

## Öffentliches Recht

### Standort: Verfassungsrecht

### Problem: Studienbeiträge

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 09.10.2007  
15 A 1596/07 (NWVBl 2008, 144)

#### **Problemdarstellung:**

Das OVG Münster hat entschieden, dass die Erhebung von Studienbeiträgen, die in NRW seit dem Wintersemester 2006/2007 auch für das Erststudium möglich ist, rechtmäßig ist. Geklagt hatte die Studierendenschaft der Universität Paderborn aus abgetretenem Rückforderungsanspruch einer Studentin, die ihren Studienbeitrag von 500 Euro für das Semester zunächst gezahlt hatte, dann aber unter Rüge der Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Grundlagen zurückverlangte.

Neben der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit der Erhebung von Studienbeiträgen (Stichworte sind hier die Gesetzgebungskompetenz des Landes und die Vereinbarkeit mit Grundrechten, insbesondere mit Art. 12 I und Art. 3 I GG) stand im Mittelpunkt des Urteils des OVG vor allem die mögliche Völkerrechtswidrigkeit, denn der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (auch "UN-Sozialpakt" genannt) regelt in Art. 13:

(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an. [...]

(2) Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts [...]

c) der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss.

Das OVG Münster meint jedoch, diese Regelung habe keine innerstaatliche Geltung. Zwar sei sie in innerstaatliches Recht transformiert worden; sie sei jedoch zu unbestimmt, als dass sie unmittelbare Rechte und Pflichten innerhalb der BRD begründen könnte.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Ausführungen des OVG zur Gesetzgebungskompetenz bei Abgaben an den Fiskus, zum Prinzip der Bundestreue sowie zu den Grundrechten sind selbsterklärend. Inhaltlich gehören sie zum Standardwissen eines jeden Examenskandidaten. Dies gilt insbesondere für die vom OVG (ohne sie namentlich zu erwähnen) angewendete "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG zu Art. 12 GG mit ihrer Unterscheidung zwischen

Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen und den daraus folgenden unterschiedlichen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs. Etwas weniger geläufig ist vielen Studierenden erfahrungsgemäß die Unterscheidung zwischen völkerrechtlicher und innerstaatlicher Geltung von Völkerrecht. Dabei handelt es sich um eines der grundlegenden Prinzipien des Völkerrechts:

I. Dem Grundgesetz liegt die sog. "dualistische Theorie" zugrunde, nach der Völkerrecht nicht automatisch zu innerstaatlichem Recht wird, sondern einer Transformation - typischerweise durch ein Transformationsgesetz - bedarf. Ein Beispiel für ein solches ist Art. 25 GG für jegliche Formen allgemeinen Völkerrechts. Völkerrechtliche Verträge hingegen werden durch ein spezielles sog. "Vertragsgesetz" nach Art. 59 II 1 GG transformiert (Ausnahme: Reine Verwaltungsabkommen, für die eine gesetzliche Umsetzung nach Art. 59 II 2 GG nicht erforderlich ist).

II. Der sich daran anschließende Streit, ob die Transformation das Völkerrecht selbst in innerstaatliches Recht transformiert, also qualitativ umgestaltet zu innerstaatlichem Recht erhebt (Transformationstheorie) oder ob es allein befiehlt, den völkerrechtlichen Vertrag innerstaatlich anzuwenden (Vollzugstheorie), kann regelmäßig dahinstehen, denn daraus ergeben sich in praxi kaum Unterschiede.

III. Für eine innerstaatliche Geltung ist die Transformation zwar elementare Voraussetzung, genügt aber allein - wie der vorliegende Fall zeigt - nicht. Vielmehr muss das transformierte Völkerrecht auch Rechte und Pflichten innerhalb des Unterzeichnerstaates begründen; Normadressaten müssen m.a.W. Bürger und staatliche Stellen sein. Begründet das Völkerrecht hingegen nur Pflichten der Völkerrechtssubjekte (Staaten) untereinander, können daraus zwangsläufig keine innerstaatlichen Rechte folgen. Ferner müssen die so begründeten innerstaatlichen Rechte und Pflichten nach der vom OVG Münster im vorliegenden Fall vertretenen Ansicht hinreichend bestimmt sein, woran es beim UN-Sozialpakt im Hinblick auf ein kostenloses Studium fehlen soll. Die Entscheidung ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpaktes: *Pieroth/Hartmann*, NWVBl 2007, 81; *Riedel/Söllner*,

JZ 2006, 270; Lorenzmeyer, NVwZ 2006, 759; Kront-  
haler, WissR 2006 [Bd. 39], 276

Kein Grundrecht auf kostenloses Studium:  
BVerwGE 115, 32; 102, 142

**Kursprogramm:**

Examenskurs : "Der Lottokönig"

Examenskurs : "Alter Mann als Kassenarzt"

**Leitsätze:**

**1. Die Vereinbarung zur Unentgeltlichkeit des Hochschulunterrichts im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ist nicht als innerstaatliches Recht unmittelbar anwendbar.**

**2. Unter dem Gesichtspunkt der Bundestreue war das Land Nordrhein-Westfalen nicht verpflichtet, die Einführung von Studienbeiträgen zu unterlassen.**

**3. Die Erhebung von Studienbeiträgen nach dem nordrhein-westfälischen Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz verstößt nicht gegen das Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte nach Art 12 I GG.**

**4. Der Studienbeitrag nach dem vorgenannten Gesetz ist keine Sonderabgabe.**

**Sachverhalt:**

Die Studierendenschaft der beklagten Universität verlangte von dieser aus abgetretenem Recht die Rückzahlung eines von einer Studentin gezahlten Studienbeitrags für das Wintersemester 2006/2007. Die Klage blieb in beiden Instanzen erfolglos.

**Aus den Gründen:**

Die Klägerin hat den geltend gemachten Erstattungsanspruch gemäß § 1 Abs. 2 Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz (StBAG) i.V.m. § 21 Abs. 1 GebG NRW nicht. Dafür wäre Voraussetzung, dass der gezahlte Beitrag überzahlt im Sinne des § 21 Abs. 1 GebG NRW wäre, also ein Rechtsgrund für die Zahlung nicht bestanden hätte.

**A. Wirksame gesetzliche Regelung als Rechtsgrund**

Dieser Rechtsgrund bestand aber, denn die Beitragsforderung ist nach dem Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz entstanden.

**I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Dieses Gesetz ist finanzverfassungsrechtlich kompetenzgerecht vom Land erlassen worden. Der Studienbeitrag stellt sich als nichtsteuerliche Abgabe in Form einer Vorzugslast für die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Hochschuleinrichtung dar (§ 2 Abs. 1 Satz 1 StBAG: "Die Hochschulen werden ermächtigt, [...] für das Studium von Studierenden [...] einen Studien-

beitrag [...] zu erheben."). Es handelt sich nicht etwa um eine - besonderen Zulässigkeitsanforderungen unterworfenen - Sonderabgabe, wie am Schluss aufgezeigt werden wird. Die Gesetzgebungskompetenz folgt der Kompetenz für die Materie, in der die Vorzugslast erhoben werden soll (BVerfGE 108, 1, 13; BVerwGE 112, 194, 199).

Mangels einer bundesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz für Hochschulabgaben, vgl. BVerfGE 112, 226 (242 ff.), liegt die Kompetenz gemäß Art. 70 Abs. 1 GG somit bei den Ländern.

**II. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

**1. Verstoß gegen Art. 31 GG**

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt) steht dem Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz nicht entgegen.

**a. Unentgeltlichkeit von Hochschulunterricht**

Allerdings erkennen die Vertragsstaaten in Art. 13 Abs. 2 des Sozialpaktes an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung des in Abs. 1 der Vorschrift genannten Rechts auf Bildung "der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss".

**b. Innerstaatliche Geltung des UN-Sozialpakts als Bundesrecht**

Der Vertrag als solcher ist von vornherein nicht geeignet, die innerstaatliche Rechtslage zu gestalten.

**aa. Transformationsakt**

Bestandteil des Bundesrechts sind gemäß Art. 25 Satz 1 GG allein die allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Dazu zählt das Völkervertragsrecht nicht (vgl. BVerfGE 100, 266, 269). Völkervertragsrecht vermag das innerstaatliche Recht allein durch entsprechende parlamentarische Beschlussfassung zu gestalten, nämlich bundesrechtlich durch ein Vertragsgesetz nach Art. 59 II 1 GG (vgl. für Staatsverträge die Notwendigkeit der Zustimmung des Landtages nach Art. 66 S. 2 LVerf NRW).

Hier ist ein Vertragsgesetz vom 23.11.1973 (BGBl. II S. 1569) ergangen. Ob aus dem Pakt eine völkervertragsrechtliche Pflicht zur Einführung der Unentgeltlichkeit des Hochschulstudiums oder jedenfalls das Verbot der Einführung von Studiengebühren folgt, kann daher für den vorliegenden Rechtsstreit dahinstehen. Denn maßgebend für das innerstaatliche Recht ist nicht das Bestehen oder Nichtbestehen der genannten völkervertragsrechtlichen Pflicht, sondern die innerstaatliche Rechtsgestaltung durch das Vertragsgesetz.

*bb. Begründung innerstaatlicher Rechte und Pflichten*

Auch dieses führt nicht zur Unzulässigkeit des Studienbeitrags nach dem Grundsatz "Bundesrecht bricht Landesrecht" (Art. 31 GG). Es bedarf in diesem Rahmen keiner Entscheidung, welche Wirkung ein Vertragsgesetz genau in Bezug auf das innerstaatliche Recht entfaltet, insbesondere ob es einen völkerrechtlichen Vertrag in innerstaatliches Recht transformiert, also qualitativ umgestaltet zu innerstaatlichem Recht erhebt (Transformationstheorie) oder ob es allein befiehlt, den völkerrechtlichen Vertrag innerstaatlich anzuwenden (Vollzugstheorie; vgl. zu diesem Theorienstreit Streinz in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 59 Rn. 60 ff.; Kunig, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4. Aufl., 2. Abschnitt, Rn. 37 ff.). Denn völkerrechtliche Vertragsbestimmungen können kraft des Vertragsgesetzes nur dann innerstaatlich als Recht angewandt werden, wenn sie über die bloße Begründung völkervertragsrechtlicher Rechte und Pflichten für die vertragsschließenden Völkerrechtssubjekte hinaus alle Eigenschaften besitzen, welche ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben muss, um berechtigen oder verpflichten zu können; die Vertragsbestimmung muss nach Wortlaut, Zweck und Inhalt wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkungen auszulösen geeignet sein.

*(1). Mangelnde Bestimmtheit*

Insbesondere müssen solche unmittelbar vollzugsfähigen sogenannten "self-executing" Vertragsbestimmungen hinreichend bestimmt zur Entfaltung rechtlicher Wirkungen und keiner weiteren normativen Ausfüllung bedürftig sein (vgl. BVerfGE 29, 348, 360; BVerwG, Buchholz 421.2 (Hochschulrecht) Nr. 163 Rn. 4; BVerwGE 87, 11, 13). Es ist daher unzutreffend, wenn unkritisch allein aus der bloßen Existenz eines Vertragsgesetzes gefolgert wird, der Vertrag sei dadurch Bundesrecht (so etwa Haug, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Einführung von Studiengebühren, WissR Bd. 33 (2000), 1, 6: Der Vertrag sei damit "im Rang eines Bundesgesetzes zu innerstaatlich verbindlichem Recht erklärt, das auch von den Gerichten zu beachten ist."; ebenso verfehlt Lorenzmeier, NVwZ 2006, 759, 761: "Nach der Übernahme steht der Pakt im Range eines Bundesgesetzes, so dass staatliche Stellen den IPwskR wie anderes Gesetzesrecht des Bundes zu beachten haben.").

*(a). Herleitung des Bestimmtheiterfordernisses*

Die Frage der innerstaatlichen Geltung des Vertrages und die der unmittelbaren Anwendbarkeit als Rechtsnorm müssen unterschieden werden. Den Anforderungen für eine unmittelbar anwendbare Rechtsnorm, die für ein bundesrechtliches Verbot der Erhebung von Studienbeiträgen durch die Länder zu erfüllen wären, genügt der Sozialpakt nicht. Maßgeblich ist, ob eine Vertragsbestimmung vorhanden ist, die, wäre sie ein

Bundesgesetz, die Länder gemäß Art. 31 GG hindern würde, Studienbeiträge der vorliegenden Art zu erheben. Dafür ist - im Gegensatz zum Völkervertragsrecht - die dem Vertragsgesetz beigefügte amtliche deutsche Übersetzung des Sozialpaktes heranzuziehen, denn es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dem Vertragsgesetz den Inhalt des Vertrages zugrunde gelegt hat, der dieser deutschen Übersetzung zu entnehmen ist.

Dem Vertragstext in Art. 2 Abs. 1, 13 Abs. 2 Buchst. c fehlt die hinreichende Bestimmtheit einer Rechtsnorm, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten erforderlich wäre, um den Bundesländern kraft Bundesrechts das Recht zur Erhebung von Abgaben für ein Hochschulstudium zu nehmen. Denn es können nicht die im Völkervertragsrecht üblichen und hinzunehmenden Bestimmtheitsmaßstäbe angelegt werden. Völkervertragsrecht ist wegen seiner politischen Natur und seines diplomatischen Kompromisscharakters häufig sprachlich unbestimmt und gelegentlich gar nicht auf Regelung eines Lebenssachverhalts, sondern auf sprachliche Verdeckung des Umstandes angelegt, dass in der Sache gerade nichts geregelt werden soll (vgl. dazu, dass deshalb auf das Völkervertragsrecht nicht die strengen Maßstäbe innerstaatlichen Rechts angelegt werden dürfen, Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., § 756). Auch der Rechtsprechung des BVerfG ist die Unterscheidung zwischen den Bestimmtheitsanforderungen an einen völkerrechtlichen Vertrag, dem durch Vertragsgesetz zugestimmt werden soll, einerseits und den Bestimmtheitsanforderungen an das Recht für den innerstaatlichen Vollzug des völkerrechtlichen Vertrages andererseits geläufig (vgl. BVerfGE 77, 170, 231).

*(b). Subsumtion*

Für eine hinreichende rechtsstaatliche Bestimmtheit einer innerstaatlich unmittelbar anwendbaren Vertragsregelung zur hier maßgeblichen Frage wäre erforderlich, dass in zumutbarer Weise erkannt werden könnte, dass die Rechtsfolge (Verbot von Studienbeiträgen der vorliegenden Art) voraussetzungslos oder unter näher zu bezeichnenden tatsächlichen Voraussetzungen eingetreten ist. Eine solche hinreichende Bestimmtheit wies etwa § 27 Abs. 4 Satz 1 des Hochschulrahmengesetzes i. d. F. des 6. Änderungsgesetzes vom 8.8.2002 [BGBl. I, S. 3138] auf ("Das Studium bis zum ersten berufsqualifizierenden Abschluss und das Studium in einem konsekutiven Studiengang, der zu einem weiteren berufsqualifizierenden Abschluss führt, ist studiengebührenfrei"). Von einer solchen hinreichenden Bestimmtheit ist die völkervertragsrechtliche Abmachung des UN-Sozialpaktes zu Studienabgaben weit entfernt.

*(aa). Wortlaut*

Es ist schon fraglich, ob der insoweit allein einschlägige Art. 13 Abs. 2 Buchst. c des Sozialpaktes überhaupt

eine völkervertragsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung der Unentgeltlichkeit des Hochschulunterrichts begründet. Die Regelung selbst spricht keine Verpflichtung aus. Sie teilt lediglich mit, dass die Vertragsstaaten ein bestimmtes Recht "anerkennen", wie es etwa auch in Art. 6 Abs. 1 (Recht auf Arbeit), Art. 7 (Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen), Art. 9 (Recht auf Soziale Sicherheit), Art. 11 Abs. 1 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard), Art. 12 Abs. 1 (Recht auf körperliche und geistige Gesundheit) und Art. 15 Abs. 1 (Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben und Teilhabe an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts) des Sozialpaktes geschieht. Aus diesen "Anerkennissen" ergeben sich völkerrechtliche Pflichten aus Vorschriften speziell in den jeweiligen Artikeln (etwa in Art. 15 Abs. 3 des Sozialpaktes mit der Verpflichtung der Achtung der Forschungsfreiheit) und allgemein aus Art. 2 Abs. 1 des Sozialpaktes, wonach sich jeder Vertragsstaat verpflichtet unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen. Aus dem Zusammenspiel der Art. 2 Abs. 1 und 13 Abs. 2 Buchst. c des Sozialpaktes ergibt sich somit, dass sich die Vertragspartner verpflichten, das Recht auf Bildung in der Form zu verwirklichen, dass der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht wird.

Die Verpflichtung zu allgemeiner Öffnung des Hochschulunterrichts "auf jede geeignete Weise" bedeutet nicht, dass alle geeigneten Weisen ergriffen werden müssen. Angesichts der mehr programmatischen Ausrichtung auf ein bestimmtes Ziel, das durch positive Maßnahmen erreicht werden soll, kann nicht von einer so weitreichenden Verpflichtung ausgegangen werden, dass alles Geeignete zu tun ist. Vielmehr muss diese Passage dahin verstanden werden, dass jede geeignete Weise zur Erreichung des Ziels erlaubt ist. Die Passage betont also die Handlungsfreiheit der Vertragsparteien.

Die durch das Modaladverb "insbesondere" eingeleitete Passage hebt lediglich *eine* [Hervorhebung d. Red.] "geeignete Weise" zur Verwirklichung des Ziels hervor. Sie besagt also nicht, dass zusätzlich zu geeigneten Maßnahmen auch die Unentgeltlichkeit eingeführt werden müsse. Diese Auslegung mag nach dem englischen und französischen Text, die im Gegensatz zur deutschen Fassung verbindlich sind (Art. 31 des Sozialpaktes), nicht nahe liegen. Dort ist nämlich vor der durch "in particular" und "notamment" eingeleiteten Passage das Wort "and" bzw. "et" eingefügt. Im Deutschen hätte ein Wortlaut "auf jede geeignete Weise

und insbesondere durch allmähliche Einführung und Unentgeltlichkeit" in der Tat eher den Inhalt, das neben allgemein geeigneten Maßnahmen zusätzlich die Unentgeltlichkeit des Hochschulunterrichts einzuführen wäre (vgl. zu den verschiedensprachigen Vertragstexten Riedel/Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, 270, 272 f.). Dem Vertragwortlaut - erst recht nicht dem nicht authentischen deutschen - ist nicht hinreichend eindeutig zu entnehmen, dass eine unbedingte völkervertragsrechtliche Verpflichtung zur Unentgeltlichkeit des Hochschulunterrichts eingegangen wurde. Denn die nach dem - auch englischen und französischen - Wortlaut eingegangenen völkerrechtlichen Vereinbarungen zeichnen sich in hohem Maße dadurch aus, dass sie proklamationsartig soziale Ziele aufstellen, die es durch von den Vertragsstaaten zu ergreifende Maßnahmen zu erreichen gilt, nicht aber dadurch, dass in Form von Rechtsregeln bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes bestimmte Rechtsfolgen in der sozialen Wirklichkeit unmittelbar eintreten sollen (daher wird in der Literatur die These vertreten, die eingegangene vertragliche Pflicht aus dem Sozialpakt sei eine bloße "Bemühensverpflichtung", vgl. Haug, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Einführung von Studiengebühren, WissR Bd. 33 [2000], 1, 61).

Die für eine unmittelbar anwendbare Norm fehlende Bestimmtheit, die die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hinsichtlich der Abschaffung von Studienabgaben eingeräumt hat, umfasst auch die Einführung von Studienabgaben. Eine solche Unterscheidung (unmittelbar anwendbares Verbot der Regression, nicht unmittelbar anwendbare Pflicht der Einführung der Unentgeltlichkeit) ist nicht im Vertragstext angelegt. Sie würde vielmehr den einheitlichen Vorgang des - auch gewundenen - Weges zu einem völkervertraglich gesetzten Programmziel künstlich in Rechts- und Programmsätze aufspalten.

*(bb). Anwendungsspielraum*

Die völkervertragsrechtliche Rechtslage hinsichtlich der Unentgeltlichkeit wird noch weniger eindeutig, wenn man berücksichtigt, dass bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge zur Feststellung vereinbarter Rechte und Pflichten neben dem Wortlaut auch die spätere Übung bei der Anwendung des Vertrages berücksichtigt werden (Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl., 4 11 Rn. 14; Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL Band 56 [1997], S. 54, zur dynamischen Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge). Damit kommt - selbst unter der Annahme, der Wortlaut ergebe ein eindeutiges Verbot der Einführung von Studienbeiträgen - dem Umstand für den Umfang der völkervertragsrechtlichen Pflichtenlage Bedeutung zu, dass die Vertragspraxis nach Abschluss des Sozialpaktes die Einführung von Studiengebühren in vier Ländern toleriert hat.

*(cc). Kompensationsmöglichkeiten*

Schließlich ergibt sich die Ungeeignetheit der Vertragsbestimmung für eine unmittelbare Anwendung auch daraus, dass - wie es namentlich in der Literatur unter Bezugnahme auf Stellungnahmen des UN-Ausschusses zur Überwachung der Erfüllung des Sozialpaktes vertreten wird - der Wortlaut entsprechend dem programmatischen Zweck des Vertrages einschränkend dahin ausgelegt werden kann, dass die Entgeltlichkeit des Hochschulunterrichts jedenfalls dann vertragskonform ist, wenn durch begleitende Maßnahmen die negative Wirkung auf den Hochschulzugang beseitigt wird. So meinen Pieth/Hartmann (Studienbeitragsdarlehen am Maßstab höherrangigen Rechts, NWVBl. 2007, 81, 82), dass die Erhebung von Studiengebühren vertragsgemäß sei, "wenn diese Gebühren durch entsprechende Ausgestaltung ein Höchstmaß an sozialer Verträglichkeit aufweisen und den Zugang finanzschwacher Interessenten in keiner Weise erschweren" (ebenso Riedel/Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpaktes, JZ 2006, 270, 273). Kronthaler (Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen bei der Einführung von Studienbeiträgen, WissR Bd. 39 [2006], 276, 288) hält die Einführung einer Studienabgabe für mit dem Pakt vereinbar, wenn "das gesamte Umfeld, d.h. die Ausgestaltung der staatlichen Bildungsförderung, die Rahmenbedingungen für die Zahlung der Studienbeiträge und die sonstigen rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Umstände, in denen sich die Studierenden befinden", und auch "die Studienqualität" in eine umfassende Gesamtbetrachtung einbezogen werden. Lorenzmeier ("Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studienbeiträgen und deren Auswirkungen auf die deutsche Rechtsordnung", NVwZ 2006, 759 [760]) meint, die Wiedereinführung von Studienbeiträgen sei nur dann mit dem Pakt vereinbar, wenn nachgewiesen werde, "dass Studienbeiträge nach der bestmöglichen Abwägung aller Alternativmöglichkeiten eingeführt wurden. Die Gebühreneinführung ist im Hinblick auf die Gesamtheit der Rechte des Paktes und in Zusammenhang mit dem vollen Ausschöpfen der dem Vertragsstaat zur Verfügung stehenden Ressourcen zu rechtfertigen."

Angesichts dieser in keiner Weise mit hinreichender rechtsstaatlicher Bestimmtheit aus dem Vertrag ableitbaren Kriterien für die völkerrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Studiengebühren ist es ausgeschlossen, die Vertragsvereinbarungen als unmittelbar innerstaatliches Recht anzuwenden.

*(2). Mangelnder gesetzgeberischer Wille*

Unabhängig von der fehlenden rechtsstaatlichen Bestimmtheit sind Art. 2 Abs. 1 und 13 Abs. 2 Buchst. c des Sozialpaktes aber auch deshalb nicht unmittelbar als innerstaatliches Recht anwendbar, weil der Vertragsgesetzgeber dem Vertrag diese Wirkung nicht

beimessen, sondern es bei der alleinigen Statuierung völkervertragsrechtlicher Pflichten belassen wollte.

Der Vertrag ist in diesem Punkte nicht auf unmittelbare Anwendbarkeit angelegt: Die Durchsetzung der dem Vertrag entspringenden völkerrechtlichen Pflichten ist dem Berichtssystem des Teils IV des Sozialpaktes und gegebenenfalls dem allgemeinen völkerrechtlichen Instrumentarium der Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten eines Völkerrechtssubjekts (bis hin zur Repressalie) vorbehalten. Das vertraglich vorgesehene Berichtssystem entspricht in seinem diskursiven Wesen der dem soft law angenäherten verschwommenen völkerrechtlichen Pflichtenlage nach dem Sozialpakt. Das allgemeine völkerrechtliche Instrumentarium sieht keine Konfliktlösung durch richterliche Entscheidung, sondern durch Rechtswahrung seitens der Völkerrechtssubjekte selbst vor. Daher hat die Bundesregierung in der Denkschrift zum Vertrag zu Recht die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit des Sozialpaktes verneint (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 7/658, S. 18). Das ist auch die überwiegend in der Literatur vertretene Ansicht (vgl. Hailbronner, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4. Aufl., 3. Abschnitt, Rn. 226; Murswiek, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, § 112 Rn. 43; für das schweizerische Recht ebenso Schweizerisches Bundesgericht, Urte. v. 8.4.2004 - 2P. 223/2003). Dies erklärt, warum die getroffenen völkerrechtlichen Vereinbarungen den innerstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen nicht entsprechen: Es liegt kein gesetzestechnischer Mangel in der Formulierung vor, sondern es sollten alleine völkerrechtliche Verbindlichkeiten ohne unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit geschaffen werden, die diesen rechtsstaatlichen Bestimmtheitserfordernissen nicht zu entsprechen brauchen.

*2. Verstoß gegen Prinzip der Bundestreue*

Das Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz ist auch nicht deshalb nichtig, weil die Landesgesetzgebungskompetenz unter Verstoß gegen den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten [Rechtspflicht zur Bundestreue] (vgl. BVerfGE 81, 310, 337) in Anspruch genommen worden wäre.

*a. Inhalt*

Danach müssen sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen. Gegen diese Pflicht wird nicht schon dadurch verstoßen, dass von einer durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz Gebrauch gemacht wird; vielmehr muss deren Inanspruchnahme missbräuchlich sein oder gegen prozedurale Anforderungen

verstoßen, die aus diesem Grundsatz herzuleiten sind (vgl. BVerfGE 106, 1, 27). Namentlich ergibt sich aus diesem Grundsatz die Pflicht der Länder zur Beachtung völkerrechtlicher Verträge des Bundes (vgl. BVerfGE 12, 205, 254; 6, 309, 361; Bauer, Die Bundestreue, S. 351, 358 f).

#### *b. Subsumtion*

Allein unter diesem Gesichtspunkt könnte der Sozialpakt, der kraft des Vertragsgesetzes innerstaatlich gilt und deshalb zu beachten ist, von Bedeutung für das Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz sein. Jedoch kann von einer solchen rechtsmissbräuchlichen Wahrnehmung der Landesgesetzgebungskompetenz zur Einführung der streitigen Studienbeiträge durch das Land Nordrhein-Westfalen keine Rede sein. Dies würde nämlich voraussetzen, dass das Land in Verfolgung seiner gesetzgeberischen hochschulpolitischen Ziele überwiegende schutzwürdige Interessen des Bundes, hier die Beachtung völkervertragsrechtlicher Bindungen im Rahmen der dem Bund nach Art. 32 Abs. 1 GG zugewiesenen Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten, missachtet hätte.

Es ist, wie oben ausgeführt, schon zweifelhaft, ob überhaupt eine völkerrechtliche Pflicht der Bundesrepublik Deutschland besteht, die Einführung solcher Studienbeiträge zu unterlassen. Jedenfalls könnte die Einführung erst dann überwiegende Interessen des Bundes verletzen, wenn die Vertragspartner des Sozialpaktes in Übereinstimmung mit dem UN-Expertenausschuss die Beachtung einer solchen Pflicht einforderten und deshalb der Bundesrepublik Deutschland Schaden in ihren auswärtigen Beziehungen drohte, selbst wenn sich der Bund - ebenfalls aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue - im internationalen Verkehr für eine Vertragsauslegung und -handhabung einsetzt, die den landesgesetzgeberischen Spielraum möglichst unangestastet lässt. Dafür bestehen schon im Ansatz keine Anhaltspunkte, im Gegenteil: Die Tatsache der Einführung von Studiengebühren in anderen Ländern, ohne dass dies von Seiten des UN-Ausschusses explizit als vertragswidrig gerügt wurde und ohne dass die Vertragspartner negativ reagiert haben, lässt die Annahme als fernliegend erscheinen, die Einführung der hier in Rede stehenden Studienbeiträge könnte schützenswerte außenpolitische Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährden. Dem entspricht der Umstand, dass eine Verletzung der Rechtspflicht zur Bundestreue wegen der Einführung der Studienbeiträge vom Bund gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen auch nicht geltend gemacht wurde.

#### *3. Verstoß gegen Landesverfassungsrecht*

Maßstab für die Gültigkeit des Studienbeitragsgesetzes ist somit nicht der Sozialpakt - weder in unmittelbarer Anwendung noch mittelbar über die Rechtspflicht zur Bundestreue-, sondern das Landesverfassungsrecht

und das Bundesrecht, namentlich das Bundesverfassungsrecht. Landesverfassungsrecht steht der Erhebung von Studienbeiträgen nicht entgegen. Es gibt nicht nur keine entsprechende Verbotsvorschrift, vielmehr kann aus Art. 9 Abs. 1 und 2 Satz 1 der Landesverfassung gefolgert werden, dass der Erhebung einer Studienabgabe verfassungsrechtlich nichts im Wege steht. Die Vorschrift regelt die Unentgeltlichkeit des Unterrichts an Volks- und Berufsschulen, überlässt aber die Einführung und Durchführung der Schulgeldfreiheit für die weiterführenden Schulen dem Gesetzgeber. Wenn somit schon ein Schulgeld für die weiterführenden Schulen landesverfassungsrechtlich möglich ist, kann erst recht nicht von der Unzulässigkeit einer Studienabgabe ausgegangen werden.

#### *4. Verstoß gegen Art. 12 I GG*

Das Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz verstößt auch nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

##### *a. Schutzbereich betroffen*

Diese Vorschrift gewährleistet das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Inanspruchnahme dieses Rechts hängt von tatsächlichen Voraussetzungen ab, deren Fehlen das Recht wertlos machen kann. Schafft der Staat mit öffentlichen Mitteln Ausbildungseinrichtungen, so muss er auch den freien und gleichen Zugang zu ihnen gewährleisten. Deshalb ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgrundsatz für jeden Bürger, der die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl (vgl. BVerfGE 85, 36, 53 f.).

##### *b. Eingriff*

Die Verpflichtung zur Beitragszahlung knüpft an die Ausübung dieses Rechts auf Hochschulzulassung an und weist damit den nötigen engen Zusammenhang mit der grundrechtlich geschützten Tätigkeit auf.

##### *aa. Objektiv berufsregelnde Tendenz*

Die Beitragserhebung hat auch eine objektiv berufsregelnde Tendenz und stellt nicht nur eine berufsneutrale allgemeine Abgabe dar (vgl. zu diesen Erfordernissen BVerfGE 111, 191, 213 f.; BVerfG, VR 2006, 287). Die berufsregelnde Tendenz ergibt sich aus dem Zweck der Beitragserhebung, mit der das Verhältnis von Studenten und Hochschullehrern dadurch verändert werden soll, dass einerseits die Hochschulen einen Anreiz erhalten sollen, die Lehre stärker an den studentischen Wünschen und Bedürfnissen zu orientieren, und andererseits durch Stärkung des Kostenbewusstseins der Studenten diese zu zielstrebigem Studium anzuhalten (vgl. LT-Drucks. 14/725, S. 1).

##### *bb. (Nur) Berufsausübungsebene betroffen*

Die Beitragserhebung stellt sich als Berufsausübungs-

regelung dar. Die für die Zulässigkeit von Regelungen der Berufswahl geltenden Maßstäbe sind entgegen der Auffassung der Klägerin nicht einschlägig. Die Beitragsregelung könne allenfalls dann eine Beschränkung der Freiheit der Wahl der Ausbildungsstätte darstellen, wenn die Abgabe ihrer objektiven Gestaltung und Höhe nach es nur Vermögenden ermöglichte, die Wahl frei zu treffen (vgl. zum Umschlagen einer Steuernorm in eine Berufswahlnorm BVerfGE 31, 8, 29).

*(1). Keine unüberwindliche Zugangshürde*

Eine unüberwindliche soziale Barriere darf durch Studienabgaben nicht errichtet werden. Es muss ein entweder für jedermann tragbares oder aber ein um ein finanzielles Ausbildungsförderungssystem ergänztes Ausbildungsangebot vorhanden sein, das allen dazu Befähigten ein Studium ermöglicht und eine Sonderung der Studierenden nach dem Besitzverhältnis der Eltern verhindert (vgl. BVerfGE 115, 32, 37; 102, 142, 147). Eine solche unüberwindliche Hürde wird nicht errichtet. Die Ausgestaltung der Studienbeitragspflicht in Verbindung mit den Regelungen über ein Studienbeitragsdarlehen verhindern dies [wird ausgeführt].

*(2). Keine "abschreckende Wirkung"*

Schließlich verfangen auch die Überlegungen der Klägerin nicht, wenn sie auf die Möglichkeit späterer Verschärfungen des Studienbeitragsystems und die sich daraus ergebenden Abschreckungswirkungen verweist. Gegenstand der Prüfung ist alleine, ob das gegenwärtige System des Studienbeitragsrechts verfassungsrechtlich zulässig ist, nicht aber, ob dies auch für mögliche andere Systeme zutrifft. Die von der Klägerin postulierte abschreckende Wirkung der Unsicherheit ist ebenfalls ein Element der allgemeinen Abwägung im Rahmen der Studienentscheidung, aber keine durch die hier in Rede stehende Regelung geschaffene Beschränkung der Berufswahl.

*c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Erweist sich somit die Studienbeitragsregelung nicht als Regelung der Berufswahl, so hat sie sich an den Rechtfertigungsmaßstäben einer Berufsausübungsregelung zu messen. Danach ist eine die Berufsausübung einschränkende Regelung verfassungsgemäß, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 111, 10, 32).

*aa. Vernünftige Allgemeinwohlerwägungen*

Das ist der Fall. Das finanzpolitisch motivierte Kostenersatzinteresse im Rahmen einer besseren Lehrausstattung der Hochschulen ist grundsätzlich ein legitimer Abgabenerhebungszweck. Der Staat ist nicht gehalten, Leistungen für den begünstigten Personenkreis

(hier: Bereithaltung von universitären Ausbildungsstätten für Studenten) kostenlos und damit im Ergebnis auf Kosten der diese Leistungen überwiegend nicht in Anspruch nehmenden Steuerzahler zur Verfügung zu stellen. Vielmehr ist es legitim, den durch die Leistung Bevorteilten als Gegenleistung Vorzugslasten wie die hier in Rede stehenden Studienbeiträge aufzuerlegen (vgl. dazu, dass grundrechtlich ein Anspruch auf ein kostenloses Studium nicht besteht, BVerfGE 115, 32, 36; 102, 142, 147).

Neben der Einnahmebeschaffung werden mit den Studienbeiträgen auch legitime verhaltenslenkende Zwecke verfolgt, nämlich einerseits die stärkere Förderung der Lehre und der Studienbedingungen auf Seiten der Hochschulen und ein kostenbewussteres, zielstrebigeres Studienverhalten auf Seiten der Studenten.

*bb. Verhältnismäßigkeit*

Die Studienbeitragsregelung ist verhältnismäßig. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist sie geeignet, die gesetzlichen Ziele zu erreichen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob jedes Begründungselement stichhaltig ist, etwa ob Studenten "Nachfragemacht" haben können. Maßgeblich sind vielmehr die gesetzlichen Ziele der Einnahmebeschaffung und der doppelten Verhaltenssteuerung (der Hochschulen in Bezug auf die Verbesserung der Lehre und der Studienbedingungen, der Studenten in Bezug auf ihr Studienverhalten). Danach ist die Regelung geeignet: Für die Verbesserung der Einnahmesituation gilt dies offensichtlich; die Lehre und die Studienbedingungen profitieren von den Studienbeiträgen durch die Zweckbindung ihrer Verwendung nach § 2 Abs. 2 StBAG. Schließlich liegt auch auf der Hand, dass ein mit Kosten verbundenes Studium höhere Anreize zu zielstrebigem und rascherem Studienverhalten gibt als ein kostenfreies Studium. Infolge der oben dargestellten Darlehensregelungen stellt sich die Beitragsbelastung auch als zumutbar dar.

*5. Verstoß gegen Art. 3 I GG*

Schließlich verstößt die Beitragsregelung auch nicht gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.

*a. Unterschiedliche Handhabung von Hochschule zu Hochschule*

Das gilt zum einen für den Umstand, dass die Hochschulen jeweils für sich entscheiden, ob und in welcher Höhe sie Studienbeiträge erheben. Das Studienbeitragsserhebungsrecht steht nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 StBAG den Hochschulen zu, also Körperschaften des öffentlichen Rechts in Selbstverwaltung (§ 2 Abs. 1 und 2 HG NRW). Art. 3 Abs. 1 GG verlangt lediglich die Gleichbehandlung durch den nämlichen - zuständigen -, nicht aber auch die Gleichbehandlung durch mehrere, voneinander unabhängige Verwaltungsträger (vgl. BVerfGE 79, 127, 158).

*b. Erhebung von Sonderabgaben*

Das Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz ist nicht an den besonderen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Sonderabgabe zu messen (vgl. dazu Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., Art. 105 Rn. 10). Denn wesentliches Merkmal einer Sonderabgabe (mit Finanzierungsfunktion) ist, dass den Betroffenen gegenleistunglos eine Geldleistungspflicht zur Finanzierung einer bestimmten Sachaufgabe auferlegt wird (vgl. BVerfGE 108, 186, 217; 81, 156, 186). Das trifft für den Studienbeitrag nicht zu, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das durch Studienbeiträge aufgebrachte Mittelaufkommen nicht nur zweckgebunden für die Verbesserung der Lehre und der Studienbedingungen einzusetzen ist, sondern auch für Ausgleichszahlungen an den Ausfallfonds (§ 2 Abs. 2 StBAG) (a.A. Kronthaler, WissR Bd. 39 [2006], 276, 295 ff.). Denn der Studienbeitrag wird, wie bereits ausgeführt, als Gegenleistung "für das Studium", nämlich für die Möglichkeit der Inanspruchnahme der vom Staat zur Verfügung gestellten Einrichtung Universität erhoben. Mit dem Beitragstatbestand des Immatrikulationsantrags bzw. der Rückmeldung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 StBAG) soll der Status des Studenten begründet oder fortgesetzt werden, aus dem die Berechtigung zur Inanspruchnahme der universitären Leistung folgt. Demgegenüber betrifft die Zweckbindung des § 2 Abs. 2 StBAG lediglich die Verwendung des Mittelaufkommens. Eine unterstellte Rechtswidrigkeit der Pflicht der Hochschulen, das Beitragsaufkommen zum Teil dem Ausfallfonds zuzuführen (§ 17 Abs. 3 StBAG), würde somit allenfalls die Hochschulen, nicht aber die beitragspflichtigen Studenten in ihren Rechten verletzen. [...]

*c. Beitragshöhe*

Auch die Beitragssatzung ist wirksam. Die Erhebung eines einheitlichen Studienbeitrags von 500,- € unabhängig vom Studiengang und bereits absolvierten Studienfortschritt, wie es § 1 der Beitragssatzung der Beklagten vom 24.5.2006 vorsieht, ist unter Gleichheitsgesichtspunkten unbedenklich (vgl. BVerwGE 115, 32, 46). Die Beklagte konnte sich angesichts des Umstandes, dass der erhobene Beitrag auch für das kostengünstigste Studium in keiner Weise kostendeckend ist,

darauf beschränken, eine betragsmäßig pauschal gleiche Grundmitfinanzierung für alle Studenten einzuführen, und auf eine verwaltungsaufwändige Differenzierung nach der Kostenverursachung durch einzelne Studiengänge verzichten.

*B. Kein Verwaltungsakt als Rechtsgrund erforderlich*

Der so durch das Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz geschaffene Rechtsgrund für den zurückgeforderten Studienbeitrag fehlt nicht deshalb, weil auf eine Beitragsforderung gezahlt worden ist, über die kein Beitragsbescheid erlassen wurde. Das ist nämlich nicht erforderlich. Der Beitragsanspruch hängt nicht von der Festsetzung ab, sondern entsteht kraft Gesetzes (hier gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 StBAG mit Stellung des Antrags auf Immatrikulation) und wird mit seiner Entstehung fällig (§ 7 Abs. 2 Satz 1 StBAG). Deshalb konnte - und musste - auf die Beitragsschuld auch ohne Beitragsfestsetzung gezahlt werden.

Zwar sieht § 2 Abs. 1 StBAG die entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 1 GebG NRW vor. Danach werden die Kosten von Amts wegen festgesetzt. Das bedeutet aber nicht, dass die so eröffnete Möglichkeit der Beitragsfestsetzung auch erfolgen musste, um eine Zahlung auf die nach materiellem Recht entstandene Beitragsforderung behalten zu können. Eine Pflicht zur Beitragsfestsetzung, um die Beitragsforderung zu verwirklichen im Sinne der Geltendmachung, der verfahrensrechtlichen Durchsetzung und des Behaltendürfens von Zahlungen, begründen weder das Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz noch die in Bezug genommenen Vorschriften des Gebührengesetzes. Die so zu erschließende fehlende Notwendigkeit der Beitragsfestsetzung wird gestützt durch § 7 Abs. 2 Satz 2 StBAG, in dem davon die Rede ist, dass unter bestimmten Bedingungen, die das Entstehen der Beitragsforderung umfassen, ein "etwaig" erteilter Abgabenbescheid gegenstandslos wird. Wäre die Beitragsfestsetzung in jedem Fall erforderlich, wäre das Adverb unverständlich. Auch der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich entnehmen, dass eine Beitragsfestsetzung nicht als zwingend gewollt war (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Innovation, Wissenschaft, Forschung und Technologie, LT-Drucks. Nr. 14/1179, S. 7).



**Standort: Europarecht****Problem: Bestandskräftiger belastender VA**

EUGH, URTEIL VOM 12.02.2008  
C-2/06 (EuZW 2008, 148)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es noch einmal um die Frage, ob und wann ein Anspruch auf Rücknahme eines europarechtswidrigen, schon bestandskräftig gewordenen, belastenden Verwaltungsakts besteht. Hierzu haben sich EuGH und BVerwG schon verschiedentlich geäußert, die RA hat hierüber berichtet (siehe Vertiefungshinweise). Seit der Entscheidung des EuGH in der Sache "Kühne & Heitz" gilt:

I. Der aus Art. 10 EG ableitbare Grundsatz des "effet utile" besagt, dass eine Norm des nationalen Rechts so auszulegen und anzuwenden ist, dass die Vertragsziele am besten und einfachsten erreicht werden. Aus diesem sog. *Effektivitätsgrundsatz* ergibt sich laut EuGH ein gebundener Anspruch auf Rücknahme (z.B. aus § 48 VwVfG) bzw. Wiederaufgreifen des Verfahrens (z.B. aus § 51 VwVfG), wenn vier Voraussetzungen vorliegen:

1. Die Behörde ist nach nationalem Recht zur Aufhebung des VA befugt (z.B. nach §§ 48, 49 VwVfG),
2. die Entscheidung ist infolge eines letztinstanzlichen Urteils bestandskräftig geworden (und nicht etwa, weil der Betroffene es versäumt hat, Rechtsbehelfe zu ergreifen),
3. das letztinstanzliche Urteil beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, ohne dass der EuGH um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 III EG erfüllt war,
4. der Betroffene hat sich unmittelbar nachdem er Kenntnis von der Europarechtswidrigkeit des VA erlangt hat, an die Behörde gewandt.

II. Im hier vorliegenden Verfahren wollte das FG Hamburg nun vom EuGH wissen, ob die 3. Voraussetzung erfordert, dass der Kläger die unrichtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Klageverfahren gerügt hat, und ob die 4. Voraussetzung die Rücknahmepflicht in zeitlicher Hinsicht begrenzt. Der EuGH meint zur ersten Frage, eine Rüge durch den Kläger sei nicht erforderlich. Zur zweiten Frage führt er aus, das Gemeinschaftsrecht enthalte keine zeitliche Begrenzung der Rücknahmepflicht, das nationale Recht könne aber angemessene Fristen aus Gründen der Rechtssicherheit einführen.

III. Liegen die o.g. vier Voraussetzungen nicht vor, kann sich übrigens gleichwohl ein gebundener Rücknahmeanspruch ergeben. Der EuGH meint nämlich, dass ein europarechtswidriger Verwaltungsakt jedenfalls nicht schlechter behandelt werden dürfe als ein nach nationalem Recht rechtswidriger Verwaltungsakt. Nach diesem sog. *Äquivalenzprinzip* ist

ein belastender europarechtswidriger Verwaltungsakt daher jedenfalls dann aufzuheben, wenn ein nach nationalem Recht rechtswidriger, belastender Verwaltungsakt auch aufzuheben wäre.

**Prüfungsrelevanz:**

Die hier behandelte Problematik könnte etwa Gegenstand einer Verpflichtungsklage auf Aufhebung des bestandskräftigen, europarechtswidrigen, belastenden Verwaltungsakts sein (eine Anfechtungsklage würde ja an der Bestandskraft scheitern). Ein entsprechender Aufhebungsanspruch könnte sich z.B. aus § 48 VwVfG ergeben, der ausdrücklich auch für bestandskräftige Verwaltungsakte gilt (das Gesetz spricht von "unanfechtbar", was dasselbe ist). Allerdings gewährt § 48 VwVfG ein Ermessen. Innerhalb desselben wäre zu fragen, ob eine Ermessensreduktion auf null besteht, was wiederum im Lichte des Art. 10 EG unter den o.g., mit der vorliegenden Entscheidung präzisierten vier Kriterien des EuGH der Fall wäre. Liegen diese nicht vor, könnte sich gleichwohl aus dem Äquivalenzprinzip eine Ermessensreduzierung ergeben (s.o. Problemdarstellung III.). Das BVerwG bejaht eine solche Ermessensreduzierung im Rahmen von § 48 VwVfG allerdings nur, wenn eine Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts schlechthin unerträglich wäre (st.Rspr. seit BVerwGE 28, 127). Darin liegt ein sehr strenger Maßstab. "Schlechthin unerträglich" ist die Aufrechterhaltung nur dann, wenn sie der Gleichbehandlung, der Billigkeit, den guten Sitten oder Treu und Glauben widerspricht oder die Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden Verwaltungsakts offensichtlich ist.

**Vertiefungshinweise:**

- EuGH-Urteil in der Sache "Kühne & Heitz": *EuGH*, RA 2004, 235 = Slg. 2004, 837
- Rücknahmepflicht bei belastendem, bestandskräftigem, europarechtswidrigem VA: *BVerwG*, RA 2007, 57 = NWVBl 2006, 455; *BVerfG*, RA 2000, 181 = *EuZW* 2000, 447
- Vollstreckung bestandskräftiger europarechtswidriger VAe: *EuGH*, RA 1999, 469 = *EuZW* 1999, 405

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Machtwort aus Brüssel"

**Leitsätze:**

**1. Im Rahmen eines Verfahrens vor einer Verwaltungsbehörde, das der Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung dient, die infolge eines Urteils eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist, das, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichts-**

**hofs zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, verlangt das Gemeinschaftsrecht nicht, dass sich der Betroffene im Rahmen des gerichtlichen Rechtsbehelfs des innerstaatlichen Rechts, den er gegen die Verwaltungsentscheidung eingelegt hat, auf das Gemeinschaftsrecht berufen hat.**

**2. Die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung zu stellen, wird durch das Gemeinschaftsrecht in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt. Die Mitgliedstaaten können jedoch im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz angemessene Rechtsbehelfsfristen festlegen.**

#### *Sachverhalt:*

[1] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Zusammenarbeit im Licht des Urteils vom 13. Januar 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, Slg. 2004, I-837).

#### *A. Ausgangsfall*

[2] Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Willy Kempfer KG (im Folgenden: Kempfer) und dem Hauptzollamt Hamburg-Jonas (im Folgenden: Hauptzollamt) über die Anwendung der §§ 48 und 51 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 25. Mai 1976 (BGBl. 1976 I S. 1253) (im Folgenden: VwVfG). [...]

[8] Laut Vorlageentscheidung führte Kempfer in den Jahren 1990 bis 1992 Rinder in verschiedene arabische Staaten und in das ehemalige Jugoslawien aus. Hierfür erhielt sie vom Hauptzollamt antragsgemäß Ausfuhrerstattungen nach der damals geltenden Verordnung Nr. 3665/87.

[9] Anlässlich einer Marktordnungsprüfung stellte die Betriebsprüfungsstelle Zoll der Oberfinanzdirektion Freiburg fest, dass ein Teil der Tiere vor der Einfuhr in die genannten Drittländer auf dem Transportweg oder während der Quarantäne im Bestimmungsland verendet war oder notgeschlachtet worden war.

[10] Das Hauptzollamt forderte daraufhin von Kempfer mit Bescheid vom 10. August 1995 die Ausfuhrerstattungen zurück.

[11] Kempfer erhob gegen diesen Bescheid Klage, ohne jedoch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht geltend zu machen. Mit Urteil vom 16. Juni 1999 wies das Finanzgericht Hamburg die Klage mit der Begründung ab, dass Kempfer nicht, wie nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 3665/87 für die Zahlung von Erstattungen erforderlich, den Beweis erbracht habe, dass die Tiere innerhalb einer Frist von zwölf Monaten nach Annahme der Ausfuhranmeldung in ein Drittland eingeführt worden seien. Die von Kempfer gegen das Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wies der Bundesfinanzhof mit Beschluss vom 11.

Mai 2000 in letzter Instanz zurück.

[12] Der Rückforderungsbescheid des Hauptzollamts vom 10. August 1995 wurde damit bestandskräftig.

[13] In seinem Urteil vom 14. Dezember 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Slg. 2000, I-11569, Randnr. 48), hat der Gerichtshof entschieden, dass die Voraussetzung, wonach die Waren in ein Drittland eingeführt worden sein müssen, damit die in einer Gemeinschaftsverordnung vorgesehenen Ausfuhrerstattungen gewährt werden, dem Erstattungsempfänger nur vor der Zahlung der Erstattung entgegengehalten werden kann.

[14] In einer anderen Sache erließ der Bundesfinanzhof am 21. März 2002 ein Urteil, in dem er dieser Auslegung des Gerichtshofs folgte. Kempfer trägt vor, sie habe am 1. Juli 2002 Kenntnis vom letztgenannten Urteil erhalten.

[15] Unter Berufung auf dieses Urteil des Bundesfinanzhofs beantragte Kempfer am 16. September 2002, also ungefähr 19 Monate nach Verkündung des Urteils Emsland-Stärke, beim Hauptzollamt nach § 51 Abs. 1 VwVfG die Überprüfung und Rücknahme des Rückforderungsbescheids.

[16] Mit Bescheid vom 5. November 2002 lehnte das Hauptzollamt den Antrag von Kempfer unter Hinweis darauf ab, dass die im vorliegenden Fall eingetretene Änderung der Rechtsprechung keine Änderung der Rechtslage bedeute, die allein ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG rechtfertige. Der gegen diesen Bescheid gerichtete Einspruch wurde am 25. März 2003 zurückgewiesen.

[17] Kempfer erhob daraufhin erneut Klage beim Finanzgericht Hamburg, mit der sie u. a. geltend macht, dass im vorliegenden Fall die vom Gerichtshof im Urteil Kühne & Heitz aufgestellten Voraussetzungen für die Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung erfüllt seien und der Rückforderungsbescheid des Hauptzollamts vom 10. August 1995 folglich aufgehoben werden müsse.

#### *B. Vorlagebegründung des FG Hamburg*

[18] Das Finanzgericht Hamburg stellt in seiner Vorlageentscheidung zunächst fest, dass der Rückforderungsbescheid vom 10. August 1995 vor dem Hintergrund des Urteils Emsland-Stärke und des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 21. März 2002 rechtswidrig sei. Fraglich sei, ob das Hauptzollamt deshalb verpflichtet sei, diesen Bescheid, der inzwischen bestandskräftig geworden sei, zu überprüfen, obwohl die Klägerin weder vor dem Finanzgericht Hamburg noch vor dem Bundesfinanzhof eine unrichtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts, und zwar des Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 3665/87, gerügt habe.

[19] Das vorliegende Gericht erinnert daran, dass der Gerichtshof im Urteil Kühne & Heitz für Recht erkannt hat: "Der in Artikel 10 EG verankerte Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichtet eine Verwaltungs-

behörde auf entsprechenden Antrag hin, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen, wenn

- die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen;
- die Entscheidung infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist;
- das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofes zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Artikels 234 Absatz 3 EG erfüllt war, und
- der Betroffene sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofes erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt hat.“

[20] Die ersten beiden in der vorstehenden Randnummer genannten Voraussetzungen hält das Finanzgericht Hamburg für erfüllt, weil das Hauptzollamt gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG befugt sei, den Rückforderungsbescheid vom 10. August 1995 zurückzunehmen, und weil dieser Bescheid infolge des Beschlusses des in letzter Instanz entscheidenden Bundesfinanzhofs vom 11. Mai 2002 bestandskräftig geworden sei.

[21] Fraglich sei, ob die dritte im Urteil Kühne & Heitz aufgestellte Voraussetzung so zu verstehen sei, dass der Betroffene die Verwaltungsentscheidung unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht vor Gericht angefochten haben müsse, das nationale Gericht die Klage aber abgewiesen habe, ohne den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht zu haben. In diesem Fall könnte die Voraussetzung hier nicht als erfüllt angesehen werden, und der von der Klägerin erhobene Klage wäre der Erfolg zu versagen, da die Klägerin weder vor dem Finanzgericht Hamburg noch vor dem Bundesfinanzhof eine unrichtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts gerügt habe.

[22] Das Finanzgericht Hamburg meint allerdings, dem Urteil Kühne & Heitz entnehmen zu können, dass auch in dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall die Klägerin nicht die Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage an den Gerichtshof beantragt habe.

[23] Im Rahmen der Begründung seiner Vorlageentscheidung gibt das Finanzgericht Hamburg überdies zu bedenken, dass es nicht dem betroffenen Bürger angelastet werden sollte, wenn die nationalen Gerichte selbst die Bedeutung einer gemeinschaftsrechtlichen Zweifelsfrage übersehen hätten.

[24] Die vierte im Urteil Kühne & Heitz genannte Voraussetzung sieht das Finanzgericht Hamburg als erfüllt an, wenn sich der von einer mit dem Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang stehenden Verwaltungsentscheidung Betroffene, unmittelbar nach-

dem er “positive Kenntnis” von der einschlägigen Entscheidung des Gerichtshofs erlangt habe, “unverzüglich”, d. h. “ohne schuldhaftes Zögern”, mit dem Antrag an die Verwaltungsbehörde wende, die Verwaltungsentscheidung zu überprüfen.

[25] Unter den Voraussetzungen des Ausgangsfalls könne der Überprüfungsantrag, den Kempter beim Hauptzollamt gestellt habe, auch wenn er 19 Monate nach Verkündung des Urteils Emsland-Stärke erfolgt sei, nicht deswegen als verspätet angesehen werden, weil er erst am 16. September 2002 eingereicht worden sei, also innerhalb von drei Monaten, nachdem Kempter Kenntnis von dem Urteil erlangt habe, mit dem der Bundesfinanzhof dem Urteil Emsland-Stärke gefolgt sei.

[26] Da die Verwaltungsbehörde die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in einer Vorabentscheidung vorgenommen habe, auf Rechtsbeziehungen anwenden müsse, die vor dem Erlass dieser Entscheidung entstanden seien, sei fraglich, ob die Möglichkeit, die Überprüfung und Rücknahme einer bestandskräftigen gemeinschaftsrechtswidrigen Verwaltungsentscheidung zu beantragen, zeitlich unbegrenzt gegeben sein sollte oder ob sie aus Gründen der Rechtssicherheit zeitlich zu beschränken sei.

### *C. Vorlagefragen*

[27] Vor diesem Hintergrund hat das Finanzgericht Hamburg das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Setzt die Überprüfung und Korrektur einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung, um der mittlerweile vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorgenommenen Auslegung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen, voraus, dass der Betroffene die Verwaltungsentscheidung unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht vor den nationalen Gerichten angefochten hat?

2. Ist ein Antrag auf Überprüfung und Korrektur einer bestandskräftigen gemeinschaftsrechtswidrigen Verwaltungsentscheidung, abgesehen von den im Urteil Kühne & Heitz formulierten Voraussetzungen, aus übergeordneten gemeinschaftsrechtlichen Gründen in zeitlicher Hinsicht beschränkt?

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zur ersten Frage*

[28] Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das Urteil Kühne & Heitz die Überprüfung und Korrektur einer Verwaltungsentscheidung, die infolge eines Urteils eines letztinstanzlichen Gerichts bestandskräftig geworden ist, nur in dem Fall verlangt, dass sich der Betroffene im Rahmen des gerichtlichen Rechtsbehelfs des innerstaatlichen Rechts, den er gegen diese Entscheidung

eingelegt hat, auf das Gemeinschaftsrecht berufen hat.

### *I. Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen*

[29] Nach Ansicht von Kempter, der finnischen Regierung und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften ist die erste Frage zu verneinen.

[30] Kempter trägt zunächst vor, aus Art. 234 Abs. 3 EG gehe nicht hervor, dass sich die Prozessparteien gegenüber dem nationalen Gericht auf die unrichtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts berufen müssten, damit dieses Gericht zu einer Vorlage verpflichtet sei. Die Kommission ergänzt, dass sich eine solche Voraussetzung auch weder aus den Gründen noch aus dem Tenor des Urteils Kühne & Heitz ergebe.

[31] Weiter führen Kempter und die Kommission aus, dass die Vorlagepflicht der in letzter Instanz entscheidenden Gerichte aus Art. 234 Abs. 3 EG auch nicht davon abhängt, dass die Parteien bei diesen Gerichten eine solche Vorlage beantragten.

[32] Die finnische Regierung meint schließlich, wenn sich die Parteien des Ausgangsverfahrens vor dem nationalen Gericht auf die unrichtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts berufen müssten, könne dies die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung eingeräumten Rechte praktisch unmöglich machen und gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen. Außerdem dürfe es nicht dem betroffenen Bürger angelastet werden, wenn ein nationales Gericht die Bedeutung einer gemeinschaftsrechtlichen Zweifelsfrage übersehen habe.

[33] Die tschechische Regierung wiederum ist der Ansicht, dass die Überprüfung und Rücknahme einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung nur dann davon abhängig gemacht werden könnten, dass der Betroffene die Entscheidung vor den nationalen Gerichten unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht angefochten habe, wenn diese Gerichte nach nationalem Recht weder die Befugnis noch die Pflicht hätten, das Gemeinschaftsrecht von Amts wegen anzuwenden; zudem dürfe diese Voraussetzung nicht die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beeinträchtigen.

## *II. Antwort des Gerichtshofs*

### *1. Effet utile zu beachten*

[34] Zur Beantwortung der ersten Frage ist zunächst daran zu erinnern, dass es nach ständiger Rechtsprechung Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten ist, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (vgl. Urteile vom 12. Juni 1990, Deutschland/Kommission, C-8/88, Slg. 1990, I-2321, Randnr. 13, und Urteil Kühne & Heitz, Randnr. 20).

[35] Weiter ist darauf hinzuweisen, dass durch die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 234 EG vornimmt, erforderlichenfalls

erläutert und verdeutlicht wird, in welchem Sinne und mit welcher Bedeutung diese Bestimmung seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre (vgl. u. a. Urteile vom 27. März 1980, Denkavit italiana, 61/79, Slg. 1980, 1205, Randnr. 16, vom 10. Februar 2000, Deutsche Telekom, C-50/96, Slg. 2000, I-743, Randnr. 43, und Urteil Kühne & Heitz, Randnr. 21). Eine Vorabentscheidung ist, mit anderen Worten, nicht konstitutiver, sondern rein deklaratorischer Natur und wirkt daher grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der ausgelegten Vorschrift zurück (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Oktober 1995, Richardson, C-137/94, Slg. 1995, I-3407, Randnr. 33).

[36] Daraus folgt, dass in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens eine so ausgelegte Bestimmung des Gemeinschaftsrechts von einer Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch auf Rechtsbeziehungen anzuwenden ist, die vor dem Erlass der Vorabentscheidung des Gerichtshofs entstanden sind (Urteil Kühne & Heitz, Randnr. 22, sowie in diesem Sinne Urteile vom 3. Oktober 2002, Barreira Pérez, C-347/00, Slg. 2002, I-8191, Randnr. 44, vom 17. Februar 2005, Linneweber und Akritidis, C-453/02 und C-462/02, Slg. 2005, I-1131, Randnr. 41, sowie vom 6. März 2007, Meilicke u. a., C-292/04, Slg. 2007, I-1835, Randnr. 34).

### *2. Spannungsverhältnis mit Rechtssicherheit*

[37] Wie jedoch der Gerichtshof in Erinnerung gerufen hat, ist diese Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Rechtssicherheit zu lesen, der zu den im Gemeinschaftsrecht anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört. Insoweit ist festzustellen, dass die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung, die nach Ablauf angemessener Klagefristen oder, wie im Ausgangsfall, nach Erschöpfung des Rechtswegs eingetreten ist, zur Rechtssicherheit beiträgt und das Gemeinschaftsrecht daher nicht verlangt, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen (Urteil Kühne & Heitz, Randnr. 24).

[38] Der Gerichtshof hat allerdings entschieden, dass besondere Umstände eine nationale Verwaltungsbehörde nach dem in Art. 10 EG verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichten können, eine infolge der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um einer später vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung einer einschlägigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen (vgl. in diesem Sinne Urteile Kühne & Heitz, Randnr. 27, sowie vom 19.9.2006, Germany und Arcor, C-392/04 und C-422/04, Slg. 2006, I-8559, Randnr. 52).

[39] Wie das vorlegende Gericht in Erinnerung ruft, geht aus den Randnrn. 26 und 28 des Urteils Kühne & Heitz hervor, dass der Gerichtshof als eine der Voraus-

setzungen, die eine solche Überprüfungspflicht begründen können, insbesondere den Umstand berücksichtigt hat, dass das Urteil des letztinstanzlichen Gerichts, das zur Bestandskraft der angefochtenen Verwaltungsentscheidung führte, in Anbetracht einer nach seinem Erlass ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruhte, die erfolgte, ohne dass der Gerichtshof angerufen wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfüllt war.

[40] Mit der vorliegenden Vorabentscheidungsfrage soll jedoch lediglich geklärt werden, ob diese Voraussetzung nur erfüllt ist, wenn sich der Betroffene im Rahmen seines gerichtlichen Rechtsbehelfs gegen die in Rede stehende Verwaltungsentscheidung auf das Gemeinschaftsrecht berufen hat.

### *3. Keine Rügepflicht, da keine Parteiherrschaft über Vorlage nach Art. 234 EG*

[41] In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass das System, das mit Art. 234 EG geschaffen wurde, um die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten, eine unmittelbare Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten durch ein Verfahren einführt, das der Parteiherrschaft entzogen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. März 1963, *Da Costa u. a.*, 28/62 bis 30/62, Slg. 1962, 65, 81, vom 1. März 1973, *Bollmann*, 62/72, Slg. 1973, 269, Randnr. 4, und vom 10. Juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, Slg. 1997, I-4025, Randnr. 31).

[42] Wie nämlich der Generalanwalt in den Nrn. 100 bis 104 seiner Schlussanträge erläutert, beruht die Vorlage zur Vorabentscheidung auf einem Dialog des einen mit dem anderen Gericht, dessen Aufnahme ausschließlich von der Beurteilung der Erheblichkeit und der Notwendigkeit der Vorlage durch das nationale Gericht abhängt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juni 1981, *Salonia*, 126/80, Slg. 1981, 1563, Randnr. 7).

[43] Wie außerdem die Kommission und der Generalanwalt in den Nrn. 93 bis 95 seiner Schlussanträge anmerken, geht aus dem Urteil *Kühne & Heitz* keineswegs hervor, dass der Rechtsbehelfsführer im Rahmen seines gerichtlichen Rechtsbehelfs des innerstaatlichen Rechts die gemeinschaftsrechtliche Frage aufwerfen muss, die später Gegenstand der Vorabentscheidung des Gerichtshofs ist.

[44] Dem Urteil *Kühne & Heitz* lässt sich somit nicht entnehmen, dass die dritte dort aufgestellte Voraussetzung nur erfüllt ist, wenn die Parteien die betreffende gemeinschaftsrechtliche Frage vor dem nationalen Gericht aufgeworfen haben. Die dritte Voraussetzung ist vielmehr bereits dann erfüllt, wenn der gemeinschaftsrechtliche Gesichtspunkt, dessen Auslegung sich in Anbetracht eines späteren Urteils des Gerichtshofs als unrichtig erwiesen hat, von dem in letzter Instanz ent-

scheidenden nationalen Gericht entweder geprüft wurde oder von Amts wegen hätte aufgegriffen werden können.

[45] Zwar gebietet das Gemeinschaftsrecht den nationalen Gerichten nicht, von Amts wegen die Frage eines Verstoßes gegen gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zu prüfen, wenn sie durch die Prüfung dieser Frage die von den Parteien bestimmten Grenzen des Rechtsstreits überschreiten müssten, doch müssen diese Gerichte die rechtlichen Gesichtspunkte, die sich aus einer zwingenden Gemeinschaftsvorschrift ergeben, von Amts wegen aufgreifen, wenn sie nach dem nationalen Recht verpflichtet oder berechtigt sind, dies im Fall einer zwingenden Vorschrift des nationalen Rechts zu tun (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Dezember 1995, *Van Schijndel und Van Veen*, C-430/93 und C-431/93, Slg. 1995, I-4705, Randnrn. 13, 14 und 22, sowie vom 24. Oktober 1996, *Kraaijeveld u. a.*, C-72/95, Slg. 1996, I-5403, Randnrn. 57, 58 und 60).

[46] Auf die erste Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass im Rahmen eines Verfahrens vor einer Verwaltungsbehörde, das der Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung dient, die infolge eines Urteils eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist, das, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofs zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, das Gemeinschaftsrecht nicht verlangt, dass sich der Betroffene im Rahmen des gerichtlichen Rechtsbehelfs des innerstaatlichen Rechts, den er gegen die Verwaltungsentscheidung eingelegt hat, auf das Gemeinschaftsrecht berufen hat.

### *B. Zur zweiten Frage*

[47] Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das Gemeinschaftsrecht die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung zu stellen, in zeitlicher Hinsicht beschränkt.

#### *I. Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen*

[48] *Kempter* unterstreicht zunächst, dass das Gemeinschaftsrecht keine konkreten Regelungen für eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist in Bezug auf einen Überprüfungsantrag vorsehe. Sie ergänzt, dass der Betroffene nach dem Urteil *Kühne & Heitz* einen Anspruch auf Überprüfung der bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung nur geltend machen könne, soweit eine nationale Vorschrift dies vorsehe. Um festzustellen, ob dieser Anspruch in zeitlicher Hinsicht beschränkt sei, müssten deshalb die nationalen Verjährungsvorschriften herangezogen werden.

[49] Sollten gemeinschaftsrechtliche Vorschriften bezüglich der Regelung der Ausschluss- und Verjährungsfristen entsprechend angewandt werden, könne ihr Antrag gleichwohl nicht als verspätet angesehen

werden, da sie ihn weniger als drei Jahre nach den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rechtssache Emsland-Stärke gestellt habe, dem Zeitpunkt, zu dem eine Änderung der gefestigten Rechtsprechung der deutschen Gerichte vorstellbar geworden sei.

[50] Hinsichtlich der vierten Voraussetzung, die der Gerichtshof im Urteil Kühne & Heitz aufgestellt hat, stimmen die tschechische und die finnische Regierung der Ansicht des vorlegenden Gerichts zu, dass die Frist, die der Gerichtshof auf diese Weise für den Antrag auf Korrektur einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung geschaffen habe, an die positive Kenntnis des Betroffenen von der betreffenden Rechtsprechung geknüpft sein müsse.

[51] Abgesehen davon stehe das Gemeinschaftsrecht einer zeitlichen Beschränkung des Rechts, die Überprüfung einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung zu beantragen, nicht entgegen. Die nationalen Verfahrensvorschriften könnten also wirksam vorsehen, dass ein derartiger Antrag innerhalb bestimmter Fristen zu stellen sei, sofern die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität gewahrt blieben.

[52] Nach Ansicht der Kommission betrifft die zweite Vorlagefrage nur den Zeitraum zwischen der Verkündung des Urteils des Gerichtshofs, aus dem die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung folge, und dem von Kempter gestellten Antrag auf Überprüfung und Rücknahme dieser Entscheidung.

[53] Im Übrigen stehe der Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten der Festlegung einer Frist auf Gemeinschaftsebene entgegen. Die Kommission schlägt vor, die vierte im Urteil Kühne & Heitz aufgestellte Voraussetzung aus Gründen der Rechtssicherheit dahin zu ergänzen, dass sich der Betroffene, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der Vorabentscheidung des Gerichtshofs erlangt habe, aus der die Rechtswidrigkeit der bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung folge, und innerhalb einer Zeitspanne ab der Verkündung dieser Entscheidung des Gerichtshofs, die nach den Grundsätzen des nationalen Rechts und unter Beachtung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität angemessen erscheine, an die Verwaltungsbehörde gewandt haben müsse.

## II. Antwort des Gerichtshofs

### 1. Europarecht gebietet keine unverzügliche Rüge

[54] Bezüglich der Frage der zeitlichen Begrenzung der Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung zu stellen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass in der Rechtssache Kühne & Heitz das klagende Unternehmen den Antrag auf Überprüfung und Korrektur der Verwaltungsentscheidung innerhalb von drei Monaten gestellt hatte, nachdem es Kenntnis vom Urteil vom 5. Oktober 1994, Voogd Vleesimport en -export (C-151/93, Slg. 1994, I-4915), erlangt hatte, aus dem die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung

folgte.

[55] Der Gerichtshof hat zwar in seiner Würdigung des Sachverhalts der Rechtssache Kühne & Heitz festgestellt, dass der Zeitrahmen, innerhalb dessen der Überprüfungsantrag gestellt worden war, zu berücksichtigen war und zusammen mit den übrigen vom vorlegenden Gericht angegebenen Umständen die Überprüfung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung rechtfertigte. Er hat jedoch nicht verlangt, dass ein Überprüfungsantrag unbedingt sofort zu stellen war, nachdem der Antragsteller Kenntnis von der Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hatte, auf die sich der Antrag stützte.

[56] Wie der Generalanwalt in den Nrn. 132 und 134 seiner Schlussanträge ausführt, setzt das Gemeinschaftsrecht keine genaue Frist für die Einreichung eines Überprüfungsantrags. Die vierte Voraussetzung, die der Gerichtshof im Urteil Kühne & Heitz aufgestellt hat, kann daher nicht als Verpflichtung verstanden werden, den betreffenden Überprüfungsantrag innerhalb bestimmter Zeit zu stellen, nachdem der Antragsteller Kenntnis von der Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hatte, auf die sich der Antrag selbst stützte.

### 2. Angemessene Ausschlussfristen nach nationalem Recht allerdings zulässig

[57] Allerdings ist nach ständiger Rechtsprechung mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, wobei diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz) (vgl. u. a. Urteile vom 13. März 2007, Unibet, C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 43, sowie vom 7. Juni 2007, Van der Weerd u. a., C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2007, I-4233, Randnr. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[58] Der Gerichtshof hat dementsprechend entschieden, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Dezember 1976, Rewe, 33/76, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5, sowie Comet, 45/76, Slg. 1976, 2043, Randnrn. 17 und 18, Denkavit italiana, Randnr. 23, vom 25. Juli 1991, Emmott, C-208/90, Slg. 1991, I-4269, Randnr. 16, Palmisani, Randnr. 28, vom 17. Juli 1997, Haahr Petroleum, C-90/94, Slg. 1997, I-4085, Randnr. 48, und vom 24. September 2002, Grundig Italiana,

C-255/00, Slg. 2002, I-8003, Randnr. 34). Solche Fristen sind nämlich nicht geeignet, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren (Urteil Grundig Italiana, Randnr. 34).

[59] Aus dieser ständigen Rechtsprechung folgt, dass die Mitgliedstaaten gestützt auf den Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen können, dass ein Antrag auf Überprüfung und Korrektur einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung, die gegen das Gemeinschaftsrecht in seiner späteren Auslegung durch den

Gerichtshof verstößt, bei der zuständigen Verwaltungsbehörde innerhalb einer angemessenen Frist gestellt wird.

[60] Demnach ist auf die zweite Frage zu antworten, dass die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung zu stellen, durch das Gemeinschaftsrecht in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt wird. Die Mitgliedstaaten können jedoch im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz angemessene Rechtsbehelfsfristen festlegen. [...]

## Standort: Waffengesetz

BVERWG, URTEIL VOM 16.05.2007  
6 C 24.06 (BAYVBL 2008, 216)

### Problemdarstellung:

Das Waffengesetz ist im Laufe der Zeit mehrfach weitgehend reformiert worden. Auf das WaffG 1972 folgte das WaffG 1976, das bis zur jetzt aktuellen Neufassung durch das WaffG 2002 Bestand hatte. Das BVerwG musste nun darüber entscheiden, ob das WaffG 2002 für den Widerruf einer Waffenbesitzkarte Anwendung finden kann, wenn die Widerrufsgründe noch unter Geltung des alten WaffG 1976 entstanden sind.

Das Gericht bejaht die Frage unter geradezu schulmäßiger Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie). Sodann stellte sich die Frage, ob es sich bei der bejahten Anwendung des WaffG 2002 auf Widerrufsgründe aus der Zeit vor 2002 um eine möglicherweise unzulässige Rückwirkung handeln könnte. Das Gericht knüpft an die bekannte Unterscheidung zwischen unzulässiger "echter" und zulässiger "unechter" Rückwirkung an und bejaht unter erneut schulmäßiger Prüfung letztere. Abschließend stellte sich noch die Frage, ob dem Widerruf Fristen oder Verwirkung entgegenstehen. Hierzu verweist das BVerwG auf seine Entscheidung BVerwGE 101, 24, 33, wonach die Frist des § 48 IV VwVfG im Waffenrecht keine Anwendung finden soll. Ob stattdessen zumindest ein Verwirkungsgedanke greifen kann, konnte das Gericht offen lassen, da im konkreten Fall jedenfalls keine Verwirkung vorlag.

### Prüfungsrelevanz:

Im Waffenrecht erfolgen Rücknahme und Widerruf von Erlaubnissen nicht nach §§ 48, 49 VwVfG, sondern nach § 45 WaffG als *lex specialis*. Häufig ist der Entzug der waffenrechtlichen Erlaubnis kein Selbstzweck, sondern mit ihm gehen weitere Maßnahmen wie die nach § 46 WaffG (Rückgabe der Karte und Entsorgung der Waffen) einher. In einer waffenrecht-

## Probleme: Auslegung, Rückwirkung, Frist

lich eingeleiteten Klausur ist deshalb besonders darauf zu achten, ob möglicherweise mehrere Regelungen vorliegen mit der Folge, dass z.B. eine Klagehäufung nach § 44 VwGO vorliegen könnte, wenn der Betroffene sich gegen sämtliche Maßnahmen wehrt.

Das Waffenrecht ist als Spezialmaterie selten alleiniger Prüfungsgegenstand. Der Fall zeigt aber, wie sich die Prüfung juristischen Handwerkszeugs (Auslegungsmethoden) und verfassungsrechtlicher Fragen (Rückwirkungsverbot nach Art. 20 III GG) in eine verwaltungsrechtliche Aufgabenstellung integrieren lassen.

### Vertiefungshinweise:

- Waffenrechtliche Erlaubnis für Paintball-Spiel: BayVVG, RA 2001, 680 = BayVBl 2001, 689
- Entzug einer Dienstwaffe als Verwaltungsakt: VG Wiesbaden, RA 2007, 512 = NVwZ-RR 2007, 528
- "Echte" und "unechte" Rückwirkung: BVerwG, RA 2002, 253 = BayVBl 2002, 282; HVerfGH, RA 2006, 739 = DVBl 2006, 1590; Fiedler, NJW 1988, 1624
- Fallgruppen zulässiger "echter" Rückwirkung: BVerfGE 7, 151 (Ersetzung einer formell verfassungswidrigen durch eine verfassungsgemäße Norm identischen Inhalts); BVerfGE 72, 200, 260 ff. (unklare Rechtslage); BVerfGE 30, 367, 389 (Rückwirkung als Bagatelle); BVerfGE 13, 272 (überragende Gemeinwohlgründe)

### Kursprogramm:

- Examenskurs : "Die Waffenbesitzkarte"
- Examenskurs : "Lottokönig"

### Leitsatz:

**Der Widerruf einer Waffenbesitzkarte ist auch dann nach den verschärften Maßstäben des Waffengesetzes 2002 geboten, wenn die Waffenbesitzkarte unter der Geltung des Waffengesetzes 1976 erteilt worden ist und danach, aber vor Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 eine die Unzuverlässig-**

### keit nach dem neuen Recht begründende Tatsache eingetreten ist.

#### *Sachverhalt:*

Der Kläger wendet sich gegen den Widerruf von fünf Waffenbesitzkarten, die ihm der Beklagte in den Jahren 1992 bis 1994 nebst zugehöriger Munitionserwerbserlaubnis erteilt hatte und in die insgesamt sieben Waffen eingetragen sind.

#### *Aus den Gründen:*

Das Berufungsurteil ist auch in der Sache nicht zu beanstanden.

#### *A. Ermächtigungsgrundlage*

[35] Rechtsgrundlage der angefochtenen Verfügung ist § 45 Abs. 2 WaffG 2002. Diese Vorschrift ist gemäß Art. 19 Nr. 1 WaffRNeuRegG am 1. April 2003 in Kraft getreten und daher zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der hier angefochtenen Verfügung vom 17. April 2003 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 1. September 2003 heranzuziehen. Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist im Falle des Widerrufs einer waffenrechtlichen Erlaubnis der Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides (BVerwGE 97, 245 [250]). Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer waffenrechtlichen Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit ist auch bei einer längere Zeit zurückliegenden Straftat nicht auf den Zeitpunkt der berufsgerichtlichen Entscheidung, sondern auf denjenigen der letzten Verwaltungsentscheidung abzustellen (BVerwG, GewArch 1992, 359 [360]).

#### *B. Tatbestand*

[36] Nach § 45 Abs. 2 WaffG 2002 ist eine Erlaubnis nach diesem Gesetz zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen.

#### *I. Erlaubnis i.S.d. WaffG*

[37] Erlaubnisse "nach diesem Gesetz" sind solche Gestattungen, die unter der Geltung des Waffengesetzes 2002 erlassen worden sind. Erfasst sind aber auch Erlaubnisse, die auf der Grundlage des Waffengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. März 1976 (BGBl I S. 432), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. November 1996 (BGBl I S. 1779) - WaffG 1976 -, erteilt worden sind. § 58 Abs. 1 WaffG 2002 bestimmt nämlich, dass soweit nicht nachfolgend Abweichendes bestimmt wird, was hier nicht der Fall ist, Erlaubnisse im Sinne des vorgenannten Gesetzes fortgelten. Gelten sie kraft Anordnung des § 58 Abs. 1 WaffG 2002 fort, so handelt es sich um Erlaubnisse "nach diesem Gesetz" (vgl. Lehmann/Frieß/Lehle, Aktuelles Waffenrecht, Loseblattsammlung, § 45 Rn.

25; insoweit auch Apel/Bushart, Waffenrecht, Band 2, 3. Aufl. 2004, § 58 Rn. 4).

#### *II. Nachträgliche Versagungstatsache*

[38] Tatsachen sind „nachträglich“ eingetreten, wenn sie sich nach Erteilung der waffenrechtlichen Erlaubnis ereignet haben (vgl. Apel/Bushart, a.a.O. § 45 Rn. 9; Lehmann/Frieß/Lehle, a.a.O. § 45 Rn. 43). Die Vorschrift greift die Regelung des § 47 Abs. 2 Satz 1 WaffG 1976 auf, der sie hinsichtlich des Widerrufs von Erlaubnissen wörtlich entspricht. Mit Blick darauf kann auf die zu der früheren Regelung ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden, soweit es um die hier in Rede stehenden Tatbestandsmerkmale geht. Das Bundesverwaltungsgericht hat zur früheren Rechtslage entschieden, dass es auf nach Ausstellung der Erlaubnis eingetretene Umstände ankommt (Urteil vom 18. Februar 1983 a.a.O. S. 19 bzw. S. 28). Mangels weiterer zeitlicher Einschränkungen kommt es nicht darauf an, ob die Tatsachen unter der Geltung des neuen Waffengesetzes eingetreten sind. Es können auch Umstände in Betracht kommen, die nach Ausstellung der waffenrechtlichen Erlaubnis noch unter der Geltung des früheren Waffengesetzes eingetreten sind.

#### *I. Versagungstatsache*

[39] Zwar ist das Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 keine nachträglich eingetretene "Tatsache", sondern führte zur Änderung der Rechtslage. Jedoch stellt die Verurteilung des Klägers zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten wegen eines Verbrechens (§§ 12, 154 Abs. 1, § 26 StGB) eine „Tatsache“ dar, die nach Erteilung der widerrufenen Waffenbesitzkarten eingetreten ist.

#### *2. Rückwirkung des WaffG 2002*

[40] Bei der Verurteilung des Klägers aus dem Jahre 1998 handelt es sich auch um eine Tatsache, die im Sinne des § 45 Abs. 2 WaffG 2002 zur Versagung der widerrufenen Erlaubnis hätte führen müssen. Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers scheidet diese Feststellung nicht daran, dass die Verurteilung, wie er geltend macht, nach dem bei Eintritt ihrer Rechtskraft noch geltenden Waffengesetz 1976 nicht die Verweigerung der Waffenbesitzkarte rechtfertigen konnte, weil sie nicht gemäß § 5 dieses Gesetzes zu seiner Unzuverlässigkeit führte. Denn das Oberverwaltungsgericht hat die Voraussetzungen für den Widerruf gemäß § 45 Abs. 2 WaffG 2002 zu Recht deswegen für erfüllt gehalten, weil die Verurteilung des Klägers wegen eines Verbrechens gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a WaffG 2002 seine Zuverlässigkeit und infolgedessen gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 WaffG 2002 die Erteilung einer Waffenbesitzkarte an ihn ausschließt. Die Widerrufsvoraussetzungen sind mithin anders als der Kläger meint seit dem Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002



auch im Hinblick auf des Tatbestandsmerkmal "die zur Versagung hätten führen müssen" nicht nach dem früheren, sondern nach dem derzeit geltenden Recht zu beurteilen. Das ergibt sich im Einzelnen aus den folgenden Erwägungen:

#### *a. Wortlaut*

[41] Der Wortlaut der Vorschrift deutet mit der Verwendung des Irrealis der Vergangenheit dahin, dass es auf den Zeitpunkt des Eintritts der „Tatsachen“ ankommt, indem eine fiktive Prüfung eines Erlaubnis-antrages in diesem Zeitpunkt erfolgen soll. Dieses sprachliche Verständnis erschließt zugleich den Sinn der Regelung im „Normalfall“ des Eintritts der „Tatsache“ nach Inkrafttreten des nunmehr geltenden Waffengesetzes. Die sprachliche Fassung ist indessen nicht auf die „Übergangsfälle“ zugeschnitten, in denen wie hier die „Tatsache“ vor Inkrafttreten des neuen Waffengesetzes eingetreten ist, der Widerruf aber in die Zeit danach fällt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die vorgeschriebene fiktive Prüfung der Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis nach Maßgabe des alten oder des neuen Rechts vorzunehmen ist. Der Wortlaut des § 45 Abs. 2 WaffG 2002 schließt trotz der ausdrücklichen Anordnung einer hypothetischen Prüfung, die sich auf vergangene Tatsachen bezieht, die Anwendung des neuen Rechts nicht aus.

#### *b. Historie*

[42] Die Gesetzesmaterialien lassen zwar keine eindeutigen Rückschlüsse auf die Vorstellung des Gesetzgebers zur Behandlung der Problematik zu, weisen aber insgesamt eher in die Richtung, dass seit dem Inkrafttreten der Neuregelung das neue Rechtsregime uneingeschränkt auch auf Altfälle anzuwenden ist.

[43] Mit der Neuregelung des Waffenrechts, die eine „Verschärfung der Anforderungen an die Zuverlässigkeit von Waffenbesitzern“ bezweckte, sollte der missbräuchliche Umgang u.a. mit Waffen eingedämmt werden (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BTDrucks 14/7758 S. 1). Der Begründung ist nicht zu entnehmen, dass mit „Waffenbesitzern“ nur solche gemeint sein könnten, die erst nach der Neuregelung Waffen erwerben würden. Das Ziel der „Eindämmung“ deutet darauf hin, dass der vorhandene Bestand mit einbezogen wird, weil dieses Ziel nur so umfassend erreicht werden kann.

[44] Die Einzelbegründung zu § 44 des Entwurfs nunmehr § 45 WaffG 2002 (a.a.O. S. 79) zeigt auf, dass der Gesetzgeber den Schutz der Allgemeinheit zur Richtschnur seiner Entscheidungen machen wollte. Das gilt einmal für den Umstand, dass die Aufhebung waffenrechtlicher Erlaubnisse bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht in das Ermessen der Behörden gestellt wird, sondern zwingend ist. In diesem Zusammenhang wird erneut der Schutz der Allgemeinheit als lenkendes Motiv hervorgehoben.

Dieses Ziel zeigt sich auch in der Begründung zu der den Widerruf betreffenden Entwurfsregelung des § 44 Abs. 2. Diese betont die Pflicht zum Widerruf bei Kenntniserlangung von den Versagungstatbeständen und verweist im Übrigen auf die Begründung zu Absatz 1 derselben Vorschrift, die die zeitlich unbegrenzte Rücknahmepflicht hervorhebt.

[45] Auch die Einzelbegründung zu § 5 Abs. 1 Nr. 1 WaffG 2002 weist in die Richtung, dass das Vertrauen auf die Zuverlässigkeit eines Waffenbesitzers bei der dort zugrunde gelegten Verletzung der Rechtsordnung und ihrer rechtskräftigen Aburteilung für die Dauer der Zehn-Jahres-Frist als nicht wieder herstellbar angesehen worden ist (a.a.O. S. 54). Die darin zum Ausdruck kommende Verhaltensprognose ist stets auf die Zukunft gerichtet. Die Begründung lässt nicht erkennen, dass der Gesetzgeber diese Prognose bei einer Verurteilung bereits unter der Geltung des Waffengesetzes 1976 nicht anstellen wollte.

#### *c. Teleologie*

[46] Vor allem Sinn und Zweck des neugefassten Waffengesetzes legen es nahe, die verschärften Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Erlaubnisinhaber sogleich und ohne Abstriche zur Geltung zu bringen.

[47] Der Zweck des Gesetzes wird in § 1 Abs. 1 WaffG 2002 mit dem Merkmal zum Ausdruck gebracht, dass es den Umgang mit Waffen oder Munition „unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ regelt. Diese Belange sollen stets den Umgang mit Waffen und Munition bestimmen. Belange von Sicherheit und Ordnung werden vor allem durch die jeweiligen Anforderungen der Rechtsordnung definiert. Diese erheben Geltungsanspruch mit Inkrafttreten der jeweils einschlägigen Normen, wenn keine anderweitigen Regelungen getroffen werden. Es ist eine der Aufgaben der Gesetzgebung, auf sich wandelnde Sicherheitsanforderungen zu reagieren und diese mit anderen Belangen abzuwägen. Ist das normativ geschehen, so besteht in Ermangelung abweichender Regelungen kein Grund für die Annahme, dass die im Gesetz zum Ausdruck kommenden Bewertungen für in der Vergangenheit bereits begründete, hier im Waffenbesitz manifestierte Unsicherheitsfaktoren nicht gelten sollten. Erkannten Sicherheitsanforderungen muss vielmehr sofort und umfassend Rechnung getragen werden. Der Gesetzgeber wollte, wie dargelegt, bei der Verabschiedung des Waffengesetzes 2002 den Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigen Waffenbesitzern verstärken. Dieses Ziel würde über einen längeren Zeitraum verfehlt, wenn „Alterlaubnisinhaber“ nicht sofort dem verschärften Rechtsregime des neuen Gesetzes unterworfen wären. Vielmehr muss die Verschärfung der Anforderungen an die Zuverlässigkeit von Waffenbesitzern sogleich auch im Hinblick auf diesen Personenkreis in vollem Umfang greifen, soll das gesetzgeberische Ziel des besseren

Schutzes der Allgemeinheit ohne Einschränkungen erreicht werden. Denn das Gesetz nimmt eine generelle Neubewertung der Zuverlässigkeit vor. Aus dieser Sicht ist es ohne Bedeutung, wann die Tatsache eingetreten ist, die zur Unzuverlässigkeit des Inhabers der waffenrechtlichen Erlaubnis führt. Das gilt auch und gerade für die hier einschlägige Regelung in § 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a WaffG 2002, wonach derjenige, der wegen eines Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden ist, für die Dauer von zehn Jahren unwiderleglich als unzuverlässig gilt.

#### *d. Systematik*

[48] Systematische Gründe sprechen ebenfalls für die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 45 Abs. 2 i.V.m. § 5 WaffG 2002 bereits mit Inkrafttreten dieses Gesetzes auch auf den Altbesitz von Waffen.

[49] § 45 Abs. 2 Satz 1 WaffG 2002 dient anders als Abs. 1 dieser Vorschrift nicht der Korrektur einer rechtswidrigen Erlaubniserteilung, für die die damaligen tatsächlichen und rechtlichen Umstände maßgeblich waren, sondern ermöglicht es, auf später eingetretene Umstände angemessen zu reagieren. Die Bestimmung weist also bereits wegen ihres Regelungscharakters in die Zukunft. Berücksichtigt man weiter, dass die mit dem Gesetz verfolgten Ziele dem Gedanken der Sicherheit geschuldet sind, wie aus § 1 Abs. 1 WaffG 2002 folgt, kann nicht angenommen werden, dass bei dem vorhandenen Waffenbestand Sicherheitsrisiken, die nach neuem Recht bestehen, auch nur teilweise in Kauf genommen werden sollen.

#### *aa. § 58 WaffG*

[50] Dies wird bestätigt durch den Umstand, dass das Gesetz in § 58 WaffG 2002 den Altbesitz von Waffen berücksichtigt hat. Dort ist ausdrücklich geregelt, dass Erlaubnisse im Sinne des Waffengesetzes 1976 grundsätzlich fortgelten (§ 58 Abs. 1 Satz 1 WaffG 2002), also nicht mit dem Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 ihre Gültigkeit verloren und neu beantragt werden mussten. Sie sind vielmehr, wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, als Erlaubnisse nach diesem Gesetz anzusehen und unterliegen daher hinsichtlich ihres Fortbestands uneingeschränkt dem neuen Recht. Eine gegenteilige, die Altbesitzer schonende Vorschrift, die die weitere Anwendung des bisherigen Rechts vorsieht, ist in § 58 WaffG 2002 nicht enthalten.

[51] Dass die Verschärfungen durch das Waffenrechtsneuregelungsgesetz auch Altbestände erfassen sollen, wird durch die Regelung des § 58 Abs. 7 WaffG 2002 bestätigt. Diese Vorschrift greift den Umstand auf, dass nach § 37 Abs. 1 WaffG 1976 der Umgang mit bestimmten waffenrechtlich relevanten Gegenständen verboten war. Anlage 2 Abschnitt 1 zum Waffengesetz 2002 verbietet darüber hinausgehend den Umgang mit bestimmten Waffen. Für Fälle des Besitzes von Waf-

fen, die zwar nicht dem § 37 Abs. 1 WaffG 1976 unterlagen, wohl aber nunmehr durch die Anlage 2 Abschnitt 1 erfasst werden, ordnet die Regelung des § 58 Abs. 7 WaffG 2002 an, dass das nunmehr angeordnete Verbot nur unter bestimmten Voraussetzungen nicht eingreift. Daraus folgt, dass sich das verschärfte Umgangsverbot der Neuregelung grundsätzlich auch gegenüber dem Altbestand durchsetzen soll. In dieselbe Richtung weist auch die weitere Übergangsbestimmung des § 58 Abs. 9 WaffG 2002.

#### *bb. § 4 III WaffG*

[52] Ein unbezweifelbarer Hinweis darauf, dass nach Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 der Widerruf nach § 45 Abs. 2 i.V.m. § 5 WaffG 2002 auch dann zu erfolgen hat, wenn die nachträglichen Tatsachen noch unter der Geltung des Waffengesetzes 1976 eingetreten sind, ist aus § 4 Abs. 3 WaffG 2002 abzuleiten. Danach hat die zuständige Behörde die Inhaber waffenrechtlicher Erlaubnisse in regelmäßigen Abständen auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen. Diese Prüfung kann nur nach den Maßstäben des neuen Waffenrechts erfolgen. Das gilt auch für nach § 58 WaffG 2002 übergeleitete Erlaubnisse. Die Regelung des § 4 Abs. 3 WaffG 2002, die übrigens derjenigen des § 30 Abs. 4 WaffG 1976 entspricht, soll gewährleisten, dass Inhaber waffenrechtlicher Erlaubnisse stets im Sinne des Waffengesetzes 2002 zuverlässig sind, hat also eine in die Zukunft weisende Zielrichtung. Der Inhaber einer waffenrechtlichen Erlaubnis muss demnach stets nach den Maßstäben des jeweils geltenden Rechts zuverlässig sein, damit ihm der risikobehaftete Umgang mit Waffen weiter gestattet bleiben kann. Die Maßstäbe dafür kann der Gesetzgeber im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festlegen und, wie es mit dem Erlass des Waffengesetzes 2002 geschehen ist, den sich wandelnden Anforderungen anpassen.

#### *e. Ergebnis*

[53] Die Auslegung nach den herkömmlichen Methoden ergibt daher, dass seit dem Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 auch bereits bestehende waffenrechtliche Erlaubnisse nach dem neuen Rechtsregime zu widerrufen sind, wenn der Inhaber der Erlaubnis nach den nunmehr geltenden Kriterien die Voraussetzungen für die Erteilung nicht erfüllt. Diese Voraussetzung liegt auch dann vor, wenn die nachträgliche Tatsache noch unter der Geltung des früheren Rechts eingetreten ist.

[54] Mit Recht hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt, dass dieses Auslegungsergebnis nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass es Konstellationen geben mag, in denen unter der Geltung des früheren Waffengesetzes nach der Verurteilung wegen eines Verbrechens eine waffenrechtliche Erlaubnis erteilt worden ist, die nunmehr mangels einer nachträglich eingetretenen Tatsache nicht widerrufen werden kann. Die Aus-

legung einer Vorschrift kann nicht dadurch entscheidend bestimmt werden, dass das gesetzgeberische Ziel möglicherweise nicht in allen denkbaren Fällen erreicht wird. Ist seinerzeit in einem derartigen fiktiven Fall in Kenntnis der Straftat die Erlaubnis erteilt worden, so ist dieser Umstand in die Entscheidungsfindung zur Erlaubniserteilung eingeflossen. Anders verhält es sich, wenn das Verbrechen nach Erteilung der Erlaubnis verübt wurde. In einem derartigen Fall ist dies gerade nicht bei der Entscheidung berücksichtigt worden und kann daher nunmehr einer Bewertung nach dem geltenden Recht zugeführt werden.

[55] Mit diesem Verständnis setzt sich der erkennende Senat nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung zum Übergang vom Waffengesetz 1972 WaffG 72 zum Waffengesetz 1976 [wird ausgeführt].

### 3. Kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

[61] Dieses Auslegungsergebnis führt nicht zu einem Verstoß gegen das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Vertrauensschutzgebot. Denn damit ist keine rückwirkende Anwendung des verschärften Waffenrechts verbunden.

#### a. "Echte" Rückwirkung

[62] Belastende Normen, die abgeschlossene Tatbestände rückwirkend erfassen, sind regelmäßig unvereinbar mit dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit, zu dessen wesentlichen Elementen die Rechtssicherheit gehört, die ihrerseits für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz bedeutet (BVerfGE 13, 261 [270 f.]; 109, 133 [180 ff.]; 22, 330 [347]; 95, 64 [86 f.]). Eine echte (retroaktive) Rückwirkung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Norm nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (Rückbewirkung von Rechtsfolgen). In derartigen Fällen haben die allgemeinen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes generell Vorrang vor dem jeweils verfolgten gesetzgeberischen Anliegen. Darum geht es hier jedoch nicht.

#### b. "Unechte" Rückwirkung

[63] Die in Rede stehenden Vorschriften entfalten keine echte Rückwirkung, da sie nicht gestaltend in einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt eingreifen. Die mit den geänderten Regelungen der für den Widerruf maßgeblichen Kriterien verbundenen Rechtsfolgen gelten erst nach dem Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 und knüpfen lediglich tatbestandlich auch an Ereignisse vor diesem Zeitpunkt an.

[64] Eine derartige „unechte“ Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Anderes kann aber aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit folgen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn bei der gebotenen Abwägung zwischen dem ent-

täuschten Vertrauen des Betroffenen und der Bedeutung der Neuregelung für das Wohl der Allgemeinheit den Interessen des Betroffenen ein höheres Gewicht einzuräumen ist (vgl. z.B. BVerfG, Beschlüsse vom 20. Juni 1978 2 BvR 71/76 BVerfGE 48, 403 [415] und vom 15. Oktober 1996 a.a.O. S. 86). Ein solches Übergewicht der Interessen des Betroffenen lässt sich hier jedoch nicht feststellen.

[65] Der Gesetzgeber hatte ein berechtigtes Interesse daran, die mit dem Gesetz verfolgten Zwecke möglichst bald zur Geltung zu bringen. Er verfolgt mit der Änderung des Waffengesetzes und insbesondere mit der Verschärfung der Anforderungen an die waffenrechtliche Zuverlässigkeit das Ziel, seine Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG zu erfüllen und sich schützend vor das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bürger zu stellen. Zentrales Anliegen des Waffengesetzes 2002 ist es, das mit jedem Waffenbesitz verbundene Risiko zu minimieren und nur bei Personen hinzunehmen, die das Vertrauen verdienen, in jeder Hinsicht ordnungsgemäß und verantwortungsbewusst mit der Waffe umzugehen. Ein Vertrauen darauf, dass der Gesetzgeber die von ihm für erforderlich gehaltene umfassende Zuverlässigkeit nicht sofort einfordert, ist nicht schutzwürdig. Der Gesetzgeber darf in Ausübung des ihm zustehenden Entscheidungsspielraums jederzeit die Anforderungen an ein waffenrechtliches Umgangsrecht zur Erfüllung des ihm obliegenden Schutzauftrags aus Art. 2 Abs. 2 GG verschärfen.

[66] Dies gilt umso mehr, als die nach der früheren Rechtslage erteilte Erlaubnis keinen auf Dauer verfestigten „Besitzstand“ darstellte. Nach § 30 Abs. 4 Satz 1 WaffG 1976 hatte die zuständige Waffenbehörde die Inhaber von Waffenbesitzkarten in regelmäßigen Abständen, mindestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren, auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen. Der Behalt der Waffenbesitzkarte war also schon damals abhängig von dem Fortbestand der Zuverlässigkeit. Ein Vertrauen darauf, dass die Anforderungen an die Zuverlässigkeit nicht erhöht würden, hatte weder eine tatsächliche noch eine rechtliche Grundlage und ist darum nicht geschützt.

### III. Kein "venire contra factum proprium"

#### 1. Jagdschein irrelevant

[67] Der Widerruf der Waffenbesitzkarten des Klägers begegnet auch nicht deshalb Bedenken, weil ihm ein Jagdschein erteilt worden ist. Zum einen ist der Jagdschein erst nach Erlass des Widerspruchsbescheides am 3. November 2003 erteilt worden. Zum anderen ist die jagdrechtliche Beurteilung für das Waffenrecht nicht verbindlich. Im Gegenteil verweist § 17 Abs. 1 Satz 2 BJagdG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Waffenrechts vom 11. Oktober 2002 auf die Zuverlässigkeitsregelungen des Waffengesetzes 2002. Eine Verurteilung, die nach den Vorgaben des

Waffengesetzes 2002 zwingend die Annahme der erforderlichen waffenrechtlichen Zuverlässigkeit hindert, steht also der Erteilung eines Jagdscheins ebenfalls zwingend entgegen. Der erteilte Jagdschein privilegiert außerdem nur im Rahmen des § 13 WaffG 2002, vor allem also hinsichtlich des waffenrechtlichen Bedürfnisses für den Erwerb und Besitz von Schusswaffen und Munition sowie zur befugten Jagdausübung, macht aber nicht die Prüfung der Zuverlässigkeit nach § 4 Abs. 1 Nr. 2, § 5 WaffG 2002 entbehrlich, wenn es um eine Waffenbesitzkarte geht.

## 2. *Europäischer Waffenpass irrelevant*

[68] Dass dem Kläger seinem Vorbringen zufolge ein „Europäischer Feuerwaffenpass“ ausgestellt worden ist, führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Einen „Europäischen Feuerwaffenpass“ erhalten nach § 32 Abs. 6 WaffG 2002 Personen, die in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und bestimmte Waffen in einen anderen Mitgliedstaat mitnehmen wollen, wenn sie zum Besitz der in den Pass einzutragenden Waffen berechtigt sind. Abgesehen davon, dass der Pass offenbar erst nach Erlass des Widerspruchsbescheides ausgestellt worden ist, lagen die Voraussetzungen für die Ausstellung des Passes vor. Da die sofortige Vollziehung der Widerrufsvorfügung nicht angeordnet worden war, war der Kläger zum Besitz der in den Waffenbesitzkarten eingetragenen Waffen berechtigt. Eine weitergehende Prüfung, insbesondere der Zuverlässigkeit, erfolgt nach § 32 Abs. 6 WaffG 2002 nicht. Im Übrigen hat der Kläger, wie sich aus seinem Schriftsatz vom 24. März 2004 an das Verwaltungsgericht ergibt, „eine Rückgabeerklärung für den Fall des negativen Verfahrensendes in vorliegender Sache“ abgegeben.

## IV. *Keine Verwirkung*

[69] Der Widerruf der Waffenbesitzkarten ist auch nicht wegen Zeitablaufs als verwirkt anzusehen. Es kann dahinstehen, ob einem behördlichen Eingreifen überhaupt das Rechtsinstitut der Verwirkung entgegenstehen kann, wenn die Behörde, wie hier, kraft gesetzlicher Anordnung zwingend tätig werden muss. Es fehlt jedenfalls an allen Voraussetzungen für eine Verwirkung. Der Beklagte war erst mit Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 am 1. April 2003 in der Lage, die Waffenbesitzkarten zu widerrufen und hat dies bereits mit Bescheid vom 17. April 2003 getan. Außer-

dem hat er auch keinen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass er nicht einschreiten werde. Der vom Kläger angesprochene Vermerk des Sachbearbeiters des Beklagten vom 6. November 2000, dem zufolge ein Widerruf der Waffenbesitzkarten seinerzeit trotz der Verurteilung des Klägers nicht für zulässig erachtet worden ist, ist zum einen dem Kläger nicht zur Kenntnis gegeben worden. Zum anderen beruht er auf dem damals anzuwendenden Waffengesetz 1976 und hat für die Anwendung des § 45 WaffG 2002 keine Bedeutung. Ein Vertrauenstatbestand zu Gunsten des Klägers, der sich auch gegenüber einer gesetzlichen Neuregelung durchsetzen könnte, ist damit nicht verbunden. Insbesondere kann auch nicht mit der Revisionsbegründung angenommen werden, dass infolge des Vermerks so getan werden müsste, als sei dem Kläger im Jahre 2000 die Waffenbesitzkarte in Kenntnis der Verurteilung erteilt worden. Das Absehen von einem Widerruf steht der Erteilung der Erlaubnis nicht gleich.

## V. *Keine Verfristung*

[70] Dem Widerruf der Waffenbesitzkarten steht auch nicht die Regelung des § 49 Abs. 2 Satz 2, § 48 Abs. 4 VwVfG NRW entgegen.

[71] Die dort geregelte Jahresfrist für den Widerruf eines Verwaltungsakts gilt nicht für den Widerruf waffenrechtlicher Erlaubnisse gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 WaffG 1976 (BVerwGE 101, 24 [33 f.]). Dies folgt daraus, dass das Waffengesetz entgegenstehende Regelungen enthält (Art. 31 GG, vgl. § 1 Abs. 2 VwVfG). Das Waffengesetz regelt den Widerruf der Waffenbesitzkarte abschließend, soweit er zwingend vorgeschrieben ist. Es schließt damit eine Heranziehung der Jahresfrist nach Landesverwaltungsverfahrenrecht aus. Die Jahresfrist ist nicht ergänzend anwendbar, wenn der Gesetzgeber erkennbar zum Schutz vorrangiger Grundrechte oder Rechtsgüter Dritter einen gesetzwidrigen Zustand schlechterdings nicht hinnehmen will. Die Pflicht, Gefahren durch Waffen in der Hand unzuverlässiger Personen zu vermeiden, verbietet eine Anwendung der Fristregelung. Diese Erwägungen beanspruchen auch nach Inkrafttreten des Waffengesetzes 2002 Geltung. Der Gesetzgeber ist bei der Neuregelung ausdrücklich von der Rechtsprechung zur Unbefristetheit von Rücknahme und Widerruf ausgegangen (BT-Drucks 14/7758 S. 79).

**Standort: Verwaltungsprozessrecht****Problem: Straßenumbenennung**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 29.10.2007  
15 B 1517/07 (DÖV 2008, 296)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Rechtsschutzmöglichkeiten von Anliegern gegen eine Straßenumbenennung. Hierzu gibt es eine Reihe von prozessualen und materiellen Problemen:

I. Zunächst ist die Rechtsnatur einer solchen Straßenumbenennung fraglich. Das OVG stuft sie in Übereinstimmung mit der ganz h.M. als adressatlosen, dinglichen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 VwVfG ein mit der Folge, dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage, im vorläufigen Rechtsschutz (bei erfolgter Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO) ein Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO statthaft ist.

II. Umstritten ist, ob die Anwohner klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO sind, und wenn ja, woraus sich das dafür notwendige subjektiv-öffentliche Recht ergibt. Das OVG Münster lehnt zunächst eine Klagebefugnis aus Grundrechten (namentlich aus Art. 2 I GG) ab, weil eine Straßenumbenennung kein Ge- oder Verbot enthalte. Sodann differenziert das Gericht: Eine Straßenumbenennung liege allein im öffentlichen Interesse, bei einer Straßenumbenennung sei aber im Rahmen der nach einfachem Straßen- und Wegerecht zu treffenden Ermessensentscheidung (hier: § 4 II 3 StrWG NRW) auf die Interessen der Anlieger Rücksicht zu nehmen. Gegen eine Umbenennung bestehe daher Klagebefugnis aus einfachem Recht.

III. In materieller Hinsicht hängt die Umbenennungsentscheidung i.d.R. nicht von tatbestandlichen Voraussetzungen ab, muss aber ermessensfehlerfrei erfolgt sein. Eine Ermessensüberschreitung kann sich im wesentlichen aus zwei Aspekten ergeben:

1. Zum einen könnte der vergebene Straßename unzulässig sein; dies allerdings nur, wenn er herabwürdigend ist (z.B. anstößige Namen oder Benennung nach historisch belasteten Personen) oder gegen die Orientierungsfunktion verstößt (z.B. komplizierte Schreibweise oder Doppelvergabe eines Namens). Daran sind strenge Anforderungen zu stellen, denn die Gemeinde hat insoweit einen weiten Spielraum.

2. Zum zweiten könnte der den Anliegern zugemutete Aufwand unverhältnismäßig sein. Hierzu gilt das oben Gesagte: Wegen des anzuerkennenden Spielraums der Gemeinde wird man einen gewissen Aufwand zumuten können (z.B. neues Briefpapier). Das OVG hält etwa im vorliegenden Fall einen fünf- bis sechsstelligen Betrag bei einer solventen juristischen Person nicht für beanstandungswürdig, wenn diese die Möglichkeit habe, diese Kosten selbst zu minimieren.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Straßenumbenennung ist ein immergrüner Examenklassiker. Vom allgemeinen Verwaltungsrecht (VA-Begriff) über Verwaltungsprozessrecht (statthafter Rechtsbehelf, Klage- bzw. Antragsbefugnis) bis hin zum Straßen- und Wegerecht (Voraussetzungen für eine Umbenennung) kommen - ergänzt durch kleine Exkurse in das Kommunalrecht (Zuständigkeitsverteilung zwischen Rat, Bürgermeister und Bezirksvertretung) - viele examensrelevante Themen zur Sprache.

Besonderes Augenmerk sollte auf den VA-Begriff und die Klagebefugnis gelegt werden. Insbesondere dürfte sich ein Gutachten nicht mit der lapidaren Feststellung des OVG zufrieden geben, die Umbenennung sei eine Allgemeinverfügung. Das ist zwar i.E. richtig, bedarf jedoch der Erläuterung, denn gleich drei VA-Merkmale (Behörde, Regelung, Einzelfall) sind problematisch.

Auch die Klagebefugnis wird nicht einheitlich beurteilt. Die vom OVG Münster hier gewählte Lösung über das einfache Recht (Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung) ist gut vertretbar; ebenso gut vertretbar ist jedoch die von einer a.A. (vgl. Vertiefungshinweise) gewählte, vom OVG Münster explizit abgelehnte Lösung über eine mögliche Grundrechtsverletzung, auch wenn das OVG mit Recht behaupten kann, dass die sog. "Adressatenformel" hier nicht greift, denn in der Tat ist die Straßenumbenennung kein adressatenbezogener Verwaltungsakt. Der daraus gezogene Schluss, dass eine Grundrechtsverletzung damit automatisch ausscheide, ist aber nicht zwingend, denn eine Regelung kann auch für Nichtadressaten grundrechtsrelevant sein. Dies zeigen i.Ü. auch die Entscheidungsgründe des OVG, in denen das Gericht selbst ausführt, die Nachteile für die Straßenanlieger (Änderung des Briefpapiers usw.) seien in die Ermessensentscheidung einzubeziehen. In der Zufügung solcher Nachteile kann man aber gleichzeitig auch einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG sehen, mag dieser auch nur faktisch und nicht final sein. Denkbar wären ferner Beeinträchtigungen von Art. 3 I GG bei willkürlicher oder Art. 2 I i.V.m. 1 I GG bei herabwürdigender Namensvergabe.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Straßenumbenennung als VA (Allgemeinverfügung): *OVG Münster*, NJW 1987, 2695

☐ Klagebefugnis bei Straßenumbenennung: *VGH München*, NVwZ-RR 1996, 344; *VGH Mannheim*, NVwZ 1992, 1996; *VerfGH Berlin*, LKV 1997, 66

**Leitsätze:**

**1. Der Beschluss zur Umbenennung einer Straße ist**

**ein adressatloser sachbezogener Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung.**

**2. Die Straßenbenennung erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse.**

**3. Bei einer Straßenumbenennung sind die für die Anlieger entstehenden Nachteile in die Ermessensentscheidung einzubeziehen. Deshalb sind die Anlieger klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO.**

#### *Sachverhalt:*

Die Antragsgegnerin (Ag.), eine Bezirksvertretung einer Stadt S in Nordrhein-Westfalen, hatte beschlossen, den nach der bundesweit bekannten Persönlichkeit A. benannten A.-Weg in Z.-Weg umzubenennen. Die Antragstellerin (ASt.), eine von A. gegründete, am A.-Weg gelegene Einrichtung, erhob hiergegen Klage. Um die in der Öffentlichkeit entstandene Diskussion um die Straßenumbenennung schnellstmöglich zu beenden, ordnete die Ag. die sofortige Vollziehung ihres Umbenennungsbeschlusses an. Hiergegen wendet sich die ASt. mit ihrem vorläufigen Rechtsschutzbegehren.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Zulässigkeit*

###### *I. Statthaftigkeit*

Der Antrag ist nicht etwa bereits deshalb abzulehnen, weil eine Klage gegen eine Straßenumbenennung von vorneherein keine aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO entfaltet. Allerdings setzt der Eintritt der aufschiebenden Wirkung voraus, dass sich der Rechtsbehelf überhaupt gegen einen Verwaltungsakt richtet, denn nur bei solchen ist die Vollziehbarkeit, die durch das Institut der aufschiebenden Wirkung beseitigt werden könnte und um deren Wiederherstellung es hier geht, denkbar. Der Umbenennungsbeschluss ist ein adressatloser sachbezogener Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 15.1.1987 - 15 A 563/84), sodass die aufschiebende Wirkung der Klage eintreten kann.

###### *II. Antragsbefugnis*

Aus dem Sinn und Zweck des Instituts der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen Verwaltungsakt ergibt sich als weitere Voraussetzung für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung, dass der Rechtsbehelfsführer geltend machen kann, dass der Verwaltungsakt ihn in eigenen Rechten verletzt. Denn die aufschiebende Wirkung soll nur die Schaffung irreparabler Tatsachen verhindern, die sich aus der sofortigen Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts ergeben können; dadurch soll die Möglichkeit offen gehalten werden, dass dem Rechtssuchenden durch die beantragte Aufhebung des

Verwaltungsakts wirksamer Rechtsschutz zuteil wird. Kommt aber die Gewährung von Rechtsschutz nicht in Betracht, weil der Rechtsschutzsuchende als Nichtadressat des Verwaltungsakts nicht geltend machen kann, durch ihn in eigenen Rechten verletzt zu sein, besteht auch für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung kein hinreichender Anlass (vgl. BVerwG, NJW 1993, 1610, 1611).

###### *1. Grundrechte*

Die Klagebefugnis ergibt sich hier nicht daraus, dass durch die Straßenumbenennung ein Eingriff in Grundrechte, insbesondere in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit, vorläge, denn durch den sachbezogenen Verwaltungsakt werden keine Ge- oder Verbote ausgesprochen (vgl. VerfGH Berlin, JR 1997, 370; OVG NRW, NJW 1987, 2695, 2696; OVG Berlin, LKV 1994, 298).

###### *2. Straßen- und Wegerecht*

Allerdings ergibt sich die Klagebefugnis aus dem einfachen Recht. Maßstab für den subjektive Rechte begründenden Charakter einer Norm ist, ob sie allein dem öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist oder jedenfalls auch dem Schutz individueller Interessen von in einer qualifizierten und individualisierten Weise Betroffenen dient, was durch Auslegung zu ermitteln ist (vgl. BVerwGE 78, 40, 41 ff; BVerwG, DVBl. 1987, 476 f.).

###### *a. Straßenbenennung im öffentlichen Interesse*

Das Gesetz betraut die Gemeinden mit der in ihr Ermessen gestellten Entscheidung über die Straßenbenennung (§ 4 Abs. 2 Satz 3 StrWG NRW). Dies geschieht nur im öffentlichen Interesse der ordnungsrechtlich motivierten Identifizierbarkeit und Unterscheidbarkeit der Straße und der gemeindlichen Selbstdarstellung.

###### *b. Straßenumbenennung hat aber auf Interessen der Anlieger Rücksicht zu nehmen*

Für die Umbenennung einer Straße muss aber berücksichtigt werden, dass dadurch diejenigen, die als Anlieger in einem besonderen Näheverhältnis zur Straße stehen (vgl. etwa § 14a StrWG NRW für den Anliegergebrauch) besonders betroffen werden, namentlich im Hinblick auf die ausgelösten nachteiligen Folgen tatsächlicher (Notwendigkeit der Benachrichtigung Dritter von der Anschriftenänderung, gegebenenfalls Änderung von Briefköpfen, Visitenkarten, Stempeln, Schildern) oder rechtlicher Art (vgl. § 7 Nr. 8 des Personalausweisgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen im Hinblick auf die Vorlage des Personalausweises, § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der Fahrzeug-Zulassungsverordnung für die Vorlage der Zulassungsbescheinigung Teil I). Insoweit haben die Anlieger durch die Erstbenennung einer Straße einen Status erlangt, der

durch die Änderung in rechtlich relevanter Weise berührt wird und deshalb die Gemeinde verpflichtet, die sich aus der Änderung ergebenden nachteiligen Folgen für die Anlieger in die Ermessensentscheidung einzu beziehen (so bislang nur für eine vorherige drittschützende Ermessenspraxis OVG NRW, NJW 1987, 2695; weitergehend BayVGH, NVwZ-RR 1996, 344; VGH BW, NVwZ 1992, 196, 197).

### *B. Begründetheit*

Die so denkbare, aber wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht eingetretene aufschiebende Wirkung der erhobenen Klage ist auf den Antrag der Antragstellerin nicht wiederherzustellen. Bei einer Abwägung zwischen dem Suspensivinteresse der Antragstellerin und dem besonderen öffentlichen Vollziehungsinteresse überwiegt letzteres.

### *I. Erfolgsaussichten der Hauptsache*

Das ergibt sich zum einen daraus, dass die angegriffene Verfügung offensichtlich rechtmäßig ist, sodass von vornherein ein legitimes Interesse an ihrer zügigen Durchsetzung besteht.

### *1. Formelle Rechtmäßigkeit*

Sie ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin formell ordnungsgemäß ergangen, namentlich hat die zuständige Bezirksvertretung entschieden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Zuständigkeitsnorm selbst drittschützend ist, da wegen des Anspruchs der Antragstellerin als Anliegerin auf Einbeziehung der durch eine Umbenennung ausgelösten nachteiligen Folgen in die Ermessensentscheidung sich dieser auch darauf erstreckt, dass das zuständige Organ die Ermessensentscheidung trifft.

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 GO NRW entscheiden die Bezirksvertretungen unter Beachtung der Belange der gesamten Stadt und im Rahmen der vom Rat erlassenen allgemeinen Richtlinien in allen Angelegenheiten, deren Bedeutung nicht wesentlich über den Stadtbezirk hinausgeht. § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6.1 der hier maßgeblichen Hauptsatzung, der gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 GO NRW nähere Einzelheiten regelte, wies den Bezirksvertretungen die Benennung und Umbenennung unter anderem von Straßen, Wegen und Plätzen des Bezirks mit im Wesentlichen bezirklicher Bedeutung in Abstimmung mit dem zentralen Namensarchiv zu. Diese Zuständigkeitsvoraussetzungen liegen vor. [...] Damit hat der A.-Weg nur bezirkliche Bedeutung. Unerheblich ist, ob, wie die Antragstellerin geltend macht, die Diskussion um die Umbenennung stadtbezirksübergreifende Bedeutung hat. Die Zuständigkeit der Bezirksvertretung wird durch die fehlende objektive Bedeutung einer Angelegenheit im Hinblick auf die Stadt begründet, aber nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Öffentlichkeit einer Entscheidung einer Bezirksvertretung in einer objektiv nicht stadtbezirks-

übergreifend bedeutenden Angelegenheit besondere Aufmerksamkeit schenkt. Denn dies belegt keine sachlich stadtbezirksübergreifende Bedeutung, sondern kann seine Ursache etwa darin haben, dass die Thematik publizistisch oder politisch herausgestellt worden ist. Objektiv kommt der Frage, ob eine Nebenstraße von "A.-Weg" in "Z.-Weg" unbenannt wird, keine über den Stadtbezirk reichende Bedeutung zu.

### *2. Materielle Rechtmäßigkeit*

Der angefochtene Umbenennungsbeschluss ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die Belastung, die die Antragstellerin durch die Umbenennung erfährt, unverhältnismäßig wäre.

#### *a. Öffentliches Umbenennungsinteresse*

Die Umbenennung liegt im weiten Ermessen der Antragsgegnerin. Mit der Benennung einer Straße nach Personen will die Stadt, wie sich aus den Richtlinien des Rates für die Neu- und Umbenennung von Straßen und Plätzen ergibt, verdiente Personen würdigen. Dabei ist Voraussetzung, dass bei Personen überregionaler Bedeutung das Geschichtsbild abgeklärt ist (Nr. 3.2.4 der Richtlinien). Die Stadt will es also vermeiden, wegen eines Straßennamens in eine Diskussion um das Geschichtsbild von Personen hineingezogen zu werden. Dies ein legitimes Benennungsinteresse. Mit der hier erfolgten Umbenennung wird angesichts der öffentlichen Diskussion um A. genau dieses Interesse verfolgt.

#### *b. Gegenläufige Anliegerinteressen*

Diesem aner kennenswerten Interesse stehen unzumutbare gegenläufige geschützte Interessen der Antragstellerin nicht entgegen. Soweit sie wegen ihrer historischen Verbundenheit mit A. ein eigenes Interesse an der Namensbeibehaltung haben sollte, spielt dies keine Rolle, da die Straßenbenennung ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgt und allein die durch eine Namensumbenennung bewirkten belastenden Folgen für die Anlieger als rechtlich geschützte Interessen in die Ermessensentscheidung einzubeziehen sind.

Der von der Antragstellerin geltend gemachte Kostenaufwand ist demgegenüber in die Entscheidung einzustellen und auch eingestellt worden. Die Entscheidung erweist sich als ermessensfehlerfrei. Solche Umstellungskosten zählen zu den gelegentlich eintretenden Kosten des allgemeinen Geschäftsbetriebs. Der A.-Weg trägt knapp 45 Jahre diesen Namen. Nach so langer Zeit ist die Kostenbelastung einer Namensänderung zumutbar.

Soweit die Antragstellerin eine Kostenbelastung in Höhe von 150.000 Euro geltend macht, vermag dies die Rechtmäßigkeit des Umbenennungsbeschlusses nicht in Frage zu stellen. Die Antragstellerin war und ist gehalten, von der eingeräumten längeren Anpassungszeit sachgerecht Gebrauch zu machen. Im Sinne

sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung muss die Antragstellerin bemüht sein, die Umstellungsarbeiten - wenn schon nicht vollständig, so doch jedenfalls zum größten Teil - nach und nach im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes mit dem vorhandenen Personal zu erledigen. Dies rechtfertigt nicht die Aufwendung von 85.000 Euro zusätzlichen Personalkosten. Auch bei der Neubeschaffung bedruckter Materialien, die die Antragstellerin mit 70.000,00 Euro ansetzt, erweist sich das beabsichtigte Verhalten als nicht sachgerecht. Es ist durchaus zumutbar, in weitem Umfang vorhandenen Drucksachenbestand - gegebenenfalls nach Korrektur - aufzubrauchen. An unumgänglichen finanziellen Mehraufwand fallen im Wesentlichen die Neuanschaffung von Stempeln und gegebenenfalls Schildern an, der bei weitem nicht die von der Antragstellerin insgesamt geltend gemachte Höhe erreicht. Im Übrigen muss weiter berücksichtigt werden, dass großen Institution wie hier der Antragstellerin auch höhere Umstellungskosten zuzumuten sind.

## II. Weitere Interessenabwägung

Erweist sich somit, dass subjektive Rechte der Antragstellerin offensichtlich nicht verletzt sind, bedarf es nur eines geringfügigen besonderen öffentlichen Vollziehungsinteresses, das über das Interesse am Erlass des Verwaltungsaktes hinausgeht, um die Anordnung der sofortigen Vollziehung zu rechtfertigen.

Hier trägt zwar der in der Vollziehungsanordnung genannten erste Grund der Rechts- und Planungssicherheit nicht, denn diese tritt gerade erst nach Bestandskraft und damit gegebener allgemeiner Vollziehbarkeit ein, nicht aber durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung. Jedoch trägt das ebenfalls in der Vollziehungsanordnung genannte zweite Begründungselement, dass die als belastend empfundene öffentliche Diskussion um die Straßebenennung schnellstmöglich beendet werden soll, denn es kann davon ausgegangen werden, dass die Öffentlichkeit nach vollzogener Umbenennung das Interesse an dem Gegenstand verliert.

## IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> ra@jura-intensiv.de
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwältin Kathrin Lühl ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.



## Zivilrecht

### Standort: BGB AT

### Problem: Stellvertretung

BGH, TEILURTEIL VOM 18.12.2007  
X ZR 137/04 (NJW 2008, 1214)

#### **Problemdarstellung:**

Die Kl. nimmt die bekl. BGB-Gesellschaft und deren Gesellschafter als Gesamtschuldner auf Zahlung von Werklohn wegen der Reparatur eines auf die "F" zugelassenen KFZ in Anspruch.

Der Auftrag zur Reparatur des Kraftfahrzeugs war von dem unter der Bezeichnung „F und R W“ handelnden Zeugen W erteilt worden. Zwischen der Bekl. zu 1 und dem Zeugen W besteht ein die Bezeichnung „F R“ betreffender Franchisevertrag. Mit der Klage war zunächst auch der Zeuge W als weiterer Gesamtschuldner auf Zahlung der Reparaturkosten in Anspruch genommen worden, wobei das Verfahren gegen ihn abgetrennt wurde und durch Versäumnisurteil entschieden wurde.

Das Amtsgericht hat die Klage gegen die Bekl. abgewiesen, das Landgericht hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Bekl., der die Kl. entgegengetreten ist. Im Zuge des Revisionsverfahrens ist über das Vermögen des Bekl. zu 2 das Insolvenzverfahren eröffnet worden, dessen Abschluss nicht abzusehen ist. Die vom BerGer. zugelassene Revision hinsichtlich der Bekl. zu 1 und 3 hatte Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob das Stellvertretungsrecht beim Auftreten eines Franchisenehmers Anwendung findet.

Am Franchising ist bereits der Begriff erklärungsbedürftig. Der Begriff bedeutet, dass gegen bestimmte Gebühren bestimmte Tätigkeiten ausgeübt werden dürfen, mithin die privatrechtliche Erlaubnis zur kommerziellen Nutzung fremder Rechte (Medicus, Schuldrecht BT II, § 122 Rn 608). Die Parteien des Franchisevertrages sind zwei voneinander unabhängige Unternehmer, der sog. Franchisenehmer und der Franchisegeber. Das Franchising dient hauptsächlich dem Vertrieb von Waren oder soll dem Absatz von Waren dienen, in dem den Franchisenehmern eine Marke, die Werbung und die Erfahrung des Franchisegebers nutzbar gemacht wird (Palandt-Weidenkaff, Einf. v. § 581 Rn 21). Der Franchisevertrag ist ein gemischter Vertrag. Am stärksten ist er mit Elementen der Rechts-

pacht ausgestattet, daneben mit solchen des Kaufs, der Miete und der Geschäftsbesorgung.

Die Entscheidung hier betrifft jedoch eine eher untypische Fallkonstellation im Franchisewesen. Es handelt sich hier um einen vertikal-kooperativ organisierten Vertriebsaufbau des Franchising. Es stellen sich vertragsrechtliche Probleme typischerweise dann, wenn der Franchisenehmer im Rahmen seines Franchise Produkte oder Dienstleistungen anbietet und hierüber Verträge mit Nachfragern schließt. Hier hatte der Franchisenehmer der Kl. den Auftrag zur Reparatur eines Kraftfahrzeugs erteilt - vor dem Hintergrund des bestehenden Franchisesystems eine Art Hilfs- oder Nebengeschäft. Nach dem Offenkundigkeitsprinzip, wie es sich aus § 164 I, II BGB ergibt, setzt wirksame Stellvertretung voraus, dass die Fremdbezogenheit des Handelns erkennbar wird, dass also die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts erkennbar einen anderen als den Erklärenden treffen sollen. Umgekehrt liegt stets ein Fall von Eigenhandeln vor, wenn unklar bleibt, ob der Erklärende für sich selbst oder für einen anderen handelt. Genau so lag der Fall hier. Inhaber der im Auftrag angegebenen „F R W“ ist nicht die Bekl. zu 1, sondern der Zeuge W, so dass nach dieser Regel der Zeuge W nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen aufgetreten und damit Vertragspartei des Werkvertrags geworden ist. Daher hätte es der Kl. obliegen, ein Handeln des Zeugen im Namen der Bekl. zu 1, darzulegen und zu beweisen, dass der Zeuge nicht in eigenem Namen gehandelt hat, sondern namens der Bekl. zu 1 (vgl. *BGH*, NJW 1986, 1675). Ein derartiger Sachvortrag und entsprechende Beweisantritte sind nicht erfolgt. Mithin war die Berufung zurückzuweisen.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Stellvertretung: *LG Aachen*, RA 2007, 311 = NJW-RR 2007, 565 (Handeln unter fremdem Namen); *BayOLG*, RA 2003, 304 = NJW 2003, 1129 (Schenkung an einen Minderjährigen); *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 623 = NJW 2003, 2690 (Rechtsschein durch Urkunde, § 172 BGB)

☐ Zum Franchising: *Giesler*, ZIP 2004, 744, *ders.*, ZIP 2003, 1025; *ders.*, ZIP 2000, 2098; *ders.* ZIP 1999, 2131; *Escher*, BB 1998, 1269; *Dünnisch/Zwecker*, JA 1995, 817; *Emmerich*, JuS 1995, 761

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Stibitzki"
- Examenskurs: "Hausverwaltung"

**Leitsatz:**

**Sofern bei Vertragsschluss nicht weitere Umstände vorliegen, führt allein der Umstand, dass innerhalb eines Franchisesystems Marken oder sonstige Kennzeichen einheitlich als Bestandteil zur Bildung von weitere Bestandteile enthaltenden Firmen oder sonstigen geschäftlichen Bezeichnungen verwendet werden, nicht zur Verpflichtung des Franchisegebers oder anderer Franchisenehmer nach Rechtscheingrundsätzen.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. nimmt die Bekl. zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und die Bekl. zu 2 und 3, Gesellschafter der Bekl. zu 1, als Gesamtschuldner auf Zahlung von Werklohn für die Reparatur eines Kraftfahrzeugs in Anspruch.

Das Kraftfahrzeug war auf die „F“ zugelassen. Der Auftrag zur Reparatur des Kraftfahrzeugs war von dem unter der Bezeichnung „F und R W“ handelnden Zeugen W erteilt worden. Zwischen der Bekl. zu 1 und dem Zeugen W besteht ein die Bezeichnung „F R“ betreffender Franchisevertrag. Mit der Klage war zunächst auch der Zeuge W als weiterer Gesamtschuldner auf Zahlung der Reparaturkosten in Anspruch genommen worden. Das Verfahren gegen ihn hat das AG abgetrennt und in dem abgetrennten Verfahren durch Versäumnisurteil entschieden.

Das AG hat die Klage gegen die Bekl. zu 1 bis 3 abgewiesen, das LG hat diese Bekl. antragsgemäß verurteilt. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Bekl., der die Kl. entgegengetreten ist. Im Zuge des Revisionsverfahrens ist über das Vermögen des Bekl. zu 2 das Insolvenzverfahren eröffnet worden, dessen Abschluss nicht abzusehen ist. Die vom BerGer. zugelassene Revision hinsichtlich der Bekl. zu 1 und 3 hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:***I. Teilurteil ist zulässig*

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt nicht zur Unterbrechung des Prozesses gegenüber anderen Gesellschaftern und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn diese neben dem insolventen Gesellschafter als Gesamtschuldner auf Zahlung einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen werden. Insoweit besteht eine einfache Streitgenossenschaft, so dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters das Verfahren gegen die Gesellschaft bürgerlichen

Rechts und die übrigen Gesellschafter nicht unterbricht. Das Verfahren gegen die anderen Gesellschafter und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann daher regelmäßig durch Teilurteil abgeschlossen werden (BGH, NJW-RR 2003, 1002 = NZI 2003, 229 = NZBau 2003, 278).

*II. Entscheidung des BGH in der Revision*

[6]Die Revision der Bekl. zu 1 und 3 hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung, soweit mit ihr die Verurteilung der Bekl. zu 1 und 3 zur Zahlung von Werklohn erstrebt wird.

*1. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts*

[7]Das BerGer. hat angenommen, der Reparaturauftrag für das Kraftfahrzeug sei von dem Zeugen W im Namen der Bekl. zu 1 erteilt worden. Der Zeuge sei unter der Bezeichnung „F und R“ aufgetreten, was - bis auf das „und“ - Bestandteil sowohl der Firma der Bekl. zu 1 als auch der Firma des Zeugen W sei. Bei der Verwendung der Firma eines Franchisenehmers könne für den Regelfall davon ausgegangen werden, dass ein Kunde keine Kenntnis von der Existenz des Franchisesystems habe, wenn die Organisationsform des Franchising gegenüber Kunden durch keine spezifischen Bezeichnungen oder Zusätze in Erscheinung trete. Deshalb könne die Erklärung des Zeugen W nur als Erklärung im Namen der Bekl. zu 1 angesehen werden, zumal bei Auftragserteilung der Kraftfahrzeugschein vorgelegt worden sei, der auf die Bekl. zu 1 ausgestellt sei. Die Behauptung der Bekl., der Zeuge W habe bei Auftragserteilung klargestellt, dass der Auftrag von ihm und nicht für die Bekl. zu 1 erteilt werde, sei nicht bewiesen. Die Aufforderung des Zeugen, die Rechnung an ihn zu übersenden, sei auch dann sinnvoll und verständlich, wenn es sich bei dem Zeugen um einen Mitarbeiter oder Filialleiter der „F“ gehandelt hätte, der zur Vereinfachung der Abwicklung darum gebeten hätte, die Rechnung gleich an die zuständige Filiale zu übersenden. Zwar habe die Bekl. zu 1 dem Zeugen keine Vollmacht erteilt. Die Bekl. zu 1 müsse sich die Erklärungen des Zeugen aber nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen. Sie hätte erkennen können, dass der Zeuge ein Verhalten an den Tag gelegt habe, von welchem ein Vertragspartner habe annehmen dürfen, die Bekl. zu 1 billige und dulde ein solches Handeln in ihrem Namen. Das gesamte Franchiseverhältnis sei darauf angelegt, dass der Franchisenehmer die Kennzeichen des Franchisegebers herausstelle und ihnen seinen Namen oder seine Firma unterordne. Gerade durch diese Animation zu einheitlichem Auftreten innerhalb des Franchisenetzes ohne gebührende Differenzierung und Herausstellung der Selbstständigkeit des Franchisenehmers setzte der Franchisegeber in

zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer Vollmacht im Rahmen der jeweiligen Geschäftstätigkeit.

## 2. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

### a. Keine Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips gem. § 164 I, II BGB

[9] Die Annahme des Berufungsgerichts, der Zeuge W habe den Reparaturauftrag namens der Bekl. zu 1 erteilt, wird von seinen Feststellungen nicht getragen.

[10] Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Reparaturauftrag für das Kraftfahrzeug von dem Zeugen W unter der Bezeichnung „F und R“ erteilt worden ist. „F R W“ ist ausweislich des Rubrums des Berufungsurteils die Bezeichnung, unter der W eine Autovermietung betreibt und am Geschäftsverkehr teilnimmt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Zeuge bei Auftragserteilung sich als Rechnungsadressaten angegeben.

[11] Angesichts dieser Feststellungen fehlt es an einem Handeln des Zeugen namens der Bekl. zu 1. Diese führt ausweislich des Rubrums des Berufungsurteils die Bezeichnung „FR-GbR K und H“, mit dieser Bezeichnung ist auch der Kraftfahrzeugschein den Feststellungen des BerGer. zufolge auf die Bekl. zu 1 ausgestellt. Damit fehlt der Annahme des BerGer., der Zeuge habe den Reparaturauftrag namens der Bekl. zu 1 erteilt, die tatsächliche Grundlage. Da der Zeuge den Reparaturauftrag für die von ihm betriebene Autovermietung erteilt hat, handelt es sich um ein unternehmensbezogenes Geschäft. Rechtsgeschäfte im Rahmen eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Tätigkeit deuten regelmäßig auf ein Handeln im Namen des Inhabers (BGHZ 62, 216 [220] = NJW 1974, 1191; BGH, NJW 1998, 2897 = NZG 1998, 636; vgl. nur Schramm, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 164 BGB Rdnr. 23 m.w. Nachw.). Die Tatsache, dass ein Geschäft unternehmensbezogen ist, spricht im Zweifel dafür, dass das Geschäft mit dem Inhaber des jeweiligen Unternehmens abgeschlossen wird (BGH, NJW 1986, 1675 m.w. Nachw.). Inhaber der „F R W“ ist nicht die Bekl. zu 1, sondern der Zeuge W, so dass nach dieser Regel der Zeuge W nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen aufgetreten und damit Vertragspartei des Werkvertrags geworden ist. Hat der Zeuge W danach nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen gehandelt, oblag es der ein Handeln des Zeugen im Namen der Bekl. zu 1 behauptenden Kl., darzulegen und zu beweisen, dass der Zeuge nicht in eigenem Namen gehandelt hat, sondern namens der Bekl. zu 1 (BGH, NJW 1986, 1675). Derartige Sachvortrag und entsprechende Beweisantritte sind dem Berufungsurteil zufolge seitens der Kl. nicht erfolgt; die Revisionserwiderung erhebt insoweit auch keine Gegenrügen.

[12] Dem steht nicht entgegen, dass der Zeuge bei Erteilung des Reparaturauftrags den auf die Bekl. zu 1 ausgestellten Kraftfahrzeugschein vorgelegt hat. Der Kraftfahrzeugschein dient dem Nachweis der erfolgten Zulassung eines Kraftfahrzeugs und ist daher beim Betrieb des Kraftfahrzeugs mitzuführen (vgl. § 24 I 1 und 2 StVZO, jetzt § 11 I, V Fahrzeug-Zulassungs-VO); zudem dient er dem Nachweis des berechtigten Besitzes des Fahrzeugs. Im Rahmen eines Reparaturauftrags wird anhand des Kraftfahrzeugscheins die genaue Typbestimmung vorgenommen. Aus der Vorlage des Kraftfahrzeugscheins bei der Erteilung eines Reparaturauftrags durch eine andere Person als den in dem Schein ausgewiesenen Halter kann daher nicht auf ein Handeln namens und in Vollmacht des Halters des Kraftfahrzeugs geschlossen werden.

### b. Vertragspartei kraft Anscheinsvollmacht

[13] Dem BerGer. kann auch nicht in der Annahme gefolgt werden, die Bekl. zu 1 sei nach den Grundsätzen über die Anscheinsvollmacht Vertragspartei des Werkvertrags geworden, weil der Zeuge W als Franchisenehmer der Bekl. zu 1 den Bestandteil „F (und R“ in seiner geschäftlichen Bezeichnung führe, diesen Bestandteil seinem Namen oder seiner Firma untergeordnet habe und unter dieser Bezeichnung den Reparaturauftrag erteilt habe.

[14] Dass sowohl in der von dem Zeugen verwendeten Bezeichnung als auch in der geschäftlichen Bezeichnung der Bekl. zu 1 den jeweiligen bürgerlichen Namen der Bestandteil F R vorangestellt ist, begründet zwar eine gewisse Ähnlichkeit der jeweils benutzten Bezeichnungen. Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, die „F R W“ sei für die „F R K“ und H aufgetreten und habe den Reparaturauftrag in deren Namen erteilt. Sofern bei Vertragsschluss nicht weitere Umstände vorliegen, führt der Umstand, dass innerhalb eines Franchisesystems Marken oder sonstige Kennzeichen einheitlich als Bestandteil zur Bildung von weiteren Bestandteilen enthaltenden Firmen oder sonstigen geschäftlichen Bezeichnungen verwendet werden, nicht zur Verpflichtung des Franchisegebers oder anderer Franchisenehmer nach Rechtsscheingrundsätzen (vgl. Ullmann, NJW 1994, 1255 [1256]). Die bloße Verwendung ähnlicher Bezeichnungen setzt keinen entsprechenden Rechtsschein. Vielmehr finden die Grundsätze über unternehmensbezogene Geschäfte Anwendung, wonach namens desjenigen Unternehmens gehandelt wird, für welches das fragliche Geschäft abgeschlossen werden soll, mag dessen Inhaber der Gegenseite auch namentlich nicht bekannt sein. Nehmen verschiedene jeweils selbstständige Unternehmen unter lediglich ähnlichen Bezeichnungen im Rahmen eines Franchisesystems am Rechtsverkehr teil, wird nach diesen Grundsätzen regelmäßig der Inhaber desjenigen Unternehmens berechtigt und verpflichtet, in dessen Tätigkeitsbereich das rechtsgeschäftliche

Handeln vorgenommen wird. Ob eine andere rechtliche Beurteilung in Betracht kommen kann, wenn Unternehmen im Rahmen eines Franchisesystems - anders als im Streitfall - unter identischen Bezeichnungen auftreten, ohne dass ersichtlich wird, dass es sich jeweils um rechtlich selbstständige Unternehmen handelt (so wohl im Falle OLG Jena, OLG-Report 1999, 357), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Denn der Zeuge W ist bei der Erteilung des Auftrags nicht namens der „F R K und H“ aufgetreten, sondern lediglich unter einer ähnlichen Bezeichnung, und hat nach den Feststellungen des BerGer. zudem darauf hingewiesen, dass er Rechnungsadressat ist.

*c. Zahlungsanspruch gem. § 951 I BGB*

[15] Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Kl. ist die gegen die Bekl. zu 1 und 3 geltend gemachte Forderung auch nicht aus § 951 BGB zu begründen. Der Eigentumsverlust der Kl. an den bei der Reparatur in das Kraftfahrzeug eingebauten Teilen lässt für sich allein einen Anspruch nach § 951 I BGB nicht entstehen. Denn § 951 I BGB enthält eine Rechtsgrundverweisung auf die Vorschriften

über ungerechtfertigte Bereicherung und setzt daher voraus, dass die Reparaturleistung ohne rechtlichen Grund erfolgt und dadurch der Eigentumsverlust eingetreten ist (BGHZ 40, 272 [276] = NJW 1964, 399; vgl. nur Füller, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 951 Rdnr. 3). Daran fehlt es, da die Leistung auf Grund des unbestritten wirksamen Werkvertrags der Kl. mit dem Zeugen W erbracht worden ist; nur in diesem Verhältnis käme bei fehlerhaftem Kausalverhältnis ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich nach § 951 I BGB in Betracht (vgl. Füller, in: MünchKomm, § 951 Rdnr. 16).

*III. Berufung wird zurückgewiesen*

[16] Da weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist, kann der Senat über die gegen die Bekl. zu 1 und 3 gerichtete Klage abschließend durch Teilurteil entscheiden, so dass die Berufung der Kl. gegen die erstinstanzliche Abweisung der Klage im Verhältnis zu den Bekl. zu 1 und 3 zurückzuweisen ist. Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Rechtsmittel im Verhältnis zu den Bekl. zu 1 und 3 folgt aus §§ 91, 97, 100 ZPO, im Übrigen ist die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorzubehalten.

**Standort: Kaufrecht**

**Rückabwicklung bei Kauf mit Inzahlungnahme**

BGH, URTEIL VOM 20.02.2008  
VIII ZR 334/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Neufahrzeug bei Inzahlungnahme des Gebrauchtfahrzeugs. Der Kl. begehrt die Rückerstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises sowie Befreiung von der zur Finanzierung des restlichen Kaufpreises eingegangenen Darlehensschuld.

Der Kl. kaufte bei der Bekl. im Jahr 2003 einen PKW zum Kaufpreis von 88.652,40 €. Hinsichtlich des Altfahrzeugs vereinbarten die Parteien, dass die Bekl. dieses KFZ unter Ablösung des hierfür noch laufenden Kredits bei der BMW-Bank übernimmt, wobei die Differenz zwischen dem Ablösebetrag (38.628,40 €) und dem Wert des Altfahrzeugs (32.500,00 €) mit dem Kaufpreis für das neue Fahrzeug verrechnet werden sollte. Dem kam die Bekl. auch nach. Der Kl. zahlte auf den Kaufpreis für das Neufahrzeug einen Betrag von 59.346 € an die Bekl.. Zur Finanzierung des restlichen Kaufpreises nahm er einen Kredit bei der BMW-Bank über 32.972,40 € auf.

Mit Schreiben vom 09.11.2004 erklärte der Kl. unter Berufung auf die Mängel am Neufahrzeug den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Bekl. nahm daraufhin das KFZ zurück. Die Parteien streiten nunmehr darüber, ob im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrages über das Neufahrzeug auch die Vereinbarung über das von der Bekl. übernommene und sich noch in

ihrem Besitz befindliche Altfahrzeug rückabzuwickeln ist.

Das Landgericht hatte der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Bekl. blieb ohne Erfolg. Auf die Revision wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und zur Entscheidung zurückverwiesen.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit sich die Rückabwicklung eines Neuwagenkaufs auf die Inzahlungnahme des Gebrauchtwagens auswirkt.

Grundsätzlich ist beim Kauf die Gegenleistung gem. § 433 II BGB in Geld zu entrichten. Bei der Bezugnahme auf die Leistung von Sachwerten taucht das Problem der Abgrenzung zum Tausch auf. Die Inzahlungnahme von Waren wird meist als Ersatzbefugnis des Käufers konstruiert, den Gebrauchtwagen an Erfüllung statt zu übereignen, so dass nicht zwei Kaufverträge geschlossen werden müssen (MünchKommWestermann, § 433 Rn 28; BGHZ 46, 338 = NJW 1967, 553). Für diese Lösung spricht, dass bei der Mangelhaftigkeit des Altwagens der Verkäufer des Neuwagens gem. § 365 BGB Gewährleistungsansprüche erheben und die Rückabwicklung des Geschäfts auf die Regelung über die Inzahlungnahme des Altwagens beschränken kann (BGHZ 46, 338 = NJW 1967, 553; BGH, NJW 1996, 2504). Unmöglichkeit der Übereignung oder Nacherfüllung bezüglich des Altwagens

gens läßt das Ersetzungsrecht entfallen, der Neuwagenkäufer muss also den kompletten Kaufpreis zahlen. Genau wegen der gerade geschilderten Folge wird die Einordnung der Inzahlungnahme durchaus kritisch beurteilt. Schließlich trifft den Käufer in den gerade dargelegten Fällen genau die Pflicht, die er durch die Hingabe des Fahrzeugs vermeiden wollte. Das Ergebnis erscheint gerade auch in den Fällen unbillig, in denen der Käufer auf die Hingabe des Fahrzeugs zur Finanzierung angewiesen war (OLG Oldenburg, NJW-RR 1995, 130; Medicus, NJW 1976, 54). Dagegen ist der Käufer im Falle des Vorliegens eines Gewährleistungsausschlusses geschützt.

Hier war nicht das hingegebene Fahrzeug mangelhaft, sondern das Neufahrzeug. Im Falle der Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen Mangelhaftigkeit des Neufahrzeugs kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten. Im Rahmen der Rückgewähr ist dem Käufer auch das Gebrauchtfahrzeug rückzugeben und zurück zu übereignen. Genau dies hatte das Berufungsgericht verneint. Dieses hatte den Kaufvertrag dahin ausgelegt, dass es sich bei dem Kaufvertrag über das Neufahrzeug und der Vereinbarung über das Altfahrzeug um zwei voneinander unabhängige Verträge handele. Diese Auslegung hat nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats keinen Bestand. Der Kaufvertrag über das Neufahrzeug bildet vielmehr mit der Vereinbarung über das Altfahrzeug eine Einheit, so dass in die Rückabwicklung des Kaufvertrages über das Neufahrzeug auch die Vereinbarung über das Altfahrzeug einzubeziehen ist.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Interessenlage der Kaufvertragsparteien. Beim Neuwagenkauf unter Inzahlungnahme des Gebrauchtwagens ist die Interessenlage der Vertragspartner nach der Rechtsprechung des Senats dadurch gekennzeichnet, dass der Kraftfahrzeughändler sich auf die Hereinnahme des Altwagens nur einlässt, um den Neuwagen verkaufen zu können (BGHZ 46, 338, 340; 83, 334, 339; 89, 126, 130). Auch der Umstand, dass die Vereinbarung zur Übernahme des Altfahrzeugs durch die Bekl. und zu deren Verpflichtung, den für dieses Fahrzeug noch laufenden Kredit abzulösen, nicht separat getroffen, sondern handschriftlich in das Bestellformular für den Neuwagenkauf eingetragen wurde, spricht für die rechtliche Einheit von Neuwagen- und Altwagengeschäft. Hinzu kommt, dass die Vereinbarungen über das Neufahrzeug und über das Altfahrzeug auch dadurch miteinander verbunden sind, dass der von der Bekl. abzulösende Kredit für das Altfahrzeug noch in Höhe von 38.628,40 € valutierte und der Ablösebetrag damit über dem mit 32.500,-€ angesetzten Wert des Altfahrzeugs lag; bei dem Differenzbetrag von 6.128,40 €, den die Bekl. aufwenden musste, um den Kredit für das Altfahrzeug abzulösen, handelte es sich vereinbarungsgemäß um einen versteckten Nachlass

der Bekl. auf den Kaufpreis für das Neufahrzeug.

Also ist eine Einheit bei der Vertragsabwicklung gem. § 346 I, II BGB anzunehmen und insoweit auch das Gebrauchtfahrzeug gem. § 346 I BGB zurückzugewähren.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu Agenturgeschäften im Gebrauchtwagenhandel: *BGH*, RA 2005, 177 = *NJW* 2005, 1039; *Hofmann*, *JuS* 2005, 8; *Reinel*, *Jura* 2005, 850; *Katzenmeier*, *NJW* 2004, 2632; *Müller*, *NJW* 2003, 1975; *Binder*, *NJW* 2003, 393

Zum Rücktritt: *Arnold*, *Jura* 2002, 154; *Schwab*, *JuS* 2002, 630; *Kamanabru*, *NJW* 2003, 30; *Sudabeh*, *NJW* 2003, 1417; *Perkams*, *Jura* 2003, 150; *Henne/Zeller*, *JuS* 2006, 891; *Kellermann*, *JA* 2006, 562; *Herresthal*, *JuS* 2007, 798

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die verflixte Inzahlungnahme"

*Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"

*Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"

#### **Leitsätze:**

**Übernimmt der Kraftfahrzeughändler bei einem Kaufvertrag über ein Neufahrzeug einen Gebrauchtwagen des Käufers und löst dafür den für den Gebrauchtwagen noch laufenden Kredit durch Zahlung eines Betrages an die Bank ab, der über dem vereinbarten Wert des Altfahrzeugs liegt, so liegt im Regelfall kein gesonderter Kaufvertrag über den Gebrauchtwagen, sondern ein einheitlicher Kaufvertrag vor.**

**Vereinbaren die Vertragsparteien in einem solchen Fall die Rückabwicklung des Kaufvertrages, so kann der Käufer Rückzahlung des Kaufpreises für das Neufahrzeug sowie Rückübereignung des Gebrauchtwagens, der Händler dagegen Rückübereignung des Neufahrzeugs sowie Wertersatz für die von ihm abgelöste Kreditverbindlichkeit des Käufers verlangen (Fortführung der Rechtsprechung zur Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens in *BGHZ* 46, 338; 89, 126; 128, 111; *BGH*, *NJW* 2003, 505).**

#### **Sachverhalt:**

[1] Der Kl. kaufte mit Vertrag vom 30.10./03.11.2003 bei der Bekl. einen Pkw vom Typ BMW X5 (im Folgenden: Neufahrzeug) zum Preis von 88.652,40 €. Hinsichtlich des bisherigen Fahrzeugs des Kl. vom Typ BMW M5 (im Folgenden: Altfahrzeug) vereinbarten die Parteien, dass dieses von der Bekl. gegen Ablösung des hierfür noch laufenden Kredits bei der BMW-Bank übernommen wird, wobei die Differenz

zwischen dem Ablösebetrag, der sich auf 38.628,40 € belief, und dem mit 32.500,- € angesetzten Wert des Altfahrzeugs "im Nachlass verrechnet" werden sollte. Die Bekl. übernahm das Altfahrzeug und löste vereinbarungsgemäß den restlichen Kredit für das Altfahrzeug bei der BMW-Bank ab. Auf den Kaufpreis für das Neufahrzeug zahlte der Kl. an die Bekl. 59.346,- €. Zur Finanzierung des restlichen Kaufpreises nahm er einen Kredit bei der BMW-Bank über 32.972,40 € auf.

[2] Mit Schreiben vom 09.11.2004 erklärte der Kl. unter Berufung auf Mängel des Neufahrzeugs den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Bekl. nahm das Neufahrzeug zurück. Die Parteien streiten darüber, ob im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrags über das Neufahrzeug, wie es die Bekl. verlangt, auch die Vereinbarung über das von der Bekl. übernommene und sich noch bei ihr befindende Altfahrzeug rückabzuwickeln ist.

[3] Mit seiner Klage begehrt der Kl. Rückerstattung des von ihm gezahlten Kaufpreisteils sowie Befreiung von der zur Finanzierung des restlichen Kaufpreises eingegangenen Darlehensverbindlichkeit. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Es hat die Bekl. - unter Berücksichtigung eines vorangegangenen Teilerkenntnisurteils - verurteilt, an den Kl. (weitere) 39.839,38 € nebst Zinsen zu zahlen und ihn von seiner (neuen) Darlehensverbindlichkeit gegenüber der BMW-Bank freizustellen. Mit ihrer Berufung hat die Bekl. die teilweise Abänderung des erstinstanzlichen Urteils dahingehend beantragt, dass der vom Landgericht ausgeurteilte Zahlungsauspruch um den im Vertrag angesetzten Wert des von ihr übernommenen Altfahrzeugs, das heißt 32.500,- €, auf 7.339,98 € nebst Zinsen herabgesetzt und die Zahlungsklage im Übrigen abgewiesen wird; zugleich hat die Bekl. beantragt, zur Rückgabe und Übereignung des von ihr übernommenen Altfahrzeugs an den Kl. verurteilt zu werden. Die Berufung der Bekl. hat keinen Erfolg gehabt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Berufungsbegehren weiter.

#### **Aus den Gründen:**

[4] Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

[5] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[6] Der Kl. habe gemäß § 346 I BGB Anspruch auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises für das Neufahrzeug. Der Kaufvertrag sei entgegen der Auffassung der Bekl. nicht derart rückabzuwickeln, dass der Kl. das Altfahrzeug zurücknehmen müsse und infolge dessen in Höhe von 32.500,- € - dem vereinbarten Wert

des Altfahrzeugs - Rückzahlung des Kaufpreises für das Neufahrzeug nicht verlangen könne.

[7] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen neuen Pkw bei Inzahlungnahme eines Altfahrzeugs, nach welcher der Käufer bei einer Rückabwicklung des Vertrages - außer dem in bar geleisteten Kaufpreisteil - nur den in Zahlung gegebenen Altwagen selbst, nicht aber den auf den Kaufpreis angerechneten Geldbetrag zurückverlangen könne, sei auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Zwar habe die Bekl. den Kredit über den Altwagen nur abgelöst, um den Kl. zum Kauf des Neuwagens zu bewegen und ihm auf diese Weise einen (versteckten) Preisnachlass von 6.128,40 € zu gewähren. Aus dieser wirtschaftlich motivierten Ablösung des Kredits für den Altwagen folge aber noch keine rechtliche Verbindung beider Verträge. Eine entsprechende vertragliche Einigung der Parteien gebe es nicht; sie lasse sich dem geschlossenen Vertrag an keiner Stelle entnehmen. Die Ablösung des Darlehens unter Übernahme des Altwagens sei nur "bei Gelegenheit" des Abschlusses des Kaufvertrages über den Neuwagen erfolgt; an einer synallagmatischen Verknüpfung fehle es.

[8] Die fehlende Verpflichtung des Kl. zur Rücknahme des Altwagens ergebe sich auch aus folgender Überlegung. Durch die Rückabwicklung nach § 346 I BGB solle der Zustand wiederhergestellt werden, der vor Abschluss des Vertrages bestanden habe. Dies sei bezüglich des Kaufvertrages über das Neufahrzeug ohne weiteres möglich, nicht dagegen bezüglich der Vereinbarung über den Altwagen. Zur Wiederherstellung des Ausgangszustandes hätte der Altwagen der finanzierenden Bank rückübereignet, dem Kläger dessen Anwartschaftsrecht rückübertragen und erneut ein Darlehensvertrag mit der Bank abgeschlossen werden müssen. Wegen der Beteiligung eines Dritten, der finanzierenden Bank, sei eine Rückabwicklung im Sinne der Wiederherstellung des Ausgangszustandes nicht möglich.

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

[9] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist im Zuge der Rückabwicklung des Kaufvertrages über das Neufahrzeug auch die Vereinbarung der Parteien über die Übernahme des Altfahrzeugs und die Ablösung des dafür noch laufenden Restdarlehens durch die Bekl. rückabzuwickeln. Die Rückabwicklung ist auch möglich und führt nach § 346 I, II BGB dazu, dass dem Kl. ein Anspruch auf Rückübereignung des Altfahrzeugs zusteht und sein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises für das Neufahrzeug mit dem Anspruch der Bekl. auf Wertersatz für das von ihr abgelöste Restdarlehen zu saldieren ist.

*1. Kaufvertrag über das Neufahrzeug bildet eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit mit der Abrede über das Altfahrzeug*

[10] Das Berufungsgericht hat den Kaufvertrag dahin ausgelegt, dass dem Vertrag eine Einigung über einen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Kaufvertrag über das Neufahrzeug und der Vereinbarung über das Altfahrzeug nicht zu entnehmen sei, es sich vielmehr um zwei voneinander unabhängige Verträge handele. Diese Auslegung hat keinen Bestand. Der Kaufvertrag über das Neufahrzeug bildet vielmehr mit der Vereinbarung über das Altfahrzeug eine Einheit, so dass in die Rückabwicklung des Kaufvertrages über das Neufahrzeug auch die Vereinbarung über das Altfahrzeug einzubeziehen ist.

*a. Auslegungsfehler des Berufungsgerichts ist beachtlich*

[11] Der Senat kann diese Auslegung des Vertrages selbst vornehmen. Die tatrichterliche Auslegung einer Individualabrede ist zwar nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Revisionsverfahren nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob eine Verletzung von gesetzlichen oder allgemein anerkannten Auslegungsregeln, Denkgesetzen und Erfahrungssätzen vorliegt (vgl. dazu Senatsurteile vom 07.11.2001 - VIII ZR 213/00, WM 2002, 444 = NJW 2002, 506, unter II 1, und vom 30.10.2002 - VIII ZR 119/02, NJW 2003, 505, unter II 2a aa). Ein solcher revisionsrechtlich beachtlicher Auslegungsfehler liegt hier aber vor. Zu den anerkannten Auslegungsregeln gehört auch der Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung (Senatsurteil vom 07.11.2001, aaO). Dem wird die Auslegung des Berufungsgerichts, nach der im vorliegenden Fall ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Neuwagen- und dem Altwagengeschäft nicht gegeben ist, offensichtlich nicht gerecht.

*b. Rückabwicklung des Neuwagengeschäfts nur unter Einbeziehung des Altwagengeschäfts*

[12] Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bildet der Kaufvertrag über ein Neufahrzeug mit der gleichzeitigen Vereinbarung über die Inzahlungnahme eines Altfahrzeugs durch den Verkäufer im Regelfall eine nicht nur wirtschaftliche, sondern auch rechtliche Einheit der Gestalt, dass der Käufer bei einer Rückabwicklung infolge einer Wandelung des Kaufvertrages nur den in Zahlung gegebenen Altwagen selbst zurückverlangen kann, nicht aber Zahlung des auf den Kaufpreis angerechneten Geldbetrags (BGHZ 46, 338 ff.; 89, 126, 128; 128, 111, 115 f.; Senatsurteil vom 30.10.2002 - VIII ZR 119/02, aaO, unter II 2 a aa); dies gilt auch bei verwandten Vertragsgestaltungen mit vergleichbarer Interessenlage (zur Inzahlungnahme bei einem Leasingvertrag: Senatsurteil vom 30.10.2002, aaO) und selbst bei getrennten Vertragsurkunden über

den Neuwagenkauf und den Verkauf des gebrauchten Altfahrzeugs (BGHZ 128, aaO).

[13] Das Berufungsgericht hat diese Rechtsprechung zwar nicht übersehen, hat aber verkannt, dass die Interessenlage der Vertragsparteien im vorliegenden Fall keine andere ist als in den bisherigen Entscheidungen zur Inzahlungnahme eines Altfahrzeugs beim Kauf eines Neuwagens. Zwar ist im vorliegenden Fall das Altfahrzeug vom Kl. nicht in der Weise in Zahlung gegeben worden, dass hinsichtlich eines Teils des Kaufpreises - in Höhe des angerechneten Werts des in Zahlung gegebenen Altfahrzeugs - eine Ersetzungsbefugnis des Kl. vereinbart wurde (vgl. dazu BGHZ 46, 338, 340; 89, 126, 128 ff.). Stattdessen hatte der Kl. für das Neufahrzeug den vollen Kaufpreis an die Bekl. zu entrichten, während die Bekl. ihrerseits den für das Altfahrzeug noch laufenden Kredit abzulösen hatte. Dies steht aber einer Auslegung des Kaufvertrags über das Neufahrzeug dahingehend, dass dieser mit der in ihm enthaltenen Vereinbarung über das Altfahrzeug eine rechtliche Einheit bildet und deshalb bei einem Rücktritt vom Kaufvertrag nicht isoliert, sondern nur unter Einbeziehung der Vereinbarung über das Altfahrzeug rückabgewickelt werden kann, nicht entgegen. Die Parteien können für die Durchführung der Übernahme eines Gebrauchtwagens durch den Verkäufer des Neufahrzeugs auch eine vom typischen Fall der Inzahlungnahme abweichende Regelung treffen, ohne dass sich dadurch an der maßgeblichen Interessenlage beider Seiten etwas ändert. So verhält es sich hier.

[14] Schon der Umstand, dass die Vereinbarung zur Übernahme des Altfahrzeugs durch die Bekl. und zu deren Verpflichtung, den für dieses Fahrzeug noch laufenden Kredit abzulösen, nicht separat getroffen, sondern handschriftlich in das Bestellformular für den Neuwagenkauf eingetragen wurde, spricht für die rechtliche Einheit von Neuwagen- und Altwagengeschäft.

[15] Hinzu kommt, dass die Vereinbarungen über das Neufahrzeug und über das Altfahrzeug auch dadurch untrennbar miteinander verbunden waren, dass der von der Bekl. abzulösende Kredit für das Altfahrzeug noch in Höhe von 38.628,40 € valutierte und der Ablösebetrag damit über dem mit 32.500,-€ angesetzten Wert des Altfahrzeugs lag; bei dem Differenzbetrag von 6.128,40 €, den die Bekl. aufwenden musste, um den Kredit für das Altfahrzeug abzulösen, handelte es sich, wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, vereinbarungsgemäß um einen (versteckten) Nachlass der Bekl. auf den Kaufpreis für das Neufahrzeug. Dementsprechend hat bereits das Landgericht im erstinstanzlichen Urteil die Vereinbarung über die Ablösung des den Altwagen betreffenden Kredits teilweise - in Höhe von 6.128,40 € - in die Rückabwicklung des Kaufvertrags über das Neufahrzeug einbezogen, indem es den Anspruch des Kl. auf Rückerstattung des

von ihm gezahlten Kaufpreises um diesen Betrag gekürzt hat. Der Umstand, dass die Bekl. dem Kl. mit der Ablösung des Kredits für das von ihr übernommene Altfahrzeug einen (versteckten) Preisnachlass für das Neufahrzeug gewährte, ist ein gewichtiger Hinweis darauf, dass der Kauf des Neufahrzeugs und die Vereinbarung über das Altfahrzeug nach dem Parteiwillen auch rechtlich miteinander verbunden sein sollten. Für die von den Vorinstanzen vorgenommene Aufspaltung der Vereinbarung über die Ablösung des den Altwagen betreffenden Kredits dahingehend, dass diese Vereinbarung mit dem Kauf des Neufahrzeugs nur hinsichtlich eines Teilbetrags von 6.128,40 € eine Einheit bildet und deshalb nur insoweit, nicht aber insgesamt rückabzuwickeln sei, lässt sich der Vereinbarung nichts entnehmen.

[16] Entscheidend dafür, dass im vorliegenden Fall die Vereinbarung über das Altfahrzeug insgesamt mit dem Kauf des Neufahrzeugs eine rechtliche Einheit bildet, spricht die Interessenlage. Beim Neuwagenkauf unter Inzahlungnahme des Gebrauchtwagens ist die Interessenlage der Vertragspartner nach der Rechtsprechung des Senats dadurch gekennzeichnet, dass der Kraftfahrzeughändler sich auf die Hereinnahme des Altwagens nur einlässt, um den Neuwagen verkaufen zu können (BGHZ 46, 338, 340; 83, 334, 339; 89, 126, 130; Senatsurteil vom 30.10.2002, aaO). Das im Vordergrund stehende Absatzinteresse des Verkäufers, das dem Käufer bewusst ist, rechtfertigt es, den Verkauf des Neuwagens und die Vereinbarung über die Inzahlungnahme des Altfahrzeugs als einheitlichen Kaufvertrag anzusehen mit der Folge, dass bei einem Rücktritt vom Kaufvertrag auch die Abrede über die Inzahlungnahme des Altfahrzeugs rückabzuwickeln ist und der Käufer dementsprechend nur Rückgabe des Altfahrzeugs, nicht aber Zahlung des auf den Kaufpreis angerechneten Geldbetrags verlangen kann (BGHZ 89, 126, 132). Die Interessenlage im vorliegenden Fall ist keine andere als bei einer Inzahlungnahme, wie sie der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Senats zugrunde liegt.

[17] Nach den unangegriffenen Tatsachenfeststellungen löste die Bekl. den Kredit für das Altfahrzeug nur ab, um den Kl. zum Kauf des Neufahrzeugs zu bewegen. Das Berufungsgericht geht selbst davon aus, dass die Bekl. den für den Altwagen laufenden Kredit, der noch mit 38.628,40 € valutierte, nicht abgelöst und den mit nur 32.500,- € bewerteten Altwagen nicht übernommen hätte, wenn nicht der Kl. zum Kauf des Neuwagens bereit gewesen wäre. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass die Bekl. bereit war, zur Ablösung des Kredits für das Altfahrzeug mehr zu zahlen, als das Altfahrzeug nach der Vorstellung der Parteien wert war. Auch darin ist der vorliegende Fall mit einer Inzahlungnahme vergleichbar, bei der der Anrechnungsbetrag für das Altfahrzeug oft höher ist als dessen Verkehrswert (BGHZ 89, 126,

130). Daraus ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht lediglich eine wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Verknüpfung des Neuwagenkaufs mit der Vereinbarung über das Altfahrzeug, die dazu führt, dass der Kl. Rückabwicklung des Neuwagen geschäfts nur unter Einbeziehung des Altwagen geschäfts beanspruchen kann.

## *2. Rückabwicklung des Kaufvertrages über Neuwagen ist möglich und bereits partiell erfolgt*

[18] Die Rückabwicklung des Kaufvertrages über den Neuwagen unter Einbeziehung der Vereinbarung über das Altfahrzeug ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts möglich und, wie ausgeführt, zu einem Teil auch bereits in dem vom Berufungsgericht bestätigten Urteil des Landgerichts vollzogen worden.

[19] Nach § 346 I BGB sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Als Leistungen der Bekl. hat der Kl. Besitz und Eigentum an dem Neufahrzeug sowie die Befreiung von seiner noch in Höhe von 38.628,40 € valutierenden Kreditverbindlichkeit für das Altfahrzeug empfangen. Die Bekl. hat ihrerseits als Leistungen des Kl. den Kaufpreis für das Neufahrzeug sowie Besitz und Eigentum an dem Altfahrzeug erhalten. Dass die Bekl. den Kaufpreis für das Neufahrzeug zurückzugewähren hat, indem sie dem Kl. den von ihm gezahlten Teil des Kaufpreises zurückerstattet und ihn von der hinsichtlich des Restbetrags neu eingegangenen Kreditverbindlichkeit gegenüber der BMW-Bank freistellt, ist zwischen den Parteien nicht im Streit; das Gleiche gilt für die Rückübereignung des Neufahrzeugs.

[20] Für die Rückabwicklung der übrigen Leistungen, die aufgrund der Vereinbarung über das Altfahrzeug erbracht worden sind, gilt Folgendes:

### *a. Wertersatzpflicht besteht entsprechend § 349 II BGB auch für die Befreiung von einer Verbindlichkeit*

[21] Soweit die Bekl. den Kl. von dessen restlicher Kreditverbindlichkeit gegenüber der BMW-Bank in Höhe von 38.628,40 € befreit hat, ist zwar die Wiederherstellung des Ausgangszustandes durch Neubegründung eines entsprechenden Restdarlehens des Kl. gegenüber der BMW-Bank nach den unangegriffenen Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht möglich. Daraus folgt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aber nicht die Unmöglichkeit einer Rückabwicklung.

[22] Nach § 346 II BGB hat der Rückgewährschuldner Wertersatz zu leisten, wenn er die empfangene Leistung aus den in dieser Bestimmung aufgeführten Gründen nicht oder nicht unverändert zurückgewähren kann. Die Aufzählung der in § 346 II 1 Nr. 1 bis 3 BGB genannten Fallgruppen ist - trotz der Auflistungstechnik - nicht abschließend. Vielmehr kommt in der Vorschrift nach einhelliger Auffassung ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts zum Ausdruck,



dass der Rückgewährschuldner in allen Fällen, in denen ihm die Rückgewähr der empfangenen Leistung unmöglich ist, zum Wertersatz verpflichtet ist (Staudinger/Kaiser, BGB (2004), § 346 Rdnr. 148 m.w.N.; MünchKommBGB/Gaier, 5. Aufl., § 346 Rdnr. 43 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 346 Rdnr. 7). Wertersatz ist damit auch für die Befreiung von einer Verbindlichkeit zu leisten, wenn diese - wie im vorliegenden Fall - im Zuge der Rückabwicklung eines Vertrages etwa wegen fehlender Mitwirkung eines Dritten nicht neu begründet werden kann (Staudinger/Kaiser, aaO, Rdnr. 75). Danach hat der Kl. in entsprechender Anwendung des § 346 II BGB der Bekl. den Wert der Forderung zu ersetzen, von der diese ihn befreit hat. Einer der Ausschlussstatbestände des § 346 III BGB, in denen die Pflicht zum Wertersatz entfällt, liegt nicht vor.

[23] Der Wertersatzanspruch der Bekl. entspricht der Höhe nach der Forderung, von der die Bekl. den Kl. befreit hat, und beläuft sich damit auf 38.628,40 €. Dieser Zahlungsanspruch der Bekl. ist mit dem Anspruch des Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Neufahrzeug zu saldieren. Davon sind, wie unter 1 ausgeführt, hinsichtlich eines Teilbetrags von 6.128,40 € auch bereits die Vorinstanzen ausgegangen, indem sie den Kaufpreistrückzahlungsanspruch des Kl. um diesen Betrag herabgesetzt haben. Für den Restbetrag von 32.500,- €, der dem Wert des von der Bekl. übernommenen Altfahrzeugs entspricht, gilt nichts Anderes. Da die Vereinbarung über die Übernahme des Altfahrzeugs und die Ablösung des Restdarlehens durch die Bekl., wie unter 1 ausgeführt, insgesamt - und nicht lediglich hinsichtlich eines Teilbetrags von 6.128,40 € - rückabzuwickeln ist, steht der Bekl. auch hinsichtlich des Betrages von 32.500,- € Wertersatz für die Befreiung des Kl. von dessen Altverbindlichkeit gegenüber der BMW-Bank zu. Der dem Kl. vom Landgericht zugesprochene Kaufpreistrückzahlungsanspruch von 39.839,38 € ist daher im Wege der Saldierung um weitere 32.500,- € auf 7.339,38 € nebst (entsprechend herabzusetzender) Zinsen zu reduzieren; ein darüber hinausgehender Zahlungsanspruch des Kl. besteht nicht.

*b. Rückübereignung des Altfahrzeugs an den Kl. muss gem. § 929 S. 1 BGB erfolgen*

[24] Hinsichtlich des an die Bekl. übereigneten Altfahrzeugs ist diese zur Rückübereignung an den Kläger verpflichtet. Dem steht nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, entgegen, dass der Kl. im Zeitpunkt der Übereignung des Altfahrzeugs an die Bekl. noch nicht Eigentümer, sondern nur Inhaber eines entsprechenden Anwartschaftsrechts an dem damals noch an die BMW-Bank sicherungsübereigneten Fahrzeug war. Dies hinderte den Kl. nicht, das Fahrzeug - wie

geschehen - durch Einigung und Übergabe (§ 929 BGB) an die Bekl. zu übereignen. Die in der Vereinbarung über die Übernahme des Altfahrzeugs enthaltene dingliche Einigung der Parteien war darauf gerichtet, dass mit der Ablösung des Restdarlehens durch die Bekl. und dem dadurch bedingten Wegfall des Sicherungseigentums der BMW-Bank nicht der Kl., sondern die Bekl. Eigentümer des Fahrzeugs werden sollte; der Kl. hat der Bekl. auch den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug verschafft. Die Bekl. hat damit das Eigentum an dem Fahrzeug durch Einigung und Übergabe vom Kl. erworben (§ 929 BGB) und nicht etwa durch Rechtsgeschäft mit der BMW-Bank. Die vom Kl. vorgenommene Übereignung des Fahrzeugs an die Bekl. ist durch Rückübereignung des Fahrzeugs an den Kl. rückabzuwickeln. Ein bloßes Anwartschaftsrecht des Kl., verbunden mit Sicherungseigentum der BMW-Bank, kann ebenso wenig wieder begründet werden wie die von der Bekl. abgelöste Darlehensverbindlichkeit für das Altfahrzeug. Das vom Kl. durch Einigung und Übergabe auf die Bekl. übertragene Eigentum an dem Altfahrzeug steht nunmehr, nachdem diese Vereinbarung rückabzuwickeln ist und Sicherungseigentum der BMW-Bank nicht mehr besteht, dem Kl. zu.

*III. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht*

[25] Da die Revision Erfolg hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO). Zwar ist die vom Kl. erhobene Zahlungsklage, wie ausgeführt, nur in Höhe von 7.339,83 € nebst Zinsen begründet und deshalb im Übrigen abzuweisen. Dem Kl. steht jedoch - als Äquivalent für die Herabsetzung seines Zahlungsanspruchs - ein Anspruch auf Rückübereignung des Altfahrzeugs zu. Hierüber kann im Revisionsverfahren nicht entschieden werden, weil der Kl. einen entsprechenden Antrag in der Berufungsinstanz - auch hilfsweise - noch nicht gestellt hat (§ 308 I 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - den Kl. nicht auf die Sachdienlichkeit eines derartigen Antrags hingewiesen. Die Sache ist daher an das

Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1, III ZPO), um dem Kl. Gelegenheit zu geben, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Eine Verurteilung der Bekl. zur Rückübereignung des Altfahrzeugs kann nur auf Antrag des Kl. erfolgen, nicht dagegen aufgrund des von der Bekl. in der Berufungsinstanz gestellten Antrags; die Bekl. kann nicht ihre eigene Verurteilung beantragen, sondern nur einen gegen sie durch einen entsprechenden Klageantrag geltend gemachten Anspruch anerkennen (§ 307 ZPO).

**Standort: Gesellschaftsrecht (GbR)****Problem: Haftung der Gesellschafter**

BGH, URTEIL VOM 25.01.2008  
V ZR 63/07 (NZG 2008, 264)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. sind Eigentümer eines Grundstücks. Als im Jahr 1972 die angrenzende Straße höher gelegt wurde, nutzten die Kl. fortan einen Teil des angrenzenden Grundstücks, um die Zufahrt zu der auf dem klägerischen Grundstück befindlichen Garage zu gewährleisten. Aufgrund der Auflassung des Grundstücks vom 21.07.1998 wurden die Bekl. als "Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts" unter dem 28.05.2003 als Eigentümer dieses Grundstücks in das Grundbuch eingetragen.

Mit der Klage begehren die Kl. von den Bekl. die Bewilligung einer Grunddienstbarkeit nach § 116 I SachRBerG zur Sicherung der Zufahrt zu der Garage.

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstreben die Bekl. die Abweisung der Klage weiter, soweit diese ohne Erfolg geblieben ist.

Die Revision führte zur Aufhebung der Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat beschäftigte sich mit der Frage, inwieweit ein Anspruch auf die Bewilligung der Grunddienstbarkeit gegeben ist. Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, die Bekl. seien zur Berichtigung des Grundbuchs verpflichtet; dies folge daraus, dass durch die Eintragung nicht die Gesellschaft, sondern sie - die Bekl. selbst- Eigentümer des Grundstücks geworden seien. Die Gesellschaft sei nicht grundbuchfähig und habe daher das Eigentum nicht erwerben können.

Dem trat der erkennende Senat deutlich entgegen.

Gem. § 116 I Halbs. 1 SachRBerG kann der Eigentümer eines Grundstücks im Beitrittsgebiet unter den Voraussetzungen von § 116 I Halbs. 2 SachenRBerG die Bestellung einer Grunddienstbarkeit an einem fremden Grundstück verlangen. Der Anspruch richtet sich gegen den Eigentümer des fremden Grundstücks, woran es bei den Bekl. fehlt. Vielmehr ist die GbR durch die Auflassung und Eintragung Eigentümerin des Grundstücks geworden. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung ist die GbR rechtsfähig, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (grdl. BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056). Diese Rechtsfähigkeit umfasst dann auch die Fähigkeit, Eigentümer von Grundstücken zu sein (BGH, Urt. v. 25.09.2006, II ZR

218/05, DNotZ 2007, 119 f. m. Anmerkung Volmer). Diese Auffassung wurde in der Literatur durchaus kontrovers diskutiert (Demharter, FGPrax. 2007, 7). Allerdings erläutert der erkennende Senat nachvollziehbar, dass es für die Eigentumslage nicht darauf ankomme, ob die GbR grundbuchfähig ist oder nicht. Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes führt vielmehr dazu, dass das Verfahrensrecht an das neue Verständnis des Wesens der GbR anzupassen ist (Volmer DNotZ 2007, 119). Dass diese dem Gesetzgeber vorbehaltene Anpassung bisher nicht erfolgt ist, schließt nämlich den Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch eine BGB - Gesellschaft nicht aus, sondern erschwert nur den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (vgl. Behrens, ZfIR 2008, 1, 2 ff.). Derartige Schwierigkeiten bestehen hier jedoch hinsichtlich des Nachweises der Gesellschafterstellung der Bekl. nicht. Die von den Bekl. gegründete Gesellschaft ist mithin Eigentümerin des von den Kl. in Anspruch genommenen Grundstücks. Allein sie kann zur Bestellung einer Dienstbarkeit verpflichtet sein.

Es stellte sich im Anschluss daran die Frage, ob die Bekl. in Person zur Abgabe der entsprechenden Erklärung analog § 128 S.1 HGB verpflichtet sind. Dem ist jedoch nicht so. Eine Haftung der Bekl. für diesen Anspruch scheidet daran, dass der Gegenstand der von den Bekl. erstrebten Leistung eine Willenserklärung, nämlich die Bestellung einer Dienstbarkeit an dem Grundstück der Gesellschaft, ist. Die hierzu notwendige Erklärung der Gesellschaft wird nach dem Verständnis des Klageantrags durch das Berufungsgericht von den Kl. weder verlangt, noch kann sie durch eine entsprechende Erklärung der Bekl. ersetzt werden (MünchKomm-HGB/Karsten Schmidt, 2. Aufl., § 128 Rdn. 30; Staub/Habersack, HGB, § 128 Rdn. 37). Dass die Bekl. gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und damit zu der von den Kl. erstrebten Leistung in der Lage sind, führt nicht dazu, dass eine durch die Rechtskraft eines Urteils fingierte Erklärung der Bekl. (§ 894 ZPO) namens der Gesellschaft abgegeben wäre und damit gegen diese wirkte. Hierzu bedarf es vielmehr einer Verurteilung der Gesellschaft selbst.

Auch aus § 736 ZPO ergibt sich kein anderes Ergebnis. Demnach reicht ein gegen die Gesellschafter gerichteter Titel aus, um in das Vermögen der GbR zu vollstrecken. So verhält es sich jedoch nicht, wenn es, wie vorliegend, an einer Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeit der Gesellschaft fehlt. Ebenso wenig folgt aus § 736 ZPO, dass die Gesellschafter zu einer Leistung verurteilt werden können, die nicht von

ihnen, sondern von der Gesellschaft geschuldet wird, oder dass die Fiktion einer Erklärung der Gesellschafter gemäß § 894 ZPO zur Folge hätte, dass eine von der Gesellschaft abzugebende Willenserklärung ohne ein Urteil gegen die Gesellschaft abgegeben wäre.

Im Ergebnis war die Klage an das Berufungsgericht zu weiteren Tatsachenfeststellung zurückzuverweisen. Dieses hatte folgerichtig die Frage, ob der Klageantrag auch dahingehend ausgelegt werden könne, dass die GbR selbst Partei des Rechtsstreits ist, unbeantwortet gelassen. Dieses muss nun nachgeholt werden.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Grundbuchberechtigung durch wahren Berechtigten: *BGH*, NJW-RR 2006, 888
- Zur Steuerfreiheit der Einräumung einer Grunddienstbarkeit: *BFH*, NZG 2005, 944
- Zur Rechtsfähigkeit der GbR (grundlegend): *BGH*, RA 2001, 135 = *BGHZ* 146, 341
- Zur Grundbuchfähigkeit der GbR (verneinend): *OLG Celle*, NJW 2006, 2194; *BayOLG*, RA 2003, 92 = NJW 2003, 70

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"
- Assessorkurs*: "Der Zwangsverwalter"

#### **Leitsatz:**

**Die Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ermöglicht es nicht, die Gesellschafter zur Abgabe einer Willenserklärung zu verurteilen, die die Gesellschaft schuldet.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Die Kl. sind Eigentümer des Grundstücks Z. Straße 32, Flur 48, Flurstück 130, in W. . 1972 wurde die Z. Straße höher gelegt. Deshalb nutzen die Kl. seither einen Teil des angrenzenden früher volkseigenen Grundstücks D. Str. 2, Flurstück 112/27, als Zufahrt zu der Garage auf ihrem Grundstück. Aufgrund Auflassung vom 21.07.1998 wurden die Beklagten am 28.05.2003 "als Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts" als Eigentümer dieses Grundstücks in das Grundbuch eingetragen.

[2] Mit der Klage verlangen die Kl. von den Bekl. als Eigentümern des Flurstücks 112/27 zur Sicherung der Zufahrt zu der Garage auf ihrem Grundstück die Bewilligung einer Grunddienstbarkeit nach § 116 I SachRBERG. Die Bekl. haben eine Verpflichtung hierzu verneint und im Wege einer hilfsweise erhobenen Widerklage beantragt, die Kl. zu verurteilen, die Verkehrssicherungspflicht, die öffentlichen Lasten und die Instandhaltung des von ihnen in Anspruch genomme-

nen Teils ihres Grundstücks zu übernehmen.

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen und der Widerklage in geringem Umfang stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstreben die Bekl. die Abweisung der Klage und verfolgen die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche weiter, soweit diese ohne Erfolg geblieben ist.

#### **Aus den Gründen:**

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

[3] Das Berufungsgericht meint, die Bekl. seien zur Bewilligung der verlangten Dienstbarkeit verpflichtet. Durch die Eintragung in das Grundbuch seien sie und nicht die zwischen ihnen vereinbarte Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eigentümer des Grundstücks geworden. Die Gesellschaft sei nicht grundbuchfähig und habe das Grundstück, auf dessen Nutzung die Kl. zur Erschließung ihres Grundstücks angewiesen seien, nicht erwerben können. Die Widerklage sei allein in dem von dem Landgericht erkannten Umfang begründet.

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

[4] Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

##### *1. Bekl. sind nicht Eigentümer des zu belastenden Grundstücks*

[5] Nach § 116 I Halbs. 1 SachRBERG kann der Eigentümer eines Grundstücks im Beitrittsgebiet unter den Voraussetzungen von § 116 I Halbs. 2 SachenRBERG die Bestellung einer Grunddienstbarkeit an einem fremden Grundstück verlangen. Der Anspruch richtet sich gegen den Eigentümer des fremden Grundstücks. Daran fehlt es bei den Bekl.. Sie sind nicht Eigentümer des von den Kl. als Zufahrt in Anspruch genommenen Grundstücks.

##### *a. Die GbR ist Grundeigentümerin*

[6] Durch die Auflassung des Grundstücks und die Eintragung vom 28.05.2003 hat die zwischen den Bekl. vereinbarte Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Eigentum an dem Grundstück erworben. Auf die Frage, ob eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundbuchfähig ist, wegen derer das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, kommt es insoweit nicht an.

[7] Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (grundlegend *BGHZ* 146, 341 ff.). Ihre Rechtsfähigkeit umfasst die Fähigkeit, Eigentümer von Grundstücken zu sein (*BGH*, Urte. v. 25.09.2006, II ZR 218/05, *DNotZ* 2007, 119 f. m. Anmerkung Volmer; Nagel, NJW 2003,

1646, 1647; Häublein, EWiR 2007, 279, 280; ferner Senat, Beschl. v. 06.04.2006, V ZB 158/05; Bay-ObLGZ 2002, 137, 141 f.). Die hiergegen geäußerten Bedenken (BayObLGZ 2002, 330, 335; OLG Celle NJW 2006, 2194; Demharter, FGPrax. 2007, 7, 8) übergehen, dass die Verneinung der Möglichkeit, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solche unter der für diese von ihren Gesellschaftern vereinbarten Bezeichnung in das Grundbuch einzutragen, nicht dazu führt, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Eigentum an einem Grundstück nicht erwerben könnte (so zutreffend Heil, DNotZ 2004, 379, 380; Münch, DNotZ 2001, 535, 545; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 332; ferner Dümig, Rpfleger 2007, 24 f.). Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes führt vielmehr dazu, dass das Verfahrensrecht an das geänderte Verständnis des Wesens der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzupassen ist (Münch DNotZ 2001, 535, 548 ff.; Volmer DNotZ 2007, 119, 121). Dass diese dem Gesetzgeber vorbehaltene Anpassung bisher nicht erfolgt ist, schließt den Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht aus, sondern erschwert nur den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (vgl. Ulmer/Steffek NJW 2002, 330, 336; Nagel NJW 2003, 1146, 1147; Behrens ZfIR 2008, 1, 2 ff.). Derartige Schwierigkeiten bestehen im vorliegenden Fall nicht. Die von den Bekl. gegründete Gesellschaft ist Eigentümerin des von den Kl. in Anspruch genommenen Grundstücks. Allein sie kann zur Bestellung einer Dienstbarkeit verpflichtet sein. Die Gesellschaft ist parteifähig. Wird sie zur Bewilligung der von den Kl. erstrebten Dienstbarkeit und zur Bewilligung von deren Eintragung verurteilt, führt die Rechtskraft eines entsprechenden Urteils dazu, dass die Kl. die zur Entstehung der Dienstbarkeit notwendige Eintragung erwirken können.

*b. Keine Verpflichtung der Bekl. zur Bestellung der Dienstbarkeit, auch nicht analog § 128 S. 1 HGB*

[8] Eine Verpflichtung der Bekl. zur Bestellung der verlangten Dienstbarkeit besteht nicht. Sie folgt insbesondere nicht daraus, dass die Bekl. in entsprechender Anwendung von § 128 S. 1 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich persönlich haften (grundlegend BGHZ 146, 341, 358 f.) und die Gesellschaft die von den Kl. verlangte Dienstbarkeit zu bestellen hätte. Eine Haftung der Bekl. für diesen Anspruch scheitert daran, dass Gegenstand der von den Bekl. erstrebten Leistung eine Willenserklärung, nämlich die Bestellung einer Dienstbarkeit an dem Grundstück der Gesellschaft, ist. Die hierzu notwendige Erklärung der Gesellschaft wird nach dem Verständnis des Klageantrags durch das Berufungsgericht

von den Kl. weder verlangt, noch kann sie durch eine entsprechende Erklärung der Bekl. ersetzt werden (MünchKomm-HGB/Karsten Schmidt, 2. Aufl., § 128 Rdn. 30; Staub/Habersack, HGB, § 128 Rdn. 37; ferner Senat, Urt. v. 22.12.1982, V ZR 315/81, WM 1983, 220, 221). Dass die Bekl. gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und damit zu der von den Kl. erstrebten Leistung in der Lage sind, führt nicht dazu, dass eine durch die Rechtskraft eines Urteils fingierte Erklärung der Bekl. (§ 894 ZPO) namens der Gesellschaft abgegeben wäre und damit gegen diese wirkte. Hierzu bedarf es vielmehr einer Verurteilung der Gesellschaft.

*c. Verpflichtung zur Eintragung folgt nicht aus § 736 ZPO*

[9] Entgegen der Meinung der Revisionserwiderung ergibt sich aus § 736 ZPO nichts anderes.

[10] § 736 ZPO lässt die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts aus einem Titel zu, der im Hinblick auf die persönliche Mithaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ergangen ist (grundlegend BGHZ 146, 341, 356). Die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers wird um die Befugnis erweitert, in Vermögen zu vollstrecken, das einem rechtlich von dem Vermögen des Schuldners zu trennenden Vermögen zugeordnet ist. Die Durchbrechung des Grundsatzes, dass ein Titel nur die Vollstreckung in das Vermögen des im Titel bezeichneten Schuldners eröffnen kann, ist hinnehmbar, wenn Gegenstand der titulierten Verpflichtung eine Verbindlichkeit ist, für die die Gesellschaft ebenso wie die in Anspruch genommenen Gesellschafter haftet (K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1000 f.) und alle Gesellschafter dem Vollstreckungszugriff unterworfen sind. Durch die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft wird die von allen Gesellschaftern geschuldete Leistung bewirkt. Mittelbar vermindert die Vollstreckung im selben Umfang das Vermögen der Gesellschafter. Der Umfang der Verpflichtung der Gesellschafter wird hierdurch nicht erweitert.

[11] So verhält es sich jedoch nicht, wenn es, wie vorliegend, an einer Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeit der Gesellschaft fehlt. Ebenso wenig folgt aus § 736 ZPO, dass die Gesellschafter zu einer Leistung verurteilt werden können, die nicht von ihnen, sondern von der Gesellschaft geschuldet wird, oder dass die Fiktion einer Erklärung der Gesellschafter gemäß § 894 ZPO zur Folge hätte, dass eine von der Gesellschaft abzugebende Willenserklärung ohne ein Urteil gegen die Gesellschaft abgegeben wäre.

*2. Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur weiteren Tatsachenfeststellung*

[12] Das Berufungsgericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, die Prüfung unterlassen, ob die Klage dahin auszulegen ist, dass die Gesellschaft Bekl. des

Rechtsstreits ist. Dies ist nachzuholen.

[13] Die Kl. erstreben mit der Klage die Sicherung der von ihnen genutzten Zufahrt zu der Garage auf ihrem Grundstück. Die hierzu notwendige Dienstbarkeit kann nur von der Gesellschaft als Eigentümerin des angrenzenden Grundstücks bestellt werden. Ein Verständnis der Klage dahin, dass die Kl. nicht die Verurteilung der Gesellschaft, sondern die Verurteilung von deren Gesellschaftern beantragen, läuft dem Interesse der Kl. offenbar zuwider. Daher ist im Wege der Auslegung der Klage zu prüfen, ob diese tatsächlich gegen die Bekl. oder aber gegen die Gesellschaft gerichtet ist (BGH, Urt. v. 16.09.1983, VIII ZR 34/82, NJW 1983, 2448, 2449; ferner Urt., v. 17.10.1987, II ZR 21/87, NJW 1988, 1585, 1587 f.; Urt. v. 15.01.2003, XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043). Umge-

kehrt können die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche allein der Gesellschaft zustehen. Das ist insbesondere von den Kl. bisher nicht gesehen worden. Im Hinblick auf den unzutreffenden Hinweis des Berufungsgerichts in der Verfügung vom 12.01.2007 und die Ausführungen des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung bestand für sie auch kein Anlass, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Durch die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung des Rechtsstreits erhalten sie Gelegenheit, dies nachzuholen. Soweit die notwendige Auslegung der Klage dazu führt, dass die Gesellschaft Bekl. des Verfahrens und Widerklägerin ist, ist ihr gegenüber zu entscheiden und das Rubrum entsprechend zu berichtigen.

### Standort: GoA

### Problem: Pflichten des Geschäftsführers

BGH, URTEIL VOM 06.03.2008  
III ZR 219/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten um die Schadensersatzpflicht der Bekl. wegen Nichterhöhung des Mietzinses. Der Kl. ist Miterbe und zusammen mit den übrigen sechs Beteiligten als Eigentümer eines in Brandenburg belegenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Das Grundstück ist mit einem Einfamilienhaus bebaut, welches vermietet ist. Die Bekl. schloss mit einem der Miterben im August 1995 einen Verwaltungsvertrag, wonach die Bekl. bevollmächtigt war, "im Namen des Auftraggebers zu handeln und insbesondere auch rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber Dritten mit Wirkung für und gegen den Auftraggeber abzugeben". Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. - erfolglos - den Schadensersatzanspruch weiter.

#### **Prüfungsrelevanz:**

In der vorliegenden Entscheidung hatte sich der erkennende Senat mit der Frage zu befassen, welchen Inhalt die Pflichten des Geschäftsführers im Falle des Vorliegens einer echten, berechtigten GoA gem. §§ 677, 683 S. 1 BGB inne hat.

Kl. war hier ein Miterbe gem. § 2032 BGB. Dieser war gem. § 2038 BGB auch legitimiert, den Anspruch auf Schadensersatz im Klagewege geltend zu machen.

Entscheidend war hier allein, ob eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers angenommen werden konnte. Dies in Ansehung der Tatsache, als dass der Geschäftsführer - obschon von einem Miterben zur Verwaltung des Grundstücks beauftragt - eine Mieterhöhung nicht vorgenommen hat.

Die Voraussetzungen einer echten berechtigten GoA gem. §§ 677, 683 S. 1 BGB wurden von der Revision nicht angegriffen und waren deshalb gegeben. Daher lag zwischen den Parteien ein gesetzliches Schuldverhältnis in Form der GoA vor. In dem Moment, in dem der Geschäftsführer eine Pflicht aus § 677 BGB oder § 681 BGB verletzt und dem Geschäftsherrn dadurch ein Schaden entsteht, ist der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn nach den allgemeinen Regeln gem. §§ 280 ff., 283 ff. BGB zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 35 Rn 39).

Der Geschäftsführer ist zum einen gem. § 677 BGB zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung verpflichtet. Das bedeutet, dass er das Geschäft so zu führen hat, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Die Interessenlage ist rein objektiv zu bestimmen und ist bei Nützlichkeit zu bejahen. Die Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen bzw., sofern dieser nicht feststellbar ist, mit dessen mutmaßlichen Willen ist insoweit rein subjektiv bestimmt. Wegen des Wortlauts der Norm steht hier im Gegensatz zu § 683 S. 1 BGB das Interesse des Geschäftsherrn im Vordergrund (Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 35 Rn 34). Die Beurteilung, welche Maßnahmen demnach notwendig sind, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers. Die berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag ist mit dem Fall vergleichbar, dass der Geschäftsherr einen allgemeinen Auftrag erteilt hat, ohne nähere Weisungen gegeben zu haben (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, 1899, S. 1197; Staudinger/Bergmann (2006) § 677 Rn. 17). Hier konnte der erkennende Senat eine Pflichtverletzung insoweit nicht feststellen. Dies lag daran, dass die GoA grundsätzlich auf die vorübergehende Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn gerichtet ist. Das

bedeutet, dass sich der Geschäftsführer in der Funktion als Verwalter grundsätzlich im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens darauf beschränken darf, die bestehenden Mietverhältnisse ordnungsgemäß abzuwickeln. Das heißt, dass die Verwaltung grundsätzlich nur auf Verwahrung gerichtet ist, nicht jedoch auf Veränderungen von Rechtspositionen des Geschäftsherrn, wie es Folge einer Mieterhöhung wäre. An dieser Stelle bezieht der Senat die Wertungen der Notverwaltungsrechte gem. §§ 774 II, 2038 I 2 BGB in seine Rechtsausführungen mit ein. Es handelt sich dabei um gesetzlich geregelte Fälle der Geschäftsführerbefugnis. Eine Berechtigung wird nur zu denjenigen Maßnahmen erteilt, die zur Notverwaltung gehören, mithin für den Erhalt des betroffenen gemeinschaftlichen Gegenstands notwendig sind, nicht jedoch zu lediglich nützlichen Maßnahmen, die eine Wertsteigerung des Gegenstands bedingen. Mithin war eine Verpflichtung der Bekl. nicht gegeben.

In § 681 BGB werden die sonstigen Pflichten des Geschäftsführers geregelt - dies teils durch Verweisung in das Auftragsrecht. Unter anderem ist der Geschäftsführer bei der echten berechtigten GoA gem. § 681 S. 1 BGB verpflichtet, die Übernahme des Geschäfts dem Geschäftsherrn anzuzeigen, sobald dies tunlich ist und die Entschließung des Geschäftsherrn abzuwarten, soweit nicht Gefahr droht. Hier kam die Verletzung einer solchen Pflicht nicht in Frage, da der Kl. sich darauf nicht beruft.

Wegen der Verletzung einer Vertragspflicht konnte die Bekl. nicht in Anspruch genommen werden. Dies liegt daran, dass eine Schutzwirkung dieses Vertrages zugunsten der Erbengemeinschaft nicht ersichtlich ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Anwendungsbereich der echten berechtigten GoA: *Seiler*, JuS 1987, 368; *Henssler*, JuS 1991, 924; *Schmidt*, JuS 2004, 862; *BGH*, RA 2007, 15

Zum auch-fremden Geschäft: *Schreiber*, JURA 1991, 155; *Stamm*, JURA 2002, 730

Zum Verhältnis der GoA zu anderen Ansprüchen: *Coester-Waltjen*, JURA 1990, 608

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Großeinkauf mit Hindernissen"

*Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

#### **Leitsatz:**

**Der Geschäftsführer ohne Auftrag, der ein Mietgrundstück verwaltet, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, gegenüber dem Mieter ein Mieterhöhungsverlangen auszusprechen.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Der Kl. ist zusammen mit sechs weiteren Beteilig-

ten in Erbengemeinschaft als Eigentümer eines in Brandenburg belegenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Aufgrund eines entsprechenden Rechtsträgnachweises vom 31.01.1977 war als einer der Miterben zunächst "Eigentum des Volkes: Rechtsträger, Rat der Gemeinde S." eingetragen.

[2] Seit 2002 ist dieser Miterbenanteil auf die Bundesrepublik Deutschland umgeschrieben. Das Grundstück ist mit einem vermieteten Einfamilienhaus bebaut. Die Gemeinde S. (im Folgenden: Gemeinde) übertrug mit einem im August 1995 geschlossenen Vertrag der Bekl. "die Verwaltung der in S. gelegenen Grundstücke der Gemeinde bezüglich aller Angelegenheiten, die zur Verwaltung notwendig und zweckmäßig sind". In § 3 I des Vertrags bevollmächtigte die Gemeinde die Bekl., im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben, "im Namen des Auftraggebers zu handeln und insbesondere rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber Dritten mit Wirkung für und gegen den Auftraggeber abzugeben". Aufgrund dieses Vertrages übernahm die Bekl. auch die Verwaltung des Grundstücks der Erbengemeinschaft.

[3] Der Kl. verlangt - soweit hier noch im Streit - zu deren Gunsten von der Bekl. Schadensersatz, weil sie es pflichtwidrig unterlassen habe, per 01.01.1996 und 01.01.1998 die Miete für das Wohngrundstück zu erhöhen. Er fordert den Betrag der entgangenen erhöhten Miete für die Jahre 1996 bis 1999, hilfsweise für die Folgejahre.

[4] Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Schadensersatzanspruch weiter.

#### **Aus den Gründen:**

[5] Die zulässige Revision ist unbegründet. Über sie ist entsprechend § 539 II 2, letzter Halbsatz ZPO durch ein (unechtes) Versäumnisurteil zu entscheiden.

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

[6] Nach Auffassung des Berufungsgerichts klagt der Kl. zwar in gemäß § 2039 S. 2 BGB zulässiger gesetzlicher Prozessstandschaft für die Erbengemeinschaft, da er einen zum Nachlass gehörenden Schadensersatzanspruch geltend mache. Weiter bestehe zwischen der Bekl. und der Erbengemeinschaft ein Schuldverhältnis, da die Bekl. als Geschäftsführerin ohne Auftrag (§ 677 ff BGB) gehandelt habe. Sie habe jedoch ihre aus diesem Rechtsverhältnis folgenden Pflichten nicht verletzt. Sie habe keine Vertretungsmacht zur Mieterhöhung für die Erbengemeinschaft gehabt. Eine Vollmacht hierfür habe sich insbesondere nicht aus dem zwischen der Bekl. und der Gemeinde geschlossenen Verwaltervertrag ergeben. Diese vertraglichen Beziehungen seien nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch zugunsten aller Miterben zu begründen.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

[7] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

### 1. Nichterhöhung des Mietzinses

#### a. Vorliegen einer echten berechtigten GoA

[8] Das Berufungsgericht nimmt an, die Voraussetzungen für eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag der Bekl. zugunsten der Erbengemeinschaft seien erfüllt. Insbesondere geht es davon aus, dass die Bekl. trotz des mit der Gemeinde geschlossenen Verwaltervertrags auch den Willen hatte, für die Erbengemeinschaft tätig zu werden. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin und ist von Rechts wegen auch im Hinblick darauf nicht zu beanstanden, dass der Bekl. nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag des Kl. ein Grundbuchauszug vorlag, aus dem sich das Eigentum der Erbengemeinschaft an dem betroffenen Grundstück ergab (vgl. auch Senat BGHZ 143, 9, 13 ff).

#### b. Pflichtverletzung aus dem Geschäftsführungsverhältnis liegt nicht vor

[9] Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine Verletzung der Pflichten der Bekl. aus dem Geschäftsführungsverhältnis und einen hieraus folgenden Schadensersatzanspruch, der sich nach dem vor dem 01.01.2002 anwendbaren Recht richtet (Art. 229 §§ 3, 5 EGBGB), verneint.

[10] Nach § 677 BGB ist der Geschäftsführer ohne Auftrag verpflichtet, das übernommene Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Die Beurteilung, welche Maßnahmen danach notwendig sind, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers, da die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag mit dem Fall vergleichbar ist, dass der Geschäftsherr einen allgemeinen Auftrag erteilt hat, ohne nähere Weisungen gegeben zu haben (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, 1899, S. 1197; Staudinger/Bergmann (2006) § 677 Rn. 17). Hiernach hat die Bekl. ihre Pflichten nicht verletzt, indem sie die nach Auffassung des Kl. gebotenen Mieterhöhungsverlangen unterließ. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist grundsätzlich auf die vorübergehende Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn während einer Zeit gerichtet, in der dieser nicht in der Lage ist, das Geschäft selbst auszuführen oder Weisungen zu erteilen. Dies ergibt sich insbesondere aus § 681 S. 1 BGB, der bestimmt, dass der Geschäftsführer die Übernahme der Geschäftsführung dem Geschäftsherrn anzuzeigen hat, sobald dies tunlich ist, und dessen Entschließung abzuwarten hat, sofern nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Aus dem grundsätzlich nur überbrückenden Charakter der Geschäftsführung ohne Auftrag folgt, dass sich der

Geschäftsführer, der für den Eigentümer Mietgrundstücke verwaltet, regelmäßig in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens darauf beschränken darf, die bestehenden Mietverhältnisse ordnungsgemäß abzuwickeln, insbesondere die Mieten zu vereinnahmen und die Mietsache in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten. Über die im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag geschuldete, grundsätzlich nur bewahrende Verwaltung geht jedoch ein Mieterhöhungsverlangen (§ 1 S. 2 MHG, jetzt: § 557 BGB), das gegebenenfalls auch gerichtlich geltend zu machen wäre, in der Regel - und auch hier - hinaus, da es auf eine Veränderung der Rechtsposition des Geschäftsherrn gerichtet ist.

[11] Dem entspricht wertungsmäßig, dass die in § 744 II und § 2038 I 2, 2. Halbsatz BGB bestimmten Notverwaltungsrechte eines einzelnen Teilhabers oder Miterben, die gesetzlich geregelte Fälle einer Geschäftsführungsbefugnis darstellen, lediglich zu Maßnahmen berechtigen, die zur Erhaltung des betroffenen gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig sind, wie etwa das Vorgehen gegen eine Enteignung oder die Geltendmachung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in einen im Gesamthandseigentum stehenden Gegenstand oder in das gemeinschaftliche Recht (vgl. Staudinger/Werner (2002) § 2038 Rn. 28 m.w.N. und Beispielen). Demgegenüber sind bloß nützliche Maßnahmen nicht von der Geschäftsführungsbefugnis erfasst (Staudinger/Werner aaO Rn. 30). Erst recht kann der jeweilige Teilhaber beziehungsweise Miterbe zu solchen Maßregeln nicht verpflichtet sein. Eine Mieterhöhung ist ein lediglich nützliches, nicht aber zur Erhaltung der Sache notwendiges Vorgehen.

[12] Auf die von den Parteien und dem Berufungsgericht vertiefte Frage, ob die Bekl. zur Geltendmachung von Mieterhöhungsverlangen rechtlich in der Lage war, kommt es damit nicht mehr an.

### 2. Verletzung einer Anzeigepflicht

[13] Einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Anzeigepflicht der Bekl. gemäß § 681 S. 1 BGB, weil hierdurch die Erbengemeinschaft gehindert wurde, die Mieterhöhungsverlangen selbst auszusprechen oder der Bekl. einen entsprechenden Auftrag nebst Bevollmächtigung zu erteilen, macht der Kl. nicht geltend.

### 3. Verletzung des Verwaltervertrages

[14] Weiterhin hat der Kl. auch nichts zu einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des mit der Gemeinde geschlossenen Verwaltervertrags, der Schutzwirkung zugunsten der Erbengemeinschaft haben könnte, vorgetragen. Die Haftung der Bekl. wäre im Übrigen insoweit gemäß § 2 II des (Individual-)Vertrags ohnehin auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

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

BGH, Urteil vom 10.01.2008  
5 StR 435/07 (bisher unveröffentlicht)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte bei einem Streit seine Ehefrau mit einem Messer angegriffen und verletzt. In einer Kurzschlussreaktion stieg die Frau auf der Flucht vor ihrem Mann auf ein Fensterbrett, fand dort jedoch keinen Halt und stürzte aus dem achten Stock, wobei sie tödliche Verletzungen erlitt.

Das Landgericht Berlin hatte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, und fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, verurteilt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH dieses Urteil auf, da auch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, gegeben sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind häufiger Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Die vorliegende Fall vom BGH angesprochene Problematik des Unmittelbarkeitszusammenhangs i.R.v. § 227 StGB ist hierbei ein Klassiker. Die Problematik stellt sich allerdings auch bei anderen erfolgsqualifizierten Delikten, z.B. §§ 251, 303c StGB.

Ein erfolgsqualifiziertes Delikt wie § 227 I StGB, dessen Tatbestand voraussetzt, dass der Tod des Opfers "durch die Körperverletzung" verursacht wurde, erfordert neben der äquivalenten Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge auch einen Unmittelbarkeitszusammenhang (oder "deliktsspezifischen Gefahrezusammenhang") zwischen Grunddelikt und schwerer Folge in dem Sinne, dass sich die schwere Folge als Resultat einer deliktsspezifischen Gefahr des Grunddelikts darstellen muss (BGH, NStZ 2001, 478; NStZ-RR 2007, 76; Fischer, § 227 Rn 3; Wesels/Hillenkamp, Rn 299).

Im Rahmen von § 227 StGB ist insofern streitig, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang nur dann gegeben ist, wenn die schwere Folge Resultat des Körperverletzungserfolges des Grunddeliktes ist (so die sog. Letalitätstheorie, Lackner/Kühl, § 227 Rn 2; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 18 Rn 4; Hardtung, NStZ 2003, 261) oder ob ein Unmittelbarkeitszusammenhang auch dann vorliegt, wenn die schwere Folge Resultat der Körperverletzungshand-

lung ist (so die h.M., BGHSt 48, 34, 37 f.; BGH, NStZ-RR 1998, 171; Fischer, § 227 Rn 3a; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 5; Rengier, BT II, § 16 Rn 4; Sowada, JURA 2003, 549). Nach der Letalitätstheorie wäre im vorliegenden Fall ein Unmittelbarkeitszusammenhang bereits deshalb ausgeschlossen, weil das Opfer nicht an der vom Täter zugefügte Stichverletzung starb, sondern an den Folgen ihres Sturzes. Der BGH hat jedoch auch im vorliegenden Fall an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten und die Letalitätstheorie abgelehnt.

Nach h.M. stellt sich allerdings im Rahmen des Unmittelbarkeitszusammenhangs die Frage, ob dieser dann entfällt, wenn die schwere Folge unmittelbar durch ein Opferverhalten herbeigeführt wird. So war das Opfer im vorliegenden Fall ja deshalb gestorben, weil es selbst auf ein Fenstersims geklettert und von diesem hinabgestürzt war. Der Angeklagte hatte seine Frau aber nicht aus dem Fenster gestoßen - dies konnte ihm zumindest nicht nachgewiesen werden. In einer früheren Entscheidung (NJW 1971, 152, "Rötzel-Fall") hatte der BGH in einer dem vorliegenden Fall sehr ähnlichen Konstellation einen Unmittelbarkeitszusammenhang mit der Begründung verneint, dass der Tod ja letztlich auf das eigenverantwortliche Verhalten des Opfers zurückzuführen sei. Mittlerweile geht insb. die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass der Unmittelbarkeitszusammenhang i.R.v. § 227 StGB nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Tod unmittelbar durch eine eigene Handlung des Opfers herbeigeführt wird, sofern sich dieses selbstschädigende Verhalten als nahe liegende und deliktstypische Reaktion darstellt, wie dies bei Fluchtversuchen in Panik und Todesangst allerdings in der Regel der Fall ist (BGHSt 48, 34, 37 f.; Fischer, § 227 Rn 4; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 5; Rengier, BT II, § 16 Rn 8). Da das Opfer im vorliegenden Fall aufgrund einer panikbedingten Kurzschlussreaktion auf das Fensterbrett geklettert und von diesem in den Tod gestürzt war, bejahte der BGH den Unmittelbarkeitszusammenhang.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Unmittelbarkeitszusammenhang i.R.v. § 227 StGB, insb. bei eigenverantwortlichem Verhalten des Opfers: BGHSt 14, 110; 31, 96; 48, 34; LG Kleve, NStZ-RR 2003, 235; Hardtung, NStZ 2003, 261; Heger, JA 2003, 258; Heintschel-Heinegg/Kudlich, JA 2001, 129; Puppe, JR 2003, 123; Sowada, JURA



2003, 549

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Heroin"
- Examenskurs: "Hooligan"

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Die Vorschrift des § 227 StGB setzt voraus, dass der Tod der verletzten Person "durch die Körperverletzung (§§ 223 bis 226)" verursacht worden ist, wobei dem Täter hinsichtlich dieser Tatfolge Fahrlässigkeit zur Last fallen muss, § 18 StGB. Zur Erfüllung dieser Voraussetzung genügt ein lediglich kausaler Zusammenhang zwischen Körperverletzung und Tod der verletzten Person nicht, vielmehr ist eine engere Beziehung vorausgesetzt. Denn erfasst werden nur solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen; gerade diese Gefahr muss sich im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben.**
- 2. Diese deliktsspezifische Gefahr kann auch von der Körperverletzungshandlung ausgehen, einer Kausalität zwischen Körperverletzungserfolg und dem Tod des Opfers bedarf es nicht.**
- 3. Eine tatbestandstypische Gefahr kann sich auch dann im Tod des Opfers verwirklicht haben, wenn die unmittelbar zum Tod führende Ursache ein Verhalten des Opfers war, sofern dieses selbstschädigende Verhalten sich als naheliegende und deliktstypische Reaktion darstellt, wie dies bei Fluchtversuchen in Panik und Todesangst der Fall ist.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte war Tänzer in einer afrikanischen Tanzgruppe, die in verschiedenen deutschen Städten gastierte. Auch seine Ehefrau war dort als Tänzerin engagiert. Das Leben der Eheleute war geprägt von einer traditionellen Rollenverteilung, wonach der Ehemann u. a. auch über den Aufenthalt der Frau bestimmen konnte. In der Tanzgruppe fiel der Angeklagte dadurch auf, dass er seine Frau mehrmals körperlich misshandelte und ein weiteres weibliches Ensemblemitglied schlug. Deswegen wurde ihm gekündigt. Dies traf den Angeklagten hart, da er nicht nur sein ihm wichtiges Engagement und sein Aufenthaltsrecht in Deutschland verlor, sondern die Kündigung auch als empfindlichen Rückschlag für sein Lebenskonzept, das er bislang zielstrebig umgesetzt hatte, empfand. Seine Ehefrau, G, blieb weiter bei der Tanzgruppe und genoss ihre neuen Freiheiten. Dies entsprach jedoch nicht den Vorstellungen des Angeklagten, der mit seiner Frau in den Senegal zurückkehren wollte. Am 31. Juli 2006 besuchte er seine Ehefrau für vier Tage in ihrer Zweizimmerwohnung im achten Stock eines Berliner Appartementhauses; er wollte sie überreden, mit ihm nach Afrika zurückzukehren. Hierauf ließ sich G

jedoch nicht ein, sie wollte weiterhin bei der Tanzgruppe bleiben. Kurz vor seiner Abreise forderte der Angeklagte am 3. August 2006 immer energischer die gemeinsame Rückkehr und bedrohte seine Frau mit dem Tod. Als sie sich weiterhin weigerte, die Tanzgruppe zu verlassen, drohte er damit, sich selbst zu töten. G erklärte, dass er dies nicht machen solle, stattdessen werde sie sich umbringen.

Während dieser erhitzten Diskussion griff der Angeklagte nach einem Messer. Als seine Frau versuchte, es ihm zu entwenden, brach in dem Angeklagten aufgrund der erlittenen Kränkungen und vor dem Hintergrund des "ambivalenten Verhaltens" seiner Ehefrau - während des Besuchs hatten die Eheleute jede Nacht Geschlechtsverkehr - ein "Aggressionssturm" los. Unter der Einwirkung dieses Ausnahmezustands versetzte er seiner Frau mit dem 20 Zentimeter langen Küchenmesser in Verletzungsabsicht einen Stich in den Rücken, der etwa vier Zentimeter tief eindrang. G floh barfuß in das gegenüberliegende Schlafzimmer. "In einer Kurzschlussreaktion" stieg sie mit "Schwung" auf das Fensterbrett, aufgrund der geringen Fensterhöhe konnte sie sich nur zu dreiviertel aufrichten, sie fand keinen Halt auf dem schmalen Fensterbrett, rutschte aus und fiel etwa 25 Meter in die Tiefe in ein Gebüsch. Durch den Sturz erlitt sie tödliche Verletzungen. Der Angeklagte war ihr mit dem Messer in der Hand nachgelaufen, nachdem er erkannt hatte, dass sie auf das Fensterbrett kletterte, konnte sie aber nicht mehr erreichen. Er rannte sofort nach unten, zerrte die Leiche seiner Frau in ein anderes Gebüsch und flüchtete.

**Aus den Gründen:***1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Sachrüge gestützten Revision, mit der sie beanstandet, dass der Angeklagte nicht wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt worden ist. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat Erfolg. [...]

*2. Revision der Staatsanwaltschaft**a. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts*

[7] Die Beweiswürdigung, mit der das Landgericht ausschließt, dass der Angeklagte seine Frau aus dem Fenster gestoßen hat, unterliegt keinen durchgreifenden Bedenken. Der Tötungsvorsatz bei dem Messerstich ist rechtsfehlerfrei abgelehnt worden, auch die Annahme einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit aufgrund einer tiefgreifenden Bewusstseins-

störung in Form eines Affekts hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

*b. Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts*

[8] Die rechtliche Würdigung des Geschehens ist jedoch insoweit rechtsfehlerhaft, als die Strafkammer das festgestellte Geschehen nicht als Körperverletzung mit Todesfolge im Sinne des § 227 StGB gewertet hat.

*aa. Zur Erforderlichkeit eines Unmittelbarkeitszusammenhangs bei § 227 StGB*

[9] Die Vorschrift des § 227 StGB setzt unter anderem voraus, dass der Tod der verletzten Person "durch die Körperverletzung (§§ 223 bis 226)" verursacht worden ist, wobei dem Täter hinsichtlich dieser Tatfolge Fahrlässigkeit zur Last fallen muss (§ 18 StGB). Zwar genügt zur Erfüllung dieser Voraussetzung ein lediglich kausaler Zusammenhang zwischen Körperverletzung und Tod der verletzten Person nicht, vielmehr ist eine engere Beziehung vorausgesetzt (Fischer, StGB 55. Aufl. § 227 Rdn. 3). Denn erfasst werden nur solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen; gerade diese Gefahr muss sich im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben (BGHSt 31, 96, 98; 48, 34, 37; BGHR StGB § 226 Todesfolge 5; § 227 [i. d. F. 6. StrRG] Todesfolge 1). Diese deliktsspezifische Gefahr kann aber auch von der Körperverletzungshandlung ausgehen, einer Kausalität zwischen Körperverletzungserfolg und dem Tod des Opfers bedarf es nicht (BGHSt 14, 110, 112; 48, 34, 37 f.). Eine solche tatbestandstypische Gefahr kann sich auch dann im Tod des Opfers verwirklicht haben, wenn die unmittelbar zum Tod führende Ursache ein Verhalten des Opfers war, sofern dieses selbstschädigende Verhalten sich als naheliegende und deliktstypische Reaktion darstellt, wie dies bei Fluchtversuchen in Panik und Todesangst der Fall ist (BGHSt 48, 34, 38 f. Fischer Rdn. 4 aaO).

*bb. Zum Vorliegen des Unmittelbarkeitszusammenhangs im vorliegenden Fall*

[10] Danach hat sich der Angeklagte der Körperverletzung mit Todesfolge schuldig gemacht. Denn von seinem Verhalten - Messerstich in den Rücken nach Todesdrohung bei auswegloser Lage des Opfers - ging auch die Gefahr aus, dass G, die um ihr Leben fürchten musste, in Panik geriet und bei riskanten Fluchtversuchen zu Tode kommt. Der erforderliche Zurechnungszusammenhang wurde entgegen der Ansicht des Landgerichts, das damit einen zu engen Maßstab an die Verknüpfung von Körperverletzung und Todesfolge anlegt, auch nicht durch das Opferverhalten unterbrochen. Denn angesichts der konkreten Bedrohungs-

situation war das - wenngleich kopflose - Fluchtverhalten von G eine typische, dem Schutzzweck des § 227 StGB unterfallende unmittelbare (Kurzschluss-)Reaktion auf die lebensgefährliche Körperverletzungshandlung mit dem Messer - ein Vorgehen, das die Strafkammer zutreffend als massiv bewertet hat. Dass G sich zu dem festgestellten Fluchtverhalten gedrängt sah, war allein auf die Körperverletzungshandlung des Angeklagten zurückzuführen und nicht mehr durch einen autonomen, mit diesem Geschehen nur durch die bloße Kausalität verbundenen Willensbildungsprozess beeinflusst.

*cc. Kein Widerspruch zur Entscheidung BGH, NJW 1971, 152*

[11] Das - nach Auffassung des Senats ohnehin zu restriktive - Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 30. September 1970 - 3 StR 119/70 (NJW 1971, 152, 153) steht nicht entgegen, denn weit stärker und damit anders als dort sah sich das Opfer hier einer konkret lebensgefährlichen Körperverletzung ausgesetzt, was eine abweichende Bewertung der Typizität der Opferreaktion begründen kann. Dies gilt im Ergebnis auch für das noch vor dem Hintergrund der für erforderlich gehaltenen Kausalität des Körperverletzungserfolgs für den Tod ergangene Urteil des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 3. Dezember 1953 - 4 StR 378/53.

*c. Änderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht*

[12] Da das Landgericht - im Rahmen der Prüfung des § 222 StGB, der einen diesbezüglich gleichen Prüfungsmaßstab wie § 227 StGB erfordert - einen Fahrlässigkeitsschuldvorwurf des Angeklagten hinsichtlich des infolge des Messerstichs und der dadurch hervorgerufenen Kurzschlussreaktion verursachten Todes seiner Frau rechtsfehlerfrei angenommen hat, kann der Senat den Schuldspruch selbst ändern. § 265 StPO steht nicht entgegen, denn auf eine mögliche Strafbarkeit wegen § 227 StGB ist der Angeklagte in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht hingewiesen worden.

*d. Aufhebung des Strafausspruchs*

[13] Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung des Strafausspruchs.

Die Entscheidung obliegt einem neuen Tatrichter, und zwar auf der Grundlage aller bisherigen, insgesamt rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, die lediglich durch neue, hierzu nicht in Widerspruch stehende Feststellungen ergänzt werden dürfen.

**Standort: § 259 StGB****Problem: Abgrenzung von Absatzhilfe und Beihilfe**

BGH, URTEIL VOM 04.12.2007

3 STR 402/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte zwei Personen, die im Besitz von Fahrzeugen waren, die von Dritten betrügerisch erlangt worden waren, einen Kontakt mit einem potenziellen Käufer vermittelt. Aufgrund der Vermittlung des Angeklagten kam ein Kaufvertrag über die Fahrzeuge zustande, für dessen Abschluss der Angeklagte eine Provision erhielt.

Das Landgericht Wuppertal hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen gewerbsmäßiger Hehlerei, §§ 259 I, 260 I Nr. 1 StGB, durch Absatzhilfe verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" nur von einer Beihilfe des Angeklagten zur Hehlerei, §§ 259 I, 27 I StGB, ausgegangen werden könne.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Hehlerei, § 259 I StGB, ist zwar selten alleiniger Gegenstand von Prüfungsaufgaben, spielt aber dafür relativ häufig in Klausursachverhalten eine Rolle, die sich in mehrere Tatkomplexe einteilen lassen, wobei dann im Rahmen des ersten Tatkomplexes die Erlangung der Beute und in den weiteren Tatkomplexen deren Verwertung (und insofern insb. § 259 StGB) zu prüfen ist.

Im vorliegenden Fall geht es vor allem um die Hehlereihandlung der Absatzhilfe. Absatzhilfe i.S.v. § 259 I StGB ist das weisungsabhängige, unselbstständige Unterstützen des Vortäters bei dessen Absatzbemühungen (BGH, NStZ-RR 1999, 208; Fischer, § 259 Rn 19; Rengier, BT I, § 22 Rn 32; Wessels/Hillenkamp, Rn 863). Die Tathandlung der Absatzhilfe umfasst also unselbstständige Unterstützungshandlungen des Hehlers. Solche Handlungen stellen eigentlich eine Beihilfe, § 27 StGB, dar, sodass sich die Frage stellt, wann jemand, der nur untergeordnete Beiträge leistet, wegen täterschaftlicher Absatzhilfe bestraft werden kann und wann wegen Beihilfe zur Hehlerei.

Der Grund dafür, dass der Gesetzgeber mit der Tathandlung des Absetzen(helfen)s ein Verhalten, das eigentlich nur eine Beihilfehandlung darstellt, zur Täterschaft "hochgestuft" hat, liegt darin, dass der Vortäter selbst keine Hehlerei begehen kann, da aus seiner Sicht das Tatobjekt nicht durch „einen anderen“ erlangt wurde. Da der Vortäter somit den Tatbestand des § 259 I StGB nicht selbst verwirklicht, kommt für denjenigen, der den Vortäter bei dessen Absatzbemühungen unterstützt, mangels Vorliegens einer Hehlerei als Haupttat auch eine Beihilfe hierzu nicht in Betracht. Damit keine Strafbarkeitslücken entstehen, sollten sol-

che Verhaltensweisen über die täterschaftliche Hehlereihandlung der Absatzhilfe erfasst werden. Strafbarkeitslücken sind jedoch nicht zu befürchten, wenn der Hehler die Absatzhilfe einer anderen Person als dem Vortäter leistet, da sich der andere dann wegen Hehlerei strafbar macht und somit eine teilnahmefähige Haupttat für den Hilfeleistenden gegeben ist. Daraus lässt sich folgende Abgrenzung zwischen täterschaftlicher Absatzhilfe und Beihilfe zur Hehlerei ableiten: Unterstützt der Hehler den Vortäter bei dessen Absatzbemühungen, so ist eine täterschaftliche Absatzhilfe gegeben, unterstützt er hingegen einen Dritten, so kommt nur eine Beihilfe zur Hehlerei in Betracht (BGH, NStZ 1999, 351; Fischer, § 259 Rn 19; Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn 37; Rengier, BT I, § 22 Rn 32). Darüber hinaus setzt eine Absatzhilfe in Abgrenzung zum "einem Dritten Verschaffen" weiter voraus, dass der Hehler "im Lager" des Vortäters und nicht des Dritten steht (Fischer, § 259 Rn 19; Joecks, § 259 Rn 28).

Im vorliegenden Fall ließ sich nicht mehr klären, ob die Besitzer der fraglichen Fahrzeuge diese selbst durch ein Vermögensdelikt erlangt hatten, sodass sie als Vortäter in Betracht kämen, in deren Lager der Angeklagte stand. In diesem Fall hätte eine täterschaftliche Absatzhilfe des A vorgelegen. Möglich war aber auch, dass die Besitzer ihrerseits nur durch den vom Angeklagten vermittelten Verkauf eine Hehlerei in Form des Absetzen(helfen)s begehen würden. In diesem Fall hätte der Angeklagte durch die Vermittlung nur Beihilfe zur Hehlerei geleistet. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" hat der BGH den Angeklagten wegen der Unmöglichkeit einer eindeutigen Aufklärung nicht wegen täterschaftlicher Hehlerei (in Form von Absatzhilfe) verurteilt, sondern nur wegen Beihilfe zur Hehlerei.

Interessanterweise bezieht sich der BGH in dem vorliegenden Urteil auf den Beschluss des Großen Strafsenats des BGH zur Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, die ebenfalls in diesem Heft abgedruckt ist.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Abgrenzung von Absatzhilfe und Beihilfe zur Hehlerei: *BGHSt* 26, 362; 33, 49; *BGH*, *NJW* 1990, 2898; *NStZ* 1999, 351; *NStZ-RR* 1999, 208; 2005, 373; *Berz*, *JURA* 1980, 66; *Otto*, *JURA* 1985, 154

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Feindschaftsdienst"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Ist es möglich, dass die Veräußerer einer Sache als**

**Zwischenhändler nur Absetzer oder Absatzhelfer waren, kann die Unterstützung dieser Absatzbemühungen in dubio pro reo nicht als täterschaftliche Beihilfe in Form der Absatzhilfe gewertet werden, sondern lediglich als Beihilfe zu den Hehlereihandlungen.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte T hatte erfahren, dass zwei hochwertige Leasingfahrzeuge zum Verkauf stünden, wobei er zutreffend davon ausging, dass es sich dabei um Fahrzeuge handelte, die die Leasingnehmer betrügerisch erlangt hatten. Die PKW wurden vom früheren Mitangeklagten D und einer unbekannt gebliebenen Person namens "C" angeboten. Diese Personen waren indes nicht die Leasingnehmer. Wie die Fahrzeuge zu ihnen gelangt waren, hat die Kammer nicht feststellen können. Der Angeklagte T vermittelte zwischen den beiden Anbietern und - über weitere Mittelsmänner - einem potentiellen Abnehmer namens "V" ein Treffen, bei dem sich "C" und "V" handelseinig wurden. Von dem Kaufpreis in Höhe von 28.000 € erhielt der Angeklagte eine Provision in Höhe von 900 €.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten T wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in zwei Fällen, Beihilfe zur gewerbsmäßigen Hehlerei in drei Fällen und wegen Anstiftung zur Unterschlagung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren, den Angeklagten To wegen gewerbsmäßiger Hehlerei zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte T mit seiner auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision. Der Angeklagte To rügt mit seiner Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben den aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie aus den Gründen der Antragsschriften des Generalbundesanwalts offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

*II. Entscheidung des BGH*

*1. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine täterschaftliche Hehlerei*

[...] [3] Diese Feststellungen tragen die Verurteilung wegen täterschaftlich begangener Hehlerei nicht.

[4] Der Angeklagte T hat die beiden Kraftfahrzeuge weder erlangt noch sich oder einem Dritten verschafft. Eine Absatzhandlung, also die selbständige wirtschaftliche Verwertung der Sache im Einverständnis mit dem Vortäter oder Zwischenhändler, hat er dadurch, dass er zwischen den Veräußerern und dem Abnehmer lediglich den Kontakt hergestellt hat, an den eigentlichen Verhandlungen dann aber nicht mehr beteiligt

war, ebenfalls nicht erbracht. Schließlich scheidet eine täterschaftlich begangene Hehlerei auch in der Form der Absatzhilfe aus, weil nicht festgestellt ist, dass der Angeklagte "im Lager des Vortäters" gestanden hat. Nach den Feststellungen der Kammer ist nicht bekannt, wie die Fahrzeuge zu den Anbietern gelangt sind, so dass sich dem Urteil nicht entnehmen lässt, dass sie eigene Verfügungsgewalt über diese hatten. Ist es somit aber möglich, dass die Veräußerer als Zwischenhändler nur Absetzer oder Absatzhelfer waren, können die Bemühungen des Angeklagten T, sie bei ihren Absatzbemühungen zu unterstützen, nicht als täterschaftliche Beihilfe in Form der Absatzhilfe gewertet werden, sondern lediglich als Beihilfe zu den Hehlereihandlungen von D und "C" (vgl. BGH NSTZ 1999, 351, 352 m. w. N.). Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Verhandlung weitergehende Feststellungen zur Herkunft der Fahrzeuge und der den Anbietern durch die Leasingnehmer eingeräumten Verfügungsmacht getroffen werden können, so dass er den Schuldspruch insoweit zu Gunsten des Angeklagten T ändert.

*2. Aufhebung der Einzelstrafen; Berücksichtigung der erheblichen Verzögerung*

[5] Die Änderung des Schuldspruchs im Fall II. 4. der Urteilsgründe hat die Aufhebung der zugehörigen Einzelstrafe und der gegen den Angeklagten T verhängten Gesamtstrafe zur Folge. Auch die weiteren Einzelstrafen gegen den Angeklagten T sowie die gegen den Angeklagten To verhängte Freiheitsstrafe haben keinen Bestand, weil es nach Eingang der Revisionsbegründungen zu einer vom Revisionsgericht von Amts wegen zu berücksichtigenden erheblichen Verzögerung des Verfahrens unter Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot gekommen ist (vgl. BGH NSTZ 2007, 479; 2001, 52). Das Urteil ist am 31. März 2006 verkündet, die schriftlichen Urteilsgründe sind den Verteidigern der Angeklagten am 25. bzw. 31. Juli 2006 zugestellt worden. Die Revisionsbegründungen sind am 25. Juli bzw. am 25. August 2006 beim Landgericht eingegangen. Die Übersendungsberichte der Staatsanwaltschaft Wuppertal sind aber jeweils erst am 5. September 2007 zum Generalbundesanwalt gelangt. Durch die um rund zwölf Monate verzögerte Übersendung - bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang hätten die Akten spätestens Ende September 2006 beim Generalbundesanwalt eingehen können - haben die Justizbehörden die Gewährleistungen aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK missachtet und den auch aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1, 2 GG folgenden Anspruch der Angeklagten auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren verletzt. Hierfür ist den Angeklagten ein angemessener Ausgleich zu gewähren.

Das Landgericht wird in der neuen Verhandlung das Maß der wegen der Verletzung der Rechte der Angeklagten aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK gebotenen

Kompensation ausdrücklich und konkret zu bestimmen haben. Der Senat weist darauf hin, dass er die Frage, auf welche Art und Weise die Kompensation künftig vorzunehmen ist, durch Beschluss vom 23. August 2007 - 3 StR 50/07 (NJW 2007, 3294) - wegen ihrer

grundsätzlichen Bedeutung dem Großen Senat für Strafsachen zur Fortbildung des Rechts vorgelegt hat (§ 132 Abs. 4 GVG). Dessen Entscheidung wird voraussichtlich bis Ende Januar 2008 ergehen.

### Standort: Art. 6 EMRK

### Problem: Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung

BGH, BESCHLUSS VOM 17.01.2008  
GSST 1/07 (StV 2008, 133)

#### **Problemdarstellung:**

In einem Verfahren wegen schwerer Brandstiftung, §§ 306a I, 306b II Nr. 2 StGB, und versuchten Betrugs, §§ 263 I, 22, 23 I StGB, hatte allein das Zwischenverfahren mehr als anderthalb Jahre gedauert. Das LG Oldenburg hatte diese rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung - in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH - gem. § 49 I StGB strafmildernd berücksichtigt. Gegen dieses Urteil hatte der Angeklagte Revision eingelegt. Der 3. Strafsenat, der über die Revision zu entscheiden hat, ist der Ansicht, dass die überlange Verfahrensdauer nicht dadurch berücksichtigt werden dürfe, dass dem Angeklagten ein Strafmilderung gewährt werde (sog. Strafabschlagslösung), sondern dass statt dessen ein Teil der Strafe bereits als vollstreckt gelten solle (sog. Vollstreckungslösung). Wegen grundsätzlicher Bedeutung dieser Frage legte er sie gem. § 132 IV GVG dem Großen Strafsenat vor. Mit der vorliegenden Entscheidung schließt sich der Große Strafsenat des BGH dieser Auffassung an, sodass nunmehr die Vollstreckungslösung von der Rechtsprechung praktiziert werden wird.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Da der Große Strafsenat des BGH mit der vorliegenden Entscheidung eine jahrzehntelange Rechtsprechung des BGH aufgibt, kann die Bedeutung dieser Entscheidung nicht überschätzt werden. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung mittlerweile in sehr vielen Fällen, die dem BGH vorliegen, relevant wird (vgl. hierzu z.B. die Entscheidung des BGH vom 04.12.2007 (Az.: 3 StR 402/07) in diesem Heft). Insbesondere in Urteils- und Revisionsklausuren im 2. Examen muss also in Zukunft einer rechtsstaatswidrigen überlangen Verfahrensdauer durch Anwendung der Vollstreckungs- und nicht (wie bisher) der Strafabschlagslösung Rechnung getragen werden. Im 1. Examen dürfte diese Änderung der Rechtsprechung allerdings allenfalls Gegenstand strafprozessualer Zusatzfragen oder mündlicher Prüfungen sein.

Gem. Art. 6 I 1 MRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche

Anklage innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Dasselbe ergibt sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG (BVerfG, NJW 1993, 3254, 3255; JR 2007, 251). Allerdings enthalten weder die MRK noch das GG, das StGB oder die StPO Regelungen darüber, in welcher Weise Verstöße gegen dieses Recht des Angeklagten auf eine zügige Verfahrensdurchführung zu berücksichtigen sind. Mit Billigung des BVerfG haben der BGH und die ihm untergeordneten Strafgerichte dies bislang so gehandhabt, dass bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung die verhängte Strafe im Rahmen der Strafzumessung gemildert wurde und in Extremfällen sogar von Strafe abgesehen oder nur eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen wurde (sog. Strafabschlagslösung). Im Urteil waren dann vom Tatsachengericht sowohl die Strafe auszuwerfen, die ohne die Verfahrensverzögerung verhängt worden wäre als auch die gemilderte Strafe. Dies hat allerdings häufig zu Problemen geführt, da zum einen der EGMR verlangt hatte, dass bei überlanger Verfahrensdauer das entsprechende Urteil einen "Hinweis" zu deren Berücksichtigung enthalten müsse (EGMR, EuGRZ 1983, 371), was nach der Strafabschlagslösung nur schwer umzusetzen war. Außerdem führte diese Lösung bei der Bildung von Gesamtstrafen gem. §§ 54 f. StGB zu erheblichen inhaltlichen und Darstellungsproblemen. Das Urteil des LG Oldenburg, das Ausgangspunkt der vorliegenden Entscheidung war, zeigt eine weitere Schwäche der Strafabschlagslösung: Dort war wegen der Berücksichtigung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung eine Strafe verhängt worden, die unter dem gesetzlichen Mindestmaß für das Delikt lag.

Diese Probleme will der Große Strafsenat des BGH dadurch lösen, dass er mit der vorliegenden Entscheidung die Strafabschlagslösung aufgibt und stattdessen in Zukunft eine rechtsstaatswidrige überlange Verfahrensdauer dadurch berücksichtigen will, dass ein Teil der Strafe bereits als verbüßt gelten soll (sog. Vollstreckungslösung). Dies sei - wie der Große Strafsenat in der vorliegenden (sehr lesenswerten) Entscheidung ausführt - nicht nur mit den Gedanken der MRK, des GG und der Rechtsprechung des EGMR besser zu vereinbaren, sondern habe auch in der Praxis zahlreiche Vorteile für die Gerichte (leichtere Darstellung, keine Mathematisierung der Strafenfindung) und den Angeklagten (schnellere Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung).

**Vertiefungshinweise:**

□ Zur Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung: *EGMR*, EuGRZ 1983, 371; *BVerfG*, NJW 1984, 967; 1993, 3254; 1995, 1277; 2003, 2225; 2003, 2897; *NStZ* 2006, 680; *BGHSt* 24, 239; 27, 274; *BGH*, *NStZ* 1982, 291; 1983, 167; 1986, 217; 1987, 232; 1988, 552; *NStZ-RR* 2000, 343; *StV* 1998, 377; 2002, 598; *wistra* 1997, 347; 2001, 177; 2002, 420; *StraFo* 2003, 247; *Gaede*, *JR* 2007, 254; *Kraatz*, *JR* 2006, 403; *Krehl*, *StV* 2006, 408; *Kutzner*, *StV* 2002, 277

**Leitsatz:**

**Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist anstelle der bisher gewährten Strafminderung in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte hatte einen im Eigentum seiner Mutter stehenden, aber maßgeblich von ihm geleiteten Landgasthof in Brand gesetzt, um Leistungen aus der von seiner Mutter für den Betrieb abgeschlossenen Gebäude-, Inventar- und Ertragsausfallversicherung zu erlangen. Er hatte den Schadensfall der Versicherung gemeldet, diese hatte jedoch keine Zahlungen geleistet.

Wegen dieses Sachverhalts hat das Landgericht Oldenburg den Angeklagten der besonders schweren Brandstiftung (§ 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB) und des versuchten Betruges (§ 263 Abs. 1 und 2, §§ 22, 23 StGB) schuldig gesprochen und auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren erkannt. Im Rahmen des Rechtsfolgenausspruchs hat das Landgericht zunächst festgestellt, dass das Verfahren in einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Weise verzögert worden sei, weil zwischen dem Eingang der Anklageschrift am 5. Oktober 2004 und dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses am 24. Mai 2006 ein unvertretbar langer Zeitraum gelegen habe. Es hat sodann dargelegt, dass ohne Berücksichtigung dieser Verfahrensverzögerung zur Ahndung der besonders schweren Brandstiftung die in § 306 b Abs. 2 StGB vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe angemessen sei. Da § 306 b StGB keinen Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle vorsehe, sei ein Ausgleich für die Verfahrensverzögerung innerhalb des gesetzlich eröffneten Strafrahmens nicht möglich. Daher sei, um dem Angeklagten die verfassungsrechtlich gebotene Kompensation für die Verletzung des Beschleunigungsgebots zu gewähren, eine

Strafrahmenverschiebung in entsprechender Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen. Das Landgericht hat demgemäß den Strafrahmen des § 306 b Abs. 2 StGB nach den Maßstäben des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1, Nr. 3 StGB gemildert und sodann zur Kompensation der Verfahrensverzögerung statt der an sich verwirkten Einzelfreiheitsstrafe von fünf Jahren eine solche von drei Jahren und zehn Monaten festgesetzt. Für den versuchten Betrug hat es an sich eine Freiheitsstrafe von einem Jahr für angemessen erachtet, wegen der überlangen Verfahrensdauer jedoch auf eine solche von sechs Monaten erkannt. Unter Erhöhung der Einsatzstrafe von drei Jahren und zehn Monaten hat es sodann eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verhängt; ohne die jeweiligen Strafabschläge hätte es eine solche von fünf Jahren und sechs Monaten gebildet.

**Aus den Gründen:***I. Vorlage des 3. Strafsenats*

[1] Die Vorlage des 3. Strafsenats betrifft die Frage, in welcher Weise es im Rechtsfolgenausspruch zu berücksichtigen ist, wenn Strafverfolgungsbehörden das Verfahren gegen den Angeklagten in rechtsstaatswidriger Weise verzögert haben.

*1. Rechtsauffassung der Revisionsführerin*

[2] Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Strafsache gegen F (3 StR 50/07) über die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft zu entscheiden. Mit ihrem Rechtsmittel beanstandet es die Revisionsführerin als sachlich-rechtlichen Mangel, dass das Landgericht zum Ausgleich für eine von ihm zu verantwortende Verzögerung des Verfahrens gegen den Angeklagten auf eine Strafe erkannt hat, die das gesetzliche Mindestmaß unterschreitet. [...]

*2. Rechtsauffassung des 3. Strafsenats*

[6] Die Strafzumessung [des LG Oldenburg] hält der 3. Strafsenat für rechtsfehlerhaft. Er beabsichtigt, auf die Revision der Staatsanwaltschaft das angefochtene Urteil im gesamten Strafausspruch aufzuheben.

*a. Begründetheit der Revision*

[7] Hierbei will er es allerdings im Ausgangspunkt nicht beanstanden, dass das Landgericht im Hinblick auf die zwischen der Anklageerhebung und dem Eröffnungsbeschluss verstrichene Zeit einen von der Justiz zu verantwortenden Verstoß gegen das Gebot der Verfahrensbeschleunigung angenommen und die sich hieraus ergebende Verzögerung des Verfahrens - wenn auch nicht ausdrücklich ziffernmäßig, so doch nach dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen - auf etwa ein Jahr und sechs Monate bemessen hat. Auch sieht er keinen Verstoß gegen Grundsätze der bisheri-

gen Rechtsprechung dadurch begründet, dass das Landgericht als Ausgleich für diese Verfahrensverzögerung die für den versuchten Betrug eigentlich als angemessen erachtete Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr um die Hälfte reduziert und auf sechs Monate festgesetzt hat. Ebenso wenig liege ein revisibler Bewertungsfehler des Landgerichts darin, dass dieses für das Brandstiftungsdelikt ohne Berücksichtigung der Verzögerung auf die Mindeststrafe von fünf Jahren erkannt hätte.

[8] Als berechtigt erachtet der 3. Strafsenat dagegen die Rüge der Revision, das Landgericht habe zur Gewährleistung eines Ausgleichs für die eingetretene Verfahrensverzögerung nicht das gesetzliche Mindestmaß der für das Brandstiftungsdelikt angedrohten Freiheitsstrafe unterschreiten dürfen. Die vom Landgericht vorgenommene entsprechende Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB hält er für rechtlich nicht zulässig. Er vertritt die Auffassung, die gebotene Kompensation für den Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot sei insoweit vielmehr in entsprechender Anwendung des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB in der Weise vorzunehmen, dass auf die Mindeststrafe als angemessene Strafe zu erkennen und in der Urteilsformel gleichzeitig auszusprechen sei, dass ein bestimmter Teil der Strafe, der dem gebotenen Ausmaß der Kompensation entspricht, als vollstreckt gilt (Vollstreckungslösung).

#### *b. Widerspruch der beabsichtigten Entscheidung des 3. Strafsenats zur bisherigen Rechtsprechung*

[9] Hinsichtlich der Einzelstrafe für die besonders schwere Brandstiftung in dieser Weise zu entscheiden, sieht sich der 3. Strafsenat weder durch Rechtsprechung anderer Strafsenate des Bundesgerichtshofs noch durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts gehindert. Ob es möglich wäre, aus der reduzierten Einzelstrafe für den versuchten Betrug und einer teilweise für vollstreckt erklärten Einzelstrafe für das Brandstiftungsdelikt in stimmiger Weise eine Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden, hat der 3. Strafsenat offen gelassen. Denn er ist der Auffassung, dass die durch vorliegende Sonderkonstellation aufgeworfenen Rechtsfragen und das von ihm zu deren Lösung befürwortete Modell Anlass zu einer generellen Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung geben.

Diese Prüfung ergebe, dass sich die Vollstreckungslösung allgemein stimmiger in das Rechtsfolgensystem des Strafgesetzbuchs einfüge und der an sich angemessenen Strafe die Funktion belasse, die ihr in daran anknüpfenden Folgeregelungen inner- und außerhalb des Strafrechts zukomme. Er möchte daher dieses Modell generell anwenden und demgemäß auch den Einzelstrafausspruch wegen des versuchten Betruges aufheben. Daher beabsichtigt er zu entscheiden:

Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter nä-

herer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist der Angeklagte gleichwohl zu der nach § 46 StGB angemessenen Strafe zu verurteilen; zugleich ist in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.

[10] Da hiermit eine Abkehr von einer bisher einheitlichen Rechtsprechung verbunden wäre, hat er dem Großen Senat für Strafsachen die Rechtsfrage wegen grundsätzlicher Bedeutung zur Fortbildung des Rechts zur Entscheidung vorgelegt (BGH NJW 2007, 3294).

#### *3. Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts*

[11] Der Generalbundesanwalt hat sich der Rechtsauffassung des vorlegenden Senats angeschlossen.

#### *II. Zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 132 IV GVG*

[12] Die Vorlegungsvoraussetzungen gemäß § 132 Abs. 4 GVG sind gegeben.

[13] Die vorgelegte Rechtsfrage ist entscheidungserheblich. Die Ansicht des 3. Strafsenats, es sei rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht es für erforderlich erachtet habe, die Verzögerung des Verfahrens zwischen Anklageerhebung und Eröffnungsbeschluss auf der Rechtsfolgenseite zugunsten des Angeklagten auszugleichen, und hierfür hinsichtlich des Brandstiftungsdelikts innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens keine hinreichende Möglichkeit gesehen habe, ist vertretbar. Auf dieser Grundlage hängt die Revisionsentscheidung davon ab, wie die vorgelegte Rechtsfrage zu beantworten ist. Diese hat auch grundsätzliche Bedeutung. Verstöße der Strafverfolgungsorgane gegen das Gebot zügiger Verfahrenserledigung sind in zunehmendem Maße festzustellen; die Gründe hierfür hat der Große Senat an dieser Stelle nicht zu erörtern.

Die Frage, welche Folgen aus derartigen Verstößen zu ziehen sind, ist regelmäßig Gegenstand tatrichterlicher und revisionsgerichtlicher Entscheidungen. Eine einheitliche Handhabung durch entsprechende Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist daher geboten. Vor diesem Hintergrund erstrebt die Vorlage eine Fortbildung des Rechts; denn sie zielt auf die Festlegung neuer Auslegungsgrundsätze, als deren Folge sich ein von der bisherigen Handhabung abweichendes rechtliches Modell für die Kompensation von Verstößen gegen das Beschleunigungsgebot im Rahmen des Rechtsfolgenausspruchs ergäbe.

#### *III. Zustimmung des Großen Strafsenats zur Auffassung des 3. Strafsenats*

[14] Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die ihm unterbreitete Rechtsfrage im Ergebnis im Sinne des Vorlegungsbeschlusses.

[15] Zwar führt das bisher in der Rechtsprechung

praktizierte Modell, dem Angeklagten als Ausgleich für einen rechtsstaatswidrigen Verstoß gegen das Gebot zügiger Verfahrenserledigung einen bezifferten Abschlag auf die an sich verwirkte Strafe zu gewähren, im Regelfall zu einer Kompensation dieses Verstoßes, die nicht nur mit den Vorgaben des Grundgesetzes und der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (MRK), sondern auch mit dem nationalen deutschen Straf- und Strafprozessrecht in Einklang steht. Jedoch stößt dieses Modell in besonders gelagerten Fällen an gesetzliche Grenzen. Wie der vorliegende Fall zeigt, kann die Gewährung der verfassungs- und konventionsrechtlich gebotenen Kompensation durch Strafabschlag zu Ergebnissen führen, die den einfachgesetzlichen Rahmen des Strafzumessungsrechts sprengen. Hierdurch wird jedoch die Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG) berührt, die durch das StGB vorgegebene Grenzen der Strafenfindung zu achten haben. Deren Überschreitung könnte aus übergeordneten rechtlichen Gesichtspunkten nur dann gerechtfertigt werden, wenn keine andere Möglichkeit der Kompensation zur Verfügung stünde, die die Grundsätze des Strafzumessungsrechts des StGB unberührt lässt.

Eine solche liegt mit der Vollstreckungslösung indes vor. Der Große Senat hält daher einen Wechsel zu diesem Modell für geboten. Dies gilt auch deshalb, weil diese Form der Entschädigung gemäß den Vorgaben der MRK, wie sie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) präzisiert worden sind, im Gegensatz zur bisherigen Verfahrensweise in allen Fällen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung eine Kompensation ermöglicht.

Die Vollstreckungslösung genügt auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

[16] Unabhängig hiervon hat die Vollstreckungslösung gegenüber dem Strafabschlagsmodell weitere Vorzüge, die für die Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen einen Systemwechsel angezeigt erscheinen lassen. Durch die Trennung von Strafzumessung und Entschädigung belässt sie der unrechts- und schuldangemessenen Strafe die ihr in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Folgebestimmungen beilegte Funktion. Darüber hinaus vereinfacht sie die Rechtsfolgenbestimmung.

[17] Im Einzelnen:

### *1. Rechtliche Grundlagen für die Berücksichtigung einer überlangen Verfahrensdauer*

[18] Weder die Strafprozessordnung noch das Strafgesetzbuch enthalten Regelungen dazu, welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn ein Strafverfahren aus Gründen verzögert wird, die im Verantwortungsbereich des Staates liegen. Dies beruht auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers. Nach dessen Auffassung war eine gesetzliche Verankerung des Be-

schleunigungsgebots in der Strafprozessordnung entbehrlich, weil bereits Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK die Strafverfolgungsorgane hinreichend zu einer zügigen Durchführung von Ermittlungs- und Strafverfahren verpflichtete. Der Beschleunigungsgrundsatz sei daher dem deutschen Strafverfahrensrecht auch ohne ausdrückliche Regelung immanent. Das in Art. 20 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip sowie die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde ließen es ebenfalls nicht zu, den Beschuldigten länger als unvermeidbar in der Drucksituation des Strafverfahrens zu belassen. Wie der Grundsatz zügiger Verfahrenserledigung inhaltlich näher zu präzisieren sei und welche Folgen an seine Verletzung anzuknüpfen seien, müsse der Klärung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden (vgl. den Entwurf der Bundesregierung vom 2. Mai 1973 für das 1. StVRG, BT-Drucks. 7/551 S. 36 f.).

[19] Gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Hinzu tritt Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 MRK, wonach jede Person, die aus Anlass eines gegen sie geführten Strafverfahrens von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist hat; wird dieser Anspruch verletzt, so kann sie verlangen, während des Verfahrens (aus der Haft) entlassen zu werden. Regelungen darüber, welche sonstigen Konsequenzen aus einer Verletzung des Rechts auf Verhandlung und Urteil innerhalb angemessener Frist zu ziehen sind, enthält die MRK nicht. Jedoch bestimmt Art. 13 MRK, dass jede Person, die in ihren in der Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht hat, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

### *2. Ursprüngliche Rechtsprechung des BGH zur rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung*

[20] Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof zunächst die Auffassung vertreten, die Verletzung des Anspruchs des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK auf zügige Durchführung des gegen ihn gerichteten Strafverfahrens begründe zwar kein Verfahrenshindernis, sei jedoch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Der Spielraum, den das Gesetz insoweit gewähre, reiche aus, um den Belastungen, denen der Angeklagte durch das unangemessen zögerlich geführte Verfahren ausgesetzt gewesen sei, in hinreichender Weise Rechnung zu tragen (BGHSt 24, 239, 242; 27, 274, 275 f.; BGH NStZ 1982, 291, 292 m. w. N.). Dies könne in den gesetzlich vorgesehenen Fällen bis zum Absehen von Strafe, bei Verfahren wegen Vergehen aber auch zur deren Einstellung gemäß § 153 StPO führen; auch ein Gnadenerweis sei in Be-



tracht zu ziehen (BGHSt 24, 239, 242 f.).

[21] Danach war es ausreichend, den Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK als bestimmenden Strafzumessungsgrund (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO) bei der Abwägung der sonstigen strafmildernden und -schärfenden Aspekte selbständig, auch neben dem schon für sich mildernden Umstand eines langen Zeitraums zwischen Tat und Urteil, zu berücksichtigen (vgl. BGH NStZ 1983, 167; 1986, 217, 218; 1987, 232 f.; 1988, 552; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 2).

[22] Diese Grundsätze hat der Bundesgerichtshof später im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts modifiziert.

#### *a. Rechtsprechung des EGMR zur rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung*

[23] Der EGMR hat in seinem Urteil vom 15. Juli 1982 (E. ./ Bundesrepublik Deutschland - EuGRZ 1983, 371 ff. m. Anm. Kühne) in zwei gegen die dortigen Beschwerdeführer durchgeführten Strafverfahren eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden festgestellt.

Hieran anknüpfend hat er es in dem einen der beanstandeten Verfahren nicht als hinreichenden Ausgleich zugunsten der Beschwerdeführer erachtet, dass diesen die Verzögerungen bei der Strafzumessung des landgerichtlichen Urteils ausdrücklich strafmildernd zugute gehalten worden waren; dies sei nicht geeignet, den Beschwerdeführern ihre Opfereigenschaft im Sinne des Art. 25 MRK aF (= Art. 34 MRK nF) zu nehmen, da das Urteil keine hinreichenden Hinweise enthalte, die eine Überprüfung der Berücksichtigung der Verfahrensdauer unter dem Gesichtspunkt der Konvention erlaubten (EGMR EuGRZ 1983, 371, 381). In dem anderen Verfahren gelte das Gleiche, soweit dieses schließlich gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt worden sei; denn der Einstellungsbeschluss enthalte keinen Hinweis auf eine Berücksichtigung der Verfahrensverzögerungen (aaO S. 382). Zu der Frage, wie die vermissten "Hinweise" hätten ausgestaltet sein müssen und welche inhaltlichen Anforderungen an die den Beschwerdeführern zu gewährende Kompensation zu stellen gewesen wären, um den Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK noch im Rahmen des nationalen Rechts auszugleichen, äußert sich die Entscheidung nicht.

#### *b. Rechtsprechung des BVerfG zur rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung*

[24] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verletzt eine von den Justizbehörden zu verantwortende erhebliche Verzögerung des Strafverfahrens den Beschuldigten auch in seinem verfassungsmäßigen Recht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG sowie - wenn sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft befindet - in seinem

Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Ein Strafverfahren von überlanger Dauer könne den Beschuldigten - insbesondere dann, wenn die Dauer durch vermeidbare Verzögerungen seitens der Justizorgane bedingt sei - zusätzlichen fühlbaren Belastungen aussetzen, die in ihren Auswirkungen der Sanktion selbst gleich kämen. Mit zunehmender Verzögerung des Verfahrens gerieten sie in Widerstreit zu dem aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleiteten Grundsatz, dass die Strafe verhältnismäßig sein und in einem gerechten Verhältnis zum Verschulden des Täters stehen müsse (BVerfG - Kammer - NJW 1993, 3254, 3255; 1995, 1277 f.; NStZ 2006, 680, 681 = JR 2007, 251 m. Anm. Gaede; vgl. auch BVerfG - Kammer - NJW 1992, 2472, 2473 für das Ordnungswidrigkeitenverfahren). So, wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allgemein dazu anhalte, in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob die eingesetzten Mittel der Strafverfolgung und der Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen, verpflichte er im Falle eines mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang stehenden überlangen Verfahrens zur Prüfung, ob und mit welchen Mitteln der Staat gegen den Betroffenen (noch) strafrechtlich vorgehen kann (BVerfG - Kammer - NJW 2003, 2225; 2003, 2897; BVerfG 2, 239, 247; vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2005, 3485 zum weiteren Vollzug der Untersuchungshaft).

[25] Solange es an einer gesetzlichen Regelung fehle, seien die verfassungsrechtlich gebotenen Konsequenzen zunächst in Anwendung des Straf- und Strafrechts zu ziehen. Komme eine angemessene Reaktion auf solche Verfahrensverzögerungen mit vorhandenen prozessualen Mitteln (§§ 153, 153 a, 154, 154 a StPO) nicht in Frage, so sei eine sachgerechte, angemessene Berücksichtigung im Rechtsfolgenauspruch, in den gesetzlich vorgesehenen Fällen möglicherweise durch Absehen von Strafe oder Verwarnung mit Strafvorbehalt, jenseits davon bei der Strafzumessung wie auch gegebenenfalls bei der Strafaussetzung zur Bewährung und bei der Frage der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung regelmäßig verfassungsrechtlich gefordert, aber auch ausreichend (BVerfG - Vorprüfungsausschuss - NJW 1984, 967). Die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung müsse sich bei der Strafzumessung auswirken, wenn sie nicht im Extrembereich zum Vorliegen eines unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot herzuleitenden Verfahrenshindernisses führe. Dabei liege es schon im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK und dessen Auslegung durch den EGMR nahe, erscheine aber auch mit Blick auf die Bedeutung der vom Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes geforderten Verfahrensbeschleunigung angezeigt, dass die Fachgerichte der Strafgerichtsbarkeit, wenn sie die gebotenen Folgen aus einer Verfah-

rensverzögerung ziehen, dabei die Verletzung des Beschleunigungsgebots ausdrücklich feststellen und das Ausmaß der Berücksichtigung dieses Umstands näher bestimmen (BVerfG - Vorprüfungsausschuss - NJW 1984, 967; BVerfG - Kammer - 1993, 3254, 3255; 1995, 1277 f.; 2003, 2225 f.; 2003, 2897; BVerfGK 2, 239, 247 f.).

[26] Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht dahin präzisiert, dass es nicht genüge, die Verletzung des Beschleunigungsgebots als eigenständigen Strafmilderungsgrund festzustellen und zu berücksichtigen. Vielmehr sei das Ausmaß der vorgenommenen Herabsetzung der Strafe durch Vergleich mit der ohne Berücksichtigung der Verzögerung angemessenen Strafe exakt zu bestimmen (BVerfG - Kammer - NStZ 1997, 591).

### *c. Umsetzung der EGMR- und BVerfG-Rechtsprechung durch den BGH*

[27] An diese Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts anknüpfend haben die Strafsenate des Bundesgerichtshofs ihre ursprüngliche Spruchpraxis geändert: Ist ein Strafverfahren unter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK und rechtsstaatliche Grundsätze durch die Strafverfolgungsorgane verzögert worden, so hat der Tatrichter nach der neueren Rechtsprechung zunächst stets Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursache konkret festzustellen und - falls dies zum Ausgleich der vom Beschuldigten erlittenen Belastungen nicht ausreichend ist und andere rechtliche Folgen (Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen oder wegen eines Verfahrenshindernisses) nicht in Betracht kommen - in einem zweiten Schritt das Maß der Kompensation durch Vergleich der an sich verwirkten mit der tatsächlich verhängten Strafe ausdrücklich und konkret zu bestimmen (s. etwa BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 7, 12; BGH NJW 1999, 1198, 1199; NStZ-RR 2000, 343; StV 1998, 377; 2002, 598; wistra 1997, 347; 2001, 177; 2002, 420; StraFo 2003, 247). Dies gilt bei der Bildung einer Gesamtstrafe (§ 54 Abs. 1 StGB) nicht nur für diese, sondern auch für alle zugrunde liegenden Einzelstrafen, soweit das Verfahren hinsichtlich der entsprechenden Taten verzögert worden ist (vgl. BGH NStZ 2002, 589). Der Tatrichter hat somit in den Urteilsgründen für jede Einzeltat zwei Strafen auszuweisen, was sich aus Gründen der Klarheit auch für die Gesamtstrafe empfiehlt (vgl. BGH NStZ 2003, 601). In die Urteilsformel ist allein die reduzierte Strafe aufzunehmen. In welchem Umfang sich dabei der Konventionsverstoß auf das Verfahrensergebnis auswirken muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich auch nach dem - durch die Belastungen des verzögerten Verfahrens geminderten - Maß der Schuld des Angeklagten (vgl. BGHSt 46, 159, 174; s. auch BGH NStZ 1996, 506; 1997, 543, 544; StV 2002, 598).

### *3. Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung*

[28] An dieser Rechtsprechung wird nicht festgehalten.

#### *a. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Strafabschlagslösung*

[29] Der Bundesgerichtshof hat im Hinblick auf die Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG) stets - ausdrücklich oder jedenfalls der Sache nach - daran festgehalten, dass die Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung mit den Mitteln vorzunehmen ist, die das Straf- oder Strafverfahrensrecht dem Rechtsanwender zur Verfügung stellen. So kommt beispielsweise die Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153 a StPO nur in Betracht, wenn sich der Angeklagte keines Verbrechens schuldig gemacht hat (vgl. BGHSt 24, 239, 242). Ebenso ist ein Ausgleich für die Verfahrensverzögerung durch Strafreduzierung, Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) oder Absehen von Strafe (§ 60 StGB) nur in den Grenzen zulässig, die das Strafgesetzbuch insoweit jeweils setzt (s. BGHSt 27, 274 zu § 59 StGB). Von der gesetzlich vorgeschriebenen Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe kann aus Kompensationsgründen nicht abgesehen werden (BGH NJW 2006, 1529, 1535; ob hiervon in extremen Fällen Ausnahmen denkbar sind, ist dort offen gelassen worden). All dies begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BVerfG - Vorprüfungsausschuss - NJW 1984, 967; BVerfG - Kammer - 1993, 3254, 3256; 2003, 2897, 2899; NStZ 2006, 680, 681).

[30] In Fällen, in denen eine Kompensation nur durch eine Unterschreitung der gesetzlichen Mindeststrafen möglich wäre, gerät die bisher von der Rechtsprechung angewandte Strafabschlagslösung jedoch an ihre Grenzen und läuft Gefahr, das Rechtsfolgensystem des StGB in Frage zu stellen. Dieser Konflikt zwischen Straf- und Strafprozessrecht auf der einen und verfassungs- sowie konventionsrechtlichen Vorgaben auf der anderen Seite muss in einer Weise aufgelöst werden, welche die Bindung der Gerichte an die einfachgesetzlichen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozessordnung so weit wie möglich respektiert. Im Bereich der Strafzumessung bedeutet dies, dass die gesetzliche Untergrenze der angedrohten Strafe nur dann unterschritten werden darf, wenn keine andere Möglichkeit zur Verfügung steht, das vom Angeklagten erlittene Verfahrensunrecht in einer nach den Maßstäben des Grundgesetzes und der MRK hinreichenden Weise auszugleichen.

[31] Diese Möglichkeit ist mit dem Vollstreckungsmodell jedoch vorhanden, das seine rechtlichen Grundlagen in den Bestimmungen der MRK und deren Entschädigungsprinzip findet sowie den Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 StGB fruchtbar macht (s. unten). Indem es die Kompensation für die von staatlichen Stellen verursachten Verfahrens-

verzögerungen in einem gesonderten Schritt nach der eigentlichen Strafzumessung vornimmt, respektiert es im Ausgangspunkt die im Gesetz vorgegebenen Mindeststrafen, die nach der Bewertung des Gesetzgebers auch im denkbar mildesten Fall noch einen angemessenen Schuldausgleich gewährleisten (vgl. Kutzner StV 2002, 277, 278). Gleichzeitig eröffnet es die Möglichkeit, die gebotene Entschädigung des Angeklagten für das von ihm erlittene Verfahrensunrecht dennoch zu leisten. Dies gilt selbst im Falle einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Sollte hier ausnahmsweise eine Kompensation einmal geboten sein (vgl. BGH NJW 2006, 1529, 1535), so könnte sie durch Anrechnung auf die Mindestverbüßungsdauer im Sinne des § 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgenommen werden. Die Vollstreckungslösung erübrigt damit von vornherein Überlegungen, ob für besondere Ausnahmefälle ein Unterschreiten der gesetzlichen Mindeststrafe oder gar ein Absehen von der gesetzlich vorgeschriebenen lebenslangen Freiheitsstrafe (vgl. BGH StV 2002, 598; NJW 2006, 1529, 1535) in Betracht gezogen werden muss, sei es in der Form eines "Härteausgleichs" (s. für den Fall der nicht - mehr - möglichen Gesamtstrafenbildung BGHSt 31, 102, 104 m. Anm. Loos NStZ 1983, 260; vgl. auch BGHSt 36, 270, 275 f.), sei es durch eine Strafrahmenverschiebung in analoger Anwendung des § 49 Abs. 1 oder 2 StGB (s. Krehl ZIS 2006, 168, 178 f.; StV 2006, 408, 412; Hoffmann-Holland ZIS 2006, 539 f.), wie dies der Bundesgerichtshof in Ausnahmefällen für zulässig erachtet hat, wenn die Verhängung der von § 211 StGB vorgeschriebenen lebenslangen Freiheitsstrafe aus anderen Gründen mit dem Übermaßverbot in Widerstreit gerät (vgl. BGHSt 30, 105).

*b. Vollstreckungsmodell entspricht den vom EGMR aufgestellten Kriterien für den Ausgleich rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung*

[32] Die bisher praktizierte Strafabzlagslösung ist aber auch deshalb durch das Vollstreckungsmodell zu ersetzen, weil dieses sich inhaltlich in vollem Umfang an den Kriterien ausrichtet, die nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Art. 13, 34 MRK für den Ausgleich rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen maßgeblich sind.

*aa. Übereinstimmung der Vollstreckungslösung mit Sinn und Zweck der Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen*

[33] Die MRK ist durch das Zustimmungsgesetz (Art. 59 Abs. 2 GG) vom 7. August 1952 (BGBl II 685; ber. 953) unmittelbar geltendes nationales Recht im Range eines einfachen Bundesgesetzes geworden (vgl. etwa BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 323 f.; BGHSt 45, 321, 329; 46, 178, 186). Ihre Gewährleistungen sind daher durch die deutschen Gerichte wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch ver-

treubarer Auslegung zu beachten und anzuwenden (BVerfGE 111, 307, 323). Hierbei ist auch das Verständnis zu berücksichtigen, das sie in der Rechtsprechung des EGMR gefunden haben. Auf dieser Grundlage ist das nationale Recht unabhängig von dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit der MRK zu interpretieren (vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 324).

[34] Nach welchen Kriterien, in welcher Weise und in welchem Umfang eine Verletzung des Anspruchs auf zügige Verfahrenserledigung aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK zu kompensieren ist, um dem Betroffenen seine Opferstellung im Sinne des Art. 34 MRK zu nehmen und damit den jeweiligen Vertragsstaat vor einer Verurteilung zu bewahren, ist in der MRK nicht geregelt und daher vom EGMR den nationalen Fachgerichten nach Maßgabe der jeweiligen Rechtsordnung zur Entscheidung überlassen worden (vgl. EGMR EuGRZ 1983, 371, 382 m. Anm. Kühne; NJW 2001, 2694, 2700, Zf. 159; Pfeiffer in Festschrift Baumann S. 329, 338; Trurnit/Schroth StraFo 2005, 358, 361). Jedoch hat die Rechtsprechung des EGMR hierzu konkretisierende Maßstäbe entwickelt; ihr lassen sich auch deutliche Hinweise dazu entnehmen, welche Formen der Kompensation im Einzelfall eine hinreichende Wiedergutmachung des Konventionsverstößes bewirken können.

[35] Nach dem Konzept der MRK - in der Auslegung des EGMR - dient die Kompensation für eine konventionswidrige Verfahrensverzögerung allein dem Ausgleich eines durch die Verletzung eines Menschenrechts entstandenen objektiven Verfahrensunrechts (Demko HRRS 2005, 283, 295; Krehl ZIS 2006, 168, 178; StV 2006, 408, 412; vgl. Gaede wistra 2004, 166, 168; JR 2007, 254 f.). Sie ist Wiedergutmachung und soll eine Verurteilung des jeweiligen Vertragsstaates wegen der Verletzung des Rechts aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verhindern (Krehl ZIS 2006, 168, 178; s. auch BGH NStZ 1988, 552). Auf diese Wiedergutmachung hat der Betroffene gemäß Art. 13 MRK Anspruch, wenn die Konventionsverletzung nicht präventiv hat verhindert werden können (vgl. EGMR NJW 2001, 2694, 2698 ff., insbes. Zf. 159; Demko HRRS 2005, 403 ff.; Gaede wistra 2004, 166, 171; JR 2007, 254; Meyer-Ladewig MRK 2. Aufl. Art. 13 Rdn. 10, 22). Ist sie geleistet, so entfällt die Opfereigenschaft des Betroffenen im Sinne des Art. 34 MRK (vgl. EGMR StV 2006, 474, 477 f., Zf. 83). Das Gewicht der Tat und das Maß der Schuld sind dabei als solche weder für die Frage relevant, ob das Verfahren rechtsstaatswidrig verzögert worden ist (zu den maßgeblichen Kriterien in der Rechtsprechung des EGMR s. Kühne StV 2001, 529, 530 f. m. Nachw.; Demko HRRS 2005, 283, 289 ff.), noch spielen diese Umstände für Art und Umfang der zu gewährenden Kompensation eine Rolle (Demko HRRS 2005, 283, 294 f.; Krehl ZIS 2006, 168, 178; StV 2006, 408, 412; vgl.

auch Kutzner StV 2002, 277, 283). Diese ist vielmehr allein an der Intensität der Beeinträchtigung des subjektiven Rechts des Betroffenen aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK auszurichten. Durch die Kompensation wird danach eine Art Staatshaftungsanspruch erfüllt, der dem von einem überlangen Strafverfahren betroffenen Angeklagten in gleicher Weise erwachsen kann wie der Partei eines vom Gericht schleppend geführten Zivilprozesses oder einem Bürger, der an einem verzögerten Verwaltungsrechtsstreit beteiligt ist. Dieser Anspruch entsteht auch dann, wenn der Angeklagte freigesprochen wird. Ein unmittelbarer Bezug zu dem vom Angeklagten schuldhaft verwirklichten Unrecht oder sonstigen Strafzumessungskriterien besteht daher nicht.

[36] Die Kompensation durch Gewährung eines bezifferten Abschlags auf die an sich verirkte Strafe knüpft somit nach den Maßstäben der MRK im Ausgangspunkt an ein eher sachfernes Bewertungskriterium an, mag sie auch im Großteil der Fälle dazu führen, dass der gebotene Ausgleich geschaffen wird und damit die Opferstellung des Angeklagten entfällt. Demgegenüber koppelt das Vollstreckungsmodell den Ausgleich für das erlittene Verfahrensunrecht von vornherein von Fragen des Unrechts, der Schuld und der Strafhöhe ab.

Damit entspricht es nicht nur den Vorgaben der MRK, sondern es vermeidet gleichzeitig die Komplikationen, die sich für die Strafabschlagslösung aus der Bindung des Gerichts an die gesetzlich vorgegebenen Strafunterschieden ergeben (s. oben a).

*bb. Übereinstimmung der Vollstreckungslösung mit den inhaltlichen und formellen Anforderungen der MRK*

[37] Die Vollstreckungslösung genügt auch den inhaltlichen und formellen Anforderungen, die die Art. 13, 34 MRK an eine hinreichende Kompensation stellen.

[38] Nach der Rechtsprechung des EGMR verlangt ein angemessener Ausgleich zumindest die ausdrückliche oder jedenfalls sinngemäße Anerkennung des Konventionsverstoßes. Diese kann je nach den Umständen als Kompensation hinreichen; denn der EGMR hat in etlichen Fällen, in denen erst er selbst den Verstoß eines Mitgliedstaats gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK ausdrücklich festgestellt hat, diese Feststellung als Ausgleich genügen lassen und dem Betroffenen keine Geldentschädigung nach Art. 41 MRK für immaterielle Einbußen zugesprochen (vgl. EGMR NJW 1984, 2749, 2751 - Verwaltungsrechtsstreit; 2001, 213, 214 - Zivilrechtsstreit; StV 2005, 475, 477 m. Anm. Pauly - Strafverfahren).

Dies legt es nahe, dass aus der Sicht des EGMR insofern - das heißt ohne Berücksichtigung etwaiger materieller Schäden - die Opferstellung des Betroffenen bereits durch die nationalen Gerichte aufgehoben worden wäre, wenn sie die entsprechende Feststellung

selbst getroffen hätten.

[39] Der EGMR hat weiterhin deutlich gemacht, dass die "innerstaatlichen Behörden" durch eine eindeutige und messbare Minderung der Strafe angemessene Wiedergutmachung leisten können (s. - je m. w. Nachw. - EGMR StV 2006, 474, 479 m. Anm. Pauly; Urteil vom 26. Oktober 2006 - Nr. 65655/01, Zf. 24, juris). Dies gelte auch, soweit eine Verletzung des Art. 5 Abs. 3 MRK auszugleichen sei; jedoch müsse dieser Verstoß gesondert anerkannt werden und zu einer selbständigen messbaren Strafmilderung führen (vgl. EGMR StV 2006, 474, 478 m. Anm. Pauly).

[40] Zu Weiterem verhält sich der EGMR nicht näher. Nach den in seinen Entscheidungen entwickelten Maßstäben sind aber auch die in der deutschen Rechtsprechung neben der Strafreduktion in Betracht gezogenen Konsequenzen (Annahme eines Verfahrenshindernisses, Strafaussetzung zur Bewährung, Absehen von Maßregeln der Besserung und Sicherung, völlige oder teilweise Verfahrenseinstellung nach strafprozessualen Opportunitätsgrundsätzen) je nach den Umständen erkennbar als hinreichende Wiedergutmachung tauglich.

Notwendig ist lediglich der ausdrückliche Hinweis, dass die jeweilige Maßnahme des materiellen oder prozessualen Rechts gerade zur Kompensation des Verstoßes gegen das Beschleunigungsgebot getroffen worden ist (vgl. zu § 154 StPO: EGMR EuGRZ 1983, 371, 382).

[41] Nicht ausgeschlossen ist nach den Vorgaben des EGMR auch eine Wiedergutmachung durch Zahlung einer Geldentschädigung (s. dazu etwa Kühne EuGRZ 1983, 392, 383; Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren S. 267 ff.; Wohlers JR 1994, 138, 142 f.; Kraatz JR 2006, 403, 407 ff.). Die Rechtsordnungen anderer Vertragsstaaten der MRK enthalten hierzu ausdrückliche Regelungen (etwa Spanien: s. näher Paeffgen StV 2007, 487, 494; Italien: s. näher Ress in Festschrift Müller-Dietz S. 627, 628; Frankreich: s. Kraatz JR 2006, 2003, 2006). Mit den einschlägigen Vorschriften des französischen Rechts hat der EGMR sich bereits mit Blick auf Art. 13 MRK befasst. Er hat dabei eine derartige Form der Wiedergutmachung nicht generell für unzureichend erachtet. Er hat es vielmehr nur nicht für hinreichend belegt angesehen, dass die Bestimmungen nach ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und ihrer konkreten Handhabung in dem zu beurteilenden Fall ein wirksames innerstaatliches Rechtsmittel im Sinne des Art. 13 MRK zur Erlangung einer angemessenen Entschädigung darstellen (Entscheidung vom 26. März 2002, Nr. 48215/99, Zf. 20; s. Kraatz aaO). Das deutsche Recht enthält demgegenüber keine Regelungen, die es den Strafgerichten ermöglichen, eine Geldentschädigung zuzuerkennen. Die Bestimmungen des StrEG können nicht entsprechend herangezogen werden; sie haben abschließenden Charakter. Eine entsprechende Anwendung des § 465 Abs. 2

StPO gäbe keinen ausreichenden Entscheidungsspielraum. Es wäre Sache des Gesetzgebers, eine eindeutige rechtliche Grundlage zu schaffen.

[42] Es kann nicht zweifelhaft sein, dass nach den genannten Kriterien auch das Modell, einen angemessenen Teil der Strafe als vollstreckt anzurechnen, den Anforderungen an eine ausreichende Entschädigung gerecht wird. Es zieht neben dem Entschädigungsprinzip der MRK auch den Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 StGB heran; denn ähnlich wie bei der Untersuchungshaft handelt es sich bei den Belastungen, denen der Angeklagte durch die rechtsstaatswidrige Verzögerung des Verfahrens ausgesetzt ist, in erster Linie um immaterielle Nachteile, die allein in der Durchführung des Verfahrens wurzeln. Dies rechtfertigt es, diese Nachteile ähnlich wie die Auswirkungen der Untersuchungshaft durch Anrechnung auf die Strafe auszugleichen (vgl. Kraatz JR 2006, 204, 206; s. auch Theune in LK 12. Aufl. § 46 Rdn. 244; zu § 60 StGB: Jeschek/Weigend, StGB AT 5. Aufl. S. 863; dazu auch Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, S. 224 ff.).

Die Kompensation ist jedoch auch nach dem Vollstreckungsmodell bereits im Erkenntnisverfahren vorzunehmen. Sie kann nicht den Strafvollstreckungsbehörden überlassen werden; denn da die Entschädigung nicht durch schematische Anrechnung der jeweiligen Verzögerungsdauer auf die Strafe vorzunehmen, sondern aufgrund einer wertenden Betrachtung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu bemessen ist (s. unten IV. 1.), muss sie dem Tatrichter vorbehalten bleiben, dem schon die Feststellung dieser Umstände obliegt (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB).

#### 4. Weitere Gründe für den Übergang vom Strafabschlags- zum Vollstreckungsmodell

[43] Neben all dem sprechen weitere gewichtige Gründe für einen Übergang vom Strafabschlags- auf das Vollstreckungsmodell.

##### a. Bessere Möglichkeit zur Berücksichtigung des Grundsatzes unrechts- und schuldangemessenen Strafens

[44] Da die im Wege der Anrechnung vorgenommene Kompensation einen an dem Entschädigungsgedanken orientierten eigenen rechtlichen Weg neben der Strafzumessung im engeren Sinn darstellt, behält die nach den Maßstäben des § 46 StGB zugemessene und im Urteilstenor auszusprechende Strafe die Funktion, die ihr in anderen strafrechtlichen Bestimmungen, aber auch in außerstrafrechtlichen Regelungen zugewiesen ist. So bleibt - wie nach der gesetzlichen Konzeption des StGB vorgesehen - die dem Unrecht und der Schuld angemessene und nicht eine aus Entschädigungsgründen reduzierte Strafe maßgeblich etwa für die Fragen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Strafe zur Bewährung aus-

gesetzt werden kann (§ 56 Abs. 1 bis 3 StGB), ob die formellen Voraussetzungen für die Verhängung der Sicherungsverwahrung (§ 66 Abs. 1 bis 3 StGB), deren Vorbehalt (§ 66 a Abs. 1 StGB) oder deren nachträgliche Anordnung (§ 66 b StGB) erfüllt sind, ob der Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts eintritt (§ 45 StGB), ob Führungsaufsicht angeordnet werden kann (§ 68 Abs. 1 StGB), ob Verwarnung mit Strafvorbehalt in Betracht kommt (§ 59 Abs. 1 StGB) oder ob von Strafe abgesehen werden kann (§ 60 StGB) und wann Vollstreckungsverjährung eintritt (§ 79 StGB). Darüber hinaus behält sie die Bedeutung, die ihr in beamtenrechtlichen (§ 24 BRRG; für Richter s. § 24 DRiG) und ausländerrechtlichen (§§ 53, 54 AufenthG) Folgeregelungen beigelegt wird, sowie auch für die Tilgungsfristen nach dem BZRG (s. etwa § 46 BZRG) oder die Eintragungsvoraussetzungen in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 4 GewO).

[45] Hierdurch wird der überlangen Verfahrensdauer andererseits jedoch nicht ihre Bedeutung als Strafzumessungsgrund genommen. Sie bleibt als solcher zunächst bedeutsam deswegen, weil allein schon durch einen besonders langen Zeitraum, der zwischen der Tat und dem Urteil liegt, das Strafbedürfnis allgemein abnimmt. Sie behält - unbeschadet der insoweit zutreffenden dogmatischen Einordnung (zum Meinungsstreit s. Paeffgen StV 2007, 487, 490 Fn. 7) - ihre Relevanz aber gerade auch wegen der konkreten Belastungen, die für den Angeklagten mit dem gegen ihn geführten Verfahren verbunden sind und die sich generell um so stärker mildernd auswirken, je mehr Zeit zwischen dem Zeitpunkt, in dem er von den gegen ihn laufenden Ermittlungen erfährt, und dem Verfahrensabschluss verstreicht; diese sind bei der Straffindung unabhängig davon zu berücksichtigen, ob die Verfahrensdauer durch eine rechtsstaatswidrige Verzögerung mitbedingt ist (vgl. BGH NJW 1999, 1198; NStZ 1988, 552; 1992, 229, 230; NStZ-RR 1998, 108). Lediglich der hiermit zwar faktisch eng verschränkte, rechtlich jedoch gesondert zu bewertende und zu entschädigende Gesichtspunkt, dass eine überlange Verfahrensdauer (teilweise) auf einem konventions- und rechtsstaatswidrigen Verhalten der Strafverfolgungsbehörden beruht, wird aus dem Vorgang der Strafzumessung, dem er wesensfremd ist, herausgelöst und durch die bezifferte Anrechnung auf die im Sinne des § 46 StGB angemessene Strafe gesondert ausgeglichen.

##### b. Keine "Mathematisierung" der Straffindung

[46] Durch den Übergang zur Vollstreckungslösung wird die Strafenbildung von der Notwendigkeit befreit, einen einzelnen Zumessungsaspekt in mathematisierender Weise durch bezifferten Strafabschlag - gegebenenfalls gesondert für Einzelstrafen und Gesamtstrafe - auszuweisen. Gerade diese rechnerische Vorgehensweise ist zu Recht kritisiert worden (Schäfer,

Praxis der Strafzumessung 3. Aufl. Rdn. 443; ders. in Festschrift Tondorf S. 351, 357 f.; s. auch Gaede JR 2007, 254, 256). Selbst in Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ist sie als Fremdkörper in der Strafzumessung (BGH NStZ-RR 2006, 201, 202) sowie systemwidrig (BGH NStZ 2005, 465, 466) bezeichnet und es ist für wünschenswert erachtet worden, diese - ansonsten als rechtlich verfehlt erachtete (BGH NStZ-RR 1999, 101, 102; 2000, 43; 2006, 270, 271; NStZ 2007, 28) - Mathematisierung der Strafenfindung zu überdenken (BGH, Beschl. v. 23. Juni 2006 - 1 ARs 5/04; BGH wistra 2004, 470).

[47] Zwar kann die durch Anrechnung vorgenommene Kompensation den Rechtsfolgenausspruch - schon wegen der entsprechenden Vorgaben des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts - nicht von jeder Mathematisierung freihalten. Jedoch verlagert sie durch ihre Anlehnung an § 51 StGB die Bezifferung der Entschädigung zumindest in einen Bereich, der schon nach der gesetzlichen Konzeption derartigen Berechnungen offen steht und in diesem Rahmen auch eine zahlenmäßige Bewertung verfahrensbedingt erlittener Nachteile kennt (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB). Die eigentliche Strafzumessung wird demgegenüber nicht mehr mit ihr wesensfremden Anforderungen belastet.

Dies ist insbesondere auch deswegen bedeutsam, weil es nach der neueren Rechtsprechung des EGMR (StV 2006, 474, 478 m. Anm. Pauly) notwendig werden kann, künftig den durch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bewirkten Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 MRK neben demjenigen gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK gesondert zu kompensieren; dies würde nach dem Strafabschlagsmodell in letzter Konsequenz dazu führen, dass die Strafzumessung mit zwei Rechenwerken befrachtet werden müßte, im Falle einer Gesamtstrafenbildung auch noch gesondert für jede Einzelstrafe und - unter Vermeidung einer Doppelkompensation - für die Gesamtstrafe.

[48] Demgegenüber knüpft das Vollstreckungsmodell die Kompensation ausschließlich an die - für die Vollstreckung allein relevante - Gesamtstrafe an und vereinfacht hierdurch die Rechtsfolgenentscheidung erheblich.

##### *5. Kein Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Vorgaben und zur BVerfG-Rechtsprechung*

[49] Die Kompensation durch Anrechnung steht nicht in Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Vorgaben. Allerdings findet sich auch in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Aussage, dass die Belastungen, denen der Angeklagte durch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung ausgesetzt ist, den aus der Verwirklichung des Straftatbestandes abzuleitenden Unrechtsgehalt abmilderten, der dem Angeklagten als Tatschuld angelastet werde, und daher "grundsätzlich" als Strafmilderungsgrund bei der Strafzumessung zu berücksichtigen seien (s. insb.

BVerfG - Kammer - NStZ 2006, 680, 681; vgl. auch BVerfGK 2, 239, 247). Dem kann jedoch nicht entnommen werden, dass die nach der Rechtsprechung des EGMR gebotene Entschädigung des Angeklagten nach den Vorgaben des Grundgesetzes ausschließlich in der Form einer - zusätzlichen - bezifferten Strafmilderung zulässig wäre (vgl. dagegen I. Roxin StV 2008, 14, 16). Anliegen des Bundesverfassungsgerichts ist es nicht, eine bestimmte dogmatische Sichtweise des einfachgesetzlichen Rechts über die unrechts- und schuld-mildernde Wirkung rechtsstaatswidrig verursachter Verfahrenshärten als verfassungsrechtlich allein zulässige festzuschreiben.

Ebensowenig will es ersichtlich ein bestimmtes Modell der konventionsrechtlich geforderten Kompensation zum verfassungsrechtlich allein statthaften erklären.

Vielmehr geht es dem Bundesverfassungsgericht, wie sich seinen einschlägigen Entscheidungen deutlich entnehmen lässt, allein um die Beachtung des in der Verfassung verankerten Übermaßverbots. In welcher Form die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs durch die Fachgerichte in Anwendung des Straf- oder Strafprozessrechts gewährleistet wird, ist demgegenüber in der Verfassung nicht vorgegeben.

Anders wäre es auch kaum erklärbar, dass das Bundesverfassungsgericht eine kompensierende Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung auch bei der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung oder die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung für möglich erachtet. Wird dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs in der Weise Rechnung getragen, dass die Belastungen, denen der Angeklagte durch das überlange Verfahren ausgesetzt war, zunächst allgemein mildernd in die Strafzumessung einfließen und sodann der besondere Aspekt, dass sie (teilweise) auf rechtsstaatswidrige Verzögerungen seitens der Strafverfolgungsbehörden zurückzuführen sind, im Urteil dadurch Berücksichtigung findet, dass als Entschädigung hierfür ein Teil der Strafe als bereits vollstreckt gilt, so ist damit in gleicher Weise dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot Genüge getan wie durch die bezifferte Reduzierung der Strafe.

##### *6. Frühere Möglichkeit der Aussetzung eines Strafrestes zur Bewährung*

[50] Die Vollstreckungslösung kann nicht nur - sachgerechte - gesetzliche Folgen haben, die sich im Vergleich zur Strafabschlagslösung zum Nachteil des Angeklagten auswirken (s. 4. a), sondern auch solche, die ihm zum Vorteil gereichen; denn durch die Anrechnung werden bei der Strafzeitberechnung die Halbstrafe und der Zwei-Drittel-Zeitpunkt regelmäßig schneller erreicht, so dass es früher als bisher möglich ist, einen Strafrest zur Bewährung auszusetzen (§ 57

Abs. 1, 2 und 4 StGB). Auch dies ist eine systemgerechte Konsequenz des neuen Modells.

[51] Wird die Freiheitsstrafe, die zur Wiedergutmachung teilweise als vollstreckt erklärt wird, von vornherein zur Bewährung ausgesetzt, so ergeben sich keine grundsätzlichen Unterschiede zur bisherigen Rechtslage. Nach beiden Kompensationsmodellen wird die Entschädigung faktisch erst dann wirksam, wenn die Strafe nach einem Bewährungswiderruf vollstreckt werden muss. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung neben der Anrechnung auf die Strafe aktuell wirksam auch dadurch auszugleichen, dass im Bewährungsbeschluss ausdrücklich auf Auflagen im Sinne des § 56b Abs. 2 Nr. 2 bis 4 StGB verzichtet wird.

[52] Auch sonst ergeben sich durch die Vollstreckungslösung keine bedeutsamen Unterschiede: Kommt nur die Verhängung einer Geldstrafe in Betracht, so ist diese wegen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nicht mehr um einen bezifferten Abschlag zu ermäßigen, sondern die schuldangemessene Geldstrafe in der Urteilsformel auszusprechen und zugleich festzusetzen, dass ein beziffertes Teil der zugemessenen Tagessätze als bereits vollstreckt gilt. In Fällen, in denen das gebotene Maß der Kompensation die schuldangemessene (Einzel-)Strafe erreicht oder übersteigt, ist - wie bisher - die Anwendung der §§ 59, 60 StGB oder die (teilweise) Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgrundsätzen zu erwägen (§§ 153, 153a, 154, 154a StPO); gegebenenfalls ist zu prüfen, ob ein aus der Verfassung abzuleitendes Verfahrenshindernis der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht.

[53] Die im Bereich des Jugendstrafrechts bestehenden besonderen Probleme werden durch das Vollstreckungsmodell weder beseitigt noch verstärkt. Während sich bisher die Frage stellte, ob von der aus Erziehungsgründen erforderlichen Strafe zur Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ein beziffertes Abschlag vorgenommen werden darf (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 15), ist nunmehr danach zu fragen, ob es dem Erziehungsgedanken widerstreitet, einen Teil der Strafe als Entschädigung für vollstreckt zu erklären (s. § 52a JGG, ferner § 88 JGG mit größerer Flexibilität für die Reststrafenaussetzung).

#### *IV. Von den Strafgerichten in Zukunft anzuwendende Grundsätze*

[54] Die Strafgerichte haben die erforderliche Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nach dem Vollstreckungsmodell somit an folgenden Grundsätzen auszurichten:

##### *1. Anforderungen an Urteilsfeststellungen und -formel bei Anwendung der Vollstreckungslösung*

[55] Wie bisher sind zunächst Art und Ausmaß der

Verzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen. Diese Feststellung dient zunächst als Grundlage für die Strafzumessung. Der Tatrichter hat insofern in wertender Betrachtung zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil sowie die besonderen Belastungen, denen der Angeklagte wegen der überlangen Verfahrensdauer ausgesetzt war, bei der Straffestsetzung in den Grenzen des gesetzlich eröffneten Strafrahmens mildernd zu berücksichtigen sind. Die entsprechenden Erörterungen sind als bestimmende Zumessungsfaktoren in den Urteilsgründen kenntlich zu machen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO); einer Bezifferung des Maßes der Strafmilderung bedarf es nicht.

[56] Hieran anschließend ist zu prüfen, ob vor diesem Hintergrund zur Kompensation die ausdrückliche Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt; ist dies der Fall, so muss diese Feststellung in den Urteilsgründen klar hervortreten. Reicht sie dagegen als Entschädigung nicht aus, so hat das Gericht festzulegen, welcher bezifferte Teil der Strafe zur Kompensation der Verzögerung als vollstreckt gilt. Allgemeine Kriterien für diese Festlegung lassen sich nicht aufstellen; entscheidend sind stets die Umstände des Einzelfalls, wie der Umfang der staatlich zu verantwortenden Verzögerung, das Maß des Fehlverhaltens der Strafverfolgungsorgane sowie die Auswirkungen all dessen auf den Angeklagten. Jedoch muss es stets im Auge behalten werden, wenn die Verfahrensdauer als solche sowie die hiermit verbundenen Belastungen des Angeklagten bereits mildernd in die Strafbemessung eingeflossen sind und es daher in diesem Punkt der Rechtsfolgenbestimmung nur noch um einen Ausgleich für die rechtsstaatswidrige Verursachung dieser Umstände geht. Dies schließt es aus, etwa den Anrechnungsmaßstab des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB heranzuziehen und das Maß der Anrechnung mit dem Umfang der Verzögerung gleichzusetzen; vielmehr wird sich die Anrechnung häufig auf einen eher geringen Bruchteil der Strafe zu beschränken haben.

[57] In die Urteilsformel ist die nach den Kriterien des § 46 StGB zugemessene Strafe aufzunehmen; gleichzeitig ist dort auszusprechen, welcher bezifferte Teil dieser Strafe als Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer als vollstreckt gilt.

##### *2. Anwendung der Vollstreckungslösung bei Bildung von Gesamtstrafen, § 54 StGB*

[58] Stehen mehrere Straftaten des Angeklagten zur Aburteilung an, so ist - wie bisher - zunächst zu prüfen, ob und in welchem Umfang das Verfahren bei der Verfolgung aller dieser Delikte rechtsstaatswidrig verzögert worden ist; gegebenenfalls sind insoweit differenzierte Feststellungen zu treffen und der Abstand zwischen Tatzeitpunkt und Urteil sowie die Belastungen des Angeklagten durch die Verfahrensdauer nur bei einigen der festzusetzenden Einzelstrafen mildernd

zu berücksichtigen. Allein auf die durch Zusammenfassung der Einzelstrafen gebildete und in der Urteilsformel ausgesprochene Gesamtstrafe ist die Anrechnung vorzunehmen, indem ein bezifferter Teil hiervon im Wege der Kompensation für vollstreckt erklärt wird; denn allein die Gesamtstrafe ist Grundlage der Vollstreckung.

[59] Wird die Gesamtstrafe nachträglich aufgelöst, so hat das Gericht, das unter Einbeziehung der dieser zugrunde liegenden Einzelstrafen eine neue Gesamtstrafe zu bilden hat, auch festzusetzen, welcher bezifferte Teil dieser neuen Gesamtstrafe aus Kompensationsgründen als vollstreckt anzurechnen ist. Hierdurch darf der, wie rechtskräftig festgestellt, von einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung betroffene Ver-

urteilte nicht nachträglich schlechter gestellt werden (vgl. § 51 Abs. 2 StGB). Dies gilt entsprechend, wenn die Einzelstrafen des ursprünglichen Urteils in mehrere neu zu bildende Gesamtstrafen einzubeziehen sind. Das zur Entscheidung berufene Gericht hat dann festzulegen, in welchem Umfang die neu auszusprechenden Gesamtstrafen anteilig als vollstreckt gelten. Dabei hat es sich daran zu orientieren, in welchem Umfang in die jeweilige neue Gesamtstrafe Einzelstrafen einfließen, die ursprünglich nach einem rechtsstaatswidrig verzögerten Verfahren festgesetzt worden waren. In der Summe dürfen die für vollstreckt erklärten Teile der neuen Gesamtstrafen nicht hinter der ursprünglich ausgesprochenen Anrechnung zurückbleiben.



## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Vermittlungsausschuss

BVERFG, BESCHLUSS VOM 15.01.2008  
2 BVL 12/01 (DSTR 2008, 556)

#### Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte die Frage zu entscheiden, wie das Spannungsverhältnis zwischen dem Initiativmonopol der in Art. 76 I GG genannten Organe bei der Gesetzgebung und der Schlichtungsfunktion des Vermittlungsausschusses zu lösen ist. Im konkreten Fall ging es um eine Gesetzgebungsinitiative "aus der Mitte des Bundestages" (vgl. Art. 76 I 1 GG), die vom Bundestag beschlossen wurde, im Bundesrat jedoch keine Mehrheit fand. Der daraufhin nach Art. 77 II GG einberufene Vermittlungsausschuss unterbreitete einen Kompromissvorschlag, der allerdings auch Regelungen vorsah, über die im Bundestag zuvor nicht debattiert worden war. Anschließend beschloss der Bundestag den Kompromiss, der Bundesrat stimmte dem zu.

Das BVerfG hält dieses Procedere für verfassungswidrig. Der Vermittlungsausschuss habe nur die Aufgabe, im Falle unterschiedlicher Auffassungen zwischen Bundestag und Bundesrat im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens einen Einigungsvorschlag zu erarbeiten. Zur Wahrung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, der Rechte der Abgeordneten, der Öffentlichkeit der parlamentarischen Debatte und damit der demokratischen Kontrolle der Gesetzgebung dürfe er aber lediglich solche Änderungen vorschlagen, die sich im Rahmen des ursprünglichen Gesetzgebungsverfahrens bewegten. Dieser Rahmen werde durch die Regelungsgegenstände begrenzt, die bis zur letzten Lesung im Bundestag in das jeweilige Gesetzgebungsverfahren eingeführt waren.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte - wie hier - im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle in Examensaufgaben vorkommen. Die Wirksamkeit einer Norm kann aber auch inzidenter zu prüfen sein. Bemerkenswert ist übrigens, dass das BVerfG im konkreten Fall zwar einen Verfassungsverstoß festgestellt, die Norm aber trotzdem weiterhin für wirksam erklärt hat, weil es an der nötigen Evidenz des Verfahrensverstößes fehle. Hierzu Folgendes:

I. Bei nur formellen Verstößen - wie hier - hält das BVerfG das Bedürfnis nach Rechtssicherheit regel-

mäßig für bedeutender als jenes nach Herstellung verfassungskonformer Zustände; deshalb komme die Nichtigkeitserklärung von Gesetzen aus rein formellen Gründen - abweichend von § 78 S. 1 BVerfGG (hier i.V.m. § 82 I BVerfGG) - nur bei evidenten Verstößen in Betracht.

II. Auch bei materiellen Verstößen kann sich ein solches Spannungsverhältnis ergeben. In diesen Fällen stellt das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der Norm nur fest (ohne sie für nichtig zu erklären), wenn die verfassungswidrige Regelung im Vergleich zu einem Zustand gänzlich ohne Regelung das kleinere Übel wäre. Das Gericht nimmt sich dann die Freiheit heraus, dem Gesetzgeber eine Frist zur Schaffung einer verfassungskonformen Neuregelung zu setzen. So geschehen bspw. in der ersten Entscheidung zum "großen Lauschangriff", BVerfG, RA 2004, 153 ff. und 280 ff. = NJW 2004, 999; zur Verfassungsmäßigkeit der daraufhin getroffenen Neuregelung vgl. BVerfG, RA 2007, 493 = NJW 2007, 2753).

III. Mit derartigen Abweichungen von der an sich zwingende Rechtsfolge des § 78 S. 1 BVerfGG sollte man in einem Gutachten sparsam umgehen. Nur wenn sich die o.g. Umstände aufdrängen oder positiv bekannt ist, dass das BVerfG in einem der Prüfungsaufgabe entsprechenden Originalfall ebenso verfahren ist, sollte ein solcher Schritt vollzogen werden.

#### Vertiefungshinweise:

- Vorlagebeschlüsse des BFH zu dieser Frage: *BFH*, NJW 2007, 944; NJW 2002, 773
- Rechte und Pflichten des Vermittlungsausschusses: *BVerfGE* 101, 297
- Besetzung des Vermittlungsausschusses: *BVerfG*, RA 2005, 69 = BayVBl 2005, 173; *BVerfGE* 106, 253
- Kompendium zu Art. 76 GG: *Elicker*, JA 2005, 513

#### Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Der Lottokönig"

#### Leitsatz:

**Zu den Grenzen der Kompetenz des Vermittlungsausschusses.**

#### Sachverhalt:

Im Rahmen einer großen Unternehmenssteuerreform

brachten die Fraktionen von CDU/CSU und FDP im Jahre 1997 einen nach Art. 105 III GG im Bundesrat zustimmungsbedürftigen Gesetzesentwurf in den Deutschen Bundestag ein, der u.a. eine Modifizierung des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG) zum Gegenstand hatte. Dieser Entwurf wurde vom Deutschen Bundestag in dritter Lesung beschlossen, fand im Bundesrat jedoch keine Mehrheit. Der daraufhin nach Art. 77 II 4 GG von der Bundesregierung angerufene Vermittlungsausschuss unterbreitete einen Kompromissvorschlag, der u.a. eine Streichung des § 12 UmwStG vorsah. Über eine Umgestaltung oder gar Abschaffung des § 12 UmwStG verhielt sich weder der ursprüngliche Gesetzesentwurf, noch war eine solche Möglichkeit Gegenstand der Debatten im Deutschen Bundestag gewesen. Gleichwohl stimmten Bundestag und Bundesrat dem Kompromissvorschlag des Vermittlungsausschusses nunmehr zu. Der Bundespräsident fertigte das so zustande gekommene "Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997" einschließlich seines Art. 3 Nr. 4 lit. a), welcher die Streichung des § 12 UmwStG enthielt, aus. Am 31.10.1997 wurde es im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I, S. 2590).

In einem vor dem BFH rechtshängigen Verfahren stellte sich nun die Frage, ob § 12 UmwStG wirksam gestrichen worden ist. Der BFH hat Zweifel daran, weil er Art. 76 I GG für verletzt hält. Eine Gesetzgebungsinitiative dürfe nur von Bundesrat, Bundesregierung oder aus der Mitte des Bundestages heraus ergriffen werden, nicht aber vom Vermittlungsausschuss. Die Bundesregierung hingegen meint, es handle sich um ein allgemein übliches Verfahren, dass der Vermittlungsausschuss Kompromissvorschläge unterbreite. Dies sei sogar seine verfassungsrechtliche Aufgabe. Der BFH hält diese Argumentation hingegen nicht für ausreichend, um seine Zweifel auszuräumen. Es fehle an einem "Machtwort" des BVerfG, das die Kompetenzen des Vermittlungsausschusses bisher nicht eindeutig umrissen habe.

Daher legt der BFH dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vor, ob "die Streichung des § 12 UmwStG wirksam ist". Wie wird das BVerfG entscheiden?

### **Lösung:**

Das BVerfG wird die Streichung des § 12 UmwStG für unwirksam erklären, wenn die entsprechende Vorlage des BFH zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Zuständigkeit**

Das BVerfG ist für derartige Vorlagen im Wege einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG i.V.m.

§§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG zuständig.

##### **II. Vorlagegegenstand**

Tauglicher Vorlagegegenstand der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG ist ein "Gesetz". Darunter ist nur ein nachkonstitutionelles Parlamentsgesetz zu verstehen.

Der BFH fragt wörtlich, "ob die Streichung von § 12 UmwStG wirksam ist". Tauglicher Prüfungsgegenstand einer konkreten Normenkontrolle kann jedoch nicht der Inhalt einer Norm (hier die "Streichung" des § 12 UmwStG), sondern nur eine Norm als solche sein.

Die Vorlagefrage kann aber vom BVerfG sinngemäß ausgelegt werden (vgl. BVerfGE 13, 39 [41 f.]; 15, 268 [270 f.]; 48, 376 [387 f.]). Richtig verstanden stellt das vorlegende Gericht die Rechtsfrage (vgl. § 81 BVerfGG), ob Art. 3 Nr. 4 lit. a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997, der die Streichung des § 12 UmwStG beinhaltet, verfassungswidrig ist.

Art. 3 Nr. 4 lit. a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 ist ein nachkonstitutionelles Parlamentsgesetz und damit ein tauglicher Vorlagegegenstand.

##### **III. Vorlageberechtigung**

Vorlageberechtigt ist nach Art. 100 I GG ein Gericht. Darunter ist jede mit unabhängigen Richtern besetzte, staatliche und auf Dauer eingerichtete Stelle zu verstehen, die mit Judikativaufgaben betraut ist. Dass der BFH diese Voraussetzungen erfüllt, liegt auf der Hand.

##### **IV. Entscheidungserheblichkeit**

Die Norm muss gem. Art. 100 I GG nach Einschätzung des vorlegenden Gerichts für dessen Entscheidungsfindung erheblich sein. Das BVerfG beschränkt sich insoweit auf eine Evidenzkontrolle. Hier sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der BFH seine Entscheidung unabhängig von der Frage der Streichung des § 12 UmwStG treffen könnte.

##### **V. Form**

Die Vorlage müsste dem BVerfG in der Form des § 23 BVerfGG unterbreitet werden. Von der Einhaltung dieser Formalie ist auszugehen.

##### **VI. Zwischenergebnis**

Die Vorlage des BFH ist als konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG zulässig.

##### **B. Begründetheit**

Die Vorlage ist begründet, wenn die vorgelegte Norm verfassungswidrig ist, Art. 100 I GG i.V.m. §§ 82 I, 78 S. 1 BVerfGG. Fraglich ist also, ob die Norm verfas-

sungsgemäß zustande gekommen ist.

### *I. Formelle Verfassungsmäßigkeit*

Ein Bundesgesetz wie Art. 3 Nr. 4 lit. a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 ist formell verfassungsgemäß, wenn der Bund die Gesetzgebungskompetenz hatte und das Gesetz nach ordnungsgemäßigem Verfahren in der richtigen Form zustande gekommen ist.

#### *1. Gesetzgebungskompetenz*

Die Verbandskompetenz des Bundes zur Streichung von § 12 UmwStG durch Art. 3 Nr. 4 lit. a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 ergibt sich aus Art. 105 II i.V.m. 106 I, III GG. Die Organkompetenz des Deutschen Bundestages zum Erlass der Bundesgesetze ergibt sich aus Art. 77 I 1 GG.

#### *2. Verfahren*

Das Gesetzgebungsverfahren wird nach Art. 76 I GG durch eine Initiative des Bundesrates, der Bundesregierung oder aus der Mitte des Bundestages eingeleitet.

##### *a. Ursprüngliche Vorlage*

Die ursprüngliche Gesetzesvorlage wurde von den Fraktionen der CDU/CSU und FDP eingebracht. Initiativen von Fraktionen stammen "aus der Mitte des Bundestages", wie § 76 GOBT auf einfach-gesetzlicher Ebene klarstellt. Zwar kommt es für die Verfassungsmäßigkeit einer Norm nicht auf ihre Vereinbarkeit mit der GOBT, sondern nur mit dem GG selbst an; strengere Anforderungen an eine Initiative "aus der Mitte des Bundestages" als die des § 76 GOBT ergeben sich aus Art. 76 I 1 GG oder anderen Verfassungsnormen aber nicht.

[Anm.: Fraktionsstärke genügt also jedenfalls. Auf die streitige Frage, ob von Verfassungs wegen abweichend von § 76 GOBT auch die Initiative einer Gruppe oder eines einzelnen Abgeordneten genügt (vgl. dazu Elicker, JA 2005, 513, 514), kommt es hier nicht an.]

##### *b. Änderungsvorschlag*

Allerdings war der hier vorgelegte Art. 3 Nr. 4 lit. a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 in dieser Gesetzesvorlage nicht enthalten. Die in ihm geregelte Abschaffung des § 12 UmwStG geht vielmehr auf einen Änderungsvorschlag des Vermittlungsausschusses zurück. Fraglich ist, ob und in welchem Umfang solche Änderungsvorschläge zulässig sind, ohne das Initiativrecht des Art. 76 I GG auszuhöhlen.

##### *aa. Keine Regelung im Grundgesetz*

"[58] Die Kompetenzen des Vermittlungsausschusses und ihre Grenzen sind in der Verfassung nicht ausdrücklich geregelt. Sie ergeben sich aber aus der Funktion und Stellung des Gremiums im Gesetzgebungsverfahren (vgl. zum Folgenden BVerfGE 72, 175 [187 ff.]; 78, 249 [271]; 101, 297 [306 ff.])."

##### *bb. Herleitung aus Funktion des Vermittlungsausschusses*

"[59] Die Einrichtung des Vermittlungsausschusses beruht auf der bundesstaatlichen Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens. Bundesgesetze werden zwar gemäß Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG vom Bundestag beschlossen. Dem Bundesrat kommen im Gesetzgebungsverfahren aber Mitwirkungsrechte zu, sodass er durch einen Einspruch oder die Verweigerung einer erforderlichen Zustimmung Einfluss auf die Gesetzgebung nehmen kann. In diesem System hat der Vermittlungsausschuss die Aufgabe, im Falle unterschiedlicher Auffassungen zwischen Bundestag und Bundesrat einen Einigungsvorschlag zu erarbeiten, über den der Bundestag sodann erneut zu beschließen hat (Art. 77 Abs. 2 Satz 5 GG). Der Vermittlungsausschuss hat demgemäß im Gesetzgebungsverfahren zwar keine Entscheidungskompetenz, wohl aber eine den Kompromiss vorbereitende, ihn aushandelnde und faktisch gestaltende Kompetenz. Diese jeder Vermittlungstätigkeit innewohnende faktische Gestaltungsmacht ist durch die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens beschränkt."

##### *(1). Nur Änderungsvorschläge zulässig, die sich im Rahmen des Anrufungsbegehrens und des Gesetzgebungsverfahrens bewegen*

"[60] So verfügt der Vermittlungsausschuss über kein eigenes Gesetzesinitiativrecht, sondern wird nur tätig, sofern er nach der Zustimmung des Bundestages zu einem Gesetzentwurf (Art. 77 Abs. 1 GG) von einem der in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Initiativberechtigten angerufen wird. Ihm kommt daher lediglich die Aufgabe zu, auf der Grundlage dieses Gesetzesbeschlusses und des vorherigen Gesetzgebungsverfahrens Änderungsvorschläge zu erarbeiten, die sich sowohl im Rahmen der parlamentarischen Zielsetzung des Gesetzgebungsvorhabens bewegen als auch die jedenfalls im Ansatz sichtbar gewordenen politischen Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat ausgleichen. Andernfalls würde der von Verfassungs wegen gebotene Zusammenhang zwischen der öffentlichen Debatte im Parlament und der späteren Schlichtung zwischen den an der Gesetzgebung beteiligten Verfassungsorganen aufgelöst, und zwar zu Lasten der öffentlichen Beobachtung des Gesetzgebungsverfahrens, denn der Vermittlungsaus-

schuss tagt im Interesse der Effizienz seiner Arbeit unter Ausschluss der Öffentlichkeit, er muss seine Empfehlungen auch nicht unmittelbar vor der Öffentlichkeit verantworten. Zur Wahrung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, der Rechte der Abgeordneten, der Öffentlichkeit der parlamentarischen Debatte und damit der demokratischen Kontrolle der Gesetzgebung darf der Vermittlungsausschuss daher lediglich solche Änderungen, Ergänzungen oder Streichungen des Gesetzesbeschlusses vorschlagen, die sich im Rahmen des Anrufungsbegehrens und des Gesetzgebungsverfahrens bewegen. Der Vermittlungsvorschlag darf weder zu einer Verlagerung der Entscheidungen in den Ausschuss und damit zu einer Entparlamentarisierung führen noch dazu, dass der Bundesrat ohne Beteiligung des Bundestages Einfluss auf die Gesetzgebung nehmen kann.”

### (2). *Subsumtion*

Fraglich ist, ob die hier vom Vermittlungsausschuss vorgeschlagene Streichung des § 12 UmwStG durch Aufnahme des Art. 3 Nr. 4 lit. a in das Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 sich noch im Rahmen dieser Vermittlungskompetenz bewegt.

#### (a). *Vermittlungsrahmen*

Um dies zu beurteilen, ist es zunächst erforderlich, den Vermittlungsrahmen, innerhalb dessen sich der Vermittlungsausschuss bewegen darf, genauer zu bestimmen:

“[61] Das zum Anrufungsbegehren führende Gesetzgebungsverfahren wird durch die zuvor dort eingeführten Anträge und Stellungnahmen der Abgeordneten, aber auch des Bundesrates sowie im Falle einer Regierungsvorlage gegebenenfalls der Bundesregierung bestimmt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob und in welcher Form der Bundestag die Anträge und Stellungnahmen in seinem Gesetzesbeschluss berücksichtigt hat. Entscheidend ist allein, dass sie im Gesetzgebungsverfahren vor dem Gesetzesbeschluss bekannt gegeben worden sind und die Abgeordneten in Wahrnehmung ihrer ihnen aufgrund ihres freien Mandats obliegenden Verantwortung (vgl. BVerfGE 102, 224 [238 f.]) die Möglichkeit hatten, diese zu erörtern, Meinungen zu vertreten, Regelungsalternativen vorzustellen und hierfür eine Mehrheit im Parlament zu suchen.

Diese Möglichkeit wird verschlossen, wenn Regelungsgegenstände erst nach der letzten Lesung des Bundestages in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt werden. Die Abgeordneten werden statt dessen mit einem fertigen Gesetzentwurf konfrontiert, dessen einzelne Bestandteile sie in diesem Verfahrensabschnitt nicht mehr in das übliche Beratungsverfah-

ren aufnehmen können. Dies ist nur vertretbar, wenn es sich sämtlich um Regelungsgegenstände handelt, die jedenfalls dem Grunde nach im Gesetzgebungsverfahren erkennbar geworden sind. Andernfalls können auch keine Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat bestehen, auf deren Ausgleich das Vermittlungsverfahren zielt, da das Parlament mit dem Regelungsgegenstand noch nicht befasst war.

[62] Die Kompetenz des Vermittlungsausschusses beschränkt sich danach darauf, mit dem Beschlussvorschlag eine Brücke zwischen Regelungsalternativen zu schlagen, die bereits zuvor in den Gesetzgebungsorganen erörtert worden oder jedenfalls erkennbar geworden sind. Der Vermittlungsausschuss darf mit seinem Vorschlag weder ein ihm nicht zustehendes Gesetzesinitiativrecht beanspruchen noch das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren verkürzen und der öffentlichen Aufmerksamkeit entziehen. Der Vermittlungsvorschlag muss so ausgestaltet sein, dass er dem Bundestag aufgrund der dort zu führenden parlamentarischen Debatte zurechenbar ist. Er ist deshalb durch diejenigen Regelungsgegenstände begrenzt, die bis zur letzten Lesung im Bundestag in das jeweilige Gesetzgebungsverfahren eingeführt waren. Dies muss nicht in Form eines ausformulierten Gesetzentwurfs erfolgen. Der Regelungsgegenstand muss aber so bestimmt sein, dass seine sachliche Tragweite dem Grunde nach erkennbar wird. Eine allgemeine Zielformulierung genügt hierfür nicht. So genügt etwa die bloße Formulierung eines Finanzierungszweckes nicht, über das Vermittlungsverfahren belastende steuerrechtliche Regelungen einzuführen.”

#### (b). *Überschreitung dieses Rahmens*

“[64] Mit Art. 3 Nr. 4 Buchstabe a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 hat der Vermittlungsausschuss eine Bestimmung in seinen Einigungsvorschlag aufgenommen, die nicht Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat war. [...]

[69] Der Vermittlungsausschuss hat demnach mit der Aufnahme des Art. 3 Nr. 4 Buchstabe a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 in den Einigungsvorschlag seine Kompetenzen überschritten. Indem er die genannte Vorschrift in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt hat, ohne dass diese oder auch nur eine thematisch verwandte Regelung Gegenstand des vorherigen Verfahrens gewesen wäre, hat er der Sache nach ein Gesetzesinitiativrecht beansprucht, das gemäß Art. 76 I GG ausschließlich dem Bundestag, dem Bundesrat und der Bundesregierung zusteht.”

[Anm.: Das BVerfGE ergänzt: “Das so zustande gekom-

*mene Gesetz verstößt wegen der unterbundenen Möglichkeit der parlamentarischen Beratung zugleich gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG, das in Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG normierte Prinzip der Öffentlichkeit der parlamentarischen Debatte sowie die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG.”]*

## *II. Rechtsfolge*

Ist Art. 3 Nr. 4 Buchstabe a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 nach alledem mangels ordnungsgemäßer Gesetzgebungsinitiative schon formell verfassungswidrig, bleibt die Frage zu klären, welche Folgen dies für die Wirksamkeit der Norm hat.

### *1. Grundsatz*

Verfassungswidrige Gesetze sind grundsätzlich unwirksam und nichtig. Diese zwingende Rechtsfolge ergibt sich aus dem über § 82 I BVerfGG auch im konkreten Normenkontrollverfahren anwendbaren § 78 S. 1 BVerfGG.

### *2. Ausnahme*

Diese Rechtsfolge steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zum Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Dieses löst das BVerfG in st.Rspr. jedenfalls für formelle Verfassungsverstöße nach dem Evidenzprinzip: Ist der Verstoß evident, überwiegt das Interesse an der Wahrung der Verfassung, die Norm ist unwirksam. Handelt es sich hingegen nicht um einen evidenten Verstoß, bleibt sie trotz ihrer Verfassungswidrigkeit in Kraft:

“[71] Ein Mangel im Gesetzgebungsverfahren führt mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nur dann zur Nichtigkeit des Gesetzes, wenn er evident ist (vgl. BVerfGE 34, 9 [25]; 91, 148 [175]).”

### *3. Subsumtion*

“[72] Der hier festgestellte Verfahrensverstoß war nicht evident. Entscheidend dafür ist, dass das Bundesverfassungsgericht die Maßstäbe, an denen gemessen das eingeschlagene Gesetzgebungsverfahren als verfassungswidrig anzusehen ist, erst in seinem Urteil vom 7. Dezember 1999 (BVerfGE 101, 297) und damit nach Abschluss des hier in Rede stehenden Gesetzgebungsverfahrens konkretisiert hat. In den einschlägigen früheren Entscheidungen konnte es die Frage nach Umfang und Grenzen des Vermittlungsausschusses noch offen lassen und sich daher darauf beschränken, auf die Staatspraxis sowie mögliche in der Literatur erörterte Grenzen der Vermittlungstätigkeit zu verweisen (vgl. BVerfGE 72, 175 [187 ff.] sowie unter Bezugnahme auf diese Entscheidung BVerfGE 78, 249 [271]). In den älteren Entscheidungen bleiben die inzwischen konkretisierten Maßstäbe zulässiger Vermittlungstätigkeit noch unbestimmt, wenn etwa davon die Rede ist, der Spielraum für Alternativ- und Ergänzungsvorschläge im Vermittlungsverfahren sei umso weiter, je umfassender die Materie und das Regelungsziel des Gesetzesbeschlusses sind (vgl. BVerfGE 72, 175 [190]). Die Überschreitung der dem Vermittlungsausschuss bei seiner Tätigkeit von Verfassung wegen gesetzten Grenzen lässt sich erst unter Heranziehung der im Urteil vom 7.12.1999 entwickelten Maßstäbe feststellen, auf die sich aber der Gesetzgeber im Jahr 1997 noch nicht einstellen konnte.”

### *C. Ergebnis*

Das BVerfG wird nach alledem wie folgt entscheiden: “Artikel 3 Nummer 4 Buchstabe a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, bleibt aber gültig.”

**Standort: Zivilrecht****Problem: Fristsetzung zur Nacherfüllung bei Arglist**

BGH, URTEIL VOM 09.01.2008

VIII ZR 210/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. kaufte bei den Bekl. ein Dressurpferd. Nach der Übergabe des Tieres stellte sich heraus, dass das Pferd nicht ordnungsgemäß kastriert worden war. Daher beehrte die Kl. von den Bekl. die Minderung des Kaufpreises zu 1/2 wegen der Mangelhaftigkeit des Tieres. Die Kl. behauptete dazu, dass die Bekl. bereits vor dem Abschluss des Kaufvertrages bekannt gewesen sei, dass das Pferd wegen der fehlerhaften Kastration nicht als Dressurpferd tauglich war.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; auch die Berufung blieb ohne Erfolg. In der Revision wurde das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Bescheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat befasste sich mit dem Rückzahlungsanspruch des Käufers wegen Zuvielzahlung trotz Minderungsmöglichkeit gem. §§ 437 Nr. 2, 441 I, IV, 323 I i.V.m. § 346 I BGB. Statt des Rücktritts vom Kaufvertrag kann der Käufer auch die Minderung wählen; der Käufer behält den Kaufgegenstand und schuldet nur einen herabgesenkten Kaufpreis, § 441 I BGB. Was der Käufer schon zu viel gezahlt hat, kann er zurück verlangen, § 441 IV BGB. Für den Betrag der Minderung gibt es die folgende Berechnungsformel:

Geminderter Kaufpreis = (wirklicher Wert x ursprünglicher Kaufpreis) / Wert in mangelfreiem Zustand.

Maßgeblich für die Bescheidung ist hier die Frage, ob ein Rücktrittsgrund gem. § 323 I BGB gegeben ist. Dies war deshalb problematisch, weil der Käufer dem Verkäufer keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte. Es stellte sich die Frage, ob die Fristsetzung entbehrlich ist. In Betracht kam hier der Entbehrlichkeitsgrund gem. § 323 II BGB. Der erkennende Senat bestätigte seine bisherige Rechtsprechung insoweit, als eine Fristsetzung dann gem. § 323 II Nr. 3 BGB entbehrlich ist, wenn der Verkäufer den Käufer hinsichtlich des Vorliegens des Mangels arglistig getäuscht hat. Diese Rechtsauffassung hatte das Berufungsgericht nicht geteilt. Dies mit dem Argument, dass in den Fällen, in denen die Nacherfüllung durch einen Dritten erbracht werde, eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Verkäufer und dem Käufer nicht gegeben sei.

Dieser These tritt der erkennende Senat deutlich entgegen. Unabhängig davon, ob der Verkäufer oder ein Dritter - wie hier ein Tierarzt - die Nacherfüllung

durchführe, in beiden Fällen sei das Vertrauensverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer gleichermaßen betroffen, so dass die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar sei. In solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen. Dem stehen regelmäßig keine maßgebenden Interessen des Verkäufers gegenüber. Die Chance zur nachträglichen Fehlerbeseitigung, die dem Verkäufer mit dem Recht zur zweiten Andienung gegeben werden soll, verdient dieser nur dann, wenn ihm der Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages nicht bekannt war. Kannte er ihn dagegen, so kann er ihn vor Abschluss des Vertrages beseitigen und die Sache in einem vertragsgemäßen Zustand leisten. Entschließt sich der Verkäufer, den ihm bekannten Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern, so besteht keine Veranlassung, ihm nach Entdeckung des Mangels durch den Käufer eine zweite Chance zu gewähren. Der so handelnde Verkäufer verdient keinen Schutz vor den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteilen.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Minderung: *Wertenbruch*, JZ 2002, 862

Zur Nacherfüllung: *Huber*, NJW 2002, 1004; *Petersen*, Jura 2002, 275; *Lorenz*, ZGS 2004, 411; *Ebert*, NJW 2004, 1761; *Tiedke/Schmidt*, JuS 2005, 538; *Jaensch*, Jura 2005, 649

Zum Mangel bei Tieren: *BGH*, RA 2006, 457; *BGH*, RA 2005, 676 = NJW 2005, 3490; *BGH*, RA 2005, 586 = NJW 2005, 2852

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"

*Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

**Leitsätze:**

**Der Käufer ist im Regelfall berechtigt, den Kaufpreis sofort - ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung - zu mindern, wenn der Verkäufer ihm einen Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages arglistig verschwiegen hat (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 08.12.2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835). In einem solchen Fall ist die für die Beseitigung eines Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage in der Regel auch dann beschädigt, wenn die Mangelbeseitigung durch einen vom Verkäufer zu beauftragenden Dritten vorzunehmen ist.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. kaufte von den Bekl. am 20.11.2002 den 1999 geborenen Wallach "Diokletian" als Dressurpferd zum Preis von 45.000 €. Mit Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 02.11.2004 begehrte sie Minderung in Höhe von 50% des Kaufpreises mit der Begründung, das Pferd sei mangelhaft, weil es sich um einen "(residualen) Kryptorchiden" handle, das heißt, um ein Pferd, dem bei der Kastration das Hodengewebe nicht vollständig entfernt worden ist. Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. antwortete mit Schreiben vom 04.11.2004 dahingehend, dass die Kl. vor der Geltendmachung eines etwaigen Minderungsrechts den Bekl. die Möglichkeit zur Nachbesserung einräumen muss. Weiterhin seien dem Schreiben vom 02.11.2004 auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dahingehend zu entnehmen, dass das Pferd tatsächlich mangelhaft sei. Die Kl. möge den zu beseitigenden Mangel noch genauer kennzeichnen. Dem kam die Kl. nicht nach.

Die Kl. hat Klage auf Rückzahlung von 22.500 € erhoben. Sie hat vorgetragen, das Pferd zeige aufgrund der unvollständigen Kastration hengstisches Verhalten und sei deshalb als Dressurpferd weniger geeignet als ein Wallach. Den Bekl. sei die hengstische Eigenart des Pferdes bereits vor dem Kauf bekannt gewesen; sie hätten die Kl. darüber arglistig getäuscht.

Im Rahmen des Verfahrens wurde ein gerichtliches Sachverständigengutachten eingeholt. Demnach ist der Mangel durch eine Operation behebbar. Diese Operation berge zwar ein gewisses Risiko für das Tier, allerdings seien Operationen grundsätzlich risikobehaftet. Vielmehr müsse sogar die Operation durchgeführt werden, um einer Entartung des verbliebenen Gewebes vorzubeugen.

Weiterhin wurde der Umstand, dass die Bekl. von dem Mangel des Pferdes wussten, i.R.d. Verfahrens durch die Vernehmung des Stallburschen als Zeuge bestätigt. Dieser hatte bekundet, dass sich die Bekl. mit ihm darüber unterhalten haben, wie nunmehr hinsichtlich des Verhaltens mit dem Pferd zu verfahren sei. Der Stallbursche sei von den Bekl. ausdrücklich angewiesen worden, über das hengstische Verhalten des Pferdes gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren.

Prüfen Sie die Begründetheit der Klage.

*[Anm.: Gehen Sie in ihrer Lösung davon aus, dass durch eine nachträgliche Operation ein Erfolg der Kastration noch herbeigeführt werden kann, so dass das Pferd mangelfrei wird.]*

**Lösung:**

Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch auf Rückzahlung des hälftigen Kaufpreises i.H.v. 22.500 € hat.

In Betracht kommt ein Rückzahlungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 2, 2.Fall, 441 I, IV i.V.m. § 346 I BGB.

**A. Wirksamer Kaufvertrag**

Die Parteien müssten einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen haben. Dazu müsste eine Einigung gem. §§ 145 ff. BGB vorliegen. Gem. § 433 I 1 BGB wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Eigentum und Besitz an einer mangelfreien Sache zu verschaffen. Vorliegend ist der Kaufgegenstand ein Pferd. Tiere sind gem. § 90 a S. 1 BGB keine Sachen. Allerdings werden gem. § 90 a S. 3 BGB auf Tiere die Regelungen über Sachen entsprechend angewendet.

Die Parteien einigten sich darüber, dass das Pferd "Diokletian", ein Wallach, als Dressurpferd zum Kaufpreis von 45.000 € an die Kl. veräußert werden soll. Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen nicht. Also liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor.

**B. Mangel**

Das Gewährleistungsrecht ist nur dann eröffnet, wenn der Kaufgegenstand mangelhaft war. In Betracht kommt hier ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB.

Es könnte eine vereinbarte Beschaffenheit gem. § 434 I 1 BGB fehlen. Als Beschaffenheit in diesem Sinne ist jede Eigenschaft und jeder der Sache anhaftende, tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand anzusehen (Palandt-Putzo, § 434 Rn 14). Die Beschaffenheit ist mit dem tatsächlichen Zustand der Sache gleichzusetzen (Palandt-Putzo, § 434 Rn 10). Eine Beschaffenheit ist dann vereinbart, wenn der Inhalt des Kaufvertrages von vornherein oder nachträglich die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übereignen und zu übergeben, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist, die sog. Sollbeschaffenheit (Palandt-Putzo, § 434 Rn 15).

Vorliegend einigten sich die Parteien darüber, dass das Pferd zum Dressurreiten tauglich sein soll. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn das Pferd ordnungsgemäß kastriert ist. Genau dies war hier nicht der Fall. Das Pferd zeigte deshalb ein hengstisches Verhalten auf und war deshalb nicht tauglich für die Dressur.

Daher ist ein Mangel gem. § 434 I 1 BGB gegeben.

**C. Bei Gefahrübergang**

Der Mangel müsste zum maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen haben. Dies ist bei Sachmängeln gem. § 434 I 1 BGB der Gefahrübergang. Der Gefahrübergang richtet sich nach den §§ 446, 447 I BGB. Vorliegend wurde der Kl. das Pferd seitens der Bekl. übergeben. Damit ist die Gefahr gem. § 446 S. 1 BGB im Moment der Übergabe auf die Kl. übergegangen. Das Pferd müsste mithin in diesem Moment bereits nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprochen haben. Hier handelte es sich um einen Umstand, der in der fehlerhaften

Kastration begründet ist. Die Kastration erfolgte unstrittig vor der Übergabe an die Kl..

Damit lag der Mangel bei Gefahrübergang bereits vor.

#### *D. Rücktrittsgrund gem. § 323 I BGB*

Fraglich ist, ob ein Rücktrittsgrund gem. § 323 I BGB vorliegt. Dazu müssten die Bekl. eine fällige und durchsetzbare, noch mögliche, leistungsbezogene Pflicht nicht oder schlecht innerhalb der dazu gesetzten Frist erbracht haben.

*I. Nicht- oder Schlechtleistung einer fälligen und durchsetzbaren, möglichen, leistungsbezogenen Pflicht*  
Die verletzte Pflicht müsste leistungsbezogen sein. Dazu müsste entweder eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht verletzt worden sein.

Anknüpfungspunkt im Gewährleistungsrecht ist grundsätzlich die Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB. Hier erfolgte die Nacherfüllung nicht, obwohl die Kaufsache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war und die Voraussetzungen der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB damit vorlagen. Die Nichtvornahme der Nacherfüllung stellt auch die Verletzung einer leistungsbezogenen Pflicht dar, weil der Nacherfüllungsanspruch der modifizierte Erfüllungsanspruch ist (Palandt-Putzo, § 439 Rn 1). Allerdings ist die Nacherfüllung noch nicht fällig. Dies deshalb, weil der Käufer die Nacherfüllung noch nicht verlangt hat (Palandt-Putzo, § 439 Rn 3a). Also kann die Nacherfüllung als Anknüpfungspunkt der Pflichtverletzung nicht in Betracht kommen.

Daher ist auf die Verletzung der "Gutleistungspflicht" aus § 433 I 1 BGB abzustellen. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung eines mangelfreien Gegenstandes ist die Hauptleistungspflicht des Verkäufers; zudem ist die Leistungserbringung noch möglich, da es sich um einen behebbaren Mangel handelt. Der Anspruch auf die Leistung gem. § 433 I 1 BGB ist gem. § 271 I BGB auch fällig. Zweifel an der Durchsetzbarkeit bestehen insoweit nicht. Mithin liegt eine Pflichtverletzung gem. § 323 I BGB vor.

#### *II. Fristsetzung zur Nacherfüllung*

Die Kl. müsste den Bekl. eine Frist zur Leistungserbringung gesetzt haben. Dazu müsste der Käufer den Verkäufer bestimmt und eindeutig zur Leistungserbringung innerhalb einer angemessenen Frist aufgefordert haben. Vorliegend hat die Kl. den Bekl. unstrittig keine Frist gesetzt. Vielmehr begehrte die Kl. die Minderung mit Schreiben vom 02.11.2004.

Fraglich ist also, ob die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist.

#### *1. Entbehrlichkeit gem. § 323 II Nr. 1 BGB*

Die Fristsetzung könnte gem. § 323 II Nr. 1 BGB we-

gen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung der Bekl. entbehrlich sein. An das Vorliegen der Verweigerung sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen, es muss sich um das letzte Wort des Schuldners der Leistung handeln (Palandt-Putzo, § 323 Rn 18). Vorliegend hat der Prozessvertreter der Bekl. die Kl. mit Schreiben vom 04.11.2004 darauf hingewiesen, dass zunächst das Recht zur zweiten Andienung greife, bevor die Kl. Minderung verlangen könne. Darin ist keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zu sehen. Auch der Umstand, dass der Prozessvertreter in Frage stellte, ob überhaupt ein Mangel vorliege, ist kein Umstand in diesem Sinne. Vielmehr deutet doch die abschließende Bemerkung, d.h. die Frage, welcher Mangel nun konkret beseitigt werden soll, gerade darauf hin, dass die Bekl. im Grundsatz zur Beseitigung bereit waren.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

"[11] Vergeblich wendet sich die Revision allerdings dagegen, dass das Berufungsgericht die Entbehrlichkeit der Fristsetzung unter dem Gesichtspunkt einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung (§ 323 II Nr. 1 BGB) verneint hat.

[12] Der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Bekl. hat in seinem Antwortschreiben vom 04.11.2004 auf das Schreiben des erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. vom 02.11.2004, in dem die Kl. sogleich Minderung verlangte, ohne die Bekl. zur Mangelbeseitigung aufzufordern, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Kl. zunächst verpflichtet sei, den Bekl. Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben. Darin liegt keine Verweigerung der Mangelbeseitigung seitens der Bekl.. Eine solche kann auch nicht darin gesehen werden, dass der Prozessbevollmächtigte der Bekl. im Anschluss

an seinen Hinweis zusätzlich beanstandete, dass die von der Kl. vorgelegten Befundberichte aus medizinischer Sicht nicht ausreichend seien, um rechtlich einen Sachmangel anzunehmen. Dem steht bereits entgegen, dass der Prozessbevollmächtigte der Bekl. in seinem Schreiben abschließend nochmals ausdrücklich um einen Nachweis bat, welchen Mangel die Bekl. im Wege der Nachbesserung beseitigen sollten.

[13] Die Kl. ist der vorprozessualen Aufforderung der Bekl., ihnen Gelegenheit zur Mangelbeseitigung einzuräumen, nicht nachgekommen, sondern hat sogleich Klage auf Minderung des Kaufpreises erhoben. Auch im Rechtsstreit haben die Bekl. eine Mangelbeseitigung nicht verweigert. Sie haben wiederum beanstandet, dass ihnen die Möglichkeit der Nacherfüllung nicht eingeräumt wurde. Unter diesen Umständen kann allein darin, dass die Bekl. (daneben) auch das Vorliegen eines Mangels bestritten haben, keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung gesehen werden."



## 2. Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung gem. § 440 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob die Mangelbeseitigung unzumutbar i.S.v. § 440 S. 1 BGB ist. Die Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung kann sich zum einen aus der Art des Mangels oder zum anderen aus sonstigen Umständen ergeben. Es ist darauf abzustellen, ob dem Käufer die Nacherfüllung anstatt von Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz zugemutet werden kann (Palandt-Putzo, § 440 Rn 8). Unzumutbar kann dem Käufer die Hinnahme der nachgebesserten oder nachgelieferten Sache sein, wenn deren Wert, deren Brauchbarkeit oder die Verwertbarkeit infolge der durch den Zeitablauf geänderten Umstände in erheblichem Maße beeinträchtigt oder ausgeschlossen sind (Lorenz, NJW 2004, 26).

Vorliegend hätte das Pferd erneut operiert werden müssen, um den Mangel zu beseitigen. Fraglich ist, ob dies für den Käufer wegen der mit der Operation verbundenen Risiken die Unzumutbarkeit begründen kann. Der Umstand, dass Operationen grundsätzlich risikobehaftet sind, kann alleine die Unzumutbarkeit der Vornahme der Nacherfüllung nicht tragen. Vielmehr ist hier zu berücksichtigen, dass das Pferd aus medizinischer Sicht in jedem Falle noch einmal operiert werden muss, um der Entartung des verbliebenen Gewebes vorzubeugen.

Also ist eine Unzumutbarkeit hier nicht zu bejahen.

*[Anm.: Der BGH hatte sich mit Urteil vom 22.06.2005 - VIII ZR 281/04 mit der Frage auseinander zusetzen, wann eine Beseitigung eines Mangels vorliegt. Ein Hund hatte eine genetisch bedingte Fehlstellung des Sprunggelenks der rechten Hintergliedmaße. Durch eine Operation hätte der körperliche Defekt nicht folgenlos beseitigt werden können; vielmehr wären andere regelmäßig zu kontrollierende gesundheitliche Risiken für das Tier selbst hervorgerufen worden. Folglich stellte eine solche Operation keine Beseitigung des Mangels in Form der Nachbesserung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB dar.]*

## 3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 323 II Nr. 3 BGB

Die Fristsetzung könnte gem. § 323 II Nr. 3 BGB entbehrlich sein. Dazu müssten besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Schuldner bei einem Just-in-time-Vertrag nicht rechtzeitig leistet (BT-Ds. 14/6040 S. 140), wenn die Kunden des Gläubigers wegen Lieferverzögerung die Abnahme verweigern (BGH, NJW-RR 1998, 1489) oder wenn die bestellten Saisonartikel wegen Zeitablaufs unverkäuflich geworden sind (Palandt-Grüneberg, § 323 Rn 22).

Hier könnte die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien durch die Täuschung der Bekl. zerstört worden sein. Die Bekl. hatten Kenntnis davon, dass das Pferd hengstisches Verhalten aufzeigte und daher für das Dressurreiten untauglich war. Dies wurde im Verfahren durch den Stallburschen der Bekl. auch belegt. Der erkennende Senat führte dazu aus:

”[19] Der Bundesgerichtshof hat - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden, dass ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtfertigendes Interesse des Käufers (§ 323 II Nr. 3 BGB) im Regelfall anzunehmen ist, wenn der Verkäufer dem Käufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Bei einer vom Verkäufer beim Abschluss eines Kaufvertrages begangenen Täuschungshandlung ist in der Regel die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt; dies gilt insbesondere, aber nicht nur, wenn die Nacherfüllung durch den Verkäufer selbst oder unter dessen Anleitung im Wege der Mängelbeseitigung erfolgen soll. In solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen. Dem stehen regelmäßig keine maßgebenden Interessen des Verkäufers gegenüber. Denn die Chance zur nachträglichen Fehlerbeseitigung, die dem Verkäufer mit dem Vorrang der Nacherfüllung gegeben werden soll, verdient dieser nur dann, wenn ihm der Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages nicht bekannt war. Kannte er ihn dagegen, so kann er ihn vor Abschluss des Vertrages beseitigen und die Sache in einem vertragsgemäßen Zustand leisten. Entschließt sich der Verkäufer, den ihm bekannten Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern, so besteht keine Veranlassung, ihm nach Entdeckung des Mangels durch den Käufer eine zweite Chance zu gewähren. Der so handelnde Verkäufer verdient keinen Schutz vor den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteilen (BGH, Beschluss vom 08.12.2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835, unter II 3 b bb).

[20] Dieser Rechtsprechung, mit der sich der V. Zivilsenat die in der Literatur überwiegend vertretene Auffassung zu eigen gemacht hat (BGH, aaO m.N.), schließt sich der erkennende Senat an. Für das Recht des Käufers, den Kaufpreis sofort - ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung - zu mindern, gelten die dargelegten Grundsätze gleichermaßen (§ 323 III Nr. 2, § 441 I 1 BGB). Besondere Umstände, aufgrund derer im vorliegenden Fall die für die Beseitigung des Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage durch die den Bekl. vorgeworfene arglistige Täuschung nicht beschädigt worden wäre, sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt und auch nicht ersichtlich. Insbesondere liegen solche besonderen Umstände entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schon dann

vor, wenn der Mangel durch einen Dritten - hier: durch einen Tierarzt - zu beseitigen ist. Vielmehr ist, wie ausgeführt, auch bei einer Mangelbeseitigung, die durch einen vom Verkäufer zu beauftragenden Dritten vorzunehmen ist, in der Regel die für die Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt (BGH, aaO).“ Demnach ist vorliegend aufgrund des Wegfalles der Vertrauensgrundlage eine Entbehrlichkeit gem. § 323 II Nr. 3 BGB gegeben.

*[Anm.: In der Originalentscheidung hatte das Berufungsgericht keine Feststellungen zur Arglist der Bekl. getroffen. Dies vor dem Hintergrund, dass die Auffassung vertreten wurde, eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung wegen der Täuschung des Verkäufers scheidet jedenfalls dann aus, wenn ein Dritter und nicht der Verkäufer selbst die Nacherfüllung durchzuführen habe. Vorliegend hätte die Operation durch einen entsprechenden Tierarzt vorgenommen werden müssen, mithin von einem Dritten, so dass demnach eine Unzumutbarkeit in jedem Falle ausschied. Dieser Rechtsauffassung erteilte der erkennende Senat mit obig dargestellter Situation eine klare Absage.]*

#### E. Kein Ausschluss

Fraglich ist, ob ein Ausschluss des Minderungsrechts

in Betracht kommt. Hier könnte über die Erheblichkeit des Mangels i.S.v. § 323 V 2 BGB nachgedacht werden. Allerdings ist die Minderung selbst bei Unerheblichkeit des Mangels gem. § 441 I BGB möglich. So dass der Ausschlussstatbestand hier nicht greift.

#### F. Keine Unwirksamkeit der Minderung gem. § 438 V i.V.m. § 218 I BGB

Fraglich ist, ob die Minderung unwirksam gem. § 438 V i.V.m. § 218 I BGB ist. Dazu dürfte der hypothetische Anspruch auf die Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB noch nicht verjährt sein. Der Anspruch verjährt gem. § 438 I Nr. 3 BGB in zwei Jahren, wobei der Fristlauf gem. § 438 II BGB mit der Ablieferung der Sache an den Käufer beginnt. Vorliegend wurde die Verjährung des Anspruchs spätestens durch die Klageerhebung gem. §§ 204 I Nr. 1, 209 BGB gehemmt. Daher ist eine Unwirksamkeit nicht gegeben.

#### G. Rechtsfolge:

Die Kl. hat somit einen Anspruch auf Rückzahlung desjenigen Betrages, den sie in Ansehung der Minderungsmöglichkeit zu viel an die Bekl. entrichtet hat; mithin 50 % des fraglichen Kaufpreises.

### Standort: § 142 II Nr. 2 StGB

### Problem: Unvorsätzliches Entfernen

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 01.10.2007  
2 Ss 142/07-69/07 III (NSTZ-RR 2008, 88)

#### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit dem von ihm geführten Lkw fahrlässig ein parkendes Fahrzeug beschädigt ohne dies zu merken und war dann weggefahren. Eine Zeugin hatte den Unfall jedoch bemerkt und folgte dem Angeklagten in ihrem eigenen Fahrzeug. Durch Licht- und akustisches Hupen gelang es ihr, den Angeklagten auf sich aufmerksam zu machen, sodass dieser nach ca. fünf bis zehn Minuten Fahrt, in denen er sich etwa drei Kilometer von der Unfallstelle entfernt hatte, anhielt. Die Zeugin informierte den Angeklagten über den Unfall, der fuhr jedoch weiter, ohne seine Personalien zu hinterlassen. Amts- und Landgericht Wuppertal hatten den Angeklagten wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 II Nr. 2 StGB verurteilt. Das OLG Wuppertal sprach den Angeklagten allerdings von diesem Vorwurf frei.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Frage, ob sich ein Unfallbeteiligter, der sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt, gem. § 142 StGB (insb. gem. § 142 II Nr. 2 StGB) strafbar macht, ist

bereits mehrfach Gegenstand von Prüfungsaufgaben gewesen. Vor allem angesichts der jüngeren - wesentlichen - Rechtsprechungsänderung durch das BVerfG und der nunmehr auftretenden Probleme in der Umsetzung des BVerfG-Beschlusses ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft verstärkt Prüfungsaufgaben zu diesem Thema gestellt werden.

Ein Unfallbeteiligter macht sich gem. § 142 II Nr. 2 StGB strafbar, wenn er sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt hat und die gem. § 142 I Nr. 1 StGB erforderlichen Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht. Kontrovers diskutiert wurde in diesem Zusammenhang lange Zeit die Frage, ob ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen auch dann gegeben ist, wenn sich der Täter unvorsätzlich vom Unfallort entfernt, weil er den Unfall gar nicht bemerkt hat. Während insb. die strafrechtliche Rechtsprechung hier § 142 II Nr. 2 StGB früher angewendet hat (BGHSt 28, 129; BayObLG, NJW 1982, 1059; OLG Koblenz, NZV 1989, 242), hat die herrschende Literatur diesen Tatbestand in dieser Konstellation stets abgelehnt (Fischer, § 142 Rn 51 f.; Lackner/Kühl, § 142 Rn 25; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 55; Beulke, NJW 1979, 400). Das BVerfG hat sich in einer aktuellen Entscheidung (NJW 2007, 1666 = RA 2007, 261) der

herrschenden Literatur angeschlossen und die bisherige Rechtsprechung als verfassungswidrig verworfen. Um einen Unfallbeteiligten, der sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt hatte und erst nachträglich durch den Geschädigten oder einen Dritten auf den aufmerksam gemacht wird, strafrechtlich noch erfassen zu können, hatte das BVerfG den Strafgerichten aber in der o.a. Entscheidung ein Hintertürchen offengelassen. § 142 I StGB setze nämlich - anders als § 142 II StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraus. Da ein Entfernen-Vorsatz grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernt-Haben gebildet werden könne, sei eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 I StGB denkbar, die Fälle erfasse, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen werde und sich gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entferne, sodass das Sich-Weiter-Entfernen nach dem Hinweis noch von § 142 I Nr. 1 StGB erfasst werden könne.

In der vorliegenden Entscheidung stellt das OLG Düsseldorf jedoch klar, dass zumindest dann, wenn mehr als fünf Minuten seit dem Unfall vergangen sind und der Täter eine Strecke von ca. 3 Kilometern innerorts zurückgelegt hat, das Sich-Entfernen i.S.v. § 142 I Nr. 1 StGB bereits abgeschlossen ist. Erhält er erst danach Kenntnis von dem Unfall, so kann das Weiterfahren somit kein "Sich-Weiter-Entfernen" und deshalb auch keine taugliche Tathandlung für § 142 I StGB darstellen. Insofern war allerdings der dem BVerfG vorliegende Sachverhalt auch wesentlich anders, da dort der Unfall unmittelbar vor der Aufklärung des Angeklagten durch den Geschädigten passiert war und der Angeklagte sich erst wenige hundert Meter von der Unfallstelle entfernt hatte.

#### Vertiefungshinweise:

□ Zu § 142 II Nr. 2 StGB bei unvorsätzlichem Entfernen vom Unfallort: *BVerfG*, NJW 2007, 1666 = RA 2007, 261; *BGHSt* 28, 129; *Bernsmann*, NZV 1989, 49; *Dornseifer*, JZ 1980, 299; *Eisenberg*, Jura 1983, 267; *Geppert*, JURA 1990, 85; *Haubrich*, DAR 1981, 211; *Loos/Schwerdtfeger*, DAR 1983, 209; *Mitsch*, NZV 2005, 349; *Römer*, MDR 1980, 89; *Volk*, DAR 1982, 81

#### Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der Fernfahrer"

#### Leitsätze:

1. Das vorsatzlose Sich-Entfernen vom Unfallort begründet nicht die Pflichten gemäß § 142 Abs. 2 und 3 StGB.
2. Den Straftatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

verwirklicht auch der Unfallbeteiligte, der den Unfall nicht bemerkt, deshalb seine Fahrt zunächst fortsetzt, aber noch innerhalb eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem Unfallgeschehen von diesem erfährt.

**3. Ein solcher räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht nicht mehr, wenn der Unfallbeteiligte nach dem Unfall innerorts fünf bis zehn Minuten weitergefahren ist und in dieser Zeit etwa drei Kilometer zurückgelegt hat, ehe er von dem Unfallgeschehen Kenntnis erlangt.**

#### Sachverhalt:

Bei einem Rangiermanöver beschädigte A fahrlässig am 04. April 2006 gegen 16.55 Uhr mit dem von ihm gesteuerten Lkw den am rechten Fahrbahnrand geparkten Pkw des E erheblich, was er jedoch nicht bemerkte, und fuhr weiter. K hatte den Unfall bemerkt und folgte mit ihrem Pkw dem Lkw des A von der Unfallstelle. Sie versuchte zunächst erfolglos, ihn durch Betätigen von Hupe und Lichthupe zum Anhalten zu bewegen. Nach etwa fünf bis zehn Minuten Fahrzeit hielt A an einem Parkstreifen an, um sich nach dem Anliegen der K zu erkundigen. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich A bereits rund drei Kilometer von der Unfallstelle entfernt. K informierte A über den Unfall. Der erklärte, das gehe ihn nichts an und setzte seine Fahrt fort.

Hat A sich strafbar gemacht?

#### Lösung:

A. *Strafbarkeit gem. § 303 I StGB durch das Rangieren*

Dadurch, dass A bei dem Rangiermanöver den Pkw des E beschädigte, könnte er sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde Sache

Der Pkw des E müsste eine für A fremde Sache darstellen.

Sache i.S.v. § 303 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Fischer, § 303 Rn 2; Lackner/Kühl, § 303 Rn 2, § 242 Rn 2). Der Pkw des E ist ein körperlicher Gegenstand und somit eine Sache.

Eine Sache ist fremd, wenn sie (auch) im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (BGH, NSTZ-RR 2000, 234; Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn 4). Das Fahrzeug stand im Eigentum des E, war also für B fremd. Der Pkw des E ist also eine fremde Sache i.S.v. § 303 I StGB.

## 2. Beschädigen

Durch das Rangiermanöver hat A den Pkw des E auch beschädigt.

## 3. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, § 15 StGB.

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumsstände (Joecks, § 15 Rn 6; Wessels/Beulke, Rn 203).

A hatte bei der Beschädigung des Pkw des E fahrlässig gehandelt. Er hatte also nicht den Willen, den Pkw des E zu beschädigen. Ein Vorsatz des A ist somit nicht gegeben.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 303 I StGB.

## B. Strafbarkeit gem. § 142 I Nr. 1 StGB durch das Wegfahren von der Unfallstelle

Dadurch, dass A von der Unfallstelle wegfuhr, könnte er sich wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Unfall im Straßenverkehr

Zunächst müsste ein Unfall im Straßenverkehr gegeben sein. Unfall im Straßenverkehr i.S.v. § 142 StGB ist jedes plötzliche Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr, das zu einem nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden führt und in dem sich ein verkehrstypisches Schadensrisiko realisiert (BGH, NJW 2002, 626; Fischer, § 142 Rn 7).

Dass ein Lkw-Fahrer bei einem Rangiermanöver so wie A im vorliegenden Fall ein anderes Fahrzeug rammt, ist ein plötzliches Ereignis. Dieses ereignete sich auch auf einer öffentlichen Straße, also im räumlichen Bereich des öffentlichen Straßenverkehrs. Der Pkw des E wurde erheblich beschädigt, sodass das Ereignis zu einem nicht völlig belanglosen Sachschaden geführt hat. Auch stellt es ein typisches Schadensrisiko im Straßenverkehr dar, dass beim Rangieren mit einem großen, schwer zu überblickenden Fahrzeug wie einem Lkw Gegenstände im unmittelbaren Umfeld, z.B. andere geparkte Fahrzeuge, beschädigt werden.

Ein Unfall im Straßenverkehr ist somit gegeben.

#### 2. Unfallbeteiligter

§ 142 StGB kann nur durch einen Unfallbeteiligten verwirklicht werden. A müsste also Unfallbeteiligter sein.

Gem. § 142 V StGB ist Unfallbeteiligter jeder, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann.

Das Verhalten des A - das Rangieren - kann nicht nur zu dem Unfall beigetragen haben, es war eindeutig dessen Ursache, sodass A Unfallbeteiligter ist.

#### 3. Entfernen vom Unfallort

A müsste sich vom Unfallort entfernt haben

Der Täter hat sich dann i.S.v. § 142 I StGB vom Unfallort entfernt, wenn er den Unfallbereich so weit verlassen hat, dass wegen der räumlichen Distanz seiner Person ein Zusammenhang seiner Person mit dem Unfall nicht mehr ohne weiteres erkennbar ist (OLG Stuttgart, JR 1981, 209; Joecks, § 142 Rn 49; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 43).

Da A mit seinem Lkw eine erhebliche Strecke von der eigentlichen Unfallstelle weggefahren war, hat er sich auch vom Unfallort entfernt.

#### 4. Keine Ermöglichung von Feststellungen

A müsste sich vom Unfallort entfernt haben, bevor er zugunsten der anderen Unfallbeteiligten und der Geschädigten die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung ermöglicht hat. § 142 I Nr. 1 StGB setzt hierbei nicht zwingend voraus, dass die Geschädigten selbst am Unfallort anwesend ist, sondern ist auch einschlägig, wenn ein unbeteiligter Dritter anwesend und bereit ist, zugunsten der Geschädigten die erforderlichen Feststellungen zu treffen und an diese weiterzuleiten (OLG Zweibrücken, DAR 1982, 332; Fischer, § 142 Rn 24).

Der Geschädigte E war zwar persönlich nicht anwesend. Allerdings war K anwesend, die offensichtlich auch dazu bereit war, die entsprechenden Daten des A aufzunehmen und an E weiterzuleiten. A hat sich jedoch bereits vom Unfallort entfernt, bevor K Gelegenheit zur Aufnahme der Feststellungen hatte. A hat sich also vom Unfallort entfernt, ohne die in § 142 I Nr. 1 StGB genannten Feststellungen zu ermöglichen.

#### 5. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, § 15 StGB.

A hatte nicht bemerkt, dass er dem Pkw des E beschädigt hatte. Er hatte also keinen Vorsatz bzgl. des Vorliegens eines Unfalls im Straßenverkehr.

## II. Ergebnis

A hat sich durch das Wegfahren nach der Beschädigung des Fahrzeugs des E nicht gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

## C. Strafbarkeit des B gem. § 142 II Nr. 2 StGB durch das Weiterfahren vom Parkstreifen

A könnte sich dadurch, dass er von nach dem Gespräch mit K vom Parkstreifen weiterfuhr, wegen un-

erlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 II Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

### *I. Tatbestand*

#### *1. Unfall im Straßenverkehr*

Ein Unfall im Straßenverkehr ist gegeben (s.o.).

#### *2. Unfallbeteiligter*

A ist auch Unfallbeteiligter i.S.v. § 142 V StGB (s.o.).

#### *3. Berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen*

A müsste sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt haben.

Hierzu das OLG Düsseldorf: "Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kommt entgegen der Auffassung des LG eine Strafbarkeit gemäß § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht in Betracht. Danach wird ein Unfallbeteiligter nach Maßgabe des § 142 Abs. 1 StGB auch dann bestraft, wenn dieser sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt hat und die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht.

Der Angeklagte entfernte sich jedoch nicht berechtigt oder entschuldigt, sondern vorsatzlos vom Unfallort. Zwar war nach bislang gefestigter Rechtsprechung, der auch das Landgericht gefolgt ist, das vorsatzlose Sich-Entfernen dem berechtigten oder entschuldigten Sich-Entfernen gleichzusetzen (vgl. BGHSt 28, 129, 132 ff.). Diese Gleichsetzung ist jedoch mit dem möglichen Wortsinn der Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' nicht vereinbar und verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. März 2007 in: NJW 2007, 1666, 1667f.). Eine Strafbarkeit des sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernenden Angeklagten gemäß § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB scheidet demnach aus."

A hat sich also nicht berechtigt oder entschuldigt i.S.v. § 142 II Nr. 2 StGB vom Unfallort entfernt.

### *II. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. § 142 II Nr. 2 StGB.

#### *D. Strafbarkeit gem. § 142 I Nr. 1 StGB durch das Weiterfahren vom Parkstreifen*

A könnte sich jedoch dadurch, dass er nach dem Gespräch mit K vom Parkstreifen weiterfuhr, wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### *I. Tatbestand*

#### *1. Unfall im Straßenverkehr*

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt vor (s.o.).

#### *2. Unfallbeteiligter*

A ist auch Unfallbeteiligter i.S.v. § 142 V StGB.

#### *3. Entfernen vom Unfallort*

Durch das Weiterfahren vom Parkstreifen müsste E sich vom Unfallort entfernt haben. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verhalten noch ein Sich-Entfernen i.S.v. § 142 I Nr. 1 StGB darstellen kann, da A sich bereits durch das Wegfahren von der Unfallstelle vom Unfallort entfernt hatte (s.o.).

Hierzu führt das OLG Düsseldorf aus: "Das vom LG festgestellte Verhalten des Angeklagten erfüllt auch nicht den Tatbestand des § 142 I StGB.

(1) Einer Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 StGB steht vorliegend allerdings nicht bereits der Umstand entgegen, dass der Angeklagte sich zunächst unvorsätzlich von dem beschädigten Pkw entfernte und erst später durch die Zeugin K von dem Unfall erfuhr. Zwar scheidet in einem solchen Sachverhalt nach bislang gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Anwendung des § 142 Abs. 1 StGB deshalb aus, weil nach dieser Vorschrift das vorsätzliche Sich-Entfernen nur dann strafbar ist, wenn der Täter sich vom Unfallort selbst, nicht aber von einem anderen Ort entfernt, an dem er von dem Unfall erstmals erfahren hat (vgl. BGH, a.a.O., Seite 131). Da jedoch die Vorschrift des § 142 Abs. 1 StGB - anders als § 142 Abs. 2 StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraussetzt und ein Entfernens-Vorsatz grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernt-Haben gebildet werden kann, ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 Abs. 1 StGB möglich, die Fälle erfasst, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entfernt (vgl. BVerfG, a.a.O., Seite 1668).

(2) Im Rahmen der von den Fachgerichten vorzunehmenden Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals 'Unfallort' im Sinne des § 142 I StGB (vgl. BVerfG, NJW 2007, 1666) ist die Annahme einer Duldungs- (§ 142 I Nr. 1 StGB) oder Wartepflicht (§ 142 I Nr. 2 StGB) des erst auf der Weiterfahrt 'bösgläubig' gewordenen Unfallbeteiligten nach Auffassung des Senats jedoch an die Voraussetzung zu knüpfen, dass zwischen dem Unfallgeschehen und seiner Kenntniserlangung durch den Unfallbeteiligten ein räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht. Der Unfallbeteiligte darf sich nicht schon so weit von der Unfallstelle entfernt haben und es darf noch nicht so viel Zeit verstrichen sein, dass an dem inzwischen erreichten Ort feststellungsbereite Personen ohne Weiteres nicht mehr zu erwarten sind (so bereits BGHSt 14, 89, 94f. = NJW 1960, 1019 zur Rechtslage vor dem 13. Strafrechtsänderungsgesetz). Auf diesen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang kann nicht ver-

zichtet werden, da das unerlaubte Entfernen vom Unfallort gemäß § 142 I StGB nicht durch Verletzung einer Pflicht zur Rückkehr an den Unfallort, sondern (schon) durch Entfernung von diesem begangen wird.

(3) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen hatte sich der Angeklagte bereits von dem Unfallort entfernt, ehe er von dem Unfallgeschehen Kenntnis erlangte. Er hatte sich im Zeitpunkt der Kenntniserlangung schon so weit von der unmittelbaren Unfallstelle entfernt und es war seit dem Unfall so viel Zeit verstrichen, dass ein räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit dem Unfallgeschehen nicht mehr angenommen werden kann. Denn der Angeklagte hatte nach der Beschädigung des am Straßenrand parkenden Pkw innerorts schon rund 3 Kilometer zurückgelegt und es waren seitdem bereits 5 bis 10 Minuten vergangen, ehe dieser anhielt, um zu erfahren, weshalb ihn die Zeugin K verfolgte. Angesichts dieser jedenfalls für innerörtliche Verhältnisse recht großen Entfernung zwischen der Unfallstelle und dem Ort, an dem der Angeklagte von der Zeugin K gestellt wurde, und des zwischenzeitlich verflissenen nicht unerheblichen Zeitraumes von mindestens 5 Minuten befand sich der Angeklagte bereits außerhalb des Bereichs, in dem üblicherweise noch die Anwesenheit feststellungsbereiter Personen, insbeson-

dere des Geschädigten, zu erwarten ist.

Dem steht der Umstand, dass der Angeklagte an der inzwischen erreichten Stelle eine feststellungsbereite Person - die Zeugin K - antraf, nicht entgegen. Denn der Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB setzt die Anwesenheit einer solchen feststellungsbereiten Person am Unfallort voraus. Vorliegend hatte die Zeugin K aber mangels eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem Unfallgeschehen bereits eine Ortsveränderung vorgenommenen und einen anderen Ort als den Unfallort erreicht, ehe es ihr gelang, den Angeklagten zum Anhalten zu bewegen und ihn zu Unfallfeststellungen zwecks Weitergabe an den Geschädigten aufzufordern. [...]"

Durch das Weiterfahren vom Parkstreifen hat A sich also nicht i.S.v. § 142 I Nr. 1 StGB vom Unfallort entfernt.

## *II. Ergebnis*

Auch durch das Weiterfahren hat A sich nicht gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

## *E. Gesamtergebnis*

A ist straflos.

## *Literaturauswertung*

### *Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Dürr, Hansjochen: "Die Klausur im Baurecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 328 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Erster Teil einer Trilogie, in der baurechtsspezifische Klausurprobleme behandelt werden. In diesem ersten Teil wird die Perspektive des Bauherrn eingenommen (Klage auf Erteilung einer Baugenehmigung), in den folgenden Beiträgen soll auf die Sicht der Behörde (Einschreiten gegen illegales Bauen) sowie die des Nachbarn (Rechtsschutz gegen ihm unliebsames Bauen) eingegangen werden.

<b>Autor/Titel:</b>	Kutscha, Martin: "Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2008, 1042 (Heft 15)
<b>Inhalt:</b>	Besprechung der auch in der RA (2008, 172 = NJW 2008, 822) veröffentlichten, Aufsehen erregenden Entscheidung des BVerfG vom 27.2.2008, in der das BVerfG das Grundrecht auf "Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme" aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG entwickelt und zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung und zum Telekommunikationsgrundrecht des Art. 10 I GG abgegrenzt hat.

### *Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Lehmann-Richter, Arnold: "Der Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters und Gegenrechte des Vermieters"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2008, 1196 (Heft 17)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor befasst sich mit der Frage, welche Gegenrechte der Vermieter in Ansehung der Mängelrechte des Mieters geltend machen kann. Gem. § 535 I 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet, den Mietgegenstand während der Mietzeit in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten. Hieraus folgt die Pflicht des Vermieters zur Beseitigung etwaiger Mängel. Die mietrechtlichen Vorschriften geben dem Vermieter keine Einwendungen an die Hand, mit denen er sich gegen den Mängelbeseitigungsanspruch verteidigen könnte. Deshalb ist auf allgemeine Einwendungen und Einreden abzustellen. In diesem Zusammenhang erörtert der Autor insbesondere die Einrede der Verjährung und die Zurückbehaltungsrechte und erklärt beide Institute auf den Anspruch auf Mängelbeseitigung für anwendbar.

<b>Autor/Titel:</b>	Regenfus, Thomas: "Gesetzliche Schriftformerfordernisse - Auswirkungen des Normzwecks auf die tatbestandlichen Anforderungen"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2008, 161 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor befasst sich im Rahmen eines Fortsetzungsbeitrags mit den Formvorschriften des BGB, beginnend mit der Schriftform gem. § 126 BGB. Zwar ist der Grundsatz der Formfreiheit im deutschen Privatrecht vorherrschend, jedoch bedürfen einzelne Rechtsgeschäfte von Gesetzes wegen einer bestimmten Form, deren Nichtbeachtung die Folge des § 125 S. 1 BGB nach sich zieht. Der Beitrag stellt zunächst dar, welche Anforderungen im Allgemeinen erfüllt sein müssen, um der Form genüge zu tun. Erläutert wird dies anhand des Normzwecks der gesetzlichen Formvorschriften.

<b>Autor/Titel:</b>	Löhnig, Martin; Gietl, Andreas: "Grundfälle zur Vormerkung: Die Handlungsmöglichkeiten des Auflassungsvormerkungsinhabers"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 103 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor befasst sich mit den Handlungsmöglichkeiten des Vormerkungsberechtigten und erläutert diese anhand von fünfzehn Beispielfällen. Es werden die klausurrelevanten Konstellationen aufgezeigt, ausgehend von der Gundkonstellation der Verfügung über den gesicherten schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung mit dem daraus resultierenden Übergang des akzessorischen Sicherungsmittels, §398 i.V.m. § 401 BGB analog. Daran anschließend wird die Durchsetzung des gesicherten Anspruchs erörtert, insbesondere wird dabei die Bedeutung des § 888 BGB hervorgehoben. Ferner wird das Problem des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung besprochen, welches die h.M. analog § 893, 2. Fall, 892 I BGB löst sowie die Frage der Folgeansprüche des Vormerkungsberechtigten, z.B. analog §§ 987 ff. BGB erörtert. Ein zur Wiederholung des Vormerkungswesens bestens geeigneter Beitrag.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Valerius, Brian: "Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 319 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Durch den neuen Tatbestand der Nachstellung, § 238 StGB, wollte der Gesetzgeber das sog. "Stalking", also die hartnäckige Verfolgung des Opfers durch den Täter, strafrechtlich erfassen. Der Verfasser stellt im Rahmen dieses Aufsatzes den neuen Tatbestand dar, liefert einen Überblick über die verschiedenen Begehungsvarianten und Tatbestandsmerkmale sowie deren mögliche und vom Gesetzgeber gewollte Auslegung. Es ist davon auszugehen, dass der Tatbestand des § 238 StGB zumindest in mündlichen Prüfungen häufiger zum Gegenstand von Examensaufgaben werden wird, und dieser Aufsatz bietet einen gut lesbaren, fast schon kommentarhaften, Einstieg in die Materie.

<b>Autor/Titel:</b>	Hagemeier, Andrea; Radtke, Henning: "Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Brandstiftungsdelikten nach deren Reform durch das 6. StrRG vom 28.1.1998"
<b>Fundstelle:</b>	NSiZ 2008, 198 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Brandstiftungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, sodass Kenntnisse auch zu Detailproblemen dieser Tatbestände von jedem Examenskandidaten erwartet werden. Die Verfasser bieten - sauber geordnet nach einzelnen Tatbeständen und Tatbestandsmerkmalen - einen chronologischen Überblick über die diesbezügliche Entwicklung der BGH-Rechtsprechung. Die Darstellung ist übersichtlich, leicht verständlich und sehr gut lesbar, wenn auch etwas unkritisch - aber das war wohl auch nicht Ziel dieses Aufsatzes.

<b>Autor/Titel:</b>	Trüg, Gerson; Habetha, Jörg: "Die 'Liechtensteiner Steueraffäre' - Strafverfolgung durch Begehung von Straftaten?"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2008, 887 (Heft 13)
<b>Inhalt:</b>	Die Autoren greifen die aktuellen Geschehnisse des Falles Zumwinkel auf, in dessen Rahmen der BND von einem Liechtensteiner Informanten eine CD-ROM mit Bankdaten zur Durchführung eines Strafverfahrens angekauft hatte. Sie kommen aufgrund einer gutachterlichen Prüfung zu dem Ergebnis, dass sich die entsprechenden BND-Mitarbeiter durch den Ankauf strafbar gemacht haben und die auf der CD-ROM enthaltenen Daten deshalb in einem Strafverfahren nicht als Beweismittel verwertet werden dürfen. Aufgrund der Tatsache, dass dieser Fall in den Medien zu einigen Diskussionen geführt hat und vergleichbare Konstellationen mit Sicherheit noch häufiger Gegenstand von Prüfungsaufgaben (vor allem im 2. Examen) sein werden, empfiehlt sich die Lektüre dieses Aufsatzes. Hierbei sollte jedoch beachtet werden, dass die materiell-rechtlichen und insb. die strafprozessualen Ergebnisse der Verfasser keineswegs zwingend sind.