sondeszweck verfolgen, der gerade über die Lebensgemeinschaft hinausgeht. Mindestvor-

aussetzung ist dazu, dass ein gemeinsamer Wert geschaffen wird, der nicht nur gemeinschaftlich genutzt, sondern nach übereinstimmender Vorstellung auch beiden gemeinsam - jedenfalls wirtschaftlich - gehören sollte (BGH, NJW 1997, 3371; NJW-RR 2003, 1658; Schmidt, JuS 2004, 249). Es müsste daher ein Zusammenwirken in diesem Sinne vorliegen. Vorliegend ist als Anknüpfungspunkt allein die Tätigkeit der Überweisung als Anknüpfungspunkt des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags ersichtlich, der für die Annahme des Zusammenwirkens nicht ausreicht.

“[24] Ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch scheidet aus, da hinsichtlich der in Rede stehenden Überweisung keine Anhaltspunkte für ein nach gesellschaftlichen Grundsätzen zu bewertendes Zusammenwirken vorliegen.”

Folglich ist hier kein Gesellschaftsvertrag geschlossen worden. Also besteht ein Zahlungsanspruch gleichfalls nicht.

E. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 346 I, 313 I, III BGB

Fraglich ist, ob sich ein Anspruch aus der Störung der Geschäftsgrundlage ergibt.

Dazu müsste § 313 I BGB überhaupt anwendbar sein. Die Anwendbarkeit scheidet aus zwei Erwägungen. Zum Einen handelt es sich bei dem Zusammenschluss zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft um einen tatsächlichen Vorgang, der mit einem Vertragsverhältnis, wie es § 313 BGB voraussetzt, nicht vergleichbar ist (BGH, NJW 1996, 1035). Des weiteren kann die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht der Ehe gleichgestellt werden. Daher darf durch das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage kein den §§ 1371 ff. BGB angenäherter Ausgleich geschaffen werden.

“[18] Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) hat der Bundesgerichtshof dagegen grundsätzlich verneint. Der Grundsatz, dass die Partner einer gescheiterten nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihre persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen nicht gegeneinander aufrechnen könnten, stehe der Annahme entgegen, das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft lasse die Geschäftsgrundlage für die bisher erbrachten Leistungen entfallen. Ein Vertrag, dessen Geschäftsgrundlage wegfallen könne, liege nicht in dem Umstand, dass zwei Partner sich zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschließen. Regelten sie ihre Beziehungen nicht besonders, so handele es sich um einen rein tatsächlichen Vorgang, der keine Rechtsgemeinschaft begründe (BGH Urteile vom 08.07.1996 - II ZR 340/95 - FamRZ 1996, 1141, 1142 und - II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473, 1474 sowie vom 25.09.1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533, 1534).”

[Anm: Der erkennende Senat argumentiert hier anders: “[26] Ein Anspruch nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage würde zunächst voraussetzen, dass die Zuwendung im Vertrauen auf den Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt ist. Schon das war hier nicht der Fall. Der seit 1995 an Krebs erkrankte Vater des W. G. soll die Zuwendung in der Erwartung seines Ablebens vorgenommen haben, dürfte also nicht im Vertrauen auf einen längerfristigen Fortbestand der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft gehandelt haben.” Das bedeutet, dass die Anwendbarkeit nach der hiesigen Auffassung des erkennenden Senats jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.]

F. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 677, 683 S. 1, 670 BGB

Fraglich ist, ob ein Anspruch auf Zahlung gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 677, 683 S. 1, 670 BGB in Betracht kommt. Ein Anspruch aus GOA scheidet unabhängig vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall jedenfalls daran, dass ein Fremdgeschäftsführungswille nicht gegeben ist. An dem Fremdgeschäftsführungswillen fehlt es, wenn der Partner seinen Beitrag zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfüllt, da ein reines Eigengeschäft gegeben ist (so auch LG Aachen, NJW-RR 1988, 450). Genau so ein Fall liegt hier vor. Wie bereits dargelegt diente die Überweisung allein der Anerkennung der gegenseitig erbrachten Leistungen.

Also besteht ein Zahlungsanspruch aus GOA nicht.

G. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 812 I 1, 1.Fall BGB

Es könnte ein Zahlungsanspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 812 I 1, 1.Fall BGB gegeben sein.

I. Etwas erlangt

Die Bekl. müsste etwas erlangt haben. Beachtlich ist insoweit jeder vermögenswerte Vorteil. Hier hat die Bekl. Besitz und Eigentum am Geld bzw. die Auszahlungsberechtigung gegenüber der Bank erlangt.

II. Leistung des V

Dies müsste durch Leistung des V erfolgt sein. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens in Erfüllung einer - wenngleich vermeintlich bestehenden - Verbindlichkeit. Hier hat der V der Bekl. den Betrag überwiesen. Darin könnte eine Leistung ersichtlich sein. Zu bedenken ist jedoch, dass bei der Leistungskondition gem. § 812 I 1, 1. Fall BGB der Leistungszweck die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist. Daraus folgt, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine Verbindlichkeit sein müsste, auf die geleistet wurde, obwohl keine Verbindlichkeit bestand. Allein das faktische Zusammenleben mit einem Partner begründet nahezu unstreitig keine Ver-

bindlichkeit in diesem Sinne (Lipp, AcP 180, 539). Weitere Anknüpfungspunkte ergeben sich nicht. Also fehlt es an einer Verbindlichkeit, auf die geleistet wurde, so dass ein Anspruch mangels Leistung ausscheidet.

H. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 812 I 2, 2.Fall BGB

Es könnte ein Zahlungsanspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 812 I 2, 2.Fall BGB vorliegen.

Die Bekl. hat Besitz und Eigentum am Geld bzw. den Auszahlungsanspruch gegenüber der Bank erlangt, so dass ein vermögenswerter Vorteil gegeben ist. Dieser müsste durch eine Leistung des V zugewendet worden sein. Eine Leistung kann im Rahmen einer Kondition nach § 812 I 2, 2.Fall BGB jedweden Leistungszweck beinhalten, soweit dieser nicht in der Erfüllung oder Begründung einer Verbindlichkeit besteht. Der Leistungsbegriff ist daher weiter als derjenige im Rahmen des § 812 I 1, 1.Fall BGB. Hier hat der V die Überweisung getätigt. Mithin bewusst und zweckgerichtet das Vermögen der Bekl. gemehrt.

Fraglich ist, ob eine Zweckverfehlung im Sinne des § 812 I 2, 2.Fall BGB vorliegt. Dazu müsste eine Rechtsgrundabrede bestehen. “[25] Bereicherungsrechtlich wird in der Literatur allenfalls § 812 I 2, Alt. 2 BGB erwogen. Voraussetzung dafür ist eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Partner über einen mit der Leistung bezweckten Erfolg, der indessen nicht eingetreten ist. Davon kann nach dem Vorbringen der Bekl. schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Zuwendung wegen und in Anerkennung der ihrerseits bereits erbrachten Leistungen vorgenommen wurde.“

Also scheidet ein Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 812 I 2, 2.Fall BGB aus.

I. Ansprüche aus Rücktritt vom Verlöbnis § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 1298 BGB (analog)

Fraglich ist, ob ein Zahlungsanspruch aus § 80 I InsO i.V.m. § 1298 BGB (analog) besteht. Dazu müssten die Regelungen über das Verlöbnis entweder direkt oder analog anwendbar sein.

Vorliegend ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, dass die Bekl. mit dem V ein Verlöbnis gem. § 1297 I BGB eingegangen war. Mithin wäre allenfalls über eine analoge Anwendung der Normen nachzudenken. In den Fällen, in denen die Partner gerade keine Ehe eingehen möchten, sind die Regelungen zum Verlöbnis weder direkt noch analog anzuwenden, da gerade keine Eheschließung gewollt war und die Normen nach Sinn und Zweck keine Anwendung finden kön-

nen (OLG Celle, NJW 1983, 1065; Strätz, FamRZ 1980, 304). Vielmehr handelt es sich hier um nicht-eheliche Lebensgemeinschaft. “(...) Als solche ist eine Lebensgemeinschaft anzusehen, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen (BVerfG FamRZ 1993, 164, 168). Danach ist für eine solche Lebensgemeinschaft weniger ein räumliches Zusammenleben oder ein gemeinsamer Haushalt von Bedeutung als vielmehr eine Verflechtung der Lebensbereiche im Sinne einer Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft.

[15] Von einer solchen Gestaltung ist nach dem Vorbringen der Bekl. auszugehen. Danach war sie mit dem Vater des W. G. seit 1982 eng verbunden, hat mit diesem zusammen dessen Abbruchunternehmen aufgebaut und ihn - bei finanziellen Engpässen auch mit Geldmitteln - im Betrieb unterstützt. Nach der Erkrankung des Erblassers im Jahr 1995 hat sie diesen gepflegt; von 1998 an hat er auch bei ihr gewohnt. Auch nach seiner Einlieferung ins Krankenhaus im August 1999, in dem er Ende Oktober 1999 verstorben ist, hat die Bekl. den Betrieb nach seinen Anweisungen weitergeführt und sein Haus versorgt. Das so beschriebene Verhältnis war mithin auf Dauer angelegt und von einem durch innere Bindungen getragenen Entstehen füreinander geprägt.”

Also ist ein Anspruch nicht gegeben.

J. Anspruch gem. § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 1378 BGB analog

Es könnte ein Zahlungsanspruch aus § 80 I InsO i.V.m. §§ 1922 I, 1378 BGB analog folgen. Dazu müssten die Regelungen zum Zugewinnausgleich analoge Anwendung auf eine nichteheliche Lebensgemeinschaft finden. Nach überwiegender Auffassung wird eine analoge Anwendung abgelehnt.

Dies folgt bereits aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Palandt-Brudermöller, Einl. zu § 1297 Rn. 11). Aus Art. 6 GG lässt sich ableiten, dass die güterrechtlichen Bestimmungen nur auf Eheleute Anwendung findet, da nur zwischen diesen der eheliche Schutzgedanke greift (Diederichsen, NJW 1983, 1017). Daher kommt ein Anspruch nicht in Betracht.

Der Kl. hat gegenüber der Bekl. bzgl. der Zuwendung keinen Anspruch. Also ist die Klage unbegründet.

Standort: § 316a StGB**Problem: Fahrzeugführer**

BGH, URTEIL VOM 25.09.2007
4 STR 338/07 (NJW 2008, 451)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten sich in das parkende Auto des Opfers eingeschlichen und dieses - bevor es noch den Motor anlassen konnte - mit einer Gaspistole bedroht und es so dazu gezwungen, loszufahren und ihnen während der Fahrt zu verraten, wo das Opfer sein Bargeld aufbewahrte, sodass sie dieses an sich nehmen konnten.

Das LG Hamburg hatte die Angeklagten insbesondere wegen mittäterschaftlichen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, §§ 316a I, 25 II StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, der rügte, die Voraussetzungen des § 316a I StGB seien zu Unrecht angenommen worden, wies der BGH zurück und bestätigte das Urteil des LG.

Prüfungsrelevanz:

§ 316a I StGB stellt - ähnlich wie §§ 239a, 239b StGB - einen Tatbestand dar, der häufig im Zusammenhang mit den in beiden Examen hochgradig relevanten Tatbeständen der §§ 249 ff. StGB anzusprechen ist. Insofern sind auch zumindest Grundkenntnisse bzgl. § 316a StGB erforderlich.

§ 316a I StGB setzt voraus, dass sich der Angriff des Täters gegen den Führer eines Kraftfahrzeuges oder einen Mitfahrer richtet. Im vorliegenden Fall stand der Pkw des Opfers bei Beginn des Angriffs durch die Angeklagten noch und das Opfer hatte noch nicht einmal den Motor angelassen, sodass es in diesem Zeitpunkt auch noch nicht Führer eines Kraftfahrzeuges war. Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung jedoch klar, dass es bei einem länger andauernden Angriff für die Verwirklichung von § 316a I StGB ausreichend ist, dass das Opfer während des Angriffs zum Führer eines Kraftfahrzeugs (oder Mitfahrer) wird. Es muss nicht unbedingt von Anfang an diese Stellung innehaben.

Weiter befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit den Voraussetzungen für das von § 316a I StGB vorausgesetzte Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs. Der BGH stellt - in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur (vgl. BGH, RA 2005, 559, 565 = NJW 2005, 2564; Fischer, § 316a Rn 9; Rengier, BT I, § 12 Rn 17) - klar, dass dies der Fall ist, wenn der tatbestandsmäßige Angriff gegen das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird, was der Fall ist, wenn der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs

und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann. Er betont, dass diese Voraussetzungen in Fällen, in denen - wie im vorliegenden - der Angriff bereits vor Fahrtantritt beginnt, nur ganz ausnahmsweise bejaht werden könnten, weil sich hier die Nötigungslage in aller Regel bereits vor Fahrtantritt derart verfestigt habe, dass die fahrtbedingten eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers für die fortdauernde Angriffshandlung des Täters ohne jeden Belang seien. Im vorliegenden Fall sei jedoch eine Ausnahme gegeben, weil sich die Angeklagten durch die erste Angriffshandlung des Tatopfers noch nicht kontrolliert bemächtigt hatten und die Gegenwehr und insbesondere die Fluchtmöglichkeit des Opfers erst durch die erzwungene Fahrt endgültig eingeschränkt wurden, sodass die Eigenschaft des Tatopfers als Kraftfahrzeugführer den räuberische Angriff hier zumindest erleichtert habe.

Weiter bietet der vorliegende Fall Anlass zur Diskussion des für eine (räuberische) Erpressung erforderlichen Opferverhaltens.

Vertiefungshinweise:

Zu den Voraussetzungen des § 316a StGB: *BGHSt* 49, 8; *BGH*, RA 2005, 559 = *NJW* 2005, 2564; RA 2004, 59 = *NStZ* 2004, 207; *Duttge/Nolden*, *JuS* 2005, 193; *Fischer*, *JURA* 2000, 434; *Ingelfinger*, *JR* 2000, 225; *Mitsch*, *JA* 1999, 662; *Wolters*, *GA* 2002, 303

Zur Gewaltanwendung durch Vorhalten einer Waffe: *BGHSt* 19, 263; 23, 126; *Geilen*, *JZ* 1970, 521; *Küper*, *JURA* 1983, 206

Zur Opferreaktion bei §§ 253 I, 255 StGB: *BGHSt* 7, 252; 42, 196; *BGH*, *NStZ* 1999, 350; 2003, 604; *Biletzki*, *JURA* 1995, 636; *Hecker*, *JA* 1998, 301; *Küper*, *NJW* 1979, 956; *Noak/Sengbusch*, *JURA* 2005, 495

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Besuch"

Assessorkurs: "Hansen"

Assessorkurs: "Die Taxifahrt"

Leitsatz:

Zur Anwendbarkeit des § 316a StGB, wenn das Tatopfer zu Beginn des Angriffs noch nicht Führer des Kraftfahrzeuges war.

Sachverhalt (vereinfacht):

A und F hatten sich entschlossen, durch einen Überfall auf den S Geld zu erbeuten. Sie beobachteten S, als dieser gerade im Begriff war, in sein hochwertiges Fahrzeug einzusteigen. Während sich S auf den Fah-

ersitz setzte, gelangten A und F durch die Hintertüren auf die Rückbank des Fahrzeugs. Noch bevor S sich dazu angeschickt hatte, das Fahrzeug in Gang zu setzen, bedrohten sie ihn mit einer (ungeladenen) Gaspistole und forderten ihn auf, ihren Weisungen nachzukommen, sonst würden sie ihm "das Gehirn wegblasen".

Unter dem Eindruck dieser Drohung startete S - wie ihm geheißsen - das Fahrzeug und lenkte es aus der Stadt hinaus zu einem abgelegenen Parkplatz. Während dieser Fahrt wurde S aufgefordert, den Aufbewahrungsort des von ihm mitgeführten Geldes zu benennen. Dem kam er nach. A und F entnahmen daraufhin der auf dem Rücksitz befindlichen Tasche des S 75,- €. Auf dem Parkplatz musste S in den Kofferraum seines Fahrzeugs steigen. A und F fuhren sodann mit dem Fahrzeug noch geraume Zeit umher. Als sie es ca. 2 1/2 Stunden nach Fahrtantritt stehen ließen, konnte sich S befreien.

Haben A und F sich gem. § 316a StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A und F könnten sich dadurch, dass sie den S in dessen Auto vor Fahrtantritt mit einer ungeladenen Gaspistole bedrohten und erklärten, wenn er ihren Aufforderungen nicht nachkomme, würden sie ihm "das Gehirn wegblasen", ihn dann dazu zwingen, loszufahren, um sich während der Fahrt von ihm den Aufbewahrungsort des Geldes nennen zu lassen, damit sie dieses mitnehmen konnten, wegen mittäterschaftlichen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. §§ 316a I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des Opfers

A und F müssten einen Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des S verübt haben.

Angriff i.S.v. § 316a I StGB ist jede feindselige Handlung, die auf die Verletzung eines der genannten Rechtsgüter (körperliche Unversehrtheit, Entschlussfreiheit) gerichtet ist (Fischer, § 316a Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 316a Rn 3; Ingelfinger, JR 2000, 225, 227). Verübt wird der Angriff dann, wenn das Täterverhalten das Opfer auch tatsächlich erreicht (Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 316a Rn 3; Ingelfinger, JR 2000, 225, 232). Bei einem Angriff auf die Entschlussfreiheit des Opfers ist dies erst dann der Fall, wenn das Opfer die Handlung des Täters bemerkt und auch deren Nötigungscharakter erkennt (BGHSt 49, 8, 12).

In dem Moment, in dem A und F den S mit der Gaspistole und auch verbal bedrohten, bemerkte S nicht nur die Täter sondern auch den Nötigungscharakter

von deren Verhalten, sodass A und F in diesem Zeitpunkt einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des S verübten.

2. Opfer ist Führer eines Kraftfahrzeugs oder Mitfahrer

S müsste im Zeitpunkt des Angriffs Führer eines Kraftfahrzeugs oder Mitfahrer gewesen sein.

Führer eines Kraftfahrzeuges ist, wer im Augenblick des Angriffs mit dem Inbewegungsetzen oder -halten des Fahrzeuges oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist (BGHSt 49, 8, 14; Jo-ecks, § 316a Rn 7; Krey/Hellmann, Rn 228a).

In dem Moment, in dem A und F ihren Angriff verübten, also in dem Zeitpunkt, in dem sie sich dem S zeigten und ihn bedrohten (s.o.), stand das Fahrzeug aber noch. S hatte noch nicht einmal den Motor ange lassen, sodass fraglich ist, ob S überhaupt Führer eines Kraftfahrzeugs i.S.v. § 316a I StGB war.

Hierzu der BGH: "Nach der Grundsatzentscheidung des Senats vom 20. November 2003 (BGHSt 49, 8 ff.) erfasst der Tatbestand des § 316 a StGB als taugliches Tatopfer nur den Führer oder den Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist, dass das Tatopfer diese Eigenschaft zum Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, besitzt. Das Landgericht hat nicht verkannt, dass bei Beginn des Angriffs, also im Zeitpunkt, als der Angeklagte und sein Mittäter in das Fahrzeug eindrangen und den Geschädigten mit der Gaspistole bedrohten, dieser noch nicht Führer des Fahrzeuges war. Zwar hielt sich das Tatopfer bereits im Fahrzeug auf, es war aber zu diesem Zeitpunkt nach den Feststellungen noch nicht mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst und damit nach der Rechtsprechung des Senats noch nicht Führer des Kraftfahrzeugs und deshalb zu diesem Zeitpunkt kein taugliches Angriffsziel im Sinne des § 316 a StGB (vgl. BGHSt aaO).

Indem die Täter ihr Opfer zu der anschließenden Fahrt zwangen und es während der Fahrt jedenfalls konkludent weiter bedrohten, lag aber die für die Tatbestandsmäßigkeit erforderliche zeitliche Verknüpfung zwischen dem Verüben des Angriffs und der Führereigenschaft des Angegriffenen vor. Die Anwendbarkeit des § 316 a StGB erfordert nämlich nicht, dass das Tatopfer bereits bei Beginn des Angriffs Führer oder Mitfahrer des Kraftfahrzeugs war. Das Tatbestandsmerkmal 'Verüben eines Angriffs' ist vielmehr auch dann erfüllt, wenn ein Opfer durch einen vor Fahrtantritt begonnenen Angriff zur (Mit-)Fahrt gezwungen wird und der Angriff während der Fahrt fortgesetzt wird.

Eine engere, allein auf den ersten nötigen Zugriff auf das Tatopfer abstellende Auslegung, würde dem Schutzzweck der Norm nicht gerecht (vgl. BGHSt aaO S. 10). Das Tatbestandsmerkmal erfasst vielmehr auch den Zeitraum bis zur Beendigung des Angriffs. Es

liegt auf der Hand, dass die Sicherheit des Kraftfahrzeugverkehrs auf Straßen als Schutzgut des § 316 a StGB (vgl. BGHSt aaO S. 11) nicht nur dann beeinträchtigt wird, wenn das Tatopfer während des Führens des Kraftfahrzeugs erstmals angegriffen wird, sondern dies ist auch der Fall, wenn ein bereits vor Fahrtantritt begonnenes, offenes Bedrohungsgeschehen während des Führens des Kraftfahrzeugs (nur) seinen Fortgang nimmt (vgl. BGHSt aaO S. 13; für den Fall eines 'neuen' Angriffs während der Fahrt Senatsbeschluss vom 25. Februar 2004 - 4 StR 394/03 = NStZ 2004, 626).“ S war also Führer eines Kraftfahrzeugs und somit tatliches Opfer für eine Tat gem. § 316a I StGB.

3. Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

A und F müssten bei ihrer Tat die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt haben.

Der Täter nutzt die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs aus, wenn er sich eine Gefahrenlage zunutze macht, die dem fließenden Straßenverkehr eigentümlich ist (BGHSt 49, 8, 11; Fischer, § 316a Rn 9; Krey/Hellmann, Rn 227). Dies ist dann der Fall, wenn das Opfer im Zeitpunkt des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann (BGHSt 49, 8, 14 f.; BGH, RA 2005, 559, 565 = NJW 2005, 2564; Rengier, BT I, § 12 Rn 17). Auch das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmal ist im vorliegenden Fall fraglich, da zumindest bei Beginn des Angriffs von A und F das Fahrzeug noch stand und auch der Motor noch nicht lief.

Hierzu führt der BGH aus: “[Für eine Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs] ist erforderlich, dass der tatbestandsmäßige Angriff gegen das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird (vgl. BGHSt aaO S. 11). Objektiv ist dies der Fall, wenn der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann. In subjektiver Hinsicht ist ausreichend aber erforderlich, dass sich der Täter der die Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers einschränkenden besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs bewusst ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass er eine solche Erleichterung seines Angriffs zur ursächlichen Bedingung seines Handelns macht (BGHSt 50, 169, 172).

In Fällen, in denen ein vollendeter Angriff auf das Tatopfer bereits außerhalb des Fahrzeugs oder jedenfalls vor Fahrtantritt stattgefunden hat, bedarf dieses Tatbestandsmerkmal besonders sorgfältiger Prüfung und wird nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein. Ein sol-

cher Ausnahmefall liegt hier vor.

Zwar ist auch ein Kraftfahrzeugführer, dessen sich der Täter bereits vor Fahrtantritt bemächtigt hat, in Folge seiner Konzentration auf die Verkehrslage und die Fahrzeugbedienung in seiner Gegenwehr gegen den während der Fahrt fortdauernden Angriff des Täters eingeschränkt. Ein Ausnutzen dieses Umstandes im Sinne des § 316 a StGB ist allerdings nur dann gegeben, wenn der räuberische Angriff auch durch die verkehrsspezifischen Einschränkungen, denen sich der Kraftfahrzeugführer während der Fahrt ausgesetzt sieht, erleichtert wird. Die Eigenschaft des Tatopfers als Kraftfahrzeugführer muss deshalb in objektiver Hinsicht für die Aufrechterhaltung bzw. Fortdauer des Angriffs mindestens mitursächlich geworden sein. Ein solcher Ursachenzusammenhang fehlt jedoch, wenn der Täter sein Opfer bereits vor der Fahrt unter seine Kontrolle gebracht hat und die dadurch geschaffene Nötigungslage während der nachfolgenden Fahrt lediglich unverändert aufrechterhalten wird.

In diesen Fällen dient das Fahrzeug nur Beförderungszwecken, ohne dass sich die mit der Fahrt einhergehende eingeschränkte Abwehrmöglichkeit des Tatopfers auf die Angriffshandlung des Täters noch in irgendeiner Weise fördernd auswirkt. So verhält es sich etwa dann, wenn der Täter sein Tatopfer bereits in dessen Wohnung überfallen hat und es später unter Vorhalt einer Waffe zur Fahrt zu einem Geldautomaten zwingt, um dort vom Konto des Opfers Geld abzuheben. In solchen Fällen hat sich die Nötigungslage in aller Regel bereits vor Fahrtantritt derart verfestigt, dass die fahrtbedingten eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers für die fortdauernde Angriffshandlung des Täters ohne jeden Belang sind.

Anders verhält es sich indes im vorliegenden Fall. Der Angeklagte und sein Mittäter hatten sich durch die erste Angriffshandlung des Tatopfers noch nicht kontrolliert bemächtigt. Durch die erzwungene Fahrt wurden, wie dies der Tatbestand des § 316 a StGB erfordert, vielmehr die Gegenwehr und insbesondere die Fluchtmöglichkeit des Opfers erst endgültig eingeschränkt. Mithin wurde durch die Eigenschaft des Tatopfers als Kraftfahrzeugführer der räuberische Angriff hier zumindest erleichtert. Dies war dem Angeklagten und seinem Mittäter nicht nur bewusst, sondern es kam ihnen nach den getroffenen Feststellungen hierauf gerade an.“

A und F haben also die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt.

4. Mittäterschaft, § 25 II StGB

A und F müssten die Tat gemeinschaftlich i.S.v. § 25 II StGB, also als Mittäter, begangen haben.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, Rn 524).

A und F haben den objektiven Tatbestand des § 316a I StGB gemeinschaftlich und aufgrund eines gemeinsamen Tatplans verwirklicht. Auch waren A und F beide Täter und nicht nur Teilnehmer, da sie nicht nur beide Zentralfiguren des Geschehens waren und somit die Tatherrschaft innehatten, sondern auch aufgrund ihres erheblichen eigenen wirtschaftlichen Interesses am Taterfolg - es ist bei lebensnaher Auslegung davon auszugehen, dass sie sich die Beute teilen wollten - die Tat jeweils als eigene wollten und somit mit Täterwillen handelten. A und F haben als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB gehandelt.

5. Vorsatz

A und F handelten auch vorsätzlich.

6. Absicht zur Begehung einer Tat gem. §§ 249; 252; 255 StGB

A und F müssten zur Begehung eines Raubes, § 249 I StGB, eines räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, oder einer räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, gehandelt haben.

Diese Absicht i.S.v. § 316a I StGB setzt voraus, dass der Täter die Verwirklichung sämtlicher Merkmale des beabsichtigten Verbrechens in seine Vorstellung aufgenommen hat (Joecks, § 316a Rn 10).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass A und F ihr späteres Verhalten, dass sie sich nämlich von S den Aufbewahrungsort seines Bargeldes verraten ließen und dieses dann an sich nahmen, bereits beim Verüben des Angriffs geplant hatten. Sie könnten also zur Begehung einer (mittäterschaftlichen) räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255, 25 II StGB, gehandelt haben. Dann müsste jedoch das von A und F geplante Vorgehen sämtliche Voraussetzungen des Tatbestandes der mittäterschaftlichen räuberischen Erpressung erfüllen.

aa. Bzgl. Raubmittel

A und F müssten sich zunächst ein Verhalten vorgestellt haben, dass ein taugliches Tatmittel für §§ 253 I, 255 StGB darstellen würde, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

(1) Bzgl. Gewalt gegen eine Person

A und F wollten den S insbesondere durch das Vorhalten der vermeintlich echten Schusswaffe unter Druck setzen. Dies könnte die Anwendung von Gewalt gegen eine Person darstellen.

Gewalt gegen eine Person ist der auf den Körper des Opfers bezogene, unmittelbar wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstandes (BGH, NStZ 1982, 114; Fischer, § 249 Rn 4; Rengier, BT I, § 7 Rn 3). Fraglich ist jedoch, ob das Vorhalten einer Waffe, insbesondere einer Schusswaffe, "Gewalt gegen eine Person" darstellt.

(a) Rechtsprechung

Nach einer Auffassung, die von der Rechtsprechung vor allem früher vertreten wurde, stellt bereits das Vorhalten einer Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes Gewalt gegen eine Person dar, sofern das Opfer hierdurch in einen Erregungszustand gerät und deshalb sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wird (BGHSt 23, 126, 127 f.).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass S durch das Vorhalten der vermeintlich echten Pistole eingeschüchtert und somit auch sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wurde. Nach dieser Auffassung würde das von A und F geplante Verhalten also Gewalt gegen eine Person darstellen.

(b) Herrschende Literatur

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur stellt das bloße Vorhalten einer Waffe keine Gewalt gegen eine Person dar (Joecks, § 249 Rn 19).

Nach dieser Auffassung hatten A und F sich also keine Anwendung von Personengewalt vorgestellt.

(c) Stellungnahme

Der Rechtsprechung ist zugute zu halten, dass das Vorhalten einer Waffe beim Opfer tatsächlich körperliche Wirkungen, nämlich körperliche Auswirkungen wie Steigerung des Blutdrucks oder der Pulsfrequenz, bewirken kann, sodass ein Subsumtion eines solchen Verhaltens unter die allgemeine Definition des Begriffs der Personengewalt möglich erscheint.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Gewaltbegriff betont, dass hierfür nicht nur ein körperlich wirkender, sondern insbesondere auch ein körperlich vermittelter Zwang erforderlich sei (BVerfGE 92, 1). Eine solche körperliche Zwangsvermittlung fehlt jedoch beim bloßen Bedrohen mit einer Waffe, auch wenn eine körperliche (Aus-) Wirkung noch gegeben sein mag. Die Rechtsprechung würde auch die Grenzen zwischen den Tatbestandsalternativen der Gewalt und der Drohung völlig verschwimmen lassen, da die typische Begleiterscheinung einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, die hierdurch verursachten Stress- und Angstzustände, gleichzeitig für die Annahme von Personengewalt herangezogen würden. Schließlich besteht auch kein kriminologisches Bedürfnis dafür, die entsprechenden Fälle als Gewalt gegen eine Person anzusehen, da sie über die Tathandlung der Bedrohung auch erfasst werden können.

Der herrschenden Literatur ist somit zu folgen. A und F hatten sich kein Verhalten vorgestellt, das eine Anwendung von Gewalt gegen eine Person darstellen würde.

(2) Bzgl. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

A und F wollten jedoch durch das Vorhalten der ver-

meintlich echten Pistole und durch die Ankündigung, dass sie S "das Gehirn wegblasen" würden, wenn er ihren Anweisungen keine Folge leistet, ein Verhalten vornehmen, dass eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des S darstellen würde.

bb. Bzgl. Opferreaktion

A und F müssten sich vorgestellt haben, ein Verhalten des S hervorzurufen, dass eine taugliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellen würde.

A und F hatten sich vorgestellt, dass S ihnen verraten würde, wo er sein Bargeld aufbewahrt, damit sie es dann an sich nehmen könnten. Fraglich ist jedoch, ob dies überhaupt eine taugliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellen würde.

(1) Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt als Opferreaktion im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers in Betracht (BGHSt 7, 252, 254; 42, 196, 199; Krey/Hellmann, BT II, Rn 305).

A und F wollten S dazu bringen, ihnen zu verraten, wo er sein Geld aufbewahrte, also eine Handlung vorzunehmen. A und F hatten sich also eine Opferreaktion vorgestellt, die nach dieser Auffassung von §§ 253 I, 255 StGB erfasst würde.

(2) Herrschende Literatur

Nach der herrschenden Literaturauffassung, der Verfügungstheorie, setzt die (räuberische) Erpressung - wegen ihrer strukturellen Verwandtschaft zu § 263 I StGB - als Opferreaktion ebenso wie der Betrug eine Vermögensverfügung voraus (Lackner/Kühl, § 255 Rn 1, § 253 Rn 3; Noak/Sengbusch, JURA 2005, 495).

Unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensverfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB vorliegt, wird jedoch auch innerhalb der Literatur kontrovers diskutiert.

(a) Enge Verfügungstheorie

Nach einer Meinungsgruppe ist der Begriff der Vermögensverfügung bei der (räuberischen) Erpressung genauso zu verstehen wie beim Betrug, setzt also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers voraus, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (sog. enge Verfügungstheorie, Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 8, § 263 Rn 55; Wessels/Hillenkamp, Rn 713; Biletzki, JZRA 1995, 636).

Nach dieser Auffassung würde also das Verhalten des S, auf das A und F es angelegt hatten - die Nennung des Aufbewahrungsortes des Bargeldes - nur dann eine taugliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellen, wenn es sich unmittelbar vermögensmindernd auswirken würde. Fraglich ist jedoch, ob die Preisgabe eines Verstecks eine unmittelbare Vermögensminderung bewirkt.

(aa) 1. Untermeinung

Teilweise wird in der Preisgabe eines Verstecks oder eines anderen Geheimnisses (wie einer Tresorkombination oder einer PIN) noch keine unmittelbare Vermögensminderung gesehen, sodass ein solches Verhalten auch keine Vermögensverfügung und deshalb keine taugliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellt (Schönke/Schröder-Cramer, § 253 Rn 8, § 263 Rn 145; Wessels/Hillenkamp, Rn 732; Hecker, JA 1998, 300).

Nach dieser Auffassung wäre das von A und F geplante Verhalten des S - die Preisgabe des Aufbewahrungsortes des Bargeldes - also mangels unmittelbarer Vermögensminderung keine Vermögensverfügung und somit keine tatbestandsmäßige Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB.

(bb) 2. Untermeinung

Die Gegenauffassung beruft sich darauf, dass es beim Betrug allgemein anerkannt sei, dass eine Verfügung auch in einer konkreten Vermögensgefährdung bestehen könne (vgl. BGHSt 48, 354, 355; 51, 100; 113 ff.; Fischer, § 263 Rn 94 ff. mwN). Wegen der strukturellen Verwandtschaft von Betrug und (räuberischer) Erpressung müsse deshalb auch bei §§ 253 I, 255 StGB eine konkrete Vermögensgefährdung durch den Genötigten eine taugliche Opferreaktion darstellen können. Wenn das Opfer aber ein Versteck verrate, so stelle dies - jedenfalls sofern das Versteck für den Täter leicht zu erreichen ist und er deshalb ohne Weiteres auf die versteckten Sachen zugreifen kann - eine konkrete Vermögensgefährdung und damit eine Vermögensverfügung und somit eine taugliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB dar (vgl. Graul, JURA 2000, 204; Seier, JA 1984, 441).

Da A und F den S dazu zwingen wollten, ihnen den Aufbewahrungsort (das "Versteck") des Geldes zu verraten und auch davon ausgingen, dass dieses für sie nicht allzu schwer zu erreichen sei, stellten sie sich also eine Opferreaktion vor, die nach dieser Auffassung von §§ 253 I, 255 StGB erfasst würde.

(b) Weite Verfügungstheorie

Nach einer anderen Auffassung ist der Begriff der Vermögensverfügung bei der (räuberischen) Erpressung insofern anders zu verstehen als beim Betrug, als ein Verfügung i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB nicht voraussetzen soll, dass sich das Verhalten des Opfers unmittelbar vermögensmindernd auswirkt; auch ein nur mittelbar vermögensminderndes Verhalten soll hier ausreichen, sofern das Opfer seine Mitwirkung für unerlässlich hält (Lackner/Kühl, § 253 Rn 3).

Das von A und F beabsichtigte Opferverhalten des S, die Preisgabe des Aufbewahrungsortes des Bargeldes, würde sich mittelbar vermögensmindernd auswirken, da es ihnen den Zugriff auf das Geld und somit die Möglichkeit eröffnen würde, dem S den Gewahrsam

hieran zu entziehen. A und F gingen auch davon aus, dass S seine Mitwirkung für unerlässlich halten würde, da sie ohne die Preisgabe des Aufbewahrungsortes nur sehr viel schwerer - wenn überhaupt - das Geld erlangen könnten. A und F stellten sich also eine Opferreaktion des S vor, die nach dieser Meinung den Tatbestand der räuberischen Erpressung ausfüllen würde.

(3) Stellungnahme

Gegen die erste Untermeinung innerhalb der strengen Verfügungstheorie spricht, dass diese die parallele Struktur von Erpressung und Betrug - und damit den Ausgangspunkt der Verfügungstheorie - an entscheidender Stelle ignoriert. Wenn die Verwandtschaft von § 253 I StGB und § 263 I StGB dazu zwingt, bei der (räuberischen) Erpressung ebenso wie beim Betrug als Opferreaktion eine Vermögensverfügung zu verlangen, dann müssten auch die Anforderungen an diese dieselben sein. Da jedoch beim Betrug eine konkrete Vermögensgefährdung für die Annahme einer Verfügung ausreicht, müsste dies konsequenterweise bei der (räuberischen) Erpressung auch der Fall sein. Da aber die Preisgabe eines Verstecks eine konkrete Gefährdung des Opfervermögens bewirkt, jedenfalls sofern - wie im vorliegenden Fall - der Täter ohne Probleme auf die versteckten Sachen zugreifen kann, müsste dies auch eine tatbestandliche Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellen. Diese Meinung ist somit abzulehnen. Nach allen anderen Auffassungen stellt die von A und F geplante Handlung des S eine tatbestandliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB dar.

cc. Bzgl. Vermögensnachteil

A und F müssten sich Umstände vorgestellt haben, die einen Vermögensnachteil bei S begründen würde. Der Begriff des Vermögensnachteils bei der (räuberischen) Erpressung entspricht demjenigen des Vermögensschadens beim Betrug (BGH, NStZ-RR 1998, 233; Lackner/Kühl, § 255 Rn 1, § 253 Rn 4). Ein solcher ist gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfer oder eines Dritten nach der tatbestandlichen Opferreaktion vermindert ist, der Betreffende also nach der Tat über weniger Vermögen verfügt als vorher, was im Wege einer "Gesamtsaldierung" aller Vermögenswerte der entsprechenden Person zu ermitteln ist (BGHSt 3, 102; NStZ 1997, 32; Fischer, § 263 Rn 70). Da die Preisgabe des Verstecks des Bargeldes zu einer Vermögensminderung bei S führen würde (s.o.), wäre ein Vermögensschaden nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines wirtschaftlichen Äquivalentes ausgeglichen würde. A und F stellten sich jedoch keine Umstände vor, nach denen S ein Äquivalent erlangen würde, sodass sie ein Verhalten beabsichtigten, dass zu einem Vermögensnachteil bei S führen würde.

dd. Bzgl. Kausalität

Bei der von A und F geplanten Vorgehensweise wären auch die Anwendung des Raubmittels für die Opferreaktion und diese für den Vermögensnachteil kausal.

ee. Bzgl. Mittäterschaft, § 25 II StGB

Bei der Tatausführung, die A und F beabsichtigt hatten, würden sie auch den Tatbestand der räuberischen Erpressung gemeinschaftlich aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, mithin mittäterschaftlich, verwirklichen.

ff. Bereicherungsabsicht

A und F müssten auch in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

A und F hatten die Absicht, durch die Preisgabe des Aufbewahrungsortes des Bargeldes sich selbst die Möglichkeit zu verschaffen, auf das Geld zuzugreifen und dieses letztlich verwerten zu können, was einen Vermögensvorteil darstellen würde.

A und F hatten also auch eine Bereicherungsabsicht.

gg. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A und F müssten sich auch vorgestellt haben, dass die von ihnen beabsichtigte Bereicherung stoffgleich und rechtswidrig sei.

Die vom Täter i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB beabsichtigte Bereicherung ist stoffgleich, wenn der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil, das Spiegelbild des Vermögensnachteils beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn beide unmittelbar aus derselben Opferreaktion resultieren (BGH, NStZ 2002, 254).

Der Vermögensvorteil, den A und F zu erlangen beabsichtigten - die Möglichkeit, auf das Bargeld des S zuzugreifen - würde sich unmittelbar aus demselben Verhalten des S ergeben wie dessen Vermögensnachteil (s.o.), nämlich aus der Preisgabe des Verstecks. A und F stellten sich also eine stoffgleiche Bereicherung vor.

Rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung dann, wenn der Täter keinen fälligen einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (Joecks, § 253 Rn 17; Rengier, BT I, § 11 Rn 33).

Da A und F jedoch nicht glaubten, einen Anspruch auf das von S mitgeführte Geld zu haben, hatten sie auch den Willen, sich zu Unrecht zu bereichern.

A und F haben also zur Begehung einer mittäterschaftlichen räuberischen Erpressung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und F haben auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. A und F haben sich gem. §§ 316a I, 25 II StGB strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Schulze-Fielitz, Helmuth: "Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren"
Fundstelle:	Jura 2008, 52 (Heft 1)
Inhalt:	Das Lüth-Urteil des BVerfG vom 15.1.1958 (BVerfGE 7, 198) ist bis heute das Fundament der BVerfG-Rechtsprechung zu Art. 5 I 1 GG. Die darin entwickelte "Wechselwirkungstheorie" gehört zum Standardwissen eines jeden Juristen. Auch die damals zu entscheidende Frage, ob ein Boykottaufruf eine grundrechtlich geschützte Meinung sein kann, könnte aktueller nicht sein (Beispiel: Boykott-Aufruf gegen Nokia anlässlich der Werksschließung in Bochum). Der Autor nähert sich dem Urteil mit dem gebotenen Respekt, verdeutlicht die Motive des BVerfG und stellt seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik dar.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Halfmeier, Axel: "Ausgleichsansprüche bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft"
Fundstelle:	JA 2008, 97 (Heft 2)
Inhalt:	Dieser Beitrag knüpft nahtlos an das Urteil in Fallstruktur (BGH, Urteil vom 31.10.2007, XII ZR 261/04), abgedruckt in diesem Heft an. Der Autor erläutert die klassischen Problemstellungen des Ausgleichs, die sich daraus ergeben, dass eine lediglich teilweise Regelung der Verhältnisses zwischen nichtehelichen Ehegatten existiert. Es wird eine Übersicht über die in Betracht zu ziehenden Anspruchgrundlagen unter Berücksichtigung der typischen klausurrelevanten Fragestellungen dargelegt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Norouzi, Ali B.: "Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpendenz"
Fundstelle:	JuS 2008, 113 (Heft 2)
Inhalt:	Nicht nur in Aktenstücken im zweiten Examen, auch in Klausursachverhalten des ersten Examen kommt es manchmal vor, dass Informationen, die für eine eindeutige Feststellung der Strafbarkeit erforderlich wären, fehlen. In diesen Fällen muss der Klausurenverfasser mit solchen bewussten Lücken umzugehen verstehen. Nach der Besprechung von Stufenverhältnissen und unechten Wahlfeststellungen (JuS 2008, 17 (Heft 1)) befasst sich der Verfasser nunmehr mit den interessanteren Konstellationen der Wahlfeststellung, Post- und Präpendenz. Zur Vorbereitung auf beide Examen sehr empfohlen.