

Öffentliches Recht

Standort: Wahlrecht

Problem: Berechnung der Sitzverteilung

NWVERFGH, URTEIL VOM 16.12.2008
VERFGH 12/08 (NVwZ 2009, 449)

Problemdarstellung:

Zur Umrechnung von Wählerstimmen in Parlamentssitze gibt es verschiedene mathematische Verfahren. Bei Bundestagswahlen kam bis einschließlich 1982 das Höchstzahlverfahren nach d'Hondt zum Einsatz. Von 1987 an galt bis zur letzten Bundestagswahl das Hare-Niemeyer-Verfahren, welches in § 6 II BWahlG n.F. nunmehr durch das Divisorverfahren mit Standardrundung nach Sainte-Laguë/Schepers abgelöst wurde. Das Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers wird m.a.W. erstmals bei der kommenden Bundestagswahl 2009 angewendet werden. Es befindet sich gewissermaßen auf dem Vormarsch, denn viele Bundesländer haben es auch bei Landtags- und Kommunalwahlen eingeführt.

Nach dem Verfahren Sainte-Laguë/Schepers wird die Summe der Zweitstimmen einer Partei - ähnlich wie beim Verfahren nach d'Hondt - durch einen sog. "Zuteilungsdivisor" geteilt, anders als nach d'Hondt jedoch nicht durch einen laufenden Divisor (1, 2, 3 usw.), sondern durch einen feststehenden (zu dessen Berechnung vgl. § 6 II 5-7 BWahlG). Jede Partei erhält zunächst so viele Sitze, wie nach dieser Division ganze Zahlen auf sie entfallen. Reste unter 0,5 werden auf die darunter liegende ganze Sitzzahl abgerundet, Reste ab 0,5 auf die darüber liegende ganze Sitzzahl aufgerundet. Zur Veranschaulichung ein vereinfachtes Beispiel: Erhielte eine Partei bei der Bundestagswahl 12 Mio. Zweitstimmen, entfielen auf sie - ausgehend von einem beispielhaft angenommenen Zuteilungsdivisor von 65.000 - genau 184,6 Sitze im Parlament ($12.000.000 : 65.000$). Die Nachkommastelle (,6) würde aufgerundet, die Partei erhielte also 185 Sitze.

Zu den Bundesländern, welche das Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers für Kommunalwahlen übernommen haben, gehört auch Nordrhein-Westfalen (vgl. § 33 II NWKommWahlG n.F.). Im dortigen Kommunalwahlgesetz findet sich allerdings die Modifikation, dass nur Parteien einen Sitz erhalten, auf die nach der oben geschilderten Division zumindest ein ganzer Sitz entfällt. Bei Bundestags- und Landtagswahlen ist dies wegen der "5%-Sperrklausel" zwangsläufig der Fall (auf eine Partei, die über 5% der Zweit-

stimmen erhält, entfällt immer mehr als ein Sitz), für Kommunalwahlen existiert in NRW aber keine 5%-Sperrklausel mehr, seit der VerFGH NRW diese für verfassungswidrig erklärt hat (*VerFGH NRW*, RA 1999, 534 = NVwZ 2000, 666). So hätte es sein können, dass die Division für eine kleine Partei bspw. 0,6 Sitze ergibt mit der Folge, dass auf einen Sitz aufzurunden gewesen wäre. Dies schließt § 33 III NWKommWahlG n.F. aus.

Der VerFGH NRW hält eben diesen Ausschluss der Aufrundung bei Verfehlung eines ganzen Sitzes jedoch für verfassungswidrig, weil die Wahl- und Chancengleichheit der Parteien verletzt sei. Er verweist dabei in weiten Teilen auf die oben erwähnte Entscheidung zur 5%-Klausel. Die 5%-Klausel diene ja - ebenso wie die hier in Rede stehende rechnerische Mindeststärke von einem Sitz - vor allem dazu, kleine Parteien aus den Kommunalparlamenten herauszuhalten. Dafür gibt es nach Ansicht des VerFGH NRW jedoch keinen rechtfertigenden Grund. Insbesondere die Funktionsfähigkeit des Parlaments könne nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil - anders als auf Bundes- und Landesebene - weder eine Zersplitterung zu befürchten sei (angesichts der im Verhältnis zu Bundes- und Landtag weitaus geringeren Zahl der Sitze bestehen viele Fraktionen in Räten ohnehin nur aus wenigen Personen), noch Führungslosigkeit drohe (der Bürgermeister wird in NRW - anders als bspw. Bundeskanzler und Ministerpräsident - nicht durch das Parlament, sondern vom Volk direkt gewählt).

Prüfungsrelevanz:

Auch wenn es für juristische Staatsexamina nicht erforderlich sein mag, die verschiedenen Verfahren zur Umrechnung von Stimmen in Sitze mathematisch im Detail zu beherrschen, sollte man doch zumindest eine grobe Vorstellung von diesem Vorgang haben. Dies besonders jetzt, wo die Bundestagswahl ansteht, also zu einer Zeit, in der Wahlrecht erfahrungsgemäß besondere Prüfungsrelevanz besitzt (nicht zuletzt in mündlichen Prüfungen, wo gerne zumindest einmal nach den Namen der einzelnen Verfahren gefragt wird).

Zur Vertiefung der vorliegenden Entscheidung sei das Studium der Entscheidung des VerFGH NRW zur 5%-

Hürde bei Kommunalwahlen (*VerfGH NRW*, RA 1999, 534 = NVwZ 2000, 666) dringend empfohlen. Generell sollte man sich merken, dass auf kommunaler Ebene kaum eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Erfolgswert in Betracht kommt, sofern es sich nicht um systembedingte Schwankungen handelt (wie etwa die auch nach dem "reinen" Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers unvermeidlichen Rundungsverluste, die hinzunehmen der *VerfGH NRW* überhaupt kein Problem hat). Jedenfalls scheidet die auf Bundes- und Landesebene häufig angeführte Funktionsfähigkeit des Parlaments (Schutz vor Zersplitterung) auf kommunaler Ebene als Rechtfertigungsgrund aus.

Prozessual sollte zur Kenntnis genommen werden, dass nach st.Rspr. auch des BVerfG auf Bundesebene Parteien entgegen § 63 BVerfGG im Organstreitverfahren parteifähig sind, weil sie im Sinne des (höher-rangigen) Art. 93 I Nr. 1 GG "am Verfassungsleben unmittelbar Beteiligte" sind. Dies ist besonders für außerparlamentarische Parteien wie die ASt. im vorliegenden Verfahren wichtig, die nicht durch ihre Fraktion einen Antrag im Organstreit stellen können (eine Fraktion wäre als Teil des Bundestages über § 63 BVerfGG unproblematisch parteifähig).

Vertiefungshinweise:

5%-Klausel bei Kommunalwahlen: *BVerfG*, NVwZ 2008, 407 mit Anm. *Sachs*, JuS 2008, 730; *BVerfG*, RA 2003, 473 = DVBl 2003, 929; *VerfGH NRW*, RA 1999, 534 = NVwZ 2000, 666

Mindeststärke einer Fraktion: *OVG Münster*, RA 2007, 6 = NWVBl 2006, 25

Keine 5%-Hürde für Parteien von Volksminderheiten: *BVerfG*, RA 2005, 384 = NVwZ 2005, 568

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wer die Wahl hat..."

Leitsätze:

1. Die Einführung des Divisorverfahrens mit Standardrundung nach Sainte-Laguë/Schepers an Stelle des Proportionalverfahrens nach Hare/Niemeyer für die Berechnung und Verteilung von Mandaten im Verhältnisausgleich nach dem nordrhein-westfälischen Kommunalwahlgesetz (§ 33 II NWKommWahlG) unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Die in § 33 III 1 NWKommWahlG geregelte Modifizierung im Berechnungssystem nach Sainte-Laguë/Schepers, wonach Parteien und Wählergruppen bei der Sitzzuteilung unberücksichtigt bleiben, die nach § 33 II NWKommWahlG nicht mindestens eine Zahl von 1,0 für einen einzigen Sitz er-

reichen, bedarf eines besonderen, sachlich legitimierten, zwingenden Grundes.

3. Berufet sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber zur Rechtfertigung der Modifizierung auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen (Rat und Kreistage), gelten die Maßgaben aus dem Urteil des NWVerfGH vom 6. 7. 1999 (NVwZ 2000, 666 - 5%-Sperrklausel) entsprechend.

Sachverhalt:

Die Ast. (Landesverband einer politischen Partei) wandte sich im Organstreitverfahren dagegen, dass der Ag. (Landtag Nordrhein-Westfalen) im Zuge der Änderung des Kommunalwahlgesetzes vom Oktober 2007 eine Regelung eingefügt hatte, wonach Parteien oder Wählergruppen bei der Verteilung von Mandaten im Verhältnisausgleich unberücksichtigt blieben, die nicht mindestens eine Zahl von 1,0 für einen einzigen Sitz erreichten. Der Antrag hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist gemäß Art. 75 Nr. 2 LV, § 12 Nr. 5, §§ 43 ff. VerfGHG zulässig.

I. Antragsberechtigung

Die Antragstellerin kann als Landesverband einer politischen Partei Beteiligte eines Organstreitverfahrens sein (vgl. *VerfGH NRW*, OVG 44, 301 [303]; OVG 47, 304 [305]; OVG 49, 290, jeweils m. w. N.).

II. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist gemäß § 44 Abs. 1 VerfGHG antragsbefugt. Sie kann geltend machen, sie sei durch ein Verhalten des Antragsgegners in den ihr durch die Landesverfassung übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet.

1. Chancengleichheit

Zum verfassungsrechtlichen Status der politischen Parteien gehört zum einen ihr Recht auf Chancengleichheit bei Wahlen. Der Grundsatz der Chancengleichheit für Wahlbewerber findet für politische Parteien seine Grundlage in Art. 21 Abs. 1 GG, dessen Grundsätze als Landesverfassungsrecht unmittelbar auch in den Ländern gelten (vgl. *VerfGH NRW*, OVG 47, 304 [305] m. w. N.). Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit ergibt sich aus der Bedeutung, die der Freiheit der Parteigründung und dem Mehrparteienprinzip für die freiheitliche Demokratie zukommt, und aus dem vom Grundgesetz gewollten freien und offenen Prozess der Meinungs- und Willensbildung des Volkes (vgl. *BVerfG*, Urteil vom 13. Februar 2008 - 2 BvK 1/07 -, NVwZ 2008, 407

[409]; VerfGH NRW, OVGE 47, 304 [305]; Beschluss vom 23. Juli 2002 - VerfGH 2/01 -, NWVBl. 2003, 12, jeweils m. w. N.). Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt, dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden (BVerfG, a. a. O.).

2. Wahlrechtsgleichheit

Zum verfassungsrechtlichen Status der politischen Parteien gehört zum anderen ihr Recht auf Wahlrechtsgleichheit. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl wird ebenso wie die anderen Wahlrechtsgrundsätze im Bereich der Länder und Gemeinden durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet. Der Grundsatz der Wahlgleichheit ist zudem Ausprägung des Demokratieprinzips, das auf der Ebene des Landesverfassungsrechts durch Art. 2 LV garantiert ist (vgl. VerfGH NRW, OVGE 47, 304 [305 f.]; Beschluss vom 23. Juli 2002 - VerfGH 2/01 -, NWVBl. 2003, 12). Der Grundsatz der gleichen Wahl sichert - gemeinsam mit dem Grundsatz der allgemeinen Wahl - die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger. Er gebietet, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Daraus folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss (vgl. BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2008 - 2 BvK 1/07 -, NVwZ 2008, 407 [408] m.w.N.).

3. Subsumtion

Nach dem Antragsvorbringen besteht die Möglichkeit, dass der Antragsgegner mit der Normierung einer rechnerischen Mindestsitzzahl in § 33 Abs. 3 Satz 1 KWahlG die Rechte der Antragstellerin auf Wahlgleichheit und Chancengleichheit im politischen Wettbewerb verletzt hat. Die Antragstellerin hat hinreichend dargelegt, dass die Regelung eine Hürde für die Berücksichtigung bei der Sitzverteilung aufstellt und ihre Wahlchancen beeinträchtigen kann

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet. Der Ag. hat das Recht der Ast. auf Gleichheit der Wahl und auf Chancengleichheit als politische Partei dadurch verletzt, dass er durch das Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes vom 9. 10. 2007 (NWGVBl. S. 374) in § 33 III 1 NWKommWahlG Parteien oder Wählergruppen bei der Sitzverteilung unberücksichtigt lässt, die nach § 33 II NWKommWahlG nicht mindestens eine Zahl von 1,0 für einen einzigen Sitz erreichen. Die dadurch bewirkte Ungleichgewichtung der Wählerstimmen ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Hinreichen-

de Gründe, die diese Differenzierung beim Erfolgswert erforderlich machen, hat der Ag. weder im Gesetzgebungsverfahren noch im Verfahren vor dem NWVerfGH dargelegt.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

I. Schutzbereich der Wahl- und Chancengleichheit

Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb aus Art. 21 I GG ist ebenso wie der Grundsatz der gleichen Wahl aus Art. 28 I 2 GG wegen des Zusammenhangs mit dem egalitären demokratischen Prinzip im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (BVerfG, NVwZ 2008, 407 [408, 409] m.w. Nachw.). Der Grundsatz der Wahlgleichheit erfordert bei der Verhältniswahl grundsätzlich, jeder Wählerstimme den gleichen Erfolgswert beizumessen. Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien und Wählergruppen in einem möglichst den Stimmzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Dem Gesetzgeber verbleibt für Differenzierungen nur ein eng bemessener Spielraum. Entsprechendes folgt aus dem Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien. Regelt der Gesetzgeber den Bereich der politischen Willensbildung bei Wahlen in einer Weise, welche die Chancengleichheit der politischen Parteien und Wählervereinigungen verändern kann, sind seinem Gestaltungsspielraum besonders enge Grenzen gezogen (BVerfG, NVwZ 2008, 407 [408, 409]; BVerfG, NVwZ 2008, 991 = DVBl 2008, 1045 [1046] m.w. Nachw.).

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Bei der Prüfung, ob eine Differenzierung in diesem Bereich zulässig ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen. Danach bedürfen Differenzierungen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, „zwingenden“ Grundes. Hierzu zählt insbesondere die Verwirklichung der mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehören die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung des Volkes und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (BVerfG, NVwZ 2008, 407 [409]; BVerfG, NVwZ 2008, 991 = DVBl 2008, 1045 [1046], jeweils m.w. Nachw.).

Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. Der Gesetzgeber darf sich bei seiner Einschätzung und Bewertung nicht von abstrakt konstruierten Fallgestaltungen leiten lassen. Er muss sich vielmehr an der politischen Wirklichkeit orientieren (BVerfG, NVwZ 2008, 991).

1. Systembedingte Abweichungen bei der Erfolgswertgleichheit sind hinzunehmen

Die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen bei der Verhältniswahl verlangt nicht, dass sich - bei einer ex-post-Betrachtung - für jeden Wähler die ihm gewährleistete gleiche Erfolgchance auch als exakt „verhältnismäßiger“ Stimmerfolg realisiert haben muss. Bei jedem Sitzberechnungsverfahren bleiben zwangsläufig Reststimmen unberücksichtigt. Eine Auf- oder Abrundung zur nächsten ganzen Zahl von Sitzen ist danach unausweichliche Folge eines jeden Verteilungsverfahrens. Stehen verschiedene Berechnungssysteme zur Verfügung, von denen sich unter dem Gesichtspunkt der Wahlrechtsgleichheit keines als allein systemgerecht erweist, ist es der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen, für welches Berechnungsverfahren er sich entscheidet. Die mit dem jeweiligen Verteilungsverfahren verbundenen systembedingten Differenzierungen im Erfolgswert der Stimmen sind grundsätzlich hinzunehmen (vgl. z.B. BVerfGE 79, 169 [170f.]; BVerfG, NVwZ-RR 1995, 213 [214]; NVwZ 2008, 991; BayVerfGH, BayVBl 1994, 716 [718]).

Modifizierungen im Berechnungssystem sind zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Eine Modifizierung, die ihrerseits zu einer Erfolgswertungleichheit führt, erweist sich danach als verfassungskonform, soweit sie darauf zielt, eine im Berechnungsverfahren angelegte, aber über das Normalmaß hinausgehende Ungleichgewichtigkeit zu beseitigen. In einem solchen Fall zweier unvermeidbarer Ungleichgewichtigkeiten bei der Sitzverteilung ist es der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen, für welche der beiden er sich entscheidet (vgl. BVerfG, NVwZ-RR 1995, 213 [214]; BVerfG, NVwZ 1992, 488; NdsStGH, DVBl 1978, 139 [145]).

2. Für nicht systembedingte Abweichungen ist ein zwingender Grund erforderlich

Im Übrigen ist eine Modifizierung des Berechnungsverfahrens, die eine (zusätzliche) Erfolgswertungleichheit bewirkt, verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn dafür ein „zwingender“ Grund (vgl. oben 2) vorliegt. Auf Grund der besonders engen Grenzen, die dem Gesetzgeber bei der Beschränkung der Wahlrechts- und Chancengleichheit gezogen sind, unterliegt die Ausgestaltung von Wahlrechtsbestimmungen, die eine Zugangshürde für die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich begründen, generell einem Rechtfertigungsbedürfnis. Dementsprechend erstreckt sich das Erfordernis eines Rechtfertigungsgrundes nicht nur auf den Einsatz einer klassischen Sperrklausel (vgl. dazu zuletzt BVerfG, NVwZ 2008, 407 [411]), sondern gilt gleichermaßen für sonstige Regelungen im Sitzzuteilungsverfahren, die die Berücksichtigung einer Partei oder Wählergruppe beim Verhältnisaus-

gleich von dem Erreichen eines Quorums der abgegebenen Wählerstimmen abhängig machen (vgl. BVerfGE 34, 81 [100f.]).

a. Spielraum des Gesetzgebers

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, die Verwirklichung der mit der Wahl verfolgten Ziele mit dem Gebot der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit politischer Parteien zum Ausgleich zu bringen. Der NWVerfGH hat diesen Spielraum zu achten. Er kann insbesondere nicht die Aufgabe des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren übernehmen und alle zur Überprüfung der in Rede stehenden Wahlrechtsbestimmung relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte selbst ermitteln und gegeneinander abwägen (BVerfG, NVwZ 2008, 407 [411]; NWVerfGH, OVG 44, 301 [312]; OVG 47, 304 [308, 315]).

b. Kontrolldichte der Gerichte

Die Ausgestaltung des Wahlrechts unterliegt einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle (BVerfG, NVwZ 2008, 407 [411]). Dem entspricht es, die Maßgaben, die der NWVerfGH als gerichtlichen Kontrollmaßstab in Bezug auf die Beibehaltung der 5%-Sperrklausel angelegt hat (vgl. OVG 44, 301 [312ff.]; OVG 47, 304 [308ff.]; ähnlich BVerfG, NVwZ 2008, 407 [411ff.]), ebenso als Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen, wenn es um die Einführung einer (sonstigen) Zugangshürde für die Sitzzuteilung beim Verhältnisausgleich geht.

Danach muss der Gesetzgeber für den Fall, dass er sich zur Rechtfertigung der Zugangshürde auf eine anderenfalls drohende Funktionsunfähigkeit der Kommunalvertretung beruft, für die dann zu erstellende Prognose alle in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht relevanten Gesichtspunkte heranziehen und abwägen. Er darf sich nicht mit einer abstrakten, schematischen Beurteilung begnügen. Die Prognose muss vielmehr nachvollziehbar begründet und auf tatsächliche Entwicklungen gerichtet sein, deren Eintritt der Gesetzgeber ohne die in Rede stehende Wahlrechtsbestimmung konkret erwartet (NWVerfGH, OVG 47, 304 [308f.]).

Der Gesetzgeber darf nicht bei der Feststellung stehen bleiben, ohne die normierte Zugangshürde für die Sitzzuteilung begünstige das Verhältniswahlrecht das Aufkommen kleinerer Parteien und Wählergruppen. Nicht ausreichend ist die daran anknüpfende und durchaus plausible Erwägung, dass es in aller Regel zu einer schwerfälligeren Meinungsbildung führt, wenn in einer Kommunalvertretung ein erweiterter Kreis von Fraktionen und Gruppen mitwirkt. Diese Schwerfälligkeit in der Meinungsbildung darf der Gesetzgeber nicht mit einer Funktionsstörung oder Funktionsunfähigkeit gleichsetzen. Vielmehr sind weitergehende

Feststellungen zu treffen, bevor die Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften als gefährdet angesehen werden kann. Denn Demokratie setzt das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus. Nicht jeder Konflikt und nicht jede politische Auseinandersetzung in den Kommunalvertretungen kann als Störung der Funktionsfähigkeit angesehen werden (NWVerfGH, OVGE 47, 304 [310]; BVerfG, NVwZ 2008, 407 [410]).

II. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben ist der mit der Regelung in § 33 III 1 NWKommWahlG verbundene Eingriff in das Recht der Ast. auf Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit nicht gerechtfertigt.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Die Regelung in § 33 III 1 NWKommWahlG bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Während der Zählwert aller Wählerstimmen von der Bestimmung nicht berührt wird, werden die Stimmen in Bezug auf ihren Erfolgswert ungleich behandelt. Diejenigen Stimmen, die für eine Partei oder Wählergruppe abgegeben worden sind, die nach dem Sitzberechnungsverfahren nach Sainte-Laguë/Schepers (vgl. § 33 II NWKommWahlG, § 61 IV KommWahlO) mehr als einen Sitz oder mindestens eine Zahl von 1,0 für einen einzigen Sitz erreichen, haben unmittelbaren Einfluss auf die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich. Dagegen bleiben diejenigen Wählerstimmen, die für eine Partei oder Wählergruppe abgegeben worden sind, die an dieser Zugangshürde scheitern, ohne Erfolgswert.

Zugleich wird durch § 33 III 1 NWKommWahlG das Recht der Ast. auf Chancengleichheit beeinträchtigt. Dabei handelt es sich nicht nur um eine unerhebliche und zu vernachlässigende Benachteiligung. Die Ast. hat am Beispiel der Ergebnisse der Kommunalwahl in Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2004 dargelegt, dass sie bei Anwendung der Regelung des § 33 III 1 NWKommWahlG in vier der sieben Kreise und Gemeinden, in denen sie aktuell vertreten ist, keinen Sitz erlangt hätte (Städte X1. und X2., Gemeinde X3., Kreis X4.). Die Berechnungen der Ast. zeigen zugleich, dass sich die Mindestsitzklausel in § 33 III 1 NWKommWahlG hinsichtlich des zu erreichenden Stimmenquorums in den einzelnen Wahlgebieten nicht nur unterschiedlich, sondern zu Lasten der Betroffenen prozentual erheblich auswirken kann. So wären beispielsweise in der Stadt X1. ca. 1,36% der abgegebenen gültigen Stimmen erforderlich gewesen, um die in § 33 III 1 NWKommWahlG vorgesehene Zahl von 1,0 zu erreichen (von der Ast. seinerzeit erzielt: 0,9% der Stimmen). Im Kreis X4. wären zur Überwindung der Zugangshürde ca. 1,67% der abgegebenen

gültigen Stimmen notwendig gewesen (erzielt: 1,1% der Stimmen), in der Stadt X5. ca. 1,73% (erzielt: 6,6%), im Kreis X6. ca. 1,85% (erzielt: 2,3%), in der Gemeinde X3. ca. 2,6% der Stimmen (erzielt: 2,596%), in der Stadt X2. ca. 2,19% (erzielt: 2,11%) und in der Stadt Bad X7. ca. 3,27% (erzielt: 8,7%).

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a. Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers selbst unbedenklich

Es handelt sich bei der Wahlrechtsbestimmung in § 33 III 1 NWKommWahlG nicht um eine systembedingte Differenzierung im Erfolgswert.

Mit dem novellierten § 33 II NWKommWahlG ist an Stelle des Proportionalverfahrens nach Hare/Niemeyer das Divisorverfahren mit Standardrundung nach Sainte-Laguë/Schepers als Sitzberechnungsverfahren eingeführt worden. Der Systemwechsel zum Berechnungsverfahren Sainte-Laguë/Schepers ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass das Verfahren nach Hare/Niemeyer oder das Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers für die Berechnung und Verteilung von Mandaten den Vorzug verdient. Mit keinem der Verfahren kann eine absolute Gleichheit des Erfolgswerts der Wählerstimmen erreicht werden, weil bei beiden Verfahren Reststimmen unberücksichtigt bleiben. Unter diesen Umständen ist es der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen, für welches Berechnungssystem er sich entscheidet (vgl. allg. zu diesen Maßgaben BVerfGE 79, 169 = NJW 1989, 1348; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ-RR 1995, 213).

Nach dem Verfahren Sainte-Laguë/Schepers werden die nach Zahlenbruchteilen zu vergebenden Sitze bei Resten unter 0,5 auf die darunter liegende ganze Zahl abgerundet und bei Resten ab 0,5 auf die darüber liegende ganze Zahl aufgerundet (vgl. § 33 II 5 NWKommWahlG). Zahlenreste unter 0,5 werden also durchweg nicht berücksichtigt, während beim bisherigen Verfahren Hare/Niemeyer alle für die Sitzzuteilung noch in Betracht kommenden höchsten Zahlenreste ohne Rundung zum Zuge kommen konnten, d.h. auch solche unter 0,5 (vgl. LT-Dr 14/3977, S. 43f.). Demgegenüber ist es beim Divisorverfahren mit Standardrundung systemkonform, auch im Falle eines einzigen Sitzes Zahlenreste ab 0,5 und kleiner als 1,0 für die Sitzzuteilung zu berücksichtigen. Von diesem System weicht § 33 III 1 NWKommWahlG ab.

b. Modifizierte Rundung in NRW

aa. Keine systemimmanente Abweichung

Die durch § 33 III 1 NWKommWahlG bewirkte Modi-

fizierung des Berechnungsverfahrens für die Sitzzuteilung eines einzigen Sitzes kann nicht für sich in Anspruch nehmen, eine im Rechenverfahren angelegte, aber über das Normalmaß hinausgehende Ungleichgewichtigkeit zu beseitigen. Dass Zahlenbruchteile unterhalb von 1,0 gleichwohl zur Zuteilung eines Sitzes führen können, bewegt sich im normalen Rahmen der nach dem Divisorverfahren mit Standardrundung systemimmanent vorgegebenen Ungleichgewichtigkeiten. Die Gesetzesbegründung zur Novellierung des Sitzberechnungsverfahrens in § 33 II NWKommWahlG verweist ausdrücklich darauf, das Divisorverfahren mit Standardrundung bringe durch seine Mittelung der Zahlenbruchteile allen Parteien und Wählergruppen grundsätzlich gleichermaßen Vor- und Nachteile, je nach dem auf Grund ihrer Stimmenzahl errechneten Zahlenrest beim jeweiligen Sitzanteil (LT-Dr 14/3977, S. 44). Zusammenfassend heißt es dort, dass das neue Berechnungsverfahren zu einer noch besser austarierten Verteilung der Sitze führe (LT-Dr 14/3977, S. 37).

Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die Modifizierung in § 33 III 1 NWKommWahlG geboten ist, um eine speziell mit dem Rechensystem nach Sainte-Laguë/Schepers verbundene systemwidrige Verzerrung beim Erfolgswert im Fall der Zuteilung eines einzigen Sitzes zu beseitigen. Der Vergleich mit dem bisherigen Verfahren nach Hare/Niemeyer zeigt im Gegenteil - wie nicht zuletzt die Ergebnisse der Ast. bei der letzten Kommunalwahl belegen -, dass es auch dort systemkonform durch Berücksichtigung eines Zahlenrestes zur Zuteilung eines einzigen Sitzes kommen kann.

bb. Kein zwingender Grund ersichtlich

Vor diesem Hintergrund erweist sich § 33 III 1 NWKommWahlG als eine Modifizierung der Rundungssystematik, die in Bezug auf die Erreichung eines einzigen Sitzes eine zusätzliche Ungleichgewichtigkeit im Erfolgswert der Wählerstimmen bewirkt, die zu ihrer Rechtfertigung eines „zwingenden Grundes“ bedarf.

(1). Sicherung der Funktionsfähigkeit des Rates

Der Ag. hat weder im Gesetzgebungsverfahren noch im Rahmen des Organstreitverfahrens deutlich gemacht, dass die Sperrregelung in § 33 III 1 NWKommWahlG zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen erforderlich ist.

Es ist nicht mit hinreichender Deutlichkeit ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Einführung der Regelung auf diesen Gesichtspunkt gestützt hat. Es fehlt schon an Hinweisen darauf, was der Ag. unter einer Funktionsstörung oder Funktionsunfähigkeit verstehen würde, die einen Eingriff in die Erfolgswertgleichheit von Stimmen rechtfertigte. In der Begründung zum zuge-

hörigen Gesetzentwurf wird jedenfalls nicht auf eine drohende Funktionsstörung oder Funktionsunfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane abgestellt (vgl. LT-Dr 14/3977, S. 37 und S. 45). Ebenso sind im Laufe der Plenarberatungen erhebliche Zweifel geäußert worden, ob sich die Annahme einer Funktionsstörung nach Maßgabe der Rechtsprechung des NWVerfGH hinreichend begründen ließe (vgl. PlenProt. 14/69, S. 7936, 7938; 14/70, S. 8016, 8021).

Soweit der Aspekt der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen während der parlamentarischen Beratungen als möglicher Rechtfertigungsgrund angesprochen worden ist, werden die Erörterungen den vom NWVerfGH aufgestellten Anforderungen an die Annahme einer Funktionsstörung oder Funktionsunfähigkeit schon im Ansatz nicht gerecht. Die Einschätzung, das Fehlen einer Sperrklausel bedrohe die Handlungsfähigkeit der Kommunen (vgl. PlenProt. 14/70, S. 8017), entbehrt einer tragfähigen tatsächlichen Grundlage. Valide empirische Untersuchungsergebnisse, die die Annahme rechtfertigen, wegen des ersatzlosen Wegfalls der 5%-Sperrklausel komme es nicht nur in einzelnen Kommunalvertretungen infolge einer Vielzahl von Einzelmandatsträgern zu Funktionsstörungen, hat der Ag. weder im Gesetzgebungsverfahren noch im Verfahren vor dem NWVerfGH vorgelegt. Solche tatsächlichen Erhebungen wären indes, wollte sich der Ag. auf diesen Gesichtspunkt stützen, gerade vor dem Hintergrund der Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage 1360 (LT-Dr 14/3758) veranlasst gewesen. Denn danach lagen noch im Februar 2007 keine Erkenntnisse dafür vor, dass wegen des Wegfalls der 5%-Sperrklausel die Beratungs- und Entscheidungsabläufe in den kommunalen Vertretungsorganen im Land maßgeblich beeinträchtigt waren. [...]

(2) Effektive Integration des Staatsvolkes

Der mit der Regelung in § 33 III 1 NWKommWahlG verbundene Eingriff in die Rechte der Ast. auf Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit lässt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, die Zugangshürde diene einer effektiven Integration des Staatsvolkes, indem sie einen gewissen Mindestrückhalt in der Wählerschaft gewährleiste.

Dies gilt zunächst, soweit der Ag. damit auf eine Sicherung der Gemeinwohlorientierung der in den kommunalen Wahlorganen vertretenen Parteien und Wählergruppen abzielt. Aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, dass die Auslese der Kandidaten für die kommunalen Vertretungskörperschaften nach partikularen Zielen möglich sein muss. Gerade auch den Kandidaten ortsgebundener, lediglich kommunale Interessen verfolgender Wählergruppen ist eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen zu gewährleisten. Die Entscheidung darüber,

welche Partei oder Wählergruppe die Interessen der Bürger am besten vertritt, obliegt nicht dem Wahlgesetzgeber, sondern dem Wähler (NWVerfGH, OVG 47, 304 [316]; BVerfG, NVwZ 2008, 407 [410] m.w. Nachw.).

Auch sonst lässt sich aus dem Integrationsgedanken ein hinreichender Rechtfertigungsgrund nicht ableiten. In der Rechtsprechung des BVerfG steht der Aspekt der „Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung“ nicht isoliert als eigenständiger Rechtfertigungsgrund für Differenzierungen im Erfolgswert der Stimmen bei der Verhältniswahl. Er wird vielmehr regelmäßig im Zusammenhang mit der Zielsetzung der Sicherung der Handlungsfähigkeit der zu wählenden

Volksvertretung angeführt. Wird eine Aufspaltung des Vertretungsorgans in (zu) viele kleine Gruppen vermieden, sichert dies dessen Fähigkeit zur Mehrheitsbildung und schützt damit sowohl dessen Funktionsfähigkeit als zugleich auch - durch die Bündelung von Interessen - den Charakter der Wahl als einen Integrationsvorgang (vgl. BVerfGE 51, 222 [236] = NJW 1979, 2463; BVerfGE 71, 81 [97] = NJW 1986, 1093; BVerfGE 95, 408 [421] = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L; BVerfG, NVwZ 2008, 407 [410, 411]). Auf Grund dieser Konnexität kann für den Fall, dass wie hier das Funktionsargument als Rechtfertigungsgrund nicht eingreift, auch dem Integrationsaspekt eine legitimierende Wirkung nicht zukommen. [...]

Standort: Waffenrecht

Problem: Zuverlässigkeit

OVG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 03.09.2008
3 So 55/08 (NJW 2009, 1367)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die waffenrechtliche (Un-)zuverlässigkeit einer Person, wie sie in § 5 WaffG geregelt ist. Fraglich war, wie die strafrechtliche Verurteilung durch ein *ausländisches* Gericht waffenrechtlich zu bewerten ist.

A. Nach § 5 I Nr. 1 lit. b WaffG ist eine Person generell unzuverlässig, wenn sie wegen einer vorsätzlicher Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Im konkreten Fall war der Kl. von einem ungarischen Gericht zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. Das OVG Hamburg meint jedoch (nach summarischer Prüfung), dass unter § 5 I Nr. 1 lit. b WaffG nur Verurteilungen durch inländische Gerichte fallen. Das Gericht begründet seine Auffassung unter geradezu schulmäßiger Auslegung der einschlägigen Normen nach Wortlaut, Systematik und Teleologie. Insbesondere soll sich eine Beachtlichkeit der ausländischen Strafurteile *nicht* aus §§ 54 ff. BZRG ergeben, obwohl die Verurteilungen im Bundeszentralregister eingetragen und somit der waffenrechtlich zuständigen Behörde nach § 5 V 1 Nr. 1 WaffG mitgeteilt werden.

B. Nichts anderes gelte, so das OVG weiter, für die Regelvermutung des § 5 II Nr. 1 lit. a WaffG.

C. Das OVG Hamburg betont aber, dass damit nur gesagt sei, dass die Verurteilung durch ein ausländisches Gericht *als solche* nicht ausreiche, um negative waffenrechtliche Folgen nach sich zu ziehen. Es möge jedoch sein, dass das *der Verurteilung zu Grunde liegende Verhalten* auf die Unzuverlässigkeit der Person schließen lasse. Beispielsweise könnte es sein, dass sich nach § 5 I Nr. 2 WaffG Tatsachen ergeben, welche die Annahme rechtfertigen, dass die betreffende

Person im unsachgemäß mit Waffen oder Munition umgehen wird.

Prüfungsrelevanz:

Neben der gesellschaftlichen und juristischen Diskussion über eine Verschärfung des Waffenrechts zeugt die augenblickliche Vielzahl an veröffentlichten Gerichtsentscheidungen von der besonderen Aktualität dieses Themas. Auch die RA hatte erst in der letzten Ausgabe (RA 2009, 228) über einen ähnlichen Fall berichtet. Dort entschied das BVerwG, dass die nach § 5 I, II WaffG zur Unzuverlässigkeit führende strafrechtliche Verurteilung keinen waffenrechtlichen Bezug haben muss. Eine Verurteilung wegen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr führt danach ebenso zur Unzuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 1 lit. b WaffG wie eine Verurteilung wegen Totschlags mittels einer Schusswaffe.

Vertiefungshinweise:

Widerruf einer einem Rechtsanwalt erteilten waffenrechtlichen Erlaubnis: *VG Aachen*, NVwZ-RR 2008, 534

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"

Leitsätze:

1. Zu Verurteilungen, die gem. § 5 I Nr. 1 WaffG die waffenrechtliche Zuverlässigkeit ausschließen, gehören (nach dem Ergebnis summarischer Prü-

fung) nicht auch ausländische Strafurteile. Gleiches gilt für die regelhafte Vermutung der Unzuverlässigkeit in Anknüpfung an strafrechtliche Verurteilungen gem. § 5 II Nr. 1 WaffG.

2. Den Vorschriften in §§ 56 I, 54 BZRG kann eine Gleichsetzung eingetragener ausländischer Strafurteile mit deutschen Strafurteilen mit Wirkung für die gesamte deutsche Rechtsordnung nicht entnommen werden.

Sachverhalt:

Der Kl. erhielt im Dezember 2000 als Sportschütze die waffenrechtliche Erlaubnis zum Besitz einer Pistole und eines Revolvers. Im August 2004 beantragte er die Erteilung eines Europäischen Feuerwaffenpasses. Am 8. 9. 2005 verurteilte ihn das Stadtgericht in Komarum/Ungarn wegen Waffenschmuggels zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung. Hintergrund der Verurteilung war eine in seinem Besitz befindliche Waffe, auf die sich die deutschen Erlaubnisse nicht bezogen; laut einem Vermerk des Landeskriminalamts in Hamburg vom 20. 7. 2004 war die Waffe im Mai/Juni 2001 bei einem schweren Diebstahl im Hamburger Freihafen abhanden gekommen. Der Kl. legte gegen die Verurteilung kein Rechtsmittel ein. Das Bundesamt für Justiz trug die Verurteilung in das Bundeszentralregister ein; die dagegen eingelegten Rechtsbehelfe des Kl. blieben ohne Erfolg.

Die Bekl. widerrief daraufhin die dem Kl. erteilten waffenrechtlichen Erlaubnisse, ordnete die Unbrauchbarmachung der im Besitz des Kl. befindlichen Waffen oder deren Überlassung an einen Berechtigten sowie die Rückgabe der Waffenbesitzkarte an und lehnte die Erteilung des Europäischen Feuerwaffenpasses ab; den dagegen gerichteten Widerspruch des Kl. wies die Bekl. zurück. Sie stützte sich zur Begründung des Widerrufs auf die Verurteilung durch das ungarische Strafgericht, die gem. § 5 I Nr. 1 lit. b WaffG unwiderlegbar die fehlende waffenrechtliche Zuverlässigkeit des Kl. vermuten lasse. Dagegen richtete sich die von dem Kl. beim VG erhobene Klage; außerdem hat der Kl. die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt. Das VG hat den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wegen fehlender hinreichender Aussicht auf Erfolg der mit der Klage beabsichtigten Rechtsverfolgung abgelehnt. Die Beschwerde des Kl. hatte überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen:

[...] Im Übrigen bietet die mit der Klage beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg i.S. von § 166 VwGO i.V. mit § 114 S. 1 ZPO.

A. Prüfungsmaßstab der Erfolgsaussichten der Hauptsache im PKH-Verfahren

Für die Annahme hinreichender Erfolgsaussichten im

Sinne des Prozesskostenhilferechts genügt bereits eine gewisse, nicht bloß entfernte Wahrscheinlichkeit des Erfolgs der beabsichtigten Rechtsverfolgung. Denn die Prüfung der Erfolgsaussichten im Prozesskostenhilfverfahren darf nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung seitens einer unbemittelten Partei unverhältnismäßig zu erschweren und die Gewährung der Prozesskostenhilfe von einem schon hoch wahrscheinlichen oder gar sicheren Prozesserfolg abhängig zu machen; die Rechtsverfolgung würde sonst in das Nebenverfahren der Prozesskostenhilfe vorverlagert (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 166 VwGO Nr. 33). Der dem Gericht bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten zukommende Entscheidungsspielraum wird durch Art. 3 I i.V. mit Art. 20 III GG begrenzt (vgl. BVerfG, NJW 2004, 1789). Diese Grenze wird überschritten, wenn dem Unbemittelten durch überspannte Anforderungen an die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung nicht der weitgehend gleiche Zugang zu Gericht ermöglicht wird wie dem Bemittelten (vgl. BVerfG, NJW 2004, 1789).

B. Subsumtion

Nach diesem tendenziell großzügigen Maßstab kann der mit der Klage beabsichtigten Rechtsverfolgung die hinreichende Erfolgsaussicht nicht abgesprochen werden. Soweit die Bekl. die waffenrechtlichen Erlaubnisse des Kl. wegen seiner in Ungarn erfolgten strafrechtlichen Verurteilung widerrufen hat, bestehen Zweifel an der Tragfähigkeit dieses rechtlichen Ansatzes, die für eine nicht bloß entfernte Erfolgswahrscheinlichkeit der dagegen gerichteten Klage genügen.

I. Ermächtigungsgrundlage

Gemäß § 45 II 1 WaffG ist eine Erlaubnis nach dem Waffengesetz zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen.

II. Tatbestand

Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis ist nach § 4 I Nr. 2 WaffG die persönliche Zuverlässigkeit (§ 5 WaffG) des Ast.; der nachträgliche Wegfall dieser Zuverlässigkeit führt somit zum Widerruf der Erlaubnis.

1. Generelle Unzuverlässigkeit bei Verurteilung im Ausland

Nach § 5 I Nr. 1 lit. b WaffG besitzen Personen die erforderliche Zuverlässigkeit nicht, die rechtskräftig verurteilt worden sind wegen vorsätzlicher Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung zehn Jahre noch nicht verstrichen sind. Sowohl die Bekl. als auch das VG in dem hier angefochtenen Beschluss haben angenommen, dass die im Jahr

2005 seitens des Gerichts in Komarum/Ungarn erfolgte Verurteilung des Kl. zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung wegen Waffenschmuggels als Verurteilung i.S. des § 5 I Nr. 1 lit. b WaffG anzusehen sei. Das BeschwGer. hat Zweifel, ob diese an die Verurteilung eines ausländischen Strafgerichts anknüpfende - Rechtsansicht zutrifft.

a. Wortlautauslegung

Der Wortlaut von § 5 I Nr. 1 WaffG lässt keinen Aufschluss zu, ob auch Verurteilungen ausländischer Strafgerichte umfasst sein sollen. Soweit in lit. a der Norm allerdings von der Verurteilung „wegen eines Verbrechens“ die Rede ist, dürfte diese Regelung allein deutsche Strafurteile meinen können, da die insoweit einzig in Betracht kommende Legaldefinition in § 12 I StGB sich nur auf deutsche Strafnormen beziehen kann.

b. Systematische Auslegung

Auch in Verbindung mit §§ 56 I 1, 54 BZRG lässt sich nach der Einschätzung des BeschwGer. (anders, als es sich für das VG dargestellt hat) nicht tragfähig darauf schließen, dass ausländische Strafurteile die Wertung fehlender waffenrechtlicher Zuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 1 WaffG begründen können sollen.

Gemäß § 56 I 1 BZRG werden nach § 54 BZRG im Bundeszentralregister eingetragene strafrechtliche Verurteilungen ausländischer Gerichte „bei der Anwendung dieses Gesetzes“ wie Eintragungen von Verurteilungen durch deutsche Gerichte im Bundesgebiet behandelt. Die Verurteilung des Kl. durch das oben genannte ungarische Gericht ist zwar gem. § 54 BZRG im Bundeszentralregister eingetragen. Das BeschwGer. hält es aber für zweifelhaft, dass aus der Bestimmung des § 56 I BZRG gleichsam eine für die gesamte deutsche Rechtsordnung geltende Tatbestandswirkung folgen soll, die eine vorbehaltlose Gleichsetzung ausländischer Strafurteile mit deutschen Strafurteilen geböte. Gegen eine derart weitgehende Wirkung spricht bereits der Wortlaut von § 56 I 1 BZRG, der die Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Strafurteile ausdrücklich darauf beschränkt, dass dies „bei der Anwendung dieses Gesetzes“ (also des BZRG) zu gelten hat. Ein verbindliches Ausfüllen sämtlicher Normen der deutschen Rechtsordnung, die Rechtsfolgen an strafrechtliche Verurteilungen knüpfen, liegt angesichts dessen nicht nahe. Gemeint sein dürfte eher die registerliche Behandlung von Eintragungen seitens der Registerbehörde, etwa im Hinblick auf die Tilgung von Eintragungen (§§ 45ff. BZRG) oder auf die Erteilung von Auskünften (§§ 41ff. BZRG).

Gegen eine aus § 56 I 1 BZRG folgende materielle Ausstrahlung im Bundeszentralregister eingetragener Verurteilungen ausländischer Strafgerichte in das ge-

samte deutsche Recht spricht weiter der Umstand, dass andere deutsche Gesetze es ausdrücklich zulassen, an ausländische Verurteilungen negative Rechtsfolgen zu knüpfen (vgl. § 66 IV 5 StGB). Dies wäre nicht notwendig, wenn sich aus § 56 I 1 BZRG eine generelle Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Strafurteile im deutschen Recht ergäbe. Dem entspricht es, dass auch die Kommentierung (soweit sie sich mit dem Thema der Verwertbarkeit ausländischer Verurteilungen beschäftigt) zu § 53 Nr. 1 AufenthG (zwingende Ausweisung von Ausländern nach Verurteilungen zu Strafen in dort genannter Höhe) annimmt, Verurteilungen durch ausländische Strafgerichte seien insoweit nicht heranzuziehen, weil die zwingende Rechtsfolge der Ausweisung in alleiniger Anknüpfung an ein bestimmtes Strafmaß ihren Sinn und Zweck nur durch ihren Bezug zu einem bestimmten (dem deutschen) Strafstandard erhalte (vgl. Renner, AuslR, 8. Aufl. [2005], § 53 AufenthG Rdnr. 6; Discher, in: GK-AufenthG, Stand: Jan. 2007, § 53 Rdnr. 83).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Anforderungen in § 54 BZRG für die Eintragungsfähigkeit ausländischer Verurteilungen im Bundeszentralregister, da diese Voraussetzungen keine hinreichenden Rückschlüsse auf den Grad der Vergleichbarkeit der ausländischen Verurteilung (insb. des dort verhängten Strafmaßes) mit dem Strafstandard der Bundesrepublik Deutschland erlauben. Auch die darüber hinaus für eine Eintragung vorausgesetzte Einhaltung eines völkerrechtlich geforderten Mindestmaßes elementarer Verfahrensgerechtigkeit (fair trial) und der Vereinbarkeit der Verurteilung mit elementaren Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts (vgl. dazu BVerfG, NJW 1988, 1462; KG, Beschl. v. 24. 1. 2000 - 4 VAs 39/99; Götz/Tolzmann, BZRG, 4. Aufl. [2000], § 54 Rdnrn. 37ff.) dürften einen zu groben Filter darstellen, um zwingend von der Verurteilung und deren Strafmaß auf die Unzuverlässigkeit des Verurteilten nach Maßgabe des deutschen Verwaltungsrechts schließen zu können.

2. Regelunzuverlässigkeit bei Verurteilung im Ausland

Ebenfalls zweifelhaft erscheint es, dass im vorliegenden Fall gemäß der Regelvermutung des § 5 II Nr. 1 lit. a WaffG auf die fehlende waffenrechtliche Zuverlässigkeit des Kl. geschlossen werden kann. Nach dieser Bestimmung besitzen die erforderliche Zuverlässigkeit in der Regel Personen nicht, die wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden sind, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung fünf Jahre noch nicht verstrichen sind. Auch insoweit bestehen Bedenken, diese Vorschrift auf ausländische Strafverurteilungen zu beziehen.

a. Wortlautauslegung

Auch hier gilt, dass der Wortlaut keinen Aufschluss vermittelt, dass unter „Verurteilungen“ auch solche ausländischer Strafgerichte zu verstehen sein sollen. Soweit in lit. b von einer „fahrlässigen gemeingefährlichen Straftat“ die Rede ist, dürfte damit an das deutsche Strafrecht angeknüpft werden (vgl. §§ 15, 306ff. StGB); die in lit. c aufgeführten Gesetze sind eindeutig solche des deutschen Rechts. Dass über die „vorsätzliche Straftat“ in lit. a die Tür zur Regelvermutung der Unzuverlässigkeit wegen ausländischer Verurteilungen geöffnet werden soll, erscheint vor diesem Hintergrund wenig naheliegend, zumal die im deutschen Strafrecht wichtige Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. § 15 StGB) nicht in allen ausländischen Strafrechtsordnungen von vergleichbarer Begrifflichkeit und Bedeutung sein muss.

b. Teleologische Auslegung

Auch bei der in § 5 II Nr. 1 WaffG vorgeschriebenen regelhaften Vermutung der Unzuverlässigkeit in Anknüpfung an strafrechtliche Verurteilungen spricht einiges dafür, dass diese Anknüpfung ihre Tragfähigkeit aus dem Bezug zu einem bestimmten Strafstandard ableiten dürfte. Ob ein Gericht eine Freiheits- oder Geldstrafe verhängt bzw. ob es eine Jugendstrafe ausspricht oder es bei Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmitteln bewenden lässt, richtet sich nach den Wertungen und Vorgaben des jeweiligen Strafrechts (vgl. §§ 46, 47 StGB, §§ 5, 9ff., 13ff., 17ff. JGG). Angesichts dessen bestehen im Bereich der regelhaft vorgegebenen Unzuverlässigkeitsvermutungen wegen strafrechtlicher Verurteilungen (die nicht nur im Waffenrecht vorkommen, vgl. etwa die Regelungen in §§ 33c II 2, 33d III 2, 33i II Nr. 1, 34b IV Nr. 1 und 34c II Nr. 1 GewO) im Hinblick auf die Anknüpfung an ausländische Verurteilungen ähnliche Bedenken wie bei der in § 5 I Nr. 1 WaffG zwingend vorgeschriebenen Unzuverlässigkeitsvermutung.

Zwar erschiene es vom rechtlichen Ansatz her auch als denkbar, die Vergleichbarkeit des Strafrechts und der Strafprozessordnung des betreffenden ausländischen Staats mit der deutschen Rechtsordnung im Rahmen der Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von § 5 II Nr. 1 WaffG zu prüfen und daran anknüpfend gegebenenfalls einen Ausnahmefall anzunehmen. Eine solche Vorgehensweise dürfte allerdings mit der durch § 5 II Nr. 1 WaffG vorgegebenen Prüfung schwerlich zu vereinbaren sein.

Die Waffenbehörde und die Verwaltungsgerichte sollen bei der Anwendung dieser Bestimmung grundsätzlich von der Richtigkeit der Verurteilung und den ihr zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen ausgehen dürfen; allenfalls in Sonderfällen gilt anderes, etwa wenn offensichtlich ist, dass die Verurteilung auf einem Fehler beruht (vgl. BVerwG, GewArch 1992, 314 [315]). Die Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses durch die Waffenbehörden und die Verwaltungsgerichte wird ausgelöst, wenn (vorgetragene oder sonst bekannte) besondere Umstände der Tatbegehung entgegen der regelhaften Bewertung durch den Gesetzgeber darauf hindeuten könnten, dass der Verurteilte sich trotz der zu Grunde liegenden Verfehlung als in waffenrechtlicher Hinsicht zuverlässig erweisen wird (vgl. Hinze, WaffenR, Stand: Febr. 2005, § 5 WaffG Rdnr. 38). Auch dieses Prüfungsschema knüpft inhaltlich an Verurteilungen deutscher Strafgerichte an; die Vornahme rechtsvergleichender Untersuchungen zu strafrechtlichen und strafprozessualen Standards zwecks Prüfung der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegen könnte, dürfte diesen Rahmen sprengen.

3. Einzelfallprüfung

Spricht somit einiges dafür, dass Verurteilungen durch ausländische Strafgerichte nicht die zwingende bzw. regelhafte Vermutung der Unzuverlässigkeit gem. § 5 I Nr. 1 bzw. § 5 II Nr. 1 WaffG begründen, so bedeutet dies dennoch nicht, dass die ihnen zu Grunde liegenden Umstände generell unbeachtlich oder unverwertbar sein müssen. Der Waffenbehörde, die gem. § 5 V 1 Nr. 1 WaffG unbeschränkte Auskunft aus dem Bundeszentralregister erhält und dadurch auch von den gem. § 54 BZRG eingetragenen Verurteilungen ausländischer Gerichte erfährt, bleibt es unbenommen, sich das Urteil (sei es durch Aufforderung zur Vorlage an den Verurteilten, sei es im Wege der Amtshilfe) zu verschaffen und die dort enthaltenen tatsächlichen Feststellungen waffenrechtlich dahingehend zu prüfen, ob sich daraus nach § 5 I Nr. 2 WaffG Tatsachen ergeben, welche die Annahme rechtfertigen, dass die betreffende Person im Sinne dieser Vorschrift unsachgemäß mit Waffen oder Munition umgehen wird. Im Rahmen von § 5 I Nr. 2 WaffG dürften auch Sachverhalte, die sich im Ausland abgespielt haben, grundsätzlich berücksichtigungsfähig sein, soweit sie bei dem Betreffenden Rückschlüsse auf seinen Umgang mit Waffen oder Munition zulassen. [...]

Standort: Ordnungs- und Gewerberecht**Problem: Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 18.11.2008
7 A 103/08 (NVwZ-RR 2009, 365)
OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 31.7.2008
7 LA 53/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In seiner Grundsatzentscheidung vom 29. Januar 2001 hat der BGH der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff. BGB) eine Teilrechtsfähigkeit zugewilligt. Infolge dieser Entscheidung stellte sich auch für das öffentliche Recht die Frage, wie mit der GbR zu verfahren ist. In der RA wurde hierüber bereits berichtet, bspw. zur Frage der Grundrechtsfähigkeit (bejaht von BVerfG, RA 2002, 692 = NJW 2002, 3533) und kürzlich zur Grundbuchfähigkeit (nunmehr unter Aufgabe der bisherigen Rspr. bejaht von BGH, RA 2009, 172 = WM 2009, 171). Vorliegend nun zwei weitere Beispiele zum Umgang mit der GbR:

A. In seinem Beschluss vom 18.11.2008 (7 A 103/08) führt das OVG Münster aus, dass eine GbR als Zustandsstörerin in Betracht kommt. Geht es um die Erstattungs-fähigkeit von Kosten der Ersatzvornahme, so würden - so das OVG weiter - neben der GbR auch die GbR-Gesellschafter entsprechend den Grundsätzen der §§ 128 ff. HGB persönlich haften. Sie könnten somit auch zur Haftung mittels Kostenbescheids herangezogen werden.

B. Dass die Rechtsfähigkeit der GbR auch Grenzen hat, zeigt hingegen der nachstehende Beschluss des OVG Lüneburg vom 31.7.2008 (7 LA 53/08). Dort ging es um die Frage, ob eine GbR selbst Gewerbetreibende sein kann. Das OVG verneint dies, weil höchstpersönliche Eigenschaften wie "Eignung" oder "Zuverlässigkeit", auf dies es im Gewerberecht entscheidend ankomme (vgl. nur § 35 I GewO oder § 4 I Nr. 1 GastG) bei nichtrechtsfähigen Personenmehrheiten nicht vorliegen könnten.

Prüfungsrelevanz:

A. Die Entscheidungen könnten ohne weiteres in Prüfungsaufgaben übernommen werden. Es wäre leicht, bspw. in eine ordnungsrechtliche Klausur als Störerin einmal eine GbR einzubauen, und den Kostenbescheid nach erfolgter Ersatzvornahme an deren Gesellschafter ergehen zu lassen. Ebenso könnten z.B. im Gaststättenrecht die GbR und - damit die Klausur nach Verneinung eines solchen Anspruchs weiter geht - hilfsweise deren Gesellschafter persönlich einen Konzessionsantrag stellen.

B. Generell sollte man sich merken, dass die GbR im Zivilrecht und im öffentlichen Recht einer oHG nahezu gleichgestellt ist. In diese Richtung gehen auch die

beiden hier vorliegenden Beschlüsse. So haften nach Ansicht des OVG Münster die GbR-Gesellschafter für die öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten der GbR entsprechend §§ 128 ff. HGB. Und auch das OVG Lüneburg zieht in seinem Beschluss den Vergleich zur oHG heran. Denn dass juristische Personen ein Gewerbe betreiben können, ist allgemein anerkannt. Indem das Gericht eine solche Möglichkeit für die GbR verneint, stellt es diese also nicht den juristischen Personen, sondern den teilrechtsfähigen Personenhandels-gesellschaften wie der oHG gleich, für die eine solche Möglichkeit nicht besteht. Diese Unterscheidung begründet das OVG wie folgt: Zwar könne auch eine juristische Person nicht selbst "zuverlässig" oder "geeignet" sein, weil es sich hierbei um höchstpersönliche Merkmale handle. Ihr würde jedoch die Unzuverlässigkeit bzw. Ungeeignetheit der für sie handelnden Personen als eigene zugerechnet. Diese Zurechnung beruhe auf der Fiktion, dass juristische Personen in ihrer Rechtsfähigkeit wie natürliche Personen behandelt würden. Bei Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit sei dies gerade nicht der Fall.

C. Die Entscheidung des OVG Münster verdient über die o.g. Grundsatzabwägungen hinaus Beachtung zu vielen die GbR betreffenden Details, bspw. zur Frage der Zustellung eines an sie gerichteten Verwaltungsakts an ihre Gesellschafter und zur Haftungsbeschränkung bei minderjährigen Gesellschaftern.

D. Die vom OVG Münster am Rande offen gelassene Frage, ob ordnungsrechtliche Handlungsbefugnisse verwirkt werden können, hat der VGH Mannheim (RA 2008, 751 = NVwZ-RR 2008, 696) für das Landesrecht Baden-Württembergs übrigens kürzlich verneint. Die vom OVG Münster in seinem Beschluss noch zitierte Entscheidung VGH Mannheim, BRS 32 Nr. 186 ist dadurch überholt.

Vertiefungshinweise:

- Grundlegend zur Rechtsfähigkeit der GbR: *BGH*, RA 2001, 135 = *BGHZ* 146, 341; *NJW* 2002, 1207
- Grundrechtsfähigkeit der GbR: *BVerfG*, RA 2002, 692 = *NJW* 2002, 3533
- Grundbuchfähigkeit der GbR: *BGH*, RA 2009, 172 = *WM* 2009, 171
- Beteiligtenfähigkeit der GbR nach § 61 Nr. 2 VwGO: *VGH Kassel*, *NJW* 1997, 1938
- GbR als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB: *BGH*, *NJW* 2002, 368

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der neue Wagen der Sozietät"

**1. Teil: Beschluss des OVG Münster vom 18.11.2008
(7 A 103/08)**

Leitsätze:

- 1. Eine an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gerichtete Ordnungsverfügung kann dem geschäftsführenden Gesellschafter unter seiner - mit dem Sitz der Gesellschaft nicht identischen - Postanschrift zugestellt werden.**
- 2. Richtiger Adressat für die Inanspruchnahme als Zustandsstörer wegen der Illegalität eines Gebäudes auf einem mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück ist der Erbbauberechtigte (hier: die GbR als Erbbauberechtigte).**
- 3. Eine rechtsbeachtliche Duldung eines illegalen Gebäudes ist erst dann anzunehmen, wenn die zuständige Baubehörde in Kenntnis der formellen und ggf. materiellen Illegalität zu erkennen gibt, dass sie sich auf Dauer mit dessen Existenz abzufinden gedenkt.**
- 4. Rechtsirrigte Äußerungen von Behördenvertretern, ein Gebäude sei rechtmäßig, sind nicht als „aktive Duldung“ zu werten und können auch im Hinblick auf eine „Verwirkung“ kein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand eines unrechtmäßigen Gebäudes begründen.**
- 5. Selbst Fehlverhalten von Amtsträgern, die ein illegales und materiell-rechtswidriges Verhalten zumindest sehenden Auges in Kauf genommen haben, hindert die Bauaufsichtsbehörde nicht, wieder baurechtmäßige Zustände zu bewirken.**
- 6. Die Bauaufsichtsbehörde, die eine GbR als Störerin in Anspruch nimmt, kann auch die einzelnen Gesellschafter der GbR mit dem Ziel in Anspruch nehmen, die veranschlagten Vollstreckungskosten bei nicht fristgerechter Erfüllung durch die Gesellschaft notfalls im Wege der Vollstreckung gegenüber den einzelnen Gesellschaftern beizutreiben.**
- 7. Nimmt die Behörde minderjährige Gesellschafter in Anspruch, hat sie bei der Inanspruchnahme nicht bereits eventuelle künftige Haftungsbeschränkungen auf Grund des § 1629a BGB zu bedenken; solche können - nach ihrem Eintritt - ggf. gegenüber Vollstreckungsmaßnahmen geltend gemacht werden.**
- 8. Ein beachtlicher Verfahrensfehler i.S. von § 124 II Nr. 5 VwGO liegt nicht vor, wenn es lediglich wegen der unrichtigen Annahme der Verhinderung eines ehrenamtlichen Richters des Verwaltungsgerichts zu einer „Verschiebung“ der zur Entscheidung berufenen ehrenamtlichen Richter kommt.**
- 9. Bei den auf gewissenhafte Amtsführung vereidigten ehrenamtlichen Richtern darf das Verwaltungsgericht regelmäßig davon ausgehen und sich ohne weitere Ermittlungen darauf verlassen, dass sie sich ihrer richterlichen Pflicht nicht ohne trifti-**

gen Grund entziehen.

Sachverhalt:

Die Kl. wenden sich mit ihrer Klage gegen bauaufsichtliche Ordnungsverfügungen des Bekl. Das VG wies die Klage ab. Auch der Antrag der Kl. auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Aus dem Zulassungsvorbringen ergeben sich die geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (Zulassungsgrund nach § 124 II Nr. 1 VwGO) nicht.

A. Zustellung

Für eine ordnungsrechtliche Inanspruchnahme der Kl. zu 1 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), deren grundsätzliche Zulässigkeit auch das Zulassungsvorbringen unter Hinweis auf jüngere Rechtsprechung des BGH (vgl.: BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) nicht infrage stellt, ist unschädlich, dass die Verfügung postalisch an den Kl. zu 2 als Empfänger adressiert ist. Entscheidend ist, dass sich der Adressat der in der Verfügung ausgesprochenen Verpflichtung, der in Anspruch genommen werden soll, aus dem Bescheidinhalt insgesamt mit Sicherheit entnehmen lässt (vgl.: BGH, NJW-RR 2006, 1096 m.w. Nachw.). [...] Die an die GbR als Ordnungspflichtige gerichtete Ordnungsverfügung konnte dem Kl. zu 2 persönlich zugestellt werden. Dies geschah, soweit es um die Inanspruchnahme der GbR ging, in seiner Eigenschaft als alleinigem Geschäftsführer der Kl. zu 1.

Einschlägig für das Zustellungsverfahren der Behörden des Landes, der Gemeinden und der Gemeindeverbände ist - wie das VG zutreffend erkannt hat - das Verwaltungszustellungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (NWLZG). Nach dessen § 6 II 1 wird u.a. bei juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen an ihre gesetzlichen Vertreter zugestellt; dies gilt auch für eine GbR (vgl.: OVG Münster, BeckRS 2008, 41310).

Dass die Zustellung dabei am Geschäftssitz der vertretenen Personenvereinigung zu erfolgen habe und nicht an der postalischen Adresse des Vertreters erfolgen könne, geben die Regelungen des NWLZG nicht vor. Den vom Zulassungsvorbringen angesprochenen Regelungen des § 178 I ZPO, auf die § 3 II 1 NWLZG für die Zustellung durch die Post mit Zustellungsurkunde verweist, lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Nach § 177 ZPO, auf den § 3 II 1 NWLZG gleichfalls verweist, kann das Schriftstück, das zuzustellen ist, der Person, der zugestellt werden soll, an jedem Ort übergeben werden, an dem sie angetroffen wird. § 178 I ZPO bezieht sich nur auf den Fall, dass der Adressat der Zustellung in seiner Wohnung, in dem Geschäftsraum oder in einer Gemeinschaftsein-

richtung, in der er wohnt, nicht angetroffen wird. In diesen speziellen Fallkonstellationen ist die Übergabe an die Person, der zugestellt werden soll, entbehrlich und kann eine Zustellung an andere, in der genannten Vorschrift angeführte Personen erfolgen; hiervon unberührt bleibt die aus § 177 ZPO folgende Möglichkeit, die Übergabe an die Person, der zugestellt werden soll, auch an einem anderen Ort vorzunehmen. [...]

B. Zustandsstörereigenschaft der GbR als Erbbauberechtigter

Dass der Bekl. die Kl. zu 1 als Erbbauberechtigte und damit mögliche Zustandsstörerin heranziehen konnte, wird mit der Zulassungsbegründung nicht infrage gestellt. Im Hinblick auf das weitere Zulassungsvorbringen ist ergänzend anzumerken:

Erbbauberechtigter - nicht Eigentümer - ist Zustandsstörer bei illegal errichtetem Bauwerk

Grundlage für die Inanspruchnahme der Kl. zu 1 (GbR) als Zustandsstörerin ist, wie das VG in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Bekl. in den angefochtenen Ordnungsverfügungen zutreffend angeführt hat, § 18 I 1 NWOBG. Nach dieser Vorschrift sind dann, wenn von einer Sache eine Gefahr - hier die formelle und materielle Illegalität des Schwimmbads mit Rundturm - ausgeht, die Maßnahmen gegen den Eigentümer zu richten. Richtiger Adressat für die Inanspruchnahme als Zustandsstörer wegen der Illegalität eines Gebäudes auf einem mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück ist allerdings nicht der Eigentümer des Grundstücks, sondern der Erbbauberechtigte. Dies ist hier die Kl. zu 1, denn das Bauwerk auf dem mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstück ist wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, nicht hingegen des - im Eigentum des Erbbaugebers stehenden - Grundstücks, wie aus § 12 ErbbauRG folgt. [...]

C. Keine Verwirkung

I. Durch "aktive Duldung"?

Der Einwand der Zulassungsbegründung, einem Einschreiten des Bekl. stehe entgegen, „dass der Bekl. gegen die Errichtung und Nutzung des Schwimmbads keine Einwendungen erhoben hat, die Erweiterung also aufsichtsbehördlich begleitet wurde“, ist gleichfalls nicht geeignet, ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils zu begründen. [...]

Angesichts des Ausnahmecharakters und der weit reichenden Folgen einer aktiven Duldung - die Behörde ist auf Dauer an der Beseitigung rechtswidriger Zustände gehindert - muss den entsprechenden Erklärungen der Behörde mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sein, ob, in welchem Umfang und ggf. über welchen Zeitraum die Duldung der illegalen Zustände erfolgen soll. Im Übrigen spricht vieles dafür, dass

eine länger andauernde Duldung oder Duldungszusage, soll sie Vertrauensschutz vermitteln, schriftlich erfolgen muss (vgl.: OVG Münster, NJOZ 2005, 5183).

Ausgehend von dieser einschlägigen Rechtsprechung ist es nicht zu beanstanden, wenn das VG im angefochtenen Urteil ausgeführt hat, die im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragene Erklärung von Mitarbeitern des Bekl. hätten „nach der eigenen Darstellung der Kl. nicht etwa als so genannte aktive Duldung verstanden werden“ können, weil ihnen nicht „mit der gebotenen Eindeutigkeit“ zu entnehmen sei, dass sie - die Mitarbeiter des Bekl. - „die illegalen Zustände vorübergehend oder dauerhaft hinnehmen“ würden.[...]

Ob für das hier einschlägige Landesrecht neben den bereits dargelegten Grundsätzen zur „aktiven Duldung“ noch Raum für die Annahme ist, die Befugnis der Bauaufsichtsbehörde zum Einschreiten gegen formell und materiell illegale Anlagen könne verwirkt werden, kann letztlich dahinstehen. Gegen die Annahme, die Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden zur Beseitigung illegaler Zustände unterlägen der Verwirkung, lässt sich anführen, dass nur Rechte, nicht aber Pflichten - hier die Pflicht der Bauaufsichtsbehörde, für rechtmäßige Zustände zu sorgen - verwirkt werden können (vgl.: VGH München, Beschluss vom 10.1.2001 - 15 ZB 98.2481; Beschluss vom 18.07.2008 - 9 ZB 05.365).

Es entspricht auch der Rechtsprechung anderer für das jeweilige Landesrecht zuständiger Obergerichte, dass öffentlich-rechtliche Befugnisse zum Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände nicht der Verwirkung unterliegen (vgl.: OVG Schleswig, Beschluss vom 6.12.1994 - 1 M 70/94; OVG Saarlouis, Urteil vom 29.08.2000 - 2 R 7/99; BRS 69 Nr. 194; OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 25.6.2007 - 10 S 9.07).

Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Verwirkung der Befugnisse des Staates, gegen rechtswidrige Zustände einzuschreiten, möglich ist (vgl. etwa: VGH Mannheim, BRS 32 Nr. 186; ferner: BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 35), bleibt es dabei, dass dies nicht Bundes-, sondern Landesrecht betrifft (so ausdrücklich: BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 35).

Für das hier einschlägige Landesrecht unterliegt es jedenfalls keinem Zweifel, dass rechtsirrig Äußerungen von Behördenvertretern, ein Gebäude sei rechtmäßig, nicht als „aktive Duldung“ zu werten sind und auch im Hinblick auf eine eventuelle „Verwirkung“ kein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand eines unrechtmäßig errichteten Gebäudes begründen können, wie das VG zutreffend erkannt hat.

II. Durch Fehlverhalten von Amtsträgern

Selbst Fehlverhalten von Amtsträgern, die ein illegales

und materiell-rechtswidriges Verhalten zumindest sehenden Auges in Kauf genommen, wenn nicht gar unterstützt haben, hindert die Bauaufsichtsbehörde nicht, darunter einen Schlusstrich zu ziehen und wieder baurechtmäßige Zustände zu bewirken (vgl.: OVG Münster, BRS 47 Nr. 193). [...]

D. Eigenhaftung der Gesellschafter

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils ergeben sich aus dem Zulassungsvorbringen auch nicht insoweit, als das VG im angefochtenen Urteil die Inanspruchnahmen der Kl. zu 2 bis 5 als gerechtfertigt angesehen hat. Aus dem Wortlaut der angefochtenen Ordnungsverfügungen folgt unmissverständlich, dass der Bekl. die Kl. zu 2 bis 5 nicht etwa neben der Kl. zu 1 als verantwortliche weitere Zustandsstörer ordnungsbehördlich in Anspruch genommen hat. Er hat ihnen auch sonst nicht etwa eigenständige ordnungsrechtliche Verpflichtungen auferlegt. Wie die Ausführungen im Text der Ordnungsverfügungen verdeutlichen, beschränken sich die Inanspruchnahmen der Kl. zu 2 bis 5 vielmehr darauf, dass sie auf Grund ihrer Stellung als Gesellschafter der Kl. zu 1 dafür einzustehen haben, dass die der Kl. zu 1 auferlegten Verpflichtungen erfüllt werden.

I. Eigenhaftung entsprechend dem Recht der oHG

Dies beinhaltet insbesondere, dass sie die Erfüllung und ggf. Vollstreckung der der Kl. zu 1 auferlegten Beseitigungspflicht hinzunehmen haben, ihnen gegenüber mithin keine gesonderten Duldungsverfügungen mehr zu ergehen haben, um eventuelle Vollstreckungshindernisse zu beseitigen. Des Weiteren hat der Bekl. die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebende Haftung der Kl. zu 2 bis 5 als Gesellschafter der Kl. zu 1 für Verbindlichkeiten der GbR im hier gegebenen Einzelfall öffentlich-rechtlich konkretisiert, um im Fall der Nichterfüllung von Nr. 1 der Ordnungsverfügungen durch die Kl. zu 1 auch den Kl. zu 2 bis 5 gegenüber mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung vorgehen zu können. Dies beinhaltet insbesondere die Möglichkeit, die Zahlung der veranschlagten Kosten der Ersatzvornahme, die die GbR bei nicht fristgerechter Beseitigung des Schwimmbads mit Rundturm zu leisten hat, notfalls im Wege der Vollstreckung von den einzelnen Kl. zu 2 bis 5 beizutreiben und ggf. auch weitere Kosten bei zwangsweiser Durchsetzung der der Kl. zu 1 auferlegten Verpflichtung von den Kl. zu 2 bis 5 beitreiben zu können.

Bei diesem Inhalt der den Kl. zu 2 bis 5 gegenüber ausgesprochenen Regelungen unterliegt es keinem Zweifel, dass der Bekl. diese - wie das VG im angefochtenen Urteil ausgeführt hat - jedenfalls deshalb in Anspruch nehmen durfte, „weil sie als Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften“. Zutreffend hat das VG insoweit darauf abge-

stellt, dass die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR nach der neueren Rechtsprechung des BGH der akzessorischen Haftung der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG) nach den §§ 128f. HGB entspricht, wobei der jeweilige Stand der Gesellschaftsschuld auch für die persönliche Haftung der Gesellschafter maßgebend ist (vgl.: BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056).

II. Auch für öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten

Die aus § 128 HGB folgende persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft erfasst auch solche aus öffentlichem Recht (vgl.: Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 128 Rdnr. 2).

Dies ergibt sich bereits aus § 160 I 1 Halbs. 2 HGB, wonach für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft begründete Verpflichtungen der Gesellschaft dann, wenn es um öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten geht, der Erlass eines Verwaltungsakts genügt (vgl.: VGH München, NVwZ-RR 2005, 465).

Ob die Haftung eines Gesellschafters der GbR für eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit der Gesellschaft nur voraussetzt, dass der Gesellschaft gegenüber eine sie zu konkreten Maßnahmen verpflichtende ordnungsbehördliche Verfügung ergeht (in diesem Sinne möglicherweise: VGH München, NVwZ-RR 2005, 465) oder ob die Haftung des Gesellschafters zusätzlich einen ihm gegenüber erlassenen Haftungsbescheid voraussetzt (vgl. hierzu: OVG Frankfurt/Oder, NJW 1998, 3513 = ZIP 1998, 1636), kann letztlich dahinstehen, da beides hier vorliegt. Die angefochtenen Ordnungsverfügungen regeln sowohl die konkreten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Kl. zu 1 als GbR als auch die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebende Haftung der Kl. zu 2 bis 5 für diese öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten der GbR.

Dieser Wertung steht § 59 II 1 NWVwVG nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift können die Kosten der Ersatzvornahme oder die voraussichtlich entstehenden Kosten der Ersatzvornahme beigetrieben werden, wenn der Betr. sie nicht fristgerecht zahlt. Betroffene in diesem Sinne ist hier stets die als Ordnungspflichtige in Anspruch genommene Kl. zu 1, und zwar auch dann, wenn diese Kosten von den Kl. zu 2 bis 5 - in dem Umfang, in dem sie von der Kl. zu 1 (noch) nicht geleistet sind - beigetrieben werden.

E. Schutz des Minderjährigen

Schließlich geht auch der Einwand der Zulassungsbegründung fehl, das VG habe bezüglich der Kl. zu 4 und 5 „das Minderjährigenhaftungsbegrenzungs-gesetz vom 25. 8. 1998 nicht beachtet“.

Nach § 1629a I 1 BGB beschränkt sich die Haftung für solche Verbindlichkeiten, die die Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht durch

Rechtsgeschäft oder eine sonstige Handlung mit Wirkung für das Kind begründet haben, auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens des Kindes. Ergänzt wird diese Regelung durch Absatz 4 der genannten Vorschrift. Nach dessen Satz 1 ist dann, wenn das volljährig gewordene Mitglied einer Gesellschaft nicht binnen drei Monaten nach Eintritt der Volljährigkeit die Kündigung der Gesellschaft erklärt, im Zweifel anzunehmen, dass die aus einem solchen Verhältnis herrührende Verbindlichkeit nach dem Eintritt der Volljährigkeit entstanden ist; nach Satz 2 der genannten Vorschrift wird unter den in Satz 1 bezeichneten Voraussetzungen ferner vermutet, dass das gegenwärtige Vermögen der volljährig Gewordenen bereits bei Eintritt der Volljährigkeit vorhanden war.

Bei Erlass der hier angefochtenen Bescheide waren die Kl. zu 4 und 5 noch minderjährig. Weder der Bekl. noch die Widerspruchsbehörde hatten daher Anlass, sich mit eventuellen Haftungsbeschränkungen auf Grund der angeführten Regelungen des § 1629a BGB zu befassen. Sie konnten vielmehr ohne Weiteres davon ausgehen, dass die Kl. zu 4 und 5 mit ihrem gesamten aktuellen Vermögen haften und dass dieser Zustand auch - zumindest gewisse Zeit - noch andauern würde. Sollte aus den in der Zulassungsbegründung angesprochenen Umständen sich nunmehr in der Tat eine Begrenzung der Haftung der Kl. zu 4 und 5 ergeben, ist es ihnen unbenommen, diese Beschränkung gegenüber eventuellen gegen sie persönlich gerichtete Vollstreckungsmaßnahmen, namentlich gegenüber eventuellen Beitreibungen von Kosten der Ersatzvornahme, geltend zu machen. Die Rechtmäßigkeit der ihnen gegenüber erlassenen Ordnungsverfügungen mit dem dargelegten Inhalt einer Haftung für Verbindlichkeiten der GbR - auch unter Berücksichtigung der weiteren Maßgaben des § 160 HGB - wird hierdurch nicht berührt. [...]

2. Teil: Beschluss des OVG Lüneburg vom 31.7.2008 (7 LA 53/08)

Leitsatz:

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist trotz ihrer partiellen Rechtsfähigkeit nicht selbst Gewerbetreibende im Sinne der Gewerbeordnung und kann deshalb nicht Adressat einer Gewerbeuntersagung sein.

Sachverhalt:

Mit Bescheid vom 27. 7. 2007 untersagte der Bekl. dem Kl. die weitere Ausübung seines Gewerbes "Fliesenverlegung", die Ausübung aller anderen Gewerbe sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragten Person. Er habe fort-

dauernde erhebliche Rückstände bei Rentenversicherung und vor allem beim Finanzfiskus entstehen lassen und sich damit als gewerblich unzuverlässig erwiesen. Da eine Rückführung der Verbindlichkeiten nicht absehbar sei - so habe er die eidesstattliche Versicherung abgeben müssen -, sei die Beendigung aller gewerblichen Betätigungen des Kl. erforderlich.

Die dagegen gerichtete Anfechtungsklage hat das VG abgewiesen. Der Antrag des Kl. auf Zulassung der Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das VG hat zutreffend entschieden, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts "C. D. und A. B.", für die das Gewerbe des Kl. unter dem 2.4.2002 angemeldet worden ist, selbst nicht Gewerbetreibende und die Untersagung zu Recht gegen den Kl. ausgesprochen worden ist, in dessen Person die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.

A. Keine Gewerbefähigkeit von oHG und GbR

Entgegen der im Zulassungsantrag vertretenen Auffassung sind Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie die BGB-Gesellschaft (GbR) oder die offene Handelsgesellschaft (oHG) nicht selbst Gewerbetreibende i.S. der §§ 1 I, 35 I 1 GewO. Bei der oHG sind dies vielmehr die Gesellschafter, jedenfalls soweit sie Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse haben und damit unternehmerisch tätig sind, bei der GbR sind es grundsätzlich alle Gesellschafter, wenn sie Einfluss auf die Geschäftsführung haben (Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, Stand: Juni 2006, § 35 Rdnr. 64 m.w.Nachw.; Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 85). Der Kl. missversteht das von ihm in diesem Zusammenhang angeführte Urteil des BGH vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) zur partiellen Rechts- und Parteifähigkeit der GbR im (Zivil)prozess, wenn er aus ihm ableiten will, dass danach auch die Unternehmereigenschaft einer GbR im Sinne der Gewerbeordnung anzunehmen sei. Der BGH stellt in seiner Entscheidung vielmehr die GbR in Bezug auf ihre Rechtsfähigkeit weitgehend der oHG gleich, die, obgleich nicht juristische Person, nach der ausdrücklichen Regelung in § 124 I HGB gleichwohl Rechte erwerben und klagen kann. Soweit die GbR durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, soll auch sie - überwiegend aus Gründen der Praktikabilität - aktiv und passiv partei- und prozessfähig sein (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 Ls. 1 und 2).

Die danach mögliche Begründung eigener Rechte und Pflichten im Rechtsverkehr hat - wie zuvor schon bei der oHG - aber nichts damit zu tun, wem im Gesellschaftsgefüge persönliche Eigenschaften wie Eignung oder Zuverlässigkeit nach öffentlichem Recht - hier

nach der GewO - zuzurechnen sind. Bei nichtrechtsfähigen Personenmehrheiten kommen dafür nur die verantwortlichen natürliche Personen, also die Gesellschafter, in Betracht. Lediglich juristischen Personen werden selbst als Gewerbetreibende angesehen. Zwar kann auch hier persönlich unzuverlässig letztlich nur die handelnde natürliche Person sein; deren Unzuverlässigkeit wird jedoch der juristischen Person als eigene zugerechnet. Das beruht auf der Fiktion, dass juristische Personen in ihrer Rechtsfähigkeit wie natürliche Personen behandelt werden. Das ist bei Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit gerade nicht der Fall.

Der Kl. möchte mit dem Hinweis darauf, dass es nicht die GbR sei, die zum maßgeblichen Zeitpunkt der Gewerbeuntersagung dem Finanzamt knapp 124.000 Euro schuldet, erreichen, eine Zuverlässigkeit "der Gesellschaft" zu konstruieren und damit eine praktisch unveränderte weitere Gewerbeausübung "durch sie" - und damit für ihn - zu ermöglichen. Das ist, wie zuvor dargelegt, bereits im Ansatz verfehlt. Dass es auch am Sinn und Zweck des § 35 I 1 GewO vorbeigeht, zeigt die Überlegung, dass die GbR als Personengesellschaft, anders als etwa bei der Umsatzsteuer, weder der Einkommen- noch der Körperschaftssteuer unterliegt. Der Gewinn wird vielmehr einheitlich und gesondert festgestellt und unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet. Bei diesen unterliegen die Gewinnanteile der Einkommen- oder der Körperschaftssteuer, je nachdem, welche Rechtsform sie haben. Ein einkommensteuerrechtlich unzuverlässiges Verhalten, wie es vorliegend eine maßgebliche Rolle spielt, realisiert sich also nie bei der Gesellschaft, sondern stets

nur bei den einzelnen Gesellschaftern. Sie können sich deshalb nicht durch den Hinweis auf fehlende Einkommensteuerschulden der Gesellschaft von der Verantwortlichkeit für ihre Säumigkeit freizeichnen. [...]

B. Voraussetzungen an die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 I GewO

Ohne Erfolg wiederholt der Kl. auch seinen erstinstanzlichen Vortrag zur unverschuldeten finanziellen Notlage. Dazu hat bereits das VG das Zutreffende ausgeführt, ohne dass das Vorbringen des Kl. im Zulassungsverfahren hier neue Gesichtspunkte aufzeigt.

Lediglich bekräftigend sei deshalb bemerkt: Es ist in der Rechtsprechung geklärt, dass die Annahme gewerblicher Unzuverlässigkeit kein Verschulden im Sinne etwa eines strafrechtlichen Vorwurfs voraussetzt. Es ist für § 35 I 1 GewO vielmehr belanglos, welche Ursachen zu der Überschuldung und einer daraus resultierenden wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Gewerbetreibenden geführt haben. Denn § 35 GewO ist eine im speziellen Ordnungsrecht wurzelnde und damit grundsätzlich wertneutrale Vorschrift, bei der es im Interesse der Allgemeinheit um die Beendigung von objektiv nicht im Einklang mit dem öffentlichen Recht stehender wirtschaftlicher Tätigkeit geht (st.Rspr., vgl. etwa: OVG Lüneburg, BeckRS 2005, 21510 - u. Hinw. auf: BVerwG, GewArch 1970, 131; BVerwGE 65, 1 = NVwZ 1982, 503; OVG Lüneburg, BeckRS 2005, 21504). Auch an der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung und Handhabung bestehen entgegen der Auffassung des Kl. keine begründeten Zweifel (vgl. etwa BVerwG, NVwZ 1993, 1189 = GewArch 1993, 155).

*Zivilrecht***Standort: Schadensersatz****Problem: Vertragliche Haftungsbeschränkung**

BGH, URTEIL VOM 10.02.2009
VI ZR 28/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche, die aus einem Verkehrsunfallgeschehen mit einem Mietwagen in Südafrika herrühren. Das Fahrzeug wurde auf den Namen der Bekl. angemietet und unter Verwendung von deren Kreditkarte auch bezahlt. Intern wollten beide das Fahrzeug nutzen und die Kosten sollten gemeinsam getragen werden. Weil die Parteien annahmen, dass im Falle eines Unfalls eine dem Rechtszustand in Deutschland vergleichbare Absicherung bestehe, sahen sie von dem Abschluss einer privaten Unfallversicherung ab. Als die Bekl. das Fahrzeug kurz nach der Überlassung nutzte, verkannte sie das Linksfahrgebot und kollidierte frontal mit einem entgegenkommenden Fahrzeug. Dabei verletzte sich die Kl. schwer.

Das erstinstanzliche Gericht hat dem Klägerbegehren stattgegeben. Das Berufungsgericht hob das Urteil auf und wie die Klage ab. Dagegen richtet sich die Revision der Kl. ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit zwei sehr klausurrelevanten Problemen.

Zum einen stellte sich die Frage, ob dieser Rechtsstreit überhaupt nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Bei deliktischen Ansprüchen ist insoweit die Kollisionsregel des Art. 40 II 1 EGBGB zu beachten, nach der der gewöhnliche Aufenthaltsort maßgeblich ist. Die Parteien befanden sich zum Unfallzeitpunkt zwar für einen mehrmonatigen Aufenthalt in Südafrika, allerdings wollten sie danach nach Deutschland zurückkehren. Dadurch war der gewöhnliche Aufenthaltsort nach wie vor Deutschland (vgl. BGH, NJW 1993, 2047). Wegen etwaiger vertraglicher Ansprüche aus einer BGB-Innengesellschaft ist § 27 I 1 EGBGB zu berücksichtigen. Die Parteien haben die Abreden über die Nutzung des KFZ und über die Kostentragung bereits bei der Planung des Auslandsaufenthalts in Deutschland getroffen und in deutscher Sprache geschlossen, wodurch nach Auffassung des Senats die "Parteien die Rechtsbeziehungen mit nach Südafrika genommen haben" (so bereits BGH, VersR 1996,

515). Interessant an dieser Entscheidung war die Frage, inwieweit zwischen den Parteien eine sich aus der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 242 BGB ergebene Haftungsbeschränkung im Straßenverkehr ergibt. Grundsätzlich kann eine dem entsprechende Auslegung nur unter besonderen Umständen angenommen werden. Voraussetzung ist, dass der Schädiger, wäre die Rechtslage vorher zur Sprache gekommen, einen Haftungsverzicht gefordert und sich der Geschädigte dem ausdrücklichen Ansinnen einer solchen Abmachung billigerweise nicht hätte versagen dürfen (vgl. z.B. BGH, BGHZ 152, 391, 396). An diesen Voraussetzungen fehlt es regelmäßig, wenn der Schädiger gegen Haftpflicht versichert ist (vgl. BGH, BGHZ 152, 391, 396). Denn eine Haftungsbeschränkung, die nicht den Schädiger, sondern den Haftpflichtversicherer entlastet, entspricht in der Regel nicht dem Willen der Beteiligten. Nötig ist also, dass der Schädiger keinen Haftpflichtversicherungsschutz genießt, für ihn ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko bestehen würde und darüber hinaus besondere Umstände vorliegen, die im konkreten Fall einen Haftungsverzicht als besonders nahe liegend erscheinen lassen. Besondere Umstände in diesem Sinn hat der Senat z.B. in Fällen angenommen, in denen der Geschädigte ein besonderes Interesse an der Übernahme des Schadens durch den Schädiger hatte, das Haftungsrisiko des Schädigers durch besondere Umstände deutlich erhöht war, der Geschädigte für die Abdeckung seines Risikos zumutbarer sorgen konnte als der Schädiger oder der Geschädigte den Schutz der gesetzlichen Unfall- oder Krankenversicherung genoss. Genau solche Umstände lagen hier vor, da beide Parteien gleichermaßen dem Risiko der Inanspruchnahme im Falle eines Verkehrsunfalls ausgesetzt gewesen wären, weil beide das Fahrzeug nutzen wollten und daher eine Gefahrengemeinschaft vorlag. Zudem irrten beide über die Versicherungslage. Durch das Linksfahrgebot bestand auch eine erhöhte Gefahrenlage, so dass ein wechselseitiger Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit anzunehmen war.

Vertiefungshinweise:

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

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

□ Zum Haftungsausschluss: *BGH*, RA 2008, 371 = *R+S* 2008, 217 (zu § 106 III SGB VII); *BGH*, RA 2008, 88 (zu § 106 III SGB VII); *BGH*, RA 2007, 662 (zu § 105 I SGB VII); *BGH*, *NJW* 2005, 2309 (zu § 106 SGB VII); *OLG Köln*, *NJW* 2005, 3074 (Haftung des Reiseveranstalters); *BGH*, RA 2005, 145 = *NJW* 2005, 422 (Ausschluss in AGB); *BGH*, RA 2004, 266 = *NJW* 2004, 947 (zu § 106 III SGB VII)

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Der geschädigte Kollege"
- *Examenskurs*: "Der unglückliche Verkehrsunfall"
- *Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine aus § 242 BGB folgende Haftungsbeschränkung aus ergänzender Vertragsauslegung kommt nur im Ausnahmefall in Betracht.

2. Voraussetzung ist, dass der Schädiger im Zusammenhang mit dem Unfallgeschehen keine Haftpflichtversicherungsschutz genießt, für ihn ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko bestehen würde und darüber hinaus besondere Umstände vorliegen, die im konkreten Fall einen Haftungsverzicht als besonders nahe liegend erscheinen lassen.

Sachverhalt:

[1] Die Kl. nimmt die Bekl. auf Zahlung von Schadensersatz, Schmerzensgeld sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht für künftige materielle und immaterielle Schäden in Anspruch.

[2] Die in Deutschland ansässigen Parteien, die sich 1999 beim Medizinstudium kennen gelernt hatten, fassten gemeinsam den Entschluss, drei Monate des damals für die Ausbildung zur Ärztin erforderlichen praktischen Jahres an einer Klinik in Südafrika zu verbringen. Nach ihrer Ankunft in Kapstadt mieteten sie am 02.01.2004 auf den Namen der Bekl. und unter Verwendung von deren Lufthansa-Kreditkarte einen Pkw mit Schaltgetriebe. Beide hatten vereinbart, dass ihnen das Fahrzeug für die Dauer des Aufenthalts in Südafrika gemeinsam zur Verfügung stehen sollte, sie die hieraus resultierenden Kosten gemeinsam tragen und sich beim Fahren abwechseln würden. Die Parteien waren mit der in Südafrika geltenden gesetzlichen Regelung zum Schutz von Verkehrsteilnehmern bei Personen und Sachschäden nicht vertraut und gingen übereinstimmend davon aus, dass bei einem Unfall im Straßenverkehr eine dem Rechtszustand in Deutschland vergleichbare Absicherung bestehe. Das von dem Mietwagenunternehmen unterbreitete Angebot auf

Abschluss einer privaten Unfallversicherung nahmen die Parteien nicht an.

[3] Am 09.01.2004 unternahmen die Parteien einen Wochenendausflug. Hierbei wurde der Wagen von der Bekl. gesteuert. Die Kl. hatte es abgelehnt, das Fahrzeug während des Wochenendausflugs zu führen, weil sie mit dem Schaltgetriebe nicht vertraut war. Bei der Rückfahrt am 11.01.2004 bog die Bekl. unter Missachtung des in Südafrika geltenden Linksfahrgebotes von einem Feldweg auf die N 7 National Road ein und befuhr verkehrswidrig die rechte Fahrbahn. Kurze Zeit nach dem Abbiegevorgang kollidierte sie frontal mit einem ordnungsgemäß auf der linken Fahrbahn fahrenden Fahrzeug, das wegen einer Kurve aus der Distanz nicht erkennbar war. Die Kl. wurde bei dem Unfall erheblich verletzt.

[4] Die Kl. begehrt von der Bekl. Ersatz ihres unfallbedingten materiellen Schadens in Höhe von 19.052,97 €, die Zahlung eines Schmerzensgelds in Höhe von mindestens 20.000 € sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für künftige materielle und immaterielle Schäden aus dem Unfallereignis, soweit die Ersatzansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen sind. Sie ist der Auffassung, die Haftung der Bekl. sei nicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die Bekl. habe den Unfall aber auch grob fahrlässig herbeigeführt.

[5] Das Landgericht hat mit Teil- und Grundurteil die Zahlungsanträge dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Oberlandesgericht dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht, dessen Urteil in *VersR* 2008, 934 abgedruckt ist, verneint eine Haftung der Bekl. für die Unfallschäden der Kl.. Die von der Kl. geltend gemachten Ansprüche seien gemäß Art. 40 II 1 EGBGB nach deutschem Haftungsrecht zu beurteilen, da beide Parteien im Unfallzeitpunkt ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt hätten. Die Bekl. habe den Unfall zwar schuldhaft herbeigeführt. Zu ihren Gunsten greife aber ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ein. Dieser könne zwar nicht aus einer konkludent geschlossenen Vereinbarung abgeleitet werden. Er ergebe sich jedoch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung im Rahmen eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses bzw. eines von einer Gefahrgemeinschaft getragenen Auftragsverhältnisses. Hätten die Parteien gewusst, dass sie

aufgrund der besonderen versicherungsrechtlichen Lage in Südafrika keinen Versicherungsschutz für von ihnen bei der Nutzung des Mietfahrzeugs verursachte und erlittene Personenschäden genossen, so hätten sie angesichts des durch den Linksverkehr noch erhöhten Haftungsrisikos und der zwischen ihnen bestehenden Fahrgemeinschaft billigerweise einen wechselseitigen Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit vereinbart. Nur eine solche sei der Bekl. im konkreten Fall vorzuwerfen. Angesichts des Umstandes, dass die Bekl. das Fahrzeug vor dem Unfall nur verhältnismäßig wenig im ungewohnten Linksverkehr bewegt und sich nach einem Abbiegevorgang auf der falschen rechten Fahrspur eingeordnet habe, sei in subjektiver Hinsicht der Vorwurf eines schweren Verschuldens nicht gerechtfertigt. Der Haftungsausschluss erstreckte sich auch auf Ansprüche der Kl. aus §§ 7, 18 StVG und solche wegen schuldhafter Verletzung von sich aus einem Vertrag über eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts ergebenden Sorgfaltspflichten. Die Behauptung der Kl., die Parteien hätten die vom Mietwagenunternehmen angebotene persönliche Unfallversicherung nur deshalb nicht abgeschlossen, weil die Bekl. angegeben habe, bei einer Bezahlung mit ihrer Kreditkarte bestehe ein privater Unfallversicherungsschutz, könne nicht Grundlage einer deliktischen oder vertraglichen Haftung der Bekl. sein, da die Kl. ihre Behauptung nicht habe beweisen können.

II. Entscheidung des BGH in der Revision:

[7] Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Ansprüche der Kl. beurteilen sich nach deutschem Recht

[8] Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die von der Kl. geltend gemachten Ansprüche nach deutschem Recht zu beurteilen sind.

a. Kollisionsnorm bei deliktischer Haftung, Art. 40 II 1 EGBGB

[9] Hinsichtlich der deliktischen Ansprüche ergibt sich dies aus Art. 40 II 1 EGBGB. Die Parteien hatten, wie in dieser Norm vorausgesetzt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt zum Unfallzeitpunkt in Deutschland. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Parteien zu diesem Zeitpunkt in Südafrika aufhielten und erst nach Ablauf von drei Monaten nach Deutschland zurückkehren wollten. Denn der gewöhnliche Aufenthalt wird durch eine zeitweilige Abwesenheit auch von längerer Dauer nicht aufgehoben, sofern - wie im Streitfall - die Absicht besteht, an den früheren Aufenthaltsort zurückzukehren (vgl. BGH, Urteil vom 03.02.1993 - XII ZB 93/90 - NJW 1993, 2047, 2048; BayObLG, NJW 1993, 670; Spickhoff in Bamberger/Roth, BGB, Stand

01.01.2008, Art. 40 EGBGB Rn. 32). Dem Deliktstatut unterliegen auch Ansprüche aus Gefährdungshaftung (vgl. Spickhoff in Bamberger/Roth, aaO, Rn. 8; BT-Drucks. 14/343 S. 11).

b. Kollisionsnorm bei vertraglichen Ansprüchen, Art. 27 I 1 EGBGB

[10] Hinsichtlich der Ansprüche der Kl. wegen schuldhafter Verletzung von sich aus einem Vertrag über eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts ergebenden Sorgfaltspflichten folgt die Anwendbarkeit deutschen Rechts aus Art. 27 I 1 EGBGB. Eine entsprechende konkludente Rechtswahl im Sinne des Art. 27 I 2 EGBGB ergibt sich daraus, dass die in Deutschland ansässigen Parteien ihre Rechtsbeziehungen zueinander gewissermaßen nach Südafrika mitgenommen haben (vgl. Senatsurteil vom 23.01.1996 - VI ZR 291/94 - VersR 1996, 515, 517) und sich ihre in deutscher Sprache getroffene Abrede über die gemeinsame Nutzung des Mietwagens als Fortsetzung der in Deutschland begonnenen Planung und Organisation ihres gemeinsamen Aufenthalts in Südafrika darstellt. Die Bereichsausnahme für gesellschaftsrechtliche Fragen gemäß Art. 37 I Nr. 2 EGBGB gilt für Innengesellschaften, in denen die jeweiligen Vertragsparteien wie im Streitfall nach außen allein, im Innenverhältnis aber für die gemeinsame Rechnung der Parteien handeln (vgl. zur Innengesellschaft BGH, Urteil vom 26.06.1989 - II ZR 128/88 - NJW 1990, 573, 574) nicht (vgl. Spickhoff in Bamberger/Roth, aaO, Art. 37 EGBGB Rn. 4; OLG Frankfurt, VersR 1999, 1428, 1430).

2. Schuldhafte Herbeiführung des Verkehrsunfalls liegt vor

[11] Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Bekl. den Verkehrsunfall vom 11.01.2004 schuldhaft herbeigeführt hat.

3. Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen

[12] Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht unter den besonderen Umständen des Streitfalles eine Beschränkung der Haftung der Bekl. auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz angenommen hat.

a. Vertragliche Haftungsbeschränkungen im Innenverhältnis im Straßenverkehr

[13] Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich eine Haftungsbeschränkung zwischen Insasse und Fahrer eines Fahrzeugs bei Fehlen einer ausdrücklichen Abrede aus einer konkludent getroffenen Vereinbarung oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf der Grundlage des § 242 BGB ergeben kann (vgl. Senat BGHZ 41, 79, 81; 43, 72, 76;

Urteile vom 14.02.1978 - VI ZR 216/76 - VersR 1978, 625; vom 14.11.1978 - VI ZR 178/77 - VersR 1979, 136; vom 18.12.1979 - VI ZR 52/78 - VersR 1980, 426; vom 15.01.1980 - VI ZR 191/78 - VersR 1980, 384, 385 und vom 13.07.1993 - VI ZR 278/92 - VersR 1993, 1092, 1093; vgl. auch BGH, BGHZ 152, 391, 396). Eine Haftungsbeschränkung kann demgegenüber nicht - auch wenn die Abrede über das Führen des Kfz wie vom Berufungsgericht im Streitfall zutreffend angenommen als Gesellschaftsvertrag zu qualifizieren ist - § 708 BGB entnommen werden. Denn der in dieser Bestimmung geregelte Haftungsmaßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten kann nicht allgemein für die Pflichten im Straßenverkehr gelten (vgl. Senat BGHZ 46, 313, 317 f.; Urteil vom 14. November 1978 - VI ZR 178/77 - aaO).

b. Keine konkludente Einigung ersichtlich

[14] Die Revision nimmt es als ihr günstig hin, dass das Berufungsgericht den Umständen des Streitfalles keine Anhaltspunkte für die konkludente Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung entnommen hat. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

c. Haftungsbeschränkung gem. § 242 BGB i.R.d. ergänzenden Vertragsauslegung liegt vor

[15] Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Absprache der Parteien über das Anmieten und Führen des Mietwagens sei im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein wechselseitiger Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit beizulegen.

aa. Anforderungen an eine solche Haftungsbeschränkung gem. § 242 BGB

[16] Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats kann ein Haftungsverzicht, an den bei Abschluss der Vereinbarung niemand gedacht hat, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf der Grundlage des § 242 BGB nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass der Schädiger, wäre die Rechtslage vorher zur Sprache gekommen, einen Haftungsverzicht gefordert und sich der Geschädigte dem ausdrücklichen Ansinnen einer solchen Abmachung billigerweise nicht hätte versagen dürfen (vgl. Senat, Urteile vom 14.02.1978 - VI ZR 216/76 - aaO; vom 14.11.1978 - VI ZR 178/77 - aaO S. 137; vom 18.12.1979 - VI ZR 52/78 - aaO S. 427 und vom 15.01.1980 - VI ZR 191/78 - aaO S. 386; vgl. auch BGH, BGHZ 152, 391, 396). An diesen Voraussetzungen fehlt es regelmäßig, wenn der Schädiger gegen Haftpflicht versichert ist (vgl. Senatsurteile vom 18.12.1979 - VI ZR 52/78 - aaO S. 427; vom 15.01.1980 - VI ZR 191/78 - aaO und vom 13.07.1993 - VI ZR 278/92 - aaO S. 1093; BGH, BGHZ 152, 391,

396). Denn eine Haftungsbeschränkung, die nicht den Schädiger, sondern den Haftpflichtversicherer entlastet, entspricht in der Regel nicht dem Willen der Beteiligten (Senatsurteil vom 13.07.1993 - VI ZR 278/92 - aaO m.w.N.). Für die Annahme eines Haftungsverzichts genügen für sich genommen auch die bloße Mitnahme eines anderen aus Gefälligkeit, enge persönliche Beziehungen zwischen den Beteiligten oder das Bestehen eines ungewöhnlichen Haftungsrisikos nicht. Erforderlich ist vielmehr grundsätzlich, dass der Schädiger keinen Haftpflichtversicherungsschutz genießt, für ihn ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko bestehen würde und darüber hinaus besondere Umstände vorliegen, die im konkreten Fall einen Haftungsverzicht als besonders nahe liegend erscheinen lassen (vgl. Senatsurteil vom 13.07.1993 - VI ZR 278/92 - aaO m.w.N.). Besondere Umstände in diesem Sinn hat der Senat beispielsweise in Fällen angenommen, in denen der Geschädigte ein besonderes Interesse an der Übernahme des Schadens durch den Schädiger hatte, das Haftungsrisiko des Schädigers durch besondere Umstände deutlich erhöht war, der Geschädigte für die Abdeckung seines Risikos zumutbarer sorgen konnte als der Schädiger oder der Geschädigte den Schutz der gesetzlichen Unfall oder Krankenversicherung genoss (vgl. Senatsurteile vom 14.02.1978 - VI ZR 216/76 - aaO; vom 14. 11.1978 - VI ZR 178/77 - aaO; vom 18.12.1979 - VI ZR 52/78 - aaO und vom 15.01.1980 - VI ZR 191/78 - aaO).

bb. Eingeschränkte Überprüfbarkeit mit der Revision

[17] Ob der Tatrichter nach diesen Grundsätzen zu Recht eine Haftungsbeschränkung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen hat, ist mit der Revision nur eingeschränkt angreifbar (vgl. Senatsurteile vom 14.11.1978 - VI ZR 178/77 - aaO; vom 13.07.1993 - VI ZR 278/92 - aaO). Dies gehört grundsätzlich zum Bereich der tatrichterlichen Feststellung und ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Berufungsgericht Auslegungs- und Ergänzungsregeln oder Denk- und Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Umstände unbeachtet gelassen hat (vgl. BGHZ 111, 110, 115; Urteil vom 17.04.2002 - VIII ZR 297/01 - NJW 2002, 2310; vom 20.07.2005 - VIII ZR 397/03 - NJW-RR 2005, 1619, 1621).

cc. Keine Fehler des Berufungsgerichts bei der Auslegung

[18] Dem Berufungsgericht sind bei der Auslegung der Abrede der Parteien keine Rechtsfehler unterlaufen.

(1) Nicht hinzunehmender Irrtum über die Versicherungslage

[19] Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen

für die Annahme eines Haftungsverzichts im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nicht verkannt. Es hat - von der Revision unbeanstandet - festgestellt, dass die Bekl. ohne eine Haftungsbeschränkung einem - von den Parteien aufgrund ihres Irrtums über die Versicherungsrechtslage in Südafrika nicht bedachten - nicht hinzunehmenden Haftungsrisiko ausgesetzt wäre. Die Bekl. genoss keinen oder nur einen völlig unzureichenden Versicherungsschutz, da in Südafrika keine Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung besteht und Ersatzansprüche gegen den aus diesem Grund eingerichteten South African Road Accident Fund bzw. gegen die möglicherweise über das Mietwagenunternehmen bestehende Unfallversicherung auf Beträge begrenzt sind, die so gering sind, dass dies dem Fehlen von Versicherungsschutz annähernd gleich steht.

[20] Das Berufungsgericht hat auch besondere Umstände festgestellt, die in der gebotenen Gesamtbetrachtung einen Haftungsverzicht als besonders nahe liegend erscheinen lassen. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kannten sich die Parteien seit längerer Zeit, hatten den mehrmonatigen Aufenthalt in Südafrika gemeinsam geplant und waren durch die - vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts qualifizierte - Absprache miteinander verbunden, das gemietete Fahrzeug gemeinsam zu nutzen, die Kosten gemeinsam zu tragen und sich beim Fahren abzuwechseln. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht hieraus abgeleitet, dass jede der Parteien in austauschbarer Weise aus einem Unfall als Anspruchsteller oder Anspruchsgegner hätte hervorgehen können und beide deshalb eine Gefahrgemeinschaft bildeten. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, war die Gefahr, einen Unfall zu verursachen, durch besondere Umstände, nämlich das Linksfahrgebot stark erhöht. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass eine Fahrt im ungewohnten Linksverkehr auch nach Aneignung einer gewissen Fahrpraxis von wenigen Wochen oder Monaten ganz erhebliche Unfallrisiken mit sich bringt, da auch dann noch die Gefahr besteht, dass der Fahrer in jahrelang geübte, automatisch ablaufende Verhaltensweisen wie die Einhaltung des Rechtsfahrgebots zurückfällt. Bei dieser Sachlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten billigerweise einen wechselseitigen Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit vereinbart, wenn sie sich nicht im Irrtum über die versicherungsrechtliche Lage in Südafrika befunden und die eventuellen Folgen eines Unfalls bedacht hätten, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(2) Kein Fehler bei der Auslegung wegen ergänzender Überlegungen des Berufungsgerichts

[21] Demgegenüber bleibt der Rüge der Revision, das

Berufungsgericht habe die Haftungsbeschränkung der Bekl. nicht damit begründen dürfen, dass die Kl. das Führen des gemeinsam angemieteten Fahrzeugs während des Wochenendausflugs der Parteien abgelehnt und daher durchaus ein Interesse daran gehabt habe, dass die Bekl. das Steuer übernehme, der Erfolg versagt. Denn auf diese Begründung stützt das Berufungsgericht das von ihm gewonnene Auslegungsergebnis eines wechselseitigen Haftungsverzichts nicht. Bei den von der Revision zitierten Ausführungen des Berufungsgerichts handelt es sich - wie sich aus dem Begründungszusammenhang ohne weiteres ergibt - lediglich um ergänzende Überlegungen, die die Annahme eines einseitigen Haftungsverzichts der Kl. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung der ursprünglichen Absprache oder der Abrede über die Nutzung des Fahrzeugs für den Wochenendausflug nahe legen, die aber das vom Berufungsgericht unabhängig von der Weigerung der Kl. gewonnene, maßgeblich auf den Gesichtspunkt der Gefahrgemeinschaft gestützte Auslegungsergebnis eines wechselseitigen Haftungsausschlusses nicht tragen.

[22] Soweit die Revision darauf verweist, bei der gemeinsamen Nutzung eines Fahrzeugs im Rahmen eines gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses bestehe für den Beifahrer kein Anlass, einer Haftungsbeschränkung des Fahrers zuzustimmen, bei Fahrten im Ausland habe der Beifahrer gerade wegen der fremden oder sogar unbekanntenen Rechts- und Verfahrensordnung ein besonderes Interesse daran, dass der Fahrer mit größtmöglicher Sorgfalt handle, setzt sie lediglich in unzulässiger Weise ihre eigene Wertung an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung.

(3) Auslegungsergebnis begründet keinen Widerspruch zum tatsächlichen Willen der Parteien

[23] Entgegen der Auffassung der Revision widerspricht die Annahme eines wechselseitigen Haftungsverzichts bei einfacher Fahrlässigkeit nicht dem tatsächlichen Willen der Parteien. Die Revision kann dieser Annahme auch nicht mit Erfolg entgegen halten, dass für die ergänzende Auslegung der Abrede der Parteien noch andere Gestaltungsmöglichkeiten denkbar seien.

[24] Die Revision verweist allerdings zu Recht darauf, dass die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grenze an dem tatsächlichen Parteiwillen findet und nicht zu einer Abänderung oder Erweiterung des Vertragsgegenstands führen darf (vgl. BGHZ 9, 273, 278; 90, 69, 77; BGH, Urteil vom 31.01.1995 - XI ZR 56/94 - VersR 1995, 788, 789; vom 20.07.2005 - VIII ZR 397/03 - NJW-RR 2005, 1619, 1621; Busche in MünchKommBGB, 5. Aufl., § 157 Rn. 54 f.). Denn im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung darf lediglich der Vertragsinhalt, nicht hingegen der Vertragswille ergänzt werden (vgl. BGHZ 9, 273, 278). Eine ergänzen-

de Vertragsauslegung hat auch zu unterbleiben, wenn nicht erkennbar ist, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (vgl. BGHZ 147, 99, 105; Urteil vom 20.07.2005 - VIII ZR 397/03 - NJW-RR 2005, 1619, 1621). Dies gilt insbesondere dann, wenn mehrere gleichwertige Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen (vgl. BGHZ 90, 69, 80; 147, 99, 106).

[25] Ohne Erfolg macht die Revision geltend, nach dem Vortrag der Parteien hätten diese, wenn sie Kenntnis von der Versicherungsrechtslage in Südafrika gehabt hätten, für einen die Schäden der Kl. abdeckenden Unfallversicherungsschutz gesorgt, insbesondere die vom Mietwagenunternehmen angebotene Unfallversicherung abgeschlossen. Denn sie seien nicht bereit gewesen, die wirtschaftlichen Risiken eines Unfalls mit dem Fahrzeug selbst zu tragen. Hieraus ergibt sich unmittelbar, dass die Parteien auf keinen Fall für die Folgen eines von ihnen infolge leichter Fahrlässigkeit verursachten Verkehrsunfalls persönlich haften, d.h. sich unter Umständen Existenz bedrohenden Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen wollten. Hieraus ergibt sich auch, dass sie im Falle einer Schädigung zwar Ersatz ihrer Schäden erlangen wollten, sich hierfür aber nicht gegenseitig in Anspruch nehmen, sondern auf eine Versicherung zugreifen wollten. Dementsprechend hätten die Parteien, wenn sie Kenntnis von der Versicherungsrechtslage in Südafrika gehabt hätten, zwar die vom Mietwagenunternehmen angebotene persönliche Unfallversicherung abgeschlossen. Dies bedeutet aber nicht, dass sie in diesem Fall keinen wechselseitigen Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit vereinbart hätten. Die Revision verweist selbst darauf, dass die Geltendmachung und Durchsetzung von Versicherungsansprüchen im Ausland regelmäßig mit erheblichen Hindernissen und Risiken verbunden ist, weshalb die Möglichkeit besteht, dass der Geschädigte nicht die ausländische Versicherung, sondern den Schädiger in Anspruch nimmt. Darüber hinaus sehen Unfallversicherungen üblicherweise - wie auch die möglicherweise über das Mietwagenunternehmen bestehende südafrikanische Unfallversicherung - Haftungsbegrenzungen vor. Schließlich bestand für den jeweiligen Schädiger die Gefahr, vom südafrikanischen Unfallversicherungsträger oder von gegebenenfalls neben diesem leistenden Kranken- oder Rentenversicherungsträgern in Regress genommen zu werden.

[26] Bei dieser Sachlage hätten sich redliche Vertragsparteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben nicht darauf beschränkt, die vom Mietwagenunternehmen angebotene Unfallversicherung abzuschließen und sich die Kosten zu teilen, sondern zusätzlich einen wechselseitigen

Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit vereinbart.

[27] Zur Annahme eines Haftungsverzichts für einfache Fahrlässigkeit gibt es auch keine andere gleichwertige Auslegungsalternative. Entgegen der Auffassung der Revision hätten die Parteien insbesondere nicht die gemeinsame Übernahme aller Unfallrisiken mit der Folge vereinbart, dass die Schäden der Kl. jeweils zur Hälfte von ihr und der Beklagten zu tragen gewesen wären. Eine derartige Regelung wäre in keiner Weise interessengerecht gewesen. Sie hätte dazu geführt, dass der jeweilige Schädiger unter Umständen Existenz bedrohenden Regressansprüchen des Kranken- und gegebenenfalls sogar des Rentenversicherungsträgers des Geschädigten ausgesetzt gewesen wäre. Die hälftige Teilung sämtlicher Schäden hätte eine erhebliche Erweiterung der eingegangenen Verpflichtung und die Schaffung einer über den wesentlichen Inhalt des Vertrags hinausgehenden zusätzlichen Bindung dargestellt, auf die sich die Parteien redlicherweise nicht hätten einlassen müssen (vgl. BGHZ 77, 301, 304; BGH, Urteil vom 06.07.1989 - III ZR 35/88 - NJW-RR 1989, 1490, 1491). Sie würde zudem entgegen dem mutmaßlichen Parteiwillen Sach- und Krankenversicherer entlasten (vgl. Senat, Urteil vom 29.01.2008 - VI ZR 98/07 - VersR 2008, 540, 541 m.w.N.).

[28] Die Revision rügt in diesem Zusammenhang ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft keine Feststellungen zu der Behauptung der Kl. getroffen, der Abschluss der Unfallversicherung sei aufgrund einer Fehlinformation der Bekl. über den mit ihrem Kreditkartenvertrag verbundenen Unfallversicherungsschutz unterblieben. Die Revision übersieht, dass das Berufungsgericht die Kl. insoweit für beweisfällig gehalten hat. Diese Annahme lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

4. Unfall wurde grob fahrlässig herbeigeführt

[29] Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Bekl. habe den Unfall nicht grob fahrlässig herbeigeführt.

a. Überprüfbarkeit des Merkmals der Fahrlässigkeit in der Revision

[30] Die tatrichterliche Entscheidung, ob dem Schädiger der Vorwurf grober Fahrlässigkeit zu machen ist, ist mit der Revision nur beschränkt angreifbar. Der Nachprüfung unterliegt lediglich, ob der Tatrichter den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Verschuldensgrades wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (st.Rspr., vgl. Senatsurteile BGHZ 163, 351, 353; vom 08.05.1984 - VI ZR 296/82 - VersR 1984, 775, 776; vom 12.01.1988 - VI ZR 158/87 - VersR 1988, 474; vom 18. 10.1988 - VI ZR 15/88 - VersR 1989, 109

und vom 30.01.2001 - VI ZR 49/00 - VersR 2001, 985).

b. Keine Rechtsfehler des Berufungsgerichts gem. § 546 ZPO ersichtlich

[31] Dem Berufungsgericht sind bei der tatrichterlichen Bewertung des Verhaltens der Bekl. keine Rechtsfehler unterlaufen.

aa. Anwendbares Recht

[32] Das Berufungsgericht hat der Bewertung des Verhaltens der Bekl. zu Recht deutsches Recht zugrunde gelegt. Allerdings beurteilt sich die Frage, ob ein Fehlverhalten im Straßenverkehr als grob anzusehen ist, grundsätzlich nach den am Tatort geltenden Verkehrsnormen. Denn diese liefern nicht nur die in der jeweiligen Verkehrssituation maßgebenden Verhaltensgebote, sondern auch den Sorgfaltsmaßstab, an dem das Verschulden eines Verkehrsteilnehmers im Fall seines Versagens zu messen ist. Etwas anderes gilt aber dann, wenn es um die Rechtsbeziehungen der Insassen eines Fahrzeuges zueinander (Fahrer und Beifahrer) geht. In solchen Fallkonstellationen rechtfertigt sich die Anwendung des Rechts des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts in Durchbrechung des Tatortprinzips aus der Erwägung, dass die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen zueinander - und damit auch die Sorgfaltspflichten des einen gegenüber dem anderen - in dem Fahrzeug gewissermaßen mitgenommen haben. Dies gilt insbesondere für die deliktische Pflicht zur Schadensverhütung und -verminderung (vgl. Senatsurteil vom 23.01.1996 - VI ZR 291/94 - VersR 1996, 515, 517 m.w.N.).

bb. Keine Verkennung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit

[33] Das Berufungsgericht hat den Begriff der groben Fahrlässigkeit nicht verkannt.

[34] Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ein objektiv grober Pflichtenverstoß rechtfertigt für sich allein noch nicht den Schluss auf ein entsprechend gesteigertes persönliches Verschulden, nur weil ein solches häufig damit einhergeht. Vielmehr ist ein solcher Vorwurf nur dann gerechtfertigt, wenn eine auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung vorliegt, die das in § 276 II BGB bestimmte Maß erheblich überschreitet (st.Rspr.; vgl. zuletzt Senatsurteile vom 30.01.2001 - VI ZR 49/00 - VersR 2001, 985, 986 und vom 12.07.2005 - VI ZR 83/04 - VersR 2005, 1559, insoweit in BGHZ 163, 351 nicht abgedruckt; BGH, Urteil

vom 29.01.2003 - IV ZR 173/01 - VersR 2003, 364).

[35] Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet. Es hält den Verstoß der Bekl. gegen das Linksfahrgebot ersichtlich für einen objektiv groben Pflichtenverstoß, verneint aber in tatrichterlicher Würdigung der Umstände des Streitfalles das Vorliegen einer subjektiv schlechthin unentschuldbaren Pflichtverletzung.

cc. Sämtliche Umstände wurden bei der tatrichterlichen Wertung berücksichtigt

[36] Das Berufungsgericht hat bei seiner tatrichterlichen Wertung des Verhaltens der Bekl. auch keine wesentlichen Umstände außer Acht gelassen.

[37] Die Revision rügt ohne Erfolg, der Feststellung des Berufungsgerichts, die Bekl. habe das Fahrzeug vor dem Unfall nur verhältnismäßig wenig im ungewohnten Linksverkehr bewegt, fehle jede Grundlage. Die von der Revision angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten keine Feststellung, sondern eine Wertung ("verhältnismäßig wenig"), die das Berufungsgericht aus seiner von der Revision nicht angegriffenen Feststellung ableitet, dass zwischen der Anmietung des Mietwagens und dem Unfall eine Zeitspanne von wenigen Tagen lag. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im Rahmen dieser Wertung dem Vortrag der Kl., wonach die Bekl. vor dem Unfall bereits verschiedene Fahrten durchgeführt, das Fahrzeug sehr sicher bewegt und mit dem Linksverkehr überhaupt keine Schwierigkeiten gehabt habe, nicht weiter nachgegangen ist. Diesen Vortrag durfte das Berufungsgericht unter den Umständen des Streitfalles ohne Rechtsfehler für unerheblich halten. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zu Recht dem Umstand besondere Bedeutung beigemessen, dass sich die Bekl. unmittelbar nach einem Abbiegevorgang auf der falschen rechten Fahrspur eingeordnet hat, und auf die Erfahrungstatsache hingewiesen, dass ein Abbiegevorgang aufgrund automatisierten Verhaltens im gewohnten Rechtsverkehr relativ leicht zu einem Fahrfehler im Linksverkehr führen kann. Auch nach Aneignung einer gewissen Fahrpraxis im Linksverkehr besteht die Gefahr fort, automatisch in Verhaltensweisen zurückzufallen, die sich - wie die Beachtung des Rechtsfahrgebots - aufgrund langjähriger Übung fest eingepägt haben und in das Unterbewusstsein übergegangen sind, sobald eine Situation auftritt, die gesteigerte Aufmerksamkeit erfordert oder die Aufmerksamkeit auf andere Gesichtspunkte als die Beachtung des Linksfahrgebots lenkt. In diesem Zusammenhang kommt es entgegen der Auffassung der Revision nicht darauf an, ob der Feldweg, von dem die Beklagte in die National Road N 7 einbog, diese kreuzte oder nur in sie einmündete ("T-Kreuzung"). Denn in beiden Fällen erforderte der Abbiegevorgang wegen der erforderlichen Eingliederung in den dort möglicherweise

vorhandenen Verkehr erhöhte Aufmerksamkeit. Der Umstand, dass die National Road N 7 im Unfallzeitpunkt nicht befahren war, begünstigte dabei sogar den Rückfall in automatisierte Verhaltensweisen. Denn vorhandener Verkehr hätte der Bekl. die Notwendigkeit der Nutzung der linken Fahrbahn unmittelbar vor Augen geführt.

[38] Die Revision wendet sich schließlich auch ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Fahrfehler habe sich der Bekl. nicht aufgedrängt. Das Berufungsgericht hat hierzu - von der Revision unbeanstandet - festgestellt, dass das entgegenkommende Fahrzeug wegen einer Kurve aus der Distanz nicht erkennbar war und sich der Unfall in kurzer Entfernung von ca. 200 m vom Kreuzungsbereich ereignete. Mit dem Vorbringen, die Bekl. habe für die Strecke von 200 m nicht - wie vom Berufungsgericht zugrunde gelegt - 10 Sekunden, sondern mindestens 18 Sekunden gebraucht, kann die Revision nicht durchdringen. Bei den von der Kl. als unrichtig beanstandeten Ausführungen des Berufungsgerichts handelt es sich um eine tatbestandliche Darstellung im Rahmen der Urteilsgründe des Berufungsurteils, die nach § 314 ZPO

Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der Berufungsinstanz erbringt (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2007 - II ZR 334/04 - NJW-RR 2007, 1434; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 559 Rn. 15). Der Umstand, dass diese tatbestandliche Feststellung im Berufungsurteil nicht im Rahmen der Darstellung des Sach- und Streitstandes (vgl. § 540 I 1 Nr. 1 ZPO) sondern in den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Begründung seiner Entscheidung (vgl. § 540 I 1 Nr. 2 ZPO) wiedergegeben ist, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung (vgl. BGH, Urteil vom 26.03.1997 - IV ZR 275/96 - NJW 1997, 1931; Musielak/Ball, aaO, Rn. 16). Die Beweiswirkung des § 314 ZPO kann nur durch das Sitzungsprotokoll, nicht jedoch durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden (BGHZ 140, 335, 339; BGH, Urteil vom 08.01.2007 - II ZR 334/04 - aaO). Da die von der Revision als unrichtig beanstandete tatbestandliche Darstellung weder in Widerspruch zu den Feststellungen im Sitzungsprotokoll der letzten mündlichen Verhandlung steht noch Gegenstand einer Tatbestandsberichtigung gemäß § 320 ZPO war, ist der Senat gemäß §§ 314, 559 ZPO an sie gebunden.

Standort: Kaufrecht

Problem: Verhältnis des Gewährleistungsrechts zur c.i.c.

BGH, URTEIL VOM 27.03.2009
V ZR 30/08 (BECKRS 2009 11064)

Problemdarstellung:

Die Kl. erwarben von den Bekl. ein Hausgrundstück unter Ausschluss der "Gewähr für Fehler und Mängel". Das Wohngebäude war in den achtziger Jahren errichtet worden. Den Bekl. war z.Z. des Vertragsschlusses bekannt, dass in der Fassade Asbestzementplatten verarbeitet worden waren. Dies teilten sie den Kl. jedoch nicht mit. Die Kl. begehrten die Sanierung der Fassade im Zuge der Nacherfüllung, die Bekl. lehnten dies ab.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihre Ansprüche weiter. Die Bekl. beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Prüfungsrelevanz:

Die hier dargestellte Entscheidung ist aus zweierlei Gründen von hoher Klausurrelevanz: Zum einen werden die Anforderungen an das Vorliegen eines Mangels gem. § 434 I 2 BGB präzisiert, zum anderen wird das Verhältnis des Gewährleistungsrechts zur Haftung gem. §§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB (cic) beleuchtet.

Es war zu befinden, inwieweit Baustoffe, die während der Errichtung eines Gebäudes gebräuchlich waren (hier der krebserregende Stoff Asbest), einen offenbarungspflichtigen Sachmangel darstellen können. Das Berufungsgericht hatte das Vorliegen des Mangels verneint. Der Senat beurteilt dies anders und stellt Kriterien für einen offenbarungspflichtigen Mangel auf. Entscheidend für diese Frage ist, sofern keine vorrangige Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB vorliegt, ob der Rechtsverkehr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein älteres Wohnhaus, dessen Fassade aus Asbestzementplatten besteht, als uneingeschränkt geeignet ansieht für die gewöhnliche bzw. die vertraglich vorausgesetzte Verwendung gem. § 434 I 2 BGB. Anerkannt ist, dass ein offenbarungspflichtiger Mangel dann vorliegt, wenn das Grundstück mit Altlasten kontaminiert ist, die ursprünglich als harmlos eingestuft wurden, die heute jedoch als gefährlich eingestuft werden (vgl. BGH, NJW 2001, 64). Demgegenüber wird nicht jeder Feuchtigkeitsschaden in einem Altbau einen offenbarungspflichtigen Mangel begründen (vgl. Senat, Urteil vom 07.11.2008, V ZR 138/07). Es ist daher eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Ein offenbarungspflichtiger Mangel liegt aber in dem Fall vor, in dem die ernsthafte Gefahr besteht, dass Stoffe mit einem erheblichen Gefährdungspotential im Rahmen der üblichen Nutzung des Kaufobjekts austreten. Eine Einschränkung der Nutzbarkeit ist dann gegeben, wenn übliche Baumaßnahmen nicht ohne

erhebliche Gesundheitsgefahren durchgeführt werden können. Handelt es sich dabei um Tätigkeiten, die üblicherweise durch einen Laien durchgeführt werden, dann besteht eine Offenbarungspflicht des Verkäufers, damit der Käufer notwendige Maßnahmen zur Abwehr der gefährlichen Stoffe treffen kann.

Interessant ist auch ein zweiter Aspekt der Entscheidung. Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass die culpa in contrahendo (cic) neben dem Gewährleistungsrecht keine Anwendung finde. Diese Frage wird in der Literatur und in der Rechtsprechung streitig diskutiert. Der Vorrang des Gewährleistungsrechts ist im Grundsatz richtig, damit die besonderen Wertungen des Gewährleistungsrechts, insbesondere das Recht zur zweiten Andienung, nicht durch den quasi-vertraglichen Anspruch unterlaufen werden. Aus diesem Grund vertreten einige, dass die cic bei Vorliegen der Voraussetzungen des Gewährleistungsrechts keine Anwendung finden könne (vgl. z.B. Roth, JZ 2006, 1026). Vertreten wird jedoch auch, dass die cic neben dem Gewährleistungsrecht Anwendung finde (vgl. Derleder, NJW 2004, 969). Allerdings können beide Auffassungen nicht absolut gelten. Der erkennende Senat vertritt eine vermittelnde Auffassung (vgl. dazu bereits Lorenz, NJW 2007, 1). Ein vorsätzliches Verhalten des Verkäufers rechtfertigt eine Ausnahme von der Exklusivität des Gewährleistungsrechts. In diesem Fall ist der Verkäufer nicht schutzwürdig und hat auch kein berechtigtes Interesse an der Nacherfüllung. Genau diese Wertung findet an verschiedenen Stellen im Gesetz Ausdruck, z.B. die Verschärfung der Haftung eines arglistigen Verkäufers in §§ 438 III, 444, 442 I BGB. Zudem hat die Rechtsprechung dem arglistig täuschenden Verkäufer die Möglichkeit der Nacherfüllung versagt (BGH, NJW 2008, 1371; Senat, NJW 2007, 835).

Vertiefungshinweise:

□ Aktuelles zur Gewährleistung im Kaufrecht: *OLG Karlsruhe*, RA 2008, 81 = NJW-RR 2008, 81 (Mangel beim Gebrauchtwagen); *BGH*, RA 2008, 186 (Unge-rechtfertigtes Nacherfüllungsverlangen); *BGH*, RA 2008, 258 (Keine Fristsetzung bei Verkäuferarglist); *BGH*, RA 2008, 224 (Rückabwicklung bei Inzahlung-nahme); *BGH*, RA 2008, 532 (Parkettstäbchen-Fall)

□ Zur culpa in contrahendo: *BGH*, RA 2008, 283 (Verhältnis Gewährleistungsrechte zur cic); *BGH*, RA 2006, 664 = NJW 2006, 3139 (Verletzung von Auf-klärungs-pflichten); *BGH*, RA 2006, 523 = NJW-RR 2006, 993 (Eigenhaftung des Verhandlungsführers)

□ Examensklausur c.i.c.: *Rohe/Winter*, JuS 2003, 872

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"

□ *Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"

□ *Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

1. Baustoffe, die bei der Errichtung eines Wohnhauses gebräuchlich waren, später aber als gesundheitsschädlich erkannt worden sind, können einen Mangel der Kaufsache begründen, der ungefragt zu offenbaren ist; Fragen des Vertragspartners müssen vollständig und richtig beantwortet werden.

2. Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluss sind im Sachbereich der §§ 434 ff. BGB nach Gefahrübergang grundsätzlich ausgeschlossen; das gilt jedoch zumindest dann nicht, wenn der Verkäufer den Käufer über die Beschaffenheit der Sache arglistig getäuscht hat.

Sachverhalt:

[1] Mit notariellem Vertrag vom 04.10.2006 kauften die Kl. von den Bekl. für 85.000 € ein Hausgrundstück unter Ausschluss der „Gewähr für Fehler und Mängel“. Das Wohngebäude war im Jahr 1980 in Fertigbauweise errichtet worden. Den Bekl. war vor dem Vertragsschluss bekannt, dass in der Fassade Asbestzementplatten verarbeitet wurden. Sie teilten dies den Kl. jedoch nicht mit, obwohl zuvor ein Kaufinteressent wegen der Asbestbelastung von seinen Kaufabsichten abgerückt war. Nach der Übergabe forderten die Kl. die Bekl. erfolglos auf, die Fassade im Wege der Nacherfüllung zu sanieren.

[2] Die Kl. verlangen nunmehr Schadensersatz in Höhe von 38.455,34 € sowie die Feststellung, dass die Bekl. zum Ersatz weiterer Sanierungskosten verpflichtet sind. In dem (einigen) Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht haben sie erstmals behauptet und unter Beweis gestellt, der Bekl. zu 1 habe vor Vertragsschluss auf Nachfrage des Kl. zu 1 wahrheitswidrig behauptet, er wisse nicht, aus welchem Material die Fassade sei. Dieses Vorbringen haben die Bekl. bestritten.

[3] Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihre Ansprüche weiter. Die Bekl. beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht meint, die Kl. könnten von den Bekl. nicht nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB Schadensersatz in Höhe der Kosten einer Asbestsanierung verlangen. Die Verkleidung der Außenwände des Gebäudes mit Asbestzementplatten stelle schon keinen

Sachmangel dar, der Gegenstand einer Offenbarungspflicht hätte sein können. Die Nutzung des Hauses zu Wohnzwecken werde nicht beeinträchtigt. Als Erwerber eines älteren Fertighauses hätten die Kl. mit einer Asbestbelastung rechnen müssen. Auf die von den Kl. behauptete Nachfrage nach dem Material der Fassade und die darauf von dem Bekl. zu 1 gegebene Antwort komme es nicht an. Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss (§ 280 i.V.m. § 311 II Nr. 1 BGB) scheide aus. Nach Gefahrübergang bildeten die Vorschriften der §§ 434 ff. BGB eine abschließende Sonderregelung, soweit es um Merkmale der Sache gehe, die - wie hier die Freiheit von Asbest - einer Beschaffenheitsvereinbarung zugänglich seien.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[5] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Gesundheitsbedenkliche Baustoffe können einen Mangel gem. § 434 BGB begründen

[6] Die Verneinung von Ansprüchen nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Baustoffe, die bei der Errichtung eines Wohnhauses gebräuchlich waren, später aber als gesundheitsschädlich erkannt worden sind, können einen offenbarungspflichtigen Mangel der Kaufsache begründen.

a. Anforderungen an das Vorliegen eines Sachmangels gem. § 434 I 2 BGB

[7] Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Sachmangel vorliegt, kommt es nicht auf das Baujahr des verkauften Hauses (hier 1980) an. Entscheidend ist vielmehr - wenn die Vertragsparteien wie hier keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I 1 BGB getroffen haben -, ob der Rechtsverkehr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (hier 2006) ein älteres Wohnhaus, dessen Fassade aus Asbestzementplatten besteht, als uneingeschränkt geeignet ansieht für die gewöhnliche bzw. die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 I 2 BGB).

[8] Ob der bei Errichtung eines Gebäudes übliche oder als unbedenklich angesehene Einsatz bestimmter Techniken oder Materialien aufgrund des technischen Fortschritts oder besserer wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Bewertung der Kaufsache als mangelhaft führt, kann nicht schematisch für alle Fälle gleichermaßen beantwortet werden. Dazu sind die möglichen Sachverhaltskonstellationen - auch in ihren Auswirkungen - zu vielgestaltig. So kommt es etwa bei Altbauten mit Feuchtigkeitsschäden auf die Umstände des Einzelfalles an (Senat, Urt. v. 07.11.2008, V ZR 138/07, Rdn. 13, juris, m.w.N.; vgl. auch Senat, Urt. v. 16.06.1989, V ZR 74/88, Rdn. 17, juris), weil die Ver-

wendbarkeit der Sache je nach Art und Ausmaß der Feuchtigkeiterscheinungen unterschiedlich in Mitleidenschaft gezogen wird und der Rechtsverkehr bei älteren Häusern von vornherein nicht die heute gültigen Trockenheitsstandards erwartet. Demgegenüber ist das Vorliegen eines offenbarungspflichtigen Mangels bei der Kontaminierung eines Grundstücks mit sog. Altlasten, deren Gefährdungspotential ursprünglich als nicht gegeben oder nur als geringfügig eingestuft, nunmehr aber als gravierend erkannt worden ist, zumindest in der Regel anzunehmen (vgl. Senat, Urt. v. 20.10.2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64; Krüger in Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdn. 213; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.03.1992, III ZR 16/90, NJW 1992, 1953, 1954 f.). Insoweit besteht zwar eine Gemeinsamkeit mit dem Einsatz von Baumaterialien, die ein gravierendes gesundheitsschädigendes Potential aufweisen. Das gilt umso mehr, wenn diese Materialien Stoffe enthalten, die selbst in geringen Dosen karzinogen wirken. Andererseits gilt es dem Umstand Rechnung zu tragen, dass selbst Baustoffe mit bedenklichen Inhaltsstoffen je nach der Art ihrer Verwendung und Nutzung keine konkrete Gefährlichkeit aufweisen und sie ihre Funktion unproblematisch erfüllen können, solange es nicht zu einem Substanzeingriff kommt - man denke etwa an eine von Mauern umschlossene und von außen nicht zugängliche Dämmschicht, die, solange die Ummantelung aufrechterhalten wird, keine gefährlichen Stoffe diffundiert.

[9] Vor diesem Hintergrund verbietet es sich nach Auffassung des Senats, allein auf das abstrakte Gefährdungspotential abzustellen (so aber der Sache nach LG Hannover MDR 1998, 1474 f.). Andererseits greift es zu kurz, einen aufklärungspflichtigen Sachmangel erst bei Bestehen eines akuten Sanierungsbedarfs anzunehmen (so aber OLG Celle OLG R 1996, 51; 2007, 461, 462; vgl. auch LG Magdeburg, Urt. v. 15.01.2002, 9 O 2665/01, Rdn. 16, juris). Vielmehr ist von einem solchen Mangel erst, aber auch schon dann auszugehen, wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass Stoffe mit einem erheblichen gesundheitsgefährdenden Potential im Rahmen der üblichen Nutzung des Kaufobjekts austreten. Dabei liegt eine erhebliche Einschränkung der Nutzbarkeit eines Wohngebäudes auch dann vor, wenn übliche Umgestaltungs-, Renovierungs- oder Umbaumaßnahmen nicht ohne gravierende Gesundheitsgefahren vorgenommen werden können. Das gilt jedenfalls für solche Arbeiten, die üblicherweise auch von Laien und nicht nur von mit dem Umgang gefährlicher Baustoffe vertrauten Betrieben des Fachhandwerks vorgenommen werden. In solchen Bereichen muss ein verständiger Verkäufer in Rechnung stellen, dass Heimwerker mit gesundheitsgefährdenden Stoffen in Berührung kommen, ohne die zur Abwehr von Gesundheitsgefahren notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, wenn sie nicht wissen, dass

die verbauten Materialien gefährliche Stoffe enthalten.

b. Aufklärungspflichtiger Sachmangel gem. § 434 I 2 BGB liegt vor

[10] Gemessen daran liegt auf der Grundlage des Vorbringens der Kl., wonach bei den von ihnen beabsichtigten Fassadenbohrungen zur Anbringung von Außenlampen und einer Überdachung krebserregender Asbeststaub austritt, ein aufklärungspflichtiger Sachmangel vor. Dass mit Bohrungen an der Außenfassade eines Wohngebäudes auch durch Laien stets gerechnet werden muss, liegt auf der Hand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schränkt dies die Nutzbarkeit des Gebäudes zu Wohnzwecken in erheblicher Weise ein. Denn die Nutzbarkeit eines Wohnhauses umfasst über das bloße Bewohnen hinaus auch die Möglichkeit, jedenfalls im üblichen Umfang Umgestaltungen, bauliche Veränderungen oder Renovierungen ohne gravierende Gesundheitsgefahren vorzunehmen. Die von dem Berufungsgericht als streitig festgestellte Behauptung der Kl. ist danach erheblich.

2. Cic bleibt neben dem Gewährleistungsrecht bei Arglist anwendbar

[11] Durchgreifenden Bedenken begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, Ansprüche der Kläger wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 280 i.V.m. § 311 II Nr. 1 BGB) seien durch die Vorschriften der §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen.

a. Entscheidungserheblichkeit der Anwendbarkeit

[12] Die Frage nach der Anwendbarkeit der genannten Anspruchsgrundlage ist entscheidungserheblich, weil das Landgericht das Vorbringen der Kl. zu einer arglistigen Täuschung durch aktives Tun zu Unrecht als nach §§ 296 II, 282 I ZPO präkludiert angesehen hat und schon deshalb eine Bindung der Rechtsmittelgerichte nach § 531 I ZPO ausscheidet. Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung unterliegt nicht der Zurückweisung nach den Vorschriften der §§ 296 II, 282 I ZPO (BGH, Urt. v. 01.04.1992, VIII ZR 86/91, NJW 1992, 1965; Urt. v. 04.05.2005, XII ZR 23/03, NJW-RR 2005, 1007). Ob das Landgericht die Zurückweisung rechtsfehlerfrei auf § 296 I ZPO hätte stützen können, bedarf keiner Entscheidung, weil das Rechtsmittelgericht die fehlerhafte Präklusionsentscheidung nicht auf eine andere rechtliche Grundlage stellen darf (BGH, Urt. v. 13.12.1989, VIII ZR 204/82, NJW 1990, 1302, 1304; Urt. v. 01.04.1992, VIII ZR 86/91, NJW 1992, 1965; Urt. v. 04.05.2005, XII ZR 23/03, NJW-RR 2005, 1007, 1008).

b. Umfang des Rückgriffs auf die cic bei Vorliegen des Gewährleistungsrechts ist streitig

[13] Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen auf die Grundsätze des Verschuldens bei Vertragsschluss

(§ 280 i.V.m. § 311 II Nr. 1 BGB) im Sachbereich der §§ 434 ff. BGB zurückgegriffen werden darf, ist umstritten und bislang nicht höchstrichterlich geklärt (vgl. auch BGH, Urt. v. 17.01.2008, III ZR 224/06, NJW-RR 2008, 564, 565).

aa. Ansprüche stehen stets nebeneinander

[14] Teilweise wird vertreten, Ansprüche aus kaufrechtlicher Gewährleistung und solche aus Verschulden bei Vertragsschluss bestünden stets nebeneinander. Es handle sich um unterschiedliche Haftungssysteme, die verschiedene Zwecke verfolgten und unterschiedliche Voraussetzungen hätten (Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 437 Rdn. 190; MünchKomm-BGB/Emmerich, 5. Aufl., § 311 Rdn. 143; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 7 Rdn. 35; Derleder, NJW 2004, 969, 974 f.; Emmerich, FS Honsell, 209, 219 ff.; Häublein, NJW 2003, 388, 391 ff.; Reischl, JuS 2003, 1076, 1079; vgl. Barnert, WM 2003, 416, 424 f.; Kindl, WM 2003, 409; Köndgen in Schulze/Schulte-Nölke [Hrsg.], Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 231, 238 f.).

bb. Keine Anwendbarkeit der cic neben dem Gewährleistungsrecht

[15] Eine zweite Auffassung lehnt einen Rückgriff auf die Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss nach Gefahrübergang stets ab, sofern es um Verhaltenspflichten des Verkäufers im Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Kaufsache geht. Der Käufer sei durch das Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB hinreichend geschützt. Das gelte auch bei vorsätzlichem Verhalten des Verkäufers (AnwK-BGB/Krebs, § 311 Rdn. 76; Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet, BGB, 2. Aufl., § 311 Rdn. 79; Erman/Kindl, BGB, 12. Aufl., § 311 Rdn. 45 f.; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 311 Rdn. 38; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 311 Rdn. 14 f.; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 437 Rdn. 51a f.; Roth, JZ 2006, 1026; Schaub, AcP 202 [2002], 757, 782 f.; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462, 463; vgl. PWW/Medicus, BGB, 3. Aufl., § 311 Rdn. 58 ff.; so wohl auch Hk-BGB/Schulze, 5. Aufl., § 311 Rdn. 14; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004], § 437 Rdn. 67 ff.).

cc. Grundsatz des Vorrangs des Gewährleistungsrechts unter Anerkennung von Ausnahmen

[16] Die wohl herrschende Meinung erkennt zwar grundsätzlich einen Vorrang des Gewährleistungsrechts nach Gefahrübergang an, lässt hiervon aber Ausnahmen zu.

(1) Vorsätzliches Verhalten des Verkäufers rechtfertigt eine Ausnahme

[17] Ein Teil der Lehre meint, bei vorsätzlichem Ver-

halten hafte der Verkäufer auch aus Verschulden bei Vertragsschluss, weil der Verkäufer in diesem Fall nicht schutzwürdig sei und kein berechtigtes Interesse an der Möglichkeit der Nacherfüllung habe (Ermann/Grunewald, aaO, vor § 437 Rdn. 15 ff.; Jauernig/Berger, aaO, § 437 Rdn. 34; MünchKomm-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 437 Rdn. 58; PWW/D. Schmidt, aaO, § 437 Rdn. 75; Huber in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 14. Kap. Rdn. 29; Krüger in Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdn. 669; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., § 2 Rdn. 298; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdn. 861; Berger, JZ 2004, 276, 282 Fn. 77; Huber, AcP 202 [2002], 179, 228 Fn. 165; Kulke, ZGS 2007, 89, 92; Lorenz, NJW 2006, 1925, 1926; ders., NJW 2007, 1, 4; Müller, FS Hadding, 199, 205 ff.; Rösler, AcP 207 [2007], 564, 603; Schröcker, ZGR 2005, 63, 89 f.; vgl. auch OLG Hamm ZGS 2005, 315, 317).

(2) Ausnahme auch dann, wenn Verkäufer den Käufer irreführt

[18] Teilweise wird eine weitere Ausnahme für den Fall befürwortet, dass der Umstand, auf den sich das Verschulden des Verkäufers bei dem Vertragsschluss bezieht, zwar zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung hätte gemacht werden können, dies aber nicht geschehen ist. Einem Käufer, der von dem Verkäufer irreführt worden sei und der deshalb keinen Anlass gehabt habe, eine Beschaffenheitsvereinbarung zu treffen, könne der Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss nicht abgeschnitten werden (OLG Hamm ZGS 2005, 315, 317; MünchKomm-BGB/Westermann, aaO, § 437 Rdn. 59; Musielak, Grundkurs BGB, 10. Aufl., Rdn. 620; Canaris in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum, 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 5, 89 f.; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 126; Mertens, AcP 203 [2003], 818, 839 f.; Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 572; Weiler, ZGS 2002, 249, 255; vgl. AnwK/Büdenbender, BGB, § 437 Rdn. 116; Rösler, AcP 207 [2007], 564, 603).

dd. Rechtsauffassung des Senats

[19] Der Senat entscheidet die Rechtsfrage dahin, dass nach Gefahrübergang zwar von einem grundsätzlichen Vorrang der §§ 434 ff. BGB auszugehen ist, eine Ausnahme jedoch zumindest bei vorsätzlichem Verhalten geboten ist.

(1) Wortlaut des Gesetzes

[20] Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung der Konkurrenzfrage. Der Gesetzgeber hat die Problematik zwar gesehen, sie aber offenbar Rechtsprechung und Lehre zur Klärung überlassen (vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 161 f.). Im Übrigen lässt sich den Materialien lediglich entnehmen, dass die Heranziehung der

Grundsätze über das Verschulden bei Vertragsschluss zumindest beim Unternehmenskauf zugunsten der kaufrechtlichen Regelungen zurückgedrängt werden sollte (aaO S. 242). Das spricht eher für als gegen eine abschließende Sonderregelung durch die §§ 434 ff. BGB.

(2) Systematische und teleologische Auslegung

[21] Systematische und teleologische Erwägungen erhärten die Annahme einer Sperrwirkung.

a. Übertragung der Lösung nach dem alten Schuldrecht auf das neue Schuldrecht

[22] Nach ständiger Rechtsprechung war das bis zum 31.12.2001 geltende Schuldrecht von einem grundsätzlichen Vorrang der Bestimmungen der §§ 459 ff. BGB a.F. geprägt, der nur bei Vorsatz entfiel (vgl. BGHZ 136, 102, 109; Senat, BGHZ 60, 319, 320 ff.; 114, 263, 266; Urt. v. 10.07.1987, V ZR 236/85, NJW-RR 1988, 10, 11; Urt. v. 03.07.1992, V ZR 97/91, NJW 1992, 2564, 2566; Urt. v. 05.10.2001, V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 210). Zwar ist das für diese Lösung seinerzeit ins Feld geführte Argument - die Beschränkung des § 463 BGB a.F. auf Vorsatz dürfe über die Anwendung der Grundsätze des Verschuldens bei Vertragsschluss nicht unterlaufen werden -, nunmehr obsolet geworden; das geltende Recht billigt gewährleistungsrechtliche Schadensersatzansprüche nunmehr schon bei Fahrlässigkeit zu (§§ 437 Nr. 3, 280 I 2, 276 I 1 BGB). Auch erscheint es zumindest zweifelhaft, ob die von der regelmäßigen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB abweichenden Verjährungsfristen (§ 438 BGB) die Annahme einer Sperrwirkung stützen können, weil es für den hier in Rede stehenden Sachbereich nahe liegen dürfte, § 438 BGB auf Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss entsprechend anzuwenden (vgl. auch Canaris, aaO S. 88; Krüger in Krüger/Hertel, aaO, Rdn. 666). Indessen bestehen auch hiervon abgesehen kaufrechtliche Besonderheiten, die die Annahme einer Sperrwirkung gebieten. So steht dem Verkäufer grundsätzlich das Recht zur Nacherfüllung zu (§ 439 BGB), und Ansprüche wegen eines Mangels sind grundsätzlich schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers ausgeschlossen (§ 442 I 2 BGB). Diese Sonderregelungen würden unterlaufen, wenn die Regeln über das Verschulden bei Vertragsschluss daneben stets anwendbar wären. Der Gesetzgeber hätte in sinnwidriger Weise etwas weithin Überflüssiges normiert. Davon kann nicht ausgegangen werden.

b. Ausschluss trotz unterschiedlicher Anknüpfungspunkte

[23] Der Annahme einer Sperrwirkung steht nicht entgegen, dass Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss und solche aus § 437 BGB an unterschiedliche

Haftungsgrundlagen anknüpfen. Denn bei der gebotenen teleologischen Betrachtungsweise ist nicht die formale Anknüpfung - Verletzung vorvertraglicher (gesetzlicher) Verpflichtungen bei § 311 II Nr. 1 BGB, Mangelhaftigkeit der Sache bei § 437 BGB - von entscheidender Bedeutung, sondern der Umstand, dass der Gesetzgeber die Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Kaufsache dem späteren Vertrag zuordnet (vgl. Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 571). Es unterliegt nämlich keinem Zweifel, dass Schadensersatzansprüche wegen Lieferung einer anfänglich mangelbehafteten Sache, die an einen vor Abschluss der Vertrages liegenden Umstand anknüpfen (§ 311a II BGB), nach § 438 BGB verjähren (vgl. nur Schmidt-Räntsch, aaO). Für behebbare Mängel, die sich auf ein anfängliches Leistungshindernis gründen, kann nichts anderes gelten. Auf die Beschaffenheit der Sache bezogene Aufklärungspflichten sind daher in dem einen wie in dem anderen Fall grundsätzlich dem vertraglichen Regime unterworfen.

(3) Kein ausnahmsloser Vorrang der Gewährleistungsrechte

[24] Allerdings besteht der Vorrang der kaufrechtlichen Regelungen nicht ausnahmslos. Auch unter der Geltung des neuen Schuldrechts ist eine Ausnahme jedenfalls bei arglistigem (vorsätzlichem) Verhalten des Verkäufers gerechtfertigt. Kaufrechtliche Sonderregelungen, die umgangen werden könnten, greifen dann nämlich nicht ein. Die Verjährung richtet sich bei Arglist nach der regelmäßigen Verjährungsfrist (§ 438 III 1 BGB). Der Verkäufer kann sich auf einen Haftungsausschluss nicht berufen (§ 444 BGB). Er haftet auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers (§ 442 I 2 BGB) und verliert im Regelfall die Möglichkeit der Nacherfüllung (Senat, Beschl. v.

08.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835, 837; BGH, Urt. v. 09.01.2008, VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, 1373). Auch nach neuem Schuldrecht ist der arglistig handelnde Verkäufer nicht schutzbedürftig (vgl. auch Senat, BGHZ 167, 19, 24).

3. Aufhebung des Berufungsurteils und Rückverweisung an das Berufungsgericht

[25] Nach allem ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen noch getroffen werden müssen (§ 563 I 1 ZPO). Die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss hängt davon ab, ob die Kl. aktiv getäuscht worden sind, diejenige aus §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB zunächst von dem Vorliegen eines aufklärungspflichtigen Sachmangels, der auf der Grundlage des - jedenfalls in dem Berufungsurteil als streitig dargestellten - tatsächlichen Vorbringens der Kl. zu bejahen ist. Mit Blick auf die erforderlichen Feststellungen zur Arglist (allgemein zu den Anforderungen etwa Senat, Beschl. v. 08.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835, 836 m.w.N.) weist der Senat darauf hin, dass Fragen des Vertragspartners vollständig und richtig beantwortet werden müssen (vgl. nur BGHZ 74, 383, 392; BGH, Urt. v. 14.01.1993, IX ZR 206/91, NJW 1993, 1323, 1324). Allerdings wären Schadensersatzansprüche zu verneinen, wenn den Kl. die Verwendung von Asbest bekannt gewesen sein sollte. Grob fahrlässige Unkenntnis schadete dagegen nicht. Dies folgt für beide Anspruchsgrundlagen aus § 442 I BGB. Mit Blick auf die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss liegt jedenfalls bei arglistigen Täuschungen, die sich auf die Beschaffenheit der Sache beziehen, eine planwidrige Gesetzeslücke vor, die durch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift zu schließen ist.

Standort: Kaufrecht

Problem: Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung

BGH, URTEIL VOM 11.02.2009

VIII ZR 328/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten unter anderem um Schadensersatz statt der Leistung, weil der Bekl. zu 2 dem Kl. Fahrzeugpapiere nicht ausgehändigt hat und dadurch die Weiterveräußerung der KFZ scheiterte.

Der Kl. und der Bekl. zu 2 unterzeichneten einen als "Aufrechnungsvereinbarung" überschriebenen Vertrag, und ließen ihre Unterschriften notariell beglaubigen. Ferner schlossen sie einen notariell beurkundeten "GmbH-Geschäftsanteils-Kauf- und Übertragungsvertrag". In der Aufrechnungsvereinbarung, nicht aber in dem GmbH-Geschäftsanteils-Kauf- und Übertragungsver-

trag ist u.a. bestimmt: "Die Kraftfahrzeuge Mercedes S 600 Coupé, ML 55 AMG und Motorräder gehen in das Eigentum von Herrn P. [= Kl.] über. Für diese Fahrzeuge wird Herrn P. kein Entgelt berechnet. Den Zeitpunkt der Übernahme der Verfügungsmacht über die vorbenannten Fahrzeuge wird von Herrn V. P. selbst bestimmt." Zu diesem Zeitpunkt war der Kl. Besitzer der KFZ, nicht aber der KFZ-Briefe.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.12.2002 forderte der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung vergeblich zur Übereignung und Herausgabe der Kraftfahrzeugbriefe für die Fahrzeuge auf, da er die Möglichkeit hatte die KFZ zu veräußern. Danach beehrte der Kl. erneut die Herausgabe der Papiere und machte diesen Anspruch erfolgreich klageweise geltend. Diese konnte jedoch

nicht bewirkt werden.

Das Landgericht hat der Schadensersatzklage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Berufungsgericht unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage wegen des Schadensersatzanspruchs für den Mercedes ML 55 AMG abgewiesen und den Kl. auf die Widerklage zur Zahlung von 18.299,76 € nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Mit der Anschlussrevision erstreben die Bekl. Klagabweisung; die Bekl. zu 1 verfolgt ihren Widerklageantrag weiter.

Prüfungsrelevanz:

Die hier vorliegende Entscheidung befasst sich im Kern mit den Voraussetzungen und dem Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB. Der erkennende Senat konkretisiert und bestätigt seine bisherige Rechtsauffassung.

Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung beim Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB war im vorliegenden Fall der Umstand, dass die Bekl. die Fahrzeugbriefe an den Kl. nicht herausgegeben hatten. Der Kl. hatte die Bekl. mit anwaltlichem Schreiben auch eine angemessene Frist zur Leistungserbringung gesetzt, welche ergebnislos verstrich. Der erkennende Senat betont in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung, dass es unschädlich ist, wenn der Kl. nach Ablauf der Frist zunächst erneut Erfüllung anstatt Schadensersatz verlangt. Durch diesen Umstand werden die Folgen der erfolglosen Fristsetzung gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner nicht aufgehoben, so dass eine erneute Fristsetzung nach Ausübung des Nacherfüllungsverlangens nicht erforderlich ist (Vgl. BGH, NJW 2006, 1198). Zu beachten ist jedoch, dass der Anspruch auf Erfüllung durch die Geltendmachung des sekundären Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I BGB ausgeschlossen wird (§ 281 IV BGB).

Der erkennende Senat vertritt hinsichtlich des Umfangs des Schadensersatzes die Auffassung, es seien alle Schäden zu ersetzen, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht eingetreten wären. Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu ermitteln, also unter Darlegung im Einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich entwickelt hat (BGH, NJW 1999, 3625; MünchKomm-Emmerich, Vor § 281 Rn. 7).

Hier macht der Kl. den Schaden in Höhe des Werts

der Fahrzeuge geltend, weil der Kl. an ihnen kein Interesse mehr hat. Ohne das pflichtwidrige Verhalten der Bekl. hätte der Kl. das Fahrzeug bereits Ende 2002/Anfang 2003 an die R. veräußert und dabei einen Kaufpreis in Höhe von 60.000 € erzielt. Dies ist nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats ein erstattungsfähiger Schaden. Denn hätten die Bekl. dem Kl. die Fahrzeugpapiere rechtzeitig ausgehändigt, dann hätte der Kl. die Fahrzeuge weiterveräußern können und der Schadensposten wäre nicht angefallen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Fristsetzungserfordernis: *BGH*, RA 2007, 136 (Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 440 S. 2 BGB); *BGH*, BauR 2006, 1134 (Keine erneute Fristsetzung bei Erfüllungsverlangen nach Rücktrittserklärung) mit Anmerkungen Kellermann, JA 2006, 562; *OLG Naumburg*, RA 2004, 454 = NJW 2004, 2022 (keine Nachfrist bei fehlender Erfüllungsbereitschaft des Schuldners)

☐ Zum Schadensersatz bei unberechtigter Forderungsgeltendmachung: *BGH*, RA 2009, 269 (Unberechtigtes Erfüllungsverlangen und unberechtigte Rücktrittserklärung); *BGH*, RA 2008, 186 = NJW 2008, 1147 (Unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen)

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"

☐ *Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"

Leitsätze (der Redaktion)

1. Verlangt der Kl. nach Fristablauf zunächst Erfüllung und klagt er diesen Anspruch ggf. ein, steht dies dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen. Die Folgen der Fristsetzung gegenüber dem Schuldner werden dadurch nicht aufgehoben, d.h. einer erneuten Fristsetzung bedarf es nicht (BGH, NJW 2006, 1198). Nur der Anspruch auf Erfüllung wird durch die Geltendmachung des sekundären Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I BGB ausgeschlossen (§ 281 IV BGB).

2. Der Gläubiger kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Der Schaden ist konkret zu ermitteln, also unter Darlegung im Einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich

entwickelt hat (BGH, NJW 1998, 2901).

Sachverhalt (verkürzt):

[1] Der Kl. war bis zum 01.07.2002 Gesellschafter und Geschäftsführer der damals als M. Vertriebsgesellschaft mbH firmierenden Bekl. zu 1, die einen Textilhandel betreibt. Am 12.07.2002 verkaufte und übertrug er dem Bekl. zu 2 seine Anteile an der Bekl. zu 1, zu deren Geschäftsführer dieser inzwischen bestellt worden war. Der Kl. und der Bekl. zu 2 unterzeichneten einen als "Aufrechnungsvereinbarung" überschriebenen Vertrag, und ließen ihre Unterschriften notariell beglaubigen. Ferner schlossen sie einen notariell beurkundeten "GmbH-Geschäftsanteils-Kauf- und Übertragungsvertrag". In der Aufrechnungsvereinbarung, nicht aber in dem GmbH-Geschäftsanteils-Kauf- und Übertragungsvertrag ist - neben weiteren Vereinbarungen - bestimmt:

"Die Kraftfahrzeuge Mercedes S 600 Coupé, ML 55 AMG und Motorräder gehen in das Eigentum von Herrn P. [= Kl.] über. Für diese Fahrzeuge wird Herrn P. kein Entgelt berechnet. Den Zeitpunkt der Übernahme der Verfügungsmach[t] über die vorbenannten Fahrzeuge wird von Herrn V. P. selbst bestimmt."

[2] Der Kl. war zu diesem Zeitpunkt im Besitz der Kraftfahrzeuge Mercedes S 600 Coupé, Mercedes ML 55 AMG und des Motorrads Harley Davidson V-Rod. Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.12.2002 forderte der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung vergeblich zur Übereignung und Herausgabe der Kraftfahrzeugbriefe für die Fahrzeuge auf. Dabei wies er darauf hin, dass er die Möglichkeit habe, die Fahrzeuge zum Jahresende zu einem Gesamtpreis von 190.000 € netto an einen Interessenten zu veräußern, und dass dieses Geschäft ohne Herausgabe der Fahrzeugbriefe nicht zustande kommen würde. In der Folgezeit gelangten das Motorrad Harley Davidson und das Kraftfahrzeug Mercedes S 600 Coupé wieder in den Besitz der Bekl.. Durch Anerkenntnisteil- und Schlussurteil des Landgerichts Berlin vom 10.09.2003 wurden die Bekl. zur Übereignung aller drei Fahrzeuge, zur Herausgabe der drei Kraftfahrzeugbriefe sowie zur Herausgabe der beiden im Besitz der Bekl. befindlichen Fahrzeuge verurteilt. [...]

[3] Gegen dieses Urteil legten die Bekl. Berufung ein, die sie in der Folge wieder zurücknahmen. Zur Herausgabe des Mercedes S 600 Coupé und des Motorrads Harley-Davidson sind die Bekl. außerstande, weil sie diese Fahrzeuge anderweitig veräußert haben. Anfang des Jahres 2004 kam das bis dahin im Besitz des Kl. befindliche Fahrzeug Mercedes ML 55 AMG abhanden.

[4] Der Kl. hat die Bekl. auf Schadensersatz in Höhe von 190.000 € nebst Zinsen in Anspruch genommen und dazu unter Beweisantritt vorgetragen, er hätte den Mercedes S 600 Coupé, den Mercedes ML 55 AMG

sowie das Motorrad Harley-Davidson bis zum 31.01.2003 zum Preis von jeweils 105.000 €, 60.000 € sowie 25.000 € an die R. T. mit Sitz in K. veräußern können. Der Kaufvertrag sei nur deshalb nicht zustande gekommen, weil sich die Kraftfahrzeugbriefe nicht in seinem Besitz befunden hätten. Die Bekl. haben hilfsweise mit einem von ihnen geltend gemachten Schadenersatzanspruch wegen der ihnen im Vorprozess entstandenen Anwalts- und Gerichtskosten in Höhe von 34.379,75 € aufgerechnet und dazu vorgetragen, der Kl. habe im Vorprozess einen nicht vollstreckbaren Titel erlangt.

[5] Die Bekl. zu 1 hat im Wege der Widerklage Zahlung in Höhe von 97.633,34 € verlangt. [...]

[6] Das Landgericht hat die Bekl. unter Abweisung der weitergehenden Klage und der Widerklage zur Zahlung von 145.000 € nebst Zinsen verurteilt, wobei es den Wert des Mercedes S 600 Coupé auf 60.000 €, den Wert des Mercedes ML 55 AMG nebst Einbauten auf 65.000 € sowie den Wert des Motorrads Harley-Davidson auf 20.000 € geschätzt hat. Auf die Berufung der Bekl. hat das Berufungsgericht unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage wegen des Schadenersatzanspruchs für den Mercedes ML 55 AMG abgewiesen und den Kl. auf die Widerklage zur Zahlung von 18.299,76 € nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision des Kl. hat Erfolg. Die Anschlussrevision der Bekl. ist unbegründet.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[8] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[9] Dem Kl. stehe gegen die Bekl. wegen des anderweitigen Verkaufs des Kraftfahrzeugs Mercedes S 600 Coupé und des Motorrads Harley-Davidson V-Rod der vom Landgericht zuerkannte Schadenersatzanspruch in Höhe von 80.000 € zu (§§ 281, 280 BGB), weil die Bekl. ihm gegenüber ihren Leistungspflichten zur Übereignung dieser Fahrzeuge nicht nachgekommen seien. Der Kl. sei aufgrund der Aufrechnungsvereinbarung vom 12.07.2002 berechtigt gewesen, die Übertragung des Eigentums an den drei von ihm damals als Geschäftsfahrzeugen genutzten Kraftfahrzeugen zu beanspruchen, wobei dahinstehen könne, dass ihm das Eigentum an diesen Fahrzeugen bereits nach §§ 929, 930 BGB durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts übertragen worden sei. Abgesehen davon ergebe sich die Leistungspflicht der Bekl. auch aus dem nach Berufungsrücknahme rechtskräftigen Urteil des Landgerichts Berlin vom 10.09.2003 (22 O 225/03). Gegen

dessen Vollstreckbarkeit und materielle Rechtskraft bestünden keine Bedenken, weil die zu Eigentum zu übertragenden Fahrzeuge jedenfalls im maßgeblichen Zeitpunkt der Verkündung des Urteils anhand ihrer Typenbezeichnung und ihrer polizeilichen Kennzeichen für jedermann zweifelsfrei identifizierbar gewesen seien. Zudem ergebe sich aus den Gründen dieser Entscheidung, die für die Konkretisierung des Tenors ergänzend heranzuziehen seien, dass es sich bei den drei Fahrzeugen um die vormaligen Geschäftsfahrzeuge des Kl. handele, so dass auch aus der Sicht der Bekl. an ihrer Leistungspflicht kein Zweifel bestehen können. Dass die Bekl. zur Übertragung des Eigentums an dem Mercedes S 600 Coupé und des Motorrads Harley-Davidson V-Rod nicht mehr in der Lage seien, zögen sie selbst nicht in Zweifel.

[10] Ein Schadensersatzanspruch wegen des Mercedes ML 55 AMG, dessen Wert das Landgericht mit 65.000 € bemessen habe, stehe dem Kl. aber nicht zu. Das Eigentum an diesem Fahrzeug sei auf den Kl. übergegangen, entweder bereits durch die Aufrechnungsvereinbarung vom 12.07.2002 gemäß § 929 S. 2 BGB oder durch die Rechtskraft des Urteils im Vorprozess, das die Bekl. zur Abgabe der zur Eigentumsübertragung notwendigen Willenserklärungen verpflichtet habe. Die Bekl. seien lediglich verpflichtet gewesen, den Kraftfahrzeugbrief herauszugeben. Der Verlust des Fahrzeugs aus dem Gewahrsam des Kl. Anfang des Jahres 2004 beruhe aber nicht kausal auf der Verletzung dieser Leistungspflicht.

[11] Dass der Kl. an einem Verkauf des Fahrzeugs mangels Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefs gehindert gewesen sei, führe zu keiner anderen Beurteilung. Denn der Kl. hätte die Herausgabe des Briefes vollstrecken und bei vergeblicher Vollstreckung den Brief aufbieten und bei der Zulassungsbehörde einen Ersatzbrief beantragen können. Für den Verlust des Fahrzeugs hätten die Bekl. allein wegen der unterlassenen Herausgabe des Fahrzeugbriefs jedenfalls nicht einzustehen. [...]

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[14] Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.

[15] Die Revision des Kl. hat Erfolg.

1. Schadensersatz wegen des KFZ Mercedes ML 55 AMG gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB

[16] Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch des Kl. wegen der pflichtwidrig unterlassenen Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefs des Fahrzeugs Mercedes ML 55 AMG nicht verneint werden. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt steht dem Kl. ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I und III, § 281 BGB zu, weil er infolge der Pflichtverletzung der

Bekl. das Fahrzeug nicht bereits Ende 2002/Anfang 2003 an die R. verkaufen konnte und dadurch einen Schaden in Höhe des Kaufpreises von 60.000 € erlitten hat.

a. Pflichtverletzung mangels Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefes

[17] Zutreffend geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass die Bekl. die ihnen obliegende Pflicht zur Herausgabe des Fahrzeugbriefs an den Kl. verletzt haben (§ 280 I BGB). Dabei kann offen bleiben, ob – wie das Berufungsgericht meint – dem Kl. das Eigentum an dem Fahrzeug bereits durch die Aufrechnungsvereinbarung vom 12.07.2002 übertragen oder ob dadurch lediglich ein Anspruch auf Übereignung des Fahrzeugs begründet worden ist. Jedenfalls erwarb er zugleich einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugbriefs für das streitgegenständliche Fahrzeug (§ 952 II BGB in zumindest entsprechender Anwendung; vgl. auch BGH, Urteil vom 19.06.2007 – X ZR 5/07, NJW 2007, 2844, Tz. 7; BGH, Urteil vom 25. 06.1953 – IV ZR 20/53, NJW 1953, 1347).

[18] Entgegen der Ansicht der Bekl. ist die Aufrechnungsvereinbarung auch wirksam. Ob sie wegen eines engen inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem zwischen dem Kl. und dem Bekl. zu 2 geschlossenen Kaufvertrag über die Geschäftsanteile ebenfalls notariell hätte beurkundet werden müssen (§ 15 IV 1 GmbHG; vgl. BGH, Urteil vom 23.02.1983 – IV a ZR 187/81, NJW 1983, 1843, unter II 1 a), kann dahinstehen. Ein etwaiger Formfehler wurde jedenfalls durch die – nach den vergebenen Nummern der Urkundenrolle unmittelbar danach erfolgte – notariell beurkundete Abtretung des Geschäftsanteils geheilt (§ 15 IV 2 GmbHG; vgl. Senatsbeschluss vom 29.01.1992 – VIII ZR 95/91, GmbHR 1993, 106). Der von den Bekl. gegen die Heilung gemäß § 15 IV 2 GmbHG einzig erhobene Einwand, es liege ein Verstoß gegen § 30 I GmbHG vor, greift nicht durch. Die Bekl. zeigen schon keinen übergangenen Vortrag dazu auf, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Bekl. zu 1 angegriffen worden sei.

b. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist

[19] Die den Bekl. zur Übereignung des Kraftfahrzeugs und zur Herausgabe des Fahrzeugbriefs im Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 17.12.2002 gesetzte Frist, gegen deren Angemessenheit die Bekl. keine Einwände erhoben haben, ist erfolglos abgelaufen, so dass der Kl. von den Bekl. wegen der unterlassenen Herausgabe Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann (§ 281 I 1 BGB). Dem Schadensersatzanspruch steht nicht entgegen, dass der Kl. nach Fristablauf zunächst weiterhin Erfüllung verlangt hat. Die (weitere) Geltendmachung des Erfül-

lungsanspruchs hebt auch dann, wenn sie im Wege der Klage erfolgt, die Folgen der erfolglosen Fristsetzung gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner nicht auf (BGH, Urteil vom 20.01.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198, Tz. 16 ff.). Nur der Anspruch auf Erfüllung wird durch die Geltendmachung des sekundären Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I BGB ausgeschlossen (§ 281 IV BGB). Umgekehrt lässt dagegen das Erfüllungsverlangen des Gläubigers dessen Befugnis unberührt, zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung überzugehen oder den Rücktritt zu erklären, selbst wenn es nach fruchtlosem Fristablauf nochmals geltend gemacht wird (ebenda, Tz. 19).

c. Rechtsfolge des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB

[20] Der Gläubiger, der einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat, kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es daher eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu ermitteln, also unter Darlegung im einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßigem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich entwickelt hat (Senatsurteil vom 27.05.1998 – VIII ZR 362/96, NJW 1998, 2901, unter II 2 a; BGH, Urteil vom 24.09.1999 – V ZR 71/99, NJW 1999, 3625, unter II 2, jeweils zu § 326 I BGB aF und m.w.N.; Münch-Komm-BGB/Emmerich, 5. Aufl., Vor § 281 Rdnr. 7; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 281 Rdnr. 34, 36; Staudinger/Otto, BGB (2004), § 281 Rdnr. B 152, B 155).

[21] Vorliegend macht der Kl. den ihm konkret durch das Scheitern eines angebotenen Weiterverkaufs entstandenen Schaden geltend und trägt dazu vor, dass er ohne das pflichtwidrige Verhalten der Bekl. das Fahrzeug bereits Ende 2002/Anfang 2003 an die R. veräußert und dabei einen Kaufpreis in Höhe von 60.000 € erzielt hätte.

[22] Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht einen auf diese Berechnung gestützten Schadensersatzanspruch mit der Erwägung, der Kl. habe aufgrund des erwirkten Titels die Herausgabe des Fahrzeugbriefs vollstrecken, bei vergeblicher Vollstreckung einen Ersatzbrief beantragen und auf diesem Weg den Verkauf des Fahrzeugs durchführen können. Das trifft schon deshalb nicht zu, weil das – vorläufig vollstreckbare – Urteil des Landgerichts Berlin in dem Rechtsstreit 22 O 225/03 (im Folgenden: Vorprozess) erst am 10.09.2003 erging, während das Kaufangebot der R.

nur bis zum 31.01.2003 bestand.

[23] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es auch nicht darauf an, ob zwischen der Nichterfüllung und dem Abhandenkommen des Fahrzeugs ein kausaler Zusammenhang besteht. Das spätere Abhandenkommen des Fahrzeugs hat auf die Höhe des durch das Scheitern des Weiterverkaufs eingetretenen Schadens, der in dem entgangenen Kaufpreis in Höhe von 60.000 € besteht, keinen Einfluss. Es führt lediglich dazu, dass der Kl., dessen Erfüllungsanspruch durch das Schadensersatzverlangen gemäß § 281 IV BGB erloschen ist, das bereits empfangene Fahrzeug nicht gemäß § 281 V, § 346 I BGB zurückgewähren kann. Ob er als Rückgewährschuldner in diesem Fall Wertersatz zu leisten hätte, bestimmt sich nach § 346 II Nr. 3 und III Nr. 3 BGB.

[24] Da das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus zutreffend – zu dem Vortrag des Kl. keine Feststellungen getroffen hat, ist er zugunsten der Revision als zutreffend zu unterstellen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der vom Kl. zu dem Angebot der Firma R. benannte Zeuge zu vernehmen.

2. Keine Pflicht zur Zahlung von Schadensersatz gem. § 43 II GmbHG

[25] Die Revision des Kl. hat auch insoweit Erfolg, als er sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz an die Bekl. zu 1 in Höhe von 18.299,76 € wendet.

a. Anspruch scheidet dann aus, wenn der Geschäftsführer alleiniger Gesellschafter ist

[26] Das Berufungsgericht hat eine Haftung des Kl. gemäß § 43 II GmbHG bejaht, weil sich aus dem von der Bekl. zu 1 als Anlage B 24 vorgelegten Schreiben der F. ergebe, dass der Kl. am 27.06.2002 die Übernahme des von der Bekl. zu 1 mit der F. geschlossenen Kaufvertrages durch die C. veranlasst habe. [...]

[27] Nach § 43 I GmbHG haben die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden (§ 43 II GmbHG). Die Gesellschaft hat aber keinen Anspruch aus § 43 I GmbHG, wenn der Geschäftsführer zugleich der alleinige Gesellschafter ist (BGHZ 31, 258, 278; BGHZ 119, 257, 261).

[28] [...] Da somit zugunsten der Revision zu unterstellen ist, dass der Kl. vor der Anteilsübertragung Alleingesellschafter war, kann das Berufungsurteil schon deshalb keinen Bestand haben. [...]

b. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG

[29] Zutreffend macht die Revision ferner geltend, dass das Berufungsgericht den im Termin zur mündli-

chen Verhandlung erfolgten Vortrag des Kl. zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen und damit den Anspruch des Kl. auf rechtliches Gehör verletzt hat (Art. 103 I GG). [...] Diesen – erheblichen – Vortrag durfte das Berufungsgericht nicht als verspätet zurückweisen, denn ein Hinweis nach § 139 ZPO macht (selbstverständlich) nur dann Sinn, wenn der Partei zugleich Gelegenheit gegeben wird, auf den Hinweis zu reagieren, und ein daraufhin gehaltener Sachvortrag auch berücksichtigt wird (Senatsurteil vom 27.11.1996 – VIII ZR 311/95, NJW-RR 1997, 441, unter II 2 b;

BGH, Beschluss vom 28.09.2006 – VII ZR 103/05, NJW-RR 2007, 17, Tz. 4). [...]

III. Aufhebung des Berufungsurteils und Rückverweisung an das Berufungsgericht

[42] Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler unterliegt das Berufungsgericht der Aufhebung soweit zum Nachteil des Kl. erkannt wurde; mangels Entscheidungsreife ist die Sache im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562, 563 I ZPO).

Standort: § 767 ZPO

Problem: Verhältnis zur negativen Feststellungsklage

BGH, URTEIL VOM 05.03.2009

IX ZR 141/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt die Feststellung, dass eine rechtskräftig titulierte Forderung durch Aufrechnung erloschen sei und die Herausgabe des Vollstreckungstitels.

Der Kl. wurde rechtskräftig verurteilt, an die Bekl. Schadensersatz i.H.v. ca. 9500 € zu zahlen. Mit Schreiben vom 15.11.2004, rechnete der Kl. gegenüber der titulierten Forderung mit Gegenforderungen in Höhe von ca. 15.000 € auf. In der Folgezeit erhob der Kl. Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil. Die Klage hatte allein wegen des in einem Kostenfestsetzungsbeschluss titulierten Betrages von 1.916,51 € Erfolg. Im Übrigen wurde sie wegen Präklusion der Aufrechnungen abgewiesen. Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. beantragt festzustellen, dass die im Urteil vom 18.05.2004 und in einem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 04.11.2004 titulierten Ansprüche der Bekl. durch die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung erloschen seien, und die Bekl. zu verurteilen, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Urteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses an ihn herauszugeben.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der erkennende Senat mit dem Verhältnis der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 I ZPO zur negativen Feststellungsklage gem. § 256 I ZPO.

Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts beurteilte der Senat die Feststellungsklage bereits als unzulässig. Es mangelte am Vorliegen des Feststellungsinteresses in Bezug auf das Nichtbestehen der titulierten Forderung.

Zwar schließen sich grundsätzlich Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage nicht gegenseitig aus (RGZ 59, 301, 305). Obschon mit beiden Klagen materielle Einwendungen gegen den durch

Urteil festgestellten Anspruch geltend gemacht werden, haben die Klagen unterschiedliche Rechtsschutzziele. Die Vollstreckungsgegenklage ist eine rein prozessrechtliche Klage, deren Ziel die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels ist (ständige Rechtsprechung, z.B. BGH, WM 2008, 1806; OLG München WM 2008, 580). Über den weiteren Bestand des titulierten Anspruchs wird auf eine Vollstreckungsgegenklage hin nicht entschieden (BGH, MDR 1985, 138 f). Also kann der Bestand der Forderung Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

Diese Grundsätze können jedoch im Fall des gem. § 767 II ZPO präkludierten Aufrechnungseinwands gem. § 389 BGB keine Anwendung finden. Bei der Aufrechnung ist der Grund zur Einwendung nicht erst entstanden, wenn die Aufrechnung erklärt worden ist, sondern schon dann, sobald sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüber standen (BGH, NJW 1994, 2769). Entscheidend ist allein die objektive Möglichkeit der Geltendmachung des Einwands (Zöller-Herget, ZPO, § 767 Rn 154). Auf die Aufrechnung kann sich der Kl. also nur dann stützen, wenn er die Gegenforderung erst nachträglich erworben hat oder wenn die Forderung erst nachträglich fällig wurde (Zöller-Herget, ZPO, § 767 Rn 12). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (z.B. BGHZ 24, 97, 99; 34, 274, 280; 125, 351, 354) hat die Präklusion der Aufrechnung nicht nur verfahrensrechtliche Wirkung. Vielmehr treten auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Aufrechnung (§ 389 BGB) nicht ein. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Titelschuldners (hier Forderungen des Kl.) werden so behandelt, als sei die Aufrechnung nie erklärt worden und können daher vom Titelschuldner selbständig gegen den Titelgläubiger geltend gemacht und durchgesetzt werden. Daraus folgt jedoch entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nicht, dass in den Fällen in denen das Bestehen der Forderung im Wege einer Feststellungsklage geltend gemacht werden kann, auch eine auf das Nichtbestehen der Gegenforderung gerichtete negative Feststellungsklage mög-

lich sein muss. Steht die materiell-rechtliche Wirkung der Abweisung einer auf eine Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage fest, bedeutet das zugleich, dass eine auf die nämliche Aufrechnung gestützte negative Feststellungsklage erfolglos bleiben muss. Die negative Feststellungsklage würde anderenfalls die Wertungen des § 767 ZPO unterlaufen.

Vertiefungshinweise:

□ 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; *Wetzels*, JuS 1990, 469

□ Zur analogen Anwendung des § 767 I ZPO: *BGH*, RA 2007, 603 (Versäumnisurteil wurde durch späteren Vergleich gegenstandslos)

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"
- *Assessorkurs*: "Die Maklerprovision"
- *Assessorkurs*: "Die kranke Tochter"

Leitsatz:

Ist eine Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion des Aufrechnungseinwandes abgewiesen worden, ist eine Klage auf Feststellung, dass die titulierte Forderung durch dieselbe Aufrechnung erloschen sei, unzulässig.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. war der Steuerberater der Bekl.. Mit Urteil vom 18.05.2004 wurde er (mittlerweile rechtskräftig) verurteilt, an die Bekl. Schadensersatz in Höhe von 9.514,78 € zu zahlen. Mit Schreiben vom 15.11.2004, den Bekl. zugestellt am 18.11.2004, rechnete der Kl. gegenüber der titulierten Forderung mit folgenden Gegenforderungen auf: 11.127,45 € gemäß Urteil des Amtsgerichts Düren vom 30.04.2003 und Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22.07.2004; 3.133,88 € gemäß Urteil des Amtsgerichts Düren vom 25.04.2001; 836,33 € gemäß Urteil des Landgerichts Aachen vom 15.03.2001. In der Folgezeit erhob der Kl. Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil. Die Klage hatte wegen des im Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22.07.2004 titulierten Betrages von 1.916,51 € Erfolg. Im Übrigen wurde sie wegen Präklusion der Aufrechnungen abgewiesen.

[2] Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. beantragt festzustellen, dass die im Urteil vom 18.05.2004 und in einem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 04.11.2004 titulierten Ansprüche der Bekl. durch die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung erloschen seien, und die Bekl. zu verurteilen, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Urteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses an ihn herauszugeben. Das Landgericht hat die gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss gerichtete Klage abgewiesen, weil sich die Aufrechnungserklärung nur auf das Urteil beziehe; hinsichtlich des Urteils vom 18.05.2004 hat es die begehrte Feststellung wegen des Betrages von 1.916,51 € getroffen und die weiter gehende Klage abgewiesen. Auf die nur auf das Urteil vom 18.05.2004 bezogene Berufung des Kl. hat das Berufungsgericht die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehren die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision der Bekl. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung des Kl..

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die negative Feststellungsklage sei zulässig. Es sei allgemein anerkannt, dass der Titelschuldner das gegen ihn gerichtete Urteil nicht nur in Bezug auf seine Vollstreckbarkeit mit einer Vollstreckungsgegenklage, sondern auch in Bezug auf das Nichtbestehen des titulierten Anspruchs durch eine Feststellungsklage angreifen könne. Vollstreckungsgegenklage und Feststellungsklage seien auf verschiedene Ziele - die Vollstreckbarkeit einerseits, das Bestehen des Anspruchs andererseits - gerichtet und hätten daher verschiedene Streitgegenstände. Weder die Rechtskraft des Ausgangsurteils noch diejenige des Urteils über die Vollstreckungsgegenklage stünden daher einer erneuten Klage entgegen.

[5] Begründet sei die Klage, weil die titulierte Forderung durch die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung erloschen sei. Die materielle Rechtskraft des Ausgangsurteils vom 18.05.2004 hindere die Aufrechnung nicht. Auch § 767 II ZPO (in entsprechender Anwendung) stehe ihr nicht entgegen. Zwar unterlägen die Einwendungen, die mit der negativen Feststellungsklage gegen eine titulierte Forderung geltend gemacht werden könnten, grundsätzlich denselben Beschränkungen wie im Falle einer Vollstreckungsgegenklage. Im vorliegenden Fall hätten die Aufrechnungen bereits im Ausgangsprozess geltend gemacht werden können. Darauf komme es jedoch im Ergebnis nicht an. Eine nicht durch Aufrechnung im Vorprozess

erloschene Forderung könne selbstverständlich eingeklagt werden. Dann müsse es auch möglich sein, das Bestehen der Forderung im Wege der Feststellungsklage und das Nichtbestehen der Gegenforderung im Wege der negativen Feststellungsklage geltend zu machen. Insoweit sei auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung abzustellen; § 767 II ZPO greife folglich nicht. Der Anspruch auf Herausgabe des Titels folge aus einer analogen Anwendung des § 371 S. 1 BGB.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[6] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Feststellungsklage ist mangels Feststellungsinteresses gem. § 256 I ZPO unzulässig

[7] Die Feststellungsklage ist bereits unzulässig. Voraussetzung einer Feststellungsklage, auch einer negativen Feststellungsklage, ist ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, § 256 I ZPO. Daraus fehlt es hier, weil die Klage auf dieselbe Aufrechnungserklärung vom 15./18.11.2004 gestützt wird, die bereits Gegenstand einer - soweit hier von Interesse - erfolglosen Vollstreckungsgegenklage war.

a. Verhältnis von Vollstreckungsgegenklage und negativer Feststellungsklage

[8] Grundsätzlich schließen sich Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage nicht gegenseitig aus (RGZ 59, 301, 305). Mit beiden Klagen werden zwar materielle Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch geltend gemacht. Die Klagen haben jedoch unterschiedliche Rechtsschutzziele. Die Vollstreckungsgegenklage ist eine rein prozessrechtliche Klage, deren Ziel die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels ist (ständige Rechtsprechung, z.B. RGZ 100, 98, 100; 158, 145, 149; 165, 374, 380; BGHZ 22, 54, 56; BGH, Urt. v. 30.05.1960 - II ZR 207/58, ZZP 1961, 187, 188 mit zust. Anm. Zeuner, ebenda S. 190 f; v. 19.06.1984 - IX ZR 89/83, MDR 1985, 138 f unter II 1 b bb; v. 03.06.1997 - XI ZR 133/96, WM 1997, 1280, 1281; v. 14.07.2008 - II ZR 132/07, WM 2008, 1806, 1807 Rn. 12; KG OLG-Rspr. 21, 88, 89; OLG Rostock OLG-NL 2003, 186, 187; OLG München WM 2008, 580). Über den weiteren Bestand des titulierten Anspruchs wird auf eine Vollstreckungsgegenklage hin nicht entschieden (RGZ 158, 145, 149 f; BGHZ 173, 328, 335 Rn. 25; BGH, Urt. v. 19.06.1984 - IX ZR 89/83, MDR 1985, 138 f; v. 23.01.1985 - VIII ZR 285/83, WM 1985, 703, 704; KG OLG-Rspr. 21, 88, 89; OLG Koblenz FamRZ 1994, 1195, 1196; OLG Rostock OLG-NL 2003, 186, 187). Dieser kann folglich Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

b. Zulässige Verbindung der Klagen im Rahmen einer Klagehäufung gem. § 260 ZPO

[9] Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage können im Wege der Klagehäufung miteinander verbunden werden. Wenn ein rechtliches Interesse an einer entsprechenden Feststellung besteht, kann der Titelschuldner auch nach einer erfolgreichen Vollstreckungsgegenklage Klage auf Feststellung erheben, dass der titulierte Anspruch nicht mehr bestehe. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sogar nach Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage eine auf denselben materiellen Einwand gegen die titulierte Forderung gestützte negative Feststellungsklage zulässig sein (BGH, Urt. v. 19.06.1984 - IX ZR 89/83, aaO; v. 23.01.1985 - VIII ZR 285/83, aaO). Mit der Abweisung der Klage nach § 767 ZPO wird lediglich abgelehnt, einem titulierten Anspruch durch rechtsgestaltendes Urteil die Vollstreckbarkeit zu nehmen. Damit wird aber nicht zugleich bindend entschieden, dass der titulierte Anspruch materiellrechtlich besteht. Das rechtliche Interesse an der Feststellung des Erlöschens der titulierten Forderung kann etwa daraus folgen, dass der Titelgläubiger im Hinblick auf nach erfolgter Vollstreckung mögliche Bereicherungsansprüche des Titelschuldners von vornherein auf eine zwangsweise Durchsetzung der titulierten Forderung verzichtet.

c. Abweichende Beurteilung dann, wenn der Einwand gem. § 767 II ZPO präkludiert ist

[10] Im vorliegenden Fall geht es nicht um den Einwand der Erfüllung. Vielmehr hat der Kl. vergeblich versucht, gegen die titulierte Forderung aufzurechnen. Die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung ist als präkludiert behandelt worden (§ 767 II ZPO). Für diesen Fall gelten die soeben dargestellten Grundsätze nicht. Mit der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage steht vielmehr fest, dass die Aufrechnung endgültig gescheitert ist.

aa. Anforderungen an die Präklusion im Falle der Aufrechnung

[11] Im Vorprozess über die Vollstreckungsgegenklage war die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung präkludiert. Einwendungen gegen den titulierten Anspruch können nur insoweit im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess entstanden sind (§ 767 II ZPO). Sind die Gründe vor diesem Zeitpunkt entstanden und wird die Rechtswirkung der Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst, so ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Willenserklärung objektiv abgegeben werden konnte (BGHZ 24, 97, 99; 34, 274, 279

f; 100, 222, 225; 125, 351, 352 f; 163, 339, 342; 173, 328, 334 f Rn. 23, 25; BGH, Urt. v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04, NJW-RR 2006, 229, 230 Rn. 14). Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen stammen - soweit sie noch im Streit sind - sämtlich aus der Zeit vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess, der zur Titulierung des Anspruchs der Titelgläubiger und jetzigen Bekl. führte. Sie hätten damit bereits in diesem Prozess unbedingt oder hilfsweise zur Aufrechnung gestellt werden können und müssen. Die Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsgegenklage war damit ausgeschlossen.

bb. Sonderstellung des Einwands der Aufrechnung

[12] Nach der oben dargestellten Rechtsprechung hindert zwar die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht die Geltendmachung der nämlichen materiell-rechtlichen Einwendung in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst (wobei die analoge Anwendung des § 767 II ZPO allerdings einer genaueren Untersuchung bedürfte). Der Aufrechnungseinwand nimmt insoweit jedoch eine Sonderstellung ein. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (RG HRR 1935 Nr. 691; BGHZ 24, 97, 99; 34, 274, 280; 125, 351, 354; ähnlich Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl. § 145 Rn. 63 ff, 66 f; MünchKomm-ZPO/Wagner, ZPO 3. Aufl. § 145 Rn. 28; jeweils zu den Rechtswirkungen einer bereits vor dem Ausgangsprozess erklärten, in diesem Prozess aber wegen Verspätung präkludierten Aufrechnung) hat die Präklusion der Aufrechnung nicht nur verfahrensrechtliche Wirkung. Vielmehr treten auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Aufrechnung (§ 389 BGB) nicht ein. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Titelschuldners (hier also: des Kl.) werden so behandelt, als sei die Aufrechnung nie erklärt worden. Sie können folglich vom Titelschuldner selbständig gegen den Titelgläubiger geltend gemacht und durchgesetzt werden. Der vom Berufungsgericht gezogene Schluss - wenn das Bestehen der Forderung im Wege einer Feststellungsklage geltend gemacht werden könne, müsse auch eine auf das Nichtbestehen der Gegenforderung gerichtete negative Feststellungsklage möglich sein - ist indessen nicht gerechtfertigt.

[13] Steht die materiell-rechtliche Wirkung der Abweisung einer auf eine Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage fest, bedeutet das zugleich, dass eine auf die nämliche Aufrechnung gestützte negative Feststellungsklage erfolglos bleiben muss. Ein Auseinanderfallen von Titel einerseits, materiellem Recht andererseits kann - anders als bei dem im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.01.1985 (aaO) behandelten Erfüllungseinwand - nicht eintreten. Gelänge es den Bekl., den titulierten Betrag beizutreiben, könnten sie ihn auch behalten. Der Kl. könnte ihn nicht nach §

812 I BGB zurückverlangen; die Bekl. hätten also keinen Grund, die Vollstreckung im Hinblick auf die zu erwartende Rückforderung zu unterlassen. Ein rechtliches Interesse an einer solchen Klage ist damit nicht ersichtlich.

d. Rechtsschutzbedürfnis für die negative Feststellungsklage fehlt

[14] Die negative Feststellungsklage ist auch aus einem anderen Grund unzulässig. Der Kl. hat das Feststellungsinteresse für seine Klage ausdrücklich damit begründet, dass die Bekl. aus dem Urteil vollstrecken wollten. Er hat deshalb auch die Herausgabe des Titels beantragt. Geht es nur um eine Verhinderung der Zwangsvollstreckung, ist kein Grund ersichtlich, neben der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO die negative Feststellungsklage nach § 256 I ZPO zuzulassen. Es fehlt dann das Rechtsschutzbedürfnis (Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz 4. Aufl. § 767 Rn. 7). Die erfolgreiche Vollstreckungsgegenklage führt gemäß § 775 Nr. 1, § 776 ZPO zur Einstellung der Zwangsvollstreckung und zur Aufhebung bereits getroffener Vollstreckungsmaßnahmen. Die (vollstreckungsrechtlichen) Wirkungen des einer negativen Feststellungsklage stattgebenden Urteils bleiben hinter denjenigen eines Urteils nach § 767 ZPO zurück (vgl. BGHZ 124, 164, 171). Es fällt allenfalls unter § 775 Nr. 4 ZPO. Bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen bleiben daher bestehen (§ 776 ZPO).

e. Kein Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius gem. § 528 ZPO

[15] Die Abweisung der Klage - soweit sie in der zweiten Instanz angefallen ist - als unzulässig verstößt nicht gegen das Verbot der reformatio in peius (§ 528 ZPO). Das Verschlechterungsverbot greift grundsätzlich nicht, wenn das erstinstanzliche Verfahren wegen eines von Amts wegen zu beachtenden, nicht behebbaren Verfahrensmangels unzulässig war. Die Abweisung der Klage als unbegründet hat dem Kl. keine erhaltenswerte Rechtsposition verschafft. Das Berufungsgericht kann deshalb eine von der ersten Instanz sachlich abgewiesene Klage im Falle des Fehlens von Verfahrensvoraussetzungen regelmäßig als unzulässig abweisen (BGH, Urt. v. 10.12.1998 - III ZR 2/98, NJW 1999, 1113, 1114 mit weiteren Nachweisen).

2. Herausgabeklage analog § 371 ZPO

[16] Die Klage auf Herausgabe der titulierten Ausfertigung des Urteils vom 18.05.2004 ist ebenfalls unzulässig. Eine auf § 371 BGB analog gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann zulässig, wenn über eine Vollstreckungsgegenklage

rechtskräftig zugunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist und die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstreitig ist oder vom Titelschuldner zur Überzeugung des Gerichts bewiesen wird (BGHZ 127, 146, 148 ff; BGH, Urt. v. 21.01.1994 - V ZR 238/92, WM 1994, 650, 651 f; OLG München WM 2008, 580; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.07.2008 - II ZR 132/07, WM 2008, 1806, 1807 Rn. 9, wonach es ausreicht, dass die genannten Voraussetzungen alternativ vorliegen). Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Umgehung der

Vorschriften über die Vollstreckungsgegenklage nicht zu befürchten. Im vorliegenden Fall ist die Vollstreckungsgegenklage des Titelschuldners und jetzigen Herausgabeklägers abgewiesen worden. Das Erlöschen der titulierten Forderung gemäß §§ 387, 389 BGB ist zwischen den Parteien nicht unstreitig; weil die auf die Aufrechnung gestützte Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion der Aufrechnung (§ 767 II ZPO) abgewiesen worden ist, steht umgekehrt fest, dass die Aufrechnung wirkungslos geblieben ist.

*Strafrecht***Standort: § 24 StGB****Problem: Mehraktiger Versuch**

BGH, URTEIL VOM 26.02.2009
5 STR 572/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten G, H, I und M hatten das völlig betrunkene Opfer zusammengeschlagen und versucht, es zu berauben. Als sie bemerkten, dass das Opfer doch noch klar genug war, um mitzubekommen, wer es misshandelt hatte, befürchteten sie, wegen der bereits begangenen Straftaten belangt zu werden und entschlossen sich dazu, das Opfer zu töten. Sie brachten es in seine Wohnung und begannen, es mit einem Gürtel und einem Schal zu erdrosseln. Nachdem sie zwischenzeitlich ihren Tötungsentschluss aufgegeben und eine fünfminütige Zigarettenpause gemacht hatten, entschlossen sich I und M dann doch, das Opfer zu töten und würgten es mit einem Schal und fügten ihm mit einem Messer Schnittwunden zu bis sie dachten, das Opfer sei tot. G und H hatten diese Angriffe zwar gesehen, sich aber nicht eingemischt. Das Opfer überlebte schwer verletzt.

Das Landgericht Berlin hatte die Angeklagten G und H insbesondere wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, verurteilt. Das Geschehen bis zu der Zigarettenpause hatte das LG als Mordversuch, §§ 211, 22, 23 I StGB, gewertet, von dem G und H aber gem. § 24 II StGB zurückgetreten seien. Wegen eines weiteren versuchten Tötungsdeliktes durch den zweiten Angriff hatte es G und H nicht bestraft, da sie im entsprechenden Zeitpunkt keinen Tötungsvorsatz gehabt hätten. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob der BGH das Urteil auf, soweit G und H nicht wegen eines versuchten Tötungsdeliktes bestraft wurden.

Prüfungsrelevanz:

Im vorliegenden Fall spielt neben dem klassischen Examensproblem des Rücktritts von einem mehraktigen Versuch auch die Strafbarkeit des nichthindernden Garanten neben einem Begehungstäters eine Rolle, eine Problemkonstellation, die auch in Examensaufgaben immer wieder auftaucht

Versucht der Täter durch mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen, dasselbe Delikt zu begehen oder glaubt dies tun zu können (sog. "mehraktiger Versuch"), so stellt sich die Frage, unter welchen

Voraussetzungen er zurücktreten kann (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 24 Rn 15 ff.). Dies wird meist bzgl. der Frage des Vorliegens eines den Rücktritt ausschließenden fehlgeschlagenen Versuchs diskutiert, kann allerdings - wie im vorliegenden Fall - auch bei einem Vorsatzwechsel relevant werden.

Nach der Einzelaktstheorie stellt jede einzelne aus Sicht des Täters zur Erfolgsherbeiführung geeignete Handlung einen selbstständigen Versuch i.S.v. § 24 StGB dar (Jakobs, AT, Abschn. 26 Rn 15 ff.). Einen "mehraktigen" Versuch gibt es nach dieser Meinung also gar nicht, sondern allenfalls mehrere einaktige. Deshalb ist das Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen auch für jeden einzelnen Versuch einzeln zu prüfen. Nach der früher von der Rechtsprechung vertretenen Tatplantheorie war für die Frage, ob ein mehraktiger oder mehrere einaktiger Versuche vorlagen, maßgeblich, welche Handlungen der Täter vorher geplant hatte (BGHSt 14, 175; 23, 359). Die vorher geplanten Handlungen zusammen bildeten einen einheitlichen Versuch. Führt der Täter danach noch weitere Handlungen aus, so stellte dies einen neuen Versuch dar. Da die Tatplantheorie jedoch bei Spontantaten, bei denen der Täter vor Tatbeginn keinen detaillierten Tatplan formuliert hat, versagt und die Einzelaktstheorie dem Täter sehr früh (über die Annahme eines Fehlschlags) die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts abschneidet, vertreten BGH und herrschende Lehre mittlerweile die Gesamtbetrachtungslehre (BGHSt 31, 170; BGH, StV 2003, 217; RA 2007, 91 = NSTz 2007, 91; RA 2007, 268 = NSTz 2007, 399; Fischer, § 24 Rn 11 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 17a; Otto, JURA 1992, 426). Nach dieser Auffassung stellt ein mehraktiges Geschehen, das auf die Tötung eines Menschen gerichtet ist, dann einen - insb. bzgl. eines Rücktritts einheitlich zu behandelnden - mehraktigen Versuch dar, wenn die durch einen fortbestehenden Tötungsvorsatz verbundenen Einzelakte in einem derart unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, dass das gesamte Handeln des Angeklagten in diesen Handlungsabschnitten auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint (BGH, JA 2009, 392 = RA 2009, 110).

In der vorliegenden Entscheidung hat es den BGH gestört, dass das LG trotz des durchgängigen Tatmotivs der Beteiligten (der Verdeckung der vorher begangenen Straftaten durch die Tötung des Opfers) und des

engen raum-zeitlichen Zusammenhangs zwischen den beiden Angriffen auf das Leben des Opfers in dessen Wohnung hierin zwei selbstständige und nicht einen mehraktigen Versuch gesehen hat. Dies hatte nämlich zu dem Ergebnis geführt, dass ein Rücktritt von dem versuchten Mord durch den ersten Angriff vorliege und G und H wegen eines Mordversuchs durch den zweiten Angriff nicht mehr bestraft werden könnten, da sie in diesem Zeitpunkt keinen Tötungsvorsatz mehr gehabt hätten. Das LG hatte nämlich trotz des fortbestehenden Tötungsmotivs wegen des von ihm für den Zeitpunkt des zweiten Angriffs verneinten Tötungsvorsatzes bei G und H keinen mehraktigen Versuch, sondern eine Zäsur und somit das Vorliegen zweier selbstständiger Versuche gesehen, wobei G und H - anders als I und M - für den zweiten Versuch mangels Vorsatzes nicht mehr bestraft werden konnten. Gegen diese Wertung spricht allerdings, dass das LG selbst bezüglich der durch die beiden Angriffe verwirklichten Körperverletzungsdelikte auch für G und H eine Handlungseinheit und somit eine Idealkonkurrenz gem. § 52 StGB angenommen hatte. Dies spricht aber stark dafür, dass auch bzgl. der versuchten Tötung von einer Einheitlichkeit des Geschehens und somit von einem einzigen mehraktigen Versuch auszugehen war. Auch hat das LG den Tötungsvorsatz bei G und H wohl etwas voreilig abgelehnt.

Der BGH stellt weiterhin klar, dass selbst dann, wenn es sich tatsächlich um zwei selbstständige Handlungen und somit auch um zwei Tötungsversuche handeln sollte, die Verneinung einer entsprechenden Strafbarkeit durch das LG voreilig war. Denn auch wenn G und H nicht mehr Mittäter des zweiten (von I und M durchgeführten) Tötungsversuchs gewesen sein sollten, so käme für sie insofern noch ein versuchtes Tötungsdelikt durch Unterlassen in Betracht. Die gem. § 13 I StGB für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes erforderliche Garantenstellung von G und H dahingehend, die (versuchte) Tötung des Opfers durch I und M zu verhindern, ergebe sich aus ihrem früheren pflichtwidrigen Verhalten (Ingerenz), nämlich der Beteiligung an den mit I und M gemeinschaftlich begangenen Körperverletzungen (ebenso Fischer, § 13 Rn 30).

Bei einer Strafbarkeit von G und H wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes neben den Begehungstätern I und M hätte sich allerdings die Frage gestellt, ob diese denn neben den Begehungstätern selber (Unterlassungs-) Täter sind oder ob es sich nur um eine Teilnahme durch Unterlassen handelt (vgl. hierzu die Entscheidung des BGH vom 12.02.2009, Az.: 4 StR 488/08, das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft).

Vertiefungshinweise:

Zum Rücktritt vom mehraktigen Versuch: *BGHSt*

33, 295; 35, 90; *BGH*, NStZ 2002, 427; 2004, 333; RA 2007, 85 = NStZ 2007, 91; RA 2007, 268 = NStZ 2007, 399; JA 2009, 392 = RA 2009, 110; *Beckemper*, JA 2003, 203; *Pahlke*, GA 1995, 72; *Schroth*, GA 1997, 151

Zur Garantenstellung bei vorheriger Teilnahme an Gewalthandlungen: *BGH* NStZ 1985, 24; 1992, 31; 1998, 83; 2000, 583; 2004, 89; NStZ-RR 1997, 202; NJW 1999, 69; *Schneider*, NStZ 2004, 91

Kursprogramm:

Examenskurs: "Argentina"

Klausurenkurs: "Eiskalt"

Leitsätze (der Redaktion):

Beteiligen sich mehrere an Misshandlungen eines Opfers und zielen die weiteren Tathandlungen eines Tatgenossen auf die Tötung des Opfers ab, so kann ein lediglich zuvor an den Gewalttätigkeiten Beteiligter rechtlich als Garant mit der Folge der Verpflichtung zur Abwendung des drohenden Tötungserfolges anzusehen sein, wenn durch sein Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges besteht. Dies kann dadurch bewirkt werden, dass der zur Tötung des Opfers bereite Tatgenosse durch die übrigen Tatbeteiligten in seinen, die Misshandlung des Opfers übersteigenden und nunmehr auf dessen Tötung gerichteten, Handlungen bestärkt wird.

Sachverhalt:

In der Nacht vom 5. auf den 6. Dezember 2007 tranken die Angeklagten G und H, die u. a. wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung rechtskräftig verurteilten bisherigen Mitangeklagten I (verurteilt zu fünf Jahren und sechs Monaten Jugendstrafe) und M (verurteilt zu sieben Jahren und vier Monaten Freiheitsstrafe und Unterbringung nach § 64 StGB) sowie der Nebenkläger K im Übermaß Alkohol. Während die Angeklagten und die Mitverurteilten in ihrer Steuerungsfähigkeit deshalb erheblich eingeschränkt waren, war der Nebenkläger stark betrunken und weitgehend hilflos. Auf dem Nachhauseweg versuchten G und I, den Nebenkläger zu berauben. Anschließend schlugen und traten sie gemeinsam mit H den Nebenkläger gegen Kopf und Oberkörper. H eignete sich die dem erheblich verletzten, blutenden Opfer zur weiteren Demütigung ausgezogene Sportschuhe an. G, der erkannte, dass dem Nebenkläger trotz seines Zustandes gegenwärtig war, wer ihm die Verletzungen beigebracht hatte, sagte zu den anderen sinngemäß: "Der hat alles mitgekriegt, der muss weg, ich habe keine Lust, ins Gefängnis zu gehen!".

Die vier jungen Männer brachten den Nebenkläger zu

seiner Wohnung. H zog den vor seiner Wohnungstür fallen gelassenen Nebenkläger in das Wohnzimmer, "wo dieser in die Ecke kroch, in der er völlig apathisch liegen blieb". M, der sich zur Tötung des Nebenklägers entschlossen hatte, um ihn als Zeugen vorangegangener Straftaten auszuschließen, äußerte daraufhin gegenüber den anderen: "Nun fangt mal an, ihr habt doch so eine große Klappe gehabt". Mit ihm waren G und auch I spätestens jetzt zur Tötung entschlossen, um den Nebenkläger als Zeugen auszuschalten. H war nach Feststellung der Jugendkammer einverstanden, den Nebenkläger durch weitere Körperverletzungen zu erniedrigen und zu quälen, "jedoch ging er nicht davon aus, dass K nunmehr zu Tode gebracht werden sollte, und war damit auch nicht einverstanden".

Durch seine vorangegangene Äußerung in "Zugzwang" gesetzt, bildete G mit seinem Ledergürtel eine Schlaufe. Als er dennoch den Gürtel nicht um den Hals des Nebenklägers legte, nahm M den Gürtel und strangulierte den Nebenkläger im Einverständnis mit G und I mit Tötungsvorsatz. Als der Gürtel riss, nahm M einen Schal, drosselte den Nebenkläger wiederum und zerrte diesen auf dem Fußboden einige Meter durch die Wohnung, bis der Nebenkläger im Gesicht rot anzulaufen begann und erkennbar keine Luft mehr bekam.

I war mit dem Geschehen nun nicht mehr einverstanden. Auf seine Aufforderung ließ M zunächst von einer weiteren Strangulation ab, H lockerte den Schal, "um dem Opfer ein unbedrängtes Atmen zu ermöglichen", und G nahm den Schal ganz ab.

Nach einer Pause, während deren Dauer von mindestens fünf Minuten die jungen Männer rauchend um ihr am Boden liegendes Opfer herumstanden, versuchte G, aus der Wohnung zu flüchten, was ihm aber wegen einer Verkantung des Schlosses der Wohnungseingangstür nicht gelang. I entschloss sich nunmehr, die Tötung des Nebenklägers doch zu vollenden, um ihn als Zeugen auszuschalten, strangulierte ihn mit aller Kraft mit dem Schal, bis er ihn für tot hielt, und versetzte ihm dann noch wenigstens zwei massive Fußtritte gegen den Kehlkopf. M brachte dem Opfer sodann, als er noch Lebenszeichen bei ihm bemerkte, mit einem Küchenmesser mit einer 20 cm langen Klinge zwei tiefe Schnittwunden an der Kehle bei, um dessen Tod sicher herbeizuführen.

G hatte vom Flur aus die Angriffe des I gesehen, aber nichts unternommen, um ihn davon abzuhalten, obgleich er erkannte, dass der Nebenkläger Hilfe benötigte. H beobachtete das gesamte Vorgehen von I und M, war dabei aber nach Auffassung der Jugendkammer lediglich mit Körperverletzungen einverstanden, nicht aber mit der Tötung des Nebenklägers. Dieser überlebte trotz der ihm zugefügten lebensgefährlichen Verletzungen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1 - 8] Das Landgericht hat den Angeklagten G wegen versuchten Raubes und gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit unterlassener Hilfeleistung, zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und vier Monaten, den Angeklagten H wegen gefährlicher Körperverletzung, gefährlicher Körperverletzung (in zwei rechtlich zusammentreffenden Fällen) und Unterschlagung - unter Freisprechung im Übrigen - ebenfalls zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt. [...]

[9] Mit ihren auf die Sachrüge gestützten Revisionen greift die Staatsanwaltschaft lediglich die Beurteilung des Tatgeschehens in der Wohnung des Nebenklägers bei den Angeklagten G und H an. Sie erstrebt insoweit auch deren Verurteilung wegen versuchten Mordes. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

[10] Das angefochtene Urteil leidet an einem unauflösbaren Widerspruch. Die Jugendkammer sieht einerseits aufgrund der mindestens fünf Minuten währenden Pause zwischen dem abgebrochenen Drosselvorgang und dem unmittelbar durch die beiden rechtskräftig Verurteilten ausgeführten Tötungsversuch eine Zäsur, vor der sie einen Rücktritt vom unbeeendeten Tötungsversuch und nach der sie einen neuen Tötungsentschluss annimmt. Andererseits beurteilt sie die Tathergänge in der Wohnung des Nebenklägers ohne ersichtliche Einschränkung als tateinheitlich.

1. Zum Vorliegen eines einheitlichen Tötungsversuchs

[11] Dies hat sich jedenfalls unmittelbar zum Vorteil des Angeklagten G ausgewirkt. Angesichts des durchgängigen Tötungsmotivs und des engen zeitlichen Zusammenhanges liegt die Annahme einer einheitlichen Tötung deutlich näher. Jedenfalls bei dieser Betrachtungsweise scheidet ein strafbefreiender Rücktritt des Angeklagten G aus, der den gemeinschaftlichen Tötungsentschluss bei den Mittätern sogar initiiert hatte. Denn die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 StGB liegen schon mangels jeglichen Versuchs der Verhinderung der Vollendung der gemeinschaftlichen Tötung offensichtlich nicht vor. G wäre demnach - im Ergebnis nicht anders als die rechtskräftig Verurteilten - wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu verurteilen gewesen.

2. Zum Vorliegen eines versuchten Tötungsdeliktes durch Unterlassen beim Angeklagten G

[12] Bei abweichender Beurteilung und Zubilligung eines Rücktritts vom Versuch hätte das Landgericht das Vorliegen eines anschließend verübten - tatmehr-

heitlich - versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen bei dem Angeklagten G nicht verneinen dürfen.

a) Zu den Voraussetzungen für eine Garantenstellung

[13] Zu Unrecht geht das Landgericht davon aus, dass dieser Angeklagte keine Garantenstellung hatte. Beteiligen sich nämlich mehrere an noch nicht einmal lebensgefährlichen Misshandlungen eines Opfers und zielen die weiteren Tathandlungen eines Tatgenossen auf die Tötung des Opfers ab, so kann ein lediglich zuvor an den Gewalttätigkeiten Beteiligter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich als Garant mit der Folge der Verpflichtung zur Abwendung des drohenden Tötungserfolges anzusehen sein (BGH NStZ 1985, 24; NJW 1999, 69, 71 f.; BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7), wenn durch sein Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges besteht (BGH NStZ 1998, 83, 84; 2004, 89, 91; NStZ-RR 1997, 292, 293). Dies kann dadurch bewirkt werden, dass der zur Tötung des Opfers bereite Tatgenosse durch die übrigen Tatbeteiligten in seinen, die Misshandlung des Opfers übersteigenden und nunmehr auf dessen Tötung gerichteten Handlungen bestärkt wird (BGH NStZ 1992, 31; NJW 1999 aaO; NStZ 2000, 583).

b) Zum Bestehen einer Garantenstellung des Angeklagten G

[14] Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe liegt nach den Feststellungen des Landgerichts - auch hinsichtlich aller subjektiven Voraussetzungen - eine Garantenstellung des Angeklagten G auf der Hand: Dieser sah vom Flur aus die Angriffe des I gegen den Hals des Nebenklägers. Er hielt es für möglich, dass der Nebenkläger noch lebte, unternahm aber nichts, um I von seinem Tun abzuhalten, obwohl es ihm möglich war. Zuvor hatte er wesentlich zur Eskalierung des Tatgeschehens beigetragen, da er sich schon im Laufe der Nacht an verschiedenen Orten an den Misshandlungen des Nebenklägers beteiligt, den ersten Ansatz zu dessen Tötung in der Wohnung initiiert und daran aktiv mitgewirkt hatte. I s Bestärkung hierdurch wird durch seine vom Landgericht festgestellte Äußerung zu Beginn des erneuten Strangulierens: "Gebt her, ihr kriegt das ja nicht hin", hinreichend deutlich belegt. Dass G nach seiner Vorstellung keine Möglichkeit zu wirksamer Einflussnahme auf seine bisherigen Mittäter gehabt hätte, hat das Landgericht - wie dessen Schuldspruch wegen unterlassener Hilfeleistung beweist - nicht angenommen und liegt auch sonst gänzlich fern.

3. Zum Vorliegen eines versuchten Tötungsdelikts beim Angeklagten H

[15] Hinsichtlich der Verantwortung als Unterlassungstäter gälte für den Angeklagten H nichts anderes.

Auch er war an den Gewalthandlungen gegenüber dem Nebenkläger im Vorfeld beteiligt. Während des ersten Tötungsanlaufs war er mit weiteren Gewalthandlungen einverstanden gewesen.

[16] Abgesehen davon liegt - weitergehend - in der Sache gänzlich fern, dass der Angeklagte H, der das gesamte Geschehen verfolgte und eingeständenermaßen mit weiteren gemeinsamen Gewalthandlungen zum Nachteil des Nebenklägers einverstanden war, hierbei ungeachtet der von den Mittätern offen ausgesprochenen Tötungsmotivation und der bemerkten konkreten gegen das Opfer angewendeten Gewalt dessen Tötung nicht mindestens billigend in Kauf genommen hat. Da es insoweit an jeglicher nachvollziehbarer Begründung fehlt, ist die Verneinung des Tötungsvorsatzes bei H nur auf eine nicht tragfähige Unterstellung von dessen eingeschränkten Vorstellungen zurückzuführen; sie kann daher keinen Bestand haben.

III. Aufhebungen der Schuldsprüche und Feststellungen

[17] Die Aufhebung der von der widersprüchlichen und lückenhaften Beurteilung betroffenen Schuldsprüche zu den Taten in der Wohnung des Nebenklägers gegen die beiden Angeklagten, gegen die sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft richten, berührt nicht die rechtsfehlerfrei weitgehend aufgrund der Geständnisse der Angeklagten getroffenen Feststellungen zum äußeren Tatablauf; sie bleiben aufrechterhalten. Das neue Tatgericht wird lediglich die bislang widersprüchlich beurteilte Frage einer relevanten Zäsur zwischen den Tatabschnitten neu bewerten und bei dem Angeklagten H insgesamt sowie bei dem Angeklagten G für den Fall der Annahme einer Zäsur für den zweiten Tatabschnitt Feststellungen zu Tötungsvorsatz und -motiv zu treffen haben.

[18] Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten und zu ihrer Schuldfähigkeit sind ebenfalls rechtsfehlerfrei getroffen und bleiben aufrechterhalten. Danach erweisen sich für beide Angeklagte die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit einschließlich der Verneinung der Voraussetzungen des § 64 StGB und die Anwendung von Jugendstrafrecht als nicht beanstandenswert; dies ist für das neue Tatgericht, das folgerichtig nunmehr keinen Sachverständigen mehr hinzuzuziehen haben wird, verbindlich. Da eine maßgeblich mildere Beurteilung als die bisherige bei beiden Angeklagten aus Rechtsgründen ausscheidet, hat es bei der Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, bei H auch wegen schädlicher Neigungen zu verbleiben. Das neue Tatgericht hat lediglich über deren Höhe nach Maßgabe des von ihm gefundenen Schuldspruchs neu zu befinden. Selbst bei Annahme gemeinschaftlich versuchten Mordes werden mildere Sanktionen als bei den rechtskräftig abgeurteilten, insoweit deutlich aktiver

an dem Tatgeschehen beteiligten Mitangeklagten nahe liegen. Neben den notwendigen wenigen neuen Feststellungen zum Schuldspruch dürfen dem erneuten

Urteil neue Feststellungen allenfalls zugrunde gelegt werden, wenn sie den bisher getroffenen aufrechterhaltenen Feststellungen nicht widersprechen.

Standort: § 30 II StGB

Problem: Verbrechenscharakter der Tat

BGH, URTEIL VOM 04.02.2009
2 STR 165/08 (NJW 2009, 1221)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Berufsfußballer, hatte versprochen, dass er auf einen Spieler einer Regionalligamannschaft, den er persönlich kannte, in der Weise einwirken würde, dass er ihn dazu bringen würde, gegen Bezahlung Spiele seines Vereins zu manipulieren. Damit wollte der Angeklagte es seinen Auftraggebern ermöglichen, deren Erfolgchancen beim Abschluss von Wetten auf diese Spiele bei Buchmachern in Asien zu verbessern und sich hierdurch eine Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu erschließen. Dass der Angeklagte auch selbst vorhatte, auf die Spiele zu wetten, konnte nicht festgestellt werden. Der Angeklagte nahm auch Kontakt zu seinem Bekannten auf. Das Vorhaben scheiterte jedoch an der Bereitschaft des Regionalligaspielers, Spiele zu manipulieren.

Das Landgericht Frankfurt am Main hatte den Angeklagten wegen Verabredung zu einem Verbrechen, § 30 II 3. Fall StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH mit der Maßgabe zurück, dass der Angeklagte sich nicht wegen Verabredung sondern wegen Bereiterklärens zur Anstiftung zu einem Verbrechen, § 30 II 1. Fall StGB, strafbar gemacht habe.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 30 StGB spielt in Examensaufgaben meist keine besonders große Rolle, da er stets auf Konkurrenzebene zurücktritt, wenn das Verbrechen, zu dem angestiftet werden sollte bzw. das verabredet wurde, hinterher noch begangen oder zumindest versucht wird (vgl. BGHSt 14, 178; BGH, StV 1999, 594; 2000, 137; Fischer, § 30 Rn 16). Manchmal allerdings werden die Examensfälle auch bewusst so gebildet, dass es nicht mehr zur Begehung der eigentlichen Haupttat kommt, sodass die Prüfung des § 30 StGB zum Schwerpunkt der Aufgabe wird. In solchen Fällen ist das vom BGH in der vorliegenden Entscheidung diskutierte Problem, ob die Haupttat oder die Tat desjenigen, der über § 30 StGB bestraft werden soll, ein Verbrechen darstellen muss, besonders häufig relevant. Meist werden solche Fälle zur versuchten Anstiftung, § 30 I StGB, gebildet, die vorliegende Entscheidung zeigt jedoch auf, dass dieselben Probleme i.R.v. § 30 II StGB relevant werden können.

Wegen der insofern nicht ganz einfachen Problemstellung empfiehlt sich das Studium dieser Entscheidung.

Gem. § 30 I StGB macht sich derjenige strafbar, der einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften. Gem. § 30 II StGB wird derjenige ebenso bestraft, der sich dazu bereit erklärt, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, § 30 II 1. Fall StGB, der das Erbieten eines anderen annimmt, ein Verbrechen zu begehen oder dazu anzustiften, § 30 II 2. Fall StGB, oder der mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, § 30 II 3. Fall StGB.

Zu berücksichtigen ist insb. bei einer Teilnahme jedoch, dass besondere persönliche strafscharfende oder -mildernde Merkmale gem. § 28 II StGB nur für denjenigen Beteiligten gelten, der sie selbst verwirklicht. Für Beteiligte, die diese Merkmale nicht selbst verwirklichen, ist dann der jeweilige Tatbestand zu demjenigen Delikt zu verschieben, der ohne das entsprechende Merkmal verwirklicht würde (BGHSt 8, 205, 208; Fischer, § 28 Rn 8; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 28 Rn 28; a.A. (Strafmilderung ohne Verschiebung des Tatbestands): LK-Roxin, § 28 Rn 4 ff.). Diese Tatbestandsverschiebung kann allerdings dazu führen, dass der Haupttäter wegen eines Verbrechens bestraft wird, der Teilnehmer aber nur wegen Teilnahme an einem Vergehen (oder umgekehrt). Ist die Haupttat zum Beispiel ein Betrug, den der Haupttäter gewerbsmäßig und als Bandenmitglied begeht, so macht er sich wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs, § 263 I, V StGB, also gem. § 12 I StGB wegen eines Verbrechens, strafbar. Sowohl die Gewerbsmäßigkeit als auch die Bandenmitgliedschaft stellen aber besondere persönliche strafscharfende Merkmale i.R.v. § 263 V StGB dar (Fischer, § 28 Rn 9), sodass sie gem. § 28 II StGB nur für denjenigen gelten, der sie selbst verwirklicht. Ein Anstifter zu einem gewerbsmäßigen Bandenbetrug, der selber diese Merkmale nicht verwirklicht, würde also nur wegen Anstiftung zum Betrug, §§ 263 I, 26 StGB, bestraft werden. Da der Anstifter gem. § 26 StGB gleich dem Haupttäter bestraft wird und § 263 I StGB nur ein Vergehen darstellt, wäre also beim Anstifter keine Verbrechenstrafbarkeit gegeben.

Bei § 30 StGB stellt sich bei einer solchen Tatbestandsverschiebung von einem Verbrechen zu einem Vergehen die Frage, in wessen Person der Verbrechenscharakter, der für eine Strafbarkeit gem. § 30 StGB stets erforderlich ist, gegeben sein muss. Die

Rechtsprechung und ein Teil der Literatur gehen insofern davon aus, dass die Haupttat ein Verbrechen darstellen muss (BGHSt 6, 308, 309 ff; 4, 17, 18; 14, 353, 355 f.; SK-Hoyer, § 30 Rn 21; Dreher, NJW 1953, 313), während die wohl herrschende Literaturauffassung verlangt, die Tat müsse in der Person desjenigen, der anzustiften versucht oder sich hierzu bereit erklärt (also desjenigen, der die in § 30 StGB bezeichnete Handlung vornimmt), ein Verbrechen sein (Fischer, § 30 Rn 6; Joecks, § 30 Rn 8; Lackner/Kühl, § 30 Rn 2; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn 14; Geppert, JURA 1997, 549). Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort und stützt sich hierbei - wie bisher - insbesondere auf das Argument, dass es deshalb auf den Verbrechenscharakter der Haupttat ankomme, weil § 30 StGB besonders schwere (Haupt-) Taten und nicht besonders gefährliche Beteiligte erfassen solle. Deshalb konnte es den Angeklagten auch nicht entlasten, dass er - im Gegensatz zu dem von ihm anzustiftenden Regionalligafußballer, der gem. §§ 263 I, V StGB strafbar gewesen wäre - nicht gewerbsmäßig und als Mitglied einer Bande gehandelt hätte. Denn auch wenn der Angeklagte nur wegen Beteiligung an einem Vergehen strafbar gewesen wäre, so wäre die Haupttat doch ein Verbrechen gewesen - und genau das ist ja nach der BGH-Rechtsprechung maßgeblich.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Verbrechenscharakter i.R.v. § 30 StGB: BGHSt 6, 308; 4, 17; 14, 353; Geppert, JURA 1997, 549; Schröder, JuS 1967, 289; Vogler/Kadel, JuS 1976, 245

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Eifersucht ist eine Leidenschaft..."

Leitsatz:

Für die Einordnung der gemäß § 30 StGB beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen kommt es auch in Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gemäß § 30 Abs. 2 StGB nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an (im Anschluss an BGHSt 6, 308).

Sachverhalt:

Der gesondert Verurteilte L verfolgte gemeinsam mit unbekannt gebliebenen Hintermännern in Asien den Plan, Spiele deutscher Fußballvereine gezielt zu manipulieren, um seine Erfolgchancen beim Abschluss von Wetten auf diese Spiele bei Buchmachern in Asien zu verbessern und sich hierdurch eine Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu erschließen. Zur Anwerbung von Spielern dieser Vereine, denen für ihre Beteiligung jeweils vier- bis fünf-

stellige Geldbeträge pro Spiel angeboten wurden, bediente sich L neben dem gesondert Verfolgten A auch des gesondert Verurteilten G, den er für diese Tätigkeit bezahlte.

Im Auftrag L s versuchte G am 23. Februar 2006, die beiden Spieler Ga und Ak des damaligen Regionalligisten S. K. für eine Beteiligung am Tatplan zu gewinnen, die mit der Manipulation eines bevorstehenden Spiels ihres Vereins gegen den V. A. beginnen sollte. Für den Fall, dass die Spieler auf dieses Ansinnen nicht eingehen sollten, sollte der Angeklagte, der selbst Berufsfußballspieler ist und Ga aus einer früheren gemeinsamen Zeit bei einem anderen Fußballverein kannte, mit diesem sprechen. L, G und der Angeklagte versprachen sich davon, so das Vertrauen Ga s, der G zuvor nicht kannte, eher gewinnen und ihn zu einer Beteiligung am Tatplan bewegen zu können.

Als G s Bemühungen trotz des Angebots einer Zahlung von je 3.000 € an jeden der beiden Spieler tatsächlich erfolglos blieben, führte er einen Kontakt zwischen Ga und dem Angeklagten über sein Mobiltelefon herbei. Nach einem kurzen Gespräch, bei dem der Angeklagte nicht bereits auf den Tatplan einging, verabredete er mit Ga ein weiteres, längeres Telefonat am gleichen Abend. Als der Angeklagte Ga am Abend anrief, nahm dieser jedoch den Anruf nicht an, weil ihm der Zusammenhang mit dem unlauteren Angebot G s klar war. Auch weitere Kontaktversuche des Angeklagten in den nächsten Tagen über Telefon oder SMS blieben erfolglos, weil Ga sich nicht bei ihm zurückmeldete. Der Angeklagte berichtete dies am 27. Februar telefonisch L und stellte diesem in Aussicht, Ga bei einem für 3 Wochen darauf angesetzten Spiel seines eigenen Vereins gegen die S. K. persönlich anzusprechen. Dazu kam es aber in der Folge nicht mehr, nachdem L und G am 6. März 2006 festgenommen worden waren.

Der Angeklagte wusste um die Absicht L s, die Spielweise der beiden Spieler manipulativ zu beeinflussen und auf derart beeinflusste Spiele der S. K. zu wetten. Nicht feststellen konnte das Landgericht, dass der Angeklagte beabsichtigte, selbst ebenfalls auf ein solches Spiel zu wetten.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 70 € verurteilt.

[2 - 7] Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen rechts rügt. Sein Rechtsmittel führt zu einer Schuldspruchänderung; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. [...]

II. Entscheidung des BGH

1. Zum Fehlen einer Verbrechensverabredung gem. § 30 II 3. Fall StGB

[8] Die Feststellungen des Landgerichts tragen den Schuldspruch wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug gemäß § 30 Abs. 2 Alt. 3 i. V. m. § 263 Abs. 5 StGB nicht. Denn eine Strafbarkeit nach dieser Tatbestandsalternative des § 30 Abs. 2 StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfen, mitzuwirken (BGH NStZ 1988, 406; 1993, 137, 138; NStZRR 2002, 74, 75; Fischer StGB 56. Aufl. § 30 Rn. 12 m. w. Nachw.). Die rechtliche Bewertung des Landgerichts, nach der Vorstellung des Angeklagten habe die beabsichtigte Betrugstat "unter seiner maßgeblichen Mitwirkung" begangen werden sollen, ist aber durch die Feststellungen nicht belegt, die konkrete Anhaltspunkte für eine eigene Tatherrschaft des Angeklagten oder ein eigenes Interesse an der Tatausführung nicht aufzeigen.

2. Zum Bereiterklären zur Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 II 1. Fall StGB

[9] Der Angeklagte hatte bei dem Telefonat am 23. Februar 2006, das erst zur Anbahnung eines späteren längeren Gesprächs mit Ga dienen sollte, nicht bereits zu dem Versuch einer Anstiftung zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug im Sinne des § 30 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB unmittelbar angesetzt. Ob dies für seine späteren Versuche einer Kontaktaufnahme mit Ga anders zu beurteilen ist, kann offenbleiben, weil die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts jedenfalls die rechtliche Bewertung tragen, dass der Angeklagte sich gegenüber L bereit erklärt hatte, Ga zu einem solchen Verbrechen anzustiften (§ 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB).

a) Zur Widerspruchsfreiheit der Feststellungen des Landgerichts

[10] Entgegen der Auffassung der Revision sind die vom Landgericht in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen zur Frage einer vorherigen persönlichen Bekanntschaft des Angeklagten mit G und zur Übergabe eines Zettels mit einer Mobiltelefonnummer des Angeklagten von L an G nicht widersprüchlich. Denn G konnte den Angeklagten durchaus bereits persönlich kennen gelernt haben, ohne dabei dessen Telefonnummer erfahren zu haben; ohnehin kam es für das Bestehen einer Bandenabrede und die Kenntnis des Angeklagten hiervon nicht darauf an, ob der Angeklagte neben L auch G persönlich kannte oder - was nach den Feststellungen jedenfalls der Fall war - nur von dessen Tatbeteiligung wusste, ohne ihn zu kennen (vgl. BGHSt 50, 160, 164 f.).

b) Zur Maßgeblichkeit der Haupttat für den Verbrechenscharakter i.R.v. § 30 StGB

[11] Zwar hat das Landgericht, wie der Generalbundesanwalt zu Recht aufgezeigt hat, keine Feststellungen zum Vorliegen des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmäßigkeit des beabsichtigten Bandenbetrugs gemäß § 263 Abs. 5 StGB beim Angeklagten selbst getroffen. Jedoch stellt das Fehlen solcher Feststellungen den Schuldspruch wegen Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug nicht in Frage. Denn dass Ga nach der Vorstellung des Angeklagten an der Ausführung des Tatplans als Bandenmitglied in gewerbsmäßiger Weise hätte mitwirken sollen, wird durch die Feststellungen des Landgerichts belegt. Für die rechtliche Einordnung der beabsichtigten Tat als Vergehen oder Verbrechen kommt es aber nicht nur für die vollendete, sondern auch für die im Sinne des § 30 StGB in Aussicht genommene Anstiftung nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf diejenige des Anzustiftenden an. Fehlt dem Anstifter selbst das strafscharfende besondere persönliche Merkmal, das nach seiner Kenntnis bei der von ihm anzustiftenden Person vorliegen würde, so führt dies nicht zum Entfallen der rechtlichen Bewertung der Tat als Verbrechen. Rechtsfolge ist vielmehr die Bestrafung dessen, der sich zur Anstiftung bereit erklärt hat, aus dem Strafrahmen des Grund- an Stelle desjenigen des Qualifikationstatbestandes.

[12] Von diesen durch BGHSt 6, 308, 309 ff. zu § 49a StGB a.F. entwickelten Grundsätzen (vgl. auch BGHSt 4, 17, 18; 14, 353, 355 f.) abzurücken, besteht auch für die Nachfolgeregelung des § 30 StGB in der Fassung des Art. 1 Nr. 1 des 2. StrRG vom 4. Juli 1969 (BGBl. I 313) keine Veranlassung. Für sie spricht vor allem auch der Wortlaut und der Strafgrund des § 30 StGB, der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Taten erfassen soll (so auch Hoyer in SK-StGB § 30 Rn. 21; Frister Strafrecht AT 3. Aufl. S. 414 f.; Jescheck/ Weigend Lehrbuch des Strafrechts 5. Aufl. § 65 I 4; Stratenwerth/Kuhlen Strafrecht AT I 5. Aufl. § 12 Rn. 173; i. E. ähnlich mit differenzierender Begründung Roxin in LK 11. Aufl. § 30 Rn. 40 ff.; ders. Strafrecht AT II § 28 Rn. 26 ff.; zur Gegenauffassung vgl. u.a. Fischer aaO Rn. 5 f.; Cramer/Heine in Schönke/ Schröder StGB 27. Aufl. § 30 Rn. 14; Lackner/Kühl StGB 26. Aufl. § 30 Rn. 2, Joecks in MünchKomm-StGB § 30 Rn. 18, Zaczyk in NK-StGB 2. Aufl. § 30 Rn. 29; Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht AT Bd. 2, 7. Aufl. § 53 Rn. 29; Jakobs Strafrecht AT 2. Aufl. 27. Abschn. Rn. 6 jew. m. w. Nachw.).

c) Zur Änderung des Schuldspruchs

[13] Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte sich

anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können.

3. Kein Beruhen des Strafausspruchs auf dem fehlerhaften Schuldspruch

[14] Auf dem Rechtsfehler beruht der Strafausspruch jedoch nicht. Denn das Landgericht ist bereits ohne Heranziehung des vertypten Strafmilderungsgrundes aus § 30 Abs. 1 S. 2 StGB zur Anwendung des Strafrahmens für den minder schweren Fall des § 263 Abs. 5 StGB gelangt und hat diesen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2, § 49 Abs. 1 StGB nochmals gemildert, so dass sich ein Strafrahmen ergab, der Freiheitsstrafe von einem Mo-

nat bis zu 3 Jahren und 9 Monaten vorsah. Bei zutreffender Anwendung des Strafrahmens des § 263 Abs. 1 StGB hätte das Landgericht stattdessen diesen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2, § 49 Abs. 1 StGB zu mildern gehabt und wäre so ebenfalls zu einem Strafrahmen gelangt, der Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu 3 Jahren und 9 Monaten, daneben aber auch Geldstrafe vorgesehen hätte. Da das Landgericht aber ohnehin unter Anwendung des § 47 Abs. 2 StGB eine Geldstrafe gegen den Angeklagten verhängt hat, hat sich der Rechtsfehler auf seine Strafzumessung nicht ausgewirkt.

Standort: § 263 III 2 Nr. 1 StGB

Problem: Gewerbsmäßigkeit

BGH, URTEIL VOM 14.01.2009

2 STR 516/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte S hatte als Geschäftsführer und Alleingesellschafter dafür gesorgt, dass seine Mitarbeiter Sch und H das in Schlachthöfen anfallende "Risikomaterial", das zur Bekämpfung der Rinderkrankheit BSE (sog. "Rinderwahnsinn") blau eingefärbt und vernichtet werden musste, nicht einfärbten und der Vernichtung zuführten, sondern dafür sorgen, dass das Risikomaterial weiter verwertet wurde. Das so gewonnene vermeintlich einwandfreie Tierfett wurde weiterveräußert, wobei ein deutlich höherer Preis erzielt werden konnte als für Tierfett aus Risikomaterial.

Die Staatsanwaltschaft hatte die Angeklagten wegen mittäterschaftlichen gewerbsmäßigen Betrugs, §§ 263 I, 25 II, 263 III 2 Nr. 1 StGB, angeklagt. Das Landgericht Trier hatte den Angeklagten S freigesprochen, da ihm ein entsprechender Tatvorsatz nicht nachzuweisen sei und außerdem die erstrebte Bereicherung nicht stoffgleich sei. Sch und H hatte es freigesprochen, da diese selbst keinen Täterwillen hätten und eine Strafbarkeit wegen Teilnahme am Fehlen einer Haupttat (des S) scheitere. Der BGH hob diese Freisprüche auf.

Prüfungsrelevanz:

Neben den Voraussetzungen für die Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung bei § 263 I StGB und die Gewerbsmäßigkeit eines Betrugs i.S.v. § 263 III 2 Nr. 1 StGB - die auch im ersten Examen wegen der großen Beliebtheit des Tatbestandes des § 263 StGB unbedingt bekannt sein sollten - und dem Examensklassiker der Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme, befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung auch mit einem klassischen Problem aus dem 2. Examen, nämlich der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tatrichters.

Zwar bietet die vorliegende Entscheidung - abgesehen von einer klarstellenden Anmerkung des BGH zum Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit - kaum neue Erkenntnisse. Dennoch ist sie insbesondere zur erneuten Behandlung von klassischen Problemen (in beiden Examen) sehr gut geeignet. Da sie auch das Thema BSE behandelt, das seinerzeit sehr medienwirksam diskutiert wurde, kann davon ausgegangen werden, dass diese Entscheidung - wenn auch wohl in vereinfachter Form - zum Gegenstand von Examensaufgaben gemacht werden wird.

Eine Revision kann gem. § 337 StPO nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhe. Eine eigene Beweiswürdigung ist dem Revisionsgericht deshalb verwehrt (Meyer-Goßner, § 337 Rn 15). Da der Tatrichter gem. § 261 StPO in seiner Beweiswürdigung frei ist, darf das Revisionsgericht dessen Beweiswürdigung nicht einfach durch eine eigene ersetzen (BGHSt 10, 208, 210; Meyer-Goßner, § 337 Rn 26). Deshalb unterliegt die Beweiswürdigung des Tatrichters auch nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht: Dieses prüft nur, ob die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist, was der Fall ist, wenn sie widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder erkennen lässt, dass der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat (BGH, StV 1986, 421; wistra 2008, 22; Meyer-Goßner, § 337 Rn 26 ff.). Im vorliegenden Fall konnte der BGH allerdings wegen Lücken in der Beweiswürdigung und überspannten Anforderungen an die Verurteilungsgewissheit eine rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung feststellen.

Der Betrug gem. § 263 I StGB setzt die Absicht des Täters voraus, sich oder einen Dritten rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern. Die Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung ist dann gegeben, wenn diese die Kehrseite des Vermögensschadens beim Op-

fer darstellt, was dann der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168; Krey/Hellmann, BT II, Rn 492). Problematisch ist die Stoffgleichheit vor allem in den sog. "Provisionsvertreterfällen", in denen der Täter als Vertreter eines Auftraggebers auftritt und das Opfer durch eine Täuschung zum Abschluss eines dieses schädigenden Vertrages bewegt. Hier ist eine Stoffgleichheit der vom Täter beabsichtigten Eigenbereicherung (bzgl. der Provision, die der Täter für den Vertragsabschluss von seinem Auftraggeber erhalten will) und dem Schaden beim Opfer schon deshalb nicht gegeben, weil der Täter die begehrte Bereicherung nicht aus dem geschädigten Vermögen (des Opfers) erhalten will, sondern aus dem Vermögen eines Dritten (seines Auftraggebers). Diese Fälle lassen sich jedoch lösen, indem man auf die Drittbereicherungsabsicht des Täters bzgl. seines Auftraggebers abstellt, da dessen Bereicherung (durch Begründung eines Zahlungsanspruches gegen das Opfer) stoffgleich ist.

Das Landgericht hatte im vorliegenden Fall eine Stoffgleichheit zwischen dem Schaden bei den Käufern des möglicherweise verseuchten Tierfetts (durch Zahlung eines überhöhten Kaufpreises) und der vom Angeklagten S erstrebten Eigenbereicherung abgelehnt, da die Zahlungen der Käufer nicht direkt an ihn, sondern an einen Zweckverband geflossen seien und S nur entsprechende Tantiemen erhalten wollte, diese aber nicht von den Käufern, sondern vom Zweckverband. Der BGH stellt klar, dass allerdings eine Absicht der Täters bzgl. einer stoffgleichen Drittbereicherung des Zweckverbandes gegeben sei.

Gem. § 263 III 2 Nr. 1 StGB stellt es in der Regel insbesondere dann einen besonders schweren Fall des Betruges dar, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter sich aus der wiederholten Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen möchte (BGH, NStZ 2004, 265, 266; NStZ-RR 2006, 106; Fischer, § 263 Rn 120, Vor § 52 Rn 62; Schönke/Schröder-Cramer/Perron/Stree/Sternberg-Lieben, § 263 Rn 188a, Vorbem §§ 52 ff. Rn 95). Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass bei einem Betrug, bei dem der Täter nur in der Absicht (stoffgleicher) Drittbereicherung handelt, diese Absicht zwar zur Verwirklichung des Tatbestandes ausreicht. Da die Gewerbsmäßigkeit jedoch die Absicht des Täters voraussetzt, sich selbst eine Einnahmequelle zu verschaffen, könne eine solche bei einer reinen Drittbereicherungsabsicht nicht vorliegen.

Schließlich befasst sich der BGH am Rande auch noch (bzgl. der Angeklagten Sch und H) mit der Abgrenzung von (Mit-) Täterschaft und Teilnahme. Nach der

herrschenden Literatur ist derjenige Mittäter, der die Tatherrschaft innehat, also die Zentralgestalt des Geschehens ist und dieses planvoll lenkend in den Händen hielt (LK-Roxin, § 25 Rn 36; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor §§ 25 ff. Rn 61 ff.; Jescheck/Weigend, AT § 16 V; Wessels/Beulke, AT, Rn 512 ff.). Die Rechtsprechung hingegen nimmt eine Täterschaft dann an, wenn ein Täterwille (animus auctoris) gegeben ist; Täter ist also, wer die Tat "als eigene" will. Als Indizien hierfür zieht der BGH - auch im vorliegenden Fall - den Grad des Interesses am Taterfolg, aber auch den Umfang der Beteiligung, aber auch die Tatherrschaft oder zumindest den Willen zur Tatherrschaft heran (BGHSt 49, 166; BGH, NStZ-RR 2002, 74; JZ 2003, 575, 579). Während das LG ein eigenes Interesse von Sch und H nicht gesehen und deshalb eine Mittäterschaft verneint hatte, deutet der BGH an, dass deren Interesse am Erhalt der Arbeitsplätze unter Umständen schwer wiegend genug sein könnte, um einen Täterwillen zu begründen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur revisionsrechtlichen Überprüfung einer Beweiswürdigung: *BGHSt* 10, 208; *BGH*, NStZ 1983, 277; 1984, 180; 1985, 15; 1988, 212; StV 1986, 421; *wistra* 2008, 22; *Pelz*, NStZ 1993, 362

□ Zur Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung beim Betrug: *BGHSt* 6, 115; 21, 384; *BGH*, NStZ 2003, 264; *Lipps*, NJW 1989, 503; *Saliger/Sinner*, NJW 2005, 1073; *Seier*, NZV 1995, 34

□ Zur Gewerbsmäßigkeit: *BGH*, NStZ 1995, 85; 1998, 98; 2004, 265; NStZ-RR 2006, 100; *Franzheim*, JR 1982, 260

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Betrug gem. § 263 I StGB setzt keine Absicht des Täters voraus, sich selbst zu bereichern, es reicht die Bereicherung eines Dritten. Allerdings hat der Täter gewerbsmäßig i.S.v. § 263 III 2 Nr. 1 StGB nur dann gehandelt, wenn ihm aus den betrügerisch erlangten Geldern eigene Vorteile zufließen sollten.

Sachverhalt:

Der Angeklagte S war Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Fa. T. (künftig: T.), der Angeklagte Sch war deren Fuhrparkleiter und der Angeklagte H stellvertretender Fuhrparkleiter. Nach dem Auftreten der Rindererkrankung BSE in Deutschland musste ab dem 1. Oktober 2000 spezifiziertes Risikomaterial (SRM) von Tieren (z. B. Schädel nebst Gehirn und

Augen und Rückenmark von über zwölf Monate alten Rindern) auf den Schlachthöfen blau gefärbt und in besonderen Tierkörperbeseitigungsanstalten verbrannt werden. Auf Anweisung des Angeklagten S sollen die Angeklagten Sch und H dafür gesorgt haben, dass nicht blau eingefärbtes SRM in der Tierkörperbeseitigungsanstalt R. verarbeitet wurde. Daraus gewonnenes Tierfett wurde mit insgesamt 39 Ratenlieferungsverträgen an sieben gutgläubige Kunden veräußert, die dieses Tierfett nicht gekauft hätten, wenn sie gewusst hätten, dass hierfür spezifiziertes Risikomaterial verarbeitet worden war, und die den Kaufpreis für Tierfett aus risikomaterialfreier Rohware zahlten, während Tierfett aus SRM enthaltendem Rohmaterial keinen oder nur einen deutlich geringen Verkaufswert hatte.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf des Betrugs freigesprochen. Dagegen richten sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft mit der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben bereits mit der Sachrüge Erfolg, so dass es auf die Begründetheit der Verfahrensrüge nicht ankommt.

I. Inhalt der Anklage und Entscheidung des Landgerichts

[2] Die Anklage der Staatsanwaltschaft hatte den Angeklagten gemeinschaftlich und gewerbsmäßig begangenen Betrug in 39 Fällen im Zeitraum vom 3. Januar 2001 bis zum 8. März 2002 zur Last gelegt. [...]

[3] Das Landgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass dem Angeklagten S die Verarbeitung von SRM in R. bekannt gewesen sei. Auch hat es eine Stoffgleichheit zwischen einem möglicherweise vom Angeklagten S erstrebten Vorteil mit dem Schaden der Käufer verneint. Die Angeklagten Sch und H hat es wegen fehlenden eigenen Tatinteresses nur der Beihilfe für überführt gehalten und sie mangels Vorliegens einer Haupttat freigesprochen.

II. Entscheidung des BGH

[4] Die Freisprüche halten sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Angeklagter S

a) Zur revisionsrechtlichen Überprüfung einer tatrichterlichen Beweiswürdigung

[5, 6] Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei oder sieht er von einer weiterreichenden Verurteilung ab, weil er Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Dieses hat insoweit nur zu beurteilen, ob dem Tatrichter bei der Beweis-

würdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt worden sind (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ-RR 2005, 147; 2004, 238). Aus den Urteilsgründen muss sich auch ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11; Beweiswürdigung, unzureichende 1; BGH NStZ 1983, 133; 2002, 48; BGH NStZ-RR 2000, 45; 2004, 238).

b) Zum Vorliegen von revisionsrechtlich relevanten Fehlern im vorliegenden Fall

[7] Die Beweiswürdigung in dem angefochtenen Urteil weist mehrere Rechtsfehler auf.

aa) Zur Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung

[8] Die Beweiswürdigung ist lückenhaft, weil das Landgericht wesentliche Ergebnisse der Beweisaufnahme bei seiner Überzeugungsbildung unberücksichtigt gelassen hat. Das Landgericht vermochte nicht festzustellen, dass dem Angeklagten S bekannt war, dass in der Tierkörperbeseitigungsanstalt R. im festgestellten Umfang SRM verarbeitet worden ist. Zwar habe der Mitangeklagte H bei seiner Vernehmung bei der Kriminalinspektion W. bekundet, dass S vom ersten Tag an gewusst habe, dass das SRM von der Großschlachtereier Si. nicht blau eingefärbt gewesen sei. S habe angeordnet, sämtliches nicht blau eingefärbtes Material als SRM-frei in R. zu verarbeiten. Warum das Landgericht diese Aussage nicht geglaubt hat, ergeben die Urteilsgründe nicht. Das Urteil verhält sich nicht zur Glaubwürdigkeit des Mitangeklagten H.

[9] Gegen die Unglaubwürdigkeit des Mitangeklagten H spricht, dass das Landgericht die von diesem Angeklagten bekundeten Vorfälle und Umstände uneingeschränkt seinen Feststellungen zu Grunde gelegt hat. So hat das Landgericht auch den von ihm bekundeten Vorfall von Anfang Januar 2001 als erwiesen angesehen. Danach war er gerade damit beschäftigt, einen Container, der von dem Schlachthof Si. kam und nicht erkennbar blau gefärbtes SRM enthielt, für den Abtransport nach Sa. (wo SRM entsorgt wurde) umzuladen, als der Angeklagte S hinzukam und fragte, was er mache. S sagte anschließend zu den Mitangeklagten Sch und H, sie sollten nicht so viel Material wegfahren. Alles, was nicht blau eingefärbt sei, werde in R. verarbeitet. Das Landgericht hat gemeint, es bedürfe objektiver Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte S bei der Erteilung dieser Anweisung das Material als SRM erkannt und dennoch die unzulässige Verarbeitung in R. angeordnet habe. Solche hat es in den fest-

gestellten Umständen nicht gefunden (dazu unter bb).

[10] Das Landgericht hat dabei jedoch die Aussage des Zeugen M nicht bedacht. Danach gab es um die Jahreswende 2000/2001 eine Besprechung mit dem Angeklagten S, weil in Sa. nicht sämtliches SRM blau eingefärbt gewesen sei. Man habe abgesprochen, das Material noch einzufärben, da man davon ausgegangen sei, die Farbe sei noch im Endprodukt nachweisbar. Dem Angeklagten S war danach positiv bekannt, dass nicht alles SRM blau eingefärbt war, die Einfärbung also nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde. Wenn er dennoch die Anweisung gab, alles nicht blau eingefärbte Material in R. zu verarbeiten, legte dies seinen (zumindest bedingten) Vorsatz nahe, dort SRM zu verarbeiten.

bb) Zum Vorliegen überspannter Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung

[11] Die Erwägungen, mit denen das Landgericht objektive Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Angeklagten S von der Verarbeitung von SRM in R. verneint hat, lassen besorgen, dass es überspannte Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung gestellt hat. Darüber hinaus fehlt eine Gesamtwürdigung aller Indizien, die für eine Kenntnis des Angeklagten S sprechen könnten. Das Landgericht hat vielmehr jedes festgestellte Indiz einzeln abgehandelt und verneint, dass es jeweils die Kenntnis belegt. Zum Teil hat es dabei auf fernliegende Erwägungen abgestellt.

[12] Dies gilt beispielhaft für die Argumentation, mit der das Landgericht dem Vorfall mit dem Angeklagten H Anfang Januar 2001 in R. eine Beweisbedeutung abgesprochen hat. Nach den Feststellungen war der Angeklagte S Fachmann und unangefochtener Leiter der T., der Mitgeschäftsführer K durfte sich nicht in den praktischen Betrieb "einmischen". S kannte alle Vorschriften, hatte Einsicht in alle relevanten Vorgängen. Er wusste zumindest seit dem Gespräch mit M, dass nicht alles SRM blau eingefärbt war. Dass der Angeklagte nicht erkannt haben könnte, was in der Mulde in R. lag und von H umgeladen wurde, war danach ausgesprochen fernliegend, zumal die Mitangeklagten H und Sch die Anweisung, alles nicht eingefärbte Material in R. zu verarbeiten, nach den Umständen ohne weitere Nachfrage auf SRM bezogen.

[13] Soweit das Landgericht meint, dem Schreiben des Angeklagten Sch vom 16. Januar 2001 Anhaltspunkte dafür entnehmen zu können, dass der Angeklagte S auf eine ordnungsgemäße Trennung des SRM vom sonstigen Material vertrauen durfte, ist die Beweiswürdigung lückenhaft bzw. widersprüchlich. Der Angeklagte S hatte die Forderung von Sch und H nach weiterem Personal und weiteren Lkws zur ordnungsgemäßen Trennung des Rohmaterials abgelehnt. Es bedurfte daher der Erörterung, ob das im Schreiben vom 16. Januar 2001 erwähnte Personal tatsächlich

zusätzlich ab dem 11. Januar 2001 zur Überwachung eingesetzt wurde. Angesichts der Gesamtumstände wäre auch der Hintergrund, warum es zu diesem Schreiben kam, näher darzulegen gewesen. Es drängt sich auf, dass der Angeklagte S ein solches Schreiben erfordert haben könnte, um sich damit für frühere Vorfälle entlasten zu können.

[14] Hinsichtlich des Vorfalls vom 5. Juli 2001 und des Vermerks des Zeugen D vom 27. Juli 2001 sind die Urteilsgründe insoweit lückenhaft, als schon nicht erkennbar ist, welche Funktionen die Zeugen Schr, Me und D ausübten. Auch wird nicht mitgeteilt, wer am 5. Juli 2001 SRM in der Mulde von R. gefunden hat. Falls etwa ein Veterinär, ein Behördenmitarbeiter oder der Mitgeschäftsführer diese Feststellung getroffen hätten, war eine Information des Landesuntersuchungsamtes und eine erneute Reinigung der Anlage für die Angeklagten möglicherweise unumgänglich. Auch fehlt die Feststellung, wer den Zeugen D mit der Kontrolle der Wiegedaten beauftragt hat. Dass der Angeklagte von der Überprüfung und dem Ergebnis der Kontrolle keine Kenntnis gehabt haben könnte, lag angesichts seiner Position in der T. nicht nahe.

[15] Der Rat des Angeklagten S an den Mitgeschäftsführer K, die Unterlagen, die Unstimmigkeiten bei der Verarbeitung von SRM ergaben, zu vernichten, mag zwar nicht allein die Kenntnis von regelmäßiger SRM-Verarbeitung in R. belegen. Ihm kam aber im Zusammenhang mit den übrigen Indizien erhebliche Beweisbedeutung zu, was das Landgericht verkannt hat.

[16] Dem Umstand, dass der Angeklagte es dem Landesuntersuchungsamt selbst gemeldet hat, wenn einem Veterinär SRM in der Mulde von R. aufgefallen war, kommt entgegen der Auffassung des Landgerichts ebensowenig entlastende Bedeutung zu wie der Tatsache, dass er zur Firma V. fuhr, um die dortige Vermischung von SRM und SRM-freiem Material zu beenden. In diesen Fällen, in denen die SRM-Verarbeitung außenstehenden Dritten bekannt geworden war, ließ sie sich ersichtlich nicht mehr verheimlichen, so dass entsprechende Maßnahmen ergriffen werden mussten, um äußerlich den Anschein einwandfreier Verarbeitung von Rohmaterial zu wahren.

c) Zum Vorliegen einer (Dritt-) Bereicherungsabsicht des Angeklagten S

[17] Auch die rechtlichen Erwägungen, auf die das Landgericht den Freispruch gestützt hat, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[18] Der Betrug setzt keine Absicht des Täters voraus, sich selbst zu bereichern, es reicht die Bereicherung eines Dritten. Die Käufer haben für wertloses oder minderwertiges Tierfett einen überhöhten Betrag gezahlt. Dieser Betrag ist nach den Urteilsfeststellungen an den Zweckverband geflossen, dieser ist dadurch bereichert worden. Die Stoffgleichheit von Schaden

und Vermögensvorteil ist daher gegeben.

[19] Auf die vom Landgericht erörterte Motivation des Angeklagten kommt es für die Frage täterschaftlichen Betrugs nicht an. Allerdings hat der Angeklagte gewerbsmäßig nur dann gehandelt, wenn ihm aus den betrügerisch erlangten Geldern eigene Vorteile zufließen sollten. Soweit das Landgericht verneint hat, dass dem Angeklagten aus seinem Tun wirtschaftliche Vorteile zugeflossen sind oder er dies erstrebt hat, halten die diesbezüglichen Urteilsgründe rechtlicher Nachprüfung ebenfalls nicht stand.

[20] Die Urteilsfeststellungen, wonach bei ordnungsgemäßer Entsorgung des SRM die Tantiemberechnung der T. lediglich eine um 1334,42 DM geringere Tantieme ergeben hätte, sind nicht nachvollziehbar belegt. Den Urteilsgründen ist weder die vertragliche Grundlage der Tantiemenzahlung mit ausreichender Klarheit zu entnehmen, noch lässt sich nachvollziehen, ob die Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft M. T. GmbH bei der Alternativberechnung des Tantiemenanspruchs von richtigen Ausgangswerten ausgegangen ist. Zweifel an der Feststellung, dass die Tantieme bei ordnungsgemäßer Entsorgung praktisch gleich geblieben wäre, ergeben sich bereits daraus, dass nach den Urteilsfeststellungen die Tantieme ergebnisabhängig war und sich insbesondere daran orientierte, in welchem Umfang die T. Erlöse erwirtschaftete, und dass der Angeklagte nach der Aussage des Zeugen H immer Wert auf Gewinnerzielung legte. Nach den Feststellungen erhielt der Angeklagte im Übrigen außer der anteiligen Tantieme eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 80.000 DM. Die Urteilsgründe verhalten sich nicht dazu, auf welcher

Grundlage diese Gewinnbeteiligung ermittelt wurde und wie sie sich in dem Falle entwickelt hätte, dass SRM-Material ordnungsgemäß entsorgt worden wäre.

2. Angeklagte Sch und H

a) Zum Vorliegen einer teilnahmefähigen Haupttat bei S im Falle einer Strafbarkeit von Sch und H wegen Teilnahme

[21, 22] Der Freispruch der Angeklagten Sch und H hat schon deshalb keinen Bestand, weil das Landgericht eine Haupttat des Angeklagten S mit rechtsfehlerhafter Begründung verneint hat.

b) Zur Verneinung der Täterschaft von Sch und H durch das Landgericht

[23] Aber auch die Erwägungen, mit denen das Landgericht ein eigenes Tatinteresse der Angeklagten Sch und H verneint hat, halten jedenfalls unter der bisherigen Annahme des Tatrichters, dass der Angeklagte S nichts von der Verarbeitung von SRM wusste, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Landgericht hat zutreffend gesehen, dass die Angeklagten aus Angst um ihren Arbeitsplatz gehandelt haben können. Ein ganz erhebliches Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes zeigt der vom Landgericht festgestellte Umstand, dass beide im Tatzeitraum ohne besondere Vergütung erhebliche Überstunden geleistet haben. Warum das Landgericht dennoch dieses Interesse nicht für so gewichtig gehalten hat, dass die Angeklagten auch die Tat als eigene gewollt hätten, ist nicht nachvollziehbar dargelegt.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Einsatz von Wahlcomputern**

BVERFG, URTEIL VOM 03.03.2009

2 BvC 3/07; 2 BvC 4/07

(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Rahmen von zwei Wahlprüfungsbeschwerden zu klären, ob der Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten (auch Wahlcomputer genannt) bei der Bundestagswahl 2005 verfassungsgemäß war.

A. Das BVerfG leitet aus Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 20 I GG den sog. "Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl" ab. Dieser besagt, dass die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können müssen. Dieser Grundsatz unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt. Vielmehr lassen sich Eingriffe nur verfassungsimmanent, d.h. durch andere verfassungsrechtliche Belange rechtfertigen.

B. § 35 BWG lässt in Abs. 1 den Einsatz von Wahlcomputern grds. zu. Darüber hinaus ermächtigt die Norm in Abs. 3 zum Erlass einer Verordnung, die den Einsatz von Wahlgeräten genauer regelt. Auf dieser Grundlage ist die Bundeswahlgeräteverordnung (BWahlGV) ergangen.

I. Das BVerfG geht davon aus, dass dem Gesetzgeber nach Art. 38 III GG das Recht zusteht, die Einzelheiten der Wahl näher zu regeln. Dieses Ausgestaltungsrecht erstreckt sich auch auf die technische Abwicklung der Wahl. Dass in § 35 I BWG überhaupt Wahlcomputer zugelassen werden, liege innerhalb des dem Gesetzgeber einzuräumenden Gestaltungsspielraums. Gleiches gelte für die Übertragung der Einzelheiten auf den Ordnungsgeber, weil § 35 III BWG Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung mit hinreichender Bestimmtheit festlege.

II. Allerdings sei die BWahlGV in ihrer vorliegenden Form verfassungswidrig, weil sie nicht sicherstelle, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den unter A. genannten Voraussetzungen des Grundsatzes der "Öffentlichkeit der Wahl" genügen. Das BVerfG stellt zunächst fest, dass aus dem Grundsatz der "Öffentlichkeit der Wahl" besonders strenge Anforderungen für den Einsatz von Wahlcomputern folgen. Während bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln Wahlfälschungen nur mit erhebli-

chem Einsatz und unter hohem Entdeckungsrisiko möglich seien, seien Fehlerhaftigkeit oder gar Manipulation der Software bei elektronischen Wahlgeräten leicht möglich und nur schwer erkennbar. Die große Breitenwirkung möglicher Fehler oder gezielter Wahlfälschungen gebiete besondere Vorkehrungen. Die bei der Bundestagswahl 2005 eingesetzten und von der Bundeswahlgeräteverordnung zugelassenen Geräte genügten diesen Anforderungen nicht. Insbesondere konnten Bürger ohne fachmännische Computerkenntnisse nicht mehr nachvollziehen, ob und wie die eigene Stimme als Grundlage für die Auszählung unverfälscht erfasst wurde.

C. Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs in die "Öffentlichkeit der Wahl" durch kollidierendes Verfassungsrecht sieht das BVerfG nicht.

I. Der Gesetzgeber hatte einen besseren Ausschluss unbewusst falscher Stimmzettelkennzeichnungen und unbeabsichtigter Zählfehler angeführt. Dies seien legitime Ziele, so das BVerfG, die jedoch unter Abwägung mit dem Grundsatz der "Öffentlichkeit der Wahl" nicht den völligen Verzicht auf jegliche Art der Nachvollziehbarkeit des Wahlakts rechtfertigen könnten.

II. Auch der weiter angeführte Grundsatz der geheimen Wahl und das Interesse an einer raschen Klärung der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages kämen als taugliche Schranke nicht in Betracht. Von Verfassungs wegen sei nicht gefordert, dass das Wahlergebnis kurz nach Schließung der Wahllokale vorliegen müsse. Zudem hätten die vergangenen Bundestagswahlen gezeigt, dass auch ohne den Einsatz von Wahlgeräten das vorläufige amtliche Endergebnis der Wahl regelmäßig innerhalb weniger Stunden ermittelt werden könne.

D. Abschließend stellt das Gericht fest, dass infolge des Einsatzes unzulässiger Wahlcomputer nicht etwa die Bundestagswahl 2005 insgesamt oder in den betroffenen Wahlkreisen ungültig sei. Das Interesse am Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit der Bundeswahlgeräteverordnung zusammengesetzten Volksvertretung überwiege den Wahlfehler.

Prüfungsrelevanz:

Das Staatsverfassungsrecht gehört in allen Bundeslän-

dern zum Pflichtfachstoff für das erste und - jedenfalls in seinen Grundzügen - auch für das zweite juristische Staatsexamen. Dass eine Entscheidung wie die Vorliegende, die nicht nur in der juristischen Fachwelt viel beachtet worden ist, zum Gegenstand von Examensaufgaben und/oder mündlichen Prüfungsgesprächen gemacht werden wird, liegt auf der Hand.

Aus dem Urteil des BVerfG wird allgemein das faktische Ende der Wahlcomputer abgeleitet, obwohl das Gericht mehrfach betont, dass der Einsatz von Wahlcomputern von Verfassungs wegen nicht von vornherein ausgeschlossen sei. Zwar nennt das BVerfG in seinem Urteil ausdrücklich verfassungskonforme Alternativen. Eine hinreichende Kontrolle und Nachvollziehbarkeit soll beispielsweise bei Wahlcomputern gegeben sein, die zusätzlich zur elektronischen Erfassung der Stimme ein für den jeweiligen Wähler sichtbares Papierprotokoll der abgegebenen Stimme ausdrucken, das vor der endgültigen Stimmabgabe kontrolliert werden kann und anschließend zur Ermöglichung der Nachprüfung gesammelt wird. In Ordnung seien auch Systeme, bei denen die Wähler einen Stimmzettel kennzeichnen und die getroffene Wahlentscheidung gleichzeitig (etwa mit einem "digitalen Wahlstift") oder nachträglich (z.B. durch einen Stimmzettel-Scanner) elektronisch erfasst wird. Da die Wahlcomputer die Papierform aber gerade ersetzen sollen, erscheinen diese Möglichkeiten in praxi wenig reizvoll.

Prozessual war das BVerfG mit den dargestellten Rechtsfragen im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nach § 13 Nr. 3, § 48 BVerfGG befasst. Darin prüft das Gericht nicht nur die Einhaltung der Vorschriften des Bundeswahlrechts durch die zuständigen Wahlorgane und den Deutschen Bundestag, sondern auch, ob die den Wahlhandlungen zugrunde liegenden Vorschriften des Bundeswahlgesetzes verfassungsgemäß sind (vgl. BVerfGE 16, 130 [135 f.]; BVerfG, NVwZ 2008, S. 991 [992]). Diese Prüfung erstreckt sich auch auf die Gültigkeit von Rechtsverordnungen wie der Bundeswahlgeräteverordnung.

Vertiefungshinweise:

- Einsatz von Wahlcomputern: *HessStGH*, DÖV 2008, 1013; *Schiedermair*, JZ 2007, 162
- Zur Öffentlichkeit der Wahl: *BVerfG*, NVwZ 2008, 991
- Gesetzgeberischer Ausgestaltungsspielraum nach Art. 38 III GG: *BVerfGE* 3, 19 [24]; 59, 119 [124]; 95, 335 [349]
- Rechtsprechung zur 5%-Sperrklausel: *BVerfGE* 95, 408; *BVerfG*, RA 2005, 384 = NVwZ 2005, 568; RA 2003, 473 = DVBl 2003, 929; *VerfGH NRW*, RA 1999, 361 und 534 = DVBl 1999, 1271

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Wer die Wahl hat..."
- Examenskurs*: "Krampf mit dem Wahlkampf"

Leitsätze:

- 1. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen.**
- 2. Beim Einsatz elektronischer Wahlgeräte müssen die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können.**

Sachverhalt:

Bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag 2005 gaben etwa zwei Millionen Wahlberechtigte ihre Stimmen über rechnergesteuerte Wahlgeräte (sog. Wahlcomputer) ab. Diese Wahlcomputer werden über einen Mikroprozessor und ein Softwareprogramm gesteuert. Die abgegebenen Stimmen werden ausschließlich auf einem elektronischen Speicher abgelegt und am Ende des Wahltages elektronisch ausgezählt. Anschließend zeigt das Wahlgerät die für die jeweiligen Wahlvorschläge insgesamt abgegebenen Stimmen an; die Ergebnisse können über einen im Wahlgerät integrierten Drucker ausgedruckt werden.

Gesetzliche Grundlage dieses Verfahrens ist § 35 BWG, der in Abs. 1 den Einsatz der Wahlcomputer grundsätzlich ermöglicht und in III eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung zu Regelung der Einzelheiten enthält. Die auf dieser Grundlage erlassene Bundeswahlgeräteverordnung (BWahlGV) regelt im Überblick Folgendes:

Alle Wahlgeräte benötigen eine Bauartzulassung und eine Verwendungsgenehmigung (§ 1 BWahlGV). Eine Bauartzulassung wird nur erteilt, wenn das Wahlgerät den technischen Richtlinien für die Bauart von Wahlgeräten nach Anlage 1 zur BWahlGV entspricht. Genehmigt wird nur der Einsatz solcher Wahlgeräte, die nach Bestimmung des Wahltages an Hand der Bedienungsanleitungen und Wartungsvorschriften überprüft worden sind und deren Funktionstüchtigkeit festgestellt worden ist (§ 7 I 1 BWahlGV). Die Gemeindebehörde hat die Wahlvorsteher und ihre Stellvertreter vor der Wahl mit den Wahlgeräten vertraut zu machen und sie in die Bedienung einzuweisen (§ 7 III BWahlGV). Der Wahlvorstand hat vor dem Beginn der Stimmabgabe u.a. festzustellen, dass die Zähl- und Speichervorrichtungen auf Null stehen (§ 10 I Nr. 3 BWahlGV), und das benötigte Wahlgerät zu verschließen (§ 10 II BWahlGV). Vor dem Ablesen der von

einem Wahlgerät gezählten Stimmen sind die Anzahl der Stimmabgabevermerke im Wählerverzeichnis und die Zahl der eingenommenen Wahlscheine zusammenzuzählen und mit der Zahl der angezeigten Stimmen zu vergleichen (§ 13 BWahlGV). Stimmt die Summe der angezeigten Zählergebnisse nicht mit der angezeigten Zahl der insgesamt abgegebenen Stimmen überein, so hat der Wahlvorstand die Verschiedenheit darzustellen und in der Wahl Niederschrift zu vermerken (§ 14 V BWahlGV). Die Geräte sind gegen den Zugang Unbefugter während und nach der Wahl zu sichern, bis der Landeswahlleiter die Sperrung und Versiegelung der Wahlgeräte und der Stimmenspeicher aufgehoben hat (§§ 16 II, 17 III BWahlGV). Auch Wähler W hat bei der Bundestagswahl 2005 seine Stimme an einem solchen Wahlcomputer abgegeben. Er meint, als computertechnischer Laie könne er nicht kontrollieren, ob seine Stimme überhaupt gezählt worden sei, und wenn ja, ob sie richtig erfasst worden sei. Der Computer könne ebenso gut ein Fantasieergebnis auswerfen, der Wähler könne nur glauben, was ihm berichtet werde. Eine Kontrolle, etwa durch Nachzählen der Wahlzettel, sei ohne Papierform unmöglich.

Der Bundeswahlleiter hingegen verweist darauf, dass durch die notwendigen Bauartzulassungen und Verwendungsgenehmigungen ein ordnungsgemäßes technisches Funktionieren der Wahlcomputer gewährleistet sei. Die gleiche Sicherheit bestehe hinsichtlich ihrer Bedienung nach der vorgeschriebenen Einweisung. Im Gegenteil, unter Verwendung der Computer gebe es wesentlich weniger Fehler als beim manuellen Auszählen der Wahlzettel. Auch Irrtümer bei den Wählern selbst würden vermieden, weil der Computer ihnen die Wahlentscheidung anschaulicher vor Augen führe als ein von manchen als unübersichtlich empfundener Wahlzettel. Im übrigen beschleunige sich das Auszählen, sodass das Wahlergebnis wesentlich schneller feststehe.

Ist der Einsatz von Wahlcomputern in der durch § 35 BWG i.V.m. der BWahlGV geregelten Form verfassungsgemäß?

Lösung:

Der Einsatz von Wahlcomputern in der durch § 35 BWG i.V.m. der BWahlGV geregelten Form könnte gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 I 1 GG i.V.m. Art. 20 I GG verstoßen. Dann müsste ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich desselben vorliegen.

A. Eingriff in den Schutzbereich

Fraglich ist zunächst, ob der Einsatz von Wahlcomputern in der durch § 35 BWG i.V.m. der BWahlGV geregelten Form in den Schutzbereich des "Grundsatzes

der Öffentlichkeit der Wahl" eingreift.

[Anm.: Wie die folgende Prüfung zeigen wird, lassen sich die Elemente "Schutzbereich" und "Eingriff" hier - wie zumeist bei normgeprägten Grundrechten (dazu unten mehr) - kaum trennen. Deshalb ist es zweckmäßig, sie zusammen zu prüfen.]

I. Schutzzumfang

Das BVerfG leitet dessen Inhalt zunächst ausführlich her:

"[106] Die Öffentlichkeit der Wahl ist Grundvoraussetzung für eine demokratische politische Willensbildung. Sie sichert die Ordnungsgemäßheit und Nachvollziehbarkeit der Wahlvorgänge und schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für begründetes Vertrauen der Bürger in den korrekten Ablauf der Wahl. Die Staatsform der parlamentarischen Demokratie, in der die Herrschaft des Volkes durch Wahlen mediatisiert, also nicht dauernd unmittelbar ausgeübt wird, verlangt, dass der Akt der Übertragung der staatlichen Verantwortung auf die Parlamentarier einer besonderen öffentlichen Kontrolle unterliegt. Die grundsätzlich gebotene Öffentlichkeit im Wahlverfahren umfasst das Wahlvorschlagsverfahren, die Wahlhandlung (in Bezug auf die Stimmabgabe durchbrochen durch das Wahlgeheimnis) und die Ermittlung des Wahlergebnisses (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 991 [992] m.w.N.)."

[107] Grundlage der Öffentlichkeit der Wahl bilden die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat (Art. 38 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG). [...]

[111] Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei kommt der Kontrolle der Wahlhandlung und der Ermittlung des Wahlergebnisses eine besondere Bedeutung zu.

[112] Ein Wahlverfahren, in dem der Wähler nicht zuverlässig nachvollziehen kann, ob seine Stimme unverfälscht erfasst und in die Ermittlung des Wahlergebnisses einbezogen wird und wie die insgesamt abgegebenen Stimmen zugeordnet und gezählt werden, schließt zentrale Verfahrensbestandteile der Wahl von der öffentlichen Kontrolle aus und genügt daher nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen."

II. Regelungs- und Ausgestaltungsrecht des Gesetzgebers

Der Schutzbereich des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl ist jedoch andererseits wegen der Regelungsermächtigung in Art. 38 III GG stark normgeprägt. Das heißt, nicht jede gesetzliche Regelung des Wahlsystems ist ein Schutzbereichseingriff. Vielmehr

wird der Schutzbereich auch und gerade durch die Gesetze geprägt. Dieser Gestaltungsspielraum umfasst - wie das BVerfG herausstellt - auch die technische Abwicklung der Wahl:

“[115] Es ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, zu regeln, wie die Nachvollziehbarkeit der wesentlichen Schritte des Wahlverfahrens sichergestellt wird. Art. 38 III GG ermächtigt und verpflichtet den Gesetzgeber, die Einzelheiten der Ausgestaltung des Wahlrechts (insbesondere Wahlsystem und Wahlverfahren) und der Einhaltung der Wahlrechtsgrundsätze festzulegen (vgl. Magiera, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 38 Rn. 106 ff., 113 ff.). Dem Regelungsauftrag aus Art. 38 III GG unterfällt auch die Gestaltung der technischen Aspekte des Wahlvorgangs (vgl. Morlok, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 127) und damit die Entscheidung über einen Einsatz von Wahlgeräten und die Festlegung der näheren Voraussetzungen für deren Einsatz. Einzelheiten dürfen im Wege einer Rechtsverordnung aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung geregelt werden (vgl. Magiera, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 38 Rn. 114).

[116] Dem Gesetzgeber steht bei der Konkretisierung der Wahlrechtsgrundsätze ein weiter Entscheidungsspielraum zu, innerhalb dessen er entscheiden muss, ob und inwieweit Abweichungen von einzelnen Wahlrechtsgrundsätzen im Interesse der Einheitlichkeit des ganzen Wahlsystems und zur Sicherung der mit ihm verfolgten staatspolitischen Ziele gerechtfertigt sind (vgl. BVerfGE 3, 19 [24 f.]; 59, 119 [124]; 95, 335 [349]). Das Bundesverfassungsgericht prüft nur nach, ob der Gesetzgeber sich in den Grenzen des ihm vom Grundgesetz eingeräumten Gestaltungsspielraums gehalten oder ob er durch Überschreitung dieser Grenzen gegen einen verfassungskräftigen Wahlgrundsatz verstoßen hat. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, darüber zu befinden, ob der Gesetzgeber innerhalb seines Ermessensbereichs zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (vgl. BVerfGE 59, 119 [125]).”

III. Subsumtion

Fraglich ist danach, ob die in §§ 35 BWG i.V.m. der BWahlGV enthaltenen Regelungen noch Teil der Regelungs- und Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers aus Art. 38 III GG sind, oder ob sie bereits die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 38 i.V.m. Art. 20 I, II GG verkürzen. Diesbezüglich ist zwischen der grundsätzlichen Zulassung von Wahlcomputern in § 35 I BWG, der Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung über die Einzelheiten in § 35 III BWG und der entsprechenden Verordnung selbst zu differenzieren:

1. Generelle Zulässigkeit von Wahlcomputern, § 35 I BWG

Das BVerfG verneint einen Schutzbereichseingriff für den grundsätzlichen Einsatz von Wahlcomputern. Es ließen sich durchaus Modelle denken, die den o.g. Anforderungen voll entsprechen, den Schutzbereich der “Öffentlichkeit der Wahl” mithin nicht verkürzen:

“[121] Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, bei den Wahlen elektronische Wahlgeräte einzusetzen, wenn die verfassungsrechtlich gebotene Möglichkeit einer zuverlässigen Richtigkeitskontrolle gesichert ist. Denkbar sind insbesondere Wahlgeräte, in denen die Stimmen neben der elektronischen Speicherung anderweitig erfasst werden. Dies ist beispielsweise bei elektronischen Wahlgeräten möglich, die zusätzlich zur elektronischen Erfassung der Stimme ein für den jeweiligen Wähler sichtbares Papierprotokoll der abgegebenen Stimme ausdrucken, das vor der endgültigen Stimmabgabe kontrolliert werden kann und anschließend zur Ermöglichung der Nachprüfung gesammelt wird. Eine von der elektronischen Stimmerfassung unabhängige Kontrolle bleibt auch beim Einsatz von Systemen möglich, bei denen die Wähler einen Stimmzettel kennzeichnen und die getroffene Wahlentscheidung gleichzeitig (etwa mit einem „digitalen Wahlstift“, vgl. dazu Schiedermaier, JZ 2007, S. 162 [170]) oder nachträglich (z.B. durch einen Stimmzettel-Scanner; vgl. dazu Schönau, Elektronische Demokratie, 2007, S. 51 f.; Khorrami, Bundestagswahlen per Internet, 2006, S. 30) elektronisch erfasst wird, um diese am Ende des Wahltages elektronisch auszuwerten.

[122] Jedenfalls in diesen Fällen ist sichergestellt, dass die Wähler ihre Stimmabgabe beherrschen und das Wahlergebnis von den Wahlorganen oder interessierten Bürgern ohne besonderes technisches Vorwissen zuverlässig nachgeprüft werden kann. Ob es noch andere technische Möglichkeiten gibt, die ein auf Nachvollziehbarkeit gegründetes Vertrauen des Wahlvolks in die Korrektheit des Verfahrens bei der Ermittlung des Wahlergebnisses ermöglichen und damit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl genügen, bedarf hier keiner Entscheidung. [...]

[141] Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass § 35 I BWG Wahlgeräte „anstelle von Stimmzetteln und Wahlurnen“ zulässt. Denn § 35 I BWG schließt mit dieser Formulierung die Zulassung und Verwendung von Wahlgeräten mit Kontrollvorrichtungen, die die Stimmen zusätzlich zur (elektronischen) Erfassung im Wahlgerät in einer vom Wähler kontrollierbaren Weise erfassen, nicht aus. Nach der systematischen Stellung des § 35 I BWG nehmen die Worte „anstelle von Stimmzetteln und Wahlurnen“ Bezug auf das in § 34 BWG normierte herkömmliche Wahlverfahren, bei dem ausschließlich amtliche Stimmzettel und Wahlurnen eingesetzt werden. § 35 I BWG schließt hingegen nicht den Erlass von Vorschriften aus, die Vorrichtungen für eine von der elek-

tronischen Stimmerfassung und Stimmauswertung unabhängige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses vorsehen.“

Somit verstößt die generelle Zulassung von Wahlcomputern in § 35 I BWG schon mangels Eingriffs in den Schutzbereich nicht gegen den Grundsatz der “Öffentlichkeit der Wahl”.

2. Verordnungsermächtigung, § 35 III BWG

Auch die Verordnungsermächtigung in § 35 III BWG halte sich laut BVerfG noch innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben, verkürze diese also nicht: [137] Der parlamentarische Gesetzgeber war nicht verpflichtet, über die in § 35 BWG getroffene Regelung hinaus den Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten zu regeln, da in § 35 BWG die wesentlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte bestimmt sind. Soweit § 35 BWG zum Erlass der Bundeswahlgeräteverordnung ermächtigt, sind Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hinreichend bestimmt geregelt (Art. 80 I 2 GG).

[138] In § 35 I BWG hat der parlamentarische Gesetzgeber die Grundentscheidung für den Einsatz von Wahlgeräten getroffen. Durch die Beschränkung des Einsatzes der Wahlgeräte auf die Erleichterung der Abgabe und Zählung der Stimmen hat der Gesetzgeber das Ziel der Verordnungsermächtigung deutlich bestimmt. Durch die Streichung der Worte „mit selbständigen Zählwerken“ im Jahr 1999 hat er klargestellt, dass § 35 BWG auch den Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte erfasst.

[139] Die grundlegenden Voraussetzungen für den Einsatz der Wahlgeräte sind in § 35 II Sätze 2 bis 5 und III BWG genannt, insbesondere die amtliche Zulassung der Bauart und die amtliche Genehmigung der Verwendung der Wahlgeräte. Von den verfassungsrechtlich garantierten Wahlgrundsätzen wird in § 35 II Satz 1 BWG zwar nur die Geheimhaltung der Stimmabgabe und die Wahrung des Wahlheimnisses ausdrücklich angesprochen. Die anderen Wahlrechtsgrundsätze sind in § 1 I 2 BWG geregelt. Sie gelten damit ohne weiteres auch für den Einsatz von Wahlgeräten bei der Wahl zum Deutschen Bundestag. Schließlich hat der Gesetzgeber in § 35 III Satz 1 Nr. 6 BWG vorgesehen, dass das Bundesministerium des Innern die durch die Verwendung von Wahlgeräten bedingten Besonderheiten im Zusammenhang mit der Wahl regeln kann. Diese Norm bildet nicht nur eine hinreichende normative Grundlage, um den verfassungsrechtlichen Besonderheiten des Einsatzes rechnergesteuerter Wahlgeräte Rechnung zu tragen. Sie lässt auch für den Bürger erkennbar werden, dass eine Wahl mit Wahlgeräten gegenüber der herkömmlichen Urnenwahl mit Modifikationen verbunden sein kann.

Von Verfassungs wegen ist es nicht erforderlich, dass der Inhalt einer Rechtsverordnung in allen Einzelheiten aus der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage ableitbar ist. Der Spielraum, der dem Ordnungsgeber insoweit eingeräumt werden kann, ist auch unter Berücksichtigung der Komplexität der Materie und der Dynamik von Entwicklungsprozessen bei Wahlgeräten zu bemessen. Der parlamentarische Gesetzgeber ist danach von Verfassungs wegen jedenfalls zu detaillierten Regelungen für den Einsatz elektronischer Wahlgeräte nicht verpflichtet.“

Somit ist auch die Verordnungsermächtigung an sich in § 35 III BWG schon mangels Eingriffs in den Schutzbereich nicht verfassungswidrig.

III. Wahlcomputereinsatz nach BWahlGV

Einen Eingriff erblickt das BVerfG allerdings im Einsatz von Wahlcomputern, wie er in der BWahlGV geregelt ist.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben speziell für Wahlcomputer

Zunächst präzisiert das BVerfG speziell für den Einsatz von Wahlcomputern, wo die oben allgemein aufgezeigte Grenze zwischen gesetzgeberischer Ausgestaltungsfreiheit und Eingriff speziell beim Einsatz von Wahlcomputern verläuft. Das Gericht sieht einen wahlrechtsverkürzenden Eingriff danach als gegeben an, wenn eine Nachprüfbarkeit von wesentlichen Schritten der Wahl (z.B. Stimmzählung und Auswertung) für den computertechnischen Laien nicht mehr gegeben ist.

“[118] Beim Einsatz von elektronischen Wahlgeräten müssen die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können. Die Notwendigkeit einer solchen Kontrolle ergibt sich nicht zuletzt im Hinblick auf die Manipulierbarkeit und Fehleranfälligkeit elektronischer Wahlgeräte. Bei diesen beruht die Entgegennahme der Wählerstimmen und die Berechnung des Wahlergebnisses auf einem Rechenvorgang, der von außen und für Personen ohne informationstechnische Spezialkenntnisse nicht überprüfbar ist. Fehler in der Software der Wahlgeräte sind daher nur schwer erkennbar. Darüber hinaus können derartige Fehler nicht nur einen einzelnen Wahlcomputer, sondern alle eingesetzten Geräte betreffen. Während bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln Manipulationen oder Wahlfälschungen unter den Rahmenbedingungen der geltenden Vorschriften, zu denen auch die Regelungen über die Öffentlichkeit gehören, kaum - oder jedenfalls nur mit erheblichem Einsatz und einem präventiv wirkenden sehr hohen Entdeckungsrisiko - möglich sind, kann durch Eingriffe an elektronisch gesteuerten Wahlgeräten im Prinzip

mit relativ geringem Aufwand eine große Wirkung erzielt werden. Schon Manipulationen an einzelnen Wahlgeräten können nicht nur einzelne Wählerstimmen, sondern alle Stimmen beeinflussen, die mit Hilfe dieses Gerätes abgegeben werden. Noch höher ist die Reichweite der Wahlfehler, die mittels geräteübergreifender Veränderungen und Fehlfunktionen einer einzigen Software verursacht werden. Die große Breitenwirkung möglicher Fehler an den Wahlgeräten oder gezielter Wahlfälschungen gebietet besondere Vorkehrungen zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl.

[119] Der Wähler selbst muss - auch ohne nähere computertechnische Kenntnisse - nachvollziehen können, ob seine abgegebene Stimme als Grundlage für die Auszählung oder - wenn die Stimmen zunächst technisch unterstützt ausgezählt werden - jedenfalls als Grundlage einer späteren Nachzählung unverfälscht erfasst wird."

2. Umsetzung in der BWahlGV

Sodann stellt das BVerfG fest, dass die Regelungen der BWahlGV diesen Anforderungen nicht entsprechen:

"[120] Die Stimmen [dürfen] nach der Stimmabgabe nicht ausschließlich auf einem elektronischen Speicher abgelegt werden [...]. Der Wähler darf nicht darauf verwiesen werden, nach der elektronischen Stimmabgabe alleine auf die technische Integrität des Systems zu vertrauen. Wird das Wahlergebnis durch rechnergesteuerte Verarbeitung der in einem elektronischen Speicher abgelegten Stimmen ermittelt, genügt es nicht, wenn anhand eines zusammenfassenden Papierausdrucks oder einer elektronischen Anzeige lediglich das Ergebnis des im Wahlgerät durchgeführten Rechenprozesses zur Kenntnis genommen werden kann. Denn auf diese Weise können Wähler und Wahlorgane nur prüfen, ob das Wahlgerät so viele Stimmen verarbeitet hat, wie Wähler zur Bedienung des Wahlgerätes bei der Wahl zugelassen worden sind. Es ist in diesen Fällen nicht ohne weiteres erkennbar, ob es zu Programmierfehlern in der Software oder zu zielgerichteten Wahlfälschungen durch Manipulation der Software oder der Wahlgeräte gekommen ist.

[146] Die Öffentlichkeit der Wahl gebietet beim Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte, dass die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können. Derartige Regelungen enthält die Bundeswahlgeräteverordnung nicht.

[147] Aus der Bundeswahlgeräteverordnung ergibt sich insbesondere nicht, dass nur Wahlgeräte eingesetzt werden dürfen, die dem Wähler bei Abgabe seiner Stimme eine verlässliche Kontrolle ermöglichen, ob seine Stimme unverfälscht erfasst wird. Die Ver-

ordnung stellt auch keine konkreten inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen in Bezug auf eine verlässliche nachträgliche Kontrolle der Ergebnisermittlung.

[148] Die Verpflichtung, rechnergesteuerte Wahlgeräte und die Behältnisse, in denen sich die Stimmenspeicher befinden, nach der Ermittlung des Wahlergebnisses zu versiegeln (§ 15 III BWahlGV) sowie sicherzustellen, dass die Stimmenspeicher Unbefugten nicht zugänglich sind (§ 16 Abs. 2 BWahlGV), ist insoweit nicht ausreichend. Denn auch wenn die Stimmenspeicher jederzeit nach Ablauf des Wahltages erneut mit Hilfe eines Wahlgerätes ausgelesen werden können, bilden den Gegenstand einer solchen Nachzählung nur die elektronisch gespeicherten Stimmen, hinsichtlich derer weder Wähler noch Wahlvorstand überprüfen können, ob sie unverfälscht erfasst wurden. Der Bürger kann die wesentlichen Schritte der Ergebnisermittlung nicht überprüfen, wenn die Nachzählung wiederum im Innern eines Wahlgerätes stattfindet.

[149] Auch die Zählung der im Wählerverzeichnis eingetragenen Stimmabgabevermerke und der eingenommenen Wahlscheine sowie der Vergleich mit den am Wahlgerät insgesamt angezeigten Zahlen für die Erst- und Zweitstimmen (vgl. § 13 BWahlGV) ermöglicht nur eine Kontrolle daraufhin, ob das Wahlgerät so viele Stimmen verarbeitet hat, wie Wähler zur Bedienung des Wahlgerätes zugelassen worden sind. Die öffentliche Kontrolle der wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung ist dadurch nicht gewährleistet."

Somit liegt in den Regelungen der BWahlGV über die Zulässigkeit von Wahlcomputern ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundsatzes der "Öffentlichkeit der Wahl".

[Anm.: Daran ändert nach Ansicht des BVerfG auch die ordnungsgemäße Kontrolle der Geräte und ihrer Bedienung durch staatliche Stellen nichts:

"[123] Einschränkungen der bürgerschaftlichen Kontrollierbarkeit des Wahlvorgangs können nicht dadurch ausgeglichen werden, dass Mustergeräte im Rahmen des Verfahrens der Bauartzulassung oder die bei der Wahl konkret eingesetzten Wahlgeräte vor ihrem Einsatz von einer amtlichen Institution auf ihre Übereinstimmung mit bestimmten Sicherheitsanforderungen und auf ihre technische Unversehrtheit hin überprüft werden. Die Kontrolle der wesentlichen Schritte der Wahl fördert begründetes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Wahl erst dadurch in der gebotenen Weise, dass die Bürger selbst den Wahlvorgang zuverlässig nachvollziehen können.

[124] Aus diesem Grund ist auch eine umfangreiche Gesamtheit sonstiger technischer und organisatorischer Sicherungsmaßnahmen (z.B. Kontrollen und

sichere Aufbewahrung der Wahlgeräte, jederzeitige Vergleichbarkeit der eingesetzten Geräte mit einem amtlich geprüften Baumuster, Strafbarkeit von Wahl-fälschungen und dezentrale Organisation der Wahl) allein nicht geeignet, fehlende Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte des Wahlverfahrens durch die Bürger zu kompensieren.”]

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Dann müsste er von den Schranken des Grundsatzes der “Öffentlichkeit der Wahl” gedeckt sein.

I. Schranken

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass die “Öffentlichkeit der Wahl” keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Vielmehr komme als taugliche Schranke (nur, aber immerhin) kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht:

“[126] Der Gesetzgeber kann in begrenztem Umfang Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit zulassen, um anderen verfassungsrechtlichen Belangen, insbesondere den geschriebenen Wahlrechtsgrundsätzen aus Art. 38 I 1 GG, Geltung zu verschaffen.”

[Anm.: Ein Gesetzesvorbehalt liegt insbesondere nicht in Art. 38 III GG, der nach der o.g. Ansicht des BVerfG den Gesetzgeber nur ermächtigt, die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 I 1 GG in dem dort genannten Rahmen näher auszugestalten, nicht jedoch diese zu beschränken.]

II. Subsumtion

Fraglich ist, ob sich die Regelungen der BWahlGV rechtfertigende verfassungsimmanente Schranken finden lassen.

1. Gleichheit der Wahl, Art. 38 I 1 GG

Der Bundeswahlleiter hat zunächst darauf verwiesen, dass die Verwendung der Wahlcomputer zu wesentlich weniger Fehlern als beim manuellen Auszählen der Wahlzettel führe. Der Grundsatz der gleichen Wahl aus Art. 38 I 1 GG umfasst jedenfalls die Zählwertgleichheit, d.h. ein Recht darauf, dass die eigene Stimme (richtig) gezählt wird. Das BVerfG sieht hierin jedoch keine Legitimation des Einsatzes von Wahlcomputern in der o.g. Form:

“[127] Soweit der Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte darauf zielt, die bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln immer wieder vorkommenden unbewusst falschen Stimmzettelkennzeichnungen, unwillentlich ungültigen Stimmabgaben, unbeabsichtigten Zählfehler oder unzutreffenden Deutungen des Wählerwillens bei der Stimmenauszählung auszuschließen (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deut-

schen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 35 Rn. 2), dient dies zwar der Durchsetzung der Wahlgleichheit aus Art. 38 I Satz 1 GG. Welches Gewicht diesem Zweck zukommt, kann indes dahingestellt bleiben. Jedenfalls rechtfertigt er für sich genommen nicht den Verzicht auf jegliche Art der Nachvollziehbarkeit des Wahlakts. Denn unbeabsichtigte Zählfehler oder unzutreffende Deutungen des Wählerwillens können durch Wahlgeräte auch dann ausgeschlossen werden, wenn neben der elektronischen Erfassung und Zählung der Stimmen eine ergänzende Kontrolle durch den Wähler, die Wahlorgane oder die Allgemeinheit ermöglicht wird. Eine entsprechende Kontrolle ist beispielsweise bei elektronischen Wahlgeräten möglich, die die Stimmen nicht nur elektronisch im Wahlgerät, sondern gleichzeitig auch in einer hiervon unabhängigen Form erfassen (s.o.). Abgesehen davon sind auch Bedienungsfehler - wie etwa die Benutzung der „Ungültig“-Taste in der Annahme, es könne damit ein Eingabeversuchen korrigiert werden - bei den bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag zugelassenen Wahlgeräten nicht ausgeschlossen.”

2. Geheimheit der Wahl, Art. 38 I 1 GG

“[129] Der Grundsatz der geheimen Wahl gewährleistet, dass ausschließlich der Wähler vom Inhalt seiner Wahlentscheidung Kenntnis hat, und verpflichtet den Gesetzgeber, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz des Wahlgeheimnisses zu treffen (vgl. H.H. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 110 [März 2007]; Pieroth, JuS 1991, S. 89 [91]). Die Geheimheit der Wahl bildet den wichtigsten institutionellen Schutz der Freiheit der Wahl (vgl. BVerfGE 99, 1 [13]). Historisch gesehen mag die geheime Wahl eine Durchbrechung der Öffentlichkeit des Wahlverfahrens gewesen sein, weil sie die offene Stimmabgabe zum Schutz der Freiheit der Wahl aufgab (vgl. Breidenbach/Blankenagel, Rechtliche Probleme von Internetwahlen, Berlin 2000, S. 34 f.). Unter der Herrschaft des Grundgesetzes, das die Wahl zum Schutz ihrer Freiheit ausdrücklich als geheime vorschreibt, gilt aber der Grundsatz der Öffentlichkeit von vornherein nicht für den Akt der Stimmabgabe. Soweit die Öffentlichkeit der Wahl nicht zur Ermöglichung einer unbeobachteten Erzeugung der Stimme ausgeschlossen ist, steht das Wahlverfahren unter der Herrschaft des Öffentlichkeitsprinzips (vgl. H.H. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 113 [März 2007]; Seifert, Bundeswahlrecht, 3. Aufl. 1976, Art. 38 Rn. 35). Der Grundsatz der Geheimheit der Wahl bewirkt demnach schon für den Akt der Stimmabgabe keine Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit. Er rechtfertigt auch nicht eine Einschränkung der öffentlichen Kontrolle bei der Abgabe des - zuvor geheim gekennzeichneten - Stimmenträgers oder bei der Ergebnisermittlung. Dies folgt schon daraus, dass er zu-

sätzlichen Vorkehrungen, die dem Wähler eine Kontrolle ermöglichen, ob seine Stimme als Grundlage für eine spätere Nachzählung unverfälscht erfasst wird, nicht entgegensteht.“

3. Demokratieprinzip, Art. 20 II, III GG

“[130] Schließlich rechtfertigt das Ziel, in kurzer Zeit eine handlungsfähige Volksvertretung bilden zu können, keine Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl beim Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten. Die Klärung der richtigen Zusammensetzung der Volksvertretung binnen angemessener Zeit ist ein Gesichtspunkt, der bei der Ausgestaltung des Wahlverfahrens und des Wahlprüfungsverfahrens berücksichtigt werden kann (vgl. BVerfGE 85, 148 [159]). Das Anliegen des rechtzeitigen Zusammentritts eines neuen Bundestages (vgl. Art. 39 II GG) wird jedoch durch ausreichende Vorkehrungen zur Sicherung der Öffentlichkeit der Wahl nicht gefährdet. Von Verfassungs wegen ist nicht gefordert, dass das Wahlergebnis kurz nach Schließung der Wahllokale vorliegen muss. Zudem haben die vergangenen Bundestagswahlen gezeigt, dass auch ohne den Einsatz von Wahlgeräten das vorläufige amtliche Endergebnis der Wahl regelmäßig innerhalb weniger Stunden ermittelt werden kann. Von daher bildet das Interesse an einer ra-

schen Klärung der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages keinen verfassungsrechtlichen Belang, der geeignet ist, die Öffentlichkeit des Wahlvorgangs einzuschränken.“

D. Ergebnis

Nach alledem lässt sich die Zulassung von Wahlcomputern in der in der BWahlGV geregelten Form nicht rechtfertigen. Die Bundeswahlgeräteverordnung verletzt den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 in Verbindung mit Art. 20 I, II GG, weil sie bei der Verwendung rechnergesteuerter Wahlgeräte weder eine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung noch eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses gewährleistet.

Verfassungsgemäß ist es hingegen, dass § 35 I BWG den Einsatz von Wahlcomputern grundsätzlich zulässt, und der Gesetzgeber die Regelung der Einzelheiten in § 35 III BWG auf den Ordnungsgeber übertragen hat.

[Anm.: Das BVerfG erwähnt abschließend, dass die BWahlGV auch nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung gehalten werden kann. Sie ist somit wegen des oben aufgezeigten Verfassungsverstößes nichtig.]

Standort: Deliktsrecht

Problem: Herstellerhaftung

BGH, URTEIL VOM 17.03.2009

VI ZR 176/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. erwarb bei der Bekl., die eine Bäckerei und Konditorei betreibt, ein Gebäckstück, einen sog. Kirschtaler. Dieser war mit einer Füllung aus Kirschen versehen. Als der Kl. in das Gebäck biss, führte ein in dem Gebäck befindlicher Kirschkern dazu, dass er sich einen Teil eines Zahnes abbrach. Er begehrt insoweit Schadensersatz materieller und immaterieller Art von der Bekl..

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben und die Berufung zugelassen. Diese hatte keinen Erfolg. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. erfolgreich ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Prüfungsrelevanz:

In der hier vorliegenden Entscheidung präzisierte der BGH erneut die Anforderungen an die Haftung des Herstellers (vgl. bereits BGH, RA 2009, 99).

Das Berufungsgericht hatte eine Haftung der Bekl. gemäß §§ 1 I, 8 S.1 und 2 ProdHG bejaht. Es vertrat die Rechtsauffassung, der von der Bekl. hergestellte

Kirschtaler habe wegen des darin eingebackenen Kirschkerns einen Produktfehler aufgewiesen. Ein Haftungsausschluss nach § 1 II Nr. 5 ProdHG komme nicht in Betracht. Dem trat der erkennende Senat deutlich entgegen. Eine Haftung der Bekl. schied unter jedweder Anspruchgrundlage aus. Interessant sind hier die Ausführungen zum Fehlerbegriff in der Produkthaftung gleich wie die Ausführungen zum Bestehen und zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht des Herstellers. Grundsätzlich bestimmen sich die Sicherheitserwartungen in beiden Fällen rein objektiv. Für die Erwartungen ist also nicht der individuell Geschädigte maßgeblich, sondern derjenige Personenkreis, an den sich der Hersteller wendet. Maßgeblich ist der Sicherheitsstandard, den die Verkehrsauffassung für erforderlich hält (vgl. bereits BGH, VerR 1972, 559). Nach Rechtsauffassung des erkennenden Senats war der Kirschtaler trotz des in ihm befindlichen Kirschkerns nicht fehlerhaft. Zwar war das Produkt direkt für Endverbraucher bestimmt, so dass es erhöhten Sicherheitsanforderungen genügen muss. Aber zur Gewährleistung der Produktsicherheit hat der Hersteller nur diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach den Gegebenheiten des Falles zur Vermeidung und Beseitigung einer Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben auch zumutbar sind.

Zu Berücksichtigen ist insbesondere die Größe der Gefahr (BGHZ 80, 186, 192). Hier drohten keine erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigungen. Bei den Kirschtalern handelt es sich um ein Naturprodukt. Aus Sicht eines Konsumenten handelt es sich bei einer Kirsche um Steinobst. Wenn eine Füllung aus Kirschen vorliegt, kann der Verbraucher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass sich keine Bestandteile eines Kirschkerns in der Kirschmasse befinden können. Eine vollkommene Sicherheit wäre nur zu gewährleisten, wenn die Kirschen durchgesiebt würden. Dies hätte jedoch zur Folge, dass ein Kirschsafte entsteht, der sich nicht mehr zum Befüllen der Taler eignet. Zudem hätte erwogen werden können, ob nicht eine jede Kirsche vor der Verarbeitung hätte untersucht werden müssen. Dies lehnt der erkennende Senat zu Recht deshalb ab, weil dieser Arbeitsaufwand im Relation zur Gefährdung des Verbrauchers durch den Verzehr eines Kern unzumutbar ist. Im Ergebnis kann der Verbraucher nach Auffassung des erkennenden Senates nur dann auf eine gänzlich steinfreie Füllung in Gebäckstücken vertrauen, wenn das konkrete Gebäckstück auch in dieser Weise beworben wird. Weil dies hier nicht der Fall war, kam eine Haftung der Bekl. nicht in Betracht.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick erstaunen, ist jedoch unerlässlich, um die Haftung der Hersteller nicht zu weit ausufern zu lassen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *BGH*, RA 2009, 99 (Bettenhersteller); *OLG Stuttgart*, RA 2008, 674 (Haftung des Geschäftsführers); *OLG Köln*, RA 2008, 725 = *NJW-RR* 2008, 1448 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2007, 250 = *NJW* 2007, 1368 (VSP beim Wandern); *BGH*, RA 2006, 722 (Verkäufer); *BGH*, RA 2006, 647 = *NJW* 2006, 3268 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2006, 454 = *NJW* 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004, 320 = *NJW* 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler); *Raab*, *JuS* 2002, 1041

□ Zur Produkthaftung: *BGH*, RA 2009, 99 (Bettenhersteller); *BGH*, RA 2001, 463 = *NJW* 2001, 2019 (Konzertveranstalter); *OLG Hamm*, RA 2001, 328 = *NJW* 2001, 1654 (Brauereien); *Katzenmeier*, *JuS* 2003, 943; *Landrock*, *JA* 2003, 981; *LG Bielefeld*, RA 2000, 514 = *NJW* 2000, 2514 (Suchtgefahr bei Zigaretten); *BGH*, *NJW* 1998, 2905 mit Anm. Emmerich, *JuS* 1998, 1161 ("Feuerwirbel-Urteil")

□ Übungsklausuren: *Deinert*, *Jura* 2003, 337; *Michalski*, *Jura* 1995, 90

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Der defekte Gaszug"
- *Examenskurs*: "Der betrunkenen Kranführer"

□ *Assessorkurs*: "Der erschlichene LKW"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die nach § 3 I ProdHaftG maßgeblichen Sicherheitserwartungen richten sich nach denselben objektiven Maßstäben wie die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der deliktischen Haftung gemäß § 823 I BGB.

2. Ist die Ware für den Endverbraucher bestimmt, muss sie höheren Sicherheitsanforderungen genügen. Es muss auf das Wissen und die Fähigkeit der Gefahrsteuerung des durchschnittlichen Konsumenten Rücksicht genommen werden.

3. Zur Gewährleistung der Produktsicherheit hat der Hersteller diejenigen Maßnahmen zu treffen, die im konkreten Einzelfall zur Vermeidung bzw. Beseitigung einer Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl., die eine Bäckerei und Konditorei betreibt, auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch. Er verzehrte am 29.01.2007 einen von der Bekl. hergestellten Kirschtaler, ein Gebäckstück mit Kirschfüllung und Streuselbelag. Zur Herstellung der Füllung verwendet die Bekl. Dunstsauerkirschen, die im eigenen Saft liegen und über einen Durchschlag abgesiebt werden. Beim Verzehr dieses Gebäckstücks biss der Kl. auf einen darin eingebackenen Kirschkern. Dabei brach ein Teil seines oberen linken Eckzahns ab. Für die dadurch erforderlich gewordene zahnprothetische Versorgung hatte der Kl. einen Eigenanteil von 235,60 € zu zahlen. Er begehrt Ersatz dieser Kosten sowie ein angemessenes Schmerzensgeld (Vorstellung: 200,00 €).

Zu Recht?

Lösung:

A. Anspruch gem. § 437 Nr. 3, 280 I BGB

Es könnte ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB vorliegen.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Es müsste ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zwischen den Parteien geschlossen worden sein. Zweifel an dem Vorliegen und der Wirksamkeit der Einigung über das Gebäckstück Kirschtaler bestehen nicht. Also ist ein wirksamer Kaufvertrag gegeben.

II. Mangel gem. 434 I BGB

Der Kirschtaler müsste mangelhaft sein. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB. Eine Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien über das gänz-

liche Fehlen von Kirschkernen im Gebäckstück ist nicht ersichtlich, so dass ein Mangel gem. § 434 I 1 BGB erkennbar ausscheidet. Da sich das Gebäckstück auch zum Verzehr, also der vertraglich vorausgesetzten Verwendung, eignet, scheidet gleichfalls ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BG aus. Fraglich ist allenfalls, ob auch hinsichtlich des § 434 I 2 Nr. 2 BGB die Mangelfreiheit gegeben ist. Die ist dann der Fall, wenn sich die Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann. Hier eignet sich die Sache zur gewöhnlichen Verwendung, weil sie verzehrt werden kann. Zudem hat sie eine Beschaffenheit, die bei gleichen Sachen üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Es handelt sich bei der Füllung des Taler um ein Naturprodukt, nämlich Kirschen. Diese gehören zum Steinobst. Es kann bei Steinobst nicht völlig ausgeschlossen werden, dass die Füllung in seltenen Fällen einmal einen kleinen Stein oder Teile davon beinhaltet. Die vollständige Freiheit von diesen Partikeln kann nur durch ein Durchsieben der Kirschen erreicht werden, welches allerdings eine Füllung des Talers ausschließen würde. Durch das Durchsieben entsteht Saft, der sich nicht zum Befüllen eignet. Also ist ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB nicht gegeben.

III. Ergebnis

Ein Anspruch gem. § 437 Nr. 3, 280 I BGB scheidet aus.

B. Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB

Es könnte ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB vorliegen.

I. Wirksames Schuldverhältnis

Ein wirksames Schuldverhältnis liegt mit dem wirksamen Kaufvertrag unproblematisch vor.

II. Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB

Es müsste die Bekl. eine Pflicht gem. § 241 II BGB verletzt haben. Dies dann der Fall, wenn eine Schutzpflichtverletzung vorliegt, welche aus dem innerparteilichen Rücksichtnahmegebot folgt. Hier hat die Bekl. Kirschtaler verkauft, welche nicht gänzlich frei von Kirschkernen waren. Dadurch müsste ein Schutzpflicht verletzt sein. Die völlige Freiheit des Gebäcks von Kernen oder Partikeln von Kernen hätte allenfalls dadurch erzielt werden könne, dass jede Frucht einzeln vor der Verarbeitung überprüft wird. Dies ist jedoch für die Bekl. als Herstellerin nicht zumutbar aber auch nicht objektiv erforderlich. Einem Käufer, der auf einen solchen Kern beißt, droht keine schwerwiegende Gesundheitsgefahr, die um jedem Preis und unter jedem Aufwand vermieden werden müsste. Eine

völlige Gefährlosigkeit kann der Käufer auch als Verbraucher nicht erwarten. Wenn das Gebäckstück als Kirschtaler vertrieben wird, geht der Verbraucher davon aus, dass es unter Verwendung von Kirschen hergestellt wird. Weil es sich dabei auch - für alle ersichtlich - um eine Steinfrucht handelt, kann der Verbraucher nicht erwarten, dass es sich zwar um ein Produkt handelt, für dessen Herstellung Kirschen verwendet werden, welches jedoch gänzlich frei von Kirschkernen ist.

Also ist keine Schutzpflicht gem. § 241 II BGB verletzt.

III. Ergebnis:

Mithin scheidet ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB aus.

[Anm.: Es kommen hier zudem Ansprüche aus dem ProdHG und aus §§ 823 ff. BGB in Betracht. Diese Ansprüche stehen gem. § 15 II ProdHG nebeneinander. Dadurch, dass es sich bei der Herstellerhaftung gem. § 1 I 1 ProdHG um eine Gefährdungshaftung handelt, dh. gerade auf ein Verschulden kommt es nicht an, bildet dies aus Sicht des Geschädigten die für ihn günstigste Anspruchgrundlage. Dies kann in einer Klausur dadurch angedeutet werden, dass die Anspruchgrundlage zunächst geprüft wird.]

C. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 1 I 1 ProdHG

Es könnte ein Schadensersatzanspruch aus § 1 I 1 ProdHG bestehen.

I. Rechtsgutsverletzung

Es müsste eine Rechtsgutsverletzung gem. § 1 I 1 ProdHG gegeben sein. Dies ist dann der Fall, wenn eine Person getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt wird. Durch den Abbruch des Zahnes ist ein Körper- und Gesundheitsverletzung eingetreten. Eine Rechtsgutsverletzung liegt vor.

II. Fehlerhaftes Produkt des Herstellers

Es müsste ein fehlerhaftes Produkt des Herstellers vorliegen.

1. Hersteller

Die Bekl. müsste Herstellerin des Kirschtalers gewesen sein. Hersteller i.S.v. § 4 I 1 ProdHG ist, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. Dies ist bei der Bekl. ohne weiteres der Fall, da sie als Konditorin den Kirschtaler gebacken hat.

2. Produkt

Bei dem Kirschtaler müsste es sich um ein Produkt i.S.d. § 2 I ProdHG handeln. Dies ist hier unproblematisch.

tisch der Fall, weil es sich um eine bewegliche Sache gem. § 90 BGB handelt.

3. Fehlerhaftes Produkt

Das Produkt müsste einen Fehler gem. § 3 I ProdHG haben. Dies ist dann der Fall, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann.

a. Allgemeine Anforderungen an die Fehlerfreiheit des Produktes

Fraglich ist, welche allgemeinen Anforderungen an die Fehlerfreiheit eines Produktes gestellt werden können.

aa. Anforderungen an die Sicherheit des Produktes

Fraglich ist, welchen Sicherheitserwartungen das Produkt genügen muss.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[6] Die nach § 3 I ProdHaftG maßgeblichen Sicherheitserwartungen beurteilen sich grundsätzlich nach denselben objektiven Maßstäben wie die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der deliktischen Haftung gemäß § 823 I BGB (vgl. Staudinger/Oechsler, BGB [2003], § 3 ProdHaftG, Rn. 19, MünchKomm-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 3 ProdHaftG, Rn. 3; Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung [Stand: September 2008], Bd. I, Kza 1515, S.7; Kullmann, Produkthaftungsrecht, 5. Aufl., Rn. 435). Auf welchen Personenkreis für die Bestimmung des zu erwartenden Sicherheitsniveaus abzustellen ist, lässt der Wortlaut des Gesetzes offen.

In der Literatur wird hierzu teilweise auf den Erwartungshorizont der durch die fehlende Produktsicherheit betroffenen Allgemeinheit (Staudinger/Oechsler, aaO, Rn. 15 m.w.N.), teilweise aber auch auf die Erwartung des durchschnittlichen Benutzers oder Verbrauchers abgestellt (vgl. Kullmann, aaO, Rn. 435 f.). In der Sache besteht jedoch Einigkeit, dass es für die Bestimmung des Fehlerbegriffs nicht auf die subjektiven Sicherheitserwartungen des konkret Geschädigten ankommt, sondern dass in erster Linie die Sicherheitserwartungen des Personenkreises maßgeblich sind, an den sich der Hersteller mit seinem Produkt wendet. Da der Schutzbereich der Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz indessen nicht auf die Erwerber oder Nutzer von Produkten beschränkt ist, sondern auch uneteiligte Dritte einschließt, sind nicht nur die Sicherheitserwartungen des Adressatenkreises des vermarkteten Produkts zu berücksichtigen, sondern darüber hinaus auch das Schutzniveau, welches Dritte berechtigterweise erwarten können, sofern sie mit der Sache in Berührung kommen (MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, Rn. 5; Staudinger/Oechsler, aaO, Rn. 15 ff. und Rn. 20). Maßgeblich ist der Sicherheitsstandard, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Ver-

kehrsauffassung für erforderlich hält (Senatsurteil vom 16.02.1972 - VI ZR 111/70 - VersR 1972, 559, 560).”

bb. Erhöhte Sicherheitsanforderungen bei Endverbrauchern

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, wenn das Produkt direkt an Verbraucher vertrieben wird. Es handelt sich dabei um diejenige Personengruppe, die den höchsten Schutz verdient.

Der erkennende Senat bejahte unter folgenden Argumenten eine Erhöhung der Sicherheitsanforderungen:

“[7] Ist die Ware für den Endverbraucher bestimmt, muss sie erhöhten Sicherheitsanforderungen genügen, die auf Wissen und Gefahrsteuerungspotential des durchschnittlichen Konsumenten Rücksicht nehmen (MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, Rn. 8; Schmidt-Salzer/Hollmann, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, 2. Aufl., Bd. 1, Art. 6 Rn. 122). Die Haftung des Herstellers erweitert sich gegenüber den allgemeinen Maßstäben dann, wenn seine Produkte an Risikogruppen vertrieben werden bzw. diese typischerweise gefährden. Dementsprechend bestimmt Art. 2 lit. b der Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95 EG (ABl. EG L 11 vom 15.01.2002, S. 4), dass die Produktsicherheit auch von den Erwartungen solcher Produktbenutzer abhängt, die bei der Verwendung des Produkts einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind. In diesem Zusammenhang werden ausdrücklich vor allem Kinder genannt (vgl. Staudinger/Oechsler, aaO, Rn. 28). Wird ein Produkt mehreren Adressatenkreisen dargeboten, hat sich der Hersteller an der am wenigsten informierten und zur Gefahrsteuerung kompetenten Gruppe zu orientieren, also den jeweils höchsten Sicherheitsstandard zu gewährleisten (Foerste in: v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 2. Aufl., Bd. 2, § 74, Rn. 46; MünchKomm-BGB/Wagner, aaO).”

cc. Umsetzung der Sicherheitsanforderungen durch die Hersteller

“[8] Zur Gewährleistung der erforderlichen Produktsicherheit hat der Hersteller diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach den Gegebenheiten des konkreten Falles zur Vermeidung bzw. Beseitigung einer Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind (Kullmann/Pfister, aaO; Foerste, aaO, § 24, Rn. 1). Dabei sind Art und Umfang einer Sicherungsmaßnahme vor allem von der Größe der Gefahr abhängig (vgl. Senatsurteil BGHZ 80, 186, 192). Je größer die Gefahren sind, desto höher sind die Anforderungen, die in dieser Hinsicht gestellt werden müssen (Senatsurteil vom 26.05.1954 - VI ZR 4/53 - VersR 1954, 364, 365; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 116, 60, 67 f. und BVerfG, NJW 1997, 249). Bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen sind dem Hersteller deshalb weitergehende

Maßnahmen zumutbar als in Fällen, in denen nur Eigentums- oder Besitzstörungen oder aber nur kleinere körperliche Beeinträchtigungen zu befürchten sind (vgl. Senatsurteil BGHZ 99, 167, 174 f.)”

b. Fehlerhaftigkeit des Produktes im vorliegenden Fall

Der Kirschtaler müsste fehlerhaft gem. § 3 I ProdHG sein. Es handelt sich hier bei einem Gebäckstück um ein für den Endverbraucher bestimmtes Lebensmittel, so dass muss es grundsätzlich erhöhten Sicherheitsanforderungen genügen muss. Der Umstand, dass es sich bei der Kirschfüllung um ein Naturprodukt handelt, berührt die Sicherheitsanforderungen nicht. Der Verbraucher, der ein verarbeitetes Naturprodukt verzehrt, darf davon ausgehen, dass sich der Hersteller im Rahmen des Verarbeitungsprozesses eingehend mit dem Naturprodukt befasst und dabei Gelegenheit gehabt hat, von dem Naturprodukt ausgehende Gesundheitsrisiken zu erkennen und zu beseitigen, soweit dies möglich und zumutbar ist (vgl. Buchwaldt, ZLR 1999, 417, 421).

Eine völlige Gefahrlosigkeit kann der Verbraucher jedoch nicht erwarten. Das Maß der Verkehrssicherheit, das von einem Produkt berechtigterweise erwartet werden kann, hängt u.a. von seiner Darbietung (§ 3 I lit. a ProdHG), also von der Art und Weise ab, in der es in der Öffentlichkeit präsentiert wird. Hier wurde das Gebäckstück, unter der Bezeichnung "Kirschtaler" angeboten. Der Verbraucher geht in diesem Fall davon aus, dass es unter Verwendung von Kirschen hergestellt wird. Er weiß auch, dass die Kirsche eine Steinfrucht ist und dass ihr Fruchtfleisch mithin einen Stein (Kirschkern) enthält. Seine Sicherheitserwartung kann deshalb berechtigterweise nicht ohne weiteres darauf gerichtet sein, dass das Gebäckstück "Kirschtaler" zwar Kirschen, aber keinerlei Kirschkerne enthält. Eine solche Erwartung wäre vielmehr nur dann berechtigt, wenn bei der Darbietung eines solchen Gebäckstücks der Eindruck erweckt würde, dass dieses ausschließlich vollkommen entsteinte Kirschen enthält. Genau solche Umstände waren hier jedoch nicht ersichtlich.

Also ist kein Fehler des Kirschtalers i.S.v. § 3 I ProdHG ersichtlich.

III. Ergebnis

Ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 1 I 1 ProdHG scheidet demnach aus.

D. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB

Es könnte zudem ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB vorliegen.

I. Rechtsgutsverletzung

Es müsste eine Rechtsgutsverletzung i.S.v. § 823 I

BGB gegeben sein. Dies ist heri unproblematisch wegen der eingetretenen Körper- und Gesundheitsbeschädigung der Fall.

II. Verhalten des Anspruchgegners

Es müsste ein anknüpfungsfähiges Verhalten des Anspruchgegners vorliegen. Die Bekl. hat das Produkt in den Rechtsverkehr gebracht, indem der Kirschtaler in der Bäckerei verkauft wurde.

Mithin liegt ein Verhalten der Bekl. vor.

III. Kausalität und Zurechenbarkeit

Das Verhalten müsste adäquat kausal zur Rechtsgutsverletzung geführt haben. Vorliegend hat das Inverkehrbringen nur mittelbar den Verletzungserfolg herbeigeführt. Es könnte eine herstellereigenspezifische Verkehrssicherungspflicht verletzt sein.

1. Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

Fraglich ist, ob die Bekl. eine herstellereigenspezifische Verkehrssicherungspflicht verletzt hat.

a. Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht

Es müsste eine Verkehrssicherungspflicht bestehen. Grundsätzlich entstehen Verkehrssicherungspflichten immer dann, wenn eine Gefahrenquelle eröffnet oder unterhalten wird. Nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung werden dem Hersteller vier produktionsbezogene Verkehrssicherungspflichten auferlegt. Zum einen müsste der Hersteller der Konstruktionspflicht genüge tun. Dazu müssten die Produkte nach dem Stand der Technik entworfen sein. Zudem müssen die Hersteller die Fabrikationspflichten beachten. Dies bedeutet, dass der Produktionsprozess so gestaltet sein muss, dass menschliches Fehlverhalten und Fehlfunktionen von Maschinen korrigiert werden müssen. Weiterhin müssen die Instruktionspflichten gewahrt werden, wonach der Hersteller den Verbraucher vor Gefahren warnen muss, die aus der Verwendung des Produktes entstehen und die Produktbeobachtungspflichten müssen eingehalten sein. Diese bedingen, dass der Hersteller sich auch nach der Auslieferung der Ware über die Gefahren bei der Verwendung erkundigen muss.

[Anm: Diese herstellereigenspezifischen Verkehrssicherungspflichten sind nicht übertragbar!]

b. Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

Es müsste eine Verkehrssicherungspflicht verletzt sein. In Betracht kommt hier die Verletzung der Fabrikationspflicht. Dies ist dann der Fall, wenn nicht beim Produktionsprozess Kontrollinstanzen vorliegen, die Fehler im Produktionsprozess aufdecken und deren Behebung gewährleisten. Wie obig bereits dargelegt, müssen bei Produkten, die dem Endverbraucher direkt

zugänglich gemacht werden, erhöhte Sicherheitsanforderungen beachtet werden. Diese wurde hier jedoch nicht verletzt. Aus Sicht eines Konsumenten kann bei einer aus Steinobst bestehenden Füllung eines Gebäckstücks nicht ganz ausgeschlossen werden, dass dieses in seltenen Fällen auch einmal einen Stein oder Teile davon beinhaltet. Anderes könnte nur dadurch erreicht werden, dass das Obst passiert wird (d.h. durch ein Sieb gepresst wird). Dadurch kann jedoch lediglich Obstsaft erzielt werden, mit dem ein Kirschtaler nicht gefüllt werden kann. Zudem ist, wie obig ausgeführt eine Überprüfung jeder einzelnen zu verarbeitenden Kirsche nicht zumutbar, aber auch nicht objektiv erforderlich. In den Fällen, in denen ein Verbraucher einmal auf einen Kern beißt, droht keine schwerwiegende Gesundheitsgefahr, welche um jeden Preis vermieden werden müsste.

Daher ist eine Verletzung der Fabrikationspflicht abzulehnen.

IV. Ergebnis

Ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB besteht nicht.

E. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

Es könnte ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB vorliegen.

I. Verletzung eines Schutzgesetzes

Es müsste zunächst § 229 StGB ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB sein. Ein Schutzgesetz ist jede materielle Norm i.S.v. Art. 2 EGBGB, die jedenfalls auch dem Individualschutz zu dienen bestimmt ist. Dies ist hinsichtlich des § 229 StGB unproblematisch der Fall, da der Individualschutz gerade intendiert ist. Es geht um den Schutz der körperlichen Integrität. Zudem handelt es sich um ein formelles Gesetz.

Das Schutzgesetz ist hier jedoch nicht verletzt. Es mangelt bereits an der objektiven Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens der Bekl.. Auf die obigen Ausführungen zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht sowie zur Fehlerhaftigkeit des Kirschtalers wird verwiesen. Damit scheidet der Tatbestand, so dass eine Haftung nicht in Betracht kommt.

F. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I 1 BGB

Schließlich könnte die Bekl. gem. § 831 I 1 BGB haften. Dazu müsste eine widerrechtliche unerlaubte Handlung eines Verrichtungsgehilfen vorliegen. Sicherlich sind die Mitarbeiter der Bekl. Verrichtungsgehilfen, weil diese mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn weisungsabhängig in dessen Pflichtenkreis tätig sind. Aber eine widerrechtliche unerlaubte Handlung eines der Verrichtungsgehilfen ist hier dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Also scheidet ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB aus.

Standort: § 13 StGB

Problem: Abgrenzung Täterschaft und Beihilfe

BGH, URTEIL VOM 12.02.2009

4 STR 488/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte verbüßte eine Freiheitsstrafe und teilte sich seine Zelle insbesondere mit D und P. In der Vergangenheit hatten der Angeklagte und D zusammen den P bereits mehrfach erheblich misshandelt und gedemütigt. Bei dem Sachverhalt, über den im vorliegenden Fall zu entscheiden war, hatte D den P gefesselt und ihm eine Plastiktüte über den Kopf gezogen, sodass dieser hätte ersticken können, wenn er sich nicht rechtzeitig befreit hätte. Der Angeklagte hatte hierbei nicht aktiv geholfen, war aber auch nicht eingeschritten, um P zu beschützen.

Das Landgericht Dortmund hatte den Angeklagten freigesprochen, da er sich an der Fesselung nicht aktiv beteiligt habe. Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes scheidet aus, da die insofern gem. § 13 I StGB erforderliche Garantienstellung fehle. Eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung, § 323c StGB, scheitert schließlich daran, dass eine Hilfeleistung durch den Angeklagten nicht erfor-

derlich gewesen sei. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH diesen Freispruch auf.

Prüfungsrelevanz:

Unechte Unterlassungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Genau die beiden Problemkreise, mit denen der BGH sich im vorliegenden Fall auseinander setzen musste - die Voraussetzungen für das Entstehen einer Garantienstellung und die Frage, ob ein nicht eingreifender Garant neben einem Begehungstäter selber Täter sein kann - gehören hierbei zu den klassischen Klausurenschwerpunkten. Das vorliegende Urteil liefert insofern zwar keine neuen Erkenntnisse, kann jedoch durchaus als Aufhänger dafür dienen, diese Probleme wieder einmal in Examensaufgaben aufzunehmen.

Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes setzt gem. § 13 I StGB insbesondere voraus, dass der Beteiligte "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt". Diese Einstandspflicht, die sog. Garantienstellung, ist also stets Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts. Bei den Garantienstel-

lungen wird üblicherweise zwischen Beschützer- und Überwachergaranten unterschieden: Während Beschützergaranten die Pflicht dazu trifft, ein bestimmtes Rechtsgut vor einer unbestimmten Zahl an Gefahren zu schützen, müssen Überwachergaranten unbestimmt viele Rechtsgüter vor den Gefahren sichern, die von einer bestimmten Gefahrenquelle ausgehen (vgl. Fischer, § 13 Rn 9). Da jedoch die einzelnen Fälle der Beschützer- und Überwachergarantenstellungen im Gesetz nicht geregelt sind, gibt es durchaus divergierende Auffassungen darüber, wann eine solche anzunehmen ist. Eine allgemein anerkannte Fallgruppe für eine Überwachergarantenstellung ist das vorwerfbare Vorverhalten (Ingerenz). Eine solche Garantenstellung trifft zumindest denjenigen, der durch ein vorwerfbares pflichtwidriges Tun die nahe Gefahr eines Schadenseintritts für Rechtsgüter Dritter geschaffen hat (BGHSt 38, 358; BGH, NStZ 1992, 31; Joecks, § 13 Rn 40; Wessels/Beulke, AT, Rn 725). Weil der Angeklagte bereits früher gemeinschaftlich mit D den gemeinsamen Zellengenossen P gequält und bei seinem Mittäter somit eine Enthemmung bewirkt hatte, hat der BGH eine Garantenstellung des Angeklagten aus Ingerenz angenommen.

Eine häufig in Klausurfällen auftretende Konstellation ist, dass das Opfer von einem Begehungstäter angegriffen wird und ein ebenfalls anwesender Garant das Opfer nicht vor diesem Angriff schützt. In diesem Fall ist die Frage aufzuwerfen, ob der Garant selbst (Neben-)Täter ist oder ob sein Unterlassen nur eine Beihilfe durch Unterlassen zu dem Begehungsdelikt des aktiv handelnden Begehungstäters darstellt. Innerhalb der grundsätzlichen Frage, ob es sich hierbei eher um ein Problem der unechten Unterlassungsdelikte handelt, das deshalb anhand von Kriterien aus § 13 StGB zu lösen ist, oder ob insofern auf die klassischen Theorien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme zurückzugreifen ist, gibt es mehrere Untermeinungen zur Bestimmung der Täterschaft des nichthindernden Garanten neben einem Begehungstäter (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 13 Rn 58). Der BGH setzt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort, dass hier nach den üblichen Kriterien zwischen Täterschaft und Teilnahme abzugrenzen sei, lässt allerdings offen, ob dann insofern eher auf den Täterwillen oder die Tatherrschaft als Kriterium zurückzugreifen sei.

Vertiefungshinweise:

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen: *BGHSt* 2, 150; 11, 268; *K* 13, 162; 48, 77; *BGH*, *NJW* 1992, 1246; *Grünwald*, *GA* 1959, 110; *Hoffmann-Holland*, *ZStW* 2006, 620; *Saal*, *JURA* 1996, 481; *Seier*, *JA* 1990, 383

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Familienglück"
 Examenskurs: "Das Undercover-Handy"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden ist die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend.**
- 2. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung - insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg - als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Täterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden - etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag - im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe.**
- 3. Zum anderen kommt Täterschaft des Unterlassenden in Betracht, wenn dieser - neben dem aktiv Handelnden - "Herr des Geschehens" war, er also die Tatherrschaft hatte.**

Sachverhalt (vereinfacht):

Der bereits mehrfach vorbestrafte A wurde am 14. Dezember 2004 vom Amtsgericht Dortmund unter anderem wegen Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Diese verbüßte er ab dem 18. Januar 2006 in der Justizvollzugsanstalt Dortmund, wo er mit dem gesondert verfolgten D sowie P in einem Haftraum untergebracht war. Der eher schüchterne und zurückhaltende P, der erstmals eine (Ersatz-) Freiheitsstrafe verbüßte, wurde dort von D und A in einer "Atmosphäre der Gewalt" gequält und gedemütigt. Zwischen dem 19. Januar und dem 2. Februar 2006 musste P, der sich nicht zu widersetzen wagte, unter anderem nach einem verlorenen Kartenspiel auf Verlangen von D und A in der Zelle etwa 20 Purzelbäume schlagen, wobei er sich Prellungen und Rötungen zuzog. Ferner musste er - obwohl er diese zutiefst verabscheute - eine solche Menge von einer Heringszubereitung essen, dass er sich erbrach. Schließlich befahl ihm A, seine Hose herunterzuziehen und D forderte ihn auf, sich nach vorne zu beugen, woraufhin er ihm einen Gegenstand an den After führte.

Am Tag fesselte D ebenfalls in Anwesenheit des A dem auf einem Stuhl sitzenden P die Hände auf den Rücken und zog ihm eine Plastiktüte über den Kopf. P gelang es in der von ihm als bedrohlich empfundenen Situation - bevor er in "Luftnot" geriet -, die Fesse-

lung zu lösen und sich die Tüte vom Kopf zu ziehen.

Haben sich A und D durch ihr Verhalten am Tattag nach § 240 I StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des D gem. § 240 I StGB

D könnte sich dadurch, dass er P fesselte und ihm eine Plastiktüte über den Kopf zog, wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Nötigungsmittel

D müsste zunächst ein Nötigungsmittel, also Gewalt oder Drohungen mit einem empfindlichen Übel, angewendet haben.

Gewalt i.S.v. § 240 I StGB liegt jedenfalls vor bei einem physisch vermittelten Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (Fischer, § 240 Rn 8; Lackner/Kühl, § 240 Rn 5; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 383; Altvater, NSTZ 1995, 280). Durch die Fesselung hat D einen physisch vermittelten Zwang auf P ausgeübt, um dessen erwarteten Widerstand gegen das Überziehen der Plastiktüte zu überwinden. D hat also Gewalt i.S.v. § 240 I StGB angewendet.

Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386; Fischer, § 240 Rn 31; Schönke/Schröder-Eser, Vorbem §§ 234 ff. Rn 30). Eine ausdrückliche Drohung des D lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Auch ist es nicht selbstverständlich, dass der Fesselung des P durch D die konkludente Drohung zu entnehmen ist, dass D etwa für den Fall, dass P sich wehrt, diesen schlagen oder anderweitig misshandeln würde. Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel ist somit nicht gegeben.

Wegen der vorliegenden Gewaltanwendung hat D aber ein Nötigungsmittel angewandt.

2. Nötigungserfolg

D müsste P zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt haben.

D hat P durch die Fesselung zumindest dazu genötigt, es zu dulden, dass D ihm die Plastiktüte über den Kopf zog. Ein tatbestandsmäßiger Nötigungserfolg liegt somit vor.

3. Kausalität

Zwischen Nötigungshandlung und Nötigungserfolg muss ein Kausalzusammenhang bestehen, d.h. das abgenötigte Verhalten des Opfers muss spezifische Folge des angewandten Zwangsmittels sein (BGHSt 37, 350, 353 f.; Joecks, § 240 Rn 28; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 14).

der-Eser, § 240 Rn 14).

P hat das Überziehen der Plastiktüte gerade deshalb geduldet, weil D ihn gefesselt und so Gewalt gegen ihn angewendet hatte. Das abgenötigte Opferverhalten ist also im vorliegenden Fall spezifische Folge des angewandten Nötigungsmittels, sodass auch die erforderliche Kausalität gegeben ist.

4. Vorsatz

D müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Nach einer verbreiteten Auffassung ist insofern bzgl. des Nötigungserfolges eine Absicht des Täters im Sinne eines zielgerichteten Handelns erforderlich (Joecks, § 240 Rn 5; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 34; a.A.: Fischer, § 240 Rn 53). D kannte nicht nur die objektiven Tatumstände, er hat auch gezielt gehandelt, um P dazu zu zwingen, das Überziehen der Plastiktüte zu erdulden. D hat also vorsätzlich gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

D müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

1. Keine Rechtfertigung

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

2. Verwerflichkeit, § 240 II StGB

Das Verhalten des D müsste auch verwerflich gewesen sein, § 240 II StGB.

Die Verwerflichkeit des Verhaltens des Täters muss sich aus der Zweck-Mittel-Relation ergeben, allerdings können das eingesetzte Mittel oder der verfolgte Zweck ein Indiz für die Verwerflichkeit der Nötigung sein (BVerfG, NSTZ 1991, 279; Joecks, § 240 Rn 31; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 17 ff.). Verwerflich ist die Tat, wenn sie einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung aufweist (BGHSt 17, 328, 331 f.; Fischer, § 240 Rn 41) bzw. ein sozial unerträgliches Verhalten darstellt (BGHSt 35, 270, 277; BayObLG, wistra 2005, 235, 237; Joecks, § 240 Rn 31). Im vorliegenden Fall ist insofern zu berücksichtigen, dass die von D vorgenommene Gewaltanwendung - das Fesseln der Hände des P - dessen Möglichkeit, sich zu wehren, praktisch völlig ausschloss und D den P darüber hinaus zu einem Verhalten zwingen wollte - dem Erdulden des Überziehens der Plastiktüte -, das auch zu einer akuten Gefährdung des Lebens des P führen würde. Insofern weist die Tat nicht nur einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung auf, sondern ist auch sozial unerträglich, sodass die Verwerflichkeit i.S.v. § 240 II StGB gegeben ist.

III. Schuld

D handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

D ist strafbar gem. § 240 I StGB.

B. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, 25 II StGB

A könnte sich wegen mittäterschaftlicher Nötigung gem. §§ 240 I, 25 II StGB dadurch strafbar gemacht haben, dass er den D nicht daran hinderte, P zu fesseln.

1. Tatbestand

A müsste ein Nötigungsmittel, also Gewalt oder Drohungen mit einem empfindlichen Übel, angewandt haben.

A selbst hat keines der in § 240 I StGB genannten Mittel angewandt. Allerdings hat D durch die Fesselung des P Gewalt angewandt. Diese Gewaltanwendung des D könnte A gem. § 25 II StGB zugerechnet werden, wenn A Mittäter des D wäre.

Mittäterschaft ist die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 524). Hierfür ist es stets erforderlich, dass jeder Mittäter einen die Deliktsbegehung fördernden wesentlichen Beitrag leistet, der auf einem gemeinsamen Tatentschluss beruht (BGHSt 14, 129; BGH, NStZ 1991, 91; Fischer, § 25 Rn 12a; Joecks, § 25 Rn 65; Wessels/Beulke, AT, Rn 528).

A hat allerdings keinen eigenen Beitrag zur Förderung der von D begangenen Nötigung geleistet; er hat diesen lediglich nicht an der Gewaltanwendung gehindert. Auch ist ein gemeinsamer Tatentschluss von D und A dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. A ist also kein Mittäter des D.

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 240 I, 25 II StGB

II. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, 25 II, 13 I StGB

Auch eine Mittäterschaft des A durch Unterlassen gem. §§ 240 I, 25 II, 13 I StGB scheitert daran, dass A und D keinen gemeinsamen Tatentschluss aufweisen. Dass A es nur duldet, dass D gegen P Gewalt anwendet, ist für einen solchen gemeinsamen Tatentschluss jedenfalls nicht ausreichend.

III. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, 13 I StGB

A könnte sich jedoch wegen Nötigung durch Unterlassen gem. §§ 240 I, 13 I StGB dadurch strafbar gemacht haben, dass er D nicht daran hinderte, P zu fesseln.

1. Tatbestand

a. Nötigungsmittel: Gewalt durch Unterlassen

A müsste eines der in § 240 I StGB genannten Nötigungsmittel durch Unterlassen angewendet haben. In Betracht kommt im vorliegenden Fall eine Gewaltan-

wendung durch Unterlassen.

Eine Gewaltanwendung kann grundsätzlich auch in einem Unterlassen bestehen (BayObLG, NJW 1963, 1261; Fischer, § 240 Rn 22; Joecks, § 240 Rn 19; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 8; Rengier, BT II, § 23 Rn 36). Im vorliegenden Fall hat A es unterlassen, den D daran zu hindern, P zu fesseln, obwohl es ihm - ggf. im Zusammenwirken mit P - physisch-real möglich gewesen wäre, D aufzuhalten. Hierdurch ist es mit der Fesselung zu einer Anwendung von Gewalt gegen P gekommen. A hat also durch sein Unterlassen eine Gewaltanwendung gegenüber P bewirkt.

b. Garantenstellung

Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts setzt gem. § 13 I StGB stets voraus, dass der Täter rechtlich dazu verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden (sog. Garantenstellung; BGH, NStZ-RR 2001, 114; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 7). Dies gilt insbesondere auch bei einer Gewaltanwendung durch Unterlassen i.R.v. § 240 I StGB (Fischer, § 240 Rn 22; Joecks, § 240 Rn 19).

A müsste also eine solche Garantenstellung innehaben.

Im vorliegenden Fall kommt eine Garantenstellung des A aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz) in Betracht. Der BGH führt hierzu aus: "[8] Entgegen der Auffassung des Landgerichts traf den Angeklagten eine Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz).

[9] In einem Zeitraum von nur zwei Wochen hat der Angeklagte gemeinsam mit D nicht nur die abgeurteilten drei Straftaten begangen, sondern P auch darüber hinaus in vielfältiger Weise gedemütigt und ihn auf seine Bitte, dies zu unterlassen, ebenso wie D mit Fußtritten zu weiterem 'Gehorsam' gezwungen. Damit hat er D zu verstehen gegeben, dass dieser sich bei weiteren Demütigungen und Misshandlungen vergleichbarer Art keine Hemmungen aufzuerlegen brauche, und die Gefahr weiterer Straftaten - zumal angesichts der Zellsituation - für das Opfer deutlich erhöht. Daher traf den Angeklagten grundsätzlich die Pflicht, weitere Straftaten des D zum Nachteil des P zu verhindern."

A ist somit Garant aus Ingerenz.

c. Täterschaft des A

Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Fall, dass es neben dem A bereits einen Begehungstäter - den D - gibt. Ob ein nichthindernder Garant - wie der A - neben einem Begehungstäter selber noch Täter sein kann, ist umstritten.

aa. Abgrenzung nach den Kriterien der Unterlassungsdelikte

Teilweise wird vorgeschlagen, dieses Problem über

die speziellen Voraussetzungen der unechten Unterlassungsdelikte zu lösen.

(1) Lehre von den Pflichtdelikten

Nach einer Meinung in der Literatur ist der nichthandelnde Garant immer Täter (LK-Roxin, § 25 Rn. 147; SK-Rudolphi, Vor § 13 Rn. 40). Bei den Unterlassungsdelikten könne man nicht wie bei den Begehungsdelikten nach Täterschaft und Teilnahme differenzieren; da die Unterlassungsdelikte immer die Verletzung einer besonderen (Garanten-) Pflicht voraussetzten, sei derjenige, der diese Pflicht verletze (also der Garant) aufgrund seiner besonderen Stellung immer Täter.

Nach dieser Meinung wäre A, weil er Garant war (s.o.), somit auch selber Täter.

(2) Differenzierung nach Art der Garantenstellung

Ein andere Auffassung differenziert nach Art der Garantenstellung des Unterlassenden; hiernach ist der nichthandelnde Beschützergarant immer Täter, der nichthandelnde Überwachergarant hingegen immer Teilnehmer (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vorbem §§ 25ff. Rn 102 ff.; Herzberg, JA 1985, 180; Otto, JuS 1982, 557, 565). Bei den Unterlassungsdelikten müsse man durch eine Wertung der Stellung des Beteiligten ermitteln, ob dieser eher als Täter oder als Teilnehmer anzusehen sei. Da den Beschützergaranten eine umfassende Schutzpflicht treffe, sei er wegen seiner zentralen Stellung stets als Täter anzusehen, wogegen der Überwachergarant, der nur eine einzelne Gefahrenquelle abschirmen müsse, eher eine Stellung am Rande habe und deswegen nur Teilnehmer sein könne.

Bei A bestand eine Garantenstellung aus Ingerenz (s.o.). Hierbei handelt es sich um eine Überwachergarantenstellung (Joecks, § 13 Rn 35, 40 ff.; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 9, 12), sodass A nach dieser Auffassung kein Täter wäre.

bb. Abgrenzung nach den Kriterien von Täterschaft und Teilnahme

Teilweise wird dieses Problem auch nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme gelöst.

(1) Tatherrschaftslehre

Einer Auffassung zufolge soll auch bei den Unterlassungsdelikten die Tatherrschaft des Beteiligten das entscheidende Kriterium für seine Täterschaft sein.

(a) 1. Untermeinung

Nach einem Teil der Vertreter dieser Auffassung kann der nichthindernde Garant neben dem Begehungstäter niemals Tatherrschaft haben und somit auch niemals Täter sein (Lackner/Kühl, § 27 Rn 5; Je-

scheck/Weigend, AT, Rn 630). Tatherrschaft habe immer nur derjenige, der das Geschehen in den Händen halte; das könne aber nie jemand sein, der gar nichts tue.

Nach dieser Meinung wäre A also kein Täter

(b) 2. Untermeinung

Teilweise wird innerhalb der Tatherrschaftslehre auch vertreten, dass der Garant jedenfalls dann Tatherrschaft haben könne, wenn der Begehungstäter den Kausalverlauf aus den Händen gegeben habe und diesen nicht mehr beherrsche (Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 50 IV 3; Kielwein, GA 1955, 227). Der Garant könne jedenfalls dann den Kausalverlauf selbst in den Händen halten, wenn der Begehungstäter der Erfüllung der Garantenpflicht nicht mehr im Weg stehe.

Da im vorliegenden Fall der Begehungstäter D allerdings während der gesamten Tatausführung zugegen war, stand er der Erfüllung der Garantenpflicht des A zur Hilfeleistung entgegen, sodass A auch nach dieser Auffassung kein Täter wäre.

(2) Eingeschränkt-subjektive Theorie

Nach der Rechtsprechung ist sowohl bei Begehungswie auch bei Unterlassungsdelikten der Täterwille das maßgebliche Abgrenzungskriterium (BGHSt 13, 162, 66, NStZ 1985, 24, 1992, 32, StV 1986, 59). Auf den Täterwillen kann man nach dieser Meinung bei den Unterlassungsdelikten dann schließen, wenn der Garant ein eigenes Interesse an der Tat hat.

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass A ein eigenes Interesse an der Nötigung des P gehabt hätte, z.B. weil ihm die Qualen des P ein eigenes Gefühl der Befriedigung gegeben hätten. Somit hatte A keinen Täterwillen und war deshalb auch kein Täter.

cc. Stellungnahme

Gegen die Lehre von den Pflichtdelikten spricht, dass nach dieser Auffassung der Garant, der gar nichts tut, Täter (durch Unterlassen) ist während derjenige Garant, der den Begehungstäter aktiv unterstützt, nur wegen Beihilfe (durch aktives Tun) strafbar ist, was aber dazu führt, dass er trotz seines verwerflicheren Verhaltens in den Genuss der obligatorischen Strafmilderung gem. § 27 II StGB kommt. Da diese Auffassung diesen Wertungswiderspruch nicht erklären kann, ist sie abzulehnen. Nach allen anderen Auffassungen ist eine Täterschaft des A nicht gegeben.

Der BGH lässt im vorliegenden Fall offen, ob die fragliche Abgrenzung nach Tatherrschaftskriterien oder über den Täterwillen zu erfolgen hat: “[10] Die Strafkammer ist im Ergebnis allerdings rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Angeklagte nicht [Täter] der von D (zumindest) begangenen Nötigungen war.

[11] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Abgrenzung zwischen [Täterschaft] und

Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung - insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg - als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von [Täterschaft] nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden - etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag - im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe (BGH NStZ 1992, 31 m.w.N.; weitere Nachweise bei Fischer StGB 56. Aufl. § 13 Rdn. 51a und LKWeigend StGB 12. Aufl. § 13 Rdn. 83, 93). Zum anderen kommt [Täterschaft] des Unterlassenden in Betracht, wenn dieser - neben dem aktiv Handelnden - 'Herr des Geschehens' war, er also die Tatherrschaft hatte (vgl. BGHSt 11, 268, 272; 37, 289, 293; ähnlich LK-Weigend aaO § 13 Rdn. 94 f.; Hoffmann-Holland ZStW 2006, 620, 623 f, 629 ff. m.w.N.).

[12] Auf dieser Grundlage und nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen wirkte der Angeklagte an den von D begangenen Taten nicht als [Täter] mit. Zwar konnte der Angeklagte im ersten Fall durch sein Eingreifen zugunsten des Opfers die weitere Tatbegehung durch D und damit ein Tötungsdelikt, mit dem er ersichtlich nicht einverstanden war, ohne weiteres beenden. Maßgeblich gesteuert wurde das Nötigungsgeschehen indes auch in diesem Fall von D, der die Tatbestandsverwirklichung in Händen hielt, während der Angeklagte diese bis zu seinem Eingreifen lediglich ablaufen ließ. Auch unter Berücksichtigung der vorangegangenen Misshandlungen und der von ihm mitgeschaffenen 'Atmosphäre der Gewalt' war der Angeklagte vielmehr nur Randfigur dieser Geschehen, zumal die Strafkammer ein besonderes Tatinteresse oder einen Täterwillen beim Angeklagten nicht festgestellt hat."

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 240 I, 13 I StGB.

III. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, 27 I, 13 I StGB

A könnte sich dadurch, dass er D nicht aufgehalten hat, wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Nötigung gem. §§ 240 I, 27 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Teilnahmefähige Haupttat

Die von D vorsätzlich und rechtswidrig verwirklichte Nötigung gem. § 240 I StGB (s.o.) stellt eine teilnahmefähige Haupttat dar.

b. Hilfeleisten durch Unterlassen

A müsste D durch Unterlassen Hilfe geleistet haben. Hilfeleisten i.S.v. § 27 I StGB ist jedes Fördern der Haupttat (BGH, NStZ-RR 2007, 37; NStZ 2007, 230, 232; Fischer, § 27 Rn 14).

aa. Fördern der Haupttat durch Unterlassen

A müsste also die Haupttat durch sein Unterlassen gefördert haben.

Ein Hilfeleisten ist durch "Rat" und "Tat" möglich - es gibt also neben der physischen Beihilfe auch eine psychische Beihilfe (Joecks, § 27 Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 12); letzte kann insbesondere in einem Bestärken des Tatentschlusses des Haupttäters bestehen (BGHSt 40, 315; Fischer, § 27 Rn 11).

Hierzu führt der BGH aus: "[13] Jedoch legen die Feststellungen nahe, dass der Angeklagte an den Taten des D als Gehilfe beteiligt war; denn durch sein Vortatverhalten hat der Angeklagte nicht nur - wie vom Landgericht festgestellt - bei P, sondern nahe liegend auch bei D den Eindruck erweckt, dessen Komplize zu sein. Sein Untätigbleiben bei weiteren vergleichbaren Straftaten des D könnte daher als psychische Beihilfe (durch Unterlassen) zu werten sein."

Eine (psychische) Hilfeleistung des A durch Unterlassen ist somit gegeben.

bb. Garantenstellung

Auch die Beihilfe durch Unterlassen setzt das Bestehen einer Garantenstellung des Beteiligten voraus (BGH, wistra 1992, 339; 1993, 59; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 15). Eine solche ist bei A - aus Ingerenz - gegeben (s.o.).

c. Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben.

Bei der Beihilfe muss sich der Vorsatz des Gehilfen sowohl auf die teilnahmefähige Haupttat als auch auf die eigene Hilfeleistung erstrecken (sog. "Doppelvorsatz"; Joecks, § 27 Rn 10; Lackner/Kühl, § 27 Rn 7), bei der Beihilfe durch Unterlassen darüber hinaus auch auf die Umstände, aus denen sich die Garantenstellung des Gehilfen ergibt.

A wusste hier spätestens in dem Zeitpunkt, in dem D mit den Ausführungshandlungen begann, um die Begehung der Haupttat durch D und nahm es zumindest billigend in Kauf, D durch sein Unterlassen in dessen Tatentschluss zu bestärken. Auch kannte A die Umstände, die zu seiner Garantenstellung aus Ingerenz führten. Er hat also vorsätzlich gehandelt.

Auch für den BGH ist die Annahme eines Vorsatzes im vorliegenden Fall nahe liegend: "[14] Ebenso liegt aus den vom Generalbundesanwalt in der Antragschrift vom 20. Oktober 2008 aufgeführten Gründen nicht fern, dass der Angeklagte den bei der Beihilfe

erforderlichen doppelten Vorsatz hatte. Zwar vermochte die Strafkammer nicht hinreichend sicher festzustellen, dass er 'den zu verhindernden Erfolg billigend in Kauf nahm'. Diese auf den Vorsatz eines (Mit-) Täters zielende Feststellung schließt indes nicht aus, dass er den für einen Gehilfen erforderlichen tatbezogenen Vorsatz hatte."

2. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

Das Verhalten des A war auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. *Ergebnis*

A ist strafbar gem. §§ 240 I, 27 I, 13 I StGB.

IMPRESSUM

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

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Kirchhof, Paul: "Das Grundgesetz - ein oft verkannter Glücksfall"
Fundstelle:	DVBl 2009, 541 (Heft 9)
Inhalt:	Das Grundgesetz wird im Mai 2009 sechzig Jahre alt. Die DVBl feiert dieses Jubiläum mit einer Reihe von Beiträgen zur Verfassungsgeschichte, die unbedingt lesenswert sind. Der hier herausgegriffene Aufsatz von Kirchhof gibt einen hervorragenden Überblick über das historische Anliegen des Grundgesetzgebers, beleuchtet Stärken und Schwächen der vorhandenen Regelungen und gibt einen Ausblick auf zukünftige verfassungsrechtliche Herausforderungen. Der Inhalt dieses Aufsatzes sollte jeden Jurastudenten schon grundsätzlich interessieren. Unabhängig davon können verfassungsgeschichtliche Fragen mit aktuellem Bezug jederzeit in mündlichen Prüfungen gestellt werden.

Autor/Titel:	Stuhlfauth, Thomas: "Verfassungsrechtliche Fragen des Verbots von Religionsgemeinschaften"
Fundstelle:	DVBl 2009, 416 (Heft 7)
Inhalt:	Der Autor beschäftigt sich mit der Frage, welchen verfassungsrechtlichen Schranken die im Vereinsgesetz geregelten Verbote von Vereinen unterliegen, wenn deren Anliegen die gemeinsame Ausübung der Glaubensfreiheit ist. Naturgemäß geht er dabei auf Art. 4 und 9 GG ein. Besondere Sorgfalt verwendet der Autor auf die Definition einer Glaubensgemeinschaft im Sinne des Art. 4 GG, da diese angesichts der Vielzahl von Sekten und pseudo-religiösen Zusammenschlüsse (Stichwort: Scientology) nicht leicht zu bestimmen ist. Ferner geht er auf die bisher wenig beachtete Möglichkeit des Verbots ausländischer Glaubensgemeinschaften ein.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Hey, Felix Christopher: "Die Geschäftsführung ohne Auftrag"
Fundstelle:	JuS 2009, 400 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag beschäftigt sich mit den verschiedenen Ansprüchen, die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (GOA) gem. §§ 677 ff. BGB zugunsten des Geschäftsherrn gleich wie zugunsten des Geschäftsführers erwachsen. Oft bereitet die Struktur der GOA in der Prüfung große Schwierigkeiten, was nicht zuletzt an der etwas unübersichtlichen Systematik des Gesetzes und den tatbestandsimmanenten Verweisungen liegen dürfte. Eine gute Aufbereitung der §§ 677 ff. BGB.

Autor/Titel:	Hamann, Wolfgang; Rudnik, Tanja: "Formulararbeitsverträge auf dem Prüfstand, Teil 1: Grundsätze der Klauselkontrolle"
Fundstelle:	Jurs 2009, 335 (Heft5)
Inhalt:	Der Beitrag befasst sich mit der AGB- Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB bei Formulararbeitsverträgen. Durch die Neuregelung des § 310 IV 2 BGB ist das AGB - Wesen auch auf Arbeitsverträge anzuwenden, wobei die Besonderheiten im Arbeitsrecht angemessen zu berücksichtigen sein sollen. Wie sich diese Besonderheiten konkret auswirken, war und ist in der Rechtsprechung umstritten. Die Autoren legen die Anforderungen an eine AGB- Kontrolle schulmäßig dar und erläutern anhand von Beispielen Umstände, bei denen Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen sind.

Autor/Titel:	Stoffregen, Ralf: "Hinterlegungsfälle im Assessorexamen - Unterscheidung typischer Verfahrenskonstellationen beim Streit von Forderungsprätendenten"
Fundstelle:	JuS 2009, 421 (Heft 5)
Inhalt:	Der Autor beschäftigt sich mit den für das zweite Staatsexamen klausurrelevanten Konstellationen der Hinterlegung. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass materiell-rechtliche Anforderungen zu prüfen sind (§§ 372 ff. BGB) gleich wie prozessuale (geregelt in der Hinterlegungsordnung). Dies führt dazu, dass die Darstellung in der Klausur oft unübersichtlich wird. Die Erwägungen sind gut nachvollziehbar und helfen, die Gedanken in einer Klausur zu gliedern.

Strafrecht

Autor/Titel:	Lanzrath, Sascha / Fieberg, Stefan: "Waffen und (gefährliche) Werkzeuge im Strafrecht"
Fundstelle:	JURA 2009, 348 (Heft 5)
Inhalt:	Nach einer kurzen Erörterung des strafrechtlichen Waffenbegriffs gehen die Verfasser auf einzelne Regelungen des StGB ein, in denen der Begriff der Waffe und/oder des (gefährlichen) Werkzeugs auftaucht. Schwerpunkt der Ausführungen sind hierbei die Tatbestände der §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB. Die Verfasser stellen hier vor allem auf den Streit um den Begriff des "anderen gefährlichen Werkzeugs" unter Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung (NJW 2008, 2861 = RA 2008, 508) dar, schildern aber auch andere klassische Problemfälle wie das Beisichführen erst nach Vollendung und die Anwendbarkeit der Tatbestände auf Berufswaffenträger. Auch andere Vorschriften (§ 113 II 2 Nr. 1, 224 I Nr. 2, 244 I Nr. 1b StGB) werden diskutiert. Wegen der verständlichen Darstellung und der hohen Examensrelevanz der entsprechenden Probleme unbedingt lesenswert.

Autor/Titel:	Jahn, Matthias/Palm, Jasmin: "Die Anschlussdelikte - Strafvereitelung (§§ 258, 258a StGB)"
Fundstelle:	JuS 2008, 408 (Heft 5)
Inhalt:	Fortsetzung der in Heft 4 (mit § 257 StGB) begonnenen Reihe um die in der Examensvorbereitung oft vernachlässigten Anschlussstraftaten (§§ 257 - 262 StGB). Dieser Beitrag stellt die §§ 258, 258 a StGB fast schon kommentarartig dar, beginnend mit einem Prüfungsschema, anhand dessen später einzelne Voraussetzungen und Problemstellungen dargestellt werden. Sowohl zum Einstieg als auch zur Nacharbeit (insb. wegen des überschaubaren Umfangs) hervorragend geeignet.

Autor/Titel:	Dehne-Niemann, Jan / Weber, Yannic: "“Über den Einfluss des Irrthums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen’ - zum 150-jährigen Jubiläum des Falls Rose-Rosahl"
Fundstelle:	JURA 2009, 373 (Heft 5)
Inhalt:	Ist es wirklich schon 150 Jahre her, dass das Preußische Obertribunal sich im Rose-Rosahl-Fall (GA 7, 322) zu der Frage geäußert hat, wie sich ein error in persona des Haupttäters beim Anstifter auswirkt? Nun, angesichts der Tatsache, dass praktisch derselbe Fall auch heute noch regelmäßig Gegenstand von Prüfungsaufgaben ist, möchte man dies kaum glauben. In diesem Aufsatz befassen sich die Autoren nicht nur mit dem Lösungsansatz des PrOTr, sondern auch mit der Weiterentwicklung der Rechtsprechung und den unterschiedlichen Lösungsansätzen in der Literatur. Hierbei ist die Darstellung der Meinungen und Argumentationen stets sehr gut nachvollziehbar, was den Aufsatz angesichts der hohen Examensrelevanz des besprochenen Problems praktisch zu einer Pflichtlektüre macht.