

Öffentliches Recht

Standort: Baurecht Problem: Kein Gebietserhaltungsanspruch für Gebietsnachbarn

BVERWG, BESCHLUSS VOM 18.12.2007
4 B 55.07 (NVwZ 2008, 427)

Problemdarstellung:

A. In der Rspr. ist anerkannt, dass die in einem Bebauungsplan nach §§ 30 I, III BauGB i.V.m. 1 III 2, 2-14 BauNVO festgesetzten Baugebiete einen sogen. "Gebietserhaltungsanspruch" vermitteln, Kraft dessen jeder Eigentümer *innerhalb des Baugebiets* das Recht hat, sich gegen eine "schleichende Umwandlung" des Gebiets durch Zulassung einer gebietsfremden Nutzung zur Wehr zu setzen (zum Ganzen: BVerwGE 94, 151; 101, 364). Gleiches ist für sogen. "faktische Baugebiete" i.S.d. § 34 II BauGB anerkannt, also solche, die zwar nicht Kraft eines Bebauungsplans, wohl aber faktisch einem der in §§ 2-14 BauNVO genannten Baugebiete entsprechen.

B. Problematisch ist allerdings, ob die genannten Normen auch Eigentümern *außerhalb des Baugebiets* gelegener Grundstücke einen solchen "Gebietserhaltungsanspruch" vermitteln. Hierzu gilt Folgendes:

I. Eine Gemeinde kann in einem Bebauungsplan explizit festsetzen, dass dies der Fall sein soll. In diesem - wegen der Planungshoheit der Gemeinde aus Art. 28 II GG möglichen, in praxi aber sehr seltenen - Fall besteht unproblematisch auch Drittschutz für den Gebietsnachbarn, und zwar genau genommen nicht aus §§ 2-14 BauNVO selbst, sondern aus der dies anordnenden Festsetzung des Bebauungsplans in Verbindung mit §§ 2-14 BauNVO. Im "faktischen Baugebiet" i.S.d. § 34 II BauGB kann es diesen Fall natürlich schon in Ermangelung eines Bebauungsplans nicht geben.

II. Außerhalb einer ausdrücklichen Regelung im Bebauungsplan ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines Gebietserhaltungsanspruchs für den Gebietsnachbarn streitig. Eine bisher noch h.M. bejahte ihn, während die verneinende m.M. in letzter Zeit zunehmend Aufwind bekam (die RA hat hierüber zuletzt im Jahr 2007 berichtet, vgl. Vertiefungshinweise). Im vorliegenden Beschluss hat das BVerwG nunmehr entschieden, dass ein solcher Anspruch *nicht* bestehen soll. Bei Erlass der §§ 2-14 BauNVO habe der Normgeber die Interessen des Bauherrn und der übrigen gebietsansässigen Eigentümer, nicht aber die Interessen der Gebietsnachbarn miteinander abgewogen. Deshalb seien letztere auch nicht in den Schutzbereich der Normen aufzuneh-

men. Damit dürfte der Meinungsstreit jedenfalls in der Rspr. erledigt sein.

C. Für Gebietsnachbarn verbleibt danach nur eine Abwehrmöglichkeit aus § 15 I 2 BauNVO i.V.m. dem "Gebot der Rücksichtnahme", dessen Voraussetzungen aber bei weitem strenger sind als die der §§ 2-14 BauNVO. Beispiel: Will ein Bauherr eine Tankstelle in einem reinen Wohngebiet (§ 3 BauNVO) errichten, ist dieses Vorhaben unzulässig, weil Tankstellen allenfalls in allgemeinen Wohngebieten zulässig sein können (§ 4 III Nr. 5 BauNVO). Könnte ein Gebietsnachbar sich nun auf einen Gebietserhaltungsanspruch aus § 3 BauNVO berufen, wäre z.B. seine Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung für eine Tankstelle offensichtlich begründet. Gewährt man ihm hingegen nur einen Rückgriff auf § 15 I 2 BauNVO i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme, müsste die Tankstelle ihm gegenüber "unzumutbar" i.S.d. § 15 I 2 BauNVO sein, d.h. einen qualifizierten und individualisierten Eingriff in seine Grundstücksnutzung darstellen. An einem individualisierten Eingriff würde es schon dann fehlen, wenn noch andere Nachbarn von den Emissionen der Tankstelle betroffen sind, und ob die von der Tankstelle ausgehenden Belästigungen oder Störungen qualifiziert, d.h. besonders schwerwiegend sind, ist eine Frage des Einzelfalles, auf die es unter Geltung des § 3 BauNVO überhaupt nicht ankäme, weil dort eine Tankstelle per se unzulässig wäre.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem des Drittschutzes für Gebietsnachbarn wird sich häufig schon in der Klagebefugnis einer Anfechtungsklage des Nachbarn gegen eine Baugenehmigung oder dessen Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten stellen:

A. Im Rahmen einer Drittanfechtungsklage wäre Drittschutz aus §§ 2-14 BauNVO zu erwägen und mit der nun h.M. zu verneinen, um dann mit § 15 I 2 BauNVO i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot weiter zu prüfen. In der Begründetheit darf folgerichtig auch nur noch auf letzteres eingegangen werden, weil eine Rechtsverletzung des gebietsfremden Klägers i.S.d. § 113 I 1 VwGO infolge eines Verstoßes gegen §§ 2-14 BauNVO von vornherein ausgeschlossen erscheint - es handelt sich nach h.M. eben nicht um "seine" Rechte.

B. In einer Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten liegt es ähnlich: Die landesrechtlichen

Generalklauseln des Bauordnungsrechts (vgl. z.B. §§ 61 I 2 BauO NRW, 89 I NdsBauO) sind nur dann zugleich Anspruchsgrundlagen des Nachbarn auf ein Einschreiten gegen ein Bauvorhaben, wenn zum Schutz subjektiver Rechte des Nachbarn eingeschritten werden soll. Dies ist, wenn es um Gebietserhaltung geht, bzgl. der Gebietsnachbarn nicht der Fall. Auch hier würde es also höchstens genügen, wenn zumindest auch unzumutbare Belästigungen für die Gebietsnachbarn i.S.d. § 15 I 2 BauNVO i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot abzuwehren sind.

Vertiefungshinweise:

☐ Herleitung des Gebietsbewahrungsanspruchs in Gebieten nach § 30 BauGB und § 34 II BauGB: *BVerwGE* 94, 151; 101, 364; *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 463; NVwZ 2000, 679

☐ Streit über die Erstreckung des Gebietsbewahrungsanspruchs auf Gebietsnachbarn: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2003, 818 (dafür); *VGH München*, RA 2007, 299 = BayVBl 2007, 334 (dagegen)

☐ Zum Gebot der Rücksichtnahme aus § 15 I 2 BauNVO: *BVerwG*, RA 2001, 453 = NVwZ 2001, 813

☐ Weitere Entscheidungen zum Rücksichtnahmegebot: *VGH Mannheim*, RA 2006, 137 = NVwZ-RR 2006, 89 (Garage); *OVG Münster*, RA 1999, 242 = NWVBl 1999, 141 (Stellplätze); *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2000, 144 (Spielplatz)

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs* : "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze:

1. Ein Nachbar, dessen Grundstück nicht im Plangebiet liegt, hat grundsätzlich keinen von konkreten Beeinträchtigungen unabhängigen Anspruch auf Schutz vor gebietsfremden Nutzungen im angrenzenden Plangebiet.

2. Der Nachbarschutz eines außerhalb der Grenzen des Plangebiets belegenen Grundstückseigentümers bestimmt sich bundesrechtlich (nur) nach dem in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme.

Sachverhalt:

[1] Die auf § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO gestützte Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision bleibt ohne Erfolg. Die Rechtsache hat nicht die rechtsgrundsätzliche Bedeutung, die ihr die Beschwerde beimisst.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Berufungsgerichts

[2] Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zum Ver-

waltungsgericht einen Anspruch des Klägers auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen die Nutzung des Gebäudes auf dem benachbarten Grundstück der Beigeladenen zu 1 und 2 mangels Verletzung subjektiver Rechte verneint und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger, dessen Grundstück nicht im Geltungsbereich des Bebauungsplans liege, könne keinen Gebietserhaltungsanspruch geltend machen. Die Nutzung des im Plangebiet belegenen benachbarten Grundstücks der Beigeladenen zu 1 und 2 sei von den Festsetzungen des Bebauungsplans gedeckt. Das Grundstück werde von den Beigeladenen zu 1 und 2 zum Zwecke des Wohnens genutzt. Dazu gehöre auch das Wohnen am Zweitwohnsitz. Ob die Überlassung des gesamten Hauses an Dritte zu Ferienzwecken von den Festsetzungen gedeckt sei, könne dahinstehen. Denn die Festsetzung der Art der Nutzung sei nur gegenüber Eigentümern von Grundstücken, die im Geltungsbereich des Bebauungsplans belegen seien, nachbarschützend. Die nach § 1 Abs. 4 BauNVO als Feinsteuerung zulässige Festsetzung, wonach alle gemäß § 4 Abs. 3 BauNVO ausnahmsweise zulässigen Arten der Nutzungen bis auf die Nutzung als Ferienappartements ausgeschlossen seien, sei „weder gegenüber Eigentümern innerhalb noch erst recht solchen außerhalb des Plangebiets drittschützend“. Nach Darstellung des Vertreters der Gemeinde diene diese Festsetzung allein Interessen der Allgemeinheit. Ob eine solche Feinsteuerung nachbarschützend sei, sei dem Bebauungsplan „selbst“ zu entnehmen. Aus der Begründung des Bebauungsplans ergebe sich, dass die Zulassung von Ferienappartements allein aus objektiven städtebaulichen Gesichtspunkten erfolgt sei. Der Gebietserhaltungsanspruch eines im Plangebiet belegenen Nachbarn werde auch dann nicht verletzt, wenn ein ganzes Haus und nicht lediglich einzelne Ferienappartements innerhalb eines Hauses genutzt würden. Die Festsetzung der Begrenzung der Zahl der Wohnungen sei eine Festsetzung des Maßes der baulichen Nutzung, die grundsätzlich keine nachbarschützende Wirkung entfalte. Die tatsächliche Nutzung verstoße auch nicht gegen das in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO enthaltene Gebot der Rücksichtnahme. Auch im Fall einer unterstellten Unwirksamkeit des Bebauungsplans sei eine Verletzung des subjektiven Rücksichtnahmegebots i.S.d. § 34 Abs. 1 BauGB mangels unzumutbarer Beeinträchtigung nicht zu erkennen.

B. Beschwerde vorbringen

[3] Die Beschwerde hält die „Voraussetzungen und Grenzen des plangebietsüberschreitenden Nachbarschutzes hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung“ für klärungsbedürftig und wirft die Frage auf, ob der Nachbarschutz „ausschließlich vom Willen des Plangebers“ abhängt bzw. „allein der Begründung des Bebauungsplans zu entnehmen“ sei. Zu klären sei, ob der Nachbarschutz „stattdessen ausschließlich von einer

konkreten Rücksichtslosigkeit eines Vorhabens“ abhängige, welche Rolle „die konkreten örtlichen Verhältnisse allgemein sowie im vorliegenden Verfahren“ spielten und welche Bedeutung „in diesem Zusammenhang der Baugebietsgrenze selbst“ zukomme. Klärungsbedürftig sei des Weiteren, „ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen bei den sog. Feinsteuerungen der baulichen Nutzung nach § 1 Abs. 4 ff. BauNVO ein plangebietsüberschreitender Nachbarschutz anzuerkennen“ sei. Vor dem „Hintergrund dieser generellen Klärungsbedürftigkeit ...“ (sei) konkret im vorliegenden Fall klärungsbedürftig, „ob plangebietsüberschreitender Nachbarschutz aus der textlichen Festsetzung unter Ziffer 3.1. des Bebauungsplans ... herzuleiten“ sei und „ob ein plangebietsüberschreitender Nachbarschutz von einem entsprechenden Willen des Plangebers abhängig sein kann“.

C. Entscheidung des BVerwG

[4] Diese Fragen rechtfertigen soweit sie nicht ungeachtet ihrer allgemein gehaltenen Umschreibung auf den konkreten Streitfall zielen nicht die Zulassung der Revision.

I. Gebietserhaltungsanspruch für Nachbarn innerhalb des Plangebiets

[5] In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass die Festsetzung von Baugebieten durch einen Bebauungsplan nachbarschützende Funktion zugunsten der Grundstückseigentümer im jeweiligen Baugebiet hat (Urteile vom 16. September 1993 BVerwG 4 C 28.91 BVerwGE 94, 151 und vom 23. August 1996 BVerwG 4 C 13.94 BVerwGE 101, 364; Beschluss vom 2. Februar 2000 BVerwG 4 B 87.99 Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 163). Ein Nachbar im Baugebiet soll sich auch dann gegen die Zulassung einer gebietswidrigen Nutzung wenden können, wenn er durch sie selbst nicht unzumutbar beeinträchtigt wird. Dieser bauplanungsrechtliche Nachbarschutz beruht auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses. Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen (Urteil vom 11. Mai 1989 BVerwG 4 C 1.88 BVerwGE 82, 61, 75).

Der Hauptanwendungsfall im Bauplanungsrecht für diesen Grundsatz sind die Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung. Durch sie werden die Planbetroffenen im Hinblick auf die Nutzung ihrer Grundstücke zu einer rechtlichen

Schicksalsgemeinschaft verbunden. Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des eigenen Grundstücks wird dadurch ausgeglichen, dass auch die anderen Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind (Urteil vom 16. September 1993 BVerwG 4 C 28.91 BVerwGE 94, 151, 155). Im Rahmen dieses nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses soll daher jeder Planbetroffene im Baugebiet das Eindringen einer gebietsfremden Nutzung und damit die schleichende Umwandlung des Baugebiets unabhängig von einer konkreten Beeinträchtigung verhindern können.

II. Kein Gebietserhaltungsanspruch für Nachbarn außerhalb des Plangebiets

[6] Daraus folgt ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedürfte, dass ein gebietsübergreifender Schutz des Nachbarn vor (behaupteten) gebietsfremden Nutzungen im lediglich angrenzenden Plangebiet unabhängig von konkreten Beeinträchtigungen grundsätzlich nicht besteht. Denn wenn wie im vorliegenden Fall zwischen dem Grundstück der Beigeladenen zu 1 und 2 und dem Grundstück des Klägers nicht das für ein Plangebiet typische wechselseitige Verhältnis besteht, das die in einem Plangebiet zusammengefassten Grundstücke zu einer bau- und bodenrechtlichen Schicksalsgemeinschaft zusammenschließt, fehlt es an dem spezifischen bauplanungsrechtlichen Grund, auf dem der nachbarschützende von konkreten Beeinträchtigungen unabhängige Gebietserhaltungsanspruch als Abwehrrecht beruht.

III. Stattdessen (nur) § 15 I 2 BauNVO i.V.m. Gebot der Rücksichtnahme

Der Nachbarschutz eines außerhalb der Grenzen des Plangebiets belegenen Grundstückseigentümers bestimmt sich bundesrechtlich (nur) nach dem in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme. In diesem Rahmen kommt es - wie auch das Berufungsgericht ausgeführt hat - auf die vom Kläger angesprochenen konkreten örtlichen Verhältnisse an. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, es sei nicht nachvollziehbar, „weshalb das Grundstück des Klägers ... nicht in das später festgesetzte Plangebiet einbezogen wurde“, betrifft die Frage nach der Wirksamkeit des Bebauungsplans, die sich nicht als entscheidungserheblich erweist, weil das Berufungsgericht ergänzend die Unwirksamkeit des Bebauungsplans unterstellt und auch insoweit eine Verletzung subjektiver Rechte verneint hat. Diese Feststellungen hat der Kläger mit der Beschwerde nicht angegriffen. [...]

Standort: Feststellungsklage**Problem: Nachträglich weggefallene Subsidiarität**

BVERwG, URTEIL VOM 23.08.2007
7 C 2.07 (BAYVBL 2008, 245)

Problemdarstellung:

Anlässlich eines Rechtsstreits zu Rechten und Pflichten aus der deutschen Verpackungsverordnung für ausländische Getränkehersteller machte das BVerwG interessante Ausführungen zur Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO:

A. Der Feststellungsklage stand ursprünglich die Subsidiarität nach § 43 II VwVfG entgegen, weil ein Verwaltungsakt in der Welt war, der hätte angefochten werden können (und müssen). Die Anfechtungsklage ist eine Gestaltungsklage i.S.d. § 43 II VwGO, in deren Rahmen das Bestehen oder Nichtbestehen der streitigen Pflichten aus der VerpackungsVO hätte geprüft werden müssen. Allerdings hatte sich der Verwaltungsakt während des Prozesses erledigt mit der Folge, dass er unwirksam geworden war, § 43 II VwVfG, und eine Anfechtungsklage nunmehr nicht mehr nötig war.

Das BVerwG stellt hierzu fest, dass die fehlende Subsidiarität - wie alle Zulässigkeitsvoraussetzungen - im Zeitpunkt der Entscheidung über die Klage vorliegen muss. Entfällt die Subsidiarität also während des laufenden Prozesses, wird die Feststellungsklage dadurch zulässig. Umgekehrt ist der Schluss erlaubt, dass eine ursprünglich zulässige Feststellungsklage unzulässig wird, sollte sich während des laufenden Prozesses eine Subsidiarität einstellen.

B. Ferner interessant sind die Ausführungen des BVerwG zum "Rechtsverhältnis" i.S.d. § 43 I VwGO beim Erlass von Normen. Das Gericht meint, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis komme grds. nur zwischen Normanwender (i.d.R. einer Behörde) und Normadressat (i.d.R. ein Bürger) zustande. Für ein Rechtsverhältnis unmittelbar zwischen Normadressat und Normgeber (Bund oder Land) gibt es nur zwei anerkannte Fälle: Klagen auf Normerlass und Klagen, bei denen sog. "self-executing"-Normen Streitgegenständlich sind, also solche, die keinen Normanwender kennen, sondern sich selbst vollziehen (Beispiel: Anschnallpflicht nach StVO). Bei beiden ist jedoch an anderer Stelle Vorsicht geboten: Bei Klagen auf Normerlass (die Rspr. wendet hier die Feststellungsklage an, obwohl es sich eigentlich um eine allgemeine Leistungsklage handelt, vgl. nur jüngst BVerwG, DVBl 2008, 520; krit. Winkler, DVBl 2008, 596) fehlt es vielfach an der Klagebefugnis analog § 42 II VwGO, weil die Rechtsordnung nur in seltenen Fällen einen Anspruch des Einzelnen auf Erlass von Normen kennt, und bei Klagen gegen self-executing-Normen darf es nicht zu einer Umgehung des § 47 VwGO kommen, der Rechtsschutz des Bürgers unmittelbar gegen Ge-

setze gerade nicht vorsieht. Weitere Ausnahmen solcher "atypischen Feststellungsklagen" lehnt das BVerwG in der vorliegenden Entscheidung explizit ab.

Prüfungsrelevanz:

Die Feststellungsklage führte im Examen lange ein Schattendasein hinter den prominenteren Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklagen. Allerdings hat sie in der jüngeren Vergangenheit deutlich an Bedeutung gewonnen, vor allem im Rahmen des nachträglichen Rechtsschutzes gegen Realakte, gegen die eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO mangels Verwaltungsakts nicht in Betracht kommt (z.B. bei den viel diskutierten "Gefährderanschreiben", vgl. zu diesen die Vertiefungshinweise).

In einem Gutachten sollte die Subsidiarität übrigens nicht - wie hier vom BVerwG - vor, sondern erst nach der Statthaftigkeit geprüft werden. Denn solange nicht klar ist, ob überhaupt eine Feststellungsklage vorliegt und auf welches Rechtsverhältnis sie genau abzielt, kann auch nicht geprüft werden, ob dieses Begehren subsidiär zu einer anderen Klage ist.

Ohnehin ist bei der Bejahung der Subsidiarität Vorsicht geboten: Wenn wirklich eine andere Klageart in Betracht kommt, ist wegen § 88 VwGO ja nicht am Wortlaut des Antrags zu haften, der auf "Feststellung" lauten mag, sondern das wirkliche Begehren zu ermitteln. Dies wird nicht selten in der anderen, vorrangig zu erhebenden Klage liegen, denn welcher Kläger will schon eine subsidiäre und somit unzulässige Feststellungsklage erheben, wenn er auf anderem Wege Erfolg haben kann? In praxi ist dann ein Hinweis gem. § 86 III VwGO angezeigt, in einem Gutachten - vorbehaltlich eines anders lautenden Bearbeitervermerks - schon in der Statthaftigkeit das wirkliche Begehren auszulegen und die "passende" Klageart anzuwenden. Hat man auf diese Weise z.B. eine allgemeine Leistungsklage für statthaft erklärt, stellt sich die Frage nach der Subsidiarität der Feststellungsklage zwangsläufig nicht mehr.

Vertiefungshinweise:

- Feststellungsklage gegen "Gefährderanschreiben": *OVG Lüneburg*, RA 2006, 364 = DÖV 2006, 122
- Sonstige Feststellungsklagen gegen erledigte Realakte: *BVerfG*, RA 2002, 203 = NJW 2002, 2700; *BVerwG*, BayVBl 1998, 666; *VGH BW*, BWVBl 1993, 469; *OVG Bremen*, RA 2004, 74 = NordÖR 2004, 457
- Feststellungsklage auf Normerlass: *BVerwGE* 80, 355, 359; *BVerwG*, RA 2003, 57 = NVwZ 2002, 1505; DVBl 1990, 155; *HessVGH*, DÖV 1992, 121
- Europarechtsfestigkeit der Verpackungsverordnung: *EuGH*, NVwZ 2005, 190

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Gefährderanschreiben"
 Examenskurs : "Das Opferlamm"

Leitsätze:

- 1. Zur nachträglichen Zulässigkeit einer Feststellungsklage, der ursprünglich deren Subsidiarität entgegenstand.**
2. Ist streitig, ob die Pfand- und Rücknahmepflichten der Verpackungsverordnung gegenüber ausländischen Importeuren von Getränken in Einwegverpackungen aus Gründen des Europarechts unanwendbar sind, so besteht das feststellungsfähige Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO nur zwischen den ausländischen Importeuren und den Vollzugsbehörden des Bundeslandes, in dem die Getränke vertrieben werden sollen. Für eine atypische, gegen den Normgeber gerichtete Feststellungsklage ist in diesem Fall kein Raum.

Sachverhalt:

[1] Die Klägerinnen, mittelständische Unternehmen aus Österreich, exportieren von ihnen hergestellte Erfrischungsgetränke, Fruchtsäfte und Tafelwasser nach Deutschland. Sie wenden sich gegen Rücknahme- und Pfandpflichten für Einweggetränkeverpackungen nach der Verpackungsverordnung. [...]

[5] Bereits im Mai 2002 haben die Klägerinnen Klage zum Verwaltungsgericht Stuttgart erhoben mit dem Antrag festzustellen, dass sie bei einer Beteiligung am Dualen System Deutschland nicht verpflichtet seien, auf ihre in Baden-Württemberg in den Verkehr gebrachten Einweggetränkeverpackungen ein Pflichtpfand zu erheben und die gebrauchten Verpackungen gegen Erstattung des Pfandes zurückzunehmen.

[6] Das Verwaltungsgericht Stuttgart hat das Verfahren ausgesetzt und die Frage der Vereinbarkeit der Mehrwegquoten- und Pfandregelungen der Verpackungsverordnung mit europäischem Recht dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt. In seinem Urteil vom 14. Dezember 2004 (- C-309/02 -) geht der Gerichtshof davon aus, dass Art. 7 der Verpackungsrichtlinie 94/62/EG es den Mitgliedstaaten überlasse, im Hinblick auf Einwegverpackungen zwischen einem Pfand- und Rücknahmesystem und einem flächendeckenden System der Sammlung von Verpackungen zu wählen oder sich für eine Kombination der beiden Systeme zu entscheiden, vorausgesetzt die gewählten Systeme bezweckten, die Verpackungen der bestmöglichen Entsorgung zuzuführen (Rn. 42). Es sei Sache der nationalen Gerichte, über die Frage zu entscheiden, ob die Umstellung des Systems der Bewirtschaftung von Verpackungsabfall, wie sie in § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 2 VerpackV vorgesehen sei, es den betroffenen Herstellern und Vertreibern ermögliche, sich unter den o.g. Voraussetzungen an einem arbeitsfähigen System

zu beteiligen.

Art. 28 EG stehe einer nationalen Regelung wie der nach § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 2 VerpackV a.F. nur entgegen, wenn diese die Ersetzung eines flächendeckenden Systems der Sammlung von Verpackungsabfällen durch ein Pfand- und Rücknahmesystem vorsehe, ohne dass die betroffenen Hersteller und Vertreiber über eine angemessene Übergangsfrist verfügten, um sich darauf einzustellen, und ohne dass sichergestellt sei, dass sie sich im Zeitpunkt der Umstellung des Systems der Bewirtschaftung von Verpackungsabfall tatsächlich an einem arbeitsfähigen System beteiligen können (Rn. 82 f.).

[7] Die nach Abweisung der Klage durch das Verwaltungsgericht Stuttgart eingelegte Berufung ist ohne Erfolg geblieben. [...]

[8] Gegen dieses Berufungsurteil haben die Klägerinnen die zugelassene Revision eingelegt und verfolgen ihr Feststellungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

[16] Mit dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht klaggestellten Antrag, dass die im Revisionsverfahren begehrte Feststellung ausschließlich den Zeitraum nach Inkrafttreten der Dritten Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung, somit ab dem 28. Mai 2005 betreffe, erweist sich die Revision als begründet. Das angefochtene Berufungsurteil verletzt - soweit es nicht rechtskräftig geworden ist - Bundesrecht. Die Unzulässigkeit der ursprünglichen Feststellungsklage kann dem nunmehrigen Feststellungsbegehren nicht weiter entgegengehalten werden (1.) Zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten besteht entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis (2.). Dieses ist ausreichend konkret (2.1) und streitig (2.2). Ebenso wenig mangelt es den Klägerinnen an einem berechtigten Interesse an der alsbaldigen Feststellung (2.3). Mangels tatsächlicher Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden (3.).

A. Keine Subsidiarität**I. Subsidiarität der ursprünglichen Klage gegenüber der Anfechtungsklage**

[17] Die Feststellungsklage erweist sich nicht bereits deshalb als unzulässig, weil die Klägerinnen schon im Mai 2002 Klage erhoben haben und deren Zulässigkeit bis zum Inkrafttreten der Dritten Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung der Umstand entgegenstand, dass die Anfechtung des Bekanntgabeverwaltungsaktes vom 2. Juli 2002 der sachnähere und effektivere Weg zur Klärung der Rechtmäßigkeit der Rücknahme- und Pfandpflichten der (alten) Verpackungsverordnung gewesen wäre und dies durch § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO auch geboten war (Urteil vom

16. Januar 2003 - BVerwG 7 C 31.02 - BVerwGE 117, 322).

II. Wegfall der Subsidiarität

[18] Die Unzulässigkeit der ursprünglichen Feststellungsklage hindert nicht die Annahme, dass die Klage mit dem jetzt gestellten Antrag nach der am 28. Mai 2005 in Kraft getretenen Rechtsänderung zulässig geworden ist. Denn mit dem Wegfall der gesetzlichen Grundlagen der alten Verpackungsverordnung erledigten sich die durch den Bekanntgabeverwaltungsakt aktualisierten Pflichten (§ 43 Abs. 2 VwVfG; Beschluss vom 17. November 1998 - BVerwG 4 B 100.98 - Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 11). Da die mit diesem ursprünglich verbundene Steuerungsfunktion durch die neue materielle Rechtslage überholt ist, ist auch nicht mehr zu besorgen, dass die ursprüngliche Bestandskraftwirkung des unangefochten gebliebenen Bekanntgabeverwaltungsaktes entgegen § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO im Wege einer Feststellungsklage unterlaufen würde.

III. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

[19] Dass dem Feststellungsbegehren der Klägerinnen nach dem 28. Mai 2005 § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht mehr entgegensteht, folgt auch ohne weiteres aus dem Umstand, dass die Prozessvoraussetzungen einer Feststellungsklage spätestens im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts gegeben sein müssen (Kopp/Schenke, VwGO, 14. Auflage, § 43 Anm. 23). Äußerungen in der Literatur (Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Auflage, § 43 Rn. 117; Happ, in: Eyermann, VwGO, 12. Auflage, § 43 Rn. 40), wonach für die Frage der Subsidiarität der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich sei, beziehen sich auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juli 1977 - BVerwG 6 C 96.75 - (BVerwGE 54, 177 [179]), das aber allein den Fall der nachträglich entstehenden Möglichkeit einer Gestaltungs- oder Leistungsklage betrifft, die im Interesse effektiven Rechtsschutzes (a.a.O.) die Zulässigkeit der ursprünglich erhobenen Feststellungsklage unberührt lässt. Diese Erwägung lässt sich auf den umgekehrten Fall einer durch eine Rechtsänderung nachträglich zulässig gewordenen Feststellungsklage nicht übertragen. Hier stellt sich die Frage nach einer Subsidiarität nicht mehr; der Erhebung einer Feststellungsklage stünde nunmehr § 43 Abs. 2 VwGO zweifelsfrei nicht entgegen. Die Klägerinnen im Hinblick auf die nach dem 28. Mai 2005 gegebene Rechtslage auf die Möglichkeit einer neu zu erhebenden Feststellungsklage zu verweisen, wäre prozessökonomisch nicht vertretbar.

B. Statthaftigkeit

[20] Die Klägerinnen begehren mit ihrem Antrag die Feststellung des „Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses“ (§ 43 Abs. 1 VwGO).

I. Rechtsnorm selbst kein Rechtsverhältnis

Allerdings kann eine Klage mit dem alleinigen Ziel der Nichtigkeitsfeststellung einer Rechtsnorm nicht auf § 43 VwGO gestützt werden, da eine solche Klage auf kein Rechtsverhältnis abzielt, sondern eine Umgehung des § 47 VwGO ermöglichen würde; dasselbe gilt für eine Klage auf Feststellung der Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm wegen eines Verstoßes gegen Europarecht.

II. Nichtbestehen eines durch Rechtsnorm begründeten Rechtsverhältnisses

Im Rahmen einer Klage nach § 43 VwGO kann allenfalls die Feststellung begehrt werden, dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kein Rechtsverhältnis zu dem anderen Beteiligten begründet ist. Um einen solchen Fall geht es hier.

1. Definition

Unter einem Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO sind die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebenden rechtlichen Beziehungen für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder zu einer Sache zu verstehen (Urteile vom 23. Januar 1992 - BVerwG 3 C 50.89 - BVerwGE 89, 327 [329] und vom 26. Januar 1996 - BVerwG 8 C 19.94 - BVerwGE 100, 262 [264]; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, § 8 Rn. 16). Als Bezugspersonen kommen dabei in Betracht der Normgeber, der Normadressat und (als Vollzugsbehörde) der Normanwender. Da zum einen nach Art. 30 GG die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich Sache der Länder ist, und zum anderen Art. 83 GG ebenso grundsätzlich bestimmt, dass die Länder Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten ausführen, d.h. sie verwaltungsmäßig umsetzen (BVerfG, Beschluss vom 15. März 1960 - 2 BvG 1/57 - BVerfGE 11, 6 [15]), eröffnet sich im Regelfall ein Rechtsverhältnis zwischen Normadressaten und Normanwender, hier somit zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten.

2. Subsumtion

a. Rechtsbeziehung

aa. Grundsatz: (Nur) Beziehung zwischen Normadressat und Normanwender

[22] Dagegen besteht im Regelfall kein Rechtsverhältnis zwischen Normadressat und Normgeber, da letzterer an der Umsetzung der Norm gegenüber dem Adressaten nicht beteiligt ist. Dies gilt ebenso für sog. „self-executing“ Normen wie die Verpackungsverordnung in ihrer jetzigen Fassung, soweit dort Verwaltungsvollzug möglich ist. Auch hier stehen sich im Regelfall als alleinige Zuordnungssubjekte der Norm-

adressat und der Normanwender gegenüber; denn auf der einen Seite findet sich die normbetroffene Person, der auf der anderen Seite das Bundesland bzw. dessen vollziehende Behörde gegenüber steht, die die Regelungen durchzusetzen oder ihre Befolgung zu überwachen hat (Siemer, Rechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Normenkontrolle und Feststellungsklage, Festschrift für Menger, 1985, S. 501 [513 f.]; ders. Normenkontrolle durch Feststellungsklage?, 1971, S. 53 ff.; vgl. auch Kuntz, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, 2001, S. 124 f.). Im vorliegenden Falle ergibt sich die Befugnis zum Vollzug der Verpackungsverordnung aus § 21 KrW-/AbfG. Ein "Rechtsverhältnis" im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO besteht hier nur zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten bzw. dessen Vollzugsbehörden.

bb. Keine "atypischen Feststellungsklage" gegen den Normgeber

[23] Über den Ausnahmefall der zulässigen (und Art. 19 Abs. 4 GG geschuldeten) Normenerlassklagen - wenn etwa das Recht des Betroffenen auf Gleichbehandlung den Erlass oder die Änderung einer Rechtsnorm gebietet - (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 - 1 BvR 541, 542/02 - BVerfGE 115, 81 [95 f.]; Urteile vom 4. Juli 2002 - BVerwG 2 C 13.01 - Buchholz 240 § 49 BBesG Nr. 2 und vom 7. September 1989 - BVerwG 7 C 4.89 - Buchholz 415.1 AllgKommR Nr. 93) hinausgehend bedarf es keiner weiteren "atypischen Feststellungsklage" gegen den Normgeber.

(1). Effektiver Rechtsschutz

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs streitet hierfür auch nicht das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, da die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Norm im Rahmen der gegen die Vollzugsbehörde gerichteten Feststellungsklage in derselben Weise als streitentscheidende und inzident zu prüfende Vorfrage aufgeworfen wird, wie bei einer gegen den Normgeber gerichteten atypischen Feststellungsklage. Art. 19 Abs. 4 GG nötigt hier also - anders als in den vom Beklagten als Beleg herangezogenen Fällen der Normerlassklagen - nicht zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage gegen den Normgeber.

[24] Der Hinweis der Vorinstanz auf die Vielzahl möglicher Klagen gegen die Bundesländer und deren nachgeordnete Behörden rechtfertigt ihre Verwerfung als unzulässig und den Vorrang einer Klage gegen den Bund als Normgeber ebenfalls nicht. Bloße Erwägungen der Prozessökonomie oder der höheren Effektivität einer "zentralen" Klage reichen hierfür nicht aus. Zu Recht verweist die Revision darauf, dass auch die Entscheidung über eine gegen den Bund gerichtete Feststellungsklage nur "inter-partes"-Wirkung hat und somit die Bundesländer bzw. deren aufsichtsführende

und weisungsbefugte Fachministerien nicht bindet. Umgekehrt bindet auch ein gegenüber einem Bundesland ergehendes Feststellungsurteil nicht die weiteren Bundesländer als Normanwender. Es ist letztlich Ausfluss des föderalen Rechtssystems, dass ein Normadressat auch bei einer Vielzahl von Normvollzugsverhältnissen jeweils nach seinen Betroffenheiten um Rechtsschutz im Wege der Feststellungsklage nachsuchen kann und sich auf keine gebündelte Klage gegen den Bund verweisen lassen muss. Im Übrigen ist im Regelfall davon auszugehen, dass eine höchstrichterliche Entscheidung, die gegenüber einem Bundesland ergeht und die nach erfolgter Inzidentprüfung gegebenenfalls Teile einer Verordnung für nichtig oder für nicht anwendbar hält, auch von anderen Normanwendern und gegebenenfalls auch vom Bund als Normgeber zur Kenntnis genommen und respektiert wird.

(2). Bisherige Rechtsprechung des BVerwG

[25] Aus den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu den Abflugrouten von Flughäfen, die vom Luftfahrt-Bundesamt jeweils durch Rechtsverordnung (§ 27a Abs. 2 Satz 1 LuftVO) festgelegt werden (Urteile vom 28. Juni 2000 - BVerwG 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276, vom 26. November 2003 - BVerwG 9 C 6.02 - BVerwGE 119, 245 und vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - BVerwGE 121, 152) folgt nichts anderes. Diese Feststellungsklagen betreffen allein das Normvollzugsverhältnis; sie richteten sich jeweils gegen die Bundesrepublik und konnten sich nur gegen diese richten, da die Luftverkehrsverwaltung - als Ausnahme gegenüber Art. 83 GG - in bundeseigener Verwaltung geführt wird (Art. 87d GG).

[26] Für eine gegen den Normgeber zu richtende "atypische Feststellungsklage" streitet auch nicht der Beschluss des erkennenden Senats vom 19. Dezember 2002 - BVerwG 7 VR 1.02 - (Buchholz 451.221 § 24 KrW-/AbfG Nr. 2). Der Senat hat dort die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nicht für ausreichend gehalten, um gegenüber dem Antragsgegner zu 1 - dem Ministerium für Umwelt- und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen - ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zu begründen. Zu der Frage, ob die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten durch den hierfür zuständigen Antragsgegner zu 2 - das Land Nordrhein-Westfalen - ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis begründet hätte (vgl. Urteil vom 13. Januar 1969 - BVerwG 1 C 86.64 - BVerwGE 31, 177), hat sich der Senat nicht geäußert; es bestand hierfür auch kein Anlass. Hinzu kommt, dass infolge des in der alten Verpackungsverordnung „angelegten“ Bekanntgabeverwaltungsaktes, der unmittelbar den Systemwechsel vom 1. Januar 2003 bewirkt hat, in dem damals zu beurteilenden Fall allein ein durch diesen Verwaltungsakt bestimmtes Rechtsverhältnis zum Bund bestanden hat, der wiederum allein über die neuen

Pflichten gegebenenfalls durch Aufhebung des Verwaltungsaktes hätte verfügen können.

b. Konkret

[27] Das Rechtsverhältnis zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten ist auch hinreichend konkret, es bezieht sich auf einen bestimmten, überschaubaren Sachverhalt (vgl. Urteile vom 8. Juni 1962 - BVerwG 7 C 78.61 - BVerwGE 14, 235 [236], vom 30. Mai 1985 - BVerwG 3 C 53.84 - BVerwGE 71, 318 [319] und vom 7. Mai 1987 - BVerwG 3 C 53.85 - BVerwGE 77, 207 [211]). Deren Rechtsbeziehungen haben sich ausreichend verdichtet. Bereits vor Umstellung des Entsorgungssystems von Einweggetränkverpackungen zum 1. Januar 2003 haben die Klägerinnen aus ihrem Sortiment Getränke nach Baden-Württemberg geliefert. Durch das nunmehrige endgültige Umsteigen auf das Pfand- und Rücknahmesystem durch die Dritte Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung werden Rechtspositionen der Klägerinnen weiter substantiell betroffen, weil von ihnen vertriebene Produkte im Zuge der Systemumstellung und als deren Folge von früheren Abnehmern ausgelistet worden sind. Somit werden nicht lediglich abstrakte Rechtsfragen in Bezug auf möglicherweise eintretende Beeinträchtigungen im Wege der Feststellungsklage zur gerichtlichen Klärung gestellt.

c. Streitigkeit

[28] Dieses konkrete Rechtsverhältnis ist zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig (zu diesem Erfordernis: Urteile vom 26. Januar 1996 a.a.O. und vom 23. Januar 1992 - BVerwG 3 C 50.89 - BVerwGE 89, 327). Der Verwaltungsgerichtshof verkennt, dass ein streitiges Rechtsverhältnis in diesem Sinne nicht voraussetzt, dass zwischen Normadressat und normanwendender Behörde etwa schriftlich ausgetauschte Divergenzen offenkundig geworden sein müssten. Es genügt, dass der Beklagte durch die von den Klägerinnen beantragte "Freistellungserklärung" (in Bezug auf die neuen Pflichten der Verpackungsverordnung) Kenntnis von der abweichenden Rechtsauffassung der Klägerinnen hatte und eine solche Erklärung ablehnte. Ferner hatten sich bereits vor Erhebung der Klage und

in den Jahren danach die Klägerinnen und andere Vertreter von Getränken in Einwegverpackungen in zahlreichen gerichtlichen Verfahren gegen die Systemumstellung gewandt. Der Streit um deren Rechtmäßigkeit war allseits bekannt. Es kann schließlich auch nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass der Beklagte tatenlos zusehen und von seinen Befugnissen aus § 21 KrW-/AbfG - pflichtwidrig - nicht Gebrauch gemacht hätte, wenn die Klägerinnen von ihnen hergestellte Produkte in Einwegverpackungen unter Missachtung der neuen Pfand- und Rücknahmepflichten in den Verkehr gebracht hätten. Dies war auch bereits in der Presseerklärung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 23. Dezember 2004 zum Ausdruck gebracht worden.

C. Feststellungsinteresse

[29] Die Zulässigkeit der gegen den Beklagten gerichteten Feststellungsklage ist auch nicht wegen des Fehlens eines berechtigten Interesses an der alsbaldigen Feststellung in Frage zu stellen. Wenn die Klägerinnen ihr Interesse an der Feststellung mit der benötigten Rechtssicherheit für ihre weiteren wirtschaftlichen Dispositionen in Baden-Württemberg begründen, kann dem nicht entgegengehalten werden, dass ein auf Baden-Württemberg bezogenes Urteil den wirtschaftlichen Interessen der Klägerinnen nur sehr begrenzt nützen würde. Denn das erkennbare und durch das Gericht nicht in Frage zu stellende Klageziel bezieht sich allein auf den Vertrieb in diesem Bundesland. Für eine darüber hinausgehende Auslegung des Klagebegehrens ist angesichts des ausdrücklich bekundeten Willens der Klägerinnen kein Raum. § 88 VwGO legitimiert den Richter nicht, an die Stelle dessen, was eine Partei erklärtermaßen will, das zu setzen, was sie - nach Meinung des Richters - zur Verwirklichung ihres Bestrebens „wollen“ sollte (Beschluss vom 29. August 1989 - BVerwG 8 B 9.89 - Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 17).

[30] Da - wie bereits dargelegt - eine „atypische Feststellungsklage“ gegen den Bund als Normgeber nicht eröffnet ist, kann mit dieser Begründung auch das Feststellungsinteresse gegenüber den Vollzugsbehörden der Länder nicht mit Erfolg bestritten werden. [...]

Standort: Grundrechte**Problem: Postmortales Persönlichkeitsrecht**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 19.12.2007
1 BvR 1533/07 (NVwZ 2008, 549)

Problemdarstellung:

In der Rspr. des BVerfG ist das sog. "postmortale Persönlichkeitsrecht" aus Art. 1 I 1 GG anerkannt, das Verstorbenen über den Tod hinaus die Menschenwürde sichert, wenngleich der Schutz im Laufe der Jahre abnehmen (verblässen) soll. Es ist nicht zu verwechseln mit dem "allgemeinen Persönlichkeitsrecht" aus Art. 2 I i.V.m. 1 I 1 GG, das Lebenden zukommt. Einer der Hauptunterschiede liegt darin, dass letzteres den Schranken des Art. 2 I GG unterliegt, während ersteres - da allein aus Art. 1 I 1 GG abgeleitet - überhaupt keine Schranken kennt, wie das BVerfG es in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich festhält: "Steht fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt."

Gerade weil das postmortale Persönlichkeitsrecht nicht abwägungsfähig ist, ist das BVerfG allerdings äußerst zurückhaltend damit, tatsächlich eine Schutzbereichsbetroffenheit anzunehmen. So auch hier: Für ein Theaterstück streite als Kunstwerk i.S.d. Art. 5 III GG zunächst einmal die Vermutung der Fiktion. Fiktive Darstellungen betreffen das postmortale Persönlichkeitsrecht eines Verstorbenen aber selbst dann nicht, wenn der Verstorbene und sein Schicksal klar zu erkennendes Vorbild für das Theaterstück gewesen seien. Auch soll es keine Rolle spielen, dass es sich bei der verstorbenen Person um eine Minderjährige gehandelt hat und sexuelle Handlungen derselben geschildert und gezeigt werden.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall zeigt, wie das postmortale Persönlichkeitsrecht aufbautechnisch und inhaltlich in einem Gutachten zu handhaben ist:

I. Aufbautechnisch ist die Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG nicht etwa als "verfassungsimmanente Schranke" in der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu prüfen, da ein Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht eben nicht gerechtfertigt werden kann. Vielmehr ist bereits im Schutzbereich zu erörtern, ob die Ausübung der Kunstfreiheit die Menschenwürde des Verstorbenen überhaupt beeinträchtigt.

II. Inhaltlich wird allenfalls in extremen Ausnahmefällen eine Grundrechtsausübung den Schutzbereich des postmortalen Persönlichkeitsrechts betreffen, da - wie das BVerfG auch feststellt - die Grundrechte (wie hier die Kunstfreiheit) selbst an der Menschenwürde ausgerichtet sind. Dass selbst die künstlerische Darstellung sexueller Handlungen ermordeter Minderjähriger für

eine Schutzbereichsbetroffenheit nicht genügen soll zeigt, wie eng das BVerfG den Schutzbereich zieht. Weiteres Beispiel: Das BVerfG hat es auch nicht genügen lassen, dass einem verstorbenen SPD-Politiker, der im Dritten Reich von den Nationalsozialisten verfolgt worden war, nachgesagt wurde, er würde in der heutigen Zeit eine rechtsradikale Partei wählen (siehe Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

- Postmortales Persönlichkeitsrecht verstorbener Politiker: *BVerfG*, RA 2001, 428 = DVBl 2001, 985
- Grundlegend zum postmortalen Persönlichkeitsrecht: *BVerfGE* 30, 173 (Mephisto); vgl. auch die Besprechung von *Hager*, Jura 2000, 186
- Verblässen des postmortalen Persönlichkeitsrechts: *BGH*, NJW 2007, 684

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Durch das postmortale Persönlichkeitsrecht geschützt wird zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat.**
- 2. Da nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind, bedarf es jedoch einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt.**
- 3. Steht fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt. Der Schutz kann nicht etwa im Zuge einer Güterabwägung relativiert werden.**

Sachverhalt:

[1] Die Verfassungsbeschwerde hat das Verhältnis von postmortalem Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit zum Gegenstand. Sie richtet sich gegen zivilgerichtliche Entscheidungen, durch die eine Klage auf Unterlassung der Aufführung eines Theaterstücks abgewiesen wurde.

[2] Die Tochter der Beschwerdeführerin wurde im Mai 2004 im Alter von 14 Jahren Opfer eines Tötungsverbrechens. Nach den strafgerichtlichen Feststellungen hatte sie den späteren Täter am Vorabend der Tat kennen gelernt und mit ihm einverständlichen Geschlechtsverkehr ausgeübt. Am Tag darauf unternahm

sie mit dem Täter und zwei weiteren Personen einen Ausflug. Dabei kam es zwischen ihr und dem Täter zu einem Streit, in dessen Verlauf die Tochter der Beschwerdeführerin den Täter dadurch provozierte, dass sie die Möglichkeit einer Schwangerschaft ausmalte. Der Täter wurde durch diesen Streit in erhebliche Aufregung versetzt, da für ihn undenkbar war, die Tochter der Beschwerdeführerin seiner Familie als Freundin oder als künftige Ehefrau vorzustellen, zumal in seiner Familie als Ehefrau kein Mädchen in Betracht kam, das bereits kurz nach dem Kennenlernen mit einem jungen Mann den Geschlechtsverkehr vollzogen hat. Er tötete daher die Tochter der Beschwerdeführerin bei einem Zwischenhalt. Über diesen so genannten „Hagerer Mädchenmord-Fall“ ist regional und überregional in den Medien berichtet worden.

[3] Der Autor H. verfasste im Jahr 2005 das Theaterstück "Ehrensache", dem die Ereignisse um die Tötung der Tochter der Beschwerdeführerin als Vorlage dienten. In dem Stück werden episodenhaft und zum Teil in Form von Rückblenden der Ablauf des Tages bis zur Tat und Ereignisse aus dem Leben der getöteten Ellena erzählt, deren Figur an die Tochter der Beschwerdeführerin angelehnt ist.

[4] Die Beschwerdeführerin erhob im Ausgangsverfahren Klage, um eine Aufführung des Theaterstücks an den Städtischen Bühnen in Essen zu verhindern. Die Klage blieb vor Landgericht und Oberlandesgericht erfolglos.

[5] Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts ihrer Tochter. Sie verkenne nicht, dass es sich bei dem in Rede stehenden Bühnenstück um eine eigenständige schöpferische Leistung des Autors handelt, in dem der zugrunde liegende Kriminalfall nicht lediglich dokumentarisch wiedergegeben, sondern dramaturgisch aufgearbeitet werde, und so als Ausgangspunkt diene, um die Problematik des Aufeinandertreffens von Personen aus verschiedenen Kulturkreisen mit unterschiedlichen Ehrvorstellungen darzustellen. Die wesentlichen Handlungsstränge des Theaterstücks orientierten sich allerdings gewollt am realen Geschehen. In der Figur der Ellena sei ihre Tochter wiederzuerkennen. Durch die Darstellung werde ungeachtet der Veränderung des Namens und einiger Details das Lebensbild der Tochter entstellt und deren Wert- und Achtungsanspruch verletzt. Diese Darstellung beschränke sich darauf, die Frühreife und starke sexuelle Ausrichtung der Verstorbenen sowie ihre charakterliche und moralische Haltlosigkeit zu betonen. Gerade die in dem Bühnenstück dargestellten Vorgänge aus dem Intimbereich der Getöteten seien Ausgangs- und Schwerpunkt der Problematik, die in dem Stück thematisiert werde. Sie bildeten den Grund sowie den Anlass für das Entstehen der Konfliktsituation und seien *conditio sine qua non* für die Tötung der Hauptfigur Ellena. Durch die angegrif-

fenen Entscheidungen werde das hohe Interesse der individuellen Persönlichkeit, ihre Intimsphäre zu schützen, verletzt, dies umso mehr, als es sich um eine minderjährige Person gehandelt habe.

Aus den Gründen:

[6] Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, da Annahmegründe nach § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung, da das Bundesverfassungsgericht die wesentlichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits geklärt hat (vgl. BVerfGE 30, 173; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1783/05). Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung von Grundrechten angezeigt, da die Verfassungsbeschwerde in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hat. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen das durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete postmortale Persönlichkeitsrecht der Tochter der Beschwerdeführerin nicht.

A. Postmortales Persönlichkeitsrecht geschützt

[7] Die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, endet nicht mit dem Tod. Ein Verstorbener wird allerdings nicht durch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, weil Träger dieses Grundrechts nur lebende Personen sind (vgl. BVerfGE 30, 173 <194>).

B. Abgrenzung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht

[8] In der Folge sind die Schutzwirkungen des verfassungsrechtlichen postmortalen Persönlichkeitsrechts nicht identisch mit denen, die sich aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG für den Schutz lebender Personen ergeben. Postmortal geschützt wird zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat.

C. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung möglich

[9] Steht fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt. Der Schutz kann nicht etwa im Zuge einer Güterabwägung relativiert werden (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 5. April 2001 - 1 BvR 932/94 -, Rn. 19; Beschluss vom 22. August 2006 - 1 BvR 1168/04 -, Rn. 25).

I. Grundsätzlich keine Kollision mit anderen Grundrechten

[10] Da nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschen-

würde sind, bedarf es jedoch einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt (vgl. BVerfGE 93, 266 <293>).

II. Insbesondere: Kunstfreiheit

Wenn - wie hier - zu untersuchen ist, ob ein dem Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG unterstehendes Kunstwerk die Menschenwürde eines Verstorbenen beeinträchtigt, kommt es auf eine Interpretation des Aussagegehalts dieses Kunstwerks an. Bei dieser Interpretation sind die Besonderheiten der künstlerischen Ausdrucksform zu berücksichtigen.

1. Theaterstück als Fiktion

[11] Zu den Spezifika der Kunstform des Theaters gehört, dass solche Stücke zwar häufig an die Realität anknüpfen, der Künstler dabei aber eine neue ästhetische Wirklichkeit schafft. Das erfordert eine kunstspezifische Betrachtung zur Bestimmung des durch das Theaterstück im jeweiligen Handlungszusammenhang dem Leser nahe gelegten Wirklichkeitsbezugs, um auf dieser Grundlage die Schwere der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts bewerten zu können. Die künstlerische Darstellung ist an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab zu messen. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das „Abbild“ gegenüber dem „Urbild“ durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks so verselbstständigt erscheint, dass das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der „Figur“ objektiviert ist. Ein literarisches Werk, vorliegend ein Theaterstück, ist zunächst als Fiktion anzusehen, das keinen Faktizitätsanspruch erhebt. Die Vermutung der Fiktionalität gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn hinter den Figuren reale Personen als Urbilder erkennbar sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1783/05 -, Rn. 82 ff.).

2. Fiktive Darstellung keine Beeinträchtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts

[12] Nach diesen Maßstäben bestehen gegen die angegriffenen Entscheidungen im Ergebnis keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das postmortale Persönlichkeitsrecht der Tochter der Beschwerdeführerin wird durch die Aufführung des umstrittenen Theaterstücks nicht verletzt, da bei kunstspezifischer Betrachtung das Stück die Menschenwürde der Verstorbenen nicht antastet.

[13] Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung einer Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts ihrer Tochter vor, diese werde in dem Theaterstück verzerrt und einseitig negativ dargestellt. Soweit die Beschwerdeführerin damit lediglich rügt, in dem Theaterstück würden Begebenheiten gezeigt, die sich

so nicht zugetragen hätten, begründet dies keine Verletzung der Menschenwürde. Auf diese Weise macht die Beschwerdeführerin dem Autor des Theaterstücks gerade die Fiktionalität seines Werks zum Vorwurf. Allein daraus, dass eine bestimmte Person erkennbar Vorbild einer Figur in einem literarischen Kunstwerk ist, wird dem Leser oder Zuschauer nicht nahe gelegt, alle Handlungen und Eigenschaften dieser Figur seien dieser Person zuzuschreiben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1783/05 -, Rn. 94).

[14] Für ein literarisches Werk, das an die Wirklichkeit anknüpft, ist vielmehr kennzeichnend, dass es tatsächliche und fiktive Schilderungen vermengt. Unter diesen Umständen verfehlt es den Grundrechtsschutz solcher Literatur, wenn man die Persönlichkeitsverletzung bereits in der Erkennbarkeit als Vorbild einerseits und in bestimmten negativen Zügen der Figur andererseits sähe (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1783/05 -, Rn. 99). Die Beschwerdeführerin bringt über die bloße Erkennbarkeit ihrer Tochter als Vorbild der Figur der Ellena hinaus keine Anhaltspunkte vor, die es nahe legen würden, bestimmte in dem Stück dargestellte Ereignisse als tatsächlich geschehen und die grundsätzlich geltende Vermutung der Fiktionalität daher als widerlegt anzusehen. Solche Anhaltspunkte sind auch nicht ersichtlich, zumal die Beschwerdeführerin sich zu einem beträchtlichen Teil gegen Passagen wendet, in denen andere Figuren, deren Unzuverlässigkeit im Laufe des Stücks sogar ausdrücklich thematisiert wird, Handlungen und Eigenschaften der Figur der Ellena schildern und bewerten.

[15] Das Theaterstück tastet die Menschenwürde der Tochter der Beschwerdeführerin auch insoweit nicht an, als in ihm Handlungen mit sexuellem Gehalt geschildert oder gezeigt werden. Zwar kann die realistische und detaillierte Erzählung derartiger Handlungen lebender Personen in einem literarischen Text die absolut geschützte Intimsphäre des Betroffenen beeinträchtigen und deshalb unzulässig sein. Inwieweit sich dieser Gesichtspunkt auf das postmortale Persönlichkeitsrecht übertragen lässt, bedarf hier indes keiner Entscheidung. Eine Beeinträchtigung der Intimsphäre setzt jedenfalls voraus, dass sich durch den Text die naheliegende Frage stellt, ob sich die geschilderten Handlungen als Berichte über tatsächliche Ereignisse begreifen lassen, beispielsweise deshalb, weil es sich um eine aus vom Autor unmittelbar Erlebtem stammende, realistische und detaillierte Erzählung entsprechender Geschehnisse und die genaue Schilderung intimster Details einer Frau handele, die deutlich als tatsächliche Intimpartnerin des Autors erkennbar ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1783/05 -, Rn. 102). Daran fehlt es hier.

3. Keine besondere Schutzwürdigkeit Minderjähriger

[16] Schließlich ist das postmortale Persönlichkeits-

recht der Tochter der Beschwerdeführerin nicht deshalb besonders schutzbedürftig, weil sie zum Zeitpunkt ihres Todes noch minderjährig war. Der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannte verstärkte Schutz des Persönlichkeitsrechts Minderjähriger findet seinen Grund in dem Bedürfnis,

deren weitere Persönlichkeitsentwicklung zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 101, 361 <385 f.>; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1783/05 -, Rn. 72). Dieser Gesichtspunkt lässt sich auf Verstorbene nicht übertragen.

Standort: Polizeirecht

Problem: Gegenwärtige Gefahr

VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 13.11.2007
24 ZB 07.1970 (NJW 2008, 1549)

Problemdarstellung:

Die Benutzung und das betriebsbereite Mitführen von Radarwarngeräten im Straßenverkehr ist seit 2002 nach § 23 I b StVO verboten. Im vorliegenden Fall wurde nun ein solches Radarwarngerät im Pkw des Klägers gefunden, sichergestellt und anschließend vernichtet, obwohl es weder benutzt worden noch betriebsbereit war.

Der VGH München stellt in seinem Beschluss zur Rechtmäßigkeit dieses Vorgangs fest, dass es für repressive Maßnahmen - z.B. einen Bußgeldbescheid - auf einen bereits begangenen Verstoß gegen § 23 I b StVO ankomme, woran es hier fehle. Für die Sicherstellung und Vernichtung des Radarwarngeräts aber, die rein präventiven Zwecken dienen, nämlich der Verhinderung künftiger Verstöße gegen § 23 I b StVO, genüge bereits eine Gefahr im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne, d.h. die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes in naher Zukunft bei ungehindertem Geschehensablauf. Dass ein Autofahrer, der das Radarwarngerät bereits teuer erworben und im Pkw eingebaut hat, dieses in naher Zukunft auch einzusetzen beabsichtigt, unterliegt nach Ansicht des VGH keinem Zweifel.

Die Sicherstellung nach dem hier einschlägigen Art. 25 I Nr. 1 BayPAG erfordert zudem, dass die Gefahr "gegenwärtig" ist. Auch dieses Merkmal, das eine besondere zeitliche Nähe des zu befürchtenden Verstoßes und - was oft vergessen wird - einen besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit voraussetzt, bereitete dem VGH angesichts des bereits "fortgeschrittenen Vorbereitungsstadiums" keine Probleme.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall verdeutlicht den Unterschied zwischen Schadenseintritt und Gefahr eines Schadenseintritts. Auch wenn ein Verhalten gerade nicht den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt, kann es eine polizei- und ordnungsrechtliche Gefahr begründen, wenn es immerhin die Prognose eines zukünftigen Schadenseintritts mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zulässt.

Eben weil es für die Gefahrenprognose nur auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zukünftiger Verstöße

ankommt, lässt sich sogar sagen, dass in der Vergangenheit begangene Verstöße für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Gefahr letztlich irrelevant sind. Allerdings muss man zwei klarstellende Einschränkungen machen:

- Dauert ein Verstoß im Zeitpunkt des Einschreitens noch an (Beispiel: Pkw steht im Halteverbot), liegt eine Gefahr immer vor, weil mit jeder Sekunde des Fortdauerns die Gefahr besteht, dass sich der Verstoß weiter perpetuiert und/oder ein neuer Verstoß begangen wird.

- Ist ein bereits beendeter Verstoß begangen worden, hat dies in die Prognose, ob weitere Verstöße drohen, mit einzufließen: Wer einmal ein Schutzgut verletzt hat, wird dies u.U. wieder tun. Allein ein bereits begangener Verstoß genügt für die Annahme einer solchen Wiederholungsgefahr aber nicht; vielmehr ist eine Gesamtschau der Umstände anzustellen.

Vertiefungshinweise:

Sicherstellung eines Radarwarngeräts: VG Aachen, NVwZ-RR 2003, 684

Mobiles Navigationsgerät als verbotener "Radarwarner": Hufnagel, NJW 2008, 621

Zurückbehaltungsrecht an sichergestellter Sache: OVG Hamburg, RA 2007, 715 = NJW 2007, 3513; OVG Münster, DVBl 1983, 1074

Frühere Verstöße als Prognosegrundlage: OVG Lüneburg, RA 2006, 364 = DÖV 2006, 122

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die Radarfalle"

Leitsatz:

Wird bei einer Verkehrskontrolle festgestellt, dass im Frontbereich eines Fahrzeugs ein Radarwarngerät installiert ist, kann dieses Gerät zur Unterbindung eines drohenden Rechtsverstoßes gegen § 23 I b StVO sichergestellt und vernichtet werden. Dies gilt selbst dann, wenn man das Gerät in Ermangelung eines Adapterkabels als vorübergehend noch nicht betriebsbereit ansieht.

Sachverhalt:

Der Kl. wendet sich gegen die Sicherstellung und Vernichtung eines Radarwarngeräts. Bei einer Verkehrs-

kontrolle am 6.4.2006 wurde festgestellt, dass der Kl. deutlich sichtbar auf dem Armaturenbrett seines Kraftfahrzeugs ein Radarwarngerät befestigt hatte. Dieses Warngerät wurde von der Polizei sofort sichergestellt. Mit Bescheid vom 17.5.2007 wurde dessen Vernichtung angeordnet. Widerspruch und Klage gegen die beiden Polizeimaßnahmen blieben erfolglos. Auch der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde abgelehnt.

Aus den Gründen:

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils bestehen nicht.

A. Sicherstellung des Radarwarngeräts

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach Art. 25 I Nr. 1 BayPAG kann die Polizei eine Sache zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr sicherstellen.

II. Tatbestand

Eine solche gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung lag zum Zeitpunkt der Sicherstellung des Geräts vor, weil eine Verletzung der Rechtsordnung jedenfalls drohte.

1. § 23 I b StVO als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit

Die Benutzung eines Radarwarngeräts im Straßenverkehr ist seit 1.1.2002 durch § 23 I b StVO ausdrücklich verboten. Zur Einführung dieses Verbots hat der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und anderer straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften in § 6 I Nr. 3 i StVG ausdrücklich die Ermächtigungsgrundlage der Straßenverkehrsordnung erweitert. Da die Vorschrift nicht als Handelshemmnis im Rahmen des freien Warenverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft wirken sollte, wurde sie zuvor in einem Notifizierungsverfahren mit der EU-Kommission abgestimmt. § 23 I b StVO verbietet aus diesen Gründen weder Herstellung und Handel noch Transport oder Besitz von Radarwarngeräten. Die Vorschrift ist vielmehr gegen den Einsatz von Radarwarngeräten im Straßenverkehr gerichtet und enthält ein auf die Bundesrepublik Deutschland beschränktes Benutzungsverbot (vgl. Bouska/Leue, StVO, 22. Aufl. [2007], § 23 Rdnr. 8i). Das Verbot der Benutzung von Radarwarngeräten verfolgt den Zweck, die Sicherheit im Straßenverkehr zu erhöhen. Denn der Einsatz von Radarwarngeräten im Straßenverkehr lässt die Absicht eines Fahrzeugführers erkennen, seine Geschwindigkeit nur bei Verkehrskontrollen an die vorgeschriebenen Richtwerte anzupassen und außerhalb der Kontrollbereiche die Geschwindigkeitsbegrenzungen zu missachten. Fühlt sich ein Fahrzeugführer mit Hilfe eines Radarwarngeräts vor Verkehrskontrollen sicher, steigt die Gefahr von Ge-

schwindigkeitsüberschreitungen, die die Verkehrssicherheit anderer Verkehrsteilnehmer beeinträchtigen.

2. Gefahr

§ 23 I b StVO verbietet allerdings nicht nur die tatsächliche Benutzung von Radarwarngeräten im Straßenverkehr, sondern auch schon das betriebsbereite Mitführen eines Radarwarngeräts. Die Ausweitung des Verbots auf das betriebsbereite Mitführen verfolgte - wie die Landesadvokatur Bayern zutreffend hervorgehoben hat - den Zweck, die Überwachungsbehörden bei bestimmungsgemäßer Anbringung eines Radarwarngeräts von dem Nachweis der tatsächlichen Inbetriebnahme zu entlasten (BT Dr 751/01, S. 12). Es liegt auf der Hand, dass Autofahrer, die ein Radarwarngerät benutzen, ihr Gerät ausschalten oder durch Ziehen des Adapterkabels außer Betrieb setzen, sobald sie eine polizeiliche Kontrolle wahrnehmen. Käme es auf den Nachweis an, dass das Gerät in Betrieb gewesen ist, ginge manche Verkehrskontrolle ins Leere. Aus diesem Grund lässt die Vorschrift des § 23 I b Alt. 2 StVO das betriebsbereite Mitführen von Radarwarngeräten für die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit ausreichen.

a. Bereits begangener Verstoß

aa. Voraussetzungen

Welche Anforderungen an den Begriff der Betriebsbereitschaft zu stellen sind, ist in Rechtsprechung und Wissenschaft noch nicht abschließend geklärt. Soweit ersichtlich, wird überwiegend angenommen, dass Betriebsbereitschaft jedenfalls dann besteht, wenn das Radarwarngerät während der Fahrt jederzeit ohne größeren technischen Aufwand eingesetzt werden kann (Hentschel, NJW 2002, 1237 [1238]; König, in: Hentschel, StVR, 39. Aufl. [2007], § 23 Rdnr. 38, Bouska/Leue, StVO, 22. Aufl. [2007], § 23 Rdnr. 8j). Soweit das VG Chemnitz (Urteil vom 2.11.2004, juris Rdnr. 8) davon abweichend die reine Funktionsfähigkeit eines Geräts genügen lassen will, kann dem nicht gefolgt werden. Denn auch bei dem vom Verordnungsgeber gerade erlaubten gewerblichen Transport von Radarwarngeräten werden voll funktionsfähige Apparate in Kraftfahrzeugen befördert. Daher spricht vieles dafür, dass der Begriff der Betriebsbereitschaft in § 23 I b StVO über die allgemeine Funktionsfähigkeit des Geräts hinaus auch dessen zweckentsprechende Montage im Fahrzeug voraussetzt.

Nach Ansicht des Senats muss der Aufbau des Geräts jedenfalls soweit abgeschlossen sein, dass es ohne größeren technischen und zeitlichen Aufwand in Betrieb genommen werden kann. Der geringe technische Aufwand kann nach Einschätzung des Senats nicht allein ausschlaggebend sein, weil mit dem Begriff der Betriebsbereitschaft im allgemeinen Sprachgebrauch vor

allem die unmittelbare zeitliche Verfügbarkeit einer Sache verbunden wird. Im vorliegenden Fall bedarf es jedoch keiner abschließenden Klärung dieser Rechtsfrage.

bb. Subsumtion

Folgt man der vom Senat vorgeschlagenen Definition, die der Rechtsauffassung des Kl. weitgehend entspricht, dann wird man bei dem vom Kl. benutzten Typ eines Radarwarngeräts die Betriebsbereitschaft zwar noch bejahen können, wenn es im Frontbereich des Fahrzeugs montiert ist und durch Einstecken eines im Fahrzeugaum vorhandenen Adapters mit geringem technischen und zeitlichen Aufwand jederzeit in Betrieb genommen werden kann. Hingegen liegt im hier zur Entscheidung stehenden Fall, in dem ein Adapterkabel im Fahrzeugaum gerade nicht festzustellen war, die Annahme nahe, dass die Betriebsbereitschaft zum Zeitpunkt der Verkehrskontrolle mangels Stromanschlusses noch nicht gegeben war.

Dementsprechend hat auch das AG München im vorliegenden Fall mit Beschluss vom 22.7.2007 das Ordnungswidrigkeitsverfahren nach § 47 I 1 OWiG gegen den Kl. eingestellt. Die daraus folgende Feststellung, dass der Kl. dem Verbot des § 23 I b Alt. 2 StVO noch nicht zuwidergehandelt hat, führt allerdings nur zu dem Ergebnis, dass weder ein Bußgeld nach § 24 I StVG i.V. mit § 49 I Nr. 22 StVO verhängt noch die Einziehung oder der Verfall des Geräts als Nebenfolge der Ordnungswidrigkeit nach §§ 22 ff., 87 OWiG angeordnet werden kann. Der Polizei stehen damit nach dieser Rechtsauffassung keine repressiven Eingriffsbefugnisse zur Verfügung.

b. Hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes

Über die im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz vorgesehenen präventiven Eingriffsbefugnisse der Polizei zur Abwehr drohender Gefahren ist damit nicht entschieden. Nach Art. 25 I Nr. 1 BayPAG kann die Polizei, auch wenn die Ordnungswidrigkeit noch nicht begangen ist, zur Verhinderung eines Rechtsverstoßes mögliche Tatwerkzeuge sicherstellen. Die Voraussetzungen für eine solche präventive Sicherstellung liegen im vorliegenden Fall vor.

Eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist gegeben, wenn bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit objektiv damit zu rechnen ist, dass ein Schaden eintritt bzw. eine gesetzliche Vorschrift verletzt wird (vgl. Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner/Roese, BayPAG, 1999, Art. 11 Rdnr. 21; Berner/ Köhler, BayPAG, 18. Aufl. [2006], Art. 2 Rdnr. 19).

Im vorliegenden Fall hatte der Kl. durch die Anbringung des Radarwarngeräts am Armaturenbrett hinrei-

chend deutlich die Absicht zu erkennen gegeben, dass er dieses Radarwarngerät im Straßenverkehr einsetzen will. Insofern stand objektiv zu erwarten, dass er bei ungehindertem Geschehensablauf gegen das Verbot des § 23 I b StVO verstoßen würde.

3. Gegenwärtigkeit

Diese Gefahr war auch i.S. des Art. 25 I Nr. 1 BayPAG gegenwärtig. Entgegen der Ansicht des Klägervertreters fehlt die für eine gegenwärtige Gefahr erforderliche Zeitnähe des drohenden Rechtsverstoßes nicht.

a. Definition

Für den Begriff der gegenwärtigen Gefahr kann es nicht darauf ankommen, ob subjektiv nach dem Plan des Verdächtigen der Rechtsverstoß innerhalb weniger Stunden oder erst in einem Monat begangen werden soll. Maßgeblich ist, ob objektiv aus der Sicht eines verständigen Dritten ex ante betrachtet die Besorgnis einer Tatverwirklichung in nächster Zeit besteht. Wird durch eine für Dritte klar erkennbare Maßnahme wie das Anbringen des Radarwarngeräts im Frontbereich des Fahrzeugs ein vorsätzlicher Rechtsverstoß vorbereitet, dann liegt aus der Sicht eines verständigen Dritten die Besorgnis nahe, dass das Radarwarngerät in Bälde in Betrieb genommen wird.

b. Subsumtion

Wie das VG München zutreffend hervorgehoben hat, stehen der Inbetriebnahme in diesem Fall nur noch geringe technische Hindernisse im Wege. Die Beschaffung eines Adapterkabels ist in kurzer Zeit möglich. Da der Kl. bereits das sehr viel teurere Radarwarngerät erworben und in seinem Fahrzeug installiert hatte, war die befürchtete Ordnungswidrigkeit schon in einem derart fortgeschrittenen Vorbereitungsstadium, dass aus der Sicht eines verständigen und besonnenen Polizeibeamten mit einer Tatverwirklichung in Bälde zu rechnen war. Die Sicherstellung des Geräts war daher rechtlich möglich und angezeigt.

B. Vernichtung des Radarwarngeräts

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils ergeben sich auch nicht im Hinblick auf die Anordnung der Vernichtung des Radarwarngeräts gem. Art. 27 IV BayPAG. Zutreffend haben Widerspruchsbehörde und VG dargelegt, dass im vorliegenden Fall nur auf diese Weise zuverlässig verhindert werden kann, dass das Gerät im Straßenverkehr eingesetzt wird und dadurch eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eintritt (vgl. auch VGH München, NZV 1998, 520). [...]

*Zivilrecht***Standort: Maklerrecht****Problem: Provisionsanspruch / culpa in contrahendo**

BGH, URTEIL VOM 17.01.2008
III ZR 224/06 (NJW-RR 2008, 564)

Problemdarstellung:

Die Kl. ist Maklerin und begehrt von dem Bekl. die Provision. Die Kl. überreichte dem Bekl. ein Exposé, in welchem ein denkmalgeschütztes Sanierungsobjekt zum Verkauf beworben wurde, dies unter ausdrücklichem Hinweis auf die Entgeltlichkeit der Maklertätigkeit sowie auf die Höhe der Provision.

Über dieses Objekt schlossen sodann die Sparkasse Z. als Verkäuferin und der Bekl. am 21.06.2002 einen notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag. Die für diesen Vertrag erforderliche Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung wurde am 11.12.2003 erteilt. Allerdings hatte der Bekl. zuvor, am 05.11.2003, gegenüber der Verkäuferin den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und dies unter anderem damit begründet, die Verkäuferin habe ihm - der Wahrheit zuwider - vor und während der Beurkundung des Kaufvertrags zugesichert, dass es keine vermögensrechtlichen Ansprüche bezüglich des Objekts gebe und ihn in der nachfolgenden Zeit mit falschen Versprechungen hingehalten. Der Kaufvertrag wurde in der Folge auch nicht mehr durchgeführt.

Das LG hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das BerGer. hat die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision der Bekl. führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat beschäftigte sich mit der Provisionspflichtigkeit der Maklertätigkeit. Diese Entscheidung ist zwar inhaltlich weder neu noch überraschend, jedoch wegen der Ausführungen zur culpa in contrahendo und das Verhältnis zu den Gewährleistungsrechten sehr lesenswert.

Die Frage, ob ein Anspruch gem. § 652 I BGB gegeben ist, hängt davon ab, ob ein Maklervertrag geschlossen wurde, ob die Maklerleistung erbracht wurde, ob ein wirksamer Hauptvertrag zustande gekommen ist und ob die Erbringung der Maklerleistung kausal für den Abschluss des Hauptvertrages war.

Vorliegend war allein das Merkmal des wirksamen Hauptvertrages zu diskutieren. Es hätte dazu ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein müssen, §§ 433 I, 311 b I 1 BGB. Das Berufungsgericht hatte

den Provisionsanspruch des Kl. bejaht. Dem trat der erkennende Senat entgegen.

Zwar lag eine formwirksame Einigung der Parteien des Hauptvertrages gem. §§ 433 I, 311 b I 1 BGB vor. Jedoch war die Einigung schwebend unwirksam bis zum Eintritt der Genehmigung gem. §§ 1 I, 2 I Nr. 1 GVO (Grundstücksverkehrsordnung). Bevor diese Genehmigung jedoch erteilt wurde, hatte der Bekl. den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt.

Hätten der Bekl. und die Verkäuferin, was das BerGer. angenommen hat, den Kaufvertrag nach seiner Genehmigung aufgehoben haben, würde dies den Provisionsanspruch der Kl. nicht berühren (BGH, NJW-RR 1993, 248 [249]; Senat, NJW 1997, 1583; NJW 2001, 966 [967] = NZM 2001, 247). Es würde sich um einen sog. Durchführungsmangel handeln, der nicht der Risikosphäre des Maklers entstammt und so seinen Zahlungsanspruch unberührt läßt.

Vorliegend läßt eine Rückabwicklung des Kaufvertrages gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB i.V.m. § 249 I BGB den Zahlungsanspruch entfallen. Ein auf ein Verschulden bei Vertragsschluss gestützter Rücktritt, der vor der Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung erklärt wird, führt zur Vernichtung des Kaufvertrages, bevor dieser Wirksamkeit erlangt. Der Bekl. macht geltend, die Verkäuferin habe im Vorfeld eines Vertragsschlusses und bei Vertragsschluss falsche Angaben gemacht, also Pflichten des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstandenen Schuldverhältnisses (§§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB) verletzt. Dieses Vorbringen rechtfertigt nach § 280 I BGB einen Schadensersatzanspruch, der die Verkäuferin nach § 249 I BGB verpflichtet, den Bekl. so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht geschlossen. Problematisch war hier, ob sich der Bekl. auf ein Verschulden bei Vertragsschluss überhaupt berufen kann.

Die c.i.c. findet neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht keine Anwendung (Palandt-Grüneberg, § 311 Rn 14 m.w.N.). Diese Sonderregel des Gewährleistungsrechts gilt unterschiedslos für Sach- und Rechtsmängel (Palandt-Grüneberg, § 311, Rn 16). In soweit sah das Berufungsgericht ein Spannungsverhältnis im vorliegenden Fall. Dem pflichtete der erkennende Senat nicht bei. Im Ausgangspunkt ist zwar richtig, dass die (verschwiegene) Restitutionsbefangenheit (Restitution = Rückerstattung) des Grundstücks als Rechtsmangel i.S. des § 435 S. 1 BGB anzusehen ist. Welche Folgen sich hieraus für das Verhältnis des Gewährleistungsrechts zu Schadensersatz-

ansprüchen wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ergeben (vgl. zur Konkurrenz dieser Ansprüche und Gewährleistungsansprüchen wegen Rechtsmängeln nach früherem Recht BGH, NJW 2001, 2875), kann offen bleiben, da Gewährleistungsrechte hier nicht einschlägig waren. Solange der geschlossene Kaufvertrag wegen der ausstehenden Grundstücksverkehrsgenehmigung schwebend unwirksam war, konnte der Bekl. weder Erfüllung verlangen, noch Gewährleistungsrechte, die ebenfalls der Erfüllung dienen, geltend machen (vgl. BGH, NJW 1993, 648 [651]; vgl. auch BGHZ 65, 123 [126] = NJW 1976, 104; Zimmermann, in: *Rechtshdb. Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR*, Bd. III, § 1 GVO Rdnr. 11). Zwar ergeben sich auch während des Schwebestands aus dem Kaufvertrag bestimmte Leistungspflichten (vgl. BGH, NJW 1999, 1329), die können sich jedoch nicht auf die Verschaffung des unbelasteten Eigentums beziehen oder einen Leistungsverzug begründen (vgl. Zimmermann, Bd. III, § 1 GVO Rdnr. 11). Der Anspruch war noch nicht fällig. War die Genehmigung erteilt, entfiel der Rechtsmangel von selbst.

Weiterhin verneinte das Berufungsgericht die Anwendbarkeit der c.i.c. wegen Verfristung der Anfechtung gem. § 124 I BGB. Auch dem trat der Senat entgegen. Die Auffassung des Berufungsgerichts., die Frist des § 124 I BGB belege, dass sich der Bekl. nach Ablauf dieser Frist nicht auf eine gegenüber der Arglistanfechtung gleich oder minder schwere Vertragsverletzung berufen könne, trifft nicht zu und widerspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. bereits BGH, NJW-RR 2002, 308 [309]; NJW 2006, 845 [847]). Ein Wertungswiderspruch ist darin im Ergebnis wegen der unterschiedlichen Schutzgüter der Anfechtung im Vergleich zur c.i.c. nicht ersichtlich. Die Arglistanfechtung schützt die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet gegen unerlaubte Mittel der Willensbeeinflussung, während ein auf ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen gestützter Schadensersatzanspruch - mithin Vermögensschutz - zusätzlich voraussetzt, dass dem Betroffenen durch die unlautere Einwirkung auf seine Willensbildung ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, NJW 1998, 302 [303]; NJW 1998, 898).

Vertiefungshinweise:

- Zur sittenwidrigen Maklerprovision und zu sittenwidrigem Anwaltshonorar: *BGH, NJZ 2000, 2669*
- Zum Zustandekommen eines Maklervertrags: *BGH, NJW 2000, 282 = NZM 2000, 141 = NZBau 2000, 245*
- Zur Amtshaftung für fehlerhafte Grundstücksgenehmigung: *BGH, NJW-RR 2007, 449*
- Zum Abschluss eines Maklervertrages nach eindeu-

tigem Provisionsverlangen: *BGH, RA 2002, 215 = NJW 2002, 817; BGH, RA 2002, 468 = NJW 2002, 1945*

Zur Kausalitätsvermutung bei Kauf 15/20 Monate nach Maklernachweis: *BGH, NJW 2006, 667 = NZM 2006, 667*

Verwirkung des Lohnanspruchs wegen Doppeltätigkeit: *BGH, RA 2000, 710 = NJW 2000, 1945*

Maklerprovision bei Abschluss eines Hauptvertrages durch einen Dritten: *OLG Frankfurt a.M., RA 2000, 107 = MDR 2000, 24*

Hinweispflichten des Grundstücksmaklers: *BGH, RA 2005, 645*

Schlüssiges Angebot auf Abschluss des Maklervertrages durch Übergabe eines Exposés: *BGH, RA 2007, 370 = NJW 2007, 1982*

Zur inhaltlichen und persönlichen Kongruenz: *BGH, RA 2008, 52*

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Das Versehen"
- Examenskurs:* "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"
- Assessorkurs:* "Jugendstil in Dortmund"
- Assessorkurs:* "Partnersuche"

Leitsätze:

1. Erhält der Maklerkunde vom Verkäufer während der Vertragsverhandlungen und während der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags die unzutreffende Auskunft, das Grundstück sei nicht restitutionsbefangen, und schließt er deshalb den Kaufvertrag ab, steht ihm wegen der Verletzung von Pflichten des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstandenen Schuldverhältnisses, sofern er hierdurch einen Schaden erlitten hat, ein Schadensersatzanspruch zu, der den Verkäufer nach § 249 I BGB verpflichtet, den Käufer so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht geschlossen.

2. Löst sich der Käufer unter solchen Umständen vom Kaufvertrag, ehe die nach der Grundstücksverkehrsordnung erforderliche Genehmigung erteilt wird, wird der Kaufvertrag nicht wirksam; ein Provisionsanspruch des Maklers entsteht dann nicht.

3. Während des Schwebestands bis zur Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung stehen dem Käufer in Bezug auf die Restitutionsbefangenheit des Grundstücks keine Gewährleistungsansprüche zur Verfügung, die Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen berühren könnten.

Sachverhalt:

Die kl. Maklerin, die Provisionsansprüche geltend macht, übergab dem Bekl. ein auf den 01.02.2002 datiertes Exposé über ein denkmalgeschütztes Sanierungsobjekt in Z.; das Exposé enthielt einen Hinweis auf die vom Käufer zahlbare Maklerprovision in Höhe von 5% zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer. Über dieses Objekt schlossen die Sparkasse Z. als Verkäuferin und der Bekl. als Käufer am 21.06.2002 einen notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag. Die für diesen Vertrag erforderliche Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung wurde am 11.12.2003 erteilt. Zuvor, nämlich am 05.11.2003, hatte der Bekl. gegenüber der Verkäuferin den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und dies unter anderem damit begründet, die Verkäuferin habe ihm - der Wahrheit zuwider - vor und während der Beurkundung des Kaufvertrags zugesichert, dass es keine vermögensrechtlichen Ansprüche gebe, und ihn in der nachfolgenden Zeit mit falschen Versprechungen hingehalten. Der Kaufvertrag wurde in der Folge nicht durchgeführt. Der Bekl. bestreitet seine Provisionspflicht mit Rücksicht auf die geschilderten Umstände und behauptet weiter, auch die Kl. selbst habe über die Restitutionsbefangenheit des Grundstücks unrichtige Angaben gemacht.

Das LG hat der auf Zahlung von 22.241,20 Euro nebst Zinsen gerichteten Klage - bis auf eine geringfügige Zinsmehrforderung - stattgegeben. Das BerGer. hat die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision der Bekl. führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

Aus den Gründen:**I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts**

[4] Das BerGer. führt aus, der Kaufvertrag sei mit der Grundstücksverkehrsgenehmigung wirksam geworden und habe damit den Provisionsanspruch der Kl. für die von ihr erbrachte und ursächlich gewordene Maklerleistung ausgelöst. Dass der Bekl. zuvor bereits von dem Kaufvertrag zurückgetreten sei, beeinträchtige den Provisionsanspruch nicht. Zwar führe ein auf Verschulden bei Vertragsschluss gestützter Rücktritt, der vor Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung erklärt werde, zur Vernichtung des Austauschverhältnisses, bevor dieses Wirksamkeit erlange. Ein solches Rücktrittsrecht sei aber schon im Ansatz zweifelhaft. Die Belastung mit einem Rückübertragungsanspruch sei als Rechtsmangel der Kaufsache einzuordnen. Nach dem zum 01.01.2002 neu ausgestalteten Kaufrecht gelte für Rechts- und Sachmängel einheitlich das Gewährleistungsrecht der §§ 434 bis 441 BGB, neben dem - wie nach früherem Recht bei Sachmängeln - Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss nicht in Betracht kämen. Es komme hinzu, dass der Bekl.,

der sein Gestaltungsrecht erst 15 Monate nach Kenntnis des Rechtsmangels ausgeübt habe, den Zusammenhang mit der der Verkäuferin angelasteten Pflichtverletzung nicht hinreichend dargelegt habe. Die in § 124 BGB geregelte Jahresfrist für eine Arglistanfechtung, die hier verstrichen sei, belege, dass eine Rückabwicklung des Vertrags wegen einer anderen gleich oder minder schweren Vertragsverletzung ausgeschlossen sei.

[5] Bei einer tiefer greifenden Analyse sei für den Bekl. zudem der Grund für den Rücktritt nicht die mangelnde Information über etwaige Rückübertragungsansprüche gewesen, sondern der Umstand, dass er als Privatmann nicht in der Lage und willens gewesen sei, „mit einer doch großen Immobilieninvestition so lange in der Luft zu hängen“. Er werfe der Verkäuferin damit Verzug bei der Beseitigung eines Rechtsmangels vor, was nach §§ 437, 440 BGB zu beurteilen sei. Unterstelle man, was allerdings nicht ohne Zweifel sei, die Anwendbarkeit dieser Regelung auch während der Phase, in der der Vertrag schwebend unwirksam sei, zu Gunsten des Bekl., sei sein Rücktritt unwirksam, weil diesem eine Fristsetzung nicht vorausgegangen sei. Dass dem Bekl. das weitere Zuwarten unzumutbar gewesen sei, werde mit Rücksicht darauf, dass der Problembereich der Rückübertragungsansprüche einer vertraglichen Regelung zugeführt worden sei, nicht hinreichend konkret dargelegt.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[6] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Wirksames Zustandekommen des Hauptvertrages gem. §§ 433 I, 311 b I 1 BGB

[7] Im Ausgangspunkt trifft es allerdings zu, dass die Parteien einen Maklervertrag geschlossen haben, in dessen Rahmen die Kl. dem Bekl. die später genutzte Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachgewiesen hat. Hiernach hängt die Provisionspflicht des Bekl. davon ab, dass dieser Grundstückskaufvertrag wirksam zu Stande gekommen ist. Dies war nicht bereits im Zeitpunkt der Rechnungsstellung der Kl. vom 24.06.2002 - drei Tage nach der Beurkundung -, sondern mit Rücksicht auf die nach §§ 1 I, 2 I Nr. 1 GVO erforderliche Genehmigung nicht vor deren Erteilung am 11.12.2003 der Fall; denn vorher war der Kaufvertrag, worüber auch der Notar die Bet. unter VIII 1 der Urkunde belehrt hatte, schwebend unwirksam. Sollten der Bekl. und die Verkäuferin, was das BerGer. angenommen hat, den Kaufvertrag nach seiner Genehmigung aufgehoben haben, würde dies den Provisionsanspruch der Kl. nicht berühren (BGH, NJW-RR 1993, 248 [249]; Senat, NJW 1997, 1583; NJW 2001, 966 [967] = NZM 2001, 247). Das würde selbst dann gelten, wenn die Kaufvertragsparteien den Vertrag nach Erteilung der Genehmigung wegen eines Anfech-

tungsrechts des Bekl. einvernehmlich aufgehoben hätten. Denn nach den Feststellungen des BerGer. war die für eine Arglistanfechtung maßgebliche Jahresfrist des § 124 I BGB bereits abgelaufen, als der Bekl. mit Rücksicht auf behauptete falsche Zusicherungen der Verkäuferin den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte (vgl. zu den Auswirkungen eines Anfechtungsrechts auf den Provisionsanspruch Senat, NJW 2001, 966 = NZM 2001, 247; NJW 2005, 3778 [3779] = NZM 2005, 955).

2. Entfallen der Provisionspflicht durch Rückabwicklung des Kaufvertrags gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB i.V.m. § 249 I BGB

[8] Es kommt jedoch in Betracht, dass sich der Bekl. von den Bindungen des mit der Verkäuferin geschlossenen Vertrags vor dessen Wirksamwerden berechtigterweise gelöst hat. Der Bekl. hat hierzu vorgetragen und unter Beweis gestellt, er habe die Chefin der Immobilienabteilung der Verkäuferin und einen Mitarbeiter der Kl. vor der Beurkundung und im Beurkundungstermin gefragt, ob vermögensrechtliche Ansprüche vorlägen. Die Befragten hätten ihm zugesichert, dass keine vermögensrechtlichen Ansprüche bestehen würden und dass dies durch die Sparkasse abgeklärt worden sei. Demgegenüber habe er im August 2002 erfahren, dass seinerzeit insgesamt 21 vermögensrechtliche Ansprüche angemeldet gewesen seien, von denen der erste bereits im Jahr 1991 gestellt worden sei. Da er - damals selbst als Notar tätig - gewusst habe, wie lange die Entscheidung über vermögensrechtliche Ansprüche dauern könne, habe er auf die Klärung dieses Umstands Wert gelegt und zum Ausdruck gebracht, dass er vom Abschluss des Vertrags Abstand nehme, wenn solche Ansprüche erhoben seien. Da das BerGer. hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist revisionsrechtlich vom Vorbringen des Bekl. auszugehen. Dann aber lässt sich ein Recht des Bekl., vom Kaufvertrag Abstand zu nehmen, nicht verneinen.

a. Bei wirksamem Rücktritt entfällt die Provisionspflicht des Bekl.

[9] Wie das BerGer. im Ansatz nicht verkennt, führt ein auf ein Verschulden bei Vertragsschluss gestützter Rücktritt, der vor der Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung erklärt wird, zur Vernichtung des Kaufvertrags, bevor dieser Wirksamkeit erlangt, so dass der Provisionsanspruch des Maklers nicht zur Entstehung gelangt. Der Bekl. hat geltend gemacht, die Verkäuferin habe im Vorfeld eines Vertragsschlusses und bei Vertragsschluss falsche Angaben gemacht, also Pflichten des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstandenen Schuldverhältnisses (§§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB) verletzt. Darin steckt auch der Vorwurf, die Verkäuferin sei ihrer Pflicht nach § 3 V VermG, sich vor einer Verfügung bei dem Amt zur

Regelung offener Vermögensfragen über das Vorliegen einer Anmeldung zu vergewissern, nicht nachgekommen. Dieses Vorbringen rechtfertigt nach § 280 I BGB einen Schadensersatzanspruch, der die Verkäuferin nach § 249 I BGB verpflichtet, den Bekl. so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht geschlossen.

b. Anwendbarkeit der culpa in contrahendo im Verhältnis zum Gewährleistungsrecht

[10] Die Bedenken des BerGer., diese durch die Schuldrechtsreform in §§ 311 II, III BGB kodifizierten Grundsätze der culpa in contrahendo im Hinblick auf das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht auf den vorliegenden Fall anzuwenden, sind nicht begründet. Im Ausgangspunkt trifft es zwar zu, dass die (verschwiegene) Restitutionsbefangenheit des Grundstücks als Rechtsmangel i.S. des §§ 435 S. 1 BGB anzusehen ist und dass für die kaufrechtliche Gewährleistung die Unterscheidung von Sach- und Rechtsmängeln aufgegeben worden ist. Welche Folgen sich hieraus für das Verhältnis des Gewährleistungsrechts zu Schadensersatzansprüchen wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ergeben (vgl. zur Konkurrenz dieser Ansprüche und Gewährleistungsansprüchen wegen Rechtsmängeln nach früherem Recht BGH, NJW 2001, 2875), bedarf hier aber keiner allgemeinen Beantwortung, da dem Bekl., was den hier geltend gemachten Mangel angeht, Gewährleistungsrechte von vornherein nicht zur Verfügung standen. Solange der geschlossene Kaufvertrag wegen der ausstehenden Grundstücksverkehrsgenehmigung schwebend unwirksam war, konnte der Bekl. weder Erfüllung verlangen noch Gewährleistungsrechte, die ebenfalls der Erfüllung dienen, geltend machen (vgl. BGH, NJW 1993, 648 [651]; vgl. auch BGHZ 65, 123 [126] = NJW 1976, 104; Zimmermann, in: RechtsHdb. Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, Bd. III, §§ 1 GVO Rdnr. 11). Zwar können sich auch während des Schwebezustands aus dem Kaufvertrag bestimmte Leistungspflichten ergeben (vgl. BGH, NJW 1999, 1329); solche konnten sich aber vor Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung nicht auf die Verschaffung des von Restitutionsansprüchen unbelasteten Eigentums beziehen oder insoweit einen Leistungsverzug begründen (vgl. Zimmermann, Bd. III, § 1 GVO Rdnr. 11). War die Genehmigung erteilt, entfiel der Rechtsmangel von selbst. Deswegen können denkbare Gewährleistungsansprüche in der hier vorliegenden Konstellation keine Sperrwirkung für Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen entfalten.

c. Kein Ausschluss der culpa in contrahendo durch Verfristung der Anfechtung gem. § 124 I BGB

[11] Ein Anspruch des Bekl. auf Rückabwicklung des Kaufvertrags nach §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich der Bekl.

erst nach Ablauf der Jahresfrist des § 124 I BGB dazu entschlossen hat, den Rücktritt vom Kaufvertrag zu erklären. Die Auffassung des BerGer., die Frist des § 124 I BGB belege, dass sich der Bekl. nach Ablauf dieser Frist nicht auf eine gegenüber der Arglistanfechtung gleich oder minder schwere Vertragsverletzung berufen könne, trifft nicht zu und widerspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, NJW-RR 2002, 308 [309]; NJW 2006, 845 [847]). Zwar könnte man einen Wertungswiderspruch darin sehen, wenn Ansprüche wegen eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen allgemein weitergehen als die nach § 124 I BGB zeitlich begrenzten Rechte wegen einer arglistigen Täuschung. Diese Sichtweise berücksichtigt jedoch nicht, dass die Arglistanfechtung lediglich die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet gegen unerlaubte Mittel der Willensbeeinflussung schützen soll, während ein auf ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen gestützter Schadensersatzanspruch zusätzlich voraussetzt, dass dem Betroffenen durch die unlautere Einwirkung auf seine Willensbildung ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, NJW 1998, 302 [303]; NJW 1998, 898).

d. Schaden gem. §§ 249 ff. BGB ist substantiiert

[12] Einen solchen Schaden hat der Bekl. zwar nicht beziffert, aber für die Zwecke des anhängigen Prozesses hinreichend dargelegt. Er hat nämlich unter Beweisannahme behauptet, er habe der Verkäuferin und der Kl. verdeutlicht, dass er das Grundstück zur gewerblichen Vermietung kaufe; er habe in Verhandlungen mit Mietinteressenten gestanden, die er - im Hinblick auf die ausstehende Genehmigung - habe hinhalten müssen und die abgesprungen seien und sich andere Standorte gesucht hätten. Neue ernsthafte und potente Mietinteressenten habe er nicht ansprechen können, da er keine verlässlichen Angaben zur tatsächlichen Umsetzung des Projekts habe machen können, zumal die Verkäuferin ihre mehrfachen Versprechungen, in 14 Tagen seien die Hindernisse für eine Erteilung der Genehmigung beseitigt, nicht gehalten habe. Demgegenüber sah der Kaufvertrag andere zeitliche Abläufe vor. Der Gefahrübergang war bereits zum 01.07.2002 vereinbart, und die Kaufpreisfälligkeit sollte spätestens zum 30.09.2002 eintreten, was dem Bekl. in einem überschaubaren Zeitraum Gelegenheit bot, die Finanzierung und die vorgesehenen Umbau- und Sanierungsmaßnahmen vorzunehmen.

[13] Dass dem Bekl. durch die nicht vorhergesehene Restitutionsbefangenheit des Grundstücks und die darauf beruhenden Verzögerungen ein Schaden entstanden ist, wird nicht durch die Überlegung des BerGer. ausgeräumt, die Kaufvertragsparteien hätten den Problembereich der Rückübertragungsansprüche gesehen und einer Regelung zugeführt. Der Senat vermag dem Kaufvertrag lediglich zu entnehmen, dass der Notar

die Bet. auf die normale gesetzliche Folge hingewiesen hat, dass der Kaufvertrag bis zur Erteilung der Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung schwebend unwirksam ist. Im Übrigen enthält der Kaufvertrag keinen Hinweis, dass die Restitutionsbefangenheit des Grundstücks gesehen worden wäre. Vielmehr soll die Verkäuferin nach der Behauptung des Bekl. explizit gesagt haben, es bestünden keine Rückübertragungsansprüche. Unter diesen Umständen war zwar die Grundstücksverkehrsgenehmigung weiterhin notwendig; aber ihre Erteilung wäre nur eine Formsache gewesen, weil nur zu prüfen gewesen wäre, ob Restitutionsansprüche geltend gemacht waren. Dies hätte in wenigen Wochen erledigt werden können und stünde mit den oben angeführten zeitlichen Vorstellungen der Kaufvertragsparteien in Einklang.

e. Lösung vom Kaufvertrag beruht adäquat kausal auf der unrichtigen Auskunft

[14] Nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Bekl. kann auch nicht in Zweifel gezogen werden, dass die Lösung vom Kaufvertrag letztlich auf die unrichtige Auskunft der Verkäuferin zurückgeht. Die Kausalität lässt sich - anders als das LG gemeint hat - nicht schon deshalb verneinen, weil sich der Bekl. mit seiner Rücktrittserklärung etwa 15 Monate Zeit gelassen hat.

[15] Grundsätzlich kann sich der Geschädigte bei einem Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss auf den Nachweis beschränken, dass der Vertragsgegner seine Pflichten verletzt hat. Es ist deshalb Sache des Vertragsgegners, die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Vertragsschluss und den möglichen Schaden auszuräumen, im Streitfall also darzulegen, dass der Bekl. den Vertrag unverändert auch dann abgeschlossen hätte, wenn er über das Vorliegen der Restitutionsanträge unterrichtet gewesen wäre (vgl. BGHZ 111, 75 [81] = NJW 1990, 1659; BGHZ 124, 151 [159] = NJW 1994, 512; BGH, NJW 1998, 302). Diese Darlegungslast trifft vorliegend die Kl., da sie mit ihrem Provisionsanspruch ein Recht geltend macht, das den beanstandungsfreien Abschluss des Kaufvertrags voraussetzt. Ob die Beweisführung der Kl. insoweit erleichtert werden kann, als sich der Bekl. erst nach 15 Monaten zur endgültigen Vertragslösung entschlossen hat, mag im jetzigen Verfahrensstadium offenbleiben. Sein unter Beweis gestelltes Vorbringen, mit dem im Einzelnen nachvollziehbar erklärt wird, weshalb er mit seiner Rücktrittserklärung zugewartet hat, kann jedenfalls, sollte es im Weiteren darauf ankommen, nicht unbeachtet bleiben.

3. Eine Pflichtverletzung der Kl. liegt vor

[16] Dem BerGer. ist auch nicht darin beizutreten, das Vorbringen des Bekl. rechtfertige nicht die Annahme einer eigenen Pflichtverletzung der Kl..

[17] Nach dem im Revisionsverfahren zu Grunde zu

legenden Vorbringen des Bekl. hat ein Mitarbeiter der Kl. die unzutreffende Auskunft erteilt, das als Kaufobjekt ins Auge gefasste Grundstück sei nicht restitutionsbefangen. Die Kl. schuldete dem Bekl., mit dem sie vertraglich verbunden war, eine zutreffende Auskunft. Konnte sie die hier nach dem Vorbringen des Bekl. mehrfach und bei verschiedenen Gelegenheiten gestellte Frage nicht aus eigener Kenntnis beantworten, durfte sie sich auch nicht ohne Weiteres die von der Verkäuferin erteilte Auskunft zu eigen machen oder sich ihr verstärkend anschließen (vgl. Senat NJW 2000, 3642 = NZM 2001, 474; NJW-RR 2001, 711 [712] Rdnrn. 11f. = NZM 2007, 335), weil der Bekl. die besondere Bedeutung seiner Fragestellung für seinen Kaufentschluss deutlich gemacht hatte. Unter diesen besonderen Umständen hätte die Kl., die von sich aus zu einer Erkundigung oder Nachforschung nicht verpflichtet war, eine mangelnde Kenntnis offenbaren müssen. Soweit das BerGer. meint, die vom Bekl. vortragenen „Beteuerungen“ würden der Kl. und der Verkäuferin gleichermaßen ohne deutliche Trennung zugeordnet, findet dies seine Erklärung darin, dass sich beide anlässlich der notariellen Beurkundung in der wiedergegebenen Weise geäußert haben sollen;

vor allem aber rechtfertigt die Qualifizierung des Vortrags des Bekl. als „Beteuerungen“ nicht, sich über dessen Beweisangebote hinwegzusetzen. Ob sich die Kl. dem Bekl. gegenüber pflichtgemäß verhalten hat, ist - anders als das BerGer. meint - allein auf der Grundlage der zwischen ihnen bestehenden Vertragsbeziehung zu beurteilen.

III. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[18] Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das BerGer. zurückzuverweisen.

[19] Sollte sich im Weiteren ergeben, dass dem Bekl. keine unrichtigen Auskünfte über die Restitutionsbefangenheit des Grundstücks gegeben worden sind und die Verkäuferin ihrer Vergewisserungspflicht nachgekommen ist, besteht Gelegenheit zu prüfen, ob der Bekl. nach § 242 BGB gehalten war, den vor Erteilung der Genehmigung bestehenden Schwebezustand unbegrenzt lange hinzunehmen, insbesondere ob das Erreichen des Vertragszwecks hierdurch gefährdet wurde (vgl. hierzu BGH, NJW 1993, 648 [651]).

Standort: Mietrecht

Problem: Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme

BGH, URTEIL VOM 16.01.2008
VIII ZR 222/06 (NJW 2008, 1216)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt vom Bekl. Ersatz von getätigten Aufwendungen.

Durch Mietvertrag von Dezember 2001 mietete die Kl. vom Bekl. ab 01.02.2002 eine Doppelhaushälfte. In der Anlage zum Vertrag heißt es u.a.: „Heizung muss dringend kontrolliert werden“. Im Oktober 2003 erneuerte ein Installationsunternehmen verschiedene Komponenten an der Heizung und stellte dies der Kl. in Rechnung. Die Kl. begehrt insoweit Ersatz von dem Bekl.. Die Klage hat durch die Instanzen keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit der Selbstvornahme im Mietrecht. Nachdem die Selbstvornahme im Kaufrecht des öfteren Gegenstand von Klausuren war, hat der erkennende Senat hier die Anforderungen an den Aufwendungsersatz im Mietrecht, insbesondere das Verhältnis der § 536 II BGB und § 539 I BGB zueinander präzisiert. Im Ergebnis war hier ein Anspruch zu verneinen.

Ein Anspruch folgt nicht aus § 536 a II Nr. 1 BGB. Dazu müsste sich der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befunden haben. Verzug be-

deutet in diesem Zusammenhang den Schuldnerverzug gem. § 286 I 1 BGB mit der Pflicht aus § 535 I 2 BGB (Palandt-Weidenkaff, § 536 a Rn 12, 15). Der Verzug setzt eine auf Mängelbeseitigung gerichtete Mahnung voraus, eine bloße Anzeige des Mangels gem. § 536 c BGB reicht nicht. Hier war eine Mahnung nicht ersichtlich. Auch war diese nicht entbehrlich gem. § 286 II BGB. Das Berufungsgericht hatte die Entbehrlichkeit der Mahnung gem. § 286 II Nr. 4 BGB bejaht. Demnach ist eine Mahnung entbehrlich, wenn der Schuldner die alsbaldige Leistung angekündigt hat, aber gleichwohl nicht leistet (Palandt-Heinrichs, § 286 Rdnr. 25; Erman/Hager, BGB, 11. Aufl., § 286 Rdnr. 45; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2006, § 536a Rdnr. 16; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 536a Rdnr. 124; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 536a Rdnr. 37; Harting, in: Schmid, MietR, 2006, § 536a Rdnr. 32). Eine solche Bedeutung kommt der Formulierung im Mietvertrag „Es wurde Folgendes vereinbart: Heizung muss dringend kontrolliert werden“ indessen nach Auffassung des Senats nicht zu. Danach hätte die Kl. allenfalls eine Kontrolle der Heizung, aber nicht die Beseitigung von Mängeln in Auftrag geben dürfen. Die Kontrolle der Heizungsanlage sollte ersichtlich dazu dienen, erst einmal festzustellen, ob und inwieweit die Heizung reparaturbedürftig war.

Ein Anspruch gem. § 536 a II Nr. 2 BGB scheidet ebenfalls aus. Demnach müsste eine Mängelbeseiti-

gung objektiv notwendig sein, um den Bestand der Mietsache wiederherzustellen. Es muß sich also um eine Notmaßnahme handeln (Palandt-Weidenkaff, § 536 a Rn 16). Entsprechende Umstände, zum Beispiel einen Ausfall der Heizung im Winter (vgl. Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 [643]), hat die Kl. jedoch, wie das BerGer. mit Recht festgestellt hat, nicht vorgetragen.

Des weiteren ist ein Anspruch aus § 539 I BGB i.V.m. GOA nicht ersichtlich. Beseitigt der Wohnraummieter einen (von ihm behaupteten) Mangel der Mietsache selbst, ohne den Vermieter zuvor in Verzug gesetzt zu haben (§ 536a II Nr. 1 BGB), und liegt auch keine Notmaßnahme i.S. von § 536a II Nr. 2 BGB vor, ist ein Rückgriff auf § 539 I BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gestattet (so auch Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536a Rdnr. 165; Staudinger/Emmerich, § 536a Rdnr. 41; Blank/Börstinghaus, § 539 Rdnr. 11; Erman/Jendrek, § 536a Rdnrn. 13, 20; Derleder, NZM 2002, 676 [681 f.]; Klein-Blenkers, in: AnwKomm-BGB, 2005, § 536a Rdnr. 21, § 539 Rdnr. 2, jew. m.w. Nachw.). Für den Anspruch auf Aufwendungsersatz wegen Selbstvornahme des Mieters ist § 536 a II Nr. 1 BGB die Spezialnorm. Wenn deren Voraussetzungen bzw. eine Notmaßnahme gem. § 536 a II Nr. 2 BGB nicht gegeben ist, dann soll ein Aufwendungsersatz nicht erfolgen. Zwar wird in der Literatur (z.B. Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 539 Rdnr. 3; Palandt/Weidenkaff, § 536a Rdnr. 17, § 539 Rdnr. 2; Kinne, in: ders./Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 4. Aufl., § 539 Rdnr. 6; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 [1460 f.]) die Auffassung vertreten, dass § 539 I BGB einen Auffangtatbestand darstellt, wenn kein Fall des § 536 a II BGB vorliegt. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Dies folgt zum einen aus den Gesetzgebungsmaterialien. Der Gesetzgeber hatte bei § 539 I BGB Mängelbeseitigungsarbeiten nicht im Blick, sondern allein Fälle, in denen der Mieter Einbauten vornimmt, die in erster Linie im eigenen Interesse liegen, wie zum Beispiel die Ausstattung von Küchen und Badezimmern (BT-Dr 14/4553, S. 42). Zudem folgt dies aus dem Sinn und Zweck des § 536 II Nr. 1 BGB. Nach dieser gesetzlichen Wertung soll dem Vermieter der Vorrang bei der Beseitigung eines Mangels zukommen. Das dient zum einen seinem Schutz, weil er dadurch die Minderung der Miete (§ 536 BGB) oder Schadensersatzansprüche des Mieters (§ 536a I BGB) abwenden kann. Zudem soll dem Vermieter möglich sein, die Mietsache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann, und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Eine Selbstvornahme außerhalb der normierten Spezialtatbestände bringt den Vermieter daher in Beweisnot und verschlechtert seine Verteidigungsmög-

lichkeiten.

Schließlich scheidet auch ein Anspruch gem. § 536 a I BGB aus. § 536a I BGB eröffnet keinen Anspruch auf Ersatz der vom Mieter zum Zweck der Mängelbeseitigung gemachten Aufwendungen, sofern die Voraussetzungen von § 536a II BGB nicht vorliegen (Erman/Jendrek, § 536a Rdnrn. 13, 20; Schilling, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 536a Rdnr. 14; a.A. Harting, in: Schmid, § 536a Rdnr. 37; Ehlert, in: BeckOK-BGB, 2007, § 536a Rdnr. 19a; Staudinger/Emmerich, § 536a Rdnrn. 22, 41). Auch das wäre, wie obig dargelegt, mit dem Sinn und Zweck des § 536a II Nr. 1 BGB, wonach grundsätzlich dem Vermieter der Vorrang bei der Mängelbeseitigung zukommt, nicht zu vereinbaren.

Vertiefungshinweise:

- Zum „Ersatz- und Selbstvornahme im Mietrecht“: *Schimmel/Buhlmann*, LMK 2008, 256758; *Dötsch*, NZM 2007, 275
- Zum Mängelbeseitigungsrecht des Mieters und den Gegenrechten des Vermieters: *Lehmann-Richter*, NJW 2008, 1196

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Keine Lust zu Schönheitsreparaturen”
- Assessorkurs*: “Das Geschäftslokal”

Leitsatz:

Beseitigt der Mieter eigenmächtig einen Mangel der Mietsache, ohne dass der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist (§ 536a II Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536a II Nr. 2 BGB), so kann er die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung weder nach § 539 I BGB noch als Schadensersatz gem. § 536a I BGB vom Vermieter ersetzt verlangen.

Sachverhalt:

Durch Mietvertrag vom 28.12.2001 mietete die Kl. vom Bkl. ab 01.02.2002 eine Doppelhaushälfte. In der Anlage zum Mietvertrag heißt es unter anderem: „Es wurde Folgendes vereinbart: Heizung muss dringend kontrolliert werden.“ Im Oktober 2002 erneuerte das Installateurunternehmen K unter anderem zwei Ausdehnungsgefäße der Heizung sowie sämtliche 13 Heizkörperventile und legte einen Außenwasseranschluss. Die Arbeiten berechnete K der Kl., die in einem Vorprozess zur Bezahlung der Vergütung verurteilt wurde. Mit der Klage hat die Kl. vom Bkl. Erstattung des von ihr entrichteten Werklohns und der Prozesskosten verlangt. Die Kl. hat behauptet, dass die

ausgetauschten Teile der Heizung defekt gewesen seien. Ein Außenwasseranschluss sei zu Beginn des Mietverhältnisses vorhanden gewesen, im Zuge von Bauarbeiten jedoch beseitigt worden; da der Bekl. nichts weiter veranlasst habe, habe *K* den Anschluss erneuert. Die Klage hatte durch den Instanzenzug hindurch keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[13] Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision der Kl. trotz der Säumnis des Bekl. durch kontradiktorisches Urteil zurückzuweisen ist (BGHZ 48, 212 = NJW 1967, 2162).

[14] Ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Beseitigung der von ihr behaupteten Mängel steht der Kl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

1. Kein Anspruch gem. § 536 a II Nr. 1 BGB

[15] Die Kl. hat keinen Anspruch aus § 536a II Nr. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Mieter, der einen Mangel der Mietsache selbst beseitigt, Ersatz der erforderlichen Aufwendungen nur dann verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Der Revision verhilft nicht zum Erfolg, dass das BerGer. keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von der Kl. in Auftrag gegebenen Arbeiten der Mängelbeseitigung dienen. Dies hat das BerGer. rechtsfehlerfrei offengelassen. Zutreffend hat es angenommen, dass die Kl. den Bekl. mangels Mahnung nicht in Verzug gesetzt hat (§ 286 I 1 BGB). Eine Mahnung war nicht entbehrlich, entgegen der Auffassung der Revision auch nicht nach § 286 II Nr. 4 BGB. Nach dieser Vorschrift bedarf es zur Herbeiführung des Verzugs keiner Mahnung, wenn dies aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Senat kann die gebotene Interessenabwägung selbst vornehmen, weil das BerGer. sie unterlassen hat und weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind.

[16] Nach § 286 II Nr. 4 BGB ist eine Mahnung entbehrlich, wenn der Schuldner die alsbaldige Leistung angekündigt hat, aber gleichwohl nicht leistet (Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 286 Rdnr. 25; Erman/Hager, BGB, 11. Aufl., § 286 Rdnr. 45; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2006, § 536a Rdnr. 16; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 536a Rdnr. 124; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 536a Rdnr. 37; Harting, in: Schmid, MietR, 2006, § 536a Rdnr. 32; a.A. Staudinger/Löwisch, BGB, Neubearb. 2004, § 286 Rdnr. 87). Eine solche Bedeutung kommt der Formulierung im Mietvertrag „Es wurde Folgendes vereinbart: Heizung muss dringend kontrolliert werden“ indessen nicht zu. Danach

hätte die Kl. allenfalls eine Kontrolle der Heizung, aber nicht die Beseitigung von Mängeln in Auftrag geben dürfen. Die Kontrolle der Heizungsanlage sollte vielmehr ersichtlich dazu dienen, erst einmal festzustellen, ob und inwieweit die Heizung reparaturbedürftig war. Eine Absprache dieses Inhalts konnte eine Mahnung in Bezug auf die Beseitigung von Mängeln nicht nach § 286 II Nr. 4 BGB entbehrlich machen.

2. Kein Anspruch gem. § 536 a II Nr. 2 BGB

[17] Mit Recht hat das BerGer. auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 536a II Nr. 2 BGB verneint, denn die umgehende Beseitigung der von der Kl. behaupteten Mängel war zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache nicht notwendig. Die Vorschrift erfasst Notmaßnahmen des Mieters, die keinen Aufschub dulden und auch ohne vorherige Mahnung einen Aufwendungsersatzanspruch auslösen sollen (BT-Dr 14/4553, S. 41). Entsprechende Umstände, zum Beispiel einen Ausfall der Heizung im Winter (vgl. Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 [643]), hat die Kl. jedoch, wie das BerGer. mit Recht festgestellt hat, nicht vorgetragen. Das gilt, wie das BerGer. ebenfalls zutreffend gesehen hat, erst Recht für den Außenwasseranschluss.

3. Kein Anspruch gem. § 539 I i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB; §§ 684 S.1, 812 ff. BGB

[18] Die Kl. kann Ersatz ihrer Aufwendungen für die Beseitigung der behaupteten Mängel auch nicht nach § 539 I BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen einer berechtigten (§§ 683 S. 1, 677, 670 BGB) oder unberechtigten (§§ 684 S. 1, 812 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Entgegen der Ansicht der Revision ist nicht bereits auf Grund fehlender Feststellungen des BerGer. dazu, dass die erbrachten Arbeiten zur Mängelbeseitigung erforderlich gewesen seien, zu Gunsten der Kl. zu unterstellen, dass der Anwendungsbereich des § 539 I BGB eröffnet ist. Denn die Kl. hat stets geltend gemacht, dass die Arbeiten der Mängelbeseitigung gedient hätten.

a. Rechtsprechung und Literatur: Kein Rückgriff auf § 539 I BGB bei Selbstvornahme

[19] Beseitigt der Wohnraummietter einen (von ihm behaupteten) Mangel der Mietsache selbst, ohne den Vermieter zuvor in Verzug gesetzt zu haben (§ 536a II Nr. 1 BGB), und liegt auch keine Notmaßnahme i.S. von § 536a II Nr. 2 BGB vor, ist ein Rückgriff auf § 539 I BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gestattet (so auch Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536a Rdnr. 165; Staudinger/Emmerich, § 536a Rdnr. 41; Blank/Börstinghaus, § 539 Rdnr. 11; Erman/Jendrek, § 536a Rdnrn. 13, 20; Derleder, NZM 2002, 676 [681 f.]; Klein-Blenkers, in: AnwKomm-BGB, 2005, § 536a Rdnr. 21, § 539 Rdnr. 2, jew. m.w. Nachw.).

Dieser Grundsatz knüpft an die Rechtsprechung des Senats vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zu der Frage an, ob der Vermieter dem Mieter Aufwendungen zu ersetzen hat, wenn dieser einen Mangel durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne dass die Voraussetzungen des § 538 II BGB a.F. - Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung im Zeitpunkt der Selbstvornahme - vorliegen. § 536a II Nr. 1 BGB entspricht § 538 II BGB a.F. (BT-Dr 14/4553, S. 41). Diese Vorschrift, die eine spezielle Aufwendungsersatzregelung für Fälle der Selbstbeseitigung von Mängeln der Mietsache durch den Mieter vorsah, war nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich abschließend, so dass in Fällen, in denen die Voraussetzungen dieser Norm fehlten, nicht auf die allgemeine Verwendungsersatzregelung in § 547 I 1 BGB a.F. zurückgegriffen werden konnte, weil Aufwendungen des Mieters zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache keine notwendigen Verwendungen i.S. von § 547 I 1 BGB a.F. waren (Senat, WM 1958, 1420 [unter VI]; NJW 1974, 743 = WM 1974, 348 [unter II 3]; NJW 1984, 1552 = WM 1983, 766 [unter A I 4]; NJW-RR 1993, 522 = WM 1993, 797 [unter II 2b]; ebenso zum Verhältnis von §§ 538 II, 547 II BGB a.F. Stornel, MietR, 3. Aufl., II Rdnr. 589).

b. Literatur: Rückgriff dann möglich, wenn kein Fall der §§ 536 a II Nrn. 1, 2 BGB

[20] Nach einer verbreiteten Auffassung kann in Fällen einer Selbstbeseitigung von Mängeln der Mietsache durch den Mieter allerdings auf § 539 I BGB zurückgegriffen werden, wenn die Voraussetzungen des § 536a II Nrn. 1 oder 2 BGB nicht vorliegen. Dies vermeide, dass dem Vermieter Vorteile zufließen, die nur deshalb nicht ausgleichspflichtig seien, weil der Mieter das Verfahren des § 536a II Nr. 1 BGB nicht beachtet habe (vgl. Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 539 Rdnr. 3; Palandt/Weidenkaff, § 536a Rdnr. 17, § 539 Rdnr. 2; Kinne, in: ders./Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 4. Aufl., § 539 Rdnr. 6; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 [1460 f.], jew. m.w. Nachw.).

c. Stellungnahme

Der § 539 I BGB findet mit der Rechtsprechung und Literatur keine Anwendung auf die Selbstvornahme im Mietrecht.

aa. Gesetzesmaterialien: § 539 I BGB zielt nicht auf Mängelbeseitigungsarbeiten

[21] Zwar könnte der Wortlaut des § 539 I BGB auch dahin verstanden werden, dass der Vermieter generell alle Aufwendungen zu ersetzen hat, die der Mieter nicht schon nach § 536a II BGB ersetzt verlangen kann. Dagegen sprechen jedoch bereits die Gesetzesmaterialien. Der Gesetzgeber hatte bei § 539 I BGB Mängelbeseitigungsarbeiten nicht im Blick, sondern

allein Fälle, in denen der Mieter Einbauten vornimmt, die in erster Linie im eigenen Interesse liegen, wie zum Beispiel die Ausstattung von Küchen und Badezimmern (BT-Dr 14/4553, S. 42).

bb. Sinn und Zweck des § 536 a II Nr. 1 BGB

[22] Der Anwendbarkeit des § 539 I BGB auf Fälle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung durch den Mieter steht insbesondere der Zweck des § 536a II Nr. 1 BGB entgegen. Nach dieser gesetzlichen Wertung soll dem Vermieter der Vorrang bei der Beseitigung eines Mangels zukommen. Das dient zum einen deswegen auch seinem Schutz, weil er dadurch die Minderung der Miete (§ 536 BGB) oder Schadensersatzansprüche des Mieters (§ 536a I BGB) abwenden kann. Die dem Vermieter grundsätzlich einzuräumende Möglichkeit, den Mangel selbst zu beseitigen, soll es ihm zudem ermöglichen, die Mietsache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann, und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung verliert der Vermieter, wenn er nach der vom Mieter vorgenommenen Mängelbeseitigung im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 539 I BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen der GoA vor „vollendete Tatsachen“ gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern (vgl. BGHZ 162, 219 [227ff.] = NJW 2005, 1348 zum Kaufrecht; s. auch BGH, NJW 1966, 39 [unter I 4], zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen im Fall der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 II VOB/B).

4. Kein Anspruch gem. § 536 a I BGB

[23] Entgegen der Ansicht der Revision folgt eine Zahlungsverpflichtung des Bekl. auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach § 536a I BGB.

[24] Ein Anspruch aus § 536a I Alt. 2 BGB scheidet schon daran, dass die - insoweit darlegungsbelastete (Senat, NJW 2006, 1061 = NZM 2006, 101 Rdnrn. 2, 3; BGH, NJW-RR 2006, 1238 = NZM 2006, 659 Rdnr. 8) - Kl. nicht vorgetragen hat, dass die behaupteten Mängel der Heizungsanlage wegen eines Umstands entstanden sind, den der Bekl. zu vertreten hat. Auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 536a I Alt. 3 BGB sind bereits mangels Inverzugsetzung des Bekl. nicht gegeben. Schließlich kann dahinstehen, ob die genannten Mängel schon bei Vertragsschluss vorhanden waren, denn ein Schadensersatzanspruch auf Grund verschuldensunabhängiger Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel (§ 536a I Alt. 1 BGB) besteht bereits aus einem anderen Grund nicht.

[25] § 536a I BGB eröffnet keinen Anspruch auf Er-

satz der vom Mieter zum Zweck der Mängelbeseitigung gemachten Aufwendungen, sofern die Voraussetzungen von § 536a II BGB nicht vorliegen (Ermann/Jendrek, § 536a Rdnrn. 13, 20; Schilling, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 536a Rdnr. 14; a.A. Harting, in: Schmid, § 536a Rdnr. 37; Ehlert, in: BeckOK-

BGB, 2007, § 536a Rdnr. 19a; Staudinger/Emmerich, § 536a Rdnrn. 22, 41). Auch das wäre, wie ausgeführt, mit dem Sinn und Zweck des § 536a II Nr. 1 BGB, wonach grundsätzlich dem Vermieter der Vorrang bei der Mängelbeseitigung zukommt, nicht zu vereinbaren.

Standort: ZPO I

Problem: Berufung / Einrede der Verjährung

BGH, VORLAGEBESCHLUSS VOM 04.12.2007
XI ZR 144/06 (NJW 2008, 1312)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt vom Bekl. Zahlung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft. Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Berufung, mit der der Bekl. erstmals auch die Verjährung der Hauptschuld geltend gemacht hat, hat das OLG zurückgewiesen. Die Hauptforderung sei zwar verjährt. Die Verjährungseinrede, bei der es sich um eine rechtsgestaltende Handlung handle, sei aber als neues Verteidigungsmittel des Bekl. nach § 531 II ZPO nicht zu berücksichtigen. Mit der Revision verfolgt der Bekl. sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Der erkennende Senat hat die im Leitsatz wiedergegebene Frage dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung vorgelegt.

Prüfungsrelevanz:

Die Vorlagefrage des XI. Zivilsenats des BGH betrifft die Zulassung der erstmals in der zweiten Instanz erhobenen Verjährungseinrede in dem Fall, in dem die den Verjährungseintritt tragenden Tatsachen unstreitig sind. Der XI. Zivilsenat knüpft seine Überlegungen an die Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats vom 18.11.2004 an, wonach neuer unstreitiger Sachverhalt im Berufungsverfahren generell nicht nach § 531 II ZPO zurückgewiesen werden könne (BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291 Rdnr. 33). Der X. Zivilsenat hatte danach im Urteil vom 21.12.2005 versucht, die Einrede der Verjährung als neues Verteidigungsmittel von dieser Entscheidung des IX. Zivilsenats mit der Erwägung zwischen Sachverhalten zu differenzieren, die ohne besondere Geltendmachung entscheidungserheblich sind und solchen, die - wie die Einrede der Verjährung - erst durch Wahrnehmung eines materiell-rechtlichen Leistungsverweigerungsrechts entscheidungserheblich werden (BGH, GRUR 2006, 401; Rdnr. 14 der hier besprochenen Entscheidung). Für diese Differenzierung sieht der XI. Zivilsenat im Prozessrecht keine Stütze (Rdnr. 35 der Entscheidung). Nachdem der X. Zivilsenat auf Anfrage mitgeteilt hat, an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten zu wollen (vgl. Rdnr. 20 der Entscheidung), hat der XI. Zivilsenat die Frage nunmehr dem Großen

Senat für Zivilsachen vorgelegt.

Es ist anhand aktueller Rechtsprechung des BGH zu erwarten, dass die Zulassung neuen unstreitigen Vorbringens im Berufungsverfahren durch den Großen Senat bejaht wird (vgl. BGH, NJW 2008, 1312 Rdnrn. 25ff. zum Streitstand). Die seitens des XI. Zivilsenats dargelegten Erwägungen sind nachvollziehbar. Zum einen ist der Differenzierungsversuch des X. Zivilsenats zwischen Verjährungseinrede und sonstigen Verteidigungsmitteln wenig überzeugend. Der Begriff der Einrede i.S.d. ZPO ist weit zu verstehen und umfasst die Einwendungen und die mat. Einreden. Wenn also neues unstreitiges Vorbringen im Berufungsverfahren generell zuzulassen ist, dann wird das auch für die den Verjährungseintritt begründenden Tatsachen gelten müssen.

Die Entscheidung des Großen Senats bleibt daher abzuwarten. Allerdings ist interessant, ob er sich auch zur Frage der generellen Zulassung unstreitigen Sachverhalts äußern wird. Zu dieser Fragestellung ist bisher keine Entscheidung des Großen Senats ergangen. Die Zulassung entspricht jedoch der gängigen Praxis. Dieses Rechtsproblem ist zwar nicht Gegenstand der formulierten Vorlagefrage, jedoch kann eine Entscheidung über die Einreden vernünftigerweise nicht ohne Klärung dieser Vorfrage beantwortet werden. Zwar ist der Große Senat grundsätzlich nur zur Entscheidung über die konkrete Vorlegungsfrage berufen, aber er kann über weitere, mit der Vorlegungsfrage in untrennbarem Zusammenhang stehende Fragen mitentscheiden (vgl. BGH [GSSt], BGHSt 32, 115 = NJW 1984, 247 u. BGHSt 33, 357 = NJW 1986, 1764 [1765]). Um einen solchen Fall dürfte es sich hier handeln.

Vertiefungshinweise:

Zur Berufung: BGH, RA 2007, 725; 530; 321; BGH, RA 2006, 334; Rimmelspacher, NJW 2002, 1897; Stackmann, NJW 2002, 781

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der defekte Synthesizer"
 Assessorkurs: "Das englische Teeservice"

Leitsatz:

Dem Großen Senat für Zivilsachen wird gem. § 132

II GVG folgende Frage vorgelegt:

Ist die erstmals im Berufungsrechtszug erhobene Verjährungseinrede auch dann nur unter den Voraussetzungen des § 531 II 1 Nrn. 1-3 ZPO zuzulassen, wenn die Erhebung der Verjährungseinrede und die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände zwischen den Prozessparteien unstreitig sind?

Sachverhalt:

Die Kl., eine Bank, begehrt vom Bekl., einem Rechtsanwalt, Zahlung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft.

Die Kl. gewährte der Hauptschuldnerin, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts D, mit Kreditbestätigung vom 13.06./09.08.1995 einen bis zum 30.03.1996 befristeten, durch Grundschuld gesicherten Barkredit in Höhe von 1,4 Mio. DM. Mit Bürgschaftserklärung vom 13.06.1995, die die Kl. am 09.08.1995 annahm, verbürgte sich der Bekl. für die Forderung der Kl. gegenüber der Hauptschuldnerin bis zu einem Höchstbetrag von 37500 DM. Der Sollsaldo auf dem Kreditkonto belief sich zum 30.10.1996 auf 1138859,27 DM. Unter dem 26.11.1996 kündigte die Kl. den Kredit und forderte den Bekl. mit Schreiben vom 27.11.1996 erfolglos zur Zahlung der Bürgschaftssumme bis 19.12.1996 auf. Nach weiteren vergeblichen Versuchen, die Bürgschaftsschuld zu realisieren, kündigte sie dem Bekl. mit Schreiben vom 15.09.2000 an, die Angelegenheit unverzüglich ihrem Rechtsanwalt zur weiteren Beitreibung zu übergeben. Am 28.12.2004 hat sie Klage auf Zahlung von 19173,44 Euro zuzüglich Zinsen eingereicht. Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Berufung, mit der der Bekl. erstmals auch die Verjährung der Hauptschuld geltend gemacht hat, hat das OLG zurückgewiesen. Die Hauptforderung sei zwar verjährt. Die Verjährungseinrede, bei der es sich nicht nur um neuen Sachvortrag, sondern um eine rechtsgestaltende Handlung handele, sei aber als neues Verteidigungsmittel des Bekl. nach § 531 II ZPO nicht zu berücksichtigen. Gleiches gelte für das von ihm ebenfalls erstmals im Berufungsverfahren geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen Teilabtretung der Sicherungsgrundschuld. Mit der - vom BerGer. „soweit Leistungsverweigerungsrechte des Bekl. nach § 531 II 1 ZPO als neue Verteidigungsmittel nicht berücksichtigt wurden“ zugelassenen - Revision verfolgt der Bekl. sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Der Senat hat die im Leitsatz wiedergegebene Frage dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

[6] Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von der Zulassung der erstmals in zweiter Instanz erhobenen Verjährungseinrede ab.

I. Zulässigkeit der Revision

[7] Die uneingeschränkt eingelegte Revision ist zulässig (§ 543 I Nr. 1 ZPO). Die vom BerGer. vorgenommene Zulassungsbeschränkung ist unzulässig und damit unwirksam. Zwar kann die Zulassung der Revision auf ein geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht beschränkt werden (vgl. BGHZ 45, 287 [289] = NJW 1966, 1755; Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 543 Rdnr. 40; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 546 Rdnr. 29 m.w. Nachw.). Unzulässig ist nach der Rechtsprechung des BGH aber eine Beschränkung auf die Frage der Verjährung, weil sie auf eine einzelne Rechtsfrage abzielt (BGH, NJW 1995, 3380 = WM 1995, 2107 [2108]; NJW-RR 2007, 182 [184] Rdnr. 19; a.A. Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, § 543 Rdnr. 41; Stein/Jonas/Grunsky, § 546 Rdnr. 29). Gleiches gilt für die Beschränkung der Zulassung auf die prozessuale Vorfrage, ob die Zurückweisung der Einreden des Bekl. nach § 531 II ZPO zu Recht erfolgt ist (vgl. BGH, NJW 1982, 1535; NJW 1987, 3264; Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, § 543 Rdnr. 42). Folge ist, dass die Revision unbeschränkt zugelassen ist (BGH, NJW-RR 2005, 985 = WM 2005, 1076 [1077]; NJW-RR 2006, 1098 [1099] Rdnr. 8 m.w. Nachw.).

II. Wirksame Bürgschaftsverpflichtung besteht

[8] Das BerGer. hat eine wirksame Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. zu Recht bejaht.

1. Umfang der Bürgschaftsverpflichtung

[9] Zutreffend hat es die nach § 9 AGBG unwirksame weite Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in dem Umfang für wirksam gehalten, in dem sie sich auf den Kredit bezogen hat, der Anlass für die Abgabe der Bürgschaftserklärung war (vgl. BGHZ 143, 95 [102] = NJW 2000, 658 m.w. Nachw.). Das war, wie das BerGer. mit Tatbestandswirkung (§§ 314, 559 II ZPO) festgestellt hat, nach dem unbestrittenen Vortrag der Kl. der Barkredit in Höhe von 1,4 Mio. DM.

2. Höhe und Bestand der Hauptforderung sind unstreitig

[10] Weiter hat es rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass die Kl. die Höhe der Hauptforderung durch Mitteilung des von der Hauptschuldnerin anerkannten Schlusssaldos hinreichend dargelegt hat und dass Höhe und Bestand der Hauptforderung unstreitig sind, weil der Bekl. sie erstinstanzlich nicht bestritten hat. Sein erstmaliges Bestreiten der Kontokorrentabrede und der Höhe der Hauptforderung in der Berufungsinstanz hat es rechtsfehlerfrei als neues Verteidigungsvorbringen gem. § 531 II 1 Nrn. 1-3 ZPO nicht zugelassen.

3. Keine Verwirkung des Klageanspruchs

[11] Ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass das BerGer. eine Verwirkung des Klageanspruchs ver-

neint hat, weil der Bekl. angesichts der seit 1996 in größeren zeitlichen Abständen unternommenen Versuche der Kl., die Bürgschaftssumme zu realisieren, nicht darauf vertrauen konnte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Nachdem die Kl. ihm im September 2000 gedroht hatte, die Angelegenheit zur Beibehaltung einem Rechtsanwalt zu übergeben, durfte er nicht annehmen, dass sie die Bürgschaftsforderung nicht mehr geltend machen wolle. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Kl. danach noch etwa vier Jahre bis zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung verstreichen ließ. Als Rechtsanwalt musste sich der Bekl. darauf einstellen, dass sie die erst am 31.12.2004 ablaufende Verjährungsfrist ausschöpfen werde.

4. Verjährung der Hauptforderung ist eingetreten

[12] Die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung ist - wie das BerGer. ebenfalls zutreffend ausgeführt hat - mit Ablauf des 31.12.2004 verjährt (§ 195 BGB a.F., Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB), weil die Kl. nach der fälligkeitsbegründenden Kündigung des Kreditvertrags am 26. 11.1996 unstreitig keine verjährungsunterbrechende oder -hemmende Maßnahme gegen die Hauptschuldnerin ergriffen hat. Hierauf kann sich auch der Bekl. gem. § 768 I 1 BGB berufen. Dem steht nicht entgegen, dass die Hauptforderung erst nach Erhebung der Bürgschaftsklage verjährt ist (BGHZ 139, 214 [216ff.] = NJW 1998, 2972). Wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, konnte die Bürgschaftsklage die Verjährung auch nicht ausnahmsweise wegen Verselbstständigung der Bürgschaftsforderung durch Wegfall der Hauptschuldnerin hemmen (vgl. dazu Senat, BGHZ 153, 337 [342f.] = NJW 2003, 1250).

5. Zulassung der Einrede der Verjährung ist entscheidungserheblich

[13] Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt damit von der Zulassung der erstmals in zweiter Instanz erhobenen Verjährungseinrede des Bekl. ab. Sie ist vorrangig vor der Zulassung des ebenfalls erstmals zweitinstanzlich geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts zu beantworten, weil dieses im Erfolgsfall lediglich zu einer eingeschränkten Verurteilung Zug um Zug (§ 274 BGB) führt, die Verjährungseinrede hingegen zur Klageabweisung.

III. Zulassung der Einrede wird nicht einheitlich beantwortet

1. Rechtsauffassung des X. Senats

a. Selbst bei unstreitiger Tatsachengrundlage nur unter den Voraussetzungen des § 531 II 1 Nrn. 1-3 ZPO

[14] Der X. Zivilsenat des BGH vertritt in seiner Entscheidung vom 21.12.2005 (GRUR 2006, 401 [404] =

MDR 2006, 766 [767] = BGH-Report 2006, 599 [601f.] Rdnrn. 26f.) die Auffassung, die erstmals im Berufungsrechtszug erhobene Verjährungseinrede sei auch bei unstreitiger Tatsachengrundlage nur zuzulassen, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 531 II 1 Nrn. 1-3 ZPO vorliege. Die Verjährungseinrede gehöre zu den Verteidigungsmitteln, deren rechtzeitige Geltendmachung durch § 531 II ZPO sichergestellt werden solle. Habe sich der Schuldner nicht bereits außergerichtlich auf Verjährung berufen, müsse dem Umstand, dass bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz Verjährung eingetreten sei, deshalb grundsätzlich durch Erhebung der Einrede in dieser Instanz Rechnung getragen werden.

b. Folge der Auffassung: Einrede wäre nicht zuzulassen

[15] Danach wäre die Verjährungseinrede im Streitfall nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 531 II 1 Nrn. 1-3 ZPO nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. nicht vorliegen.

aa. § 531 II 1 Nrn. 1, 2 ZPO greifen nicht

[16] Nach seinen zutreffenden Ausführungen ergab sich aus dem erstinstanzlichen Vorbringen des Bekl. kein Anhaltspunkt dafür, dass er sich auf die verspätete Geltendmachung der Hauptforderung berufen wollte. § 531 II 1 Nrn. 1 und 2 ZPO greifen damit nicht ein.

bb. § 531 II 1 Nr 3 ZPO liegt nicht vor

[17] Zu Recht hat das BerGer. auch die Voraussetzungen des § 531 II 1 Nr. 3 ZPO verneint. Nachlässigkeit im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn ein neues Angriffs- oder Verteidigungsmittel fahrlässig nicht bereits in erster Instanz vorgetragen wird. Hierzu zählt jede Verletzung der Prozessförderungspflicht (§§ 282 ZPO), derzufolge die Parteien grundsätzlich gehalten sind, Vorbringen, das zur Abkürzung des Verfahrens geeignet ist, alsbald vorzutragen oder zumindest anzukündigen (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl., § 531 Rdnr. 31; Zöller/Greger, § 282 Rdnr. 3; Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 282 Rdnr. 16). Hierzu hat das BerGer. zutreffend ausgeführt, dass der Ablauf der Verjährung zum 31.12.2004 dem Grunde nach bekannt und der Bekl. demnach durch nichts an der Erhebung der Einrede bereits in erster Instanz gehindert war.

[18] Der Annahme von Nachlässigkeit steht nicht entgegen, dass es im materiellen Recht weder eine Pflicht gibt, die Einrede der Verjährung alsbald geltend zu machen, noch (von Verwirkung abgesehen) überhaupt eine zeitliche Beschränkung (a.A. Meller-Hannich, JZ 2005, 656 [664] u. NJW 2006, 3385 [3387 f.]). Die materiell-rechtliche Befugnis, den Zeitpunkt der Geltendmachung der Einrede frei zu wählen, wird bei der Verjährung ebenso wie bei den Gestaltungsrechten der

Anfechtung oder Aufrechnung im gerichtlichen Verfahren durch das Prozessrecht beschränkt (vgl. zur Aufrechnung BGHZ 24, 97 [98] = NJW 1957, 986; BGHZ 34, 274 [279] = NJW 1961, 1067; BGHZ 91, 293 [302ff.] = 1984, 1964; zur Anfechtung BGHZ 42, 37 [39ff.] = NJW 1964, 1797; BGHZ 94, 29 [34] = NJW 1985, 2481 m.w. Nachw.). Eine solche prozessuale Beschränkung ist zwar ausgeschlossen, wenn die zeitliche Entscheidungsfreiheit gerade das Wesen des Gestaltungsrechts ausmacht (vgl. BGHZ 94, 29 [34f.] = NJW 1985, 2481, zum vertraglichen Optionsrecht). Das ist bei der Verjährungseinrede aber nicht der Fall.

cc. Kein Widerspruch gegen Rechtsprechung des VII. Senats

[19] Der Anwendung des § 531 II ZPO steht auch nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH (NJW-RR 2004, 167; NJW-RR 2005, 1687 [1688]; a.A. OLG Brandenburg, OLG-Report 2005, 21 [23 ff.]; OLG Saarbrücken, OLG-Report 2007, 589 [590 f.]) erst im Laufe des Verfahrens geschaffene materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen ohne Rücksicht auf Präklusionsvorschriften in den Rechtsstreit eingeführt werden können. Diese Rechtsprechung beschränkt sich ausdrücklich auf den Fall einer erstmals fälligkeitsbegründenden Schlussrechnung in zweiter Instanz, deren Präklusion gerade keine abschließende Klärung zwischen den Parteien zur Folge hätte, sondern einen weiteren Rechtsstreit über dieselbe Werklohnforderung. Eine solche Folge tritt bei Präklusion der Verjährungseinrede nicht ein.

2. Rechtsauffassung des VIII. Senats: Zulassung der Einrede

[20] Der XI. Zivilsenat, der die Vorlagefrage bisher - ebenso wie der VIII. Zivilsenat (NJW-RR 2005, 866 = WM 2005, 948 [949]) - offengelassen hat (NJW 2007, 3127), möchte der Rechtsprechung des X. Zivilsenats nicht folgen und § 531 II ZPO nicht auf die Verjährungseinrede anwenden, wenn sie zwar erstmals in zweiter Instanz im Prozess erhoben wird, zwischen den Parteien aber sowohl die Erhebung der Einrede als auch die sie begründenden tatsächlichen Umstände unstreitig sind. Da der X. Zivilsenat auf Anfrage mitgeteilt hat, an seiner Rechtsauffassung festzuhalten, ist die Sache gem. § 132 II GVG dem Großen Senat für Zivilsachen beim BGH vorzulegen.

III. Rechtsauffassung des XI. Senats: Zulassung der Einrede

[21] Nach Auffassung des Senats ist die vorgelegte Rechtsfrage zu verneinen.

1. Grundsatz: Neuer unstr. Tatsachenvortrag kann nicht nach § 531 II ZPO zurückgewiesen werden

[22] Nach der Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats vom 18.11.2004 (BGHZ 161, 138 [141ff.] =

NJW 2005, 291) kann neuer unstreitiger Tatsachenvortrag nicht nach § 531 II ZPO zurückgewiesen werden. Das BerGer. hat solches Vorbringen vielmehr gem. § 529 I ZPO selbst dann seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, wenn dadurch eine Beweisaufnahme erforderlich wird.

[23] Dieser Entscheidung haben sich der II. Zivilsenat (NJW-RR 2005, 437 = WM 2005, 295 [296]; NJW 2008, 69 = WM 2007, 1932 [1938] Rdnr. 63), der III. Zivilsenat (BGHZ 166, 29 [31] = NJW-RR 2006, 630 Rdnr. 6), der IV. Zivilsenat (FamRZ 2005, 1555 [1557] = BeckRS 2005, 08881; NJW 2006, 298 [299] Rdnr. 19) und der VIII. Zivilsenat (NJW-RR 2006, 755 = WM 2006, 1115 Rdnr. 5) angeschlossen.

[24] Dem entsprechen sowohl die überwiegende instanzgerichtliche Rechtsprechung (OLG Hamm, NJW 2003, 2325, zu vorprozessual erklärter Aufrechnung; OLG Nürnberg, NJOZ 2004, 300 = OLG-Report 2003, 351; OLG Oldenburg, OLG-Report 2004, 54 [55]; OLG Karlsruhe, NJOZ 2004, 1520 = MDR 2004, 1020; OLG Schleswig, OLG-Report 2005, 120 [121] = BeckRS 2005, 04741; OLG Frankfurt a.M., NJOZ 2005, 1908 = OLG-Report 2005, 558 [560] u. OLG-Report 2007, 448 [449] = BeckRS 2007, 01593; OLG Rostock, NJOZ 2006, 4279 = OLG-Report 2006, 916 [917]; KG, NJOZ, 2007, 2718 = KG-Report 2007, 502 [503]; a.A. OLG München, NZI 2007, 107, insow. in ZIP 2006, 2122 nicht abgedr.) als auch die herrschende Meinung in der Literatur (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 531 Rdnr. 13; Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 531 Rdnr. 28; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl., § 531 Rdnr. 1; Zimmermann, ZPO, 7. Aufl., § 531 Rdnr. 6; Zöller/Gummer/Heßler, § 531 Rdnr. 21; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl., § 137 Rdnr. 59; Schumann/Kramer, Die Berufung in Zivilsachen, 7. Aufl., Rdnr. 475; Geisler, jurisPR-BGH-ZivilR 3/2005 Anm. 1 u. AnwBl 2006, 609 [611]; Heinrich, WuB VII A. § 531 ZPO 1.05; Noethen, MDR 2006, 1024 [1025f.]; Rixecker, NJW 2004, 705 [707]; Roth, JZ 2005, 174 [175] u. JZ 2006, 9 [15]; Schmidt, NJW 2007, 1172 [1173]; Schultz, BGH-Report 2005, 320; Schwenker, IBR 2005, 180; s. auch Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 531 Rdnr. 8, § 533 Rdnr. 10; Crückeberg, MDR 2003, 10 [11]; Rimmelspacher, in: Festschr. f. Schlosser, 2005, S. 747; a.A. Bürgermeister, BGH-Report 2005, 455; Drossart, BauR u. Baupraxis [BrBp] 2004, 4 [8]; Ostermeier, ZZZ 120 [2007], 219 [220 ff.]; Stackmann, NJW 2007, 9 [10]).

2. Keine Einheitlichkeit, ob dieser Grundsatz auf Einreden übertragbar ist

[25] Nicht einheitlich wird die Frage beantwortet, ob diese Rechtsprechung auch auf Einreden, die eine Partei geltend machen muss, übertragen werden kann.

a. IV. Senat: Keine Zurückweisung der Ausschlussfrist gem. § 531 II ZPO, wenn Ablauf unstr.

[26] Der IV. Zivilsenat (NJW 2006, 298 [299] Rdnr. 19) hat im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats (BGHZ 161, 138 [141ff.] = NJW 2005, 291) entschieden, dass die erstmalige Berufung des Versicherers auf den Ablauf der Klagefrist nach § 12 III VVG in der zweiten Instanz nicht nach § 531 II ZPO zurückgewiesen werden kann, wenn der Ablauf der Ausschlussfrist unstreitig ist.

[27] Speziell für die Einrede der Verjährung hat der III. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 19.01.2006 (BGHZ 166, 29 [31] = NJW-RR 2006, 630 Rdnr. 6) in einem obiter dictum ausgeführt, auch eine erstmals in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede dürfe nicht nach § 531 II ZPO zurückgewiesen werden, wenn die den Verjährungseintritt begründenden Umstände zwischen den Parteien unstreitig seien.

b. Zunehmende Befürwortung der Zulassung der Einrede bei unstr. Vorbringen in Lit. und Rspr.

[28] In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird die Zulassung der Verjährungseinrede auf der Basis unstreitigen Vorbringens nach Erlass des Urteils des IX. Zivilsenats zunehmend befürwortet (OLG Naumburg, NJOZ 2005, 3651 = OLG-Report 2006, 141; OLG Karlsruhe, OLG-Report 2006, 526 [528] = BeckRS 2006, 04933; OLG Hamm, BeckRS 2006, 03935, unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr.; OLG Stuttgart, BKR 2006, 280 [285]; OLG Celle, NJW-RR 2006, 1530 [1531]; OLG Köln, BeckRS 2007, 01443; OLG Schleswig, Urt. v. 21.12.2006 - 5 U 101/06, S. 15; vorher bereits OLG Karlsruhe, MDR 2005, 412 = BeckRS 2004, 10651 und LG Berlin, GE 2004, 690).

[29] Auch in der Literatur wird diese Ansicht mit steigender Tendenz vertreten (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 531 Rdnr. 13; Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 531 Rdnr. 28; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., §§ 214 Rdnr. 3 - a.A. noch 65. Aufl.; Zimmermann, § 531 Rdnrn. 10, 13 Nr. 3; Schumann/Kramer, Rdnr. 476; v. Berg, IBR 2007, 165; Deubner, JuS 2007, 528 [530]; Meller-Hannich, NJW 2006, 3385 [3386ff.], sowie JZ 2005, 656 [664f.]; Noethen, MDR 2006, 1024 [1026f.]; Rixecker, NJW 2004, 705 [707]; Sohn, BauR 2003, 1933; Vogel, IBR 2007, 589; i.E. auch Staudinger/Peters, BGB, Neubearb. 2004, § 214 Rdnr. 11: grds. gilt § 531 II ZPO, es sei denn, die Einrede beschleunigt - wie meist - die Erledigung des Rechtsstreits; sowie wohl auch Lakkis, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. [Stand: Aug. 2007], §§ 214 Rdnr. 22).

c. Ältere Lit und Rspr. verneinen die Zulassung der Einrede

[30] Demgegenüber wird die Auffassung des X. Zivilsenats überwiegend in älteren, vor dem Grundsatzurteil des IX. Zivilsenats ergangenen instanzgerichtli-

chen Entscheidungen geteilt (KG, GRUR-RR 2003, 310 = KG-Report 2003, 392 [394]; OLG Brandenburg, BauR 2003, 1256 [1257]; OLG Oldenburg, NJOZ 2004, 158 = MDR 2004, 292; OLG Düsseldorf, FamRZ 2004, 1222 - Einrede beschränkter Erbenhaftung, und NJOZ 2004, 2216; OLG Frankfurt a.M., OLG-Report 2004, 249; OLG München BauR 2004, 1982), aber auch in einigen neueren Entscheidungen vertreten (OLG Hamm, NJOZ 2006, 920 = MDR 2006, 695 - Einrede beschränkter Erbenhaftung; OLG München, BeckRS 2005, 30365659, insow. in OLG-Report 2006, 139 nicht abgedr.; OLG Saarbrücken, OLG-Report 2007, 589 [591f.] - Erlass eines Überleitungsbescheids; OLG Oldenburg, Urt. v. 04.07.2007 - 5 U 106/06, BeckRS 2007, 12673 - Einwand hypothetischer Einwilligung im Arzthaftungsprozess [Revision anhängig unter VI ZR 198/07]; OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925).

[31] Auch ein Teil der Literatur hat sich gegen die Zulassung der erstmaligen Verjährungseinrede in der zweiten Instanz ausgesprochen (Grothe, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 214 Rdnr. 4; Zöllner/Gummer/Heßler, § 531 Rdnr. 22; Drossart, BrBp 2004, 4 [7f.]; Geisler, AnwBl 2006, 609 [611]; Lenkeit, IBR 2003, 170; Müller, BrBp 2004, 35 [37]; Ostermeier, ZJP 120 [2007], 219 [224ff.]; Roth, JZ 2005, 174 [176] u. JZ 2006, 9 [15]; Schenkel, MDR 2005, 726; Siegburg, BauR 2003, 291; wohl auch Henrich, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 214 Rdnr. 2; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 11. Aufl. § 214 Rdnr. 3; Stackmann, NJW 2007, 9 [10]; i.E. auch Wiczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 531 Rdnr. 23: grds. gilt § 531 II 1 Nr. 3 ZPO, es sei denn, unabhängig von der Verjährungseinrede müsste eine Zurückverweisung erfolgen, so dass der Bekl. die Einrede im ersten Rechtszug wiederholen könnte).

3. Ergebnis nach XI. Senat: Zulassung der Einrede bei unstr. Tatsachengrundlage

[32] Nach Auffassung des XI. Zivilsenats kann - ausgehend von der Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats (BGHZ 161, 138 [141ff.] = NJW 2005, 291) - die erstmalige Erhebung der Verjährungseinrede in zweiter Instanz bei unstreitiger Tatsachengrundlage zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht anders behandelt werden als sonstiger unstreitiger Tatsachenvortrag, der - wie oben dargelegt - nach nahezu einhelliger Meinung nicht gem. § 531 II ZPO zurückgewiesen werden darf. Dafür sprechen folgende Gründe:

a. § 531 II ZPO findet auf unstr. Vorbringen generell keine Anwendung

[33] Nach der Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats fällt unstreitiges Vorbringen generell nicht unter die „neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel“ i.S. des § 531 II ZPO. Danach ist dieser Begriff ebenso wie im

bisherigen Recht auszulegen, in dem die Vorschriften über die Behandlung verspäteter Angriffs- und Verteidigungsmittel anerkanntermaßen nur für Streitiges und damit beweisbedürftiges Vorbringen galten (BGHZ 161, 138 [142] = NJW 2005, 291, unter Hinw. auf BGHZ 76, 133 [141] = NJW 1980, 945; so auch VI. Zivilsenat, BGHZ 164, 330 [333] = NJW 2006, 152; BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825 = BGH-Report 2004, 1378 [1379]; NJW-RR 2005, 437 = WM 2005, 295 [296]; Hannich/Meyer-Seitz, § 531 Rdnr. 8; a.A. OLG München, NZI 2007, 107; Ostermeier, ZZP 120 [2007], 219 [223f.]).

[34] Da die rechtliche Einordnung des unstreitigen Vorbringens mithin unerheblich ist, ergibt sich daraus bei konsequenter Anwendung für die Verjährungseinrede: Wenn der Bekl. in der zweiten Instanz erstmals unbestritten vorträgt, er habe sich vorprozessual oder während des erstinstanzlichen Verfahrens außergerichtlich auf Verjährung berufen, und die verjährungsbegründenden Umstände ebenfalls unstreitig sind, so ist dieses Vorbringen zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn der Bekl. die Verjährungseinrede während des zweitinstanzlichen Verfahrens außergerichtlich erhebt und diese neue Tatsache unbestritten in den Prozess einführt. Nichts spricht angesichts dessen dafür, eine während des zweitinstanzlichen Verfahrens im Prozess erhobene Verjährungseinrede bei unstreitiger Tatsachengrundlage nicht zu berücksichtigen. Einen stichhaltigen Grund für eine Differenzierung zwischen diesen Fallgestaltungen gibt es nicht.

b. Prozessualer Einredebegriff umfasst Einwendungen und Einreden im mat. Sinne

[35] Die vom X. Zivilsenat vorgenommene Differenzierung zwischen Sachverhalten, die ohne besondere Geltendmachung entscheidungserheblich sind und solchen, die erst durch Wahrnehmung eines materiell-rechtlichen Leistungsverweigerungsrechts entscheidungserheblich werden (GRUR 2006, 401 [404] Rdnr. 27), findet im Prozessrecht keine Stütze. Der prozessuale Einredebegriff erfasst sowohl Einwendungen als auch Einreden im materiellen Sinne (vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 101 Rdnrn. 1ff.; Mot. I, 1888, S. 359f.). Dementsprechend unterscheidet § 531 II ZPO nicht zwischen Einwendungen und Einreden im materiellen Sinne, sondern gilt für sämtliche neue „Angriffs- und Verteidigungsmittel“, worunter nach §§ 282, 146 ZPO ausdrücklich sowohl Einwendungen als auch Einreden zu verstehen sind.

[36] Im Prozess können Einreden, aber auch materiell-rechtliche Einwendungen grundsätzlich erst dann Bedeutung erlangen, wenn sie von einer Partei vorgetragen, das heißt in den Rechtsstreit eingeführt werden. So setzt etwa die Berücksichtigung der materiell-rechtlichen Einwendung eines Rücktritts Vortrag sowohl zu den Rücktrittsvoraussetzungen als auch zur Rücktritts-erklärung voraus. Ein erst während der Berufungsins-

tanz erklärter Rücktritt ist, wenn das Vorbringen zu den Rücktrittsvoraussetzungen unstreitig ist, nach § 529 I ZPO zu berücksichtigen, obwohl die Ausübung des Rücktrittsrechts, das in erster Instanz nicht genutzt wurde, nachträglich die Entscheidungsbasis und den Prüfungsumfang des Gerichts verändert. Dass dies bei Erhebung einer Verjährungseinrede in zweiter Instanz anders sein soll, überzeugt nicht.

c. § 533 ZPO steht dem Ergebnis der Zulassung nicht entgegen

[37] Aus § 533 ZPO lässt sich entgegen der Ansicht des X. Zivilsenats nichts gegen die Zulassung einer erstmals zweitinstanzlich erhobenen Verjährungseinrede herleiten. Es handelt sich um eine spezielle Präklusionsvorschrift, die durch besondere Zulassungsvoraussetzungen verhindern soll, dass der Streitstoff auf dem Wege der Klageänderung, Aufrechnung oder Widerklage erweitert und damit das Novenverbot umgangen wird (vgl. Hannich/Meyer-Seitz, § 533 Rdnr. 1; Zöller/Gummer/Heßler, § 533 Rdnr. 1). Aus dieser Spezialregelung folgt nicht, dass der Gesetzgeber unstreitiges neues Vorbringen in zweiter Instanz generell nur unter solchen besonderen Voraussetzungen zulassen wollte. Vielmehr spricht umgekehrt gerade das Fehlen einer entsprechenden Regelung für die Verjährungseinrede dafür, dass es insoweit - ebenso wie bei anderen prozessualen Einreden - bei der allgemeinen Präklusionsregelung bleiben sollte (vgl. Meller-Hannich, NJW 2006, 3386 [3387]; Noethen, MDR 2006, 1024 [1026f.]).

[38] Hinzu kommt, dass nach § 533 ZPO bei unstreitigem Sachverhalt und Sachdienlichkeit in der Berufungsinstanz sogar über einen neu eingeführten Streitgegenstand zu entscheiden ist. Es erscheint daher verfehlt, die Zulassung der weniger weit reichenden Verjährungseinrede - bei der in der Regel Sachdienlichkeit vorliegen dürfte - von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen (vgl. OLG Naumburg, NJOZ 2005, 3651 = OLG-Report 2006, 141 [142]; ferner OLG Celle, NJW-RR 2006, 1530 [1531]).

d. Ergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 531 II ZPO

[39] Anders als Befürworter der vom X. Zivilsenat vertretenen Auffassung meinen (s. zuletzt OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925), sprechen auch Sinn und Zweck des § 531 II ZPO oder der Wille des Gesetzgebers nicht gegen die Zulassung der Verjährungseinrede bei unstreitiger Tatsachengrundlage. Auch insoweit haben die Erwägungen in der Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats (BGHZ 161, 138 [143] = NJW 2005, 291) Gültigkeit.

[40] Durch § 531 II ZPO soll die Zulassung neuen Vorbringens auf das Maß beschränkt werden, das sich aus der geänderten Funktion des Berufungsverfahrens als Instrument der Fehlerkontrolle und -beseitigung ergibt

(vgl. BT-Dr 14/4722, S. 1, 58, 59 f., 61, 94, 100; BT-Dr 14/6036, S. 2, 118, 123; Hannich/Meyer-Seitz, § 531 Rdnr. 6). Die geänderte Funktion gebietet den Ausschluss von Leistungsverweigerungsrechten bei unstreitiger Tatsachengrundlage aber ebenso wenig wie in anderen Fällen unstreitigen Vorbringens. Auch nach der Reform des Zivilprozesses besteht seine Aufgabe weiterhin darin, subjektive Rechte festzustellen und zu verwirklichen; ebenso hat die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, nach der die Parteien den der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legenden Prozessstoff bestimmen, weiterhin Geltung (vgl. BGHZ 161, 138 [143] = NJW 2005, 291 m.w. Nachw.). Das gilt auch für das reformierte Berufungsverfahren. Gerade im Zusammenhang mit dessen Neugestaltung hat der Gesetzgeber wiederholt das anerkennenswerte Interesse der Parteien betont, mit Hilfe der erneuten Überprüfung ihres Falls eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überzeugende und gerechte Entscheidung zu erlangen (vgl. BT-Dr 14/6036, S. 26, 118, 124; BGHZ 160, 83 [91f.] = NJW 2004, 2751). Deshalb enthalten die Präklusionsvorschriften auch kein absolutes Novenverbot mit strikter Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen, sondern sollen das BerGer. (nur) von solchen Tatsachenfeststellungen entlasten, die bereits in erster Instanz richtig und vollständig getroffen wurden (s. BT-Dr 14/4722, S. 61; BT-Dr 14/6036, S. 123). Das Berufungsverfahren ist weiterhin - wenn auch eingeschränkte - Tatsacheninstanz, deren Fehlerkontrolle und -beseitigung sich nicht nur auf Rechtsfragen, sondern auch auf die Tatsachengrundlage des Rechtsstreits erstreckt (vgl. Hannich/Meyer-Seitz, § 529 Rdnrn. 4 ff.; Zöller/Gummer/Heßler, § 529 Rdnr. 1 m.w. Nachw.).

[41]Dieser gesetzlichen Aufgabenzuweisung und Zielsetzung widerspräche es bei der Verjährungseinrede ebenso wie bei sonstigem unstreitigen Vorbringen, wenn das Berufungsgericht gehalten wäre, eine von den Parteien vorgetragene unstreitige Ergänzung des Vortrags um die Erhebung der Einrede und deren Voraussetzungen nicht zu berücksichtigen, weil es damit sehenden Auges auf einer falschen, von keiner Seite (mehr) geltend gemachten Grundlage eine materiell unrichtige Entscheidung treffen müsste. Der Einwand, das erstinstanzliche Urteil bleibe trotz zweitinstanzlich erhobener Verjährungseinrede materiell richtig und gerecht (so Schenkel, MDR 2005, 726), trifft nur auf der Grundlage des dem erstinstanzlichen Gericht unterbreiteten Sachverhalts zu. Maßgeblich für das BerGer. ist aber die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seiner Entscheidung (vgl. BGHZ 161, 138 [144] = NJW 2005, 291, unter Hinw. auf BGHZ 158, 295 [307f.] = NJW 2004, 2152 m.w. Nachw.; OLG Hamm, Urt. v. 23.02.2006 - 28 U 217/04, BeckRS 2006, 03935). Diese hat sich durch die Erhebung der Verjährungseinrede, einer geschäftsähnlichen Handlung des sachlichen Rechts, nachträglich zu Lasten des Gläubi-

gers verändert, indem der von ihm geltend gemachten Forderung ihre Durchsetzbarkeit genommen wurde (vgl. BGHZ 156, 269 [271] = NJW 2004, 164). Dies müsste der Richter bei Nichtzulassung der Verjährungseinrede ignorieren und damit wissentlich eine Forderung zusprechen, die der Gläubiger nach materiellem Recht gerade nicht mehr gerichtlich durchsetzen können sollte.

e. Nichtzulassung ist unverhältnismäßige Sanktion: Bedenken im Hinblick auf Art. 103 I GG

[42] Schließlich stellt die Präklusion der Verjährungseinrede, deren Zulassung den Rechtsstreit nicht verzögern würde, eine unverhältnismäßige Sanktion dar, die im Hinblick auf den grundrechtlichen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

[43]Präklusionsvorschriften haben nach der Rechtsprechung des BVerfG wegen ihrer zwangsläufig nachteiligen Auswirkungen auf das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung und ihrer einschneidenden Folgen für die säumige Partei strengen Ausnahmecharakter (vgl. BVerfGE 60, 1 [6] = NJW 1982, 1453; BVerfGE 75, 302 [312] = NJW 1987, 2733 m.w. Nachw.). Es ist dem Gesetzgeber zwar grundsätzlich nicht verwehrt, neues Vorbringen - wie in § 531 II ZPO geschehen - auch dann im Berufungsverfahren auszuschließen, wenn seine Zulassung zu keiner Verzögerung des Rechtsstreits führen würde (vgl. BVerfGE 55, 72 [94] = NJW 1981, 271 u. BVerfG, NJW 2005, 1768 [1769]). Präklusionsnormen sind aber - wie sämtliches Verfahrensrecht - weder Selbstzweck noch haben sie Strafcharakter, sondern sollen lediglich einer sachgerechten Entscheidungsfindung dienen. Ihrem strengen Ausnahmecharakter ist daher auch bei der Anwendung im Einzelfall unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 55, 72 [93] = NJW 1981, 271; BGHZ 75, 340 [348] = NJW 1980, 172; Hannich/Meyer-Seitz, § 531 Rdnr. 7). Das aber wäre bei Nichtzulassung der Verjährungseinrede trotz unstreitiger Tatsachengrundlage nicht mehr gewahrt.

[44]Der Ausschluss der Verjährungseinrede dient bei unstreitiger Tatsachengrundlage gerade nicht der materiell richtigen und gerechten Entscheidungsfindung, sondern führt im Gegenteil dazu, dass dieser Zweck des Berufungsverfahrens verfehlt wird. Für die betroffene Partei ist der Ausschluss der Einrede besonders hart, weil sie - anders als in den Fällen des § 533 ZPO - nicht mehr in einem anderen Verfahren geltend gemacht werden kann, sondern endgültig verloren ist.

[45]Die Nichtzulassung ist auch nicht wegen schützenswerter Interessen der Allgemeinheit oder des Prozessgegners geboten. Das allgemeine Interesse an der schonenden Inanspruchnahme der „knappen Ressource Recht“ wird durch die Zulassung nicht wesentlich tangiert. Ist das der Einrede zu Grunde liegende Tatsa-

chenvorbringen unstreitig, kann es ohne Weiteres der Entscheidung des BerGer. zu Grunde gelegt und damit zügig eine verfahrensabschließende Entscheidung getroffen werden; einer etwaigen verzögernden Geltendmachung der Einrede kann im Übrigen durch § 530 ZPO i.V. mit §§ 520, 521 II ZPO begegnet sowie bei der Kostenentscheidung Rechnung getragen werden (§ 97 II ZPO).

[46]Anerkennenswerte Interessen des Prozessgegners stehen einer Zulassung der Einrede auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts prozessualer Gerechtigkeit und des Prozessgrundrechts auf ein faires Verfahren nicht entgegen (a.A. Schenkel, MDR 2005, 726 [727]; OLG München, NZI 2007, 107). Soweit der Gegner sich zu neuem Vorbringen (etwa bei Erhebung der Einrede in der Berufungsverhandlung) nicht

sofort erklären kann, besteht die Möglichkeit eines Schriftsatznachlasses.

[47]Die Nichtzulassung der Verjährungseinrede bei unstreitiger Tatsachengrundlage wäre eine reine Strafe für nachlässiges prozessuales Verhalten, die sich - anders als im

Fall des § 530 ZPO - weder durch prozessökonomische Gründe noch durch schützenswerte Interessen des Prozessgegners rechtfertigen lässt. Dem Gesichtspunkt materieller Gerechtigkeit ist daher durch Zulassung der Einrede Vorrang zu geben (vgl. OLG Hamm, NJW 2003, 2325 [2326]; OLG Karlsruhe, NJOZ 2004, 1520 = MDR 2004, 1020 u. OLG-Report 2006, 526 [528] = BeckRS 2006, 04933; OLG Frankfurt a.M., NJOZ 2005, 1908 = OLG-Report 2005, 558 [561]).

Standort: Schuldrecht

Problem: Bürgschaft / Schuldbeitritt / Umdeutung

BGH, URTEIL VOM 16.10.2007
XI ZR 32/06 (NJW-RR 2008, 1070)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer „Mithaftungserklärung“ des früheren Gesellschafters und Geschäftsführers einer insolventen GmbH für die Rückzahlung eines Investitionszuschusses.

Durch Zuwendungsbescheid gewährte der klagende Freistaat der GmbH einen zweckgebundenen Investitionszuschuss über 393.000 DM. Der Zuschuss war zurückzuzahlen, wenn der Zuschussempfänger innerhalb von fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen sollte. Der Rückzahlungsanspruch sollte sofort fällig sein und vom Zeitpunkt der Entstehung an mit 6% p.a. verzinst werden. Ferner war bestimmt, dass der Bekl. für die etwaige Rückzahlungsforderung die gesamtschuldnerische Mithaftung zu übernehmen habe. Dazu unterzeichnete er eine - auch als solche überschiebene - „Mithaftungserklärung“. Danach konnte der „Mitschuldner“ in Anspruch genommen werden, wenn gegen den Zuschussempfänger ein Widerrufsbescheid ergeht und der darin festgesetzte Rückzahlungsbetrag nicht innerhalb von vier Wochen zurückbezahlt wird. Eine „Vorausklage“ oder die Rechtskraft eines zwischen Kl. und Zuschussempfänger anhängigen Rechtsstreits sollte für die Inanspruchnahme des Mitschuldners nicht erforderlich sein.

Die GmbH wurde insolvent. Die Kl. widerrief den Zuwendungsbescheid und forderte die Empfängerin erfolglos zur Zahlung auf. Daraufhin nahm die Kl. den Bekl. aus der Abrede in Anspruch.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung wurde die Klage abgewiesen. Die vom erkennenden Senat zugelassene Revision hatte Erfolg und führte zur

Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, wie der Rückzahlungsanspruch betreffend einer zweckgebundenen Subvention besichert werden kann und deutete gem. § 140 BGB insoweit einen nichtigen Schuldbeitritt gem. §§ 311, 241 BGB in einen Bürgschaftsvertrag gem. § 765 I BGB um.

Zunächst einmal galt es zu klären, welche Natur die zusichernde Hauptverbindlichkeit aufweist. Der Kl. gewährte einer GmbH eine zweckgebundene Subvention per Zuwendungsbescheid. Also handelte es sich bei dem zu sichernden Rückzahlungsanspruch um keine privatrechtliche, sondern um eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit. Insbesondere kam die Einordnung der Zuwendung als Darlehen gem. § 488 BGB nicht in Betracht; einen solchen Vertrag hatte der Kl. mit der GmbH nicht geschlossen. Genau dies hatte das Berufungsgericht verkannt. Ein Darlehen liegt deshalb nicht vor, weil die Zuwendung beim Empfänger verbleiben sollte und daher eine Kapitalnutzung auf Zeit gerade nicht gewollt war (Maurer, Allg. VerwaltungsR, 16. Aufl., S. 448ff.). Eine Rückzahlungsverpflichtung des Subventionsempfängers entsteht erst, wenn das Subventionsziel, wie hier wegen Insolvenz des Zuschussempfängers, nicht erreicht und der Zuschuss deshalb durch einen Widerrufsbescheid nach § 49 II ThürVwVfG (§ 49 VwVfG NW), wiederum ein Verwaltungsakt, zurückgefordert wird. Genau das ist hier durch den Bescheid des Kl. vom 15.12.1999 geschehen. Auch der Zinsanspruch ändert an der Natur der Forderung nichts. Gesetzliche Fälligkeits- oder Verzugszinsen begründen keine Entgeltlichkeit i.S. des § 1 II VerbrKrG (Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 80). Die Zinsen werden ausschließlich gerade für den Zeitraum geschuldet, in dem ein Kapitalnut-

zungsrecht nicht besteht. Folglich handelte es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung.

Der Rückzahlungsanspruch kann durch einen Schuldbeitritt nicht gesichert werden. Zwar ist die Mithaftungsabrede nicht analog §§ 494 I, 492 I BGB formnichtig. Es mangelt bereits an den Voraussetzungen der Analogie. Eine Regelungslücke besteht nicht. Die verbraucherschützenden Regelungen sollen nur privatrechtliche Kreditverträge regeln, nicht allein durch Verwaltungsakt vergebene Kredite der öffentlichen Hand (Ulmer/Habersack, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 6). Letzteres gilt erst recht für durch Verwaltungsakt gewährte verlorene Investitionszuschüsse. Das bedeutet für den Schuldbeitritt, dass auf ihn die Regelungen zum Verbraucherschutz dann keine Anwendung finden, wenn es sich bei der zu sichernden Hauptverbindlichkeit um keinen privatrechtlichen Kreditvertrag handelt. Auf das Erfordernis eines entgeltlichen Kreditvertrags i.S. der §§ 491, 499 BGB kann auch bei einer entsprechenden Anwendung der Regelungen auf Schuldbeitritte Dritter schlechthin nicht verzichtet werden (vgl. BGHZ 133, 71 [74f.] = NJW 1996, 2156; BGHZ 133, 220 [224] = NJW 1996, 2865; BGH, NJW 1997, 3169 = WM 1997, 2000 [2001]). Allerdings scheitert die Inanspruchnahme aus der Abrede an § 275 I BGB. Es liegt ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor, so dass die Abrede nichtig ist. Die „Mithaftungserklärung“ des Bekl. sollte eine „gesamtschuldnerische Mithaftung“ des Bekl. für die „Rückzahlung“ des der GmbH durch Zuwendungsbescheid vom 14.07.1994 gewährten Investitionszuschusses begründen. Gewollt war ein „Schuldbeitritt“ des Bekl. Der Kl. sollte ihn nach Widerruf des Zuwendungsbescheids als „Mitschuldner“ in Anspruch nehmen können. Ein Schuldbeitritt teilt seinem Wesen nach stets die Rechtsnatur der Forderung des Gläubigers, zu der er erklärt wird (BGHZ 72, 56 [58 ff.] = NJW 1978, 2091; Kraushaar, NVwZ 1984, 217 [218]; Zuleeg, JuS 1985, 106 [107]; Arndt, JuS 1989, 808 [810]; Jochum, in: Festschr. f. Kriele, 1997, S. 1193 [1209]). Um die bedingte öffentlich-rechtliche Rückzahlungsforderung des Kl. durch einen Schuldbeitritt des Bekl. zu sichern, hätten die Parteien also einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen müssen. Die gewollte Rechtsfolge, die gesamtschuldnerische Mithaftung des Bekl. für den Rückforderungsanspruch des Kl., konnte daher im Streitfall nicht eintreten, war also rechtlich unmöglich.

Allerdings ist gem. § 140 BGB die Abrede in einen Bürgschaftsvertrag gem. § 765 I BGB umzudeuten.

Eine Bürgschaft ist im Gegensatz zu einem Schuldbeitritt geeignet, öffentlich-rechtliche Forderungen auf privatrechtlicher Ebene abzusichern (BGHZ 90, 187 [190] = NJW 1984, 1622 = NVwZ 1984, 604; OLG Frankfurt a.M., NVwZ 1985, 373; VGH München, NVwZ 1990, 574 = NJW 1990, 1006 [1007]). Sie ist

keine bloße Haftungsmitübernahme, sondern begründet eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verschiedene, eigene Verbindlichkeit des Bürgen, für die Erfüllung durch den Hauptschuldner einzustehen. Der Rechtscharakter der Bürgschaft bestimmt sich nicht nach der Art der Hauptschuld (BGHZ 90, 187 = NJW 1984, 1622 = NVwZ 1984, 604).

Die Voraussetzungen des § 140 BGB liegen vor. Demnach ist die „Mithaftungserklärung“ in eine selbstschuldnerische Bürgschaft umzudeuten, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Mithaftungserklärung eine solche Bürgschaft gewollt hätten. Davon ist im Zweifel auszugehen, wenn durch eine Bürgschaft i.d.S. derselbe wirtschaftliche Erfolg erreicht werden kann, da es den Vertragsparteien weniger auf die Rechtsform ihres Geschäfts als auf den von ihnen beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg ankommt und ihnen im Zweifel jedes rechtliche Mittel willkommen sein wird, das diesen Erfolg, wenn vielleicht auch nicht ganz, so aber doch annähernd gewährleistet (vgl. BGH, NJW 1963, 339 = LM § 140 BGB Nr. 4). Nur wenn die Parteien der von ihnen gewählten Rechtsform eine besondere Bedeutung beigelegt haben, würde das Aufzwingen einer anderen rechtlichen Gestaltung im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen (BGHZ 19, 269 [273] = NJW 1956, 297). Hier steht der Umdeutung insbesondere die Interessenwertung der Parteien nicht entgegen. Hierfür spricht wesentlich, dass der nichtige Schuldbeitritt mit dem Ausschluss der Einrede der Vorausklage (vgl. §§ 771, 773 BGB), des Einwands anderer Befriedigungsmöglichkeiten (vgl. § 773 II BGB) sowie mit den Regelungen über die Unbeachtlichkeit einer Aufgabe anderer Sicherheiten (vgl. § 776 BGB) oder einer Stundung der Hauptforderung (vgl. § 768 BGB) ohnehin wesentliche Elemente einer selbstschuldnerischen Bürgschaft enthält. Zudem war die Schriftform gem. § 766 S. 1 BGB eingehalten.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu § 140 BGB: BGH (XII. ZS), NJW-RR 2007, 1382 = NZM 2007, 514; NJW 2007, 1460

☐ Zur Bürgschaft allgemein: BGH, RA 2007, 215; BGH, RA 2006, 180 = NJW 2006, 431 (Abgrenzung Schuldbeitritt); BGH, RA 2006, 74 = NJW 2006, 229 (Mehrerrlös aus zweiter Sicherheit); BGH, RA 2005, 241 = NJW 2005, 971 (Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft); Braun, Jura 2004, 474; Coester-Waltjen; Jura 2001, 742; Becker/Dietrich, NJW 2000, 2798; Fischer, WM 2000, 14

☐ Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern: BGH, RA 2007, 658; Karst; NJW 2004, 2059; Kupisch, WM 2002, 1626; Hahn, MDR 1999, 839; Michalski; ZBB 1994, 289; Heinsius, Festschrift für Merz; 1992, 177

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"
- Examenskurs: "Endlich ins Internet"
- Assessorkurs: "Mit der Forderung Hand in Hand"

Leitsätze:

- 1. Das Verbraucherkreditgesetz findet auf einen privatrechtlichen Schuldbeitritt zu einem verlorenen Investitionszuschuss der öffentlichen Hand keine entsprechende Anwendung.**
- 2. Ein privatrechtlicher Schuldbeitritt zu einer öffentlich-rechtlichen Rückzahlungsforderung wegen Nichterreichens des Subventionszwecks ist nach § 306 BGB a.F. nichtig.**
- 3. Der unwirksame Schuldbeitritt kann gem. § 140 BGB in eine Bürgschaft i.S. des § 765 BGB umgedeutet werden.**

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer „Mithaftungserklärung“ des früheren Gesellschafters und Geschäftsführers einer insolventen GmbH für die Rückzahlung eines Investitionszuschusses. Der Bekl. war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der GmbH. Durch Zuwendungsbescheid vom 14.07.1994, geändert zuletzt mit Bescheid vom 06.10.1997, gewährte der klagende Freistaat der GmbH einen zweckgebundenen Investitionszuschuss über 393.000 DM zur Erweiterung ihrer Betriebsstätte und zur Schaffung von sechs zusätzlichen Dauerarbeitsplätzen. Der Zuschuss war nach dem Bescheid zurückzuzahlen, wenn der Zuschussempfänger innerhalb von fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen sollte. Der Rückzahlungsanspruch sollte sofort fällig sein und vom Zeitpunkt der Entstehung an mit 6% p.a. verzinst werden. Ferner war bestimmt, dass der Bekl. für die etwaige Rückzahlungsforderung die gesamtschuldnerische Mithaftung zu übernehmen hatte. Der Bekl. unterzeichnete am 20.10.1994 die vom Kl. vorgegebene und mit „Mithaftungserklärung“ überschriebene sowie mehrfach als „Schuldbeitritt“ bezeichnete Besicherungsvereinbarung. Danach konnte der „Mitschuldner“ in Anspruch genommen werden, wenn gegen den Zuschussempfänger ein Widerrufsbescheid ergeht und der darin festgesetzte Rückzahlungsbetrag nicht innerhalb von vier Wochen zurückbezahlt wird. Eine „Vorausklage“ oder die Rechtskraft eines zwischen Kl. und Zuschussempfänger anhängigen Rechtsstreits sollte für die Inanspruchnahme des Mitschuldners nicht erforderlich sein.

Nach Auszahlung des Investitionszuschusses in den Jahren 1994 und 1995 und Verlängerung der Zweckbindungsfrist wurde am 08.11.1999 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Mit Bescheid vom 15.12.1999 widerrief der Kl. da-

raufhin den Zuwendungsbescheid und forderte von der GmbH erfolglos die Rückzahlung des Zuschusses zuzüglich Zinsen. Gestützt auf die Mithaftungserklärung vom 20.10.1994 nimmt der Kl. den Bekl. auf Rückzahlung eines erstrangigen Teilbetrags von 25.000 Euro zuzüglich Zinsen in Anspruch. Der Bekl. hält den Schuldbeitritt wegen Verstoßes gegen Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes für nichtig. Er hat widerklagend die Feststellung begehrt, dass dem Kl. auch hinsichtlich der Restforderung über 175.937,70 Euro keine Ansprüche aus der Mithaftungserklärung zustehen.

Das LG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Bekl. hatte insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht auch die Klage abgewiesen hat. Die vom erkennenden Senat zugelassene Revision hatte Erfolg und führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:**1. Keine Anwendbarkeit mangels eines Kreditvertrags bzw. sonstiger Finanzierungshilfe**

[13] Nach § 1 I VerbrKrG gilt das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) nur für „Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge“. Kreditvertrag ist nach § 1 II VerbrKrG ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

a. Zu sichernde Schuld ist kein privatrechtlicher Vertrag, sondern eine Subvention

[14] Schon an dem danach erforderlichen Vertrag fehlt es hier. Zwischen dem Kl. und der GmbH ist kein privatrechtlicher Vertrag zu Stande gekommen. Der Kl. und die GmbH haben sich nicht etwa durch übereinstimmende privatrechtliche Willenserklärungen auf die Gewährung eines von der GmbH zurückzuzahlenden Kredits über 393.000 DM geeinigt. Der GmbH ist der verlorene Investitionszuschuss, eine Subvention, vom Minister für Wirtschaft und Verkehr des Kl. vielmehr mit „Zuwendungsbescheid“ vom 14.07.1994 gewährt worden. Dabei handelt es sich um einen ausdrücklich auf Bestimmungen der Landeshaushaltsordnung des Kl. gestützten, mit Nebenbestimmungen und einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Verwaltungsakt, nicht aber um eine privatrechtliche Willenserklärung des Kl. (vgl. OVG Weimar, Beschl. v. 05.09.2004 - 2. ZKO 911/02, Umdr. S. 4). Nach der Rechtsmittelbelehrung kann gegen den Zuwendungsbescheid innerhalb eines Monats Klage beim VG erhoben werden.

b. Kein entgeltlicher Kredit

[15] Überdies handelt es sich bei dem der GmbH gewährten verlorenen Investitionszuschuss nicht um ei-

nen „entgeltlichen Kredit“ i.S. des § 1 II VerbrKrG. Ein Kredit setzt die Gewährung eines Kapitalnutzungsrechts auf Zeit an den Kreditnehmer voraus (Senat, NJW 1995, 527 = WM 1995, 103; NJW 1998, 602 = WM 1997, 2353 [2354]). Bei einem in einem einstufigen öffentlich-rechtlichen Verfahren durch Verwaltungsakt gewährten verlorenen Investitionszuschuss wird dem Subventionsempfänger anders als bei einem von oder für Rechnung der öffentlichen Hand in einem zweistufigen Verfahren nach Erlass eines öffentlichrechtlichen Bewilligungsbescheids in privatrechtlicher Form gewährten Förderdarlehen (vgl. dazu etwa Maurer, Allg. VerwaltungsR, 16. Aufl., S. 448ff.) nicht lediglich ein Kapitalnutzungsrecht eingeräumt. Der verlorene Investitionszuschuss soll vielmehr, was die Revisionserwiderung unbeachtet lässt, grundsätzlich im Vermögen des Empfängers endgültig verbleiben. Eine Rückzahlungsverpflichtung des Subventionsempfängers entsteht erst, wenn das Subventionsziel, wie hier wegen Insolvenz des Zuschussempfängers, nicht erreicht und der Zuschuss deshalb durch einen Widerrufsbescheid nach § 49 II ThürVwVfG, wiederum ein Verwaltungsakt, zurückgefordert wird. Das ist hier durch den Bescheid des Kl. vom 15.12.1999 geschehen.

[16] Entgegen der Ansicht des BerGer. hat sich der in öffentlich-rechtlicher Form gewährte verlorene Investitionszuschuss dadurch nicht etwa in einen entgeltlichen Kredit „umgewandelt“. Eine solche Umwandlung ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt möglich. Abgesehen davon verkennt das BerGer., dass das für einen Kredit erforderliche Kapitalnutzungsrecht der GmbH nach Erlass des Widerrufsbescheids gerade nicht zusteht.

c. Zinsen begründen ebenfalls keine Entgeltlichkeit

[17] Anders als das BerGer. meint, stellen die vom Kl. geltend gemachten 6% Zinsen auch kein Entgelt i.S. des § 1 II VerbrKrG für ein der GmbH eingeräumtes Kapitalnutzungsrecht dar. Der Zinsanspruch des Kl. beruht vielmehr auf § 44a III 1 ThürLHO i.V. mit Art. 3 I des Ersten Gesetzes zur Änderung des Thüringer Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 10.10.1997 (GVBl 1997, 349 [352]). Gesetzliche Fälligkeits- oder Verzugszinsen sind indes kein Entgelt i.S. des § 1 II VerbrKrG (Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 80), sondern werden ausschließlich gerade für den Zeitraum geschuldet, in dem ein Kapitalnutzungsrecht nicht besteht.

2. Keine analoge Anwendung der Regelungen zum Verbraucherkreditwesen

[18] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist das VerbrKrG auch nicht im Wege der Analogie zu Gunsten des Bekl. anzuwenden. Zwar mag der Beitretende unter den vorliegenden Umständen im Allgemeinen nicht weniger schutzbedürftig sein als in den

Fällen, in denen ein staatlich gefördertes Darlehen unter Einschaltung eines privaten Kreditinstituts auf vertraglicher Grundlage vergeben wird, zumal er auf die rechtliche Gestaltung des Subventionsverhältnisses normalerweise keinen Einfluss nehmen kann. Es fehlt für eine entsprechende Anwendung des VerbrKrG aber bereits an einer Regelungslücke. Das VerbrKrG will nur privatrechtliche Kreditverträge regeln, nicht allein durch Verwaltungsakt vergebene Kredite der öffentlichen Hand (Ulmer/Habersack, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 6). Letzteres gilt erst recht für durch Verwaltungsakt gewährte verlorene Investitionszuschüsse. Auf das Erfordernis eines entgeltlichen Kreditvertrags i.S. des § 1 II VerbrKrG kann auch bei einer entsprechenden Anwendung des VerbrKrG auf Schuldbeitritte Dritter schlechthin nicht verzichtet werden (vgl. BGHZ 133, 71 [74f.] = NJW 1996, 2156; BGHZ 133, 220 [224] = NJW 1996, 2865; BGH, NJW 1997, 3169 = WM 1997, 2000 [2001]).

3. Mithaftungserklärung verstößt nicht gegen die Regelungen zum Verbraucherschutz

[19] Die Mithaftungserklärung des Bekl. ist danach nicht wegen Verstoßes gegen die Formvorschriften des § 4 I 4 Nrn. 1b, e VerbrKrG nichtig.

4. Umdeutung des Schuldbeitritts in eine Bürgschaft gem. § 140 BGB

[20] Die angefochtene Entscheidung des BerGer. stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Zwar ist der Schuldbeitritt des Bekl. vom 20.10.1994 nichtig, weil die Rechtsordnung eine privatrechtliche Mithaftungsvereinbarung als Sicherungsmittel für eine öffentlich-rechtliche Forderung nicht anerkennt. Der nichtige Schuldbeitritt ist aber nach § 140 BGB in eine Bürgschaft (§ 765 BGB) umzudeuten.

a. Schuldbeitritt ist nichtig gem. § 306 BGB a.F. (§ 275 I BGB n.F.)

[21] Der streitige Schuldbeitritt des Bekl. ist gem. § 306 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung nichtig. Die anfängliche objektive Unmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift kann naturgesetzliche, aber auch juristische Gründe haben. Hierher gehören vor allem die Fälle, in denen die Vertragsparteien einen Rechtserfolg herbeiführen, insbesondere eine Verpflichtung schaffen wollen, die die Rechtsordnung nicht anerkennt (vgl. BAGE 9, 324 [325] = NJW 1960, 2118; Staudinger/Löwisch, BGB, Neubearb. 2001, § 306 Rdnr. 27; Erman/H. P. Westermann, BGB, 11. Aufl., § 275 Rdnr. 6; Ernst, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 275 Rdnr. 41). Da der Vertrag unter diesen Umständen von vornherein sein Ziel verfehlt, ist er nichtig.

[22] So liegen die Dinge auch hier. Die „Mithaftungserklärung“ des Bekl. vom 20.10.1994 sollte erklärtermaßen eine „gesamtschuldnerische Mithaftung“ des

Bekl. für die „Rückzahlung“ des der GmbH durch Zuwendungsbescheid vom 14.07.1994 gewährten Investitionszuschusses begründen. Gewollt war ein „Schuldbeitritt“ des Bekl. Der Kl. sollte ihn nach Widerruf des Zuwendungsbescheids als „Mitschuldner“ in Anspruch nehmen können (gleichwohl für eine bloße Bürgschaft OLG Jena, Urt. v. 07.12.2005 - 2 U 285/05, Umdr. S. 4; LG Meiningen, ZIP 1998, 991 [992]).

[23] Ein Schuldbeitritt teilt seinem Wesen nach stets die Rechtsnatur der Forderung des Gläubigers, zu der er erklärt wird (BGHZ 72, 56 [58 ff.] = NJW 1978, 2091; Kraushaar, NVwZ 1984, 217 [218]; Zuleeg, JuS 1985, 106 [107]; Arndt, JuS 1989, 808 [810]; Jochum, in: Festschr. f. Kriele, 1997, S. 1193 [1209]; a.A. BSGE 25, 268 [271]). Um die bedingte öffentlich-rechtliche Rückzahlungsforderung des Kl. durch einen Schuldbeitritt des Bekl. zu sichern, hätten die Parteien daher einen öffentlich-rechtlichen Vertrag unter Beachtung des Schriftformerfordernisses i.S. des § 57 ThürVwVfG schließen müssen (vgl. OVG Weimar, Beschl. v. 05.09.2004 - 2. ZKO 911/02, Umdr. S. 3ff.). Die gewollte Rechtsfolge, die gesamtschuldnerische Mithaftung des Bekl. für den Rückforderungsanspruch des Kl., konnte daher im Streitfall nicht eintreten.

b. Umdeutung in einen Bürgschaftsvertrag gem. § 140 BGB

[24] Indessen ist der nichtige Schuldbeitritt des Bekl. nach § 140 BGB in einen Bürgschaftsvertrag umzu-
deuten.

aa. Bürgschaft ist taugliches Sicherungsmittel zur Besicherung einer öffentlich-rechtlichen Forderung auf privatrechtlicher Ebene

[25] Eine Bürgschaft ist geeignet, öffentlich-rechtliche Forderungen auf privatrechtlicher Ebene abzusichern (BGHZ 90, 187 [190] = NJW 1984, 1622 = NVwZ 1984, 604; OLG Frankfurt a.M., NVwZ 1985, 373; VGH München, NVwZ 1990, 574 = NJW 1990, 1006 [1007]). Sie ist keine bloße Haftungsmitübernahme, sondern begründet eine von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verschiedene, eigene Verbindlichkeit des Bürgen, für die Erfüllung durch den Hauptschuldner einzustehen. Ihr Rechtscharakter bestimmt sich nicht aus der Art der Hauptschuld. Sie trägt ihren Rechtsgrund vielmehr in dem Sinne in sich, dass sie keiner weiteren Rechtfertigung mehr bedarf. Die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der gesicherten Hauptverbindlichkeit (Akzessorität) soll nur sicherstellen, dass der Gläubiger vom Bürgen das bekommt, was er vom Hauptschuldner nach dem jeweiligen Bestand der Hauptschuld zu bekommen hat. Sie bestimmt aber nicht die Rechtsnatur der Bürgschaft im Sinne einer Abhängigkeit der Rechtsnatur von der Hauptschuld (BGHZ 90, 187 = NJW 1984, 1622 = NVwZ 1984, 604).

[26] Der Einwand, die Verwaltung könne durch den

Abschluss eines privatrechtlichen Bürgschaftsvertrags ihre öffentlich-rechtlichen Bindungen überspielen (so Jochum, in: Festschr. f. Kriele, S. 1993 [1208]), greift nicht. Die sonst übliche Praxis des Kl., im Falle der Subventionsvergabe an juristische Personen deren Gesellschafter durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag in die Mithaftung für etwaige Rückzahlungsforderungen zu nehmen, entspricht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung (s. OVG Weimar, Beschl. v. 05.09.2004 - 2. ZKO 911/02, Umdr. S. 3). Dies gilt erst recht, wenn es sich bei dem Sicherungsgeber um den für die subventionsgerechte Kreditverwendung allein verantwortlichen geschäftsführenden Alleingesellschafter der Hauptschuldnerin handelt. Mit demselben Recht hätte sich der Kl. auch eine Bürgschaft des Bekl. als dem damaligen Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Zuwendungsempfängerin ausbedingen können.

bb. Voraussetzungen der Umdeutung gem. § 140 BGB

[27] Nach § 140 BGB ist die „Mithaftungserklärung“ danach in eine selbst schuldnerische Bürgschaft umzu-
deuten, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Mithaftungserklärung eine solche Bürgschaft gewollt hätten. Davon ist im Zweifel auszugehen, wenn durch eine solche Bürgschaft derselbe wirtschaftliche Erfolg erreicht werden kann, da es den Vertragsparteien weniger auf die Rechtsform ihres Geschäfts als auf den von ihnen beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg ankommt und ihnen im Zweifel jedes rechtliche Mittel willkommen sein wird, das diesen Erfolg, wenn vielleicht auch nicht ganz, so aber doch annähernd gewährleistet (vgl. BGH, NJW 1963, 339 = LM §§ 140 BGB Nr. 4). Nur wenn die Parteien der von ihnen gewählten Rechtsform eine besondere Bedeutung beigelegt haben, würde das Aufzwingen einer anderen rechtlichen Gestaltung im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen (BGHZ 19, 269 [273] = NJW 1956, 297).

[28] Gemessen an diesen Grundsätzen steht einer Umdeutung des nichtigen Schuldbeitritts des Bekl. in einen wirksamen Bürgschaftsvertrag kein Hinderungsgrund entgegen. Zwar stellt das Verwaltungsverfahren mit dem Schuldbeitritt in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ein geeignetes Sicherungsmittel zur Verfügung. Andererseits war es für den Bekl. aber letztlich ohne Bedeutung, welcher Rechtsnatur die von ihm zu bestellende Personalsicherheit ist. Nach der Interessenwertung der Parteien und dem von ihnen verfolgten wirtschaftlichen Zweck unterliegt es daher keinem berechtigten Zweifel, dass der Bekl. sich auf entsprechenden Wunsch des Kl. und bei Kenntnis der Rechtslage für die etwaige Verbindlichkeit der ihm allein gehörenden Gesellschaft verbürgt hätte. Hierfür spricht wesentlich, dass der nichti-

ge Schuldbeitritt mit dem Ausschluss der Einrede der Vorausklage (vgl. §§ 771, 773 BGB), des Einwands anderer Befriedigungsmöglichkeiten (vgl. § 773 II BGB) sowie mit den Regelungen über die Unbeachtlichkeit einer Aufgabe anderer Sicherheiten (vgl. § 776 BGB) oder einer Stundung der Hauptforderung (vgl. §

768 BGB) ohnehin wesentliche Elemente einer selbstschuldnerischen Bürgschaft enthält. Da die nach § 766 BGB erforderliche Schriftform gewahrt ist, steht dem Kl. der geltend gemachte Zahlungsanspruch somit aus § 765 BGB zu.

IMPRESSUM

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

*Strafrecht***Standort: § 24 I 2 StGB****Problem: Ernsthaftes Bemühen**

BGH, URTEIL VOM 11.12.2007
3 STR 489/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte seine Tochter mit Tötungsvorsatz von einem Balkon im vierten Stock geworfen. Danach rief er seiner Frau zu, sie solle einen Krankenwagen rufen und lief nach unten. Ein Krankenwagen kam auch, allerdings war dieser nicht von der Ehefrau herbeigerufen worden, sondern von Dritten. Die Tochter überlebte. Das LG Wuppertal hatte den Angeklagten insb. wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, verurteilt. Einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 I 2 StGB hatte das LG abgelehnt, da sich der Angeklagte nicht ernsthaft um die Verhinderung der Tat bemüht habe. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da ein Rücktritt des Angeklagten doch in Betracht komme.

Prüfungsrelevanz:

Probleme des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch gem. § 24 StGB gehören in beiden Examen häufig zum Prüfungsgegenstand, sodass Kenntnisse hierzu unerlässlich sind. Die Voraussetzungen für ein "ernsthaftes Bemühen" i.S.v. § 24 I 2, II 2 StGB stellen hierbei ein klassisches Problem dar.

Die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch hängen, sofern nicht mehrere an der Tat beteiligt sind, entscheidend davon ab, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt. Beim unbeendeten Versuch, also wenn der Täter glaubt, dass er noch nicht alles seinerseits Erforderliche zur Tatbestandsverwirklichung getan habe (BGH, StV 1982, 70; Fischer, § 24 Rn 14; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 13 f.), reicht es für einen Rücktritt aus, dass er lediglich freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt, § 24 I 1 1. Fall StGB. Beim beendeten Versuch, wenn der Täter also glaubt, er habe bereits alles seinerseits Erforderliche zur Verwirklichung des Tatbestandes getan, setzt ein Rücktritt grundsätzlich voraus, dass der Täter freiwillig die Vollendung der Tat verhindert, § 24 I 1 2. Fall StGB. Wird die Tat ohne Zutun des Täters nicht vollendet, so muss er sich freiwillig und ernsthaft bemühen, die Vollendung zu verhindern, § 24 I 2 StGB.

Ein ernsthaftes Bemühen i.S.v. § 24 I 2 StGB setzt grundsätzlich voraus, dass der Täter sich bemüht, alles

zu tun, was nach seiner Vorstellung zur Erfolgsverhinderung erforderlich ist und die ihm bekannten Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpft (BGH, MDR/H 1992, 16; StV 1992, 63; Fischer, § 24 Rn 36; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 72; Wessels/Beulke, Rn 647). Insbesondere dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind hohe Anforderungen an die Rettungsbemühungen des Täters zu stellen (BGHSt 33, 295, 302; StV 1993, 539; Fischer, § 24 Rn 36; Wessels/Beulke, Rn 647). Zwar muss auch in einem solchen Fall der Täter die entsprechenden Handlungen nicht unbedingt selbst vornehmen, sondern kann sich eines Dritten bedienen (BGH, NStZ 1997, 276; StV 1997, 244; Fischer, § 24 Rn 36). Allerdings geht nur eine Mindermeinung davon aus, dass insofern das bloße Erteilen eines Hilfsauftrages an einen Dritten für ein ernsthaftes Bemühen ausreicht (Grünwald, Welzel-FS, S. 701, 715). Die herrschende Meinung hält es - zumindest grundsätzlich - für erforderlich, dass der Täter, wenn er die Rettung des Opfers einem Dritten überlässt, sich davon überzeugt, dass der Dritte auch tatsächlich die erforderlichen Rettungsmaßnahmen ergreift (BGHSt 33, 295, 302; BGH, NStZ 1999, 128; Joecks, § 24 Rn 33; SK-Rudolphi, § 24 Rn 30; Wessels/Beulke, Rn 647). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass es einer solchen Überwachung nicht stets bedarf, sondern nur dann, wenn der Täter Anlass dazu hat, zu befürchten, dass der mit der Rettung Beauftragte diese nicht durchführen könne oder wolle. Da der Angeklagte im vorliegenden Fall seine Ehefrau mit der Rettung der gemeinsamen Tochter beauftragt habe, habe aber kein Grund für ihn bestanden, an der erforderlichen Benachrichtigung des Rettungsdienstes durch die Ehefrau zu zweifeln, sodass die Tatsache, dass der Angeklagte seine Frau nicht weiter überwacht hatte, um sicherzustellen, dass diese ihn auch gehört hatte und tatsächlich einen Krankenwagen rief, der Annahme eines ernsthaften Bemühens nicht entgegen stehe.

Allerdings betont der BGH in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 22, 295, 301; Fischer, § 24 Rn 36), dass ein ernsthaftes Bemühen dann nicht vorliege, wenn der Täter nicht mit ernsthaftem Rettungswillen sondern nur zum Schein Rettungsmaßnahmen ergreife oder veranlasse. Deshalb müsste im vorliegenden Fall noch festgestellt werden, ob der Angeklagte durch den Zuruf an seine Frau seine Tochter tatsächlich retten wollte, oder ob er z.B. dachte, die Tochter sei bereits tot und deshalb

nicht mehr zu retten und durch die Anweisung an seine Ehefrau nur den Anschein der Rechtstreue zu erwecken beabsichtigte.

Vertiefungshinweise:

Zum freiwilligen und ernsthaften Bemühen i.S.v. § 24 I 2 StGB: *BGHSt* 33, 295; *BGH*, *NStZ* 1997, 276; 1999, 128; *StV* 1982, 467; 1992, 63; 1993, 539; 1997, 244; *Roxin*, *JR* 1986, 424

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wilde Ehe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Beim beendeten Versuch bleibt der Täter gem. § 24 I 2 StGB straffrei, wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, und er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. Dabei reicht nicht ein irgendwie geartetes Bemühen aus; vielmehr ist ein solches erforderlich, das sich in der Vorstellung des Täters als ein bewusstes und gewolltes Abbrechen des in Bewegung gesetzten Kausalverlaufs darstellt. Der Täter muss alles tun, was in seinen Kräften steht und was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist; er muss die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpfen. Der Täter muss dabei nicht unbedingt selbst die notwendigen Hilfsmaßnahmen ergreifen; er kann sich vielmehr der Hilfe Dritter bedienen. Jedenfalls wenn ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind jedoch insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Der Zurücktretende muss sich um die bestmögliche Maßnahme für die Erfolgsabwendung bemühen und sich grundsätzlich zumindest vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige und Erforderliche veranlassen.

2. Der Täter erlangt gem. § 24 I 2 StGB nur dann Straffreiheit, wenn er sich freiwillig und ernsthaft, das heißt nicht nur zum Schein, um die Rettung des Opfers bemüht. Deshalb genügt eine Handlung nicht, die zwar vom Täter veranlasst, aber nicht von seinem Rettungswillen getragen ist, etwa weil der Täter weitere Hilfe ohnehin für vergeblich hält und seine Rettungsbemühungen nur zum Schein entfaltet.

Sachverhalt:

Der Angeklagte packte nach einem Streit mit direktem Tötungsvorsatz seine sechzehn Jahre alte Tochter auf dem Balkon einer im vierten Stock eines Mehrfamilienhauses gelegenen Wohnung am Nacken und an den Beinen, hob sie über die Brüstung und ließ sie fallen. Das Opfer stürzte 8,81 Meter in die Tiefe und fiel auf das Dach einer Garage, wo es benommen und regungs-

los liegen blieb. Der Angeklagte nahm an, dass seine Tochter zumindest lebensbedrohlich verletzt sei und lief nach unten. Als er im Wohnzimmer an seiner Ehefrau vorbeilief, rief er ihr zu, sie solle einen Krankenwagen holen, da die Tochter sich vom Balkon gestürzt habe. Die Rettungsdienste wurden jedoch von anderen Zeugen herbeigerufen, die das Geschehen beobachtet hatten. Das Opfer hatte zahlreiche Verletzungen; diese waren aber nicht lebensgefährlich.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner hiergegen gerichteten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Er beanstandet, die Verurteilung wegen versuchten Totschlags sei zu Unrecht erfolgt, weil er von diesem Versuch strafbefreiend zurückgetreten sei. [...]

II. Zum Vorliegen eines Rücktritts gem. § 24 I 2 StGB

[3] Das Urteil hält rechtlicher Prüfung nicht stand, soweit das Landgericht einen strafbefreienden Rücktritt (§ 24 Abs. 1 StGB) des Angeklagten vom Versuch des Totschlags verneint hat.

1. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

[4] Das Landgericht hat hierzu ausgeführt: Der Versuch des Totschlags sei nach dem Hinunterstürzen der Tochter beendet gewesen. Der Angeklagte habe nicht die gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB erforderlichen eigenen freiwilligen und ernsthaften Bemühungen zur Unterbrechung des in Gang gesetzten Kausalverlaufs unternommen. Da er selbst über keine ärztlichen Kenntnisse verfüge, sei als ernsthafte Rettungshandlung nur die Benachrichtigung eines Krankenwagens in Betracht gekommen. Diese habe er nicht selbst veranlasst, sondern lediglich in Richtung seiner Ehefrau gerufen, sie solle einen solchen holen. Danach sei er ohne Weiteres hinuntergelaufen, ohne sich zu vergewissern, ob seine Ehefrau ihn verstanden habe und emotional zu einem solchen Anruf in der Lage gewesen sei. Damit habe er die Rettung seiner Tochter dem Zufall überlassen.

2. Zur fehlerhaften Verneinung von § 24 I 2 StGB durch das Landgericht

[5] Mit diesen Erwägungen hat das Landgericht im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass der Angeklagte hier Straffreiheit wegen des Versuchs nur gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB erlangen konnte. Es liegt ein beendeter Versuch vor, da der Angeklagte, nachdem er seine Tochter von dem Balkon gestürzt hatte, die tatsächlichen Umstände, die den Erfolgsein-

tritt nahe legen, erkannte und den Tod seiner Tochter für möglich hielt (vgl. Fischer, StGB 55. Aufl. § 24 Rdn. 15). Der Erfolg trat ohne Zutun des Angeklagten nicht ein, weil das Tatopfer bei dem Sturz keine ausreichend schweren Verletzungen erlitten hatte. Die Strafkammer hat indes die objektiven Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB rechtsfehlerhaft verneint.

a. Zu den Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 24 I 2 StGB

[6] Danach bleibt der Täter straffrei, wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, und er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. Dabei reicht nicht ein irgendwie geartetes Bemühen aus; vielmehr ist ein solches erforderlich, das sich in der Vorstellung des Täters als ein bewusstes und gewolltes Abbrechen des in Bewegung gesetzten Kausalverlaufs darstellt. Der Täter muss alles tun, was in seinen Kräften steht und was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist; er muss die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpfen (vgl. BGHSt 33, 295, 302; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 2 Bemühen 1; BGH NStZ 1997, 276). Der Täter muss dabei nicht unbedingt selbst die notwendigen Hilfsmaßnahmen ergreifen; er kann sich vielmehr der Hilfe Dritter bedienen (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 2 Bemühen 3; BGH StV 1997, 244). Jedenfalls wenn - wie hier - ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind jedoch insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Der Zurücktretende muss sich um die bestmögliche Maßnahme für die Erfolgsabwendung bemühen und sich grundsätzlich zumindest vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige und Erforderliche veranlassen (vgl. BGHSt 33, 295, 302; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 2 Bemühen 5).

b. Zum Vorliegen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[7] Gemessen an diesen Anforderungen reichen entgegen der Auffassung des Landgerichts die Handlungen des Angeklagten unter den konkreten Umständen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB aus. Das Herbeirufen eines Krankenwagens war die am ehesten zur Rettung der Tochter geeignete Maßnahme. Insofern schadet es nicht, dass der Angeklagte diese Handlung nicht selbst vornahm, sondern seine Ehefrau dazu aufforderte. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Angeklagte befürchten musste, seine Ehefrau werde dieser Aufforderungen nicht nachkommen bzw. sei hierzu nicht in der Lage; denn Tatsachen, die etwa dafür sprechen könnten, dass

die Ehefrau des Angeklagten - für diesen erkennbar - seinen Zuruf nicht wahrnahm oder ihm nicht Folge leisten konnte oder wollte, sind nicht festgestellt. Deshalb war der Angeklagte nicht gehalten, bei seiner Ehefrau zu verweilen, um sich zu vergewissern, ob sie seiner Aufforderung nachkam. Hiervon durfte er vielmehr nach den Umständen ausgehen. Der Umstand, dass der Angeklagte für den Sturz seiner Tochter von dem Balkon gegenüber seiner Ehefrau eine unzutreffende Erklärung abgab, ist in diesem Zusammenhang ohne rechtlichen Belang.

III. Aufhebungen des Schuld- und Strafausspruches und teilweise Aufhebung der Feststellungen

[8] Schuld- und Strafausspruch waren danach aufzuheben. Die Feststellungen zur Tat sind von dem aufgezeigten Rechtsfehler nicht betroffen; sie können deshalb bestehen bleiben. Der Senat hebt jedoch die Feststellungen bezüglich der Vorstellungen des Angeklagten über die Folgen des Sturzes und die Rettungschancen für das Opfer auf, da diese eng mit der Frage verbunden sind, ob der Angeklagte mit dem Willen zur Rettung seiner Tochter handelte. Der neue Tatrichter erhält so die Gelegenheit, zu den Vorstellungen und dem Willen des Angeklagten nach dem eigentlichen Tatgeschehen insgesamt neue Feststellungen zu treffen, die freilich zu den übrigen nicht in Widerspruch stehen dürfen.

IV. Hinweise bzgl. des Vorliegens freiwilliger und ernsthafter Bemühungen

[9] Der neue Tatrichter wird auch in den Blick zu nehmen haben, dass der Täter gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB nur dann Straffreiheit erlangt, wenn er sich freiwillig und ernsthaft, das heißt nicht nur zum Schein, um die Rettung des Opfers bemüht (vgl. Fischer, aaO § 24 Rdn. 36). Deshalb genügt eine Handlung nicht, die zwar vom Täter veranlasst, aber nicht von seinem Rettungswillen getragen ist (vgl. BGHSt 31, 46, 49 f.; BGH NJW 1990, 3219; NStZ 1999, 300, 301). Demnach kommt ein Rücktritt vom versuchten Totschlag hier nur in Betracht, wenn der Angeklagte bewusst und gewollt eine auf die Erfolgsverhinderung gerichtete Tätigkeit entfaltet und so mit dem Willen zur Rettung seiner Tochter die in Gang gesetzte Ursachenkette abgebrochen hat. Dies versteht sich in Anbetracht der Tatumstände nicht von selbst, da der Angeklagte nach dem Sturz seiner Tochter aus immerhin fast neun Metern Höhe möglicherweise weitere Hilfe ohnehin für vergeblich hielt und seine Rettungsbemühungen nur zum Schein entfaltete. In diesem Fall läge kein wirksamer Rücktritt von dem versuchten Tötungsdelikt vor.

Standort: § 222 StGB**Problem: Fortwirkende Kausalität**

BGH, URTEIL VOM 10.01.2008

3 STR 463/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das spätere Tatopfer, ein 18jähriger Gymnasiast, hatte betrunken randaliert und wurde deshalb von den Angeklagten, zwei Polizisten, in Gewahrsam genommen worden. Sie bemerkten, dass das Opfer erheblich alkoholisiert war. Dennoch entschlossen sich sie, es nicht zu ihrer Dienststelle zu bringen, sondern nur zum Rande ihres Zuständigkeitsbereiches zu fahren und es dort, mehrere Kilometer von seinem Wohnort entfernt, auf einer Landstraße zurückzulassen, obwohl sie wussten, dass das Opfer nicht nur betrunken, sondern auch nur dünn bekleidet und die Temperaturen empfindlich kühl waren. Das Opfer setzte sich mitten auf die Landstraße und wurde dort vom Fahrzeug einer Autofahrerin, die zu schnell fuhr und deshalb nicht mehr rechtzeitig reagieren konnte, erfasst und getötet.

Das LG Lübeck hatte die Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, verurteilt. Dieser Strafbarkeit stehe auch nicht entgegen, dass das Opfer nicht unmittelbar durch das Verhalten der Angeklagten zu Tode gekommen sei, sondern durch dasjenige der Autofahrerin. Eine Strafbarkeit wegen Aussetzung mit Todesfolge, § 221 I, III StGB, hatte es insb. deshalb abgelehnt, da das Opfer nicht hilflos gewesen, denn es habe ein funktionsfähiges Handy bei sich geführt, mit dem es ggf. Hilfe rufen könne. Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung, sah jedoch eine Hilflosigkeit des Opfers als gegeben an und verwies deshalb zur Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Aussetzung mit Todesfolge zurück.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl der Tatbestand der Aussetzung als auch derjenige der fahrlässigen Tötung sind häufiger Gegenstand von Examensaufgaben. Die vom BGH vorgenommene Prüfung der hilflosen Lage i.S.v. § 221 StGB sowie der Kausalität und Vorhersehbarkeit des Erfolgs i.R.v. § 222 StGB stellen hierbei Standardfragen dar, die sich in beiden Examen ganz hervorragend in Klausursachverhalte einbauen lassen. Im zweiten Examen würde es sich auch anbieten, etwa im Rahmen eines Aktenvortrages die Autofahrerin als Beschuldigte zu wählen und den Examenskandidaten selbst darauf kommen zu lassen, dass ein Ermittlungsverfahren auch gegen die Polizisten eingeleitet werden muss, da auch diese sich strafbar gemacht haben könnten.

Der Tatbestand der Aussetzung, § 221 I StGB, setzt voraus, dass der Täter das Opfer in eine hilflose Lage versetzt oder in einer solchen Lage im Stich lässt. Eine hilflose Lage in diesem Sinne ist eine Situation, in der

sich das Opfer nicht selbst vor der (abstrakten) Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung zu schützen vermag (Joecks, § 221 Rn 5; MüKo-Hardtung, § 221 Rn 7; Schönke/Schröder-Eser, § 221 Rn 2). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass eine hilflose Lage nicht nur dann entfällt, wenn sich das Opfer unmittelbar selbst aus der Gefahrenlage zu befreien vermag, sondern auch dann, wenn hilfsbereite Dritte anwesend sind oder das Opfer diese herbeirufen kann (vgl. MüKo-Hardtung, § 221 Rn 7). Vor diesem Hintergrund hatte das LG eine hilflose Lage abgelehnt mit der Begründung, das Opfer hätte über sein Handy Hilfe herbeirufen können. Der BGH sieht dies jedoch anders, da das Opfer erheblich alkoholisiert war (sodass gar nicht klar war, ob es sein Handy überhaupt noch bedienen konnte) und außerdem seinen Aufenthaltsort nicht kannte (sodass es einen hilfsbereiten Dritten auch nicht zu sich hätte dirigieren können).

Zur Strafbarkeit der Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, stellte sich vor allem die Frage, ob deren Handlung - das Zurücklassen des Opfers auf der Landstraße - überhaupt kausal war für den Eintritt des Erfolges, denn das Opfer war ja unmittelbar daran gestorben, dass es von einer zu schnell fahrenden Autofahrerin überfahren worden war.

Die Rechtsprechung und herrschende Literatur prüfen die Kausalität anhand der sog. *conditio-sine-qua-non*-Formel und gehen deshalb davon aus, dass eine Handlung dann kausal für einen Erfolg ist, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere (sog. Äquivalenztheorie; BGHSt 39, 195, 197; 45, 270, 294 f.; 49, 1, 3; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn 73; Wessels/Beulke, Rn 156). Handelt zunächst ein Ersttäter und später ein Zweittäter, so bleibt die Handlung des Ersttäters nach dieser Definition dann kausal, wenn der Zweittäter an diese anknüpft, da in diesem Fall auch die Handlung des Ersttäters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiere (sog. fortwirkende Kausalität; BGH, NJW 2001, 1077; Fischer, Vor § 13 Rn 38; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn 77; Wessels/Beulke, Rn 164 ff.). Setzt der Zweittäter hingegen eine neue Kausalkette in Gang, die von der Handlung des Ersttätlers unabhängig ist, so ist nur der Zweittäter kausal für den Erfolg (sog. überholende oder abgebrochene Kausalität; BGHSt 4, 362; OLG Celle, NJW 2001, 2816; Fischer, Vor § 13 Rn 38; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn 78). Im vorliegenden Fall war das Opfer zwar an den Folgen eines Verkehrsunfalles gestorben. Zu diesem war es jedoch nur gekommen, weil die Angeklagten das betrunkene Opfer auf einer nächtlichen Landstraße allein zurückge-

lassen hatten und dieses sich auf die Fahrbahn gesetzt hatte. Hätten sie dies nicht getan, wäre das Opfer nicht angefahren worden. Die Autofahrerin hatte also - wenn auch unbewusst - an die Handlung der Angeklagten angeknüpft. Eine Mindermeinung in der Literatur, die sog. Lehre vom Regressverbot, lehnt die Kausalität einer Handlung für einen Erfolg dann ab, wenn diese lediglich eine Vorbedingung einer Bedingung ist, die vorsätzlich und schuldhaft auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtet ist (Frank, StGB, § 1 Anm. III 2a). Auch nach dieser Auffassung wäre jedoch die Handlung der Angeklagten kausal für den Erfolg, da die Autofahrerin den Tod des Opfers nicht vorsätzlich sondern nur fahrlässig herbeigeführt hatte.

Vertiefungshinweise:

Zur hilflosen Lage i.S.v. § 221 I StGB: *Ebel*, NStZ 2002, 404; *Schroth*, NJW 1998, 2863; *Sternberg-Lieben/Fisch*, JURA 1999, 46

Zur fortwirkenden und überholenden Kausalität: *BGHSt* 4, 22; 39, 324; *BGH*, NStZ 2001, 29; *NJW* 2001, 1077; *OLG Celle*, NJW 2001, 2816; *Puppe*, JURA 1998, 26; *Trüg*, JA 2001, 365

Kursprogramm:

Examenskurs: "Gnadenschuss"

Examenskurs: "Der eiskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. In einer hilflosen Lage i.S.v. § 221 I StGB ist, wer der abstrakten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt ist.

2. Hilflosigkeit i.S.v. § 221 I StGB ist das Fehlen hypothetisch rettungsgerechter sächlicher Faktoren oder hilfsfähiger (und generell auch hilfsbereiter) Personen.

3. Eine Ursache verliert ihre Bedeutung nicht, wenn außer ihr noch andere Ursachen zur Herbeiführung des Erfolges beitragen. Ein Ursachenzusammenhang ist nur dann zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat.

4. Zwar kann eine gänzlich vernunftwidrige Handlungsweise eines Getöteten die für eine Strafbarkeit gem. § 22 StGB erforderliche Vorhersehbarkeit des Erfolgs entfallen lassen. Allerdings entfällt die Vorhersehbarkeit in solchen Fällen nur dann, sofern der Getötete entscheidungsfähig, insbesondere nicht etwa betrunken ist.

Sachverhalt:

Am 1. Dezember 2002 gegen 2.45 Uhr verließ der spä-

ter zu Tode gekommene 18-jährige Gymnasiast S eine Diskothek, in der er zusammen mit Freunden im Verlaufe der Nacht soviel Alkohol getrunken hatte, dass eine ihm nach seinem Tod entnommene Blutprobe 1,99 Promille, eine Urinprobe 2,84 Promille Alkohol enthielt. Am Oberkörper war er nur mit einem T-Shirt und einem dünnen Baumwollpullover bekleidet. Die Außentemperatur lag bei ca. 4 Grad Celsius.

Nachdem der Heranwachsende wenige Hundert Meter von der Diskothek entfernt bewusstlos und halb auf der Straße liegend von Polizeibeamten gefunden worden und nach einer Untersuchung durch herbeigerufene Rettungssanitäter wieder allein zurückgeblieben war, klingelte er am nahe gelegenen Haus der ihm unbekanntem Eheleute B und erklärte, er wolle in das Haus, er wohne dort, seine Eltern hätten es vor eineinhalb Stunden gekauft. Durch den mehrfach geäußerten Hinweis des Zeugen B, dass dies nicht der Fall sei, ließ er sich von der Vorstellung nicht abbringen, in diesem Haus zu wohnen. Weil der junge Mann weiterhin versuchte, in das Haus zu kommen, verständigte die Zeugin B die Polizei. Der Beamte der Einsatzleitstelle Z schickte daraufhin die Angeklagten zum Haus der Eheleute B mit der Information, dass dort ein Jugendlicher an Türen und Fenstern randaliere. Auch teilte er ihnen zumindest mit, dass es im näheren Umfeld kurz vorher bereits einen Vorfall gegeben hatte.

Als die Angeklagten mit ihrem Streifenwagen bei den Eheleuten B ankamen, stand S vor dem Haus und telefonierte mit seinem Handy. Er hatte nun seinerseits bei der Einsatzleitstelle der Polizei angerufen und erklärt, dass er in sein Haus und dort schlafen wolle. Nachdem die Angeklagten von den Eheleuten B über das Vorgefallene informiert worden waren und mit dem - sich dabei weiterhin desorientiert verhaltenden - Heranwachsenden gesprochen hatten, war ihnen klar, dass dieser alkoholisiert, örtlich und situativ nicht orientiert und - aus welchen Gründen auch immer - nicht im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte war. Sie hatten auch gesehen, dass er keine Jacke trug, was bei den herrschenden Witterungsbedingungen bei einem längeren Aufenthalt im Freien notwendig gewesen wäre.

Der Angeklagte M forderte S schließlich auf, das Grundstück der Eheleute B zu verlassen und sprach einen Platzverweis aus. Der Betroffene ging auch zunächst in Richtung der Diskothek, kehrte dann aber wieder zum Haus zurück. Auch die zunächst weggefahrenen Angeklagten waren umgekehrt. Nachdem der Heranwachsende über eine Absperrkette gestürzt war, führte ihn der Angeklagte M mit den Worten: "Jetzt ist Schluss, Freundchen, du kommst jetzt mit und kannst dich ausnüchtern" zum Streifenwagen. In diesem Moment waren die Angeklagten entschlossen, S in den Polizeigewahrsam nach R. zu bringen.

Nachdem der Heranwachsende in das Dienstfahrzeug eingestiegen war und die Angeklagten seine Personalien sowie seine aktuelle Wohnanschrift in L. festge-

stellt hatten, kamen die Angeklagten nunmehr zu der Ansicht, dass der Gymnasiast doch kein Fall für den Gewahrsam in ihrer Dienststelle sei. Sie wollten ihn aber vom Grundstück der Eheleute B wegbringen. Sie entschlossen sich daher, den Heranwachsenden in den benachbarten polizeilichen Zuständigkeitsbereich zu schaffen, um den ausgesprochenen Platzverweis durchzusetzen und einen Störer los zu sein.

Die Angeklagten fuhren in Richtung L., ließen S nach einer Fahrtstrecke von ca. zehn Kilometern hinter einem Ortsausgang etwa acht Kilometer vor L. aus dem Streifenwagen aussteigen und fuhren davon. S ging zurück in die Richtung, aus der er mit den Angeklagten gekommen war. Er legte der Straße folgend eine Strecke von rund zwei Kilometern zurück und zog dabei die Schuhe sowie seine Strümpfe aus. Etwa eine Stunde später wurde er auf der Fahrbahn sitzend von einer für die herrschenden Sichtverhältnisse zu schnell fahrenden Pkw-Lenkerin angefahren und nach links auf den Grünstreifen geschleudert. Er verstarb unmittelbar darauf an den durch den Zusammenprall mit dem Pkw entstandenen schweren Verletzungen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen fahrlässiger Tötung zur Freiheitsstrafe von neun Monaten mit Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung verurteilt. Hiergegen wenden sich die Revisionen der Angeklagten und - zu deren Gunsten - auch die Revision der Staatsanwaltschaft mit sachlichrechtlichen Beanstandungen. Diese Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg. Die Eltern des Getöteten erstreben als Nebenkläger mit ihren Revisionen die Verurteilung der Angeklagten wegen Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1 und 3 StGB). Dieses Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils mit den Feststellungen und Zurückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung. [...]

II. Revision der Nebenkläger

1. Strafbarkeit gem. § 221 I, III StGB

[10] Die rechtliche Würdigung der getroffenen Feststellungen begegnet - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - durchgreifenden rechtlichen Bedenken, soweit das Landgericht eine Aussetzung mit Todesfolge nach § 221 Abs. 1 und 3 StGB verneint hat.

a. Ausführungen des Landgerichts

[11] Dies hat das Landgericht damit begründet, dass bereits Zweifel bestünden, ob die Angeklagten S objektiv in eine hilflose Lage versetzt bzw. ihn in einer solchen im Stich gelassen haben. Auch wenn der Heranwachsende geistig beeinträchtigt gewesen sei, habe

er sein Handy bei sich gehabt und sei jedenfalls teilweise in der Lage gewesen, damit ordnungsgemäß umzugehen. Er sei auch in der Lage gewesen, sich zu artikulieren und sich fortzubewegen.

[12] Jedenfalls habe die Kammer nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen können, dass die Angeklagten in Bezug auf eine hilflose Lage zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt hätten. Sie hätten das Ausmaß seiner Alkoholisierung nicht erkannt und die sonstigen Anzeichen für die Beeinträchtigung seines geistigen Zustandes nicht ausreichend gewürdigt.

b. Zur hilflosen Lage i.S.v. § 221 I StGB

[13] Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach den Urteilsfeststellungen befand sich S jedenfalls nach dem Verlassen des Streifenwagens in einer hilflosen Lage im Sinne von § 221 Abs. 1 StGB. In einer solchen ist, wer der abstrakten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt ist (vgl. Hardtung in MünchKomm, § 221 Rdn. 7). Hilflosigkeit im Sinne des Tatbestandes definiert sich danach als das Fehlen hypothetisch rettungsgerechter sächlicher Faktoren oder hilfsfähiger (und generell auch hilfsbereiter) Personen (vgl. Horn/Wolters in SK-StGB 54. Lfg. § 221 Rdn. 3). Eine derartige Lage war hier mit Blick auf die Feststellungen zu den äußeren Umständen und dem Verhalten des Heranwachsenden nach dem Verlassen des Streifenwagens ganz offensichtlich gegeben. Der Umstand, dass der junge Mann ein funktionstüchtiges Handy bei sich trug, das er nach dem Aussteigen zumindest zeitweise auch bedienen konnte, ändert hier an der Annahme einer objektiv hilflosen Lage im Sinne des § 221 StGB schon deshalb nichts, weil es ihm nicht gelungen ist, jemanden anzurufen und er zudem gar nicht wusste, wo er sich befand.

c. Zum Vorsatz der Angeklagten

[14] Die fehlerhafte rechtliche Beurteilung des objektiven Tatbestandes hat zur Folge, dass auch der durch das Landgericht vorgenommenen Würdigung der subjektiven Tatseite die Grundlage entzogen ist. Im Übrigen steht die Begründung, mit der das Landgericht ein (zumindest bedingt) vorsätzliches Handeln der Angeklagten abgelehnt hat, nicht im Einklang mit den getroffenen Feststellungen. Danach haben die Angeklagten die Alkoholisierung des Heranwachsenden ebenso erkannt, wie den Umstand, dass er - aus welchen Gründen auch immer - nicht im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte war. Dass die Angeklagten die vorhandene starke Alkoholisierung nicht zutreffend, sondern geringer eingeschätzt haben, ist daher ohne Belang.

[15] Aus welchen Gründen sich die Angeklagten dann aber der konkreten Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Heranwachsenden nicht bewusst gewesen sein sollten, ist nicht ersichtlich. Dass die Ange-

klagten die Durchführung des Verbringungs-gewahrsams und dessen Ausgang entgegen der bestehenden Dienstanzweisung der Einsatzleitstelle nicht bzw. nicht vollständig gemeldet haben, könnte vielmehr für das Bewusstsein der Angeklagten sprechen, dass ihr Verhalten zu einer bedrohlichen Verschlechterung der Lage des Hilfsbedürftigen führen werde oder zumindest führen könnte (vgl. BGH NStZ 1985, 501).

2. Aufhebung und Zurückverweisung

[16] Die aufgezeigten Rechtsfehler führen auf die Revision der Nebenkläger zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Die Sache bedarf neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat hat von § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. StPO Gebrauch gemacht.

III. Revisionen der Angeklagten und der StA

[18] Die Revisionen der Angeklagten und das - zu deren Gunsten eingelegte - Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, das der Generalbundesanwalt entgegen seiner Antragschrift in der Revisionshauptverhandlung nicht mehr vertreten hat, sind offensichtlich unbegründet.

1. Zum Vorliegen einer Strafbarkeit gem. § 222 StGB

[19] Zum Schuldspruch zeigen die Revisionen keinen Rechtsfehler auf.

[20] Die Angeklagten haben den Tod des Heranwachsenden im Sinne des § 222 StGB durch Fahrlässigkeit verursacht, indem sie diesen unter den gegebenen Umständen, insbesondere trotz seines von ihnen erkannten geistigen Zustandes und der widrigen äußeren Verhältnisse aus ihrem Zuständigkeitsbereich verbracht und nach einer Fahrtstrecke von zehn Kilometern aus dem Streifenwagen haben aussteigen lassen.

a. Zur Kausalität

[21] Die Angeklagten haben den Tod von S verursacht. Das verkehrsordnungswidrige Verhalten der Unfallverursacherin hat den notwendigen Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Angeklagten und dem Tode von S nicht unterbrochen. Es ist anerkannt, dass eine Ursache im Rechtssinne ihre Bedeutung nicht verliert, wenn außer ihr noch andere Ursachen zur Herbeiführung des Erfolges beitragen. Ein Ursachenzusammenhang ist nur dann zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 39, 322, 324 m. w. N.; BGH NStZ 1994, 83). Dies war hier ersichtlich nicht der Fall. Vielmehr schloss sich die von der Unfallfahrerin gesetzte Ursachenreihe unmittelbar an das pflichtwidrige Verhalten der Angeklagten an und baute auf diesem auf. Die ursprüngliche Bedingung war nicht beseitigt, sondern wirkte fort.

b. Zur Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers

[22] Die Angeklagten haben im Hinblick auf den Tod von S auch fahrlässig gehandelt. Gerade die Durchführung eines so genannten Verbringungs-gewahrsams und die Entlassung des Heranwachsenden unter den gegebenen Umständen hat objektiv und subjektiv vorhersehbar zu dessen Tod geführt. Die Einzelheiten des durch das Verhalten in Gang gesetzten Verlaufs brauchen nicht vorhersehbar sein. Tritt der Erfolg durch das Zusammenwirken mehrerer Umstände ein, müssen dem Täter alle erkennbar sein, weil nur dann der Erfolg für ihn voraussehbar ist (vgl. BGH NStZ 2001, 143, 145; NStZ 2004, 151; Jähnke in LK 11. Aufl. § 222 Rdn. 3 m. w. N.). Dass sich der betrunkene und desorientierte Heranwachsende bei der herrschenden Dunkelheit an einer Straße orientiert und sich auf die Fahrbahn begibt, dort von einem Auto erfasst wird und an den Folgen eines solchen Verkehrsunfalls verstirbt, lag unter den gegebenen Umständen nach dem Maßstab des gewöhnlichen Erfahrungsbereiches (vgl. BGHSt 12, 75, 78) nahe. Dies war daher objektiv sowie für die Angeklagten als erfahrene Polizeibeamte, die mit den Verhaltensweisen von Betrunknen und den Gefahren des nächtlichen Straßenverkehrs vertraut waren, auch subjektiv vorhersehbar.

[23] Daran ändert sich nichts dadurch, dass das Sitzen des Heranwachsenden auf der Fahrbahn, insbesondere bei der herrschenden Dunkelheit, unvernünftig war. Zwar kann eine gänzlich vernunftswidrige Handlungsweise eines Getöteten die Vorhersehbarkeit des Erfolgs entfallen lassen (vgl. BGHSt 3, 218; 4, 182, 187; 12, 75, 78). Allerdings entfällt die Vorhersehbarkeit in solchen Fällen nur dann, sofern der Getötete entscheidungsfähig, insbesondere nicht etwa betrunken war (vgl. Jähnke in LK 11. Aufl. § 222 Rdn. 9). S war indes nicht nur betrunken, sondern in engem zeitlichen Zusammenhang mit seinem Aussteigen aus dem Streifenwagen örtlich sowie situativ desorientiert und damit in seinen geistigen Leistungen deutlich vermindert gewesen. Danach war er offensichtlich nicht entscheidungsfähig. Da die Angeklagten dies erkannt hatten, kann ihre strafrechtliche Haftung nicht wegen des objektiv unvernünftigen Verhaltens des Heranwachsenden entfallen. Auch der Umstand, dass ein anderer Verkehrsteilnehmer sich - wie hier - nicht pflichtgemäß verhält, sondern unter Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung zu schnell fährt, war als alltägliches Geschehen naheliegend und daher vorhersehbar.

2. Zum Strafausspruch

[24] Auch die Überprüfung des Strafausspruchs hat im Ergebnis keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

Standort: §§ 263, 263a StGB**Problem: Wahlfeststellung**

BGH, URTEIL VOM 12.02.2008
4 STR 623/07 (NSTZ 2008, 281)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich unter Angabe fremder Personalien ein Kreditkarte erschlichen und mit dieser Waren und Dienstleistungen bezahlt. Außerdem hatte er Überweisungsbelege selbst gefälscht oder durch Dritte fälschen lassen und so Überweisungen von fremden Konten auf sein eigenes Konto bewirkt, wobei allerdings manchmal die Überweisung nicht vorgenommen worden war. Schließlich beantragte er unter Angabe fremder Namen und Kreditkartendaten per E-Mail Telefonguthaben, die ihm auch bewilligt wurden und die er dann selbst verbrauchte oder an Dritte weitergab.

Das Landgericht Rostock hatte in jedem Gebrauch der Kreditkarte einen Betrug, § 263 I StGB, gesehen. Der BGH hob das Urteil insofern auf und betonte, nur das Erschleichen der Kreditkarte stelle einen Betrug dar; das jeweilige Verwenden werde nur über den Tatbestand des Missbrauchs von Scheck- und Kreditkarten, § 266b I StGB, erfasst. Auch das Einreichen der Überweisungsträger und das Erschleichen der Telefonguthaben hatte das LG als Betrugstaten bestraft. Der BGH hob dies auf, da nicht festgestellt werden könne, ob tatsächlich bei einem Bankangestellten ein Irrtum erregt worden sei - was für einen Betrug aber erforderlich wäre - oder ob die entsprechenden Verfahren rein datenverarbeitungstechnisch erfolgten - was zu einer Strafbarkeit wegen Computerbetrug, § 263a I StGB, führen würde. Deshalb müsse hier eine Wahlfeststellung zwischen § 263 I StGB und § 263a I StGB erfolgen. Lediglich in den Fällen, in denen die Überweisung nicht vorgenommen wurde, lasse sich entnehmen, dass ein Mensch mit der Prüfung des Vorgangs befasst gewesen sei, sodass - wie vom LG angenommen - ein versuchter Betrug, §§ 263 I, 22, 23 I StGB, vorliege.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl Betrug, § 263 StGB, und Computerbetrug, § 263a StGB, als auch Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b StGB, stellen Delikte dar, die - insb. wegen ihrer hohen praktischen Relevanz - zum Standardstoff in beiden Examen gehören. Insofern wird auch die Kenntnis von Detailproblemen als selbstverständlich vorausgesetzt. Die Konstellation der Wahlfeststellung ist vor allem im zweiten Examen von Bedeutung, allerdings sind auch in Erstexamensklausuren Konstellationen denkbar, in denen bewusst Angaben aus dem Sachverhalt weggelassen werden, damit der Prüfling keine eindeutige Strafbarkeit feststel-

len kann und deshalb über die Möglichkeit einer Wahlfeststellung nachdenken muss.

Tauglicher Täter einer Tat gem. § 266b I StGB kann nur derjenige sein, dem der Kartenherausgeber die Karte überlassen hat, also der berechtigte Karteninhaber (BGH, NSTZ 1992, 278; Fischer, § 266b Rn 12). Berechtigter Karteninhaber in diesem Sinne ist allerdings auch derjenige, dem die Karte aufgrund einer Täuschung über seine Solvenz oder Identität überlassen wurde (Fischer, § 266b Rn 12; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266b Rn 7; Ranft, JuS 1988, 673, 677). Dies hatte das LG Rostock wohl übersehen und deshalb eine Strafbarkeit gem. § 266b I StGB durch den Gebrauch der vom Angeklagten unter fremdem Namen erschlichenen Kreditkarte gar nicht geprüft.

Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass das Verwenden der Kreditkarte durch den Angeklagten nicht gem. § 263 I StGB strafbar ist. Ein Betrug zum Nachteil des jeweiligen Verkäufers oder Dienstleisters dürfte - sofern man in dem Verhalten des Angeklagten überhaupt eine Täuschung sehen kann - wohl daran scheitern, dass dieser gegen das Kreditkartenunternehmen aufgrund der Verwendung einer echten Kreditkarte einen Anspruch auf Ausgleich der Forderung hat, sodass er keinen Vermögensschaden erleidet. Ein (Dreiecks-) Betrug gegenüber dem Verkäufer und zum Nachteil des Kreditkartenunternehmens scheidet jedenfalls daran, dass der Händler nicht über das Vermögen des Kartenherausgebers verfügt (vgl. Altenhain, JZ 1997, 757) und außerdem auch kein entsprechendes Näheverhältnis gegeben wäre.

Bzgl. der Einreichung der gefälschten Überweisungsträger und dem Verschicken der E-Mails mit falschen Angaben zur Person hatte das LG jeweils eine Strafbarkeit wegen Betrugs angenommen. Der BGH weist jedoch darauf hin, dass ein Betrug stets einen Irrtum, also eine Fehlvorstellung eines Menschen, voraussetzt. An einem solchen würde es jedoch fehlen, wenn die entsprechenden Überweisungsträger oder E-Mails nicht von einer natürlichen Person bearbeitet würden. In diesem Fall wäre allerdings eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs gegeben. Da sich nicht mehr klären ließ, welche der Vorgänge manuell und welche datenverarbeitungstechnisch bearbeitet worden waren, lag also bei jedem entweder einer Strafbarkeit gem. § 263 I StGB oder gem. § 236a I StGB vor. Lässt sich nicht mehr sicher ermitteln, welchen Tatbestand von mehreren möglichen der Täter verwirklicht hat, hat er jedoch mit Sicherheit einen davon verwirklicht und sind die in Betracht kommenden Delikte rechtsethisch und psychologisch vergleichbar, so hat das Gericht die Möglichkeit, offen zu lassen, welcher Tatbestand gegeben ist und den Angeklagten wahlweise wegen des einen oder des anderen Delikts zu verurteilen (sog. echte

oder ungleichartige Wahlfeststellung; BGHSt 9, 390, 394; Wessels/Beulke, Rn 806 f.). Während eine solche echte Wahlfeststellung von der Rechtsprechung z.B. im Verhältnis von § 263 StGB und § 266 StGB für zulässig gehalten wurde (BGH, GA 70, 24; OLG Hamburg, JR 1956, 28), ist die vorliegende Entscheidung die erste, in der eine solche zwischen Betrug und Computerbetrug erörtert und als zulässig erachtet wird (ebenso Fischer, § 263a Rn 23).

Vertiefungshinweise:

Zu § 266b StGB bei Erlangung der Kreditkarte durch eine Täuschung: *BGH*, NStZ 1993, 283; *Bringewat*, NStZ 1985, 535; *Küpper*, NStZ 1988, 61; *Labsch*, NJW 1986, 104; *Mitsch*, JZ 1994, 886

Zur Wahlfeststellung, insb. zwischen § 263 StGB und § 263a StGB: *BGHSt* 9, 390; 21, 152

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"

Leitsatz:

Der Täter, der sich unbefugt Gelder von fremden Konten verschafft, indem er Überweisungsträger der betreffenden Konten fälscht, erfüllt - wenn die Überweisungsträger nur in automatisierter Weise auf ihre Echtheit überprüft werden - den Tatbestand des Computerbetruges. Lässt sich der Ablauf der Überweisung bei der bezogenen Bank nicht mehr aufklären, kommt regelmäßig eine wahlweise Verurteilung wegen Betruges oder Computerbetruges in Betracht.

Sachverhalt:

Fälle II. 44 bis 56: Der Angeklagte beantragte unter missbräuchlicher Verwendung der Daten eines Dr. Mathias J. schriftlich eine DEA Payback Visa Karte, worauf ihm eine entsprechende Karte der Landesbank Baden-Württemberg zugesandt wurde. Diese Kreditkarte wurde vom Angeklagten "in betrügerischer Absicht" als Zahlungsmittel zum Einkauf von Waren bzw. zur Begleichung von Dienstleistungen eingesetzt. Dadurch entstand "der kartenausgebenden Bank ... ein entsprechender Schaden".

Fälle II. 1 bis 17: Der Angeklagte verschaffte sich jeweils Geld von fremden Konten, indem er entweder einen Dritten veranlasste, Überweisungsbelege der betreffenden Konten der Geschädigten zu fälschen und die Gelder über Drittkonten auf sein eigenes Privatkonto zu leiten (Fälle II. 1 und 2) oder die Fälschungen und betrügerischen Überweisungen selbst vornahm. In den Fällen II. 3 bis 5, 7 bis 10 und 13 wurden die Überweisungen ausgeführt.

Fälle II. 21 bis 39, 60 und 61: Der Angeklagte be-

schaffte sich eine Reihe von Kreditkartendaten mit zugehörigen Personaldaten der Kreditkarteninhaber und legte eine Vielzahl von E-Mail-Konten an. Unter Angabe von verschiedenen Personalien, E-Mail-Adressen und Kreditkartendaten beantragte er "per Internet" bei den geschädigten Firmen Telefonguthaben, worauf diese Firmen die entsprechenden Vorwahlnummern, die vor den eigentlichen Zielwahlnummern zur Inanspruchnahme der Telefonguthaben benötigt werden, an die von dem Angeklagten angegebenen E-Mail-Adressen versandten. Der Angeklagte nutzte diese Daten jeweils zum Abtelefonieren der Guthaben selbst oder gab sie an Dritte weiter.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten des Betruges in 35 Fällen, des Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in zehn Fällen, des versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in sieben Fällen, des Missbrauchs von Berufsbezeichnungen in sechs Fällen, der Anstiftung zum tateinheitlich mit Urkundenfälschung begangenen Betrug in zwei Fällen, der Beihilfe zum Betrug, des Betruges in Tateinheit mit Missbrauch von Berufsbezeichnungen, des Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung und Missbrauch von Berufsbezeichnungen, der Anstiftung zur Amtsanmaßung, des Computerbetruges, der Urkundenfälschung und des Diebstahls in Tateinheit mit Amtsanmaßung für schuldig befunden und ihn danach unter Freispruch im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel führt auf die Sachrüge zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Schuldpruchänderung und zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Zur Strafbarkeit des Gebrauchs der erschlichenen Kreditkarte

[2] Der Schuldpruch bedarf der Änderung dahin, dass der Angeklagte in den Fällen II. 44 bis 56 des Missbrauchs einer Kreditkarte (§ 266 b StGB) in 10 Fällen schuldig ist. Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich insoweit jeweils des - gewerbsmäßig begangenen - Betruges gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht, trifft nicht zu.

b. Zum Vorliegen von § 266b StGB

[4] [...] Nach diesen Feststellungen hat sich der Angeklagte wegen Betruges (in Tateinheit mit Urkundenfälschung) "lediglich" durch die Erlangung der Kreditkarte unter Vorspiegelung falscher Tatsachen und Verwendung unrichtiger Personalien schuldig gemacht (vgl. *BGHSt* 33, 244, 245 f.), den das Landgericht jedoch nicht ausgeurteilt hat. Dagegen hat der Ange-

klage durch den Gebrauch der Kreditkarte die ihm durch deren Überlassung eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht und dadurch den Tatbestand des § 266 b StGB erfüllt (BGH NStZ 1993, 283).

c. Änderung des Schuldspruchs

[5] Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend. Der Grundsatz der Spezialität bleibt gewahrt, denn er schließt eine Verurteilung wegen desselben Sachverhalts, hinsichtlich dessen die Auslieferung bewilligt worden ist, unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt nicht aus (st. Rspr.; vgl. Fischer StGB 55. Aufl. vor §§ 3-7 Rdn. 22 m.N.). Auch § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung durch den Senat nicht entgegen, denn der geständige Angeklagte hätte sich gegen den geänderten Schuldspruch nicht wirksamer als geschehen verteidigen können.

[6] Zugleich ändert der Senat den Schuldspruch dahin, dass der Angeklagte insoweit des Missbrauchs einer Kreditkarte statt in 13 Fällen lediglich in zehn Fällen schuldig ist. Denn nach den Feststellungen hat der Angeklagte in den Fällen II. 44/45, 49/50 sowie 52/53 die Visa Karte bei dem jeweils selben Vertragsunternehmen jeweils "zur Begleichung von zwei Forderungen" eingesetzt, sodass insoweit zu Gunsten des Angeklagten von natürlicher Handlungseinheit und damit rechtlich jeweils nur einer Tat auszugehen ist.

2. Zur Strafbarkeit des Einreichens der gefälschten Überweisungsbelege

[7] Die rechtliche Würdigung im angefochtenen Urteil hält der Nachprüfung auch nicht stand, soweit das Landgericht den Angeklagten in den Fällen II. 1 und 2 der Anstiftung zum Tateinheitlich mit Urkundenfälschung begangenen Betrug und in den Fällen II. 3 bis 5, 7 bis 10, 13 sowie 21 bis 39, 60 und 61 des - ebenfalls gewerbsmäßig begangenen - vollendeten Betruges nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB für schuldig befunden hat.

a. Zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch das Einreichen der Überweisungsbelege

[8] [...] In diesen als jeweils vollendeter Betrug ausgeurteilten Einzelfällen könnte der Senat die Annahme von Betrug im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB nicht ohne Weiteres bestätigen.

aa. Wahlfeststellung: § 263 StGB und § 263a StGB

[9] Das Landgericht hat zu der Art und Weise der Abwicklung der Überweisungen keine Feststellungen getroffen, obwohl es für die Subsumtion unter den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB darauf ankam.

[10] Nach den Feststellungen bleibt unklar, im Hinblick auf welche konkreten Umstände Bankbedienstete täuschungsbedingt einer Fehlvorstellung erlegen sein sollen, zumal offensichtlich eine Vernehmung der

Bankbediensteten nicht erfolgt ist (Senat NStZ 2000, 375, 376). Vielmehr liegt in diesen Fällen nahe, dass die betreffenden Banken die Überweisungsträger, soweit die Überweisungen ausgeführt worden sind, lediglich in automatisierter Weise geprüft haben, ohne dass die Fälschung auffiel und ohne dass ein Mitarbeiter des jeweiligen Kreditinstituts noch eine persönliche Kontrolle durchgeführt hat. Dann aber fehlte es für eine Strafbarkeit wegen Betruges an einer Täuschung und Irrtumserregung. Vielmehr hätte der Angeklagte unter diesen Umständen den Tatbestand des Computerbetruges (§ 263 a Abs. 1 StGB) nach der betrugspezifischen Auslegung in der Tatvariante des unbefugten Verwendens von Daten erfüllt.

[11] Wie bekannt ist, werden bei den Banken angesichts der massenhaften Abwicklung von Überweisungen gängige Belegerfassungssysteme verwendet, in denen auch die Unterschriften digitalisiert und in Datenbanken gespeichert werden. Diese Technik erlaubt es, anstelle des personal- und kostenintensiven visuellen, d.h. durch einen Mitarbeiter selbst vorgenommenen Vergleichs von Unterschriften Überweisungsformulare unterhalb bestimmter Beträge regelmäßig nicht mehr individuell, sondern nur noch maschinell auf ihre Echtheit zu prüfen, weshalb Täter darauf spekulieren können, dass gefälschte Überweisungen im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes nicht entdeckt werden. Zwar kann ein Mitarbeiter des Kreditinstituts die Referenzunterschrift mit der Unterschrift des Beleges vergleichen. Faktisch wird sich dies aber auf Zweifelsfälle beschränken, in denen dann die Überweisungsträger von einer automatischen Weiterverarbeitung ausgeschlossen werden.

[12] Der Senat schließt schon mit Blick auf den Zeitablauf aus, dass sich die Frage der Abwicklung noch aufklären lässt. Bei Unaufklärbarkeit des tatsächlichen Ablaufs ist aber die Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug zulässig (vgl. Fischer aaO § 263 a Rdn. 23 a.E.). Insoweit ist zur subjektiven Tatseite ohne weiteres davon auszugehen, dass der Täter in solchen Fällen jedenfalls bedingt sowohl die Täuschung und Irrtumserregung eines Bankbediensteten erreichen als auch - für den Fall einer automatisierten Prüfung - den Datenverarbeitungsvorgang "unbefugt" beeinflussen will und sich deshalb sein Vorsatz auf beide Tatbestände erstreckt (vgl. dazu Goeckenjan JA 2006, 758 ff.).

bb. Versuchter Betrug bei unterbliebener Überweisung

[13] In den Fällen II. 6, 11, 12 sowie 14 bis 17, in denen die betrügerischen Überweisungen nicht ausgeführt worden sind, geht der Senat davon aus, dass hier die Ausführung deshalb unterblieben ist, weil das Belegerfassungssystem jeweils einen Zweifelsfall angezeigt hat und deshalb ein Mitarbeiter des jeweiligen Kreditinstituts persönlich mit der Überprüfung befasst worden ist. In diesen Fällen ist es deshalb auch zu ei-

ner Täuschungshandlung gegenüber einer natürlichen Person gekommen, weshalb das Landgericht insoweit im Ergebnis zu Recht von versuchtem Betrug ausgegangen ist.

cc. Zu den Konkurrenzen

[14] Jedoch bedarf der Schuldspruch in den Fällen II. 1 bis 17 insgesamt auch hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses der Einzelfälle der Änderung.

Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat, sind die Fälle II. 1 und 2 der Urteilsgründe nur eine einheitliche Anstiftung zum Betrug oder zum Computerbetrug und zur Urkundenfälschung. In den weiteren Fällen hat das Landgericht nicht erkennbar bedacht, dass in den Fällen, in denen der Angeklagte nach den Feststellungen jeweils am selben Tag bei dem selben Bankinstitut mehrere gefälschte Überweisungsträger eingereicht hat, eine natürliche Handlungseinheit und damit jeweils auch nur eine Tat im Rechtssinne in Betracht kommt (vgl. BGH NStZ 2006, 100). Die Frage ist nach dem Zweifelsgrundsatz zu lösen. Danach ist unter Berücksichtigung der "ohne Datum" erfassten Überweisungsträger (Fälle II. 8 und 12) davon auszugehen, dass die Fälle 4 und 5 - insoweit in Tateinheit mit Urkundenfälschung -, die Fälle 7, 8 und 16, die Fälle 9 und 14 sowie die Fälle 11, 12, 13, 15 und 17 jeweils nur eine - vollendete - Tat des Betruges oder des Computerbetruges darstellen. Dahinter tritt die Versuchsstrafbarkeit der Einzelfälle, in denen die Überweisungen nicht ausgeführt worden sind, jeweils als subsidiär zurück (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 201 f.; Fischer aaO vor § 52 Rdn. 41).

[15] Der Senat kann den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO insoweit selbst ändern. Auch hier stehen dem der Spezialitätsgrundsatz und § 265 StPO nicht entgegen.

b. Zur Wahlfeststellung bzgl. des Erschleichens der Telefonguthaben

[16] Nach den gleichen Grundsätzen, wie vorstehend unter a) zu den Fällen II. 1 bis 17 ausgeführt, ist der Schuldspruch auch in den Fällen II. 21 bis 39 sowie 60 und 61 der Urteilsgründe dahin zu ändern, dass der Angeklagte insoweit jeweils des Betruges oder des Computerbetruges schuldig ist. [...]

[18] Auch in diesen Fällen, die das Landgericht jeweils als - gewerbsmäßig begangenen - Betrug (§ 263 StGB) gewertet hat, kommt in Betracht, dass der Vorgang und die Abwicklung automatisch ohne unmittelbare Prüfung durch eine natürliche Person erfolgten (vgl. zum Onlinebanking Fischer aaO § 263 a Rdn. 11 und 16). Daher ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen auch in diesen Fällen die Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage wegen Betruges oder Compu-

terbetruges veranlasst.

3. Aufhebung des Strafausspruchs

[19] Der Senat hebt den gesamten Strafausspruch auf.

[20] In den Fällen II. 44 bis 56 ist die Aufhebung der Einzelstrafaussprüche schon durch die Schuldspruchänderung zwingend veranlasst, weil der anzuwendende Strafrahmen des § 266 b Abs. 1 StGB deutlich milder als der von dem Landgericht angewandte Strafrahmen des § 263 Abs. 3 StGB ist. Zur Aufhebung zwingt des weiteren die Schuldspruchänderung in den Fällen, in denen das Landgericht im Rahmen der Fälle II. 1 bis 17 der Urteilsgründe das Konkurrenzverhältnis nicht zutreffend bewertet hat.

[21] Darüber hinaus begegnet jedenfalls die allgemein bei allen Taten zu Lasten des Angeklagten berücksichtigte Erwägung rechtlichen Bedenken, der Angeklagte habe "keinerlei Reue" gezeigt, sein Geständnis sei nicht durch Reue und den Willen zur Wiedergutmachung getragen, er habe nur zum Ausdruck gebracht, das Verfahren abkürzen zu wollen, um möglichst bald ein Leben in Freiheit verbringen zu können, sein Wille, sich bei den Opfern zu entschuldigen oder gar Wiedergutmachung zu leisten, habe er nicht andeutungsweise zum Ausdruck gebracht.

[22] Dem neuen Tatrichter soll danach Gelegenheit gegeben werden, über die - wenn auch vergleichsweise milden - Einzelstrafen insgesamt neu zu befinden. Die Aufhebung der Einzelstrafen zieht auch die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich.

[23] Für das weitere Verfahren weist der Senat mit Blick auf die Ausführungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts zur im angefochtenen Urteil unterbliebenen Kompensation der im Urteil festgestellten Verfahrensverzögerung von etwa sechs Monaten vorsorglich darauf hin, dass nach - der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2008 - GSSt 1/07 - abweichend von der bisherigen Rechtsprechung eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nicht mehr im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung findet und deshalb ein Abschlag von der an sich verwirkten schuldangemessenen Strafe nicht mehr veranlasst ist. Vielmehr ist danach in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. Ob die vergleichsweise geringfügige Verfahrensverzögerung hier mit Blick auf die insgesamt milde Gesamtstrafe für den Angeklagten noch hinzunehmen ist, ohne dass es über die Feststellung der Verfahrensverzögerung als solche hinaus einer Entschädigung in Form einer Anrechnung bedarf, hat der neue Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Parlamentsvorbehalt für BW-Einsatz**

BVERFG, URTEIL VOM 07.05.2008
2 BvE 1/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich erneut mit der Frage zu befassen, wann die Bundesregierung allein über einen Bundeswehreininsatz im Ausland bestimmen darf, und wann sie die Zustimmung des Deutschen Bundestages zu einem solchen Einsatz einholen muss.

A. Diese Frage ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Insbesondere Art. 87a II GG greift nicht ein, weil dieser sich nur auf Inlandseinsätze der Bundeswehr bezieht.

B. Das BVerfG entnimmt einen "wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt" jedoch einer Gesamtschau der im Grundgesetz enthaltenen Normen. Insbesondere betont das Gericht, dass die wesentlichen Entscheidungen vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament getroffen werden müssen. In seinem Grundsatzurteil vom 12. Juli 1994 (BVerfGE 90, 286) hatte es drei Voraussetzungen herausgearbeitet, unter denen ein Bundeswehreininsatz im Ausland eine wesentliche Maßnahme in diesem Sinne sei:

I. Es müsse sich um eine "bewaffnete Unternehmung", also einen Kampfeinsatz handeln.

II. Es müsse um das "Ob" der Beteiligung deutscher Soldaten nach Art und Umfang gehen, also nicht um Einzelheiten wie konkrete Marschbefehle etc.

III. Das Einsatzziel dürfe nicht durch eine Parlamentsbeteiligung gefährdet werden, wie etwa bei Gefahr im Verzug; die Zustimmung des Parlaments sei dann nachträglich einzuholen, sobald eine Gefährdung des Einsatzzieles ausgeschlossen sei.

C. Diese Grundsätze sind mittlerweile auf einfachgesetzlicher Ebene im Parlamentsbeteiligungsgesetz (BGBl I 2005, 775) geregelt. Dessen § 2 regelt, wann ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte vorliegt, nämlich dann, wenn - Zitat - "Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist." Diese Definition übernimmt nahezu wörtlich den entsprechenden Passus aus der o.g. Grundsatzentscheidung des BVerfG.

D. Im vorliegenden Fall ging es nun um die Frage, ob der Einsatz von NATO-AWACS-Flugzeugen über dem Luftraum der Türkei während des 2. Irakkrieges 2003 eine "bewaffnete Unternehmung" in diesem Sin-

ne darstellte. Der Deutsche Bundestag war an der Entscheidung über den Einsatz nämlich nicht beteiligt worden, und die FDP-Fraktion klagte hiergegen vor dem BVerfG. Aus diesem Anlass hat das BVerfG seine Definition einer "bewaffneten Unternehmung" nunmehr wie folgt präzisiert:

I. Es liegt immer eine "bewaffnete Unternehmung" vor, wenn die Bundeswehr im Rahmen von UN-Sicherheitsratsresolutionen eingesetzt wird (Positivmerkmal).

II. Keine "bewaffnete Unternehmung" liegt vor, wenn es sich um rein humanitäre Hilfseinsätze handelt, mögen die Soldaten auch zu ihrem eigenen Schutz Waffen mit sich führen, wie z.B. bei "Blauhelmeinsätzen" (Negativmerkmal).

III. Außerhalb dieser Kriterien kommt es darauf an, ob eine Verwicklung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist. Hierzu ist eine - gerichtlich voll überprüfbare - Prognose erforderlich, wobei allein die Möglichkeit einer solchen Verwicklung allerdings nicht genügen soll. Das BVerfG spricht vielmehr von einer "qualifizierten Erwartung", für die wiederum zwei Kriterien maßgeblich sein sollen:

1. Liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass es überhaupt zur Anwendung von Waffengewalt kommen wird? Falls ja,

2. Weist der Einsatz der Bundeswehrsoldaten eine besondere Nähe zur Anwendung der Waffengewalt auf? Ein Anhaltspunkt dafür besteht, wenn sie Waffen mit sich führen und ermächtigt sind, von ihnen Gebrauch zu machen.

E. Für den hier in Rede stehenden Einsatz sah das BVerfG diese Voraussetzungen als erfüllt an. Die AWACS-Aufklärer seien zwar selbst nicht bewaffnet, könnten aber jederzeit als Feuerleitstand dienen. Dass der Irakkrieg zu einer Eskalation auch in dem von den AWACS-Aufklärern überwachten Gebiet hätte führen können, sei zudem nicht fernliegend gewesen; vielmehr habe eine konkrete Bedrohung der Türkei durch das Regime Saddam Husseins vorgelegen. Da der Deutsche Bundestag trotzdem nicht an der Entscheidung über den Einsatz beteiligt wurde, lag ein Verfassungsverstoß vor.

Prüfungsrelevanz:

Auslandseinsätze der Bundeswehr waren schon in der

Vergangenheit vielfach Thema von Examensaufgaben und werden es nach dieser Entscheidung wieder vermehrt sein. Hierzu noch einige Hinweise:

- Prozessualer Einstieg ist zumeist das Organstreitverfahren gem. Art. 93 I Nr. 1 GG, das nach st.Rspr. des BVerfG eine Fraktion in gesetzlicher Prozessstandschaft (vgl. § 64 I BVerfGG) für den Deutschen Bundestag einleiten kann, nicht aber ein einzelner Abgeordneter.

- Das Parlamentsbeteiligungsgesetz spielt insoweit keine Rolle, weil es hier um verfassungsrechtliche Fragen geht, die sich nur aus dem Grundgesetz selbst beantworten lassen, nicht aber durch einfach-gesetzliche Regelungen.

- In einem Gutachten muss der "wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt", den das BVerfG vorliegend mehr oder weniger als bekannt voraussetzt, zunächst ausführlich hergeleitet werden (vgl. dazu die Vertiefungshinweise). Dieser ergibt sich insbesondere nicht allein schon aus Art. 59 II GG, weil es hier nicht um den Abschluss, sondern um die Anwendung von völkerrechtlichen Verträgen (UNO-Vertrag, NATO-Vertrag) geht. Das BVerfG lehnt sich vielmehr an die zum Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG entwickelte "Wesentlichkeitstheorie" an und entnimmt einer Gesamtschau der im Grundgesetz enthaltenen Normen (neben Art. 20 III GG insbesondere Art. 115a I und Art. 80a I GG), dass die Bundeswehr jedenfalls insoweit eine "Parlamentsarmee" sei, als es um wesentliche Einsatzfragen gehe. Der Auslandseinsatz der Bundeswehr sei unter den o.g. drei Voraussetzungen eine wesentliche Frage in diesem Sinne, sodass diese dann in einem Gutachten zu nennen und zu subsumieren sind.

- Es entspricht ebenfalls st.Rspr. des BVerfG, dass die NATO ebenso wie die UNO ein "kollektives Sicherheitssystem" i.S.d. Art. 24 II GG darstellt, ein NATO-Einsatz der Bundeswehr also nicht schon allein an Art. 24 II GG scheitert. Sollte in einem Examenssachverhalt von einer Partei das Gegenteil gerügt werden, wäre auch hierauf einzugehen (beachte ferner das oben in der Problemdarstellung unter A. zu Art. 87a II GG Gesagte).

Vertiefungshinweise:

Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzantrags in dieser Sache: BVerfG, RA 2003, 205 = BVerfGE 108, 34

Zu "Out of area"-Einsätzen der Bundeswehr: BVerfG, RA 1999, 233 = NJW 1999, 2000 m.Anm. Sachs, JuS 2000, 86; NJW 1994, 2207; NJW 1993, 1317; Stein, Jura 1995, 254

Zum Parlamentsvorbehalt bei Änderung des NATO-Konzepts: BVerfG, RA 2001, 677 = NVwZ-RR 2002, 1103

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Leitsatz:

Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt greift ein, wenn nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist. Diese Voraussetzung ist gerichtlich voll überprüfbar.

Sachverhalt:

Der Verteidigungsplanungsausschuss der NATO beschloss im Rahmen der Irakkrise am 19. Februar 2003 unter Mitwirkung der Bundesregierung auf Ersuchen der Türkei nach Art. 4 des NATO-Vertrages die "Operation Display Deterrence". Diese sah u.a. vor, NATO-AWACS-Flugzeuge in der Türkei zu stationieren. Bei AWACS-Flugzeugen handelt es sich um luftgestützte Warn- und Überwachungssysteme zur Früherkennung von Flugzeugen oder anderen fliegenden Objekten. Das System leistet Kontroll- und Führungsfunktionen und dient der Leitung von Jagdflugzeugen, wobei die AWACS-Flugzeuge selbst nicht mit Waffen ausgestattet sind. Die Besatzungen bestehen aus Angehörigen der Streitkräfte von zwölf NATO-Mitgliedern, darunter zu etwa einem Drittel Soldaten der Bundeswehr.

Im März 2003 teilte der Vorsitzende der FDP-Fraktion dem Bundeskanzler mit, dass nach Überzeugung der Fraktion die Bundesregierung verpflichtet sei, für die Beteiligung deutscher Soldaten an den AWACS-Einsätzen über der Türkei die Zustimmung des Deutschen Bundestages zu beantragen, weil es sich um einen Kampfeinsatz handele. Über Kampfeinsätze der Bundeswehr im Ausland zu entscheiden sei eine wesentliche Frage, die dem Parlament vorbehalten sei. Die Bitte der Türkei um Schutzmaßnahmen der NATO beweise, dass dieser Einsatz militärische Bedeutung in einem bewaffneten Konflikt habe und Schutz vor einer konkreten militärischen Bedrohung gewähren solle.

Die Bundesregierung lehnte dies hingegen ab, weil die NATO-AWACS-Flugzeuge über dem Territorium der Türkei nur Routineflüge durchführten. Ihre ausschließliche Aufgabe sei die strikt defensive Luftraumüberwachung über der Türkei. Sie leisteten keinerlei Unterstützung für Einsätze im oder gegen den Irak.

In den frühen Morgenstunden des 20. März 2003 begann die bewaffnete Intervention im Irak, die alsbald zum Sturz des Regimes von Saddam Hussein führte. Noch am selben Tag brachte die Antragstellerin einen Antrag in den Deutschen Bundestag ein, dass dieser über den Einsatz der NATO-AWACS-Flugzeuge abstimmen möge. Dieser Antrag wurde mit den Stimmen

der Regierungsparteien mehrheitlich abgelehnt. Verletzungen des türkischen Luftraums durch irakische Streitkräfte sind im späteren Verlauf der militärischen Auseinandersetzungen dann ebenso wenig bekannt geworden wie Verwendungen der AWACS-Flugzeuge als Feuerleitstände für Luftkampfeinsätze.

Die FDP-Fraktion beantragte am 5. August 2003, also nach dem Ende des Einsatzes, vor dem BVerfG die Feststellung, dass die Bundesregierung, indem sie keine Zustimmung des Deutschen Bundestages zur Beteiligung deutscher Soldaten an der Entsendung der NATO-AWACS-Flugzeuge in die Türkei eingeholt hat, dessen Recht verletzt hat. Mit Erfolg?

Lösung:

Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Das BVerfG müsste für den Antrag zunächst zuständig sein. Hier geht es um Rechte und Pflichten oberster Bundesorgane - des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung. Diese kann das BVerfG im Rahmen eines sog. Organstreitverfahrens überprüfen, für das es nach Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zuständig ist.

II. Parteifähigkeit

[45] "Die Antragstellerin ist als Fraktion des Deutschen Bundestags im Organstreitverfahren gemäß § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG parteifähig. Sie kann im eigenen Namen Rechte geltend machen, die dem Bundestag gegenüber der Bundesregierung zustehen (vgl. BVerfGE 1, 351 [359]; 2, 143 [165]; 104, 151 [193]; 118, 244 [254 f.]; st.Rspr.). Die Bundesregierung, gegen die sich der Antrag richtet, ist gemäß § 63 BVerfGG mögliche Antragsgegnerin."

III. Tauglicher Antragsgegenstand

"Die hier gerügte Unterlassung der Antragsgegnerin, für die Teilnahme deutscher Soldaten an der AWACS-Überwachung der Türkei die Zustimmung des Deutschen Bundestags einzuholen, ist nach § 64 I BVerfGG tauglicher Gegenstand eines Organstreitverfahrens."

IV. Antragsbefugnis

Die FDP-Fraktion müsste ferner antragsbefugt i.S.d. § 64 I BVerfGG sein. Dazu müsste zumindest die Möglichkeit bestehen, dass sie selbst oder das Organ, dem sie angehört, durch die angegriffene Unterlassung in ihren Rechten aus dem Grundgesetz verletzt ist. Eine Fraktion selbst hat im Grundgesetz keine Rechte. Vorliegend könnte aber das Recht des Deutschen Bundes-

tages auf Entscheidung über den Einsatz der NATO-AWACS-Flugzeuge unter deutscher Beteiligung verletzt sein. Dazu das BVerfG:

1. Recht des Bundestages auf Mitwirkung

[47] "Die Antragstellerin hat in substantiiertem Weise die Möglichkeit vorgetragen, dass der Deutsche Bundestag in seinen Rechten verletzt wurde, da die Antragsgegnerin sich weigerte, für die Beteiligung deutscher Soldaten an der Überwachung des türkischen Luftraums durch die NATO seine Zustimmung einzuholen. In seinem Urteil vom 12. Juli 1994 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass Einsätze bewaffneter Streitkräfte von Verfassungen wegen der grundsätzlich vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestags unterliegen (BVerfGE 90, 286 [383 ff.]). Die Reichweite dieses Einsatzbegriffs, und damit die Reichweite der Zustimmungsbedürftigkeit, ist allerdings im Hinblick auf Situationen, in denen sich deutsche Soldaten an Verwendungen integrierter NATO-Verbände an der Überwachung des Luftraums eines Bündnismitglieds beteiligen, dessen Staatsgebiet unmittelbar an ein kriegsbefangenes Territorium angrenzt, bislang nicht abschließend geklärt (vgl. bereits BVerfGE 108, 34 [43]). Es ist deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Einsatz deutscher Soldaten in der Türkei der Zustimmung des Deutschen Bundestags bedurfte."

2. Kein Verzicht

[48] "Die Antragsbefugnis kann schließlich nicht mit dem Argument verneint werden, der Bundestag habe mit der Ablehnung des maßgeblich von der Antragstellerin initiierten Entschließungsantrags am 20. März 2003 auf die Ausübung seiner Rechte verzichtet. Sinn und Zweck der in § 64 I BVerfGG vorgesehenen Prozessstandschaft liegen gerade darin, der Parlamentsminderheit die Befugnis zur Geltendmachung der Rechte des Deutschen Bundestags auch dann zu erhalten, wenn dieser seine Rechte, insbesondere im Verhältnis zu der von ihm getragenen Bundesregierung, nicht wahrnehmen will. Die Zuerkennung der Prozessstandschaftsbefugnis ist insofern sowohl Ausdruck der Kontrollfunktion des Parlaments als auch Instrument des Minderheitenschutzes (vgl. BVerfGE 45, 1 [29 f.]; 60, 319 [325 f.]; 68, 1 [77 f.]; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 94)."

V. Form

Für Verstöße gegen die Formvorschrift des § 23 BVerfGG ist nichts ersichtlich.

VI. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Der Antragstellerin könnte jedoch das allgemeine Rechtsschutzinteresse fehlen, weil sie ihren Antrag erst nach Abschluss des Einsatzes der NATO-AWACS-Flugzeuge gestellt hat.

1. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

[51] "Dem Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin steht auch nicht entgegen, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung in der Vergangenheit liegt und gegenwärtig keine Auswirkungen mehr hat, weil der AWACS-Einsatz in der Türkei bereits beendet war, als die Antragstellerin ihren Antrag in der Hauptsache anhängig gemacht hat.

[52] Die Zulässigkeit eines Antrags im Organstreitverfahren entfällt grundsätzlich nicht deshalb, weil die beanstandete Rechtsverletzung in der Vergangenheit liegt und bereits abgeschlossen ist (vgl. BVerfGE 10, 4 [11]; 49, 70 [77]; für den Bund-Länder-Streit BVerfGE 41, 291 [303]). Im Schrifttum wird demgegenüber teilweise angenommen, es müssten besondere Umstände im Sinne eines „Fortsetzungsfeststellungsinteresses“ vorliegen, damit über eine in der Vergangenheit liegende und abgeschlossene Rechtsverletzung entschieden werden kann (vgl. etwa Umbach, in: Ders./Clemens/Dollinger [Hrsg.], BVerfGG, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64 Rn. 172; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, Stand: Juli 2002, § 64 Rn. 99).

Ob dem zu folgen ist, bedarf in diesem Verfahren keiner Entscheidung; denn solche Umstände sind hier gegeben. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 25. März 2003 über die von der Antragstellerin begehrte einstweilige Anordnung (vgl. BVerfGE 108, 34 [43]) hervorgehoben hat, besteht hier ein objektives Interesse an der Klärung der Reichweite des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts (vgl. zum Klarstellungsinteresse auch BVerfGE 1, 372 [379]) schon im Hinblick auf die Gefahr, dass dem Deutschen Bundestag in einer vergleichbaren Situation auch in Zukunft ein Auslandseinsatz der Bundeswehr nicht zur Zustimmung unterbreitet wird (vgl. zur Wiederholungsgefahr auch BVerfGE 91, 125 [133]; 103, 44 [58 f.]).

[53] Wiederholungsgefahr und Klarstellungsinteresse sind durch das zwischenzeitliche Inkrafttreten des Parlamentsbeteiligungsgesetzes nicht entfallen. Die Definition des „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“ in § 2 Abs. 1 ParlBG lehnt sich eng an die Begriffsbestimmung des Senatsurteils vom 12. Juli 1994 (BVerfGE 90, 286 [387 f.]) an, die den Anwendungsbereich des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts nicht abschließend umreißt; das Parlamentsbeteiligungsgesetz klärt also gerade nicht die exakte Reichweite des Parlamentsvorbehalts für den Streitkräfteeinsatz. Ohnedies ergibt sich der konstitutive wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt unmittelbar aus dem Grundgesetz (vgl. bereits BVerfGE 90, 286 [383]; 108, 34 [42])."

2. Kein einfacherer, besserer, schnellerer Weg

[54] "Die Antragstellerin hat, indem sie im Deutschen Bundestag den Entschließungsantrag einbrachte, der

auf die Einholung der Zustimmung des Bundestags für den AWACS-Einsatz in der Türkei gerichtet war, auch die ihr möglichen Schritte unternommen, den Bundestag dazu zu veranlassen, seine Rechte geltend zu machen (vgl. BVerfGE 90, 286 [392 f.])."

VII. Frist

[55] "Die Antragsfrist nach § 64 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt. Am 19. Februar 2003 beteiligte sich die Bundesregierung an der Entscheidung des Verteidigungsplanungsausschusses der NATO über den Einsatz von AWACS-Flugzeugen in der Türkei. Die unterlassene Maßnahme in Form der Beteiligung des Deutschen Bundestags durch Einholung seiner Zustimmung hätte spätestens an diesem Tage - oder aber im Fall einer späteren Zustimmungsbedürftigkeit des Einsatzes zu einem nachgelagerten Zeitpunkt - erfolgen müssen. Damit war die sechsmonatige Antragsfrist am 5. August 2003, als der Antrag beim Bundesverfassungsgericht einging, noch nicht abgelaufen."

Nach alledem ist der Antrag zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, sofern die angegriffene Nichtbeteiligung des Deutschen Bundestages an der Entscheidung über die Beteiligung deutscher Soldaten an Maßnahmen zur Luftraumüberwachung der Türkei verfassungswidrig war, § 67 S. 1 BVerfGG. Dann müsste sich aus dem Grundgesetz ein entsprechendes Mitwirkungsrecht des Deutschen Bundestages ergeben.

I. Grundsätzliches Mitwirkungsrecht des Deutschen Bundestages

Das BVerfG hat den sog. "wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt" bereits in der Vergangenheit aus einer Gesamtschau zahlreicher im Grundgesetz enthaltener Normen herausgebildet.

[57] "Das Grundgesetz hat die Entscheidung über Krieg und Frieden dem Deutschen Bundestag als Repräsentationsorgan des Volkes anvertraut. Dies ist für die Feststellung des Verteidigungsfalls und des Spannungsfalls ausdrücklich festgelegt (Art. 115a Abs. 1, Art. 80a Abs. 1 GG) und gilt darüber hinaus allgemein für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte, auch in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Gesamtzusammenhang wehrverfassungsrechtlicher Vorschriften des Grundgesetzes und vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 dem Grundgesetz ein allgemeines Prinzip entnommen, nach dem jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestags bedarf (BVerfGE 90, 286 [381 ff.]). Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind darauf ange-

legt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern sie als „Parlamentsheer“ in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen (vgl. BVerfGE 90, 286 [381 f.]).“

II. Beschränkung auf Einsätze bewaffneter Streitkräfte
[59] Gegenstand der Parlamentsbeteiligung sind nach der Senatsrechtsprechung „Einsätze bewaffneter Streitkräfte“ (BVerfGE 90, 286 [387 f.]; 104, 151 [208]). Diesen Begriff hat der Senat in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 mit Blick auf die damals zur Entscheidung stehenden Einsätze konkretisiert, die sich teilweise im institutionellen Rahmen der NATO vollzogen, völkerrechtlich allerdings sämtlich auf Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen gestützt waren (vgl. BVerfGE 90, 286 [305 ff., 309 f.]). Der Senat hat dazu ausgeführt, dass Einsätze bewaffneter Streitkräfte im Rahmen von Sicherheitsratsresolutionen stets zustimmungsbedürftig sind, unabhängig davon, ob den Streitkräften Zwangsbefugnisse nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen (BGBl 1973 II S. 430) eingeräumt und wie die Kommandobefugnisse ausgestaltet sind. Eine unterschiedliche Behandlung solcher Einsätze verbietet sich danach, weil die Grenzen zwischen Einsätzen mit und solchen ohne Befugnis zu bewaffneten Sicherungsmaßnahmen in der Realität fließend geworden sind und weil sich die Befugnis zum Einsatz von Waffen auch ohne ein entsprechendes besonderes Mandat daraus ergeben kann, dass Selbstverteidigung erlaubt ist (vgl. BVerfGE 90, 286 [387 f.]). [...] Nicht der Zustimmung des Deutschen Bundestags bedarf jedenfalls die Verwendung von Personal der Bundeswehr für bloße Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland, bei denen Soldaten nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind (BVerfGE 90, 286 [387 f.]).

1. Begriff der „bewaffneten Unternehmung“

Im vorliegenden Fall liegt weder ein Einsatz im Rahmen einer Sicherheitsratsresolution vor (Positivmerkmal), noch handelt es sich um einen rein humanitären Einsatz im Rahmen von Hilfsdiensten (Negativmerkmal). Fraglich ist somit, was genau außerhalb dieser Fallgruppen unter einer „bewaffneten Unternehmung“ zu verstehen ist.

a. Keine tatsächliche Anwendung bewaffneter Gewalt erforderlich

[75] „Die Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen als entscheidendes Kriterium für die parlamentarische Zustimmungsbedürftigkeit des Einsatzes bewaffneter Streitkräfte unter dem Grundgesetz wird von der Antragsgegnerin dahin verstanden, dass eine Parlamentsbeteiligung für den Streitkräfteeinsatz erst und nur dann erforderlich wird, wenn deutsche Soldaten bewaffnete Gewalt tatsächlich anwenden. Eine solche

Auslegung ist dem Senatsurteil vom 12. Juli 1994 nicht zu entnehmen. Bei einem derart engen Verständnis des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts könnte der Deutsche Bundestag seinen rechts erheblichen Einfluss auf die Verwendung der Bundeswehr (vgl. BVerfGE 90, 286 [382]) nicht hinreichend wahrnehmen. Seine Mitentscheidung bezöge sich dann nicht mehr auf den Zeitpunkt der Einsatzentscheidung, sondern regelmäßig auf einen der Entsendung nachgelagerten Zeitpunkt, in dem der Streitkräfteeinsatz mit allen damit verbundenen faktischen Handlungsnotwendigkeiten bereits begonnen hat. Überschritte erst die Anwendung militärischer Gewalt die Grenze der Zustimmungsbedürftigkeit, könnte von einer regelmäßig vorhergehenden parlamentarischen Beteiligung (BVerfGE 90, 286 [387]) nicht mehr gesprochen werden.“

b. Vielmehr Prognose im Form einer „qualifizierten Erwartung“

[76] „Für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt kommt es nicht darauf an, ob bewaffnete Auseinandersetzungen sich schon im Sinne eines Kampfgeschehens verwirklicht haben, sondern darauf, ob nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist und deutsche Soldaten deshalb bereits in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind (vgl. auch Dreist, ZaöRV 64 [2004], S. 1001 [1036]; Nolte, Nolte, ZaöRV 54 [1994], S. 652 [678]; Röben, ZaöRV 63 [2003], S. 585 [594]). Diese Unterscheidung hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 zugrunde gelegt, indem er nicht von einer Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen, sondern in „bewaffnete Unternehmungen“ (BVerfGE 90, 286 [388]) gesprochen hat, welche schon nach ihrem Wortsinn nicht implizieren, dass es tatsächlich zu Kampfhandlungen kommen muss. Vielmehr hat der Senat festgestellt, dass für die Frage der Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen im Einzelfall Einsatzzweck und Einsatzbefugnisse näher zu betrachten sind. So ist von einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte schon zum Zeitpunkt der Einsatzentscheidung etwa dann auszugehen, wenn nach dem Einsatzzweck von vornherein geplant ist, dass deutsche Soldaten unabhängig von dem konkreten Einsatzverlauf militärische Gewalt anwenden. Für Einsätze auf der Basis von Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen hat der Senat ausgeführt, dass angesichts der fließenden Übergänge zwischen den verschiedenen Einsatzformen und der möglichen Reichweite des Selbstverteidigungsrechts eine Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen stets gegeben ist (vgl. BVerfGE 90, 286 [388]).“

[77] Die bloße Möglichkeit, dass es bei einem Einsatz zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommt, reicht

hierfür nicht aus. Ein solches Kriterium würde die verfassungsrechtlich angeordneten Gewichte der Organkompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt verschieben, weil die theoretische Möglichkeit einer bewaffneten Auseinandersetzung sich, wo Streitkräfte operieren, kaum je von vornherein wird ausschließen lassen. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt erstreckt sich daher nicht auf Einsätze, bei denen für eine spezifische Nähe zur Anwendung militärischer Gewalt nichts ersichtlich ist. Deshalb führt erst die qualifizierte Erwartung einer Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen zur parlamentarischen Zustimmungsbedürftigkeit eines Auslandseinsatzes deutscher Soldaten. Diese qualifizierte Erwartung unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht von der bloßen Möglichkeit, dass es zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommen könnte:

(1). Hinreichende Anhaltspunkte für Anwendung von Waffengewalt

[78] Zum einen bedarf es hinreichender greifbarer tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass ein Einsatz nach seinem Zweck, den konkreten politischen und militärischen Umständen sowie den Einsatzbefugnissen in die Anwendung von Waffengewalt münden kann. Hierfür muss aus den Umständen des Falles und der politischen Gesamtlage heraus eine konkrete militärische Gefahrenlage bestehen, die eine hinreichende sachliche Nähe zur Anwendung von Waffengewalt und damit zur Verwicklung deutscher Streitkräfte in eine bewaffnete Auseinandersetzung aufweist (vgl. bereits BVerfGE 108, 34 [43]). Für die Beurteilung kommt es insofern auf die besonderen Umstände des konkreten Einsatzes und im Fall eines Einsatzes in einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit insbesondere auch auf die Operationsziele und die Reichweite der jeweiligen militärischen Befugnisse mit Blick auf eine potentielle militärische Auseinandersetzung an. Militärtechnischen Sprachregelungen wie der von der Antragsgegnerin wiederholt in Bezug genommenen Bündnisroutine kommt hierfür keine gesonderte Bedeutung zu. Sie haben keinen eigenständigen normativen Gehalt und können deshalb das Ergebnis der erforderlichen Gesamtbetrachtung allenfalls kennzeichnen, nicht aber beeinflussen. Vor allem darf die verfassungsrechtliche Erheblichkeit einer aufgrund der konkreten Umstände in einem Einsatz angelegten Eskalationsgefahr nicht unberücksichtigt bleiben, nur weil der Einsatz ansonsten ein eher routinemäßiges Gepräge aufweist. Im Übrigen können auch Einsätze, die politisch von untergeordneter Bedeutung sind, dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt unterfallen (vgl. auch § 4 ParlBG)."

(2). Besondere Nähe der Bundeswehrsoldaten zur Anwendung von Waffengewalt

[79] "Zum anderen bedarf es für eine qualifizierte Er-

wartung der Einbeziehung von Bundeswehrsoldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen einer besonderen Nähe der Anwendung von Waffengewalt. Danach muss die Einbeziehung unmittelbar zu erwarten sein. Steht die Anwendung von Waffengewalt zeitlich nahe bevor, begründet dies bereits für sich genommen die qualifizierte Erwartung der Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen; sie wird jedoch regelmäßig mit der Verdichtung tatsächlicher Umstände einhergehen, die auf eine kommende militärische Auseinandersetzung hindeuten. Aber auch eine Betrachtung der Einsatzplanung und der Einsatzbefugnisse kann erweisen, dass eine gleichsam automatisch ablaufende Beteiligung deutscher Soldaten an der Anwendung bewaffneter Gewalt von der Gesamtsituation her wahrscheinlich ist und praktisch nur noch von Zufälligkeiten im tatsächlichen Geschehensablauf abhängt. Dies kann der Fall sein, wenn integrierte Bündnisabläufe bereits in Gang gesetzt sind, die vor der Anwendung von Waffengewalt praktisch kaum mehr reversibel oder jedenfalls politisch nicht mehr zu beeinflussen sind. Dann ist die entscheidende Schwelle für einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte bereits überschritten, was von Verfassungs wegen ohne Beteiligung des Deutschen Bundestags nicht zulässig ist. Denn dieser kann auf die für die Gewaltanwendung in solchen Konstellationen entscheidenden tatsächlichen Geschehensabläufe nicht mehr reagieren, regelmäßig jedenfalls nicht, bevor diese eine militärische Reaktion nach sich ziehen." [...]

[81] Ein Anhaltspunkt für die drohende Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen besteht, wenn sie im Ausland Waffen mit sich führen und ermächtigt sind, von ihnen Gebrauch zu machen. Denn es kann dadurch je nach dem Verlauf des tatsächlichen Geschehens dazu kommen, dass die Bewaffnung in die Anwendung von Waffengewalt mündet. Solange es sich allerdings rechtlich nur um eine Ermächtigung zur Selbstverteidigung handelt und der Einsatz selbst einen nicht-militärischen Charakter hat, ist, wie der Senat bereits festgestellt hat, die Schwelle der Zustimmungsbedürftigkeit nicht schon durch diese Ermächtigung erreicht (vgl. bereits BVerfGE 90, 286 [388]). Hat der Einsatz dagegen ein eigentliches militärisches Gepräge, weil es ihm etwa darum geht, ein Territorium oder bestimmte Objekte vor Angriffen zu schützen, und deuten die näheren Umstände auf eine unmittelbar bevorstehende Verwicklung in Kampfhandlungen hin, so liegt eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung auch dann vor, wenn die am Einsatz beteiligten Soldaten der Bundeswehr zwar selbst unbewaffnet sind, aber als wesentlicher Teil des den bewaffneten Einsatz durchführenden integrierten militärischen Systems handeln. Wer im Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung etwa für den Waffeneinsatz bedeutsame Informationen liefert, eine die bewaffnete Operation unmittelbar leitende Aufklärung

betreibt oder sogar im Rahmen seiner militärischen Funktion Befehle zum Waffeneinsatz geben kann, ist in bewaffnete Unternehmungen einbezogen, ohne dass er selbst Waffen tragen müsste (vgl. bereits BVerfGE 90, 286 [310, 390] zur NATO-geführten AWACS-Überwachung von Bosnien-Herzegowina; BVerfGE 108, 34 [43]). Militärische Einsätze im Handlungsverbund integrierter Streitkräfte lassen sich verfassungsrechtlich nicht angemessen erfassen, wenn man die Frage nach der Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen für einzelne Systemkomponenten und personell getrennte Einsatzfunktionen voneinander getrennt betrachtet.“

2. Subsumtion

Fraglich ist, ob der hier in Rede stehende Einsatz der NATO-AWACS-Flugzeuge über der Türkei eine “bewaffnete Unternehmung” im o.g. Sinne darstellt.

a. Kein Beurteilungsspielraum der Bundesregierung

Wie soeben gezeigt, ist zur Beantwortung dieser Frage eine Prognose erforderlich, ob die “qualifizierte Erwartung” besteht, dass deutsche Soldaten in die Anwendung von Waffengewalt verwickelt werden könnten. Bei Prognoseentscheidungen wertenden Charakters wird im einfachen Recht nicht selten vertreten, dass dem zur Prognose berufenen Organ ein gewisser Beurteilungsspielraum zustehe, der gerichtlich nur auf Beurteilungsfehler überprüfbar sei, weil das Gericht seine eigene Prognose nicht an die Stelle der Prognose des zuständigen Organs setzen dürfe (vgl. Maurer, VerwR BT, 16. Auflage 2006, § 7 Rn 41 m.w.N.; BVerwG 79, 208, 213). Das BVerfG lehnt einen solchen Beurteilungsspielraum der Bundesregierung hier aber ab mit der Folge, dass die Prognoseentscheidung ohne Einschränkungen voll gerichtlich überprüfbar ist:

[82] “Die Frage, ob eine Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Unternehmungen besteht, ist gerichtlich voll überprüfbar; ein vom Bundesverfassungsgericht nicht oder nur eingeschränkt nachprüfbarer Einschätzungs- oder Prognosespielraum ist der Bundesregierung hier nicht eröffnet. Solche Spielräume werden im Bereich der auswärtigen Gewalt regelmäßig angenommen, weil nur dadurch der grundsätzliche Handlungsvorrang der Exekutive zur Geltung gebracht werden könne (vgl. BVerfGE 4, 157 [168 f.]; 66, 39 [60 f.]; 68, 1 [97]; Hailbronner, VVDStRL 56 [1997], S. 7 [11 ff.]; Schwarz, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik, 1995, S. 202 ff.). Wo solche Entscheidungsräume nach materiellem Verfassungsrecht nicht bestehen, fehlt es indes schon an der Voraussetzung für eine funktionell-rechtliche Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte. Da das Grundgesetz dem Deutschen Bundestag, soweit der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt reicht, ein originäres Mitentscheidungsrecht im Bereich der auswärtigen Gewalt

zuweist, besteht in diesem Bereich jenseits der Eilkompetenz gerade kein eigener Entscheidungsraum der Exekutive (vgl. bereits BVerfGE 108, 34 [44]). Ein solcher würde aber der Sache nach systemwidrig eingeführt, wenn die Bundesregierung hinsichtlich der Frage, ob eine Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen unmittelbar zu erwarten ist, über einen vom Bundesverfassungsgericht nicht zu kontrollierenden Prognosespielraum verfügte.“

b. Prognose der “qualifizierten Erwartung” einer “bewaffneten Unternehmung”

[83] “Nach diesem Maßstab war die Beteiligung deutscher Soldaten an der Luftraumüberwachung der Türkei durch die NATO vom 26. Februar bis zum 17. April 2003 ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte, der nach dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt der Zustimmung des Deutschen Bundestags bedurfte. Deutsche Streitkräfte waren mit der Teilnahme an diesem Einsatz ungeachtet des Ausbleibens von Kampfhandlungen in bewaffnete Unternehmungen einbezogen.“

aa. Greifbare tatsächliche Anhaltspunkte

[84] “Mit der Luftraumüberwachung der Türkei in AWACS-Flugzeugen der NATO haben sich deutsche Soldaten an einem Militäreinsatz beteiligt, bei dem greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine drohende Verstrickung in bewaffnete Auseinandersetzungen bestanden.

[85] Die eingesetzten AWACS-Aufklärungsflugzeuge waren Teil eines Systems konkreter militärischer Schutzmaßnahmen gegen einen befürchteten Angriff auf das Bündnisgebiet der NATO. Zum ersten Mal in der Geschichte des nordatlantischen Bündnisses hatte die Türkei Konsultationen nach Art. 4 des NATO-Vertrags beantragt, weil sie sich durch den sich abzeichnenden militärischen Konflikt im Irak und die Drohung des irakischen Diktators Saddam Hussein, jeder Verbündete der USA in der Region werde das Ziel irakischer Militäroperationen sein, bedroht fühlte. Daraufhin autorisierte der Verteidigungsplanungsausschuss der NATO die “Operation Display Deterrence”, in deren Vollzug neben der Verlegung von AWACS-Aufklärungsflugzeugen zur Überwachung des türkischen Luftraums auch das Flugabwehrraketensystem PATRIOT zur Abwehr möglicher Raketenangriffe aus dem Irak, auch mit chemischen und biologischen Waffen, auf dem Gebiet der Türkei stationiert wurde. Die Operation diente damit nicht nur in einem eher symbolischen Sinne der bloßen Abschreckung, sondern traf bereits konkrete Vorkehrungen gegen einen durch die sicherheitspolitische Lage möglich gewordenen militärischen Angriff auf die Türkei.

Deutsche Soldaten haben sich insoweit nicht lediglich an Maßnahmen beteiligt, die in einem System gegen-

seitiger kollektiver Sicherheit wie der NATO alltägliche Praxis ohne konkreten Bezug zu einer bewaffneten Auseinandersetzung ("Bündnisroutine") sind und somit die verfassungsrechtlich entscheidende Schwelle zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte nicht überschreiten. Der Bereich des Alltäglichen war durch die präzedenzlosen Konsultationen nach Art. 4 des NATO-Vertrags wegen der Bedrohung eines Mitgliedstaats und die in diesem Rahmen getroffene Bündnisentscheidung zu einer besonderen Sicherungsoperation bereits zu Beginn der "Operation Display Deterrence" verlassen. Der nach allen damaligen Erkenntnissen bevorstehende Krieg im Irak und die Drohung des Irak gegen alle Verbündeten der USA in der Region, deren militärische Realisierbarkeit nicht verlässlich eingeschätzt werden konnte, erlauben es nicht, mit der Antragsgegnerin von Maßnahmen der NATO-Kräfte zu sprechen, die zum alltäglichen Bündnisprogramm der Aufklärung, Sicherung und Abschreckung des Militärbündnisses zählen, wie sie an dessen geographischen Flanken schon zu Zeiten der Blockkonfrontation üblich waren. Vielmehr hatte die Überwachung des türkischen Luftraums von Beginn an einen spezifischen Bezug zu einer aufgrund konkreter Umstände für möglich gehaltenen militärischen Auseinandersetzung mit dem Irak. [...]

bb. Hinreichende Nähe der Bundeswehrsoldaten zum bewaffneten Konflikt

[87] "An einer solchen drohenden militärischen Auseinandersetzung wären deutsche Soldaten beteiligt gewesen. [...]"

[89] Wo im integrierten Verteidigungssystem die jeweilige Befehlsgewalt liegt, ist aus der Sicht des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts nicht entscheidend. Hierfür kommt es allein darauf an, dass in dem dargestellten integrierten militärischen System die AWACS-Flugzeuge durch die Weitergabe ihrer Aufklärungsinformationen und ihre Feuerleitfunktion eine wesentliche und auch notwendige Rolle bei militärischen Abwehrreaktionen gespielt hätten. Damit wäre bei einem Angriff des Irak auf die Türkei auch die Bundesrepublik Deutschland in der solcherart angelegten Bündnisautomatik unmittelbar kämpfende Partei geworden. Dass es sich dabei allein um eine Verteidigung der Türkei gegen einen Angriff und nicht etwa um eine deutsche Beteiligung an einem offensiven Vorgehen gegen den Irak gehandelt hätte, wie es die Antragsgegnerin stets abgelehnt hatte, ist unerheblich. Für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt kommt es nicht darauf an, ob der Einsatz defensiv ist. Der Deutsche Bundestag muss ausnahmslos jedem Einsatz bewaffneter Streitkräfte zustimmen.

[90] Eine Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen war auch unmittelbar zu erwarten. Es bestand eine besondere Nähe zu einer solchen Auseinandersetzung derart, dass die Einho-

lung der Zustimmung des Deutschen Bundestags nicht ohne Funktionsverlust hinausgeschoben werden konnte.

[91] Spätestens mit den aufgrund der Lageverschlechterung erweiterten Einsatzregeln hing die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen nur noch davon ab, ob und wann der Irak einen Angriff auf die Türkei unternehmen würde. Denn in diesem Fall, dessen Wahrscheinlichkeit sich ab dem 20. März 2003 durch den Beginn der kriegerischen Handlungen im Irak noch einmal erhöht hatte, wären die Handlungen deutscher Soldaten ohne jede zeitliche Verzögerung wesentlicher Teil einer sofortigen militärischen Abwehrreaktion geworden, weil die AWACS-Flugzeuge jederzeit mit ihrer Feuerleitfunktion zur Verfügung standen. Damit war eine Situation eingetreten, in der in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht alle grundsätzlichen Entscheidungen hinsichtlich der Anwendung von Waffengewalt durch die NATO unter Beteiligung deutscher Soldaten bereits getroffen waren. Zwar bestand Unsicherheit darüber, ob eine militärische Reaktion erforderlich werden würde, doch war der Geschehensablauf insoweit nicht mehr planbar, weil alles davon abhing, ob der irakische Diktator Saddam Hussein seine Drohung mit Militärschlägen wie in der Vergangenheit verwirklichen würde.

[92] Eine Parlamentsbeteiligung erst im Fall des Überschreitens der Schwelle der tatsächlichen Gewaltanwendung, auf die die Antragsgegnerin verweist, hätte das Zustimmungserfordernis um seine Funktion gebracht: Die NATO wollte nicht erst für den Fall eines irakischen Angriffs über ihr weiteres Vorgehen entscheiden, so dass die Antragsgegnerin etwa vor der Billigung diesbezüglicher Einsatzregeln im Verteidigungsplanungsausschuss den Deutschen Bundestag um seine Zustimmung hätte ersuchen können, zumal ein irakischer Angriff eine sofortige Abwehrreaktion erfordert hätte und diese von den Einsatzregeln auch zugelassen war. Wäre es zur Anwendung bewaffneter Gewalt unter Beteiligung deutscher Soldaten gekommen, hätte das Parlament nur noch im Nachhinein entscheiden und gegebenenfalls den Rückzug der deutschen Soldaten verfügen können. Eine nur nachträgliche Beteiligung des Deutschen Bundestags ist indes, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 ausgeführt hat, nur bei Gefahr im Verzug zulässig (vgl. BVerfGE 90, 286 [388]). Von Gefahr im Verzug kann aber dann nicht die Rede sein, wenn sich – wie hier – über einen Zeitraum von Wochen Anhaltspunkte für ein verteidigungspolitisches Szenario verdichten, das die Anwendung bewaffneter Gewalt erfordern könnte, und daraufhin alle rechtlichen und tatsächlichen Vorkehrungen für eine militärische Reaktion getroffen werden. Dass eine nachgelagerte Parlamentsbeteiligung keinen Ausgleich für das Unterlassen einer vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestags darstellen kann (vgl. auch Rupp, a.a.O., S. 899),

zeigt sich im konkreten Fall überdies besonders deutlich. So hat Generalleutnant Dora in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass ein Abzug der deutschen Soldaten aus dem AWACS-Verband der NATO faktisch nicht möglich sei. Angesichts der zahlenmäßigen Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland und der stets zwischen Deutschland und den USA alternierenden Kommandogewalt sei eine Beendigung der deutschen Mitwirkung eine rein hypothetische Option. Ohne die gesamte AWACS-Truppe und ihren Einsatz in Frage zu stellen und die NATO damit zu zwingen, die gesamte Operation einzustellen, sei ein Abzug der deutschen Soldaten nicht möglich.”

C. Ergebnis

Der Einsatz der NATO-AWACS-Flugzeuge stellte eine bewaffnete Unternehmung der Bundeswehr im Ausland dar, für die das Grundgesetz in der Gesamtschau seiner Normen einen wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt beinhaltet. Dass die Bundesregierung den Deutschen Bundestag gleichwohl nicht an der Entscheidung über den Einsatz beteiligt hat, verstieß also gegen das Grundgesetz. Der zulässige Antrag der FDP-Fraktion ist somit auch begründet und hat Erfolg.

Standort: Spielvertrag

Problem: Zahlungsanspruch gegen Spieler

BGH. URTEIL VOM 03.04.2008

III ZR 190/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Zahlung von Spieleinsätzen aus einem Online-Spiel. Die Kl. betreibt eine konzessionierte Spielbank in Wiesbaden und bietet in diesem Zusammenhang auch die Teilnahme am Internet-Roulette an. Im Oktober 2004 schlossen die Parteien einen Rahmenvertrag ab, welcher Voraussetzung für die Teilnahme am Online-Roulette war. Ferner registrierte sich der Bekl. auf der Website der Kl.. Dabei bestimmte der Bekl. kein Limit, innerhalb dessen er Spieleinsätze tätigen wollte. Allerdings war sowohl im Rahmen der Spielbankerlaubnis als auch in den AGB der Kl. die Eingabe eines Limits als verpflichtend vorgesehen. Ein Jahr später nahm der Bekl. dann am Roulette-Spiel teil. Der Kl. hatte per Kreditkarte einen Betrag i.H.v. 4000 € auf sein Spielerdepot überwiesen und er verlor im Lauf des Spiels alles. Als dem Bekl. Zweifel an der Wirksamkeit der Spielverträge kamen, ließ er den Betrag der Spieleinsätze von dem Kreditkartenunternehmen zurückbuchen.

Das Amtsgericht hat die Klage der Spielbank gegen den Spieler abgewiesen. Das Landgericht hat ihr auf die Berufung der Kl. hin stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Bekl. - erfolglos - mit der vom Landgericht zugelassenen Revision.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung befasste sich der erkennende Senat mit der Frage, ob die Spielbank einen Anspruch auf Zahlung der Spieleinsätze gegen den Spieler hat.

Vorliegend handelt es sich bei der Kl. um eine staatlich konzessionierte Spielbank, die einen erlaubten Online-Roulette-Spielbetrieb unterhält. Im Hinblick auf die Konzession der Kl. ist tatsächlich ein Anspruch der Spielbank gegen den Bekl. begründet worden, §§

311, 241 BGB i.V.m. § 763 S. 1 BGB.

Der Schwerpunkt der Prüfung ist in diesem Fall die Wirksamkeit des Spielvertrages. Dort war zu problematisieren ein Mangel inhaltlicher Art. Zu prüfen waren also die §§ 134, 138 BGB.

Zunächst stellte sich die Frage, ob ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB gegeben war. Ein Verbotsgesetz ist dann gegeben, wenn ein Rechtsgeschäft wegen der besonderen Umstände, unter denen es vorgenommen wird, wegen seines Inhalts oder wegen seines bezweckten Rechtserfolges untersagt wird (Brox, Allgemeiner Teil des BGB Rn 275). In Betracht kam zunächst ein Verstoß gegen § 284 StGB. Dabei handelt es sich um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB. § 284 StGB betrifft das verbotene Glücksspiel. Dadurch kommt zum Ausdruck, dass die Rechtsordnung dieses bestimmte Verhalten des verbotenen Glücksspiels missbilligt (Vgl. Brox, Allgemeiner Teil des BGB Rn 275). Allerdings wurde das Verbotsgesetz nicht verletzt. Es mangelte bereits an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes, da es sich um ein erlaubtes Glücksspiel handelte. Die zum Betrieb eines solchen Spiels erforderliche Konzession lag unstreitig vor. Im Anschluss daran war zu erörtern, ob der Verstoß gegen § 5 des Spielbankerlaubnis einen Verstoß gem. § 134 BGB rechtfertigt. Gem. § 5 des Spielbankerlaubnis ist seitens des Spielers verpflichtend ein Limit der Einsätze zu bestimmen. Allerdings war es im konkreten Fall möglich, auch ohne ein Limit zu setzen am Spielbetrieb teilnehmen zu können. Jedoch handelt es sich bei dieser Norm nicht um ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB, sondern vielmehr um eine Auflage. Jeder Spieler ist verpflichtet, ein Limit der Spieleinsätze zu bestimmen. Regelungsgehalt ist also nicht die Missbilligung der Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäfts, sondern die Regelung des Spielprozederes an sich.

Danach war zu überprüfen, ob ein Mangel gem. § 138 I BGB vorlag. Zwar ist § 138 II BGB vorrangig zu bedenken, jedoch war kein Anhaltspunkt für Wucher

i.d.S. ersichtlich. Nach der Rechtsprechung ist ein Rechtsgeschäft dann sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen verstößt (Palandt-Heinrichs, § 138 Rn 2; NJW 2004, 2668). Bei Spielverträgen ist dies dann der Fall, wenn die Verträge unter Ausnutzung der Unerfahrenheit, des Leichtsinns oder einer Zwangslage zustandekommen (RGZ 70, 1). Die Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB kam in zweierlei Hinsicht in Betracht. Zum einen lag bei der Umgehung der Eingabe eines Limits die wirtschaftliche Überforderung des Spielers nahe, so dass die Sittenwidrigkeit zu prüfen war. Sinn und Zweck der zwingenden Limiteingabe ist, dass sich der Spieler vor Beginn des Spiels Gedanken darüber machen soll, inwieweit er Risiken beim Spiel eingehen will oder nicht. Das zeigt jedoch deutlich, dass jedem Spiel das Risiko des Verlustes der Einsätze innewohnt. Dieser Umstand allein vermag also die Sittenwidrigkeit nicht zu begründen. Jedoch war zu überlegen, ob mit den Online-Roulette-Spielen die Spielsucht besonders gefördert bzw. verstärkt wird. Der Schutz vor Gefahren der Spielsucht ist jedoch nicht die Zielrichtung der Limiteingabe. Der Schutz spielsüchtiger oder suchtgefährdeter Personen wird vielmehr dadurch gewährleistet, dass diese einen Sperrvertrag gem. §§ 311, 241 BGB mit den Spielbanken schließen. Eine vergleichbare Schutzfunktion kann der Voreinstellung eines Limits nicht zukommen. Bei spielsüchtigen Nutzern ist bereits fraglich, ob sie vor der Spielteilnahme noch einschätzen können, in welchem finanziellen Rahmen sie vertretbar spielen können. Gegen die Effektivität eines generellen Limits spricht auch, dass die Höhe des Limits vom Nutzer frei gewählt werden kann und nicht seinen wirtschaftlichen Verhältnissen angepasst sein muss. Daher war hier der Anspruch auch zu bejahen und die Revision hatte keinen Erfolg.

Vertiefungshinweise:

Zum Verbotsgesetz: *BGH*, RA 2007, 215 (Abtretung); *Beater*, AcP 197, 505; *BGH*, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45 (Schenkkreis); *BGH*, RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490 (Kauf eines Radarwarngerätes); *Taupitz*, JZ 1994, 221; *Otte*, JA 1985, 192

Zum Spielvertrag: *BGH*, RA 2006, 47 (Pflichten der Spielbank nach Selbstsperre); *BGH*, RA 2008, 22 (Pflichten der Spielbank nach Selbstsperre); *Nelle/Beckmann*, ZIP 2005, 887; *Diekmann/Hoffmann*, NJW 2004, 2642; *Horn*, NJW 2004, 2047; *Janz*, NJW 2003, 1649; *Adams/Tolkemitt*, ZRP 2001, 511

Zur culpa in contrahendo: *BGH*, RA 2006, 664; *OLG Köln*, RA 2005, 404; *Grölscher*, NJW 2005, 1601; *Köster*, Jura 2005, 145

Kursprogramm:

Examenskurs: "Kurzfälle zur Saldotherorie"

Examenskurs: "Schwarzarbeit"

Examenskurs: "Mieser Klebstoff"

Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze:

1. Der Verstoß gegen die mit einer Spielbankerlaubnis für Internet-Glücksspiele verknüpfte Auflage, dass jeder Spieler vor Spielbeginn ein Limit bestimmt, führt nicht zur Nichtigkeit der Spielverträge nach § 134 BGB i.V.m. § 284 I StGB.

2. Ohne vorheriges Setzen eines Limits abgeschlossene Internet-Spielverträge sind auch nicht nach § 138 I BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

Sachverhalt:

Die Kl. betreibt in Wiesbaden eine zugelassene Spielbank und bot im Internet die Möglichkeit an, online an einem Roulette teilzunehmen. Sie nimmt den Bekl. auf Begleichung verlorener Wetteinsätze aus einem solchen Online-Spiel in Anspruch.

Für das Internet-Spielangebot der Kl. wurde am 12.07.2004 auf der Grundlage von § 1 I und II 1, § 2 I und IV, § 3 II 2 des Hessischen Spielbankgesetzes vom 21.12.1988 (GVBl. 1989 I S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.11.2002 (GVBl. I S. 702), eine Spielbankerlaubnis erteilt, deren § 2 Nr. 1 lautet:

"Teilnahmeberechtigt am Internetspielangebot sind nur Personen ab 21 Jahre,

a) die ihren Hauptwohnsitz in Hessen haben oder

b) sich zum Zeitpunkt der Spielteilnahme in Hessen aufhalten ..."

In § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis heißt es:

"Jeder Spieler bestimmt bei seiner Registrierung ein für ihn geltendes tägliches, wöchentliches oder monatliches Limit. Nachträgliche Erhöhungen dieses Limits sind erst nach einem Ablauf von 24 Stunden, Verminderungen sofort zulässig."

Eine entsprechende Regelung enthält § 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Internet-Spiel der Kl.

Am 02.10.2004 schloss der Bekl. mit der Kl. einen Rahmenvertrag ab, der Voraussetzung für die Teilnahme an dem Online-Roulette war. Im Rahmen der außerdem erforderlichen Registrierung auf der Webseite der Kl. bestimmte der Bekl. kein wirksames Limit. Zu diesem Zeitpunkt war in der Maske des Registrierungsprogramms die Option "Ich möchte kein Limit setzen" voreingestellt. Wenn der Nutzer kein Limit einsetzte oder ein Limit ohne Auswahl aus den Optionen "pro Tag, pro Woche und pro Monat" angab, konnte er die Registrierung fortsetzen und nach Abschluss des Rahmenvertrages ohne betragsmäßige Begrenzung am Spiel teilnehmen.

Am 04.09.2005 meldete sich der Bekl. von seinem Wohnsitz in Koblenz aus zur Teilnahme am Online-Spiel bei der Kl. an, wobei er eine Adresse in Hessen

als aktuellen Aufenthaltsort angab und die zu dieser Adresse gehörige Festnetztelefonnummer eines Bekannten nannte. Dieser gab die ihm von der Kl. mitgeteilten Daten zur Aufnahme des Spiels an den Bekl. weiter. Per Kreditkarte überwies der Bekl. auf sein bei der Kl. geführtes Spielerdepot insgesamt 4.000 €. Die Einsätze und die zwischenzeitlich erzielten Gewinne verspielte der Bekl. am selben Tag aufgrund von 186 einzelnen Spielverträgen. Später ließ der Bekl. die Belastungen seiner Kreditkarte rückgängig machen. Die Kl. begehrt von dem Bekl. die Bezahlung der Wetteinsätze.

Der Bekl. hält die mit der Kl. abgeschlossenen Spielverträge insbesondere wegen der Ausgestaltung der Limiteingabe für nichtig und lehnt eine Zahlung ab.

Prüfen Sie gutachterlich, ob der Kl. ein Anspruch auf Zahlung der Spieleinsätze in Höhe von 4000 € gegen den Bekl. zusteht.

Lösung:

Fraglich ist, ob ein Anspruch aus einem Spielvertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB i.V.m. § 763 S. 1 BGB besteht. Dazu müsste ein wirksamer Spielvertrag geschlossen worden sein.

[Anm.: § 763 S. 1 BGB enthält eine zwar lückenhafte, jedoch analogiefähige Regelung der staatlich genehmigten Spiele. Entgegen § 762 I 1 BGB sind Lotterien- und Ausspielverträge verbindlich, wenn sie staatlich genehmigt wurden. Lotterien- und Ausspielverträge sind Veranstaltungen, bei denen ein Veranstalter mit einer Mehrzahl von Teilnehmern Verträge schließt, in denen er verspricht, gegen die Leistung eines zumeist in Geld bestehenden Einsatzes nach Maßgabe des Spielplans Gewinne an die spielplanmäßig ermittelten Gewinner zu leisten ((Palandt-Sprau, § 763 Rn 1 a). Die Ausspielung unterscheidet die Lotterie allein dadurch, dass bei ihr als Gewinn nicht Geld, sondern Sachwerte in Aussicht gestellt sind (RGZ 60, 379). Vorliegend handelt es sich um ein Online-Roulette. Dies ist ein staatlich genehmigtes Spiel anderer Art. Auf die sonstigen Spielverträge findet § 763 BGB wenigstens entsprechende Anwendung (MünchKommHabersack, § 763 Rn 7).]

I. Einigung

Die Parteien müssten sich über den Abschluss eines Spielvertrages gem. §§ 145 ff. BGB geeinigt haben. Vorliegend ist die Einigung unproblematisch zu bejahen.

[Anm.: Die Mittelsperson des Freundes des Bekl. dürfte als Bote zu verstehen sein. Ausführungen dazu waren hier entbehrlich, weil die Einigung ohne Zweifel vorlag und der Schwerpunkt der Prüfung die Wirksamkeit der Einigung betraf. Der Umstand, dass sich

der Bekl. die Teilnahme an dem Spiel mit Hilfe seines Freundes erschlichen hat, hätte allenfalls ein Anfechtungsrecht der Kl. begründen können, wovon die Kl. jedoch keinen Gebrauch gemacht hat.]

II. Wirksamkeit der Einigung

Die Einigung müsste wirksam sein.

1. Einwand gem. § 762 I 1 BGB

Es könnte der Einwand gem. § 762 I 1 BGB greifen. Demnach werden Verbindlichkeiten durch Spiel oder Wette nicht begründet. Allerdings greift hier der Einwand wegen § 763 S. 1 BGB nicht. Im vorliegenden Fall war der Betrieb des Spiels nach dem Sachverhalt konzessioniert. Dazu führt der erkennende Senat aus: [16] “Der Wirksamkeit der Spielvereinbarungen steht nicht die Vorschrift des § 762 I 1 BGB entgegen, wonach durch Spiel oder Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Diese Bestimmung findet nach § 763 BGB keine Anwendung, weil für das Online-Roulette die zugrunde liegende Spielbankerlaubnis für ein Internet-Spielangebot der Kl. erteilt worden war.”

2. Verstoß gegen § 312 e I 1 Nr. 1 BGB

Es könnte ferner ein Verstoß gegen § 312 e I 1 Nr. 1 BGB vorliegen. Gem. § 312 e I 1 Nr. 1 BGB muss der Unternehmer angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zum Erkennen und zur Berichtigung von Eingabefehlern bei Bestellungen zur Verfügung stellen. Unter dem Begriff der Bestellung i.d.S. ist nicht nur das Angebot und die Annahme zu verstehen, sondern auch die invitatio ad offerendum (Klimke, CR 2005, 582). Die Frage des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen kann im vorliegenden Fall offen bleiben, weil die Wirksamkeit des Vertrages vom Verstoß gegen § 312 e I 1 Nr. 1 BGB unberührt bleibt (Grigolet, WM 2001, 597).

“[25] Gegenüber dem Zahlungsanspruch der Kl. kann sich der Bekl. auch nicht auf einen Verstoß gegen § 312e I 1 Nr. 1 BGB berufen. Nach dieser Vorschrift hat ein Unternehmer bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr dem Kunden angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Erkennung und Berichtigung von Eingabefehlern zur Verfügung zu stellen. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob zu den Dienstleistungen im Sinne dieser Bestimmung in Anlehnung an § 312d IV Nr. 4 BGB auch Wett- und Lotterien-Dienstleistungen zählen, wie das Berufungsgericht meint. Dahinstehen kann auch, ob die nach dem Registrierungsprogramm der Kl. gegebene Möglichkeit einer Registrierung ohne Bestimmung eines Limits als Eingabefehler zu qualifizieren ist. Jedenfalls steht ein Verstoß gegen diese Norm der Wirksamkeit der Spielverträge nicht entgegen (Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 312e Rn. 11 m.w.N.).”

[Anm.: Die Verletzung des § 312 e I BGB kann allenfalls eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II BGB begründen und daher einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 311 II/III, 241 II BGB begründen (Palandt-Grüneberg, § 311 e Rn 11).]

3. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz § 134 BGB

Der Vertrag könnte wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB nichtig sein. Fraglich ist, welches Gesetz ein Verbotsgesetz i.d.S. ist. Der Begriff des Gesetzes i.d.S. entspricht dem des § 2 EGBGB, mithin ist jedes materielle Gesetz tauglich. Verbotsgesetze in diesem Sinne sind Vorschriften, die eine nach der Rechtsordnung grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen (Palandt-Heinrichs, § 134 Rn 5). Verbotsgesetze betreffen also Rechtsgeschäfte, die der Betroffene vornehmen kann, aber nicht vornehmen darf. Grundsätzlich genügt es, wenn gegen das Gesetz objektiv verstoßen wird (BGHZ 116, 276; 122, 122; BayObLG, NJW 2000, 1875). Verschulden ist daher nicht erforderlich; anderes nur dann, wenn Strafgesetze als Schutzgesetze eingewandt werden. In diesen Fällen muss auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein (Palandt-Heinrichs, § 134 Rn 12 a).

a. Verstoß gegen § 284 StGB

Es könnte ein Verstoß gegen § 284 StGB in Betracht kommen. Dazu müsste es sich zum einen um ein Verbotsgesetz handeln, und zum anderen müsste der Tatbestand objektiv und subjektiv verwirklicht worden sein.

Es müsste ein Verbotsgesetz vorliegen. Strafgesetze sind im Zweifel Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB (Palandt-Heinrichs, § 134 Rn 24). Vorliegend wird gem. § 284 I StGB der Betrieb eines nicht erlaubten Glückspiels mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr sanktioniert. Hier soll ein grundsätzlich zulässiger Abschluss eines Spielvertrages gem. §§ 311, 241 BGB insbesondere wegen der Zielsetzung und der Begleitumstände untersagt werden. Also liegt ein Verbotsgesetz vor.

Zudem müsste das Gesetz verletzt sein. Der objektive Tatbestand müsste zunächst erfüllt sein. Tathandlung ist das Ermöglichen des Spiels als Veranstalter, "Halter", oder Bereitsteller von Spieleinrichtungen (Joecks, § 284 Rn 4). Allerdings schließt eine behördliche Erlaubnis den Tatbestand aus. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Genehmigung rechtmäßig erteilt ist; entscheidend ist allein die verwaltungsrechtliche Wirksamkeit (Joecks, § 284 Rn 5). Vorliegend ist unstreitig eine Erlaubnis erteilt worden. Daher scheidet bereits der objektive Tatbestand aus. Mithin ist das Verbotsgesetz nicht verletzt.

[18] "Der Tatbestand der unerlaubten Veranstaltung eines öffentlichen Glückspiels im Sinne des § 284 I

StGB ist in Anbetracht der das Internet-Spiel umfassenden Spielbankerlaubnis nicht erfüllt. Ein Gesetzesverstoß ergibt sich auch nicht daraus, dass der Bekl. entgegen den Vorgaben der Spielbankerlaubnis am Online-Roulette mitspielte, obwohl er zur Zeit der Spielteilnahme weder seinen Hauptwohnsitz in Hessen hatte noch sich dort aufhielt. Die Kl. gestattete entsprechend der für ihr Internet-Spielangebot erteilten Erlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland weilen den Personen die Teilnahme an dem Online-Glücksspiel nur unter der Voraussetzung, dass sie entweder ihren Hauptwohnsitz in Hessen hatten oder sich dort zum Zeitpunkt der Spielteilnahme aufhielten. Die ordnungsgemäße Zulassungspraxis der Kl. unterlief der Bekl., indem er sich durch die unrichtige Angabe eines Aufenthaltsorts in Hessen und unter Einschaltung eines Mittelsmannes die Teilnahme an dem Online-Spiel erschlich.

[Anm.: Die Regelungen bezüglich des Betriebs einer Spielbank sind Bestandteil des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts und in Ermangelung einer entsprechenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes in landesrechtlichen Vorschriften aufgegangen (BVerfGE 28, 119 = JZ 1970, 411). Um eine solche Regelung handelt es sich bei dem Hessischen Spielbankengesetz, auf welchem die Spielbankerlaubnis beruht.]

Folglich ist kein Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 284 I StGB gegeben.

b. Verstoß gegen § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis

Es könnte ein Verstoß gegen § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis vorliegen. Dazu müsste ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB gegeben sein. Gemäß der Spielbankerlaubnis muss jeder Spieler bei seiner Registrierung ein für ihn geltendes tägliches, wöchentliches oder monatliches Limit bestimmen. Allerdings ist darin nur eine Auflage zu sehen, die mit der Zulassung zum Online-Spiel verknüpft ist. Also handelt es sich nicht um einen Regelungstatbestand, der ein grundsätzlich erlaubtes Rechtsgeschäft wegen der Art seines Zustandekommens oder seiner Zwecksetzung verbietet.

[19] "Der Umstand, dass die Kl. abweichend von § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis in ihrem Registrierungsprogramm eine Teilnahme an dem Online-Glücksspiel ohne Setzen eines wirksamen Limits ermöglichte, führt nicht zu einer Gesetzeswidrigkeit der Spielverträge. Die Vorgabe, dass jeder Spieler bei seiner Registrierung ein für ihn geltendes tägliches, wöchentliches oder monatliches Limit bestimmt, stellt kein Verbotsgesetz dar. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine mit der Zulassung des Online-Spiels verknüpfte Auflage, deren Missachtung weder nach § 284 I StGB strafbar ist noch den Spielvertrag nach § 134 BGB i.V.m. § 284 I StGB nichtig macht (vgl. BGHZ 47, 393, 398)."

Mithin ist die Einigung insoweit wirksam.

4. Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

Die Einigung könnte gegen § 138 I BGB verstoßen und daher nichtig sein. Fraglich ist, ob Spielverträge sittenwidrig sind. In Betracht kommt die Sittenwidrigkeit deshalb, weil bei der Umgehung der Eingabe des Limits eine wirtschaftliche Überforderung des Spielers eintreten kann. Nach der Rechtsprechung ist ein Rechtsgeschäft dann sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen verstößt (Palandt-Heinrichs, § 138 Rn 2; NJW 2004, 2668). Bei Spielverträgen ist dies dann der Fall, wenn die Verträge unter Ausnutzung der Unerfahrenheit, des Leichtsinns oder einer Zwangslage zustandekommen (RGZ 70, 1). Darunter fallen insbesondere Spielverträge, die die Spielsucht fördern.

Dazu führte der erkennende Senat aus:

[21] "Als sittenwidrig im Sinne dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft zu beurteilen, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist (Senatsurteil vom 17.01.2008 - III ZR 239/06 - NJW 2008, 982, 983 Rn. 11; BGHZ 107, 92, 97; 146, 298, 301; BGH, Urteile vom 29.06.2005 - VIII ZR 299/04 - NJW 2005, 2291, 2292 unter II. B. 1. a) aa); vom 06.02.2007 - X ZR 117/04 - NJW 2007, 1806, 1807 Rn. 10; jew. m.w.N.). Das kann bei Spielgeschäften angenommen werden, wenn sie unter Ausnutzung der Unerfahrenheit, des Leichtsinns oder einer Zwangslage eines Beteiligten zustande kommen (MünchKomm/Habersack, BGB, 4. Aufl., § 762 Rn. 17 m.w.N.; vgl. RGZ 70, 1, 3). Das mag auch für solche Spielverträge gelten, die so konzipiert sind, dass sie der Spielsucht und problematischem Spielverhalten in besonderem Maße Vorschub leisten. (...)"

a. Sittenwidrigkeit von Spielverträgen bei Umgehung des Limits wegen wirtschaftlicher Überforderung

Vorliegend könnte Anknüpfungspunkt für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB der Umstand sein, dass eine Umgehung der Limit-Auflage gem. § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis die wirtschaftliche Überforderung der Spieler begünstigt. Hier wurde die Eingabe eines Limits freigestellt und nicht - wie in § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis vorgesehen - zwingend vorausgesetzt. Sicherlich dient die Auflage dem Spielerschutz. Dies deshalb, weil sich jeder Spieler vor Beginn des jeweiligen Spiels überlegen soll, in welcher Höhe er Spieleinsätze zur Verfügung stellen will. Dies soll bereits vor der Aufnahme des Spiels erfolgen, weil in dieser Situation ein Schutz vor Übereifer besteht; der Spieler ist noch nicht durch den Verlauf des Spieles beeinflusst ("Sogwirkung des Spiels").

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass eine Be-

einflussung der Hingabe der Wetteinsätze jedem Glücksspiel innewohnt. Das bedeutet, dass eine Förderung der Spielsucht nicht allein auf diesem Umstand beruhen kann. Jeder Spieler hat die Möglichkeit innerhalb der Eigenverantwortung seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit selbst einzuschätzen.

"(...) Auf eine systematische Förderung der Spielsucht sind die zwischen den Parteien abgeschlossenen Spielverträge aber nicht angelegt. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, eine Sittenwidrigkeit ergebe sich daraus, dass die Kl. durch bewusste Umgehung der Limit-Auflage eine mögliche Spielsucht der Spieler ausgenutzt habe. Zwar hat die Kl. mit der Ausgestaltung des Registrierungsprogramms gegen § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis verstoßen. Der Wortlaut dieser Auflage ist insoweit eindeutig, als die Eingabe eines Limits dem Nutzer nicht freigestellt werden kann, sondern zwingend vorzuschreiben ist. Diese Vorgabe dient - was das Berufungsgericht herausgestellt hat - dem Spielerschutz. Jeder Teilnehmer soll sich schon vor Aufnahme des ersten Spiels überlegen, welchen Geldbetrag er maximal beim Glücksspiel einsetzen will. Durch das vorherige Einstellen eines Limits kann der Spieler zumindest kurzfristig für den von ihm gewählten Zeitraum davor bewahrt werden, innerhalb des "Soges des Spiels" über den von ihm zunächst für das Glücksspiel eingeplanten Betrag hinaus immer höhere Einsätze zu verspielen. Allerdings ist eine solche "Sogwirkung" nicht mit einer Spielsucht gleichzusetzen, sondern mit jedem Glücksspiel verbunden und verleitet auch nicht spielsüchtige Spieler dazu, das Spiel fortzusetzen und noch weitere Geldbeträge einzusetzen. Der Versuchung zur Erhöhung der Einsätze kann und muss der nicht spielsüchtige Spieler bis zur Grenze des von ihm wirtschaftlich Vertretbaren widerstehen. Er ist aufgrund der ihm nach der Privatautonomie obliegenden Selbstverantwortung gehalten, selbst zu prüfen, wo die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit liegen und welchen Höchstbetrag er beim Glücksspiel einsetzen kann und will. Bei dieser Einschätzung bietet die Möglichkeit, vor Spielbeginn ein Limit zu setzen, nicht spielsüchtigen Nutzern des Online-Roulettes eine sinnvolle Hilfestellung."

b. Sittenwidrigkeit von Spielverträgen bei Umgehung des Limits wegen Gefahren der Spielsucht

Der Spielvertrag könne deshalb sittenwidrig sein, weil durch die fehlende Eingabe des Limits den Gefahren der Spielsucht Vorschub geleistet würde. Der Schutz vor Gefahren der Spielsucht ist jedoch nicht die Zielrichtung der Limiteingabe. Der Schutz spielsüchtiger oder suchtgefährdeter Personen wird vielmehr dadurch gewährleistet, dass diese einen Sperrvertrag gem. §§ 311, 241 BGB mit den Spielbanken schließen. Eine vergleichbare Schutzfunktion kann der Voreinstellung eines Limits nicht zukommen. Bei spielsüchtigen Nutzern ist bereits fraglich, ob sie vor der Spielteilnahme

noch einschätzen können, in welchem finanziellen Rahmen sie vertretbar spielen können. Gegen die Effektivität eines generellen Limits spricht auch, dass die Höhe des Limits vom Nutzer frei gewählt werden kann und nicht seinen wirtschaftlichen Verhältnissen angepasst sein muss. Die Kl. hat keine Möglichkeit zu überprüfen, ob das gewählte Limit angemessen ist, weil sie weder die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Spielers kennt, noch deren Offenbarung verlangen kann. Außerdem kann ein einmal gesetztes Limit, selbst wenn es ursprünglich für die Dauer eines Monats gewählt wurde, schon nach Ablauf von 24 Stunden beliebig erhöht werden. Damit kann eine zu Beginn des Spiels noch gegebene Schutzfunktion alsbald entwertet werden.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

[22] “Indes vermag die Bestimmung eines Limits nicht wirksam vor der jedem Glücksspiel immanenten Gefahr der Sucht zu schützen. Ebenso wie bei anderen Suchterkrankungen der kontrollierte Entzug des Suchtmittels geboten ist, können suchtkranke oder -gefährdete Spieler anerkanntermaßen durch einen überwachten Ausschluss vom Glücksspiel geschützt werden. Daher bieten Spielbanken die Möglichkeit an, gegen potentielle Spieler auf Antrag eine Spielsperre zu verhängen. Das korrespondiert mit ihrer Verpflichtung, den Spielbetrieb aufgrund der erteilten staatlichen Konzession auch am Ziel der Begrenzung und Bekämpfung von Spielsucht und problematischen Spielverhalten auszurichten (vgl. zur entsprechenden Verantwortlichkeit der Anbieter von Sportwetten: BVerfGE 115, 276, 304 ff). Nach der für das Internet-Spielangebot der Kl. erteilten Spielbankerlaubnis und der entsprechenden Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl. können nicht nur Nutzer, sondern für diese auch deren Eltern, Ehepartner, Kinder und Lebensgefährten wegen Spielsucht eine Sperre am Internetspiel verlangen. Der Sinn einer auf eigenen Antrag des Spielers oder seiner Angehörigen verhängten Spielsperre besteht im Schutz des Spielers vor sich selbst. Die Spielbank ist daher verpflichtet, das Zustandekommen von Spielverträgen mit dem gesperrten Spieler zu verhindern, um ihn vor den aufgrund seiner Spielsucht zu befürchtenden wirtschaftlichen Schäden zu bewahren (Senat, BGHZ 165, 276, 280; Senatsurteil vom 22.11.2007 - III ZR 9/07 - WM 2008, 38, 39 Rn. 10). Eine vergleichbare Schutzfunktion kann der Voreinstellung eines Limits nicht zukommen. Bei spielsüchtigen Nutzern erscheint es schon fraglich, ob sie vor der Spielteilnahme noch unbefangen und realistisch einschätzen können, in welchem finanziellen Rahmen sie vertretbar spielen können. Gegen die Effektivität eines generellen Limits - das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beim Glücksspiel in Spielcasinos nicht üblich ist - spricht auch, dass die Höhe des Limits vom Nutzer frei gewählt werden kann und nicht seinen wirtschaftlichen Verhältnissen ange-

passt sein muss. Die Kl. hat keine Möglichkeit zu überprüfen, ob das gewählte Limit angemessen ist, weil sie weder die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Spielers kennt noch deren Offenbarung verlangen kann. Außerdem kann ein einmal gesetztes Limit, selbst wenn es ursprünglich für die Dauer eines Monats gewählt wurde, schon nach Ablauf von 24 Stunden beliebig erhöht werden. Damit kann eine zu Beginn des Spiels noch gegebene Schutzfunktion alsbald entwertet werden. Das obligatorische Setzen eines Limits gewährt somit noch nicht einmal einen Mindestschutz für suchtkranke Spieler.”

Also ist die Einigung auch insoweit wirksam.

c. Sittenwidrigkeit des Spielvertrages wegen niedrigerer Zugangsschwelle für Teilnehmer

Fraglich ist, ob sich die Sittenwidrigkeit des Online-Spiels dadurch ergibt, dass der Spieler beim Zugang zu dem Spiel im Vergleich zur Spielbank eine niedrigeren Hemmschwelle überwinden muss. Dies liegt daran, dass das Online-Spiel zu jeder Tages- und Nachtzeit betrieben werden kann. Zudem muss der Spieler nicht der Kleiderordnung genügen, wie sie in den Spielbanken vorherrscht. Schließlich findet kein öffentliches Spiel statt, in dem sich der Spieler seinen Mitspielern gegenüber sieht. Das bedeutet also, dass es an einem äußeren Rahmen fehlt, der den Spielern jedenfalls auch den Zugang zum Spiel erschwert. Allerdings folgt daraus nicht bereits, dass der Spieler eines höheren Schutzes bedarf. Nachvollziehbar ist, dass sich ein Spieler beim Online-Spiel weniger Gedanken über die Höhe des Spieleinsatzes macht, als eine Person im Casino es täte. Jedoch muss auch beim Online-Spiel der Einsatz im Vorhinein entrichtet werden, so dass sich auch der Spieler, der kein Limit gesetzt hat, Gedanken über die Höhe des Einsatzes machen muss. Diese Entscheidung, das Risiko einzuschätzen und zu setzen, kann dem Spieler nicht abgenommen werden, sie ist jedem Spiel immanent. Jeder nicht spielsüchtige ist in der Lage, eine Einschätzung vorzunehmen. Bei spielsüchtigen Personen würde allerdings anderes gelten. Diese sind ohnehin nicht hinreichend durch das Setzen eines Limits geschützt, weil die Fähigkeit der Einschätzung der Risiken beim Spiel jedenfalls vermindert sein dürfte. Für diese Personenkreise ist der Sperrvertrag gem. §§ 311, 241 BGB ein wirksames Mittel, welches den Spieler vor sich selbst schützt. Auf obige Ausführungen dazu wird verwiesen.

Das Gericht führte dazu aus:

[23] “Erfolglos wendet die Revision weiterhin ein, das Berufungsgericht habe den mit dem Online-Spiel verbundenen Gefahren nicht das nötige Gewicht beigegeben. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass das Internet-Spiel eine deutlich niedrigere Zugangsschwelle für den potentiellen Teilnehmer aufweist als ein Glücksspiel in der Spielbank. Das Online-Roulette kann ohne die Notwendigkeit örtlicher Ver-

änderung vom heimischen Computer aus zu jeder Tages- und Nachtzeit gespielt werden. Der Teilnehmer wird beim Spiel nicht von anderen Personen, insbesondere Croupiers, Aufsichtspersonal und Mietspielern, wahrgenommen und muss sich nicht - etwa durch angemessene Kleidung - in das für ein Spielcasino typische Umfeld einfügen. Dass beim Online-Spiel ein derartiger äußerer Rahmen fehlt, bedeutet aber nicht, dass der Spieler eines erhöhten Schutzes bedarf. Es mag sein, dass er sich die Höhe seiner Einsätze weniger bewusst macht als derjenige, der in einer Spielbank vor Ort zunächst Jetons erwirbt. Allerdings muss auch bei dem von der Kl. veranstalteten Online-Spiel der Einsatz vor Beginn des Spiels geleistet werden, indem ein Betrag auf das sogenannte Spielerdepot überwiesen wird. Daher muss sich auch der Spieler, der kein Limit gesetzt hat, Gedanken darüber machen, welchen Betrag er riskieren kann und möchte. Diese Entscheidung kann dem Nutzer durch die Eingabe eines Limits erleichtert, aber nicht abgenommen werden. Selbst wenn der Reiz des Spiels ohne Anwesenheit von Croupiers und Mitspielern zu einer Erhöhung der Einsätze verleiten mag, ist der nicht spielsüchtige Nutzer in der Lage, die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit eigenverantwortlich einzuschätzen. Der suchtgefährdete oder -kranke Nutzer wird, wie bereits ausgeführt, durch das Setzen eines Limits nicht wirksam von einem ruinösen Spiel abgehalten.“

Also ergibt sich auch aus diesem Gesichtspunkt keine Sittenwidrigkeit des Spielvertrages gem. § 138 I BGB. Daher ist der Spielvertrag wirksam.

Ein Zahlungsanspruch der Kl. gegen den Bekl. ist damit entstanden.

III. Rechtsvernichtende Einwendungen

Solche sind hier nicht ersichtlich.

VI. Ausschluss gem. § 242 BGB (“dolo-agit-Einwand”)

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch nicht gem. § 242 BGB ausgeschlossen ist (dolo-agit-Einwand). Dies ist dann der Fall, wenn der Bekl. gegen den Kl. einen Anspruch auf Freistellung von den Spielschulden hätte. In Betracht kommt dies gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

1. Wirksames Schuldverhältnis gem. § 311 II BGB

Es müsste ein Schuldverhältnis gem. § 311 II, III BGB gegeben sein. In Betracht kommt hier ein Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 1 BGB. Die Parteien haben sogar einen Spielvertrag abgeschlossen, so dass auch Verhandlungen i.S.v. § 311 II Nr. 1 BGB vorlagen. Ein wirksames Schuldverhältnis ist daher gegeben.

[Anm.: Der erkennende Senat bejaht ein Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 2 BGB. Ein Schuldverhältnis mit Pflichten gem. § 241 II BGB entsteht bereits vor

der Aufnahme von Vertragsverhandlungen, wenn eine Partei der anderen zur Vorbereitung eines Vertragschlusses die Möglichkeit zur Einwirkung auf ihre Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihr diese anvertraut. Die Nr. 2 ist der Grundtatbestand von § 311 II BGB und wird durch Nr. 1 und 3 lediglich ergänzt, wobei die Grenzen u.U. fließend sind (Palandt-Grüneberg, § 311 Rn 23). Insbesondere unterfallen der Nr. 2 einseitige Maßnahmen zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen, wie z.B. das Zusenden unbestellter Ware gem. § 241 a BGB. Hier haben die Parteien einen Vertrag geschlossen, so dass die Nr. 1 näher liegen dürfte.]

2. Pflichtverletzung

Es müsste eine Pflicht gem. § 241 II BGB verletzt sein. Die Kl. müsste eine Schutzpflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt haben.

a. Verstoß gegen § 5 Nr. 1 Spielbankerlaubnis

Zunächst ist eine Pflichtverletzung dadurch zu bejahen, dass die Kl. gegen § 5 der Spielbankerlaubnis verstoßen hat, in dem die Teilnahme an dem Spiel auch ohne Festlegung eines Limits möglich war. Dadurch hat die Kl. eine Schutzpflicht gegenüber dem Bekl. verletzt.

b. Verstoß gegen § 312 e I 1 Nr. 1 BGB

Es liegt zudem eine Pflichtverletzung wegen Verstoßes gegen § 312 e I 1 Nr. 1 BGB vor. Auf obige Ausführungen dazu wird verwiesen.

3. Verschulden

Das Verschulden wird gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Anhaltspunkte für eine Exkulpation der Kl. sind nicht ersichtlich. Der haftungsbegründende Tatbestand liegt vor.

4. Rechtsfolge:

Der Bekl. könnte die Freistellung von der Zahlungsverpflichtung bzgl. der Spieleinsätze verlangen, wenn der Verlust in Höhe von 4000 € adäquat kausal auf der Pflichtverletzung beruht. Genau dies ist hier nicht gegeben. Zwar hat der Bekl. eine unfreiwillige Vermögenseinbuße i.H.v. 4000 € und mithin einen Schaden erlitten. Aber es fehlt hier in beiden Fällen an der haftungsausfüllenden Kausalität. Dazu führt der erkennende Senat aus:

[24] “Der Bekl. hat gegen die Kl. keinen Anspruch auf Freistellung von seinen Spielschulden wegen Verschuldens beim Vertragsschluss nach § 280 I i.V.m. § 311 II Nr. 2 BGB. Die Kl. verletzte zwar ihre vorvertraglichen Sorgfaltspflichten, indem sie ohne die in § 5 Nr. 1 der Spielbankerlaubnis und § 9 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgeschriebene Eingabe eines Limits den Bekl. zum Online-Spiel zuließ. Diese Pflichtwidrigkeit ist aber nicht für den Verlust der

Spieleinsätze kausal geworden. Denn nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass der Bekl. ein Limit gesetzt hätte, das ihn vor dem Verlust der eingesetzten 4.000 € bewahrt hätte.“ Gleiches gilt für die Kausalität hinsichtlich der Pflichtverletzung und dem Schaden mangels Angaben gem. § 312 e I Nr. 1 BGB.

[25] “Dem Bekl. steht auch insoweit kein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss nach § 280 I i.V.m. § 311 II Nr. 2 BGB zu. Einen Eingabefehler des Bekl. dergestalt, dass ein von

ihm eingegebenes Limit von dem Registrierungsprogramm der Bekl. nicht angenommen wurde, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht. Hiergegen wendet sich die Revision nicht.”

V. Ergebnis

Der haftungsausfüllende Tatbestand der §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB liegt nicht vor. Daher greift der dolo-agit-Einwand nicht. Der Zahlungsanspruch gem. §§ 311, 241 BGB in Höhe von 4000 € ist daher nicht ausgeschlossen und auch durchsetzbar.

Standort: §§ 242, 168 StGB

Problem: Zahngoldentnahme nach Einäscherung

OLG BAMBERG, URTEIL VOM 29.01.2008
2 Ss OWi 125/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten, die in einem Krematorium angestellt waren, hatten in über 600 Fällen das Zahngold der eingäscherten Verstorbenen aus der Asche herausgesucht und verkauft und so über 50.000 Euro kassiert.

Das AG Hof hatte in dem Verhalten der Angeklagten kein strafbares Verhalten gesehen und diese - insbesondere vom Vorwurf des Diebstahls, § 242 I StGB, der Unterschlagung, § 246 I StGB, und der Störung der Totenruhe, § 168 I StGB - freigesprochen. Auf die Sprungrevision, § 335 StPO, der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das OLG Bamberg den Freispruch bzgl. der Vermögensdelikte, nahm jedoch eine Strafbarkeit wegen § 168 I 1. Fall StGB an.

Prüfungsrelevanz:

Zwar ist der vom OLG Bamberg ausführlich geprüfte Tatbestand des § 168 I StGB nur im Saarland, in Bremen und Thüringen Prüfungsstoff. Allerdings ist insbesondere auch das Vorliegen eines Diebstahls zu prüfen, der zu den beliebtesten Delikten in Examensaufgaben zählt. Gerade die im vorliegenden Fall anzusprechende Frage, ob es sich bei Leichen und Leichenteilen wie Zahngold um fremde Sachen handelt, ist ein klassisches Problem dieses Tatbestandes. Auch kommt das OLG Bamberg in einer so schulmäßigen Anwendung der klassischen juristischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Geschichte, Systematik, Sinn und Zweck) zu dem Ergebnis, dass es sich auch bei Zahngold um “Asche eines Verstorbenen” i.S.v. § 168 I StGB handelt, dass von einem Examenkandidaten wohl erwartet werden kann, dass auch er - auch ohne Vorkenntnisse zu § 168 StGB - zu diesem Schluss kommen kann. Auch geht das OLG auf die Unterschiede des Begriffs der “Wegnahme” bei § 168 I 1. Fall StGB und § 242 I StGB ein, was es auch anbietet, den Fall - im Rahmen weiterer Ausführungen zum Diebstahl - anzusprechen. Deshalb bietet sich der vor-

liegende Sachverhalt insbesondere für mündliche Prüfungen an.

Das OLG Bamberg befasst sich mit den im vorliegenden Fall in Betracht kommenden Vermögensdelikten, insbesondere § 242 I StGB, nur ganz kurz. Die kontrovers diskutierte Frage, ob der menschliche Leichnam und Teile davon (wie z.B. Implantate oder Zahngold) Sachqualität aufweisen, kann das OLG offenlassen, da es mit der herrschenden Meinung deren Fremdheit verneint, sodass die eingäscherten Leichen und das aus ihnen stammende Zahngold zumindest deshalb kein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl darstellen.

Auf die Frage, ob das Verhalten der Angeklagten zumindest einen Diebstahlsversuch darstellt, geht das OLG nicht ein. Hier hätte sich im Gutachten eine Abgrenzung zwischen (strafbarem) untauglichen Versuch und (straflosem) Wahndelikt angeboten (vgl. Jahn, JuS 2008, 457, 458 mwN), die allerdings im vorliegenden Fall wegen im Sachverhalt fehlender Angaben bzgl. der Vorstellungen der Angeklagten nicht durchführbar ist.

Ausführlich diskutiert das OLG Bamberg allerdings die Voraussetzungen des Tatbestandes des § 168 I 1. Fall StGB, insb. die Frage, ob es sich auch bei Zahngold um die “Asche eines Verstorbenen” handelt. Auch geht das OLG auf die Unterschiede des Begriffs der “Wegnahme” bei § 168 I 1. Fall StGB und § 242 I StGB ein: Nach herrschender Meinung setzt eine Wegnahme i.S.v. § 168 I 1. Fall StGB nur einen Bruch fremden Gewahrsams voraus und - anders als die Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB - nicht die Begründung neuen Gewahrsams. Hierbei betont das OLG weiter, dass man für den Gewahrsam i.S.v. § 168 I 1. Fall StGB - anders als bei § 242 I StGB - nicht eine “Sachherrschaft” voraussetzen könne, da dies den unterschiedlichen Schutzgütern von § 168 StGB und § 242 StGB zuwider laufen würde. Allerdings setzte “Gewahrsam” i.S.v. § 168 I 1. Fall StGB neben einem Obhutsrecht durchaus auch ein faktisches Element voraus, das allerdings weiter sei als das der Schahherrschaft i.S.v. § 242 I StGB, sodass neben dem Kremato-

riumsbetreiber auch der totenfürsorgeberechtigte Angehörige Gewahrsam an dem Leichnam habe.

Vertiefungshinweise:

Zur Strafbarkeit der Entnahme von Zahngold bei Leichen: *Dotterweich*, JR 1953, 174; *Jahn*, JuS 2008, 457 (zu diesem Fall); *Kudlich*, JA 2008, 391 (zu diesem Fall)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das vermeintlich tote Unfallopfer"

Leitsätze:

1. "Asche eines verstorbenen Menschen" i.S.d. § 168 I 1. Alt. StGB umfasst sämtliche nach einer Einäscherung verbleibenden Verbrennungsrückstände. Teil dieser Asche sind somit auch alle (zu Lebzeiten) mit einem menschlichen Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, soweit sie nicht verbrennbar sind und als Verbrennungsrückstand verbleiben (z. B. Zahngold).

2. Gewahrsam i. S. d. § 168 I StGB erfordert neben einem normativen Obhutsrecht als zusätzliches Element eine faktische Komponente im Sinn einer tatsächlichen Ausübung der Totenfürsorge.

3. Inhaber des Gewahrsams an einem verstorbenen Menschen bzw. an der nach der Einäscherung verbleibenden Asche i. S. d. § 168 I StGB sind - bis zur Beisetzung der Urne - nach der Verkehrsanschauung sowohl die totenfürsorgeberechtigten Angehörigen als auch der Betreiber des mit der Feuerbestattung beauftragten Krematoriums.

Sachverhalt:

Z, G und L waren im Krematorium der Stadt H. beschäftigt. Entsprechend einer ihnen bekannten mündlichen Anweisung ihres Dienstvorgesetzten waren sie gehalten, nach jeder Einäscherung das in der Asche der Verstorbenen befindliche Zahngold der jeweiligen Urne beizugeben. Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt vor dem 01.01.2005 fassten die drei den Entschluss, das bei den Einäscherungen anfallende Zahngold der Asche zu entnehmen und gewinnbringend weiterzuverkaufen. In Ausführung dieses Tatplanes durchsuchten sie jeweils die Asche nach Zahngold und sammelte dieses. Sodann wurde abwechselnd einer der drei dazu bestimmt, das Gold zu veräußern. Der erzielte Erlös wurde anschließend zu gleichen Teilen aufgeteilt. Auf diese Weise entnahmen Z, G und L zwischen dem 01.01.2005 und dem 26.07.2006 in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken in mindestens 600 Fällen insgesamt wenigstens 12,077 Kilogramm Zahngold der Asche der Verstorbenen und verkauften in dem Zeitraum von Juni 2005 bis Juli 2006 mindestens 10,711 Kilogramm Zahngold an verschie-

dene Aufkäufer, wobei sie einen Erlös von mindestens 50.179,21 € erzielten. Zudem waren sie jeweils im Besitz kleinerer Goldmengen, die ebenfalls zum Weiterverkauf bestimmt waren.

Die einäschernden Bediensteten erhalten von der Friedhofsverwaltung eine mit einer zum Ausschluss von Verwechslungen mit einer bestimmten Nummer versehene Einäscherungsgenehmigung. Die Einäscherung selbst durchläuft drei Stufen: Die erste Stufe ist der Hauptverbrennungsvorgang, nach dessen Abschluss die restlichen Bestandteile von dem Rost, auf welchem ursprünglich der Sarg stand, auf eine Drehplatte fallen. Sodann beginnt der sog. Mineralisierungsvorgang, nach dessen Beendigung die Asche in einen Aschekasten fällt. Dieser Aschekasten wird sodann dem Ofen entnommen, die Restbestandteile zum Abkühlen auf einen Tisch gelegt und die Asche grob mit einem Magneten per Hand von kleineren metallenen Fremdkörpern gereinigt. Dieser 'Metallabfall' kommt in einen gesonderten Behälter. Ebenfalls werden manuell grobe und größere Teile, wie z. B. künstliche Hüftgelenke, Implantate, Herzschrittmacher, aus der Asche aussortiert und in den selbigen Kübel gegeben. Nach dieser Grundsartierung wird die Asche in die sog. 'Aschenmühle' gegeben. In dieser Mühle soll die noch zum Teil grobe Asche zermahlen und zerkleinert werden. Dabei wird sie noch einmal über einen Magneten geschüttet. Die verbleibenden magnetischen Teile fallen dann in ein linkes Schubfach, während alle noch übrigbleibenden nichtmagnetischen Metallteile, aber auch Grobteile, die von der Aschenmühle nicht zerkleinert werden konnten, in ein rechtes Schubfach fallen. Alle völlig zermahlene und zerkleinerten Bestandteile fallen direkt in die unter der Maschine stehende Urne. Hatte der menschliche Körper Goldbestandteile, insbesondere Zahngold, in sich, befinden sich diese im rechten Schubfach. Weder dem Bestattungsvertrag noch der Friedhofsatzung der Stadt H. kann eine Regelung entnommen werden, welche die Stadt dazu berechtigt, aussortierte Metallteile an sich nehmen und zu verkaufen. Vielmehr sollten zu Beginn der Inbetriebnahme der Aschenmühle die Inhalte beider Schubfächer laut Anweisung des Vorgesetzten immer in die Gemeinschaftsanlage mit den Gemeinschaftsgräbern als Füllmaterial abgekippt werden. Erst später kam die Anweisung hinzu, den Inhalt des linken Schubfaches zu sammeln, da er verkauft werden sollte. Mit dem rechten Schubfach sollte weiterhin wie früher verfahren werden.

Strafbarkeit von Z, G und L?

Lösung:

A. *Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II StGB durch das Mitnehmen des Zahngoldes aus dem Schubfach*
Z, G und L könnten sich wegen mittäterschaftlichen

Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Zahngold aus dem Schubfach mitnahmen.

I. Tatbestand

Bei dem Zahngold müsste es sich zunächst um ein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl handeln, also um eine fremde bewegliche Sache.

1. Sache

Zunächst einmal müssten die Asche des eingeäscherten Verstorbenen und das darin enthaltene Zahngold - eine Sache i.S.v. § 242 I StGB sein.

Sache i.S.v. § 242 I StGB ist grundsätzlich - entsprechend § 90 BGB - jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 9; Wessels/Hillenkamp, Rn 63). Die Zahngoldreste sind körperliche Gegenstände. Allerdings sind sie Teil des Körpers eines verstorbenen Menschen, sodass sich die Frage stellt, ob auch der menschliche Leichnam eine Sache i.S.v. § 242 I StGB darstellt.

a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung, die insbesondere von der Rechtsprechung vertreten wurde, haben menschliche Leichen - und somit auch die Asche eines eingeäscherten Toten - keine Sachqualität (RGZ 100, 170; OLG München, NJW 1976, 1805; Kießling, NJW 1969, 533, 534). Nach dieser Auffassung stellen also die Asche und das darin enthaltene Zahngold im vorliegenden Fall keine Sache i.S.v. § 242 I StGB dar.

b. 2. Meinung

Die Gegenauffassung hingegen sieht auch dem menschlichen Leichnam als Sache im Sinne des Strafrechts an (Joecks, Vor § 242 Rn 8; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 10; Krey/Hellmann, BT II, Rn 6). Danach wären sowohl der Leichnam des Verstorbenen vor dessen Einäscherung als auch die hierdurch entstehende Asche und das darin enthaltene Zahngold Sachen i.S.v. § 242 I StGB.

c. Stellungnahme

Für die erste Meinung spricht, dass ein menschlicher Leichnam immer noch Rückstände von Persönlichkeitsrechten beinhaltet, was sich insb. an Tatbeständen wie § 168 StGB zeigt und was bei den Sachen, die üblicherweise die Tatobjekte des § 242 I StGB darstellen, nicht der Fall ist. Die Tatsache, dass ein menschlicher Leichnam (über § 168 StGB) weiter geschützt ist als andere Sachen schließt jedoch nicht aus, dass auch er eine Sache darstellt. Auch wenn die Sachqualität menschlicher Leichen angenommen wird, so bedeutet dies - entgegen den Befürchtungen der ersten Meinung - nicht automatisch, dass diese auch verkehrsfähig sind, also z.B. Gegenstand von Kaufverträgen sein können. Gerade der Tatbestand des § 242 I StGB

schützt neben dem Eigentum auch den Gewahrsam (BGHSt 10, 400; Rengier, BT I, § 2 Rn 1). Dieser ist jedoch auch bei Leichen schutzwürdig, sodass es nicht sinnvoll wäre, diese aus dem Schutzbereich des Diebstahls auszunehmen. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Die Asche und das darin enthaltene Zahngold sind also Sachen i.S.v. § 242 I StGB.

2. Fremde Sache

Das Zahngold müsste auch eine fremde Sache sein.

Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NSTZ-RR 2000, 234; Fischer, § 242 Rn 5; Otto, JURA 1989, 139).

Ein menschlicher Leichnam steht grundsätzlich in niemandes Eigentum, er ist dem - zivilrechtlichen - Rechtsverkehr entzogen (Fischer, § 242 Rn 8; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 21; Krey/Hellmann, BT II, Rn 7). Da der Körper des Erblassers nicht in dessen Eigentum steht, kann auch kein Eigentum daran gem. § 1922 BGB auf den Erben übergehen. Eine menschliche Leiche ist also auch nicht "fremd" i.S.v. § 242 I StGB. Dies ist allenfalls dann anders zu beurteilen, wenn der Leichnam nicht zur Bestattung vorgesehen ist, sondern einem Museum (als Exponat, z.B. bei antiken Mumien) oder einem wissenschaftlichen Institut (als "Anatomieleiche") überlassen werden soll (RGSt 64, 313; Tag, MedR 1998, 389), was jedoch im vorliegenden Sachverhalt nicht der Fall ist. Die eingeäscherten Leichen und das in ihnen enthaltene Zahngold sind also keine fremden Sachen i.S.v. § 242 I StGB.

Zu demselben Ergebnis kommt auch das OLG Bamberg: "Auch wenn die Sachqualität des menschlichen Leichnams und der mit ihm fest verbundenen Teile und folglich auch der Asche eines Verstorbenen im Einzelnen streitig ist, aber überwiegend bejaht wird (vgl. zum Meinungsstand LK/Ruß § 242 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree § 242 Rn. 10 und MüKo/Schmitz § 242 Rn. 25), steht die Leiche doch in niemandes Eigentum und ist damit herrenlos (RGSt 64, 313/315; LK/Ruß § 242 Rn. 10; Schönke/Schröder-Eser § 242 Rn. 21; SK-Hoyer § 242 Rn. 14; Fischer § 242 Rn. 8; MüKo/Schmitz § 242 Rn. 30). Schon das Reichsgericht (RGSt 64, 313/315) hat darauf hingewiesen, dass es 'dem Herkommen und den Gepflogenheiten aller Kulturvölker widersprechen [würde], den Leichnam eines Menschen als eigentumsfähige Sache zu behandeln.' Folglich kann der Körper des verstorbenen Menschen auch nicht im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) Bestandteil der Erbschaft sein, die allein das Vermögen betrifft (RGSt 64, 313/315). Ein strafrechtlicher Schutz besteht daher insoweit nur nach § 168 StGB (KG NJW 1990, 782/783; Schönke/Schröder-Eser § 242 Rn. 21; MüKo/Schmitz § 242 Rn. 34)."

II. Ergebnis

Z, G und L sind nicht strafbar gem. §§ 242 I, 25 II StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I StGB durch das Mitnehmen des Zahngoldes aus dem Schubfach

Durch das Mitnehmen des Zahngoldes aus dem Schubfach könnten sich Z, G und L allerdings wegen versuchten mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Ein Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls ist mangels eines tauglichen Tatobjekts nicht gegeben (s.o.). Die Strafbarkeit des Diebstahlsversuchs ergibt sich aus § 242 II StGB.

II. Tatentschluss

Z, G und L müssten Tatentschluss zu Begehung eines mittäterschaftlichen Diebstahls gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn 3; Wessels/Beulke, Rn. 598).

Z, G und L müssten sich also zunächst vorgestellt haben, dass es sich bei dem Zahngold um eine fremde bewegliche Sache handelte. Der Sachverhalt liefert allerdings keine Anhaltspunkte dafür, was Z, G und L sich bzgl. der Eigentumsverhältnisse an dem Zahngold für Vorstellungen gemacht hatten. Deshalb ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass sie sich keine Umstände vorstellten, nach denen das Zahngold eine fremde Sache wäre und somit keine entsprechender Tatentschluss seitens der Täter gegeben ist.

Dies entspricht auch der Lösung des OLG Bamberg: "Der Senat hat damit aufgrund der Feststellungen im vorliegenden Verfahren keinen Anlass zur Frage Stellung zu nehmen, ob eine Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls deshalb in Betracht kommt, weil die Täter irrig davon ausgingen, es handele sich bei dem verwendeten Zahngold um eine fremde Sache (vgl. dazu AG Nürnberg, Urteil vom 07.11.2007, Az. 45 Ls 802 Js 21506/06 - nicht rechtskräftig)."

III. Ergebnis

Z, G und L sind nicht strafbar gem. §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 246 I, 25 II StGB durch das Mitnehmen des Zahngoldes aus dem Schubfach

Z, G und L könnten sich durch das Mitnehmen des Zahngoldes wegen mittäterschaftlicher Unterschlagung gem. §§ 246 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Allerdings setzt § 246 I StGB - ebenso wie § 242 I StGB - als Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache voraus. Da das Zahngold aber für Z, G und L nicht fremd war (s.o.), scheidet somit eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung aus.

Z, G und L sind nicht strafbar gem. §§ 246 I, 25 II StGB.

D. Strafbarkeit gem. §§ 168 I 1. Fall, 25 II StGB durch das Mitnehmen des Zahngoldes aus dem Schubfach

Z, G und L könnten sich allerdings durch das Mitnehmen des Zahngoldes wegen Störung der Totenruhe in Mittäterschaft gem. §§ 168 I 1. Fall, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Z, G und L müssten gemeinschaftlich handelnd unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen weggenommen haben.

1. Taugliches Tatobjekt

Bei dem Zahngold, das Z, G und L mitnahmen, könnte es sich um die Asche eines verstorbenen Menschen i.S.v. § 168 I StGB handeln.

Hierzu führt das OLG Bamberg aus: "Der Tatbestand des § 168 I StGB umfasst in seiner 1. Alt. als Tatobjekt und damit Schutzgegenstand neben dem Körper oder Teilen des Körpers auch die 'Asche eines verstorbenen Menschen'. Dazu gehört auch - dies hat im Ergebnis der Tatrichter zutreffend erkannt - das nach der Verbrennung in der Asche verbleibende Zahngold von Verstorbenen.

aa. Der Begriff 'Asche' umfasst schon nach seinem allgemeinen sprachlichen Verständnis generell die bei einer Verbrennung verbleibenden Rückstände und damit grundsätzlich alles, was von verbranntem Material übrig bleibt (vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon sowie Duden, Wörterbuch der deutsche Sprache, jeweils Stichwort 'Asche'). Eine Beschränkung oder Differenzierung im Blick auf bestimmte Arten von Verbrennungsrückständen - z. B. organische oder anorganische Bestandteile - ist diesem Begriff damit nicht zu entnehmen. Folglich gehören nach diesem grammatischen Verständnis zur Asche eines verstorbenen Menschen auch alle Verbrennungsreste eines menschlichen Körpers (so auch: Fischer StGB 55. Aufl. § 168 Rn. 7; SK-Rudolphi/Rogall StGB 7. Aufl. <Stand: September 2007> § 168 Rn. 5; MüKo/Hörnte StGB § 168 Rn. 11; NK-Herzog StGB 2. Aufl. § 168 Rn. 7). Teil der Asche sind somit auch alle mit einem menschlichen Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, soweit sie nicht verbrennbar sind und als Verbrennungsrückstand verbleiben (LK/Dippel StGB 11. Aufl. § 168 Rn. 28; Schönke/Schröder/Lenckner StGB 27.

Aufl. § 168 Rn. 4; MüKo/Hörnte StGB § 168 Rn. 11). Schon nach diesem allgemeinen Begriffsverständnis ist auch das nach der Verbrennung verbleibende Zahn-
gold dem Tatobjekt der 'Asche eines Verstorbenen' i. S. d. § 168 I StGB unterzuordnen, ohne dass mit dieser Wortlautauslegung bereits die Grenzen des möglichen Wortsinns dieser Vorschrift überschritten wären.

bb. Die Richtigkeit dieses Verständnisses wird auch durch den in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers bestätigt. Erst durch das Reichsgesetz über die Feuerbestattung vom 15.05.1934 (RGBl I, S. 380) erfolgte eine umfassende und einheitliche Regelung im ganzen damaligen Reichsgebiet. Als Folge davon wurde das zusätzliche Tatobjekt "Asche eines Verstorbenen" mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 04.08.1953 (BGBl. Teil I, 1953, 735/742) in den Tatbestand des § 168 StGB aufgenommen. Bis zu diesem Zeitpunkt war nur die unbefugte Wegnahme einer Leiche bzw. über § 367 I Nr. 1 StGB a. F. auch von Teilen der Leiche tatbestandsmäßig. So heißt es deshalb in der 7. Auflage des Leipziger Kommentars von 1951 zu § 168 in Ziffer 2: 'Soll diese [die Asche] geschützt werden, so muss das eigens im Gesetz gesagt werden.' Insofern sah sich der Gesetzgeber bei den Beratungen zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz aufgrund der Forderungen weiter Kreise nach verschiedenen Vorfällen in den vorausgegangenen Jahren veranlasst, diesen durch eine 'Verstärkung des Schutzes der Totenruhe' Rechnung zu tragen, indem in Anlehnung an frühere Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch nun auch die Asche in den Schutz der Vorschrift einbezogen werden sollte (BT-Drs. 1/3713, S. 37). Durch diese tatbestandsmäßige Erweiterung wurde somit eine 'fühlbare, im Volk niemals verstandene Lücke geschlossen' (Lange NJW 1953, 1161/1164). Damit wird der Wille des historischen Gesetzgebers erkennbar, den bereits bestehenden Schutz für die Leiche bzw. die Teile davon in gleicher Weise auch auf die Asche eines Verstorbenen mit allen ihren Bestandteilen auszudehnen.

cc. Im Übrigen steht die Reichweite dieser Auslegung des Begriffs 'Asche eines Verstorbenen' auch mit der Systematik innerhalb des § 168 StGB in Einklang. Über die anderen Tatobjekte des Körpers oder Teile des Körpers erstreckt sich nach ganz h. M. der Schutz ebenfalls auf die in den Körper eingefügten fremden Teile, die damit Teil des Körpers werden, wenn sie nur mit Gewalt oder jedenfalls nicht ohne Verletzung der Körperintegrität wieder entfernt werden können (BGH, Urteil vom 03.06.1958 - 5 StR 179/58 - bei Dallinger, MDR 1958, 739). Diese künstlich eingefügten Teile haben durch die Einbeziehung in die Körperfunktionen ihres Trägers die Sachqualität verloren und unterfallen dadurch ebenso dem besonderen Persönlichkeitsschutz am Körper wie die natürlichen Körperteile. Dieser Schutz würde aber verloren gehen, wenn bei Wahl der Feuerbestattung statt der Erdbestattung

als Bestattungsform der Körper des Toten auf der einen Seite und die nach der Verbrennung verbleibende Asche auf der anderen Seite rechtlich unterschiedlich behandelt würden. Insofern entspricht es daher der gesetzlichen Systematik, sowohl den Körper als auch die Asche eines verstorbenen Menschen in gleicher Weise - ganzheitlich - zu schützen.

dd. Auch aus teleologischer Sicht ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das Gesetz mit der Ausdehnung des Strafrechtsschutzes auf die 'Asche eines Verstorbenen' das Recht, wie es für Leichen besteht, verändern oder die Asche entgegen ihrer natürlichen Beschaffenheit der rechtlichen Beurteilung von Leichen hat nicht gleichsetzen wollen (LK/Dippert § 168 Rn. 28). Vielmehr soll insoweit gerade die Feuerbestattung mit der Erdbestattung gleichgestellt werden (so bereits § 1 Reichsgesetz über die Feuerbestattung vom 15.05.1934). Auch die Verbrennungsrückstände einer Leiche genießen daher insgesamt den gleichen Anspruch auf pietätvolle Behandlung und Wahrung der Totenruhe wie die erdbestatteten Leichen (so schon RGZ 154, 269/274 unter Verweis auf die amtliche Begründung zu § 9 des Reichsgesetzes über die Feuerbestattung). Nach § 9 I dieses - in einzelnen Bundesländern noch heute geltenden (Gaedke/Diefenbach, a. a. O., S. 294) - Reichsgesetzes über die Feuerbestattung sind 'die Aschenreste jeder Leiche (...) in ein amtlich zu verschließendes Behältnis aufzunehmen' und nach dessen Abs. 2 Nr. 1 ist Vorsorge zu treffen, 'dass jederzeit festgestellt werden kann, von wem die Aschenreste herrühren.' Dementsprechend ist deshalb die Feuerbestattung auch in Art. 1 I Bayerisches Bestattungsgesetz (BayBestG) ausdrücklich neben der Erdbestattung als gleichwertige Bestattungsform aufgeführt (vgl. zu entsprechenden Regelungen in anderen Bundesländern die Nachweise bei Gaedke/Diefenbach, a. a. O., S. 253 ff.). Aus diesem Grund wird in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auch grundsätzlich eine Ausnahme vom Bestattungszwang - etwa zur Aufbewahrung menschlicher Aschenreste in der Wohnung - nicht zugelassen (vgl. nur BVerwGE 45, 224 ff; OVG Münster NVwZ 1986, 401 m. w. N.). Um eine pietätvolle Durchführung der Einäscherung zu gewährleisten, sieht etwa auch § 23 II der Bayerischen Verordnung zur Durchführung des Bestattungsgesetzes (BayBestV) ausdrücklich vor, dass Einäscherungskammern 'so einzurichten, zu betreiben und zu unterhalten [sind], dass die Asche rein, vollständig und unvermischt gewonnen werden kann.' Auch § 27 Satz 1 BayBestV sieht vor, dass 'die Asche einer jeden Leiche in einer festen Urne zu verschließen [ist].' Nur durch eine solche Auslegung des § 168 I StGB kann damit dem Ziel des Gesetzes, einer einheitlichen pietätvollen Behandlung von Feuer- und Erdbestattungen, Rechnung getragen werden.

ee. Diese rechtliche Qualifikation des Zahngoldes als Bestandteil der 'Asche eines verstorbenen Menschen'

wird auch nicht dadurch verändert, dass - wie der Tatrichter feststellt - nach der Verbrennung eine Grobsortierung oder eine weitere Zerkleinerung in der sog. Aschenmühle vorgenommen und anfallendes Zahngold dabei - vorübergehend - separiert wird. Hierbei handelt es sich nur um einen technischen Vorgang zur Aufbereitung der Verbrennungsrückstände zu deren sachgerechter Zusammenführung - entsprechend den Vorschriften des Bestattungsrechts (hier: §§ 23, 27 BayBestV) - in einer Urne, der aber - entgegen den Ausführungen des AG - an der rechtlichen Qualität sämtlicher Bestandteile des Verbrennungsrückstandes eines Verstorbenen keine Veränderungen bewirkt. Insofern ist es daher für die rechtliche Behandlung unerheblich, ob sich das Zahngold des Verstorbenen im Zeitpunkt der Wegnahme durch Unbefugte noch bei den unsortierten Verbrennungsrückständen oder bereits - wie festgestellt - nach dem Zermahlen und Zerkleinern in der rechten Schublade der sog. Aschenmühle befindet; es ist im Rechtssinne stets Teil der Asche des jeweils eingäscherten Verstorbenen und deshalb letztlich mit allen sonstigen verbleibenden Verbrennungsrückständen eines Verstorbenen in einer Urne zur Bestattung zusammenzuführen (§§ 23 II, 27 BayBestV). Insofern ist die den Gegenstand der Verbundenheit mit dem Verstorbenen und die Pietät ihm gegenüber bildende Individualität weiterhin ausreichend erkennbar (LK/Dippel § 168 Rn. 23; AG Berlin-Tiergarten NSTZ 1996, 544).

Bei dem Zahngold handelte es sich also um die Asche eines Verstorbenen i.S.v. § 168 I StGB und somit um ein taugliches Tatobjekt.

2. Tathandlung

Z, G und L müssten das Zahngold aus dem Gewahrsam des Berechtigten weggenommen haben.

Hierzu führt das OLG Bamberg aus: "b. [...] Ausreichend für diese Tathandlung ist nach h. M. die Aufhebung des Gewahrsams, so dass es - insoweit im Unterschied zu § 242 StGB - auf die Begründung eines neuen Gewahrsams i. S. d. § 242 StGB nicht ankommt (LK/Dippel § 168 Rn. 29; Schönke/Schröder/Lenckner § 168 Rn. 4; Fischer § 168 Rn. 8; und MüKo/Hörnle § 168 Rn. 16).

aa. Unter welchen Voraussetzungen Gewahrsam i. S. d. § 168 StGB angenommen werden kann, ist im einzelnen umstritten. Der Senat schließt sich dabei der in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht an, die diesen Begriff unter Berufung auf den Wortlaut eng auslegt und als Gewahrsam i. S. d. § 168 StGB ein - im Vergleich zu § 242 StGB allerdings weniger - konkretisiertes Obhutsverhältnis (Fischer § 168 Rn. 8; Otto, JA 1992, 666/667) verlangt. Dieses ist aber nicht allein normativ im Sinne eines Obhutsrechts zu verstehen; erforderlich ist vielmehr stets als zusätzliches Element eine faktische Komponente, ein Aufsichts- und Bewachungsverhältnis

über die Leiche im Sinne einer tatsächlichen Ausübung der Totenfürsorge, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 103 II GG zu genügen (BVerfG NJW 2002, 2861/2862).

Da die Leiche eines verstorbenen Menschen und dessen Asche selbst keine fremde Sache ist (RGSt 64, 313/316), kann der Gewahrsam hier aber - im Gegensatz zu § 242 StGB - trotz partieller und terminologischer Ähnlichkeiten auf der einen Seite keine Sachherrschaft voraussetzen. Würde man hier eine gleichsam ungehinderte tatsächliche Herrschaft über den Leichnam für notwendig erachten, deren Ausübung noch nicht einmal vorübergehende Hindernisse entgegenstehen, wäre dies einerseits mit dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht vereinbar und würde sich andererseits schon in Anbetracht des subjektiv- und nicht objektivzentrierten Schutzgutes dieses Tatbestandes verbieten. Eine derartige zu sehr an den Eigentumsdelikten orientierte enge Auslegung des Gewahrsamsbegriff ist in diesem Zusammenhang im Blick darauf, dass das Schutzgut der Norm letztlich die ihren Träger überdauernde Menschenwürde ist, auch nicht geboten (KG NJW 1990, 782). Auf der anderen Seite kann der Begriff des Gewahrsams auch nicht nur in dem Sinne verstanden werden, dass allein das Obhutsrecht über den Leichnam bzw. die Asche hier genügen soll, ohne dass ein faktisches Element hinzukommen müsste (so im Ergebnis: Bubnoff, GA 1968, 65/72). Eine derartige extensive Auslegung und letztlich Umdeutung des Gewahrsamsbegriffs in ein rein normatives Merkmal wäre daher auch außerhalb der durch den Wortlaut der Norm gezogenen äußeren Grenze (BVerfG NJW 2002, 2861/2862). Dem Gewahrsamsbegriff haftet nach seiner Semantik neben der normativen Komponente gerade als weitere unverzichtbare Bedingung die Notwendigkeit eines faktischen Elements an (OLG München NJW 1976, 1805/1806; KG NJW 1990, 782; OLG Zweibrücken JZ 1992, 212).

bb. Ausgehend vom zur Begründung von Gewahrsam i. S. d. § 168 StGB notwendigen 'kumulativen Zusammentreffen von Obhutsrecht und Obhutsfaktizität' (Czerner, ZStW 115 (2003), 91/96) gibt es damit vor der Bestattung bzw. Verbrennung eines Menschen keine allgemeine Regel, wem konkret ein solcher Gewahrsam zukommt. Dies muss vielmehr im konkreten Einzelfall jeweils an Hand der tatsächlichen Gegebenheiten unter Berücksichtigung der Anschauungen des täglichen Lebens und damit letztlich der Verkehrsauffassung beurteilt werden (BGHSt 16, 271/273; 22, 180/182). Dies führt hier dazu, dass im Bezug auf die Leiche und die Asche des Verstorbenen sowohl von einem Mitgewahrsam der totenfürsorgeberechtigten Angehörigen als auch von einem Mitgewahrsam des mit der Feuerbestattung beauftragten Betreibers dieser Anlage auszugehen ist. Den Angehörigen des Verstorbenen war der Aufenthaltsort des Verstorbenen be-

kannt. Sie wären nicht nur berechtigt, sondern auch faktisch in der Lage gewesen, den Leichnam abholen zu lassen und an einen anderen Ort zur Bestattung oder Verbrennung bringen zu lassen bzw. nach der Verbrennung des Leichnams über die Modalitäten der Behandlung der Urne mit der Asche des Verstorbenen bis zum Zeitpunkt der endgültigen Beisetzung zu bestimmen (OLG Frankfurt NJW 1975, 271/272). Auch wenn diese Dispositionsbefugnis als 'Herrschaftsverhältnis' aus öffentlich-rechtlichen Gründen gewissen Beschränkungen unterlag, waren die Angehörigen nach der Verkehrsanschauung und nach den Umständen des Einzelfalls am weiteren Umgang mit der Leiche bis zur endgültigen Beisetzung der Urne interessiert, so dass für sie weiterhin Mitgewahrsam bestand. Selbst bei den Eigentumsdelikten (§§ 242, 246 StGB) wird nicht verlangt, dass ein Gewahrsamsinhaber ständig in einer engen räumlichen Beziehung zur Sache steht. Daneben bestand gleichrangiger Mitgewahrsam des von Seiten der totenfürsorgeberechtigten Angehörigen mit der Durchführung der Feuerbestattung beauftragten Betreibers der entsprechenden Anlage, in dessen Räumlichkeiten sich der Leichnam vor und die Asche nach der Verbrennung befand.

c. Berechtigter i. S. d. § 168 StGB ist kraft Gewohnheitsrecht in erster Linie der dem Verstorbenen am nächsten stehende Angehörige als Inhaber des Totenfürsorgerechts, das insbesondere das Recht einschließt, Einwirkungen Unbefugter auf den Leichnam auszuschließen (RGSt 64, 313/315; LK/Dippel § 168 Rn. 36). Der Begriff der Berechtigung zum Gewahrsam ist allerdings von der Frage des tatsächlichen Gewahrsams- und Obhutsverhältnisses zu trennen und bezweckt letztlich, die Tathandlung von der Wegnahme aus dem Gewahrsam Unberechtigter, die etwa durch eine Straftat die Herrschaft über den geschützten Gegenstand erlangt haben, abzugrenzen. Dieses Recht stand damit letztlich den nächsten Angehörigen der jeweils im Krematorium verbrannten Leichen zu.

d. Die eigentliche Tathandlung der Wegnahme erfordert die Entziehung der Leiche oder der ihr gleichgestellten Tatobjekte aus dem Gewahrsam des Berechtigten und damit - wie bei § 242 StGB - einen Bruch dieses Gewahrsams, ohne dass aber notwendigerweise neuer Gewahrsam begründet werden muss. Damit muss hier begrifflich ein Handeln gegen oder ohne Willen des zum Gewahrsam Berechtigten vorliegen (LK/Dippel § 168 Rn. 29). Diesen gleichrangigen Mitgewahrsam der Angehörigen und des Betreibers des Krematoriums an dem Leichnam und der nach der Verbrennung verbleibenden Asche dieses verstorbenen Menschen haben die Angeklagten gebrochen. Nach den Feststellungen des AG gab es insoweit sogar klare Anweisungen durch den Betreiber des Krematoriums, wie mit den Verbrennungsresten zu verfahren war. Indem die Angeklagten gegen diese Weisungen verstoßen haben, wurde damit der Gewahrsam sowohl der

Angehörigen als auch des Betreibers der Feuerbestattungsanlage gebrochen."

Z, G und L haben also das Zahngold aus dem Gewahrsam des Berechtigten weggenommen. Eine taugliche Tathandlung ist somit gegeben.

3. Mittäterschaft, § 25 II StGB

Z, G und L müsssen die Tat gemeinschaftlich i.S.v. § 25 II StGB, also als Mittäter, begangen haben.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, Rn 524). Z, G und L haben den objektiven Tatbestand des § 168 I 1. Fall StGB gemeinschaftlich und aufgrund eines gemeinsamen Tatplans verwirklicht. Auch sind alle drei Täter und nicht nur Teilnehmer, da sie nicht nur sämtlich Zentralfiguren des Geschehens waren und somit die Tatherrschaft innehatten, sondern auch aufgrund ihres erheblichen eigenen wirtschaftlichen Interesses am Taterfolg - sie haben sich die Beute schließlich geteilt - die Tat jeweils als eigene wollten und somit mit Täterwillen handelten.

Z, G und L haben somit als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB gehandelt.

4. Vorsatz

Z, G und L müsssen auch vorsätzlich gehandelt haben, § 15 StGB. Insofern stellt das OLG Bamberg fest:

"In subjektiver Hinsicht handelten die Angeklagten auch vorsätzlich. Ihnen war bekannt, dass es sich bei den Verbrennungsrückständen um Asche der Verstorbenen handelte. Aufgrund der Dienstanweisungen seitens der Vorgesetzten oblag ihnen die Verpflichtung, die Behältnisse der Aschenmühle nach jedem Verbrennungsvorgang zu entleeren und deren Inhalt der Urne beizugeben. Gegen diese Anweisungen haben sie bewusst und gewollt verstoßen."

Der erforderliche Vorsatz ist somit gegeben. Z, G und L haben somit den Tatbestand der Störung der Totenruhe in Mittäterschaft gem. § 168 I 1. Fall StGB verwirklicht.

Das OLG Bamberg führt insofern aus: "Diese Tatbestandsauslegung des § 168 I 1. Alt. steht auch nicht im Widerspruch zum Schutzzweck der Norm. Rechtsgut dieses Tatbestandes ist nicht nur der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten, sondern auch das Pietätsgefühl der Allgemeinheit (BGHSt 50, 80/89; OLG München NJW 1976, 1805/1806; KG NJW 1990, 782/783; Schönke/Schröder/Lenckner § 168 Rn. 1; LK/Dippel § 168 Rn. 2; MüKo/Hörnte § 168 Rn. 1, 2; NK-Herzog § 168 Rn. 1; a. A. SK-Rudolphi/Rogall § 168 Rn. 2). Im Rahmen dieses Pietätsgefühls kommt es darauf an, ob der Täter dem Menschen seine Verachtung bezeigen bzw. die Menschenwürde als Rechtsgut an sich missachten will. Die Vorstellungen der Allgemeinheit hinsichtlich des Umgangs mit Toten

gründen letztlich in dem Bewusstsein der jedem Menschen zukommenden und über den Tod hinauswirkenden Würde. Diese über den Tod hinaus wirkende Würde des Menschen (BVerfGE 30, 173/194) verbietet es daher, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinn ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen (BVerfGE 87, 209/228; BGHSt 50, 80/89). Im Übrigen folgt auch aus Art. 100 und Art. 149 I BV die Pflicht des Staates, die Menschenwürde auch nach dem Tod zu schützen und eine den jeweiligen Pietätsvorstellungen der Gesellschaft und der herrschenden Kultur angemessene Bestattung - durch die Aufbahrung des Leichnams, die Gestaltung der Trauerfeier und die Beisetzung der Urne - zu gewährleisten (BayVerfGH, NVwZ 1997, 481, 484). Gemessen an dieser komplexen Schutzfunktion des § 168 StGB und vor allem im Blick auf die auf Art. 1 GG gestützten, auch nach dem Tode fortwirkenden, vom Staat zu schützenden Persönlichkeitsrechte verstößt das Verhalten der Angeklagten damit sehr wohl gegen den Schutzzweck der Norm, weil sie Teile der Asche verstorbener Menschen als Handelsobjekt missbrauchten.”

II. Rechtswidrigkeit

Der Täter des § 168 I 1. Fall StGB muss “unbefugt” handeln, sein Verhalten muss also rechtswidrig sein. Da im vorliegenden Fall Rechtsfertigungsgründe nicht ersichtlich sind, haben Z, G und L rechtswidrig und somit auch unbefugt i.S.v. § 168 I 1. Fall StGB gehandelt.

III. Schuld

Z, G und L handelten auch schuldhaft. Sie sind strafbar gem. §§ 168 I 1. Fall, 25 II StGB.

E. Strafbarkeit gem. §§ 259 I, 25 II StGB durch den Verkauf des Zahngoldes

Durch den Verkauf des Zahngoldes könnten Z, G und L sich wegen mittäterschaftlicher Hehlerei gem. §§ 259 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Das Zahngold müsste zunächst eine Sache sein, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat erlangt hat.

Das Zahngold wurde durch eine Störung der Totenruhe, § 168 I 1. Fall StGB, erlangt (s.o.). Schutzgüter des § 168 StGB sind allerdings das Pietätsempfinden (LG Hamburg, NStZ 1982, 511; Lackner/Kühl, § 168 Rn 1) und die Menschenwürde (BVerfGE 35, 41) und nicht das Vermögen, sodass § 168 StGB keine “gegen frem-

des Vermögen gerichtete Tat” i.S.v. § 259 I StGB ist. Außerdem haben Z, G und L die Vortat des § 168 I 1. Fall StGB selbst begangen, sodass es sich nicht um die Tat eines anderen handelt und Z, G und L auch aus diesem Grunde nicht als Täter einer Hehlerei in Betracht kommen.

II. Ergebnis

Z, G und L sind nicht gem. §§ 259 I, 25 II StGB strafbar.

F. Strafbarkeit gem. §§ 261 I, II, 25 II StGB durch den Verkauf des Zahngoldes

Durch den Verkauf des Zahngoldes könnten Z, G und L sich allerdings wegen mittäterschaftlicher Geldwäsche gem. §§ 261 I, II, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste das Zahngold ein Gegenstand sein, der aus einer in § 261 I 2 StGB genannten Tat herrührt. Das Zahngold rührte aus einer Störung der Totenruhe, § 168 I 1. Fall StGB, her. § 168 I StGB ist allerdings kein Verbrechen und auch im Katalog des § 261 I 2 Nr. 2 ff. StGB nicht aufgeführt, sodass es sich hierbei nicht um eine taugliche Vortat für eine Geldwäsche handelt. Z, G und L sind also nicht gem. §§ 261 I, II, 25 II StGB strafbar.

G. Strafbarkeit gem. §§ 257 I, 25 II StGB durch den Verkauf des Zahngoldes

Eine Strafbarkeit von Z, G und L wegen mittäterschaftlicher Begünstigung, §§ 257 I, 25 II StGB, scheidet jedenfalls daran, dass sie als Mittäter an der Vortat, der Störung der Totenruhe, beteiligt waren, sodass für sie der persönliche Strafausschlussgrund gem. § 257 III 1 StGB greift.

H. Strafbarkeit gem. §§ 246 I, 25 II StGB durch den Verkauf des Zahngoldes

Durch den Verkauf des Zahngoldes könnten Z, G und L sich wegen mittäterschaftlicher Unterschlagung, §§ 246 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Allerdings handelt es sich bei dem Zahngold nicht um eine fremde Sache, sodass es kein taugliches Tatobjekt für eine Unterschlagung darstellt (s.o.).

Eine Strafbarkeit von Z, G und L gem. §§ 246 I, 25 II StGB scheidet somit aus.

I. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Jedes Mal, wenn Z, G und L Zahngold aus dem Schubfach mitnahmen, haben sie eine Tat gem. § 168 I 1. Fall StGB begangen (s.o.). Dies geschah in insgesamt über 600 Fällen, die alle selbstständige Handlungen darstellen und deshalb in Realkonkurrenz, § 53 StGB, zueinander stehen.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Pache, Eckhard / Rösch, Franziska: "Der Vertrag von Lissabon"
Fundstelle:	NVwZ 2008, 473 (Heft 5)
Inhalt:	Mit dem Vertrag von Lissabon haben die Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedsstaaten der EU die bisher bestehenden Gemeinschaftsverträge z.T. grundlegend umgestaltet. Seine Ratifizierung in Deutschland wird in diesen Tagen erwartet, sein Inkrafttreten ist zum 1.1.2009 geplant. Da das Europarecht jedenfalls in seinen Grundzügen mittlerweile zum Pflichtfachstoff gehört, muss jeder Examenskandidat über die wesentlichen Neuerungen orientiert sein. Genau dabei ist dieses Kompendium behilflich.

Autor/Titel:	Stöbener, Patricia Sarah: "Fälle zur Föderalismusreform"
Fundstelle:	JURA 2008, 327 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag macht auf die wichtigsten Änderungen des Grundgesetzes durch die Föderalismusreform aufmerksam und verarbeitet diese in Form von zumeist kleinen, im Gutachtenstil gelösten Fällen.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Gutzeit, Martin: "Der arglistig täuschende Verkäufer"
Fundstelle:	NJW 2008, 1359 (Heft 19)
Inhalt:	Der Autor beschäftigt sich unter Einbeziehung der neusten BGH-Rechtsprechung mit der Frage, inwieweit sich die Arglist des Verkäufers auf dessen Recht zur zweiten Andienung auswirkt. Es entsteht ein Spannungsverhältnis, weil dem Verkäufer durch die Nacherfüllung ermöglicht werden soll, doch noch mangelfrei zu leisten. Wenn nun der Verkäufer arglistig täuscht, dann ist er doch regelmäßig nicht schutzwürdig, oder? Der Autor vertritt die These, dass auch bei Arglist dem Verkäufer das Recht zur zweiten Andienung nicht generell zu versagen ist, wobei er die Rechtsprechung des BGH insoweit kritisch beleuchtet.

Autor/Titel:	Kohler, Jürgen: "Gutgläubensschutz im Grundstücksrecht bei Erwerb kraft Gesetzes?"
Fundstelle:	Jura 2008, 321 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag behandelt das Problem des Gutgläubenserwerbs im Grundstückswesen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 892 I BGB ist das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts i.S.e. Verkehrsgeschäfts. Dazu ist ein rechtsgeschäftlicher Dritterwerb erforderlich. Am Merkmal der Rechtsgeschäftlichkeit des Erwerbstatbestandes mangelt es in den Fällen der Erwerbe kraft Gesetzes. Klausurrelevante Fälle in dieser Hinsicht sind die vorweggenommene Erbfolge und Maßnahmen in der Zwangsvollstreckung. Der Autor zeigt die Problemstellung anschaulich auf und erläutert Lösungsansätze für die umstrittenen Fallgruppen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Herzberg, Rolf D.: "Vorsatzausschließende Rechtsirrtümer"
Fundstelle:	JuS 2008, 385 (Heft 5)
Inhalt:	Ein ganz klassisches Problem stellt die Frage dar, wie sich Irrtümer des Täters über normative Tatbestandsmerkmale - z.B. das Merkmal "fremd" i.R.v. § 242 I StGB - auf seine Strafbarkeit auswirken, ob sie über § 16 I 1 StGB bereits den Vorsatz entfallen lassen oder nur im Falle ihrer Unvermeidbarkeit gem. § 17 S. 1 StGB zum Schuldausschluss führen. Der Verfasser stellt verschiedene Problemkonstellationen und Lösungsansätze anschaulich vor. Die Gegenüberstellung von Vorsatz- und Schuldtheorien verdeutlicht zwar, dass das Problem ein grundlegenderes ist als es sich auf den ersten Blick ergibt, aber dass die Lösung wirklich über eine eindeutige Auslegung des Gesetzes gefunden werden kann, darf zumindest bezweifelt werden. Trotzdem: Wenn einer der schlauesten Köpfe im Strafrecht über eines der interessantesten Probleme schreibt, ist das immer einen Blick wert.

Autor/Titel:	Koch, Arndt: "Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB"
Fundstelle:	JuS 2008, 399 (Heft 5)
Inhalt:	Der Verfasser stellt die mittelbare Täterschaft inklusive ihrer Prüfung im Gutachten einleitend kurz dar und geht dann auf die verschiedenen denkbaren Konstellationen des § 25 I 2. Fall StGB ein. Einige interessante Fälle bleiben allerdings der Fortsetzung vorbehalten. Trotzdem sowohl als Einstieg in die Thematik als auch zur Wiederholung lesenswert.

Autor/Titel:	Murmann, Uwe: "Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB)"
Fundstelle:	JA 2008, 321 (Heft 5)
Inhalt:	Und noch ein Aufsatz zu den Fallgruppen der mittelbaren Täterschaft. Dieser enthält - im Vergleich zum Beitrag Kochs - mehr Fallgruppen, dafür aber keine Ausführungen zum gutachterlichen Aufbau dieser Täterschaftsform. Am besten ist es wohl, wenn man angesichts der hohen Examensrelevanz des Themas beide Aufsätze liest.