

## Öffentliches Recht

### Standort: Europarecht Problem: Kapitalverkehrsfreiheit und doppelte Erbschaftssteuer

EUGH, URTEIL VOM 12.02.2009  
C-67/08 (NJW 2009, 977)

#### Problemdarstellung:

Der BFH legte dem EuGH die Frage vor, unter welchen Voraussetzungen die Doppelbesteuerung einer Erbschaft gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG verstoßen kann. Im konkreten Fall waren Erbin und Erblasser in Deutschland ansässig, die Erbschaft bestand jedoch zu einem wesentlichen Teil aus Anlagevermögen in Spanien. Die Erbin hatte daraufhin zunächst in Spanien Erbschaftssteuer bezahlt. Das deutsche Finanzamt erhob anschließend nach deutschem Recht auch eine Erbschaftssteuer und weigerte sich zugleich, die bereits an die spanischen Behörden gezahlten Steuern mindernd anzurechnen. So kam es zu einer Doppelbesteuerung, gegen die die Erbin klagte.

Der EuGH meint, dass der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet sei. Eine Erbschaft gehöre jedenfalls dann zum "Kapital" i.S.d. Art. 56 I EG, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege. Dies sei u.a. der Fall, wenn - wie hier - der Erbe in einem anderen Mitgliedsstaat seinen Wohnsitz habe als dem, in dem das Erbschaftsvermögen liege.

Allerdings verneint das Gericht einen Eingriff in die Grundfreiheit. Der EG-Vertrag kenne kein Gebot dahingehend, dass die Wahl des Wohnsitzes in dem einen oder anderen Mitgliedsstaat keine steuerlichen Nachteile nach sich ziehen dürfe. Zudem bestehe ein weiter Spielraum der Mitgliedsstaaten bei der Gestaltung ihres Steuersystems. Es sei daher weder zu beanstanden, dass Spanien sich entschieden habe, Erbschaftssteuer zu erheben, wenn das Erbschaftsvermögen in Spanien liege, noch dass die Bundesrepublik Deutschland sich entschlossen habe, ihre Erbschaftsteuererhebung an den Wohnsitz des Erben anzuknüpfen.

Eine daraus möglicherweise resultierende Doppelbesteuerung müsse hingenommen werden. Wollten die Mitgliedsstaaten daran etwas ändern, stehe es ihnen frei, Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nach Art. 293 EG zu schließen. Solche existieren teilweise (vgl. z.B. das Übereinkommen vom 23.7.1990 über die Beseitigung der Doppelbesteue-

rung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen, ABIEG Nr. L 225, S. 10), nicht aber für den vorliegenden Fall.

Mangels eines Eingriffs musste sich der EuGH zu der weiter gestellten Frage, ob ein solcher Eingriff gerechtfertigt sei, nicht mehr äußern.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag gehören mittlerweile zum Pflichtwissen eines jeden Examenskandidaten. Sie werden grundsätzlich ausgelöst, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt und sind - mit einer Faustformel - wie ein Freiheitsgrundrecht, d.h. nach Schutzbereich (sachlich und personal), Eingriff und Rechtfertigung zu prüfen. Die Kapitalverkehrsfreiheit hat in Deutschland u.a. Bedeutung wegen der Diskussion um die Europarechtswidrigkeit des "VW-Gesetzes" erlangt, das nach Ansicht des EuGH gegen Art. 56 I EG verstieß.

Grundlegend sollte man sich merken, dass der EuGH "Kapital" i.S.d. Art. 56 I EG in einem weiten, umfassenden Sinne versteht. Dazu gehört letztlich jeder Sachwert, also auch eine Erbschaft. In Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit, wo es um den Austausch von Waren unter verschiedenen Personen (Käufer und Verkäufer) geht, ist die Kapitalverkehrsfreiheit bei einseitigen Sachverhalten betroffen (Bleckmann, EuropaR, Rn 1702). Geht es um Zahlungsmittel (Münzen oder Geldscheine), ist immer der freie Zahlungsverkehr i.S.d. Art. 56 II EG betroffen, der dem freien Kapitalverkehr gleichgesetzt wird. Hier spielt es keine Rolle, ob der Transfer einseitig oder wechselseitig ist, denn Geld ist - sofern es als Zahlungsmittel dient, Ausnahmen mögen daher für Münzsammlungen usw. gelten - schon keine "Ware" i.S.d. Art. 23 I EG (Frenz, Handbuch EuropaR, Rn 2756 f).

#### Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidung erster Instanz in dieser Sache: *FG München*, ZErB 2006, 62 = ZEV 2006, 130 m. Anm. *Gebel*

❑ Vorlagebeschluss des BFH in dieser Sache: *BFHE* 218, 423 = ZEV 2008, 448 m. Anm. *Hamdan*

❑ VW-Gesetz verstößt gegen Art. 56 I EG: *EuGH*, DÖV 2008, 112; abl. *Kilian*, NJW 2007, 1508

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Internet ist gar nicht nett"
- Examenskurs: "Architekt in Nöten"

**Leitsatz:**

**Die Art. 56 und 58 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, nach der bei der Berechnung der Erbschaftsteuer, die von einem Erben mit Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat auf Kapitalforderungen gegen ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Finanzinstitut geschuldet wird, die in dem anderen Mitgliedstaat entrichtete Erbschaftsteuer auf die im erstgenannten Mitgliedstaat geschuldete Erbschaftsteuer nicht angerechnet wird, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Ablebens seinen Wohnsitz im erstgenannten Mitgliedstaat hatte.**

**Sachverhalt:**

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 56 und 58 EG über den freien Kapitalverkehr. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen FrauBlock, die Erbin einer in Deutschland verstorbenen Person ist, und dem Finanzamt Kaufbeuren (im Folgenden: Finanzamt) über die Berechnung der Erbschaftsteuer auf Kapitalforderungen der Erblasserin gegen in Spanien ansässige Finanzinstitute.

Frau Block, die in Deutschland wohnt, ist Alleinerbin einer im Jahr 1999 in diesem Mitgliedstaat verstorbenen Person, die dort ihren letzten Wohnsitz hatte. Der Nachlass bestand im Wesentlichen aus Kapitalvermögen, das zu einem Teil in Höhe von 144255 DM in Deutschland und zum anderen Teil in Höhe von umgerechnet 994494 DM bei Finanzinstituten in Spanien angelegt war. Für das in Spanien angelegte Vermögen zahlte Frau Block dort Erbschaftsteuer in Höhe von 207565 DM. Mit Steuerbescheid vom 14. 3. 2000 setzte das Finanzamt die von Frau Block in Deutschland geschuldete Erbschaftsteuer fest, ohne dabei die in Spanien entrichtete Erbschaftsteuer in Ansatz zu bringen. Gegen diesen Bescheid legte Frau Block Einspruch ein, mit dem sie begehrte, die in Spanien gezahlte Erbschaftsteuer auf die in Deutschland zu entrichtende Erbschaftsteuer anzurechnen und folglich den diese Steuer übersteigenden Betrag zu erstatten. Mit Einspruchsentscheidung vom 4. 7. 2003 ließ das Finanzamt die spanische Steuerschuld als Nachlassverbindlichkeit zum Abzug zu, d.h. es gestattete den Abzug der in Spanien entrichteten Erbschaftsteuer von der Bemessungsgrundlage für die in Deutschland geschuldete Erbschaftsteuer. Damit ergab sich unter Berücksichtigung von Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen sowie eines persönlichen Freibetrags ein steuerpflichtiger Erwerb von 579000 DM, auf den Erb-

schaftsteuer in Höhe von 124500 DM (63655,84 Euro) festgesetzt wurde.

Das FG, bei dem Frau Block Klage erhob, mit der sie begehrte, die in Spanien gezahlte Erbschaftsteuer nicht wie eine Nachlassverbindlichkeit von der Bemessungsgrundlage abzuziehen, sondern sie auf die in Deutschland zu entrichtende Erbschaftsteuer anzurechnen, war der Ansicht, eine Anrechnung der spanischen Erbschaftsteuer nach § 21 I ErbStG komme gem. Absatz 2 Nr. 1 dieser Vorschrift nicht in Betracht, da die Kapitalforderungen gegen Finanzinstitute in Spanien nicht unter § 121 BewG fielen. Sie seien daher kein „Auslandsvermögen“ i.S. des § 21 II Nr. 1 ErbStG. Zwar komme es in Bezug auf sie zu einer Doppelbesteuerung, es sei jedoch nicht Aufgabe des deutschen Fiskus, andere Mitgliedstaaten zu subventionieren.

Der mit der Revision befasste BFH stellt fest, dass es in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Harmonisierung des Begriffs des Auslandsvermögens zu einer Doppelbelastung von Frau Block komme, da die Bundesrepublik Deutschland bei der Erhebung der Erbschaftsteuer auf Kapitalforderungen an den Sitz des Gläubigers, das Königreich Spanien dagegen an den des Schuldners anknüpfe. Er wirft die Frage auf, ob diese Doppelbelastung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt. Einerseits wäre nämlich, wenn das gesamte Vermögen der Erblasserin in Deutschland angelegt gewesen wäre, nur die deutsche Erbschaftsteuer zu erheben gewesen. Andererseits sei die Anknüpfung der Besteuerung an den Wohnsitz des Gläubigers nicht weniger vernünftig als die Anknüpfung an den Sitz des Schuldners, da das vererbte Vermögen dem Gläubiger gehöre. Im Übrigen fragt sich das vorlegende Gericht, ob für den Fall, dass diese Doppelbelastung eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen sollte, diese Beschränkung durch Art. 73d I lit. a EGV (jetzt Art. 58 I lit. a EG) in der Auslegung der Erklärung Nr. 7 zu Art. 73d des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft im Anhang des EU-Vertrags (ABIEG 1992 Nr. C 191, S. 95) gerechtfertigt wäre, die lautet: „Die Konferenz bekräftigt, dass das in Art. 73d I lit. a des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erwähnte Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, nur für die einschlägigen Vorschriften gilt, die Ende 1993 bestehen. Diese Erklärung betrifft jedoch nur den Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten.“ Die Regelungen des § 21 ErbStG hätten bereits vor dem Jahr 1993 bestanden; die Bekanntmachung der Neufassung dieses Gesetzes im Jahr 1997 sei kein konstitutiver Akt des Gesetzgebers und stelle keine Neuverkündung dar. Unter diesen Umständen hat der BFH beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof seine Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der EuGH hat wie aus dem Leitsatz ersichtlich entschieden.

### **Aus den Gründen:**

[17] Mit seinen zusammen zu prüfenden Fragen möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Art. 56 und 58 EG dahin auszulegen sind, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, nach der bei der Berechnung der Erbschaftsteuer, die von einem Erben mit Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat auf Kapitalforderungen gegen ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Finanzinstitut geschuldet wird, die in dem anderen Mitgliedstaat entrichtete Erbschaftsteuer auf die im erstgenannten Mitgliedstaat geschuldete Erbschaftsteuer nicht angerechnet wird, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Ablebens seinen Wohnsitz im erstgenannten Mitgliedstaat hatte.

#### *A. Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit betroffen*

[18] Nach ständiger Rechtsprechung verbietet Art. 56 I EG ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten (EuGH, Slg. 2007, I-10419 = EuZW 2008, 51 Rdnr. 19 und die dort angeführte Rspr. - Federconsumatori u.a.).

#### *I. Kapital*

[19] Mangels einer Definition des Begriffs „Kapitalverkehr“ i.S. des Art. 56 I EG im EG-Vertrag hat der Gerichtshof bereits der Nomenklatur des Anhangs I der Richtlinie 88/361 - auch wenn diese Richtlinie auf die Art. 69 und 70 I EWG-Vertrag (später Art. 69 und 70 I EGV, aufgehoben durch den Vertrag von Amsterdam) gestützt ist - Hinweischarakter zuerkannt; dabei ist nach dem dritten Absatz der Einleitung dieses Anhangs die darin enthaltene Nomenklatur aber keine erschöpfende Aufzählung zur Definition des Begriffs des Kapitalverkehrs (vgl. u.a. EuGH, Slg. 2006, I-1957 = IStR 2006, 309 Rdnr. 39 - van Hilten-van der Heijden; und Slg. 2008, I-123 = NJW 2008, 1936 Rdnr. 31 - Jäger; EuZW 2008, 212 Rdnr. 24 - Jäger).

[20] Der Gerichtshof hat insoweit u.a. festgestellt, dass Erbschaften, mit denen das Vermögen eines Erblassers auf eine oder mehrere Personen übergeht, unter die Rubrik XI des Anhangs I der Richtlinie 88/361/EWG mit der Überschrift „Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter“ fallen und dass es sich beim Erwerb von Todes wegen, gleichviel, ob er Geldbeträge, unbewegliche Güter oder bewegliche Güter betrifft, um Kapitalverkehr i.S. von Art. 56 EG handelt; ausgenommen sind die Fälle, die mit keinem ihrer wesentlichen Elemente über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen (vgl. u.a. EuGH, Slg. 2003, I-15013 = EuZW 2004, 123 Rdnr. 58 - Barbier; EuZW 2008, 744 Rdnr. 30 - Arens-Sikken; EuZW 2008, 639 Rdnr. 39 - Eckelkamp; NJW 2009, 823 = EuZW 2009,

139 - Persche).

#### *II. Grenzübertritt*

[21] Vererbt eine Person, die zum Zeitpunkt ihres Ablebens ihren Wohnsitz in Deutschland hatte, einer anderen Person, die ihren Wohnsitz ebenfalls in diesem Mitgliedstaat hat, Kapitalforderungen gegen ein in Spanien ansässiges Finanzinstitut, auf die sowohl in Deutschland als auch in Spanien Erbschaftsteuer erhoben wird, so handelt es sich keineswegs um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt.

[22] Folglich geht es bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Erbschaft um Kapitalverkehr i.S. des Art. 56 I EG.

#### *B. Eingriff*

[23] Deshalb ist zu prüfen, ob, wie Frau Block geltend macht, eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige eine Beschränkung des Kapitalverkehrs darstellt.

#### *I. Ort, an dem sich die Vermögensgegenstände befinden nicht relevant*

[24] In Bezug auf Erbschaften ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass zu den als Beschränkungen des Kapitalverkehrs nach Art. 56 I EG verbotenen Maßnahmen solche gehören, die eine Wertminderung des Nachlasses desjenigen bewirken, der in einem anderen Staat ansässig ist als dem Mitgliedstaat, in dem sich die betreffenden Vermögensgegenstände befinden und in dem deren Erwerb von Todes wegen besteuert wird (EuGH, Slg. 2006, I-1957 = IStR 2006, 309 Rdnr. 44 - van Hilten-van der Heijden; Slg. 2008, I-123 = NJW 2008, 1936 Rdnr. 31 - Jäger; EuZW 2008, 744 Rdnr. 37 - Arens-Sikken; EuZW 2008, 639 Rdnr. 44 - Eckelkamp).

[25] Es steht jedoch fest, dass die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung, soweit sie die Berechnung der Erbschaftsteuer regelt, die von einem Erben mit Wohnsitz in Deutschland auf Kapitalforderungen geschuldet wird, die eine Person besaß, die bei ihrem Ableben ihren Wohnsitz ebenfalls in diesem Mitgliedstaat hatte, gleiche Bestimmungen für die Nachlassbesteuerung unabhängig davon vorsieht, ob das Finanzinstitut, das Schuldner dieser Forderungen ist, in Deutschland oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.

#### *II. Vielmehr: Anknüpfung an Wohnsitz des Gläubigers (Bundesrepublik Deutschland) bzw. Schuldners (Spanien)*

[26] Frau Block macht allerdings geltend, dass diese nationale Regelung den freien Kapitalverkehr beschränke, da nicht bei allen Nachlassgütern, die sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem der Erblasser bei seinem Ableben seinen Wohnsitz gehabt

habe, befänden, zwangsläufig ein Anspruch auf Anrechnung der in dem anderen Mitgliedstaat entrichteten Erbschaftsteuer bestehe. Wenn nämlich wie im Ausgangsverfahren der Eigentümer solcher Güter zum Zeitpunkt seines Ablebens seinen Wohnsitz in Deutschland gehabt habe, erfasse der Begriff des Auslandsvermögens i.S. des § 21 ErbStG, für das ein Anspruch auf eine derartige Anrechnung bestehe, nach Absatz 2 Nr. 1 dieser Vorschrift bestimmte Vermögensgegenstände wie Kapitalforderungen selbst dann nicht, wenn sie wirtschaftlich gesehen klar im Ausland belegen seien. Daraus ergebe sich eine gegen Art. 56 I EG verstoßende Beschränkung insoweit, als die Gefahr einer Doppelbesteuerung sowohl die Eigentümer als auch ihre Erben von Anlagen in bestimmten Mitgliedstaaten abhalte.

[27] Wie Frau Block geltend macht, führt zwar der Umstand, dass Nachlassgüter wie Kapitalforderungen in Deutschland kein „Auslandsvermögen“ sind, für das nach der nationalen Regelung ein Anspruch auf Anrechnung der im Ausland entrichteten Erbschaftsteuer auf die in Deutschland geschuldete Erbschaftsteuer besteht, dazu, dass es im Fall von Forderungen gegen ein Finanzinstitut, das in einem anderen Mitgliedstaat - hier dem Königreich Spanien - ansässig ist, der Erbschaftsteuer auf sie erhoben hat, zu einer höheren steuerlichen Belastung kommt als im Fall von Forderungen gegen ein in Deutschland ansässiges Finanzinstitut.

### 1. Doppelbesteuerung liegt vor

[28] Wie aber die Regierungen, die schriftliche Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften zutreffend vorgetragen haben, folgt dieser Steuernachteil daraus, dass die beiden betroffenen Mitgliedstaaten ihre Besteuerungsbefugnis parallel zueinander ausgeübt haben, und zwar so, dass der eine, nämlich die Bundesrepublik Deutschland, sich dafür entschieden hat, auf Kapitalforderungen dann die deutsche Erbschaftsteuer zu erheben, wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz in Deutschland hat, während der andere, also das Königreich Spanien, die Entscheidung getroffen hat, auf solche Forderungen die spanische Erbschaftsteuer dann zu erheben, wenn der Schuldner in Spanien ansässig ist (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 2006, I-10967 = NJW 2007, 50 = IStR 2007, 66 m. Anm. Englisch, Rdnr. 20 - Kerckhaert und Morres; Slg. 2007, I-10451 = EuZW 2008, 157 Rdnr. 43 - Columbus Container Services).

[29] Insoweit ist daran zu erinnern, dass Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, wie sie in Art. 293 EG vorgesehen sind, dazu dienen, die negativen Wirkungen, die sich aus dem in der vorstehenden Randnummer dargestellten Nebeneinander nationaler Steuersysteme für das Funktionieren des Binnen-

markts ergeben, zu beseitigen oder abzumildern (EuGH, Slg. 2006, I-10967 = NJW 2007, 50 Rdnr. 21 - Kerckhaert und Morres; Slg. 2007, I-10451 = EuZW 2008, 157 Rdnr. 44 - Columbus Container Services).

2. Jedoch: Gestaltungsspielraum der Mitgliedsstaaten [30] Das Gemeinschaftsrecht schreibt aber bei seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand und in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens in Bezug auf die Beseitigung der Doppelbesteuerung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft keine allgemeinen Kriterien für die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten vor. Dementsprechend ist abgesehen von der Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABIEG Nr. L 225, S. 6), dem Übereinkommen vom 23. 7. 1990 über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen (ABIEG Nr. L 225, S. 10) und der Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3. 6. 2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen (ABIEG Nr. L 157, S. 38) bis heute im Rahmen des Gemeinschaftsrechts keine Maßnahme der Vereinheitlichung oder Harmonisierung zum Zweck der Beseitigung von Doppelbesteuerungstatbeständen erlassen worden (vgl. EuGH, Slg. 2006, I-10967 = NJW 2007, 50 Rdnr. 22 - Kerckhaert und Morres; Slg. 2007, I-10451 = EuZW 2008, 157 Rdnr. 45 - Columbus Container Services).

[31] Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten beim gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts vorbehaltlich dessen Beachtung über eine gewisse Autonomie in diesem Bereich verfügen und deshalb nicht verpflichtet sind, ihr eigenes Steuersystem den verschiedenen Steuersystemen der anderen Mitgliedstaaten anzupassen, um namentlich die sich aus der parallelen Ausübung ihrer Besteuerungsbefugnisse ergebende Doppelbesteuerung zu beseitigen und so in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens die Anrechnung der Erbschaftsteuer zu ermöglichen, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnsitzstaat des Erben entrichtet wurde (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 2007, I-10451 = EuZW 2008, 157 Rdnr. 51 - Columbus Container Services).

[32] Daran ändert auch der von Frau Block in ihren schriftlichen Erklärungen angeführte Umstand nichts, dass § 21 ErbStG günstigere Anrechnungsregeln vorsieht, wenn der Erblasser bei seinem Ableben seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland hatte, weil in einem solchen Fall der Begriff des Auslandsvermögens nach Abs. 2 Nr. 2 dieser Vorschrift weiter gefasst ist als in einem Fall wie dem der Kl. des Ausgangsverfahrens.

[33] Zwar sieht die nationale Regelung, wie die deutsche Regierung und die Kommission in der mündli-

chen Verhandlung bestätigt haben, für den Fall, dass der Erblasser bei seinem Ableben seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland hatte, in Bezug auf die Berechnung der Erbschaftsteuer, die ein inländischer Erbe in Deutschland auf Kapitalforderungen des Erblassers gegen ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Finanzinstitut schuldet, vor, dass die im letztgenannten Mitgliedstaat auf diese Forderungen entrichtete Erbschaftsteuer angerechnet wird, weil letztere in einem solchen Fall nach § 21 II Nr. 2 ErbStG unter den Begriff des Auslandsvermögens fallen.

[34] Auch diese unterschiedliche Behandlung ergibt sich jedoch im Fall des Nachlasses einer Person, die zur Zeit ihres Ablebens ihren Wohnsitz nicht im Inland hatte, daraus, dass der betreffende Mitgliedstaat - wie es ihm nach der in den Rdnrn. 28 bis 31 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung im Rahmen seiner Besteuerungsbefugnisse zusteht -, den Wohnsitz des Gläubigers als Anknüpfungskriterium für die Behandlung des Nachlasses als „Auslandsvermögen“ und demzufolge für die Anrechenbarkeit der in einem anderen Mitgliedstaat entrichteten Erbschaftsteuer in Deutschland gewählt hat.

### III. Kein Schutz vor steuerlichen Nachteilen

[35] Außerdem garantiert der EG-Vertrag nach der

ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs einem Unionsbürger nicht, dass die Verlegung seines Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat als denjenigen, in dem er bis dahin gewohnt hat, steuerneutral ist. Auf Grund der unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich kann eine solche Verlegung für den Bürger je nach dem Einzelfall mehr oder weniger vorteilhaft sein (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 2004, I-7183 = NJW 2005, 656 = EuZW 2004, 603 Rdnr. 34 - Lindfors; Slg. 2005, I-6421 = NJW 2005, 2763 = EuZW 2005, 503 Rdnr. 45 - Schempp).

[36] Deshalb ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass die Art. 56 und 58 EG dahin auszulegen sind, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, nach der bei der Berechnung der Erbschaftsteuer, die von einem Erben mit Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat auf Kapitalforderungen gegen ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Finanzinstitut geschuldet wird, die in dem anderen Mitgliedstaat entrichtete Erbschaftsteuer auf die im erstgenannten Mitgliedstaat geschuldete Erbschaftsteuer nicht angerechnet wird, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Ablebens seinen Wohnsitz im erstgenannten Mitgliedstaat hatte.

## Standort: Art. 103 II GG

## Problem: Bestimmtheit von Strafnormen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 07.10.2008  
2 BvR 1101/08 (NVWZ 2009, 239)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG entnimmt Art. 103 II GG einen strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, der den Gesetzgeber verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Bürger zu erkennen sind und sich ihm durch eine Parallelwertung in der Laiensphäre erschließen. Einfacher formuliert: Es muss bereits aus dem Gesetz für jedermann klar ersichtlich sein, was strafbar ist und welche Sanktionen drohen. Je gravierender die Strafandrohung, umso strenger sind die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes.

§§ 184d StGB, 297 EGStGB sanktionieren die Ausübung der Prostitution, wenn diese durch eine Rechtsverordnung verboten wird. Fraglich war nun, ob der Gesetzgeber mit dem Verweis auf eine Rechtsverordnung den o.g. Anforderungen noch genügt, oder ob er unzulässigerweise die Bestimmung des strafbaren Verhaltens auf die Verwaltung (Verordnungsgeber) überträgt. Im konkreten Fall verbot es § 1 der SperrgebietsVO BW, in einer baden-württembergischen

Gemeinde mit nicht mehr als 35.000 Einwohnern beharrlich der Prostitution nachzugehen.

Das BVerfG hält §§ 184d StGB, 297 EGStGB für verfassungsgemäß. Das strafbare Verhalten ergebe sich hinreichend klar aus § 297 StGB, die Sanktion hinreichend klar aus § 187d StGB. Für den Bürger verbliebe allein die Ungewissheit, ob in seiner Gemeinde eine Rechtsverordnung existiere, welche die Prostitution verbiete. Eine entsprechende Erkundigungspflicht sei ihm zuzumuten, denn der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gebiete es nicht, dass das Strafgesetz Informationen darüber vermittele, wie sich der Bürger Kenntnis über das Vorliegen seiner Tatbestandsmerkmale verschaffen könne.

### Prüfungsrelevanz:

Der aus Art. 103 II GG abzuleitende Bestimmtheitsgrundsatz verdrängt für repressive Normen den allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz. Während letzterer als Schranken-Schranke zu prüfen ist (ein die Grundrechte beschränkendes Gesetz muss seinerseits bestimmt genug sein), handelt es sich bei Art. 103 II GG um ein „grundrechtsgleiches Recht“, welches selbst mittels Verfassungsbeschwerde über Art. 93 I

Nr. 4a GG eingeklagt werden kann.

**Vertiefungshinweise:**

- Grundlegend zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz: BVerfG, NJW 1976, 1443; NJW 1978, 933; NJW 1981, 1087
- Insbesondere: Zulässigkeit von Verweisen auf Rechtsverordnungen: BVerfG, NJW 1962, 1339; NJW 1968, 1515; NJW 1987, 3175
- Sperrgebietsverordnung nach Art. 297 I 1 Nr. 3 EGStGB: BVerwG, NVwZ 2005, 597; VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 470; NVwZ-RR 1990, 472; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2006, 611

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Es verstößt nicht gegen Art. 103 II GG, dass gem. § 184d StGB i.V. mit Art. 297 EGStGB und § 1 BadWürttSperrgebietsVO bestraft wird, wer in einer baden-württembergischen Gemeinde mit nicht mehr als 35.000 Einwohnern beharrlich der Prostitution nachgeht.**
- 2. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG erfordert nicht, dass eine Strafnorm Informationen darüber vermittelt, wie sich der Bürger Kenntnis über das Vorliegen ihrer Tatbestandsmerkmale (hier: Einwohnerzahl einer Gemeinde) verschaffen kann.**

**Sachverhalt:**

Der Bf. wandte sich gegen eine strafrechtliche Verurteilung nach §§ 184d, 27 StGB und mittelbar gegen die dieser Verurteilung zu Grunde liegenden Rechtsnormen.

Mit Berufungsurteil vom 18. 7. 2007 hat das LG Stuttgart gegen den Bf. wegen Beihilfe zur Ausübung der verbotenen Prostitution in sechs Fällen eine Gesamtgeldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 20 Euro verhängt. Der Bf. habe die Ausübung der Prostitution durch die Mitangeklagte L in seiner Wohnung in K. in sechs Fällen gefördert, wobei er damit gerechnet und es billigend in Kauf genommen habe, einem Verbot zuwiderzuhandeln. Da es sich bei K. um eine Stadt mit weniger als 35000 Einwohnern handle, sei es tatsächlich nach § 1 der Verordnung der Landesregierung über das Verbot der Prostitution vom 3. 3. 1976 (GBl. S. 290) i.V. mit Art. 297 EGStGB für das ganze Gebiet der Gemeinde verboten gewesen, der Prostitution nachzugehen. Über dieses Verbot habe sich der Bf. aus gefestigter Gleichgültigkeit immer wieder unbeirrt hinweggesetzt.

Die Revision des Bf. wurde durch Beschluss des OLG Stuttgart vom 11. 4. 2008 gem. § 349 II StPO als unbegründet verworfen. Mit der Verfassungsbeschwerde rügte der Bf. vergeblich - unter anderem - die Verletzung von Art. 103 II GG.

**Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93a II BVerfGG nicht vorliegen. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde, der keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte angezeigt (vgl. BVerfGE 90, 22 [24ff.] = NJW 1994, 993; BVerfGE 96, 245 [248ff.] = NJW 1998, 443). Sie ist unbegründet.

Es ist nach Art. 103 II GG nicht zu beanstanden, dass gem. § 184d StGB i.V. mit Art. 297 EGStGB und § 1 der baden-württembergischen Verordnung der Landesregierung über das Verbot der Prostitution bestraft wird, wer in einer baden-württembergischen Gemeinde mit nicht mehr als 35 000 Einwohnern beharrlich der Prostitution nachgeht (vgl. auch Beschl. des Vorprüfungsausschusses des BVerfG, NJW 1985, 1767 = NStZ 1985, 131).

*A. Strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz*

Art. 103 II GG enthält einen strikten Bestimmtheitsgrundsatz. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 41, 314 [319] = NJW 1976, 1443; BVerfGE 47, 109 [120] = NJW 1978, 933; BVerfGE 55, 144 [152] = NJW 1981, 1087). Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Es geht einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Dieser muss prinzipiell schon anhand der gesetzlichen Regelung voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist; in Grenzfällen geht er dann, für ihn erkennbar, das Risiko einer Bestrafung ein (vgl. z.B. BVerfGE 47, 109 [120f.] = NJW 1978, 933; BVerfGE 48, 48 [56] = NJW 1978, 1423; BVerfGE 55, 144 [152] = NJW 1981, 1087). Art. 103 II GG hat insofern freiheitsgewährleistende Funktion. Andererseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen (vgl. BVerfGE 47, 109 [120] = NJW 1978, 933).

*B. Zulässigkeit von Verweisen auf Rechtsverordnungen*

Es ist dem Gesetzgeber danach zwar nicht ausnahmslos verwehrt, die nähere Bestimmung der Voraussetzungen strafbaren Handelns durch Erteilung einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Verordnungsermächtigung der Exekutive zu über-

lassen. Über die Anforderungen des Art. 80 I 2 GG hinaus ist in einem solchen Fall aber nach Art. 103 II GG zu beachten, dass in jedem Fall die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon auf Grund des Gesetzes, nicht erst auf Grund der hierauf gestützten Verordnung voraussehbar sein müssen (BVerfGE 14, 174 [185f.]; 75, 329 [342]). Insbesondere beim Erlass einer Strafvorschrift, die Freiheitsstrafe androht, hat der Gesetzgeber - auch in Anbetracht von Art. 104 I 1 GG - mit hinreichender Deutlichkeit selbst zu bestimmen, was strafbar sein soll, sowie Art und Maß der Freiheitsstrafe im förmlichen Gesetz festzulegen, und zwar um so genauer und präziser, je schwerer die angedrohte Strafe ist (vgl. BVerfGE 75, 329 [342]). Wird der Straftatbestand eines Blankettstrafgesetzes also nicht durch ein anderes förmliches Gesetz ergänzt, sondern durch eine Rechtsverordnung, so müssen zugleich die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Strafe entweder im Blankettstrafgesetz selbst oder in einer anderen gesetzlichen Vorschrift, auf die das Blankettstrafgesetz Bezug nimmt, hinreichend deutlich umschrieben werden. Dem Ordnungsgeber dürfen lediglich gewisse Spezifizierungen des Straftatbestandes überlassen werden (vgl. BVerfGE 14, 174 [185ff.]; 23, 265 [269]; 75, 329 [342]).

### C. Subsumtion

#### I. Verweistchnik

Gemessen daran ist zunächst die Regelungstechnik des § 184d StGB, nach der die Strafbarkeit von der Zuwiderhandlung gegen ein Verbot abhängt, welches sich erst aus einer auf gesonderter gesetzlicher Ermächtigung beruhenden Rechtsverordnung ergibt, nicht zu beanstanden.

Art und Maß der Strafe (Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe) sind in § 184d StGB abschließend festgelegt. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit sind jedenfalls im Zusammenspiel mit der ebenfalls formell-gesetzlichen Regelung des Art. 297 EGStGB für den Normadressaten voraussehbar. Als objektive Tatbestandsmerkmale enthält § 184d StGB das Bestehen eines gebietsbezogenen Verbotes auf Grund einer Rechtsverordnung, die Ausübung der Prostitution sowie die „Beharrlichkeit“ des Verstoßes, als subjektives Merkmal Vorsatz, der auch bezüglich des Bestehens eines Verbotes gegeben sein muss (vgl. Hörnle, in: MünchKomm-StGB, 2005, § 184d Rdnrn. 3ff.). Art. 297 EGStGB erlaubt es dem Normadressaten, sich über die Voraussetzungen Gewissheit zu verschaffen, unter denen der Erlass einer Sperrgebietsverordnung überhaupt in Betracht kommt; soweit hier von Interesse, ist aus Nr. 1 der Vorschrift klar ersichtlich, dass in Gemeinden mit nicht mehr als 50 000 Einwohnern ein solches Verbot im ganzen Gemeinde-

gebiet bestehen kann. Der Spielraum der Exekutive, von der Ermächtigung zum Erlass von Sperrgebietsverordnungen für Gemeinden bis 50000 Einwohnern überhaupt Gebrauch zu machen und gegebenenfalls die Gemeinden, in denen das Verbot gelten soll, näher zu bestimmen, hält sich in den Grenzen dessen, was noch als „gewisse Spezifizierung“ eines formell-gesetzlich bereits weitgehend umschriebenen Straftatbestandes gelten kann.

#### II. „Einwohner“

Der in Art. 297 EGStGB und der baden-württembergischen Sperrgebietsverordnung verwendete Ausdruck „Einwohner“ ist hinreichend bestimmt. Dass der Begriff der Auslegung bedarf, weil er sich dem Wortlaut nach sowohl auf sämtliche Einwohner einer Gemeinde beziehen lässt als auch einschränkend nur auf diejenigen mit dort gelegenen alleinigem Wohnsitz oder Hauptwohnsitz, ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Jedenfalls das Risiko einer Strafbarkeit war im Grenzfall - also im Fall einer Gemeinde, deren Anzahl an Einwohnern nur bei Berücksichtigung auch der Zweitwohnsitzinhaber 50000 bzw. 35000 übersteigt - bereits vor Ergehen des insofern Klarheit schaffenden Urteils des BVerwG vom 20. 11. 2003 (NVwZ 2004, 743) deutlich erkennbar. Dem Wortlaut des Art. 297 I Nr. 1 EGStGB - „für das ganze Gebiet einer Gemeinde“ - kann auch nicht entnommen werden, dass der Ordnungsgeber die betreffenden Gemeinden konkret aufzählen müsste, anstatt sie (wie in § 1 der angegriffenen Sperrgebietsverordnung) abstrakt-generell nach Einwohnerzahl zu bestimmen. Entgegen der Auffassung des Bf. ist es nach dem Bestimmtheitsgrundsatz schließlich nicht erforderlich, dass eine strafrechtliche Norm Informationen darüber vermittelt, auf welche Weise sich der Normadressat Kenntnis vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Norm (hier: Einwohnerzahl einer Gemeinde) verschaffen kann.

#### III. „Beharrlichkeit“

Auch der Begriff der „Beharrlichkeit“ in § 184d StGB ist zwar auslegungsbedürftig, aber keinesfalls so weit und unklar, dass er verfassungsrechtlich keinen Bestand haben könnte. Beharrlichkeit wird in Rechtsprechung und Lehre definiert als besondere Hartnäckigkeit und damit gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem bestehenden Verbot, so dass jedenfalls ein nur einmaliger Verstoß nicht zur Strafbarkeit führen kann (vgl. nur Lenckner/Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. [2006], § 184d Rdnr. 5; Fischer, StGB, 55. Aufl. [2008], § 184d Rdnr. 5). Das ist nachvollziehbar und entspricht einem alltäglichen Sprachgebrauch, so dass auch in diesem Punkt das Risiko der Strafbarkeit aus Sicht des Normadressaten ausreichend deutlich zu erkennen ist.

**Standort: Waffenrecht****Problem: Unzuverlässigkeit**

BVerwG, BESCHLUSS VOM 21. 7. 2008  
3 B 12/08 (NVwZ 2009, 398)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Beschluss des BVerwG ging es um die Frage, ob und wann eine Person im waffenrechtlichen Sinne "unzuverlässig" ist. Konkret sollte dem Kl. der Jagdschein entzogen werden, weil er einen Bankrott (§ 283 StGB) hingelegt hatte und deshalb zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen verurteilt worden war. Der Kl. meint, diese Straftat habe keinerlei Bezug zum Waffenrecht und sage daher über seine Zuverlässigkeit nichts aus.

Dem tritt das BVerwG entgegen. Die waffenrechtliche (Un-)zuverlässigkeit ist in § 5 WaffG geregelt, auf den § 17 I 2 BJagdG verweist. In § 5 II Nr. 1a WaffG ist geregelt, dass Personen in der Regel unzuverlässig sind, die wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Strafe von mindestens 60 Tagessätzen verurteilt worden sind. Dass die strafrechtliche Verurteilung einen Bezug zum Waffenrecht haben müsse, wie der Kl. meint, steht dort nicht. Im Gegenteil, aus den gesetzgeberischen Motiven und der systematischen Beziehung der Norm zu anderen Regelungen ergebe sich, so das BVerwG, dass dies gerade nicht erforderlich sein soll. Bei waffenrechtlichem Bezug der Straftat greife schon § 5 I WaffG ein, der generell die Unzuverlässigkeit begründe, und nicht, wie § 5 II WaffG, nur in der Regel.

Das BVerwG stellt sodann klar, dass strenge Anforderungen an die Widerlegung der Regelvermutung zu stellen sind: Eine Würdigung der Schwere der konkreten Verfehlung und der Persönlichkeit des Betroffenen, wie sie in seinem Verhalten zum Ausdruck kommt, müsse ergeben, dass er ausnahmsweise nicht unzuverlässig sei. Daran wird man etwa bei einem nicht persönlichkeitsrelevanten Augenblicksversagen denken können.

Abschließend stellt das BVerwG fest, dass der Betroffene Einwendungen gegen seine strafrechtliche Verurteilung im Strafprozess geltend machen muss, er im Verwaltungsverfahren über den Entzug seiner waffenrechtlichen Erlaubnis mit derartigem Vorbringen jedoch nicht mehr gehört wird.

**Prüfungsrelevanz:**

Schon immer waren §§ 45 WaffG und 18 BJagdG als *leges speciales* zu §§ 48, 49 VwVfG ein beliebter Prüfungsstoff. Nun ist das Waffenrecht durch die jüngsten Amokläufe in Schulen und Gerichten zusätzlich in den Fokus der Öffentlichkeit geraten. Verschiedene Stellen fordern eine Verschärfung der bestehenden

Gesetze. Auch in der Fachwelt wird dies streitig diskutiert, wodurch die Examensrelevanz der Materie natürlich erhöht wird.

Dass die zur Unzuverlässigkeit führende Verurteilung keinen waffenrechtlichen Bezug haben muss, ist übrigens ein der besonderen Sensibilität des Waffenrechts geschuldeter Umstand. In vielen anderen Rechtsgebieten ist es genau anders. Beispielsweise darf eine Gaststättenkonzession nur aus gewerberechtlichen Unzuverlässigkeitsgründen versagt oder entzogen werden (vgl. §§ 4, 15 GastG). Auch eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis darf nur aus straßenrechtlichen Gründen versagt werden (OVG Münster, RA 2007, 128 = NWVBl 2007, 64).

**Vertiefungshinweise:**

- Entscheidung der Vorinstanz: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2008, 393
- Grundlegend zur Widerlegung der Regelvermutung der waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit: *BVerwG*, NVwZ 1995, 1103
- Widerruf einer nach altem Recht erteilten Waffenbesitzkarte: *BVerwG*, NVwZ 2007, 1201

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"

**Leitsatz:**

**Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, unter welchen Voraussetzungen die Regelvermutung der waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit gem. § 5 II WaffG widerlegt werden kann (BVerwGE 97, 245 [249]), sind nach der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts vom 11.10.2002 (BGBl I, 3970) weiterhin anwendbar.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. wendet sich gegen die Einziehung und Ungültigerklärung seines Jagdscheins. Der Bekl. hat diese Maßnahme auf der Grundlage der §§ 18, 17 I 2 BJagdG i.V. mit § 5 II Nr. 1 lit. a WaffG getroffen, nachdem der Kl. wegen Bankrotts zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 15 Euro verurteilt worden war. Klage und Berufung des Kl. sind erfolglos geblieben. Das BVerwG wies die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurück.

**Aus den Gründen:**

[2] Die Beschwerde des Kl. gegen die Nichtzulassung der Revision in dem angegriffenen Beschluss bleibt ohne Erfolg. Die Rechtssache hat nicht die allein gel-



tend gemachte grundsätzliche Bedeutung i.S. des § 132 II Nr. 1 VwGO.

#### *A. Abweichung von der Regelvermutung*

[3] 1. Der Kl. hält in erster Linie für grundsätzlich klärungsbedürftig, welche Anforderungen an eine Abweichung von der Regelvermutung des § 5 II Nr. 1 WaffG nach der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts vom 11. 10. 2002 (BGBl I, 3970) zu stellen sind. Er ist der Auffassung, diese Frage könne auf Grund der Gesetzesänderung nicht mehr anhand der bisherigen Rechtsprechung beantwortet werden, weil die Regelvermutung nicht mehr an die Verwirklichung spezifischer Delikte anknüpfe.

[4] Dies trifft so nicht zu. Zwar ist der Katalog der Straftaten, an den die Regelvermutung der mangelnden Zuverlässigkeit anknüpft, geändert worden. Es liegt jedoch auf der Hand und bedarf keiner Klärung in einem Revisionsverfahren, dass sich dadurch die Voraussetzungen, unter denen diese Vermutung als widerlegt anzusehen ist, nicht grundlegend geändert haben.

#### *I. Voraussetzungen*

[5] Nach der bisherigen Rechtsprechung kommt eine Abweichung von der Vermutung nur dann in Betracht, wenn die Umstände der abgeurteilten Tat die Verfehlung ausnahmsweise derart in einem milden Licht erscheinen lassen, dass die nach der Wertung des Gesetzgebers in der Regel durch eine solche Straftat begründeten Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Betroffenen bezüglich des Umgangs mit Waffen und Munition nicht gerechtfertigt sind. Erforderlich ist danach eine tatbezogene Prüfung in Gestalt einer Würdigung der Schwere der konkreten Verfehlung und der Persönlichkeit des Betroffenen, wie sie in seinem Verhalten zum Ausdruck kommt (BVerwGE 97, 245 [250] = NVwZ 1995, 1103; BVerwG, Buchholz 402.5 WaffG Nr. 60). Darüber hinaus ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, dass bereits eine einzige Verurteilung wegen einer der in § 5 II Nr. 1 lit. a bis c WaffG genannten Straftaten die Regelvermutung begründet, wenn eine Geldstrafe von mindestens 60 Tagessätzen verhängt worden ist. Die Vermutung kann daher grundsätzlich nicht schon dann entkräftet sein, wenn der Betroffene ansonsten strafrechtlich nicht aufgefallen ist. Der in der früheren Gesetzesfassung zum Ausdruck kommende unmittelbare oder mittelbare Bezug der Straftaten zum Einsatz von Waffen wurde ausdrücklich aufgegeben. Wann die Regelvermutung der Unzuverlässigkeit eingreift, wird nicht mehr vorrangig nach der Art der begangenen Straftat bestimmt, sondern es wird allgemein auf die Rechtsfolgenseite, nämlich auf die Höhe der verhängten Strafe, abgestellt (BT-Dr 14/7758, S. 128). Daher kann ein

Ausnahmefall nicht mehr damit begründet werden, dass die konkrete Straftat keinen Waffenbezug hatte.

#### *II. Übertragbarkeit der Rspr. zum früheren Waffenrecht*

[6] Der gesetzlichen Neuregelung lässt sich nichts dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des Katalogs der Straftaten, die nach § 5 II Nr. 1 WaffG in der Regel zum Verlust der Zuverlässigkeit führen, die grundlegenden Voraussetzungen für die Annahme eines Ausnahmefalls anders als bisher regeln wollte. Insbesondere ergibt sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs kein Anhaltspunkt dafür, dass die durch das Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ bezweckte Vermutungswirkung durch die neu gefassten Vermutungstatbestände abgeschwächt werden sollte; auch ihrer Struktur nach ist die Vorschrift unverändert geblieben (BVerwG, Beschluss vom 27.3.2007 - 6 B 108/06). Die Beibehaltung der Regelungstechnik spricht im Gegenteil dafür, dass der Gesetzgeber an das bisherige Verständnis von einem Ausnahmefall anknüpfen wollte. [...]

#### *B. Keine Einwendungen gegen die strafrechtliche Verurteilung*

[8] 2. Weiterhin möchte der Kl. geklärt wissen, „inwieweit im Verwaltungsverfahren die strafrechtliche Bewertung zu Grunde zu legen ist, oder in einer eigenen Prüfung unter besonderer Betrachtung der Begehungsform und außerhalb des strafbewehrten, abgeurteilten Delikts ersichtliche Gesinnungsmomente“ zu berücksichtigen sind.

[9] Auch diese Frage rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision nach § 132 II Nr. 1 VwGO, weil sie - soweit sie einer generalisierenden Antwort zugänglich ist - bereits höchstrichterlich geklärt ist. Das BVerwG hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Anwendung des Regeltatbestandes des § 5 II WaffG keine Prüfung der Behörde dahingehend erfordert, ob der Betroffene die Straftat tatsächlich begangen hat. Die Behörde darf grundsätzlich von der Richtigkeit der Verurteilung ausgehen und sich auf die Prüfung beschränken, ob das die Verurteilung begründende Verhalten im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen die Annahme der waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit rechtfertigt oder die Regelvermutung auf Grund besonderer Umstände ausnahmsweise ausgeräumt ist. Etwas anderes gilt allenfalls in Sonderfällen, etwa wenn für die Behörde ohne Weiteres erkennbar ist, dass die Verurteilung auf einem Irrtum beruht, oder wenn sie ausnahmsweise in der Lage ist, den Vorfall besser als die Strafverfolgungsorgane aufzuklären (BVerwG, Beschluss vom 27.03.2007 - 6 B 108/06, und BVerwG, Buchholz 402.5 WaffG Nr. 63). Abgesehen von solchen fallübergreifenden Gesichtspunkten handelt es sich bei der Frage, ob ein solcher

Sonderfall vorliegt, wiederum um eine Frage des Einzelfalls, die nicht generell beantwortet werden kann. Jedenfalls zeigt der Kl. in dieser Hinsicht keine weite-

ren, über seinen Fall hinausweisenden Umstände auf, die Gegenstand eines Revisionsverfahrens sein könnten.

### Standort: Bürgerbegehren

### Problem: Klageart; Zulässigkeit

VG GIEßEN, URTEIL VOM 26.09.2008  
8 K 1365/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Gemeindeordnungen der Länder enthalten Vorschriften über Bürgerbegehren und Bürgerentscheide. Durch diese können die Bürger beantragen (Bürgerbegehren), über eine Angelegenheit der Gemeinde selbst entscheiden zu wollen (Bürgerentscheid). Im Detail unterscheiden sich die Vorschriften der einzelnen Bundesländer. Gemeinsam ist ihnen jedoch, dass jedes Bürgerbegehren bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen muss, die von einem gemeindlichen Organ (meistens dem Rat) geprüft werden. Dazu gehören neben Form und Frist eine ordnungsgemäße Begründung, ein nachvollziehbarer Kostendeckungsvorschlag und eine bestimmte Anzahl von unterstützenden Unterschriften (sog. Quorum). Lehnt das die Zulässigkeit prüfende Gemeindeorgan das Bürgerbegehren als unzulässig ab, können die Bürger hiergegen Rechtsbehelfe ergreifen. Streitig ist seit langem, welche Klageart dabei statthaft ist. Hierzu äußert sich das VG Gießen im vorliegenden Urteil:

Das VG hält eine Verpflichtungsklage für statthaft. Dies ist bemerkenswert, weil es sich damit gegen den eigenen Verwaltungsgerichtshof stellt. Der VGH Kassel gilt als Hauptvertreter der Ansicht, die eine Feststellungsklage bevorzugt. Kernproblem ist die Frage, ob die Zulassung bzw. Nichtzulassung des Bürgerbegehrens ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG ist. Dann wäre die Verpflichtungsklage statthaft und die Feststellungsklage nach § 43 II VwGO zu ihr subsidiär.

Eine Ansicht meint, es fehle der Zulassungsentscheidung an der Außenwirkung i.S.d. § 35 VwVfG. Im Rahmen des Bürgerbegehrens ginge es um die Frage, ob die Bürger an Stelle des Rates über eine Angelegenheit der Gemeinde entscheiden dürften. Es handle sich somit um einen innergemeindlichen Kompetenzkonflikt. Die Bürger stünden in dieser besonderen Situation nicht außerhalb der Gemeinde, sondern seien wie ein Gemeindeorgan zu behandeln. Teilweise wird aus dieser Konstruktion sogar der Schluss gezogen, dass es sich um einen Kommunalverfassungsstreit als Klageart sui generis handle, bei der Gemeindeorgane untereinander um ihre Rechte und Pflichten streiten (Nachweise zu allen Ansichten siehe Vertiefungshinweise).

Dem tritt das VG Gießen mit der h.M. entgegen. Gegen die o.g. Ansicht spricht schon, dass die Gemeindeordnungen "Bürger" als zu Kommunalwahlen berechnete Einwohner der Gemeinde definieren, also als Privatpersonen. Ferner hätte allenfalls der Bürgerentscheid die Wirkung eines Ratsbeschlusses; hier geht es aber um die Zulassung des Bürgerbegehrens. Zudem ist nicht jeder, der eine Entscheidung für einen anderen trifft, automatisch dessen Organ (vgl. nur Prokuristen). Feststellungsklage bzw. Kommunalverfassungsstreit wären auch sehr bürgerunfreundlich, weil sie im Ernstfall nicht vollstreckbar wären. Und schließlich sehen die Gemeindeordnungen vor der Klageerhebung nicht selten die Einlegung eines Widerspruchs ausdrücklich vor (vgl. z.B. § 26 GO NRW; anders allerdings der hier einschlägige § 8a HGO), welcher für die Verpflichtungsklage ebenso typisch wie für die Feststellungsklage untypisch ist (vgl. nur § 68 I, II VwGO).

Besonders inkonsequent ist der Standpunkt des VGH Kassel (NVwZ-RR 2000, 451), der zwar auch eine Außenwirkung explizit bejaht, dennoch aber eine Feststellungsklage annimmt. Da das Gericht (a.a.O.) hierzu keine Begründung liefert, liegt die Annahme nicht ganz fern, dass es die Verpflichtungsklage schlicht übersehen hat.

Nach alledem ist es selbst in Hessen in einer Examensaufgabe gut vertretbar, sich für eine Verpflichtungsklage zu entscheiden, zumal das VG Gießen damit nicht allein steht (ebenso z.B. Birkenfeld-Pfeiffer/Gern, KommunalR Hessen, Rz. 294).

#### **Prüfungsrelevanz:**

Dass die Bestimmung der statthaften Klageart die Weichen für die gesamte weitere Prüfung stellt, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Übrigens stellte sich dem VG Gießen ein weiteres Problem: Die Kläger hatten - offenbar in Kenntnis der Rspr. des VGH Kassel - kein Vorverfahren durchgeführt. Eines solchen bedarf es im Fall einer Feststellungsklage nämlich nicht. Anders bei der Verpflichtungsklage, §§ 68 I, II VwGO. Für das VG jedoch kein Problem - es erklärte die Klage kurzehand wegen "rügeloser Einlassung" für zulässig. Diese ungeschriebene Ausnahme von § 68 I 1 VwGO wird in der Rspr. nahezu einhellig anerkannt, in der Lit. hingegen ganz überwiegend abgelehnt, weil § 68 I 2 VwGO die Ausnahmen vom Vorverfahren abschließend regelt und

die Widerspruchsbehörde - nicht das Gericht - Herrin des Vorverfahrens sei. In einer Examensklausur wäre auch dieser Punkt streitig darzustellen gewesen.

Die Ausführungen zur Begründetheit sind auch nicht uninteressant, besonders zu den Anforderungen an eine schlüssige Begründung des Bürgerbegehrens.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Für Außenwirkung und Verpflichtungsklage beim Bürgerbegehren: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2003, 448, 449; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1994, 110; *VGH München*, BayVBl. 2008, 241, 242; *OVG Greifswald*, NVwZ 1997, 306, 307; *VG Hamburg*, NordÖR 2008, 167

□ Gegen Außenwirkung (für Feststellungsklage oder Kommunalverfassungsverstreit) beim Bürgerbegehren: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2000, 451; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1997, 241; *OVG Bautzen*, NVwZ-RR 1998, 253, 254

□ Zur "rügelosen Einlassung": *VG Köln*, RA 2008, 545; *BVerwG*, DVBl 1981, 502

□ Zum Kommunalverfassungsverstreit: *VG Düsseldorf*, RA 2006, 208 = *NWVBl* 2006, 152; *OVG Münster*, RA 2001, 509 = *DVBl* 2001, 1281; RA 2003, 319 = *NVwZ-RR* 2003, 376; *Ehlers*, JuS 1990, 105

□ Zur Abgrenzung von Leistungs- und Feststellungsklage im Kommunalverfassungsverstreit: *VG Sigmaringen*, NVwZ-RR 2005, 428

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Wechselstrominitiative"

#### **Leitsätze:**

**1. Statthafte Klageart für ein Verfahren, das auf die Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens gerichtet ist, ist die Verpflichtungsklage (gegen Hess.VGH, HSGZ 2000, 143).**

**2. Dem gesetzlichen Begründungserfordernis eines Bürgerbegehrens ist bereits dann Genüge getan, wenn die Begründung geeignet ist, über die Abstimmungsfrage zu informieren.**

**3. Auch ein erfolgreicher kassatorischer Bürgerentscheid entfaltet in der Regel Gestaltungswirkungen nur für die Zukunft.**

#### **Sachverhalt:**

Die Beteiligten streiten über die Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens.

Die Kläger zu 1. und 2. sind Vertrauenspersonen und Unterzeichner eines Bürgerbegehrens, das sich gegen einen Beschluss der Gemeindevertretung der Beklagten wendet. Die Klägerin zu 3. ist Unterzeichnerin dieses Bürgerbegehrens.

Am 12.12.2007 fasste die Gemeindevertretung der

Beklagten folgenden Beschluss: „Aufgrund der mehrfachen Erläuterung durch das ASV und den vorliegenden Planunterlagen stimmt die Gemeindevertretung der modifizierten Variante IV (Südumgehung von A-Stadt und A-Stadt-A) als der in den Bau umzusetzenden Linie zu. Das Planfeststellungsverfahren soll gemäß den gültigen Gesetzen betrieben werden. Nach vorliegender Rechtsbeständigkeit soll die Maßnahme schnellstens durch die Hessische Straßen- und Verkehrsverwaltung gebaut werden.“

Gegen diesen Beschluss formierte sich ein Bürgerbegehren. Dieses will erreichen, dass der Beschluss vom 12.12.2007 aufgehoben und stattdessen die Planung der „Südumgehung“ von den Gemeindegremien in Zukunft nicht mehr befürwortet wird. Das Bürgerbegehren wurde am 21.01.2008 bei dem Gemeindevorstand der Beklagten eingereicht und war nach dessen Feststellungen von 1.386 der insgesamt 8.369 Personen, die zum Zeitpunkt der letzten Kommunalwahl am 26.03.2006 im Gemeindegebiet der Beklagten wahlberechtigt waren, ordnungsgemäß unterzeichnet. Zur Begründung enthält es folgende Ausführungen:

„Begründung: Es gibt für den Naturschutz und die Naherholung günstigere Lösungen als die Südumgehung. Für ausführlichere Begründungen beachten Sie bitte Presseartikel, Flugblätter oder die Homepage [www.naturfreunde ...](http://www.naturfreunde...)“

Zur Kostendeckung führt das Bürgerbegehren aus:

„Durch den Bürgerentscheid entstehen der Gemeinde A-Stadt nur unbedeutende Kosten, die im Haushalt bereits gedeckt sind.“

Das Formular, mit dem die Unterstützungsunterschriften für das Bürgerbegehren gesammelt wurden, enthält zudem Namen und Anschrift von drei Vertrauenspersonen.

Der Gemeindevorstand der Beklagten holte zur Frage der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens zwei gutachterliche Stellungnahmen ein. Der Hessische Städte- und Gemeindebund kam in seiner Stellungnahme vom 04.04.2008 zu dem Ergebnis, das Bürgerbegehren erfülle die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen und sei deshalb für zulässig zu erklären. Demgegenüber ging der Landrat des Landkreises F (Kommunalaufsicht) in seiner Stellungnahme vom 10.03.2008 davon aus, das Bürgerbegehren enthalte keine hinreichende Begründung und zudem einen ungenügenden Kostendeckungsvorschlag. Es sei deshalb unzulässig. Die Kläger zu 1. und 2. sowie die dritte Vertrauensperson des Bürgerbegehrens suchten am 01.04.2008 um einstweiligen Rechtsschutz nach. Dieser bezog sich auf die von der Beklagten im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens zum Neubau der Ortsumgehung gegenüber der Anhörungsbehörde abzugebende Stellungnahme. Mit Beschluss vom 16.04.2008 (Az.: 8 L 626/08.GI) gab das erkennende Gericht der Beklagten auf, dieser Stellungnahme eine Mitteilung über das

Bürgerbegehren beizufügen, die über den Gegenstand dieses Bürgerbegehrens, seine Begründung sowie über den Stand des Verfahrens zur Zulassung des Bürgerbegehrens bzw. der Durchführung eines Bürgerentscheids informiere.

In ihrer Sitzung vom 23.04.2008 beschloss die Gemeindevertretung der Beklagten eine Stellungnahme zum Planentwurf, die das Vorhaben unterstützt, und erklärte das Bürgerbegehren für unzulässig. Letzteres teilte der Gemeindevorstand der Beklagten den Vertrauenspersonen des Bürgerbegehrens mit schriftlichem Bescheid vom 28.04.2008 mit.

Am 15.05.2008 haben die Kläger Klage erhoben. Sie beantragen, die Beklagte zu verpflichten, das Bürgerbegehren für zulässig zu erklären.

### **Aus den Gründen:**

#### **A. Zulässigkeit**

Die Klage ist als Verpflichtungsklage statthaft und zulässig.

#### **I. Statthafte Klageart**

##### **1. Verpflichtungsklage**

Das Begehren der Kläger, die Zulassung des von ihnen unterstützten Bürgerbegehrens zu erreichen, ist im Wege der Verpflichtungsklage zu verfolgen, weil die hierzu gemäß § 8b Abs. 4 S. 2 HGO erforderliche Entscheidung der Gemeindevertretung der Beklagten einen Verwaltungsakt darstellt (Ute Spies., Bürgerversammlung, Bürgerbegehren, Bürgerentscheid 1999, S. 253; H. Schmidt., HSGZ 2004, 136, 138; Steinwachs/Zeiss, VR 1998, 203, 208; vgl. ferner VG Gießen, U.v. 11.06.2008 - 8 E 2131/07 -, juris, Rdnr. 21). Durch die Entscheidung der Gemeindevertretung wird gegenüber den Unterstützern des Bürgerbegehrens verbindlich und mit Außenwirkung festgestellt, ob die Voraussetzungen für die Durchführung eines Bürgerentscheids erfüllt sind. Der Beschluss trifft mithin eine Regelung zu einem subjektiv-öffentlichen Recht der Gemeindebürger (vgl. hierzu Hess. VGH, U.v. 28.10.1999 - 8 UE 3683/07 -, HSGZ 2000, 143) und betrifft nicht eine Position des Innenrechts der Gemeinde (eine Verpflichtungsklage bejahen ebenfalls nach Maßgabe des jeweils einschlägigen Landesrechts: OVG NRW, U.v. 05.02.2002 - 15 A 1965/99 -, NVwZ-RR 2003, 448, 449; VGH Bad.-Württ., U.v. 19.04.1993 - 1 S 1076/92 -, NVwZ-RR 1994, 110; Bay. VGH, U.v. 22.06.2007 - 4 B 06.1224 -, BayVBl. 2008, 241, 242; OVG Meckl.-Vorp., B.v. 24.07.1996 - 1 M 43/96 -, NVwZ 1997, 306, 307; VG Berlin, U.v. 26.04.2007 - 2 A 20.07 - juris, Rdnr. 15; VG Hbg., U.v. 20.11.2007 - 13 K 3512/06 -, NordÖR 2008, 167).

##### **2. Keine Feststellungsklage oder Kommunalverfassungsstreit**

Soweit der Hessische Verwaltungsgerichtshof demgegenüber in Streitigkeiten auf Zulassung eines Bürgerbegehrens von einer Feststellungsklage ausgeht (Hess. VGH, U. v. 28.10.1999, a.a.O.), ist dies im Hinblick auf den anzunehmenden Verwaltungsaktscharakter der Entscheidung der Gemeindevertretung nicht überzeugend (vgl. hierzu auch OVG Saarl., U.v. 12.06.2008 -1 A 3/08 -, juris, Rdnr. 93, OVG Rh.-Pf., U.v. 06.02.1996 - 7 A 12861/95 -, NVwZ-RR 1997, 241; Nds. OVG, B.v. 08.12.1997 - 10 M 5396/97 -, juris, Rdnr. 2; Sächs. OVG, B.v. 06.02.1997 - 3 S 680/96 -, NVwZ-RR 1998, 253, 254, die bezogen auf das jeweils einschlägige Landesrecht ebenfalls von einer Feststellungsklage ausgehen, jedoch - anders als der Hessische Verwaltungsgerichtshof - zugleich das Vorliegen eines Kommunalverfassungsstreits bejahen).

#### **II. Vorverfahren**

Der Zulässigkeit der Verpflichtungsklage steht auch nicht das fehlende Vorverfahren entgegen. Denn diese Sachurteilsvoraussetzung war vorliegend entbehrlich, weil sich die Beklagte rügelos zur Sache eingelassen und zu erkennen gegeben hat, an ihrer die Zulassung des Bürgerbegehrens ablehnenden Entscheidung festzuhalten.

#### **B. Begründetheit**

Die Klage ist auch begründet. Die Kläger haben einen Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens durch die Gemeindevertretung der Beklagten, sodass die rechtswidrig erfolgte Ablehnung aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten ist, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen (vgl. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Die Gemeindevertretung der Beklagten hat mit Beschluss vom 23.04.2008 zu Unrecht die Zulassung des streitgegenständlichen Bürgerbegehrens abgelehnt. Das Bürgerbegehren zur Ortsumgehung B 49 A-Stadt ist zulässig.

#### **I. Anspruchsgrundlage**

Ein Bürgerbegehren, das sich wie vorliegend gegen einen Beschluss der Gemeindevertretung wendet, muss gemäß § 8b Abs. 3 S. 1 HGO innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich bei dem Gemeindevorstand eingereicht sein. Es muss die zu entscheidende Frage, eine Begründung und einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten sowie bis zu drei Vertrauenspersonen bezeichnen. Das Bürgerbegehren muss außerdem von mindestens zehn vom Hundert der bei der letzten Gemeindewahl amtlich ermittelten Zahl der wahlberechtigten Einwohner

unterzeichnet sein.

## II. Tatbestand

Diese Voraussetzungen werden sämtlich von dem Bürgerbegehren zur Ortsumgehung B 49 A-Stadt erfüllt.

### 1. Quorum, Form und Frist

Es verfügt mit 1.386 Unterschriften über eine ausreichende Zahl von Unterstützern bei den insgesamt 8.369 Wahlberechtigten zur letzten Gemeindewahl und ist innerhalb der Sechs-Wochen-Frist nach Beschlussfassung der Gemeindevertretung vom 12.12.2007 am 21.01.2008 schriftlich unter Angabe von drei Vertrauenspersonen beim Gemeindevorstand der Beklagten eingereicht worden. Die sechswöchige Ausschlussfrist ist auch gewahrt unter Berücksichtigung des zeitlich früher ergangenen Beschlusses der Gemeindevertretung vom 20.03.1991, mit dem diese sich bereits für die Variante der „Südumgehung“ aussprach. Denn bei der Beschlussfassung vom 12.12.2007 handelt es sich um einen Grundsatzbeschluss, der eine konkrete Planung der Straßenverwaltung zur „Südumgehung“ zum Gegenstand hat und aufgrund neuer Sachdiskussion in der Gemeindevertretung 17 Jahre nach der ersten Beschlussfassung getroffen worden ist. Trotz früherer Befassung der Gemeindevertretung mit einer „Südumgehung“ kann der Beschluss vom 12.12.2007 deshalb Gegenstand eines kassatorischen Bürgerbegehrens sein (vgl. hierzu Hess. VGH, B.v. 13.07.2004 - 8 TG 1067/04 -, HSGZ 2004, 418 ff.).

### 2. Bestimmtheit

Die Zielsetzung des Bürgerbegehrens ist eindeutig erkennbar. Seine Fragestellung ist bestimmt und kann mit einem „JA“ oder „NEIN“ beantwortet werden, sodass für unterschiedliche Auslegungen kein Raum ist. Durch Wiedergabe der Beschlussfassung der Gemeindevertretung vom 12.12.2008 ist auch zweifelsfrei ersichtlich, dass es sich um ein sogenanntes kassatorisches Bürgerbegehren handelt, wobei der zweite Teil der Fragestellung darüber hinaus auf die Verpflichtung der Gemeindegremien abzielt, die Planung der „Südumgehung“ zukünftig nicht mehr zu befürworten.

### 3. Keine Erledigung

Das streitgegenständliche Bürgerbegehren hat zudem

eine wichtige gemeindliche Angelegenheit zum Gegenstand, die sich - entgegen der Auffassung der Beklagten - auch nicht erledigt hat. Das Bürgerbegehren ist nicht durch die tatsächliche Entwicklung überholt, sondern hat nach wie vor einen vollziehbaren Inhalt. Das mit dem Bürgerbegehren verfolgte Ziel einer zukünftigen Nichtbefürwortung der „Südumgehung“ durch die Gemeindegremien kann noch durch einen Bürgerentscheid erreicht werden [wird ausgeführt].

### 4. Begründung

Das Bürgerbegehren ist auch mit einer ausreichenden Begründung versehen. Das Gesetz stellt keine ausdrücklichen Anforderungen für Inhalt und Form der einem Bürgerbegehren beizugebenden Begründung auf. Insbesondere ergibt sich aus dem Gesetz nicht, welchen Umfang und welche Tiefe die geforderte Begründung haben muss. Es entspricht allerdings allgemeiner Auffassung, dass die Begründung dazu dient, über die Abstimmungsfrage zu informieren, und sie es den Bürgern und Unterzeichnern ermöglichen soll, sich mit den Zielen des Bürgerbegehrens und den damit verbundenen Problemen auseinanderzusetzen (vgl. OVG Schl.-Holst., U.v. 19.12.2005 - 2 LB 19/05 -, SchlHA 2006, 322, 323; OVG NW, U.v. 23.04.2002 - 15 A 5594/00 -, NVwZ-RR 2002, 766, 767; VG Bayreuth, U.v. 14.02.2002 - B 2 K 01.951 -, juris, Rdnr. 42), sodass die zur Abstimmung aufgerufenen Bürger sich eine eigene Meinung über den Gegenstand des Bürgerbegehrens bilden können (Foerstemann, Die Gemeindeorgane in Hessen, 6. Aufl., 2002, § 65 Rdnr. 18; Bennemann, in: Kommunalverfassungsrecht Hessen, Bd I., Stand März 2008, HGO, § 8b Rdnr. 92). Dieser Zweckbestimmung wird die vorliegend zu beurteilende Begründung gerecht [wird ausgeführt].

### 5. Kostendeckungsvorschlag

Das Bürgerbegehren war schließlich auch nicht gehalten, einen weitergehenden Kostendeckungsvorschlag zu unterbreiten. Denn mit der durch das Bürgerbegehren angestrebten Ablehnung einer Weiterverfolgung der Planung einer „Südumgehung“ sind für die Beklagte unmittelbar keine Kosten verbunden. Soweit das Bürgerbegehren in diesem Zusammenhang ausführt, durch den Bürgerentscheid entstünden der Beklagten nur unbedeutende Kosten, die im Haushalt bereits gedeckt seien, ist dies rechtlich unschädlich, weil es nicht irreführend ist.

*Zivilrecht***Standort: Mietrecht****Problem: Verstoß gegen ein Verbotsgesetz**

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 17.12.2008  
U (KART) 15/08 (NJW 2009, 1087)

**Problemdarstellung:**

Mit ihrer Klage begehrt die Kl. u.a. die Verurteilung der Bekl. zur Überlassung einer Grundstücksteilfläche, ferner das gerichtliche Verbot an die Bekl., Räumlichkeiten oder Flächen auf dem Grundstück L. in Bad S. an Mitbewerber bzw. Konkurrenzunternehmen der Kl. zu überlassen.

Im vorliegenden Prozess nimmt die Kl. die Bekl. aus einem Mietvertrag in Anspruch, den die Parteien am 14.04.2003 abgeschlossen und - so die Behauptung der Kl. - am 19.05.2005 hinsichtlich der zum Aufstellen eines Verkaufscontainers vermieteten Standfläche von circa 25 qm konkretisiert haben. Der Mietvertrag hat eine knapp einjährige Laufzeit bis zum 31.03.2004, sieht eine jeweils einjährige automatische Vertragsverlängerung für den Fall vor, dass keiner der Vertragspartner dem widerspricht, und räumt der Kl. das Optionsrecht ein, das Vertragsverhältnis drei Mal um jeweils drei Jahre zu verlängern. Der Mietvertrag regelt in § 7 außerdem die Verpflichtung der Bekl., während der Mietdauer kein Konkurrenzunternehmen zu betreiben, sich weder unmittelbar noch mittelbar an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen sowie einem mit der Kl. konkurrierenden Schilderprägeunternehmen Räumlichkeiten oder Flächen auf dem Grundstück zu überlassen. Auf Grund eines Vertrags vom 04.09.2005 hat die Bekl. die von der Kl. in erster Linie in Anspruch genommene Teilfläche ihres Grundstücks an die „W“ - einem Wettbewerber der Kl. - vermietet, die die Fläche ihrerseits zum Betrieb einer Schilderprägestelle untervermietete. Seither werden dort Schilder geprägt.

Das LG hat die Klage mit sämtlichen Anträgen abgewiesen. Dagegen wendet sich die Kl. mit ihrer Berufung ohne Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung hatte das Berufungsgericht im Kern über die Wirksamkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages zu befinden. Zweifelhaft erschien die Wirksamkeit der Einigung wegen des rechtshindernden Einwands des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB.

Ein Verbotsgesetz i.d.S. ist dann gegeben, wenn eine Rechtsnorm i.S.v. Art. 2 EGBGB ein grds. erlaubte Rechtsgeschäft nicht nur wegen der Art und Weise des Zustandekommens untersagt, sondern auch den durch das Rechtsgeschäft angestrebten wirtschaftlichen Erfolg verhindern will (Palandt-Heinrichs, BGB, § 134 Rn 5). Verbotsgesetze betreffen damit Rechtsgeschäfte, die der Betroffene vornehmen kann aber nicht vornehmen darf. In dieser Entscheidung stellte sich ein wettbewerbsrechtliches Problem. In Betracht kam eine Verletzung des § 19 I, IV GWB. Es handelt sich dabei um eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift (GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Ordnungsziffer 74 im Schönfelder). Demnach ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen verboten (§ 19 I GWB), wobei ein Missbrauch insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt (§ 19 IV Nr. 1 GWB). Es war zunächst zu klären, ob es sich bei § 19 I, IV GWB um ein Verbotsgesetz handelt. An dieser Stelle werden natürlich keine tieferen Kenntnisse im Wettbewerbswesen erwartet, insbesondere ist ein Hinweis auf dieses Gesetz innerhalb der Klausur zu erwarten. Entscheidend ist, dass Sie im Klausurfall die ratio legis erforschen. Sinn und Zweck des Gesetzes ist, die Konkurrenzsituation zu schützen. Es soll verhindert werden, dass eine einseitig ausgestaltete Marktlage entsteht, die den Wettbewerb verhindert, ohne dass für diese ein sachlicher Grund besteht. Also sind Mietverträge, die grundsätzlich erlaubte Rechtsgeschäfte gem. §§ 535 ff. BGB darstellen, dann rechtlich zu untersagen, wenn sie im Hinblick darauf geschlossen werden, eine marktbeherrschende Stellung auszunutzen. Also war das Vorliegen eines Verbotsgesetzes zu bejahen.

Das Verbotsgesetz müsste auch verletzt sein. Maßgeblich ist grundsätzlich ein objektiver Verstoß. Dabei ist gleichgültig, ob die Partei schuldhaft gehandelt hat. Anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn Strafgesetze als Verbotsgesetze zu prüfen sind (Palandt-Heinrichs, BGB, § 134 Rn 12a). Im vorliegenden Fall ergab sich ein Verstoß gegen § 19 I, IV Nr. 1 GWB. Zum einen

hatte die Kl. eine marktbeherrschende Stellung inne, da sie die einzige Anbieterin vor Ort innerhalb eines längeren Zeitraumes war. Durch den Mietvertrag der Kl. mit der Bekl. lag auch eine Beeinträchtigung der Wettbewerbmöglichkeit konkurrierender Anbieter vor. Das fragliche Grundstück der Bekl. ist nach den Feststellungen das einzige Grundstück, auf dem ein Konkurrenzbetrieb sinnvoll hätte betrieben werden können. Durch die Abrede im Mietvertrag wurde der Kl. die Möglichkeit verschafft, den Wettbewerb zu verhindern. Dies liegt sowohl an dem vereinbarten Optionsrecht als auch an der weitreichenden Konkurrenzschutzklausel. Beide ermöglichten der Kl., das Grundstück bis mindestens Ende März 2013 für eigene Zwecke zu reservieren. Interessant war die Überlegung, ob wegen dieser beiden Umstände eine Teilnichtigkeit des Vertrages in Betracht kommen könnte, § 139 BGB. Dem trat der erkennende Senat entgegen, weil bereits die Anmietung der Immobilie durch die Kl. als solche die Konkurrenz hindere. Auch eine sachliche Rechtfertigung für die Wettbewerbsbeeinträchtigung war nicht gegeben. Dabei sind die Interessen der widerstreitenden Parteien, der Kl. zum einen und der (potentiellen) Mitbewerber zum anderen vor dem Hintergrund der Freiheit des Wettbewerbs und der Zielsetzung des Kartellgesetzes zu beleuchten. Dem entsprechende Umstände waren zu Gunsten der Kl. nicht ersichtlich. Für diese Wettbewerbsbeeinträchtigung war auch eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich. Dazu hätten im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen dem Kl. einerseits und den betroffenen Konkurrenzunternehmen andererseits vor dem Hintergrund der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts die Aspekte für den Kl. überwiegen müssen (BGH, WuW/E DE-R 2268ff. - Soda-Club II; BGH, WuW/E DE-R 1726ff. - Stadtwerke D).

Die Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Verbotsgesetz gem. § 134 BGB i.V.m. § 19 I, IV GWB konnte hier nur zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen. Grds. macht der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz das Rechtsgeschäft nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Erforderlich ist daher einer Auslegung des Verbotsgesetzes (Palandt-Heinrichs, BGB, § 134 Rn 6). Richtet sich das Verbotsgesetz gegen beide Teile, kann i.d.R. angenommen werden, dass das Rechtsgeschäft nichtig sein soll, da aus der Normrichtung regelmäßig auf den Normzweck geschlossen werden kann (Palandt-Heinrichs, BGB, § 134 Rn 8). Ist demgegenüber das Rechtsgeschäft nur für einen Teil verboten, ist das verbotene Rechtsgeschäft regelmäßig gültig (Palandt-Heinrichs, BGB, § 134 Rn 9). Problematisch war hier, dass erst im Verlauf der Mietzeit die Anforderungen an das Verbotsgesetz erfüllt wurden, d.h. das Rechtsgeschäft war z.Z.

des Vertragsschlusses durch das Verbotsgesetz nicht berührt. Grundsätzlich bestimmt sich die Wirksamkeit eines Vertrags nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Recht. Aber Verbotsgesetze können im Einzelfall auch wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise erfassen, dass diese ex nunc unwirksam werden. Das ist der Fall, wenn das Verbotsgesetz nach seinem Sinn und Zweck die für die Zukunft eintretende Nichtigkeit erfordert. Der von § 19 GWB bezweckte Wettbewerbsschutz bliebe unzureichend, wenn man Dauerschuldverhältnisse wie den in Rede stehenden Mietvertrag nur deshalb von der Nichtigkeitsfolge ausnehmen wollte, weil der Vertrag bei seinem Abschluss noch einen kartellrechtlich unbedenklichen Inhalt hatte. Sinn und Zweck der genannten Kartellrechtsnorm gebieten es vielmehr, einem solchen Vertrag die rechtliche Wirksamkeit zu versagen, sobald sein Inhalt gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt und den freien Wettbewerb in unzulässiger Weise beeinträchtigt.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Rücksichtnahme auf die Belange benachbarter Schilderpräger: *OLG Köln*, NJW 2007, 1215
- Zur Vergabeentscheidung betreffend die für Schilderprägebetriebe geeigneten Gewerbeflächen: *BGH*, NJW-RR 2008, 634 = *NZM* 2008, 208
- Zu Verstößen gegen Verbotsgesetze: *BGH*, RA 2008, 698 = *NJW* 2008, 3355 (Verstoß gegen Art. 1 § 1 I 1 RBERG); *BGH*, RA 2008, 324 (Spielvertrag); *BGH*, RA 2007, 215 (Abtretung); *Beater*, AcP 197, 505; *BGH*, RA 2005, 735 = *NJW* 2006, 45 (Schenkungs); *BGH*, RA 2005, 339 = *NJW* 2005, 1490 (Kauf eines Radarwarngerätes); *Taupitz*, JZ 1994, 221; *Otte*, JA 1985, 192

#### **Kursprogramm:**

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

#### **Leitsätze:**

- 1. Blockiert der Schilderpräger, der sein Gewerbe in den Räumen der örtlichen Kfz-Zulassungsstelle betreibt, durch den Abschluss eines mehrjährigen Mietvertrags das einzige für einen Konkurrenzbetrieb zur Verfügung stehende Grundstück, missbraucht er dadurch i.S. von § 19 I, IV Nr. 1 GWB seine marktbeherrschende Stellung auf dem örtlichen Schilderprägemarkt.**
- 2. Der Kartellrechtsverstoß führt gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Mietvertrags.**
- 3. Ist der Tatbestand des Marktbeherrschungsmissbrauchs erst im Verlaufe der Mietzeit ver-**

### wirklicht worden, führt dies zur Nichtigkeit des Mietvertrags mit Wirkung ex nunc.

#### *Sachverhalt:*

Die Kl. ist eine bundesweit mit rund 150 Filialen tätige gewerbliche Schilderträgerin. Sie betreibt seit dem 01.01.2004 unter anderem eine Schilderprägestelle in den Räumen der dortigen Kfz-Zulassungsstelle in Bad S. Der entsprechende Mietvertrag mit dem Kreis L. datiert vom 30.10. 2003, hat eine fest vereinbarte Laufzeit bis zum 31.12.2008 und sieht eine einjährige Vertragsverlängerung für den Fall vor, dass das Mietverhältnis nicht vorher unter Einhaltung einer neunmonatigen Kündigungsfrist von einer der Vertragsparteien gekündigt wird. Im vorliegenden Prozess nimmt die Kl. die Bekl. aus einem Mietvertrag in Anspruch, den die Parteien am 14.04.2003 abgeschlossen und - so die Behauptung der Kl. - am 19.05.0 2005 hinsichtlich der zum Aufstellen eines Verkaufscontainers vermieteten Standfläche von circa 25 qm konkretisiert haben. Der Mietvertrag hat eine knapp einjährige Laufzeit bis zum 31.03.2004, sieht eine jeweils einjährige automatische Vertragsverlängerung für den Fall vor, dass keiner der Vertragspartner dem widerspricht, und räumt der Kl. das Optionsrecht ein, das Vertragsverhältnis drei Mal um jeweils drei Jahre zu verlängern. Der Mietvertrag regelt in § 7 außerdem die Verpflichtung der Bekl., während der Mietdauer kein Konkurrenzunternehmen zu betreiben, sich weder unmittelbar noch mittelbar an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen sowie einem mit der Kl. konkurrierenden Schilderprägeunternehmen Räumlichkeiten oder Flächen auf dem Grundstück zu überlassen. Auf Grund Vertrags vom 04.09.2005 hat die Bekl. die von der Kl. in erster Linie in Anspruch genommene Teilfläche ihres Grundstücks an die „W“ - einem Wettbewerber der Kl. - vermietet, die die Fläche ihrerseits zum Betrieb einer Schilderprägestelle untervermietete. Die Bekl. räumte die - bis dahin mit eigenen Gerätschaften belegte - Mietfläche am 21.12.2005; am Folgetag wurde ein Verkaufscontainer aufgestellt, in dem seither eine Schilderprägestelle betrieben wird. Mit ihrer Klage begehrt die Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Überlassung dieser - sowie hilfsweise einer anderen, näher bezeichneten - Grundstücksteilfläche, ferner das gerichtliche Verbot an die Bekl., Räumlichkeiten oder Flächen auf dem Grundstück L. in Bad S. an Mitbewerber bzw. Konkurrenzunternehmen der Kl. zu überlassen, sowie schließlich die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl.

Das LG hat die Klage mit sämtlichen Anträgen abgewiesen. Dagegen wendet sich die Kl. mit ihrer Berufung ohne Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Das LG hat die Klage zu Recht mit sämtlichen An-

trägen abgewiesen und angenommen, dass der am 14.04.2003 abgeschlossene Mietvertrag der Parteien gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot insgesamt nichtig (geworden) ist. Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann es dabei auf sich beruhen, ob der Mietvertrag - wie das LG angenommen hat - gegen das kartellrechtliche Boykottverbot des § 21 I GWB verstößt (vgl. dazu Senat, Urt. v. 02.08.2007, VI-U (Kart) 10/07, BeckRS 2007, 19468 m.w. Nachw.). Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB ergibt sich jedenfalls aus dem Umstand, dass der Mietvertrag dem gesetzlichen Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 I, IV Nr. 1 GWB zuwiderläuft. Nach der genannten Vorschrift ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen verboten (§ 19 I GWB), wobei ein Missbrauch insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt (§ 19 IV Nr. 1 GWB).

*A. Voraussetzungen für einen Marktbeherrschungsmissbrauch gem. § 19 I, IV Nr. 1 GWB liegen vor*  
Im Entscheidungsfall liegen die genannten Voraussetzungen eines Marktbeherrschungsmissbrauchs vor.

#### *1. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung als einziger Anbieter auf dem örtl. Markt*

Die Kl. besaß auf dem örtlichen Schilderprägemarkt rund um die Kfz-Zulassungsstelle in Bad S. eine marktbeherrschende Stellung. Das gilt jedenfalls für den Zeitraum zwischen der Eröffnung der eigenen Schilderprägestelle in der Kfz-Zulassungsstelle in Bad S. am 01.01.2004 und der Aufnahme des Betriebs einer konkurrierenden Schilderprägestelle durch den Untermieter der W Ende Dezember 2005. Zumindest über jene Zeitspanne war die Kl. die einzige Anbieterin auf dem örtlichen Schilderprägemarkt und somit ohne Wettbewerber (§ 19 II Nr. 1 GWB).

#### *2. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeit durch den Mietvertrag*

Der Mietvertrag der Kl. vom 14.04.2003 beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Anbieter auf dem genannten Markt in erheblicher Weise. Er hat zur Folge, dass über Jahre hinweg jedweder Wettbewerb auf dem Schilderprägemarkt in Bad S. unterbunden wird.

#### *a. Grundstück der Bekl. ist das einzige in Betracht kommende Grundstück für Konkurrenzbetriebe*

Mit Recht hat das LG angenommen, dass nach dem



Sach- und Streitstand das Betriebsgrundstück der Bekl. der einzige in Betracht kommende Standort für einen Konkurrenzbetrieb zu derjenigen Schilderprägegestelle ist, welche die Kl. in der Kfz-Zulassungsstelle in Bad S. betreibt (Wird ausgeführt; die Ausführungen sind abrufbar unter BeckRS 2009, 05377.)

*b. Mietvertrag verschafft der Kl. die Möglichkeit der Hinderung von Wettbewerb*

Der Mietvertrag vom 14.04.2003 verschafft der Kl. die Möglichkeit, über Jahre das Entstehen von Wettbewerb auf dem örtlichen Schilderprägemarkt rund um die Kfz-Zulassungsstelle in Bad S. zu verhindern. Vermöge des mietvertraglich vereinbarten Optionsrechts und der in § 7 vorgesehenen umfassenden Konkurrenzschutzklausel ist die Kl. in der Lage, das Betriebsgrundstück der Bekl. als die einzige für einen Konkurrenzbetrieb in Betracht kommende Fläche bis mindestens Ende März 2013 für eigene Zwecke zu reservieren und auf diesem Weg jedwede Konkurrenz auf dem Schilderprägemarkt in Bad S. zu unterbinden. Im Ergebnis ist damit zunächst bis zum vereinbarten Ende der Mietzeit der Kl. in den Räumen der Kfz-Zulassungsstelle am 31.12.2008 - mithin für einen Zeitraum von fünf Jahren - ein Wettbewerb auf dem örtlichen Schilderprägemarkt ausgeschaltet. Sollte der Kl. auch die Folgeanmietung der Räumlichkeit in der Zulassungsstelle gelingen, kann sie mit Hilfe des Mietvertrags vom 14.04.2003 diese Monopolstellung anschließend sogar um weitere vier Jahre bis zum 31.03.2013 verlängern. Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass der genannte Mietvertrag die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Schilderprägeunternehmen in massiver Art und Weise - nämlich vollständig und über einen langen Zeitraum - beeinträchtigt.

Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem örtlichen Schilderprägemarkt ergibt sich dabei nicht nur - wie die Kl. im Senatstermin reklamiert hat - aus der in § 7 des Mietvertrags vereinbarten Konkurrenzschutzklausel. Sie besteht vielmehr auch in der Anmietung selbst. Das gilt schon deshalb, weil den Wettbewerbern der Kl. hierdurch ebenfalls ein geeigneter Standort für einen Konkurrenzbetrieb vorenthalten wird. Der Mietvertrag lässt sich deshalb auch nicht in eine kartellrechtlich unbedenkliche Mietkomponente und eine kartellrechtlich zu beanstandende Konkurrenzschutzklausel aufteilen. Die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Schilderprägeunternehmen werden vielmehr durch den Mietvertrag als Ganzes beschränkt.

*3. Keine sachliche Rechtfertigung der Wettbewerbsbeeinträchtigung*

Diese Wettbewerbsbeeinträchtigung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Das ergibt die gebotene Abwägung der

widerstreitenden Interessen der Kl. einerseits und ihrer (potenziellen) Konkurrenten andererseits vor dem Hintergrund der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes (vgl. dazu: BGH, WuW/E DE-R 2268ff. - Soda-Club II; BGH, WuW/E DE-R 1726ff. - Stadtwerke D.). Der Kl. stehen berechnete Belange dafür, den Wettbewerb auf dem örtlichen Schilderprägemarkt über viele Jahre auszuschließen, nicht zur Seite.

Ohne Erfolg macht die Berufung hierzu geltend, durch den Abschluss des Mietvertrags habe im Jahre 2003 lediglich Vorsorge für den Fall getroffen werden sollen, dass die Räumlichkeiten in der Kfz-Zulassungsstelle nicht an die Kl. vermietet werden. Hierdurch wird nämlich nicht in Frage gestellt, dass der Mietvertrag seit Eröffnung der klägerischen Schilderprägegestelle in der Kfz-Zulassungsstelle die vorstehend festgestellte wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfaltet und über viele Jahre das Entstehen von Wettbewerb verhindert, ohne dass die damit verbundene Monopolisierung des örtlichen Schilderprägemarkts durch schutzwürdige Interessen der Kl. gerechtfertigt ist.

Die Rechtslage wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn die Kl. den behaupteten Vertragszweck auch umgesetzt und den Mietvertrag zum Beispiel unter die auflösende Bedingung einer Anmietung von Räumlichkeiten in der Zulassungsstelle gestellt hätte. Dies ist indes nicht geschehen. Die Kl. hat im Gegenteil das Betriebsgrundstück der Bekl. für die Dauer von insgesamt zehn Jahren dem Vermietungsmarkt für Schilderprägebetriebe entzogen und damit jedwede Konkurrenz auf dem örtlichen Schilderprägemarkt unterbunden, obschon sie bereits bei Abschluss des Mietvertrags mit der ernsthaften Möglichkeit rechnen musste, ihr Schilderprägewerbe ab 2004 in den Räumen der Zulassungsstelle ausüben zu können und folglich die von der Bekl. angemietete Fläche zur Ausübung ihres Gewerbes nicht zu benötigen.

*B. Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 19 I, IV Nr. 1 GWB ist Gesamtnichtigkeit gem. § 134 BGB*

Der Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot des § 19 I, IV Nr. 1 GWB führt gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Mietvertrags vom 14.04.2003. Dabei ist unerheblich, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Kartellrechtsnorm - namentlich die Normadressatenschaft der Kl. - erst im Verlauf der Mietzeit dadurch eingetreten ist, dass die Kl. mit Vertrag vom 30.10.2003 Räumlichkeiten in der Kfz-Zulassungsstelle zum Betrieb einer Schilderprägegestelle anmieten und hierdurch ab Januar 2004 eine marktbeherrschende Stellung erlangen konnte.

Zwar bestimmt sich die Wirksamkeit eines Vertrags grundsätzlich nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Recht. Gleichwohl können Ver-

botsgesetze im Einzelfall auch wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise erfassen, dass diese ex nunc unwirksam werden. Das ist der Fall, wenn das Verbotsgesetz nach seinem Sinn und Zweck die für die Zukunft eintretende Nichtigkeit erfordert. Die höchstrichterliche Rspr. hat eine solche Fallkonstellation beispielsweise für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen i.S. von § 1 GWB bejaht, deren Inhalt erst nach der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Normlage gegen das Kartellgesetz verstieß (BGH, NJW 2003, 3055 = WuW/E DE-R 1119ff. - Verbundnetz II m.w. Nachw.). Für den Streitfall kann nichts anderes gelten. Der von § 19 GWB bezweckte Wettbewerbsschutz bliebe unzureichend, wenn man Dauerschuldverhältnisse wie den in Rede stehenden Mietvertrag nur deshalb von der Nichtigkeitsfolge ausnehmen wollte, weil der Vertrag bei seinem Abschluss noch einen kartellrechtlich unbedenklichen Inhalt hatte. Sinn und Zweck der genannten Kartellrechtsnorm gebieten es vielmehr, einem solchen Vertrag die rechtliche Wirksamkeit zu versagen, sobald sein Inhalt gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt und den freien Wettbewerb in unzulässiger Weise beeinträchtigt. Der Mietvertrag der Parteien vom 14.04.2003 ist infolgedessen mit Wirkung vom 01.01.2004 - dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Schilderprägestelle in den Räumen der Kfz-Zulassungsstelle durch die Kl. - unwirksam geworden.

### C. Rechtslage führt zur Klageabweisung

Im Ergebnis führt diese Rechtslage zur Abweisung aller Klageanträge. Die Kl. kann von der Bekl. weder

die mietvertragliche Überlassung näher bezeichneter Teilflächen des Betriebsgrundstücks „L.-Weg ... in Bad S.“ noch verlangen, dass die Bekl. die der W eingeräumte Grundstücksnutzung beendet. Die Bekl. ist der Kl. aus dem Mietvertrag vom 14.04.2003 auch nicht dazu verpflichtet, Teile ihres Betriebsgrundstücks nicht an konkurrierende Schilderprägeunternehmen zu überlassen.

Ebenso wenig ist die Schadensersatzpflicht der Bekl. festzustellen. Es fehlt an der Wahrscheinlichkeit eines ersatzfähigen Schadens der Kl. (vgl. dazu BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830 [832] = BKR 2006, 103 m.w. Nachw.). Bis zum Eintritt der Vertragsnichtigkeit am 01.01.2004 hatte die Kl. von der Bekl. weder die Überlassung der angemieteten Grundstücksteilfläche beansprucht noch irgendeine Verwendung für den Grundstücksteil. Ebenso wenig hatte die Bekl. bis zu diesem Zeitpunkt anderweitig über die von der Kl. gemietete Fläche disponiert. Die Besitzüberlassung an die W erfolgte erst im Dezember 2005. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass der Kl. aus der „Zweitvermietung“ an die W ein ersatzfähiger Schaden entstanden sein könnte.

Damit erweist sich schließlich auch der Hilfsantrag auf Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits als erfolglos. Ungeachtet der Frage, ob eine hilfsweise Erledigungserklärung prozessual überhaupt statthaft ist (vgl. dazu: Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 91a Rdnr. 35 m.w. Nachw.), bleibt der Klageantrag jedenfalls in der Sache erfolglos. Denn die Klage war von Beginn an unbegründet, weshalb im Verlauf des Prozesses keine Erledigung eingetreten ist.

## Standort: Bürgschaft

## Problem: Verzicht auf Einreden gem. § 768 BGB / AGB

BGH, URTEIL VOM 12.02.2009  
VII ZR 39/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Kl. beauftragte die inzwischen insolvente Hauptschuldnerin mit der Ausführung von Hohlräum- und Doppelbodenarbeiten. Nach Ziffer 15.1 des von der Kl. formularmäßig verwendeten Verhandlungsprotokolls war die Hauptschuldnerin verpflichtet, eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 30.000,00 € zzgl. Umsatzsteuer zu stellen. Zu Art und Inhalt der Bürgschaft heißt es dort weiter: "Es hat sich um selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaften einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung (ausschließlich nach unserem Muster) zu handeln." Dem Verhandlungsprotokoll war als Anlage ein Vordruck für die Bürgschaft beigelegt. Die Bekl. stellte der Kl. auf Veranlassung der Hauptschuldnerin eine dementsprechende Bürgschaft über den Höchstbetrag von

15.728,00 € aus. Die Bürgschaftsurkunde enthält gleich wie der Vordruck folgende Regelung: "Auf die Einrede gemäß § 768 BGB, soweit diese nicht den Bestand der Hauptverbindlichkeit oder ihre Verjährung betrifft, sowie die Einrede des § 771 BGB wird verzichtet. Ebenso wird auf das Recht zur Hinterlegung des Bürgschaftsbetrages verzichtet, sowie auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 BGB, es sei denn, die zur Aufrechnung gestellte Forderung ist rechtskräftig festgestellt oder unbestritten."

Weil die Hauptschuldnerin die geschuldeten Werkleistungen nicht fertigstellte, hat die Kl. die Bekl. wegen der Ersatzvornahmekosten auf Zahlung der Bürgschaftssumme von 15.728,00 € im Klagewege in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich - ohne Erfolg - ihre vom Berufungsgericht zugelassene Revision

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung befasst sich mit zwei sehr klausurrelevanten Problemkreisen: Zum einen wird der zulässige Inhalt eines Bürgschaftsvertrages gem. § 765 I BGB problematisiert, zum anderen ist die Teilunwirksamkeit einer Formulklausel nach AGB Gegenstand der Prüfung.

Grundsätzlich war hier die Verpflichtung der Hauptschuldnerin begründet worden, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung beizubringen. Diese Verpflichtung wurde durch die Sicherungsabrede zwischen der Kl. und dem Hauptschuldner begründet. In dem Moment, in dem die Sicherungsabrede unwirksam ist, kann dies der Bürge gem. § 768 BGB auch dem Gläubiger entgegenhalten. Gem. § 768 I 1 BGB kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Hat der Bürge eine Sicherung gewährt trotz Unwirksamkeit der Sicherungsabrede, kann er sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Gläubigers auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen hat. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Akzessorietätsgedankens (vgl. § 767 I 1 BGB), der gewährleistet, dass der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner (BGHZ 153, 311, 316 m.w.N.; 143, 381, 384 f.).

Allerdings griff diese Einrede im vorliegenden Fall nicht durch, weil die Sicherungsabrede insgesamt in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wirksam ist. Nach dem Inhalt der Sicherungsabrede hat die Hauptschuldnerin eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft mit teilweisem Verzicht des Bürgen auf die Einreden gem. §§ 768, 770 II BGB zu stellen.

Das Berufungsgericht hatte sich mit der Wirksamkeit der Klausel auseinander gesetzt und die teilweise Abbedingung des § 768 BGB als unwirksam gem. §§ 310 I 1, 307 BGB erachtet. Daraus folgte sodann die Teilunwirksamkeit der Klausel gem. 306 I, II BGB insoweit, als die Abbedingung des § 768 BGB betroffen war. Hauptargument war, dass in Fällen der formularmäßig vereinbarten Bürgschaften auf erstes Anfordern eine dem entsprechende Klausel nach bestätigter Rechtsprechung unwirksam ist. Die Besonderheit der Bürgschaften auf erstes Anfordern besteht darin, dass der Bürge nach Erfüllung bestimmter formaler Voraussetzungen des Gläubigers ohne Rücksicht auf dessen materielle Berechtigung leisten muss und mit seinen Einwendungen auf den sog. Rückforderungsprozess gem. § 812 I BGB verwiesen wird (Vgl. Palandt-Sprau, BGB, Einf. v. § 765 Rn 14). Die Unwirksamkeit der Klausel ergebe sich daraus, dass auch

für den Rückforderungsprozess die Abbedingung des § 768 BGB gellte und die Bürgschaft sich insoweit einer garantiemäßigen Haftung annähere, die für den Sicherungsgeber noch nachteiliger sein könne als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern.

Der erkennende Senat ließ die Frage der Wirksamkeit der Klausel zu Recht offen, da diese Frage nicht entscheidungserheblich ist. Im Ergebnis führt eine etwaige Nichtigkeit der Abbedingung der Einrede gem. § 768 BGB nicht dazu, dass die Verpflichtung zur Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft gem. §§ 306 I, II BGB unwirksam ist. Dies ergibt sich daraus, dass nach der Rechtsprechung des BGH inhaltlich voneinander trennbare, aus sich heraus verständliche Regelungen in AGB auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen ggf. auch unwirksamen Regelungen stehen. Nur wenn der als wirksam anzusehende Teil im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, BauR 1997, 302, 303).

Genau eine Konstellation der Teilbarkeit der Regelungsgehalte lag hier vor. Die Verzichtserklärungen sind in der Sicherungsvereinbarung nicht enthalten, sondern in dem Muster der Bürgschaftserklärung. Sie sind ein sprachlich und inhaltlich trennbarer Teil des Musters, das wiederum durch den Klammerzusatz "ausschließlich nach unserem Muster" Gegenstand der Sicherungsvereinbarung ist. Auch ist das Gesamtgefüge des Sicherungsvertrages durch den Wegfall des Klauselteils nicht berührt. Die Sicherungsvereinbarung dient dazu, dem als schützenswert anerkannten Interesse des Auftraggebers auf Absicherung des Vertragserfüllungsanspruchs Rechnung zu tragen (vgl. BGHZ 150, 299, 303 f.). Dieses Interesse ist nicht auf eine Vertragsgestaltung fixiert, die dem Bürgen nur teilweise die Einrede nach § 768 BGB gestattet. Die selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft verliert daher ihre Bedeutung für die Vertragsparteien nicht dadurch, dass der Einredeverzicht wegfällt.

**Vertiefungshinweise:**

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

□ Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern: *BGH*, RA

2007, 658; Karst; NJW 2004, 2059; Kupisch, WM 2002, 1626; Hahn, MDR 1999, 839; Michalski; ZBB 1994, 289; Heinsius, Festschrift für Merz; 1992, 177

□ Zur Abgrenzung Bürgschaft / Schuldbeitritt: BGH, RA 2008, 299 = NJW-RR 2008, 1070 (Umdeutung Schuldbeitritt in Bürgschaft)

□ Zur AGB - Kontrolle und Teilnichtigkeit der Klausel: BGH, RA 2008, 459 (Teilnichtigkeit der Schönheitsreparaturklausel); BGH, RA 2007, 396 = NJW 2007, 1809 (Zur Auslegung der Klauseln)

#### **Kursprogramm:**

□ Examenskurs: "Drum prüfe wer für Pappi bürgt"

□ Examenskurs: "Endlich ins Internet"

□ Assessorkurs: "Mit der Forderung Hand in Hand"

#### **Leitsätze:**

**a) Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, diesem eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft nach einem zum Vertrag gehörenden Muster zu stellen, und der in diesem Bürgschaftsmuster erklärte Verzicht des Bürgen auf die Einreden nach § 768 BGB, sind sprachlich und inhaltlich trennbare Teile der Sicherungsvereinbarung, die einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich sind.**

**b) Die Unwirksamkeit der Verpflichtung zum Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung im Übrigen.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Die Kl. beauftragte die inzwischen insolvente I. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) gemäß Auftragschreiben vom 09.07.2003 nach Maßgabe eines zur Vertragsgrundlage erhobenen Verhandlungsprotokolls vom 25.06.2003 als Nachunternehmerin mit der Ausführung von Hohlraum- und Doppelbodenarbeiten an einem Bauvorhaben in B. Nach Ziffer 15.1 des von der Kl. formularmäßig verwendeten Verhandlungsprotokolls war die Hauptschuldnerin verpflichtet, eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 30.000,00 € zzgl. Umsatzsteuer zu stellen. Zu Art und Inhalt der Bürgschaft heißt es dort weiter: "Es hat sich um selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaften einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung (ausschließlich nach unserem Muster) zu handeln."

[2] Dem Verhandlungsprotokoll war als Anlage ein Muster (Vordruck) für die vorerwähnte Vertragserfüllungsbürgschaft beigelegt.

[3] Die Bekl. stellte der Kl. auf Veranlassung der Hauptschuldnerin eine selbstschuldnerische und unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft über den Höchst-

betrag von 15.728,00 €. Die dem Muster der Kl. entsprechende Bürgschaftsurkunde enthält folgende Regelung: "Auf die Einrede gemäß § 768 BGB, soweit diese nicht den Bestand der Hauptverbindlichkeit oder ihre Verjährung betrifft, sowie die Einrede des § 771 BGB wird verzichtet. Ebenso wird auf das Recht zur Hinterlegung des Bürgschaftsbetrages verzichtet, sowie auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § (richtig: §) 770 BGB, es sei denn, die zur Aufrechnung gestellte Forderung ist rechtskräftig festgestellt oder unbestritten."

[4] Weil die Hauptschuldnerin die geschuldeten Werkleistungen zu einem wesentlichen Teil nicht fertigstellte, hat die Kl. die Bekl. wegen der Ersatzvornahmekosten auf Zahlung der Bürgschaftssumme von 15.728,00 € in Anspruch genommen. Trotz der zuletzt unstreitigen Hauptforderung hat die Bekl. die Zahlung verweigert, weil die Sicherungsabrede im Nachunternehmervertrag der Inhaltskontrolle nicht standhalte und deshalb unwirksam sei. Das Landgericht ist dem nicht gefolgt und hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich ihre vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt.

#### **Aus den Gründen:**

[5] Die Revision hat keinen Erfolg.

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

[6] Das Berufungsgericht führt aus, die Bekl. könne der Inanspruchnahme durch die Kl. nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die formularmäßige Sicherungsabrede im Nachunternehmervertrag die Hauptschuldnerin unangemessen benachteilige und deshalb gemäß § 307 BGB insgesamt nichtig sei. Unwirksam sei lediglich der Teilverzicht auf die Einrede des § 768 BGB, was sich indes nicht in entscheidungserheblicher Weise auswirke.

[7] Die in Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls niedergelegte Sicherungsabrede umfasse nach ihrer textlichen Gestaltung die in dem als Anhang beigelegten Bürgschaftsformular enthaltenen Regelungen zu Art und Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung. Dementsprechend seien auch der Verzicht auf die Einreden der Vorausklage nach § 771 BGB und der Aufrechenbarkeit nach § 770 II BGB sowie die teilweise Abbedingung des § 768 BGB Inhalt der Sicherungsvereinbarung zwischen der Kl. und der Hauptschuldnerin geworden. Letzteres halte der Inhaltskontrolle in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit formularmäßig vereinbarter Bürgschaften auf erstes Anfordern nicht stand. Denn die auch für den Rückforderungsprozess geltende Abbedingung des § 768 BGB nähere die Bürgschaft einer

garantiemäßigen Haftung an, die für den Sicherungsgeber noch nachteiliger sein könne als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern. Ob dies zur Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung führe, sei zweifelhaft. Die entsprechende Klausel könnte durch Streichung des den § 768 BGB betreffenden Satzes teilbar sein. Dies bedürfe jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Weil davon auszugehen sei, dass die Parteien des Nachunternehmervertrages in Kenntnis der obigen Zusammenhänge und bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft ohne einen Verzicht auf die Einreden des § 768 BGB vereinbart hätten, müsse die Sicherungsabrede unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu formularmäßig unwirksamen Vereinbarungen über die Stellung von Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern dementsprechend ergänzend ausgelegt werden. Die Hauptschuldnerin habe sich also wirksam verpflichtet, der Kl. eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen. Die Bekl. habe diese Bürgschaft übernommen. Sie habe den Eintritt des Sicherungsfalles und die Höhe der gesicherten Forderung unstreitig gestellt.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

### 1. Einrede des § 768 BGB findet auf die Nichtigkeit der Sicherungsabrede Anwendung

[9] Die Bekl. verteidigt sich gegen die Inanspruchnahme aus der von ihr übernommenen Bürgschaft ausschließlich mit dem Einwand, die der Bürgschaft zugrunde liegende Sicherungsvereinbarung im Nachunternehmervertrag sei insgesamt unwirksam. Das ist grundsätzlich möglich. Dem Bürgen stehen gemäß § 768 I 1 BGB die Einwendungen des Schuldners aus der Sicherungsabrede mit dem Gläubiger zu. Hat der Bürge eine Sicherung gewährt, obwohl die Sicherungsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger unwirksam ist, so kann er sich gegenüber dem Leistungsverlangen des Gläubigers auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede und auf die Einrede des Hauptschuldners berufen, dass der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen zu unterlassen hat. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Akzessorietätsgedankens, der sicherstellen soll, dass der Bürge grundsätzlich nicht mehr zu leisten hat als der Hauptschuldner (BGHZ 153, 311, 316 m.w.N.; 143, 381, 384 f.).

### 2. Einrede gem. § 768 BGB ist vorliegend nicht gegeben

[10] Die von der Bekl. erhobene Einrede ist jedoch unbegründet. Die der Bürgschaft zugrunde liegende Klausel unter Ziffer 15.1 des Nachunternehmerver-

trages ist jedenfalls hinsichtlich der dort niedergelegten Verpflichtung der Hauptschuldnerin wirksam, eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft beizubringen. Nur darauf kommt es für die Entscheidung an.

*a. Auslegung des Sicherungsvertrags, § 133, 157 BGB*  
[11] Zutreffend und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht die Sicherungsvereinbarung im Nachunternehmervertrag dahingehend ausgelegt, dass die Hauptschuldnerin eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft mit teilweiseem Verzicht des Bürgen auf die Einreden nach §§ 768, 770 II BGB zu stellen hatte. Das Erfordernis eines solchen Einredevorzichts ergibt sich aus dem von der Kl. zur Verwendung vorgeschriebenen Bürgschaftsvordruck. Dieses Muster, welches als eine der unter Ziffer 20 des Verhandlungsprotokolls vom 25.06.2003 bezeichneten und dem Vertrag beigefügten Anlagen Bestandteil des Vertrages ist, gehört kraft Bezugnahme in der Bürgschaftsklausel unter Ziffer 15.1 des Verhandlungsprotokolls zum Inhalt der Sicherungsvereinbarung (vgl. BGH, BauR 2005, 539, 540).

### *b. Sicherungsvereinbarung genügt den Bestimmtheitsanforderungen*

[12] Die formularmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingung von der Kl. gestellte Sicherungsvereinbarung ist entgegen der von der Bekl. im Rechtsstreit vertretenen Auffassung nicht intransparent. Die Hauptschuldnerin konnte keinem Zweifel darüber unterliegen, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft nach Maßgabe des zum Vertragsgegenstand erhobenen Musters der Kl. stellen zu müssen. Damit ist zugleich hinreichend bestimmt festgelegt, welcher Art die Bürgschaft zu sein hat. Aus dem Umstand, dass das Muster für die Bürgschaftsurkunde seinem Wortlaut nach einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB enthält, wohingegen der Teil der Sicherungsvereinbarung, der auf das Muster verweist, die Hauptschuldnerin verpflichtet, eine selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen, folgt nichts Gegenteiliges. Beides meint im Ergebnis dasselbe, wie sich zwanglos aus § 773 I Nr. 1 BGB ergibt. Klar und eindeutig ist auch die Regelung des Verzichts auf die Einrede gemäß § 768 BGB. Dass dieser nicht umfassend ist, macht die Regelung ebenso wenig intransparent wie der Umstand, dass der Bestand der Hauptforderung nach dem allgemeinen Grundsatz der Akzessorietät zwischen Bürgschaftsschuld und Hauptschuld Voraussetzung für die Verpflichtung des Bürgen ist.

### *c. Inhalt der Sicherungsvereinbarung ist unbedenklich*

[13] Die Sicherungsvereinbarung ist unbedenklich, soweit sie die Verpflichtung der Hauptschuldnerin

enthält, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Kreditversicherung zu stellen (BGH, Urteil vom 04.07.2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 234 ff.; Urteil vom 20.04.2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499 f. = NZBau 2000, 424 = ZfBR 2000, 477).

*d. Teilbarkeit der Regelungen in der Sicherungsvereinbarung*

[14] Auf die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob die in der Sicherungsvereinbarung enthaltene Verpflichtung, die Bürgschaft mit einem teilweisen Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB zu versehen, unwirksam ist, kommt es nicht an. Denn diese Verpflichtung ist in einer Weise geregelt, die die Wirksamkeit der Verpflichtung, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft zu stellen, unberührt lässt.

*aa. Gesonderte Wirksamkeitsprüfung bei inhaltlich trennbaren und einzeln verständlichen Regelungen*

[15] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen - unwirksamen - Regelungen stehen. Nur wenn der als wirksam anzusehende Teil im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, Urteil vom 10.10.1996 - VII ZR 224/95 m.w.N., BauR 1997, 302, 303 = ZfBR 1997, 73).

*bb. Teilunwirksamkeit der Klausel bzgl. Verzichts auf die Einrede des § 768 BGB*

[16] Nach diesen Grundsätzen hat die Vereinbarung, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft zu stellen, auch dann Bestand, wenn die Verpflichtung, die Bürgschaft mit einem teilweisen Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB zu versehen, unwirksam ist.

*(1) Trennbarkeit zwischen Verpflichtung des Bürgen und Verzichtserklärung*

[17] Entgegen der Auffassung der Revision ist die Sicherungsvereinbarung so formuliert, dass die Verpflichtungen zu den Verzichtserklärungen inhaltlich und sprachlich von der Verpflichtung getrennt sind, eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft zu stellen. Die Verzichtserklärungen sind in der Sicherungsvereinbarung nicht enthalten, sondern in dem Muster der Bürgschaftserklärung. Sie sind ein sprach-

lich und inhaltlich trennbarer Teil dieses Musters, das wiederum durch den Klammerzusatz "ausschließlich nach unserem Muster" Gegenstand der Sicherungsvereinbarung ist.

*(2) Fortfall der Verpflichtung führt nicht zu einer völlig neuen Vertragsgestaltung*

[18] Der Fortfall der Verpflichtung, einen teilweisen Verzicht des Bürgen auf die Einrede gemäß § 768 BGB herbeizuführen, ist nicht von so einschneidender Bedeutung, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss.

[19] Allerdings wird in der Literatur (Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rdn. 129; Jousen in Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., § 17 Nr. 4 VOB/B Rdn. 40; Hildebrandt, BauR 2007, 210 jeweils m.w.N.; a.A. May, BauR 2007, 201) und der Rechtsprechung (LG Hamburg, Urteil vom 03.03.2006 - 420 O 75/04; LG Wiesbaden, Urteil vom 21.03.2007 - 11 O 70/07; jeweils in *ibr-online*; a.A. OLG Frankfurt, Urteil vom 25.03.2008 - 10 U 147/07, veröffentlicht in *juris*, dort Rz. 19 ff.) die Auffassung vertreten, die Gesamtgestaltung der Sicherungsvereinbarung, mit der eine selbstschuldnerische Bürgschaft und der Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB gefordert werden, sei als konzeptionelle Einheit zu verstehen, mit der eine garantieähnliche Haftung des Bürgen verwirklicht werden solle. Es verbiete sich, diese konzeptionelle Einheit dadurch zu zerstören, dass lediglich die Verpflichtung für unwirksam gehalten werde, einen Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB zu verlangen. Diese Auffassung teilt der Senat nicht.

[20] Sie kann sich nicht auf die Entscheidungen des Senats zur Unwirksamkeit von Sicherungsklauseln berufen, in denen geregelt ist, dass ein Bareinbehalt zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann (BGH, Beschluss vom 24.05.2007 - VII ZR 210/06, BauR 2007, 1575, 1576 = NZBau 2007, 583 = ZfBR 2007, 671; Urteil vom 09.12.2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539, 540 = NZBau 2005, 219 = ZfBR 2005, 255; Urteil vom 22.11.2001 - VII ZR 208/00 m.w.N., BauR 2002, 463, 464 f. = NZBau 2002, 151 = ZfBR 2002, 249; ebenso: BGH, Urteil vom 08.03.2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 104). Diese Entscheidungen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Vereinbarung eines an sich unzulässigen Bareinhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers nur dann als wirksam angesehen werden kann, wenn dem Auftragnehmer ein angemessener Ausgleich zugestanden wird (BGH, Urteil vom 05.06.1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27, 30 f.). In einer Regelung, die versucht, diesen Vorgaben gerecht zu werden, liegt eine geschlossene Konzeption. Siche-

rungseinbehalt und Ablösungsrecht sind untrennbar miteinander verknüpft, was zu einer einheitlichen, die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien berücksichtigenden Gesamtbeurteilung des die Sicherungsvereinbarung betreffenden Regelungsgefüges zwingt (BGH, Urteil vom 22.11.2001 - VII ZR 208/00, BauR 2002, 463, 464 f. = NZBau 2002, 151 = ZfBR 2002, 249; Urteil vom 08.03.2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 104). Eine solche konzeptionelle Einheit besteht nicht, wenn die Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft verlangt wird und zudem vorgesehen ist, dass der Bürge auf die Einrede gemäß § 768 BGB teilweise verzichtet. Diese Regelungen sind nicht untrennbar miteinander verknüpft. Die Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft ist - im Gegenteil - gerade ohne den Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB unbedenklich.

[21] Der Annahme einer konzeptionellen Einheit in dem Sinne, dass durch den Wegfall der unwirksamen Vereinbarung der Verpflichtung zum Verzicht des Bürgen auf die Einrede nach § 768 BGB die gesamte Sicherungsvereinbarung fallen müsse, stehen auch die Interessen der Parteien des Bauvertrages entgegen. Die Sicherungsvereinbarung dient dazu, dem allgemein als schützenswert anerkannten Interesse des Auftraggebers auf Absicherung des Vertragserfüllungsanspruchs Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteile vom 18.04.2002 - VII ZR 192/01, BGHZ 150, 299, 303 f., und vom 20.04.2000 - VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499 f. = NZBau 2000, 424 = ZfBR 2000, 477). Dieses Interesse ist nicht auf eine Vertragsgestaltung fixiert, die dem Bürgen nur teilweise die Einrede nach § 768 BGB gestattet. Die selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft verliert demgemäß ihre Bedeutung für die Vertragsparteien nicht dadurch, dass der Ein-

redeverzicht wegfällt. Denn letztlich kommt es dem Auftraggeber bei einer derartigen Sicherungsvereinbarung in erster Linie darauf an, eine Bürgschaft zur Sicherung der Vertragserfüllung zu erhalten. Mag er in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Sicherung abweichend von den gesetzlichen Regelungen durch den teilweisen Verzicht auf die Einrede nach § 768 BGB noch verstärken wollen, so ist die Vereinbarung für ihn und den Auftragnehmer auch dann sinnvoll und gewollt, wenn diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind.

[22] Von ähnlichen Erwägungen beeinflusst ist im Übrigen die Rechtsprechung des Senats, wonach die durch die Unwirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern entstehende Vertragslücke grundsätzlich in der Weise geschlossen werden kann, dass der Auftragnehmer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung verpflichtet ist, eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen (Urteil vom 04.07.2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 234 f.). Sie entkleidet die Sicherungsvereinbarung im Ergebnis von dem Teil, dessen Realisierung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen würde, ohne diesen - ebenso wenig interessengerecht - von der Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungssicherheit vollständig zu befreien.

*e. Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB*

[23] Die Erwägungen unter c) gelten ebenso für den von der Revision allerdings ohnehin nicht mehr aufgegriffenen Einwand, der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 II BGB sei ebenfalls unwirksam.

## Standort: ZPO II

## Problem: Gefahrtragung bei freiwilliger Leistung

BGH, URTEIL VOM 29.01.2009  
III ZR 115/08 (NJW 2009, 1085)

### **Problemdarstellung:**

Zu Bescheiden war die Kostentragung der Parteien hinsichtlich einer übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien. Ursprünglich hatte der Vollstreckungsschuldner eine Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 I i.V.m. § 795 ZPO gegen den Vollstreckungsgläubiger erhoben.

Der Bekl. betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid hins. einer ärztlichen Gebührenforderung i.H.v. 820,77 €. Nachdem die Gerichtsvollzieherin in den PKW des Kl. vollstreckt hatte, überwies der Kl. der Gerichtsvollzieherin unter dem 10.05.2007 unter Angabe des Aktenzeichens und sei-

nes Namens insgesamt 1.500 €. Die Gerichtsvollzieherin, der zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Vollstreckungsaufträge gegen den Kl. vorlagen, verrechnete von diesem Betrag 61 € auf den Vollstreckungsbescheid des Bekl. und den Rest auf Forderungen von Gläubigern, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Anspruch nahmen, deren Geschäftsführer der Kl. war. Auch die Freigabe des gepfändeten Fahrzeugs unterblieb zunächst.

Der Kl. meint, er habe mit seiner Zahlung an die Gerichtsvollzieherin die Forderung erfüllt. Das Amtsgericht hat der Vollstreckungsabwehrklage entsprochen und die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt. Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung in Höhe von 61 € für unzulässig erklärt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Es ver-

trat die Rechtsauffassung, dass der Leistungserfolg der Erfüllung erst eintrete, wenn das Geld endgültig in das Vermögen des Gläubigers gelange. Eine - direkte oder analoge - Anwendung des § 815 III ZPO komme nicht in Betracht. Wegen dieser Frage hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen. Die Revision hatte Erfolg

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat präzisiert die Anforderungen an die Gefahrtragung bei freiwilliger Leistung des Vollstreckungsschuldners.

Zu Recht verneinte der Senat den Eintritt der Erfüllung gem. § 362 BGB allein dadurch, dass der Vollstreckungsschuldner an das Vollstreckungsorgan einen die titulierte Forderung übersteigenden Geldbetrag unter Angabe des Aktenzeichens und des Namens überweist. Zwar ist die Gerichtsvollzieherin gem. §§ 754, 755 ZPO befugt und ggf. auch verpflichtet, Zahlungen in Empfang zu nehmen, dies zu quittieren und ggf. die vollstreckbare Ausfertigung an den Vollstreckungsschuldner herauszugeben. Diese Rechtsstellung beruht jedoch allein auf der hoheitlichen Stellung des Vollstreckungsorgans (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2004, 788; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, Rn 314; Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 754 Rn 2), so dass der Eintritt der Erfüllung gem. §§ 362 II, 185 I BGB nicht durch die Überweisung an das Organ, sondern lediglich in der Bewirkung des Leistungserfolgs gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger begründet sein kann (vgl. BGH, NJW 1999, 210 m.w.N.; MünchKomm-BGB, § 362 Rn 10, 12; Palandt-Grüneberg, BGB, § 362 Rn 2).

Gleichfalls aus nachvollziehbaren Gründen verneinte der erkennende Senat die direkte Anwendung des § 185 III ZPO auf den hier vorliegenden Fall. Gem. § 815 III ZPO gilt die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners, sofern nicht eine Hinterlegung nach § 815 II oder nach § 720 ZPO zu erfolgen hat. Der Inhalt und die Tragweite dieser Fiktion werden in der Rechtsprechung und im Schrifttum streitig diskutiert. Überwiegend wird angenommen, § 815 III ZPO sei eine von § 270 BGB abweichende Regelung über die Gefahrtragung. Komme das vom Gerichtsvollzieher weggenommene Geld vor seiner Ablieferung an den Gläubiger abhanden, trage der Gläubiger die Gefahr. Dies bedeute im Ergebnis, dass er den Schuldner insoweit nicht mehr in Anspruch nehmen könne (vgl. BGH, ZZP 102, 366, 368; MünchKomm-BGB, § 362 Rn 29). Einer anderen Auffassung nach handelt es sich um eine Erfüllungsfiktion mit Auswirkung auf das materielle Recht (Zöller-Stöber, ZPO, § 815 Rn 2). Der erkennende Senat läßt seine Auffassung zu dieser Frage

durchblicken, als er angibt, eher der ersten Auffassung zuzuneigen. Mangels einer Pfändung von Geld im vorliegenden Fall musste diese Frage - da nicht entscheidungserheblich - offengelassen werden.

Der erkennende Senat bejahte jedoch die analoge Anwendbarkeit der Gefahrtragsregel des § 815 III ZPO auf die hier vorliegende Fallkonstellation, nämlich die freiwillige Leistung des Schuldners. Diese Auffassung wurde bereits im Schrifttum zuvor vertreten mit dem Argument, dass die hier vorliegende Interessenlage des Schuldners vergleichbar sei mit der Pfändung von Geld. In beiden Fällen sei das weitere Verfahren dem Einflußbereich des Schuldners entzogen (vgl. Thomas/ Putzo-Hüßtege, ZPO, § 815 Rn 5). Deutlich wird dies insbesondere aufgrund des § 105 GVGA (Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher), wonach dieser den Schuldner ausdrücklich auffordern muss, freiwillig zu leisten. Im Ergebnis müsste dann das Vollstreckungsorgan den Schuldner abraten, freiwillig zu leisten, weil nur so die Gefahrtragung gem. § 815 III ZPO dem direkten Wortlaut ("Wegnahme") nach greift. Die für die Analogie erforderliche Regelungslücke liegt entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts vor. Die Regelungslücke ergibt sich daraus, dass den Bestimmungen der §§ 754, 755 ZPO die ursprüngliche Vorstellung des historischen Gesetzgebers zugrunde liegt, dass der Gerichtsvollzieher als privatrechtlicher Vertreter des Gläubigers handelt (vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Materialien zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1983, S. 440). Demnach war es selbstverständlich, dass eine an den Gerichtsvollzieher bewirkte freiwillige Zahlung im Gefahrenbereich des Gläubigers angekommen war. Insoweit bedurfte es keiner besonderen Regelung im Vollstreckungsrecht, so dass sich keine Unterschiede zwischen der Wegnahme und der freiwilligen Hingabe durch den Schuldner ergaben. Das privatrechtliche Verhältnis zwischen Schuldner und Vollstreckungsorgan entspricht - wie obig dargestellt - nicht mehr dem heutigen Verständnis. Daher ist es gerechtfertigt, im Einklang mit der ursprünglichen Konzeption des historischen Gesetzgebers § 815 III ZPO auch bei freiwilligen Zahlungen des Schuldners entsprechend anzuwenden. Das hat die vollstreckungsrechtliche Folge, dass der Gläubiger in dem fraglichen Umfang die Vollstreckung nicht mehr fortsetzen kann und materiell-rechtlich auf Amtshaftungsansprüche zu verweisen ist.

**Vertiefungshinweise:**

- ❑ Zur Gefahrtragung: *OLG Naumburg*, DGVZ 2000, 36; *AG Bad Homburg*, DGVZ 1991, 122, m.Anm. Geißler, DGVZ 1991, 166; *BGH*, NJW 1990, 2756
- ❑ Zur Vollstreckungsabwehrklage: *BGH*, RA 2005,



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

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

☐ Zur analogen Anwendung des § 767 I ZPO: *BGH*, RA 2007, 603

#### **Kursprogramm:**

☐ *Assessorkurs*: "Kurzfälle zur Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen das bewegliche Vermögen"

☐ *Assessorkurs*: "Der Verzicht"

#### **Leitsatz:**

**Die Bestimmung des § 815 III ZPO ist auf freiwillige Zahlungen des Schuldners an den Gerichtsvollzieher entsprechend anwendbar.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Der Bekl. betrieb wegen einer ärztlichen Gebührenforderung gegen den Kl. die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid vom 03.07.2006 über die Summe von 820,77 €. Die Gerichtsvollzieherin pfändete am 09.03.2007 dessen Pkw BMW 325i und nahm ihn in Gewahrsam. Der Kl. überwies am 10.05.2007 an die Gerichtsvollzieherin unter Angabe des Aktenzeichens des Vollstreckungsbescheids und seines Namens 1.500 €. Die Gerichtsvollzieherin, der zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Vollstreckungsaufträge gegen den Kl. vorlagen, verrechnete von diesem Betrag nur 61 € auf den Vollstreckungsbescheid des Bekl. und den Rest auf Forderungen von drei Gläubigern, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Anspruch nahmen, deren Geschäftsführer der Kl. war. Auch die Freigabe des gepfändeten Fahrzeugs unterblieb zunächst.

[2] Der Kl. hat sich mit seiner Klage gegen die weitere Vollstreckung durch den Bekl. gewandt, weil er mit seiner Zahlung an die Gerichtsvollzieherin dessen Forderung erfüllt habe. Das Amtsgericht hat seiner Vollstreckungsabwehrklage entsprochen. Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung nur in Höhe von 61 € für unzulässig erklärt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, dass der Leistungserfolg der Erfüllung erst eintrete, wenn das Geld endgültig in das Vermögen des Gläubigers gelange. Eine - direkte oder analoge - Anwendung des § 815 III ZPO komme nicht in Betracht. Wegen dieser Frage hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen.

[3] Nach Eingang seiner Revisionsbegründung hat der

Kl. mitgeteilt, der Vollstreckungstitel und der gepfändete Pkw seien zwischenzeitlich an ihn herausgegeben worden. Im Hinblick hierauf hat er den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Bekl. hat sich der Erledigungserklärung angeschlossen. Beide Parteien haben wechselseitige Kostenanträge gestellt.

#### **Aus den Gründen:**

[4] Nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung ist über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden (§ 91a I ZPO). Hiernach hat der Bekl. die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, weil die Klage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses begründet war. Hiervon sind nur die durch die Anrufung des sachlich unzuständigen Landgerichts verursachten Mehrkosten ausgenommen, die dem Kl. zur Last fallen (§ 281 III 2 ZPO).

#### **1. Keine Erfüllung durch die Überweisung an das Vollstreckungsorgan**

[5] Die Gebührenforderung des Bekl. ist allerdings nicht bereits durch die Überweisung des Geldbetrages von 1.500 € auf das Dienstkonto der Gerichtsvollzieherin im Sinn des § 362 BGB insgesamt erfüllt worden. Denn der Leistungserfolg, auf den es maßgeblich ankommt (vgl. *BGH*, NJW 1999, 210 m.w.N.; *MünchKomm-BGB/Wenzel*, 5. Aufl. 2007, § 362 Rn. 10, 12; *Staudinger/Olzen*, BGB, Neubearb. 2006, § 362 Rn. 11; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 362 Rn. 2) ist nur hinsichtlich des an ihn weitergeleiteten Betrags von 61 € eingetreten.

[6] Die Auffassung der Revision, es sei im Sinne des § 362 II BGB erfüllt worden, weil der Kl. vorbehaltlos an die nach §§ 754, 755 ZPO legitimierte und dementsprechend nach § 185 BGB vom Bekl. ermächtigte Gerichtsvollzieherin gezahlt habe, teilt der Senat nicht. Richtig ist zwar, dass der Gerichtsvollzieher aufgrund des Vollstreckungsauftrags nach § 754 ZPO befugt und im gegebenen Fall verpflichtet ist, Zahlungen in Empfang zu nehmen, dies zu quittieren und dem Schuldner, der seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung des Titels herauszugeben, so dass auf der Grundlage dieser Ausfertigung nicht mehr vollstreckt werden kann. Diese Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers beruht aber nicht auf einem bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zum Gläubiger, sondern auf seiner Stellung als auch im Bereich der Entgegennahme freiwilliger Zahlungen hoheitlich handelndes Organ der Zwangsvollstreckung (vgl. *BGH*, Beschluss vom 30.01.2004 - IXa ZB 274/03 - NJW-RR 2004, 788; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, Rn. 314; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 754 Rn. 2; *Musielak/Becker* § 815 Rn. 5; *MünchKomm-ZPO/Heßler*, 3. Aufl. 2007, § 754 Rn. 38 f; *Thomas/Putzo/Hüßtege*,

ZPO, 29. Aufl. 2008, § 754 Rn. 3; Gottwald, Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2002, § 754 Rn. 1; Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. I, 4. Aufl. 2008, § 754 Rn. 1, 7; eingehend zum Ganzen Fahland, ZZZ 92, 432 ff). Zum Eintritt der Erfüllungswirkung muss daher regelmäßig hinzukommen, dass der Gerichtsvollzieher das empfangene Geld oder den Eingang auf seinem Dienstkonto an den Gläubiger weiterleitet. Fehlt es hieran, weil der Gerichtsvollzieher den empfangenen Betrag nicht den vollstreckungsrechtlichen Vorschriften entsprechend verwendet, so dass der Gläubiger hierüber nicht verfügen kann, liegt zwar eine Verletzung von Amtspflichten vor, die dem Gerichtsvollzieher sowohl gegenüber dem Schuldner als auch gegenüber dem Gläubiger obliegen; die beizutreibende Forderung ist jedoch unter solchen Umständen nicht durch Erfüllung erloschen.

### 2. Kein Fall des § 815 III ZPO bei freiwilliger Leistung des Schuldners

[7] Die Vollstreckungsabwehrklage des Kl. war auch nicht nach § 815 III ZPO begründet.

[8] § 815 ZPO befasst sich im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift mit der Verwertung gepfändeten Geldes. Diese gestaltet sich insofern besonders einfach, als es genügt, dass der Gerichtsvollzieher das gepfändete Geld dem Gläubiger "abliefern" (§ 815 I ZPO). Hierbei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt, kraft dessen der Gläubiger - unabhängig von den Regeln der §§ 929 ff BGB - Eigentum erwirbt (vgl. Schuschke/Walker aaO § 815 Rn. 2; Gottwald aaO § 815 Rn. 3; Musielak/Becker aaO § 815 Rn. 2; Zöllner/Stöber, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 815 Rn. 2; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 815 Rn. 15; Brox/Walker aaO Rn. 418).

[9] § 815 III ZPO sieht im Zusammenhang mit gepfändetem Geld vor, dass die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners gilt, sofern nicht - was hier nicht in Betracht kommt - eine Hinterlegung nach Absatz 2 oder nach § 720 ZPO zu erfolgen hat. Inhalt und Tragweite dieser Fiktion werden in der Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedlich bewertet. Überwiegend wird angenommen, § 815 III ZPO sei eine von § 270 BGB abweichende Regelung über die Gefahrtragung: Komme das vom Gerichtsvollzieher weggenommene Geld vor seiner Ablieferung an den Gläubiger abhanden, trage der Gläubiger die Gefahr, was im Ergebnis bedeutet, dass er den Schuldner insoweit nicht mehr in Anspruch nehmen kann (vgl. BGH, Urteil vom 30.01.1987 - V ZR 220/85 - ZZZ 102, 366, 368; MünchKomm-BGB/Wenzel aaO § 362 Rn. 29; Musielak/Becker aaO § 815 Rn. 4; Stein/Jonas/Münzberg aaO § 815 Rn. 16; MünchKomm-ZPO/Gruber aaO §

815 Rn. 13; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009 § 815 Rn. 8; Schuschke/Walker aaO § 815 Rn. 9; Kerwer, in: juris PK-BGB § 362 Rn. 47 f; Wiczeorek/Schütze/Lüke aaO § 815 Rn. 4; Gottwald aaO § 815 Rn. 10; wohl auch BGHZ 140, 391, 394). Dem steht die Auffassung gegenüber, es handle sich um eine Erfüllungsfiktion mit Auswirkungen auf das materielle Recht (HK-ZPO/Kemper, 2. Aufl. 2007, § 815 Rn. 6; Zöllner/Stöber aaO § 815 Rn. 2 unter Bezugnahme auf BGH, WM 1983, 1337, 1338). Der Senat neigt der erstgenannten Auffassung zu, da die Zahlungsfiktion beispielsweise entfällt, wenn die Pfändung aufgehoben wird und der Schuldner sein Geld zurückerhält (vgl. Stein/Jonas/Münzberg § 815 Rn. 16), braucht die Frage jedoch nicht abschließend zu entscheiden, da hier kein Fall vorliegt, in dem Geld gepfändet worden wäre. Auch wenn man berücksichtigt, dass der Kl. unter dem Eindruck der vorangegangenen Pfändung seines Fahrzeugs mit dem Ziel der Aufhebung dieser Pfändungsmaßnahme den in Rede stehenden Geldbetrag auf das Dienstkonto der Gerichtsvollzieherin überwiesen hat, handelt es sich um keine Leistung, an der ein Pfändungspfandrecht entstanden wäre (vgl. Schuschke/Walker aaO § 815 Rn. 11; Musielak/Becker aaO § 815 Rn. 5).

### 3. Gefahrtragung analog § 815 III ZPO bei freiwilliger Leistung

[10] Die Vollstreckungsabwehrklage war aber unter dem Gesichtspunkt einer analogen Anwendung des § 815 III ZPO begründet.

[11] Im Schrifttum wird eine analoge Anwendung des § 815 III ZPO auf Fälle, in denen der Schuldner eine freiwillige Zahlung an den Gerichtsvollzieher vorgenommen hat, weitgehend vertreten. In diesem Zusammenhang wird vor allem betont, die Interessenlage des Schuldners sei mit der bei der Pfändung von Geld vergleichbar. Hier wie dort sei das weitere Verfahren dem Einfluss des Schuldners entzogen (vgl. Musielak/Becker aaO § 815 Rn. 5; Thomas/ Putzo/Hüßtege § 815 Rn. 5; MünchKomm-ZPO/Heßler aaO § 754 Rn. 45; MünchKomm-ZPO/Gruber aaO § 815 Rn. 19; Brox/Walker aaO Rn. 314; Gottwald aaO § 815 Rn. 11; Wiczeorek/Schütze/Lüke aaO § 815 Rn. 20; Fahland aaO S. 453 ff). Es wäre widersinnig, wenn sich der Schuldner nach der in § 105 GVGA ausdrücklich vorgesehenen Aufforderung, freiwillig zu zahlen, das Geld wegnehmen lassen müsse, um nicht das Risiko des Abhandenkommens der geleisteten Beträge übernehmen zu müssen (vgl. Schuschke/Walker aaO § 815 Rn. 11; a.A. Stein/Jonas/Münzberg § 815 Rn. 23; Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann aaO § 815 Rn. 10; Zöllner/Stöber aaO § 755 Rn. 4).

[12] Das Berufungsgericht meint demgegenüber, es fehle an einer für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke, weil die Gefahrtragung allgemein in § 270

BGB geregelt sei und der Gesetzgeber nur in den Fällen des § 815 III ZPO eine Ausnahme vorgesehen habe, wenn der Gerichtsvollzieher im Rahmen der Vollstreckung durch hoheitliches Handeln in die Leistungsabwicklung eingegriffen habe.

[13] Der Senat folgt der dargestellten überwiegenden Meinung. Die Interessenlage des freiwillig (hier: auch zur Aufhebung der Pfändung seines Fahrzeugs) an den Gerichtsvollzieher zahlenden Schuldners ist mit der in § 815 III ZPO geregelten Situation vergleichbar. Das zeigen nicht zuletzt auch Wertungen, die der Bestimmung des § 717 II ZPO entnommen werden können. Hiernach ist der Kl. nach Aufhebung oder Abänderung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils dem Bekl. zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesem nicht nur durch die Vollstreckung, sondern auch durch eine zur Abwendung der Vollstreckung vollzogene Leistung entstanden ist. Es wäre in der Tat schwer einzusehen, weshalb ein Schuldner, nur um die Wirkung des § 815 III ZPO zu erlangen, darum bitten sollte, dass der Gerichtsvollzieher von seinen Zwangsbefugnissen Gebrauch macht.

[14] Der Senat hat auch keine Bedenken, die für einen Analogieschluss erforderliche Regelungslücke anzunehmen. Sie ergibt sich aus den veränderten Anschauungen über die Rolle des Gerichtsvollziehers im Vollstreckungsverfahren. Den Bestimmungen der §§ 754, 755 ZPO liegt die ursprüngliche Vorstellung des historischen Gesetzgebers zugrunde, dass der Gerichtsvollzieher als privatrechtlicher Vertreter des Gläubigers handelt (vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Materialien zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1983, S. 440; Fahland aaO S. 453). Auf dem Boden dieser Auffassung war es selbstverständlich, dass eine an den Gerichtsvollzieher be-

wirkte freiwillige Zahlung im Gefahrenbereich des Gläubigers angekommen war. Insoweit bedurfte es keiner besonderen Regelung im Vollstreckungsrecht. Aus der Befugnis des Gerichtsvollziehers, die geschuldete Leistung anstelle des Gläubigers in Empfang zu nehmen, wurde auch der Wegnahme von Geld im Wege der Pfändung der Charakter einer Zahlung des Schuldners zugemessen, wobei mit der Wegnahme die Gefahr auf den Gläubiger übergehen und namentlich die Anschlusspfändung ausgeschlossen werden sollte (vgl. Hahn aaO S. 454). Nach diesen Vorstellungen ergaben sich im Ergebnis zwischen einer freiwilligen Zahlung des Schuldners und einer Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher keine Unterschiede; die Gleichstellung der erzwungenen mit der freiwilligen Zahlung war das Bild, das der historische Gesetzgeber vor Augen hatte (vgl. Hahn aaO S. 440). Da der Gerichtsvollzieher inzwischen auch im Bereich der Entgegennahme freiwilliger Zahlungen als hoheitlich handelndes Organ verstanden wird (s.o. II 1) und die an den Gerichtsvollzieher bewirkte Zahlung dem Gläubiger nicht (mehr) kraft eines Auftragsverhältnisses zugerechnet werden kann, ist es daher nach Auffassung des Senats gerechtfertigt, im Einklang mit der ursprünglichen Konzeption des historischen Gesetzgebers § 815 III ZPO auch bei freiwilligen Zahlungen des Schuldners entsprechend anzuwenden. Das hat die vollstreckungsrechtliche Folge, dass der Gläubiger in dem fraglichen Umfang die Vollstreckung nicht mehr fortsetzen kann und materiell-rechtlich auf Amtshaftungsansprüche verwiesen ist, die sich in Bezug auf den Bekl. im Hinblick auf die höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtslage auch auf die ihn in diesem Rechtsstreit treffenden Kosten erstrecken.

## Standort: ZPO II

## Problem: Aufrechnung mit Gegenforderung aus § 717 II ZPO

BGH, URTEIL VOM 20.11.2008  
IX ZR 139/07 (WM 2009, 273)

### **Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt die Zahlung von Werklohn. Die Bekl. rechnete gegen diese Klageforderung im Prozess mit einer Schadensersatzforderung auf.

Die Gegenforderung resultiert aus einem weiteren Prozess. Dort nahm die Kl. die Bekl. aus einer weiteren Forderung auf Werklohn in Anspruch. Das Landgericht verurteilte die Bekl. antragsgemäß zur Zahlung i.H.v. 240.000 DM. Zur Abwendung der durch die Kl. eingeleiteten Zwangsvollstreckung entrichtete die Bekl. eine Sicherheitsleistung i.H.v. ca. 111.000 €, davon entfielen ca. 940 € auf Vollstreckungskosten. Dieses erstinstanzliche Urteil hatte keinen Bestand. Es wurde dahingehend abgeändert, dass die Bekl. nur ca.

80.000 € zu entrichten habe.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Bekl. mit dem zuvielgezählten Betrag von ca. 30.000 € sowie mit einem Schadensersatzanspruch i.H.v. ca. 20.000 € aufgerechnet. Dieser Schadensersatzanspruch ergab sich daraus, dass die Bekl. eine Finanzierung i.H.d. zuvielbezählten Betrages sowie in Höhe der Vollstreckungskosten wegen des Überziehungszinses i.H.v. 9,5 % einen Zinsschaden erlitten hat. In Höhe des Betrages von ca. 30.000 € hat die Kl. den Rechtsstreit für erledigt erklärt.

Die Parteien streiten noch um die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch wegen der Finanzierungskosten. Das Landgericht ist von einem Werklohnanspruch der Kl. in Höhe von 49.189,06 € ausgegangen. Abzüglich des erledigten Teils von 30.681,68 € bleibe ein Anspruch von 18.507,39 €,

der durch die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch, der in Höhe von 19.800,55 € bestanden habe, vollständig erfüllt sei; Gleiches gelte für einen Teil der Zinsforderungen. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung aus Rechtsgründen für ausgeschlossen gehalten. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wollen die Bekl. weiterhin die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Die Revision hat Erfolg, führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Rückverweisung an das Berufungsgericht.

#### **Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung befasste sich der erkennende Senat im Kern mit den Anforderungen an die Aufrechnungslage und mit der Rechtswirkung der Aufrechnung.

Gem. § 389 BGB bewirkt die Aufrechnung, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind, d.h. dass die Aufrechnung rückwirkend wirkt und Verzugsfolgen, Vertragsstrafen und Zinsansprüche *extunc* mit der Forderung entfallen (vgl. BGH, NJW-RR1991, 569).

Gem. § 387 BGB muss die Gegenforderung vollwirksam sein, d.h. sie muss fällig und auch durchsetzbar sein (vgl. § 390 BGB). Hier rechnet die Bekl. mit einem Schadensersatzanspruch gem. § 717 II ZPO auf. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass derjenige, der aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Titels in Anspruch genommen worden ist, seine Leistung nach Aufhebung des Titels sogleich zurückerhält. Der Schadensersatzanspruch umfasst nicht nur die erbrachte Leistung, sondern auch weitere Schäden, welche der Schuldner erlitten hat. Der aus der Vollstreckung folgende Schaden soll vollständig aufgrund einer schuldunabhängigen Risikohaftung des Gläubigers ausgeglichen werden (z.B. BGHZ 136, 199; 169, 308, 314 Rn 19). Die Kosten, welche mit der Aufbringung der vorläufigen Leistung i.R.d. Finanzierung verbunden sind, stellen daher grundsätzlich einen zu erstattenden Schaden dar.

Es war zu prüfen, wann diese Forderung durchsetzbar ist. Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, dass die Aufrechnung der Bekl. auf den Zeitpunkt zurückwirke, in dem die Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgte (02.03.1999). Dabei ging das Berufungsgericht davon aus, dass der Anspruch gem. § 717 II ZPO bereits mit der Zahlung der Bekl. entstanden sei und nicht erst mit der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils im Parallelprozess unter dem 17.01.2006.

Der erkennende Senat beurteilte dies aus nachvollziehbaren Gründen abweichend. Durchsetzbar war die

Forderung aus § 717 II ZPO erst vom Erlass des Berufungsurteils vom 17.01.2006 an (vgl. auch BGHZ 136, 199, 201; 169, 308, 312 Rn. 14: "Zur Auslösung der Schadensersatzpflicht genügt die Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils ..."). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Norm: "Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben,...". Dadurch ergibt sich entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts auch kein Wertungswiderspruch in Bezug auf den gleichzeitig entstehenden Bereicherungsanspruch. Die Bekl. könnte nämlich auch kondizieren gem. § 812 I 2 1. Fall BGB, weil durch die Aufhebung des Urteils in zweiter Instanz der Rechtsgrund für die Zuwendung der Vermögensvorteile aus der Sicherheitsleistung nachträglich entfallen ist. Zu beachten ist dabei, dass der

innerhalb der ZPO befindliche materielle Anspruch gem. § 717 II ZPO keine Sperrwirkung entfaltet und daneben im Gutachten insbesondere Ansprüche aus Bereicherungsrecht und Delikt zu prüfen sein können. Allerdings ist auch der bereicherungsrechtliche Anspruch erst dann gegeben, wenn der Leistungszweck als Rechtsgrund entfallen ist. Dieser entfällt erst dann, wenn die Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils erfolgt (Vgl. BGHZ 169, 308) und nicht bereits mit der Zahlung.

Weil die Gegenforderung bestand und diese auch durchsetzbar war, griff der Einwand der Aufrechnung durch. Da die Klageforderung nun unter Zugrundelegung der Auffassung des BGH neu berechnet werden musste, wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und an dieses zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Aufrechnung: *BGH*, RA 2002, 643 = *NJW* 2002, 2865

Zum Schadensersatz gem. § 717 II ZPO: *Saenger*, *JZ* 1997, 222; *BGH*, *MDR* 1983, 221

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"

*Assessorkurs*: "Ärger mit den Akten"

#### **Leitsätze: (der Redaktion)**

**1. Die Aufrechnungslage gem. § 387 BGB setzt voraus, dass die Gegenforderung vollwirksam, d.h. fällig und durchsetzbar, ist.**

**2. Ein Anspruch gem. § 717 II ZPO wird mit der Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidung durchsetzbar.**

**3. Die Aufrechnung tilgt die Forderungen mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt, in dem sich Haupt- und Gegenforderung erstmals aufrechenbar gegen-**

**überstanden.****Sachverhalt:**

[1] Die Kl. verlangt Zahlung von Werklohn. Die Bekl. haben gegen die Klageforderung mit einer Schadensersatzforderung aus § 717 II ZPO aufgerechnet. Mit dieser Forderung hat es folgende Bewandnis: In einem weiteren Prozess (LG Frankenthal 1 HKO 199/97 = Pfälzisches OLG Zweibrücken 8 U 113/06) nahm die Kl. die Bekl. auf Zahlung von Werklohn in Höhe von 240.000 DM in Anspruch. Das Landgericht verurteilte die Bekl. am 02.02.1999 zur Zahlung von 240.000 DM, davon 40.000 DM Zug um Zug gegen Beseitigung bestimmter Mängel. Zur Abwendung der von der Kl. bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung zahlte die Bekl. zu 1 am 02.03.1999 insgesamt 111.114,85 €, davon 941,95 € Vollstreckungskosten. Mit Urteil vom 17.01.2006 wurde das erstinstanzliche Urteil dahingehend abgeändert, dass die Bekl. nur 79.491,22 € zu zahlen habe. Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Bekl. daraufhin - zunächst hilfsweise - mit dem zu viel gezahlten Betrag von 30.681,68 € sowie einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 20.659,33 € aufgerechnet, der sich daraus ergebe, dass sie zur Finanzierung der 31.623,63 € (30.681,68 € Überzahlung sowie 941,95 € Vollstreckungskosten) im Zeitraum vom 03.03.1999 (Zahlung) bis zum 17.01.2006 (Abänderung des erstinstanzlichen Urteils) Überziehungszinsen von 9,5 % p.a. zu zahlen gehabt habe. In Höhe von 30.681,68 € hat die Kl. die Klage daraufhin für erledigt erklärt.

[2] Die Parteien streiten nunmehr nur noch um die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch wegen der Finanzierungskosten. Das Landgericht ist von einem Werklohnanspruch der Kl. in Höhe von 49.189,06 € ausgegangen. Abzüglich des erledigten Teils von 30.681,68 € bleibe ein Anspruch von 18.507,39 €, der durch die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch, der in Höhe von 19.800,55 € bestanden habe, vollständig erfüllt sei; Gleiches gelte für einen Teil der Zinsforderungen. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung aus Rechtsgründen für ausgeschlossen gehalten. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wollen die Bekl. weiterhin die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

**Aus den Gründen:**

[3] Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts**

[4] Das Berufungsgericht hat ausgeführt (OLG-Report Zweibrücken 2008, 86): Der Bekl. zu 1 stehe wegen

der im Parallelprozess zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleisteten Zuvielzahlung kein Anspruch aus § 717 II ZPO auf Ersatz der Finanzierungskosten ("Zinsschaden") zu. Ihre Aufrechnung wirke auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich die beiderseitigen Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüber gestanden hätten. Dies sei der Zeitpunkt der Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gewesen, also der 02.03.1999. Der Anspruch aus § 717 II ZPO auf Rückzahlung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten Betrages sei bereits mit der Zahlung entstanden, nicht erst mit dem Erlass des Berufungsurteils im Parallelprozess. Nur so lasse sich ein Wertungswiderspruch zum gleichzeitig bestehenden Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB vermeiden. Die Kl. sei vom Erhalt der Zahlung an ungerechtfertigt bereichert gewesen, weil insoweit ein Rechtsgrund gefehlt habe. Da die Aufrechnung auf den 02.03.1999 zurückwirke, sei für einen Anspruch auf Ersatz des Zinsschadens kein Raum.

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

[5] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Bekl. zu 1 steht ein zur Aufrechnung gegen die Klageforderung geeigneter Anspruch aus § 717 II ZPO auf Ersatz der Finanzierungskosten zu.

**1. Ratio des § 717 II ZPO**

[6] Gemäß § 717 II ZPO ist der Gläubiger, der aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil die Zwangsvollstreckung betrieben hat, zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der dem Schuldner durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entstanden ist. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass derjenige, der aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Titels in Anspruch genommen worden ist, seine Leistung nach Aufhebung des Titels sogleich zurückhält. Der Schadensersatzanspruch umfasst jedoch nicht nur die erbrachte Leistung, sondern auch weitere Schäden, welche der Schuldner erlitten hat. Der Gläubiger, der aus einem nicht endgültigen Titel vollstreckt, handelt auf eigene Gefahr. Der aus der Vollstreckung folgende Schaden soll vollständig aufgrund einer schuldunabhängigen Risikohaftung des Gläubigers ausgeglichen werden (z.B. BGHZ 136, 199; 169, 308, 314 Rn. 19). Die Kosten, welche mit der Aufbringung der vorläufigen Leistung verbunden sind, stellen daher grundsätzlich einen zu erstattenden Schaden dar.

**2. Keine Rückwirkung der Aufrechnung auf den Zeitpunkt der Zahlung**

[7] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wirkt die von den Bekl. erklärte Aufrechnung nicht auf den

Zeitpunkt der Zahlung zurück.

*a. Wirkung der Aufrechnung gem. § 389 BGB*

[8] Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind (§ 389 BGB). Die Voraussetzungen der Aufrechnungslage ergeben sich aus § 387 BGB. Die Forderung dessen, der die Aufrechnung erklärt, muss durchsetzbar, die Forderung des Aufrechnungsgegners erfüllbar sein.

*b. Erfüllbarkeit der Gegenforderung i.R.d. Aufrechnungslage gem. § 387 BGB*

[9] "Erfüllbar" im Sinne von § 387 BGB ist eine Forderung dann, wenn sie jedenfalls entstanden ist. Gegen eine künftige oder aufschiebend bedingte Forderung kann nicht aufgerechnet werden (BGHZ 103, 362, 367; 160, 1, 6). Die Frage, wann eine Forderung aus § 717 II ZPO in diesem Sinne "erfüllbar" ist, wird - worauf das Berufungsgericht zu Recht hingewiesen hat - in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Dem Wortlaut des § 717 II 1 ZPO nach setzt der Anspruch die Aufhebung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils voraus. Nach Satz 2 des § 717 II ZPO kann der Schadensersatzanspruch jedoch bereits in dem anhängigen Rechtsstreit geltend gemacht werden. Der Bundesgerichtshof hat deshalb in dem vom Berufungsgericht zitierten Urteil vom 21.04.1980 (II ZR 107/79, NJW 1980, 2527 = ZZZP 94 (1981), 444) den Anspruch aus § 717 II ZPO für im laufenden Rechtsstreit erfüllbar und die vom Anspruchsgegner - dem Gläubiger also - erklärte Aufrechnung bereits vor Erlass des aufhebenden oder abändernden Urteils für zulässig gehalten. Das Reichsgericht hat in früheren Entscheidungen ebenfalls die Ansicht vertreten, die Aufhebung oder Änderung des Urteils schaffe den Anspruch nicht, sondern bringe den vorhandenen zur Anerkennung und Feststellung und verschaffe ihm die Möglichkeit der Geltendmachung (RGZ 11, 398, 400; ähnlich RG JW 1906, 719, 720). In einer späteren Entscheidung wird der Anspruch aus § 717 II ZPO allerdings als "aufschiebend bedingt" bezeichnet (RGZ 85, 214, 219). In der Kommentarliteratur wird der Anspruch teils ebenfalls als durch den Erlass des aufhebenden oder abändernden Urteils bedingt bezeichnet (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 717 Rn. 24; Thomas/Putzo, ZPO 29. Aufl. § 717 Rn. 11); überwiegend heißt es schlicht, der Anspruch entstehe erst mit der Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Titels (z.B. Münch-Komm-ZPO/Krüger, ZPO 3. Aufl. § 717 Rn. 14; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 66. Aufl. § 717 Rn. 6; Wieczorek/Heß, ZPO 3. Aufl. § 717 Rn. 31; Schuschke in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz 4. Aufl. § 717 Rn. 8;

Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht 10. Aufl. S. 168; ebenso OLG Koblenz MDR 1957, 427).

*c. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung i.R.d. Aufrechnungslage gem. § 387 BGB*

[10] Im Ergebnis kommt es auf diese Frage jedoch nicht an. Aufgerechnet hat nicht die Kl. Die Aufrechnung ist vielmehr von den Bekl. erklärt worden. Nach § 387 BGB muss die Forderung dessen, der aufrechnet, durchsetzbar sein. Er muss die ihm gebührende Leistung fordern können. Durchsetzbar war die Forderung aus § 717 II ZPO erst vom Erlass des Berufungsurteils vom 17.01.2006 an (vgl. auch BGHZ 136, 199, 201; 169, 308, 312 Rn. 14: "Zur Auslösung der Schadensersatzpflicht genügt die Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils ..."). Die von den Bekl. erklärte Aufrechnung kann allenfalls auf den Zeitpunkt zurückwirken, in dem für sie eine Aufrechnungslage entstand. Dazu musste ihre eigene Forderung aus § 717 II ZPO nicht nur entstanden, sondern auch durchsetzbar sein.

*d. Anspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB*

[11] Neben dem Anspruch aus § 717 II ZPO stand den Bekl. ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) zu. Aber auch dieser Anspruch wurde nicht vor der Aufhebung des landgerichtlichen Urteils am 17.01.2006 durchsetzbar. Die Bekl. haben nicht einfach auf eine nicht bestehende Schuld gezahlt, was sofort einen Anspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB hätte begründen können. Wer Zahlungen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel leistet, will nicht die - von ihm ja bestrittene - Forderung des Gläubigers erfüllen, sondern die mit der Vollstreckung verbundenen Nachteile von sich abwenden (BGHZ 86, 267, 269; BGH, Beschl. v. 25.05.1976 - III ZB 4/76, MDR 1976, 1005; Münch-Komm-ZPO/Krüger, aaO § 708 Rn. 6). Dieser Leistungszweck entfällt erst mit der (rechtskräftigen) Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils (BGHZ 169, 308, 315 Rn. 22; Palandt/Sprau, BGB 66. Aufl. § 812 Rn. 76). Um eine Leistung auf eine aufschiebend bedingte Schuld, die bis zum Eintritt der Bedingung nach § 812 I 1 Fall 1 BGB kondiziert werden könnte, handelt es sich gerade nicht (unrichtig Katins DZWIR 2007, 124).

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

[12] Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 ZPO). Weil die Klageforderung insgesamt - abgesehen nur von den bereits vom Berufungsgericht aberkannten Positionen - neu berechnet werden muss, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-

gericht zurückverwiesen (§ 563 I 1 ZPO). Der Senat weist auf folgenden rechtlichen Gesichtspunkt hin:

[13] Der Kl. stand eine Werklohnforderung von insgesamt 49.195,06 € zu. Auf diese Forderung kann sie Zinsen bis zum 17.01.2006 - dem Entstehen der Aufrechnungslage durch die Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils des Landgerichts im Vorpro-

zess - verlangen; dabei ist der Sicherungseinbehalt zu berücksichtigen. Die Aufrechnung mit dem Anspruch aus § 717 II ZPO, der auch die zur Finanzierung des zuviel gezahlten Betrages erforderlichen Aufwendungen umfasst, wirkt auf das Entstehen der Aufrechnungslage am 17.01.2006 zurück.

#### IMPRESSUM

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

*Strafrecht***Standort: § 246 II StGB****Problem: Anvertrautsein beim Leasingvertrag**

BGH, URTEIL VOM 11.02.2009  
5 STR 11/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte durch einen Strohmann eine GmbH übernommen. Der frühere Inhaber hatte mehrere Fahrzeuge geleast. Die Leasingverträge waren auch übernommen worden. Der Angeklagte führte diese Fahrzeuge in die Ukraine aus und verkaufte sie dort.

Aufgrund dieses Verhaltens wurde der Angeklagte vom Landgericht Berlin wegen veruntreuender Unterschlagung, § 246 I, II StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Unterschlagung, § 246 StGB, hat seit dem 6. StrafRG (1998) erheblich an Examensrelevanz verloren, da er wegen seiner Subsidiarität gegenüber schwerer bestraften Delikten (vgl. § 246 I StGB a.E.) meist hinter den im Examen wichtigeren Delikten wie §§ 242, 263, 249 StGB zurücktritt. Dennoch werden hier zumindest Grundkenntnisse zu den relevanten Problemen des Tatbestandes verlangt einschließlich der Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes des § 246 II StGB.

Gem. § 246 II StGB stellt es eine Qualifikation der Unterschlagung dar, wenn das Tatobjekt dem Täter anvertraut war (sog. "veruntreuende Unterschlagung", vgl. Fischer, § 246 Rn 16; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 295). Anvertraut i.S.v. § 246 II StGB ist die Sache dann, wenn sie dem Täter mit der Maßgabe überlassen wurde, mit ihr nur im Interesse des Anvertrauenden zu verfahren, d.h. sie nur zu einem bestimmten Zweck zu verwenden und sie ggf. zurückzugeben (BGHSt 9, 90; Fischer, § 246 Rn 16; Krey/Hellmann, BT II, Rn 296). Einen klassischen Fall des Anvertrautseins stellt der Mietvertrag dar, bei dem die Mietsache dem Mieter vom Vermieter anvertraut wird (BGHSt 9, 90; Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn 29; Rengier, BT I, § 5 Rn 25). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass ein solches Anvertrautsein auch beim Leasingvertrag gegeben ist, was angesichts der großen zivilrechtlichen Nähe von Miet- und Leasingvertrag (vgl. hierzu BGH, NJW 1990, 1113; Palandt-Weidenkaff, Einf v § 535 Rn 38: "atypischer Mietvertrag") auch keine große Überraschung darstellt.

Interessant ist insofern im vorliegenden Fall, dass nicht der Angeklagte oder sein Mittäter den Leasingvertrag selbst abgeschlossen hatten, sondern deren Rechtsvorgänger bei der übernommenen GmbH. Der BGH hat es im vorliegenden Fall für selbstverständlich gehalten, dass wegen der Übernahme der GmbH, die die eigentliche Leasingnehmerin war, auch das Anvertrautsein i.S.v. § 246 II StGB vom Angeklagten übernommen wurde. Dies ist zwar aufgrund der insofern eingetretenen zivilrechtlichen Rechtsnachfolge nahe liegend, aber angesichts der Tatsache, dass es sich beim Anvertrautsein um ein nicht zurechenbares besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 II StGB handelt (BGH, StV 1995, 84; Fischer, § 246 Rn 19; Rengier, BT I, § 5 Rn 27), doch bemerkenswert.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zum Anvertrautsein i.S.v. § 246 II StGB: BGHSt 9, 90; 16, 280; BGH, NSZ-RR 2006, 377; Friedl, wistra 1999, 208; Mitsch, ZStW 111, 94

**Kursprogramm:**

□ Examenskurs: "Die Perlenkette"

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Leasingverträge begründeten - nicht anders als Mietverträge oder Sicherungsübereignungen - besondere, auf den Erhalt und die Rückführung des Eigentums ausgerichtete Verhaltenspflichten des Leasingnehmers und somit ein Anvertrautsein i.S.v. § 246 II StGB.**
- 2. Im Falle einer Übernahme des Leasingvertrags oder der juristischen Person, die Leasingnehmerin ist, geht das Anvertrautsein auf den Übernehmenden über.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte stellte dem ehemaligen Mitangeklagten S die erforderlichen Mittel zur Verfügung, um am 23. Juni 2005 die in Bochum ansässige H-GmbH zu übernehmen. S agierte nahezu ohne wirtschaftliche Erfahrung oder Geschäftswissen als Strohmann-geschäftsführer für den Angeklagten.

Nach Planung und auf Weisung des Angeklagten schloss S am 30. Juni und 27. Juli 2005 mit Mineralölvertriebsfirmen Verträge über die Nutzung von Tankkarten, die nach intensivem Einsatz ohne beab-



sichtigten Ausgleich der kreditierten Forderungen bei diesen Unternehmen zu Schäden in Höhe von 15.500 und 36.000 Euro führten. Der Angeklagte ist hierfür wegen zweier gewerbsmäßig begangener Betrugstaten zu Freiheitsstrafen von einem Jahr und drei Monaten und zwei Jahren und drei Monaten verurteilt worden (Fälle 1 und 8).

Am 7. und 8. Juli 2005 veranlasste der Angeklagte den S zum Abschluss von Kfz-Leasingverträgen (VW Multivan und Mercedes Benz 220 CDI) und ließ die auf die H-GmbH zugelassenen Fahrzeuge anschließend verwerten (Fälle 2 und 3). Das Landgericht erkannte hierfür wegen gewerbsmäßigen Betruges im Fall 2 auf eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten und im Fall 3 (angenommener Wert des Pkw knapp 26.000 Euro) unter weiterer Anwendung von § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB auf eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten.

Vorgänger des S hatten für die GmbH drei Pkw geleast (BMW X5, Audi A6, VW Touareg), die der Angeklagte unter der Geschäftsführung des S am 9. und 13. Juli 2005 in die Ukraine ausführen und verwerten ließ. Hierfür ist der Angeklagte wegen veruntreuender Unterschlagung zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren und acht Monaten und zweimal drei Jahren verurteilt worden (Fälle 4, 6 und 7).

Auf Weisung des Angeklagten beantragte S am 12. Juli 2005 für die GmbH den Abschluss eines Leasingvertrages über eine 59.000 Euro teure Computeranlage, die ohne Zahlung unbefugt verwertet werden sollte. Zu einem Vertragsschluss kam es indes nicht. Der Angeklagte wurde hierfür wegen versuchten gewerbsmäßigen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt (Fall 5).

### **Aus den Gründen:**

#### *1. Entscheidung des Landgerichts*

[1 - 7] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in vier Fällen, wegen versuchten Betruges und wegen (veruntreuender) Unterschlagung in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und vier Monaten (nicht maßgeblich: Urteilsgründe sechs Jahre) verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. [...]

#### *2. Zur Verfahrensrüge*

[8] Die an BGHSt 52, 78 ff. ausgerichtete Verfahrensrüge versagt. Zwar hat das Landgericht nicht beweiswürdigend erwogen, dass der ehemalige Mitangeklagte und im weiteren Verfahren gegen den Angeklagten als Belastungszeuge vernommene S in der Hauptverhandlung geständig gewesen ist, nachdem ihm eine Strafobergrenze - Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren - in Aussicht gestellt worden war. Die Rüge ist

jedoch wegen unvollständigen Vortrags schon unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

[9] Die Revision hat nicht vorgetragen, dass S bereits in seiner polizeilichen Beschuldigtenvernehmung am 21. März 2007 (Sachakte Bd. 15 Bl. 14 - 20) umfangreiche Angaben zur Sache gemacht hat, die in der Anklageschrift dahingehend gewürdigt worden sind, dass "Ross und Reiter genannt" worden seien (Sachakte Bd. 17 Bl. 56), und dass sich dieser Beschuldigte bereit erklärt hat, "weitere sachdienliche Angaben zu machen" (Sachakte Bd. 15 Bl. 20). Hinzu tritt, dass sich S bereits am ersten Verhandlungstag ohne jegliche Einschränkung zur Sachaussage bereit erklärt hat, das Landgericht die Einlassung dieses Angeklagten aber nicht entgegen genommen hat (Protokollband S. 2). Die Kenntnis dieser Umstände wäre für das Revisionsgericht indes von Nöten gewesen, da sie geeignet gewesen sind, die aus der besonderen Aussagemotivation - Geständnis nach Bekanntgabe einer als hinnehmbar erscheinenden Strafobergrenze - erwachsende Gefahr einer Falschbelastung (vgl. BGHSt 52, 78, 83) derart zu relativieren, dass die Vereinbarung im Rahmen der Beweiswürdigung nicht unerlässlich zu erwähnen war.

#### *3. Zur Sachrüge bzgl. des Schuldspruchs*

[10] Die Sachrüge ist unbegründet, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richtet. Der Senat entnimmt dem Zusammenhang der Urteilsgründe eine jeweilige Steuerung des auf Betrug (Fälle 1 bis 3, 5 und 8) und veruntreuende Unterschlagung (Fälle 4, 6 und 7) ausgerichteten Tatgeschehens durch den Angeklagten.

[11] Die von der H-GmbH geleasteten drei Pkw (Fälle 4, 6 und 7) waren auch dem Angeklagten anvertraut im Sinn des § 246 Abs. 2 StGB (vgl. BGHR StGB § 28 Abs. 2 Merkmal 2). Die Leasingverträge begründeten - nicht anders als Mietverträge (BGHSt 9, 90) oder Sicherungsübereignungen (BGH wistra 2007, 18, 21) - besondere, auf den Erhalt und die Rückführung des Eigentums ausgerichtete Verhaltenspflichten des Leasingnehmers (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 246 Rdn. 29; Fischer, StGB 56. Aufl. § 246 Rdn. 16). Diese sind auf den Angeklagten übergegangen, nachdem er die H-GmbH faktisch erworben und geführt hatte (vgl. BGHR GmbH-Gesetz § 64 Abs. 1 Antragspflicht 3; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 25; BGH NJW 2008, 2451).

#### *4. Zur Sachrüge bzgl. des Strafausspruchs*

[12] Indes hält der Strafausspruch der sachlichrechtlichen Überprüfung nicht stand.

#### *a) Zum Fehlen der Voraussetzungen für das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 2 StGB*

[13] Im Fall 3 hat das Landgericht einen Vermögens-

verlust großen Ausmaßes gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB (bei nur knapp 26.000 Euro) bejaht und dabei übersehen, dass diese Grenze erst ab 50.000 Euro erreicht wird (BGHSt 48, 360).

*b) Zur Strafzumessung*

[14] Die Bestimmung der Strafen in den Unterschlagungsfällen (4, 6 und 7) widerspricht den bei den Kfz-Betrugsfällen (2 und 3) angewandten Maßstäben. Es liegt auf der Hand, dass der Angeklagte hierdurch benachteiligt worden ist.

[15] In den Betrugsfällen hat das Landgericht die Strafe zu Recht dem Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB, mithin aus einem Strafraumen von sechs Monaten bis zehn Jahren entnommen und bei einem angenommenen Schaden von rund 45.000 Euro im Fall 2 auf eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten erkannt. In den Unterschlagungsfällen hatte das Landgericht indes von dem weitaus milderen Strafraumen des § 246 Abs. 2 StGB auszugehen, der von Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren reicht. Bei der vom Landgericht ersichtlich als wesentlicher Strafzumessungsfaktor herangezogenen Schadenshöhe ist im Vergleich der Fälle 2 (Schaden 45.000 Euro; Strafe zwei Jahre und drei Monate) und 4 (Schaden 23.000 Euro; Strafe zwei Jahre und acht Monate) die Festsetzung der höheren Strafe aus dem weitaus geringeren Strafraumen bei dem nur mit einer Geldstrafe vorbestraften Angeklagten ohne jede weitere Begründung nicht nachvollziehbar. Das Gleiche hat für die ebenfalls dem milderen Strafraumen entnommenen Strafen in den Fällen 6 und 7 (je drei Jahre Freiheitsstrafe bei 53.000 Euro und 60.000 Euro Schaden) zu gelten.

*c) Zu der der Strafzumessung zugrunde liegenden Schadensberechnung*

[16] Darüber hinaus besorgt der Senat, dass das Landgericht in den Unterschlagungsfällen (4, 6 und 7) von einem zu großen Schadensumfang ausgegangen ist. Aus den Urteilsgründen ergibt sich lediglich, dass Vertreter der Leasinggesellschaften die angenommenen Schadenssummen bekundet hätten. Daraus wird indes nicht deutlich, dass das Landgericht von den maßgeblichen Wiederbeschaffungswerten der Fahrzeuge im Zeitpunkt der Unterschlagungshandlungen ausgegangen ist und nicht - zum Nachteil des Angeklagten - auch auf rückständige Raten oder einen entgangenen Gewinn in Form eines Zinsausfallschadens abgestellt hat (vgl. BGH wistra 2007, 18, 21).

*5. Zurückverweisung zur erneuten Strafzumessung*

[17] Angesichts der insgesamt nicht übermäßig sorgfältigen Fassung des Urteils, namentlich zur Strafzumessung, gibt der Senat dem neuen Tatgericht Gelegenheit, sämtliche Strafen neu und im Verhältnis zueinander widerspruchsfrei zu bestimmen. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es dabei nicht. Die fehlenden Feststellungen zu den Wiederbeschaffungswerten der Fahrzeuge in den Unterschlagungsfällen werden zu ergänzen sein. Im Übrigen sind neue Feststellungen nur zulässig, wenn sie den nunmehr bestandskräftigen nicht widersprechen. Bei der Bildung der neuen Gesamtstrafe wird auf das mittlerweile rechtskräftig gewordene Urteil des Landgerichts Berlin vom 11. April 2008 und den Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin vom 26. Juli 2005 Bedacht zu nehmen sein.

**Standort: §§ 253 I, 255 StGB**

**Problem: Absicht rechtswidriger Bereicherung**

BGH, BESCHLUSS VOM 17.12.2008  
1 STR 648/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Lebensgefährtin des Angeklagten hatte ein Auto gekauft und dieses über eine Leasingfirma finanzieren lassen. Obwohl sie die entsprechenden Leasingraten gezahlt hatte, weigerte sich die Leasingfirma aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über den Wert des gekauften Fahrzeugs, den Kaufpreis an den Autohändler zu bezahlen. Der Rechtsanwalt der Lebensgefährtin teilte dieser mit, dass ein Anspruch auf Auszahlung bestünde, was auch der Angeklagte erfuhr. Daraufhin ging der Angeklagte zu den Büros der Leasingfirma, bedrohte dort die Angestellten mit einem Elektroschockgerät und einer Soft-Air-Pistole und forderte im Namen seiner Lebensgefährtin die Auszahlung des Kaufpreises an das Autohaus.

Das Landgericht München I verurteilte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insbesondere wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b), II Nr. 1, 22, 23 I StGB. Der BGH hob dieses Urteil auf die Revision des Angeklagten hin auf, da der für eine versuchte (räuberische) Erpressung erforderliche Tatentschluss des Angeklagten bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten (Dritt-) Bereicherung nicht hinreichend festgestellt sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Vermögensdelikte, und gerade die Straftaten des 20. Abschnitts (§§ 249 ff. StGB), sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Hierbei stellt insbesondere der Streit um das Verhältnis von § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB ein absolutes Standardproblem dar, bei dem auch die Kennt-

nis von Details wie Argumentation und Auswirkung auf andere Tatbestände (z.B. § 239a I StGB) als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Aber auch das vom BGH im vorliegenden Fall angesprochene Problem der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung und des entsprechenden Vorsatzes ist - gerade in Irrtumskonstellationen - unbedingt examensrelevant, und zwar insbesondere deshalb, weil es sowohl bei der (räuberischen) Erpressung als auch beim Betrug auftreten kann. Wenn das vorliegende Urteil insofern auch keine wirklich neuen Erkenntnisse bietet, mag es doch für einen Prüfer einen Anlass darstellen, ein "klassisches" Problem noch einmal aufzugreifen.

Der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung, §§ 253 I, (255) StGB setzt die Absicht des Täters voraus, "sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern". Eine inhaltlich identische Absicht ist trotz des etwas anderen Wortlauts ("sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen") auch beim Betrug, § 263 I StGB, erforderlich. Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung muss also bei diesen Tatbeständen rechtswidrig sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie im Widerspruch zur materiellen Rechtsordnung steht, d.h. wenn der Täter - oder bei einer Drittbereicherungsabsicht der Dritte - keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die begehrte Bereicherung hat (BGH, NStZ 2003, 663; RA 2003, 706, 708 = NJW 2003, 3282; Fischer, § 253 Rn 19 f., § 263 Rn 111; Rengier, BT I, § 13 Rn 110). Allein die Tatsache, dass der Täter einen bestehenden Anspruch durch Täuschung oder (qualifizierte) Nötigungsmittel durchzusetzen versucht, macht diesen also nicht rechtswidrig (BGH, StV 2000, 79).

Diese Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung ist ein objektives Tatbestandsmerkmal, sodass sich der Vorsatz des Täters darauf beziehen muss (BGH, StV 1991, 20; NStZ 2003, 663, 664; Fischer, § 253 Rn 21, § 263 Rn 112; Rengier, BT I, § 11 Rn 33). Dieser Vorsatz entfällt gem. § 16 I 1 StGB, wenn der Täter glaubt, er (bzw. bei einer Drittbereicherungsabsicht der Dritte) habe einen durchsetzbaren Anspruch auf die beabsichtigte Bereicherung, und zwar selbst dann, wenn ein entsprechender Anspruch gar nicht existiert (BGH, RA 2002, 559, 560 f. = NStZ 2002, 481, 482; NStZ-RR 1998, 235, 236; Joecks, § 253 Rn 17; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 22; Rengier, BT I, § 11 Rn 33).

Im vorliegenden Fall kam, weil die Leasingfirma entgegen der Forderung des Angeklagten den Kaufpreis nicht überwiesen hatte, nur ein Versuch der schweren räuberischen Erpressung in Betracht. Im Rahmen des insofern erforderlichen Tatentschlusses ist jedoch auch der Vorsatz bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale zu prüfen (Joecks, § 22 Rn 3; Wessels/Beulke, AT, Rn 598). Deshalb wäre es für eine entsprechende Straf-

barkeit des Angeklagten erforderlich gewesen, dass dieser glaubte, dass seine Lebensgefährtin - die er dadurch bereichern wollte, dass er die Leasingfirma dazu zwingen wollte, den Kaufpreis für den von ihr gekauften Wagen zu zahlen - keine Anspruch auf die entsprechende Bereicherung habe. Das LG hatte einen entsprechenden Tatentschluss des Angeklagten bejaht, da dieser gewusst habe, dass jedenfalls kein anerkannter oder gerichtlich festgestellter Zahlungsanspruch seiner Lebensgefährtin bestanden habe. Der BGH betont jedoch, dass es für die Rechtmäßigkeit der vom Täter beabsichtigten (Dritt-) Bereicherung nicht darauf ankommt, dass der ihm (bzw. dem Dritten) zustehende Anspruch unstreitig ist, sondern nur, dass dieser tatsächlich besteht. Deshalb kann auch ein Tatentschluss des Angeklagten bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Drittbereicherung nicht angenommen werden, wenn dieser davon ausging, dass seiner Lebensgefährtin ein entsprechender Anspruch zustünde, selbst wenn dieser streitig oder objektiv gar nicht gegeben ist.

Interessant an der vorliegenden Entscheidung ist, dass der BGH sich mit der (objektiven) Rechtswidrigkeit der vom Angeklagten beabsichtigten Bereicherung befasst, obwohl lediglich eine versuchte schwere räuberische Erpressung in Betracht kam, bei der das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale sowieso nicht zu prüfen ist, sondern nur ein entsprechender Vorsatz.

#### *Vertiefungshinweise:*

Zum Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung i.R.v. §§ 253, 255 StGB: BGH, StV 1991, 20; RA 2002, 559 = NStZ 2002, 481; 2003, 663; NStZ-RR 1998, 235; *Kindhäuser/Wallau*, NStZ 2003, 152; *Kühl*, NStZ 2004, 387; *Meyer-Goßner*, NStZ 1986, 106

#### *Kursprogramm:*

*Examenskurs:* "Die Geldeintreiber"

#### *Leitsätze (der Redaktion):*

- 1. Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist ein (normatives) Tatbestandsmerkmal der §§ 253 I, 255 StGB, das vom - zumindest bedingten - Vorsatz des Täters umfasst sein muss.**
- 2. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Forderung richtet sich nicht danach, ob sie unbestritten ist oder vor Gericht durchgesetzt werden muss, sondern allein nach der materiellen Rechtslage.**

#### *Sachverhalt:*

Die Lebensgefährtin des Angeklagten, Frau Sc, hatte

für ihren Kurierdienst bei dem Autohaus S einen gebrauchten Pkw Renault Master 3L zu einem Kaufpreis von 16.500 € erworben. Nachdem die Hausbank die Finanzierung des Pkw nicht, wie ursprünglich vorgesehen, übernehmen wollte, wandte sich Frau Sc am 10. Juli 2007 an die Leasingfirma A in M., mit welcher daraufhin am 12. Juli 2007 ein Leasingvertrag geschlossen wurde. Dabei wurde eine Leasingsonderzahlung in Höhe von 1.950 € vereinbart, welche Frau Sc am 16. Juli 2007 bar bezahlte. In der Folge kam es zunächst zu einem Rücktritt durch die Leasingfirma, weil man bemerkt hatte, dass es hinsichtlich Frau Sc noch eine Eintragung wegen der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gab. Am 23. Juli 2007 wurde die Wiederaufnahme des Leasingvertrags in Aussicht gestellt, sofern eine Bankbürgschaft sowie Belege über die Einkommensverhältnisse vorgelegt werden würden. Am 1. August 2007 wurde dann auch der Rücktritt von der Leasingfirma zurückgenommen, eine Sonderzahlung in Höhe von 7.725 € sowie andere Leasingraten vereinbart. Außerdem gab die Leasingfirma eine TÜV-Bewertung des finanzierten Fahrzeugs in Auftrag. Die restliche Leasingsonderzahlung wurde am 17. August 2007 durch Frau Sc bezahlt. Zu einer Auszahlung des Kaufpreises an das Autohaus durch die Leasingfirma kam es in der Folge dennoch nicht, nachdem das TÜV-Gutachten lediglich zu einem Händlerverkaufswert des angekauften Pkw von 10.450 € brutto gekommen war. Frau Sc beauftragte daraufhin einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer Rechte. Dieser erreichte die Einholung eines weiteren Wertgutachtens, welches zu einem Nettohändlerverkaufswert von 12.700 € (= 15.113 € brutto) kam. Der von Frau Sc beauftragte Rechtsanwalt war der Ansicht und teilte ihr dies auch mit, dass ein Anspruch auf Auszahlung des Kaufpreises gegeben sei. Dementsprechend äußerte er sich auch mehrfach schriftlich gegenüber der Leasingfirma und führte aus, dass eine gerichtliche Klärung selbstverständlich herbeigeführt werden müsse. Zusätzlich wurde von ihm noch das Angebot unterbreitet, auf der Basis des zweiten Gutachtens weitere 1.387 € als zusätzliche Sonderzahlung nachzuzahlen, wozu Frau Sc wohl auch bereit gewesen wäre. Bei einem Telefonat mit der Leasingfirma wurde dem Rechtsanwalt zugesagt, er würde am 9. Oktober 2007 Bescheid erhalten; hierauf geschah jedoch nichts. Stattdessen erfolgte die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs, nachdem Frau Sc zunächst keine weiteren Zahlungen erbracht hatte.

Am 19. Oktober 2007 betrat der Angeklagte gegen 10.25 Uhr ganz in Schwarz gekleidet das Büro des bei der Leasingfirma tätigen Geschädigten St in M. und sagte ihm, dass er im Auftrag von Frau Sc komme, und gab ihm einen handgeschriebenen Notizzettel mit der Kontonummer des Autohauses S in die Hand. Der

Geschädigte bat ihn in sein Besprechungszimmer und bot ihm einen Sitzplatz und ein Getränk an, worauf dieser jedoch nicht einging und stehen blieb. Als der Geschädigte St den Raum verlassen wollte, um die Akte des Vorgangs zu holen, packte ihn der Angeklagte von hinten um Brust und Hals und holte ein Elektroschockgerät hervor, welches er ihm abwechselnd an verschiedene Stellen des Körpers hielt. Um dessen Funktionstüchtigkeit zu demonstrieren, hielt er das Gerät vom Körper des St entfernt und löste es aus. Dazu sagte er, dass er einen schönen Gruß von Frau Sc ausrichte und dass der Geschädigte das Geld überweisen solle, womit er die Auszahlung des Kaufpreises an das Autohaus meinte. Nachdem der Geschädigte daraufhin laut um Hilfe rief, kamen zwei weitere Personen, die Geschädigten H und G, in den Büroraum, woraufhin der Angeklagte das Elektroschockgerät auch auf diese richtete. Außerdem zog er eine schwarze Pistole aus dem Halfter seines Gürtels und richtete diese abwechselnd auf die drei Geschädigten. Bei der Waffe handelte es sich um eine ungeladene Softairpistole, was die Geschädigten jedoch nicht erkannten und die Drohung deshalb ernst nahmen. Der Angeklagte verließ daraufhin das Büro.

Am folgenden Tag schickte der Angeklagte ein Fax an den Geschädigten St. und führte aus, dass "gestern nur gespielt" worden sei; die Sache sei bis zum 23. Oktober 2007 zu regeln, andernfalls würde er erneut aufgesucht, diesmal aber privat. Des Weiteren schickte der Angeklagte an den folgenden Tagen vier Briefe an St, welche jeweils eine funktionstüchtige Patrone enthielten, die aus dem Nachlass des verstorbenen Vaters des Angeklagten stammten.

Zu einer Zahlung des Kaufpreises durch die Leasingfirma kam es in der Folge nicht.

### *Aus den Gründen:*

#### *1. Entscheidung des Landgerichts*

[1 - 6] Der Angeklagte wurde wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit drei tateinheitlichen Fällen der Bedrohung und mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner hiergegen eingelegten Revision wendet er sich im Wesentlichen gegen die Verurteilung wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung. [...]

#### *2. Entscheidung des BGH*

[7] Diese Feststellungen sind rechtsfehlerfrei getroffen (§ 349 Abs. 2 StPO). Jedoch war auf die Revision des Angeklagten das Urteil im Schuld- und Strafausspruch aufzuheben, weil bereits Bedenken gegen die Annahme des Landgerichts bestehen, einen Auszahlungsanspruch aus dem Leasingvertrag habe es nicht gegeben, welchen der Angeklagte durchsetzen wollte. Dass

der Angeklagte selbst einen unmittelbaren Anspruch gegen die Leasingfirma habe, hat er nach den Feststellungen gegenüber dem Geschädigten St nicht behauptet. Vielmehr hat er mit dem Hinweis auf Frau Sc und der Übergabe der Kontonummer des Autohauses S zu verstehen gegeben, dass er die Auszahlung aus dem Leasingvertrag an das Autohaus erreichen möchte.

[8] Danach kommt es für den Tatbestand der räuberischen Erpressung darauf an, ob der Angeklagte eine Zahlung an einen Dritten erreichen wollte, um diesen oder eine andere Person zu Unrecht zu bereichern. Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist ein (normatives) Tatbestandsmerkmal, das vom - zumindest bedingten - Vorsatz des Täters umfasst sein muss (BGH StV 1991, 20; Senat, Beschl. vom 9. Oktober 2008 - 1 StR 359/08). Vorliegend bestehen bereits Zweifel, ob angesichts der erbrachten Leistungen auf den Leasingvertrag möglicherweise bereits ein Auszahlungsanspruch gegeben gewesen wäre. Die Strafkammer äußert sich hierzu nicht, sondern stellt allein fest, es habe weder einen anerkannten, noch einen gerichtlich festgestellten Anspruch gegeben. Au-

ßerdem sei die Vertragssituation über Monate hinweg äußerst komplex gewesen, wobei auch der von Frau Sc beauftragte Rechtsanwalt ausgeführt habe, gerichtliche Hilfe müsse wohl in Anspruch genommen werden. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Forderung richtet sich aber nicht danach, ob sie unbestritten ist oder vor Gericht durchgesetzt werden muss, sondern allein nach der materiellen Rechtslage (vgl. BGH NSTZ-RR 1999, 6 f.; Senat, Beschl. vom 9. Oktober 2008 - 1 StR 359/08).

[9] Selbst wenn die nun zur Entscheidung berufene Strafkammer zur Auffassung gelangen sollte, ein Auszahlungsanspruch sei zum Tatzeitpunkt nicht gegeben gewesen und dies habe sich dem Angeklagten trotz anderweitiger Rechtsauskunft des Rechtsanwalts von Frau Sc aufdrängen müssen, wird zu erörtern sein, ob der Angeklagte nicht von seinem Vorhaben zu-rückgetreten ist, nachdem er von sich aus den Büroraum verlassen und trotz der für echt gehaltenen Waffe keine weiteren Versuche mehr unternommen hat, zu diesem Zeitpunkt eine Auszahlung des Geldes zu erreichen. [...]

### Standort: § 263 I StGB

### Problem: Schadensgleiche Vermögensgefährdung

BGH, BESCHLUSS VOM 18.02.2009

1 STR 731/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte bot interessierten Anlegern ein Geldanlagemodell, bei dem das angelegte Geld für einen bestimmten Zeitraum fest gebunden sein sollte und dafür eine Rendite zwischen 7 und 50 % gezahlt würde. Er hatte jedoch tatsächlich vor, die Gelder selbst zu verbrauchen und über ein "Schneeballsystem" mit den Geldern späterer Investoren die Renditen der früheren Investoren auszuzahlen. Insgesamt nahm er so über 28 Mio. € von interessierten Anlegern ein.

Das Landgericht München I verurteilte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Betruges, § 263 I StGB. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Nicht erst seit der sog. "Finanzkrise", deren Ursache u.a. in riskanten Grundstücksspekulationen und der Vergabe nur unzureichend gesicherter Darlehen liegt, stellen Fälle, in denen fremde Gelder für riskante Geschäfte verwendet werden, ein beliebtes Examensthema dar. Neben dem im vorliegenden Fall vom BGH diskutierten Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, ist hier häufig auch eine Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 I StGB, zu prüfen. Schwerpunkt der Prüfung ist in diesen Fällen eigentlich immer das Tatbestandsmerk-

mal der Vermögensschadens (bei § 263 I StGB) bzw. des Vermögensnachteils (bei § 266 I StGB), die inhaltlich identisch sind (BGHSt 43, 293, 297; Fischer, § 266 Rn 59; Rengier, BT I, § 18 Rn 21).

Ein Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB ist gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers nach der Tat geringer ist als davor, wenn also die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht durch die Erlangung eines Äquivalents ausgeglichen wurde (BGH, NSTZ 1998, 506; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 538). Zur Bestimmung des Opfervermögens vor und nach der Tat ist eine Gesamtsaldierung all seiner Vermögenswerte vorzunehmen (BGH, NSTZ 2004, 205; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99; Krey/Hellmann, BT II, Rn 457).

Insofern lässt es die herrschende Meinung für eine Vermögensverfügung und auch einen Vermögensschaden ausreichen, dass eine konkrete Gefährdung des Vermögens des Opfers eingetreten ist (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung", BGHSt 33, 244, 246; 48, 354, 355; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 143; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 571). In der Literatur ist dieser Begriff einiger Kritik ausgesetzt, da der Tatbestand des § 263 I StGB einen echten Schaden voraussetze und nicht lediglich etwas "Schadensgleiches"; die h.M. stelle deshalb eine unzulässige (vgl. Art. 103 II GG, § 1 StGB) Analogie zu Lasten des Täters dar (Naucke, StV 1985, 187; Otto, JURA

1991, 494). Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung - wie in der Vergangenheit auch schon (vgl. BGHSt 34, 395; BGH, wistra 1991, 307) - klar, dass der Begriff "schadensgleiche Vermögensverfügung" zwar unglücklich gewählt sei, dass zwischen echtem Schaden und schadensgleicher Vermögensgefährdung allerdings kein qualitativer sondern lediglich ein quantitativer Unterschied bestehe und die entsprechende Fallgruppe deshalb keine Analogie, sondern lediglich eine zulässige (weite) Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensschadens darstelle. Bei Risikogeschäften bestehe der - echte - Schaden im Verlustrisiko bereits im Zeitpunkt der Zahlung der zu investierenden Gelder an den Täter. Wie hoch dieser Schaden sei, müsse im Einzelfall nach kaufmännischen bzw. bilanztechnischen Gesichtspunkten bewertet werden, im Zweifel müsse der Richter eine entsprechende Schätzung vornehmen. Durch eine solche Bestimmung einer konkreten Schadenshöhe könne und müsse der Eindruck vermieden werden, dass die sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" etwas anderes sei als ein echter Vermögensschaden.

Um eine drohende Ausweitung der Tatbestände der §§ 263 I, 266 I StGB in Fällen bloßer Vermögensgefährdung zu vermeiden, hatte der BGH in einem Fall, in dem es um eine Strafbarkeit wegen Untreue durch Bildung sog. "schwarzer Kassen" ging (Fall "Kantner/Weyrauch", BGH, RA 2007, 633 = NJW 2007, 1760) entschieden, dass es in Fällen, in denen sich der Vermögensschaden nur aus einer Gefährdung des Opfervermögens ergebe, für einen Eventualvorsatz des Täters bzgl. dieses Tatbestandsmerkmals nicht ausreiche, dass der Täter Kenntnis von der konkreten Gefahr eines Schadenseintritts habe und diese billigend in Kauf nehme (was den allgemeinen Anforderungen an einen Eventualvorsatz entsprechen würde). Der Täter müsse darüber hinaus auch die Realisierung dieser Gefahr (also den Eintritt eines "echten" Schadens) billigen, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfinde. Gegen diese Rechtsprechung wendet sich der BGH in seiner vorliegenden Entscheidung ausdrücklich: Da es sich bei der sog. "schadensgleichen Vermögensgefährdung" in Wirklichkeit um einen Fall eines echten Vermögensschadens handle (s.o.), müsse auch der Tätervorsatz nur die Umstände umfassen, die diesen "Gefährdungsschaden" begründen und keine darüber hinausgehenden.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur "schadensgleichen Vermögensgefährdung", insb. bei riskanten Anlagegeschäften: *BGHSt* 33, 244; 34, 395; 47, 160; 48, 354; 51, 100; *Bernsmann*, GA 2007, 219; *Naucke*, StV 1985, 187; *Otto*, JURA 1991, 494

□ Zur Schädigungsvorsatz bei "schadensgleicher Vermögensgefährdung": *BGH*, NJW 2002, 1211; RA 2007, 633 = NJW 2007, 1760; RA 2008, 663 = NJW 2008, 2451; *Bernsmann*, GA 2007, 219; *Ransiek*, NJW 2007, 1727; *Saliger*, NSTZ 2007, 545

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"

#### **Leitsätze:**

**1. Beim betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts - mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr - ist zur Feststellung des Schadens auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eingetretenen Vermögensnachteil abzustellen. Allein hierauf muss sich das voluntative Element des Vorsatzes beim Täter beziehen. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es insoweit nicht an.**

**2. Der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt. Dies stellt hinsichtlich des Straftatbestands einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung. Die Höhe des Vermögensnachteils zum Zeitpunkt der Verfügung ist nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bewerten. Ist eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe nicht möglich, sind hierzu Mindestfeststellungen zu treffen. Dies kann durch Schätzung geschehen. Dem Tatrichter steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte versprach eine sichere, insbesondere bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage. Die einbezahlten Beträge dienten danach nur als Kapitalnachweis. Sie durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden. Als Laufzeit wurden in der Regel zehn Monate vereinbart. Monatlich sollten dann 7 % an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger (15 Millionen €) versprach der Angeklagte die Rückzahlung nach drei Monaten, zuzüglich einer Rendite von 50 %.

Tatsächlich hatte der Angeklagte nicht vor, die erhaltenen Geldmittel sicher und gewinnbringend anzulegen. Er wollte sie zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwenden. Zum anderen wollte er - nach Art eines Schneeballsystems - neu eingehende Gelder einsetzen, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen der Altinvestoren soweit wie möglich zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen.

Im Vertrauen auf die Versprechungen des Angeklag-

ten zahlten 31 Personen in der Zeit von September 2005 bis Januar 2008 - teilweise mehrfach - insgesamt 28.206.841,12 € an die Unternehmen des Angeklagten. 7.310.145,58 € schüttete der Angeklagte wieder aus. Einzelne Anleger bekamen damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurück, sondern auch versprochene Erträge ausbezahlt. Mit der Verhaftung des Angeklagten konnten bei seinen Unternehmen noch Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 16,8 Millionen € sichergestellt werden (§§ 111c, 111d StPO).

### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in 60 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt und festgestellt, dass der Angeklagte aus den abgeurteilten Betrugstaten 21.215.498,98 € erlangt hat und dass dem Verfall des Erlangten und des Wertersatzes Ansprüche der Verletzten entgegenstehen.

[2] Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

[3] Der Erörterung bedarf nur Folgendes:

#### *1. Zum Betrugsschaden*

##### *a) Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[4 - 9] Nach der Bewertung der Strafkammer erlitten die "Investoren" mit der Bezahlung ihrer Anlagegelder an den Angeklagten bzw. seine Unternehmen sofort einen endgültigen Schaden, hier in der Gesamthöhe der jeweiligen Anlagesumme; das Vermögen der Anleger wurde insoweit nicht nur schadensgleich gefährdet. Dies ist frei von Rechtsfehlern. [...]

##### *b) Zum Vermögensschaden bei Risikogeschäften*

[10] Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung (hier die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an den Angeklagten beziehungsweise eines seiner Unternehmen) unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGHSt 3, 99, 102; 16, 220, 221; 30, 388, 389; 34, 199, 203; 45, 1, 4; 51, 10, 15 Rdn. 18; 51, 165, 174 Rdn. 31; [...] Hefendehl in MünchKomm-StGB § 263 Rdn. 442 ff.).

[11] Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der Verfügung (vgl. BGHSt 6, 115, 116; 23, 300, 303; Tiedemann in LK 6. Aufl. § 263 Rdn. 161). Spätere Entwicklungen, wie Schadensvertiefung oder Schadensausgleich (-wiedergutmachung), berühren den tatbestandlichen

Schaden nicht. "Wie sich die Dinge später entwickeln, ist für die strafrechtliche Wertung ohne Belang" (BGHSt 30, 388, 389 f.). Dies hat nur noch für die Strafzumessung Bedeutung (vgl. BGHSt 51, 10, 17 Rdn. 23).

[12] Beim Eingehen von Risikogeschäften - mit einer täuschungs- und irrumsbedingten Verlustgefahr über der vertraglich vorausgesetzten - gilt nichts anderes. Auch in derartigen Fällen ist mit der Vermögensverfügung bei Saldierung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ein Schaden unmittelbar eingetreten. Der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung beschreibt dies nur unzureichend und ist entbehrlich (vgl. schon BGH, Beschl. vom 20. März 2008 - 1 StR 488/07 - [BGHR StGB § 266 I Nachteil 65] Rdn. 18 bis 22 zur entsprechenden Situation beim Vorwurf der Untreue gemäß § 266 StGB). Dementsprechend erkannte der Bundesgerichtshof auch schon früher: "Für Risikogeschäfte, wie sie hier in Rede stehen, folgt daraus, dass ein Vermögensschaden nur insoweit vorliegt, als die von dem Getäuschten eingegangene Verpflichtung wertmäßig höher ist als die ihm dafür gewährte Gegenleistung unter Berücksichtigung aller mit ihr verbundenen, zur Zeit der Vermögensverfügung gegebenen Gewinnmöglichkeiten" (BGHSt 30, 388, 390; vgl. auch BGHSt 34, 394, 395 und BGHSt 51, 165, 177 Rdn. 38, wonach die Annahme einer konkreten Vermögensgefährdung bedeutet, dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise schon eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage vorliegen muss, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat; sowie Hefendehl in MünchKomm-StGB § 263 Rdn. 718: "Hierbei handelt es sich indes um ein Scheinproblem, weil die 'Möglichkeit des Schadens' eben ein Schaden sein muss"). "Zwischen Schaden (Verlust) und Gefährdung (Beeinträchtigung) besteht bei wirtschaftlicher Betrachtung also kein qualitativer sondern nur ein quantitativer Unterschied" (Tiedemann in LK 6. Aufl. § 263 Rdn. 168 m.w.N.).

[13] Dass mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts - mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr - ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögens einbuße einhergeht, liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf der Hand. Dieser Schaden ist auch benennbar. Das mit der Verfügung (hier: Zahlung des Anlagebetrags) eingegangene - aufgrund einer Täuschung und eines entsprechenden Irrtums überhöhte - Risiko und der dadurch verursachte Minderwert des im Synallagma Erlangten sind zu bewerten (vgl. Hefendehl in MünchKomm-StGB § 263 Rdn. 569 ff.), wie im Falle einer Einzelwertberichtigung (vgl. Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 33. Aufl. § 253 Rdn. 21; zu IAS [International Accounting Standards] 39.58 ff. - Finanzinstrumente, Ansatz und Bewertung - vgl. Baumbach/Hopt aaO, Rdn. 42 f., sowie Lüdenbach in

Haufe IAS/IFRS, 2. Aufl. § 2 Rdn. 81, Kehm/Lüdenbach in Haufe IAS/IFRS, 2. Aufl. § 28 Rdn. 120 ff.), bei der Bildung von Rückstellungen für drohende Verluste (§ 249 HGB) oder auch beim Verkauf von Forderungen (vgl. auch Tiedemann in LK 6. Aufl. § 263 Rdn. 168 mit Hinweis auf die Institute des Bilanzrechts; Goldschmidt/Weigel, Die Bewertung von Finanzinstrumenten bei Kreditinstituten in illiquiden Märkten nach IAS 39 und HGB, WPg 2009, 192 ff.). Dies ist kaufmännischer Alltag (nicht überzeugend deshalb Beulke/Witzigmann, JR 2008, 430, 433, wonach diese schon im Senatsbeschl. vom 20. März 2008 - 1 StR 488/07 - [BGHR StGB § 266 I Nachteil 65] zur Untreue vertretene Auffassung nicht nur bei Wirtschaftswissenschaftlern auf Unverständnis stoße, sondern auch bei all denen Kopfschütteln auslöse, die in der Praxis mit der Vergabe von Krediten betraut sind). [14] Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung nicht möglich ist, wird der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts Mindestfeststellungen zu treffen haben (BGHSt 30, 388, 390). Dies kann durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen.

[15] Außerdem entfielen auch mit der verschleiern den Bezeichnung des Schadens als konkrete (schadensgleiche) Vermögensgefährdung im Grunde nicht die Notwendigkeit von deren Bewertung zur Erfassung des Tatunrechts, wenn dem bislang auch kaum entsprochen wurde. Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens birgt aber gerade auch deshalb die Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands hin zum Gefährdungsdelikt durch Einbeziehung tatsächlich nur abstrakter Risiken in sich (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 263 Rdn. 96). Die Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar real eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen, zwingt demgegenüber zur Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen.

[16] Schließlich wäre die Subsumtion wirklich nur "schadensgleicher" Gefährdungen unter den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB mit Art. 103 Abs. 2 GG kaum vereinbar. Auch deshalb ist schon die Formulierung bedenklich.

[17] Allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Getäuschten eingetretenen tatbestandlichen Schaden muss sich das voluntative Element des Vorsatzes des Täters erstrecken. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es nicht an. Ebenso ist die Absicht des späteren Ausgleichs der Vermögensminderung ohne Bedeutung (vgl. auch BGHSt 34, 199, 204 zur Schadenswiedergutmachung nach Ausübung eines eingeräumten Rücktrittsrechts; BGHSt 23, 300, 303: die Bereitschaft zur Stornierung ist unerheblich; und zur entsprechenden Situation bei der Untreue BGH, Urt. vom 29. August 2008 - 2 StR

587/07 - Rdn. 45 f.). "Wer ... die ... Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs bei Kreditgewährung ... erkennt und billigend in Kauf nimmt, handelt auch dann vorsätzlich, wenn er hofft oder darauf vertraut, der (spätere endgültige) Schaden werde ausbleiben" (Tiedemann in LK 6. Aufl. § 263 Rdn. 246).

### c) Zur Schadenshöhe im vorliegenden Fall

[18] Die Täuschung der Anleger über das "Anlagemodell", über dessen tatsächliche Nichtexistenz, begründet hier in allen Fällen von vorneherein einen Schaden im Umfang der gesamten Leistung. Diese Bewertung des Landgerichts ist rechtlich auch für die frühen Anlagen nicht zu beanstanden, auch nicht in den Fällen, bei denen vom Angeklagten später absprachegemäß geleistet wurde. Das hat die Strafkammer zu Recht - nur - als Schadenswiedergutmachung gewertet. Denn auch in diesen Fällen war der von den Investoren für ihre Zahlungen erlangte Gegenanspruch zum Zeitpunkt der Verfügung wirtschaftlich wertlos. Zwar bestand - wie es einem Schneeballsystem immanent ist - für die ersten Anleger eine gewisse Chance, ihr Kapital zurück und selbst die versprochenen Erträge auszahlt zu erhalten. Dies beruhte aber nicht auf der Umsetzung des vom Angeklagten vorgegaukelten Anlagemodells oder auch nur dem Versuch hierzu. Vielmehr hing alles vom weiteren "Erfolg" des allein auf Täuschung aufgebauten Systems und vom Eingang weiterer betrügerisch erlangter Gelder ab. Die hierauf basierende Aussicht auf Erfüllung der vom Angeklagten eingegangenen Verpflichtung war nicht, auch nicht teilweise die versprochene Gegenleistung, sondern ein aliud ohne wirtschaftlichen Wert (vgl. BGHSt 51, 10, 15 Rdn. 19). Eine auf die Begehung von Straftaten aufgebaute Aussicht auf Vertragserfüllung ist an sich schon wertlos. Wegen des objektiv völlig unrealistischen Anlagemodells und der damit verbundenen Ertragsversprechungen war hier zudem - entgegen dem tatsächlichen Ablauf - ein schnelles Ende zu erwarten, jedenfalls war von Anfang an nicht absehbar, wann das System zusammenbricht, sei es auf Grund strafrechtlicher Ermittlungen oder mangels Eingangs weiterer Anlagen.

### 2. Zur Rüge der Verletzung des § 265 StPO

[19, 20] Der Angeklagte war nach den Feststellungen des Landgerichts im Besitz gefälschter Personalpapiere, nämlich eines Passes und einer Driver Licence von British Honduras sowie einer Yacht-Clubkarte, alle lautend auf den Aliasnamen G. Außerdem besaß er einen Diplomatenpass der "Conch Republic Key West", ausgestellt auf seinen tatsächlichen Namen Dr. R. Die Staatsanwaltschaft hatte im Zusammenhang mit der Anklageerhebung in der Schlussverfügung gemäß § 154 Abs. 1 StPO von der Verfolgung weiterer Straftaten abgesehen, also auch hinsichtlich einer mögli-



chen Beteiligung des Angeklagten an Urkundenfälschungen (§ 267 StGB). Gleichwohl - so beanstandet die Revision - habe die Strafkammer die "ausgeschiedenen Tatteile" strafscharfend berücksichtigt, ohne auf diese Möglichkeit hingewiesen zu haben.

[21] Eines rechtlichen und tatsächlichen Hinweises bedurfte es insoweit jedoch nicht.

[22] Die Strafkammer hat in den Urteilsgründen nicht auf die strafscharfende Wirkung der Begehung weiterer von der Verfolgung ausgenommener Straftaten abgestellt. Das Landgericht hat vielmehr in der Beschaffung gefälschter Personaldokumente, um sie bei Bedarf tatbezogen einsetzen zu können, und in deren Verstecken in einem separaten Büro Hinweise auf die Raffinesse und damit auf die hohe kriminelle Energie des Angeklagten gesehen.

[23] Ebenso hat die Strafkammer im Verbergen der Geschäftsunterlagen der vom Angeklagten etablierten Unternehmen, im Aufbau eines internationalen Firmengeflechts und in der Nutzung verschiedener Konten zu Verschleierungszwecken, in der Vermögensverlagerung ins Ausland sowie im Nachtatverhalten gegenüber dem Hauptgeschädigten Dr. K (Forderung der Abgabe einer "Ehrenerklärung" für den Angeklagten sowie die Zahlung von 300.000,- € an diesen als Voraussetzung für die Rückzahlung der geleisteten Einlage) Indizien für die hohe kriminelle Energie des Angeklagten gesehen. Auch im zuletzt genannten Punkt spielte eine mögliche strafrechtliche Relevanz bei der Bewertung seitens des Landgerichts keine Rolle.

[24] All diese Punkte gehören zum Tatgeschehen und charakterisieren Tat und Täter, wie zahlreiche andere von der Strafkammer aufgeführte strafzumessungsrelevante Aspekte. Der strafrechtliche Betrugsvorwurf hat sich durch den Besitz der gefälschten Personalpapiere weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht bezüglich der Tatrichtung, der Beteiligung oder sonstiger wesentlicher Punkte verändert. Eines ausdrücklichen Hinweises auf die Strafzumessungsrelevanz derartiger Tat- und Täterbild kennzeichnender Aspekte des Tatgeschehens bedarf es nicht. Dies ist selbstverständlich.

[25] Dass der Besitz der gefälschten Personalpapiere -

in der Anklageschrift hatte dies keine Erwähnung gefunden - als Facette zur Kennzeichnung der Täterpersönlichkeit relevant sein könnte, war nach dem auch der Revisionsbegründung zu entnehmenden Verfahrensgang (Inaugenscheinnahme der Dokumente sowie Vernehmung des Zeugen S hierzu) offensichtlich. Der Angeklagte hat die Existenz der Papiere in der Hauptverhandlung auch eingeräumt.

### 3. Zur Rüge der Nichterörterung des § 41 StGB

[26, 27] Die Revision beanstandet die fehlende Erörterung der Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe neben einer - dann niedrigeren - Freiheitsstrafe gemäß § 41 StGB. Dies sei immer geboten, wenn die Straftaten zu erheblichen Gewinnen geführt haben, durch die ein Angeklagter ein beträchtliches Vermögen erworben hat.

[28] Die Revision übersieht hierbei jedoch, dass bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse (§ 41 Satz 1 StGB) solche Vermögenswerte außer Betracht zu bleiben haben, die dem Verfall gemäß §§ 73, 73a StGB (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 41 Rdn. 2) bzw. der Rückgewinnungshilfe nach § 111i StPO unterliegen (vgl. auch Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. Rdn. 214). Das Gericht hat gemäß § 111i Abs. 2 Satz 2 StPO zwar festgestellt, dass der Angeklagte 21.215.498,98 € aus den abgeurteilten Betrugstaten erlangt hat, aber auch, dass dem Verfall des Erlangten und des Wertersatzes Ansprüche der Verletzten entgegenstehen. Die auf Betreiben der Strafverfolgungsbehörden sichergestellten Werte (Arrest- und Pfändungsbeschlüsse über 16,8 Mio. €) fließen damit an die Geschädigten oder - unter den Voraussetzungen des § 111i Abs. 5 StPO - dann doch in die Staatskasse. Vor dem Hintergrund der sonstigen Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten lag deshalb die Verhängung einer zusätzlichen Geldstrafe gemäß § 41 StGB neben einer - auch dann noch mehrjährigen Freiheitsstrafe - sehr fern. Einer Erörterung in den schriftlichen Urteilsgründen bedurfte dies deshalb nicht. Ausführungen hierzu hätten die Gründe, die sich auf das Wesentliche konzentrieren sollen, vielmehr nur unnötig belastet. [...]

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht    Problem: Verfassungsbeschwerde und Gegenvorstellung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 25.11.2008  
1 BvR 848/07 (DVBL 2009, 311)

#### **Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Gegenvorstellung (bzw. genauer: die Zustellung der gerichtlichen Entscheidung über sie) die Monatsfrist des § 93 I BVerfGG zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde (erneut) in Lauf setzt, wenn seit Zustellung der angefochtenen Entscheidung selbst schon mehr als ein Monat verstrichen ist.

Früher hatte das BVerfG nicht selten Gegenvorstellungen gefordert, um dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Vb.) zu genügen. Diesen Grundsatz entnimmt das BVerfG § 90 II BVerfGG. Danach muss der Bf. über die Rechtswegerschöpfung hinaus alles in seiner Macht stehende tun, um eine Vb. entbehrlich zu machen. Allerdings hat das Gericht in NJW 2003, 1924 von dieser - in der Literatur schon immer viel kritisierten - Rechtsprechung Abstand genommen, weil sie mit erheblichen Unsicherheiten für den Bürger verbunden war und Gegenvorstellungen in aller Regel ohnehin nichts einbrachten ("formlos, fristlos, fruchtlos"). Wenn eine Gegenvorstellung aber weder zum vorgeschriebenen Rechtsweg gehört, noch zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität erforderlich ist, so ist es nur konsequent, sie für die Fristberechnung völlig außer acht zu lassen. Das BVerfG entschied daher, dass es für den Fristbeginn des § 93 I BVerfGG allein auf die Zustellung der angefochtenen Entscheidung, nicht auf die Entscheidung über die Gegenvorstellung ankommt (da der Bf. dies kaum wissen konnte, gewährte das BVerfG ihm allerdings Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 93 II 4 BVerfGG).

Dass eine Gegenvorstellung deshalb von Verfassungs wegen unstatthaft wäre, sei damit allerdings nicht gesagt, betont das BVerfG.

In der Sache ging es um die Frage, ob ein Rechtsanwalt in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG verletzt wird, wenn er eine Rüge dafür kassiert, dass er entgegen § 12 BORA unter Umgehung des Gegenanwalts unmittelbar mit der Gegenpartei verhandelt hat. Das BVerfG meint, weder gegen das Umgehungsverbot noch die Rügemöglichkeit an sich gebe es verfassungsrechtliche Bedenken; im Einzelfall hielt es die Rüge jedoch für unangemessen, weil keine Benach-

teiligung der anderen Partei zu befürchten war. Allein die Tatsache, dass der Anwaltskollege sich möglicherweise übergangen fühlen könnte, genüge für eine Rüge nicht.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Formlose Rechtsbehelfe wie Gegenvorstellung, Dienst- und Fachaufsichtsbeschwerde werden im juristischen Staatsexamen kaum alleiniger Prüfungsgegenstand sein. Sie können aber - wie der vorliegende Fall zeigt - mittelbar eine Rolle spielen.

- Eine *Gegenvorstellung* dient dazu, eine öffentliche Stelle dazu zu bewegen, ihr eigenes Handeln noch einmal zu überprüfen und ggf. zu korrigieren. Da sie weder Fristen wahrt noch die Rechts- oder Bestandskraft hemmt, empfiehlt sie sich allenfalls, wenn der Rechtsweg bereits erfolglos bestritten wurde oder in diesem nicht zu prüfende Umstände vorgetragen werden sollen (z.B. Zweckmäßigkeitserwägungen neben dem Klageverfahren).

- Mit einer *Dienstaufsichtsbeschwerde* rügt man das persönliche Verhalten eines Amtswalters, etwa unfreundliches oder willkürliches Verhalten. Sie wird daher nicht wie die Gegenvorstellung von der scheidenden Stelle (dem Amtswalter selbst) beschieden, sondern von der nächsthöheren Stelle, also i.d.R. von dem Dienstvorgesetzten.

- Ebenso wird die *Fachaufsichtsbeschwerde* an die nächsthöhere Stelle gerichtet. Mit ihr rügt man jedoch nicht das persönliche Verhalten des Amtswalters, sondern dessen Entscheidung in der Sache. Sie hat neben den förmlichen Rechtsbehelfen, die auch eben diesem Zweck dienen, kaum eigene Bedeutung.

Als Ausfluss des Petitionsrechts aus Art. 17 GG hat der Bürger unter den dort genannten Voraussetzungen (insbesondere der, dass die Beschwerde schriftlich unterbreitet wird, vgl. Art. 17 GG) in allen drei Fällen einen Anspruch auf Kenntnisnahme und sachliche Behandlung seiner Petition, allerdings nicht auf eine bestimmte Entscheidung, nach h.M. noch nicht einmal auf eine Begründung. Die oben erwähnten Attribute "formlos, fristlos, fruchtlos" tragen sie daher nicht ganz zu Unrecht.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Petitionsfreiheit nach Art. 17 GG: *Krings*, JuS

2004, 474

□ **Gegenvorstellung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde:** *BVerfG*, NJW 2003, 1924; *Sodan*, DÖV 2002, 925; *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945

□ **Zum anwaltlichen Umgehungsverbot:** *Steike*, NJW 2007, 1411

□ **Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot:** *BGH*, NJW 2003, 3692; *WM* 2004, 1341; *OLG Karlsruhe*, NJOZ 2003, 889

#### **Kursprogramm:**

□ **Examenskurs:** "Der alte Mann als Kassenarzt"

#### **Leitsätze:**

**1. Durch die Einlegung einer Gegenvorstellung und die darauf ergehende gerichtliche Entscheidung wird die Monatsfrist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde (§ 93 I 1 BVerfGG) nicht erneut in Lauf gesetzt.**

**2. Zur Verfassungsmäßigkeit des an Rechtsanwälte gerichteten Verbots der Umgehung des Gegenanwalts (§ 12 BORA) und der berufsrechtlichen Ahndung von Verstößen gegen dieses Verbot.**

#### **Sachverhalt:**

Der Bf., ein Rechtsanwalt, wendet sich gegen eine Rüge der Rechtsanwaltskammer, die ihm wegen der Umgehung des Gegenanwalts erteilt worden ist. Hierbei wird die Frage aufgeworfen, ob eine vom Fachgericht in der Sache beschiedene Gegenvorstellung die Monatsfrist zur Einlegung und Begründung einer Verfassungsbeschwerde erneut in Gang setzt.

Der Bf. vertrat seinen Mandanten (im Folgenden: ASt.) in einer Wohnungseigentumssache gegen eine andere Wohnungseigentümerin (im Folgenden: Ag.), die ebenfalls einen Rechtsanwalt beauftragt hatte. Zur Teilnahme an dem in dieser Sache bestimmten Verhandlungstermin hatte sich der von der Ag. mandatierete Rechtsanwalt zum AG begeben, war jedoch von der Richterin weggeschickt worden, weil sie - wie die Ag. - den Rechtsanwalt nicht kannte und davon ausging, er wäre zu einem der Verfahren gekommen, deren Verhandlungstermine aufgehoben worden waren. Bei der gleichwohl durchgeführten mündlichen Verhandlung war daher zwar der ASt. durch den Bf., nicht aber auch die Ag. anwaltlich vertreten. Auf Vorschlag des Gerichts wurde ein Prozessvergleich geschlossen.

Nach einer Beschwerde des von der Ag. beauftragten Rechtsanwalts erteilte der Vorstand der Rechtsanwaltskammer dem Bf. wegen eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot aus § 12 I BORA eine Rüge. Auch wenn das Gericht den Bevollmächtigten der Ag. irrtümlich weggeschickt habe und deshalb von sich aus auf eine Vertagung hätte hinwirken müssen, hätte der Bf. nicht mit der Ag. in Abwesenheit ihres Pro-

zessbevollmächtigten Vergleichsverhandlungen führen dürfen, ohne zuvor mit der Kanzlei des gegnerischen Rechtsanwalts Rücksprache zu halten.

Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer wies den Einspruch, das AnwG den vom Bf. gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurück. Unabhängig von der Situation der Ag. liege zumindest im unkollegialen Verhalten gegenüber dem Gegenanwalt ein Verstoß gegen § 12 I BORA. Gegen die ihm am 9.10.2006 zugestellte Entscheidung des AnwG hat der Bf. mit Schriftsatz vom 6.11.2006 Gegenvorstellung erhoben. Das AnwG hat die Gegenvorstellung des Bf. am 18.3.2007 zurückgewiesen.

Hat die am 30.3.2007 erhobene Verfassungsbeschwerde (Vb.) des Bf. gegen die Entscheidung des AnwG Erfolg?

[Anm.: § 12 BORA - Umgehung des Gegenanwalts:

(1) Der Rechtsanwalt darf nicht ohne Einwilligung des Rechtsanwalts eines anderen Beteiligten mit diesem unmittelbar Verbindung aufnehmen oder verhandeln.

(2) Dieses Verbot gilt nicht bei Gefahr im Verzuge. Der Rechtsanwalt des anderen Beteiligten ist unverzüglich zu unterrichten; von schriftlichen Mitteilungen ist ihm eine Abschrift unverzüglich zu übersenden.

§ 74 BRAO - Rügerecht des Vorstandes:

(1) Der Vorstand kann das Verhalten eines Rechtsanwalts, durch das dieser ihm obliegende Pflichten verletzt hat, rügen, wenn die Schuld des Rechtsanwalts gering ist und ein Antrag auf Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens nicht erforderlich erscheint.]

#### **Lösung:**

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

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Zuständigkeit**

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

##### **II. Beteiligtenfähigkeit**

Gem. § 90 I BVerfGG kann "jedermann" Vb. erheben. "Jedermann" ist, wer grundrechtsberechtigt ist, also auch eine natürliche Person wie der Bf.

##### **III. Tauglicher Beschwerdegegenstand**

Tauglicher Beschwerdegegenstand der Vb. ist gem. § 90 I BVerfGG jeder "Akt der öffentlichen Gewalt". Dazu gehören neben Legislativ- und Exekutivakten auch Judikativakte wie die hier angefochtene Ent-

scheidung des AnwG über die Zurückweisung des vom Bf. gestellten Antrags auf gerichtliche Entscheidung über die ihm erteilte Rüge.

#### IV. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 I BVerfGG muss der Bf. behaupten können, durch die angegriffene Entscheidung in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Hier kommt eine Verletzung seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG in Betracht. Dass er als Partei des Rechtsstreits und Adressat der Rüge auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist, unterliegt keinem Zweifel.

#### V. Rechtswegerschöpfung

Mit dem Einspruch gegen die ihm erteilte Rüge und dem anschließenden Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Bf. den Rechtsweg erschöpft, wie § 90 II BVerfGG fordert. Entscheidungen der Amtsgerichte über Rügebescheide sind nach § 74a III 4 BRAO unanfechtbar.

#### VI. Grundsatz der Subsidiarität

Aus § 90 II BVerfGG leitet das BVerfG ferner den sog. Grundsatz der Subsidiarität der Vb. ab. Danach muss der Bf. über die Rechtswegerschöpfung hinaus alles in seiner Macht stehende tun, um eine Vb. entbehrlich zu machen. Dazu könnte es auch gehören, nach Abschluss des förmlichen Rechtsbehelfsverfahrens noch eine Gegenvorstellung zu versuchen. So hat es jedenfalls das BVerfG früher gesehen; allerdings fordert es seit 2003 eine solche Gegenvorstellung nun nicht mehr (BVerfGE 107, 395 [417]).

Einzelheiten mögen an dieser Stelle dahinstehen, denn jedenfalls hat der Bf. mit Schriftsatz vom 6.11.2006 eine Gegenvorstellung versucht (vgl. aber unten zur Frist).

#### VII. Form

Davon, dass der Bf. die Form des § 23 BVerfGG beachtet hat, ist mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt auszugehen.

#### VIII. Frist

Fraglich ist jedoch, ob er die Vb. fristgerecht erhoben hat. Dazu einleitend das BVerfG:

“[27] Die einmonatige Frist zur Einlegung und Begründung einer Verfassungsbeschwerde beginnt gem. § 93 I 2 und 3 BVerfGG mit der - der Form nach im jeweils einschlägigen Verfahrensrecht geregelten - Bekanntgabe der Entscheidung, die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wird. Ist der Bf. - wie im Regelfall nach § 90 II 1 BVerfGG - gehalten, vor Einlegung der Verfassungsbeschwerde den Rechtsweg zu erschöpfen, so wird der Lauf der Monatsfrist mit der Bekanntgabe der nach der jeweiligen Verfahrensordnung letztinstanzlichen Entscheidung in

Gang gesetzt. Muss der Bf. aus Gründen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde über die Erschöpfung des Rechtswegs hinaus von einer Möglichkeit zur Beseitigung der von ihm gerügten Grundrechtsverletzung Gebrauch machen, dann ist erst die Entscheidung über diesen Rechtsbehelf für den Beginn der Monatsfrist maßgebend. Dagegen hindert die Einlegung eines offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfs den Ablauf der Monatsfrist nicht.”

#### 1. Frist ab Zustellung der Entscheidung des AnwG

“[28] Im vorliegenden Fall wurde der Lauf der Monatsfrist am 9.10.2006 mit der Zustellung des undatierten Beschlusses in Gang gesetzt, mit dem das AnwG den Antrag des Bf. auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen hat. Mit diesem Beschluss war der Rechtsweg erschöpft, weil Entscheidungen der Amtsgerichte über Rügebescheide nach § 74a III 4 BRAO unanfechtbar sind. Bei Einlegung der Verfassungsbeschwerde am 30.3.2007 war demnach die durch § 93 I 1 BVerfGG bestimmte Frist bereits verstrichen.”

#### 2. Frist ab Zustellung der Entscheidung über die Gegenvorstellung

Fraglich ist jedoch, ob es für die Fristberechnung nicht auf die vom Bf. mit Schriftsatz vom 6.11.2006 erhobene Gegenvorstellung ankommt. Die Entscheidung über diese wurde dem Bf. erst am 18.3.2007 zugestellt, sodass die Monatsfrist des § 93 I BVerfGG mit Erhebung der Vb. am 30.3.2007 gewahrt wäre.

#### a. Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Gegenvorstellung

Wäre die Gegenvorstellung offensichtlich unzulässig, könnte sie von vornherein keine neue Frist in Lauf setzen (vgl. BVerfGE 5, 17 [19] = NJW 1956, 985; BVerfGE 63, 80 [85] = NJW 1983, 2017; BVerfGE 91, 93 [106] = NJW 1994, 2817; st. Rspr.). Fraglich ist also zunächst, ob eine Gegenvorstellung aus verfassungsrechtlichen oder einfach-gesetzlichen Gründen als generell unzulässig anzusehen ist. Dazu das BVerfG:

#### aa. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

[34] Aus den Erwägungen des Plenums des BVerfG in seinem Beschluss vom 30.4.2003 (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924) lässt sich nicht herleiten, dass eine Gegenvorstellung gegen gerichtliche Entscheidungen von Verfassungs wegen unzulässig ist. Das BVerfG macht zwar seit dieser Entscheidung die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nicht länger von der vorherigen Einlegung außerordentlicher Rechtsbehelfe abhängig, die die Rechtsprechung teilweise außerhalb des geschriebenen Rechts geschaffen hatte (vgl. BVerfGE 107, 395 [417] = NJW 2003,

1924). Obgleich auch die Gegenvorstellung zu den damit angesprochenen "Rechtsbehelfen" zählt (vgl. BVerfGE 107, 395 [397, 416] = NJW 2003, 1924), ergibt sich hieraus jedoch nicht, dass eine Gegenvorstellung aus verfassungsrechtlichen Gründen unstatthaft ist. Der Plenarbeschluss nimmt zu außerordentlichen Rechtsbehelfen lediglich unter den Gesichtspunkten der Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 II 1 BVerfGG) sowie des Subsidiaritätsgrundsatzes Stellung. Insoweit verweist das Plenum darauf, dass mangels einer zuverlässigen gesetzlichen Regelung die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht erfüllt sind. Die hieraus folgenden rechtsstaatlichen Defizite außerordentlicher Rechtsbehelfe schließen es aus, ihre vorherige erfolglose Einlegung zur Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu machen (vgl. BVerfGE 107, 395 [416f.] = NJW 2003, 1924).

[35] Von dem Verzicht auf die vorherige Einlegung der Gegenvorstellung als Voraussetzung einer zulässigen Verfassungsbeschwerde kann nicht auf die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der Gegenvorstellung selbst geschlossen werden. Es gibt vielmehr auch zulässige Abhilfemöglichkeiten, denen gegenüber die Verfassungsbeschwerde nicht subsidiär ist. So kann etwa ein Bf., der sich mit seiner Verfassungsbeschwerde an das BVerfG wendet, nicht auf die im Einzelfall gegebene Möglichkeit verwiesen werden, sich mit einer Verfassungsbeschwerde an ein Landesverfassungsgericht zu wenden (vgl. BVerfGE 32, 157 [162] = NJW 1972, 285). Insoweit besteht wegen der grundsätzlich getrennten Verfassungsbereiche (vgl. BVerfGE 60, 175 [208] = NJW 1982, 1579) kein Subsidiaritätsverhältnis. Darüber hinaus ist eine Ausnahme vom Subsidiaritätsgrundsatz auch dann gerechtfertigt, wenn es dem Bf. im konkreten Fall unzumutbar ist, dass vor Einlegung der Verfassungsbeschwerde auf eine andere an sich gegebene Möglichkeit zur Beseitigung der geltend gemachten Grundrechtsverletzung verwiesen wird (vgl. BVerfGE 22, 349 [355] = NJW 1968, 539; BVerfGE 71, 305 [336] = NJW 1986, 1483).

[36] Dass die Gegenvorstellung den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht genügt, führt zu erheblichen Unsicherheiten bei der Entscheidung über die Frage, ob erst Gegenvorstellung oder sogleich Verfassungsbeschwerde einzulegen ist. Zur Vermeidung von Rechtsverlusten werden daher in der Praxis zum Teil auch beide Rechtsbehelfe parallel eingelegt (vgl. BVerfGE 107, 395 [417] = NJW 2003, 1924). Diese Unsicherheiten sind den Rechtsuchenden bei Einlegung einer Verfassungsbeschwerde nicht zuzumuten. Durch ein Absehen von dem Erfordernis der vorherigen Einlegung einer Gegenvorstellung werden sie vor solchen Nachteilen geschützt. Dieser aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips gebotene Schutz des Ein-

zelen bei der Einlegung von Rechtsbehelfen zwingt jedoch nicht weitergehend dazu, von Verfassungs wegen bereits die Zulässigkeit der Gegenvorstellung als einer Abhilfemöglichkeit zu verneinen. Soweit die Rechtsprechung der Fachgerichte die Gegenvorstellung als statthaft behandelt, führt dies nicht zu einer Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsuchenden, vielmehr wird im Gegenteil der Schutz ihrer Rechte erweitert, wenn das Fachgericht nach der maßgebenden gesetzlichen Regelung zu einer Abänderung seiner vorangegangenen Entscheidung befugt ist und ihm die Gegenvorstellung Anlass zu einer dahingehenden Prüfung gibt.

#### *bb. Einfach-gesetzliche Zulässigkeit*

[37] Auch einfachrechtlich ist die Gegenvorstellung nach der Rechtsprechung der Fachgerichte nicht als offensichtlich unzulässig anzusehen. Offensichtlich unzulässig ist ein Rechtsbehelf nur dann, wenn über seine Unzulässigkeit nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre zum Zeitpunkt der Einlegung keine Ungewissheit bestehen konnte (vgl. BVerfGE 28, 1 [6] = NJW 1970, 651; BVerfGE 91, 93 [106] = NJW 1994, 2817; BVerfGE 107, 299 [308] = NJW 2003, 1787; st. Rspr.). Dies lässt sich für die Gegenvorstellung nicht erkennen. Vielmehr zeigen die vom Senat eingeholten Stellungnahmen der obersten Gerichtshöfe des Bundes, dass im Anschluss an den Plenarbeschluss des BVerfG vom 30. 4. 2003 (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924) und das Inkrafttreten des Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (AnhörungsrügenG) vom 9. 12. 2004 (BGBl I, 3220) am 1. 1. 2005 die Frage nach der Zulässigkeit einer Gegenvorstellung gegen gerichtliche Entscheidungen unterschiedlich beantwortet wird.

Während beim BGH, beim BSG und beim BVerwG einzelne Senate die Statthaftigkeit weiterhin bejahen, sehen andere Senate eine Gegenvorstellung inzwischen als unzulässig an. Auch das BAG hat zur Zulässigkeit einer Gegenvorstellung noch keine abschließende Entscheidung getroffen. Allein die Senate des BFH sind übereinstimmend der Ansicht, eine Gegenvorstellung sei generell nicht mehr statthaft. Dass die maßgebliche Rechtsfrage noch nicht geklärt ist, wird ferner durch den Vorlagebeschluss des BFH vom 26. 9. 2007 belegt, mit dem der GmS-OGB zur Entscheidung über die Statthaftigkeit einer Gegenvorstellung im Prozesskostenhilfverfahren angerufen worden ist (BFHE 219, 27 = NJW 2008, 543). Auch in der Rechtsprechung der Anwaltsgerichte ist die maßgebliche Rechtsfrage zumindest nicht im Sinne einer zweifelsfreien Unzulässigkeit der Gegenvorstellung geklärt. So hat das AnwG im vorliegenden Fall die Gegenvorstellung des Bf. nicht etwa als unstatthaft angesehen, sondern auf diese in der Sache selbst entschieden.

*b. Erforderlichkeit der Gegenvorstellung*

Ist ein Rechtsbehelf zulässig, setzt die Zustellung der Entscheidung über ihn - wie oben gezeigt - die Frist des § 93 I BVerfGG maßgeblich in Gang, wenn er ergriffen werden musste, um den Rechtsweg nach § 90 II BVerfGG zu erschöpfen oder um dem Grundsatz der Subsidiarität der Vb. zu genügen. Fraglich ist also, ob die Gegenvorstellung zum Rechtsweg gegen die standesrechtliche Rüge eines Rechtsanwalts gehört oder in diesem Fall angezeigt ist, um eine Subsidiarität der Vb. zu vermeiden. Dazu das BVerfG:

*aa. Gegenvorstellung zählt nicht zum Rechtsweg*

“[38] Die Gegenvorstellung zählt nicht zu dem Rechtsweg, dessen Erschöpfung § 90 II 1 BVerfGG grundsätzlich als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde bestimmt und dessen rechtzeitiges Beschreiten folgerichtig die Frist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde offenhält.

[39] Rechtsweg i.S. des § 90 II 1 BVerfGG ist jede gesetzlich normierte Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts (vgl. BVerfGE 67, 157 [170] = NJW 1985, 121). Die Gegenvorstellung ist aber kein gesetzlich geregelter Rechtsbehelf. Mit der Gegenvorstellung wendet sich der Betroffene vielmehr außerhalb der einschlägigen Verfahrensordnung und außerhalb förmlicher Verfahrensrechte an das Gericht mit dem Ziel der Überprüfung seiner Entscheidung. Ob dieser Weg des Zugangs zum Staat dem Schutz des Petitionsgrundrechts aus Art. 17 GG unterliegt oder ob dieses Grundrecht im durch Rechtsmittel geregelten Bereich richterlicher Tätigkeit generell nicht greift, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Auch bei Anwendbarkeit des Art. 17 GG in diesen Fällen wären die Gerichte bei der sachlichen Entscheidung über eine Gegenvorstellung von der Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Regelungen namentlich des Verfahrensrechts nicht befreit (vgl. BVerfGE 2, 225 [230] = NJW 1953, 817; BVerfGE 13, 54 [90] = NJW 1961, 1453). So ist es ausgeschlossen, gesetzlich geregelte Bindungen des Gerichts an seine eigenen Entscheidungen, wie insbesondere die Innenbindung während des laufenden Verfahrens nach § 318 ZPO, ohne gegenläufige gesetzliche Grundlage zu übergehen. Vor allem aber ist dann, wenn ein Gericht auf eine Gegenvorstellung an seiner eigenen, von ihm selbst als fehlerhaft erkannten Entscheidung nicht festhalten will, zu beachten, dass die Lösung des hier zu Tage tretenden Konflikts zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit in erster Linie dem Gesetzgeber übertragen ist (vgl. BVerfGE 3, 225 [237f.] = NJW 1954, 65; BVerfGE 15, 313 [319f.] = NJW 1963, 851; BVerfGE 35, 41 [47] = NJW 1973, 1315). [31]). Auch insoweit können sich die Gerichte mithin nicht von der maßgeblichen gesetzlichen Regelung lösen. Dies gilt insbesondere

für gerichtliche Entscheidungen, die ungeachtet etwaiger Rechtsfehler nach dem jeweiligen Verfahrensrecht in Rechtskraft erwachsen und deshalb weder mit ordentlichen Rechtsbehelfen angegriffen noch vom erkennenden Gericht selbst abgeändert werden können. Die Bindung der Gerichte ist hier von besonderer Bedeutung, weil der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen auch wesentliche rechtsstaatliche Funktionen zukommt, indem sie Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten herstellt (vgl. BVerfGE 22, 322 [329] = NJW 1968, 147; BVerfGE 47, 146 [161] = NJW 1978, 1151).”

*bb. Gegenvorstellung nicht aus Gründen der Subsidiarität der Vb. nötig*

“[40] Schließlich konnte die Entscheidung des AnwG über die Gegenvorstellung des Bf. die Frist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde auch nicht deshalb neu in Gang setzen, weil der Bf. durch den Subsidiaritätsgrundsatz gezwungen gewesen wäre, zunächst diese Möglichkeit zur Abhilfe zu nutzen. Das BVerfG macht nämlich seit dem Plenarbeschluss vom 30.4.2003 die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht länger von der vorherigen erfolglosen Einlegung insbesondere einer Gegenvorstellung abhängig (BVerfGE 107, 395 [417] = NJW 2003, 1924).”

*3. Zwischenergebnis*

Die Vb. ist zunächst verfristet.

*4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*

Fraglich ist, ob das BVerfG dem Bf. von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren muss, § 93 II 4 BVerfGG. Das BVerfG bejaht dies:

“[41] Sämtliche Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung liegen vor, insbesondere hat der Bf. die verspätete Einlegung der Verfassungsbeschwerde nicht verschuldet.

[42] In der Rechtsprechung des BVerfG war im Anschluss an den Plenarbeschluss vom 30. 4. 2003 (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924) bislang nicht geklärt, welche Folgen aus der geänderten Rechtsprechung zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegenüber außerordentlichen Rechtsbehelfen für das Offenhalten der Monatsfrist des § 93 I 1 BVerfGG bei Einlegung einer Gegenvorstellung zu ziehen sind. Einschlägige Senatsentscheidungen sind nicht ergangen. Auch der Rechtsprechung der Kammern des BVerfG lassen sich keine zweifelsfreien Hinweise entnehmen. So ist etwa die Einlegung einer Gegenvorstellung für die Rüge der Verletzung von Prozessgrundrechten weiterhin als fristwährend behandelt worden (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], BayVBl 2007, 44 = BeckRS 2006, 22593), während in einer anderen Entscheidung die Einlegung einer Gegenvor-

stellung nicht als geeignet angesehen wurde, die Monatsfrist des § 93 I 1 BVerfGG erneut in Lauf zu setzen (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2007, 3771 [3772]).“

*[Anm.: Allerdings käme eine Wiedereinsetzung heutzutage nicht mehr in Betracht, wie das BVerfG klarstellt:*

*“[43] Nachdem mit der vorliegenden Entscheidung eine Klärung erfolgt ist, kann in künftigen Fällen von einem Fehlen des Verschuldens nur noch für den Zeitraum ausgegangen werden, der erforderlich ist, um den Rechtsuchenden Gelegenheit zu geben, sich auf die nunmehr geklärte Rechtslage einzustellen und entsprechend zu reagieren (vgl. BVerfGE 78, 123 [126f.] = NJW 1988, 2787). Ein Bf., der wegen einer von ihm erhobenen Gegenvorstellung zunächst von der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde abgesehen hatte, wird daher [...] Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann erlangen können, wenn die Verfassungsbeschwerde nunmehr nachgeholt wird und bis spätestens 2.3.2009, eingelegt worden ist.”]*

#### IX. Zwischenergebnis

Somit ist der Bf. so zu stellen, als ob die Frist nicht verstrichen wäre. Die Vb. ist nach alledem zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, sofern der Bf. durch die angegriffene Entscheidung in einem Grundrecht verletzt ist. Hier kommt nur eine Verletzung seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG in Betracht. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegen.

#### I. Schutzbereich betroffen

In personaler Hinsicht schützt Art. 12 I 1 GG alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG, zu denen auch der Bf. gehört. In sachlicher Hinsicht schützt er die Berufsfreiheit. Unter einem Beruf ist die auf Dauer angelegte, auf Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage gerichtete, erlaubte Tätigkeit. Dazu gehören auch die freien Berufe wie der eines Rechtsanwalts, mag es diesen auch nicht primär darum gehen, Gewinn zu erzielen, sondern der Rechtspflege zu dienen. Jedenfalls zielen Rechtsanwälte auch darauf ab, aus ihrer Tätigkeit ihre Lebensgrundlage zu erwirtschaften. Neben der in Art. 12 I 1 GG wörtlich angesprochenen Berufswahl ist auch die hier betroffene Berufsausübung geschützt, in der sich die Berufswahlentscheidung täglich perpetuiert. Ferner wäre die Schranke des Art. 12 I 2 GG sinnlos, wäre die Berufsausübung schon nicht geschützt.

#### II. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutz-

bereichs zu verstehen. Die hier erteilte, vom AnwG bestätigte Rüge sanktionierte unmittelbar eine Berufsausübungshandlung des Bf., nämlich einen Vergleichsabschluss mit einer anwaltlich vertretenen Person im Rahmen einer mündlichen Gerichtsverhandlung in Abwesenheit des Gegenanwalts. Somit liegt ein Eingriff vor.

*[Anm.: Für das BVerfG waren Schutzbereichsbetroffenheit und Eingriff offenbar so selbstverständlich, dass es diese Punkte gar nicht erwähnte. Es ist daher gut vertretbar, sie kurz abzuhandeln und den Schwerpunkt ebenso wie das Gericht auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu legen. Zu prüfen sind sie in einem Gutachten aber in jedem Fall.]*

#### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er durch die Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

#### 1. Schranke

Als Schranke kommt hier der Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 I 2 GG in Betracht. Dieser verlangt, dass der Eingriff durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgte. Zwar ist § 12 I BORA, gegen den der Bf. hier verstoßen haben soll, selbst kein Parlamentsgesetz; die Ermächtigung zur Rüge wird jedoch in § 74 I 1 BRAO normiert, sodass hier “aufgrund” eines Gesetzes eingegriffen worden ist.

#### 2. Schranken-Schranken

Allerdings müssen das Gesetz und seine Anwendung auf den konkreten Fall ihrerseits verfassungsgemäß sein, um einen Eingriff decken zu können.

#### a. Verfassungsmäßigkeit der Norm

In formeller Hinsicht ist die Verfassungsmäßigkeit der §§ 12 I BORA i.V. mit § 74 I 1 BRAO nicht zweifelhaft. In materieller Hinsicht ist allein fraglich, ob das Umgebungsverbot und die daran anschließende Rügemöglichkeit verhältnismäßig sind. Dann müssten sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Nach der sog. “Drei-Stufen-Theorie” des BVerfG hängt die Frage, welche Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs zu stellen sind, von dessen Intensität ab. Je schwerwiegender der Eingriff, umso strenger die Rechtfertigungsanforderungen. Eingriffe in die Berufswahl können daher - je nachdem, ob sie an die Person des Betroffenen (zweite Stufe) oder an außerhalb seiner Person liegende Umstände (dritte, höchste Stufe) anknüpfen, nur durch besonders wichtige (zweite Stufe) bzw. gar nur durch überragend wichtige Gemeinwohlbelange (dritte Stufe) gerechtfertigt werden. Wird hingegen - wie hier - lediglich

auf Ebene der Berufsausübung eingegriffen (erste, unterste Stufe), genügen bereits vernünftige Gemeinwohlbelange. Solche erkennt das BVerfG hier:

*aa. Legitimer Zweck*

“[48] Das Umgehungsverbot dient einer funktionsfähigen Rechtspflege und damit einem bedeutenden Gemeinwohlbelang (vgl. BVerfGE 117, 163 [182] = NJW 2007, 979). Es zielt vorrangig auf den Schutz des gegnerischen Mandanten. Hat dieser zur Wahrung seiner Rechte die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für notwendig erachtet, so soll er davor geschützt sein, bei direkter Kontaktaufnahme durch den Rechtsanwalt der Gegenseite wegen fehlender eigener Rechtskenntnisse und mangels rechtlicher Beratung übervorteilt zu werden (vgl. Feuerich, in: Feuerich/Weyland, § 12 BORA Rdnr. 1; BGH, NJW 2003, 3692 [3693]). Mit diesem Schutz vor Überrumpelung dient die Regelung einem fairen Verfahren und damit dem Gemeinwohlinteresse an einer geordneten Rechtspflege. Daneben liegt dem Umgehungsverbot die Überlegung zu Grunde, dass durch den unmittelbaren Kontakt zwischen Rechtsanwälten die sachgerechte und zügige Erledigung einer Rechtssache gefördert wird (vgl. Prütting, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. [2004], § 12 BORA Rdnr. 2 m.w. Nachw.). Auch dies dient der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Angesichts dieses legitimen Ziels findet das Umgehungsverbot aus § 12 BORA seine Grundlage in der Ermächtigung der BRAO, die Gewissenhaftigkeit anwaltlicher Berufsausübung durch Satzungsrecht näher zu regeln (§ 59b II Nr. 1 lit. a BRAO).”

*bb. Geeignetheit*

“[49] Der Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung ist geeignet, das angestrebte Ziel einer geordneten Rechtspflege insbesondere durch den Schutz der Rechtsuchenden vor Überrumpelung zu erreichen.”

*cc. Erforderlichkeit*

“Ein weniger belastendes, aber gleichermaßen wirksames Mittel ist nicht ersichtlich.”

*dd. Angemessenheit*

“Wird schließlich das Gewicht des verfolgten Gemeinwohlziels der vergleichsweise geringen Belastung gegenübergestellt, die mit dem Verbot des unmittelbaren Kontakts zum anwaltlich vertretenen Gegner verbunden ist, so zeigt sich, dass das Umgehungsverbot den betroffenen Rechtsanwälten grundsätzlich auch zumutbar ist.”

*b. Verfassungsmäßige Anwendung*

Ist eine Norm für sich genommen verfassungsgemäß,

kann gleichwohl ihre Anwendung auf den konkreten Fall unverhältnismäßig sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in Art. 20 III GG verankert. Wäre der Bf. hier unverhältnismäßig gerügt worden, läge darin also eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, die das BVerfG auch in Bezug auf den konkreten Einzelfall prüfen kann und die geeignet wäre, die Vb. zu begründen.

Das AnwG hat die Bestätigung der Rüge des Bf. vor allem mit dessen unkollegialem Verhalten gegenüber dem Gegenanwalt begründet. Das BVerfG hält dies für unangemessen und damit für unverhältnismäßig:

“[53] Soll, wie das AnwG meint, schon allein der Vorwurf mangelnder Kollegialität für die Missbilligung des beruflichen Verhaltens des Bf. durch Erteilung einer Rüge genügen, so bleibt die begrenzte Reichweite [...] des § 12 I BORA außer Betracht. Denn die strikte Einhaltung des Umgehungsverbots hätte von dem Bf. verlangt, in der mündlichen Verhandlung vor Gericht keine Vergleichsverhandlungen mit der Ag. zu führen und insbesondere keinen Prozessvergleich abzuschließen. Dies hätte jedoch offensichtlich dem Interesse des eigenen Mandanten an einer zügigen und sachgerechten Beendigung des Rechtsstreits durch Abschluss eines Prozessvergleichs widersprochen. Zur Wahrung der rechtlichen Interessen seines Mandanten war der Bf. vertraglich verpflichtet; für ein Zurückdrängen seiner Verpflichtungen aus dem Mandatsverhältnis kann § 12 I BORA keine Grundlage bieten. Unter diesen Umständen scheidet eine berufrechtliche Ahndung allein als Sanktion unkollegialen Verhaltens aus. [...]”

[54] In der gegebenen Situation lag ein Schutzbedürfnis auch nicht ohne Weiteres nahe. [...] Auch im vorliegenden Fall hatte [...] das Gericht, das am Zustandekommen des Prozessvergleichs namentlich durch den von ihm unterbreiteten Vergleichsvorschlag und die notwendige Protokollierung beteiligt war, darauf zu achten, dass ein unerfahrener und ungewandter Beteiligter nicht benachteiligt wurde (vgl. Wolfsteiner, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. [2007], § 794 Rdnr. 43). Angesichts dieser ebenfalls auf Schutz vor Übervorteilung zielenden Obliegenheit des Gerichts und des Umstands, dass es sich um eine in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht ersichtlich einfach gelagerte Rechtssache handelte, die auch für die gegnerische Mandantin nicht von schwerwiegender Bedeutung war, drängt sich ein gleichwohl bestehendes zusätzliches Schutzbedürfnis durch das Umgehungsverbot zumindest nicht auf.”

*C. Ergebnis*

Die Vb. ist zulässig und begründet. Sie hat Erfolg.



**Standort: Kaufrecht****Problem: Schadensersatz wegen unberechtigter Forderung**

BGH, URTEIL VOM 16.01.2009

V ZR 133/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Widerklägerin (im Folgenden Bekl.) beehrte den Ersatz von außergerichtlichen Verteidigungskosten.

Die Bekl. kaufte von der Kl. ein mit einem abzubrechenden Gebäude bebautes Grundstück, welches parzelliert und nach der Bebauung mit sechs Einfamilienhäusern weiterverkauft werden sollte. Der Vertrag enthielt unter anderem folgende Klausel: "Sobald die Baugenehmigung zur Errichtung der Häuser nebst der Genehmigung zur Teilung des Grundbesitzes insgesamt in die entsprechende Zahl Baugrundstücke erteilt sind, ist der Kaufvertrag wirksam und die Vertragsbeteiligten zur Erbringung der ihnen obliegenden Leistung verpflichtet."

Der Vollzug des Vertrags stockte, weil ein Nachbar gegen den der Bekl. erteilten Bauvorbescheid Widerspruch einlegte. Außerdem machte die zuständige Behörde die Erteilung der für die vorgesehene Teilung des Grundstücks erforderlichen Genehmigung von dem vorherigen Abbruch der vorhandenen Bebauung auf dem Grundstück abhängig. In einem notariell beurkundeten Ergänzungsvertrag vereinbarten die Parteien eine Stundung des Kaufpreises bis zur Erteilung der Baugenehmigung und weiter "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht seitens des Käufers", dass "der aus abzuschließenden Weiterverkäufen zu zahlende Kaufpreis in voller Höhe vorzeitig an den Verkäufer zu zahlen ist". Zu diesem Zeitpunkt war die Baugenehmigung noch nicht beantragt.

Der Kl. forderte die Bekl. ergebnislos mit anwaltlichen Schreiben vom 21.07.2006 und vom 03.08.2006 auf, den Kaufpreis bis zum 16.08.2006 zu zahlen. Daraufhin erklärte der Kl. mit Schreiben vom 12.09.2006 unter Hinweis auf treuwidriges Verhalten der Bekl. den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Oberlandesgericht zugelassene Revision der Bekl., mit welcher diese ihre Ansprüche weiterverfolgt. Die Revision hat keinen Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit ein unberechtigtes Rücktrittsverlangen zum Schadensersatz gem. § 280 I 1 BGB verpflichtet. Problematisch waren die Merkmale der Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB sowie die Frage des Verschuldens.

Das Berufungsgericht hatte keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 I BGB zugesprochen. Diese rechtliche Einschätzung teilt der erkennende Senat. Ein Zahlungsanspruch gem. § 433 II BGB war im vorliegenden Fall noch nicht fällig. Aus diesem Grunde konnte die Bekl. weder rechtmäßig zur Zahlung auffordern, noch konnte sie wegen dieser Nichtleistung nach erfolgloser Fristsetzung gem. § 346 I i.V.m. § 346 I BGB zurücktreten. Nunmehr musste beurteilt werden, ob die unberechtigte Geltendmachung eine Pflichtverletzung des Käufers im Sinne des §§ 280 I, 241 II BGB begründet. Gem. § 241 II BGB werden im Rahmen eines Schuldverhältnis auch Schutzpflichten begründet, die Ausfluss aus dem Gebot der Rücksichtnahme sind. Klassischer Anwendungsbereich sind insoweit die Aufklärungspflichten (Palandt-Heinrichs, BGB, § 241 Rn 7).

Die bisherige Rechtsprechung des BGH erkennt an, dass allein die Erhebung einer Klage oder die sonstige Inanspruchnahme staatlicher Mittel zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine deliktische Haftung, noch die Verletzung einer Vertragspflicht begründen (vgl. BGHZ 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.). Allerdings galt es hier zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um die außerprozessuale Geltendmachung eines Anspruchs und die Ausübung eines Gestaltungsrechts handelte. Es galt nunmehr zu klären, ob die Rechtsprechung sich auf diese Umstände übertragen lässt. Der erkennende Senat bejaht diese streitig diskutierte Frage im Ergebnis.

Einer Auffassung nach müsse die außergerichtliche Geltendmachung vermeintlicher Rechte anders beurteilt werden als deren gerichtliche Geltendmachung. Es fehle insoweit an der Rechtfertigungswirkung des gerichtlichen Verfahrens (Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 15.07.2005 in BGHZ 164, 1, 6). Folglich läge eine Pflichtverletzung im vorliegenden Fall vor.

Einer anderen Auffassung nach ergebe sich kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung beider. In bestehenden Schuldverhältnissen gebe es ein Recht, in subjektiv redlicher Weise - wengleich unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage, Ansprüche geltend zu machen, die sich im Ergebnis als unberechtigt erweisen. Demnach wäre eine Pflichtverletzung zu verneinen. Der erkennende Senat stellt insoweit klar, dass das außergerichtliche unberechtigte Geltendmachen von Ansprüchen jedenfalls das Rücksichtnahmegebot gem. § 241 II BGB verletzt und bejahte konsequenterweise eine Pflichtverletzung. Zu den schützenswerten Rechten und Interessen gehört auch das Interesse des Schuldners, nicht weiter in Anspruch genommen zu werden als dies vertraglich vereinbart ist. Wie der

Gläubiger von dem Schuldner die uneingeschränkte Herbeiführung des Leistungserfolgs beanspruchen kann, darf der Schuldner von dem Gläubiger erwarten, dass auch er die Grenzen des Vereinbarten einhält (Vgl. Haertlein, MDR 2009, 1, 2). Eine irrtümliche Geltendmachung der Ansprüche steht dem nicht entgegen. Eine Haftung auf Schadensersatz nach § 280 I 1 BGB kommt immer dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei, ohne eigene Leistungspflichten zu verletzen, unberechtigte Ansprüche an die andere Vertragspartei stellt (BGH, Urt. v. 12.12.2006, VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458 f.; Palandt-Heinrichs, BGB, § 280 Rn 27; Kaiser, NJW 2008, 1709, 1711). Dies hat der Bundesgerichtshof bei einem unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen angenommen (BGH, RA 2008, 186 = NJW 2008, 1147, 1148). Für ein unberechtigtes Zahlungsverlangen kann nichts anderes gelten.

Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Ob sich der Schuldner exkulpieren kann, richtet sich danach, ob der Gläubiger im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle überprüft hat, ob die Vertragsstörung aus seinem eigenen Verantwortungsbereich entspringt. Erkennt der Käufer fahrlässig nicht, dass die Ansprüche nicht bestehen, sondern vielmehr die Ursache von der von ihm beanstandeten Erscheinung in seinem eigenem Verantwortungsbereich liegt (so bereits zum Werkvertragsrecht LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301), ist das Vertretenmüssen zu bejahen. Dem ist auch zuzustimmen, da die innerhalb des bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme im Hinblick auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordern, dass der Käufer vor der Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für den Umstand, hinter dem er eine Pflichtverletzung vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen. Im vorliegenden Fall konnte sich der Kl. exkulpieren. Er hatte insb. Grund zu der Annahme, dass die Bekl. die Erteilung der Baugenehmigung als Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs treuwidrig nicht herbeiführt und daher die Fälligkeit des Anspruchs vereitelt. Daher scheidet ein Anspruch auf Schadensersatz aus.

#### Vertiefungshinweise:

- Zum unberechtigten Nacherfüllungsverlangen: *BGH*, RA 2008, 186 = *NJW* 2008, 1147
- 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; *Tiedke/Schmitt*, *JuS* 2005, 583; *Jaensch*, *JURA* 2005, 649; *Ebert*, *NJW* 2004, 1761; *Oechsler*, *NJW* 2004, 1825;

□ Zur Fristsetzung bei der Nacherfüllung: *BGH*, RA 2008, 258; *OLG Celle*, = RA 2007, 45 = *NJW - RR* 2007, 352

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

#### Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"
- *Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"

#### Leitsätze:

**a) Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB und handelt im Sinne von § 280 I 1 BGB pflichtwidrig.**

**b) Im Sinne von § 280 I 2 BGB zu vertreten hat die Vertragspartei diese Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte.**

#### Sachverhalt:

Die bekl. Bauträgerin kaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 08.09.2005 von dem Kl. ein mit einem abzubrechenden Gebäude bebautes Grundstück für 351.000 €. Das Grundstück sollte parzelliert und nach Bebauung mit sechs Einfamilienhäusern weiterverkauft werden. Die Bekl. sollte nach Vertragsschluss eine Bauvoranfrage einreichen. Weiter heißt es in dem Vertrag:

"Sobald die Baugenehmigung zur Errichtung der Häuser nebst der Genehmigung zur Teilung des Grundbesitzes insgesamt in die entsprechende Zahl Baugrundstücke erteilt sind, ist der Kaufvertrag wirksam und die Vertragsbeteiligten zur Erbringung der ihnen obliegenden Leistung verpflichtet."

Der Vollzug des Vertrags stockte, weil ein Nachbar gegen den der Bekl. erteilten Bauvorbescheid Widerspruch einlegte. Außerdem machte, was dem Kl. zunächst unbekannt blieb, die zuständige Behörde mit einem Schreiben vom 13.02.2006 die Erteilung der für die vorgesehene Teilung des Grundstücks erforderlichen Genehmigung von dem vorherigen Abbruch der vorhandenen Bebauung auf dem Grundstück abhängig. Mit Rücksicht auf den Nachbarwiderspruch vereinbarten die Parteien am 20.02.2006 in einem notariell beurkundeten Ergänzungsvertrag eine Stundung des Kaufpreises bis zur Erteilung der Baugenehmi-

gung und weiter "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht seitens des Käufers", dass "der aus abzuschließenden Weiterverkäufen zu zahlende Kaufpreis in voller Höhe vorzeitig an den Verkäufer zu zahlen ist". Zu diesem Zeitpunkt war die Baugenehmigung noch nicht beantragt.

Nach einem Schriftwechsel der Parteien wegen der Zahlung des Kaufpreises ließ der Kl. die Bekl. mit anwaltlichen Schreiben vom 21.07.2006 und vom 03.08.2006 auffordern, den Kaufpreis bis zum 16.08.2006 zu zahlen. Dem leistete die Bekl. mit der Begründung nicht Folge, die Baugenehmigung sei wegen des schwebenden Widerspruchsverfahrens und der fehlenden Teilungsgenehmigung noch nicht erteilt worden. Die Erteilung der Teilungsgenehmigung setze den vorherigen Abriss der Gebäude voraus.

Mit Schreiben vom 23.08.2006 teilte die Bauaufsichtsbehörde dem Kl. auf dessen Anfrage hin mit, dass ein Bauantrag noch nicht gestellt worden sei. Die Bekl. ließ ihm mit einem Schreiben vom 05.09.2006 mitteilen, die Bauanträge seien selbstverständlich eingereicht. Daraufhin erklärte der Kl. mit Schreiben vom 12.09.2006 unter Hinweis auf treuwidriges Verhalten der Bekl. den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag.

Gegen die auf Rückabwicklung des - inzwischen vollzogenen - Kaufvertrags und auf Löschung eines Grundpfandrechts zugunsten eines Gläubigers der Bekl. gerichtete, rechtskräftig abgewiesene Klage hat die Bekl. Widerklage erhoben und von dem Kl. Ersatz der Kosten für ihre Verteidigung gegen sein Zahlungsverlangen in Höhe von 3.301,20 € und gegen seinen Rücktritt in Höhe von 1.660,60 € verlangt.

Ist die Widerklage begründet?

### **Lösung:**

Die Bekl. müsste einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vorprozessuale Verteidigung gegen das Zahlungsverlangen des Kl. in Höhe von 3.301,20 € und gegen seinen Rücktritt in Höhe von 1.660,60 € haben.

In Betracht kommt ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 I 1 BGB.

*[Anm.: Die Geltendmachung unberechtigter Ansprüche und nicht bestehender Rechte kann zwar unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu einem Ersatzanspruch führen (dazu BGH, Urt. v. 12.12.2006, VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458). Liegt sie aber - wie hier - darin, dass der eine Partner eines (gegenseitigen) Vertrags aus diesem Vertrag Ansprüche gegen den anderen Partner geltend macht und Gestaltungsrechte ableitet, die ihm nach dem Vertrag nicht zustehen, kommt allein ein Anspruch aus der Verletzung vertraglicher Pflichten in Betracht.]*

### *A. Wirksames Schuldverhältnis*

Es müsste ein wirksames Schuldverhältnis gegeben sein. Dies ist hier unproblematisch der Fall. Die Parteien haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen.

### *B. Pflichtverletzung*

Es müsste eine Pflichtverletzung vorliegen. In Betracht kommt die Verletzung einer Nebenpflicht gem. § 241 II BGB.

*[Anm.: Das Schuldverhältnis erschöpft sich nicht in Leistungspflichten, sondern begründet auch Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Diese Pflichten sollen das Integritätsinteresse des Vertragspartners schützen und werden als Schutzpflichten bezeichnet. Die Annahme solcher Schutzpflichten rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Parteien bei Bestehen einer Sonderverbindung vermehrt die Möglichkeit haben, auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils einzuwirken. Dies ist seit der Reform des Schuldrechts gesetzlich in § 241 II BGB verankert.]*

### *I. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung*

Eine Pflichtverletzung kommt in Betracht in dem Moment, in dem der Kl. unberechtigt zur Zahlung aufgefordert und zu Unrecht den Rücktritt vom Kaufvertrag gem. § 346 I i.V.m. § 323 I BGB erklärt hat. Der Kl. konnte von der Bekl. weder am 21.07.2006 noch am 03.08.2006 die Zahlung des Kaufpreises verlangen. Der Kaufpreis war noch nicht fällig. Unter dem 20.02.2006 vereinbarten die Parteien in einem notariell beurkundeten Ergänzungsvertrag eine Stundung des Kaufpreises bis zur Erteilung der Baugenehmigung. Die Baugenehmigung war jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht erteilt. Das führt dazu, dass auch der Rücktritt gem. § 346 I i.V.m. § 323 I BGB scheitert. Es liegt in der Nichtzahlung des Kaufpreises keine den Rücktrittsgrund tragende Pflichtverletzung der Bekl. gem. § 323 I BGB. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf die Leistungserbringung vorliegt. Genau das ist hier mangels Fälligkeit des Kaufpreises gem. § 433 II BGB nicht der Fall. Mithin hat der Kl. zu Unrecht die Zahlung begehrt und zu Unrecht den Rücktritt erklärt.

### *II. Verletzung einer Nebenpflicht gem. § 241 II BGB*

Es müsste aus dem ungerechtfertigten Verlangen der Zahlung bzw. der ungerechtfertigten Erklärung des Rücktritts die Verletzung einer Nebenpflicht folgen.

*1. Keine Verletzung einer Vertragspflicht durch Erhebung einer Klage bzw. durch Inanspruchnahme staatlicher Institutionen zur Durchsetzung von Ansprüchen*  
Die bisherige Rechtsprechung verneint die Verletzung

einer Vertragspflicht wegen im Ergebnis ungerechtfertigter Klageerhebung bzw. Inanspruchnahme staatlicher Institutionen zur Durchsetzung der Individualinteressen.

“[12] In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, das ist dem Berufungsgericht zuzugeben, anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB (BGHZ 36, 18, 20 f.; 74, 9, 15 f.; 95, 10, 18 ff.; 118, 201, 206) noch eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann (Senat, BGHZ 20, 169, 172; BGH, NJW-RR 2005, 315, 316;). Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe der gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird (BGH, NJW 2008, 1147, 1148). Ein dadurch nicht abgedeckter Schaden ist damit auch materiell-rechtlich nicht ersatzfähig (Senat, BGHZ 20, 169, 172; BGHZ 74, 9, 15; 118, 201, 206). Diese Rechtsprechung wird wesentlich von der Überlegung bestimmt, dass andernfalls der freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren, an dem auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt würde.”

## 2. Übertragbarkeit der Grundsätze auf den außergerichtlichen Bereich ist streitig

Fraglich ist, ob diese durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sich auf den hier im Streit stehenden außergerichtlichen Bereich übertragen lassen. Dies wird in der Literatur und der Rechtsprechung streitig diskutiert.

### a. Pflichtverletzung liegt nicht vor

Einer Auffassung nach sind auch im außergerichtlichen Bereich die Wertungen der gerichtlichen Durchsetzung zu berücksichtigen (vgl. KG, Urt. v. 18.08.2005, 8 U 251/04, juris, Rdn. 142, im Ergebnis bestätigt durch BGH, Beschl. v. 07.12.2006, IX ZR 167/05, juris; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 746; Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet, BGB, 2. Aufl., § 241 Rdn. 54). Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 25.10.1995, VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389, 390; Beschl. v. 07.12.2006, aaO; vor allem aber im Vorlagebeschluss v. 12.08.2004, I ZR 98/02, NJW 2004, 3322, 3323) findet sich diese Rechtsauffassung wieder. Für diese Gleichstellung werden im Wesentlichen zwei Argumente angeführt: Zum einen könne die außergericht-

liche Geltendmachung von in Wirklichkeit nicht bestehenden Ansprüchen und Rechten nicht anders behandelt werden als deren gerichtliche Geltendmachung. Zum anderen gebe es auch in bestehenden Schuldverhältnissen ein Recht, in subjektiv redlicher Weise - wenn auch unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage - Ansprüche geltend zu machen, die sich als unberechtigt erwiesen.

Dieser Auffassung nach wäre eine Pflichtverletzung zu verneinen.

### b. Pflichtverletzung liegt vor

Einer anderen Auffassung nach ist die Pflichtverletzung zu bejahen. Insbesondere das Argument, dass eine Gleichbehandlung von in Wirklichkeit nicht bestehenden Ansprüchen im gerichtlichen und im außergerichtlichen Bereich geboten sei, wird durch den ersten Senat des BGH nicht für stichhaltig erachtet. Der erkennende Senat führt dazu aus:

“[14] Das erste Argument hat der Große Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 15.07.2005 (BGHZ 164, 1) zurückgewiesen. Anlass war der erwähnte Vorlagebeschluss des I. Zivilsenats vom 12.08. 2004 (I ZR 98/02, aaO), mit welchem dieser die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung in Frage gestellt hat. Nach dieser Rechtsprechung kann eine unberechtigte außergerichtliche Schutzrechtsverwarnung einen rechtswidrigen Eingriff in eine nach § 823 I BGB geschützte Rechtsposition sowohl des Verwarnten als auch desjenigen Gewerbetreibenden darstellen, dessen Kundenbeziehungen durch die unberechtigte Geltendmachung eines Ausschließlichkeitsrechts gegenüber dem verwarnten Abnehmer schwerwiegend beeinträchtigt werden (BGHZ 2, 387, 393; 38, 200, 204 ff.; 62, 29, 31 ff.; 164, 1, 5 f). Erfolgt der Eingriff unmittelbar durch Anrufung der Gerichte, entfällt - wie auch sonst - die Haftung (BGHZ 164, 1, 6). Diese Privilegierung findet ihrer Rechtfertigung zum einen in einer förmlichen Beteiligung des zu Unrecht in Anspruch Genommenen an dem gerichtlichen Verfahren und zum anderen in der verschuldensunabhängigen Haftung des Kl. nach §§ 717 II, 945 ZPO für den Fall einer Vollstreckung aus einem später geänderten vorläufig vollstreckbaren Urteil (BGHZ 164, 1, 7 f.). An beidem fehlt es, wenn eine unberechtigte Verwarnung außergerichtlich erfolgt. Bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen liegt es nicht anders. “

### c. Auswirkungen eines Irrtum bei der Geltendmachung des Anspruchs

Fraglich ist, ob es ein “Recht auf Irrtum gibt”( Anm. der Red.: diesen Begriff hatte das Berufungsgericht geprägt.), welches die Pflichtverletzung ausschließt. Der erkennende Senat führt dazu aus:

“[16] Anerkannt ist das, was auch das Berufungsgericht nicht übersieht, für die unberechtigte Kündigung. Kündigt der Vermieter das Mietverhältnis, ohne dass ein Kündigungsgrund besteht, kann er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sein (BGHZ 89, 296, 301 ff.; BGH, NJW 2005, 2395, 2396). Entsprechendes gilt, wenn der Vermieter, ohne zu kündigen, unberechtigt Räumung verlangt (BGH, Urt. v. 28.11.2001, XII ZR 197/99, NJW-RR 2002, 730, 731). Das ergibt sich in diesen Fallkonstellationen allerdings schon daraus, dass der Vermieter mit der Kündigung bzw. dem Räumungsverlangen das Besitzrecht des Mieters in Frage stellt und damit zugleich seine eigene vertragliche Leistungspflicht zur Überlassung der Mietsache verletzt. Ähnlich liegt es bei dem Käufer, der den Vertrag unberechtigt "annuliert" (RGZ 57, 105, 113), oder dem Verkäufer, der sich unberechtigt weigert, den Käufer weiter zu beliefern (RGZ 67, 313, 317). Auf einen solchen - bei der Geltendmachung von nicht bestehenden Ansprüchen fehlenden - Bezug zu der Nichterfüllung eigener Leistungspflichten kommt es aber nicht entscheidend an. Vielmehr kommt eine Haftung auf Schadensersatz nach § 280 I 1 BGB auch dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei, ohne eigene Leistungspflichten zu verletzen, unberechtigte Ansprüche an die andere Vertragspartei stellt (BGH, NJW 2007, 1458 f.; ebenso OLG Braunschweig, OLG-Report 2001, 196, 198; Kaiser, NJW 2008, 1709, 1711). Dies hat der Bundesgerichtshof bei einem unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen angenommen (Urt. v. 23.01.2008, VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147, 1148). Für ein unberechtigtes Zahlungsverlangen gilt nichts anderes.” Demgemäß ist eine Pflichtverletzung auch in den Fällen eines Irrtums zu bejahen.

#### d. Stellungnahme

Vorzugswürdig erscheint die zweite Auffassung, die das Vorliegen einer Pflichtverletzung in den Fällen, in denen zu Unrecht ein Anspruch geltend gemacht wird oder in denen zu Unrecht ein Gestaltungsrecht ausgeübt wird, bejaht. Die Vertragspartei verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB. Jede Vertragspartei muss auf die Rechte und Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen. Es besteht insoweit eine innerparteiliche Schutzpflicht. Zu diesen schützenswerten Rechten und Interessen gehört auch das Interesse des Schuldners, nicht weiter in Anspruch genommen zu werden als dies vertraglich vereinbart ist. Wie der Gläubiger von dem Schuldner die uneingeschränkte Herbeiführung des Leistungserfolgs beanspruchen kann, darf der Schuldner von dem Gläubiger erwarten, dass auch er die Grenzen des Vereinbarten einhält (Vgl. Haertlein, MDR 2009, 1, 2).

Also sind sowohl die Aufforderung des Kl. an die

Bekl. zur Zahlung des Kaufpreises als auch sein Rücktritt vom Vertrag nicht nur sachlich unbegründet, sondern auch im Sinne von § 241 II BGB pflichtwidrig. Eine Pflichtverletzung liegt daher vor.

#### C. Vertretenmüssen

Der Bekl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Der Maßstab des Vertretenmüssen ergibt sich aus §§ 276, 278 BGB.

#### 1. Vermutungswirkung

Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 BGB vermutet.

*[Anm.: Mit § 280 I 2 BGB ist der Gesetzgeber von der normalen Beweislastverteilung abgewichen. Grundsätzlich hätte der Gläubiger das Tatbestandsmerkmal des Vertretenmüssens mit Tatsachen auszufüllen und deren Vorliegen zu beweisen. Diese Last wird ihm durch § 280 I 2 BGB abgenommen, weil die Pflichtverletzung in einem Bereich stattfindet, den allein der Schuldner beherrscht. Also ist der Schuldner wegen der größeren Sachnähe zur Aufklärung der Tatsachen eher in der Lage als der Gläubiger. Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 280 I 2 BGB den vollen Beweis zu erbringen.]*

#### 2. Exkulpation

Fraglich ist, ob sich der Kl. entlasten kann. Hier könnte nicht einmal Fahrlässigkeit bei dem Kl. vorliegen. Fahrlässig i.S.v. § 276 BGB handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Dies ist jedoch nicht bereits dann der Fall, wenn der Kl. nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Die Berechtigung seiner Forderung kann aus Sicht des Gläubigers "sicher" nur in einem Rechtsstreit geklärt werden, dessen Ausgang für den Gläubiger in vielen Fällen nicht vorhersehbar ist. Läge Fahrlässigkeit bereits in diesen Fällen vor, würde dies zu einer Überforderung der Gläubiger führen und ihnen die Durchsetzung der Rechte unzumutbar erschweren (so Haertlein, MDR 2009, 1, 2 f.), weil sie von der gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung wegen drohender Schadensersatzansprüche in den Fällen der unberechtigten Geltendmachung absehen könnten. Dieses Ergebnis kann nicht in jedem Fall überzeugen. Der erkennende Senat führt dazu aus:

“[20] ... Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II BGB) entspricht der Gläubiger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr schon dann, wenn er prüft, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist (vgl. BGH, NJW 2008, 1147, 1148). Mit dieser Plausibilitätskontrolle (ähnlich Kaiser, NJW 2008, 1709, 1712: Evidenzkontrolle)

hat es sein Bewenden. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt (BGH, Urt. v. 23.01.2008, aaO; Haertlein, MDR 2009, 1, 2)."

Entscheidend ist demgemäß, ob der Kl. im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle angemessen geprüft hat, ob die Vertragsstörung seinem eigenen Verantwortungsbereich unterfällt.

Der Kl. hatte nach dem Sachverhalt Grund zu der Annahme, dass die Bekl. die Erteilung der Baugenehmigung als Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs treuwidrig nicht herbeiführt. Der Kl. durfte auch angesichts der ihm berichteten Bekundung von Erwerbsinteresse durch vier Käufer annehmen, der Nachbarwiderspruch habe in den seit der Änderung des Kaufvertrags verstrichenen Monaten erledigt werden können. Die Auskunft der Bekl. in ihrem Schreiben vom 05.09.2006, der Bauantrag sei "selbstver-

ständig" gestellt, hat den Verdacht des Kl., die Erteilung der Baugenehmigung werde von der Bekl. unterlaufen, verstärkt. Durch eine Mitteilung der zuständigen Behörde vom 23.08.2006 ist er nämlich darüber unterrichtet worden, dass der Antrag bis dahin in Wirklichkeit nicht gestellt worden war. Das genügt der gebotenen Plausibilitätskontrolle, um das Vorliegen der Störung innerhalb des Verantwortungskreises des Kl. auszuschließen.

Also hat der Kl. gemessen an diesen Anforderungen weder sein unberechtigtes Zahlungsverlangen noch seinen unberechtigten Rücktritt zu vertreten, weil er weder im einen noch im anderen Fall fahrlässig gehandelt hat.

Also ist die Exkulpation gegeben. Das Vertretenmüssen des Kl. ist nicht gegeben.

Damit scheidet ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung einer Nebenpflicht gem. §§ 280 I, 241 II BGB aus.

## Standort: § 211 StGB

## Problem: Heimtücke trotz vorheriger Drohung

BGH, URTEIL VOM 12.02.2009  
4 STR 529/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Als der Angeklagte erfuhr, dass seine Ex-Frau mit einem anderen Mann in einem Lokal getrunken hatte, rief er sie mehrfach sehr erzürnt an und erklärte u.a., sie könne sich "auf ein Schlachtfest vorbereiten". Am selben Abend drang er in die Wohnung der Ex-Frau ein und versteckte sich hinter einer Couch. Als seine Ex-Frau und deren Freundin die Wohnung betraten und sich auf einen Computer konzentrierten, trat er von hinten an sie heran. Nach einem kurzen Wortwechsel drückte er seine Ex-Frau in eine Ecke des Raumes und tötete sie mit mehreren Messerstichen.

Das Landgericht Saarbrücken hatte den Angeklagten wegen Totschlags, § 212 I StGB, verurteilt. Die Mordmerkmale Heimtücke und niedrige Beweggründe hatte es zwar geprüft, aber abgelehnt. Der BGH hob auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin dieses Urteil auf, da die Tötung des Opfers doch heimtückisch gewesen und deshalb eine Strafbarkeit wegen Mordes, § 211 StGB, gegeben sei.

### **Prüfungsrelevanz:**

Tötungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Hierbei ist - zumindest im ersten Examen - häufig das Verhältnis von Mord und Tot-

schlag (und die sich daraus ergebende Konsequenz für die Anwendung von § 28 StGB, vgl. hierzu die Anmerkung in der Falllösung) zu diskutieren. In beiden Examen gleichermaßen wichtig ist die Prüfung der Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale. Gerade die Heimtücke, die das LG in der vorliegenden Entscheidung abgelehnt hatte, ist in Klausuren und mündlichen Prüfungen immer wieder zu erörtern.

Heimtückisch tötet nach der Rechtsprechung, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2005, 1287; 2006, 1008). Arglos ist der Täter dann, wenn er mit einem Angriff auf sein Leben von Seiten des Täters nicht rechnet (BGH, StV 1998, 544; Fischer, § 211 Rn 35).

Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte dem späteren Tatopfer vorher angekündigt, sie könne sich "auf ein Schlachtfest vorbereiten", was ihr klarmachen sollte, dass er sie (und ggf. auch ihre Freundin) töten würde. Die Arglosigkeit des Opfers entfällt grundsätzlich, wenn dieses mit einem Angriff auf sein Leben rechnet, weil der Täter einen solchen vorher angekündigt hat (BGH, NStZ-RR 2005, 202, 203; NStZ 2007, 268; Fischer, § 211 Rn 37a; Joecks, § 211 Rn 27). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Arglosigkeit des Opfers ist jedoch der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs des Täters (BGH, NStZ 2006, 502, 503; StV 2007, 229; Joecks, § 211 Rn 26; Schöнке/Schröder-Eser, § 211 Rn 24). Hat das Opfer eine

vorherige Drohung des Täters also im Zeitpunkt von dessen Angriff wieder vergessen, glaubt es, der Täter habe seinen Angriffswillen wieder aufgegeben, oder hält sich das Opfer in der konkreten Situation für sicher, geht es also nicht von der Möglichkeit eines konkreten Angriffs aus, so kann es trotz einer vorangegangenen Drohung noch arglos sein (BGH, NStZ 2007, 268; Fischer, § 211 Rn 37a). Der Angeklagte hatte das Opfer zwar vorher telefonisch bedroht, dieses befand sich jedoch im Zeitpunkt des Angriffs in seiner Wohnung und rechnete nicht damit, dass sich der Angeklagte auch dort aufhalten und es angreifen würde, war also arglos.

Da das Opfer im Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs des Täters noch arglos sein muss, ist es nicht also ganz richtig, wenn der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausführt, es komme "für das Vorliegen einer heimtückischen Tötung nicht darauf an, ob und wann [das Opfer] die von dem ihm gegenüber tretenden Täter ausgehende Gefahr erkennt."

Erforderlich für eine heimtückische Tötung ist auch, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Dies setzt jedoch nicht voraus, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers planvoll herbeigeführt oder verstärkt hat (BGHSt 8, 219; 18, 88; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 25), sondern lediglich, dass er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH, NStZ 2003, 535; Fischer, § 211 Rn 44; Joecks, § 211 Rn 30). Tatsächlich gehen die Anforderungen an das Ausnutzungsbewusstsein also wohl kaum über die allgemeinen Voraussetzungen eines Vorsatzes hinaus.

Des Weiteren befasst sich der BGH mit der - sehr praxisrelevanten - Frage, ob es für einen Mord ausreicht, wenn der Täter aus einem Bündel verschiedener Motive heraus die Tötungshandlung vornimmt und nicht alle dieser Motive niedrige Beweggründe i.S.v. § 211 II StGB darstellen. Der BGH setzt insofern in der vorliegenden Entscheidung seine - der herrschenden Literatur entsprechende - Rechtsprechung fort, dass die vorsätzliche Tötung beim Vorliegen eines Motivbündels nur dann auf niedrigen Beweggründen beruht, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive einen solchen niedrigen Beweggrund darstellen (BGH, NStZ-RR 2004, 234; 2007, 111; Fischer, § 211 Rn 19; Lackner/Kühl, § 211 Rn 5c).

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur heimtückischen Tötung trotz vorheriger Drohung: BGH, NJW 2006, 1008; NStZ 2005, 384; 2005,

691; 2007, 268; *Quentin*, NStZ 2005, 128; *Widmaier*, NJW 2003, 2789; *Zaczyk*, JuS 2004, 750

Zu subjektiven Mordmerkmalen bei Motivbündeln: BGH, NStZ 2006, 338; NStZ-RR 2004, 234; 2007, 14; 2007, 111; StraFo 2007, 123; *Walter*, NStZ 1998, 36

Zu den Konkurrenzen, wenn ein Dauerdelikt ein anderes Delikt ermöglichen soll: BGHSt 27, 66; 29, 288; *Geppert*, JURA 1982, 370; *Peters*, JR 1993, 269; *Schlüchter*, JZ 1991, 1059

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"

Examenskurs: "Autobombe"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Lauert der Täter seinem ahnungslosen Opfer auf, um an dieses heranzukommen, kommt es für das Vorliegen einer heimtückischen Tötung nicht darauf an, ob und wann es die von dem ihm gegenüber tretenden Täter ausgehende Gefahr erkennt.**

**2. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.**

**3. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive, welche der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und besonders verwerflich sind.**

#### **Sachverhalt (vereinfacht):**

Der A und die S hatten seit 1987 eine von Anfang an konfliktbeladene Beziehung unterhalten, in deren Verlauf es mehrfach zu Trennungen und anschließenden Versöhnungen kam. Ihre im April 2004 geschlossene Ehe wurde im April 2007 geschieden. Am Tattage, dem 3. Oktober 2007, machte A, dem zugetragen worden war, dass sich S mit einem verheirateten Mann in einem Lokal aufgehalten und mit diesem getrunken habe, ihr Vorhaltungen, weil sie mit jenem Mann "fremdgegangen" sei. Im weiteren Verlauf des Tages kam es zwischen A und S zu zahlreichen telefonischen Kontakten. Gegen 20.15 Uhr rief A die S, die sich zu diesem Zeitpunkt außerhalb ihrer Wohnung aufhielt, ein weiteres Mal an und erklärte, sie und ihre Freundin K könnten sich "auf ein Schlachtfest vorbereiten" und sich "gegenseitig zugucken". S wusste mit dieser Äußerung des A, der mehrfach ohne realistischen Hintergrund verbal ausfällig geworden war, nichts anzufangen. Gegen 21.00 Uhr kehrte sie in Begleitung der -

K in ihre Wohnung zurück. Im Arbeitszimmer nahmen beide am PC Platz und suchten das Internetportal "Gesichterparty" auf. Der alkoholgewohnte, mittelgradig alkoholisierte A hatte sich zuvor Zugang zu der Wohnung verschafft und sich hinter einer Couch versteckt. S und K bemerkten den in der Tür stehenden A erst, als dieser mit erhobener Stimme und in bösem Ton äußerte: "Ach, Gesichterparty ist dir wichtiger!". Zwischen A, der um den in der Mitte des Raumes stehenden Schreibtisch herum auf S zuing, und S gab es einen kurzen Wortwechsel. A drückte dann mit der linken Hand S nach hinten, sodass sie in der Ecke des Raumes stand. Er stach sodann mit dem von ihm mitgeführten Klappmesser mit einer Klingenlänge von etwa 7,5 cm vielfach auf S ein, und zwar insbesondere in deren Hals- und Brustbereich, um sie zu töten, und äußerte dabei "Das hast du davon!". Dann äußerte er, er wolle gemeinsam mit S sterben und rammte sich zweimal das Messer mit Kraft in den Oberkörper und brach am Tatort zusammen. S erlag den ihr zugefügten Stichverletzungen. A überlebte. Strafbarkeit des A?

[Anm.: §§ 227, 303 StGB sind nicht zu prüfen. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

### Lösung:

#### A. Strafbarkeit gem. § 211 StGB

A könnte sich durch die Messerattacke wegen Mordes gem. § 211 StGB zum Nachteil der S strafbar gemacht haben.

[Anm.: Das Verhältnis zwischen Mord und Totschlag stellt einen klassischen examensrelevanten Streit dar. Während die Rechtsprechung § 211 StGB und § 212 StGB als selbstständige Tatbestände ansieht (BGHSt 2, 251, 254 ff.; BGH, NJW 2005, 996, 997; NStZ 2006, 288, 290), geht ganz herrschende Literaturauffassung davon aus, dass der Mord eine unselbstständige Qualifikation des Totschlags darstellt (Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn 22; LK-Jähnke, Vor § 211 Rn 39; Schönke/Schröder-Eser, Vorbem §§ 211 ff. Rn 5; SK-Horn, § 211 Rn 2).

Dieser Streit hat Bedeutung im Bereich der Teilnahme, da es hier um die Frage geht, ob bei den täterbezogenen Mordmerkmalen § 28 I StGB oder § 28 II StGB zur Anwendung kommt. Bei Prüfung eines Einzeltäters kann der Streit jedoch dahinstehen und ist nicht näher darzustellen. Es empfiehlt sich ferner, bei der Prüfung nicht die Kette der §§ 212, 211 StGB zu zitieren, da man sich sonst bereits festgelegt hat und den § 211 StGB mit der Literatur als Qualifikation ansieht. Bei Nennung lediglich des § 211 StGB hat man sich dagegen nicht dahingehend festgelegt, dass man der Ansicht der Rechtsprechung folgt, da es sich bei Qualifikationen um eigenständige Tatbestände

handelt, sodass diese auch ohne das Grunddelikt zitiert werden können.]

#### I. Tatbestand

##### 1. Tod eines Menschen

Zunächst müsste der tatbestandliche Erfolg des § 211 StGB, der Tod eines Menschen, eingetreten sein. S ist gestorben, so dass dies der Fall ist.

##### 2. Kausale Handlung des A

A müsste den Erfolg durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.

Die Messerstiche stellen eine Handlung im Sinne des Strafrechts dar. Diese Handlung müsste für den Tod des H auch kausal gewesen sein.

Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen (BGH, JR 1994, 514).

Hätte A nicht auf die S eingestochen, so wäre diese auch nicht an den Stichverletzungen gestorben. A hat also den Tod der S durch eine eigene Handlung herbeigeführt.

##### 3. Heimtücke

A könnte die S heimtückisch getötet haben.

##### a) Rechtsprechung

nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist eine Tötung dann heimtückisch, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung bewusst zur Tötung ausnutzt (BGHSt 32, 382; Lackner/Kühl, § 21 Rn 6). Arglos ist das Opfer, wenn es sich im Tatzeitpunkt eines Angriffs auf sein Leben von Seiten des Täters nicht versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 17). Wehrlos ist es, wenn es auf Grund der Arglosigkeit keine oder nur stark reduzierte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302).

Der BGH führt hierzu aus: "[12] a) Nach den Feststellungen war S, was das Landgericht nicht verkannt hat, bei Beginn des tödlichen Angriffs des Angeklagten arglos und infolgedessen wehrlos. Sie versah sich, als sie in ihre Wohnung zurückgekehrt war, trotz der telefonischen Äußerung des Angeklagten, sie und ihre Freundin könnten sich 'auf ein Schlachtfest vorbereiten', keines Angriffs. Der Angeklagte hatte keinen Schlüssel zu der Wohnung und hatte auch nicht etwa angekündigt, er werde sich Zugang zur Wohnung verschaffen. Lauert der Täter - wie hier - seinem ahnungslosen Opfer auf, um an dieses heranzukommen, kommt es nicht darauf an, ob und wann es die von dem ihm gegenüber tretenden Täter ausgehende Gefahr erkennt (vgl. BGH NStZ 1984, 261).

[13] b) Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und



Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NStZ 2003, 535). Die Erwägungen mit denen das Landgericht diese Voraussetzungen verneint hat, entbehren einer tragfähigen Grundlage.

[14] Die Ankündigung des Angeklagten, das Tatopfer und dessen Freundin könnten sich 'auf ein Schlachtfest' vorbereiten, spricht entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht gegen das Ausnutzungsbewusstsein des Angeklagten. Der Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGH NStZ 2007, 268), auf die das Landgericht ersichtlich abgestellt hat, lag eine andersartige Fallgestaltung zugrunde. Der Täter war dem Opfer kurz nach der telefonischen Ankündigung: 'Ich komme jetzt zu dir ins Restaurant und mache dich platt' - wenn auch mit verdeckter Waffe - entgegengetreten. Kann sich das spätere Opfer auf eine in Kürze zu erwartende Konfrontation einstellen, liegt es fern, dass der Täter das Ausnutzungsbewusstsein hat. So liegt es hier jedoch nicht. Der Angeklagte war vielmehr heimlich in die Wohnung des Tatopfers eingedrungen und hatte sich dort hinter einer Couch versteckt. Es liegt nahe, dass er dies tat, um das Tatopfer zu überraschen, denn er konnte, weil er nicht mehr über einen Schlüssel zu der Wohnung verfügte, davon ausgehen, dass das Tatopfer nicht damit rechnete, dass er sich in der Wohnung aufhielt. Dafür, dass sich der Angeklagte der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst war, spricht zudem, dass er erst einige Zeit nach dem Eintreffen des Tatopfers in der Tür zum Arbeitszimmer auftauchte und sofort zum Angriff überging.

[15] Soweit das Landgericht ausgeführt hat, auch die Alkoholisierung des Angeklagten spreche gegen die Annahme des erforderlichen Ausnutzungsbewusstseins, fehlt dafür jedwede Begründung. Dass der Angeklagte alkoholbedingt die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers nicht in sein Bewusstsein aufgenommen haben könnte, versteht sich im Hinblick auf die Ausführungen zur uneingeschränkten Schuldfähigkeit nicht von selbst."

A hat S nach dieser Auffassung also heimtückisch getötet.

#### b) Literatur

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass für das Merkmal der Heimtücke zusätzlich zum Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch zu fordern sei (SK-Horn § 211 Rn. 32, Krey, BT I, Rn 58 f.; Jakobs, JZ 1984, 996).

Da die Ehe zwischen A und S im Tatzeitpunkt nicht mehr bestand und es auch zu zahlreichen heftigen

Streitigkeiten zwischen den beiden gekommen war, ist nicht davon auszugehen, dass zwischen A und S überhaupt noch ein Vertrauensverhältnis bestand, sodass die Tötung der S durch A auch nicht Ausdruck eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs sein kann. Nach dieser Meinung ist eine heimtückische Tötung somit nicht gegeben.

#### c) Stellungnahme

Für die Literaturlauffassung spricht zwar, dass es angesichts der hohen Strafandrohung des § 211 StGB - lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Rechtsfolge - geboten ist, die Mordmerkmale restriktiv auszulegen (so auch BVerfGE 45, 187, 267). Jedoch erscheint diese Auffassung als zu eng, da nach ihr der klassische Fall des sog. "Heckenschützen", d.h. die Tötung des Opfers aus dem Hinterhalt, in aller Regel keine Heimtücke darstellen dürfte, obwohl diese Form der Tötung dem typischen Leitbild des als besonders verwerflich eingestuften Meuchelmordes entspricht. Sollte im Einzelfall wegen der etwas weiteren Auslegung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung ein unbilliges Ergebnis drohen (da ein Verhalten als Heimtückemord zu bewerten wäre, das die für einen Mord erforderliche Verwerflichkeit nicht aufweist), so könnte eine Korrektur auch noch außerhalb des Tatbestandes in der Rechtsfolge erfolgen. Zu folgen ist somit der Auffassung der Rechtsprechung.

A hat S heimtückisch getötet.

#### 4. Grausamkeit

A könnte S auch grausam getötet haben.

Grausam tötet, wer dem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen seelischer oder körperlicher Art zuführt, die nach Stärke oder Dauer über das für eine Tötung erforderliche Maß hinausgehen (BGHSt 3, 40; BGH, StV 1997, 565; Fischer, § 211 Rn 56; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 27).

Zwar ist die Tötung des Opfers durch zahlreiche Messerstiche - wie im vorliegenden Fall - mit erheblichen Schmerzen verbunden, jedoch lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass A die S besonders langsam verbluten ließ. Vielmehr ist aufgrund der geringen Länge der Messerklinge davon auszugehen, dass A zahlreiche Stichverletzungen zufügen musste, um S überhaupt tödlich zu verletzen. Somit hat A der S keine Schmerzen oder Qualen zugefügt, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgingen.

Die Tötung der S war somit nicht grausam i.S.v. § 211 II StGB.

#### 5. Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. der heimtückischen Tötung der S.

### 6. Sonstige niedrige Beweggründe

A könnte S aus sonstigen niedrigen Beweggründen getötet haben.

Die Beweggründe des Täters für die Tötung des Opfers sind dann niedrig i.S.v. § 211 II StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (BGH, NSTZ 2002, 369; 2006, 97; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 9; Neumann, JR 2002, 471).

Der BGH erläutert in der vorliegenden Entscheidung: “[9] Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft hat das Landgericht das Mordmerkmal ‘niedrige Beweggründe’ rechtsfehlerfrei abgelehnt. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive, welche der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und besonders verwerflich sind (BGH NSTZ-RR 2007, 111 m.w.N.).

[10] Ein solcher Fall ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht gegeben. Das Landgericht hat nicht verkannt, dass Eifersucht eine nicht unbeträchtliche Rolle gespielt hat. Dass es diese Motivation nicht als tatbeherrschend angesehen hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Das Verhältnis zwischen dem Angeklagten und dem Tatopfer war nach den Feststellungen von einem ständigen ‘Hin und Her’ geprägt. Es kam zwischen ihnen häufig zu Streitigkeiten, wobei auch massive Beschimpfungen und Beleidigungen nicht untypisch waren. Der Angeklagte befand sich bei Begehung der Tat in einer - jedenfalls von ihm subjektiv so empfundenen - psychisch erheblich belastenden Situation. Vor diesem Hintergrund hält es sich im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, dass das Landgericht die für den Angeklagten bestimmenden Motive in ihrer Gesamtheit nicht als niedrig im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB gewertet hat.” A hat also nicht aus niedrigen Beweggründen gehandelt.

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. A ist strafbar gem. § 211 StGB.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB

Die von A mitverwirklichte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB zum Nachteil der S stellt ein notwendiges Durchgangsstadium für den Mord dar und tritt deshalb hinter diesem zurück (BGH, NSTZ 2004, 684; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 50).

### C. Strafbarkeit gem. § 123 I 1. Fall StGB

Dadurch, dass er sich Zugang zur Wohnung der S ver-

schaffte, könnte A sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Wohnung

Die Wohnung der S stellt eine von § 123 I StGB geschützte Räumlichkeit dar.

#### 2. Eindringen

A müsste in die Wohnung eingedrungen sein. Eindringen i.S.v. § 123 I 1. Fall StGB ist das Betreten der geschützten Räumlichkeit gegen oder ohne Willen des Berechtigten (OLG Düsseldorf, NJW 1982, 2678; Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben, § 123 Rn 11; Fischer, § 123 Rn 14; Geppert, JURA 1989, 379; Ludwig/Lange, JuS 2000, 446).

A hatte sich Zugang zur Wohnung verschafft ohne dass ein entsprechendes Einverständnis der Berechtigten S vorlag, sodass er in die Wohnung eingedrungen ist.

#### 3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Antrag, § 123 II StGB

Der gem. § 123 II StGB erforderliche Antrag ist gestellt. A ist strafbar gem. § 123 I 1. Fall StGB.

### C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich durch das Betreten der Wohnung wegen Hausfriedensbruchs, § 123 I 1. Fall StGB, und durch die Stiche wegen Mordes, § 211 StGB, strafbar gemacht. Beim Hausfriedensbruch handelt es sich um ein Dauerdelikt (BGHSt 36, 257; Fischer, § 123 Rn 45). Hier wurde also das Dauerdelikt Hausfriedensbruch durch das Betreten der Wohnung begangen, um eine andere Straftat (den Mord durch die Stiche) zu ermöglichen. In der Literatur wird in diesem Fall teilweise eine Tateinheit, § 52 StGB, der beiden Delikte angenommen (Wessels/Beulke, AT, Rn 779). Die h.M. geht jedoch hier regelmäßig von einer Tatmehrheit, § 53 StGB, aus (BGHSt 27, 66, 67; 29, 288, 290; Fischer, § 123 Rn 45; Jescheck/Weigend, AT, § 67 III 2). Da nicht ersichtlich ist warum eine rein subjektive Verknüpfung zweier objektiv selbstständiger Handlungen diese auf Konkurrenzebene (also objektiv) zu einer Einheit verbinden können sollte, ist die Mindermeinung abzulehnen.

A ist somit strafbar gem. §§ 211: 123 I 1. Fall; 53 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Autor/Titel:</b> | Schwarz, Kyrill-A.: "Grundfälle zu Art. 3 GG"  |
| <b>Fundstelle:</b>  | JuS 2009, 315 (Heft 4)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Der Beitrag ist bestens geeignet zur Wiederholung der Gleichheitsgrundrechte. Der vorliegende erste Teil beschäftigt sich mit Art. 3 I GG, ein folgender zweiter Teil wird auf Art. 3 II, III GG eingehen. |

*Zivilrecht*

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Hirsch, Christoph: "Schadensersatz nach Verkehrsunfall - Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | JuS 2009, 299 (Heft 4)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Die rechtliche Beurteilung von Ersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen ist ein klassischer Klausurgegenstand. Dabei ist oftmals der haftungsausfüllende Tatbestand der Schadensersatzansprüche problematisch. Der Autor befasst sich unter Zugrundelegung der neuesten Rechtsprechung des BGH mit den verschiedenen Schadensposten und deren Ersatzfähigkeit nach den §§ 249 ff. BGB. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Büßer, Janko: "Die "Flucht" des Beklagten vor der Präklusion seiner Prozessaufrechnung"   |
| <b>Fundstelle:</b>  | JuS 2009, 319 (Heft 4)  |
| <b>Inhalt:</b>      | Der Umgang mit der Prozessaufrechnung gehört zum Standardwissen eines jeden Referendars. Der Beitrag befasst sich mit dem Problemfeld der Prozessaufrechnung unter dem Blickwinkel des verspäteten Beklagtenvortrags zur Gegenforderung, mit der die Aufrechnung erklärt wird. Der Autor erklärt das Prozessrecht gut nachvollziehbar anhand prozesstaktischer Erwägungen aus anwaltlicher Sicht. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Grünberger, Michael: "Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle"  |
| <b>Fundstelle:</b>  | Jura 2009, 249 (Heft 4)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Die AGB - Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB ist häufig Gegenstand von Examensklausuren, allerdings ist der Aufbau der Kontrolle oftmals für Probanden ein Problem. Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB in persönlicher und in sachlicher Hinsicht und ist daher zur Wiederholung sehr empfehlenswert. |

*Strafrecht*

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Stiebig, Volker: “Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Prüfungsarbeit”   |
| <b>Fundstelle:</b>  | JURA 2009, 274 (Heft 4)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Kaum ein Problem ist im Examen bei Prüfern so beliebt und bei Prüflingen so gefürchtet wie der Erlaubnistatbestandsirrtum. Nicht nur wegen des breiten Meinungsspektrums zu möglichen Lösungsansätzen, sondern auch deshalb weil sich an diesem Irrtum unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung der Unrechtsnatur von Straftaten sehr schön darstellen lassen, werden immer wieder Examensfälle um diese Problemkonstellation gebildet. In diesem Aufsatz stellt der Verfasser nicht nur die verschiedenen Lösungsansätze nachvollziehbar dar sondern befasst sich auch mit der besonders examensrelevanten Frage der Darstellung des Problems im Gutachten und erläutert hier sogar mehrere Varianten. Insbesondere aufgrund der Kürze und Übersichtlichkeit der Darstellung sehr lesenswert. |

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Autor/Titel:</b> | Köhne, Michael: “Die Mordmerkmale ‘grausam’ und ‘mit gemeingefährlichen Mitteln’”   |
| <b>Fundstelle:</b>  | JURA 2009, 265 (Heft 4)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Die objektiven Mordmerkmale “grausam” und “mit gemeingefährlichen Mitteln” mögen im Examen vielleicht nicht ganz dieselbe Bedeutung haben wie “heimtückisch”, sind aber trotzdem immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Der Verfasser schildert insbesondere die Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale durch Rechtsprechung und ihre weiter gehende Einschränkung durch die Literatur. Zur Vertiefung oder Wiederholung gut geeignet. |

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Autor/Titel:</b> | Seher, Gerhard: “Grundfälle zur Mittäterschaft”  |
| <b>Fundstelle:</b>  | JuS 2009, 304 (Heft 4)   |
| <b>Inhalt:</b>      | Anhand der klassischen Voraussetzungen für eine mittäterschaftliche Begehung (gemeinsamer Tatentschluss und gemeinschaftlich geleistete Beiträge) geht der Verfasser auf klassische Probleme aus dem Bereich des § 25 II StGB ein: Mittäterexzess, Auswirkung des error in persona eines Mittäters, sukzessive Mittäterschaft und Abgrenzung von (Mit-) Täterschaft und Teilnahme. Die Darstellung ist hierbei größtenteils sehr kurz und könnte etwas übersichtlicher sein, zur Wiederholung dieser in beiden Examen sehr wichtigen Konstellationen eignet sich der Aufsatz aber allemal. |