

Öffentliches Recht

Standort: Kommunalwahlrecht

Problem: 5%-Sperrklausel

THÜRVERFGH, URTEIL VOM 11.04.2008
VERFGH 22/05 (NVwZ-RR 2009, 1)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die sog. "5%-Sperrklausel", wonach nur solche Parteien bei der Verteilung der Sitze berücksichtigt werden, die mindestens 5% der gültigen Stimmen erreicht haben, für Kommunal- und Kreistagswahlen verfassungskonform ist.

Das BVerfG hält die 5%-Sperrklausel des § 6 VI 1, 1. Hs BWahlG auf Bundesebene bekanntlich für verfassungsgemäß, weil die Notwendigkeit einer effektiven Parlamentsarbeit mit stabilen Mehrheiten nicht gewährleistet sei, wenn sich das Parlament in viele kleine Parteien zersplittete. Negative Erfahrungen in der Weimarer Republik und im europäischen Ausland (Italien) belegten dies.

Gerade umgekehrt ist es nach Ansicht vieler Gerichte, der sich vorliegend auch der ThürVerfGH für Thüringen anschließt, auf kommunaler Ebene. Dort bestehe die Zersplitterungsgefahr angesichts der zahlenmäßig deutlich kleineren Vertretungen ohnehin nicht. Zudem seien keine negativen Erfahrungen aus anderen Bundesländern bekannt geworden, die traditionell keine 5%-Sperrklausel kennen (Bayern, Baden-Württemberg - "süddeutsche Ratsverfassung"). Zudem werde in Thüringen der Bürgermeister vom Volk direkt gewählt, sodass die Kommune nie ohne Verwaltungsspitze dastehen könne, selbst wenn man sich in der Vertretung nicht auf eine Person einigen könne (anders auf Bundesebene beim Bundeskanzler, der ja bekanntlich nicht durch das Volk direkt, sondern nach Art. 63 GG vom Deutschen Bundestag gewählt wird). Die Argumente, die auf Bundesebene für eine Rechtfertigung der 5%-Sperrklausel sprechen, sind somit auf die kommunale Ebene nicht übertragbar. Fehlt es dort aber an einem rechtfertigenden Grund, ist die 5%-Sperrklausel verfassungswidrig.

Prüfungsrelevanz:

Dogmatischer Aufhänger des BVerfG bei der Prüfung der 5%-Sperrklausel auf Bundesebene ist Art. 38 I 1 GG, der eine "gleiche" Wahl garantiert. Auf kommunaler Ebene ist nicht Art. 38 I 1 GG, aber Art. 28 I 2

GG anwendbar, der wörtlich und inhaltlich eine identische Garantie der Wahlrechtsgleichheit verbürgt. Spielt der Fall vor dem *Verfassungsgericht eines Landes*, ist nicht das Grundgesetz, sondern der entsprechende Artikel der Landesverfassung heranzuziehen. Alle Landesverfassungen enthalten auch eine Garantie der "gleichen" Wahl (hier: Art. 95 ThürVerf). Zu prüfen ist in jedem Fall wie folgt:

A. Diese "gleiche Wahl" garantiert neben der sog. "Zählwertgleichheit" (alle Stimmen zählen gleich) auch eine "Erfolgswertgleichheit", wonach sich alle Stimmen gleich auf die Zusammensetzung des gewählten Gremiums (Bundestag, Landtag, Kreistag, Rat etc.) auswirken müssen.

B. In letztere wird durch die 5%-Sperrklausel eingegriffen, denn die Stimmen für Parteien unter 5% haben keinen Erfolg.

C. Es stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung. BVerfG und Verfassungsgerichte der Länder lassen eine solche nur, aber immerhin aus "zwingenden Gründen" zu. Wie oben in der Problemdarstellung gezeigt, lassen sich auf Bundesebene (übrigens auch auf Landesebene) solche zwingenden Gründe finden, nicht jedoch auf Ebene der Kreise und Gemeinden. Deshalb wird die 5%-Sperrklausel dort - soweit noch existent - überwiegend für verfassungswidrig gehalten (vgl. Vertiefungshinweise). Der ThürVerfGH prüft die Rechtfertigung geradezu schulmäßig durch, wobei er der Frage nach einer möglichen Funktionsunfähigkeit des Parlaments infolge drohender Zersplitterung sogar für verschiedene Bereiche nachgeht (Bildung von Ausschüssen, Wahl der Beigeordneten, Haushaltsplanung usw.). Eine derartige Tiefe wird in einer Klausur kaum erwartet werden können.

Vertiefungshinweise:

- Zur Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel für Kommunalwahlen: *BVerfG*, NVwZ 2008, 407
- 5%-Sperrklausel und Mindeststärke einer Fraktion: *OVG NRW*, RA 2007, 6 = *NWVB1* 2007, 25
- 5%-Sperrklausel für Minderheitenpartei (SSW): *BVerfG*, RA 2005, 384 = *NVwZ* 2005, 568; *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 161
- Weitere Rechtsprechung zur 5%-Sperrklausel:

BVerfGE 95, 408; BVerfG, RA 2003, 473 = DVBl 2003, 929; VerfGH NRW, RA 1999, 361 und 534 = DVBl 1999, 1271

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Wer die Wahl hat..."

Leitsatz (der Redaktion):

Die 5%-Sperrklausel in § 22 II ThürKommWahlG ist mit Art. 95 S. 1 ThürVerf. unvereinbar und mit Wirkung für die nächsten Kommunalwahlen nichtig. Dies gilt auch, soweit sie gem. § 27 III ThürKommWahlG entsprechend auf Kreistagswahlen anwendbar ist.

Sachverhalt:

Das Verfahren betrifft einen Vorlagebeschluss des VG Weimar, mit dem die Verfassungsmäßigkeit der 5%-Sperrklausel in § 22 II ThürKommWahlG zur Überprüfung gestellt wird. Die Regelung gilt unmittelbar für die Wahl der Gemeinderatsmitglieder und nach § 27 III des ThürKommWahlG entsprechend für die Wahl der Kreistagsmitglieder.

Mit der Klage im Ausgangsverfahren focht die Kl., Kandidatin der FDP/WFU, die Wahl der Mitglieder des Stadtrats der Stadt W. vom 27.6.2004 an. Bei der Wahl wurden 63.462 gültige Stimmen abgegeben, von denen 2.811 Stimmen, also 4,417%, auf den Wahlvorschlag der FDP/WFU entfielen. Bei der Verteilung der Sitze blieb dieser Wahlvorschlag und damit auch die Kl. auf Grund der Sperrklausel unberücksichtigt. Nachdem die Kl. des Ausgangsverfahrens das Wahlergebnis zunächst bei der Aufsichtsbehörde, dem Thüringer Landesverwaltungsamt, angefochten und diese Behörde die Wahlanfechtung zurückgewiesen hatte, hat sie dagegen beim VG Weimar Klage erhoben. Dort beantragt sie, den entgegenstehenden Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamtes aufzuheben und die Wahl für ungültig zu erklären, hilfsweise das Wahlergebnis zu berichtigen. Sie berief sich auf die Verfassungswidrigkeit des § 22 II ThürKommWahlG. Das VG Weimar hat das Verfahren ausgesetzt, um eine Entscheidung des ThürVerfGH darüber einzuholen, ob § 22 II ThürKommWahlG mit der Verfassung des Freistaates Thüringen vereinbar ist.

Aus den Gründen:

Die in § 22 II ThürKommWahlG enthaltene 5%-Sperrklausel verstößt - auch in ihrer entsprechenden Anwendung auf die Wahlen zu den Kreistagen - gegen Art. 95 S. 1 ThürVerf. und ist mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen nichtig.

A. Grundsatz der "gleichen" Wahl

Maßgeblicher Prüfungsgegenstand ist der für die

Wahlen zu den Kommunalvertretungen in Art. 95 I 1 ThürVerf. enthaltene Grundsatz der Wahlgleichheit. Geht es darum, ob der Landesgesetzgeber, an den sich Art. 95 S. 1 ThürVerf. richtet (vgl. ThürVerfGH, NVwZ-RR 1999, 665), den dort normierten Grundsatz der Wahlgleichheit verletzt hat, bedarf es keines Rückgriffs auf allgemeine Erwägungen, etwa den vom VGH angezogenen allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit. Art. 95 I 1 ThürVerf. kann hier zur Prüfung herangezogen werden, obwohl er vom vorlegenden Gericht nicht als die maßgebliche Prüfungsnorm bezeichnet worden ist. Der VGH hat im Rahmen einer zulässigen Vorlage die zur Prüfung gestellte gesetzliche Norm unter allen denkbaren verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen (vgl. BVerfGE 93, 121 [133] = NJW 1995, 2615).

Nach Art. 95 S. 1 ThürVerf. muss das Volk in Gemeinden und Gemeindeverbänden eine aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangene Vertretung haben. Bei der Auslegung und Anwendung des in dieser Bestimmung niedergelegten Grundsatzes der Wahlgleichheit gilt Folgendes:

I. Zählwert- und Erfolgswertgleichheit

Die Vorschrift gebietet, der Stimme jedes Wählers den gleichen Zählwert und im Rahmen des Wahlsystems auch den gleichen Erfolgswert zukommen zu lassen. Bei der Verhältniswahl erfordert dies, dass jeder Stimme grundsätzlich der gleiche Erfolgswert zukommen muss.

II. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung beim Erfolgswert nur aus zwingendem Grund

Dem Gesetzgeber bleibt für Differenzierungen des Erfolgswerts nur ein eng bemessener Spielraum. Differenzierungen sind nur unter Voraussetzungen gerechtfertigt, die in der Formel des "zwingenden Grundes" zusammen gefasst sind. Das sind solche Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann. Nicht erforderlich ist, dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebietet. Differenzierungen sind gerechtfertigt durch zureichende, sich aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung ergebende Gründe. Sie müssen darüber hinaus zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das Recht auf Gleichheit der Wahl eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568). [...]

B. Prüfungsumfang: Spielraum des Gesetzgebers zu beachten

Bei dem vom ThürVerfGH gewählten Ansatz ist der Überprüfungsspielraum des Gerichts beschränkt: Der

ThürVerfGH hat nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 47 I bis III ThürVerf.) bei der materiellen Prüfung von Gesetzen die jeweilige Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu beachten. Nach dem Demokratieprinzip ist es zunächst dem durch Wahlen legitimierten Gesetzgeber überlassen, inhaltliche Festlegungen für gesetzliche Regeln zu treffen (ThürVerfGH, LKV 2007, 175 = ThürVBl 2006, 229). Auch die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 47 IV ThürVerf.). Die Einhaltung dieser Verpflichtung einschließlich ihrer tatsächlichen Grundlagen zu überprüfen obliegt dem ThürVerfGH im Rahmen seiner ihm durch die Verfassung eingeräumten Zuständigkeiten (Art. 80 ThürVerf.). Damit ist es nicht vereinbar, durch bloße Hinnahme gesetzgeberischer Sachentscheidungen die Einhaltung dieser Verpflichtung letztlich zur Disposition des Gesetzgebers zu stellen. Das gilt insbesondere dann, wenn es - wie hier - um den für die Verfassungsordnung fundamentalen Grundsatz der gleichen Wahl geht (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407).

Dem Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Überprüfung der Voraussetzungen für den gesetzgeberischen Eingriff in das gleiche Wahlrecht nicht darauf gerichtet ist, ob die gesetzliche Regelung zweckmäßig oder rechtspolitisch erwünscht ist. Zu prüfen ist nur, ob die Grenzen des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums beachtet sind. Dabei ist zunächst festzustellen, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein zulässiges Ziel verfolgt. Daran anschließend ist zu prüfen, ob das gewählte Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet ist und das Maß des zur Zielerreichung erforderlichen nicht überschreitet (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Ob diese Grenzen eingehalten sind, ist unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Gegebenheiten verfassungsgerichtlich überprüfbar (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463). Nur wenn die Voraussetzungen eines maßgeblichen Rechtfertigungsgrundes mit einiger Wahrscheinlichkeit vorliegen, ist der Eingriff gerechtfertigt (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Die bei der Klärung der empirischen Frage nötigen Feststellungen kann der ThürVerfGH entweder aus Plausibilitätserwägungen ableiten oder aber Erfahrungen zu Grunde legen.

C. Subsumtion

Gemessen daran liegt ein Eingriff in den vom Prinzip der Wahlrechtsgleichheit geforderten gleichen Erfolgswert jeder Stimme beim Verhältniswahlprinzip vor. § 22 ThürKommWahlG ordnet den Grundsatz der Verhältniswahl an. Jedoch werden die Stimmen solcher Wähler, die für Listen gestimmt haben, die keine 5% der abgegebenen Stimmen erreicht haben, bei der Zusammensetzung der Kommunalvertretungen nicht

berücksichtigt. Hinreichende Gründe, die einen derartigen Eingriff rechtfertigten, sind in der politischen Wirklichkeit Thüringens nicht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit feststellbar.

I. Funktionsfähigkeit der Vertretungen

Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Kommunalvertretungen rechtfertigt den Eingriff nicht.

1. Legitimer Zweck

Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung ist durch die Verfassung als Grund für die Eingriffe in den Grundsatz der Wahlgleichheit legitimiert (BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Sie ist ein legitimes Ziel, das den Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, eine 5%-Sperrklausel einzuführen. Was in diesem Zusammenhang als zwingender Grund für eine begrenzte Differenzierung anzuerkennen ist, bestimmt sich vor allem nach dem Aufgabenkreis der zu wählenden Volksvertretung. Dieser ist im Zusammenhang mit dem Institutionengefüge zu sehen, in dem das zu wählende Organ tätig wird (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463). Maßgeblich ist die konkrete Funktion des zu wählenden Organs (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Dies sind hier die Gemeindevertretungen und Kreistage in Thüringen.

2. Keine (potenzielle) Störung ersichtlich

Der ThürVerfGH stellt bei der danach vorzunehmenden Prüfung allerdings nicht darauf ab, ob ein Notstand im Sinne einer erheblichen Funktionsstörung für die Gemeinde- und Kreisvertretungen tatsächlich erkennbar geworden ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob ein Notstand anderen Bundesländern ohne eine 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht ausgeblieben ist. Es reicht vielmehr aus, dass der Notstand möglicherweise eintreten kann (vgl. dazu BVerfGE 6, 104 = NJW 1957, 379). Dass der Notstand möglicherweise eintreten kann, ist indes auch erforderlich. Eine Orientierung an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen ist nicht zulässig, vielmehr ist auf die politische Wirklichkeit abzustellen (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L).

Zur Einschätzung der politischen Wirklichkeit können auch Erfahrungen aus anderen Bundesländern herangezogen werden, soweit mit diesen wesentliche Übereinstimmungen in den Kommunalverfassungen (Aufgabenverteilung zwischen Kommunalvertretung, dem Hauptverwaltungsbeamten und den Ausschüssen), in den Kommunalwahlgesetzen, in der Struktur der Kommunen, in der Parteienlandschaft und dem bürgerschaftlichen Engagement in Wählergruppen oder als Einzelbewerber bestehen (vgl. BVerfGE 107, 286 = NVwZ 2003, 1372). Für die Begründung der Sperr-

klauseel sind dabei wesentliche Unterschiede in der Kommunalstruktur - trotz aller Unterschiede in den Kommunalverfassungen und der Landesstrukturen - heute kaum mehr feststellbar. Vielmehr bestehen seit der Reformierung der Kommunalverfassungen in nahezu allen Flächenländern wesentliche Übereinstimmungen (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Insoweit gilt für Thüringen:

a. Infolge der Direktwahl des Bürgermeisters keine Führungslosigkeit der Gemeinde zu befürchten

Nach der Thüringer Kommunalordnung (ThürKommO) ist der Gemeinderat neben dem Bürgermeister Organ der Gemeinde (§ I ThürKommO). Beide Organe sind direkt vom Volk gewählt (§§ 23 II, 28 III ThürKommO). Der Bürgermeister gehört neben den aus den Gemeinderatswahlen hervorgegangenen Mitgliedern dem Gemeinderat an (§ 23 I 1 ThürKommO). Ebenso ist er Mitglied in den Ausschüssen des Gemeinderats (§ 27 I 1 ThürKommO). Der Bürgermeister ist als Hauptverwaltungsbeamter für die Leitung der Gemeindeverwaltung und die Vollziehung der Beschlüsse des Gemeinderates zuständig (§ 29 I ThürKommO). Ein eigenes Entscheidungsrecht in Selbstverwaltungsangelegenheiten steht ihm bei Geschäften der laufenden Verwaltung zu, wenn diese keine grundsätzliche Bedeutung haben (§ 29 II 1 ThürKommO) oder wenn es um Eilentscheidungen geht (§ 30 ThürKommO). Er hat aus seiner Sicht rechtswidrige Entscheidungen des Gemeinderats zu beanstanden (§ 44 ThürKommO). Der Gemeinderat ist im Übrigen in allen anderen Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinde zuständig. Dabei obliegt ihm insbesondere die Entscheidung über das Satzungsrecht (§ 26 II Nr. 2 ThürKommO). Dazu gehört auch der Erlass von Haushaltssatzungen (§ 26 II Nrn. 7 bis 11 ThürKommO). In personeller Hinsicht ist es Aufgabe des Gemeinderats, Ausschüsse zu bilden (§§ 26 I, 27 ThürKommO) und die Zahl der von ihm zu wählenden der Beigeordneten festzulegen (§ 32 ThürKommO). Weiter bestimmt er den Leiter des Rechnungsprüfungsamtes, seinen Stellvertreter sowie die Prüfer (§ 26 II Nr. 12 ThürKommO). Er muss bestimmten „höherwertigen“ Personalentscheidungen (§ 29 III 3 ThürKommO) zustimmen; schließlich kann er mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder die Abwahl des Bürgermeisters einleiten (§ 28 VI ThürKommO).

Aus dieser Aufgabenverteilung ergibt sich, dass mit dem direkt gewählten und damit unmittelbar demokratisch legitimierten Bürgermeister ein Gemeindeorgan zur Verfügung steht, das für Kontinuität in der Gemeinde sorgen soll und kann. Dabei kann nicht nur auf die Verwaltungsaufgaben nach der ThürKommO abgestellt werden. Durch die gesetzlich vorbestimmte Mitgliedschaft des Bürgermeisters im Gemeinderat und seinen Ausschüssen wird vielmehr auch seine po-

litische Funktion im Entscheidungsprozess der Gemeinde deutlich. Er hat eine politisch und rechtlich starke Stellung und kann somit durch sein Handeln im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedern des Gemeinderats für eine kontinuierliche Politik sorgen. Dem gegenüber ist es Aufgabe des Gemeinderats, gerade die Vielfalt in der Bevölkerung zu repräsentieren und politische Unterschiede abzubilden. Seine Funktion besteht darin, die politischen Kräfte in den gemeindlichen Entscheidungsprozess zu integrieren (zu dieser Funktion: BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Er hat die Satzungscompetenz, die er - ohne Parlament im klassischen Sinne zu sein - in gesetzesähnlicher Weise ausübt. Dies wird insbesondere beim Erlass der Haushaltssatzung und anderer gewichtiger Satzungen wie zum Beispiel Bebauungsplänen deutlich. Sie sind für die Gemeindebürger von zentraler Bedeutung. Dabei soll allerdings nicht unerwähnt bleiben, wie das BVerfG in seiner aktuellen Entscheidung verdeutlicht hat (BVerfG, NVwZ 2008, 407), dass diese Entscheidungen der Überprüfung und möglicherweise der Korrektur oder Aufhebung der Aufsichtsbehörde zugänglich sind.

b. Kontinuitätsgedanke schon kein zulässiges Regelungsziel

Daraus folgt, dass es kein zulässiges verfassungsrechtliches Ziel für die Einführung der 5%-Sperrklausel ist, für stabile Mehrheiten in dem Sinne zu sorgen, dass über die Wahlperiode des Gemeinderats hinweg eine absolute Mehrheit oder eine beständige Koalition besteht. Anders als beim deutschen Bundestag (dazu BVerfGE 114, 121 = NJW 2005, 2669) und beim Thüringer Landtag (Art. 70ff., 59 ThürVerf.) ist das Institutionengefüge der ThürKommO nicht auf eine von der Volksvertretung gestützte "Regierung" einerseits und eine sie ablehnende "Opposition" andererseits angelegt (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407; BayVerfGH, DÖV 1952, 438f.; in Bezug genommen von: BayVerfGH, NVwZ-RR 2007, 73 = BayVBl 2007, 13). Ebenso wenig ist es notwendig, dass dem demokratisch legitimierten Bürgermeister - anders als in dem Verhältnis zwischen dem direkt gewählten Europaparlament einerseits und der nicht unmittelbar gewählten Kommission andererseits (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463) - ein ständig in eine politische Richtung wirkender Gemeinderat entgegentritt. Wechselnde Mehrheiten in Einzelfragen sind in der Thüringer Gemeindeverfassung angelegt.

c. Handlungsfähigkeit und Möglichkeit der Mehrheitsfindung nicht beeinträchtigt

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dass der Gesetzgeber es anstrebt, die Handlungsfähigkeit des Gemeinderats nach der Aufgabenverteilung der Thüringer Kommunalordnung zu gewährleisten und

eine mögliche Handlungsunfähigkeit zu verhindern. Das betrifft die Aufgaben des Gemeinderats im Rahmen des Satzungsrechts und der weiteren oben genannten Aufgaben. Allerdings stellt eine bloße Erleichterung oder Vereinfachung, die sich daraus ergibt, dass weniger Fraktionen bei der politischen Auseinandersetzung aufeinander treffen und folgerichtig weniger unterschiedliche Standpunkte verarbeitet werden müssen, keine Rechtfertigung des Eingriffs in den Grundsatz der Wahlgleichheit dar (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407).

Es ist zwar mit plausiblen Erwägungen davon auszugehen, dass ohne die Sperrklausel nur in Gemeinden mit mehr als 10000 Einwohnern, bei denen mehr als 20 Ratsmitglieder zu wählen sind (§ 23 III ThürKommO), häufiger eine größere Zahl von Fraktionen (§ 25 ThürKommO) im Rat vertreten sein dürfte oder häufiger Einzelmitglieder eintreten werden als bislang. Diese Möglichkeit wird dadurch verstärkt, dass in Thüringen das Wahlverfahren nach Hare/Niemeyer gilt (§ 22 I ThürKommWahlG). Dadurch werden kleinere Parteien und Wählergruppen begünstigt. Insofern ist mit einer „Vielfalt der Zusammensetzung“ der Räte zu rechnen. Diese Prognose führt jedoch nicht dazu, dass eine Funktionsstörung für die Gemeindevertretung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

aa. Satzungserlass

Soweit es um die Aufgabe der Gemeindevertretung bei der Verabschiedung von Satzungen geht, ist zunächst zu berücksichtigen, dass sowohl der Erlass als auch der Nichterlass von Satzungsrecht auf demokratischer Legitimation beruht. Lediglich aus dem Umstand, dass eine Satzung nicht erlassen wird, folgt nicht, dass die Funktionsfähigkeit des Rates gefährdet ist. Zudem gilt bei Abstimmungen das Prinzip der relativen Mehrheit (§ 39 I ThürKommO).

bb. Bildung von Ausschüssen

Hinsichtlich der Sicherung der Aufgabenerfüllung des Gemeinderats im personellen Bereich ist die 5%-Sperrklausel ebenfalls nicht geeignet und erforderlich. Das gilt für die Zusammensetzung der Ausschüsse. Die Ausschüsse werden nicht gewählt, sondern sind nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen zusammengesetzt, wobei es sogar möglich ist, dass kleinere Fraktionen wegen deren Größe im Ausschuss nicht vertreten sind und die Fraktionen auf ein bloßes Rederecht für ihre Mitglieder beschränkt sind (§ 27 I bis III ThürKommO). Eine „Zersplitterung“ des Gemeinderats hat also keinerlei Einfluss auf die Bildung von Ausschüssen.

cc. Wahl der Beigeordneten

Die Wahl der Beigeordneten gem. § 32 V i.V. mit § 39 II ThürKommO ist so ausgestaltet, dass durch Wie-

derholung von Wahlen und notfalls Losentscheid ein Scheitern der Wahl praktisch ausgeschlossen ist. Soweit es um die Entscheidung über die Rechnungsprüfer und die Zustimmung zu den „höherwertigen“ Personalentscheidungen geht, gilt § 39 I ThürKommO. Danach ist zu einem Beschluss die Mehrheit der Stimmen erforderlich, die bei einer stärkeren Meinungsvielfalt im Rat möglicherweise schwerer zu erlangen ist. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber zur Bekämpfung der damit einhergehenden Gefahren ein weniger belastendes Mittel zur Verfügung steht: Er kann auch diese Personalentscheidungen als Wahl ausgestalten und damit die Regelung in § 39 II ThürKommO anwendbar machen.

dd. Abwahl des Bürgermeisters

Hinsichtlich der Einleitung der Abwahl des Bürgermeisters schützt die notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit einerseits ausreichend vor dem Zustandekommen einer destruktiven Mehrheit. Soweit andererseits vor dem Hintergrund einer „Zersplitterung“ das Zustandekommen der Einleitung einer Abwahl des Bürgermeisters erschwert wird, liegt dies in der inneren Logik des Institutionengefüges. Die Abwahl des Bürgermeisters soll gerade nicht erleichtert werden.

ee. Haushaltswirtschaft

Auch im Hinblick auf die Aufgabenstellung des Gemeinderates in der Haushaltswirtschaft sind die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit nicht mit einiger Wahrscheinlichkeit feststellbar. Hier ist zunächst davon auszugehen, dass die Aufgabenerfüllung des Gemeinderates eine positive Beschlussfassung erfordert. Mit der Nichtverabschiedung des Haushalts erfüllt der Gemeinderat seine Aufgaben nicht. Um die notwendigen Einnahmen einerseits zu schaffen und über die finanziellen Voraussetzungen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben andererseits zu entscheiden, ist ein politischer Prozess notwendig, der zu einem Ergebnis führt. Allerdings sprechen Plausibilitätsabwägungen gerade vor diesem Hintergrund dafür, dass auch bei einer „Zersplitterung“ dieser Prozess im Ergebnis positiv abgeschlossen wird. Auch kleinere Fraktionen vertreten Interessen ihrer Wähler. Sie sind deshalb daran interessiert, dass diese Interessen gerade auch bei der Verteilung kommunaler Mittel berücksichtigt werden. Das lässt die Annahme plausibel erscheinen, dass durch entsprechende Kompromisse auch bei einem „zersplitterten“ Gemeinderat ein Haushaltsplanentwurf zu Stande kommt, der eine Mehrheit im Gemeinderat findet. Insbesondere hier kann sich der Bürgermeister als stabiler und ruhender Pol der Gemeindeverfassung bewähren.

Dem ThürVerfGH liegen auch keine empirischen Erkenntnisse vor, die eine gegenteilige Feststellung er-

möglichen. Erfahrungen in Thüringen fehlen - von der nicht vergleichbaren unmittelbaren Nachwendzeit abgesehen -, da seitdem die 5%-Sperrklausel gilt. Aus den Ländern ohne die Sperrklausel sind keine schwerwiegenden Störungen bekannt geworden (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Der ThürVerfGH hat zudem unter dem Gesichtspunkt, mögliche Rückschlüsse auf die Thüringer Realität ziehen zu können, Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse im Land Sachsen-Anhalt ohne Sperrklausel erhoben. Die kommunalrechtlichen Regelungen nach der Gemeindeordnung für Sachsen-Anhalt gleichen weitgehend denen in Thüringen. Auch das Parteienspektrum und die politische Kultur in Sachsen-Anhalt sind der in Thüringen jedenfalls im Wesentlichen vergleichbar. [...]

d. Keine Beeinträchtigung des Gemeinwohls

Auch die Erwägung, durch die 5%-Sperrklausel werde verhindert, dass kleine Gruppierungen, die im Wesentlichen nur einseitige Interessen verträten und dadurch nicht am Gemeinwohl orientiert seien, in den Rat kämen und diesen Gruppen diesbezüglich entsprechende Zugeständnisse gemacht würden (so SaarlVerfGH, LVerfGE 8, 257 [267ff.]; ähnlich BerlVerfGH, Sondervotum der Richter Finkelnburg, Driehaus und Töpfer, LKV 1998, 142 [146] und Sondervotum des Richters Dittrich, LKV 1998, 142 [147]) kann nach der Thüringer Verfassung nicht zur Rechtfertigung des mit der 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht verbundenen Eingriffs in den Grundsatz der Wahlgleichheit herangezogen werden. Obwohl Art. 95 ThürVerf. inhaltlich wiederholt, was auch Art. 28 I 2 GG für die Kommunalvertretungen vorschreibt, entfaltet er seine Bedeutung vor dem Hintergrund der Systematik der Landesverfassung und ist in Bezug zu den sonstigen Normen dieser Verfassung auszulegen (vgl. zu in die Landesverfassung hineinwirkendem Bundesrecht auch: ThürVerfGH, LKV 2007, 175 = ThürVBl 2006, 229). Insoweit gilt:

Den Überlegungen zum Gemeinwohl liegt letztlich der Gedanke zu Grunde, die Vertretung singulärer, partikulärer oder temporärer Interessen könne von vornherein nicht dem Gemeinwohl entsprechen und die Notwendigkeit, diese in einem organisierten Entscheidungsprozess, wie er in einer Kommunalvertretung stattfindet, zu berücksichtigen, sei gemeinwohlwidrig. Dieses Verständnis ist mit der Thüringer Verfassung nicht vereinbar. Diese geht vielmehr davon aus, dass das Gemeinwohl erst durch den vielfältigen politischen Prozess, auch in Volksvertretungen, gefunden werden muss und die Vertretung einzelner Vorstellungen und Interessen nicht von vornherein als gemeinwohlgefährdend empfunden werden kann. Das Demokratiegebot in Art. 44 I, 45 ThürVerf. setzt im Gegenteil geradezu das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen

voraus (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). [...] Letztlich ist es Aufgabe der Wähler und nicht des Wahlgesetzgebers zu bestimmen, wer die Interessen der Bürger am besten vertritt (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Nur vor diesem Hintergrund ist auch die die Gemeinderatsmitglieder treffende Gemeinwohlverpflichtung nach § 24 I ThürKommO zu sehen.

e. Demokratieprinzip - Schutz vor undemokratischen Parteien in der Vertretung

Der Grundsatz der streitbaren und wertgebundenen Demokratie, insbesondere der Hinweis auf die Gefahr eines Einzuges der rechtsradikalen NPD in die Kommunalvertretungen und in den Landtag, kann die 5%-Sperrklausel ebenfalls nicht rechtfertigen. Die 5%-Sperrklausel kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie dem Zweck diene, verfassungsfeindliche oder (rechts-)extremistische Parteien von der Beteiligung an kommunalen Vertretungsorganen fernzuhalten. Die Bekämpfung politischer Parteien ist in diesem Zusammenhang ein sachfremdes Motiv. Die 5%-Sperrklausel wirkt nicht nur gegen (unerwünschte) extremistische Parteien, sondern trifft alle Parteien gleichermaßen, ebenso wie kommunale Wählervereinigungen und Einzelbewerber. Für die Bekämpfung verfassungswidriger Parteien steht das Verfahren nach Art. 21 II GG zur Verfügung. Es steht dem Wahlgesetzgeber nicht zu, über die Einführung oder Beibehaltung einer Sperrklausel bestimmte Parteien gezielt von ihrer Mitwirkung an der politischen Willensbildung auszuschließen (vgl. dazu insgesamt: BVerfG, NVwZ 2008, 407).

II. Ergebnis

Da keine Rechtfertigung für die 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht besteht, ist sie für verfassungswidrig zu erklären. Dies wirkt sich ausnahmsweise aber nicht auf die zurückliegenden Wahlen aus; die Nichtigkeit der Norm ist erst mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen in Thüringen auszusprechen. Grundsätzlich folgt zwar aus der Erkenntnis, dass eine Norm verfassungswidrig ist, deren sofortige Ungültigkeit. Ausnahmsweise kann es aber geboten sein, für eine vom Gericht festzulegende Übergangszeit hiervon abzuweichen, wenn die sofortige Aufhebung einer Norm zu einem noch verfassungsferneren Zustand führte (vgl. BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45] m.w. Nachw.).

So ist es hier aus zwei Gründen. Erstens steht dem Gesetzgeber zur anderweitigen Ausgestaltung der durch die verfassungswidrige Norm geregelten Situation nicht nur eine Möglichkeit zur Verfügung. Vielmehr gibt es ein Spektrum von verfassungsgemäßen Maßnahmen, mit denen er der Situation begegnen kann. Der Grundsatz der Gewaltenteilung gebietet es daher, dem Gesetzgeber für diese Möglichkeit eine

Übergangsfrist einzuräumen (BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45]). Zweitens hatten sich die Wähler seinerzeit auf die 5%-Sperrklausel eingestellt und mit recht hoher Wahrscheinlichkeit ihr Wahlverhalten daran ausgerichtet (vgl. auch dazu: BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45]). Eine als Ergebnis des Ausgangsverfahren möglich er-

scheinende Neuberechnung des Wahlergebnisses, darauf bezieht sich der dortige Hilfsantrag der Anhebungsberechtigten zu 1, käme dem Wählerwillen nicht notwendigerweise näher und wäre damit mindestens so „verfassungsfern“ wie das angegriffene Wahlergebnis.

Standort: Kommunalrecht

Problem: Reichweite der Selbstverwaltungsautonomie

SÄCHSVERFGH, BESCHLUSS VOM 27.06.2008
VF. 67-VIII-08 (NVWZ 2009, 44)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob sich eine Gemeinde unter Berufung auf ihre Selbstverwaltungsautonomie dagegen wehren kann, dass ihr der Sitz des Kreistages entzogen wird.

Die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinden ist in Art. 28 II GG sowie in den Verfassungen der Länder (hier: Art. 82 II, 88 SächsVerf.) verankert. Sie schützt dreierlei:

A. Eine Bestandsgarantie. Gemeinden müssen als Verwaltungsträger erhalten bleiben. Gäbe es keine Gemeinden, wäre eine Selbstverwaltungsautonomie für Gemeinden sinnlos. Diese Bestandsgarantie ist aber nur tangiert, wenn der Gesetzgeber sich entschließen sollte, die Gemeinden als solche abzuschaffen, nicht, wenn es um die Existenz einer einzelnen Gemeinde geht, die bspw. im Rahmen einer Gebietsreform aufgelöst oder eingemeindet werden soll. Deshalb war die Bestandsgarantie hier selbst dann nicht einschlägig, wenn man unterstellt hätte, dass die klagende Gemeinde durch die Abwanderung des Kreistages in ihrer (wirtschaftlichen) Existenz bedroht gewesen wäre.

B. Eine Aufgabengarantie. Die Selbstverwaltungsautonomie garantiert den Gemeinden, ihre eigenen Angelegenheiten eigenverantwortlich regeln zu dürfen. Zu diesen „eigenen Angelegenheiten“ gehören vor allem die Planungs-, Personal-, Satzungs-, Organisations-, Finanz-, Kultur- und Gebietshoheit sowie die Daseinsvorsorge. Der SächsVerfGH diskutiert hier Auswirkungen auf die Organisations- und Planungshoheit, meint aber, dass diese i.E. nicht betroffen sind. Überhaupt ist das Gericht der Auffassung, dass der Verlust des Kreistagssitzes für die Gemeinde eher mittelbar-faktische Auswirkungen hat als unmittelbar-rechtliche. Ein solcher „Rechtsreflex“ genüge nicht für einen Eingriff in die Selbstverwaltungsautonomie.

C. Eine Rechtsschutzgarantie. Vor dem BVerfG können Gemeinden nach Art. 93 I Nr. 4b GG eine sog. „Kommunalverfassungsbeschwerde“ erheben, wenn sie sich in ihrer Selbstverwaltungsautonomie verletzt fühlen. Bei Eingriffen in die Selbstverwaltungsauto-

mie durch Landesgesetze kann die Landesverfassung gem. Art. 93 I Nr. 4b GG jedoch eigene, dann speziellere Rechtsbehelfe vorsehen. So geschehen in Sachsen mit der hier einschlägigen „kommunalen Normenkontrolle“ nach Art. 90 SächsVerf.

Prüfungsrelevanz:

A. Das Urteil ist zunächst materiell-rechtlich interessant, weil es die Reichweite und Grenze der Selbstverwaltungsautonomie verdeutlicht. Sind weder Bestands- noch Aufgabengarantie betroffen, können die Gemeinden aus ihr auch nichts ableiten. Bloße Rechtsreflexe faktisch-mittelbarer Art, hier etwa ein Ansehens- und Attraktivitätsverlust, genügen jedenfalls noch nicht einmal für die Klagebefugnis, also die bloße Möglichkeit einer Verletzung des Selbstverwaltungsrechts.

B. Aber auch prozessual verdient es Beachtung:

I. Zum einen ist zu bemerken, dass das von der Gemeinde angegriffene Gesetz im Zeitpunkt der Entscheidung über die Normenkontrolle noch gar nicht in Kraft war. „Präventive“ Normenkontrollen gegen noch nicht in Kraft getretene Gesetze sind aber unzulässig. Dies ist auch die st.Rspr. des BVerfG zur abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG. Allerdings gibt es zwei Ausnahmen:

- Das BVerfG hält völkerrechtliche Vertragsgesetze nach Art. 59 II 1 GG schon vor ihrem Inkrafttreten für taugliche Gegenstände einer abstrakten Normenkontrolle, weil die nach ihrem Inkrafttreten einsetzende völkerrechtliche Bindungswirkung es einem nationalen Gericht nicht erlaube, das Vertragsgesetz (und damit den völkerrechtlichen Vertrag insgesamt) einseitig wieder zu Fall zu bringen.

- Der SächsVerfGH lässt die präventive Normenkontrolle hier zu, weil das angegriffene, erst später in Kraft tretende Gesetz die klagende Gemeinde schon jetzt zu Dispositionen nötigte, zumindest faktisch also schon in der Gegenwart Folgen hatte.

II. Die oben erwähnte „Kommunalverfassungsbeschwerde“ ist im Übrigen nicht zu verwechseln mit dem sog. „Kommunalverfassungsstreit“.

1. Die „Kommunalverfassungsbeschwerde“ wird von der Gemeinde als juristischer Person des öffentlichen

Rechts erhoben, wenn sie sich durch eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts (z.B. eine andere Gemeinde, oder - wie hier - das Land) in ihrer Selbstverwaltungsautonomie verletzt fühlt. Es handelt sich um einen verfassungsrechtlichen Rechtsbehelf, der vor einem Verfassungsgericht ausgetragen wird (nach Art. 93 I Nr. 4b GG vor dem BVerfG und/oder je nach Landesverfassung vor dem Verfassungsgericht des jeweiligen Bundeslandes).

2. Der „*Kommunalverfassungsstreit*“ ist demgegenüber eine Klage, mit der Organe oder Organteile derselben Gemeinde untereinander über ihre wechselseitigen Kompetenzen streiten. Es stehen sich also nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts, sondern Gemeindeorgane gegenüber (z.B. Bürgermeister und Rat). Es handelt sich auch nicht um einen verfassungsrechtlichen, sondern um einen verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelf, der vor dem Verwaltungsgericht spielt (und seinen missverständlichen Namen nur deshalb trägt, weil die Gemeindeordnungen umgangssprachlich auch als „*Kommunalverfassung*“ bezeichnet werden, obwohl sie gar kein Verfassungsrecht darstellen). Nach h.M. ist der „*Kommunalverfassungsstreit*“ noch nicht einmal eine eigene Klageart, sondern eine besondere Form der Leistungs- oder Feststellungsklage nach der VwGO.

Vertiefungshinweise:

□ Klage gegen Bestimmung des Sitzes eines Kreisorgans: *SächsVerfGH*, JbSächsOVG 2, 52; *RhPfVerfGH*, DÖV 1970, 198; *NWVerfGH*, OVG 31, 296; *NdsStGH*, DÖV 1979, 406

□ Zur Kommunalverfassungsbeschwerde: *Klein/Haratsch*, JuS 2000, 209

□ Eingriff in die Selbstverwaltung durch Pflicht zur Beschäftigung hauptamtlicher Gleichstellungsbeauftragter: *NWVerfGH*, RA 2002, 239 = NWVBl 2002, 101

□ Präventive Normenkontrolle gegen noch nicht in Kraft getretene Gesetze: *BVerfGE* 1, 396, 411 ff.; 36, 1, 15; *Friehe*, JA 1983, 117, 125; *Grabert*, NWVBl 1994, 236, 237

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: „Frauenpower“

Leitsatz:

Die im Zuge einer Kreisneugliederung erfolgte Neubestimmung des Kreissitzes greift nicht in die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinde ein, in der bislang die Kreisverwaltung ihren Sitz hatte.

Sachverhalt:

Die Ast. wandte sich mit ihrem am 1.4.2008 bei dem

SächsVerfGH eingegangenen Antrag auf kommunale Normenkontrolle gegen Bestimmungen des Gesetzes zur Neugliederung des Gebiets der Landkreise des Freistaates Sachsen vom 29. 1. 2008 (SächsKrGebNG, SächsGVBl S. 102) insoweit, als die Große Kreisstadt Z. als Sitz des Landratsamtes des neu zu bildenden E.-Kreises bestimmt wird. Der Antrag wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Der Antrag ist unzulässig, da es der Ast. an der notwendigen Antragsbefugnis fehlt.

A. Tauglicher Antragsgegenstand

Die - erst zum 1.8.2008 in Kraft tretenden - angegriffenen Teile des Gesetzes bilden schon jetzt einen zulässigen Gegenstand der Normenkontrolle auf kommunalen Antrag, da sie mit unmittelbaren und mittelbaren Vorwirkungen, wie etwa den im Juni 2008 durchgeführten Kreiswahlen und zahlreichen Vorbereitungen für organisatorische Änderungen, einhergehen (SächsVerfGH, NVwZ-RR 2008, 636).

B. Antragsbefugnis

Das Normenkontrollverfahren nach Art. 90 SächsVerf. setzt den schlüssigen Vortrag der antragstellenden Gebietskörperschaft voraus, durch die angegriffene gesetzliche Regelung unmittelbar in einer der dort genannten Gewährleistungen des Selbstverwaltungsrechts verletzt zu sein (SächsVerfGH, JbSächsOVG 2, 52 [54]). Eine solche Rechtsverletzung lässt sich nach dem Vorbringen der Ast. ausschließen.

I. Selbstverwaltungsautonomie

Die Bestimmung des Sitzes des Landratsamtes steht, soweit sie mit einer Neugliederungsmaßnahme nach Art. 88 I SächsVerf. einhergeht, dem Landesgesetzgeber zu (SächsVerfGH, JbSächsOVG 2, 52 [54]; vgl. RhPfVerfGH, DÖV 1970, 198 [202]; NWVerfGH, OVG 31, 296f.; NdsStGH, DÖV 1979, 406). Wegen des unmittelbaren Zusammenhangs unterliegt sie den gleichen verfassungsrechtlichen Bindungen, wie sie für die Gebietsänderungen selbst gelten (SächsVerfGH, JbSächsOVG 2, 52 [54]; vgl. BadWürttStGH, ESVGH 23, 1 [21]). Daraus folgt, dass den Maßstab der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im Rahmen des Art. 90 SächsVerf. allein die Selbstverwaltungsgarantie bildet, wie sie in Art. 82 II und Art. 88 SächsVerf. gewährleistet ist.

Dem Vorbringen der Ast. kann nicht entnommen werden, und es sind dafür auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sie durch die Bestimmung des Sitzes des Landratsamtes für den E.-Kreis in § 3 Nr. 2 SächsKrGebNG in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt sein könnte.

1. Organisationshoheit

Die Selbstverwaltungsgarantie unterwirft allerdings staatliche Entscheidungen über den Aufbau und Sitz kommunaler Behörden verfassungsrechtlichen Bindungen.

Art. 82 II 2 SächsVerf. sichert den Gemeinden die Befugnis, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung wahrzunehmen. Das schließt das Recht ein, Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten für die Wahrnehmung eigener Aufgaben festzulegen. Gesichert ist den Gemeinden insoweit neben einem Bestand nennenswerter organisatorischer Befugnisse auch ein Mindestmaß an organisatorischen Spielräumen bei der Wahrnehmung der je einzelnen Aufgabenbereiche (vgl. BVerfGE 91, 228 [236ff.] = NVwZ 1995, 677). Daneben schützt Art. 82 II 2 SächsVerf. die gemeindliche Planungshoheit. Sie umfasst die Befugnis zur eigenverantwortlichen Ordnung und Gestaltung des Gemeindegebiets mit den Mitteln der Planung, der in erster Linie im Bereich der Bauleitplanung praktische Bedeutung zukommt (vgl. NWVerfGH, NWVBl 1990, 51 [52]; BVerwGE 40, 323 [329f.] = NJW 1973, 261). Nach diesen Maßstäben greift die Entscheidung zum Sitz der Kreisverwaltung nicht in das Selbstverwaltungsrecht der Ast. ein. Die Entscheidung des Gesetzgebers über den Sitz der Kreisverwaltung berührt - trotz ihrer Ortsbezogenheit - nicht die gemeindliche Organisationshoheit. Sie ist allein für Organisation und Aufbau des Landkreises maßgebend und spricht damit dessen Organisationsgewalt an (vgl. BayVerfGH, BayVBl 1976, 205 [206]; BbgVerfG, LVerfGE 2, 164 [169]; BbgVerfG, LVerfGE 2, 183 [188]; ThürVerfGH, LVerfGE 4, 426 [435]; ThürVerfGH, 5, 331 [341]; SachsAnhVerfG, LVerfGE 2, 323 [335]).

2. Planungshoheit

Eine Beeinträchtigung der kommunalen Planungshoheit scheidet ebenfalls aus (anders SachsAnhVerfG, LVerfGE 2, 273 [292]; SachsAnhVerfG, LVerfGE 2, 323 [335f.]; SachsAnhVerfG, Urt. v. 25. 4. 2007 - Vf. LVG 4/06). Mit dem Entzug des Sitzes der Kreisverwaltung wird weder das Instrumentarium gemeindlicher Planung eingeschränkt, noch die Realisierung einer eigenen hinreichend bestimmten Planung nachhaltig gestört oder Gemeindegebiet dem planerischen Zugriff der Gemeinde entzogen (vgl. zur Beeinträchtigung der Planungshoheit durch überörtliche Planungen: BVerwGE 81, 95 [106]; BVerwGE 90, 96 [100]). Aus der Verlegung des Landratsamtes mag zwar ein Rückgang der Nachfrage nach gemeindlichen Leistungen resultieren, den die betroffene Gemeinde nicht zu kompensieren im Stande ist und der folglich einen Bedarf zur Anpassung der Planungen begründet. Die mit dem Sitz der Kreisverwaltung verbundenen Chancen wirken allerdings - wie zahlreiche andere Faktoren

- lediglich faktisch auf den Inhalt kommunaler Planungen ein.

3. Finanz- und Kulturhoheit; sonstige Ausprägungen

Der Verlust des Sitzes der Kreisverwaltung beeinträchtigt auch keine andere Ausprägung des Selbstverwaltungsrechts. Hieran ändert nichts, dass die Verlagerung des Kreissitzes vielfältige Auswirkungen im politischen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben der Gemeinde mit sich bringt und vor allem geeignet sein kann, die Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten der Ast. zu beeinflussen (vgl. hierzu Schoch, Die Verwaltung 26 [1993], 291 [293ff.]; Miller, LKV 2005, 478 [480]). Es handelt sich bei alledem lediglich um mittelbare Folgen, die einen bloßen Reflex der angegriffenen Entscheidung bilden. Insoweit stellen sich die Auswirkungen der gesetzgeberischen Entscheidung wesentlich anders dar als für eine vom Verlust der Kreisfreiheit betroffene Gemeinde, bei der eine Verlagerung von Aufgaben eintritt (SächsVerfGH, NVwZ-RR 2008, 636 L).

4. Bestandsgarantie

Ob die Antragsbefugnis ausnahmsweise anders beurteilt werden müsste, wenn der Verlust des Sitzes der Kreisverwaltung die Funktionsfähigkeit der betroffenen Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft in Frage stellte, kann hier offenbleiben. Eine solche Folgewirkung der Errichtung des Landratsamtes in Z. ist für die Ast. nicht ersichtlich. Der mögliche Verlust einer beschränkten Zahl von Arbeitsplätzen und Gemeindeeinwohnern begründet ebenso wenig eine Betroffenheit, welche die Existenz der Ast. als funktionsfähige Selbstverwaltungskörperschaft in Frage stellen könnte, wie eine geringere Attraktivität für die Ansiedlung von anderen Behörden oder Dienstleistungseinrichtungen. Dies gilt umso mehr, als die Ast. im Gegenzug den Status einer Großen Kreisstadt erhält (§ 9 SächsKrGebNG) und zudem mit der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit von Vereinbarungen zur Errichtung von Außenstellen des Landratsamtes und zur Personalverteilung ein Instrumentarium existiert, um ihren strukturpolitischen Belangen - in den von den Interessen des E.-Kreises markierten Grenzen - Geltung zu verschaffen.

II. Gebot interkommunaler Gleichbehandlung

Eine Antragsbefugnis lässt sich auch nicht aus dem von der Ast. herangezogenen Gebot interkommunaler Gleichbehandlung ableiten. Dahinstehen kann dabei, inwieweit ein solches verfassungsrechtlich verankert ist. Jedenfalls kann sich die Ast. hierauf nicht stützen, da im Verfahren nach Art. 90 SächsVerf. nur die dort genannten kommunalen Selbstverwaltungsrechte rügefähig sind. In diesen kann die Ast. aber aus den dargelegten Gründen nicht betroffen sein.

Standort: Polizeirecht**Problem: Konkrete und abstrakte Gefahr**

VG KARLSRUHE, BESCHLUSS VOM 12.09.2008
1 K 2593/08 (NVwZ-RR 2009, 22)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die zuständige Polizeibehörde eine (für sofort vollziehbar erklärte) Allgemeinverfügung erlassen, die für die Dauer eines Volksfestes den Besitz und Verzehr alkoholischer Getränke in der Öffentlichkeit verbot. Hiergegen wendete sich ein betroffener Bürger. Das VG Karlsruhe führt aus:

A. Die angegriffene Allgemeinverfügung ist gem. § 35 S. 2 VwVfG ein Verwaltungsakt. Dieser greift in Grundrechte der Betroffenen (zumindest in ihre allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG) ein und bedarf daher als wesentliche Maßnahme nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

B. Als solche kommt nur die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel in Betracht. Diese setzt jedoch eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) voraus. An einer solchen fehlte es. Dass es infolge übertriebenen Alkoholkonsums zu Ausschreitungen und damit zu Schäden für Leib, Leben und Eigentum kommen könne, sei - so das VG - lediglich eine abstrakte Gefahr, die für die Anwendung der Generalklausel gerade nicht genüge. Nicht jeder Alkoholkonsument sei potenziell gefährlich.

C. Liegt aber nur eine abstrakte Gefahr vor, ist der Erlass eines *Verwaltungsakts* (mag es auch eine Allgemeinverfügung sein) auf Grundlage der Generalklausel das falsche Mittel. Vielmehr sehen die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder für diesen Fall den Erlass einer *Rechtsverordnung* vor, also einer Rechtsnorm. Zu denken wäre etwa an eine Polizeiverordnung, die an bestimmten Stellen zu eingeschränkten Zeiten verbietet, alkoholische Getränke mit sich zu führen, wenn auf Grund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, diese in der Öffentlichkeit konsumieren zu wollen. Eine solche Verordnung kann dann entweder selbst eine Eingriffsermächtigung gegen Verstöße enthalten oder ihrerseits im Rahmen der Generalklausel Anwendung finden, denn das geschriebene Recht ist auch ein Schutzgut der "öffentlichen Sicherheit", sodass Verstößen gegen die Verordnung wiederum mit (Einzel-)verwaltungsakten, gestützt auf die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts, begegnet werden kann.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung zeigt, dass eine konkrete polizeiliche Maßnahme immer auch eine konkrete Gefahr voraussetzt, mag die Maßnahme konkret-individuell

(Einzel-VA oder Realakt) oder konkret-generell (wie hier: Allgemeinverfügung) sein. Besteht nur eine abstrakte Gefahr, darf auch nur zu abstrakten Ordnungsmitteln (Verordnung) gegriffen werden.

Der Fall lässt sich auf das Landesrecht der übrigen Bundesländer übertragen, denn deren polizei- und ordnungsrechtliche Generalklauseln setzen für ein Einschreiten allesamt auch eine konkrete Gefahr voraus, wohingegen für den Erlass einer polizei- oder ordnungsbehördlichen Verordnung eine abstrakte Gefahr ausreicht.

In manchen Bundesländern sind die Begriffe "abstrakte" und "konkrete" Gefahr sogar legal definiert (vgl. z.B. § 2 NdsSOG), in anderen muss die Definition in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung auswendig beherrscht werden. Die hier vom VG verwendete Definition der "konkreten" Gefahr ("eine Sachlage, die bei ungehindertem, nach Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit [oder - soweit geschützt - der öffentlichen Ordnung] führt") dürfte Allgemeingültigkeit haben. Eine "abstrakte" Gefahr wiederum ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer konkreten Gefahr.

Vertiefungshinweise:

- Gegenwärtige Gefahr durch nicht betriebsbereites Radarwarngerät: *VGH München*, RA 2008, 280 = NJW 2008, 1549
- Gefahrenprognose im Versammlungsrecht: *BVerfG*, RA 2007, 335 = JuS 2007, 1138
- Gefahrenprognose bei sog. "Gefährderanschreiben": *OVG Lüneburg*, RA 2006, 364 = DÖV 2006, 122
- Maßgeblicher Zeitpunkt für Gefahrenprognose: *OVG Münster*, RA 2003, 714 = NWVB1 2003, 386

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Betteln verboten"
- Examenskurs*: "Gefährderanschreiben"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Eine polizeiliche Allgemeinverfügung setzt zu ihrem Erlass das Vorliegen einer konkreten Gefahr voraus. Lediglich abstrakten Gefahren ist im Verordnungswege zu begegnen.**
- 2. Bei einem gemeindlichen Volksfest ist es ohne besondere Feststellungen nicht konkret wahrscheinlich, dass alle Teilnehmer sich gesetzeswidrig verhalten und somit als Störer auftreten werden.**

Sachverhalt:

Der Ast., ein Bürger der Ag., wendet sich gegen den Sofortvollzug einer Polizeiverfügung, mit der für knapp vier Tage in N. innerorts das Mitführen und der Verzehr alkoholischer Getränke in der Öffentlichkeit untersagt wird.

Vom 13. bis zum 15.9.2008 findet in N. die jährliche "Straßenkerwe" statt. Um Ruhestörungen, Sachbeschädigungen und sonstigen Ausschreitungen durch alkoholisierte Besucher des Festes vorzubeugen, untersagte die Ag. durch öffentlich bekanntgemachte Allgemeinverfügung vom 15.8.2008 in der Zeit vom 13.9.2008 um 12 Uhr bis 16.9.2008 um 8 Uhr allen Personen, die sich in einem bestimmten Bereich des Ortskerns von N. aufhalten, alkoholische Getränke in der Öffentlichkeit mitzuführen oder zu verzehren. Bei Zuwiderhandlungen könnten mit unmittelbarem Zwang mitgeführte Getränke beschlagnahmt, Platzverweise erteilt oder Personen in Gewahrsam genommen werden. Der Sofortvollzug der Verfügung wurde angeordnet.

Der Ast., der in der Nähe des so gesperrten Bereichs wohnt, erhob am 1.9.2008 gegen die Verfügung Widerspruch. Am 7.9.2008 hat der Ast. bei Gericht beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die Verfügung vom 15.8.2008 wiederherzustellen. Der Antrag hat in der Sache Erfolg.

Aus den Gründen:

Die begehrte Entscheidung nach § 80 V 1 i.V.m. § 80 II Nr. 4 VwGO erfordert eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Umsetzung der beanstandeten Allgemeinverfügung auch gegenüber dem Ast. und seinem Interesse, von dem Verbot, vier Tage lang in N. innerorts Alkohol mitzuführen und in der Öffentlichkeit zu konsumieren, verschont zu werden. Im Rahmen dieser Abwägung sind die Erfolgsaussichten der Rechtsmittel gegen die Verfügung zu berücksichtigen. Die Interessenabwägung führt im vorliegenden Fall zu der begehrten Aussetzungsentscheidung, denn es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung vom 15.8.2008.

A. Ermächtigungsgrundlage

Nach § 1 I 1 des Polizeigesetzes für Baden-Württemberg (BadWürttPolG) i.d.F. vom 13.1.92 (GBl. S. 1) hat die Ag. als Polizeibehörde die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Nach § 3 BadWürttPolG sind dabei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung der Aufgaben der Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach

pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Nach § 5 II BadWürttPolG darf eine polizeiliche Maßnahme keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.

B. Tatbestand

Diese gesetzlichen Normen fordern beim Erlass von Verwaltungsakten, also auch bei einer Allgemeinverfügung, zumindest eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Diese besteht hier nach der im vorliegenden Verfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sachlage aber nicht.

I. Definition der konkreten Gefahr

Eine solche konkrete Gefahr setzt nämlich eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem, nach Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt. Schaden bedeutet, dass durch das Gesetz geschützte Güter verletzt oder gemindert werden.

II. Subsumtion**1. Schutzgüter der "öffentlichen Sicherheit"**

Als geschützte Güter kommen vorliegend in Betracht: Leib und Leben von Menschen und fremdes Eigentum, ggf. auch der ungehinderte Gemeingebrauch von Straßen, Parkanlagen oder des Festbereichs sowie ein Mindestmaß an Nachtruhe auch an den Festtagen.

2. Gefahrenprognose

Es ist jedoch keineswegs wahrscheinlich, dass alle Personen, die irgendwann zwischen dem 13. und 16.9.2008 alkoholische Getränke in den in der Verfügung genannten innerörtlichen Straßen und Plätzen von N. mit sich führen, sich gesetzeswidrig verhalten wollen und im obigen Sinne als Störer auftreten werden.

Ein solch allgemeiner Verdacht kann nicht als konkrete Gefahr allein damit begründet werden, dass die Ag. in den zurückliegenden Jahren während der Ortsfeste verstärkt Ruhestörungen und Sachbeschädigungen in einer Parkanlage festgestellt hat. Dies rechtfertigt es offenkundig nicht, auch den Ast. als unbescholtenen Bürger wie einen mutmaßlichen Störer zu behandeln, sollte er in den obengenannten Tagen im Ortskern von N. Alkohol erwerben und nach Hause bringen oder umgekehrt auf einer Parkbank eine mitgebrachte Flasche Bier austrinken. Die übrigen Ausführungen der Ag. zur Problematik von Alkoholexzessen bei Großveranstaltungen und den damit verbundenen Folgeerscheinungen schildern lediglich eine abstrakte Gefahr, was auch dadurch deutlich wird, dass hier von der Ag. lediglich die Begründung der vom Rechtsamt des Rh.-N.-Kreises empfohlenen Muster-

verfügung wiederholt wird. Es liegt nur eine abstrakte Gefahr vor, wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei bestimmten Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall aufzutreten pflegt. Auf mehr kann die Ag. sich im Hinblick auf ihre Ortsfeste nicht berufen. Um den im Jahr 2007 verunreinigten Park zu schützen, würde es genügen, ihn zeitweise für den Besucherverkehr zu sperren.

Insgesamt ist für das Gericht nach Aktenlage hier keine konkrete Gefahr i.S. der §§ 1-9 BadWürttPolG feststellbar, die es rechtfertigen könnte, allen Personen, die sich während der Festtage im Ortskern von N. auf-

halten, zu verbieten, Alkohol öffentlich zu erwerben, zu besitzen und zu verzehren. Der bereits beschriebenen abstrakten Gefahr, die vom VG nicht geleugnet werden soll, könnte durch weniger einschneidende und umfassende Maßnahmen begegnet werden. Zu denken wäre an eine Polizeiverordnung nach F.-Muster, die an bestimmten, besonders betr. öffentlich zugänglichen Stellen zu eingeschränkten Zeiten verbietet, alkoholische Getränke mit sich zu führen, wenn auf Grund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, diese in der Öffentlichkeit konsumieren zu wollen.

Standort: Grundrechte

Problem: Baskenmütze als Kopftuch-Surrogat

VG KÖLN, URTEIL VOM 22.10.2008

3 K 2630/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das Problem der Kopftuch tragenden Lehrerin treibt immer neue Stilblüten: Im vorliegenden Fall honorierte eine Lehrerin das in NRW neu in Kraft getretene Verbot des Tragens religiöser Symbole während des Unterrichts dadurch, dass sie anstatt wie bisher mit Kopftuch nunmehr mit einer Baskenmütze zum Unterricht erschien. Sie argumentierte, im Gegensatz zum Kopftuch sei eine Baskenmütze religiös-weltanschaulich neutral, ja sogar ein abendländisches Symbol. Vor dem VG Köln kam sie mit dieser Argumentation jedoch nicht durch: Die Baskenmütze werde von der Lehrerin als Surrogat für das Kopftuch, und damit ebenso wie dieses als Ausdruck ihrer religiösen Gesinnung getragen. Nicht das Tragen eines Kopftuchs, sondern überhaupt das religiös motivierte Tragen von Kleidung, Schmuck usw. sei untersagt. Da dieses Verbot auch verfassungskonform sei, wies das VG die Klage der Lehrerin hiergegen ab.

Prüfungsrelevanz:

A. Das Urteil kann in der Sache nur verstanden werden, wenn der Kopftuchstreit noch einmal vollständig nachvollzogen wird, der in seinen Wurzeln bereits über 10 Jahre alt ist: Damals war einer Lehramtsanwärterin die Übernahme in das Beamtenverhältnis verweigert worden, weil sie beabsichtigte, auch vor ihren Klassen ein Kopftuch zu tragen. Als Beamtin sei sie zur Neutralität verpflichtet, und ein Kopftuch als religiöses Symbol sei nicht neutral, sondern Ausdruck einer bestimmten Gesinnung. Dieser behördlichen Argumentation schlossen sich zunächst alle Fachgerichte bis hinauf zum BVerwG an.

Auf die Verfassungsbeschwerde der Betroffenen hob das BVerfG diese Urteile allerdings auf. Entgegen

einiger Sondervoten ging die Senatsmehrheit davon aus, dass der Beamtin auch im Dienst Grundrechte zustehen können, sie diese also durch ihren freiwilligen Eintritt in den Staatsdienst nicht durch Disposition verloren habe. Insbesondere Art. 4 I, II GG seien durch das Kopftuchverbot betroffen. Diese Grundrechte unterlägen zwar (nur, aber immerhin) verfassungsimmanenten Schranken; auch ließen sich mit der Neutralitätspflicht der Beamten aus Art. 33 V GG, dem staatlichen Bildungsauftrag aus Art. 7 I GG sowie der negativen Glaubensfreiheit der Schüler aus Art. 4 GG solche verfassungsimmanenten Schranken finden; diese allein genügten für ein Kopftuchverbot jedoch nicht. Vielmehr müssten auch verfassungsimmanente Schranken immer durch ein einfaches Gesetz konkretisiert werden. Es könne nicht sein, dass die Verwaltung ausgerechnet bei den starken, nur verfassungsimmanent beschränkbar Grundrechten ohne einfach-gesetzliche Grundlage einschränkend vorgehen könne, während sie selbst bei den schwächeren, einem Gesetzesvorbehalt unterliegenden Grundrechten eine gesetzliche Grundlage benötige (erst-Recht-Schluss des BVerfG). Ein einfach-gesetzliches Verbot enthielt das Landesbeamtenrecht des betroffenen Bundeslandes Baden-Württemberg damals jedoch nicht, sodass das Kopftuchverbot einkassiert wurde.

Allerdings ließ das BVerfG auch durchblicken, dass es ein Verbot, würde es denn durch einfaches Gesetz geregelt, u.U. für verfassungskonform halten würde, wenn nur sichergestellt sei, dass es sich nicht einseitig gegen bestimmte Religionen richte und durch sachliche Gründe (Schulfrieden etc.) gerechtfertigt sei. Mit anderen Worten darf nicht isoliert das Tragen eines Kopftuchs verboten werden; wenn, dann müssen vielmehr alle religiös-weltanschaulichen Bekundungen untersagt werden, also auch etwa das Tragen von Kreuzen, Mönchskutten usw. Viele Bundesländer haben dieses "obiter dictum" des BVerfG als Startschuss für die Schaffung einer solchen Verbotsregelung ge-

nommen, so auch das hier betroffene Land NRW.

Bei Vorhandensein einer solchen Verbotsregelung ist aktuell eine ganz klare Tendenz der Fach- und Verfassungsgerichte zu erkennen, diese erstens für wirksam (verfassungskonform) zu halten und infolgedessen zweitens auf ihrer Grundlage ausgesprochene Verbote für rechtmäßig zu erklären. Die vorliegende Entscheidung des VG Köln zur (unzulässigen) Umgehung des Verbots durch Tragen einer Baskenmütze fügt sich in diesen Kanon nahtlos ein.

B. Besonders vergegenwärtigen sollte man sich noch einmal die Kernaussage des Kopftuch-Urteils des BVerfG: Auch verfassungsimmanente Schranken bedürfen stets der Konkretisierung durch ein einfaches Gesetz! Diese fundamentale Erkenntnis gilt i.Ü. nicht nur für Art. 4 GG, sondern für alle verfassungsimmanent beschränkbareren Grundrechte.

C. Zum Prüfungsaufbau: Im Unterschied zu den Urteilsgründen dürfte es sich in einem Gutachten empfehlen, die Verfassungsmäßigkeit des Verbotsgesetzes nicht erst am Schluss, sondern schon unter "Ermächtigungsgrundlage" inzidenter zu prüfen, denn der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG fordert eine *wirksame* Ermächtigungsgrundlage. Spätestens jedoch im Tatbestand wäre *vor* Anwendung eines Tatbestandsmerkmals zu prüfen, ob selbiges überhaupt wirksam (verfassungsgemäß) ist.

D. In der Zulässigkeit überzeugen die Ausführungen des VG dazu, dass das Kopftuchverbot wohl Außenwirkung entfaltet, somit einen VA darstellt und infolgedessen angefochten werden kann. Das Gericht rekrutiert hierzu (unausgesprochen) die übliche, in besonderen Gewaltverhältnissen (Beamte, Richter, Soldaten usw.) geltende Unterscheidung zwischen dem *externen Grundverhältnis*, in dem der Beamte persönlich betroffen ist und somit Außenwirkung vorliegt, und dem *internen Betriebsverhältnis*, in dem es nicht um die Person, sondern um den Amtswalter geht, eine Außenwirkung somit zu verneinen ist.

Vertiefungshinweise:

□ "Kopftuch"-Fälle in der Rechtsprechung: *VG Stuttgart*, ZfBR 2000, 66; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899; *BVerwGE* 116, 359; *BVerwG*, RA 2004, 749 = NJW 2004, 3581; *BVerfG*, RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111; *OVG Bremen*, RA 2006, 391 = NVwZRR 2006, 402 (alle zur Lehrerin mit Kopftuch); *BayVGH*, NVwZ 2000, 952 (Passfoto mit Kopftuch); *VG Düsseldorf*, RA 2006, 128 = NWVBl 2006, 68 (Schwimmunterricht trotz Kopftuchs); *BVerfG*, RA 2007, 3 = NJW 2007, 56 (Kopftuch im Gerichtssaal); *HessStGH*, RA 2008, 1 = NVwZ 2008, 199 (Verbot religiöser Symbole, die nicht "christlich-humanistisch geprägter abendländischer Tradition" entsprechen)

□ Literaturbeiträge zur "Kopftuch"-Problematik: *Demel/Lochen*, JA 2002, 878; *Häußler*, BayVBl 2002, 619; *Triebel*, BayVBl 2002, 624; *Schöbener*, Jura 2003, 186; *Hufen*, JuS 2003, 1220; *Bertrams*, DVBl 2003, 1225; *Ipsen*, NVwZ 2003, 1210; *Pofalla*, NJW 2004, 1218; *Groh*, NVwZ 2006, 1023

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Oben ohne"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Das Tragen einer Baskenmütze durch einen Lehrerin im Unterricht kann als unzulässige Umgehung verboten werden, wenn sie als Surrogat für ein religiös motiviertes Kopftuch getragen wird.**
- 2. Ein solches Verbot entfaltet wohl Außenwirkung mit der Folge, dass es als belastender Verwaltungsakt von der betroffenen Lehrerin angefochten werden kann.**
- 3. Zur Verfassungsmäßigkeit eines einfach-gesetzlichen Verbots des Tragens religiöser Symbole durch Lehrkräfte im Dienst.**

Sachverhalt:

Die Klägerin ist deutsche Staatsangehörige muslimischen Glaubens. Sie wurde am 01.02.2006 nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zur Lehrerin zur Anstellung ernannt. Zuvor war sie seitens des Beklagten mit Blick darauf, dass sie während des gesamten Vorbereitungsdienstes ein Kopftuch getragen hatte, darauf hingewiesen worden, dass künftig gemäß § 57 I SchulG das Tragen eines muslimischen Kopftuches im Unterricht unstatthaft sei. Die Klägerin legte daraufhin unter dem 01.02.2006 eine schriftliche Erklärung vor, in der es heißt: Sie bestätige die von ihr während des Auswahlgesprächs gemachte Aussage, dass sie bereit sei, sobald die geplante Änderung des Schulgesetzes in Kraft trete, kein Kopftuch in der Schule zu tragen. Zum täglichen Unterricht erscheint sie seit dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes mit einer französischen Baskenmütze.

Unter dem 02.10.2006 wandte sich der Beklagte wie folgt an die Klägerin: § 57 IV SchulG schreibe vor, dass Lehrerinnen und Lehrer keine politischen, religiösen und weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben dürften, die geeignet seien, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere sei ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen könne, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach Art.

3 GG, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung aufträte. Auch die Art und Weise, wie die Klägerin ihre Kopfbedeckung trage, falle in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Sie stelle eine äußere Bekundung im Sinne dieser Vorschrift dar, weil sie - wie beim traditionellen Kopftuch - die vollständige Verhüllung der Haartracht bewirke und die Klägerin dieses auch mit dieser Absicht trage. Auf die Frage, ob die Kopfbedeckung ein traditionelles Tuch sei oder eine andere Form der Verhüllung komme es nicht an. Das Gesetz selbst unterscheide nicht zwischen traditionellem Kopftuch und anderen Varianten, sondern spreche lediglich von äußeren religiösen Bekundungen. Man bitte die Klägerin, dem Schulleiter bis spätestens Freitag, den 13.09.2006 zu erklären, ob sie zukünftig ohne Kopfbedeckung in der Schule arbeiten werde.

Die Klägerin machte daraufhin unter dem 18.10.2006 geltend: Bei ihrer Kopfbedeckung handele es sich um eine französische Baskenmütze, die eindeutig dem christlich-abendländischen Kulturkreis zuzurechnen sei. Dass das Schulgesetz nicht nur auf das Kopftuch abziele, sondern jede Kopfbedeckung einer Muslima meine, sei der Einzelbegründung zum Gesetz nicht zu entnehmen. Dort werde lediglich das Kopftuch genannt. Der Gesetzestext und insbesondere die Erläuterung zum Gesetz gehe ohne empirisch abgesicherte Grundlage davon aus, dass das muslimische Kopftuch ein äußeres Verhalten darstelle, das dem Gegenüber signalisiere, die Trägerin befürworte Werte, die nicht auf dem Boden der Verfassung gründeten. Obwohl dieser Vorwurf nicht nur auf sie, sondern auf Kopftuchträgerinnen insgesamt nicht zutrefte, habe sie sich trotzdem entschlossen, sich gesetzeskonform zu verhalten. Deshalb habe sie die entsprechende Erklärung unterschrieben und auch fristgerecht eingehalten. Sie wolle noch einmal ausdrücklich betonen, dass das Tragen eines Kopftuches immer auf ihrer eigenverantwortlich getroffenen, ausschließlich religiös und nicht politisch motivierten Entscheidung beruht habe. Durch die Wahl ihrer jetzigen Kopfbedeckung, die aus Sicht des Empfängerhorizonts nicht nur ein modisches Accessoire sei, sondern eindeutig auch aus dem christlich-abendländischen Kulturkreis stamme, könne der vom Schulgesetz intendierte Eindruck beim Betrachter gar nicht erzeugt werden. Dies entspreche auch den Fakten im Schulalltag, wie auch ihr Schulleiter gegenüber der Bezirksregierung ausgeführt habe. Da also weder der Eindruck der Grundgesetzentreue entstehen könne noch der Schulfrieden gestört werde, liege kein Verstoß gegen das Gesetz vor. Die Argumentation des Beklagten entbehre der rechtlichen Grundlage.

Mit Bescheid vom 16.03.2007 gab der Beklagte der Klägerin mit Wirkung vom 02.04.2007 auf, in der Schule keine Kopfbedeckung mehr zu tragen. Insbesondere sei der Klägerin das Tragen einer Baskenmütze

in der Schule untersagt. Rechtsgrundlage für diese Weisung seien die §§ 57 Abs. 4 SchulG i. V. m. § 58 LBG. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 12.04.2007 Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 15.06.2007 wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück, indem er sich im Wesentlichen auf die Gründe des Ausgangsbescheides stützte. Hiergegen hat die Klägerin am 02.07.2007 die vorliegende Klage erhoben, zu deren Begründung ihre Prozessbevollmächtigten im Wesentlichen ihren Vortrag aus dem Vorverfahren wiederholen und vertiefen.

Aus den Gründen:

Die Klage hat keinen Erfolg.

A. Zulässigkeit

Dabei kann offen bleiben, ob die Klage als Anfechtungsklage gemäß § 72 Abs. 1 VwGO oder als allgemeine Leistungsklage statthaft ist. Es spricht allerdings mehr dafür, dass die Weisung mit der Folge der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage als Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG und nicht als rein verwaltungsinterne Maßnahme ohne Außenwirkung einzustufen ist. Außenwirkung kommt einer Maßnahme dann zu, wenn sie eine natürliche Person als Träger eigener Rechte betrifft. Die Weisung als zielgerichteter Eingriff in das Grundrecht der positiven Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG dürfte die Klägerin nicht nur als Amtswalterin, sondern auch in ihrer persönlichen Rechtstellung betreffen, zumal sie auf einer Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen beruht (vgl. VG Gelsenkirchen, Urteil vom 27.02.2008 - 1 K 1466/07; VGH BW, Urteil vom 14.03.2008 - 4 S 516/07).

B. Begründetheit

Letztlich bedarf diese Frage aber keiner abschließenden Klärung. Die Klage ist jedenfalls unabhängig von der statthaften Klageart unbegründet, weil die angefochtene Weisung rechtmäßig ist und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

I. Ermächtigungsgrundlage

Die Weisung findet ihre Ermächtigungsgrundlage in § 58 Satz 2 LBG. Danach ist der Beamte verpflichtet, die von seinen Vorgesetzten erlassenen Anordnungen auszuführen und ihre allgemeinen Richtlinien zu befolgen, sofern es sich nicht um Fälle handelt, in denen er nach besonderer gesetzlicher Vorschrift an Weisungen nicht gebunden und nur dem Gesetz unterworfen ist. Auf der Grundlage dieser Vorschrift ist auch eine Konkretisierung der einem Beamten nach den gesetzlichen Bestimmungen obliegenden Pflichten durch Weisung im Einzelfall möglich. Die angefochtene Weisung dient der Konkretisierung der die Klägerin tref-

fenden Pflicht aus § 57 Abs. 4 SchulG. Nach dieser Vorschrift dürfen Lehrkräfte an öffentlichen Schulen keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Mit diesen Bestimmungen steht die angefochtene Weisung in Einklang.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Weisung ist in formell rechtmäßiger Weise ergangen. Die Bezirksregierung ist als obere Schulbehörde gemäß § 88 Abs. 2 SchulG bezüglich der streitigen Maßnahme Dienstvorgesetzte der Klägerin und in dieser Funktion zum Erlass von Anordnungen und Weisungen im Sinne von § 58 Satz 2 LPG berechtigt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Weisung ist auch materiell rechtmäßig. Denn die Klägerin, die in der Schule aus religiösen Gründen anstelle eines islamischen Kopftuches eine Baskenmütze trägt, verstößt damit gegen das Verbot des § 57 Abs. 4 SchulG. Weder diese Regelung noch die darauf gestützte Weisung stehen im Widerspruch zu höherem Recht.

1. Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage

a. Baskenmütze als religiöse Bekundung

Die Kopfbedeckung der Klägerin ist eine religiöse äußere Bekundung im Sinne des § 57 Abs. 4 SchulG. Die Klägerin gibt damit in eindeutiger Weise zu verstehen, dass sie sich zur Religion des Islam bekennt und sich gehalten sieht, dessen von ihr als verpflichtend empfundene Bekleidungs Vorschriften zu beachten. Hierin liegt eine Bekundung, nämlich die bewusste, an die Außenwelt gerichtete Kundgabe einer religiösen Überzeugung. Ob diese Bekundung vom Schutz der Religions- oder Meinungsäußerung umfasst wird, ist in diesem Zusammenhang ebenso unbeachtlich wie das ihr zugrunde liegende Motiv, also die Frage, ob die Bekundung freiwillig ist oder im Sinne des tradierten Rollenverständnisses auf einem mehr oder weniger starken äußeren Zwang beruht. Entscheidend sind die von Dritten wahrgenommenen Erklärungswerte dieser Bekundung, wie sie vom maßgeblichen Empfängerhorizont her verstanden werden können. § 57 Abs. 4 SchulG stellt dabei insbesondere, wenn auch nicht ausschließlich, auf die Wahrnehmung der Schüler und der Eltern ab, denen die Lehrkraft in der Schule oder im Zusammenhang mit dem Schulbetrieb begegnet (vgl. BVerwGE 121, 140).

Nach diesen Maßstäben enthält das Tragen der Baskenmütze durch die Klägerin eine religiöse äußere Bekundung. Zwar hat die Klägerin mit der Basken-

mütze eine Kopfbedeckung gewählt, die nicht dem typischen Aussehen eines islamischen Kopftuches entspricht. Sie trägt die Baskenmütze, die ebenso wie ein islamisches Kopftuch ihr gesamtes Haupthaar verhüllt, indes, um damit religiösen Bekleidungs Vorschriften des Islam, die sie als verpflichtend empfindet, nachzukommen. Dass sie dabei ausschließlich aus religiösen Motiven handelt, hat die Klägerin während des ganzen Verfahrens immer wieder betont. Die Kopfbedeckung erweckt auch, worauf es entscheidend ankommt, bei Dritten, insbesondere bei den Schülern ihrer Schule und den Eltern den Eindruck, dass es sich dabei um ein religiöses Symbol handelt und dass die Klägerin sich hierdurch zum Islam bekennt. So hat sie, nachdem sie von der Bezirksregierung aufgefordert worden war, mit Inkrafttreten des neuen Schulgesetzes das Kopftuch abzulegen, am Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes das Kopftuch naht- und übergangslos durch die Baskenmütze ersetzt und damit keine Zweifel aufkommen lassen, dass sie den religiösen Bekundungscharakter ihrer Kopfbedeckung nicht ändern wollte, was von den Schülern und Eltern ihrer Schule auch so wahrgenommen wird. Dieser Eindruck entsteht ferner dadurch, dass die Klägerin ihre Kopfbedeckung in der Schule ständig und ausnahmslos trägt, so dass alternative Erklärungen wie etwa modische oder medizinische Gründe auf Dauer nicht möglich sind. Auch wird die Klägerin, von Schülern nach der Bedeutung der Kopfbedeckung befragt, einräumen müssen, dass sie diese aus religiösen Gründen trägt. Im Übrigen ist es - abgesehen von der Wahrnehmung der Schüler und der Eltern - allgemein und damit auch einem objektiven Dritten bekannt, dass muslimische Frauen aus religiösen Gründen ihr Haar mit einem Kopftuch oder einem vergleichbaren Kleidungsstück bedecken (vgl. VGH BW, Urteil vom 14.03.2008 - 4 S 516/07; VG Düsseldorf, Urteil vom 14.08.2007 - 2 K 1752/07).

Dann aber ist die Baskenmütze im Ergebnis nur als ein Surrogat für das nicht mehr benutzte Kopftuch anzusehen und stellt ebenso wie dieses eine eindeutige religiöse äußere Bekundung da (vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 10.04.2008 - 5 Sa 1836/07; vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerwG, Urteil vom 26.06.2008 - 2 C 22.07, das von im Schulbereich zu untersagenden religiös-weltanschaulich motivierten „Kleidungsstücken oder Symbolen“ spricht).

b. Beeinträchtigung des Schulfriedens

Die im Tragen der Baskenmütze liegende religiöse äußere Bekundung ist auch im Sinne des § 57 Abs. 4 SchulG geeignet, die Neutralität des Landes oder den religiösen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Denn das unter diesen Voraussetzungen begründete Verbot knüpft an einen abstrakten Gefährdungstatbestand an. Nicht erst Bekundungen, welche die Neutra-

lilität des Landes oder den Schulfrieden konkret gefährden oder gar stören, fallen unter das Verbot. Es will vielmehr bereits abstrakten Gefahren vorbeugen, um konkrete Gefahren für die Neutralität der Schule oder den Schulfrieden gar nicht erst eintreten zu lassen. Im Gesetzeswortlaut kommt dies darin zum Ausdruck, dass dieser entsprechende Verhaltensweisen bereits dann verbietet, wenn sie nur „geeignet“ sind, die genannten Schutzgüter zu gefährden. Eine Betrachtung der konkreten Verhältnisse an einzelnen Schulen und deren Würdigung ist danach nicht vorgesehen. Dies hat bereits das Bundesverwaltungsgericht in seinem zu § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW ergangenen Urteil (BVerwG, Urteil vom 24.06.2004 - 2 C 45.03) entschieden. Eine derart abstrakte Gefährdung der religiösen Neutralität der Schule und des religiösen Schulfriedens geht von dem Tragen eines islamischen Kopftuchs oder einer vergleichbaren Kopfbedeckung durch eine Lehrerin aus. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht dies nicht anders; es stuft den Fall, dass Lehrkräfte in der Schule religiös motivierte Kleidung tragen, die als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung erkennbar werden, ausdrücklich als eine abstrakte Gefahr ein. Die Schule ist der Ort, an dem unterschiedliche religiöse Auffassungen unausweichlich aufeinandertreffen und wo sich dieses Nebeneinander in besonders empfindlicher Weise auswirkt (BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02). Die Entwicklung hin zu einer zunehmenden religiösen Vielfalt in der Gesellschaft hat zwangsläufig ein vermehrtes Potenzial religiöser Konflikte in der Schule mit sich gebracht. Dabei können leichter Gefährdungen für den religiösen Schulfrieden aufkommen, vor allem aus der Besorgnis insbesondere der Eltern vor einer ungewollten religiösen Beeinflussung ihrer Kinder. Einbußen an Neutralität im Erscheinungsbild einer Lehrkraft können zu einer solchen Besorgnis beitragen und lassen sich insoweit als eine abstrakte Gefahr bezeichnen. Ihr will der Landesgesetzgeber durch das Verhaltensgebot des § 57 Abs. 4 SchulG begegnen, durch das eine auch in der Kleidung sichtbar bleibende Neutralität der Lehrer gewährleistet werden soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.06.2004 - 2 C 45.03; VGH BW, Urteil vom 14.03.2008 - 4 S 516/07; VG Düsseldorf, Urteil vom 14.08.2007 - 2 K 1752/07).

Angesichts des Charakters des § 57 Abs. 4 SchulG als abstrakter Gefährdungstatbestand kommt es nicht darauf an, ob das Tragen der Baskenmütze oder in der Vergangenheit das Tragen des Kopftuches jemals zu Irritationen bei Eltern und Schülern geführt hat.

2. Verfassungsmäßigkeit

Soweit § 57 IV 1 SchulG hier anzuwenden ist, ist diese Vorschrift auch mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem Grundgesetz, vereinbar. Welche An-

forderungen an das Verbot des Tragens eines Kopftuchs oder einer vergleichbaren Kopfbedeckung im Schulunterricht mit Blick auf die grundgesetzlichen Regelungen zu stellen sind, hat das Bundesverfassungsgericht

(BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02) erläutert. Danach bedarf es eines (Landes-)Gesetzes, bei dem der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative verfügt, ob er eine Lösung wählt, die es ermöglicht, die zunehmende religiöse Vielfalt in die Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung gegenseitiger Toleranz zu nutzen oder ob er wegen des größeren Potenzials möglicher Konflikte an der Schule den Weg geht, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine größere Bedeutung beizumessen. Den letzteren Weg hat das Land Nordrhein-Westfalen beschritten und sich dafür entschieden, der staatlichen Pflicht zur weltanschaulich-religiöser Neutralität, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der negativen Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler ein stärkeres Gewicht beizumessen als der positiven Glaubensfreiheit eines Lehrers (vgl. dazu: VG Düsseldorf, Urteil vom 05.06.2007 - 2 K 6225/06; VG Aachen, Urteil vom 09.11.2007 - 1 K 323/07).

Dies ist nicht zu beanstanden. Das Kopftuchverbot im Schulunterricht ist Ausfluss der praktischen Konkordanz, d.h. eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den unterschiedlichen und widerstreitenden Grundrechten. Insoweit stehen sich die individuellen Freiheitsrechte der Klägerin und die individuellen Freiheitsrechte der Schülerinnen und Schüler sowie ihrer Eltern gegenüber. Sie sind in ein verhältnismäßiges Gleichgewicht zu bringen, bei dem die Befugnis des Staates, die äußere und inhaltliche Gestaltung des Schulunterrichts festzulegen, zu beachten ist.

a. Kein Verstoß gegen Art. 4 I, II GG

Das Tragen einer Kopfbedeckung betrifft die positive Religionsausübungsfreiheit der Klägerin. Dem steht die negative Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie deren Eltern gegenüber, die das Recht haben, anlässlich des Schulunterrichts nicht ständig mit dem Bekenntnis der Klägerin zu ihrer Religion konfrontiert zu werden. Denn auch, wenn sie dies vielleicht nicht wahrhaben will, hat ihre Kopfbedeckung appellativen Charakter und weist die von ihr symbolisierten Glaubensinhalte als vorbildhaft und befolgungswürdig aus. Zwar wird der Klägerin mit dem Verbot des Tragens einer Kopfbedeckung ihre positive Religionsausübungsfreiheit - zumindest zeitweilig - unterbunden. Dies aber ist eine von ihr noch hinnehmbare und verhältnismäßige Einschränkung ihrer Grundrechtsposition, weil sie eben nur zeitlich und funktionsmäßig eingeschränkt wird. Ausschließlich während der Dienstaussübung muss ihr Freiheitsrecht

zurücktreten, um nicht die gegenläufigen Freiheitsrechte der Schülerinnen und Schüler sowie deren Eltern zu verletzen. Dies deckt sich insbesondere auch mit dem Recht des Staates, die äußere und inhaltliche Gestaltung des Schulunterrichts festzulegen. Als Beamtin ist die Klägerin in die Vorgaben und Anforderungen, die der Dienstherr an ihre Dienstausbildung stellt, eingebunden. Sie kann nicht auf der einen Seite die aus ihrer beamtenrechtlichen Stellung erwachsenden positiven Seiten in Anspruch nehmen, während sie die weitere Verpflichtung des Staates, religiös weltanschaulich strikt neutral zu sein, nicht aktiv unterstützt, sondern - zumindest dem äußeren Anschein nach - diese Vorgaben des Dienstherrn offen ablehnt (vgl. VG Aachen, Urteil vom 09.11.2007 - 1 K 323/07).

b. Kein Verstoß gegen Art. 3 GG

Das Verbot des Kopftuchtragens nach § 57 Abs. 4 SchulG verstößt auch nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GG.

Hierzu ist zu berücksichtigen, dass Bekundungen anderer Glaubensinhalte durch Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, von denen Gefährdungen oder Störungen der staatlichen Neutralität oder des Schulfriedens ausgehen können, gleichermaßen untersagt sind. So sind beispielsweise das Nonnenhabit und die Kippa ebenfalls von dem Verbot religiöser Bekundungen in § 57 IV 1 SchulG NW erfasst. Die Kammer folgt insoweit den Verwaltungsgerichten Düsseldorf und Aachen, (VG Düsseldorf, Urteil vom 05.06.2007 - 2 K 6225/06; VG Aachen, Urteil vom 09.11.2007 - 1 K 323/07), wonach die Vorschrift im Bereich öffentlicher Schulen lediglich die Darstellung christlicher Bildungs- und Kulturwerte, nicht aber durch Kleidung zum Ausdruck gebrachte Bekundungen des christlichen oder jüdischen Glaubens gestattet. [...]

C. Ergebnis

Die Klage war nach alledem mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

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.

Standort: Kaufrecht**Problem: Leasing-Zwischenfinanzierung**

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 19.06.2008
6 U 1424/07 (NJW 2008, 151)

Problemdarstellung:

Der Kl. nimmt den Bekl., der Inhaber eines Autohauses und X1 Vertragshändler ist, u.a. auf Erstattung von Zahlungen bzgl. der Anschaffung eines Fahrzeugs in Anspruch. Im April 2004 unterschrieb der Kl. eine "Verbindliche Bestellung" für ein Neufahrzeug für den Zeitpunkt nach Ablauf der Leasingzeit, wobei die Vereinbarung nähere Daten eines Leasingvertrages (z.B. monatliche Leasingrate i.H.v. 67,87 € inkl. USt, Vertragslaufzeit von 12 Monaten, Sonderzahlung 21529,30 € sowie Gesamtleistung während der Leasingzeit 30000 km) sowie den handschriftlichen Zusatz "RW 2581 + MWSt" aufwies. Gleichzeitig unterzeichnete der Kl. einen in der Folgezeit angenommenen Antrag für den Abschluss eines Leasingvertrages mit der X1. Auch der Leasingvertrag enthielt die obig angegebenen Daten. Nach den dem Vertrag zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der X1-Leasing sind Gewährleistungsansprüche gegen die X1-Leasing ausgeschlossen. An deren Stelle werden die kaufrechtlichen Ansprüche der X1-Leasing an den Kl. abgetreten und ein Erwerb des KFZ durch den Leasingnehmer nach Ende der Vertragslaufzeit ausgeschlossen. Der Kl. kam seiner Zahlungsverpflichtung in der Folgezeit nach. Mehrfach beanstandete der Kl. Mängel in der Elektronik des Fahrzeugs und stellte den PKW bei der Bekl. vor. Unter Hinweis auf das Ende der Vertragslaufzeit forderte die X1-Leasing den Kl. im April 2005 auf, den PKW an die Bekl. herauszugeben. Der Bekl. stellte dem Kl. einen Betrag i.H.v. ca. 3000 € in Rechnung, welchen der Kl. an den Bekl. auch entrichtete. Daraufhin nutzte der Kl. das Fahrzeug weiter. Da die Mängel nach wie vor nicht abgestellt waren, erklärte der Kl. im November 2006 nach erfolglosem Ablauf einer gesetzten Frist dem Bekl. gegenüber den Rücktritt vom Kaufvertrag. Der Bekl. wurde verurteilt, an den Kl. 8732,56 € nebst 5% Zinsen hieraus Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu zahlen und den Kl. durch Zahlung von 316,55 € von Anwaltskosten freizustellen. In Höhe von 3827,54 € hat das LG den Rechtsstreit für erledigt erklärt, i.Ü. die Klage abgewiesen. Die Berufungen hatten jeweils nur zum Teil Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage zu be-

fassen, wie es rechtlich zu würdigen ist, wenn ein Leasingvertrag in Verbindung mit einer "verbindlichen Bestellung" über ein neuwertiges Fahrzeug geschlossen wird. Liegt eine dementsprechende Konstellation vor, dient der Leasingvertrag lediglich der Finanzierung des Kaufpreises, da in der Bestellung i.V.m. der entsprechenden Annahme bereits ein Kaufvertragsabschluss ersichtlich ist. Gegenstand des Vertrages ist ein Neuwagenkauf und nicht ein Kaufvertrag über ein Gebrauchtfahrzeug nach Ablauf der Leasingzeit. Es handelt sich dabei um eine atypische Konstellation, weil i.d.R. nicht der Händler (Bekl.), sondern der Leasinggeber (X1) sich verpflichtet, dem Leasingnehmer das Leasinggut zu veräußern.

Schwerpunkt der Entscheidung war die Frage, ob zwischen dem Kl. und dem Bekl. ein Neuwagenkaufvertrag geschlossen worden war. Dem stimmte der erkennende Senat unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kl. und dem Bekl. wurden zu keinem Zeitpunkt vollumfänglich schriftlich niedergelegt, so dass die vorliegenden Schriftstücke und Urkunden nur mittelbar Rückschlüsse auf den Vertragswillen der Parteien zulassen. Sie sind also gem. §§ 133, 157 BGB auslegungsbedürftig.

Der Wortlaut der Vereinbarungen läßt zunächst auf den Abschluss eines Gebrauchtwagenkaufvertrages schließen. Dies folgt z.B. daraus, dass auf den Leasingvertrag eindeutig hingewiesen wird (z.B. "Bestellung eines Leasingfahrzeugs"). Gleichwohl kommt der Senat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zur Überzeugung, dass die vom Bekl. angenommene Kombination von Neuwagenkauf durch die X1-Leasing, Leasingvertrag, Rückkauf durch die Bekl. und Gebrauchtwagenkauf durch den Kl. nicht dem wahren Willen der Parteien entspricht. Dieser Parteiwille war vielmehr originär auf den Erwerb eines Neufahrzeugs durch den Kl. bereits im Jahr 2004 gerichtet und nicht - wie die Bekl. meint - auf einen Gebrauchtwagenkauf im Jahr 2005. Unschädlich ist, dass die Parteien die rechtliche Qualität der begründeten Vertragsbeziehungen fehlerhaft anders bezeichnet haben. Denn der Parteiwille läßt sich ermitteln. Beispielsweise läßt sich die Angabe "RW 2581 + MWSt" unstreitig als Restwert 2581 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer deuten. Das heißt, dass die Parteien bereits am 06.04.2004 regeln wollten, zu welchen Bedingungen der Kl. im Jahr 2005 das Eigentum erwerben sollte. Eine Übernahme von dem Leasinggeber kann nicht

gemeint gewesen sein, da in dessen AGB die Übernahme des Leasinggutes durch den Leasingnehmer ausgeschlossen war.

Zu Recht vertrat der erkennende Senat die Auffassung, dass im Hinblick auf die Höhe der während der Laufzeit zu entrichtenden Zahlungen ein Gebrauchtwagenerwerb im Jahr 2005 ausschied, es handelt sich tatsächlich um einen Neuwagenkauf im Jahr 2004. Als Grundpreis für die einjährige Nutzungsüberlassung hätte der Kl. 22343,74 Euro entrichtet, wobei der Neupreis des Fahrzeugs mit insgesamt 31130 Euro in Ansatz zu bringen ist. Der Zins für die Nutzungsüberlassung auf Zeit ist in jedem Fall deutlich übersetzt, wenn sich nicht der Kl. darauf verlassen konnte, nach Ablauf dieses Jahres und nach Entrichtung einer Schlusszahlung das Fahrzeug zu erwerben.

Nach der Gestaltung des Vertrages zwischen der X1-Leasing und dem Kl. ist nicht anzunehmen, dass die X1-Leasing während der Dauer der Leasingzeit Eigentümerin des KFZ werden sollte. Rein wirtschaftlich betrachtet spielte die X1-Leasing die Rolle eines Kreditgebers. Dies folgt insbesondere aus einer Klausel in den AGB der X1-Leasing, die wörtlich dem § 476 BGB entspricht. § 476 BGB ist eine Regelung, die nur innerhalb des Verbrauchsgüterkaufs der §§ 474 ff. BGB verankert ist. Es handelt sich dabei um eine atypische Klausel, da diese Klausel im Rechtsverhältnis zwischen dem gewerblich tätigen X1 und dem gewerblichen Fahrzeughändler nach gesetzlicher Konzeption keine Anwendung findet (vgl. § 474 I 1 BGB). Da die X1-Leasing keine weitergehende Rechte an den Leasinggeber (Kl.) abtreten kann als ihr selbst gegenüber der Verkäuferin des PKW (Bekl.) zustehen, deutet die AGB-Klausel darauf hin, dass die X1 gleichfalls von einem direkten Kaufvertrag zwischen dem Kunden (Kl.) und dem Lieferanten (Bekl.), mithin einem Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I 1 BGB, ausgeht.

Also haben sich die Parteien bereits im Mai 2004 endgültig und verbindlich über den Kauf des Fahrzeugs, damals eines Neufahrzeugs, durch den Kl. und den hierfür zu zahlenden Kaufpreis geeinigt, wobei der Bekl. dem Kl. den eine Anzahlung von 21529,30 Euro übersteigenden Teil des Kaufpreises für zwölf Monate gestundet und insoweit das Fahrzeug für die Dauer dieses Jahres an die X1-Leasing als Kreditgeberin sicherungsübereignet hatte.

Demgemäß diente der Leasingvertrag mit der X1 einzig der Finanzierung des Kaufpreises. Weil nun ein Kaufvertrag über das Neufahrzeug zwischen dem Kl. und dem Bekl. geschlossen worden war, kamen die Rücktrittsvorschriften gem. §§ 437 Nr. 2 2. Fall, 323 I, 346 I BGB zur Anwendung, deren Tatbestandsvoraussetzungen letztlich zu bejahen waren. Im Rahmen der Rückgewähr war dem Kl. der entrichtete Kaufpreis

unter Anrechnung der gezogenen Gebrauchsvorteile gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB zu erstatten. Die Höhe der Nutzungsvergütung bemisst sich nach dem Umfang der tatsächlichen Nutzung im Verhältnis zur voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs. Zu vergüten ist derjenige Teil des Fahrzeugwerts, der dem Anteil der Nutzungsdauer durch den Käufer an der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer entspricht (sog. lineare Teilwertabschreibung). Bei einer Gesamtleistung von 200000 km hins. des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat sich der Kl. eine Nutzungsvergütung von 0,5% des Kaufpreises je gefahrene 1000 km anrechnen zu lassen, wobei als Kaufpreis neben dem Anschaffungspreis auch die zwischenzeitlich aufgewandten Reparaturkosten und anderen Verwendungen anzusetzen sind (vgl. BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848).

Rechtlich stellt sich die Folgefrage, nach welchen Vorschriften sich die Wirksamkeit eines solchen sog. "Verdeckten Abzahlungskaufs" (= wenn das Eigentum an der Sache letztlich auf den Leasingnehmer übergehen soll) richtet. Es könnten die Regelungen des § 500 BGB Anwendung finden oder die der §§ 491 ff; 501 ff. BGB. Dies ist im Ergebnis streitig (vgl. Reinicke/Tiedtke, KaufR, 7. Aufl. [2004], Rn 1827). Der erkennende Senat beschied diese Frage nicht, da sie (leider) nicht streiterheblich war.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Rücktritt: *BGH*, RA 2008, 224 ; *OLG Rostock*, RA 2007, 656 = *NJW* 2007, 3290; *BGH*, RA 2007, 554 = *NJW* 2007, 2621; *BGH*, RA 2007, 279 = *NJW* 2007, 1346; *BGH*, RA 2007, 136; *BGH*, RA 2007, 72; *Kohler*, AcP 2003, 539; *Motsch*, JR 2002, 221; *Wertenbruch*, JZ 2002, 862

□ Zur Minderung: *Wertenbruch*, JZ 2002, 862

□ Zur Nacherfüllung: *OLG Celle*, RA 2007, 45 = *NJW - RR* 2007, 352; *BGH*, RA 2007, 136; *OLG Saarbrücken*, RA 2007, 747 = *NJW* 2007, 3503; *Roth*, *NJW* 2006, 2953; *BGH*, RA 2006, 601 = *NJW* 2006, 2839; *Jaensch*, Jura 2005, 649; *Tiedke/Schmidt*, JuS 2005, 538; *Oechsler*, *NJW* 2004, 1825; *Lorenz*, ZGS 2004, 411; *Ebert*, *NJW* 2004, 1761; *Huber*, *NJW* 2002, 1004; *Petersen*, Jura 2002, 275;

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

□ Zur Fristsetzung bei der Nacherfüllung: *OLG Celle*, = RA 2007, 45 = *NJW - RR* 2007, 352

□ Zum Leasing: *Tiedtke/Möllmann*, DB 2004, 583; *Graf v. Westphalen*, ZGS 2002, 89; *Zahn*, DB 2002, 985; *Reinking*, ZGS 2002, 229; *Bethäuser*, DAR 1999, 481; *Emmrich*, JuS 1990, 1

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Hubschrauberleasing"
- Examenskurs: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"

Leitsatz (der Redaktion):

Vereinbaren Leasingnehmer und Händler eines Pkw neben dem zeitgleichen Abschluss eines nur einjährigen Leasingvertrags zwischen dem Leasingnehmer und dem Leasinggeber die „verbindliche Bestellung des Fahrzeugs“ für den Zeitpunkt nach Ablauf der Leasingzeit, können die Vereinbarungen so ausgelegt werden, dass die Willenserklärungen nicht der leasingtypischen Situation entsprechen, sondern tatsächlich auf den Abschluss eines endgültigen und verbindlichen Kaufvertrags über ein Neufahrzeug gerichtet sind.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den Bekl., Inhaber eines Autohauses und X1 Vertragshändler, unter anderem auf Erstattung von Zahlungen für die Anschaffung eines Fahrzeugs in Anspruch. Am 06.04.2004 unterzeichnete der Kl. eine „Verbindliche Bestellung“ für einen näher beschriebenen neuwertigen Pkw. Die Bestellung weist nähere Daten eines Leasingvertrags (u. a. monatliche Leasingrate 67,87 Euro incl. MWSt., Vertragsdauer 12 Monate, Sonderzahlung 21529,30 Euro, sowie eine Gesamtleistung während der Leasingzeit von 30000 km) sowie den handschriftlichen Zusatz „RW 2581 + MWSt“ aus. Gleichfalls am 06.04.2004 unterzeichnete der Kl. einen - in der Folge angenommenen - Antrag für einen Leasingvertrag mit der X1. Leasing R-Banque-GmbH & Co OHG (im Folgenden: X1-Leasing), in dem gleichfalls monatliche Leasingraten zu 67,87 Euro incl. MWSt. bei einer Vertragsdauer von 12 Monaten, eine Sonderzahlung von 21529,30 Euro sowie eine Gesamtleistung während der Leasingzeit von 30000 km eingetragen waren. In den Feldern „Berechnung je Mehrkilometer“ bzw. „Vergütung je Minderkilometer“ ist jeweils „0 Euro“ eingetragen. Nach den dem Vertrag zu Grunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der X1-Leasing sind Gewährleistungsansprüche gegen dieselbe ausgeschlossen, an deren Stelle kaufrechtliche Ansprüche der X1-Leasing an den Kl. abgetreten und ein Erwerb des Fahrzeugs vom Leasinggeber durch den Leasingnehmer nach Vertragsablauf ausgeschlossen. Die Sonderzahlung wurde auf Rechnung des Bekl. vom 07.05.2004 vom Kl. an den Bekl. gezahlt. Erstmals zugelassen wurde das Fahrzeug am 06.05.2004. Am 07.05.2004 stellte der Bekl. der für die X1-Leasing tätigen X1-Bank für das Fahrzeug 25036,20 Euro in Rechnung. Der Kl. beanstandete in der Folge mehrfach, bei dem Fahrzeug träten Mängel an der Elektro-

nik auf, und stellte es deshalb wiederholt dem Bekl. vor. Unter Hinweis auf das Ende der Leasingzeit forderte die X1-Leasing den Kl. am 21.04.2005 auf, das Fahrzeug am 06.05.2005 an den Bekl. zurückzugeben. Der Bekl. stellte dem Kl. 2581,03 Euro nebst Verwaltungskostenpauschale und Mehrwertsteuer - insgesamt 3074 Euro - in Rechnung; der Kl. zahlte den Betrag und nutzte das Fahrzeug weiterhin. Auch in der Folge rügte er wiederholt angebliche Mängel der Elektronik, zu deren Feststellung er am 27.04.2006 ein selbstständiges Beweisverfahren einleitete. Nach Aufforderung vom 16.10.2006, bis 03.11.2006 die Mängel, des Fahrzeugs zu beseitigen, erklärte der Kl. am 03.11.2006 gegenüber dem Bekl. den Rücktritt vom Vertrag. Der Kl. hat in erster Instanz zunächst Zahlung von 19200 Euro nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs begehrt. Der Betrag setzt sich zusammen aus den für die Anschaffung des Fahrzeugs geleisteten Zahlungen (Leasing-Sonderzahlung, Leasingraten sowie den 2005 gezahlten 3074,74 Euro) und Kosten für Schadensfeststellung und Reparaturen (3679,32 Euro) abzüglich bis zur Verfahrenseinleitung gezogener Gebrauchsvorteile. Zudem hat der Kl. Feststellung des Annahmeverzugs und Freistellung von Anwaltskosten in Höhe von 361,55 Euro begehrt. In Höhe, von 1741,75 Euro hat der Kl. die Klage zurückgenommen, in Höhe weiterer 3827,54 Euro mit Blick auf während des Rechtsstreits gezogene weitere Nutzungen den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Mit Urteil vom 17.10.2007 hat das LG Mainz den Bekl. verurteilt, an den Kl. 8732,56 Euro nebst 5% Zinsen hieraus seit dem 21. 11. 2006 Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu zahlen und den Kl. durch Zahlung von 316,55 Euro von Anwaltskosten freizustellen. In Höhe von 3827,54 Euro hat das LG den Rechtsstreit für erledigt erklärt, im Übrigen die Klage abgewiesen. Die Berufungen des Kl. und des Bekl. hatten jeweils nur zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen:

Auf Berufung des Bekl. war der Betrag der Verurteilung herabzusetzen. Der Kl. ist zwar berechtigt, nach Rücktritt von dem mit der Bekl. geschlossenen Vertrag, einem Neuwagen-Kaufvertrag, Erstattung des Kaufpreises sowie Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen zu verlangen. Unter Berücksichtigung der anzurechnenden Nutzungsentschädigung, bemessen nach der mittlerweile erreichten Gesamtleistung des Fahrzeugs, verbleibt jedoch nur noch ein zu erstattender Betrag von 2301,40 Euro (nachfolgend 1-3), der antragsgemäß ab 21.11.2006 zu verzinsen ist (5). Auf die Berufung des Kl. war eine weitergehende Verpflichtung des Bekl. auszusprechen, ihn von außergerichtlichen Anwaltskosten freizustellen (nachfolgend 6). Hinsichtlich der festgestellten Erledigung bleibt es

hingegen bei dem angefochtenen Urteil (4). Auch der Annahmeverzug des Bekl. war nicht festzustellen (7).

1. Vertragsverhältnis ist ein Neuwagen-Kaufvertrag

Das Vertragsverhältnis der Parteien ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls als Neuwagen-Kaufvertrag zu bewerten. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kl. und dem Bekl. sind zu keinem Zeitpunkt abschließend schriftlich niedergelegt worden. Die insoweit vorliegenden Schriftstücke und Urkunden lassen nur mittelbar Rückschlüsse auf den Vertragswillen der Parteien zu und sind insofern auslegungsbedürftig. Das gilt zum einen für die „Bestellung“ vom 06.04.2004, die als „verbindliche Bestellung eines Leasingfahrzeugs“ überschrieben ist und auch im weiteren Text deutlich auf den abzuschließenden Leasingvertrag hinweist, zum anderen für die „Fahrzeugrechnung ...gemäß den Lieferbedingungen für Gebrauchtfahrzeuge“ des Bekl. an den Kl. vom 26.04.2005, die auf einen Kaufvertrag über ein Gebrauchtfahrzeug hinweist, ohne diesen selbst zu enthalten oder wiederzugeben. Unter Hinweis auf diese Urkunden meint der Bekl., er habe dem Kl. nicht bereits im Mai 2004 ein Neufahrzeug, sondern erst im Frühjahr 2005 dasselbe Fahrzeug als Gebrauchtfahrzeug veräußert. Für das in Rede stehende Jahr habe der Kl. mit der X1-Leasing einen Leasingvertrag geschlossen. Dazu habe er - der Bekl. - das Fahrzeug im Jahr 2004 an die X1-Leasing verkauft, was die Rechnung vom 07.05.2004 belege. Nach Ende der Leasingzeit habe er das Fahrzeug zum Händlereinkaufspreis von der X1-Leasing zurück erworben und sodann, wie dargestellt, an den Kl. veräußert.

a. Wortlaut der Vereinbarungen entspricht nicht dem Parteiwillen

Dem Bekl. ist zuzugeben, dass für das vorstehende Verständnis der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien vordergründig der Wortlaut der zitierten Schriftstücke streitet. Gleichwohl ist der Senat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls der Überzeugung, dass die vom Bekl. angenommene Kombination von Neuwagenkauf durch die X1-Leasing, Leasingvertrag, Rückkauf durch die Bekl. und Gebrauchtwagenkauf durch den Kl. nicht dem wahren Willen der Parteien entspricht. Dieser war vielmehr auf den Erwerb eines Neufahrzeugs durch den Kl. bereits im Jahr 2004 gerichtet, mögen die Parteien die rechtliche Qualität der begründeten Vertragsbeziehungen auch fehlerhaft anders bezeichnet haben. Insbesondere ist bereits in das Bestellformular vom 06.04.2004 unter „besondere Vereinbarungen“ handschriftlich der Vermerk „RW 2581 + MWSt“ aufgenommen, unstreitig zu lesen als „Restwert 2581 Euro zzgl. Mehrwertsteuer“. Dieser Vermerk ist nur daraus zu erklären, dass bereits am 06.04.2004 festgehalten

werden sollte, zu welchen Bedingungen der Kl. nach Ende der 12-monatigen Leasingzeit das Fahrzeug in sein Eigentum übernehmen würde. Eine Übernahme von der X1-Leasing kann damit nicht gemeint gewesen sein. Denn nach deren AGB ist ein Erwerb des Fahrzeugs vom Leasinggeber durch den Leasingnehmer nach Vertragsablauf, wie auch ein Anspruch des Leasingnehmers auf Verlängerung des Leasingvertrags, ausgeschlossen. Dass das auch faktisch so gehandhabt wurde, belegt das Schreiben der X1-Leasing vom 21.04.2005, mit dem sie den Kl. unter Hinweis auf das Ende der Leasingzeit aufgefordert hatte, das Fahrzeug an den Bekl. zurückzugeben. - Gemeint war mit dem Vermerk „RW 2581 + MWSt“ vielmehr eine Übernahme (des Eigentums am Fahrzeug) durch den Kl. vom Bekl., der dem Kl. konsequenterweise am 07.05.2004 genau denjenigen Betrag (zuzüglich einer Verwaltungskostenpauschale) in Rechnung gestellt hatte, der bereits in der Bestellung als „Restwert“ festgeschrieben worden war.

Der Betrag von 2581 Euro bezeichnet dabei keinen echten Restwert, sondern den von faktischen Wertverhältnissen losgelösten Restbetrag eines bereits am 06.04.2004 für den Neuwagen vereinbarten Kaufpreisanspruchs. Auch bei großzügigstem Ansatz des nutzungs- und altersbedingten Wertverlustes wäre nicht nachzuvollziehen, warum die Parteien von vornherein hätten davon ausgehen sollen, dass das Fahrzeug nach einem Jahr nur noch einen Restwert von 2,581 Euro (allenfalls 10% seines Neuwerts) haben würde; Gründe für eine solche Annahme hat auch der Bekl. nicht dargetan. Es ist auch weder dargetan noch ersichtlich, warum der Bekl., ein gewerblicher Kraftfahrzeughändler, sich sehenden Auges im Mai 2004 auf die Verpflichtung eingelassen haben sollte, im April/Mai 2005 ein nur ein Jahr altes Fahrzeug zu voraussichtlich einem Bruchteil seines Wertes zu verkaufen. Nur im Falle einer am echten (und sei es auch ein Jahr im Voraus prognostizierten) Fahrzeugrestwert orientierten Preisbemessung könnte aber angenommen werden, dass die Parteien sich bereits ein Jahr im Voraus verbindlich auf einen Gebrauchtwagenkauf, zu vollziehen im Mai 2005, geeinigt hätten.

Unter Berücksichtigung der in Rede stehenden Beträge ist auch nicht anzunehmen, dass der Wille des Kl. auf den Abschluss von Leasingvertrag und nachfolgendem Gebrauchtwagenkauf gerichtet war. Kern des Leasingvertrags ist die entgeltliche Überlassung eines Gebrauchsgegenstands auf Zeit. Nach dem Wortlaut der vorliegenden Urkunden sollte der Kl. an die X1-Leasing eine Leasingsonderzahlung von 21529,30 Euro sowie 12 monatliche Leasingraten zu 67,87 Euro, insgesamt also 22343,74 Euro, erbringen. Als Entgelt für die einjährige Nutzungsüberlassung eines Fahrzeugs, das in der Fahrzeugbeschreibung mit einem Grundpreis 25850 Euro incl. MWSt., einschließ-

lich Sonderausstattung, Zubehör und Überführung mit einem Preis von 31130 Euro incl. MWSt. ausgewiesen ist, wäre das weit überhöht, was auch für einen auf dem Kraftfahrzeugmarkt Unerfahrenen ohne Weiteres ersichtlich ist. Noch deutlicher wird das Missverhältnis unter Berücksichtigung des Betrags von nur 25026,20 Euro, den der Bekl. der X1-Bank als Neupreis in Rechnung gestellt hatte. Die Höhe der im ersten Nutzungsjahr übernommenen Zahlungen war für den Kl. nur zu rechtfertigen, wenn er sich sicher darauf verlassen konnte, nach Ablauf dieses Jahres durch eine moderate, der Höhe nach von Anfang an feststehende Schlusszahlung Eigentümer des Fahrzeugs zu werden.

b. Berücksichtigung der Interessenlage der X1-Leasing

Auch aus Sicht der X1-Leasing entsprechen die vertraglichen Vereinbarungen, einschließlich des „Leasing“-Vertrags selbst, nicht der leasingtypischen Situation und Interessenlage. Dies gilt insbesondere insoweit, als die X1-Leasing im Leasingvertrag zwar die Laufleistung von 30000 km aufgegriffen hat, die bereits in der Bestellung vom 06.04.2004 genannt war. Der Leasingvertrag knüpft indes weder an die Unterschreitung noch an die Überschreitung der kalkulierten Laufleistung wirtschaftliche Konsequenzen im Verhältnis zum Kl. Für beide Fälle ist eine Ausgleichspflicht zwar in den AGB der X1-Leasing formularmäßig vorgesehen, läuft diese aber vorliegend leer, weil jeweils als Kilometersatz „0“ eingetragen wurde. Das lässt erkennen, dass die X1-Leasing am Zustand des Fahrzeugs bei Ende der Vertragslaufzeit kein Interesse hatte, weil sie von seiner nachfolgenden Verwertung nicht wirtschaftlich betroffen war, sondern bereits einen „Abnehmer“ zu feststehenden Konditionen hatte. Der Kl. war das aus Sicht der X1-Leasing nicht: Der Leasingvertrag schloss in Abschn. XIII. 5. nicht nur ein Übernahmerecht des Kl., sondern auch ein Andienungsrecht der X1-Leasing aus. Die Vertragsgestaltung lässt deshalb nur den Schluss zu, dass von Anfang an feststand, dass nach Ende der „Leasingzeit“ das Eigentum zu von Anfang an feststehenden Konditionen wieder an die Bekl. zurück übertragen werden oder zurückfallen würde.

Der Bekl. trägt zwar vor, er habe den Wagen (erst) nach Ende der Leasingzeit zum Händlereinkaufspreis von der X1-Leasing zurückgekauft. Bezeichnenderweise hat er aber weder die Höhe dieses Händlereinkaufspreises mitgeteilt noch gar einen entsprechenden Vertragsschluss oder eine Kaufpreiszahlung belegt, obwohl dies anhand der Geschäftsunterlagen des Bekl. möglich sein müsste, wenn ein entsprechender (Rück-)Kaufvertrag tatsächlich abgeschlossen und vollzogen worden wäre.

c. Gestaltung des „Leasingvertrages“

Auch die weitere Gestaltung des „Leasingvertrags“ deutet darauf hin, dass die X1-Leasing nicht, auch nicht für die Dauer der Leasingzeit, wirtschaftliche Eigentümerin des Fahrzeugs werden sollte, auf deren Rechnung es nachfolgend verwertet werden sollte, sondern sich wirtschaftlich auf die Rolle einer Kreditgeberin zur Abwicklung des bereits 2004 geschlossenen Neuwagenkaufvertrags zwischen dem Kl. und der Bekl. beschränkt hat. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Regelung in Abschnitt X 1 der AGB der X1-Leasing, wo es heißt: „Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.“ Die Klausel entspricht inhaltlich der Bestimmung des § 476 BGB. Diese gilt indes nur für den Verbrauchsgüterkauf, nicht aber für den Vertrag, mit dem die gewerblich handelnde X1-Leasing von einem Fahrzeughändler ein Fahrzeug ankauft. Die X1-Leasing kann aber in ihren „Leasing-Bedingungen“ keine weitergehenden Gewährleistungsrechte an den „Leasingnehmer“ abtreten, als ihr selbst gegenüber dem Lieferanten zustehen. Deshalb deutet die in Rede stehende AGB-Klausel darauf hin, dass auch die X1-Leasing in Konstellationen der vorliegenden Art vom Abschluss eines Kaufvertrags unmittelbar zwischen dem Kunden und dem Lieferanten ausgeht.

Die Rechtsfigur des Finanzierungsleasings wird mit diesem Verständnis des Vertragswillens der Parteien weder negiert noch umgangen. Der Senat verkennt nicht, dass es - worauf der Bekl. hingewiesen hat - der üblichen Ausgestaltung beim Finanzierungsleasing entspricht, wenn Leasinggeber und Lieferant auch in der Abwicklung des Leasingvertrags eng zusammenarbeiten und das Fahrzeug letztlich durch den Lieferanten verwertet wird. Dieser üblichen Ausgestaltung mag es entsprechen, wenn die AGB der X1-Leasing beispielsweise in Abschnitt XIII 1 die Rückgabe des Fahrzeugs an den Lieferanten (oder einen anderen durch die Leasinggeberin Betrauten; sie!) vorsehen oder nach Abschnitt XIII 3 die Abrechnung für Mehr- oder Minderkilometer mit der Lieferfirma (oder einem anderen vom Leasinggeber Beauftragten; dito) vorzunehmen ist. Vorliegend ist aber atypischerweise der Bekl. als Lieferant nicht nur organisatorisch in die Abwicklung des Leasingvertrags eingeschaltet worden. Vielmehr waren die Vertragsbeziehungen aller Bet. von Anfang an darauf angelegt, dass der Kl. gegen Zahlung eines fest bestimmten Betrags dauerhaft Eigentümer des Fahrzeugs werden sollte, der Bekl. ihm für die Freiheit von Mängeln bei Vertragsbeginn unter Gewährung der Beweiserleichterungen des § 476 BGB verantwortlich sein sollte und der Kl. das

wirtschaftliche Risiko einer nachträglichen Verschlechterung des Fahrzeugs nach erstmaliger Übernahme zur Nutzung tragen sollte. Das aber ist nichts anderes als die gesetzliche Konzeption eines Neuwagen-Kaufvertrags, lediglich mit der Maßgabe dass in die Abwicklung der Kaufpreiszahlung ein Dritter als Kreditgeber eingeschaltet wurde.

Einem solchen Verständnis entsprechen im Übrigen auch die vorgelegten Rechnungen und mitgeteilten Zahlungsflüsse. Die „Anzahlung“ von 21529,30 Euro ist, wenngleich als Leasingsonderzahlung bezeichnet, dem Kl. durch den Bekl. in Rechnung gestellt worden; unstreitig hat der Kl. den Betrag dann auch tatsächlich an den Bekl. gezahlt. Entsprechendes gilt für die Schlusszahlung von 3074 Euro. Im Verhältnis zwischen dem Bekl. und der X1-Leasing existiert zwar für den Zeitpunkt des „Leasingbeginns“ eine Rechnung - insoweit als Rechnung an eine kreditierende Bank nicht unüblich-, sind aber Zahlungen weder behauptet noch belegt. Für das Ende des Leasingvertrags fehlt es über die Behauptung eines Ankaufs zum Händlereinkaufswert hinaus überhaupt an substanziiertem Sach-Vortrag.

d. Folge:

Nach alledem haben sich die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits bereits im Mai 2004 endgültig und verbindlich über den Kauf des Fahrzeugs, damals eines Neufahrzeugs, durch den Kl. und den hierfür zu zahlenden Kaufpreis geeinigt, wobei der Bekl. dem Kl. den eine Anzahlung von 21529,30 Euro übersteigenden Teil des Kaufpreises für zwölf Monate gestundet und insoweit das Fahrzeug für die Dauer dieses Jahres an die X1-Leasing als Kreditgeberin sicherungsübereignet hatte.

2. Wirksamer Rücktritt des Kl. gem. § 437 Nr. 2 1.Fall, 323 I, 346 I BGB

Der Kl. ist mit Schreiben vom 03.11.2006 wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Das Recht hierzu stand ihm nach §§ 434 I Nr. 1, 437 Nr. 2, 440, 323 I BGB zu, weil das Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, der Mangel zur Zeit der Rücktrittserklärung fortbestand und der Kl. dem Bekl. erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte.

a. Mangel bei Gefahrübergang

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, hat das LG angenommen, dass das streitige Fahrzeug bei Gefahrübergang mangelhaft war und die Mängel bis zur Rücktrittserklärung fortbestanden. Unter überzeugender Würdigung des im selbstständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens und der Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen, der sich der Senat anschließt, ist das LG zu der Überzeu-

gung gelangt, dass das Fahrzeug schon kurze Zeit nach Übergabe und in der Folge immer wieder Fehlermeldungen anzeigte, obwohl die angezeigten Störungen nicht vorlagen, und dass es sich hierbei nicht um einen unerheblichen Mangel i.S. des § 323 V 2 BGB handelt, weil sich der Kl. in Folge, der Fehlermeldungen nicht mehr auf das korrekte Funktionieren der Fahrzeugelektronik verlassen konnte und das Fahrzeug wegen der Fehlermeldungen mehrfach liegenblieb.

Substanzielle Einwände gegen diese Feststellungen (§ 520 III Nr. 3 ZPO) und/oder die rechtliche Bewertung des Mangels als eines erheblichen (§ 520 III Nr. 2 ZPO) hat der Bekl. im Berufungsverfahren nicht erhoben. Allein der Vortrag, der Kl. habe eine „vorgebliche“ Mängelhaftigkeit des Fahrzeugs geltend gemacht, enthält keinen, jedenfalls keinen ausreichenden, Berufungsangriff gegen die Feststellung des Mangels oder seine Bewertung als erheblich. Irrig ist lediglich die Anmerkung des LG, das Fahrzeug sei „zu diesem Zeitpunkt schon gebraucht“ gewesen. Tatsächlich war das Fahrzeug - dies ist stets unstreitig gewesen und belegt durch den Tag der Erstzulassung und die Art und Weise, wie die Fahrzeugbeschreibung formuliert ist - im April 2004 neu. Die Bewertung des Fahrzeugs als mangelhaft stellt das aber nicht in Frage.

b. Fristsetzung zur Nacherfüllung

Soweit eine angemessene Nacherfüllungsfrist (§ 323 I BGB) nicht ohnehin bereits wegen Fehlschlagens der Nachbesserung entbehrlich war (§ 440 BGB), hat der Kl. dem Bekl. die Frist jedenfalls am 16.10.2006 zum 03.11.2006 gesetzt. Auch insoweit sind die Feststellungen des LG im Berufungsverfahren nicht angegriffen. Nach erfolglosem Fristablauf war der Kl. berechtigt, vom Kaufvertrag zurückzutreten. Der Rücktritt war nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kl. bei Vertragsschluss den Mangel gekannt hätte (§ 442 I 1 BGB). Den Kaufvertrag, von dem der Kl. zurückgetreten ist, haben die Parteien bereits am 06.04.2004 geschlossen. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kl. unstreitig noch keine Kenntnis vom Mangel. Nicht zu folgen ist dem angefochtenen Urteil, soweit dieses die Schlusszahlung von 3074 Euro von der Erstattungspflicht ausnimmt. Auf die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Kaufpreiszahlung kommt es für § 442 I 1 BGB nicht an.

3. Erstattungsanspruch des Kl.

Infolge des Rücktritts vom Vertrag steht dem Kl. unter Berücksichtigung der anzurechnenden Nutzungsvorteile zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz noch ein Erstattungsanspruch gegen den Bekl. in Höhe von 2301,40 Euro zu; in dieser Höhe war der Bekl. antragsgemäß zur Zahlung zu verurteilen.

a. Entrichtung des Kaufpreises

Als Kaufpreis zu Grunde zu legen ist der Betrag von 25036,20 Euro, den der Bekl. am 07.05. 2004 der für die X1-Leasing tätigen X1-Bank - nach eigenem Vortrag als Kaufpreis für das Fahrzeug - in Rechnung gestellt hatte. 24603,30 Euro davon hat der Kl. durch Überweisungen unmittelbar an den Bekl. getragen (21529,30 Euro als Anzahlung am 07.05.2004, weitere 3074 Euro als Restzahlung auf die Rechnung des Bekl. vom 26.04.1005). Die zum Kaufpreis verbleibende Differenz von 432,90 Euro muss aus den „Leasingraten“ (12 x 67,87 Euro = 814,44 Euro) gezahlt worden sein, die vom Kl. an die X1-Leasing geflossen worden sind. Zu welchem Zeitpunkt und nach welchen Modalitäten die wechselseitigen Zahlungen dabei zwischen dem Bekl. und der X1-Leasing gezahlt und/oder verrechnet wurden, bedarf keiner abschließenden Klärung. Es ist jedenfalls seitens der Bekl. nicht behauptet und besteht auch kein Grund zur Annahme, dass der Betrag von 25037,20 Euro, den er selbst für das neuwertige Fahrzeug in Rechnung gestellt hatte, nicht auch im Ergebnis an ihn geflossen wäre. Umgekehrt ist auch nicht ersichtlich, dass von den Beträgen, die der Kl. insgesamt gezahlt hat, mehr als 25037,20 Euro an den Bekl. gelangt wären. Die „Bestellung“ vom 06.04.2004 weist einen Gesamtkaufpreis nicht aus. Soweit in der „Fahrzeugbeschreibung“ vom 27.04.2005 ein „Gesamtpreis (brutto) von 31130 Euro“ ausgewiesen ist, behauptet der Kl. selbst nicht mehr, einen Betrag in dieser Höhe an die Bekl. gezahlt zu haben. Die Auflistung ist im Übrigen auch deshalb wenig aussagekräftig, weil sie auf den 27.04.2005 datiert wurden, einen Zeitpunkt, zu dem eine entsprechende Kaufpreisvereinbarung - für das nunmehr bereits rund ein Jahr alte Fahrzeug - unstreitig nicht getroffen wurde. Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Fahrzeugbeschreibung ihrer Bezeichnung entsprechend allein den Zweck einer technischen Beschreibung hatte, gegebenenfalls ergänzt um Listenpreise, aber keine Preisvereinbarung enthält oder wiedergibt.

b. Vergebliche Aufwendungen des Kl.

Neben dem Kaufpreis sind dem Kl. auch die vergeblichen Aufwendungen in Höhe von 3679,32 Euro zu ersetzen, die er in Folge Kaufes des Fahrzeugs getätigt hat, §§ 437 Nr. 3, 284 BGB. Dass die Aufwendungen in der geltend gemachten Höhe entstanden sind, ist durch die entsprechenden Rechnungen belegt. Der Aufwendungsersatzanspruch steht dem Käufer einer mangelhaften Sache auch dann zu, wenn er wegen des Mangels vom Kaufvertrag zurücktritt. Der Anspruch ist nicht gem. § 347 II BGB auf den Ersatz notwendiger Verwendungen oder solcher Aufwendungen beschränkt, durch die der Verkäufer bereichert wird (BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848).

c. Anrechnung der gezogenen Gebrauchsvorteile, § 346 II 1 Nr. 1 BGB

Auf seine Erstattungsforderung von 28715,52 Euro (Kaufpreis 25036,20 Euro zzgl. Aufwendungsersatz von 3679,32 Euro) hat sich der Kl., wovon er selbst ausgeht, den Wert gezogener Gebrauchsvorteile anrechnen zu lassen, § 346 BGB. Die Höhe der Nutzungsvergütung bemisst sich nach dem Umfang der tatsächlichen Nutzung im Verhältnis zur voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs. Zu vergüten ist derjenige Teil des Fahrzeugwerts, der dem Anteil der Nutzungsdauer durch den Käufer an der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer entspricht (lineare Teilwertabschreibung). Die tatsächliche derzeitige Laufleistung des Fahrzeugs hat der Kl. mit nachgelassenem Schriftsatz vom 20.05.2008 mit 183971 km mitgeteilt.

Die Gesamtlauflistung des Fahrzeugs ist mit 200000 km zu veranschlagen. In der Rechtsprechung hat sich zwar in der Vergangenheit ein Satz von 0,67% des Kaufpreises je gefahrenen 1000 km verfestigt. Die dem zu Grunde liegende Annahme einer zu erwartenden Gesamtlauflistung von 150000 km entspricht jedoch je nach Fahrzeugtyp nicht mehr ohne Weiteres der wirklichen Lebensdauer eines Fahrzeugs. Insbesondere bei Pkw der mittleren und gehobenen Klasse und bei Dieselfahrzeugen wird deshalb zunehmend eine Gesamtfahrleistung von 200000-300000 km angesetzt (Nachw. bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl. [2005], Rdnr. 466). Für den hier in Rede stehenden X1 schätzt der Senat, in Übereinstimmung mit dem Ansatz des angefochtenen Urteils, die zu erwartende Gesamtlauflistung auf 200000 km.

Bei einer Gesamtlauflistung von 200000 km hat sich der Kl. eine Nutzungsvergütung von 0,5% des Kaufpreises je gefahrene 1000 km anrechnen zu lassen, wobei als Kaufpreis neben dem Anschaffungspreis auch die zwischenzeitlich aufgewandten Reparaturkosten und anderen Verwendungen anzusetzen sind; denn auch der wirtschaftliche Wert dieser Verwendungen ist dem Kl. durch die Nutzung des Fahrzeugs anteilig zugute gekommen (BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848). Berechnungsbasis ist damit ein Betrag von (25036,20 Euro + 3679,32 Euro =) 28715,52 Euro. Für die mittlerweile gefahrenen 183971 km entspricht das einer anzurechnenden Nutzungsvergütung von 26414,11 Euro. Stand dem Kl. vorbehaltlich der anzurechnenden Nutzungsvergütung ein Erstattungsanspruch von 28715,52 Euro zu, so verbleibt hiervon nach Abzug der Nutzungsvergütung eine Restforderung am Tag der letzten mündlichen Verhandlung von 2301,40 Euro. Der weitergehende Zahlungsantrag des Kl. war abzuweisen.

4. Erledigung in der Hauptsache

Zu Recht hat das LG in Höhe weiterer 3827,54 Euro

die Erledigung der Hauptsache festgestellt; soweit sich die Berufung des Bekl. hiergegen richtet, hat sie keinen Erfolg. Bei Klagezustellung hätten dem Kl. über den zugesprochenen Betrag hinaus mindestens weitere 3827,54 Euro zugestanden. In der Klageschrift vom 28.12.2006 hat der Kl. die seinerzeitige Laufleistung des Fahrzeugs mit „knapp 100000 km“ angegeben. Der Bekl. ist dem entgegengetreten und hat eine - von ihm naturgemäß nicht näher zu beziffernde - deutlich höhere Laufleistung behauptet, unter Hinweis darauf, dass der Kilometerstand bereits am 06.07.2006 mit 98734 km abgelesen worden war. Unstreitig ist hingegen der Kilometerstand von 132886 km am Tag der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz (30.05.2007), belegt darüber hinaus der Kilometerstand von 183971 km am 19.05.2008. Allein die mithin während des zweitinstanzlichen Verfahrens absolvierte Laufleistung von rund 51085 km drückt sich bereits in einer anzusetzenden Nutzungsentschädigung von über 7200 Euro aus, so dass die Erledigung der Hauptsache während des Gesamtverfahrens mit 3827,54 Euro, entsprechend der klägerseits begehrten Feststellung, keinesfalls zu hoch angesetzt ist.

5. Zinsanspruch gem. §§ 286 I, 288 I BGB

Soweit dem Kl. noch Zahlungsansprüche zustehen, sind sie auf Grund der verzugsbegründenden Zahlungsaufforderung des Kl. vom 03.11.2006 antragsgemäß seit dem 21.11.2006 mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen, §§ 286 I, 288 I BGB.

6. Feststellung des Annahmeverzugs

Keinen Erfolg hat die Berufung des Kl., soweit er die Feststellung begehrt, dass der Bekl. mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug ist. Auch insoweit ist auf den Tag der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Bekl. aber nicht, jedenfalls nicht mehr, in Annahmeverzug.

Soweit der Bekl. auf Grund der Rückabwicklungsvereinbarung der Parteien den Kaufpreis zurückzugewähren und Aufwendungen des Kl. zu erstatten hat, ist er gem. §§ 346, 348 BGB zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr des verkauften Fahrzeugs verpflichtet. Da der Kl. das Fahrzeug bislang nicht zurückgegeben hat, kann der Bekl. insoweit nur dadurch in Schuldnerverzug geraten sein, dass der Kl. ihm das Fahrzeug in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat (BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848; vgl.

auch § 298 BGB). Der Kl. bietet die Rückgabe indes nur unter Modalitäten an, die zu erfüllen der Bekl. nicht verpflichtet ist. Der Kl. hat das Fahrzeug nur Zug um Zug gegen Erfüllung der klageweise geltend gemachten Forderung (8732,56 Euro) angeboten, die die tatsächlichen Ansprüche des Kl. (2301,40 Euro) deutlich übersteigt. Auch in der Vergangenheit hat der Kl. das Fahrzeug nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, da er seine Berechnung zwar zunächst an die jeweilige tatsächliche Laufleistung des Fahrzeugs angepasst, aber die anzurechnende Nutzungsentschädigung auf Grund einer zu hohen prognostizierten Gesamtleistung berechnet hatte.

7. Ersatz der vorprozessualen Anwaltskosten gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Freizustellen ist der Kl. hingegen von den ihm vorprozessual entstandenen, auf die Kosten des vorliegenden Rechtsstreits nicht anzurechnenden Anwaltskosten. Der Anspruch ergibt sich unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzanspruchs „neben der Leistung“ aus §§ 437 Nr. 3, 280, 281 I BGB. Die Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs und des Aufwendungsersatzanspruchs aus § 284 BGB schließen einander nicht aus, da das Alternativitätsverhältnis nach § 284 BGB nur für den „Schadensersatz statt der Leistung“ gilt (BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848). Die Kosten sind in voller Höhe erstattungsfähig, da der Kl. sie zum Zeitpunkt ihrer Entstehung in voller Höhe als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich ansehen durfte. Hierfür kommt es auf die damalige Höhe der Ansprüche, nicht auf die jetzige an.

III. Zulassung der Revision gem. § 543 I Nr. 1 BGB

[...] Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache war die Revision zuzulassen. Bislang ist, soweit ersichtlich, noch nicht höchstrichterlich entschieden, ob die Anschaffung eines Neufahrzeugs durch einen Verbraucher als Neuwagenkauf, verbunden mit einem Darlehensvertrag, gewertet werden kann, wenn sich Käufer und Lieferant bereits bei „Bestellung“ des Fahrzeugs auf ein für die endgültige Übernahme des Fahrzeugs zu leistendes Entgelt einigen, der Käufer aber gleichzeitig ein als Leasingvertrag bezeichnetes Vertragswerk mit einem gewerblichen Leasinggeber abschließt.

Standort: Kaufrecht**Problem: Ersatz von gezogenen Gebrauchsvorteilen**

BGH, URTEIL VOM 26.11.2008
VIII ZR 200/05 (BECKRS 2009 00083)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über die Pflicht zum Ersatz gezogener Gebrauchsvorteile in dem Fall, in dem im Rahmen der Gewährleistung eine Nachlieferung vorgenommen wird.

Die Verbraucherin B erwarb bei der Bekl., die ein Versandhandelsunternehmen betreibt, ein Herd-Set. Etwa 1 1/2 Jahre nach dem Gefahrübergang stellte die B fest, dass sich die Emailleschicht innerhalb des Backofens löste. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, wurde es durch die Bekl. ausgetauscht. Das ursprüngliche Gerät erlangte die Bekl. zurück und sandte der B kurz darauf eine Rechnung bezüglich der Nutzungsvergütung hinsichtlich des alten Gerätes. Die B hat sich an die Kl., einen Verbraucherschutzbund gewandt, welcher die Ansprüche der B aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung geltend macht. Zudem begehrt die Kl. Unterlassung. Die Bekl. solle es unterlassen, im Zusammenhang mit Ersatzlieferungen bei der Nachlieferung Verbrauchern die Nutzung der mangelhaften Sache in Rechnung zu stellen.

Das Landgericht (LG Nürnberg-Fürth, NJW 2005, 2558) hat dem Zahlungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht (OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000) hat die Berufung der Bekl. und hinsichtlich des vorbezeichneten Unterlassungsantrags auch die Berufung des Kl. zurückgewiesen und die Revision für beide Parteien zugelassen. Die Bekl. erstrebt mit ihrer Revision die Abweisung der Zahlungsklage. Der Kl. verfolgt mit seiner Revision den Unterlassungsanspruch weiter.

Der Senat hat das Verfahren durch Beschluss vom 16.08.2006 (NJW 2006, 3200) ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 234 EG um eine Vorabentscheidung ersucht. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat hierüber durch Urteil vom 17.04.2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) entschieden. Die Revision hatte teilweise Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung wird eines der meistdiskutierten Probleme seit der Schuldrechtsreform gelöst. Gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB kann der Käufer im Falle der mangelhaften Leistung des Verkäufers Nacherfüllung verlangen. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 439 IV i.V.m. § 346 I, II Nr. 1 BGB ist der Käufer dem Verkäufer zur Herausgabe der gezogenen Nut-

zungen i.S.v. § 100 BGB verpflichtet. Dieses Ergebnis rief eine lebhafte Diskussion hervor (vgl. BGH, RA 2006, 659), erscheint die Lösung insbesondere in den Fällen der Verbrauchsgüterkäufe gem. § 474 I 1 BGB unbefriedigend. Zudem war zweifelhaft, ob eine Ersatzpflicht mit der Verbraucherschutzrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999) zu vereinbaren ist.

Nach Art. 3 II der Richtlinie hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung. Art. 3 III 1 der Richtlinie bestimmt, dass der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. In Art. 3 III 3 der Richtlinie heißt es, dass die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb angemessener Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen müsse. Nach Art. 3 IV der Richtlinie umfasst der Begriff "unentgeltlich" in den Absätzen 2 und 3 die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten. Dementsprechend entschied der EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens gem. Art. 234 EG (vgl. Urteil vom 17.04.2008 - Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433): "Art. 3 der Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen." Also verstößt § 439 IV BGB mit seinem undifferenzierten Verweis auf die §§ 346 - 348 BGB gegen die Richtlinie. An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden, (Art. 234 III EG, sog. Umsetzungsgebot, Art. 10 EG, sog. Gebot der Gemeinschaftstreue). Die Auslegung des nationalen Rechts muss sich unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. nur EuGH, Urteil vom 10.04.1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn 26, 28 – von Colson und Kamann/ Nordrhein-Westfalen; Urteil vom 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I S. 8835, Rdnr. 113 – Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.).

Der erkennende Senat stellte klar, dass sich die Richt-

linienkonformität nicht durch eine Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts herstellen läßt; dem stehe der eindeutige Wortlaut der Vorschrift entgegen. Also muss eine richtlinienkonforme Fortbildung erfolgen, hier durch eine teleologische Reduktion der Norm bis auf einen mit Art 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt. Die Voraussetzung für die teleologische Reduktion ist eine verdeckte Regelungslücke i.S.e. planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes (BGHZ 149, 165, 174). Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zu § 439 IV BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.) ging die Absicht des Gesetzgebers dahin, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig.

Bis zur Neuregelung des Tatbestandes ist nun die verdeckte Regelungslücke durch eine einschränkende Anwendung des § 439 IV BGB in Fällen des § 474 I 1 BGB zu schließen. Die Vorschrift ist in diesen Fällen einschränkend so anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen, hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen (Witt, NJW 2006, 3322, 3325). Betont werden soll an dieser Stelle, dass in den Fällen, in denen kein Verbrauchsgüterkauf i.S.v. § 474 I 1 BGB vorliegt, die Vorschrift uneingeschränkt anzuwenden ist.

Die Vornahme der teleologischen Reduktion begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine Verletzung des Art. 20 III GG ist nicht gegeben, denn der i.R.d. Art. 20 III GG angeordnete Vorrang des Gesetzes bedingt kein Verbot für die Gerichte, vorhandene Lücken durch eine Rechtsfortbildung zu schließen (vgl. BVerfGE 82, 6, 11 f.; 111, 54, 82). Zudem ergibt sich keine Kollision mit der Rechtssicherheit, weil das Prinzip der Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz für den Bürger bedingt. Durfte die betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen und verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug, liegt ein Eingriff in rechtlich geschützte Positionen vor (vgl. BVerfGE 72, 175, 196; 84, 212, 227; BGHZ 132, 119, 130). Das ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die teleologische Reduktion des § 439 IV BGB sich im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung hält. Auch der Einwand, die Rechtsfortbildung führe zu einer horizontalen Wirkung der Richtlinie (Schulze, GPR 2008, 128), greift hier nicht. Der Senat beschränkt sich auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

im Wege der teleologischen Reduktion im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.

Schließlich beehrte die Kl. die Unterlassung nach § 2 I 1 UklAG. Nach § 2 I 1 UKlaG kann im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetz). Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind hier erfüllt. Insbesondere handelt es sich bei § 439 I BGB um eine Norm i.S.v. § 2 II Nr. 1 UklAG. Dass § 439 IV BGB (auch) dem Schutz der Verbraucher dient, ergibt schon daraus, dass nach § 475 I BGB eine von § 439 BGB zu Lasten des Verbrauchers abweichende Vereinbarung unzulässig ist.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Zulässigkeit des Vorlageverfahrens gem. Art. 234 EG: *BGH*, RA 2006, 659 = NJW 2006, 3200 (Aussetzungsbeschluss in dieser Entscheidung); *EuGH*, NJW 2006, 2465

☐ Zum Nutzungsersatz: *Hummel*, EuZW 2007, 268; *Gebauer*, AnwBl 2007, 314, 319; *Theisen*, GPR 2007, 276, 281 f.; *BGH*, RA 2006, 659 = NJW 2006, 3200 (Aussetzungsbeschluss in dieser Entscheidung); *Witt*, NJW 2006, 3322; *OLG Nürnberg*, ZGS 2005, 438; *Kohler*, ZGS 2005, 368; *Gsell*, NJW 2003, 1936; *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 506

Kursprogramm:

- ☐ *Examenskurs*: “Augen auf beim Mustangkauf”
- ☐ *Examenskurs*: “Gutes Rad ist teuer”
- ☐ *Examenskurs*: “Der nostalgische Ofen”

Leitsätze:

a) Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinne hinaus auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.

b) Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus; eine solche planwidrige Unvollständigkeit kann sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, die Annahme des Gesetzgebers, die Regelung sei richtlinienkonform, aber fehlerhaft ist.

c) § 439 IV BGB ist unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17.4.2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433) im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1 BGB) einschränkend anzuwenden: Die in § 439 IV BGB in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 bis 348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führen hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. ist ein Verbraucherverband, der in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen ist. Die Bekl. betreibt ein Versandhandelsunternehmen.

[2] Im Sommer 2002 bestellte die Käuferin B. für ihren privaten Gebrauch bei der Bekl. ein sogenanntes "Herd-Set" zum Preis von 524,90 €. Die Ware wurde im August 2002 geliefert. Im Januar 2004 stellte die Käuferin fest, dass sich an der Innenseite des zu dem "Herd-Set" gehörenden Backofens die Emailleschicht abgelöst hatte. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, tauschte die Bekl. den Backofen vereinbarungsgemäß noch im Januar 2004 aus. Das ursprünglich gelieferte Gerät gab die Käuferin an die Bekl. zurück. Für dessen Nutzung verlangte die Bekl. eine Vergütung, die die Käuferin an die Bekl. zahlte.

[3] Gestützt auf eine entsprechende Ermächtigung durch die Käuferin verlangt der Kl. Rückzahlung der Vergütung in Höhe von 67,86 € nebst Zinsen. Daneben hat er, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, beantragt, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, Verbrauchern im Falle der Ersatzlieferung Beträge für die Nutzung der mangelhaften Ware in Rechnung zu stellen.

[4] Das Landgericht (LG Nürnberg-Fürth, NJW 2005, 2558) hat dem Zahlungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht (OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000) hat die Berufung der Bekl. und hinsichtlich des vorbezeichneten Unterlassungsantrags auch die Berufung des Kl. zurückgewiesen und die Revision für beide Parteien zugelassen. Die Bekl. erstrebt mit ihrer Revision die Abweisung der Zahlungsklage. Der Kl. verfolgt mit seiner Revision den Unterlassungsanspruch weiter.

[5] Der Senat hat das Verfahren durch Beschluss vom 16.08.2006 (NJW 2006, 3200) ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 234 EG um eine Vorabentscheidung ersucht. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat hierüber durch Urteil vom 17.04. 2008 (Rs. C-404/06,

NJW 2008, 1433 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) entschieden.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision der Bekl. ist unbegründet, die des Kl. ist begründet.

A. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[8] Die Zahlung einer Nutzungsentschädigung sei ohne Rechtsgrund erfolgt und könne daher nach § 812 I BGB zurückgefordert werden. Aus der Verweisung des § 439 IV BGB auf § 346 I BGB könne die Bekl. keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung herleiten. Die Vorschrift des § 439 IV BGB enthalte keine Rechtsfolgenverweisung auf § 346 I Alt. 2 BGB (Herausgabe von tatsächlich gezogenen Nutzungen). Die Begründung des Gesetzgebers für eine Verpflichtung des Käufers, im Falle der Ersatzlieferung eine Nutzungsentschädigung zu zahlen, überzeuge nicht. Es sei nicht gerechtfertigt, im Falle einer Ersatzlieferung alle aus dem Rücktritt resultierenden Rechtsfolgen anzuwenden. Zwar habe der Käufer bei der Ersatzlieferung dadurch einen Vorteil, dass er anstelle der ursprünglichen Sache nun eine neue ungebrauchte Sache mit einer neuen Gewährleistungsfrist erhalte und grundsätzlich mit einer längeren Lebensdauer der Ware rechnen könne. Dem Verkäufer bleibe als Nachteil eine unverkäufliche, weil mangelbehaftete Sache; allerdings behalte er den vollen Kaufpreis und damit den eigentlichen Gewinn. Im Falle des Rücktritts stelle sich die Situation für den Verkäufer deutlich ungünstiger dar. Er müsse nicht nur die mangelhafte Ware behalten, sondern zusätzlich noch den im Kaufpreis enthaltenen Gewinn herausgeben. Demgegenüber erhalte der Käufer den vollen Kaufpreis zurück und könne sich von seinem Vertragspartner lösen. Nur in diesem Fall sei es interessengerecht, wenn der Käufer eine Nutzungsentschädigung zahle.

[9] Auch wenn der Bekl. somit im Falle der Ersatzlieferung kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zustehe, sei der auf § 2 II Nr. 1 UKlaG gestützte Unterlassungsantrag unbegründet, weil das Verhalten der Bekl. nicht gegen eine Vorschrift verstoße, die dem Schutz der Verbraucher diene. Die Erwähnung von § 439 BGB in § 475 BGB lasse die erstgenannte Bestimmung nicht generell zu einer verbraucherschützenden Vorschrift werden. Denn in § 475 BGB werde als spezielle Regelung über den Verbrauchsgüterkauf nur die grundsätzliche Unabdingbarkeit des § 439 BGB festgeschrieben. Würde jede Abweichung von den Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB, soweit diese die

Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umzusetzen, dem § 2 II Nr. 1 UKlaG unterfallen, hätte dies die nicht beabsichtigte Folge, dass aus jedem Rechtsstreit, in dem ein Unternehmer bei einem Verbrauchsgüterkauf unterliege, ein allgemeiner, vom Kl. durchzusetzender Unterlassungsanspruch herrührte. Ohnehin sei dem § 439 BGB ein Verbot, eine Nutzungsentschädigung verlangen zu dürfen, nicht zu entnehmen. Die Vorschrift des § 439 IV BGB biete lediglich keine Anspruchsgrundlage für ein derartiges Verlangen, enthalte aber kein diesbezügliches Verbot.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

[10] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

I. Revision der Bekl.

[11] Revision der Bekl.

[12] Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Käuferin gegen die Bekl. einen Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung eines Betrages von 67,86 € nebst Zinsen hat, den der Kl. aufgrund der Ermächtigung durch die Käuferin im eigenen Namen geltend machen kann.

[13] Die von der Käuferin geleistete Zahlung für die Nutzung des zunächst gelieferten mangelhaften Herdes ist ohne Rechtsgrund erfolgt. Der Bekl. steht ein Anspruch auf Wertersatz dafür, dass die Käuferin die anfangs gelieferte Ware in der Zeit von August 2002 bis Januar 2004 nutzen konnte, nicht zu. Ein derartiger Anspruch ergibt sich entgegen der Ansicht der Bekl. auch nicht aus § 439 IV BGB in Verbindung mit § 346 I, II 1 Nr. 1, § 100 BGB.

1. Lösung nach dem Wortlaut des § 439 IV BGB

[14] Zwar kann nach dem Wortlaut des § 439 IV BGB der Verkäufer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache "nach Maßgabe der §§ 346 bis 348" verlangen. Neben der Rückgabe der empfangenen Leistung selbst sieht § 346 I BGB im Falle des Rücktritts die Pflicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen vor, zu denen auch die Gebrauchsvorteile nach § 100 BGB gehören. Für diese Vorteile hat der Rückgewährschuldner nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB dem Rückgewährgläubiger Wertersatz zu leisten. Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschriften auch dann, wenn es sich – wie im vorliegenden Fall – um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I 1 BGB) handelt.

2. Rechtsauffassung des EuGH: Vorschrift entspricht nicht Art. 3 II der Richtlinie 1999/44

[15] Diese – im rechtswissenschaftlichen Schrifttum sehr umstrittene (vgl. Senatsbeschluss vom 16.08.2006, aaO, Tz. 10 ff. m.w.N.) – Vorschrift steht aber nicht im Einklang mit Art. 3 der RL 1999/44/EG des

Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171, S. 12; im Folgenden: Richtlinie). Nach Art. 3 II der Richtlinie hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung. Art. 3 III 1 der Richtlinie bestimmt, dass der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. In Art. 3 III 3 der Richtlinie heißt es, dass die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb angemessener Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen müsse. Nach Art. 3 IV der Richtlinie umfasst der Begriff "unentgeltlich" in den Absätzen 2 und 3 die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

[16] Der Senat hat dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften durch Beschluss vom 16.08.2006 (aaO) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

"Sind die Bestimmungen des Art. 3 II in Verbindung mit III 1 und IV oder des Art. 3 III 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes verlangen kann?"

[17] Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat die Frage mit Urteil vom 17.04.2008 (aaO) wie folgt beantwortet:

"Art. 3 der Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen."

[18] Zur Begründung hat der Gerichtshof im Wesentlichen ausgeführt: Dem Wortlaut und den einschlägigen Vorarbeiten der Richtlinie zufolge habe der Gemeinschaftsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollen (Rn 33). Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts

unentgeltlich zu bewirken, solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. Das bedeute, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsguts ausgeschlossen sei (Rn 34). Diese Auslegung werde dadurch bestätigt, dass nach Art. 3 III Unterabs. 3 der Richtlinie die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen habe (Rn 35). Der 15. Erwägungsgrund betreffe nur den in Art. 3 V der Richtlinie vorgesehenen Fall der Vertragsauflösung mit gegenseitiger Herausgabe der erlangten Vorteile und könne somit nicht als allgemeiner Grundsatz verstanden werden (Rn 39). Der Verbraucher werde durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts als Ersatz für das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ungerechtfertigt bereichert. Er erhalte lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen (Rn 41). Die finanziellen Interessen des Verkäufers seien durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Art. 5 I der Richtlinie und durch die ihm in Art. 3 III Unterabs. 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit geschützt, die Ersatzlieferung zu verweigern, wenn sich diese Abhilfe wegen unzumutbarer Kosten als unverhältnismäßig erweist (Rn 42).

3. Bindungswirkung des Auslegungsergebnisses, Art. 234 III EG

[19] An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 249 III EG und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG zudem verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. nur EuGH, Urteil vom 10. 04.1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn 26, 28 – von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Urteil vom 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I S. 8835, Rdnr. 113 – Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.).

a. Einschränkende Gesetzesauslegung innerhalb des Wortlauts kommt nicht in Betracht

[20] Allerdings lässt sich dieses Gebot richtlinienkonformer Auslegung im vorliegenden Fall nicht im Wege einer (einschränkenden) Gesetzesauslegung im engeren Sinne umsetzen, also einer Rechtsfindung inner-

halb des Gesetzeswortlauts (vgl. Canaris in: Festschrift für Bydlinski, 2002, S. 47, 81; Gebauer in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, Kap. 3 Rd. 38), deren Grenze durch den möglichen Wortsinn gebildet wird (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 343; Staudinger/Coing/Honsell, Einleitung zum BGB [2005], unter VIII 4). Dem steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen, weil § 439 IV BGB für den Fall der Ersatzlieferung uneingeschränkt auf die §§ 346 bis 348 BGB Bezug nimmt. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dadurch allein die Rückgabe der mangelhaften Sache selbst geregelt und nicht dem Verkäufer auch ein Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zugebilligt werden soll. Denn dann wäre zumindest die Verweisung auf § 347 BGB sinnlos, weil diese Vorschrift ausschließlich die Frage der Nutzungen (und Verwendungen) regelt (vgl. Senatsbeschluss vom 16.08.2006, aaO, Tz. 14).

b. Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung

[21] Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs "Auslegung" nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* dienen darf (vgl. EuGH, Urteil vom 04.07.2006 – Rs. C-212/04, Slg. 2006, I S. 6057, Rn 110 – Adeneler u.a./Ellinikos Organismos Galaktos), bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des *Contra-legendem*-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist (Canaris, aaO, S. 91). Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden (Canaris, aaO, S. 81 f.; Gebauer, aaO; Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 358; Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 317 f.; Baldus/Becker, ZEuP 1997, 873, 883; aA Habersack/Mayer, WM 2002, 253, 256; Ehrlicke, ZIP 2004, 1025, 1029 f.). Daraus folgt hier das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion (zum Begriff Larenz, aaO, S. 391) des § 439 IV BGB auf einen mit Art. 3 der Richt-

linie zu vereinbarenden Inhalt.

aa. Voraussetzungen der Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion

[22] Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (vgl. BGHZ 149, 165, 174; BGH, Beschluss vom 20.01.2005 – IX ZB 134/04, NJW 2005, 1508). Diese Voraussetzung ist erfüllt.

[23] In der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 IV BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.):

"Ebenso wie bisher § 480 I 2 in Verbindung mit § 467 S. 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 IV, 346 I RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll. (...)

Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Artikel 3 II ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. (...) Der vertragsgemäße Zustand wird indes durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt. (...) Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezählt werden. (...)

Des Weiteren werden dem Verbraucher auch nicht Kosten, auch nicht solche der Rückgabe der gebrauchten, mangelhaften Sache auferlegt. Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat, (...)

Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt. (...)"

[24] Daraus ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers einerseits dahin ging, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber – was die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen – auch eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Die explizit vertretene Auffassung, dass die Regelung über den Nutzungsersatz den Anforderungen der Richtlinie genüge, ist jedoch fehler-

haft, wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat.

[25] Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig. Es liegt eine verdeckte Regelungslücke (vgl. Larenz, aaO, S. 377) vor, weil die Verweisung in § 439 IV BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Dass diese Unvollständigkeit des Gesetzes planwidrig ist, ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit steht die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Nutzungsersatzes nicht lediglich im Widerspruch zu einem generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen (so aber Schmidt, ZGS 2006, 408, 410). Vielmehr besteht ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers. Deshalb ist auszusprechen, dass der Gesetzgeber § 439 IV BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber nunmehr eine Gesetzesänderung in die Wege geleitet hat, die der im Streitfall ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften Rechnung tragen und eine richtlinienkonforme Umsetzung der Richtlinie gewährleisten soll (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 15.10.2008, BT-Drs. 16/10607, S. 4, 5 f.). Danach soll § 474 II BGB dahingehend neu gefasst werden, dass § 439 IV BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.

bb. Einschränkung der Auslegung des § 439 IV BGB i.R.d. § 474 I 1 BGB bis zur Neuregelung

[26] Die bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bestehende verdeckte Regelungslücke ist durch eine einschränkende Anwendung des § 439 IV BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist in solchen Fällen einschränkend dahingehend anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen, hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen (so auch Gebauer, AnwBl 2007, 314, 319; Theisen, GPR 2007, 276, 281 f.; Witt, NJW 2006, 3322, 3325). Diese Einschränkung ist nach dem Gebot richtlinienkonformer Rechtsfortbildung erforderlich, weil eine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Nutzungs-

ersatz mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar ist. Anders lässt sich der dargestellte Widerspruch zwischen den gesetzgeberischen Zielen – einerseits Begründung eines Anspruchs auf Nutzungersatz, andererseits Richtlinienkonformität –, der eine planwidrige Regelungslücke begründet, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht lösen.

[27] Die Regelungslücke besteht zwar nur im Hinblick auf den im Verhältnis zu § 13 BGB engeren Verbraucherbegriff des Art. 1 II a der Richtlinie. Die Ausfüllung der Lücke im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist jedoch auf alle Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs und damit des Verbraucherbegriffs gemäß § 13 BGB zu erstrecken, weil insoweit der Einheitlichkeitswille des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf den Verbraucherbegriff zu berücksichtigen ist (vgl. Herresthal, NJW 2008, 2475, 2477, unter Hinweis auf BT-Drs. 14/3195, S. 32).

[28] Hingegen bleibt es in Fällen, in denen kein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB vorliegt, bei der uneingeschränkten Anwendung des § 439 IV BGB. Eine Ausdehnung der teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB auch auf solche Fälle widerspricht dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen (vgl. Senatsbeschluss vom 16.08.2006, aaO, Tz. 15 m.w.N.). Da solche Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, ergibt sich insoweit aus der fehlenden Richtlinienkonformität auch keine planwidrige Regelungslücke.

cc. Keine faktische Aufhebung oder Ersetzung der Norm durch teilweise Nichtanwendung

[29] Die teleologische Reduktion führt nicht zur faktischen Derogation des § 439 IV BGB, denn die Regelung bleibt in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs hinsichtlich der Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften über die Rückgewähr der mangelhaften Sache und in den übrigen Fällen insgesamt anwendbar. Es bedarf deshalb keiner Erörterung, ob im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung auch die vollständige Nichtanwendung einer Norm gerechtfertigt sein kann (so Herresthal, Rechtsfortbildung, aaO, S. 321 ff.; aA Canaris, aaO, S. 94; Gebauer, aaO, Rdnr. 51).

dd. Kein Verstoß gegen Art. 20 III GG

[30] Die Rechtsfortbildung verletzt (entgegen Hummel, EuZW 2007, 268, 272) auch nicht die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Befugnis der Gerichte zur Fortbildung des Rechts anerkannt; aus dem in Art. 20 III GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt kein Verbot für

die Gerichte, vorhandene Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen (BVerfGE 82, 6, 11 f.; 111, 54, 82, jeweils m.w.N.).

[31] Zwar dürfen die Gerichte eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern. Durch die hier vorgenommene Rechtsfortbildung wird jedoch der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseite geschoben. Vielmehr wird aus der in der Gesetzesbegründung niedergelegten Regelungsabsicht des Gesetzgebers entnommen, dass eine Lücke besteht und in welcher Weise sie geschlossen werden soll (vgl. BVerfGE 82, aaO). Denn aus den Gesetzesmaterialien ist – wie bereits dargelegt – die konkrete Absicht des Gesetzgebers erkennbar, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit liegt eine der richtlinienkonformen teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB entgegenstehende Wertungsentscheidung des Gesetzgebers nicht vor (vgl. auch Herresthal, NJW 2008, aaO; aA Fischinger, EuZW 2008, 312, 313).

ee. Rechtssicherheit ist nicht gefährdet

[32] Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit spricht ebenfalls (entgegen Schmidt, aaO, S. 409) nicht gegen die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.

[33] Das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit (Art. 20 III GG) bedeutet in erster Linie Vertrauensschutz für den Bürger. Durfte die betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen und verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug, liegt ein Eingriff in rechtlich geschützte Positionen vor (vgl. BVerfGE 72, 175, 196; 84, 212, 227; BGHZ 132, 119, 130). Das ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die teleologische Reduktion des § 439 IV BGB sich im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung hält. Eine uneingeschränkte Anwendung der Vorschrift konnte nicht als gesichert angesehen werden, weil § 439 IV BGB von Anfang an in hohem Maße umstritten war (vgl. Senatsbeschluss vom 16.08.2006, aaO, Tz. 10 f. m.w.N.) und auch die Richtlinienkonformität der Vorschrift von zahlreichen Stimmen im Schrifttum verneint wurde (aaO, Tz. 20 m.w.N.).

ff. Keine horizontale Wirkung der Richtlinie

[34] Der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung lässt sich schließlich nicht entgegenhalten, sie laufe auf eine horizontale Direktwirkung der Richtlinie hinaus, die dieser nicht zukomme (so Habersack/Mayer, aaO, S. 257; Schulze, GPR 2008, 128, 131; vgl. auch Franzen, JZ 2003, 321, 327).

[35] Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auch eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt

oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden (EuGH, Urteil vom 26.02.1986 – Rs. 152/84, Slg. 1986, S. 723, Rn 48 – Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority; Urteil vom 05.10.2004, aaO, Rdnr. 108 f. – Pfeiffer u. a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.; Urteil vom 07.06.2007 – Rs. C-80/06, Slg. 2007, I S. 4473, Rdnr. 20 – Carp Snc di L. Moleri e.V. Corsi/Ecorad Srl.). Um eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie geht es hier jedoch nicht, auch nicht in Form einer (lediglich) negativen Anwendung der Richtlinie im Verhältnis zwischen Privaten (dafür aber Kreße, ZGS 2007, 215, 216; ablehnend zu einem solchen Rechtsinstitut von Danwitz, JZ 2007, 697, 702 ff.). Der Senat beschränkt sich vielmehr auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion, die – wie ausgeführt – im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.

II. Revision des Kl.

[36] Revision des Kl.

[37] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Unterlassungsanspruch des Kl. nach § 2 I 1 UKlaG verneint. Der Kl. kann gemäß § 2 I 1 UKlaG von der Bekl. verlangen, dass diese es unterlässt, im Zusammenhang mit einer Ersatzlieferung im Sinne des § 439 I BGB Verbrauchern für die Nutzung der mangelhaften Sache Beträge in Rechnung zu stellen.

[38] Nach § 2 I 1 UKlaG kann im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetz). Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind hier erfüllt.

1. § 439 BGB dient dem Verbraucherschutz gem. § 2 II Nr. 1 UKlaG

[39] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Bestimmung des § 439 BGB um eine Vorschrift, die dem Schutz des Verbrauchers dient. Dies ergibt sich bereits aus § 2 II Nr. 1 UKlaG. Danach sind Verbraucherschutzgesetze insbesondere die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die für Verbrauchsgüterkäufe gelten. Dass § 439 BGB auch auf einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB anwendbar ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Die Vorschrift des § 439 BGB wäre nur dann nicht als Verbraucherschutzgesetz anzusehen, wenn der Verbraucherschutz in der Norm nur untergeordnete Bedeutung hätte oder nur eine zufällige Nebenwirkung der Regelung wäre (BT-Drs. 14/2658, S.

53 zur insofern unverändert übernommenen Vorgängerregelung in § 22 AGBG). Dies ist indes nicht der Fall.

[40] Die Vorschrift über die Nacherfüllung in § 439 BGB dient auch dem Verbraucherschutz. Sie bezweckt, Art. 3 II 1 der Richtlinie umzusetzen (BT-Drs. 14/6040, S. 230). Deren verbraucherschützender Charakter kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Richtlinie nach ihrem Art. 10 in den Anhang der "Liste der Richtlinien nach Art. 1" der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.05.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166, S. 51) als verbraucherschützende Richtlinie aufgenommen worden ist. Die Richtlinie über Unterlassungsklagen wiederum ist durch die Vorgängerregelung zu § 2 UKlaG, § 22 AGBG, in deutsches Recht umgesetzt worden (vgl. BT-Drs. 14/2658, S. 52).

[41] Dass § 439 BGB seinem Wortlaut nach nicht ausdrücklich auf den Verbrauchsgüterkauf Bezug nimmt, vielmehr in seinem Anwendungsbereich nicht auf Verbrauchsgüterkäufe beschränkt ist, ist unerheblich. Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat sich dafür entschieden, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht in einem separaten Verbrauchsgüterkaufgesetz in nationales Recht umzusetzen, sondern die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kauf (§§ 433 ff. BGB) nach den Vorgaben der Richtlinie auszugestalten und nur einige wenige Bestimmungen in ihrem Anwendungsbereich auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken (§§ 476 bis 479 BGB). Dass § 439 IV BGB (auch) dem Schutz der Verbraucher dient, erhellt schon daraus, dass nach § 475 I BGB eine von § 439 BGB zu Lasten des Verbrauchers abweichende Vereinbarung unzulässig ist.

2. Unterlassungsanspruch gem. § 2 I 1 UKlaG

[42] Verlangt die Bekl. im Zusammenhang mit einer Ersatzlieferung im Sinne des § 439 I BGB von Verbrauchern Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache, handelt sie damit der Vorschrift des § 439 IV BGB zuwider. § 439 IV BGB ist – wie bereits ausgeführt – im Falle des Verbrauchsgüterkaufs einschränkend dahingehend anzuwenden, dass dem Verkäufer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, kein Anspruch auf Wertersatz für Nutzungen gegen den Käufer zusteht. Da auch eine andere Anspruchsgrundlage für ein derartiges Begehren des Verkäufers nicht ersichtlich ist, hat die Ersatzlieferung nach § 439 IV BGB im Falle des Verbrauchsgüterkaufs in der Weise zu erfolgen, dass der Verkäufer eine mangelfreie Sache liefert und vom Käufer lediglich Rückgewähr der mangelhaften Sache fordern kann. Verlangt der Verkäufer in einem solchen Fall darüber hinaus Wertersatz für Nutzungen, macht er – der Vorschrift des § 439 IV BGB zuwider – einen An-

spruch geltend, der ihm nicht zusteht.

3. Interesse des Verbraucherschutzes an Unterlassung besteht

[43] Schließlich liegt die Inanspruchnahme der Bekl. auf Unterlassung auch im Interesse des Verbraucherschutzes, weil der dargelegte Verstoß die Kollektivinteressen der Verbraucher berührt. Er reicht seinem Gewicht und seiner Bedeutung nach über den Einzelfall hinaus, weil anzunehmen ist, dass Verkäufer in einer Vielzahl von Fällen von Verbrauchern die Zahlung einer Nutzungsentschädigung verlangen. Dies lässt eine generelle Klärung der Frage geboten erscheinen (vgl. BT-Drs. 14/2658, S. 53).

C. Bescheidung der Revision gem. §§ 562, 563 ZPO

[44] Nach alledem ist die Revision der Bekl. zurück-

kzuweisen. Auf die Revision des Kl. ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit die Berufung des Kl. gegen die Abweisung des mit der Revision allein noch verfolgten Unterlassungsantrages (ursprünglicher Klageantrag zu I 2) zurückgewiesen worden ist (§ 562 I ZPO). Der Senat hat insoweit in der Sache selbst zu entscheiden, da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO). Da der Kl. von der Bekl. verlangen kann, dass diese es unterlässt, im Zusammenhang mit einer Ersatzlieferung im Sinne des § 439 I BGB Verbrauchern Beträge für die Nutzung der mangelhaften Sache in Rechnung zu stellen, ist das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Bekl. entsprechend zu verurteilen.

Standort: Handelsrecht

Problem: Sukzessive Firmenübernahme

BGH, URTEIL VOM 24.09.2008
VIII ZR 192/06 (DB 2008, 2475)

Problemdarstellung:

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Bezahlung von Warenlieferungen aus den Jahren 2003 und 2004 nach den Grundsätzen der Firmenfortführung in Anspruch. Die Kl. stand mehrere Jahre mit der "Industrie-Böden Salur GmbH" (IB) in Geschäftsbeziehung. Die Bekl. wurde im Jahr 2003 gegründet und firmierte unter "Fussbodenbau Salur GmbH". Beide Unternehmen übten ihre Tätigkeiten -jedenfalls zeitweilig parallel unter derselben Adresse aus, hatten identische Telefon- und Faxnummern sowie denselben Geschäftsführer und Gründungsgesellschafter. Im Juni 2004 stellte IB die Geschäfte ein. Über ihr Vermögen wurde im November 2004 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Das Landgericht hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils - mit Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich der Firmenfortführung gem. § 25 I HGB und präziserte die Anforderungen an die Haftung insoweit.

Grundsätzlich ist eine Firmenfortführung dann gegeben, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird (BGH, Ur-

teil vom 28.11.2005 - II ZR 355/03, NJW 2006, 1002, Tz. 7 m.w.N.). Von einer Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr dann aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (BGH, aaO, Tz. 9 m.w.N.).

Problematisch im vorliegenden Fall war jedoch, dass die Firmenübernahme sukzessive erfolgte, da die Unternehmen ihre Tätigkeiten zeitweilig parallel zueinander ausführten. Das Berufungsgericht hatte insbesondere aus diesem Grund die Fortführung gem. § 25 I HGB abgelehnt und einen Zahlungsanspruch unter Aufhebung des Urteils erster Instanz verneint. Dieser Auffassung folgt der erkennende Senat nicht. Demgemäß kann auch eine sukzessiv erfolgende Unternehmensübernahme eine Fortführung des Handelsgeschäfts im Sinne von § 25 I HGB sein. Maßgeblich dafür ist, ob sich für den Rechtsverkehr die Betätigung des übernehmenden Unternehmens als Weiterführung des ursprünglichen Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1991 - II ZR 85/91, NJW 1992, 911, unter III 1 m.w.N.). Und genau dies war hier der Fall, da der prägende Teil der Firma der IB in der Bezeichnung des Tätigkeitsbereichs "Industrieböden" in Verbindung mit dem Namen "Salur" bestand. In der Firma der Bekl. wird der annähernd gleiche Tätigkeitsbereich "Fussbodenbau" ebenfalls mit dem Namen "Salur" verknüpft. Dies reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus.

Auch die Insolvenz der IB vermag an der Haftung der Bekl. gem. § 25 I HGB nichts zu ändern. Das Unter-

nehmen der IB ist schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der IB in seinem wesentlichen Bestand unverändert von der Bekl. fortgeführt worden. Dass die IB möglicherweise auch schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens insolvent war, ist für die Haftung aus § 25 I HGB irrelevant (BGH, Urteil vom 28.11.2005, aaO, Ls. 4).

Vertiefungshinweise:

□ Zur Haftung gem. § 25 HGB: *Beuthien*, NJW 1993, 1737; *Lieb*, Festschrift Vieregge 1995, 557; *ders.* Festschrift Börner, 1992, 747;

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Autohaus"
- Examenskurs: "Die Großhandels-GmbH"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Unternehmensfortführung steht nicht entgegen, dass die Unternehmen parallel auf dem Markt werbend tätig blieben. Auch eine sukzessiv erfolgende Unternehmensübernahme kann eine Fortführung des Handelsgeschäfts im Sinne von § 25 I HGB sein. Maßgeblich ist, ob sich für den Rechtsverkehr die Betätigung des übernehmenden Unternehmens als Weiterführung des ursprünglichen Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt.

Tatbestand:

Die Kl. nimmt die unter der Bezeichnung "Fussbodenbau Salur GmbH" firmierende Bekl. auf Bezahlung von Warenlieferungen nach den Grundsätzen der Haftung für eine Firmenfortführung in Anspruch.

[1] Die Kl. stand mehrere Jahre lang mit der Industrie-Böden Salur GmbH (im Folgenden: IB) in Geschäftsbeziehung. Nach Gründung der Bekl. im August 2003 unterhielt die Kl. auch Geschäftsbeziehungen zu dieser. Sowohl die Bekl. als auch die IB stellen bzw. stellten Industrieböden her.

[2] Beide Unternehmen waren unter derselben Adresse ansässig und hatten dieselben Telefon- und Faxnummern sowie denselben Geschäftsführer und Gründungsgesellschafter, Herrn S.. Ferner waren mindestens drei Mitarbeiter der IB für die Bekl. tätig. Beide Unternehmen unterhielten jedoch eigene Bankverbindungen.

[3] Die IB kaufte von der Kl. in den Jahren 2003 und 2004 mehrere Tonnen Stahldrahtfaser im Gesamtwert von 20.995,63 €. Eine Bezahlung der Waren erfolgte nicht. Die IB stellte ihre Geschäfte zum 30.06.2004 ein. Über ihr Vermögen ist durch Beschluss vom 15.11.2004 das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

Die Kl. ist der Ansicht, die Bekl. hafte für ihre Forde-

rungen gegen die IB gemäß § 25 I HGB, da sie deren Handelsgeschäft fortführe. Die Bekl. habe die IB vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten "ausbluten" lassen und dann sukzessive übernommen. Die Bekl. ist der Ansicht, es fehle an einer Fortführung des Handelsgeschäfts. Beide Unternehmen seien - was unstrittig ist - fast eineinhalb Jahre parallel nebeneinander am Markt werbend tätig gewesen und hätten eigene Aufträge gehabt.

[4] Das Landgericht hat die Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von 20.995,63 € nebst Zinsen an die Kl. verurteilt. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

[5] Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Die Bekl. hafte nicht für die Forderung der Kl. gegen die IB gemäß § 25 I 1 HGB, da die Bekl. weder das Handelsgeschäft noch die Firma der IB fortgeführt habe.

Der Erwerber eines Handelsgeschäfts hafte gemäß § 25 HGB, wenn es trotz des Erwerbs nach außen so wirke, als ob ein Unternehmen kontinuierlich am Markt bleibe. Dies sei hier nicht der Fall, da beide Unternehmen zeitweilig ihre Geschäftstätigkeit parallel ausgeübt hätten. Entscheidend sei, dass die IB seit Gründung der Bekl. im August 2003 auf demselben Geschäftsfeld werbend tätig geblieben sei und auch nicht unerhebliche Umsätze, wenn auch geringere als zuvor, erzielt habe. Der Rechtsverkehr habe von zwei konkurrierenden Unternehmen ausgehen müssen.

[9] Auch fehle es an der Fortführung der Firma der IB. Der Rechtsverkehr habe über ein Jahr beide Firmen parallel am Markt gekannt, was der Fortführung einer einzigen Firma widerspreche. Im Übrigen seien die benutzten Worte zu unterschiedlich, als dass von einer einzigen Firma ausgegangen werden könne.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[10] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[11] Der Kl. steht gegen die Bekl. ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 20.995,63 € gemäß § 433 BGB i.V.m. § 25 I 1 HGB aus den Warenlieferungen an die IB zu. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht die Haftung der Bekl. für die Forderung der Kl. gemäß § 25 I 1 HGB. Die Bekl. hat das Handels-

geschäft der IB unter Lebenden erworben und es unter deren Firma fortgeführt. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greift die Haftung gemäß § 25 I 1 HGB ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird (BGH, Urteil vom 28.11.2005 - II ZR 355/03, NJW 2006, 1002, Tz. 7 m.w.N.). So ist es hier.

1. Tatbestand der Unternehmensfortführung gem § 25 I HGB

[12] Von einer Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (BGH, aaO, Tz. 9 m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Bekl. kommt es für den Erwerb im Sinne von § 25 I HGB auch nicht darauf an, ob ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zugrunde liegt. Erforderlich ist nur die bloße Tatsache der Geschäftsführung (BGH, aaO, Tz. 9; BGH, Urteil vom 04.11.1991 - II ZR 85/91, NJW 1992, 911, unter III 2). Die Bekl. hat das Handelsgeschäft der IB im vorgenannten Sinne übernommen und fortgeführt.

a. Derselbe Unternehmensgegenstand liegt vor

[13] Nach den insoweit unangegriffenen Tatsachenfeststellungen des Landgerichts, auf die sich das Berufungsgericht beruft, haben die Bekl. und die IB denselben Unternehmensgegenstand, nämlich die Herstellung von Industrieböden; sie benutzten dieselben Betriebsräumlichkeiten (inklusive der Büroorganisation) und Fax- und Telefonanschlüsse, ferner hat die Bekl. zumindest drei Angestellte der IB übernommen.

[14] Darüber hinaus warb die Bekl., obwohl sie selbst erst im August 2003 gegründet wurde, auch gegenüber Kunden der IB mit ihrer langjährigen Fachkompetenz und verwies auf Referenzobjekte, die die IB erstellt hatte.

b. Parallele Tätigkeit der Unternehmen am Markt steht nicht entgegen

[15] Der Unternehmensfortführung der IB durch die Bekl. steht auch nicht - anders als das Berufungsgericht meint - entgegen, dass die IB und die Bekl. vom Zeitpunkt der Gründung der Bekl. im August 2003 bis zur Aufgabe des Geschäftsbetriebs durch die IB zum 30.06.2004 etwa ein Jahr lang parallel auf dem Markt werbend tätig blieben. Auch eine sukzessiv erfolgende Unternehmensübernahme kann eine Fortführung des Handelsgeschäfts im Sinne von § 25 I HGB sein.

Maßgeblich dafür ist, ob sich für den Rechtsverkehr die Betätigung des übernehmenden Unternehmens als Weiterführung des ursprünglichen Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1991, aaO, unter III 1 m.w.N.). Dies war hier, wie ausgeführt, der Fall.

[16] Da die Bekl. unter der gleichen Anschrift und Telefonnummer wie die IB und teils mit Mitarbeitern der IB gegenüber den Kunden der IB mit deren Referenzobjekten warb, musste der Rechtsverkehr - entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts - gerade nicht von zwei konkurrierenden Unternehmen, sondern von einem einheitlichen Unternehmen ausgehen. Hinzu kommt, dass die von der IB einerseits und der Bekl. andererseits verwendeten Briefbögen sich in ihrer optischen Aufmachung und inhaltlichen Gestaltung so ähneln, dass auch insoweit die Kontinuität eines einzigen Unternehmens aus der maßgeblichen Sicht des Rechtsverkehrs nach außen in Erscheinung tritt.

[17] Da es dazu keiner zusätzlichen tatrichterlichen Feststellungen bedarf, kann der Senat dies selbst entscheiden. Unter Berücksichtigung dieser konkreten Verhältnisse traten die IB und die Bekl. nicht wie zwei konkurrierende Unternehmen auf, sondern wie ein einheitliches.

2. Kontinuität des Unternehmens nach außen

[18] Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht auch die Fortführung der Firma der IB durch die Bekl.. Beim Wechsel des Inhabers ist die Firmenfortführung deshalb eine Voraussetzung für die in § 25 I 1 HGB vorgesehene Haftung, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (BGH, Urteil vom 28.11.2005, aaO, Tz. 7; BGH, Urteil vom 04.11.1991, aaO, unter IV 1). Dabei kommt es nicht auf eine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen alter und neuer Firma, sondern nur darauf an, ob aus der Sicht des Verkehrs trotz vorgenommener Änderungen noch eine Fortführung der Firma vorliegt (BGH, Urteil vom 04.11.1991, aaO). Dies ist dann der Fall, wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (BGH, Urteil vom 15.03.2004 - II ZR 324/01, NJW-RR 2004, 1172, unter 2; BGH, Urteil vom 28.11.2005, aaO, Tz. 12).

[19] Der prägende Teil der Firma der IB bestand in der Bezeichnung des Tätigkeitsbereichs "Industrieböden" in Verbindung mit dem Namen "Salur". In der Firma der Bekl. wird der annähernd gleiche Tätigkeitsbereich "Fussbodenbau" ebenfalls mit dem Namen "Salur" verknüpft. Dies reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus. Dadurch wird es dem Träger

des Namens "Salur" - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht verwehrt, sich auf dem Gebiet der Herstellung von Fußböden seines Namens zu bedienen.

[20] Insoweit weist die Revision zutreffend auf die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses gemäß § 25 II HGB durch eine Eintragung in das Handelsregister hin.

3. Auswirkung der Insolvenz auf die Haftung gem. § 25 I 1 HGB

[21] Die Insolvenz der IB schließlich ist für die Haftung der Bekl. aus § 25 I 1 HGB unerheblich.

[22] Zutreffend weist das Berufungsgericht (BU 4) zwar darauf hin, dass der Erwerb von Vermögenswerten der IB durch die Bekl., soweit er vom Insolvenzverwalter der IB erfolgte, keine Haftung nach § 25 I 1 HGB auslöst (BGH, Urteil vom 04.11.1991, aaO, unter II 2 m.w.N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 28.11.

2005, aaO, Tz. 14). Hier ist das Unternehmen der IB jedoch - wie oben dargelegt - schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der IB in seinem wesentlichen Bestand unverändert von der Bekl. fortgeführt worden. Dass die IB möglicherweise auch schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens insolvent war, ist für die Haftung aus § 25 I HGB demgegenüber irrelevant (BGH, Urteil vom 28.11.2005, aaO, Ls. 4).

III. Aufhebung des Berufungsurteils und Klageabweisung

Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil es weiterer Feststellungen nicht bedarf (§ 563 III ZPO).

[23] Da die Klage begründet ist, ist die Berufung der Bekl. gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

Standort: Mietrecht

Problem: Beweislastumkehr bzgl. Pflichtverletzung

BGH, URTEIL VOM 22.10.2008
XII ZR 148/06 (NJW 2009, 142)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche. Der Bekl. zu 1 vermietete an den Kl. Stellplätze für Fahrzeuge in einer Scheune. Die Bekl. zu 2 ist der Haftpflichtversicherer des Bekl. zu 1. Der Kl stellte dort insgesamt sechs Fahrzeuge unter. Der Bekl. zu 1 nutzte die Scheune parallel zum Kl. weiter und errichtete in der Scheune eine Arbeitsbühne. Als der Bekl. mit Hilfe dieser Arbeitsbühne sein eigenes Fahrzeug reparierte, geriet das Fahrzeug in Brand. Das Feuer griff auf die gesamte Scheune über und zerstörte die durch den Kl. eingestellten Fahrzeuge.

Die Parteien streiten darüber, ob der Bekl. zu 1 den Schaden schuldhaft verursacht hat. Das Landgericht hat Bekl. im Wesentlichen antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Bekl. ergänzend Beweis erhoben und die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kl. seine zweitinstanzlich gestellten Schlussanträge erfolgreich weiter.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung präzisiert der erkennende Senat die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Vermieters unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast im Falle eines Rechtsstreits. Zu befinden war, ob ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB gegeben war. Grundsätzlich trifft den Vermieter eine vertragliche Nebenpflicht i.S.v. § 241

II BGB, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von diesem eingebrachten Sachen zu unterlassen (sog. Fürsorgepflicht; vgl. Staudinger/Emmerich BGB [2006] § 535 Rn 82). Diese Fürsorgepflicht wurde vorliegend verletzt, weil die durch den Mieter eingebrachten Sachen durch das Feuer untergegangen waren.

Interessant ist die Entscheidung aus prozessualer Sicht. Es war streitig, ob der Bekl. zu 1 eine Pflichtverletzung i.S. § 241 II BGB begangen hat. Also stellte sich die Frage, wem der Beweis für das Vorliegen der Pflichtverletzung obliegt. Grundsätzlich hat der Mieter als Schadensersatzgläubiger darzulegen und zu beweisen, dass den Vermieter eine Pflichtverletzung trifft und diese für den entstandenen Schaden ursächlich war (BGH Urteil vom 31.05.1978 - VIII ZR 263/76 - NJW 1978, 2197). Dies folgt bereits aus den allgemeinen Beweislastgrundsätzen. Es stellte sich die Frage, ob im Hinblick auf das Vorliegen einer Beweislastumkehr eine Erleichterung zugunsten des Kl. anzunehmen war. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gem. § 280 I 2 BGB eine Vermutung hinsichtlich des Vertretenmüssens aus der Negativformulierung folgt. Diese aus der Vermutung herrührende Umkehr der Beweislast (vgl. § 292 ZPO) hat Einfluss auf die Beweislage bezüglich der Pflichtverletzung.

Die Beweislastumkehr umfasst nicht nur das Verschulden, sondern auch die Pflichtverletzung. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. Senatsurteil vom 16.02.2005 - XII ZR 216/02 - ZMR 2005, 520, 522). Die Grenze der Beweislastumkehr ist nach der Rechtsprechung des Senats danach zu bestimmen, in wessen Obhut- und

Gefahrenbereich die Schadensursache lag (Senatsurteile BGHZ 126, 124, 129; vom 27.04.1994 - XII ZR 16/93 - NJW 1994, 1880, 1881; vgl. auch MünchKomm/Ernst BGB 5. Aufl. § 280 Rn 141). Steht demnach fest, dass als Schadensursache nur eine solche aus dem Obhuts- und Gefahrenbereich des Schuldners in Betracht kommt, muss dieser sich nicht nur hinsichtlich der subjektiven Seite, sondern auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit entlasten (Senatsurteil vom 16.02.2005 - XII ZR 216/02 - ZMR 2005, 520, 522). Das bedeutet, dass eine Beweislastumkehr jedenfalls dann eingreifen muss, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Ursächlichkeit der vom Schuldner verwendeten Sache für den Schaden feststeht. Zwar hatte der Kl. durch die parallele Nutzung der Räumlichkeiten durchaus eine Einsichtsmöglichkeit in die Vorgehensweise des Bekl. zu 1, so dass der eigentliche Sinn der Beweislastumkehr, die fehlende Einsichtsmöglichkeit des Mieters auszugleichen, im vorliegenden Fall nicht greift. Allerdings ist darin nicht der einzige Gedanke zu sehen, der zu einer Beweislastumkehr führen kann. Der erkennende Senat führt aus, dass dies genauso angebracht sein kann, wenn das schadensauslösende Ereignis auf andere Weise der Wahrnehmung des Geschädigten entzogen ist, während es im unmittelbaren Wahrnehmungsbereich des Schuldners stattfand.

Genau ein solcher Fall lag hier vor. Die Brandursache lag im Fahrzeug des Bekl. zu 1 und eine Verursachung durch Dritte war ausgeschlossen.

Damit war auch eine Haftung der Bekl. zu 2 gem. § 280 I BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 PflVG a.F. (§ 115 I 1 Nr. 1 VVG n.F.) gegeben.

Vertiefungshinweise:

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

☐ Zur Wirksamkeit der Quotenklauseln: *BGH*, RA 2008, 459

☐ Zur Mieterhöhung nach unzulässiger Abwälzung der Schönheitsreparaturen: *OLG Karlsruhe*, RA 2007, 588 = NJW 2007, 3004; *Blank*, NZM 2007, 472; *Arzt*, NZM 2007, 265; *Kappus*, ZMR 2007, 31

Kursprogramm:

- ☐ *Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"
- ☐ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Vermieter ist verpflichtet, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von den Mietern

eingebrachten Sachen zu unterlassen.

2. Grundsätzlich hat der Mieter als Schadensersatzgläubiger darzulegen und zu beweisen, dass den Vermieter eine Pflichtverletzung trifft und diese für den entstandenen Schaden ursächlich war (BGH Urteil vom 31.05.1978 - VIII ZR 263/76 - NJW 1978, 2197).

3. Die Beweislastumkehr gem. § 280 I 2 BGB umfasst nicht nur das Verschulden im engeren Sinne, sondern auch die (objektive) Pflichtverletzung (Senatsurteil vom 16.02.2005 - XII ZR 216/02 - ZMR 2005, 520, 522). Die Grenze der Beweislastumkehr ist danach zu bestimmen, in wessen Obhuts- und Gefahrenbereich die Schadensursache lag (Senatsurteile BGHZ 126, 124, 129; vom 27.04.1994 - XII ZR 16/93 - NJW 1994, 1880, 1881; vgl. auch MünchKomm/Ernst BGB 5. Aufl. § 280 Rn 141). Steht fest, dass als Schadensursache nur eine solche aus dem Obhuts- und Gefahrenbereich des Schuldners in Betracht kommt, muss dieser sich nicht nur hinsichtlich der subjektiven Seite, sondern auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit entlasten (Senatsurteil vom 16.02.2005 - XII ZR 216/02 - ZMR 2005, 520, 522).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit der Vermietung von Fahrzeugstellplätzen.

[1] Der Bekl. zu 1 vermietete dem Kl. Teilbereiche einer Scheune zum Unterstellen von Fahrzeugen. Der Kl. stellte in der Scheune sechs eigene und sechs Fahrzeuge (Oldtimer) anderer Eigentümer ab. Der Bekl. zu 1 richtete selbst in der Scheune eine Arbeitsbühne ein. [2] Am 27.03.2003 reparierte er dort sein Fahrzeug vom Typ Seat Terra an einer Bremsstrommel. Während der Reparatur geriet das Fahrzeug in Brand. Das Feuer griff auf die Scheune über und zerstörte die Scheune und auch die untergestellten Fahrzeuge.

[3] Der Kl. nimmt aus eigenem und abgetretenem Recht der weiteren Fahrzeugeigentümer den Bekl. zu 1 als Verursacher und die Bekl. zu 2 als dessen Haftpflichtversicherer auf Schadensersatz in Höhe von 38.592 € in Anspruch. Die Parteien streiten, ob der Bekl. zu 1 den Schaden schuldhaft verursacht hat.

[4] Das Landgericht hat dazu Beweis erhoben und hat die Bekl. im Wesentlichen antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Bekl. ergänzend Beweis erhoben und die Klage abgewiesen. Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision verfolgt der Kl. seine zweitinstanzlich gestellten Schlussanträge weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverwei-

sung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Entscheidung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat Ansprüche auf Schadensersatz wegen Mangelhaftigkeit der Mietsache aus § 536 a I BGB verneint. Ein Anspruch wegen fehlender Brandschutzvorrichtungen (Brandschutzwände, Sprinklereinrichtung) sei gemäß § 536 b S. 2 BGB ausgeschlossen, weil das Fehlen derartiger Einrichtungen bei Vertragsschluss erkennbar gewesen sei und der Beklagte zu 1, auch wenn ein Feuerlöscher vorhanden gewesen wäre, als Laie den Brand nicht "in den Griff bekommen" hätte.

[7] Die Einrichtung einer Werkstatt als solche habe ersichtlich nicht zu dem Brandereignis geführt. Hinsichtlich der durchgeführten Reparatur der Bremsstrommel sei jedenfalls ein Ursachenzusammenhang nicht bewiesen. Das Einbringen eines Bauscheinwerfers stelle für sich genommen keinen Mangel der Mietsache dar. Dass der Scheinwerfer während der Reparatur angeschaltet und deshalb erhitzt gewesen sei, so dass er als Brandauslöser in Betracht komme, habe der Kl. nicht nachweisen können. Der Kl. trage die Beweislast für die Pflichtverletzung des Bekl. zu 1 durch die Benutzung des Scheinwerfers und ihre Kausalität für den Brand. Erst wenn die Ursächlichkeit bewiesen sei, sei es Sache des Vermieters, sich hinsichtlich des Verschuldens zu entlasten, soweit die Schadensursache aus seinem Gefahrenbereich hervorgegangen sei. Soweit der Bundesgerichtshof eine noch weitergehende Beweislastumkehr (auch für die Kausalität) angenommen habe, fehle es im vorliegenden Fall an der Voraussetzung, dass die vom Bekl. zu 1 benutzte Fläche dem Einblick des Kl. verschlossen gewesen sei.

[8] Dem Bekl. zu 1 könne auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er sein Fahrzeug in der Scheune abgestellt habe, obwohl er nach dem Volltanken jeweils für einen Tag Benzingeruch festgestellt habe. Er sei nicht gehalten gewesen, das Fahrzeug in einer Werkstatt untersuchen zu lassen. Der Benzingeruch könne seine Ursache in Unachtsamkeiten beim Tankvorgang gehabt haben. Nur die Missachtung eines länger andauernden Benzingeruchs hätte ihm angelastet werden können. Die Veränderung der Anschlüsse der Kraftstoffleitung sei ihm unstreitig nicht bekannt gewesen und hätte ihm auch nicht bekannt sein müssen. Die von dem im Ermittlungsverfahren eingeschalteten Sachverständigen festgestellte Lichtbogenerscheinung könne sowohl Ursache als auch Folge des Brandes gewesen sein.

[9] Ansprüche aus § 280 I BGB stünden dem Kl. nicht zu, weil nicht nachgewiesen sei, dass der Bekl. zu 1 die Feuerwehr zu spät gerufen habe, wodurch der Brand nicht mehr habe unter Kontrolle gebracht werden können. Ansprüche aus unerlaubter Handlung hat

das Berufungsgericht schließlich verneint, weil eine Verletzung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht nicht nachgewiesen sei.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Kein Anspruch gem. § 536 a I BGB

[10] Schadensersatzansprüche gemäß § 536 a I BGB wegen eines Mangels hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht verneint, denn der Schaden ist nicht infolge eines Mangels der vermieteten Stellplätze entstanden.

[11] Das gilt zunächst für die unmittelbare Verursachung des Brandes. Die Brandursache lag unstreitig nicht in der Beschaffenheit des Mietobjekts begründet. Da die Brandursache vielmehr mit dem von dem Bekl. zu 1 zur Reparatur in die Scheune verbrachten Fahrzeug zusammenhängt, das selbst nicht Teil der Mietsache ist, kommt insoweit nicht die Gewährleistungshaftung nach § 536 a BGB, sondern nur eine Haftung wegen Pflichtverletzung nach § 280 I BGB in Betracht (vgl. BGH NJW 1957, 826; Palandt/Weidenkaff 67. Aufl. § 536 a Rn 5).

[12] Zu notwendigen Brandschutzvorrichtungen ist das Berufungsgericht aufgrund seiner nicht zu beanstandenden Feststellungen zu Recht davon ausgegangen, dass ein Anspruch nach § 536 b S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Im Übrigen (fehlender Feuerlöscher) hat es einen schadensursächlichen Mangel verneint. Auch dagegen bestehen keine revisionsrechtlichen Bedenken. Damit scheidet eine Gewährleistungshaftung insgesamt aus.

2. Anspruch gem. § 280 I BGB gegen den Bekl. zu 1

[13] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht indessen eine Schadensersatzhaftung der Bekl. wegen Pflichtverletzung (positive Vertragsverletzung) gemäß § 280 I BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 PflVG (a. F.) verneint. Den Bekl. zu 1 traf als Vermieter eine vertragliche Nebenpflicht, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von diesem eingebrachten Sachen zu unterlassen.

Die Beweislast im Hinblick auf die schadensursächliche Pflichtverletzung liegt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, das sich mit dieser Frage im Rahmen des Anspruchs nach § 536 a I BGB befasst hat, nicht beim Kl.. Es ist vielmehr Aufgabe der Bekl., sich insoweit zu entlasten.

[14] Grundsätzlich hat allerdings der Mieter als Schadensersatzgläubiger darzulegen und zu beweisen, dass den Vermieter eine Pflichtverletzung trifft und diese für den entstandenen Schaden ursächlich war (BGH Urteil vom 31.05.1978 - VIII ZR 263/76 - NJW 1978, 2197). Allerdings bestimmt § 280 I 2 BGB (ähnlich § 282 BGB a. F.) eine Beweislastumkehr, soweit es um

das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung geht. Die Grenze dieser Beweislastumkehr, die nicht nur das Verschulden im engeren Sinne, sondern auch die (objektive) Pflichtverletzung ergreift (Senatsurteil vom 16.02.2005 - XII ZR 216/02 - ZMR 2005, 520, 522), ist nach der Rechtsprechung des Senats danach zu bestimmen, in wessen Obhuts- und Gefahrenbereich die Schadensursache lag (Senatsurteile BGHZ 126, 124, 129; NJW 1994, 1880, 1881).

[15] Nach denselben Grundsätzen ist der Senat auch bei einer Schadensersatzhaftung unter Mietern verfahren, wenn die genaue Ursache eines Brandes nicht aufgeklärt werden konnte (Senat, ZMR 2005, 520).

[16] Steht demnach fest, dass als Schadensursache nur eine solche aus dem Obhuts- und Gefahrenbereich des Schuldners in Betracht kommt, muss dieser sich nicht nur hinsichtlich der subjektiven Seite, sondern auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit entlasten (Senatsurteil, ZMR 2005, 520, 522).

[17] Im vorliegenden Fall entstand der Brand im Obhuts- und Gefahrenbereich des Bekl. zu 1. Der Bekl. zu 1 hatte im Erdgeschoss der Scheune eine Reparaturwerkstatt eingerichtet und führte dort eine Fahrzeugreparatur durch. Der Brand brach unstreitig während der Reparatur aus und ging auch vom Fahrzeug des Bekl. zu 1 aus. Dass der Bereich, in dem der Bekl. zu 1 die Reparatur durchführte, dem Kl. als Geschädigten nicht unzugänglich war, ist nicht ausschlaggebend. Zwar ist Hintergrund der Beweislastverteilung nach Obhuts- und Gefahrenbereichen vor allem die fehlende Einsichtsmöglichkeit des Gläubigers. Der zugrunde liegende Gedanke erschöpft sich darin allerdings nicht und kann ebenso angebracht sein, wenn das schadensauslösende Ereignis auf andere Weise der Wahrnehmung des Geschädigten entzogen ist, während es im unmittelbaren Wahrnehmungsbereich des Schuldners stattfand. Eine entsprechende Beweislastumkehr muss jedenfalls dann eingreifen, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Ursächlichkeit der vom Schuldner verwendeten Sache für den Schaden feststeht.

[18] Die vom Berufungsgericht (im Zusammenhang mit § 536 a I BGB) für seine gegenteilige Ansicht angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 31.05.1978 - VIII ZR 263/76 - NJW 1978, 2197) widerspricht dem nicht. In dem dort entschiedenen Fall stand nicht fest, dass die Brandursache im Bereich des Vermieters lag, und war eine Verursachung durch Brandstiftung nicht ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall lässt sich nach den Feststellungen beider Vorinstanzen eine Einwirkung Dritter indessen ausschließen. Der Brand entstand in dem allein dem Bekl. zu 1 zuzuordnenden Bereich. Auch wenn dieser Bereich räumlich nicht derart abgegrenzt war, dass er dem Einblick des Kl. als Mieter entzogen gewesen

wäre, ist jedenfalls in der vorliegenden Fallkonstellation eine entsprechende Beweislastverteilung angezeigt, weil die Brandursache im Fahrzeug des Bekl. zu 1 lag und eine Verursachung durch Dritte ausscheidet.

3. Anspruch gegen die Bekl. zu 2 gem. § 280 I BGB i.V.m. § 3 Nr. PflVG a.F. (§115 I 1 Nr. 1 VVG n.F.)

[19] Die Haftung der Bekl. zu 2 ergibt sich aus § 3 Nr. 1 PflVG (a. F.). Der Brandschaden fällt in die Leistungspflicht des Versicherers nach § 10 I AKB. Der Gebrauch des versicherten Fahrzeugs im Sinne dieser Bestimmung schließt auch dessen Reparatur ein (BGHZ 78, 52, 54; BGH, VersR 1990, 482).

III. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung

[20] Das Urteil des Berufungsgerichts ist demnach aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden.

[21] Nach der von den Vorinstanzen durchgeführten Beweisaufnahme liegt es zwar nahe, dass die Bekl. den ihnen hinsichtlich der schadensursächlichen Pflichtwidrigkeit obliegenden Entlastungsbeweis nicht geführt haben. Da aber das Landgericht und das Berufungsgericht von einer vollumfänglichen Beweislast des Kl. ausgegangen sind, ist den Bekl. noch die Möglichkeit zu ergänzendem Sachvortrag zu geben. Im Übrigen ist auch die vom Landgericht angenommene Schadenshöhe in der Berufungsinstanz angegriffen worden und sind insoweit noch trichterliche Feststellungen erforderlich.

IV. Hinweise des erkennenden Senats

[22] Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass ein Schadensersatzanspruch aufgrund §§ 280 I BGB, 3 Nr. 1 PflVG (a. F.) auch die Schäden erfassen dürfte, die der Kl. aufgrund abgetretenen Rechts ersetzt verlangt (vgl. Senatsurteil vom 16.02.2005 - XII ZR 216/02 - ZMR 2005, 520, 521 f.). Insoweit dürfte - vorbehaltlich anderweitiger Feststellungen des Berufungsgerichts - der Stellplatzmietvertrag Schutzwirkung für Dritte entfalten (vgl. BGHZ 49, 350, 354; Palandt/Grüneberg BGB 67. Aufl. § 328 Rn 17 a, 29).

[23] Für den Fall, dass eine Haftung nach § 280 I BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 PflVG (a. F.) ausscheidet, weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu Recht verneint hat. Die Revision hat in diesem Zusammenhang nicht aufgezeigt, in welcher Weise der Bekl. zu 1 gegen die in den Gründen des Berufungsurteils nicht ausdrücklich in Verbindung mit § 823 II BGB geprüften Vorschriften der Sächsischen Garagenverordnung verstoßen haben soll (abgesehen von der Frage der Revisibilität einer diesbezüglichen Rechtsverletzung) und dass dadurch der Schaden verursacht worden sein soll.

Strafrecht

Standort: § 142 StGB

Problem: Unfall im Straßenverkehr

AG BERLIN-TIERGARTEN, BESCHLUSS VOM 16.07.08
Az.: 3032 PLS 5850/08 (NJW 2008, 3728)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte beim Beladen seines Fahrzeugs auf dem Parkplatz eines Baumarkts ein daneben stehendes Fahrzeug beschädigt und war dann einfach weggefahren. Gegen ihn wurde Erlass eines Strafbefehls beantragt wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort, § 142 I Nr. 2 StGB. Diesen Antrag lehnte das AG Berlin-Tiergarten gem. § 408 II 1 StPO ab, da kein "Unfall im Straßenverkehr" i.S.v. § 142 StGB und damit kein hinreichender Tatverdacht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort, § 142 StGB, ist - vermutlich vor allem wegen seiner großen praktischen Bedeutung - immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Während er in Klausuren nicht ganz so häufig (und wenn, dann auch immer nur als einer von mehreren Problemkreisen) anzutreffen ist, ist er in Kurz- und Aktenvorträgen und vor allem in Prüfungsgesprächen besonders beliebt.

Die insofern klassische Streitfrage, ob ein unvorsätzliches Entfernen ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen i.S.v. § 142 II Nr. 2 StGB darstellt, ist mittlerweile vom BVerfG verneinend entschieden worden (BVerfG, NJW 2007, 1666 = RA 2007, 261; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2008, 88 = RA 2008, 262), so dass sie wahrscheinlich seltener in Prüfungen aufgeworfen werden wird. Weiterhin interessant bleibt jedoch die vom AG Berlin-Tiergarten im vorliegenden Beschluss diskutierte Frage nach den Voraussetzungen für einen "Unfall im Straßenverkehr".

Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 142 StGB ist stets das Vorliegen eines "Unfalls im Straßenverkehr" (Fischer, § 142 Rn 7; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 8). Ein solcher setzt ein plötzliches Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr voraus, in dem sich ein verkehrstypisches Schadensrisiko realisiert und das zu einem nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden führt (BGHSt 24, 383; BGH, NJW 2002, 626; Lacker/Kühl, § 142 Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 6). Erforderlich ist also insbesondere, dass das schädigende Ereignis mit

den spezifischen Gefahren des fließenden oder ruhenden Straßenverkehrs in einem ursächlichen und unmittelbaren Zusammenhang steht (BGHSt 18, 393, Fischer, § 142 Rn 9; Joecks, § 142 Rn 13 f.). Im vorliegenden Fall war der Schaden beim Beladen eines Kraftfahrzeugs entstanden. Das OLG Stuttgart hatte zwar entschieden, dass es einen Unfall im Straßenverkehr darstellt, wenn ein Lkw-Fahrer beim Herunterklappen der Ladeklappe zum Entladen seines Fahrzeugs ein daneben stehendes Fahrzeug beschädigt (NJW 1969, 1726, 1727). Das AG Berlin-Tiergarten sieht im vorliegenden Fall jedoch einen wesentlichen Unterschied hierzu: Der Lkw-Fahrer verstoße beim fehlerhaften Entladen gegen seine Pflichten aus § 23 I 2 StVO, also gegen Pflichten, die gerade die Sicherheit des Straßenverkehrs schützen sollen, sodass ein Schadensfall als Folge der Verletzung solcher Pflichten auch eine Realisierung einer verkehrsspezifischen Gefahr darstelle. Da es jedoch keine vergleichbaren Pflichten des Fahrzeugführers für den sorgfältigen Umgang mit Sachen gebe, bevor oder nachdem diese zur Ladung seines Fahrzeugs werden, stelle die Beschädigung eines anderen Fahrzeugs beim Be- oder Entladen auch keine Verwirklichung eines verkehrsspezifischen Gefahr und damit keinen Unfall im Straßenverkehr i.S.v. § 142 StGB dar (ebenso NK-StGB, § 142 Rn 46).

Vertiefungshinweise:

☐ Zum "Unfall im Straßenverkehr" i.S.v. § 142 StGB: BGHSt 18, 393; BGH, NJW 2002, 626; BayObLG, NJW 1980, 299; OLG Stuttgart, NJW 1969, 1726; LG Berlin, NStZ 2007, 100; Blum, SVR 2007, 163; Eichberger, JuS 1996, 1078; Geppert, JURA 1990, 79

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Der Fernfahrer"

Leitsatz:

Es liegt kein Verkehrsunfall i.S. des § 142 I StGB vor, wenn im stehenden Verkehr beim (noch nicht beendeten) Be- oder Entladen ein Gegenstand von einem Lkw auf einen daneben stehenden Pkw fällt, da sich in diesem Geschehen in keiner Weise irgendein typisches Unfallrisiko gerade des Straßenverkehrs verwirklicht hat.

Sachverhalt:

Die Anwaltschaft warf dem Angeschuldigten vor, sich wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort strafbar gemacht zu haben. Auf einem öffentlichen Parkplatz eines Baumarktes habe der Angeschuldigte einen Opel-Transporter beladen. Dabei sei ein Ladungsteil gegen einen neben dem Opel geparkten Pkw VW Golf gestoßen, wodurch ein Fremdschaden von etwa 1100 Euro entstanden sei. Obwohl der Angeschuldigte den Schadenseintritt bemerkt habe, habe er sich mit dem genannten Fahrzeug unerlaubt vom Unfallort entfernt.

Das AG hat den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Tatbestand des § 142 I StGB setzt zunächst einen "Unfall im Straßenverkehr" voraus.

Ein Verkehrsunfall ist ein plötzliches Ereignis im öffentlichen Verkehr, das mit dessen Gefahren in ursächlichem Zusammenhang steht und einen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat, der nicht ganz unerheblich ist. Auch Schadensereignisse im ruhenden Verkehr können Verkehrsunfälle sein, wenn sie verkehrsbezogene Ursachen haben. Ein Unfall liegt aber nur vor, wenn das Schadensereignis durch die typischen Gefahren des Straßenverkehrs verursacht wurde.

So liegt der Fall nach Auffassung des beschließenden Gerichts hier nicht. Zwar weist die Anklagebehörde zu Recht darauf hin, dass nach der obergerichtlichen Rechtsprechung z.B. das Hinunterklappen der Bordwand eines parkenden Lkw, durch das ein parkendes Fahrzeug beschädigt wurde, als "Verkehrsunfall" i.S. des § 142 StGB anzusehen ist (vgl. OLG Stuttgart, NJW 1969, 1726). Das OLG Stuttgart betonte in jener Entscheidung, es sei gerechtfertigt, den Begriff des Verkehrsunfalls nicht auf Unfälle im Zusammenhang mit dem fließenden Verkehr zu beschränken. Vielmehr müsse es ausreichen, dass der Unfall als ein Ereignis angesprochen werden könne, das sich im Straßenverkehr ereignet habe, wobei Straßenverkehr nicht nur der fließende, sondern auch der ruhende Verkehr sei. Auch dieser nehme an dem Schutz teil, den § 142 StGB gegen den Beweisverlust gewähre. Stürze also z.B. ein Teil der Ladung von einem Lkw, und werde dadurch ein parkendes Fahrzeug beschädigt, so liege ein Verkehrsunfall unabhängig davon vor, ob sich der Lkw im Betrieb befunden oder seinerseits geparkt gewesen sei (vgl. OLG Stuttgart, NJW 1969, 1726 [1727 l.Sp.]). Dem Fahrer des Lkw wäre zudem eine Zuwiderhandlung gegen §§ 23 I 2, 49 I Nr. 22 StVO vorzuwerfen, was ebenfalls für die Annahme eines "Verkehrsunfalls" sprechen würde.

Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht ein Teil der Ladung von einem Kfz heruntergefallen, vielmehr hat

der Angeschuldigte durch fehlerhaftes Beladen den VW Golf beschädigt. Nach dem bisherigen Akteninhalt ist davon auszugehen, dass der Angeschuldigte Sichtschutzelemente aus Holz in den Transporter eingeladen hat. Dabei berührte ein Zaunelement den VW Golf, so dass dieses Fahrzeug beschädigt worden ist.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit von dem vom OLG Stuttgart angenommenen.

Während in dem von dem OLG Stuttgart angenommenen Fall auch von einer Zuwiderhandlung des Fahrzeugführers gegen § 23 I 2 StVO auszugehen ist, erfolgte der Schadenseintritt im vorliegenden Fall nicht im ruhenden, sondern im stehenden Verkehr. Zu einer Teilnahme eines Kfz am Straßenverkehr nach erfolgter Beladung ist es noch gar nicht gekommen.

Dass die Beschädigung eines parkenden Fahrzeugs durch das Hinunterklappen der Bordwand eines parkenden Lkw als Verkehrsunfall i.S. des § 142 StGB anzusehen ist, mag auch dadurch bestätigt werden, dass der Schaden durch ein Fahrzeugteil des Lkw verursacht worden ist, ebenso, wie wenn ein Schaden dadurch entsteht, dass das Öffnen einer Wagentür einen Schaden verursacht und somit unter § 14 I StVO zu subsumieren ist.

Der konkrete Fall ist auch nicht mit dem von dem LG Berlin am 27.06.2006 entschiedenen Fall zu vergleichen, in dem das LG Berlin feststellte, dass das Vorbeischieben von auf Rollen beweglichen Mülltonnen an parkenden Fahrzeugen im öffentlichen Straßenraum (damit sie später zum Müllfahrzeug gebracht werden können) in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Verkehrsgeschehen stehe und somit "im Straßenverkehr" i.S. von § 142 I StGB stattfinde (vgl. LG Berlin, NStZ 2007, 100 = NZV 2007, 322 = NJW 2007, 1374 L).

Dem beschließenden Gericht ist auch nicht die Entscheidung des OLG Köln vom 29.06.1983 unbekannt, nach der es sich um einen Verkehrsunfall i.S. von § 142 StGB handelt, wenn ein Pkw beim Reifenwechsel im öffentlichen Verkehrsraum vom Wagenheber rutscht und dadurch ein anderes Fahrzeug beschädigt (OLG Köln, VRS 65 [1983], 431). Während ein Reifenwechsel im Allgemeinen der baldigen Wiederinbetriebnahme des Fahrzeugs dienen wird, ist das Beladen eines Fahrzeugs im stehenden Verkehr keineswegs Voraussetzung dafür, das Kraftfahrzeug alsbald im Straßenverkehr zu benutzen.

Das beschließende Gericht schließt sich nach alledem der in der Kommentarliteratur vertretenen Auffassung an, dass kein Verkehrsunfall i.S. des § 142 StGB anzunehmen sei, wenn beim Be- oder Entladen ein Gegenstand von einem Lkw auf einen daneben stehenden Pkw fällt, da sich in diesem Geschehen in keiner Weise irgendein typisches Unfallrisiko gerade des Straßenverkehrs verwirklicht hat (vgl. NK-StGB, Bd. 3, §

142 Rdnr. 46).

Nach alledem ist hinreichender Tatverdacht (§ 203 StPO) zu verneinen, und zwar weil die dem An-

geschuldigten vorgeworfene Tat aus Rechtsgründen nicht strafbar ist. Da das Gericht den Angeschuldigten nicht für hinreichend verdächtig hält, ist der Erlass eines Strafbefehls abzulehnen (§ 408 II 1 StPO).

Standort: § 266 StGB

Problem: Bildung schwarzer Kassen

BGH, URTEIL VOM 29.08.2008

2 StR 587/07 (DB 2008, 2698)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren leitende Angestellte der "Siemens Power Generation". Sie verwalteten insbesondere ein Netz von Konten und Stiftungen, deren Zweck es war, Schmiergeldzahlungen an ausländische Entscheidungsträger zu finanzieren, damit diese Aufträge an den Siemens-Konzern vergeben würden. Diese Konten wurden von ihnen mehrfach verlegt und umstrukturiert. Die Existenz dieser "schwarzen Kassen" war dem Zentralvorstand der Siemens Power Generation nicht bekannt. Die Siemens-AG hatte eine entsprechende Weisung erlassen, die es ihren Mitarbeitern untersagte, Schmiergeldzahlungen an ausländische Entscheidungsträger vorzunehmen, selbst wenn diese nicht strafbar sein sollten. Trotzdem veranlasseten die Angeklagten mehrere solcher Zahlungen.

Das Landgericht Darmstadt hatte die Angeklagten insbesondere wegen Untreue, § 266 I 2. Fall StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen und gerade der Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, ist hier - insbesondere wegen seiner ungewöhnlichen und problemträchtigen Struktur - besonders beliebt. Ein mittlerweile wohl schon fast "klassisch" zu nennendes Problem stellt die Frage dar, ob und wann sich ein Manager durch die Bildung sog. "schwarzer Kassen", d.h. verdeckter finanzieller Rücklagen zum Zwecke von Schmiergeldzahlungen, wegen Untreue zum Nachteil des von ihm betreuten Unternehmens strafbar macht.

Der Tatbestand der Untreue setzt insbesondere den Eintritt eines Vermögensnachteils beim Opfer voraus. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht nach ganz herrschender Meinung demjenigen des Vermögensschadens bei § 263 I StGB (BGHSt 43, 293, 297; Fischer, § 266 Rn 59; Lackner/Kühl, § 266 Rn 17; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 775). In einer früheren Entscheidung (BGHSt 51, 100 = NStZ 2007, 583 = RA 2007, 633) hatte der 2. Strafsenat des BGH - von dem auch das vorliegende Urteil stammt - den Ver-

mögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB wegen des Vorliegens einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" durch das Bilden schwarzer Kassen für eine politische Partei bejaht. Sowohl bei der Untreue als auch beim Betrug sei nämlich anerkannt, dass ein Vermögensnachteil oder -schaden nicht zwingend voraussetze, dass tatsächlich etwas aus dem Vermögen des Opfers abgeflossen sei; es genüge insofern, dass eine konkrete Gefahr für das entsprechende Vermögen eingetreten sei (BGH, NStZ 2003, 540; OLG Stuttgart, NJW 1999, 1564; Fischer, § 266 Rn 61 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 775). Bei der Bildung schwarzer Kassen für eine politische Partei bestünde die konkrete Gefahr, dass die an sie gewährten staatlichen Zuwendungen zurückgefordert würden, wenn die zuständigen Stellen vom Bestehen der schwarzen Kassen erführen. Dies stelle den Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB dar, den der Parteifunktionär seiner Partei durch die Bildung schwarzer Kassen zufüge.

In seinem Urteil hatte der 2. Senat dann gesteigerte Voraussetzungen an den Nachteilszufügungsvorsatz des Täters geknüpft und verlangt, dass dieser - obwohl für den objektiven Tatbestand das Vorliegen einer bloßen Gefährdung ausreicht - nicht nur die Gefährdung, sondern auch den Eintritt eines "echten" Schadens in seinen Vorsatz aufnehmen müsse. Dies ist der Literatur und auch bei anderen BGH-Senaten kritisch aufgenommen worden ist, da eine solche Lösung die klassische Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand vermissen lasse (BGH, NJW 2008, 2451; Fischer, § 266 Rn 78c; Ransiek, NJW 2007, 1727; Saliger, NStZ 2007, 545).

Vielleicht auch um diese Diskussion zu entschärfen stellt sich der 2. Senat in der vorliegenden Entscheidung auf den Standpunkt, dass im Falle der Bildung schwarzer Kassen (für ein Wirtschaftsunternehmen) nicht nur ein Gefährdungs-, sondern sogar ein "echter" Schaden gegeben sei - was dann natürlich wieder zur einer Kongruenz der Prüfung von objektivem Tatbestand und Vorsatz führt.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Untreue durch Bildung schwarzer Kassen: BGHSt 51, 100; BGH, NStZ 2007, 583 (= RA 2007, 633); OLG Frankfurt, NJW 2004, 2030; LG Bonn, NStZ 2001, 475; LG Wiesbaden, NJW 2002, 1510; Ransiek, NJW 2007, 1727; Saliger, NStZ 2007, 545

□ Zum subjektiven Tatbestand des § 266 StGB beim Vorliegen eines Gefährdungsschadens: *BGHSt* 51, 100; 52, 182; *BGH*, *NStZ* 2007, 583 (= RA 2007, 633); *NJW* 2008, 2451; *Bernsmann*, *GA* 2007, 219; *Klötzer/Schilling*, *StraFo* 2008, 305; *Nack*, *StraFo* 2008, 277; *Ransiek*, *NJW* 2007, 1727; *Rübenstahl*, *NJW* 2008, 2454; *Saliger*, *NStZ* 2007, 545; *Schlösser*, *NStZ* 2008, 397

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Die Perlenkette"

Leitsätze:

1. Schon das Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kassen durch leitende Angestellte eines Wirtschaftsunternehmens führt zu einem endgültigen Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB; auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers zu verwenden, kommt es nicht an (Weiterführung von *BGHSt* 51, 100).

2. § 299 Abs. 2 StGB in der bis zum 29. August 2002 geltenden Fassung erfasste nur solche Handlungen im ausländischen Wettbewerb, die sich auch gegen deutsche Mitbewerber richteten.

3. Der Amtsträgerbegriff nach Art. 2 § 1 Nr. 2 Int-BestG ist nicht im Sinne der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, sondern autonom auf der Grundlage des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997 auszulegen.

Sachverhalt:

I. [8] Der Angeklagte K war als leitender Angestellter der Siemens AG von 1991 bis zum 30. Juni 2004 einer der vier sog. "Bereichsvorstände" des Geschäftsbereichs "Power Generation" (im Folgenden: Siemens-PG). Die Siemens-PG beschäftigte bei einem Jahresumsatz von 10 Milliarden € 30.000 Mitarbeiter und war u.a. mit der Fertigung, dem Vertrieb und der Wartung von Gasturbinen befasst. Als "Bereichsvorstand" war der Angeklagte unmittelbar unter der Ebene des ("Zentral"-)Vorstandes der Siemens AG tätig. Ihm oblag die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs; er war damit u.a. zuständig für Controlling, Betriebswirtschaft, Zentrale Aufgaben, Personal und Revision sowie für die Wirtschaftsregion Europa. Er hatte die Siemens-interne Autorisierung, Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen. In seine Zuständigkeit fiel auch die Umsetzung der Compliance-Vorschriften der Siemens AG für seinen Geschäftsbereich. Diese Vorschriften sahen u.a. vor, auch unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit den Einsatz von Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen.

[9] Gleichwohl existierte im Geschäftsbereich der Siemens-PG, wie dem Angeklagten auf Grund seiner Leitungsfunktion, aber auch noch anderen Mitarbeitern von Siemens-PG, nicht jedoch - wie das Landgericht ausdrücklich festgestellt hat - dem Zentralvorstand bekannt war, ein etabliertes System zur Leistung von Bestechungsgeldern (sog. nützlichen Aufwendungen), und zwar zunächst in Gestalt eines Geflechts von Nummernkonten bei diversen liechtensteinischen Banken, die auf die Namen verschiedener anderer Unternehmen und liechtensteinischer Stiftungen ("Eurocell", "Colford Investments Corp.", "Grenusso Anstalt") lauteten. Die Gelder auf diesen Konten, deren Höhe das Landgericht nicht festgestellt hat, waren bei zuvor durchgeführten Projekten nicht aufgebraucht worden und hatten in der offiziellen Buchhaltung der Siemens-PG - für die der Angeklagte K verantwortlich zeichnete - keinen Niederschlag gefunden. Der Angeklagte V, der von 1998 bis 2001 als freier Mitarbeiter und Berater für den Geschäftsbereich PG der Siemens AG tätig war, widmete etwa 2/3 seiner Tätigkeit der Abwicklung verdeckter Überweisungen für nützliche Aufwendungen, die Mitarbeiter des Geschäftsbereichs bei ihm in Auftrag gaben.

[10] Nachdem es in den Jahren 1999 und 2000 zur Aufdeckung verschiedener Finanz- und Geldwäscheaffären in Liechtenstein gekommen war, entschieden der Angeklagte K sowie ein weiterer, ihm unterstellter Angestellter als für die liechtensteinischen Konten Verantwortliche, diese aufzulösen; die Guthaben wurden im Zeitraum Sommer 2000 bis Sommer 2001 nach Dubai in den Vereinigten Arabischen Emiraten zu Gunsten einer Firma "Technical Consulting & Service Ltd." überführt und dort weiterhin vom Angeklagten V in gleicher Weise betreut.

[11] Der Angeklagte K verwaltete neben dem liechtensteinischen Kontengeflecht seit dem Jahr 1998 zudem noch eine weitere verdeckte Kasse in der Schweiz. Dabei handelte es sich um Gelder verteilt auf ein Girokonto, ein Festgeldkonto und ein Wertpapierdepot. Diese Gelder stammten noch von der durch die Siemens AG übernommenen und in den Geschäftsbereich PG integrierten früheren KWU AG. Der ursprüngliche Verwalter dieser Kasse, der im Bereich Buchhaltung und Bilanzierung bei der Siemens-PG beschäftigte Zeuge Dr. W, hatte anlässlich seiner bevorstehenden Pensionierung Ende 1998 den Angeklagten K in dessen Funktion als kaufmännischer Leiter und für die Buchhaltung Verantwortlicher über die Existenz der - sonst niemandem mehr bekannten - verdeckten Kasse informiert. Der Angeklagte K entschloss sich, die Gelder nicht in die offizielle Buchhaltung der Siemens AG einzustellen, sondern instruierte den Angeklagten V, in Liechtenstein die Stiftung Gastelun zu errichten und für diese ein Konto zu eröffnen. Auf Geheiß des Angeklagten K überwies Dr.

W Anfang 1999 den Bestand der verdeckten Kasse in Höhe von etwa 12 Mio. Schweizer Franken auf das Konto der Stiftung in Liechtenstein. Der Angeklagte verwendete den gesamten Betrag in der Folge, um - wie von Anfang an beabsichtigt - "nützliche Aufwendungen" zur Erlangung von Aufträgen nach seinem Gutdünken zu bestreiten. Zu diesem Zweck erteilte er jeweils konkrete Aufträge an den Angeklagten V, der ihn fortlaufend über den Kontostand unterrichtete (Fall II.3 der Urteilsgründe).

II. [12] Bei der italienischen Firma Enel S.p.A. handelt es sich um ein zuvor auf öffentlichrechtlicher Grundlage als Stromversorger tätig gewesenes staatliches Unternehmen, das 1992 durch Umwandlung in eine Aktiengesellschaft (S.p.A.) privatisiert worden war. Die Republik Italien hielt im November 1999 noch gut 68 % der Aktien.

1. [13] Der italienische Strommarkt befand sich auf Grund der Umsetzung der Richtlinie 96/92/EG, die eine Marktliberalisierung anordnete und durch das Gesetz Nr. 79 vom 16. März 1999 (sog. Bersani-Dekret) mit Wirkung zum 1. April 1999 in italienisches Recht umgesetzt worden war, im Umbruch. Während vor diesem Zeitpunkt die Produktion von Strom grundsätzlich nur staatlich konzessionierten Erzeugern gestattet gewesen war, zu denen neben Enel nur kommunale Unternehmen gehört hatten, war durch das Bersani-Dekret der Markt der Stromerzeugung dem freien Wettbewerb geöffnet worden. Der wichtigste Stromerzeuger in Italien war im Jahr 2000 ENEL Produzione S.p.A., eine hundertprozentige Tochter der Enel S.p.A., mit einem Marktanteil von ca. 56 %. Zudem konnte dieses Unternehmen satzungsgemäß auch auf dem ausländischen Markt der Stromerzeugung agieren.

[14] Demgegenüber blieb die Stromübertragung und -verteilung in Italien auch nach dem 1. April 1999 staatlich konzessionierten Unternehmen vorbehalten.

2. [15] Mit dem Ziel, eine Vielzahl verschiedener Versorgungs- und Serviceleistungen anbieten zu können, gliederte Enel S.p.A. im Jahr 1999 den damaligen Geschäftsbereich "Ingenieurwesen, Beschaffung und Bau" in eine eigene Aktiengesellschaft, die Enelpower S.p.A., aus. Enelpower S.p.A., ebenfalls eine hundertprozentige Tochter der Enel S.p.A., war in der Folge u.a. sowohl in Italien als auch im Ausland im Bau von Kraftwerksanlagen tätig, ohne in Italien eine Monopolstellung innezuhaben.

III. 1. [16] Im Jahr 1999 schrieb Enelpower einen bei Siemens-PG intern mit dem Namen "La Casella" bezeichneten Auftrag zur Lieferung von Gasturbinen europaweit aus. Die Enelpower S.p.A. hatte zuvor ihrerseits seitens der ENEL Produzione S.p.A. einen Auftrag zum Einbau der Gasturbinen in bestehende Stromerzeugungsanlagen zum Zweck der Erhöhung des Wirkungsgrades erhalten.

[17] Auf die Ausschreibung gab Siemens-PG in einem Konsortium mit einem italienischen Unternehmen im November 1999 als einziger deutscher Wettbewerber ein Angebot ab. Darauf wandte sich im Dezember 1999 der Geschäftsführer der ENEL Produzione S.p.A., der Zeuge Cr, an den Angeklagten V und verdeutlichte diesem, dass er auf die Auftragsvergabe, die für Siemens-PG einen Auftragswert von etwa 132,5 Mio. € repräsentierte, zu Gunsten des Konsortiums Einfluss nehmen könne; dabei gab er zu verstehen, dass er für eine solche Einflussnahme eine Schmiergeldzahlung in Millionenhöhe erwartete. Bei einem Gesprächstermin am 15. Januar 2000, an dem auf italienischer Seite neben Cr auch das geschäftsführende Mitglied des Verwaltungsrates der Enelpower, Gi, und auf deutscher Seite der Angeklagte V sowie der für Italien zuständige kaufmännische Leiter des Geschäftsbereichs Siemens-PG, der Zeuge B, teilnahmen, wurde eine Zahlung in Höhe von insgesamt 2,65 Mio. € von Siemens-PG an Cr und Gi vereinbart. Der Angeklagte K war über diese Abrede unterrichtet und billigte die Zahlung von Bestechungsgeldern zur Erlangung des Auftrags. Dabei hielt er es für möglich, dass sein Verhalten in Italien zu strafrechtlichen Folgen für ihn, seine eingebundenen Mitarbeiter und für die Siemens AG führen könnte. Darüber hinaus kalkulierte er ein, dass die in Folge der Schmiergeldzahlungen von seiner Arbeitgeberin erlangten Vorteile durch zivilrechtliche oder strafrechtliche Maßnahmen in Deutschland oder Italien wieder würden verloren gehen können. Jedoch schätzte er das Entdeckungsrisiko als sehr gering ein.

[18] Nachdem Gi vereinbarungsgemäß am 18. Februar 2000 den Auftrag an das Konsortium unter Beteiligung von Siemens-PG unterschrieben hatte, veranlassete der Angeklagte V weisungsgemäß zunächst verschiedene, den Geldfluss verschleiernde Transfers der Bestechungssumme innerhalb des damals noch bestehenden Kontengeflechts in Liechtenstein, bevor er am 6. Juli 2000 den Betrag von 2,65 Mio. € auf ein von Gi und Cr angegebenes Konto in Abu Dhabi überwies. Der Auftrag wurde in der Folge vollständig erfüllt und abgerechnet (Fall II.1 der Urteilsgründe).

2. [19] Im Juni 2000 schrieb Enelpower erneut die Lieferung von Gasturbinen für Stromerzeugungsanlagen für ENEL Produzione europaweit aus. Für diesen Auftrag gab wiederum der Geschäftsbereich Siemens-PG in einem Konsortium mit einem italienischen Unternehmen als einziger deutscher Wettbewerber ein Angebot ab. Der Auftrag, der für Siemens-PG einen Auftragswert von 205,6 Mio. € verkörperte, lief intern unter dem Namen "Repowering". In der Folge gab Cr erneut gegenüber dem Angeklagten V zu verstehen, dass auch zur Erlangung dieses Auftrages Zahlungen an Gi und ihn selbst erforderlich seien. Der Angeklagte K stimmte weiteren Schmiergeldzahlun-

gen in Höhe von 2.987.000 € und von 483.990 US-\$ an Gi und Cr zu, wies aber seine Mitarbeiter darauf hin, im Falle einer Aufdeckung müsse jeder für sich kämpfen, die Siemens AG könne sie dann nicht decken. Gi unterzeichnete darauf am 3. August 2001 vereinbarungsgemäß den Auftrag an das Konsortium unter Beteiligung von Siemens-PG.

[20] Schon wegen der zwischenzeitlich erfolgten Auflösung des in Liechtenstein unterhaltenen Kontengeflechts musste die Zahlung der für die Erteilung des Auftrags "Repowering" vereinbarten Bestechungssumme auf einem anderen Wege erfolgen als im Fall "La Casella". Die Angeklagten nutzten hierfür die aus der früheren verdeckten Kasse der KWU AG übernommenen Mittel der Stiftung Gastelun. Am 10. August 2001 transferierte der Angeklagte V den damit aufgebrauchten Rest des Stiftungsvermögens auf ein Konto der Firma TCS in den Vereinigten Arabischen Emiraten. Von dort wiederum überwies er nach Anweisung des Angeklagten K in der Zeit von August 2001 bis Januar 2002 nach und nach die vereinbarten Bestechungssummen auf das von Gi und Cr bezeichnete Konto in Abu Dhabi (Fall II.2 der Urteilsgründe). Die Siemens AG erwirtschaftete aus den beiden Aufträgen einen Gesamtgewinn in Höhe von 103,8 Mio. € vor Steuern.

IV. [21] Seit Mai 2003 ermittelte die italienische Justiz gegen Gi u.a. wegen der Entgegennahme der von Siemens-PG gezahlten Bestechungsgelder. Dem lag die Einschätzung zu Grunde, dass Gi nach italienischem Strafrecht als Amtsträger im Sinne von Art. 357 Abs. 2 des italienischen Strafgesetzbuches anzusehen sei, weil Enelpower wegen der indirekten Beherrschung durch den italienischen Staat und ihrer Tätigkeit auf dem Energiesektor eine öffentliche Verwaltungsfunktion wahrnehme (UA S. 33/34).

[22] Die Ermittlungen der italienischen Strafverfolgungsbehörden wurden in der Folge auch auf die Siemens AG selbst sowie auf zwei Mitarbeiter des Geschäftsbereichs PG, darunter auch der Zeuge B, ausgedehnt. Durch Urteil des Landgerichts Mailand vom 25. Juni 2006 wurden in einem abgekürzten Verfahren die beiden Mitarbeiter wegen Amtsträgerbestechung jeweils zu Bewährungsstrafen verurteilt. Gegen die Siemens AG wurden wegen Unterlassens der Einführung und wirksamen Umsetzung von Organisations- und Managementmodellen, die geeignet waren, Straftaten in der Art der begangenen zu verhindern, eine Geldstrafe von 500.000 € und ein Verbot des Vertragsschlusses mit der öffentlichen Verwaltung für die Dauer von einem Jahr verhängt. Zugleich wurde gegen sie die Abschöpfung eines Gewinns in Höhe von 6.121.000 € angeordnet.

[23] Unter dem Druck der laufenden Ermittlungen hatte sich die Siemens AG bereits im Jahr 2003 mit der Enel S.p.A. auf umfangreiche Ausgleichsleistun-

gen geeinigt, deren Wert das Landgericht mit 113 Mio. € beziffert hat.

[24] Nach einer internen Untersuchung, bei der der Angeklagte K wahrheitswidrig angegeben hatte, von Zahlungen an Gi und Cr aus verdeckten Kassen und den zu Grunde liegenden Absprachen keine Kenntnis gehabt zu haben, beschloss der Zentralvorstand der Siemens AG wegen der unzureichenden Umsetzung der Compliance-Richtlinien in dessen Geschäftsbereich am 14. Juni 2004 die Auflösung des Anstellungsvertrages mit dem Angeklagten K unter Gewährung von Übergangs- und Ruhebezügen. Wäre ihm der volle Umfang des Fehlverhaltens des Angeklagten bekannt gewesen, so wäre statt der Auflösung die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages erfolgt.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten K der Bestechung im geschäftlichen Verkehr in Tateinheit mit Untreue (Fall II.1 der Urteilsgründe), der Bestechung im geschäftlichen Verkehr (Fall II.2 der Urteilsgründe) sowie der Untreue (Fall II.3 der Urteilsgründe) schuldig gesprochen. Es hat gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt.

[2] Den Angeklagten V hat es wegen Beihilfe zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr in zwei Fällen (II.1 u. II.2 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung ebenfalls zur Bewährung ausgesetzt.

[3] Gegen die Nebenbeteiligte hat das Landgericht den Verfall von Wertersatz in Höhe von 38 Mio. € angeordnet.

[4] Mit ihren auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen machen die Angeklagten K und V geltend, ihr Verhalten sei in Deutschland nicht strafbar gewesen, während sich die Nebenbeteiligte Siemens AG darüber hinaus auf ein aus Art. 54 SDÜ (Schengener Durchführungsübereinkommen) herzuleitendes Verfahrenshindernis beruft.

[5] Die Staatsanwaltschaft erstrebt mit der Sachrüge eine Verurteilung des Angeklagten K auch wegen internationaler Amtsträgerbestechung gemäß § 334 StGB in Verbindung mit Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. b IntBestG sowie eine Verurteilung V's als Mittäter bei den Bestechungsdelikten. Darüber hinaus hält sie die Höhe der verhängten Strafen und die Höhe des gegen die Siemens AG angeordneten Wertersatzverfalls für zu gering.

[6] Die Revisionen haben den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg.

A. Feststellungen des Landgerichts

[7] Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen: [...]

B. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

I. Strafbarkeit der Angeklagten gem. § 299 StGB

[25] Das Landgericht hat das Handeln der Angeklagten in den Fällen II.1 und II.2 der Urteilsgründe (Schmiergeldzahlungen an Gi und Cr) - unter Beschränkung der Verfolgung des Angeklagten V auf die Vorwürfe der Bestechung und der Beihilfe hierzu gemäß § 154a Abs. 2 StPO - jeweils als Bestechung im geschäftlichen Verkehr im Sinne des § 299 Abs. 2 StGB bzw. als Beihilfe hierzu gewürdigt und zur Begründung ausgeführt, diese Vorschrift habe, auch schon vor Einfügung von § 299 Abs. 3 StGB im August 2002, die Bestechung ausländischer Angestellter erfasst, unabhängig davon, ob durch die Schmiergeldzahlungen deutsche Mitbewerber benachteiligt wurden.

II. Strafbarkeit der Angeklagten gem. § 266 StGB

[26] Die Schmiergeldzahlungen aus der verdeckten Kasse im Fall II.1 der Urteilsgründe (Auftrag "La Casella") hat das Landgericht zudem als tateinheitlich begangene Untreue des Angeklagten K in der Tatvariante des Treubruchs bewertet.

[27] Ebenso erfüllten nach Auffassung der Kammer auch die Übernahme, die Fortführung und der allmähliche Verbrauch der von der KWU herrührenden verdeckten Kasse durch den Angeklagten K. (Fall II.3 der Urteilsgründe) den Treubruchstatbestand der Untreue. Im Verhältnis zur Auszahlung der Bestechungsgelder an Gi und Cr im Fall "Repowering" (Fall II.2 der Urteilsgründe) ging das Landgericht - entgegen der Anklage und seinem Eröffnungsbeschluss - von tatmehrheitlicher Begehung aus.

III. Keine Strafbarkeit der Angeklagten gem. § 334 StGB

[28] Eine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 334 StGB in Verbindung mit den Vorschriften des EUBestG (Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 10. September 1998, BGBl II 2340, zuletzt geänd. durch Ges. vom 21. Juli 2004, BGBl I 1763) oder des IntBestG (Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 10. September 1998, BGBl II 2327) hat das Landgericht verneint.

IV. Kein besonders schwerer Fall gem. § 266 II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 2 StGB

[29, 30] Im Rahmen der Strafzumessung hat die Kammer besonders schwere Fälle der Untreue (§ 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) deshalb nicht angenommen, weil vom Vorsatz des An-

geklagten K jeweils nur der Eintritt einer Vermögensgefährdung, nicht aber der eines "Effektivschadens" umfasst gewesen sei. [...]

C. Entscheidung des BGH

I. Die Revision des Angeklagten K

[31] Die Revision des Angeklagten führt, soweit er wegen Untreue verurteilt worden ist, zur Aufhebung der Strafaussprüche (Fälle II.1 und II.3 der Urteilsgründe). Soweit er wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr verurteilt worden ist, führt seine Revision zu einer Änderung des Schuldspruchs (Fall II.1 der Urteilsgründe) bzw. zu einer Aufhebung des Urteils (Fall II.2 der Urteilsgründe). Im Übrigen ist sein Rechtsmittel unbegründet.

1. Zur Strafbarkeit des Angeklagten K wegen Untreue, § 266 I StGB

[32] Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht den Angeklagten K in den Fällen II.1 und II.3 wegen Untreue zu Lasten der Siemens AG verurteilt.

a) Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts

[33] Das Landgericht hat die Verurteilung insoweit allerdings auf unterschiedliche rechtliche Annahmen gestützt, ohne dass die Grundlagen der Differenzierung sich aus den Urteilsgründen hinreichend deutlich ergeben. Im Fall II.1 ("La Casella") hat es die Tat handlung einer Untreue im Sinne der Treubruchvariante des § 266 Abs. 1 StGB in den Zahlungen der Schmiergeldsummen an Cr und Gi gesehen. Den vom Tatbestand vorausgesetzten Vermögensnachteil hat das Landgericht hier darin gesehen, dass der als Gegenleistung für die Schmiergeldzahlungen erlangte vertragliche Anspruch einschließlich der Gewinnerwartung wegen der Gesetzeswidrigkeit der Bestechungshandlungen anfechtbar und daher in seinem wirtschaftlichen Wert gemindert gewesen sei; hierdurch sei ein Schaden der Siemens AG in Form eines Gefährdungsschadens entstanden.

[34] Im Fall II.3 hat das Landgericht wohl angenommen, eine tatbestandliche Untreue liege schon in dem pflichtwidrigen Unterlassen, der Siemens AG als Vermögensinhaberin die Existenz der auf verdeckten Konten in Liechtenstein vorhandenen Geldmittel zu offenbaren; durch die hierdurch bewirkte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit sei der Treugeberin auch in diesem Fall ein Gefährdungsschaden entstanden. Die Auszahlung der Bestechungsleistungen in Höhe von insgesamt 2.987.000 € und 483.990 US-\$ an Cr und Gi, durch welche der Bestand der Kasse, der ursprünglich 12 Mio. Schweizer Franken betragen hatte, im Fall II.2 "aufgebraucht" wurde, hat das Landgericht, anders als im Fall II.1, nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Untreue gewürdigt. Bei der Straf-

zumessung hat es in beiden Fällen dem Angeklagten mildernd zu Gute gehalten, dass er mit seinen Taten letztlich einen Vorteil für die Siemens AG erwirtschaften wollte und daher zwar eine Vermögensgefährdung, nicht jedoch den Eintritt eines endgültigen Vermögensschadens gebilligt habe.

b) Zum Vorliegen einer Untreue durch Unterlassen, §§ 266 I, 13 I StGB

[35] Diese rechtliche Würdigung erweist sich zwar in ihrem Ergebnis als richtig; hingegen ist die Begründung nicht tragfähig. Der Angeklagte K als kaufmännischer Leiter des Geschäftsbereichs PG hat sich in beiden Fällen der Untreue durch Unterlassen schuldig gemacht.

aa) Untreue durch Unterlassen durch das Nicht-Offenbaren des Bestehens "schwarzer Kassen"

[36] Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Tatbestand der Untreue - in der Variante des Missbrauchs- oder Treubruchstatbestands - erfüllt sein kann, wenn Angestellte einer juristischen Person des Privatrechts, insbesondere auch einer Kapitalgesellschaft, dieser ohne wirksame Einwilligung Vermögenswerte entziehen, um sie nach Maßgabe eigener Zwecksetzung, wenn auch möglicherweise im Interesse des Treugebers zu verwenden. Für die hier zunächst erforderliche Feststellung einer § 266 Abs. 1 StGB unterfallenden Pflichtverletzung kommt es auf einen mittelbar oder "letztlich" erzielten Vermögenszuwachs bei dem zu betreuenden Vermögen insoweit nicht an; dies könnte vielmehr allenfalls bei der Feststellung eines Vermögensnachteils von Bedeutung sein.

[37] Vorliegend ist für die Beurteilung hinsichtlich beider Fälle (II.1 und II.3 der Urteilsgründe) gleichermaßen darauf abzustellen, dass der Angeklagte es unterließ, die von ihm vorgefundenen, auf verdeckten, nicht unter dem Namen der Treugeberin geführten Konten verborgenen Geldmittel seiner Arbeitgeberin zu offenbaren, indem er sie als Aktiva in die Buchführung einstellen ließ und so den Anforderungen der Bilanzwahrheit genügte. Zum Kernbereich der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten als für die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs verantwortlichem Bereichsvorstand gehörte es offensichtlich, seiner Arbeitgeberin bislang unbekannt, ihr zustehende Vermögenswerte in erheblicher Höhe zu offenbaren und diese ordnungsgemäß zu verbuchen. Diese Pflicht hat der Angeklagte verletzt.

[38] Sowohl im Hinblick auf das vom Angeklagten bereits vorgefundene Kontengeflecht bei liechtensteinischen Banken (Fall II.1) als auch hinsichtlich der ihm von dem Zeugen Dr. W offenbarten von der KWU AG herrührenden Schmiergeldkasse in der Schweiz (Fall II.3) lag das Schwergewicht der Pflicht-

widrigkeit nicht bei einzelnen Verwaltungs- oder Verschleierungshandlungen des Angeklagten, ebenso nicht erst in einzelnen Vermögensverfügungen innerhalb eines längeren Zeitraums nach Maßgabe jeweils neuer Entscheidungen, sondern schon in dem Unterlassen der Offenbarung durch ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel. Entgegen der Annahme des Landgerichts war der strafrechtliche Vorwurf daher in beiden Fällen, unbeschadet einzelner aktiver Verwaltungshandlungen namentlich im Fall II.3, an ein Handeln durch Unterlassen gem. § 13 Abs. 1 StGB anzuknüpfen. Dass der Unrechtsgehalt dieses Verhaltens dem eines aktiven Tuns entsprach, steht angesichts der konkreten Pflichtenstellung des Angeklagten außer Zweifel. Darauf, dass das Landgericht demgegenüber nur unklar zwischen einem aktiven Tun durch "Zustimmen zur Überweisung" im Fall II.1 und einem "Verbrauchen" der Geldmittel im Fall II.3 durch das Unterlassen unterschieden hat, "gemäß § 667 BGB alles herauszugeben, was er in Ausführung seines Auftrags erlangte", ohne jedoch auf dieses Unterlassen § 13 StGB anzuwenden, kommt es nicht an.

bb) Kein Ausschluss der Pflichtverletzung des Angeklagten wegen Einwilligung der Geschädigten

[39] Dass die Vermögenswerte auf den verdeckten Konten verborgen wurden, um sie bei gegebenem Anlass zur Leistung von Bestechungszahlungen an Dritte und damit möglicherweise im mittelbaren wirtschaftlichen Interesse der Treugeberin zu verwenden, steht einer Pflichtwidrigkeit nicht entgegen.

[40] An einer wirksamen Einwilligung der Treugeberin, welche eine Pflichtwidrigkeit hätte ausschließen können (insoweit zutr. Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 69; vgl. auch Dierlamm in MünchKommStGB § 266 Rn. 129; Fischer StGB 55. Aufl. § 266 Rn. 49 ff.; Kindhäuser in NKStGB 2. Aufl. § 266 Rn. 66 ff.; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 266 Rn. 38; jew. m.w.N.), fehlte es. Dabei kann es dahin stehen, ob und in welchem Umfang etwa eine auf § 76 Abs. 1 AktG gestützte Befugnis des Zentralvorstands der Siemens AG zu einer entsprechenden Einwilligung durch § 93 AktG auf Grund normativer Bindungen ausgeschlossen gewesen wäre (vgl. auch BGHSt 34, 379, 384 f.; 35, 333, 337; 49, 147, 158).

[41] Darauf kommt es hier nicht an, denn eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Zentralvorstands hat das Landgericht nicht festgestellt. Im Gegenteil hatte dieser den Angeklagten ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei der Akquisition von Aufträgen die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten seien und Schmiergelder nicht gezahlt werden dürften. Der Angeklagte K, der für die Umsetzung der Compliance-Vorschriften in seinem Unternehmensbereich zuständig war, hatte im Jahr 1999 selbst Rundschreiben an nachgeordnete Mitarbeiter

veranlasst, in denen diese auf das arbeitsvertragliche Verbot jeglicher Schmiergeldzahlungen ausdrücklich hingewiesen wurden. Mit diesen Vorgaben war - entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. Rönnau in FS für Tiedemann 2008 S. 713, 721 Fn. 38) - erkennbar nicht erst die Zahlung von Bestechungsgeldern, sondern auch schon das Unterhalten von verdeckten Kassen zum Zweck solcher Zahlungen ausdrücklich untersagt; für eine konkludente Billigung oder eine mutmaßliche Einwilligung fehlt es schon deshalb an einer Grundlage. Soweit die Verteidigung des Angeklagten geltend gemacht hat, es habe sich bei den entsprechenden Compliance-Vorschriften um eine "bloße Fassade" gehandelt, der kein ernst gemeintes Verbot zugrunde gelegen habe, widerspricht dies den Feststellungen, deren Rechtsfehlerhaftigkeit die Revision nicht aufgezeigt hat. Auch eine Billigung durch den Aufsichtsrat der Siemens AG ist nicht ersichtlich; eine Zustimmung durch eine Hauptversammlung liegt fern. Die Annahme, eine Treupflichtverletzung scheidet im vorliegenden Fall aus, weil eine "Schattenkasse ... mit Kenntnis des Geschäftsherrn" vorgelegen habe (Saliger/Gaede aaO 67 ff.), findet im angefochtenen Urteil keine Grundlage.

cc) Zum Vorliegen eines Vermögensnachteils

[42] Durch die Pflichtwidrigkeiten sind der Treugeberin des Angeklagten in beiden Fällen Vermögensnachteile im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB entstanden. Anders als das Landgericht angenommen hat, kam es hierbei nicht auf die Voraussetzungen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung an. Es ist daher im Ergebnis unschädlich, dass das Landgericht im Fall II.1 die Annahme eines Schadens auf die Erwägung gestützt hat, der von ihm als - grundsätzlich einen Schaden ausschließende - Kompensation des Vermögensverlusts durch Schmiergeldzahlung angesehene Vergütungsanspruch aus dem Vertragsabschluss "La Casella" sei wegen seiner Anfechtbarkeit konkret gefährdet gewesen. Ebenso unschädlich ist die Feststellung des Landgerichts, der Angeklagte habe im Fall II.3 durch "Halten der schwarzen Kasse" nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bewirkt und in beiden Fällen nur eine solche Gefährdung, nicht aber den Eintritt eines "effektiven Vermögensschadens" billigend in Kauf genommen. Darauf, dass der auf diese Feststellung gestützte Schuldspruch der Rechtsprechung des Senats zu den Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands der Untreue in Fällen so genannter Gefährdungsschäden wohl widerspricht (vgl. Senatsurteil vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/06 = BGHSt 51, 100, 120 ff. [dazu Bernsmann GA 2007, 219, 229 ff.; Ransiek NJW 2007, 1727, 1729; Saliger NStZ 2007, 545, 549 ff.]; Senatsbeschluss vom 25. Mai 2007 - 2 StR 469/06 = NStZ 2007, 704 [dazu Schlösser NStZ 2008, 397 f.]; ebenso BGH, Beschluss vom

2. April 2008 - 5 StR 354/07 = BGHSt 52, 182; dagegen aber BGH, Beschluss vom 20. März 2008 - 1 StR 488/08 = NJW 2008, 2451 [dazu Klötzer/Schilling StraFo 2008, 305 ff.; Rübenstahl NJW 2008, 2454 f.]; vgl. auch Nack StraFo 2008, 277 ff.) kommt es nicht an, weil in beiden Fällen kein Gefährdungsschaden, sondern ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten ist.

(1) Vermögensschädigung durch Bildung schwarzer Kassen

[43] Indem der Angeklagte Geldvermögen der Siemens AG in den verdeckten Kassen führte und der Treugeberin auf Dauer vorenthielt, entzog er diese Vermögensteile seiner Arbeitgeberin endgültig. Diese konnte auf die verborgenen Vermögenswerte keinen Zugriff nehmen. Die Absicht, die Geldmittel - ganz oder jedenfalls überwiegend - bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, insbesondere um durch verdeckte Bestechungszahlungen Aufträge für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensgewinn zu verhelfen, ist hierfür ohne Belang. Dass die Mittel in der verdeckten Kasse zunächst noch vorhanden sind, ist mit Fällen nicht vergleichbar, in denen ein Treupflichtiger eigene Mittel jederzeit bereit hält, um einen pflichtwidrig verursachten Schaden auszugleichen (BGHSt 15, 342, 344; BGH NStZ 1995, 233; NStZ-RR 2004, 54; Rönnau aaO S. 732 f.; Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rn. 139; vgl. aber auch Fischer aaO Rn. 75). Beim Unterhalten einer verdeckten Kasse wie im vorliegenden Fall hält der Treupflichtige nicht eigenes Vermögen zum Ersatz bereit, sondern hält Geldvermögen seines Arbeitgebers verborgen, um es unter dessen Ausschaltung oder Umgehung nach Maßgabe eigener Zweckmäßigkeitserwägungen bei noch nicht absehbaren späteren Gelegenheiten für möglicherweise nützliche, jedenfalls aber risikoreiche Zwecke einzusetzen.

(2) Keine Schadenskompensation durch Absicht, die schwarzen Kassen im Sinne des Vermögensinhabers zu verwenden

[44] Überdies sind bei der Schadensfeststellung auch normative Erwägungen zu berücksichtigen. Die Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber, im Fall einer Kapitalgesellschaft dessen zuständigen Organen. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass der Täter beabsichtigt (oder dies behauptet), die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch "letztlich" ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Das gilt namentlich dann, wenn dieser Vorteil nur durch einen seiner-

seits gesetz- oder sittenwidrigen und ggf. strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.

(3) Keine anderweitige Schadenskompensation

[45] Der Entziehung des Vermögenswerts steht in diesem Fall keine schadensverhindernde unmittelbare Kompensation gegenüber. Der schadensersatzrechtliche Ausgleichsanspruch gegen den Täter ist nach ständiger Rechtsprechung kein der Schadensentstehung entgegen stehender Vorteil. Anders als in Fällen so genannter Haushaltsuntreue oder in verdeckten Kassen geführter Mittel im Bereich der öffentlichen Verwaltung spielen hier aber auch Fragen der Zweckerreichung (vgl. etwa BGHSt 43, 293, 299) oder der Einschränkung haushaltsrechtlicher Dispositionsmacht (vgl. etwa BGHSt 40, 287, 296 f.) keine Rolle. Eine dem Treugeber zugute kommende Gegenleistung oder ein durch die pflichtwidrige Handlung anderweitig unmittelbar herbeigeführter ausgleichender Vermögensvorteil liegt im Fall des verdeckten Führens einer Schmiergeldkasse nicht vor (anders Kempf in FS für Hamm, 2008, S. 255, 260 f.). Weder die vage Chance, aufgrund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden, stellen einen zur Kompensation geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar (wohl anders, aber zu weit OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 244, 245).

(4) Bildung schwarzer Kassen nicht nur "schadensgleiche Vermögensgefährdung"

[46] Die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile stellt für den Treugeber daher nicht nur eine ("schadensgleiche") Gefährdung des Bestands seines Vermögens dar, sondern einen endgültigen Vermögensverlust, der, wenn er vorsätzlich verursacht wurde, zur Vollendung des Tatbestands der Untreue und zu einem Vermögensnachteil in Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel führt. Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmittel ist nur eine Schadensvertiefung; das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch den Treugeber ist, nicht anders als eine Rückführung der entzogenen Mittel, allenfalls eine Schadenswiedergutmachung. Soweit der Senat im Urteil vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/06 - (BGHSt 51, 100, 113 f.) das "bloße" Führen einer verdeckten Kasse nur als schadensgleiche Vermögensgefährdung angesehen hat, hält er hieran nicht fest.

[47] Dem kann nicht entgegen gehalten werden, eine "bloße" Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit des Treugebers über Vermögensteile dürfe nicht als Schaden angesehen und der Vermögensschaden nicht

mit der Pflichtverletzung gleichgesetzt werden (vgl. etwa Saliger/Gaede aaO 70). Die Bewertung als "bloße" Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit trifft nicht zu, wenn dem Treugeber Mittel endgültig entzogen oder vorenthalten werden. Ein Vermögensschaden kann nicht unabhängig von der konkreten Fallkonstellation oder Fallgruppe pauschal mit der Begründung verneint werden, dem Vermögensinhaber fehle, wenn er infolge von Manipulationen des Treuehmers von Vermögenswerten keine Kenntnis und auf sie keinen Zugriff erlange, "nur" die Dispositionsmöglichkeit. Denn die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition. Dass die pflichtwidrige Handlung und die Schadensentstehung inhaltlich und zeitlich zusammenfallen, ist im Übrigen eine je nach Fallkonstellation häufige und unvermeidliche Lage, die für sich allein der Feststellung eines Nachteils gleichfalls nicht entgegensteht.

dd) Zum Vorsatz des Angeklagten

[48] Am Vorsatz des Angeklagten bestehen weder hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit in beiden Fällen noch hinsichtlich des so verstandenen ("endgültigen") Vermögensschadens Zweifel. Auf die in der Literatur diskutierte Bedeutung der "guten Absichten" des Angeklagten kommt es auch insoweit ebenso wenig an wie auf die Frage, wie ein "Gefährdungsschaden" hier zu berechnen wäre (vgl. dazu einerseits Nack StraFo 2008, 277 ff.; andererseits Fischer StraFo 2008, 269 ff.; dazu auch Schünemann NStZ 2008, 430 ff.).

ee) Keine weitere Untreue durch Verbrauch der Mittel

[49] Der spätere Verbrauch der Mittel, der durch die Auszahlung an Gi und Cr im Fall "Repowering" abgeschlossen wurde, stellte angesichts des Fortdauerns der Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen - anders als das Landgericht im Gegensatz zur Anklage und seinem eigenen Eröffnungsbeschluss meint - keine neue Tat dar, sondern beendete die mit Übernahme der verdeckten Kasse bereits vollendete Untreue des Angeklagten.

2. Keine Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 299 StGB

[50 - 59] Demgegenüber hat der Angeklagte entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts den Tatbestand des § 299 Abs. 2 StGB nicht verwirklicht. Schmiergeldzahlungen im ausländischen Wettbewerb, durch die deutsche Mitbewerber nicht benachteiligt wurden, wurden im Tatzeitraum von Januar 2000 bis Januar 2002 von § 299 Abs. 2 StGB a.F. nicht erfasst: [...]

II. Die Revision des Angeklagten V

[60] Die Revision des Angeklagten V führt, soweit das Urteil ihn betrifft, zur Aufhebung des Schuldspruchs

und Zurückverweisung der Sache. Die Schmiergeldzahlungen des Angeklagten K erfüllten aus den unter C.I.2 erörterten Gründen nicht den Tatbestand der Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Daher scheidet auch eine Strafbarkeit des Angeklagten V wegen Beihilfe zu diesem Delikt aus. Ein Freispruch des Angeklagten durch den Senat kam jedoch nicht in Betracht, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass in einer neuen Hauptverhandlung nach Wiedereinbeziehung der ursprünglich angeklagten, jedoch gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedenen Untreuevorwürfe eine entsprechende Verurteilung erfolgen wird.

III. Die Revision der Staatsanwaltschaft

1. Revision bezüglich des Angeklagten K

[61] Die Revision der Staatsanwaltschaft führt, soweit das Urteil den Angeklagten K betrifft, zur Aufhebung und Zurückverweisung hinsichtlich des Strafausspruchs in den Fällen II.1 und II.3 der Urteilsgründe sowie hinsichtlich des Gesamtstrafenausspruchs. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

a) Zur Ablehnung eines besonders schweren Falls der Untreue, § 266 II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 2 StGB, durch das Landgericht

[62] Die Begründung, mit der das Landgericht in den Fällen II.1 u. II.3 einen besonders schweren Fall der Untreue durch Herbeiführung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes gemäß § 266 Abs. 2 StGB in Verbindung mit § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB abgelehnt hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Landgerichts lag in den Fällen der Untreue jeweils nicht nur eine Vermögensgefährdung, sondern der Eintritt eines endgültigen Schadens vor. Was das in Liechtenstein geführte Kontengeflecht im Fall II.1 anbelangt, hat der Angeklagte einen Schaden in Höhe der auf diesen Konten verborgenen Gelder herbeigeführt. Insoweit sind in der neuen Hauptverhandlung ergänzende Feststellungen zum Volumen der dort geführten verdeckten Kasse zu treffen, wobei von einem Mindestbestand von 2,65 Mio. €, die für den Auftrag "La Casella" entnommen wurden, auszugehen sein wird. Die im Fall II.3 aus der Schweizer Kasse stammende, nach Liechtenstein übertragene Summe belief sich auf 12 Mio. Schweizer Franken.

b) Zum Fehlen einer Strafbarkeit des Angeklagten K gem. § 334 I 1 StGB i.V.m. Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG

[63] Erfolglos rügt die Revision hingegen, der Ange-

klagte K habe sich gem. § 334 Abs. 1 Satz 1 StGB in Verbindung mit Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG strafbar gemacht. [...]

[64 - 71] Cr und Gi waren keine "Amtsträger eines ausländischen Staates" im Sinne des Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. a IntBestG, obschon beide durch die italienischen Strafverfolgungsbehörden als Amtsträger ("pubblico ufficiale") im Sinne des Art. 357 des Codice penale italiano behandelt worden waren. [...]

2. Revision bezüglich des Angeklagten V

[72] Soweit das angefochtene Urteil den Angeklagten V betrifft, war es auch auf die Revision der Staatsanwaltschaft aufzuheben, weil nach Zurückverweisung der Sache der nach § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedene Untreuevorwurf wieder einzubeziehen sein wird und eine entsprechende Verurteilung möglich ist. Die neu entscheidende Kammer wird ggf. zu prüfen haben, ob über die angeklagte Beihilfehandlung hinaus auch eine täterschaftliche Beteiligung V's an den Untreuedelikten des Mitangeklagten K in Betracht kommt, weil sich etwa aus seinem Beratervertrag eine eigene Verpflichtung zur Betreuung von Vermögensinteressen der Siemens AG ergab.

3. Revision bezüglich der Anordnung des Verfalls von Wertersatz

[73] Erfolglos bleibt die Revision der Staatsanwaltschaft, soweit sie die Anordnung eines höheren Wertersatzverfalls gegen die Nebenbeteiligte erstrebt, weil die Anordnung von Wertersatzverfall wegen Fehlens einer Anknüpfungstat keinen Bestand hat.

IV. Die Revision der Nebenbeteiligten

[74] Die Revision der Nebenbeteiligten führt zur Aufhebung und zum Wegfall der Anordnung des Wertersatzverfalls. Die Voraussetzungen der Anordnung des Wertersatzverfalls gegen einen Drittbeteiligten nach § 73 Abs. 3, § 73a StGB liegen nicht vor. Der Angeklagte K hat zwar in zwei Fällen den Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB, nicht aber diejenigen der Bestechung nach § 299 Abs. 2 StGB oder nach § 334 Abs. 1 Satz 1 StGB in Verbindung mit Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG oder mit Art. 2 § 1 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EUBestG erfüllt. Somit handelte er nicht im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB "für einen anderen", sondern fügte im Gegenteil dem Vermögen der Nebenbeteiligten, deren Vermögensinteressen er zu wahren gehabt hätte, jeweils einen Nachteil zu. Damit fehlt es an einem Anknüpfungsdelikte für die Verhängung einer Maßnahme nach den §§ 73 ff. StGB.

Standort: § 315b StGB**Problem: Verkehrsspezifische Gefahr**

BGH, BESCHLUSS VOM 04.11.2008
4 STR 411/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren, nachdem sie eine Bank überfallen hatten, mit einem Pkw geflüchtet, wurden jedoch von einem Zeugen, der das Geschehen beobachtet hatte, mit dessen Pkw verfolgt. Bei einer Geschwindigkeit von über 80 km/h setzte der Zeuge zum Überholen an. Um den Verfolger abzuschütteln schoss einer der Angeklagten auf das Fahrzeug des Zeugen und traf dessen Karosserie. Das LG Halle hatte die Angeklagten insbesondere wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3 StGB, durch die Abgabe der Schüsse verurteilt. Auf die hiergegen gerichtete Revision hin entschied der BGH, dass insofern nur ein Versuch gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

§ 315b StGB ist ein Tatbestand, der immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben ist. Neben dem klassischen Problem der Anwendbarkeit von § 315b I Nr. 3 StGB auf Verkehrsteilnehmer (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 315b Rn 10 ff.) sind hier auch häufig - wie im vorliegenden Fall - Probleme im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der konkreten Gefahr zu erörtern.

§ 315b I StGB setzt voraus, dass der Täter die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, dass er durch eine der genannten Tathandlungen eine konkrete Gefahr für Leib und Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert schafft. Dies wird grundsätzlich so verstanden, dass die durch die Tathandlung geschaffene abstrakte Gefahr für die Verkehrssicherheit sich zu einer konkreten Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter "verdichten" muss (BGHSt 48, 119, 122; BGH, NStZ 2007, 34, 35; Fischer, § 315b Rn 17; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 12). Während der BGH hierfür früher eine zeitliche Zäsur zwischen der abstrakt gefährlichen Tathandlung und dem Eintritt einer konkreten Gefahr voraussetzte (BGH, NStZ-RR 1998, 7), geht die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturauffassung mittlerweile davon aus, dass der Tatbestand des § 315b I StGB auch dann erfüllt sein kann, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einer konkreten Gefahr führt, sofern sich diese nur als Steigerung einer abstrakten Gefahr darstellt (BGHSt 48, 119, 122; Fischer, § 315b Rn 17; Lackner/Kühl, § 315b Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 12; Berz/Saal, NZV 2003, 198), z.B. beim Werfen eines

Steines von einer Autobahnbrücke (abstrakte Verkehrsgefährdung), der ein vorbeifahrendes Fahrzeug trifft (konkrete Gefahr für die Insassen). Fälle, die nicht von § 315b StGB erfasst werden sind allerdings solche, bei denen es bei einer abstrakten Gefährdung bleibt oder bei denen insb. die Beschädigung eines Fahrzeugs oder einer Anlage sich nicht als Folge einer abstrakten Gefährdung der Verkehrssicherheit darstellt, sondern allenfalls deren Ursache ist (vgl. § 315b I Nr. 1 StGB).

Da der BGH keine zeitliche Zäsur zwischen Tathandlung und Eintritt der Gefahr mehr fordert versucht er, den Tatbestand anders einzugrenzen, indem er nämlich betont, dass die verursachte Gefahr eine verkehrsspezifische sein muss (BGHSt 48, 119, 124). Der Großteil der Literatur ist dem BGH insofern gefolgt (Fischer, § 315b Rn 18; Lackner/Kühl, § 315b Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 12; Berz/Saal, NZV 2003, 198, 199; a.A.: König, JA 2003, 822). An einer solchen fehlt es, wenn die Gefährdung in keiner Verbindung zur inneren Dynamik des Straßenverkehrs steht (BGHSt 48, 119, 125; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 12). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort und kommt zu dem Ergebnis, dass es hier an einer verkehrsspezifischen Gefahr fehlt, weil der Schaden am Auto des Zeugen durch die Schüsse des Angeklagten nicht Folge der Dynamik des Fahrzeuges war sondern Folge der (Eigen-) Dynamik der abgefeuerten Projektile, die jedoch keinen Bezug zum Straßenverkehr aufweisen. Der Unterschied zum klassischen Fall des Steinewerfens von Autobahnbrücken liegt wohl darin, dass dort die Fahrzeuge in die geworfenen Projektile hineinfahren, also die eigene (verkehrsspezifische) Dynamik des Fahrzeugs entscheidend ist und nicht die (verkehrsfremde) Dynamik des geworfenen Steins. Immerhin hat der BGH einen Versuch des § 315b I Nr. 2 StGB angenommen, da die Angeklagten es immerhin billigend in Kauf genommen haben, dass ihr Verhalten zu einer verkehrsspezifischen Gefahr führen würde.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Erfordernis einer verkehrsspezifischen Gefahr bei § 315b StGB: BGHSt 48, 119; Berz/Saal, NZV 2003, 198; König, JA 2003, 822

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Die Schwiegermutter"

Sachverhalt:

Nach Begehung des Banküberfalls [...] flüchteten die

Angeklagten mit einem Pkw, den sie zuvor entwendet hatten. Gelenkt wurde das Fluchtfahrzeug von dem Angeklagten A. Der Zeuge W, der das Tatgeschehen zufällig beobachtet hatte, nahm mit seinem Geländewagen die Verfolgung auf. Auf Grund der stärkeren Motorisierung des eigenen Fahrzeugs hatte W keine Schwierigkeiten, sich dicht hinter das Fluchtfahrzeug der Angeklagten zu setzen. Der Angeklagte A bemerkte die Verfolgung und fasste den Entschluss, mit einer der bei dem Banküberfall verwendeten Pistolen auf das verfolgende Fahrzeug zu schießen, um es fahruntauglich zu machen und auf diese Weise dessen Fahrer an einer weiteren Verfolgung zu hindern. Er unterrichtete die Angeklagte B von seiner Absicht, die hiermit einverstanden war und ihm zur Ausführung seines Vorhabens eine Schusswaffe reichte. W hatte zwischenzeitlich zum Überholen angesetzt. Als beide Fahrzeuge sich bei einer Geschwindigkeit von etwa 80 bis 90 km/h auf gleicher Höhe befanden, gab der Angeklagte A in schneller Reihenfolge drei Schüsse auf das etwa 1,5 m entfernte Fahrzeug des Zeugen W ab. Zwei Schüsse trafen, wobei die Projektile in einer Höhe von 97 und 118 cm jeweils die Karosserie durchschlugen, ohne jedoch W zu verletzen. Die beiden Einschüsse führten nicht zu einer Fahrzeugschütterung. Der Zeuge W, der die auf sein Fahrzeug gerichtete Waffe gesehen und auch die Einschüsse akustisch wahrgenommen hatte, "fühlte sich nicht in seiner Fahrsicherheit beeinträchtigt". Er ließ sich, auch weil sich zwischenzeitlich Gegenverkehr näherte, jedoch wieder hinter das Fahrzeug der Angeklagten zurückfallen. An dem Fahrzeug des Zeugen W entstand durch den Einschlag der Projektile ein Sachschaden in Höhe von ca. 3.000 €.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils des schweren Raubes in Tateinheit mit vorsätzlichem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr und mit unerlaubtem Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe, den Angeklagten A darüber hinaus in Tateinheit mit versuchter Nötigung, sowie (beide Angeklagten) weiterhin des Diebstahls und der Brandstiftung für schuldig befunden. Es hat deswegen den Angeklagten A zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren und drei Monaten, die Angeklagte B zu einer solchen von sieben Jahren verurteilt. Ferner hat es gegen den Angeklagten A die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Gegen dieses Urteil richteten sich die Revisionen der Angeklagten, mit denen sie allgemein die Verletzung sachlichen Rechts rügen. Die Revisionen der Angeklagten haben den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen erweisen sich die Rechtsmittel als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Zur Strafbarkeit der Angeklagten gem. § 315b StGB
[2] Die Verurteilung der Angeklagten wegen (vollendeten) vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Feststellungen des Landgerichts

Das Landgericht hat insoweit festgestellt: [...]

b) Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 315b I Nr. 3 StGB

[4] Diese Feststellungen tragen nicht die Verurteilung wegen eines vollendeten Delikts nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB.

aa) Struktur und Voraussetzungen des § 315b I StGB

[5] Der Tatbestand des § 315 b StGB ist dreistufig aufgebaut: Durch eine der in Abs. 1 bezeichneten Tathandlungen muss die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt und hierdurch eine konkrete Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter begründet worden sein. Erforderlich ist danach, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für eines der genannten Schutzobjekte verdichtet (BGHSt 48, 119, 122; BGH NStZ 2007, 34, 35). Regelmäßig werden hierbei der Eingriff und die Begründung der abstrakten Gefahr zeitlich dem Eintritt der konkreten Gefahr vorausgehen, etwa, wenn der Eingriff zu einer kritischen Verkehrssituation führt, durch die sodann eines der Schutzgüter konkret gefährdet wird (sog. "Beinahe-Unfall"). Nach der Senatsrechtsprechung ist dies jedoch nicht zwingend (grundlegend BGHSt 48, 119, 122 ff.). Danach kann der Tatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn - wie hier - die Tathandlung (Abgabe des Schusses) unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung (Beschädigung des Kraftfahrzeugs) führt.

bb) Zum Erfordernis einer verkehrsspezifischen Gefahr

[6] Dies gilt indes nicht uneingeschränkt. Nicht jede Sachbeschädigung (oder auch Körperverletzung) im Straßenverkehr ist tatbestandsmäßig im Sinne des § 315 b StGB. Vielmehr gebietet der Schutzzweck des § 315 b StGB insoweit eine restriktive Auslegung der Norm, als unter einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert nur verkehrsspezifische Gefahren verstanden werden dürfen (BGHSt aaO S. 124). Dies ist der Fall, wenn die konkrete Gefahr - jedenfalls auch - auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist.

cc) Zum Fehlen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[7] Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann die Verurteilung wegen vollendeten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nicht bestehen bleiben. Eine konkrete Gefahr im Sinne eines "Beinahe-Unfalls" (vgl. hierzu BGH NJW 1995, 3131 f.) hat das Landgericht zu Recht nicht angenommen, da weder das Fahrverhalten noch die Fahrsicherheit des Zeugen W durch die Schüsse in irgendeiner Weise beeinträchtigt worden sind. Aber auch die Beschädigung des Kraftfahrzeuges durch die einschlagenden Projektile rechtfertigt hier entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht die Annahme einer vollendeten Tat nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB. Denn dieser Sachschaden steht in keinem relevanten Zusammenhang mit der Eigendynamik der Fahrzeuge zum Tatzeitpunkt, sondern ist ausschließlich auf die durch die Pistolenschüsse freigesetzte Dynamik der auftreffenden Projektile zurückzuführen. Er ist somit keine spezifische Folge des Eingriffs in die Sicherheit des Straßenverkehrs und muss daher bei der Bestimmung eines "bedeutenden" Sachschadens bzw. einer entsprechenden Gefährdung außer Betracht bleiben (vgl. BGHSt aaO S. 125).

c) Zur Strafbarkeit wegen Versuchs des § 315b I Nr. 3 StGB

[8] Nach den getroffenen Feststellungen haben sich die Angeklagten jedoch jeweils des versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr schuldig gemacht. Zwar hat das Landgericht nicht mit der erforderlichen Sicherheit einen (bedingten) Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz der Angeklagten feststellen können. Es liegt aber auf der Hand, dass die Angeklagten jedenfalls damit rechneten und dies auch billigend in Kauf nahmen, dass es durch die Schüsse zu einer kritischen Verkehrssituation und damit zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben des Zeugen W und/oder des von ihm geführten Fahrzeugs kommen könnte. Der Senat ändert daher die Schuldsprüche entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da ausgeschlossen werden kann, dass sich die - im Wesentlichen geständigen - Angeklagten gegen den geänderten Schuldspruch wirksamer als geschehen hätten verteidigen können.

derlichen Sicherheit einen (bedingten) Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz der Angeklagten feststellen können. Es liegt aber auf der Hand, dass die Angeklagten jedenfalls damit rechneten und dies auch billigend in Kauf nahmen, dass es durch die Schüsse zu einer kritischen Verkehrssituation und damit zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben des Zeugen W und/oder des von ihm geführten Fahrzeugs kommen könnte. Der Senat ändert daher die Schuldsprüche entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da ausgeschlossen werden kann, dass sich die - im Wesentlichen geständigen - Angeklagten gegen den geänderten Schuldspruch wirksamer als geschehen hätten verteidigen können.

2. Keine Änderung der Strafaussprüche

[9] Die Strafaussprüche werden durch die Änderungen der Schuldsprüche nicht berührt. Der Senat schließt aus, dass das Landgericht, das die insoweit verhängten Strafen rechtsfehlerfrei dem Strafraum des § 250 Abs. 2 StGB entnommen hat, bei zutreffender Beurteilung des weiteren tateinheitlich verwirklichten Delikts nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB als Versuchstat auf geringere Einzelstrafen erkannt hätte.

3. Kostenentscheidung

[10] Der nur geringfügige Erfolg der Rechtsmittel gibt keinen Anlass, die Angeklagten auch nur teilweise von der Auferlegung von Kosten oder Auslagen freizustellen (§ 473 Abs. 4 StPO).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Beleidigung von Amtsträgern

BVERFG, BESCHLUSS VOM 5.12.2008
I BvR 1318/07 (UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte sich das BVerfG mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Ratsmitglied wegen Beleidigung verurteilt werden darf, wenn es ein anderes Ratsmitglied als "Dummschwätzer" bezeichnet. Eine solche Verurteilung könnte gegen die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG verstoßen.

A. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass sich das Ratsmitglied überhaupt auf Art. 5 I 1 GG berufen kann. Hoheitsträger selbst sowie ihre Organe und Organteile können dies nämlich grds. nicht. Allerdings ist das Ratsmitglied hier nicht als solches, sondern als Privatperson (man könnte auch sagen: als Mensch) verurteilt worden. Knüpft eine staatliche Maßnahme an den Status der Privatperson und nicht die des Amtsträgers an, gelten die Grundrechte.

B. Auch die Bezeichnung als "Dummschwätzer" ist eine von Art. 5 I 1 GG geschützte Meinungsäußerung. Dazu gehört nämlich schlichtweg jedes Werturteil, mag es auch verunglimpfenden Charakter haben. Das BVerfG nimmt eine Begrenzung der Meinungsfreiheit zum Schutz des Persönlichkeitsrechts Dritter nicht im Schutzbereich, sondern allein auf Schrankenebene vor.

C. Dort findet die Meinungsfreiheit über Art. 5 II GG ihre Schranken u.a. in den "allgemeinen Gesetzen", wozu auch § 185 StGB zählt. Allerdings müssen diese Gesetze wiederum im Lichte der Meinungsfreiheit angewendet werden (sog. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG). Lediglich dann, wenn es sich um eine sog. "Schmähhkritik" handelt, tritt die Meinungsfreiheit vollständig hinter dem Persönlichkeitsschutz zurück. "Schmähhkritik" liegt aber nur vor, wenn die Ebene des Sachlichen völlig verlassen wurde und es bei der Äußerung nur noch um die Verunglimpfung des anderen ging. Dies sei - so das BVerfG - bei Bezeichnung des anderen als "Dummschwätzer" jedenfalls in einer Ratssitzung beim Austausch von Meinungen nicht der Fall. Da das AG dies verkannt hatte, hob das BVerfG die Verurteilung wegen Beleidigung auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie zurückhaltend das BVerfG mit der Annahme von Schmähhkritik

jedenfalls gegenüber solchen Personen ist, die sich selbst exponieren, indem sie sich in prominenter Stellung selbst in die Öffentlichkeit begeben. "Wer in den Ring steigt, muss mit Schlägen rechnen", könnte man sagen. Nicht mit Tiefschlägen zwar - die Bejahung von "Schmähhkritik" gegenüber Politikern ist also auch nicht von vornherein ausgeschlossen -, aber doch mit erheblicher, auch polemischer Widerrede.

Die Entscheidung fügt sich in eine ganze Kette von jüngeren Entscheidungen sein, besitzt also auch wegen der Aktualität des Themas gehobene Examensrelevanz. Zu weiteren Entscheidungen, auch aus strafrechtlicher Sicht, vgl. Vertiefungshinweise.

Vertiefungshinweise:

☐ Meinungsfreiheit und Schmähhkritik: *BVerfG*, RA 2004, 52 = NJW 2003, 3760; NJW 2003, 961; NJW-RR 2000, 1712; NJW 1993, 1462; NJW 1991, 1475

☐ Auslegung mehrdeutiger Äußerungen bei präventivem Rechtsschutz: *BVerfG*, RA 2005, 633 = NJW 2006, 207

☐ Lehrer bezeichnet Kollegen im Unterricht als "Dummschwätzer": VGH Mannheim, NVwZ 1985, 605

☐ Zur Beleidigung von Hoheitsträgern (auch) aus strafrechtlicher Sicht: *OLG Hamm*, RA 2007, 324 = NStZ-RR 2007, 140; *BayObLG*, NJW 2005, 1291; NStZ 2005, 215; *KG*, NStZ 2005, 693; *LG Regensburg*, RA 2006, 159 = NJW 2006, 629; *Bölke*, NJW 2004, 2352; *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2008, 634; *Nolte/Tams*, JuS 2004, 111; *Otto*, NJW 2006, 575; *Seilmann-Eggebert/Soehring*, NJW 2005, 571; *Zaczyk*, JR 2003, 36

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Pazifisten"

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer (Bf.) ist Mitglied des Rates der Stadt D. Während einer Ratssitzung hielt er eine Rede zur Schulpolitik. Unterbrochen von einem Zwischenruf des Zeugen M, eines anderen Ratscherrn, der sachgemäß verlauten ließ, er könne sich nicht vorstellen, dass der Bf. selbst jemals eine Schule von innen gesehen habe, bezeichnete der Bf. den Zeugen als "Dummschwätzer".

Das Amtsgericht D verurteilte den Bf. wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 60 €, nachdem dieser einer Verfahrenseinstellung nach § 153a II StPO nicht zugestimmt hatte. Zur Begründung führte es aus: Bei der Bezeichnung des Geschädigten als “Dummschwätzer” handle es sich objektiv um ein herabsetzendes Werturteil, das vom Bf. auch subjektiv zum Zweck der Herabsetzung verwendet worden sei. Die Tat sei weder gerechtfertigt noch entschuldigt. Der Bf. habe nicht von seiner durch Art. 5 I GG geschützten Meinungsfreiheit im Rahmen öffentlicher politischer Meinungsbildung Gebrauch gemacht, sondern eine persönlich motivierte Diffamierung geäußert.

Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhob der Bf. Verfassungsbeschwerde (Vb.), mit der er eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 5 I GG rügt. Er habe den Begriff “Dummschwätzer” im Sinne eines Gegenschlages in Reaktion auf die provozierende Äußerung des anderen Ratsmitglieds verwendet.

Hat die Vb. Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

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

II. Beteiligtenfähigkeit

Nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG kann “jedermann” Verfassungsbeschwerde erheben. “Jedermann” ist, wer grundrechtsfähig ist. Dazu gehören alle natürlichen Personen sowie juristische Personen nach Maßgabe des Art. 19 III GG. Der Bf. ist eine natürliche Person. Allerdings hat er seine hier streitgegenständliche Aussage, der Zeuge M sei ein “Dummschwätzer”, in seiner Eigenschaft als Ratsmitglied, also als Teil eines staatlichen Organs (des Rates der Stadt D) getätigt. Grundrechte sind ihrer Funktion nach aber Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, weshalb Hoheitsträger bzw. deren Organe und Organteile nicht selbst grundrechtsfähig sind.

Für die Frage, ob der Bf. hier grundrechtsberechtigt ist, kommt es aber nicht darauf an, in welchem Rahmen er seine Aussage getätigt hat, sondern darauf, woran die streitgegenständliche Maßnahme anknüpft. Wäre ihm bspw. durch den Ratsvorsitzenden das Rederecht entzogen worden, läge darin eine Beschneidung seiner Abgeordnetenrechte im Rat, also eine Verkürzung seines “freien Mandats” aus Art. 28 I 2

GG i.V.m. § 43 GO NRW. Gegen eine solche Maßnahme könnte er sich nicht unter Berufung auf seine ihm als Bürger zustehenden Grundrechte zur Wehr setzen. Hier geht es jedoch um seine strafrechtliche Verurteilung durch das Amtsgericht D. Strafrechtlich belangt worden ist nicht der Abgeordnete, sondern der Mensch. Dieser hat sich im Prozess zu verantworten und die Sanktion zu erdulden. Ist aber der Mensch und nicht das staatliche Organ(-teil) betroffen, kann er sich gegen die Maßnahme auch unter Berufung auf seine Grundrechte wehren.

[Anm.: Das BVerfG hielt dies offenbar für so selbstverständlich, dass es diesen Punkt nicht einmal erörtert hat. In einer Examensklausur müsste hierauf aber unbedingt eingegangen werden, da die Unterscheidung zwischen dem Menschen einerseits und dem durch ihn verkörperten staatlichen Organ(-teil) andererseits keineswegs selbstverständlich ist. Dies ist i.Ü. nicht erst eine Frage des (personalen) Schutzbereichs des Grundrechts, sondern - wie gezeigt - schon der Zulässigkeit der Vb.]

III. Tauglicher Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand kann nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Die öffentliche Gewalt teilt sich gem. Art. 20 II GG in Exekutive, Legislative und Judikative. A hat ein Urteil des AG, also eines Organs der Rechtspflege, angegriffen. Dieser stellt mithin einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar. Hinzu kommen die im Rahmen der Rechtswegerschöpfung ergangenen Entscheidungen der Instanzgerichte; diese bestätigen aber nur das Urteil des AG und teilen daher dessen Schicksal, sodass eine Differenzierung hier nicht vonnöten ist.

IV. Beschwerdebefugnis

Ferner müsste A beschwerdebefugt i.S.d. § 90 I BVerfGG sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Dazu müsste er zunächst geltend machen können, in einem Grundrecht oder einem in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Recht verletzt zu sein. Zur Geltendmachung in diesem Sinne genügt die Möglichkeit einer Verletzung dieser Rechte.

In konsequenter Fortführung der obigen Ausführungen zur Beteiligtenfähigkeit des Bf. kann dieser sich auf seine Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1, 1. Fall GG berufen. Es erscheint auch nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Bezeichnung des M als “Dummschwätzer” eine zulässige Meinungsäußerung in diesem Sinne darstellt, die gleichwohl erfolgte Verurteilung den Bf. somit in seinem Recht aus Art. 5 I 1 GG verletzt.

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen

Wie sich aus § 90 I BVerfGG weiter ergibt, muss der Bf. ferner selbst, gegenwärtig und unmittelbar vom angegriffenen Hoheitsakt betroffen sein. An der eigenen, unmittelbaren Betroffenheit des Bf. besteht kein Zweifel, weil das Urteil des AG ihm gegenüber ergangen ist. Die darin ausgesprochene Sanktion wirkt auch noch fort, ist also gegenwärtig. Weitere Zwischenakte sind nicht ersichtlich, sodass die Verurteilung mit dem in ihr enthaltenen strafrechtlichen Unwerturteil über den Bf. und der gegen ihn verhängten Geldstrafe auch eine unmittelbare Beschwer nach sich gezogen hat.

V. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität

Der Bf. hat den Rechtsweg gem. § 90 II 1 BVerfGG durch erfolglose Rechtsbehelfe erschöpft. Weitere prozessuale Mittel zur Vermeidung einer Vb. standen ihm nicht offen.

VI. Form und Frist

Von der Einhaltung der Formalien nach § 23 BVerfGG und der Monatsfrist des § 93 I BVerfGG ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen.

Die Vb. ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit der Bf. durch die angegriffene Verurteilung in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist. Also solches kommt hier die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1, 1. Fall GG in Betracht. Dann müsste in den Schutzbereich dieses Grundrechts in nicht gerechtfertigter Weise eingegriffen worden sein.

I. Schutzbereich betroffen

1. Personal

In personaler Hinsicht ist Art. 5 I 1 GG ein sog. Jedermanngrundrecht, das allen Menschen zusteht. Dass sich der Bf. hier auf Art. 5 I 1 GG berufen kann, obwohl er seine Äußerung als Mitglied des Rates der Stadt D getätigt hat, wurde bereits oben ausgeführt.

2. Sachlich

Unter einer "Meinung" i.S.d. Art. 5 I 1 GG ist eine wertende Stellungnahme zu verstehen, die subjektiv geprägt ist und sich deshalb - im Gegensatz zu einer Tatsachenbehauptung - dem Wahrheitsbeweis entzieht, d.h. nicht nach Kriterien wie "richtig" oder "falsch" beurteilt werden kann. Das BVerfG sieht in der Bezeichnung "Dummschwätzer" offensichtlich ein solches Werturteil:

"Die inkriminierte Äußerung fällt in den Schutzbe-

reich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit. Sie ist durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens geprägt und deshalb als Werturteil anzusehen. Die polemische oder verletzende Formulierung einer Aussage entzieht diese grundsätzlich nicht dem Schutzbereich des Grundrechts (vgl. BVerfGE 54, 129 [138 f.]; 93, 266 [289]; s.tRspr.)."

[Anm.: Gerade der letzte Satz ist wichtig. Das BVerfG nimmt jedes Werturteil in den Schutzbereich auf, mag es auch beleidigend, hetzerisch oder sonstwie unwürdig sein. Solchen Äußerungen ist nicht schon im Schutzbereich, sondern auf Schrankenebene zu begegnen.]

II. Eingriff

Unter einem Eingriff ist mit dem sog. erweiterten Eingriffsbegriff jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, die sich nicht nur in einer Bagatelle erschöpft.

Weder das mit dem Urteil verhängte Unwerturteil über die Tat des Bf., noch die von ihm zu zahlende Geldstrafe i.H.v. 15 Tagessätzen lassen sich als Bagatelle abtun. Sie beinhalten vielmehr eine spürbare Sanktion der Meinungsäußerung und stellen daher einen Eingriff dar.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

1. Schranken

Die Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG unterliegt nach Art. 5 II GG einem (qualifizierten) Gesetzesvorbehalt, indem sie u.a. durch oder auf Grund eines allgemeinen Gesetzes eingeschränkt werden kann. Allgemein ist ein Gesetz, wenn es sich nicht gegen eine bestimmte Meinung richtet, sondern ein höherwertiges Rechtsgut schützt. § 185 StGB, auf den sich die Verurteilung des Bf. stützt, ist nach st.Rspr. des BVerfG ein allgemeines Gesetz in diesem Sinne. Das Gericht begnügte sich daher hier mit der knappen Feststellung: "Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gilt allerdings nicht schrankenlos. Vielmehr findet es seine Schranken unter anderem in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, namentlich in dem der hier angegriffenen Verurteilung zugrunde liegenden § 185 StGB (vgl. BVerfGE 93, 266 [290 ff.])."

[Anm.: § 185 StGB dürfte darüber hinaus als Gesetz zum Schutz der persönlichen Ehre i.S.d. Art. 5 II 3. Fall GG einzustufen sein. Darauf kommt es hier aber nicht an. Jugend- und Ehrschutz i.S.d. Art. 5 II GG spielen vielmehr nur eine Rolle, wenn das betreffende Gesetz nicht schon allgemein im o.g. Sinne ist. Zu

Zwecken des Jugend- oder Ehrschutzes dürfen m.a.W. auch Gesetze erlassen werden, die sich speziell gegen eine bestimmte Meinung richten. In diesen Fällen - und nur in diesen Fällen - erlangen Art. 5 II 2. und 3. Fall GG eigene Bedeutung.]

2. Schranken-Schranken

Eine Rechtfertigung über Art. 5 II GG kann aber nur gelingen, wenn das zur Rechtfertigung herangezogene allgemeine Gesetz und seine Anwendung auf den konkreten Fall ihrerseits verfassungsgemäß sind. An der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 185 StGB selbst besteht kein Zweifel. Fraglich ist jedoch seine verfassungskonforme Anwendung auf den Fall des Bf.

a. Verletzung spezifischen Verfassungsrechts

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass es die strafrechtliche Verurteilung des Bf. nicht im Stile einer "Superrevisionsinstanz" nach den Regeln des einfachen Rechts nochmals überprüft. Vielmehr kann vor dem BVerfG nur (aber immerhin) gerügt und von diesem geprüft werden, ob bei der Verurteilung spezifische verfassungsrechtliche Grundsätze missachtet worden sind:

"Auslegung und Anwendung der Strafvorschriften ist grundsätzlich Sache der Strafgerichte. Das Bundesverfassungsgericht ist auf die Klärung beschränkt, ob das Strafgericht die wertsetzende Bedeutung des Freiheitsrechts verkannt hat (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.]; 93, 266 [292]; stRSpr.)"

b. Wechselwirkungslehre des BVerfG

Als einen der verfassungsrechtlichen Grundsätze im o.g. Sinne hat das BVerfG die sog. "Wechselwirkungslehre" herausgebildet. Danach strahlt die Schutzwirkung des Grundrechts aus Art. 5 I 1 GG auf die Auslegung und Anwendung seiner Schranken aus. Eine meinungsbeschränkende Maßnahme muss m.a.W. ihrerseits im Lichte der Meinungsfreiheit bestehen können.

aa. Grundsatz: Abwägung

Diese Wechselwirkung setzt regelmäßig eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit einerseits und dem zu schützenden Rechtsgut andererseits (im Fall des § 185 StGB also der Ehre des von der Äußerung betroffenen voraus. Spezifische verfassungsrechtliche Anwendungsfehler können sich folglich daraus ergeben, dass eine solche Abwägung entweder gar nicht oder jedenfalls nicht korrekt vorgenommen worden ist:

"Steht ein Äußerungsdelikt in Frage, so verlangt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG eine Gewichtung der Beeinträchtigung, die der Meinungsfreiheit des sich Äußernden einerseits und der persönlichen Ehre des von der Äu-

ßerung Betroffenen andererseits droht (vgl. BVerfGE 93, 266 [293]). Das Ergebnis dieser Abwägung ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, sondern hängt wesentlich von den Umständen des Einzelfalls ab."

Eine solche Abwägung hat das AG hier gar nicht vorgenommen. Es hat vielmehr nur lapidar ausgeführt, die Verurteilung des Bf. verstoße nicht gegen die Meinungsfreiheit, weil seine Äußerung von dieser nicht umfasst sei. Darin könnte ein Anwendungsfehler liegen.

bb. Ausnahme: Schmähkritik

Allerdings hat das BVerfG vom Abwägungsgebot in st.Rspr. eine Ausnahme entwickelt. Die sog. "Schmähkritik" fällt zwar in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, muss aber in aller Regel hinter dem Persönlichkeitschutz des von ihr Betroffenen zurücktreten.

(1). Definition

Zunächst erläutert das BVerfG noch einmal, was unter "Schmähkritik" in diesem Sinne zu verstehen ist:

"Bei herabsetzenden Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, [hat] die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurückzutreten (vgl. BVerfGE 82, 43 [51]; 85, 1 [16]; 90, 241 [248]; 93, 266 [294]; 99, 185 [196]; BVerfGK 8, 89 [102]). Wegen seines die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekts hat das Bundesverfassungsgericht den in der Fachgerichtsbarkeit entwickelten Begriff der Schmähkritik aber eng definiert. Danach macht auch eine überzogene oder ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Erst wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik – die Diffamierung der Person im Vordergrund steht, hat eine solche Äußerung als Schmähung regelmäßig hinter dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückzustehen (vgl. BVerfGE 82, 272 [283 f.]; 85, 1 [16]; 93, 266 [294]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. August 2005 - 1 BvR 1917/04 -, NJW 2005, S. 3274).

(2). Subsumtion

Das BVerfG sieht die Bezeichnung des Zeugen M als "Dummschwätzer" vor dem Hintergrund der hier vorliegenden Aussagesituation nicht als Schmähkritik in diesem Sinne an:

"Das Amtsgericht geht [...] offenbar davon aus, dass die Äußerung des Beschwerdeführers als Schmähkritik im oben bezeichneten Sinn einzustufen sei. Die sehr knappe rechtliche Würdigung in dem angegriffenen Urteil setzt sich mit diesem Rechtsbegriff freilich nicht ausdrücklich auseinander; die Urteilsausführungen, wonach kein Fall des § 193 StGB vorliege, da es nicht um eine Ausübung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit im Rahmen öffentlicher

politischer Meinungsbildung gehe, sondern allein um die persönlich motivierte Diffamierung des Geschädigten, legen aber der Sache nach die Annahme einer Schmähkritik zugrunde und können nur Bestand haben, wenn sie den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. [...]

(a). Kontext der Aussage

“Die Qualifikation einer ehrenrührigen Aussage als Schmähkritik und der damit begründete Verzicht auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehre erfordern regelmäßig die Berücksichtigung von Anlass und Kontext der Äußerung (vgl. BVerfGE 93, 266 [303]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. August 2005 - 1 BvR 1917/04 -, NJW 2005, S. 3274 [3274 f.]). [...]

Feststellungen zu Anlass und Kontext der inkriminierten Äußerung hat das Amtsgericht nur in einem sehr geringen Umfang getroffen, nämlich lediglich dahingehend, dass das Schimpfwort anlässlich einer Sitzung des Stadtrates der Stadt D. gefallen sei und der Zeuge M. zuvor geäußert habe, er könne gar nicht glauben, dass der Beschwerdeführer eine Schule besucht habe. Diese Umstände tragen aber gerade nicht die Annahme einer sachfernen Diffamierung der Person des Zeugen, sondern sprechen vielmehr dafür, in der Äußerung eine – wenn auch ausfällige – Kritik an dessen Verhalten, nämlich dessen vorangegangener, ihrerseits herabwürdigender Bemerkung über den Beschwerdeführer zu sehen.”

(b). Inhalt der Äußerung

“[Von Feststellungen zu Anlass und Kontext der inkriminierten Äußerung] kann allenfalls ausnahmsweise abgesehen werden, wenn es sich um eine Äußerung handelt, deren diffamierender Gehalt so erheblich ist, dass sie in jedem denkbaren Sachzusammenhang als bloße Herabsetzung des Betroffenen erscheint und daher unabhängig von ihrem konkreten Kontext stets als persönlich diffamierende Schmähung aufgefasst werden muss, wie dies möglicherweise bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter – etwa aus der Fäkalsprache – der Fall sein kann. Für eine solche Konstellation ergibt sich nach den Feststellungen des Amtsgerichts jedoch nichts. Zwar han-

delt es sich bei dem vom Beschwerdeführer verwendeten Begriff „Dummschwätzer“ um eine Ehrverletzung, nicht aber um eine solche, die ihrem Bedeutungsgehalt nach unabhängig von seinem Verwendungskontext die mit ihm bezeichnete Person stets als ganze herabsetzt, ihr also ihren personalen Wert insgesamt abspricht und sie so vom Prozess der freien Kommunikation ausschließt. Vielmehr knüpft der Begriff seiner Bedeutung nach an ein Verhalten des Betroffenen an, nämlich dessen verbale Äußerungen. Dies schließt es zwar nicht von vornherein aus, in der Beschimpfung eines anderen als „Dummschwätzer“ im Einzelfall gleichwohl eine Schmähkritik zu sehen, etwa wenn ohne sachlichen Anlass ausgedrückt werden soll, dass es sich bei dem Betroffenen um einen Menschen handle, der ausschließlich Dummhheiten zu äußern in der Lage sei und daher als Teilnehmer an einer sachlichen verbalen Auseinandersetzung von vornherein ausscheide. Anders liegt der Fall aber, wenn sich das Schimpfwort nur als die sprachlich pointierte Bewertung im Kontext einer bestimmten Aussage des Betroffenen darstellt, wenn also der Gemeinte als „Dummschwätzer“ tituliert wird, weil er nach Auffassung des Äußernden (im Rahmen einer Sachauseinandersetzung) dumme Aussagen getroffen hat. Welche der beiden Verwendungsweisen vorliegt, hängt aber gerade von den Umständen des Einzelfalles ab.”

cc. Zwischenergebnis

“Infolgedessen durfte das Amtsgericht den Beschwerdeführer aufgrund der getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht wegen Beleidigung verurteilen, ohne eine Abwägung zwischen seiner Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen vorzunehmen. Hält ein Gericht eine Äußerung fälschlich für eine Schmähkritik mit der Folge, dass eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unterbleibt, so liegt darin ein verfassungsrechtlich erheblicher Fehler (vgl. BVerfGE 82, 272 [281]; 93, 266 [294]).”

IV. Gesamtergebnis

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung gelingt somit nicht, die Vb. des Bf. ist auch begründet und hat folglich insgesamt Erfolg.

Standort: Mietrecht**Problem: Anfechtung / Gewährleistungsrecht**

BGH, URTEIL VOM 06.08.2008
XII ZR 67/06 (ZGS 2008, 474)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über die Abwicklung eines inzwischen beendeten, von der Bekl. nachträglich wegen arglistiger Täuschung angefochtenen Mietvertrages über Geschäftsräume. Die Räumlichkeiten umfassten auch Räume im Souterrain, die laut Mietvertrag als Büroräume zu nutzen waren. Tatsächlich konnten diese Räume nicht als Büro genutzt werden, da sie öffentlich - rechtlich nur als Nebenräume ausgewiesen waren. Davon hatte auch die Kl. Kenntnis, da bereits im Bauantrag eine entsprechende Ausweisung gewollt war. Daraufhin focht die Bekl. den Mietvertrag nach Überlassung des Objektes an sie wegen arglistiger Täuschung an.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist von höchster Examensrelevanz, da sie verschiedenste Probleme in einer Sachverhaltskonstellation vereint, insbesondere geht es um das Verhältnis der Anfechtung zum Gewährleistungsrecht.

Der erkennende Senat befasste sich zum einen mit der Anfechtbarkeit des Mietvertrages über Gewerbefläche nach Überlassung des Mietobjektes. Im Kern geht es um die Frage der Konkurrenz von Anfechtungs- und Gewährleistungsrecht. Zu klären war insoweit, ob das Anfechtungsrecht gem. §§ 142 I, 123 I 1. Fall BGB durch die Kündigungsmöglichkeit gem. § 543 BGB ausgeschlossen ist. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht bejahte der BGH die Anwendbarkeit des Anfechtungsrechts. Dies liegt daran, dass verschiedene Schutzgüter betroffen sind. Während die Anfechtung nach § 123 I BGB die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt und deren Beeinträchtigung durch rückwirkende Vernichtung der Erklärung beseitigt, ist Gegenstand der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung eine aktuelle Leistungsstörung, der durch Minderung und Schadensersatz bzw. durch Beendigung des Vertrages Rechnung getragen wird (vgl. Staudinger/Rolfs § 542 BGB Rn 179). Deshalb besteht kein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Instituten, so dass die Kündigungsmöglichkeit die Anfechtung nicht generell ausschließen kann. Auch ist der Vorrang des Gewährleistungsrechts nicht betroffen, da allenfalls eine Konkurrenz zu § 119 II BGB besteht. Dieser Anfechtungsgrund wurde durch den erkennenden Senat nicht besprochen, da ein diesbezügliches Anfechtungsrecht offensichtlich gem. § 121 BGB verfristet war.

Ein zweites Problem stellte sich bei der Frage, welche Rechtsfolgen die Anfechtung gem. §§ 142 I, 123 I BGB in Anbetracht der Tatsache hat, dass es sich bei dem Mietvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Der erkennende Senat bejahte eine dem Wortlaut des § 142 I BGB entsprechende Wirkung ex tunc. Zwar wird in der Literatur partiell die Auffassung vertreten, dass in Vollzug gesetzte Mietverträge der Rückabwicklung nicht zugänglich sind (z.B. Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. vor § 535 BGB Rn 7). Dem hält der erkennende Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur entgegen, dass keine Veranlassung bestehe, von den grundsätzlichen Wertungen des § 142 I BGB abzusehen (z.B. RGZ 86, 334; 102, 225, 226; 157, 173, 174; KG MDR 1967, 404; KG NZM 2002, 21; Soergel/Heintzmann vor § 542 Rn 2; Erman/Jendrek BGB 12. Aufl. vor § 536 Rn 20; Schmid DWV 1985, 302; Fischer NZM 2005, 567, 571; Emmerich NZM 1998, 692, 694 f.). Dies ergibt sich beispielsweise bereits daraus, dass die Schwierigkeiten, die sich bei der Rückabwicklung vollzogener Dauerschuldverhältnisse aufgrund des Zeitablaufs und der Anzahl der rückabzuwickelnden Leistungen ergeben, auch bei solchen Mietverträgen bestehen, die gemäß § 105 BGB oder §§ 134, 138 BGB nichtig sind, ohne dass dort an einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsmöglichkeit gezweifelt wird (Hille WuM 1984, 292; Fischer NZM 2005, 567, 570). Es handelt sich also um kein anfechtungsspezifisches Folgeproblem. Ferner ist auch der durch die Revision gezogene Vergleich zu den Besonderheiten des Arbeits- und Gesellschaftsrechts nicht tragfähig. Es besteht weder - wie beim Arbeitsverhältnis der Fall - eine besonders intensive Leistungsbeziehung mit starkem Persönlichkeitsbezug und mit Eingliederung in eine soziale Organisation, noch ist - wie beim Gesellschaftsverhältnis - ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis für Gläubiger vorhanden, die durch eine rückwirkende Anfechtung ihr Haftungssubjekt verlieren würden. Vielmehr handelt es sich bei dem Mietvertrag um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis (vgl. § 535 BGB), bei dem die Rückabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft.

Da also der Vertrag durch die Anfechtung gem. §§ 142 I, 123 I 1. Fall BGB nichtig ist, stellte sie die Frage der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gem. §§ 812 I 1. Fall, 818 II BGB (bzw. §§ 812 I 2 1. Fall, 818 II BGB). In diesem Zusammenhang äußerte sich der BGH neben den Umständen, die den Wertersatz für die Gebrauchsüberlassung an der Immobilie begründen, zur Ersatzfähigkeit sowohl von verbrauchsabhängigen als auch von verbrauchsunabhängigen Ne-

benkosten. Die entsprechenden Ausführungen dazu sind lesenswert und insbesondere für das zweite Staatsexamen von Relevanz. Interessant waren die Ausführungen des BGH zur Frage, ob auf den Bereicherungsanspruch der Kl. die auf den Wertersatz entfallende Umsatzsteuer in Ansatz zu bringen ist. Dies wurde in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats bejaht. Gem. § 1 I Nr. 1 UStG liegt ein steuerbarer Umsatz vor, wenn ein Unternehmer im Inland eine Lieferung oder sonstige Leistungen im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Ob es sich bei dem hier in Streit stehenden Wertersatz gemäß § 818 II BGB um nicht steuerbaren Schadenersatz oder um eine steuerbare sonstige Leistung handelt, hängt davon ab, ob die Zahlung des Wertersatzes mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht und damit ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Davon ist bei einem Wertersatzanspruch, der gemäß § 818 II BGB bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Mietvertrages entsteht, auszugehen. Denn er tritt im Rahmen der Abwicklung eines gegenseitigen Leistungsverhältnisses an die Stelle der vereinbarten Vergütung und ist deshalb umsatzsteuerpflichtig (vgl. Senatsurteil vom 22.10.1997 - XII ZR 142/95 - NZM 1998, 192, 194 f.; BGHZ 175, 118).

Ein besonderer Clou dieser Entscheidung liegt bei der Frage, ob nicht zu Lasten der Kl. die Saldotheorie anspruchskürzend berücksichtigt werden muss. Dem stimmte der erkennende Senat zu Recht zu. Schließlich hat auch die Bekl. einen Rückzahlungsanspruch gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB hinsichtlich des zugewendeten Mietzinses.

Vertiefungshinweise:

- Zur Begründung eines Mietverhältnisses: *Börstinghaus*, ZGS 2002, 102; *Timmer*, NJW 2000, 930; *Michalski*, ZMR 1999, 141
- Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *Kießling*, JZ 2004, 1146; *Ahrens*, ZGS 2003, 134; *von Westphalen*, NZM 2002, 368
- Zur Beendigung eines Mietverhältnisses: *BGH*, RA 2007, 429 = NJW 2007, 2177; *Timme*, NJW 2004, 1639; *Rolfs*, ZGS 2003, 289; *Eisenhardt*, MDR 2002, 981
- Zur Selbstvornahme im Mietrecht: *BGH*, RA 2008, 288; *Schimmel/Buhlmann*, LMK 2008, 256758; *Dötsch*, NZM 2007, 275
- Zum Mängelbeseitigungsrecht des Mieters und den Gegenrechten des Vermieters: *Lehmann-Richter*, NJW 2008, 1196
- Zur Mieterhöhung nach unzulässiger Abwälzung der Schönheitsreparaturen: *OLG Karlsruhe*, RA 2007, 588 = NJW 2007, 3004; *Blank*, NZM 2007, 472; *Arzt*,

NZM 2007, 265; *Kappus*, ZMR 2007, 31

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

□ Zur Wirksamkeit der Quotenklauseln: *BGH*, RA 2008, 459

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"
- *Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"
- *Examenskurs*: "Kurzfälle zur Saldotheorie"
- *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

a) Die Anfechtung eines Mietvertrages über Geschäftsräume wegen arglistiger Täuschung ist auch nach Überlassung der Mieträume und Beendigung des Mietvertrages neben der Kündigung zulässig. Sie wirkt gemäß § 142 I BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück.

b) Der in Höhe der ortsüblichen Miete bestehende Anspruch auf Wertersatz gemäß § 818 II BGB unterliegt bei nichtigem Mietvertrag wie ein Mietzinsanspruch der Umsatzsteuer (Fortführung Senatsurteil vom 22.10.1997 - XII ZR 142/95 - NZM 1998, 192).

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von der Bekl. Zahlung restlicher Miete und rückständiger Nebenkosten. Die Kl. schloss am 30.07.1997 mit der Bekl. für die Zeit vom 01.08.1997 bis zum 31.07.2002 einen Mietvertrag über "Büroräume im Souterrain, Hochparterre und 2. Obergeschoss" (§ 1 Ziff. 1 des Mietvertrages) in einer von ihr 1996/1997 sanierten Altbauvilla. Beide Parteien konnten den Mietvertrag durch einmalige Option um fünf Jahre verlängern (§ 2 Ziff. 2 des Mietvertrages). Laut § 1 Ziff. 2 des Mietvertrages wurden die Mieträume in vollständig renoviertem und für den vertragsgemäßen Gebrauch nutzbaren Zustand übergeben.

Der monatliche Staffelmietzins wurde zunächst mit 8.200 DM sowie 60 DM für den Kfz-Stellplatz jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Die monatliche Betriebs- und Nebenkostenvorauszahlung sollte 1.341 DM betragen (§ 4 Ziff. 3 des Mietvertrages).

Die Bekl. zahlte wegen verschiedener behaupteter Mängel seit November 1997 zeitweise lediglich eine geminderte Miete und gekürzte Nebenkostenvorauszahlungen, so dass Beträge in Höhe von insgesamt 17.000 DM rückständig waren. Die Kl. veranlasste verschiedene Mängelbeseitigungsmaßnahmen, die je-

doch keinen Erfolg hatten.

Wegen der Zahlungsrückstände erklärte die Kl. am 08.02.2000 und in der Folgezeit wiederholt die fristlose Kündigung des Mietvertrages. Die Bekl. Demgegenüber übte mit Schreiben vom 27.11.2001 die Verlängerungsoption für den Vertrag aus. Erst mit Schreiben vom 06.08.2004 hat die Bekl. die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung erklärt. Sie meint, dass die Kl. sie arglistig über die Gebrauchstauglichkeit der Souterrainräume als vollwertige Büroräume getäuscht habe. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des schriftlichen Mietvertrages stehe fest, dass die Parteien eine Vermietung des Souterrains zur Nutzung als vollwertige Büroräume gewollt hätten und Hinweise auf eine etwaige eingeschränkte Benutzbarkeit durch die Kl. auch nicht erteilt worden seien. Die Räume im Souterrain seien jedoch öffentlich-rechtlich nur zur Nutzung als Nebenflächen, in denen ein dauernder Aufenthalt von Menschen nicht gestattet sei, zugelassen und hätten deshalb - ungeachtet ihrer tatsächlichen Nutzbarkeit - nicht als Büroräume genutzt werden dürfen. Die Kl. habe somit der Beklagten im Souterrain Räume vermietet, die für den vertragsgemäß vorausgesetzten Zweck, nämlich zur Nutzung als vollwertige Büroflächen, nicht geeignet gewesen seien. Hierüber sei die Bekl. getäuscht worden. Denn sie habe die eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit bei Abschluss des Mietvertrages weder gekannt noch kennen müssen, sondern sie habe erst vor acht Monaten, d.h. am 24.03.2004 von den Umständen Kenntnis erlangt, die die Mängel an dem Mietobjekt begründen. Die Kl. habe die Bekl. also arglistig getäuscht.

Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch auf Zahlung des rückständigen Mietzinses hat.

[Anm.: Es wurde im Originalfall eine Beweisaufnahme durchgeführt, die belegte, dass die Kl. positive Kenntnis von der eingeschränkten Nutzbarkeit hatte. Legen Sie die folgenden Angaben ihrer gutachterlichen Lösung zugrunde. Dies ergab sich aus den Aussagen der Zeugen K. und B., die übereinstimmend bekundeten, die Kl. sei schon in der Planungsphase der Sanierungsarbeiten davon in Kenntnis gesetzt worden, dass insbesondere im Hinblick auf den Fußbodenaufbau die Souterrainräume nicht als vollwertige Büroräume hergestellt werden könnten. Dementsprechend sei mit dem Bauantrag in Abstimmung mit der Kl. auch nur eine Genehmigung zur Nutzung der Räume im Souterrain als Nebenfläche beantragt worden. Diese Aussagen der Zeugen stehen im Einklang mit den von der Kl. gestellten Anträgen und Eingaben im Baugenehmigungsverfahren, in denen die Räume im Souterrain stets als Büronebenräume bezeichnet gewesen seien. Schließlich hat die Kl. bei ihrer Anhörung

selbst eingeräumt, die Räume im Souterrain seien als Nebenflächen im Bauantrag deklariert worden, um leichter eine Baugenehmigung zu erhalten.]

Lösung:

A. Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung des rückständigen Mietzinses gem. § 535 II BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Zahlung des rückständigen Mietzinses gem. § 535 II BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein. Dazu müsste zwischen den Parteien ein wirksamer Mietvertrag geschlossen worden sein.

1. Einigung

Die Kl. und die Bekl. müssten sich gem. §§ 145 ff. BGB über den Abschluss eines Mietvertrages geeinigt haben. Am 30.07.1997 einigten sich die Parteien unstrittig über die entgeltliche Gebrauchsüberlassung bezüglich des Mietobjektes auf Zeit. Eine Einigung i.S.v. § 535 BGB liegt damit vor.

2. Wirksamkeit der Einigung

Die Einigung müsste auch wirksam sein. Mängel in der Person der Erklärenden sind nicht ersichtlich.

a. Formanforderungen

Es könnte Zweifel an der Einhaltung der Form bestehen. Gem. § 550 S. 1 BGB, der gem. § 578 II 1. Fall, I BGB auch auf die Gewerbemiete anzuwenden ist, gilt ein Vertrag, der für längere Zeit als ein Jahr nicht schriftlich i.S.v. § 126 BGB abgeschlossen wurde, als für unbestimmte Zeit geschlossen. Die Einigung wurde hier schriftlich erzielt, so dass die zeitliche Befristung wirksam ist.

[Anm.: Beachten Sie, dass ein Formverstoß gegen § 550 BGB nicht die Nichtigkeitssanktion gem. § 125 S. 1 BGB nach sich zieht, sondern dass § 550 S. 2 BGB lex specialis dazu darstellt. Vielmehr gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Durch das Wort "gilt" ist deutlich, dass es sich in diesen Fällen um eine Fiktion handelt.]

b. Nichtigkeit gem. § 142 I i.V.m. § 123 I 1. Fall BGB
Die Einigung könnte gem. § 142 I i.V.m. § 123 I 1. Fall BGB nichtig sein.

aa. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln gem. §§ 142 I, 123 I BGB nach Überlassung

Fraglich ist, ob die Anfechtungsregeln überhaupt anwendbar sind. Während nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung vor Über-

gabe der Mietsache uneingeschränkt zulässig ist und gemäß § 142 I BGB Nichtigkeitwirkung von Anfang an entfaltet, besteht Streit darüber, ob und gegebenenfalls mit welcher Rechtsfolge eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I BGB auch nach Überlassung der Mietsache möglich ist.

(1.) Anfechtungsrecht wegen § 123 BGB wird durch § 543 BGB verdrängt

Teilweise wird vertreten, das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung werde, sobald der Mietvertrag durch Überlassung der Mietsache vollzogen sei, durch das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 BGB verdrängt, soweit sich der Willensmangel auf verkehrswesentliche Eigenschaften des Mietobjekts selbst bezieht (Roquette Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches vor §§ 537 bis 542 Rn 16, 20; Sternel Mietrecht 3. Aufl. I Rn 245; Bub in: Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 673; offen gelassen in Senatsurteil BGHZ 137, 255, 266).

Die Verdrängung der Anfechtungsmöglichkeit durch die Gewährleistungs- und Kündigungsvorschriften benachteilige den Anfechtungsberechtigten nicht, weil die Kündigungsvorschriften ihm einerseits wie bei der Anfechtung die Möglichkeit gäben, das Vertragsverhältnis aufzulösen, andererseits die Rückabwicklung erleichterten. Habe der Anfechtungsberechtigte die Vertragsleistung der Gegenseite in Anspruch genommen, so verdiene er es nicht, besser gestellt zu werden als bei einer fristlosen Kündigung.

Dieser Auffassung nach wäre das Anfechtungsrecht nicht anwendbar und die Bekl. auf die Kündigung gem. § 543 BGB zu verweisen.

(2.) Anfechtungsrecht gem. §§ 142 I, 123 I BGB besteht nach Überlassung fort

Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann zwar eine auf Abschluss eines Mietvertrages gerichtete Willenserklärung auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung stets angefochten werden (RGZ 157, 173, 174; KG NZM 2002, 21; LG Mannheim ZMR 1990, 303; Emmerich/Sonnenschein/Rolfs Miete 9. Aufl. § 542 BGB Rn 82; Soergel/Heintzmann BGB 12. Aufl. vor § 542 Rn 2; Hübner/Griesbach/Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 14 Rn 214; Kraemer in: Bub/Treier aaO Kap. III Rn 1326; MünchKomm/Häublein BGB 5. Aufl. vor § 536 Rn 24). Umstritten ist jedoch, ob die nach Überlassung der Mietsache erfolgte Anfechtung den Mietvertrag gemäß § 142 I BGB rückwirkend (ex tunc) oder nur mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung (ex nunc) vernichtet (offen gelassen in Senatsurteil BGHZ 137, 255, 266 und BGH Urteil vom 10.07.1968

- VIII ZR 180/66 - WM 1968, 1306, 1307).

Da grundsätzlich die Anfechtbarkeit bejaht wird und der Streit die Folgen der Anfechtung betrifft, ist unter Zugrundelegung dieser Auffassung die Anfechtbarkeit gegeben.

(3.) Konkurrenz zum Gewährleistungsrecht

Fraglich ist, ob die Anfechtung ausgeschlossen ist, weil die Wertungen des Gewährleistungsrechts umgangen werden könnten. Insoweit könnte eine Parallele zum Kaufrecht in Betracht kommen. Dieses Argument ist jedoch nicht tragfähig. Denn durch die Gewährleistungsvorschriften vor allem der §§ 434 ff. BGB beim Kauf wird nur die Irrtumsanfechtung (§ 119 II BGB), nicht aber die Anfechtung nach § 123 I BGB ausgeschlossen. Dem Käufer stehen dieses Anfechtungsrecht und Ansprüche aus Gewährleistung, sofern ihre jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, wahlweise zu (MünchKomm/Kramer BGB 5. Aufl. § 123 Rn 35). Daher ist eine Konkurrenz zum Gewährleistungsrecht nicht gegeben.

[Anm.: Der erkennende Senat hat den hins. der Konkurrenzsituation einzig problematischen Anfechtungsgrund des § 119 II BGB nicht geprüft. Dies liegt daran, dass das Anfechtungsrecht insoweit gem. § 121 I 1 BGB verfristet war. Die Bekl. hatte vor Ausübung des Gestaltungsrechts bereits acht Monate Kenntnis von den Mängeln des Mietobjekts.]

(4.) Stellungnahme

Das Recht zur Anfechtung der auf Abschluss des Mietvertrages gerichteten Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung wird auch nach Vollzug des Mietvertrages nicht durch die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 536 ff. BGB) und das Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 BGB verdrängt, weil die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung einerseits und die Gewährleistungs- sowie die Kündigungsvorschriften andererseits unterschiedliche Sachverhalte regeln und unterschiedliche Schutzzwecke haben.

Der erkennende Senat führt dazu aus:

“[34] Während die Anfechtung nach § 123 I BGB die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt und deren Beeinträchtigung durch rückwirkende Vernichtung der Erklärung beseitigt, ist Gegenstand der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung eine aktuelle Leistungsstörung, der durch Minderung und Schadensersatz bzw. durch Beendigung des Vertrages Rechnung getragen wird (vgl. Staudinger/Rolfs aaO § 542 BGB Rdn. 179). Diese unterschiedlichen Schutzzwecke lassen es nicht zu, dass das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach Überlassung der Mietsache durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung verdrängt wird.”

Demnach ist die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln zu bejahen.

bb. Anfechtungserklärung gem. § 143 I BGB

Die Bekl. hat die Anfechtung unter dem 06.08.2004 schriftlich erklärt.

[Anm.: Beachten Sie, dass die Anfechtungserklärung als formfreie empfangsbedürftige Willenserklärung bedingungsfeindlich analog § 388 S. 2 BGB und grundsätzlich unwiderruflich ist (Palandt-Ellenberger, § 143 Rn 2). Die Gestaltungserklärung ist im Zweifelsfalle auszulegen gem. §§ 133, 157 BGB. Die Erklärung muss erkennen lassen, dass die Partei das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will (BGH, NJW-RR 1995, 859). Das Wort "anfechten" braucht nicht verwandt zu werden.]

cc. Anfechtungsgegner gem. § 143 II BGB

Die Anfechtungserklärung müsste auch gegenüber dem Anfechtungsgegner i.S.v. § 143 II - IV BGB erfolgen. Anfechtungsgegner ist gem. § 143 II BGB bei Verträgen der andere Teil. Die Bekl. erklärte die Anfechtung gegenüber ihrer Vertragspartnerin, so dass der richtige Erklärungsgegner gewählt wurde.

dd. Anfechtungsgrund gem. § 123 I 1. Fall BGB

Es müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen. In Betracht kommt der Anfechtungsgrund gem. § 123 I 1. Fall BGB. Dazu müsste die Kl. die Bekl. arglistig getäuscht haben. Die Kl. müsste zum Zwecke der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums arglistig getäuscht haben.

Der erkennende Senat bejahte in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht die arglistige Täuschung und führte dazu aus:

"[22](...) Die Kl. hat es unterlassen, die Bekl. über den Umstand in Kenntnis zu setzen, dass die Souterrainräume aufgrund ihres baulichen Zustands für den dauernden Aufenthalt von Menschen bauordnungsrechtlich nicht genehmigt und auch nicht genehmigungsfähig waren, und damit nicht als vollwertige Büroräume genutzt werden durften. Dieser Umstand war, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, für die Entscheidung der Bekl., den Mietvertrag abzuschließen, von wesentlicher Bedeutung. Denn sie wollte die Souterrainräume zur Nutzung als Büroräume mieten. Im Hinblick darauf, dass bei einer bauordnungswidrigen Nutzung mit einer behördlichen Nutzungsuntersagung gerechnet werden musste, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Bekl. den Mietvertrag, wie geschehen, abgeschlossen hätte, wenn sie Kenntnis von der insoweit fehlenden Genehmigung gehabt hätte.

[23] Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht beanstandet aufgrund der

Aussagen der Zeugen K. -von K. und von B. sowie des von der Kl. selbst unterzeichneten, am 02.02.1996 eingereichten Antrags auf Baugenehmigung angenommen, dass die Kl. bei Abschluss des Mietvertrages, am 30.07.1997, die eingeschränkte Nutzbarkeit des Souterrains gekannt und diese der Bekl. bewusst verschwiegen hat."

Dementsprechend ist eine arglistige Täuschung gem. § 123 I 1. Fall BGB gegeben.

ee. Keine Verfristung des Anfechtungsrechts, § 124 I BGB

Das Anfechtungsrecht dürfte nicht verfristet sein.

[Anm.: Achten Sie in der Klausur auf die Terminologie. Gestaltungsrechte wie die Anfechtung, der Rücktritt, die Minderung oder die Aufrechnung sind keine Ansprüche i.S.v. § 194 I BGB und unterliegen daher wegen des eindeutigen Wortlauts des § 214 I, II 1 BGB nicht der Verjährung. Also kann die Anfechtung nicht "verjährt" sein, sondern allenfalls verfristet.]

Dazu müsste die Anfechtungserklärung binnen Jahresfrist gem. § 124 I BGB erfolgt sein. Der Fristlauf beginnt im Fall der arglistigen Täuschung in dem Zeitpunkt, in dem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, § 124 II 1 1. Fall BGB.

Vorliegend hat die Bekl. acht Monate nach der Kenntniserlangung die Anfechtung erklärt - mithin fristgemäß.

ff. Rechtsfolge gem. § 142 I BGB

Da sämtliche Voraussetzungen der Anfechtung vorliegen ist fraglich, welche Folgen die Anfechtung nach sich zieht. Grundsätzlich ist das Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig anzusehen, § 142 I BGB. Streitig ist, ob dies auch bei in Vollzug gesetzten Dauer-schuldverhältnissen der Fall ist.

(1.) Wirkung ex nunc

Einer Ansicht nach ist die Wirkung der Anfechtung bei bereits vollzogenen Mietverträgen wegen arglistiger Täuschung entgegen § 142 I BGB nur mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung (ex nunc) gegeben. Dies folge zum einen daraus, dass ein bereits vollzogenes Mietverhältnis nur unter Inkaufnahme großer Schwierigkeiten abgewickelt werden könne und deshalb eine Beendigung ex nunc sachgerechter sei (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. vor § 535 BGB Rn 7; Staudinger/Rolfs BGB [2006] § 542 Rn 179). Zum anderen stellt sie darauf ab, dass eine einmal begonnene Dauerleistung nur beendet, nicht aber rückgängig gemacht werden könne (vgl. Roquette aaO vor §§ 537 bis 542 Rn 17; LG Nürnberg-Fürth MDR 1966, 1003, 1004). Schließlich werde mit Bezug der Mieträume ein sozialer Tatbestand geschaffen, der

einen Bestands- und Vertrauensschutz begründe (für die Wohnraummiete: Hille WuM 1984, 292, 293) und mithin in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Gesellschafts- und Arbeitsrecht für die Zulassung einer Anfechtung mit Wirkung ex nunc spreche.

(2.) *Wirkung ex tunc*

Einer anderen Auffassung nach verbleibt es bei der gesetzlich angeordneten Rechtsfolge des § 142 I BGB, der von einer rückwirkenden Vernichtung des Rechtsgeschäfts ausgeht (RGZ 86, 334; 102, 225, 226; 157, 173, 174; KG MDR 1967, 404; KG NZM 2002, 21; Soergel/Heintzmann aaO vor § 542 Rn 2; Erman/Jendrek BGB 12. Aufl. vor § 536 Rn 20; Schmid DWW 1985, 302; Fischer NZM 2005, 567, 571; Emmerich NZM 1998, 692, 694 f.). Für Mietverträge bestehe kein Anlass, von der Bestimmung des § 142 I BGB durch Richterrecht abzuweichen. Es handele sich bei Mietverträgen um "normale" schuldrechtliche Verträge, für die die Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB grundsätzlich Geltung hätten. Es sei nicht ersichtlich, was bei der Rückabwicklung eines fehlerhaften Mietvertrages nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften erschwert sein solle.

Der erkennende Senat erkannte zudem:

“[31] Auch sei beim Mietvertrag eine dem Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag vergleichbare Interessenlage, die eine Einschränkung der Anfechtungswirkung rechtfertigen könne, nicht gegeben. Im Gegensatz zum Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag werfe die Rückabwicklung beim Mietvertrag auch keine besonderen Schwierigkeiten auf, weil es sich um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis handle (Hille WuM 1984, 292; Emmerich NZM 1998, 692, 695; Fischer NZM 2005, 567, 570; Weimar MDR 1966, 1004). Soweit die Rückwirkung damit abgelehnt werde, der Vollzug des Mietverhältnisses habe einen sozialen Tatbestand geschaffen, der nur noch für die Zukunft beseitigt werden könne, könne diese Überlegung im Bereich des Gesellschafts- und Arbeitsrechts berechtigt sein. Jedenfalls für das Gebiet der Wohnraummiete lasse sich ein die Rückabwicklung ausschließender sozialer Einschlag jedoch nicht erkennen (KG NZM 2002, 21).”

(3) *Stellungnahme*

In Übereinstimmung mit dem erkennenden Senat ist an der gesetzlich vorgesehenen Wirkung des § 142 I BGB festzuhalten, so dass das Rechtsgeschäfte ex tunc erlischt.

Dies folgt zum einen aus der Überlegung, dass die Schwierigkeiten, die sich bei der Rückabwicklung vollzogener Dauerschuldverhältnisse aufgrund des Zeitablaufs und der Anzahl der rückabzuwickelnden Leistungen ergeben, auch bei Mietverträgen bestehen, die gemäß § 105 BGB oder §§ 134, 138 BGB nichtig

sind, ohne dass dort an einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsmöglichkeit gezweifelt wird (Hille WuM 1984, 292; Fischer NZM 2005, 567, 570). Es handelt sich also um kein anfechtungsspezifisches Folgeproblem.

Dem steht nach der Auffassung des erkennenden Gerichts auch nicht entgegen, dass eine andere Beurteilung für in Vollzug gesetzte Arbeits- und Gesellschaftsverträge gilt.

“[38] Besonderheiten, die bei in Vollzug gesetzten Arbeits- und Gesellschaftsverträgen dazu geführt haben, dass von der Rückwirkung abgegangen wurde, liegen bei der Wohnraummiete nicht vor. Weder besteht - wie beim Arbeitsverhältnis - eine besonders intensive Leistungsbeziehung mit starkem Persönlichkeitsbezug und mit Eingliederung in eine soziale Organisation, noch ist - wie beim Gesellschaftsverhältnis - ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis für Gläubiger vorhanden, die durch eine rückwirkende Anfechtung ihr Haftungssubjekt verlieren würden. Vielmehr handelt es sich bei dem Mietvertrag - anders als beim Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag - um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis, bei dem die Rückabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft.”

Auch der Umstand, dass der Rücktritt vom Mietvertrag nach Überlassung der Mietsache in Fällen ausgeschlossen ist, in denen eine Auflösung des Vertrages durch fristlose Kündigung möglich ist (BGHZ 50, 312, 315), spricht nicht dafür, dass auch die Anfechtung von Mietverträgen nur für die Zukunft wirkt. Der Bundesgerichtshof hat in der einschlägigen Rechtsprechung die Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeit darauf gestützt, dass bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung nach § 346 ff. BGB in der Regel nicht den Interessen der Parteien entspreche und angesichts der insbesondere bei längerer Vertragsdauer entstehenden erheblichen Durchführungsschwierigkeiten zu Unzuträglichkeiten führe. Eine vergleichbare Interessenlage liegt bei einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht vor. Die Partei, die aufgrund der arglistigen Täuschung zu einer Willenserklärung veranlasst worden ist, die sie bei Kenntnis der Umstände nicht abgegeben hätte, hat ein schutzwürdiges Interesse an der rückwirkenden Vernichtung ihrer Willenserklärung. Diesem Interesse trägt § 142 I BGB Rechnung. Demgegenüber regelt der auf Nichterfüllung gestützte Rücktritt, ebenso wie die mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche und die Kündigung aus wichtigem Grund, die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen.

Demnach folgt aus der Anfechtung die Nichtigkeitsfolge (ex tunc) gem. § 142 I BGB.

gg. *Kein Ausschluss*

Die Anfechtung dürfte nicht ausgeschlossen sein. Dies

kommt zum einen gem. § 242 BGB wegen unzulässiger Rechtsausübung und zum anderen wegen eines Verzichts in Betracht.

(1.) Ausschluss gem. § 242 BGB

Die Anfechtung könnte gem. § 242 BGB wegen unzulässiger Rechtsausübung ausgeschlossen sein. Eine solche Einschränkung der Anfechtung greift ein, wenn die Rechtslage des Getäuschten durch die arglistige Täuschung nicht oder nicht mehr beeinträchtigt ist (Staudinger BGB [2005] § 242 Rn 444 m.w.N.).

Eine demenetsprechende Sachlage liegt hier nicht vor. Zwar hat die Bekl. die Mieträume bis zu dem vertraglich vereinbarten Ablauf, am 31.07.2002, als Büroräume genutzt, ohne dass die Nutzung durch ein Einschreiten der Baubehörde beeinträchtigt gewesen wäre, so dass sich die arglistige Täuschung der Kl. zum Zeitpunkt der Anfechtung in dieser Hinsicht nicht mehr nachteilig ausgewirkt. Die arglistige Täuschung der Kl. wirkt aber dadurch weiter zu Lasten der Bekl., weil diese für die Souterrainräume einen Mietpreis vereinbart hat, der auf der fehlerhaften Annahme beruhte, es handele sich um vollwertige Büroräume, die als solche öffentlich-rechtlich genehmigt seien. Tatsächlich waren die Räume jedoch nur als Büronebenräume, in denen ein dauernder Aufenthalt von Menschen nicht gestattet war, genehmigt und genehmigungsfähig. Das Fehlen einer Genehmigung zur Nutzung als Büroraum stellt - unabhängig von der tatsächlichen Nutzbarkeit der Räume - einen wertbildenden Faktor dar. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bekl., hätte sie von der fehlenden Genehmigung Kenntnis gehabt, für die Räume im Souterrain jedenfalls nicht den im Mietvertrag festgelegten, sondern einen geringeren für Nebenräume angemessenen Mietzins vereinbart hätte.

(2.) Ausschluss durch Verzicht

Fraglich ist, ob die Anfechtung durch Verzicht der Bekl. ausgeschlossen ist.

Die Bekl. könnte dadurch verzichtet haben, dass sie mit Schreiben vom 27.12.2001 die vertraglich vorgesehene Verlängerungsoption ausgeübt hat. Dem ist jedoch nicht der Fall. Denn zu diesem Zeitpunkt hatte sie noch keine Kenntnis von dem Anfechtungsgrund. Erst am 24.03.2004 hat sie Kenntnis von der arglistigen Täuschung der Klägerin erlangt. Dies war zeitlich nach der Ausübung der Verlängerungsoption.

Also ist das Anfechtungsrecht auch nicht ausgeschlossen. Das Rechtsgeschäft ist mit Wirkung ex tunc gem. § 142 I BGB nichtig. Ein Zahlungsanspruch gem. § 535 II BGB besteht demnach nicht.

B. Anspruch der Kl. gegenüber der Bekl. auf Wertersatz gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB

Fraglich ist, ob die Kl. gegenüber der Bekl. einen An-

spruch auf Wertersatz gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB hat.

[Anm.: Vertretbar ist es auch, die Kondiktion gem. § 812 I 2 1. Fall BGB in Ansehung der arglistigen Täuschung zu wählen. In diesem Fall wird der Umstand, dass es sich bei der Anfechtung um ein Gestaltungsrecht handelt und die Tatsache, dass bis zur Ausübung des Gestaltungsrechts ein wirksames Rechtsgeschäft vorliegt, abgestellt. Beachten Sie jedoch, dass Sie in der Klausur in dieser Konstellation die Anfechtung als rechtsvernichtenden Einwand unter dem Prüfungspunkt "Anspruch untergegangen" prüfen müssen.

Ein Unterschied kann sich in der Lösung wegen des Ausschlussgrundes des § 814 BGB ergeben. Dieser ist seinem Wortlaut nach nur auf die Kondiktion gem. § 812 I 1 1. Fall BGB anzuwenden, allenfalls gem. § 142 II BGB auf die Kondiktion gem. § 812 I 2 1. Fall BGB. Beachten Sie dazu das Urteil des BGH vom 13.02.2008 - VIII ZR 208/07 = RA 2008, 423 und die weiteren Ausführungen.]

I. Etwas erlangt

Die Bekl. müsste etwas erlangt haben. Beachtlich ist jeder vermögenswerte Vorteil. Hierher gehören alle Rechte und Rechtspositionen, die dem Begünstigten zugefallen sind, einschließlich ihrer Verbesserungen oder Erweiterungen und selbständiger Vorstufen wie das Anwartschaftsrecht (Palandt-Sprau, BGB, § 812 Rn 17). Die Bekl. hat die Gebrauchsmöglichkeit der Räume, mithin einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

II. Durch Leistung

Der Vorteil müsste durch Leistung der Kl. verschafft worden sein. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

Die Kl. verschaffte der Bekl. bewusst und zweckgerichtet in Erfüllung des vermeintlich bestehenden Mietvertrages den vermögenswerten Vorteil. Eine Leistung liegt daher vor.

III. Ohne Rechtsgrund

Die Zuwendung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Dazu müsste ein die Vermögensverschiebung objektiv rechtfertigender Grund fehlen (Palandt-Sprau, BGB, § 812 Rn 68). Ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Vermögensvorteils ist nicht ersichtlich, da der Mietvertrag wirksam angefochten wurde. Auf obige Ausführungen dazu wird verwiesen.

IV. Rechtsfolge

Grundsätzlich ist gem. § 812 I 1 BGB das Erlangte in Natur herauszugeben. Dies ist bei Gebrauchsvorteilen wegen deren Beschaffenheit nicht möglich. Also ist Wertersatz gem. § 818 II BGB zu leisten. Die Höhe

des zu leistenden Wertersatzes richtet sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach dem objektiven Verkehrswert des rechtsgrundlos Erlangten, somit hier nach der Miete, die auf dem örtlichen Markt für vergleichbare Objekte erzielt wird (Senatsurteil vom 22.10.1997 - XII ZR 142/95 - NZM 1998, 192, 194; BGHZ 132, 198, 207; 168, 220, 239). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wertermittlung ist derjenige der Anspruchsstehung (Palandt-Sprau, BGB, § 818 Rn 19).

[Anm.: Neben diesem Anspruch auf Ersatz des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung prüfte der erkennende Senat auch einen Anspruch auf Herausgabe von erzieltm Unterrentzins. Dies war deshalb der Fall, weil die Bekl. einige der Räumlichkeiten berechtigterweise untervermietet hatte. Ein Anspruch auf Herausgabe eines durch die Untervermietung erzielten Gewinns wurde jedoch verneint. Mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Mietvertrages im Wege der Leistungskondition sollen die gegenseitigen, von den Parteien aufgrund des unwirksamen Mietvertrages vorgenommenen Vermögensverschiebungen rückabgewickelt werden. Die Gewinne der Bekl. aus der Untervermietung beruhen jedoch nicht auf einer rückabzuwickelnden Leistung der Kl., sondern auf der eigenen vermögensmäßigen Disposition der Bekl.. Ihr stand es frei, den Bereicherungsgegenstand selbst, gar nicht oder durch Untervermietung zu nutzen. Mit der Erstattung des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung wird erschöpfender Ersatz für den Wert des erlangten Gebrauchsvorteils geleistet (vgl. für bereicherungsrechtliche Ansprüche bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte: BGHZ 82, 299, 307 f.; 99, 244, 248 f.).]

1. Wertersatz für die Gebrauchsmöglichkeit an den Räumlichkeiten

Die Bekl. muss Wertersatz für die gezogenen Gebrauchsvorteile an der Immobilie leisten. Der Höhe nach orientiert sich der Wertersatz an der Miete, die auf dem örtlichen Markt für Objekte dieser Art durchschnittlich erzielt wird (Vgl. BGHZ 168, 220, Palandt-Sprau, § 818 Rn 23).

2. Wertersatz für die Nebenkosten

Fraglich ist, ob darüber hinausgehend Wertersatz für die Nebenkosten zu leisten ist.

Dies hatte das Berufungsgericht in Bezug auf die verbrauchsabhängigen Nebenkosten verneint. Dem tritt der erkennende Senat entgegen:

“[52] Der nach § 818 II BGB zu ersetzende Wert der erlangten Gebrauchsvorteile bestimmt sich nach dem ortsüblichen Mietzins. Dieser beinhaltet in dem Umfang, in dem verbrauchsabhängige Nebenkosten

ortsüblich als Teil des Mietzinses mit vereinbart werden, auch diese Nebenkosten. Da bei der Geschäftsraummiete der vereinbarte Mietzins abweichend von der gesetzlichen Bestimmung in § 535 I 2 und 3 BGB in der Regel die Grundmiete und verbrauchsunabhängige Nebenkosten enthält, spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch im örtlichen Bereich der hier im Streit befindlichen Räume üblicherweise bestimmte verbrauchsabhängige Nebenkosten vom Mieter zu tragen sind.”

Vorliegend konnte nicht abschließend geklärt werden, ob die Voraussetzungen dazu vorliegen, da die erforderlichen Feststellungen nicht getroffen waren.

Die verbrauchsabhängigen Nebenkosten sind gleichfalls im Rahmen der Kondiktion zu berücksichtigen, wobei es der Kl. als Vermieterin obliegt, die Kosten konkret darzulegen.

Der erkennende Senat führte zu den Nebenkosten aus: “[54] Für die Jahre bis 2000, in denen die Kl. Nebenkostenabrechnungen erteilt hat, ergeben sich die verbrauchsabhängigen Kosten hinreichend substantiiert aus den Abrechnungen, wenn die dort enthaltenen verbrauchsunabhängigen Kosten ortsüblich sind. Für die Jahre 2001 und 2002, für die die Kl. keine Nebenkostenabrechnungen erstellt hat, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verbrauchsabhängige Nebenkosten nicht berücksichtigt. Die Kl. hat konkrete Ansprüche insoweit nicht geltend gemacht. Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, sich aus Anlagen mögliche verbrauchsabhängige Kosten herauszusuchen.”

[Anm.: Zur weiteren Tatsachenfeststellung verwies der BGH im Originalfall an das Berufungsgericht zurück.]

V. Ausschluss gem. § 814 BGB

Fraglich ist, ob der Anspruch gem. § 814 BGB ausgeschlossen ist. Dazu müsste die Kl. in Kenntnis der Nichtschuld die Vermögenszuwendung vorgenommen haben. Demgemäß kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Erforderlich ist die positive Kenntnis im Zeitpunkt der Leistung. Der Leistende muss also - jedenfalls aufgrund der Parallelwertung in der Laiensphäre - gewußt haben, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH, NJW 1997, 2381). Auch ein Kennenmüssen der Nichtschuld reicht nicht aus, da der Leistende die zutreffende rechtliche Folgerung ziehen muss (BGH, NJW 2005, 3082). Im vorliegenden Fall sind keine

Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Kl. die Rechtsfolgen der Zuwendung der Gebrauchsvorteile mit dem Ausschluss der Rückforderung positiv erkannt hat. Daher greift § 814 BGB nicht ein.

VI. Einwand der Saldotheorie

Fraglich ist, ob der Einwand der Saldotheorie greift. Dazu müssten die Voraussetzungen der Saldotheorie vorliegen und deren Anwendbarkeit dürfte nicht ausnahmsweise ausgeschlossen sein.

1. Voraussetzungen der Saldotheorie

Die Voraussetzungen der Saldotheorie müssten vorliegen. Es müsste ein faktisches Synallagma gegeben sein. Dies ist dann der Fall, wenn eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages vorliegt. Hier wird ein Mietverhältnis rückabgewickelt. Der Vertrag war bedingt durch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 142 I, 123 I 1. Fall BGB nichtig. Also kann die Bekl. gem. § 812 I 1. Fall, 818 II BGB ihrerseits Rückzahlung des an

die Kl. entrichteten Mietzinses verlangen.

2. Ausschluss der Saldotheorie

Die Anwendung der Saldotheorie dürfte nicht ausgeschlossen sein. Dazu dürfte sich die Anwendung der Saldotheorie nicht zu Lasten eines Schutzwürdigen auswirken. Hier hat die Kl. die Bekl. arglistig getäuscht, so dass sich die Verrechnungssituation nicht zu Lasten einer schutzwürdigen Person auswirkt, da die Kl. nicht schutzwürdig ist.

Also liegen die Voraussetzungen der Saldotheorie vor. Demgemäß ist die eigene Entreicherung der Kl. der Abzugsposten von deren Bereicherungsanspruch gegenüber der Bekl..

Also hat die Kl. gegenüber der Bekl. einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 I 1. Fall, 818 II BGB, wobei der Wertersatzanspruch der Bekl. der Kl. gegenüber nach den Grundsätzen der Saldotheorie anspruchskürzend zu berücksichtigen ist.

Standort: §§ 222, 229 StGB

Problem: Selbst- und Fremdgefährdung

BGH, URTEIL VOM 20.11.2008
4 STR 328/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten B und H hatten mit einem umgebauten Golf und einem Porsche ein Rennen auf einer vierspurigen Bundesstraße durchgeführt. Hieran wirkten noch Si und S als deren Beifahrer mit, indem sie Startzeichen gaben und das Geschehen filmten. In einem Bereich, in dem eine Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h galt, führen die am Rennen beteiligten Fahrzeuge von hinten mit einer Geschwindigkeit von über 200 km/h auf ein weiteres Fahrzeug auf. H setzte dazu an, dieses Fahrzeug zu überholen und B, der sich weiter links neben H hielt, überholte gleichzeitig den H. B kam auf den Grünstreifen und machte beim Zurücklenken auf den Fahrstreifen eine zu starke Lenkbewegung, sodass sein Fahrzeug ins Schleudern kam. Bei dem sich hieraus ergebenden Unfall starb Si, der Beifahrer des B.

Das LG Konstanz hatte B und H insbesondere wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, des Si verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Fahrlässigkeitsdelikte, insb. §§ 222, 229 StGB, tauchen in Examensklausuren häufiger auf, insb. um daran Probleme des Allgemeinen Teils, vor allem Kausalitäts- und Zurechnungsfragen zu diskutieren.

Auch im vorliegenden Urteil geht es um entsprechende Problemkreise. Insofern enthält die BGH-Entscheidung zwar keine wirklich neuen Erkenntnisse, behandelt jedoch einen klassischen Fall, der sich wegen seines einfachen Sachverhalts, seiner Lebensnähe und seines prägnanten Geschehens besonders für Kurzvorträge und mündliche Prüfungen eignet.

Im Rahmen fahrlässiger Erfolgsdelikte wie §§ 222, 229 StGB stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit auch dann gegeben ist, wenn der Täter durch sein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten die tatbestandliche Rechtsgutverletzung nicht unmittelbar selbst herbeiführt, sondern nur eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers fördert, z.B. dem sachkundigen Opfer Drogen verkauft, an deren Konsum dieses dann stirbt. Der BGH hatte in einem solchen Fall zunächst eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB angenommen (BGH, NJW 1981, 350), da das Verhalten des Täters immerhin sorgfaltspflichtwidrig und kausal für den Tod des Opfers gewesen sei und es zum Charakter der Fahrlässigkeitsdelikte gehöre, dass diese auch Handlungen erfassten, die einen Erfolg nur mittelbar herbeiführten. Mittlerweile hat sich die Rechtsprechung aber der herrschenden Literaturauffassung angeschlossen und lehnt in den Fällen der sorgfaltspflichtwidrigen Förderung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers eine Strafbarkeit des Täters ab, sofern er nicht kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende (BGH, NJW 2000, 2286; NStZ 2003, 537; Fischer, § 222 Rn 28; Joecks, § 222 Rn 11 f.; Schönke/Schröder-

Eser, § 222 Rn 3). Da auch die vorsätzliche Förderung einer vorsätzlichen Selbstgefährdung oder -verletzung mangels teilnahmefähiger Haupttat kein strafbares Verhalten (insb. keine Beihilfe) darstelle, müsse dies für die fahrlässige Förderung einer fahrlässigen Selbstgefährdung erst Recht gelten.

Eine ähnliche Konstellation ist die einverständliche Fremdgefährdung. Hier gefährdet sich das Opfer nicht selbst, sondern die Gefährdung geht vom Täter aus, allerdings mit Zustimmung des Opfers (z.B.: Das Opfer steigt in das Auto des betrunkenen Täters obwohl es um dessen Trunkenheit weiß und lässt sich von diesem mitnehmen, wobei es zu einem Unfall kommt, bei dem das Opfer verstirbt). Die Rechtsfolgen einer einverständlichen Fremdgefährdung sind - im Gegensatz zu denen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung - streitig. Während eine Auffassung die Fremdgefährdung wegen ihrer großen Nähe zur Konstellation der Selbstgefährdung genauso behandeln will, also als Problem der tatbestandlichen Zurechnung ansieht (Schönke/Schröder-Eser, § 222 Rn 3; Roxin, AT, § 11 Rn 121; Otto, JURA 1984, 539; Schünemann, JA 1975, 723), geht die herrschende Meinung davon aus, dass es sich bei der einverständlichen Fremdgefährdung um einen Unterfall der Einwilligung und somit um einen Rechtfertigungsgrund handelt (BGHSt 40, 341, 347; OLG Zweibrücken, JR 1994, 518; Schönke/Schröder-Lenckner, Vorbem §§ 32 ff. Rn 102; Fischer, Vor § 13 Rn 37; Wessels/Beulke, AT, Rn 191; Frisch, NSTZ 1992, 66). In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort und geht davon aus, dass eine Fremdgefährdung nicht bereits den Tatbestand ausschließt, sondern allenfalls als Rechtfertigungsgrund (im Sinne einer Einwilligung) Berücksichtigung finden kann.

Insbesondere wenn man - wie die h.M. - an die Selbst- und die Fremdgefährdung jeweils andere Rechtsfolgen knüpft, erlangt die Abgrenzung zwischen diesen Fallgruppen besondere Bedeutung. Insofern besteht mehr oder weniger Einigkeit darüber, dass diese Abgrenzung nach denselben Kriterien zu erfolgen hat wie diejenige zwischen Täterschaft und Teilnahme und dass insofern auf die Tatherrschaft abzustellen ist (BGHSt 19, 135, 139; BGH, NJW 2003, 2326, 2327; Fischer, Vor § 13 Rn 37; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn 167; Schönke/Schröder-Lenckner, Vorbem §§ 32 ff. Rn 107; Dölling, JR 1994, 520). Auch im vorliegenden Fall geht der BGH so vor und kommt zu dem Ergebnis, dass die Tatherrschaft beim Fahrer B liegt und nicht beim Beifahrer Si, sodass es sich nicht um eine Selbstgefährdung des Opfers handelt. Da eine rechtfertigende einverständliche Fremdgefährdung beim Tatbestand des § 222 StGB aber nicht möglich ist, da das Leben kein disponibles Rechtsgut ist und somit hier eine Rechtfertigung über eine Zustimmung des

Opfers ausscheidet, war der Angeklagte auch nicht gerechtfertigt.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Strafbarkeit bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers: BGHSt 32, 262; 37, 179; 49, 34; BGH, NJW 2000, 2286; NSTZ 1987, 406; 1992, 489; 2003, 537; Amelung, NSTZ 1994, 338; Duttge, NSTZ 2006, 266

□ Zur Abgrenzung von Selbst- und Fremdgefährdung: BGHSt 19, 135; 49, 34; 49, 166; BGH, NJW 2003, 2326; Dölling, JR 1994, 520; Puppe, ZIS 2007, 247

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Skatabend"
- Examenskurs: "Drama am See"

Leitsätze:

1. Die Abgrenzung zwischen Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung richtet sich bei Fahrlässigkeitsdelikten nach der Herrschaft über den Geschehensablauf.

2. Zur rechtfertigenden Wirkung einer Einwilligung bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr.

Sachverhalt:

Bereits ab ca. März 2006 gab es im Bodenseegebiet eine "Szene", der junge Männer angehörten, die bis zum März 2007 auf Autobahnen in der Umgebung von Singen mit "hoch frisierten Autos" mindestens zehn verabredete "Autotests oder richtige Autorennen" durchführten, an denen zumeist fünf bis sieben Fahrzeuge beteiligt waren.

B war Besitzer eines 1986 zugelassenen Pkw VW Golf II, den er für Rennzwecke umgebaut und unter anderem mit dem Motor eines Audi S3 ausgestattet hatte, so dass das Fahrzeug eine Höchstgeschwindigkeit von etwa 240 km/h erreichen konnte. Mit diesem Fahrzeug hatte er schon vor dem 30. März 2007 an mehreren Rennen teilgenommen. Auch der mit ihm befreundete Si gehörte der "Szene" an; er hatte ebenfalls an mehreren Rennen teilgenommen, wobei wechselweise er oder der B Fahrer bzw. Beifahrer des jeweiligen Fahrzeugs war.

Der mit S befreundete H konnte am 30. März 2007 den seinem Vater gehörenden Pkw Porsche Carrera 4S nutzen, der über eine Leistung von 280 kW verfügte und eine Höchstgeschwindigkeit von etwa 300 km/h erreichen konnte.

Am Nachmittag des 30. März 2007 verabredeten B, H, S und Si, mit dem Pkw VW Golf des B und dem Pkw Porsche zunächst auf der vierspurig ausgebauten Bundesstraße B 33 "Beschleunigungstests" durchzuführen.

“Die mit der Durchführung der Autorennen verbundenen Eigen- und Fremdgefahren waren allen Beteiligten bewusst”. Anschließend fuhren B mit Si als Beifahrer in dem Pkw VW Golf und H mit S als Beifahrer in dem Pkw Porsche bei Allensbach auf die autobahnähnlich ausgebaute Bundesstraße. Dort führten sie nach dem Ende einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h einen ersten Beschleunigungstest durch. Hierzu fuhren die Fahrzeuge nebeneinander, sodann zählten die Beifahrer - durch Handzeichen - von 3 auf 0 und die Fahrer beschleunigten die Pkws. Der Beschleunigungstest wurde von beiden Beifahrern gefilmt, wobei Si die Videokamera des B und S seine Handkamera benutzte.

Nach einem weiteren Beschleunigungstest auf der Autobahn A 81 fuhren B und H erneut auf die Bundesstraße B 33. Dort führten sie nach der Aufhebung einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h erneut einen solchen Test durch. Hierzu gab S aus dem Pkw Porsche heraus das Startzeichen und forderte H mit den Worten “Gib Gas” oder “Los” zum Beschleunigen auf.

Nach Beendigung dieses Rennens wechselten die Fahrzeuge die Fahrstreifen, um einen weiteren Beschleunigungstest durchzuführen; B fuhr nunmehr auf dem linken, H auf dem rechten Fahrstreifen. Zur Durchführung des Rennens verringerten B und H zunächst die Geschwindigkeit von etwa 120 km/h auf ca. 80 km/h und zumindest Si gab durch Handzeichen das Startsignal. Anschließend beschleunigten die Fahrer die Pkws. Das Rennen, das sowohl S als auch Si wiederum filmten, wurde auch nach dem Erreichen einer Geschwindigkeitsbeschränkung auf 120 km/h fortgeführt; als das entsprechende Verkehrszeichen passiert wurde, hatte der von H gesteuerte Pkw Porsche eine Geschwindigkeit von mehr als 200 km/h, der von B gesteuerte Pkw VW erreichte schließlich eine Spitzengeschwindigkeit von 213 km/h. Beide setzten das Rennen fort, auch als vor ihnen auf dem rechten Fahrstreifen der von G gesteuerte, mit vier Personen besetzte und knapp 120 km/h schnelle Pkw Opel Astra sichtbar wurde. Als G die von hinten auf ihn zuschießenden Fahrzeuge bemerkte, steuerte er sein Fahrzeug innerhalb des Fahrstreifens nach rechts (ein Standstreifen ist im dortigen Bereich der Bundesstraße nicht vorhanden), während B den Pkw VW auf dem linken Fahrstreifen zur Mittelleitplanke hin lenkte. Zugleich steuerte H den Pkw Porsche über die mittlere Fahrbahnmarkierung hinaus auf den linken Fahrstreifen, um das Fahrzeug des G ebenfalls überholen zu können. Während des Überholvorgangs befanden sich die drei Fahrzeuge zeitgleich nebeneinander, wobei der Abstand zwischen dem VW und dem Porsche etwa 30 cm betrug; nach dem Überholvorgang erreichte der Pkw Porsche im Bereich der auf 120 km/h begrenzten Höchstgeschwindigkeit eine Geschwindigkeit von

mehr als 240 km/h. Die durch das gleichzeitige Überholen realisierte Gefährdung haben B und H bewusst verursacht und in Kauf genommen.

Als sich die drei Fahrzeuge während des Überholvorgangs nebeneinander befanden, geriet das von B gesteuerte Fahrzeug mit den linken Reifen auf den Grünstreifen an der Mittelleitplanke. Bei dem Versuch, wieder auf die Fahrbahn zu gelangen, machte B eine zu starke Lenkbewegung, das von ihm gesteuerte Fahrzeug geriet ins Schleudern, kam rechts von der Fahrbahn ab, überschlug sich, prallte gegen ein Verkehrszeichen, schleuderte zurück gegen die Mittelleitplanke und kam schließlich nach etwa 300 Metern auf dem rechten Fahrstreifen zum Stehen, wo es in Brand geriet. Bereits vor dem Erreichen des Endstandes wurden die - nicht angeschnallten - Insassen aus dem Fahrzeug geschleudert. An den bei dem Unfall erlittenen Verletzungen verstarb Si noch am selben Tag, B wurde schwer verletzt.

H und S, die den Unfall beobachtet hatten, fuhren zunächst weiter und kehrten nach dem Ende der vierspurigen Ausbaustrecke auf der Gegenfahrbahn zur Unfallstelle zurück.

Hat B sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 222 StGB

B könnte sich dadurch, dass er den Wagen des G zusammen mit H “dreispurig” überholte, wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, zum Nachteil des Si strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

Si ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 222 StGB ist somit eingetreten.

2. Kausale Handlung

B müsste den Tod des Si durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.

Die Durchführung des Überholmanövers durch B stellt eine Handlung dar.

Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel (BGHSt 1, 332; Ebert/Kühl, JURA 1979, 561).

Hierzu der BGH: “[19] Für die Prüfung der Kausalität ist bei fahrlässigen Erfolgsdelikten der Eintritt der konkreten Gefährdungslage maßgeblich, die unmittelbar zum schädigenden Erfolg geführt hat (Fischer StGB 55. Aufl. Vor § 13 Rdn. 33 m.w.N.). Bezogen hierauf waren kausal für den Tod von Si jedenfalls die Durchführung des Rennens, die Einleitung und Durch-

führung des Überholvorgangs, zusätzlich beim Angeklagten B der Fahrfehler beim Zurücklenken des Fahrzeugs [...].“

Eine kausale Handlung des B liegt somit vor.

3. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs.

Das Verhalten des B müsste objektiv sorgfaltspflichtwidrig und der Eintritt des konkreten Erfolges und der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen müssten vorhersehbar gewesen sein.

Der BGH führt aus: “[14] Fahrlässig handelt ein Täter, der eine objektive Pflichtverletzung begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtverletzung objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar zu sein (st. Rspr.; vgl. BGHSt 49, 166, 174 m.w.N.).

b) [15] Ihre Pflichten als Fahrzeugführer haben beide Angeklagte verletzt. Bereits die Durchführung des Beschleunigungstests verstieß gegen § 29 Abs. 1 StVO (vgl. BGHZ 154, 316, 318 f.). Auch den Überholvorgang haben beide Fahrzeugführer vorschriftswidrig durchgeführt (§ 5 Abs. 4 Satz 2 StVO). Zudem [hätten] beide Angeklagte [...] nach § 1 Abs. 2 StVO alles unternehmen müssen, um die mit dem Überholvorgang verbundene Gefährdung zu vermeiden. Auch haben sie die im Bereich des Unfallorts zulässige Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h erheblich überschritten.”

B hat also objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt.

Es war auch objektiv vorhersehbar, dass das riskante Überholmanöver zu einem Unfall und dieser - insbesondere wegen der hohen Geschwindigkeit der Fahrzeuge - zum Tode eines der Insassen führen würde.

Objektive Sorgfaltspflichtverletzung und objektive Vorhersehbarkeit sind somit gegeben.

4. Objektive Zurechnung

Der Tod des Si müsste B aber auch objektiv als “sein Werk“ zuzurechnen sein.

a. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Die objektive Zurechnung eines Erfolges i.R.v. § 222 StGB setzt zunächst das Vorliegen eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs voraus. Dieser ist dann gegeben, wenn der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre (BGHSt 33, 61; Joecks, § 222 Rn. 20 mwN).

Der BGH stellt insofern klar: “[16] An der Vermeidbarkeit des Todes von Si bei pflichtgemäßem Verhalten der Angeklagten B und H besteht nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen kein Zweifel.

Insbesondere konnten beide den vor ihnen fahrenden Pkw Opel des Zeugen G so rechtzeitig erkennen, dass ein Abbrechen des Rennens ‘problemlos’ möglich gewesen wäre.”

Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist somit gegeben.

b. Schutzzweckzusammenhang

Auch der Schutzzweckzusammenhang müsste gegeben sein. Dies ist der Fall, wenn es (zumindest auch) Sinn und Zweck der vom Täter verletzen Sorgfaltsnorm ist, gerade den tatbestandlichen Erfolg zu verhindern (BGHSt 33, 61; Erb, Jus 1994, 453 ff.).

Sinn und Zweck der von B verletzten Sorgfaltsnormen - keine Rennen auf öffentlichen Straßen auszutragen und nicht so riskante Überholmanöver durchzuführen - ist es insbesondere, Unfälle zu verhindern und so Leib und Leben der beteiligten Fahrzeuginsassen zu schützen.

Die objektive Zurechnung des Todes des Si könnte jedoch entfallen, wenn B durch seine Sorgfaltspflichtverletzung nur eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Si gefördert hätte (vgl. BGH, NJW 2000, 2286; MüKo-Hardtung, § 222 Rn. 22).

Hierzu führt der BGH aus: “[20] Die insbesondere von Teilen des Schrifttums (vgl. Fischer aaO Vor § 13 Rdn. 26, 31 m.w.N.) geforderte Zurechnung des Todes ist ebenfalls zu bejahen. Diese könnte allenfalls dann zweifelhaft sein, wenn eine Selbstgefährdung oder eine dieser ausnahmsweise gleichzustellende Fremdgefährdung vorliegen würde (vgl. BGHSt 39, 322, 324 f.; Roxin NStZ 1984, 411 f.; Lenckner in Schönke/Schröder StGB 77. Aufl. Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 107; weitere Nachweise bei Fischer aaO Vor § 13 Rdn. 27, 30, 36; Lenckner/Eisele in Schönke/Schröder aaO Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 101 b). Das ist indes nicht der Fall.

aa) [21] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs macht sich, sofern er nicht kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Tötende oder Verletzende, grundsätzlich nicht strafbar, wer das zu einer Selbsttötung oder Selbstverletzung führende eigenverantwortliche Handeln des Selbstschädigers vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert (BGHSt 32, 262, 263 f. = NStZ 1984, 410 m. Anm. Roxin; BGHSt 36, 1, 17; 37, 179, 181; 46, 279, 288; BGH NJW 2003, 2326, 2327; BGH NStZ 1985, 25, 26; ähnlich bereits BGHSt 24, 342, 343 f.). Straffrei ist ein solches Handeln regelmäßig auch dann, wenn es nicht auf die Selbsttötung oder -verletzung gerichtet war, sich aber ein entsprechendes, vom Opfer bewusst eingegangenes Risiko realisiert hat (BGHSt 32, 262, 264 f.; 46, 279, 288; 49, 34, 39; BGH NJW 2003, 2326, 2327; BGH NStZ 1985, 25, 26; 1987, 406; BayObLG NZV 1989, 80 m. Anm. Molketin; OLG Zweibrücken JR 1994, 518, 519

m. Anm. Dölling; einschränkend bei deliktischer Handlung des Täters und einsichtigem Motiv für die Selbstgefährdung; BGHSt 39, 322, 325).

[22] Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung und der - grundsätzlich tatbestandsmäßigen - Fremdschädigung eines anderen ist die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungs- bzw. Schädigungshandlung nicht allein beim Gefährdeten bzw. Geschädigten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligten, begeht dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzes-sorietät wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein (vgl. BGHSt 19, 135, 139; 49, 34, 39; 166, 169; auch zu den gegenteiligen Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum BGH NJW 2003, 2326, 2327).

[23] Dies gilt im Grundsatz ebenso für die Fälle fahrlässiger Selbst- bzw. Fremdgefährdung. Dabei bestimmt sich auch hier die Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung nach der Herrschaft über den Geschehensablauf, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann (vgl. BGHSt 19, 135, 139 [wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht hat]; BGH NJW 2003, 2326, 2327 [Gefährdungsherrschaft]; ähnlich Duttge in Otto-FS 2007 S. 227, 244 [Herrschaft über die dem Schadenseintritt vorausgehende Risikosituation]; Dölling JR 1994, 520). Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu (Dölling GA 1984, 71, 76, 78; Puppe ZIS 2007, 247, 249; Lenckner in Schönke/Schröder aaO Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 52 a, 107; Rönnau in LK-StGB 12. Aufl. Vor § 32 Rdn. 167 m.w.N.; vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht Bd 125 IV, 189, 193).

bb) [24] Ausgehend hiervon ist vorliegend ein Fall der Fremd- und nicht der Selbstgefährdung gegeben. Die Herrschaft über das Geschehen unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs lag allein bei den Fahrzeugführern. Sie haben die Entscheidung getroffen und umgesetzt, nebeneinander das vom Zeugen G gesteuerte Fahrzeug zu überholen, obwohl nur zwei Fahrstreifen vorhanden waren. Allein sie haben die Geschwindigkeit der Fahrzeuge und die Lenkbewegungen bestimmt. Ihre Beifahrer waren in diesem Zeitraum dagegen - ohne die Möglichkeit, ihre Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden - lediglich den Wirkungen des Fahrverhaltens der Angeklagten B und H ausgesetzt. Für das zum Tod von Si führende Geschehen war dessen Verhalten, insbesondere das Geben der Startzeichen und das Filmen der Rennen, gegenüber dem der Angeklagten B und H von untergeordneter Bedeutung."

Der Schutzzweckzusammenhang und somit die objektive Zurechnung des Erfolges sind gegeben.

II. Rechtswidrigkeit

B müsste rechtswidrig gehandelt haben.

Da Si sich freiwillig zu B in dessen Auto setzte, wären eine rechtfertigende Einwilligung des Si, wenn auch nicht in seine Tötung so doch zumindest in die Schaffung einer Lebensgefahr, denkbar.

Hierzu führt der BGH aus: "[26] In seinen Tod oder in das Risiko seines Todes hat Si auch nicht in rechts-erheblicher Weise eingewilligt.

a) [27] Während Rechtsprechung und herrschende Lehre darin übereinstimmen, dass entsprechend § 216 StGB eine Einwilligung in den von einem anderen vorsätzlich herbeigeführten Tod grundsätzlich nicht strafbefreiend wirkt, die vorsätzliche (oder fahrlässige) Körperverletzung dagegen unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 228 StGB gerechtfertigt sein kann, werden die Zulässigkeit und Bedeutung der Einwilligung in eine Lebensgefahr nicht einheitlich beurteilt.

[28] In der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wurde eine solche Einwilligung als grundsätzlich unbeachtlich angesehen, weil das Leben eines Menschen auch in § 222 StGB zum Schutz der Allgemeinheit mit Strafe bedroht sei und eine Einwilligung das mit einer fahrlässigen Tötung verbundene Handlungsunrecht nicht zu beseitigen vermöge (BGHSt 4, 88, 93; 7, 112, 114; BGH VRS 17, 277, 279; BGHZ 34, 355, 361; BGH, Urteil vom 20. Juni 2000 - 4 StR 162/00). In neueren Entscheidungen - insbesondere zu § 227 StGB - hat der Bundesgerichtshof dagegen darauf abgestellt, dass bei einer Einwilligung in die (vorsätzliche) Körperverletzung die Grenze zur Sittenwidrigkeit jedenfalls dann überschritten sei, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht werde. Für diese Eingrenzung spreche sowohl der Normzweck des § 228 StGB als auch die aus der Vorschrift des § 216 StGB abzuleitende gesetzgeberische Wertung. Sie begrenzen die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung, da das Gesetz ein soziales bzw. Allgemeininteresse am Erhalt dieser Rechtsgüter auch gegen den aktuellen Willen des Betroffenen verfolge (BGHSt 49, 34, 42, 44; 166, 173 f. = JR 2004, 472 m. Anm. Hirsch = JZ 2005, 100 m. Anm. Arzt). Diese Grundsätze hat der Bundesgerichtshof auf die Fälle übertragen, in denen das spätere Opfer in das Risiko des eigenen Todes eingewilligt und sich dieses anschließend - im Rahmen des von der Einwilligung 'gedeckten' Geschehensablaufs - verwirklicht hat. Auch in diesen Fällen scheidet eine Rechtfertigung der Tat durch die Einwilligung des

Opfers bei konkreter Todesgefahr aus (BGHSt 49, 166, 175).

b) [29] Für gefährliches Handeln im Straßenverkehr gilt nichts anderes. Zwar versucht der Gesetzgeber, den Gefahren des Straßenverkehrs durch besondere Verhaltensregeln - insbesondere in der Straßenverkehrsordnung - entgegenzuwirken; auch ist ein gefährliches Verhalten im Straßenverkehr allgemein untersagt (§ 1 Abs. 2 StVO). Dies führt jedoch nicht dazu, dass bei einem Verstoß gegen verkehrsbezogene Sorgfaltspflichten einer Einwilligung des Betroffenen in gefährdendes Verhalten eines anderen keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt. Eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung in riskantes Verkehrsverhalten scheidet nur für diejenigen Tatbestände grundsätzlich aus, die zumindest auch dem Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs im Allgemeinen dienen (§§ 315 b, 315 c StGB). Bezweckt eine Vorschrift dagegen ausschließlich den Schutz von Individualrechten (wie §§ 222, 229 StGB), so verliert die Einwilligung ihre (insoweit) rechtfertigende Wirkung nur dort, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist, also bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutverletzung.

[30] Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu. Ob bereits durch den mit hohen Geschwindigkeiten durchgeführten 'Beschleunigungstest' auf einer öffentlichen Straße mit einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h die drohende Rechtsgutgefährdung für die Insassen der an dem Rennen beteiligten Fahrzeuge so groß war, dass eine konkrete Lebensgefahr vorlag, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Jedenfalls lag eine solche Gefahr in der Fortsetzung des Rennens noch zu einem Zeitpunkt, als ein gleichzeitiges Überholen eines unbeteiligten dritten Fahrzeugs mit nicht mehr kontrollierbaren höchsten Risiken für sämtliche betroffenen Verkehrsteilnehmer verbunden war. In eine derart massive Lebensgefahr konnte Si bezogen auf seine Person nicht mit rechtfertigender Wirkung einwilligen und zwar weder allgemein zu Beginn der Fahrt in dem Sinne, dass er mit einer Durchführung des Rennens 'um jeden Preis' einverstanden war, noch in der konkreten Situation bei Beginn des Überholmanövers mit den sich deutlich abzeichnenden Gefahren."

Eine Rechtfertigung des B ist somit nicht gegeben. B hat rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

B müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

Bei einem Fahrlässigkeitsdelikt setzt die Schuld insbesondere auch voraus, dass dem Täter ein Fahrlässigkeitschuldvorwurf zu machen ist, d.h. das Verhalten des Täters muss auch subjektiv, also gemessen am Kenntnisstand und den intellektuellen Fähigkeiten des konkreten Täters, sorgfaltspflichtwidrig und der Er-

folg und der wesentliche Kausalverlauf müssen subjektiv vorhersehbar gewesen sein (Wessels/Beulke, AT, Rn. 692; Herzberg, JURA 1984, 402).

Der BGH bejaht den Fahrlässigkeitschuldvorwurf im vorliegenden Fall: "[17] Die Vorhersehbarkeit des Todes von Si für die Angeklagten B und H wird durch die vom Landgericht getroffenen Feststellungen ebenfalls ausreichend belegt. Im Hinblick auf die während des Überholens von den Angeklagten gefahrenen Geschwindigkeiten sowie den Abstand zwischen den Fahrzeugen waren ein schwerer Verkehrsunfall und der Tod des Si nicht nur objektiv, sondern für sie subjektiv vorhersehbar. Denn dies erfordert nicht, dass die Angeklagten die Folgen ihres Handelns in allen Einzelheiten voraussehen konnten; vielmehr genügt, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren (BGHSt 39, 322, 324 m.w.N.)."

B hat also schuldhaft gehandelt.

IV. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 222 StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 229 StGB

Die mitverwirklichte fahrlässige Körperverletzung, § 229 StGB, tritt als notwendiges Durchgangsstadium hinter die fahrlässige Tötung zurück.

C. Strafbarkeit gem. § 315c I Nr. 2b) StGB

Durch das Überholmanöver könnte B sich außerdem wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c I Nr. 2b) StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

B müsste eine der genannten Tathandlungen vorgenommen haben. In Betracht kommt hier insbesondere § 315c I Nr. 2b) StGB. Dafür müsste B im Straßenverkehr grob verkehrswidrig und rücksichtslos falsch überholt haben oder sonst bei einem Überholvorgang falsch gefahren sein.

B hatte auf einer zweispurigen Fahrbahn den H überholt, der seinerseits gerade den G überholte, wobei der Seitenabstand der Fahrzeuge von B und H nur ca. 30 cm betrug. Damit hat B insbesondere gegen die Pflicht zur Einhaltung eines ausreichenden Seitenabstandes beim Überholen, § 5 IV 2 StVO, verstoßen. Er hat also falsch überholt. Dieser Überholvorgang fand auch im öffentlichen Straßenverkehr statt.

B müsste auch grob verkehrswidrig und rücksichtslos gehandelt haben.

Das Verhalten des Täters ist grob verkehrswidrig, wenn ihm ein besonders schwerer Verstoß gegen die Verkehrsvorschriften vorzuwerfen ist (OLG Stuttgart, NJW 1967, 1766; Fischer, § 315c Rn 13; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315c

Rn 29). A hatte beim Überholen nicht nur den Seitenabstand nicht eingehalten, er hatte außerdem das Fahrzeug des H überholt als dieser gerade ein drittes Fahrzeug (das des G) überholte und war schließlich auch noch erheblich zu schnell gefahren, sodass sich das Verhalten des B als besonders schwerer Verkehrsverstoß darstellt. B hat grob verkehrswidrig gehandelt.

Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen lässt und unbekümmert drauflos fährt (BGHSt 5, 392; OLG Stuttgart, NJW 1967, 1766; Fischer, § 315c Rn 14; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315c Rn 30). B hatte hier allein aus dem Interesse gehandelt, ein "spannendes" Rennen gegen den H zu fahren. Bedenken dahingehend, dass dies - auf einer auch von anderen Fahrzeugen genutzten Strecke und insb. bei erheblicher Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit - nicht nur zu einer erheblichen Gefährdung der beteiligten "Rennfahrer", sondern auch der anderen Kraftfahrer führen könnte, hat er gar nicht erst aufkommen lassen. B hat auch rücksichtslos gehandelt.

Eine tatbestandmäßige Handlung i.S.v. § 315c I Nr. 2b) StGB liegt somit vor.

2. Konkrete Gefährdung

Es müsste zu einer konkreten Gefahr für eines der genannten Rechtsgüter (Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert) gekommen sein.

Eine konkrete Gefahr in diesem Sinne ist dann gegeben, wenn ein Schadenseintritt in so bedrohliche Nähe gerückt ist, dass seine Vermeidung sich nur als Zufall darstellt (sog. "Beinahe-Unfall", BGH, NJW 1995, 3131; NStZ-RR 1997, 18; 1997, 261; Fischer, § 315c Rn 15).

Im vorliegenden Fall war es lediglich dem Zufall zu verdanken, dass B als er ins Schleudern geriet und quer über die Fahrbahn schlitterte nicht auch mit dem Fahrzeug des G kollidierte. Eine konkrete Gefahr für Leib und Leben des G und seiner Beifahrer sowie für das Auto des G, also eine für B fremde Sache von bedeutendem Wert, liegt also vor.

Auch der BGH stellt insofern auf die Gefährdung des G ab: "Insbesondere wurden diese Angeklagten [B und H] nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen zu Recht wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs verurteilt. Dabei entnimmt der Senat dem Gesamtzusammenhang der Urteilsausführungen, dass die Strafkammer die bei § 315 c Abs. 1 StGB erforderliche Gefährdung nicht in der der Tatbe-

teiligten und der von diesen geführten Fahrzeuge gesehen, sondern auf die für die Insassen des Pkw Opel und dieses Fahrzeug konkret bestehende Gefahr abgestellt hat. Hierin liegt im Hinblick auf die zu dem Überholvorgang getroffenen Feststellungen kein Rechtsfehler."

3. Zurechnungszusammenhang

§ 315c StGB setzt weiter voraus, dass zwischen dem Verkehrsverstoß und der entstandenen konkreten Gefahr ein Zurechnungszusammenhang in dem Sinne besteht, dass das tatbestandliche Fehlverhalten des Täters nicht nur äquivalent kausal ist für die Gefährdung, sondern sich in der konkreten Gefahr gerade die typische Gefährlichkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens des Täters realisiert hat (BGH, NStZ 2007, 222; OLG Hamm, NZV 2002, 279; OLG Köln, DAR 2002, 278; Fischer, § 315c Rn 16; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315c Rn 36 f.).

Ohne das falsche Überholen des B wäre es nicht zu einer Gefährdung des G und der in seinem Auto befindlichen Personen gekommen, sodass die erforderliche Kausalität vorliegt. Es stellt sich auch als typische Folge des Überholens des B "in zweiter Reihe" dar, dass er mit der Bereifung auf den Mittelstreifen und hierdurch ins Schleudern gerät, was ja zur tatbestandsmäßigen Gefährdung geführt hat.

Auch der Zurechnungszusammenhang ist somit gegeben.

4. Vorsatz

B müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, § 15 StGB.

B wusste um sein grob verkehrswidriges und rücksichtsloses Fehlverhalten. Auch die konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer hat er billigend in Kauf genommen und deshalb auch insofern vorsätzlich gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 315c I Nr. 2b) StGB.

C. Gesamtergebnis

B hat sich wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, und Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c I Nr. 2b) StGB, strafbar gemacht. Wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche bleiben diese Delikte nebeneinander bestehen, da sie durch dieselbe Handlung - den Überholvorgang - verwirklicht wurden in Tateinheit, § 52 StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Graf von Kielmannsegg, Sebastian: "Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren"
Fundstelle:	JuS 2009, 19 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor beleuchtet in diesem Fortsetzungsbeitrag das Fundament der Grundrechtslehre, auf dem jedes Verständnis der speziellen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte beruht. Der Beitrag ist garniert mit lehrreichen Beispielfällen, die zeigen, dass die allgemeine Grundrechtslehre nicht nur Theorie ist, sondern sich auf die Falllösung auswirken kann.

Autor/Titel:	Scheidler, Alfred: "Das neue bayerische Versammlungsgesetz"
Fundstelle:	BayVBl 2009, 33 (Heft 2)
Inhalt:	Nachdem im Rahmen der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht vom Bund auf die Länder übergegangen ist, können diese eigene Versammlungsgesetze erlassen. Bayern hat als erstes Bundesland hiervon Gebrauch gemacht, andere Bundesländer werden folgen. Der Beitrag ist keineswegs nur für Bayern interessant, denn er enthält zahlreiche Erläuterungen des VersG des Bundes, nimmt zum Versammlungsbegriff und vielen anderen versammlungsrechtlichen Fragen von Allgemeininteresse Stellung.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Fischer, Robert: "Aus der Praxis: Parteiwechsel auf Klägerseite"
Fundstelle:	JuS 2009, 38 (Heft 1)
Inhalt:	In der gerichtlichen Praxis ist ein Parteiwechsel auf der Klägerseite nicht selten. Aus einem solchen Wechsel resultieren häufig erhebliche prozessuale Probleme. Diese werden anhand eines Beispielfalles gut nachvollziehbar erläutert.

Autor/Titel:	Conrad, Christian: "Das zivilprozessuale Mahnverfahren"
Fundstelle:	JuS 2009, 12 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor befasst sich mit den Grundzügen des Mahnverfahrens gem. §§ 688 ZPO. Kenntnisse diesbezüglich gehören zum Grundwissen der juristischen Ausbildung. Der Ablauf des Mahnverfahrens wird gut nachvollziehbar aufgezeigt. Klausurrelevante Probleme werden erörtert.

Autor/Titel:	Görmer, Gerald: "Der Befreiungsanspruch"
Fundstelle:	JuS 2009, 7 (Heft 1)
Inhalt:	Der Befreiungsanspruch bereitet vielen Studenten und Referendaren Schwierigkeiten in der Handhabung. Das mit ihm verbundene Dreiecksverhältnis und die vielfältigen Anspruchgrundlagen lassen Lösungen im Zusammenhang mit Befreiungsansprüchen oft unübersichtlich erscheinen. Der Autor stellt die klausurrelevanten Probleme anschaulich dar.

Strafrecht

Autor/Titel:	Henn, Arne: "Der subjektive Tatbestand der Straftat - Teil 2: Überblick über die Irrtumskonstellationen"
Fundstelle:	JA 2008, 854 (Heft 12)
Inhalt:	Im zweiten Teil seiner Ausführungen zum subjektiven Tatbestand befasst sich der Verfasser mit den "einfachen" Irrtumskonstellationen, also der Unkenntnis und irrigen Annahme von Tatbestandsmerkmalen, error in persona, aberratio ictus und Irrtum über den Kausalverlauf. Diese Konstellationen stellt er anhand einfacher Beispiele anschaulich dar. Leider fehlen Ausführungen zu den komplexeren Irrtumsproblemen auf Tatbestandsebene, insbesondere zum Subsumtionsirrtum und zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt. Trotzdem als Einstieg gut geeignet.

Autor/Titel:	Geppert, Klaus: "Die Volltrunkenheit (§ 323 a StGB)"
Fundstelle:	JURA 2009, 40 (Heft 1)
Inhalt:	§ 323a StGB ist immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, häufig im Zusammenhang mit Verkehrsdelikten und/oder Konstellationen der Wahlfeststellung. Umso wichtiger ist es, gerade Detailprobleme aus dem Bereich dieser Norm zu kennen. Dieser Aufsatz stellt Voraussetzungen und Problemfälle des § 323a StGB anschaulich - fast schon kommentarartig - in einer Ausführlichkeit dar, die die im Examen erwarteten Kenntnisse fast schon übertrifft. Nach gründlicher Lektüre ist sicher jeder Examenskandidat hinreichend auf den Tatbestand des Vollrausches vorbereitet.

Autor/Titel:	Adelmann, Nina: "Die Straflosigkeit des 'Busengrabschens'"
Fundstelle:	JURA 2009, 24 (Heft 1)
Inhalt:	Ob sexuelle Belästigungen wie das "Busengrabschen" tatsächlich - wie die Autorin meint - bereits zum Alltag gehören, darf zwar bezweifelt werden, aber als Problemstellung in Examensaufgaben tauchen sie immer wieder einmal auf. In diesem (kurzen) Aufsatz werden die insofern denkbaren Straftatbestände (§§ 177 ff., 185 StGB kurz angeprüft und auch die Frage nach einem Notwehrrecht der oder des Belästigten kurz angerissen. Hierbei kommt die Verfasserin insb. unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung zu dem vertretbaren Ergebnis, dass ein solches Verhalten zur Zeit grundsätzlich noch straflos ist.