

Öffentliches Recht

Standort: Verfassungs- und Europarecht

Problem: Vertrag von Lissabon

BVERFG, URTEIL VOM 30.06.2009
2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08,
2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09
(EUZW 2009, 552)

Problemdarstellung:

Der 2. Senat des BVerfG hat mit der vorliegenden Entscheidung den Vertrag von Lissabon - genauer gesagt das deutsche *Vertragsgesetz* nach Art. 59 II 1 GG (BGBl II 2008, 1038), auf dessen Wirksamkeit es für die völkerrechtliche Ratifizierung des Vertrages durch die Bundesrepublik Deutschland ankommt - für verfassungsgemäß erklärt.

Gleichzeitig mit diesem Vertragsgesetz sind zwei Begleitgesetze verabschiedet worden, die ebenfalls Gegenstand der Prüfung durch das BVerfG waren: Zum einen machte der Vertrag von Lissabon eine Änderung der Art. 23, 45 und 93 GG nötig. Das entsprechende *Änderungsgesetz* vom 8.10.2008 ist ebenfalls bereits verkündet worden (BGBl I 2008, 1926) und soll zeitgleich mit dem Vertrag von Lissabon in Kraft treten. Dieses Gesetz hält das BVerfG ebenfalls für verfassungsgemäß.

Im sog. *Ausweitungsgesetz*, dem zweiten Begleitgesetz zum Vertragsgesetz, hat der Deutsche Bundestag versucht, seine Rechte (und die des Bundesrates) in Angelegenheiten der Europäischen Union neu zu regeln. Dieses Gesetz ist zu Stande gekommen, aber noch nicht ausgefertigt und verkündet worden. Das BVerfG hält die jetzige Fassung des Ausweitungsgesetzes insoweit für verfassungswidrig, als es ermöglicht, bestimmte Änderungen des Vertrages von Lissabon ohne die ausdrückliche Zustimmung von Bundestag und Bundesrat herbeizuführen. Dem Urteil liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

A. Wesentlicher Inhalt des Vertrages von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon sieht eine grundlegende Änderung des bestehenden Vertragssystems vor. Er löst die bestehende Drei-Säulen-Struktur der Europäischen Union auf und verleiht der Union formell Rechtspersönlichkeit. Der EG-Vertrag wird in "Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union" (AEUV) umbenannt. Die Europäische Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie wird. Die Europäische Atomgemeinschaft (EAG)

wird aus dem ehemaligen Dachverband der Europäischen Union ausgegliedert und besteht - abgesehen von einer institutionellen Verbundenheit mit der Europäischen Union - als unabhängige internationale Organisation fort. Ferner wird dem Vertrag eine Grundrechtscharta vorangestellt, wodurch die europäischen Grundrechte kodifiziert (und erweitert) werden, die der EuGH bisher notgedrungen aus dem kleinsten gemeinsamen Nenner der Mitgliedsstaaten ableiten musste.

Gleichzeitig werden die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten dieser neuen Europäischen Union erheblich gestärkt. Die Zuständigkeiten der EU werden erweitert, die Kompetenzen ihrer Organe erhöht.

B. Kritik

Genau hier setzte die Kritik der Beschwerdeführer an: Sie befürchten angesichts des in der Europäischen Union herrschenden Demokratiedefizits eine Aushöhlung der Demokratie in Deutschland. Wenn künftig in Europa wesentliche Entscheidungen getroffen würden, seien diese nicht mehr hinreichend demokratisch legitimiert, weil der deutsche Wähler zwar über Art. 38 I 1 GG den Deutschen Bundestag wählen könne, nicht aber die in Europa maßgeblich entscheidenden Organe (Rat und Kommission). Daran ändere auch nichts, dass das Europaparlament gewählt würde, denn dieses habe erstens kaum Kompetenzen, und zweitens sei die Bundesrepublik Deutschland dort erheblich unterrepräsentiert (99 Abgeordnete bei über 80 Millionen Einwohnern; zum Vergleich: Luxemburg stellt bei knapp 500.000 Einwohnern 6 Abgeordnete; diesen würden auf die BRD hochgerechnet 960 Abgeordnete entsprechen).

C. Entscheidung des BVerfG

I. Demokratiedefizit

Tatsächlich kommt das Europäische Parlament in der BVerfG-Entscheidung schlecht weg. Auch das BVerfG beklagt das Demokratiedefizit und die mangelnden Entscheidungskompetenzen des Europäischen Parlaments, obwohl gerade dessen Kompetenzen durch den Lissabon-Vertrag verbessert werden, z.B. durch weitergehende Rechte des Europäischen Parlaments in Haushaltsfragen und verstärkten Mitwirkungsbefugnissen bei der europäischen Normgebung sowie bei der

Ernennung der Kommission.

II. Wächterrolle von Bundestag und Bundesrat

Allerdings betont das BVerfG andererseits, dass das Grundgesetz im Ergebnis ausreichende Kontrollmechanismen bereitstelle, um eine Aushöhlung der deutschen Demokratie durch die EU zu verhindern. Insbesondere der Deutsche Bundestag und der Bundesrat hätten es in der Hand, im Rahmen der ihnen durch den Vertrag von Lissabon eingeräumten Mitwirkungsrechte beim Fortschreiten der Europäischen Union sicherzustellen, dass dem deutschen Wähler ein ausreichendes Maß an Einflussnahmemöglichkeit verbleibe.

III. Grenzen und Kontrolle derselben durch das BVerfG

Dabei zeigt das BVerfG - wenn auch recht vage - durchaus Grenzen auf: Nach Ansicht des Gerichts ist auch die neue Europäische Union noch kein Bundesstaat. Die mangelnde Staatsqualität führt das BVerfG zum einen auf die fehlende genuine Verbindung der Europäer zurück, die somit kein Staatsvolk seien, zum anderen auf die mangelnde originäre Begründung der Staatsgewalt, die sich nach wie vor von den Mitgliedsstaaten ableite. Die EU habe sich - bildlich gesprochen - zwar vom Ufer einer reinen Völkerrechtsorganisation entfernt, sei aber am Ufer der Staatlichkeit (noch) nicht angekommen. Sollte die EU jedoch irgendwann den Charakter eines Bundesstaates annehmen, müsse eine neue Verfassung nach Art. 146 GG vom Volke beschlossen werden, da die Mitgliedschaft der BRD als Bundesstaat in einem anderen Bundesstaat - der EU - im Rahmen der gegenwärtigen Regelungen des GG (vor allem Art. 20 I, II GG) nicht möglich sei und eine bloße Änderung des Grundgesetzes an der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG scheitern würde. Das BVerfG kündigt an, über diese Entwicklung zu wachen und ggf. einzuschreiten.

IV. Ergebnis

Waren nach alledem Vertrags- und Änderungsgesetz noch hinreichend mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 I und 38 I 1 GG vereinbar, so sieht das BVerfG beim Ausweitungsgesetz doch einen Mangel. Es könne nicht sein, dass - wie dort vorgesehen - bereits das Schweigen von Bundestag und Bundesrat zu bestimmten - wenn auch kleineren - dem Lissabon-Vertrag inhärenten Vertragsänderungen genüge. Vielmehr müsse zu künftigen Änderungen des Lissabon-Vertrages stets die ausdrückliche Zustimmung von Bundestag und ggf. Bundesrat vorliegen. Insoweit erklärte das BVerfG das Ausweitungsgesetz für verfassungswidrig. Der Gesetzgeber könnte diesen Mangel jedoch leicht beheben, indem er eine Zustimmungspflicht in das Ausweitungsgesetz aufnimmt.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil eignet sich kaum für schriftliche Examensaufgaben, da es weniger einen konkreten Fall löst, als vielmehr ausschweifende, lehrbuchhafte Ausführungen zu grundsätzlichen Fragen der Demokratie in Deutschland und Europa enthält. Allerdings prägt es die gegenwärtige Diskussion über das Spannungsverhältnis von nationaler Souveränität und europäischer Integration und sollte daher in seinen Kernaussagen, die in der obigen Problemdarstellung sowie den nachfolgend wiedergegebenen Leitsätzen und der Pressemitteilung des BVerfG wiedergegeben sind, jedem Juristen - nicht nur Wahlfachkandidaten - bekannt sein.

Auf zwei prozessuale Besonderheiten, die durchaus Klausurrelevanz haben können, sei noch hingewiesen:

I. Gegen Gesetze sind grundsätzlich keine präventiven Rechtsbehelfe vor dem BVerfG statthaft. Tauglicher Gegenstand einer Normenkontrolle, einer Verfassungsbeschwerde oder eines Organstreitverfahrens ist vielmehr nur eine bereits in Kraft getretene Norm. Davon macht das BVerfG allerdings gerade für Vertragsgesetze i.S.d. Art. 59 II 1 GG (und - wie hier - deren Begleitgesetze) eine Ausnahme, denn nach deren In-Kraft-Treten würde infolge der Ratifizierung des völkerrechtlichen Vertrages die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich gebunden. Anschließend wäre es nicht tunlich, die Ratifizierung infolge einer Aufhebung des Vertragsgesetzes wieder in Frage zu stellen. Hierzu das BVerfG wörtlich (Rz 160):

“Da die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Vertrags von Lissabon nur noch davon abhängt, dass der Bundespräsident die Ratifikationsurkunde ausfertigt und beim Depositar hinterlegt, kann das Zustimmungsgesetz ausnahmsweise schon vor seinem Inkrafttreten Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sein (vgl. BVerfGE 108, 370 [385]). Entsprechendes gilt für die Begleitgesetzgebung, deren Inkrafttreten an das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gekoppelt ist.”

II. Nach Ansicht des BVerfG dürfen einzelne Abgeordnete in einem Organstreitverfahren nicht die Rechte des Deutschen Bundestages einklagen. Zwar sehe § 64 I BVerfGG eine solche Prozesstandschaft grundsätzlich vor, indem für die Antragsbefugnis genüge, dass der Antragsteller selbst “oder das Organ, dem er angehört” in seinen Rechten aus dem Grundgesetz verletzt sei. Diese Formulierung sei aber nur auf die Bundestagsfraktionen gemünzt, nicht auf einzelne Abgeordnete. Das BVerfG wörtlich (Rz 200):

“Der Antragsteller zu I. ist auch nicht berechtigt, Rechte des Deutschen Bundestages im eigenen Namen - als Prozesstandschafter oder „Organwalter“ des Bundestages - geltend zu machen. Die Prozesstandschaft ist eine Ausnahme von dem allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz, dass Verfahrensbeteiligte nur eigene Rechte geltend machen können. Der Prozesstandschafter be-

darf daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung (vgl. BVerfGE 60, 319 [325]; 90, 286 [343]). Eine solche liegt nicht vor, da sich §§ 63, 64 I BVerfGG nur auf die Prozessstandschaft eines Organteils für das Gesamtorgan beziehen und der Abgeordnete kein solcher Organteil ist (vgl. BVerfGE 2, 143 [160]; 67, 100 [126]; 90, 286 [343 f.]; 117, 359 [367 f.]). Als Organteile sind nur die nach der Geschäftsordnung ständig vorhandenen Gliederungen des Bundestages berufen, Rechte des Bundestages geltend zu machen. Der einzelne Abgeordnete ist keine solche Gliederung des Bundestages.”

Vertiefungshinweise:

- “Solange”-Rechtsprechung des BVerfG: *BVerfGE* 37, 271 (Solange I); 73, 339 (Solange II); 102, 147 (Banananmarkt)
- Urteil des BVerfG zum EU-Vertrag von Maastricht: *BVerfGE* 89, 155
- Aus der Literatur zum Vertrag von Lissabon: *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, 473; *Weber*, EuZW 2008, 7; *Hatje/Kindt*, NJW 2008, 1761
- Aus der Literatur zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG: *Streinz*, Editorial NJW 2009, Heft 30; *Calliess*, NJW 2009, Seite XIV ff.; *Brok/Selmayr*, EuZW 2008, 487

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Derrick contra Columbo”

Leitsätze:

1. Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbunds erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger - der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.

2.a) Sofern die Mitgliedstaaten das Vertragsrecht so ausgestalten, dass unter grundsätzlicher Fortgeltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung eine Veränderung des Vertragsrechts ohne Ratifikationsverfahren herbeigeführt werden kann, obliegt neben der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 I GG genügen muss (Integrationsverantwortung) und gegebenenfalls in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren eingefordert werden kann.

b) Ein Gesetz i.S. des Art. 23 I 2 GG ist nicht erforder-

lich, soweit spezielle Brückenklauseln sich auf Sachbereiche beschränken, die durch den Vertrag von Lissabon bereits hinreichend bestimmt sind. Auch in diesen Fällen obliegt es allerdings dem Bundestag und - soweit die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, dem Bundesrat - seine Integrationsverantwortung in anderer geeigneter Weise wahrzunehmen.

3. Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt. Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.

4. Das BVerfG prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 II EG; Art. 5 I 2 und III des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon [EUV-Lissabon]) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (vgl. BVerfGE 58, 1 [30f.]; 75, 223 [235, 242]; 89, 155 [188], dort zum ausbrechenden Rechtsakt). Darüber hinaus prüft das BVerfG, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 I 3 i.V. mit Art. 79 III GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 [296]). Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 II 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.

Sachverhalt:

Gegenstand der zu gemeinsamer Entscheidung verbundenen Organstreitverfahren und Verfassungsbeschwerden ist die Ratifikation des Vertrags von Lissabon zur

Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. 12. 2007 (ABIEU Nr. C 306, S. 1). Die Verfahren betreffen das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und - teilweise - die deutschen Begleitgesetze: das bereits verkündete, aber noch nicht in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45 und 93) sowie das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, das zu Stande gekommen, aber noch nicht ausgefertigt und verkündet ist.

Der Deutsche Bundestag beschloss am 24. 4. 2008 mit 515 von 574 abgegebenen Stimmen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon. Der Bundesrat stimmte am 23.5.2008 dem Zustimmungsgesetz mit Zweidrittelmehrheit zu. Der Bundespräsident fertigte am 8.10.2008 das Zustimmungsgesetz aus. Es ist im BGBl II vom 14. 10. 2008 verkündet worden (BGBl II, 1038) und trat am darauffolgenden Tag in Kraft. Der Deutsche Bundestag beschloss am 24. 4. 2008 ferner die Begleitgesetzgebung, das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45 und 93) (Änderungsgesetz) sowie das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Ausweitungsgesetz). Der Bundesrat stimmte am 23.5.2008 beiden Gesetzen zu. Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45 und 93) vom 8. 10. 2008 ist im BGBl I vom 16. 10. 2008 (BGBl I, 1926) verkündet worden und tritt an dem Tag in Kraft, an dem der Vertrag von Lissabon nach seinem Art. 6 II für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft tritt.

Nachdem die Bf. zu III, IV und V und die Ast. den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt hatten, um eine völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik Deutschland an den Vertrag von Lissabon durch Hinterlegung der Ratifikationsurkunde zu verhindern, erklärte der Bundespräsident durch den Chef des Bundespräsidialamts, er werde die Ratifikationsurkunde nicht ausfertigen, bis das BVerfG abschließend über das Verfahren in der Hauptsache entschieden habe.

Die Bf. in den Verfassungsbeschwerdeverfahren wandten sich gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon. Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu III und VI betreffen darüber hinaus das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45 und 93) sowie das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union. Die Bf. trugen übereinstimmend vor, sie seien in ihrem Recht aus Art. 38 GG verletzt. Art. 38 GG gewähre ihnen als wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl des Deutschen Bundestags teilzunehmen, dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt auf Bundesebene mitzuwirken und ihre Ausübung zu beeinflussen. Mit der

im Zustimmungsgesetz vorgenommenen Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union werde in dieses Recht eingegriffen, weil die Legitimation und die Ausübung von Staatsgewalt ihrem Einfluss entzogen werde.

Der Bf. zu III rügte die Verletzung des Demokratieprinzips unter beiden Aspekten. Der Bf. zu IV trug vor, dass die „Schwelle zur Bedeutungslosigkeit der originären deutschen Gesetzgebungszuständigkeiten“ mit den durch den Vertrag von Lissabon übertragenen Hoheitsrechten auf die Europäische Union überschritten werde. Es komme zu einem „Ausverkauf ureigenster staatlicher Befugnisse“. Die Bf. zu V rügten allein die mangelnde demokratische Legitimation der Europäischen Union. Die Bf. zu VI machten ebenfalls geltend, dass die demokratischen Grundlagen der Europäischen Union nicht mit dem Integrationsprozess Schritt gehalten hätten. Die Bf. zu III und IV waren außerdem der Auffassung, dass das Zustimmungsgesetz zum Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland führt. Sie stützten diese Rüge ebenfalls auf Art. 38 GG.

Die Ast. in den Organstreitverfahren griffen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon, der Ast. zu I zusätzlich die Begleitgesetzgebung an. Der Ast. zu I ist Abgeordneter des Deutschen Bundestags und zugleich der Bf. zu III. Er trug vor, dass er als Abgeordneter des Deutschen Bundestags durch das Zustimmungsgesetz und durch die Begleitgesetzgebung in seinem Statusrecht aus Art. 38 I GG verletzt sei. Die Ast. zu II, eine Fraktion des Deutschen Bundestags, beantragte in Prozessstandschaft für den Deutschen Bundestag, festzustellen, dass das Zustimmungsgesetz den Deutschen Bundestag in seinen Rechten als legislatives Organ verletzt und deshalb unvereinbar mit dem Grundgesetz ist.

Aus den Gründen:

1. Zentrale Gesichtspunkte des Urteils im Überblick

Das Urteil konzentriert sich auf den Zusammenhang zwischen dem vom Grundgesetz vorgeschriebenen demokratischen System auf Bundesebene und dem erreichten Niveau selbständiger Herrschaftsausübung auf europäischer Ebene. Das Strukturproblem der Europäischen Union wird in den Mittelpunkt der Verfassungsprüfung gestellt: Der Umfang politischer Gestaltungsmacht der Union ist - nicht zuletzt durch den Vertrag von Lissabon - stetig und erheblich gewachsen, so dass inzwischen in einigen Politikbereichen die Europäische Union einem Bundesstaat entsprechend - staatsanalog - ausgestaltet ist. Demgegenüber bleiben die internen Entscheidungs- und Ernennungsverfahren überwiegend völkerrechtsanalog dem Muster einer internationalen Organisation verpflichtet; die Europäische Union ist weiterhin im Wesentlichen nach dem Grundsatz der Staatengleichheit aufgebaut.

Solange im Rahmen einer europäischen Bundesstaatsgründung nicht ein einheitliches europäisches Volk als Legitimationssubjekt seinen Mehrheitswillen gleichheitsgerecht politisch wirksam formulieren kann, bleiben die in den Mitgliedstaaten verfassten Völker der Europäischen Union die maßgeblichen Träger der öffentlichen Gewalt, einschließlich der Unionsgewalt. Für den Beitritt zu einem europäischen Bundesstaat wäre in Deutschland eine Verfassungsneuschöpfung notwendig, mit der ein erklärter Verzicht auf die vom Grundgesetz gesicherte souveräne Staatlichkeit einherginge. Ein solcher Akt liegt hier nicht vor. Die Europäische Union stellt weiterhin einen völkerrechtlich begründeten Herrschaftsverband dar, der dauerhaft vom Vertragswillen souverän bleibender Staaten getragen wird. Die primäre Integrationsverantwortung liegt in der Hand der für die Völker handelnden nationalen Verfassungsorgane. Bei wachsenden Kompetenzen und einer weiteren Verselbständigung der Unionsorgane sind schrittweise Sicherungen erforderlich, um das tragende Prinzip der begrenzten und von den Mitgliedstaaten kontrollierten Einzelermächtigung zu wahren. Auch sind eigene für die Entfaltung der demokratischen Willensbildung wesentliche Gestaltungsräume der Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration zu erhalten. Insbesondere ist zu gewährleisten, dass die Integrationsverantwortung durch die staatlichen Vertretungsorgane der Völker wahrgenommen werden kann.

Durch den Ausbau der Kompetenzen des Europäischen Parlaments kann die Lücke zwischen dem Umfang der Entscheidungsmacht der Unionsorgane und der demokratischen Wirkmacht der Bürger in den Mitgliedstaaten verringert, aber nicht geschlossen werden. Das Europäische Parlament ist weder in seiner Zusammensetzung noch im europäischen Kompetenzgefüge dafür hinreichend gerüstet, repräsentative und zurechenbare Mehrheitsentscheidungen als einheitliche politische Leitentscheidungen zu treffen. Es ist gemessen an staatlichen Demokratieanforderungen nicht gleichheitsgerecht gewählt und innerhalb des supranationalen Interessenausgleichs zwischen den Staaten nicht zu maßgeblichen politischen Leitentscheidungen berufen. Es kann deshalb auch nicht eine parlamentarische Regierung tragen und sich im Regierungs-Opportunisten-Schema parteipolitisch so organisieren, dass eine Richtungsentscheidung europäischer Wähler politisch bestimmend zur Wirkung gelangen könnte. Angesichts dieses strukturellen, im Staatenverbund nicht auflösbaren Demokratiedefizits dürfen weitere Integrationsschritte über den bisherigen Stand hinaus weder die politische Gestaltungsfähigkeit der Staaten noch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aushöhlen.

Die Völker der Mitgliedstaaten sind Träger der verfassungsgebenden Gewalt. Das Grundgesetz erlaubt es den besonderen Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung nicht, über die grund-

legenden Bestandteile der Verfassung, also über die Verfassungsidentität zu verfügen (Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 Abs. 3 GG). Die Verfassungsidentität ist unveräußerlicher Bestandteil der demokratischen Selbstbestimmung eines Volkes. Zur Wahrung der Wirksamkeit des Wahlrechts und zur Erhaltung der demokratischen Selbstbestimmung ist es nötig, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit darübert wacht, dass die Gemeinschafts- oder die Unionsgewalt nicht mit ihren Hoheitsakten die Verfassungsidentität verletzt und nicht ersichtlich die eingeräumten Kompetenzen überschreitet. Die mit dem Vertrag von Lissabon noch einmal verstärkte Übertragung von Zuständigkeiten und die Verselbständigung der Entscheidungsverfahren setzt deshalb eine wirksame Ultra-vires-Kontrolle und eine Identitätskontrolle von Rechtsakten europäischen Ursprungs im Anwendungsbereich der Bundesrepublik Deutschland voraus.

2. Zum Prüfungsmaßstab

a. Art. 38 I 1 GG

Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon wird vom Gericht am Maßstab des Wahlrechts gemessen. Das Wahlrecht ist als grundrechtsgleiches Recht mit der Verfassungsbeschwerde rügefähig (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Es konkretisiert den Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung, auf freie und gleiche Teilhabe an der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt sowie auf die Einhaltung des Demokratiegebots einschließlich der Achtung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Die Prüfung einer Verletzung des Wahlrechts umfasst hier auch Eingriffe in die Grundsätze, die Art. 79 Abs. 3 GG als Identität der Verfassung festschreibt. Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die sie betreffende öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist in der Würde des Menschen verankert und elementarer Bestandteil des Demokratieprinzips. Das Demokratieprinzip ist nicht abwägungsfähig. Eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig (Art. 79 Abs. 3 GG). Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Die verfassungsgebende Gewalt hat den Vertretern und Organen des Volkes kein Mandat erteilt, die nach Art. 79 Abs. 3 GG grundlegenden Verfassungsprinzipien zu verändern.

b. Art. 20 I, II GG

Zugleich ist die grundgesetzliche Ausgestaltung des Demokratieprinzips offen für das Ziel, Deutschland in eine internationale und europäische Friedensordnung

einzufragen. Die deutsche Verfassung ist auf Öffnung der staatlichen Herrschaftsordnung für das friedliche Zusammenwirken der Nationen und die europäische Integration gerichtet. Weder die gleichberechtigte Integration in die Europäische Union noch die Einfügung in friedenserhaltende Systeme wie die Vereinten Nationen führen dabei notwendig zu einer Veränderung im System öffentlicher Gewaltausübung der Bundesrepublik Deutschland. Es handelt sich vielmehr um freiwillige, gegenseitige und gleichberechtigte Bindung, die den Frieden sichert und die politischen Gestaltungsmöglichkeiten durch gemeinsames koordiniertes Handeln stärkt. Der aus Art. 23 Abs. 1 GG und der Präambel folgende Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas bedeutet für die deutschen Verfassungsorgane, dass die Beteiligung an der europäischen Integration nicht in ihrem politischen Belieben steht. Das Grundgesetz will eine internationale Friedensordnung und eine europäische Integration: Es gilt deshalb nicht nur der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, sondern auch der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit.

c. Art. 23 GG

Die Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union nach Art. 23 Abs. 1 GG steht allerdings unter der Bedingung, dass die souveräne Verfassungsstaatlichkeit auf der Grundlage eines verantwortbaren Integrationsprogramms nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und unter Achtung der verfassungsrechtlichen Identität als Mitgliedstaat gewahrt bleibt und die Bundesrepublik Deutschland ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verliert. Art. 23 Abs. 1 GG und die Präambel sagen nichts aus über den endgültigen Charakter der politischen Verfasstheit Europas. Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger - der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben. Die Europäische Union muss sowohl in Art und Umfang als auch in der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung demokratischen Grundsätzen entsprechen (Art. 23 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG). Dies bedeutet zunächst, dass die europäische Integration nicht zur Auslöschung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland führen darf. Zwar müssen nicht eine bestimmte Summe oder bestimmte Arten von Hoheitsrechten in der Hand des Staates bleiben. Die europäi-

sche Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf jedoch nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt. Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten. Sofern in diesen besonders demokratiebedeutsamen Sachbereichen eine Übertragung von Hoheitsrechten überhaupt erlaubt ist, ist eine enge Auslegung geboten. Dies betrifft insbesondere die Strafrechtspflege, die polizeiliche und militärische Verfügung über das Gewaltmonopol, fiskalische Grundentscheidungen über Einnahmen und Ausgaben, die sozialpolitische Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell bedeutsame Entscheidungen wie Erziehung, Bildung, Medienordnung und Umgang mit Religionsgemeinschaften.

d. Zwischenergebnis

Das Grundgesetz ermächtigt die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten begründet werden können. Es untersagt die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist deshalb nicht nur ein europarechtlicher Grundsatz (Art. 5 Abs. 1 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon), sondern nimmt - ebenso wie die Pflicht der Europäischen Union, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten (Art. 6 Abs. 3 EUV; Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon) - mitgliedstaatliche Verfassungsprinzipien auf. Das Integrationsprogramm der Europäischen Union muss deshalb hinreichend bestimmt sein. Sofern die Mitgliedstaaten das Vertragsrecht so ausgestalten, dass unter grundsätzlicher Fortgeltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung eine Veränderung des Vertragsrechts ohne Ratifikationsverfahren herbeigeführt werden kann, obliegt neben der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung). Das Zustimmungsgesetz zu einem europäischen Änderungsvertrag und die innerstaatliche Begleitgesetzgebung müssen so beschaffen sein, dass die europäische Integration weiter nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgt, ohne dass für die Europäi-

sche Union die Möglichkeit besteht, sich der Kompetenz-Kompetenz zu bemächtigen oder die integrations-feste Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, hier des Grundgesetzes, zu verletzen. Für Grenzfälle des noch verfassungsrechtlich Zulässigen muss der deutsche Gesetzgeber mit seinen die Zustimmung begleitenden Gesetzen Vorkehrungen dafür treffen, dass die Integrationsverantwortung der Gesetzgebungsorgane sich hinreichend entfalten kann.

Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV-Lissabon) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (Ultra-vires-Kontrolle). Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist (Identitätskontrolle). Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich geforderten Prüfungskompetenzen wahrt die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten auch bei fortschreitender Integration. Sie folgt bei der konkreten Ausübung dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.

3. Zur Subsumtion

a. Vertragsgesetz (= „Zustimmungsgesetz“)

Gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon bestehen keinedurchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

aa. EU kein Bundesstaat

Die Europäische Union erreicht auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch keine Ausgestaltung, die staatsanalog ist und deshalb dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entsprechen müsste. Sie ist kein Bundesstaat, sondern bleibt ein Verbund souveräner Staaten unter Geltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung. Das Europäische Parlament ist kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes, sondern ein supranationales Vertretungsorgan der Völker der Mitgliedstaaten, so dass der allen europäischen Staaten gemeinsame Grundsatz der Wahlgleichheit auf das Europäische Parlament keine Anwendung findet. Andere Regelungen des Vertrags von Lissabon, wie die doppelt-qualifizierte Mehrheit im Rat (Art. 16 Abs. 4 EUV-Lissabon, Art. 238 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union), die partizipativen, assoziativen und direkten Demokratieelemente (Art. 11 EUV-Lissabon) sowie die institutionelle Anerkennung der nationalen

Parlamente (Art. 12 EUV-Lissabon) können das - gemessen an staatlichen Demokratieanforderungen - bestehende Defizit der europäischen Hoheitsgewalt nicht aufwiegen, das Legitimationsniveau des Staatenverbundes aber gleichwohl erhöhen.

bb. Souveränität der BRD gewahrt

Die Bundesrepublik Deutschland bleibt bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein souveräner Staat. Insbesondere bleibt die deutsche Staatsgewalt in ihrer Substanz geschützt. Die Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten der Europäischen Union von denen der Mitgliedstaaten erfolgt nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und weiteren materiell-rechtlichen Schutzmechanismen, insbesondere Zuständigkeitsausübungsregeln. Die so kontrollierte und verantwortbare Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union wird durch einzelne Vorschriften des Vertrags von Lissabon nicht in Frage gestellt. Dies gilt zunächst für das vereinfachte Änderungsverfahren (vgl. insbesondere Art. 48 Abs. 6 EUV-Lissabon). Die „Zustimmung“ der Bundesrepublik Deutschland im vereinfachten Änderungsverfahren setzt ein Gesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG als *lex specialis* zu Art. 59 Abs. 2 GG voraus.

cc. Demokratieprinzip gewahrt

Soweit die allgemeine Brückenklausele des Art. 48 Abs. 7 EUV-Lissabon den Übergang vom Einstimmigkeitsprinzip zum qualifizierten Mehrheitsprinzip in der Beschlussfassung des Rates oder den Übergang vom besonderen zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ermöglicht, handelt es sich ebenfalls um eine nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zu beurteilende Vertragsänderung. Das Ablehnungsrecht der nationalen Parlamente (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EUV-Lissabon) ist kein ausreichendes Äquivalent zum Ratifikationsvorbehalt. Der deutsche Regierungsvertreter im Europäischen Rat darf einer Vertragsänderung durch Anwendung der allgemeinen Brückenklausele deshalb nur zustimmen, wenn der Bundestag und der Bundesrat innerhalb einer noch auszugestaltenden Frist, die an die Zwecksetzung des Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EUV-Lissabon angelehnt ist, ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG erlassen haben. Dies gilt ebenso für den Fall, dass von der speziellen Brückenklausele nach Art. 81 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV Gebrauch gemacht wird.

Ein Gesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht erforderlich, soweit spezielle Brückenklausele sich auf Sachbereiche beschränken, die durch den Vertrag von Lissabon bereits hinreichend bestimmt sind, und kein Ablehnungsrecht der nationalen Parlamente vorsehen. Auch in diesen Fällen obliegt es allerdings dem Bundestag und, soweit die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, dem Bundesrat, die Integrationsverantwortung in anderer geeigneter Weise

wahrzunehmen. Das Vetorecht im Rat darf auch bei sachlich in den Verträgen bereits bestimmten Gegenständen nicht ohne Beteiligung der zuständigen Gesetzgebungsorgane aufgegeben werden. Der deutsche Regierungsvertreter im Europäischen Rat oder Rat darf deshalb einer Änderung des Primärrechts durch Anwendung einer der speziellen Brückenklauseln nur dann für die Bundesrepublik Deutschland zustimmen, wenn der Deutsche Bundestag und, soweit die Regelungen über die Gesetzgebung dies erfordern, der Bundesrat innerhalb einer noch auszugestaltenden Frist, die an die Zwecksetzung des Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EUV-Lissabon angelehnt ist, ihre Zustimmung zu diesem Beschluss erteilt haben.

Auch die Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV kann in einer Weise ausgelegt werden, dass das in den Vorschriften in Aussicht genommene Integrationsprogramm durch die deutschen Gesetzgebungsorgane noch vorhersehbar und bestimmbar ist. In Anbetracht der Unbestimmtheit möglicher Anwendungsfälle setzt die Inanspruchnahme der Flexibilitätsklausel verfassungsrechtlich die Ratifikation durch den Bundestag und den Bundesrat auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG voraus.

dd. Kontrollkompetenz des BVerfG gewahrt

Die verfassungsrechtlich gebotene Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts ist durch die der Schlussakte zum Vertrag von Lissabon beigefügte Erklärung Nr. 17 zum Vorrang nicht berührt. Der Grund und die Grenze für die Geltung des Rechts der Europäischen Union in der Bundesrepublik Deutschland ist der im Zustimmungsgesetz enthaltene Rechtsanwendungsbefehl, der nur im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung erteilt werden kann. Es ist insoweit nicht von Bedeutung, ob der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, den das Bundesverfassungsgericht bereits für das Gemeinschaftsrecht im Grundsatz anerkannt hat, in den Verträgen selbst oder in der der Schlussakte zum Vertrag von Lissabon beigefügten Erklärung Nr. 17 vorgesehen ist.

ee. Verfassungskonforme Anwendung des Vertrages in Problembereichen möglich

Die durch den Vertrag von Lissabon neu begründeten oder vertieften Zuständigkeiten in den Bereichen der Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und Zivilsachen, der Außenwirtschaftsbeziehungen, der Gemeinsamen Verteidigung sowie in sozialen Belangen können im Sinne einer zweckgerechten Auslegung des Vertrages und müssen zur Vermeidung drohender Verfassungswidrigkeit von den Organen der Europäischen Union in einer Weise ausgeübt werden, dass auf mitgliedstaatlicher Ebene sowohl im Umfang als auch in der Substanz noch Aufgaben von hinreichendem Gewicht bestehen, die rechtlich und praktisch Vorausset-

zung für eine lebendige Demokratie sind. Dabei ist insbesondere Folgendes zu beachten:

- Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die entsprechenden vertraglichen Kompetenzgrundlagen strikt - keinesfalls extensiv - auszulegen und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung.

- Die Nutzung der dynamischen Blankettermächtigung nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, „je nach Entwicklung der Kriminalität“ eine Ausdehnung des Katalogs besonders schwerer grenzüberschreitender Straftaten vorzunehmen, entspricht in der Sache einer Erweiterung der Zuständigkeiten der Europäischen Union und unterliegt deshalb dem Gesetzesvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG.

- Im Bereich der Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen sind zusätzlich besondere Anforderungen an die Regelungen zu stellen, die einem Mitgliedstaat spezielle Rechte im Gesetzgebungsverfahren einräumen (Art. 82 Abs. 3, Art. 83 Abs. 3 AEUV: sogenanntes Notbremseverfahren). Das notwendige Maß an demokratischer Legitimation über die mitgliedstaatlichen Parlamente lässt sich aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts nur dadurch gewährleisten, dass der deutsche Vertreter im Rat die in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV genannten mitgliedstaatlichen Rechte nur nach Weisung des Bundestages, und soweit die Regelungen über die Gesetzgebung dies erfordern, des Bundesrates ausübt. - Auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon besteht der konstitutive Parlamentsvorbehalt für den Auslandseinsatz der Streitkräfte fort. Der Vertrag von Lissabon überträgt der Europäischen Union keine Zuständigkeit, auf die Streitkräfte der Mitgliedstaaten ohne Zustimmung des jeweils betroffenen Mitgliedstaats oder seines Parlaments zurückzugreifen. Er beschränkt auch die sozialpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten des Deutschen Bundestages nicht in einem solchen Umfang, dass das Sozialstaatsprinzip (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise beeinträchtigt und insoweit notwendige demokratische Entscheidungsspielräume unzulässig vermindert wären.

b. Änderungsgesetz

Gegen das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93) bestehen ebenfalls keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine Verletzung demokratischer Grundsätze nach Art. 79 Abs. 3 GG erfolgt weder durch Art. 23 Abs. 1a GG n.F., der das Recht zur Erhebung der Subsidiaritätsklage als Minderheitenrecht ausgestaltet und das Quorum auf ein Viertel der Mitglieder festlegt, noch durch Art. 45 Satz 3 GG n.F.

c. Ausweitungsgesetz

Dagegen verstößt das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union insoweit gegen Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 GG, als Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages und des Bundesrates nicht in dem von Verfassungen wegen erforderlichen Umfang ausgestaltet worden sind. Gestalten die Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung das europäische Vertragsrecht in einer Art und Weise aus,

dass eine Veränderung des Vertragsrechts bereits ohne Ratifikationsverfahren allein oder maßgeblich durch die Organe der Europäischen Union - wenngleich unter dem Einstimmigkeitserfordernis im Rat - herbeigeführt werden kann, obliegt den nationalen Verfassungsorganen eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung. Diese Integrationsverantwortung muss in Deutschland innerstaatlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen insbesondere des Art. 23 Abs. 1 GG genügen.

Standort: Vollstreckungsrecht Problem: Rechtsschutz gegen Vollstreckungsrealakte

OVG MAGDEBURG, BESCHLUSS VOM 23.12.2008
2 M 235/08 (NVwZ-RR 2009, 411)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss ging es um die Frage, ob das Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden einen Verwaltungsakt darstellt und welche prozessualen Konsequenzen dies hat. Konkret ging es um einen Antrag der Vollstreckungsbehörde beim Grundbuchamt, die Eintragung einer Sicherungshypothek vorzunehmen, und einen weiteren Antrag der Vollstreckungsbehörde an das Amtsgericht auf Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks.

Das OVG Magdeburg führt - in Übereinstimmung mit dem BVerwG, aber gegen den BFH - überzeugend aus, dass es sich mangels Außenwirkung (vgl. § 35 S. 1 VwVfG) nicht um Verwaltungsakte handelt. Erst die endgültigen Vollstreckungsmaßnahmen - im konkreten Fall also die Eintragung der Sicherungshypothek und die Anordnung der Zwangsvollstreckung - entfalten unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem Bürger, nicht aber schon das staatsinterne Ersuchen um Vornahme dieser Handlungen.

Diese Ansicht hat multiple Konsequenzen: Erstens kann gegen die Ersuchen weder mit Anfechtungsklage noch mit Anträgen nach §§ 80 V, 80a VwGO vorgegangen werden, weil beide das Vorliegen eines (belastenden) Verwaltungsakts voraussetzen. Zweitens bedürfen sie keiner Bekanntgabe gegenüber dem Bürger, denn nur Verwaltungsakte setzen gem. §§ 41, 43 I VwVfG zu ihrer Wirksamkeit eine Bekanntgabe voraus. Drittens soll der Bürger nach Ansicht des OVG Magdeburg aber dennoch nicht rechtsschutzlos gestellt werden, weil er mit einer Leistungsklage in Form der Abwehrklage gegen bereits erfolgte Ersuchen der Vollstreckungsbehörde und in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen künftige Ersuchen vorgehen könne. Im vorläufigen Rechtsschutz korrespondierte dies mit einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I

VwGO, genauer gesagt mit einer Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO.

Das Gericht "vergisst" dabei allerdings zu erwähnen, dass diese Rechtsschutzmöglichkeit in praxi vielfach nur auf dem Papier bestehen wird, denn mangels Bekanntgabe an ihn wird der betroffene Bürger von den Ersuchen gar nichts wissen. Wie sollte er gegen eine Maßnahme klagen, von der er nichts weiß? Außerdem "vergisst" das Gericht, dass dem Rechtsschutz gegen eine solche unselbstständige Verfahrenshandlung in der VwGO vielfach § 44a VwGO entgegen stehen dürfte. De facto bleibt es daher - für den Bürger bedauerlich, i.E. aber wie dargelegt zutreffend - beim Rechtsschutz gegen die Vollstreckungsakte selbst.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall zeigt, wie entscheidend die Abgrenzung zwischen Verwaltungsakt und schlicht-hoheitlichem Handeln schon für die Bestimmung der statthaften Klage- bzw. Antragsart ist. Dass durch die einschlägige Klage- bzw. Antragsart die Weichen für die gesamte folgende Prüfung gestellt werden, bedarf keiner Erläuterung. Lückenlose Kenntnisse des VA-Begriffs sind daher für den Examenserfolg unerlässlich.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Abgrenzung von Weisung und Verwaltungsakt bei Polizeibeamten: *VGH München*, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222 (Verbot des Führens von Polizeifahrzeugen); RA 2003, 276 = BayVBl 2003, 212 (Zopftragen im Dienst)

☐ Weitere Fälle zur Außenwirkung bei besonderer Nähebeziehung zum Staat: *OVG Bautzen*, RA 2006, 396 = NVwZ 2006, 715 (Verpflichtung zur Entbindung eines Arztes von der Schweigepflicht); *VGH München*, RA 2000, 227 = BayVBl 2000, 180 (Reaktivierung eines Ruhestandsbeamten); *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2005, 553 (disziplinarische Ahndung von Alkoholmissbrauch)

☐ Vorläufiger Rechtsschutz gegen Kostenbescheid

nach Vollstreckung: *OVG Koblenz*, RA 1999, 64 = NVwZ-RR 1999, 23

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Die wilde Ehe"
- Examenskurs: "Die Gartenlaube"

Leitsätze:

- 1. Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden sind keine Verwaltungsakte, sondern zwischenbehördliche Akte der Rechtshilfe (so auch: BVerwG, NJW 1961, 332; a.A.: BFH, BStBl 1983, 653).**
- 2. Mangels Verwaltungsaktqualität sind die Anträge dem Vollstreckungsschuldner nicht bekannt zu geben (a.A.: BFH, BStBl 1983, 653).**
- 3. Der Vollstreckungsschuldner wird dadurch nicht rechtsschutzlos. Rechtsschutz wird insoweit durch die allgemeine Leistungsklage in Form der Abwehrklage gegen die bereits erfolgte schlichthoheitliche Maßnahme der Vollstreckungsbehörde und in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen künftige Ersuchen der Vollstreckungsbehörde gewährt.**

Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 1.10.2008 hat das VG den Antrag, die Aussetzung der Vollziehung der "Verwaltungsakte" der Ag. vom 19.2.2007 und 29.1.2008 bis zum Abschluss des Verfahrens auszusetzen, abgelehnt. Die Gründe, die die Beschwerde gegen die Entscheidung des VG vorbrachte, rechtfertigt keine andere Entscheidung.

Aus den Gründen:

Nach § 23 II i. V. mit § 23 I Nr. 2 SachsAnhVwVG hat die Vollstreckungsbehörde bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben, sobald die gerichtliche Entscheidung unanfechtbar geworden oder die Leistungspflicht in voller Höhe erloschen ist. Im Übrigen bleiben die Vollstreckungsmaßnahmen bestehen, soweit nicht ihre Aufhebung ausdrücklich angeordnet worden ist (§ 23 II 2 SachsAnhVwVG).

Ein Anspruch des Ast., im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes den Antrag der Ag. an das AG auf Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 156757,24 Euro vom 19. 3. 2007 sowie den Antrag der Ag. auf Anordnung der Zwangsversteigerung für das Grundstück des Ast. an das AG vom 29. 1. 2008 für unzulässig zu erklären, besteht nicht.

A. Rechtsgrundlage

Nach § 58 II SachsAnhVwVG stellt die für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen erforderlichen Anträge der Gläubiger die Vollstreckungsbehör-

de - hier die Ag. Nach Satz 2 hat sie hierbei zu bestätigen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vollstreckung vorliegen. Nach Satz 3 unterliegen diese Fragen nicht der Beurteilung des Vollstreckungsgerichts oder des Grundbuchamts.

B. Keine VA-Qualität des Ersuchens um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden

Der Senat teilt die Auffassung des BVerwG (NJW 1961, 332 m.w. Nachw.; so auch: Kruse, in: *Tipke-Kruse*, AO 1977, § 322 Rdnrn. 32ff.; a.A.: BFH, NVwZ 1990, 799 L = BStBl 1990, 44), dass das Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden - gegen die sich hier der Ast. wendet - keine Verwaltungsakte sind, sondern zwischenbehördliche Akte der Rechtshilfe, die weder unmittelbare Rechtswirkung nach außen haben noch an den Vollstreckungsschuldner zu richten sind.

I. Keine Außenwirkung

Die Anträge sind zwar wie die Sach- oder Forderungspfändung Maßnahmen der Zwangsvollstreckung (insoweit zutr.: BFH, BStBl. 1983, 653), sie sind aber nicht auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet (§ 35 VwVfG). Mangels Verwaltungsaktsqualität sind die Anträge dem Vollstreckungsschuldner nicht bekannt zu geben (a.A.: BFH, NVwZ 1990, 799 L). Sie richten sich an das Vollstreckungsgericht bzw. Grundbuchamt, die für das Vollstreckungsverfahren verantwortlich sind. Insoweit gilt für die Anträge der Vollstreckungsbehörde dasselbe wie für Amtshilfeersuchen, die ebenfalls keine Verwaltungsakte sind (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 322 Rdnr. 31 m.w. Nachw.). Erst die Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts oder Grundbuchamts sind auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet. Bei dem Antrag nach § 58 SachsAnhVwVG handelt es sich um den verfahrensrechtlich gebotenen Antrag, wie ihn auch sonst jeder Gläubiger zu stellen hat. Auch dies spricht dagegen, den Antrag der Vollstreckungsbehörde als Verwaltungsakt zu qualifizieren (so *Kruse*, in: *Tipke/Kruse*, § 322 Rdnr. 31).

II. Konsequenzen für die Rechtsschutzmöglichkeit

1. Keine Anfechtungsklage und kein Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO

Gegen einen Antrag nach § 58 SachsAnhVwVG kann der Vollstreckungsschuldner daher weder durch Anfechtungsklage noch durch einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung vorgehen.

2. Leistungsklage und Antrag nach § 123 VwGO

Andererseits bedeutet aber die Tatsache, dass die Anträge nicht auf unmittelbare Rechtswirkung nach au-

ben gerichtet sind, nicht das Fehlen jeglicher Rechtsbeeinträchtigung. Diese liegt bereits in dem Antrag der Vollstreckungsbehörde, weil das Vollstreckungsgericht (Grundbuchamt) die Voraussetzungen der Vollstreckung nicht überprüfen darf. Rechtsschutz wird insoweit durch die allgemeine Leistungsklage in Form der Abwehrklage gegen die bereits erfolgte schlicht-hoheitliche Maßnahme der Vollstreckungsbehörde und in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen künftige Ersuchen der Vollstreckungsbehörde gewährt. Damit ist ausreichender Rechtsschutz gegen die Anträge der Vollstreckungsbehörde an das Vollstreckungsgericht bzw. Grundbuchamt gewährleistet (so auch: Kruse, in: Tipke/Kruse, § 322 Rdnr. 33).

Mit der Leistungsklage korrespondiert allerdings auch

ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Einen solchen Antrag hat der Ast. hier aber weder erstinstanzlich noch im Beschwerdeverfahren gestellt. Da die Sicherungshypothek hier bereits eingetragen und die Zwangsversteigerung angeordnet ist, würde es dem Ast. für einen solchen Antrag auch an dem erforderlichen Anordnungsgrund fehlen. Eine Sicherungsanordnung schützt nämlich allein vor solchen Beeinträchtigungen, die noch bevorstehen. Ist es - wie hier - bereits zu einer Rechtsbeeinträchtigung gekommen, ist eine Gefährdung der Rechtsverwirklichung nicht mehr möglich. Auch bei einer Regelungsanordnung dürfen die Nachteile noch nicht eingetreten sein, sondern müssen erst noch bevorstehen (vgl. Gatz, Vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO, ZAP Fach 19, 559ff.). [...]

Standort: Kommunalrecht

Problem: Öffentlichkeit von Ratssitzungen

VGH KASSEL, URTEIL VOM 06.11.2008
8 A 674/08 (NVwZ-RR 2009, 531)

Problemdarstellung:

Der VGH Kassel hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein einzelnes Ratsmitglied ein einklagbares subjektiv-öffentliches Recht auf Ausschluss oder Zulassung der Öffentlichkeit hat. Dies wird - je nach Landesrecht - von verschiedenen Oberverwaltungsgerichten unterschiedlich beurteilt. Für Hessen wurde ganz überwiegend angenommen, dass ein solches Recht nicht bestehe, weil dies der Rspr. anderer süddeutscher Oberverwaltungsgerichte entspricht und der VGH Kassel selbst eine entsprechende Entscheidung des VG Gießen (RA 2006, 267 = NVwZ-RR 2006, 277) beanstandungslos abgesegnet hatte (wenn auch nach nur überschlägiger Prüfung im vorläufigen Rechtsschutz). Umso überraschender, dass der VGH Kassel nunmehr ein solches subjektiv-öffentliches Recht explizit bejaht.

Das Gericht schließt sich damit der Rechtsprechung des OVG Münster an, welches diese Ansicht für NRW seit jeher vertritt. Ganze Passagen der entsprechenden Leitentscheidung des OVG Münster (NVwZ-RR 2002, 135) werden vom VGH Kassel zitiert und auf das Landesrecht Hessens übertragen. Hauptargument für einen Anspruch des einzelnen Ratsmitglieds auf oder gegen Zulassung der Öffentlichkeit ist danach, dass von der An- bzw. Abwesenheit derselben seine Verschwiegenheitspflichten abhängen, sie sich mithin auf die Ausübung seines "freien Mandats" auswirkt.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem ist schon in der Zulässigkeit, nämlich in der Klagebefugnis anzusprechen. In der hier einschlä-

gigen Konstellation des "Kommunalverfassungskstreits" findet § 42 II VwGO nach nahezu einhelliger Auffassung analoge Anwendung, gleichgültig, ob es sich um eine allgemeine Leistungs- oder (wie hier) Feststellungsklage handelt.

Im "Kommunalverfassungskstreit" streiten Organe oder Organteile der selben Gemeinde untereinander (hier: Ratsmitglied und Rat). Ein subjektives Recht in diesem Innenverhältnis kann nur in Form einer sogen. "wehrfähigen Innenrechtsposition" bestehen, die voraussetzt, dass gerade dem klagenden Organ oder Organteil ein eigenes Recht zugewiesen wird. Wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit von Ratssitzungen dem einzelnen Ratsmitglied also kein subjektives Recht vermitteln würden, wäre es insoweit schon nicht klagebefugt.

Über die Prüfungsrelevanz des Kommunalverfassungskstreitverfahrens hat die RA immer wieder berichtet (zuletzt RA 2008, 133; vgl. ferner RA 2004, 726, jeweils m.w.N.). Kenntnisse in diesem Bereich gehören zu den Grundlagen des Kommunalrechts und des Verwaltungsprozessrechts. Besonders empfohlen sei daher der Beitrag von Franz, Jura 2005, 156, der den Kommunalverfassungskstreit übersichtlich und trotzdem umfassend behandelt.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Anspruch auf Öffentlichkeit in Ratssitzungen: *OVG Münster*, RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281; NVwZ-RR 2002, 135 (bejaht); *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 373; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 685; *VG Gießen*, RA 2006, 272 = NVwZ-RR 2006, 277 (verneint); *Bauer/Krause*, JuS 1996, 512
- ❑ Zur Verletzung des Öffentlichkeitsprinzips: *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 724

□ Wehrfähige Innenrechtsposition im Kommunalverfassungsstreit: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *VGH BW*, NVwZ-RR 1992, 373; *Franz*, Jura 2005, 156; *Ehlers*, JuS 1990, 105

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Unter den Wolken..."

Leitsätze:

1. Gemeindevertreter in Hessen werden durch den Ausschluss der Öffentlichkeit von Beratungen und Beschlüssen der Gemeindevertretung in ihrem Recht auf freie Mandatsausübung tangiert. Sie haben deshalb ein wehrfähiges organschaftliches Recht darauf, in einem Kommunalverfassungsstreitverfahren gegen die Gemeindevertretung die Rechtswidrigkeit eines zu Unrecht erfolgten Ausschlusses der Öffentlichkeit feststellen zu lassen, sofern sie selbst im Einzelfall von allen ihnen nach Gesetz und Geschäftsordnung zustehenden Möglichkeiten Gebrauch gemacht haben, um eine öffentliche Beratung und Beschlussfassung über den betroffenen Gegenstand zu erreichen.

2. Der Ausschluss der Öffentlichkeit von Beratungen und Beschlüssen der Gemeindevertretung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht und muss im Einzelfall von der Gemeindevertretung beschlossen werden, und zwar im Regelfall nach geheimer Beratung über den Ausschlussgrund in nichtöffentlicher Sitzung.

3. Es bleibt offen, ob eine Regelung in der Geschäftsordnung einer Gemeindevertretung, die den partiellen Ausschluss der Öffentlichkeit für den Fall fingiert, dass die Gemeindevertretung einer von ihrem Vorsitzenden festgesetzten Tagesordnung mit zur nichtöffentlichen Behandlung vorgesehenen Tagesordnungspunkten in öffentlicher Sitzung durch Beschluss zustimmt, mit § 52 I HessGO vereinbar ist.

Sachverhalt:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er durch die Beratung der Tagesordnungspunkte 37 bis 42 während einer Sitzung der Beklagten vom 6. Juli 2006 unter Ausschluss der Öffentlichkeit in seinem Recht auf freie Mandatsausübung verletzt worden sei. Er ist Mitglied der Beklagten, die am 6. Juni 2006 auf Antrag des Magistrats in nichtöffentlicher Sitzung über mehrere Vorlagen des Magistrats zu den Themen sozialer Wohnungsbau, modifizierte Ausfallbürgschaften für Darlehen der Kreditanstalt für Wiederaufbau und eine Ausfallbürgschaft für das Mathematikum beraten und entschieden hat. Zu den betroffenen Beratungsgegenständen war bereits in der Einladung des Stadtverordnetenvorstehers mitgeteilt worden, dass diese zur Be-

ratung in nichtöffentlicher Sitzung vorgesehen seien. Zu Beginn der Sitzung der Beklagten hatten auf die Frage nach Änderungswünschen zur Tagesordnung der Kläger beantragt, dass die TOP 37 und 42 in öffentlicher Sitzung behandelt werden, was die Beklagte in öffentlicher Sitzung beraten und mehrheitlich abgelehnt hatte. Entsprechende Anträge zu den TOP 38, 39, 40 und 41 wurden von anderen Mitgliedern der Bekl. gestellt, ebenfalls ohne Erfolg.

Am 20. April 2007 hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Ansicht vertreten, durch die Behandlung der Tagesordnungspunkte 37 bis 42 in nichtöffentlicher Sitzung werde er in seinem Recht als Stadtverordneter beeinträchtigt. Die Beklagte hält die Klage für unzulässig, weil dem Kläger ein Organrecht auf öffentliche Beratungen nicht zustehe. Im übrigen sei die Klage auch unbegründet, weil Gründe des Allgemeinwohls eine nichtöffentliche Beratung der Tagesordnungspunkte gefordert hätten, da diese vertraulich gewesen seien.

Das VG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die vom Senat zugelassene Berufung ist auch im übrigen zulässig, insbesondere ist sie nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses innerhalb eines Monats form- und fristgerecht begründet worden (§§ 124 Abs. 1, 124a Abs. 3 VwGO)

B. Begründetheit

Sie ist auch teilweise begründet, soweit der Kl. im vorliegenden Organstreitverfahren als die Entscheidung der Bekl. über den Ausschluss der Öffentlichkeit von der Beratung von Tagesordnungspunkten angreift, bezüglich derer er selbst einen von der Bekl. abgelehnten Antrag auf öffentliche Behandlung dieser Punkte gestellt hatte; dies betrifft die Tagesordnungspunkte 37 und 42.

I. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage

1. Klagebefugnis

Bezüglich dieser Beratungsgegenstände kann die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht mit der Erwägung des VG verneint werden, der Kl. habe als Stadtverordneter kein "wehrfähiges", d.h. ihn zur Klage befugendes Recht auf Einhaltung des Grundsatzes der öffentlichen Beratung und Beschlussfassung der Gemeindevertretung (§ 52 I 1 HessGO).

a. Erste Ansicht: Wehrfähiges Innenrecht auf Öffentlichkeit verneint

Zwar befindet sich das VG mit dieser Auffassung in

Einklang mit der überwiegenden Zahl von Oberverwaltungsgerichten, die sich mit diesem Problem bislang in veröffentlichten Entscheidungen befasst haben (VGH München, Beschl. v. 29. 9. 1988 - 4 C 88.1919; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1996, 685).

b. Zweite Ansicht: Wehrfähiges Innenrecht auf Öffentlichkeit bejaht

Diese Ansicht erscheint jedoch angesichts der Gesetzeslage in Hessen, die mit denjenigen in Bayern, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz nur bedingt vergleichbar ist und eher der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ähnelt, nicht überzeugend. Deswegen teilt der Senat die Rechtsauffassung des OVG Münster, dass es ein solches wehrfähiges Recht von Gemeindevertretern unter bestimmten Umständen geben müsse (OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 135). Zur Begründung dieses Urteils wurde u.a. ausgeführt:

aa. Rechtsprechung des OVG Münster zu § 48 II GO NRW:

“Der Kl. [...] steht als Ratsmitglied ein eigenes wehrfähiges subjektives Organrecht auf Wahrung des Grundsatzes der Sitzungsöffentlichkeit in § 48 II 1 NWGO durch den Bürgermeister und durch den Rat zu. Insofern hält der Senat entgegen vielfach geübter Kritik für das nordrhein-westfälische Gemeinderecht an seiner früheren Rechtsprechung fest. [...] Einschlägige innerorganisatorische Norm, auf deren Auslegung es für die hier zu erörternde Frage nach subjektiven Organrechten auf Einhaltung der Sitzungsöffentlichkeit ankommt, ist § 48 II NWGO, der die Öffentlichkeit von Ratssitzungen regelt.

Aus einer an Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und dem Zweck der genannten Vorschrift orientierten Auslegung ergibt sich, dass der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit zumindest auch den Ratsmitgliedern als wehrfähiges subjektives Organrecht zugewiesen ist. Nach § 48 II 1 NWGO sind die Sitzungen des Rates öffentlich. Durch die Geschäftsordnung kann die Öffentlichkeit für Angelegenheiten einer bestimmten Art ausgeschlossen werden (§ 48 II 2 NWGO). Auf Antrag des Bürgermeisters oder eines Ratsmitglieds kann für einzelne Angelegenheiten die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden (§ 48 II 3 NWGO). Anträge auf Ausschluss der Öffentlichkeit dürfen nur in nichtöffentlicher Sitzung begründet und beraten werden (§ 48 II 4 NWGO).

Maßgeblicher Auslegungsgesichtspunkt für den Senat ist die Systematik der Gemeindeordnung: Belegt schon das Antragsrecht des Ratsmitglieds aus § 48 II 3 NWGO, dass subjektive Organrechte im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit auch Ratsmitgliedern zustehen, so kommt entscheidend hinzu, dass die Behandlung einer Angelegenheit

in nichtöffentlicher Sitzung das Ratsmitglied verpflichtet, über diese Angelegenheit nach Maßgabe des § 30 I 1 NWGO Verschwiegenheit zu wahren. Denn als Angelegenheiten, deren Geheimhaltung i.S. des § 30 I 1 NWGO vom Rat beschlossen wurde, gelten nach nahezu übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur diejenigen Angelegenheiten, die auch ohne ausdrücklichen Ratsbeschluss in nichtöffentlicher Sitzung beraten werden...

Durch diese gleichsam automatische Einbeziehung in die Verschwiegenheitspflicht gerät jeder Ausschluss der Sitzungsöffentlichkeit notwendig in Konflikt mit dem sonst gegebenen Recht des Ratsmitglieds auf freie Mandatsausübung (§ 43 I NWGO), dessen wesentliches Element die Befugnis ist, zu jeder Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft öffentliche Überzeugungsbildung innerhalb und außerhalb der Ratsgremien zu betreiben. Berät der Rat eine Angelegenheit in nichtöffentlicher Sitzung, so liegt darin zugleich eine Einschränkung des Mandatsausübungsrechts, die das Ratsmitglied nur dann hinzunehmen hat, wenn die gesetzlichen oder geschäftsordnungsrechtlichen Voraussetzungen für eine derartige Verfahrensweise gegeben sind.”

bb. Übertragung auf § 52 HessGO

Diese Auslegung ist auf das hessische Gemeinderecht übertragbar. Zwar fehlt es in § 52 HessGO an einem ausdrücklich normierten Antragsrecht einzelner Gemeindevertreter und ist die Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit - wie in Nordrhein-Westfalen - auf “einzelne Angelegenheiten” beschränkt, ohne dass - wie in Nordrhein-Westfalen - zu einer gattungsmäßigen Festlegung der Ausschlussgründe für bestimmte Arten von Beratungsgegenständen durch die Geschäftsordnung ermächtigt wird. Angesichts der Tatsache, dass die Bekl. hier über die Frage, ob die betr. Beratungsgegenstände in öffentlicher Sitzung beraten werden sollen, auf Antrag einzelner beraten und entschieden hat, ist aber davon auszugehen, dass jedenfalls bei der Bekl. von einem Antragsrecht Einzelner in dieser Hinsicht schon damals ausgegangen wurde, was auch § 25 I der damals geltenden Geschäftsordnung der Bekl. vom 10. 5. 2001 entsprach. [...]

(1). Auswirkungen auf die freie Mandatsausübung in puncto Verschwiegenheitspflicht

Dem Kl. ist darin zuzustimmen, dass er durch die mit einer nichtöffentlichen Beratung von Gegenständen durch die Bekl. verbundene Geheimhaltungspflicht im Rahmen seiner Schweigepflicht (§§ 24 I, 35 II 1 HessGO) in seinem Recht auf freie Mandatsausübung (§ 35 I HessGO) tangiert ist.

Nach einhelliger Auffassung verpflichtet die Beratung der Gemeindevertretung in nichtöffentlicher Sitzung

der Gemeindevertretung zum Stillschweigen über im Rahmen dieser Beratung erlangte Kenntnisse (vgl. etwa OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 135) und hindert den Gemeindevertreter, dieses Wissen im Rahmen seiner kommunalpolitischen Tätigkeit in und außerhalb der Gemeindevertretung - jedenfalls soweit dieses Organ öffentlich berät - zu verwerten. Deshalb ist der Gemeindevertreter durch den Ausschluss der Öffentlichkeit in seiner organschaftlichen Sonderstellung und nicht nur in seinem jedem Bürger zustehenden und als solches nicht wehrfähigen Recht betroffen, sich über die Tätigkeit der Gemeindevertretung durch Teilnahme an ihren Beratungen unmittelbar zu informieren. Von einer Popularklage, die das VG in der angegriffenen Entscheidung und unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung gesehen hat, kann deshalb hier keine Rede sein (vgl. hierzu auch: Foerstemann, HessGO, 6. Aufl., S. 106 Rdnr. 13).

(2). Kein gegenteiliger Wortlaut des § 52 HessGO

Soweit das VG bereits aus dem Wortlaut des § 52 HessGO herleiten will, dass ein subjektiv-öffentliches Recht des Gemeindevertreters auf Bewirkung der Öffentlichkeit einer Sitzung nicht bestehe, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Die Vorschrift schreibt als Grundsatz die öffentliche Beratung sämtlicher Gegenstände vor, soweit nicht für einzelne Angelegenheiten die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird (Satz 2). Daraus lässt sich entgegen der Auffassung des VG nicht herleiten, dass nur die Gemeindevertretung als ganzes durch die Bestimmung berechtigt und verpflichtet werden soll. Auch die vom VG herangezogene ratio legis, durch Sitzungsöffentlichkeit das Interesse der Bürgerschaft an der Selbstverwaltung zu wecken und zu unterhalten sowie die Anteilnahme der Bevölkerung an der Arbeit der Vertretungskörperschaft zu fördern, schließt nicht aus, die besondere Betroffenheit von Mandatsträger durch den Ausschluss der Öffentlichkeit für einzelne Beratungsgegenstände auch prozessual zu privilegieren. Da das freie Mandat von Mitgliedern der Gemeindevertretung durch § 35 I HessGO ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, bedarf es keiner näheren Erörterung, ob ohne eine solche spezialgesetzliche Regelung die Einbeziehung dieser rechtlichen Sonderstellung in die Überlegungen zur Zulässigkeit eines organschaftlichen Innenrechtsstreits zulässig wäre. Das gesetzlich geschützte freie Mandat des Gemeindevertreters erschöpft sich nicht in der Teilnahme an den Plenarsitzungen der Gemeindevertretung; sie umfasst auch die Teilnahme an den Sitzungen der Ausschüsse und der Fraktionen dieses Gemeindeorgans sowie den Besuch auf das Mandat bezogener Fortbildungsveranstaltungen und die Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben (Schneider/Dreßler/Lüll, HessGO, Stand: Juli 2007, Anm. 2.4 zu §§ 35ff. m.w. Nachw.). Ob darüber hinaus auch die

Arbeit der Gemeindevertreter in Parteien und Wählergemeinschaften vom gesetzlichen Schutz der freien Mandatsausübung umfasst wird (so OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 135), ist für das hessische Kommunalverfassungsrecht umstritten und kann hier offen bleiben, weil die für die Klagebefugnis erforderliche Beeinträchtigung des Rechts auf freie Mandatsausübung schon dadurch gegeben ist, dass der Kl. auf Grund der Beratung bestimmter Gegenstände in nicht-öffentlicher Sitzung gehindert ist, künftig in (öffentlichen) Sitzungen des Plenums oder der Ausschüsse der Stadtverordnetenversammlung und selbst in seiner Fraktion sein Tatsachenwissen über die Angelegenheiten, das er während der nichtöffentlichen Beratung erworben hat, politisch zu verwerten. Die damit einhergehende Beschränkung der Mandatsausübung ist auch nicht völlig unerheblich, denn der von der Bkl. hier - offenbar routinemäßig - praktizierte Ausschluss der Öffentlichkeit betrifft flächendeckend ein wesentliches Feld der kommunalen Selbstverwaltung, nämlich die Beteiligung der Stadt A. Stadt am sozialen Wohnungsbau, ein die Öffentlichkeit selbstverständlich und legitimer Weise interessierendes Tätigkeitsfeld der Kommune. Die protokollierte Begründung des Stadtkämmerers zum Antrag auf nichtöffentliche Behandlung des Tagesordnungspunkts 37 in der Sitzung der Stadtverordnetenversammlung am 6. 7. 2006 verdeutlicht, dass nach dem Konzept des damaligen Magistrats die gesamte Betätigung der Stadt im sozialen Wohnungsbau vor „dem Wohnungsmarkt“ und damit vor der Öffentlichkeit geheim gehalten werden sollte, was der in § 52 I HessGO zum Ausdruck gekommenen Gewichtung der für und gegen eine öffentliche Behandlung bestimmter Sachthemen bzw. für einen Ausschluss der Öffentlichkeit „im Einzelfall“ sprechenden Gesichtspunkte widerspricht.

(3). Kein Verstoß gegen Geheimhaltungspflicht durch Gerichtsverhandlung

Dass Anträge auf Ausschluss der Öffentlichkeit im Regelfall in nichtöffentlicher Sitzung begründet, beraten und entschieden werden müssen (§ 52 I 3 HessGO), was die Bkl. hier gänzlich missachtet hat, weckt keine Zweifel daran, dass die vorliegende Klage zulässig ist. Soweit vertreten wird, dass die mögliche öffentliche Verhandlung der in nichtöffentlicher Sitzung beratenen Gegenstände einer Gemeinderatssitzung vor Gericht deren Geheimhaltungsbedürftigkeit verletzen könnte (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373), überzeugt dies nicht, weil auch im gerichtlichen Verfahren durch das Verwaltungsprozessrecht i.V. mit den Vorschriften über den Ausschluss der Öffentlichkeit nach den §§ 171b, 172 GVG hinreichende Möglichkeiten gegeben sind, einer etwaigen Geheimhaltungsbedürftigkeit der beratenen Gegenstände Rechnung zu tragen (OVG Münster, NVwZ-RR 2002,

135).

(4). Keine zumutbaren Alternativen ersichtlich

Soweit die Bekl. in der Berufungserwiderung geltend gemacht hat, die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach § 24 I HessGO sei nur maßvoll sanktioniert (§ 24a HessGO), zudem werde diese Bestimmung fast gar nicht angewendet, kann dem Kl. selbstverständlich nicht angesonnen werden, statt der Fortsetzung der vorliegenden gerichtlichen Auseinandersetzung über die Öffentlichkeit von Beratungen der Gemeindevertretung Ordnungswidrigkeiten zu begehen, um die Folgen eines Eingriffs in sein Recht auf freie Mandatsausübung zu mildern. Dass die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann, zeigt vielmehr, dass der Gesetzgeber ein entsprechendes Verhalten von Mandatsträger in besonderer Weise missbilligt. Deswegen würde der Kl. auch seine Reputation in der Öffentlichkeit gefährden, wenn er die - von dem OVG Koblenz (NVwZ-RR 1996, 685) allerdings als ultima ratio erwogene - "Flucht in die Öffentlichkeit" antreten würde.

(5). Zwischenergebnis

Mithin steht dem Kl. die Klagebefugnis zu, soweit er selbst durch eigene Anträge in der Sitzung der Bekl. am 6.7.2006 versucht hat, auf eine öffentliche Beratung bestimmter Tagesordnungspunkte hinzuwirken.

2. Feststellungsinteresse

Im Übrigen [...] fehlt ihm das Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO), weil er seinerseits nicht alles getan hat, um auf einfachere Weise eine öffentliche Beratung und Beschlussfassung zu erreichen. Insoweit ist die in erster Instanz erfolgte Klageabweisung daher durch Zurückweisung der Berufung des Kl. zu bestätigen. [...]

II. Begründetheit

Soweit die Klage zulässig ist, ist sie auch begründet, so dass der Berufung insoweit stattzugeben ist.

1. Begründungsfehler

Abgesehen von dem Verfahrensfehler, die darin zu sehen ist, dass über die Anträge des Magistrats auf Ausschluss der Öffentlichkeit, die möglicherweise in den im Kopf der jeweiligen Beschlussvorlagen enthaltenen Bemerkungen „Öffentlichkeitsstatus: Nicht öf-

fentlich“ zu sehen sein könnten und die inhaltlich weder in den Beschlussvorlagen noch in der Beratung begründet worden sind, entgegen § 52 I 3 HessGO in öffentlicher Sitzung beraten und entschieden worden ist, kann nicht festgestellt werden, ob die erforderliche Ermessensentscheidung der Stadtverordnetenversammlung über den Ausschluss der Öffentlichkeit (vgl. Schneider/Dreßler/Lüll, Anm. 2 zu § 52 m.w. Nachw.) in Bezug auf die jeweiligen Einzelfälle getroffen worden ist, weil für die Entscheidungen die erforderliche Begründung der Bekl. als Organ fehlt. Da eine inhaltliche Begründung für den Ausschluss der Öffentlichkeit in den Beschlussvorlagen nicht vorhanden war, kann auch nicht unterstellt werden, dass die Bekl. einer - ihr gar nicht ordnungsgemäß bekannt gegebenen - Auffassung des Magistrats gefolgt sein könnte. Eine Befassung der Beklagten mit den vom Gesetzgeber gar nicht vorgesehenen und bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang auch nicht notwendigen - vgl. § 52 I 3 HessGO, der Anträge „auf Ausschluss der Öffentlichkeit“ als Beschlussgegenstand vorsieht - Anträgen auf Beratung bestimmter Tagesordnungspunkte in öffentlicher Sitzung kann im Einzelfall auch deshalb nicht festgestellt werden, weil über sämtliche Anträge dieser Art in einem Beschluss befunden worden ist, obgleich die betr. Beratungsgegenstände durchaus unterschiedlicher Natur waren.

2. Verstoß gegen die Geschäftsordnung

Ob diese Verfahrensweise der Bekl. mit § 12 ihrer derzeit geltenden Geschäftsordnung vom 10. 5. 2007 vereinbar wäre, kann dahinstehen, da diese Geschäftsordnung damals noch nicht galt und die hier noch anzuwendende Geschäftsordnung vom 10. 5. 2001 keine eigene Regelung über die Öffentlichkeit der Plenarsitzungen, wohl aber in § 22 eine weit gehend an § 52 HessGO orientierte Regelung über die Öffentlichkeit von Ausschusssitzungen enthielt. Offen bleiben muss deshalb auch, ob § 12 der derzeitigen Geschäftsordnung der Bekl., der das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit dadurch umgeht, dass er den in § 52 I 2 HessGO vorgesehenen, im Einzelfall zu fassenden Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit per Fiktion durch einen in § 58 V HessGO nicht vorgesehenen Beschluss über die Annahme der Tagesordnung mit zur Beratung in nicht-öffentlicher Sitzung vorgesehenen Gegenständen ersetzt, mit § 52 I HessGO vereinbar ist. [...]

Standort: Polizeirecht**Problem: Erzwingung von Aufenthaltsverboten**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 19.01.2009
5 E 1213/08 (NVwZ-RR 2009, 516)

Problemdarstellung:

In den Polizeigesetzen mancher Länder findet sich eine Regelung zu sog. Aufenthaltsverboten, mit denen bestimmten Personen das Betreten bestimmter Bezirke verboten wird. Solche Aufenthaltsverbote werden z.B. gegenüber Drogendealern und -konsumenten ausgesprochen, um das Betreten von Orten zu unterbinden, an denen erfahrungsgemäß mit Drogen gehandelt wird. Verstoßen die betroffenen Personen gegen solche Aufenthaltsverbote, können sie mit Zwangsgeld und - falls ein solches wegen Vermögenslosigkeit nicht gezahlt werden kann - Ersatzhaft durchgesetzt werden. Die Aufenthaltsverbote sind nach den Gesetzen zu befristen, z.B. nach § 34 II 4 PolG NRW auf maximal drei Monate.

Dem OVG NRW stellten sich nun zwei Fragen: Erstens, ob ein Aufenthaltsverbot nach Ablauf der Höchstdauer erneut verhängt werden kann, und zweitens, ob nach Ablauf des Aufenthaltsverbots noch immer Ersatzzwangshaft verhängt werden kann. Ersteres bejaht das OVG Münster, wenn erneut die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Letzteres verneint das OVG Münster für Drogenkonsumenten, weil eine Ersatzzwangshaft nach Ablauf des Aufenthaltsverbots diesen gegenüber unverhältnismäßig sei.

Prüfungsrelevanz:

Neben § 34 II PolG NRW finden sich Regelungen über Aufenthaltsverbote in §§ 16 II BbgPolG, 52 III SOG MV, 21 II SächsPolG, 36 II SOG LSA, 17 II ThürOBG und 18 II ThürPAG. In Bundesländern, in denen eine ausdrückliche Regelung fehlt, stellt sich zusätzlich zu den hier angesprochenen Problemen die Frage, ob ein Rückgriff auf die Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage zulässig ist. Die Rechtsprechung bejaht dies überwiegend, obwohl dem gravierende Bedenken entgegenstehen. Insbesondere dürfte eine Umgehung der Regelungen über Platzverweise vorliegen, die "vorübergehend" sein müssen, d.h. keinesfalls mehrere Monate umfassen dürfen. Ferner stellt sich die Frage, ob die Generalklausel hinreichend bestimmt ist, denn ein Aufenthaltsverbot bedeutet für den Betroffenen einen schweren Grundrechtseingriff, der eine explizite Regelung erfordern könnte.

Vertiefungshinweise:

□ Zulässigkeit von Aufenthaltsverboten: *VG Frankfurt*, RA 2002, 513 = NVwZ-RR 2002, 575; *VGH*

München, RA 2001, 599 = BayVBl 2001, 529; *OVG Bremen*, NVwZ 1999, 314; *OVG Münster*, NVwZ 2001, 459; *VG Leipzig*, RA 2001, 726 = NVwZ 2001, 1317

□ Aus der Literatur zu Aufenthaltsverboten: *Hecker*, NVwZ 1999, 261; *Deger*, VBIBW 1996, 90; *Götz*, NVwZ 1998, 679; *Butzer*, VerwArch. 2002 (Bd. 93), 537

□ Ersatzzwangshaft gegen Drogenkonsumenten: *OVG Münster*, NVwZ-RR 1997, 763; NVwZ-RR 1999, 802

Leitsätze:

1. Die Anordnung einer Ersatzzwangshaft ist zur Durchsetzung eines bereits erledigten Aufenthaltsverbots gegenüber Drogenkonsumenten unverhältnismäßig (Fortführung der Senatsrechtsprechung). Während ihrer Geltungszeit können langfristige Aufenthaltsverbote gegenüber zahlungsunfähigen Drogenkonsumenten durch die Anordnung einer Ersatzzwangshaft durchgesetzt werden.

2. Nach übermäßig langer Folgenlosigkeit (hier: mehr als drei Jahre) eines Verstoßes gegen eine Ordnungspflicht ist der Einsatz der besonders einschneidenden Ersatzzwangshaft unverhältnismäßig.

Sachverhalt:

Gegen die Vollstreckungsschuldnerin war ein Zwangsgeld festgesetzt worden, weil sie als Drogenkonsumentin gegen ein für die Dauer von drei Monaten verhängtes Aufenthaltsverbot verstoßen hatte. Nachdem das Zwangsgeld in einem Zeitraum von mehr als drei Jahren nicht beigetrieben werden konnte, beantragte der Vollstreckungsgläubiger die Anordnung der Ersatzzwangshaft gegen die Vollstreckungsschuldnerin. Das VG lehnte den Antrag ab. Die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:**A. Ersatzzwangshaft gegen Drogenkonsumenten**

Die begehrte Anordnung einer Ersatzzwangshaft ist unter Heranziehung der vom VG angeführten Rechtsprechung des Senats schon deshalb unangemessen, weil die Vollstreckungsschuldnerin nicht als Händlerin von Betäubungsmitteln, sondern als Drogenkonsumentin in Erscheinung getreten ist (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 763; NVwZ-RR 1999, 802). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Anordnung der Ersatzzwangshaft auf Grund ihrer Funktion als Beugemittel nach Erledigung der Grundverfügung (hier: dreimonatiges Aufenthaltsverbot) mit Blick auf den

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in Betracht kommt, etwa zum Schutz von Leben und Gesundheit Dritter.

I. Während der Laufzeit eines Aufenthaltsverbots

Zugleich schließt sie eine Durchsetzung von Aufenthaltsverboten während ihrer bis zu drei Monate andauernden Geltungszeit auch gegenüber zahlungsunfähigen Drogenkonsumenten nicht aus. Zur Zahlung eines festgesetzten Zwangsgeldes kann im Interesse eines effizienten Verwaltungsvollzugs eine sehr kurze Frist gesetzt werden. Denn eine realistische Aussicht, den Aufenthalt dort zu unterbinden, wo alltäglicher Drogenhandel stattfindet, besteht nur, wenn der Verstoß gegen ein ausgesprochenes Aufenthaltsverbot kurzfristig spürbare Folgen nach sich zieht (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 10. 7. 1995 - 5 B 1353/95).

Im Übrigen verlangen weder Wortlaut noch Sinn des nordrhein-westfälischen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes den Nachweis der Uneinbringlichkeit des Zwangsgeldes in einer bestimmten Form (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20. 1. 2000 - 5 E 33/00; NVwZ-RR 1999, 802).

II. Nach Außerkrafttreten des Aufenthaltsverbots

Nach Außerkrafttreten des Aufenthaltsverbots besteht dagegen grundsätzlich keine Veranlassung mehr, seine Einhaltung gegenüber Drogenkonsumenten durch freiheitsentziehende Zwangsmaßnahmen durchzusetzen. Das schließt eine wirksame Gefahrenabwehr selbst dann nicht aus, wenn sich Konsumenten von Betäubungsmitteln trotz zeitnah durchgesetzter Zwangsmaßnahmen nicht davon abhalten lassen, wiederholt gegen ein Aufenthaltsverbot für den Bereich einer „offenen Drogenszene“ zu verstoßen und sich dort auch weiterhin regelmäßig aufzuhalten. In derartigen Fällen können die Voraussetzungen für die erneute Verhängung eines Aufenthaltsverbots unmittelbar im Anschluss an die Geltungsdauer der alten Verfügung vorliegen. Zur Durchsetzung einer verlängerten und damit der Sache nach fortdauernden Ordnungspflicht kann eine Ersatzzwangshaft als äußerstes Mittel angeordnet werden (vgl. bereits: OVG Münster, NVwZ-RR 1999, 802).

B. Verlängerung eines Aufenthaltsverbots

§ 34 II 4 NWPoIG steht einem solchen Vorgehen nicht entgegen. Danach darf ein längerfristiges Aufenthaltsverbot die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten. Diese zeitliche Vorgabe begrenzt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur die Dauer einer einzelnen

Anordnung. Das Grundrecht der Freizügigkeit darf nicht weiter eingeschränkt werden, als dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist. Damit schließt die Regelung eine erneute Anordnung oder Verlängerung eines Aufenthaltsverbots nicht aus, wenn sich die Gefahr, die bekämpft werden soll, durch das Verhalten des Betroffenen aktualisiert hat und deshalb die Voraussetzungen des § 34 II 1 NWPoIG wiederum vorliegen. Allein diese Auslegung ermöglicht erforderlichenfalls eine sachgerechte fortdauernde Kriminalitätsbekämpfung, die der Senat in seinem genannten Beschluss vom 20. 4. 1999 (OVG Münster, NVwZ-RR 1999, 802) schon vor Einführung einer Spezialermächtigung für zulässig erachtet hat.

In den Gesetzesmaterialien finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Regelungen in § 34 II NWPoIG hieran etwas ändern sollten. Vielmehr sollten die Befugnisse der Polizei gerade erweitert werden, weil die bisherige Vorschrift des § 34 NWPoIG in zeitlicher und räumlicher Hinsicht als zu eng gefasst angesehen wurde (vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Dr 13/2854, S. 1, 52 und 58).

C. Übermäßig lange Verfahrensdauer

Ungeachtet dessen erweist sich die beantragte Anordnung einer Ersatzzwangshaft auch deshalb als unangemessen, weil die Geltungsdauer des Aufenthaltsverbots bereits vor mehr als drei Jahren abgelaufen ist. Nach Erledigung der Grundverfügung dient die Ersatzzwangshaft ohnehin nur noch dazu, einer Entwertung der Androhung des Zwangsgelds als Beugemittel zu begegnen (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 763).

Dieser verbliebene Zweck rechtfertigt nach mehrjähriger Folgenlosigkeit eines Verstoßes gegen die Ordnungspflicht nicht mehr den Einsatz der besonders einschneidenden Ersatzzwangshaft. Um die Wirkung des Zwangsgelds als Beugemittel zu erhalten und hieran anknüpfend nötigenfalls die Ersatzzwangshaft erwirken zu können, hätte es dem Vollstreckungsgläubiger obliegen, das Zwangsgeld gegenüber der Vollstreckungsschuldnerin zeitnah beizutreiben bzw. abzuklären, ob es uneinbringlich ist.

Wenn sich die Vollstreckungsbehörde wie hier gleichwohl mit der Beitreibung eines festgesetzten Zwangsgelds übermäßig viel Zeit lässt, trägt eine dennoch erfolgende Anordnung der Ersatzzwangshaft nicht hinreichend dem besonderen Grundrechtseingriff Rechnung, der in einer Freiheitsentziehung liegt.

*Zivilrecht***Standort: Werkvertrag****Problem: Nichtbeachtung von Wartungsvorschriften**

BGH, URTEIL VOM 23.07.2009

VII ZR 164/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche wegen einer Schlechtleistung aus einem Werkvertrag. Die Bekl., eine Fachfirma für Motoren und Antriebe, war mit der Wartung eines Zwölf-Zylinder-Gasmotors der Firma C. betraut. Die Bekl. hat entgegen den Wartungsvorschriften des Herstellers die Befestigungsschrauben der Kontergewichte der Kurbelwelle nicht ausgetauscht, sondern nach Überprüfung ohne Rücksprache mit der Bestellerin weiterverwendet. Die Wartungsvorschriften der Firma C waren der Bekl. nicht zugänglich, weil sie kein autorisiertes Fachunternehmen war. Nachdem der generalüberholte Motor in Betrieb genommen worden war, riss infolge des Bruchs zweier Befestigungsschrauben ein Gegengewicht der Kurbelwelle ab und verursachte erhebliche Schäden am Motor. Die Bekl. hat den beschädigten Motor repariert und dafür ca. 150.000 € berechnet, worauf unter Vorbehalt 90.000 € gezahlt wurden.

Das Landgericht hat die Bekl. unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 94.817,17 € nebst Zinsen verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hat sich in dieser Entscheidung mit der Nichtbeachtung von Wartungsvorschriften des Herstellers. Das Berufungsgericht hatte das teilweise stattgegebene Urteil des Landgerichts Osnabrück aufgehoben und die Klage abgewiesen. Dies deshalb, weil der Bekl. keine schuldhaftige Pflichtverletzung durch die Weiterverwendung der Schrauben nach deren Überprüfung angelastet werden könne. Die Bekl. habe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten.

Der erkennende Senat teilt diese Rechtsauffassung nicht. Die Revision führte zur Aufhebung des Urteils und zur Rückverweisung an das Berufungsgericht. Eine Fachfirma verletzt jedenfalls dann ihre Leistungspflichten, wenn sie bei der Grundüberholung die in den Wartungsvorschriften des Herstellers aufge-

stellten Sicherheitsanforderungen nicht befolgt. Dies gilt auch in dem Fall, in dem diese Anforderungen über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehen, da der Unternehmer in solchen Fällen nicht eigenmächtig entscheiden darf, ob das bei einer von den Herstellervorschriften abweichenden Ausführung der Arbeiten bestehende Risiko eingegangen werden soll. Eine solche Entscheidung steht allein dem Besteller zu, welcher hier diesbezüglich nicht befragt worden war.

Führt der Unternehmer also die Grundüberholung eigenmächtig abweichend von den Herstellervorschriften aus, liegt darin eine Verletzung seiner Leistungspflichten. Verwirklicht sich dann das Risiko, das durch Beachtung der Wartungsvorschriften vermieden werden sollte, ist der Unternehmer grundsätzlich Schadensersatzpflichtig. Dass im vorliegenden Fall die Wartungsvorschriften nicht zugänglich waren, entlastete die Bekl. nicht. Eine Exkulpation wäre allenfalls dann in Betracht gekommen, wenn die Bekl. den Besteller über diesen Umstand und das sich daraus ergebene Risiko aufgeklärt hätte.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Widerrufsrecht im Werkvertrag: *BGH*, RA 2007, 317 (Haustürgeschäft); *BGH*, RA 2006, 114 = *IBR* 2006, 126 (Ratenlieferungsvertrag / Teilzahlungsgeschäft); *BGH*, RA 2006, 151 = *NJW* 2006, 497 (Haustürgeschäft)

☐ Zum Werklohn nach Kündigung: *BGH*, RA 2006, 527 = *NJW* 2006, 2476

☐ Zur Nichtigkeit eines Werkvertrages: *BGH*, RA 2008, 356 (Ohne-Rechnung-Abrede)

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

☐ *Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

☐ *Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"

Leitsatz:

Eine mit der Grundüberholung einer technischen Anlage beauftragte Fachwerkstatt hat die hierfür geltenden, über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehenden Anforderungen des Herstellers jedenfalls dann zu beachten, wenn sie die Sicher-

heit des Betriebs dieser Anlage betreffen.

Sachverhalt:

[1] Die Kl. macht auf sie nach § 67 VVG a.F. übergegangene Schadensersatzansprüche ihrer Versicherungsnehmerin, der P.-GmbH, geltend. Darüber hinaus beansprucht sie Ersatz von Kosten, die ihr vorgerichtlich durch die Einschaltung von Sachverständigen entstanden sind. Das Bestehen des Versicherungsverhältnisses und die Versicherungsleistung sind bestritten.

[2] Die P.-GmbH beauftragte die Bekl. im November 2003 mit der Grundüberholung eines Zwölf-Zylinder-Gasmotors der Firma C., mit dem ein Blockheizkraftwerk im Hallenbad in P. betrieben wird. Die Bekl. hat im Rahmen der Grundüberholung die Befestigungsschrauben der Kontergewichte auf der Kurbelwelle nicht ausgetauscht. Nach Inbetriebnahme des Motors Anfang Januar 2004 riss am 14.06.2004 ein Gegengewicht der Kurbelwelle ab und verursachte erhebliche Folgeschäden an dem Motor. Ursache des Abrisses des Gegengewichts war der Bruch von zwei hochfesten Befestigungsschrauben. Die Bekl. hat den beschädigten Motor instand gesetzt und dafür 150.586,71 € berechnet, auf die die P.-GmbH unter Vorbehalt 90.000 € gezahlt hat.

[3] Die Kl. behauptet, sie habe eine Versicherungsleistung von 124.000 € an die P.-GmbH erbracht. Diesen Betrag und die Kosten der von ihr beauftragten Sachverständigen, insgesamt 128.817,17 €, sowie vorgerichtliche Anwaltskosten hat sie in erster Instanz von der Bekl. ersetzt verlangt.

[4] Das Landgericht hat die Bekl. unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 94.817,17 € nebst Zinsen verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision der Kl. führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht lässt offen, ob zwischen der Kl. und der P.-GmbH ein Versicherungsverhältnis bezüglich des streitgegenständlichen Motors bestand, auf dessen Grundlage die Kl. die behaupteten Leistungen erbracht hat. Es verneint einen Schadensersatzanspruch der Kl. aus übergegangenem Recht der P.-GmbH gemäß § 280 I BGB, § 67 VVG a.F. schon deshalb, weil es - entgegen der übereinstimmenden gegenteiligen Auffassung des vorgerichtlich tätigen Privatgutachters und des Gerichtsgutachters - der Meinung ist, die Bekl. habe bei der Grundüberholung des

Motors keine schuldhaftige Pflichtverletzung dadurch begangen, dass sie die Befestigungsschrauben der Kontergewichte auf der Kurbelwelle nicht ausgetauscht habe.

[7] Obwohl die Wartungsvorschriften des Herstellers C. jedenfalls seit November 2002 auch bei Gas-Aggregaten den Austausch der Befestigungsschrauben vorsähen, könne der Bekl. eine Fahrlässigkeit wegen der Wiederverwendung der Schrauben nicht angelastet werden. Die Wartungsvorschriften enthielten keine allgemein anerkannten Regeln der Technik. Es handele sich allenfalls um private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter. Eine verfestigte Auffassung, dass einmal gelöste Befestigungsschrauben stets zu erneuern seien, habe sich im Januar 2004 noch nicht gebildet gehabt. Mit der Wiederverwendung der Befestigungsschrauben nach sorgfältiger Prüfung, wie sie von verschiedenen Herstellern vergleichbarer Motoren zugelassen worden sei, habe die Bekl. nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstoßen. Die Forderung nach dem Austausch einmal gelöster Befestigungsschrauben diene nur der Vermeidung eines Restrisikos, das aus dem Herstellungsprozess der hochfesten Schrauben herrühre. Das Maß der erforderlichen Sorgfalt sei in einem solchen Fall nach einer Kosten-Nutzen-Analyse zu bestimmen. Danach sei ein Austausch geprüfter unbeschädigter Befestigungsschrauben nicht geboten, da eine Befestigungsschraube mindestens 50 € koste und pro Aggregat 36 Schrauben erforderlich seien. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Bekl. als von dem Hersteller C. nicht autorisiertes Fachunternehmen keine Auskünfte über dessen Wartungsvorschriften erhalten habe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Abweisung der Klage kann nicht darauf gestützt werden, dass der Bekl. bei der Grundüberholung des Motors keine schuldhaftige Pflichtverletzung anzulasten sei.

1. Weiterverwendung der Schrauben war pflichtwidrig

[9] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durfte die Bekl. bei fachgerechter Ausführung des ihr erteilten Auftrags die Befestigungsschrauben der Kontergewichte auf der Kurbelwelle auch nach erfolgter Sichtprüfung nicht weiterverwenden.

a. Inhalt des Werkvertrags ist gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln

[10] Die P.-GmbH hat die Bekl. mit der Grundüberholung eines Gasmotors beauftragt. Welchen konkreten Inhalt ein solcher Werkvertrag hat, ist durch Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Beauf-

tragt sind alle Leistungen, die für die fachgerechte Ausführung der Grundüberholung nötig sind. Dazu gehört jedenfalls, dass die ausgebauten Motorteile auf ihre Unversehrtheit hin untersucht und, soweit erforderlich, entweder hergerichtet oder erneuert werden (vgl. BGH, Urteil vom 18.01.1995 - VIII ZR 23/94, BGHZ 128, 307). Ob ausgebauten Teile erneuert werden müssen, bestimmt sich nach den anerkannten Regeln der Technik.

[11] Über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Anforderungen des Herstellers für die Grundüberholung und Wartung sind jedenfalls dann zu beachten, wenn sie die Sicherheit des Betriebs einer technischen Anlage betreffen. Diese Sicherheitsanforderungen fußen auf der Einschätzung des Herstellers zur Gefährdung seines Produkts und der dadurch entstehenden Risiken für den Betrieb und die Verkehrssicherheit. Ein Besteller ist regelmäßig nicht bereit, das Risiko einer anderen Einschätzung zu übernehmen. Vielmehr erwartet er, dass ein Fachunternehmen sich die Wartungsvorschriften eines Herstellers einer technischen Anlage beschafft und diese beachtet. Ob diese Erwartungshaltung auch dann angenommen werden kann, wenn kein Fachunternehmen beauftragt wird, kann dahinstehen. Denn die Bekl. ist ein Fachunternehmen auf dem Gebiet "Technologie und Service für Motoren und Antriebe".

[12] Stellt der Hersteller aus Sicherheitsgründen Anforderungen an die Grundüberholung, die die Anforderungen übertreffen, die allgemein üblich sind oder den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, darf der Unternehmer nicht eigenmächtig entscheiden, ob das bei einer abweichenden Ausführung bestehende Risiko eingegangen werden soll. Eine solche Entscheidung steht nach entsprechender Aufklärung über das Risiko allein dem Besteller zu.

b. Verletzung der Leistungspflicht liegt vor

[13] Danach hat die Bekl. ihre Leistungspflichten verletzt. Wie das Berufungsgericht zu Recht feststellt, dient der Austausch der einmal gelösten Befestigungsschrauben der Vermeidung eines Restrisikos, das aus dem Herstellungsprozess der hochfesten Schrauben erwächst und von den verschiedenen Motorenherstellern unterschiedlich eingeschätzt wird. Es kann dahingestellt bleiben, ob es bereits im November 2003 den

anerkannten Regeln der Technik entsprach, bei der Grundüberholung eines Gasmotors stets die Befestigungsschrauben der Kontergewichte auf der Kurbelwelle auszuwechseln oder ob eine Weiterverwendung nach besonderer Überprüfung als zulässig angesehen wurde. Es kann deshalb auch offen bleiben, welche Art der Überprüfung nach diesen Regeln zu erfolgen hatte und ob die Bekl. eine derartige Prüfung vor der Weiterverwendung der Schrauben tatsächlich vorgenommen hat. Denn die Bekl. ist bei der Überholung des Gasmotors jedenfalls den von dem Hersteller des Aggregats gestellten Anforderungen nicht gerecht geworden. Dessen Wartungsvorschriften enthielten seit November 2002 und damit zum Zeitpunkt der Ausführung der Reparatur die ausdrückliche Anweisung, die Befestigungsschrauben nicht wieder zu verwenden. Dem hatte die Bekl. nach dem Inhalt des geschlossenen Vertrages zu entsprechen.

2. Vertretenmüssen der Bekl. ist zu bejahen

[14] Die Pflichtverletzung ist von der Bekl. auch zu vertreten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war ihr bei der Grundüberholung des Motors bekannt, dass Befestigungsschrauben nach einem Lösen wegen möglicher Schadensrisiken nicht ohne weiteres wieder verwendet werden durften. Als Fachbetrieb musste sie auch wissen, dass es für den Gasmotor bei einer Grundüberholung zu beachtende Wartungsvorschriften des Herstellers gab. Sie kann sich nicht darauf berufen, dass ihr als vom Hersteller nicht autorisierter Vertragswerkstatt diese Wartungsvorschriften nicht zugänglich gewesen seien. Das daraus entstehende Haftungsrisiko hätte sie nur durch eine entsprechende Aufklärung vermeiden können.

3. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[15] Nach Zurückverweisung der Sache wird das Berufungsgericht nunmehr zu prüfen haben, ob der Kl. der geltend gemachte Schadensersatz in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe von 90.000 € aus übergegangenem Recht und hinsichtlich der vorgebrachtlich für die von ihr eingeschalteten Sachverständigen verauslagten Beträge von 3.923,22 € und 893,95 € aus eigenem Recht zusteht.

Standort: Kaufrecht**Problem: Ersatz von mangelbedingtem Nutzungsausfall**

BGH, URTEIL VOM 19.06.2009
V ZR 93/08 (BECKRS 2009 20178)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt Ersatz von Mindererlös. Der Kl. erwarb von der Bekl. eine Immobilie. Nachdem der ursprüngliche Mieter ausgezogen war, bemühte sich der Kl. um eine erneute Vermietung. Der potentielle Nachfolgemietter F.A. intendierte die Immobilie als Gewerbefläche zu nutzen. In dem Vertrag war eine Klausel, die diese Nutzungsmöglichkeit im Hinblick auf die bisherige Nutzung auch für den Folgemietter garantiert. Der Kl. versuchte eine Bescheinigung über das Nichtvorliegen einer Zweckentfremdung von Wohnraum zu beschaffen, was nicht ohne weiteres gelang. Er forderte den Bekl. dazu auf, eine dementprechende Bescheinigung zu beschaffen nebst einer Baugenehmigung für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroraum, weil auch diese nicht vorlag. Beides beschaffte der Bekl. innerhalb der ihm gesetzten Frist. Weil es durch die Beibringung der Unterlagen zu einer zeitlichen Verzögerung kam, nahm der Folgemietter F.A. von der Anmietung Abstand. Es gelang dem Kl. die Immobilie an einen Dritten zu vermieten, jedoch zu einem geringeren Zins als ihn F.A. entrichtet hätte. Diesen Mindererlös verlangt der Kl. ersetzt.

Die Vorinstanzen haben der Klage nur in geringem Umfang stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kl. den Zahlungsantrag in Höhe von 67.987,72 € sowie den Feststellungsantrag weiter. Die Bekl. beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Interessant ist die Entscheidung, weil der BGH zum ersten Mal Stellung zu den Anforderungen an die Ersatzfähigkeit von mangelbedingten Nutzungsausfallschäden als Schadensersatz neben der Leistung nimmt und damit den bisher in der Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden Streit entscheidet. Entschieden war bereits, dass Nutzungsausfallschäden als Rechnungsposten in den Schadensersatz statt der Leistung eingestellt werden können (vgl. z.B. BGHZ 174, 290, 293; OLG Celle, NJW-RR 2008, 1635, 1637). Die Frage, ob der Ersatz in Fällen des Schadensersatzes neben der Leistung, denn genau das begehrt der Kl. hier, den hohen Anforderungen des Verzugs gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 I BGB zu unterstellen ist oder ob der einfache Schadensersatz über §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB greift, war bisher höchstrichterlich nicht entschieden.

Einer Auffassung nach ist der Nutzungsausfall ersatz-

fähig, wenn tatbestandlich die Voraussetzungen des Verzugs gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 I 1 BGB vorliegen. Der Verkäufer, der nicht leiste und erst ab Verzugsseintritt schadensersatzpflichtig sei, dürfe nicht besser stehen als derjenige, der immerhin eine mangelhafte Leistung erbringe (vgl. AnwK-BGB/Büdenbender, § 437 Rn 74; § 280 Rn 4; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl., § 4 Rn 106; Grigoleit/Riehm, JuS 2004, 745, 747; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828; Arnold/Dötsch, BB 2003, 2250, 2253; Petersen, Jura 2002, 461, 462 f.). Die wohl überwiegende Auffassung vertreten diejenigen, die den Schaden unter §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB fassen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 23.02.2006, 28 U 164/05, juris, Rn 22; LG Krefeld DAR 2008, 90 f.; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 280 Rn 30; MünchKommErnst, BGB, § 280 Rn 53 ff.; Palandt/Heinrichs, BGB, § 280 Rn 18, 20; Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rn 35 f.; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462, 465 f.; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615, 617, 619; v. Westphalen, BB 2008, 2,4).

Der erkennende Senat schließt sich ausdrücklich der bis dato vorherrschenden Rechtsauffassung an und setzt die hohen Anforderungen des Verzugs gerade nicht voraus. Er stützt diese Auffassung im Wesentlichen auf die Gesetzgebungsmaterialien. Aus diesen ergibt sich eindeutig, dass der Ersatz von Schäden der hier in Rede stehenden Art nicht von dem Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig sein sollte; es wird ausdrücklich als Beispiel für § 280 I BGB ein Betriebsausfallschaden gewählt (vgl. BT-Drs 14/6040 S. 225). Dieses Ergebnis wird auch durch die Beleuchtung der Interessenlage gestützt. Es ist zu unterscheiden, ob der Schuldner lediglich untätig bleibt oder ob er zwar leistet, die Leistung aber fehlerhaft erbringt. Vor den Folgen einer Säumnis kann sich der Käufer dadurch schützen, dass er einen kalendermäßig bestimmten Termin für die Lieferung vereinbart oder den Verkäufer bei Ausbleiben der Leistung mahnt. Diese Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung nicht, weil der Mangel oft erst bemerkt wird, wenn die Kaufsache ihrer Verwendung zugeführt wird. Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann i.d.R. nicht mehr abwenden (Canaris, ZIP 2003, 321, 323, 326; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 755 f.; Gruber, ZGS 2003, 130, 133; Medicus, JuS 2003, 521, 528). Die Abwägung der Interessen zeigt, dass der Käufer auf die Verzögerung der Leistung eher einwirken kann und es daher angemessen ist, auch höhere Anforderungen an die Tatbestandlichkeit zu stellen. Dies gilt im Falle des Nutzungsausfall gerade nicht, so dass die leichteren Anforderungen des § 280 I BGB ausreichen müssen.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Schadensersatz im Kaufrecht: *BGH*, RA 2009, 309 (Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung); *BGH*, RA 2009, 269 (Unberechtigtes Erfüllungsverlangen und unberechtigter Rücktritt), *BGH*, RA 2008, 186 = *NJW* 2008, 1147 (Unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen)

□ Zu aktuellen Entscheidungen im Kaufrecht: *BGH*, RA 2009, 430 (kein Mangel durch Neulackierung); *BGH*, RA 2009, 165 ("Fliesen-Fall"); *OLG Saarbrücken*, RA 2009, 128 = *NJW* 2009, 369 (Nachlieferungsverlangen vor Fristablauf); *BGH*, RA 2008, 532 ("Parkettstäbchen-Fall");

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"

□ *Assessorkurs*: "Der defekte Synthesizer"

Leitsatz:

Den infolge der Lieferung einer mangelbehafteten Sache entstandenen Nutzungsausfallschaden kann der am Vertrag festhaltende Käufer nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersetzt verlangen.

Sachverhalt:

[1] Mit notariellem Vertrag vom 02.07.2002 kaufte der Kl. von der Bekl. ein bebautes Grundstück. In Nr. 5.1. des Vertrages heißt es u.a.:

"Des weiteren garantiert der Verkäufer, daß weder der gegenwärtigen Grundstücksnutzung noch dem Bestand der mitverkauften Bauwerke öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen, daß insbesondere also der gegenwärtige Baustand formell und materiell bauordnungsgemäß ist."

[2] Nachdem der bisherige Mieter im Herbst 2003 ausgezogen war, bemühte sich der Kl. um eine erneute Vermietung. Er fand in F. A. einen Interessenten, der am 26.07.2004 einen Mietvertrag unterzeichnete. Nr. 3.2. dieses Vertrages lautet:

"Das Mietobjekt ist bisher als Bürohaus und Lager (Verlagshaus) genutzt worden; diese Nutzungsart garantiert der Vermieter."

[3] Die Mietzeit sollte am 01.08.2004 beginnen und 10 Jahre (mit Verlängerungsoption) betragen. Ab dem 01.01.2005 sollte ein monatlicher Mietzins von 9.000 € entrichtet werden.

[4] Bereits Anfang Juli 2004 hatte sich der Kl. um eine Bescheinigung über das Nichtvorliegen einer Zweckentfremdung von Wohnraum (sog. Negativattest) bemüht, deren Erteilung jedoch auf Schwierigkeiten stieß. Zudem stellte sich heraus, dass für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroräume keine Baugenehmigung vorlag. Der Kl. sah von der Unterzeichnung des Mietvertrages mit A. ab und forderte die Bekl. zur Übersendung von Unterlagen zur Erlangung des Nega-

tivattestes sowie zur Beschaffung einer Baugenehmigung auf. Die Bekl. kam beiden Aufforderungen fristgerecht nach. Das Negativattest lag am 29.09.2004 vor, die Baugenehmigung einen Monat später. Da ein Mietvertrag mit F. A. nicht mehr zustande kam, vermietete der Kl. das Gebäude ab dem 01.01.2005 anderweit. Der vereinbarte Nettomietzins beträgt monatlich 7.000 €.

[5] Der Kl. verlangt Schadensersatz u.a. in Höhe des Mietmindererlöses sowie die Feststellung, dass die Bekl. zum Ersatz weiterer Schäden verpflichtet ist, die aus dem Nichtzustandekommen des Vertrages mit F. A. resultieren. Hierzu behauptet er, A. habe jedenfalls ab Mitte Oktober 2004 kein Interesse mehr an einer Anmietung gehabt, so dass er, der Kl., gehalten gewesen sei, das Objekt anderweit zu vermieten. Die Vorinstanzen haben der Klage nur in geringem Umfang stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kl. den Zahlungsantrag in Höhe von 67.987,72 € sowie den Feststellungsantrag weiter. Die Bekl. beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

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

[6] Das Berufungsgericht meint, dem Kl. stehe kein Anspruch auf Ersatz der Schäden zu, die ihm durch das Nichtzustandekommen des Mietvertrages mit A. entstanden seien. Zwar sei die Garantieerklärung im Zeitpunkt ihrer Abgabe "falsch" gewesen. Weitere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch sei jedoch, dass die zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos verstrichen sei. Daran fehle es, weil die Bekl. den Aufforderungen des Kl. fristgerecht nachgekommen sei. Zudem fehle es an der Kausalität. Zum einen könne die Bekl. nicht dafür haftbar gemacht werden, dass der Kl. den Mietvertrag mit A. aus freier Entscheidung nicht unterzeichnet habe. Zum anderen hätte A. für die Nutzung des Gebäudes als Wohnheim ohnehin eine gesonderte Genehmigung benötigt. Die beantragte Schriftsatzfrist sei dem Kl. nicht zu gewähren, weil der in der Berufungsverhandlung gegebene Hinweis auf das Erfordernis einer erfolglosen Nachfristsetzung lediglich die geltende Rechtslage bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen betreffe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

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

1. Schadensersatzansprüche gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB bestehen

[8] Die Verneinung der geltend gemachten Schadens-

ersatzansprüche hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

a. Nutzungsausfallschaden als Schadensersatz neben der Leistung

[9] Das gilt zunächst für die - nicht durch Rechtsnormen belegte - Annahme des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Schadensersatzanspruch hänge davon ab, dass die zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos verstrichen sei. Zwar hängt ein Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 III, 281 BGB grundsätzlich von diesem Erfordernis ab. Auch können bei der schadensersatzrechtlichen Abwicklung nach § 281 BGB Nutzungsausfallschäden als Rechnungsposten in die Schadensbilanz einzubeziehen sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt (vgl. BGHZ 174, 290, 293; Staudinger/Otto, BGB [2004], § 280 Rdn. E 34; ferner OLG Celle NJW-RR 2008, 1635, 1637; weitergehend P. Huber in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rdn. 13/105 f., 108). Geht es hingegen - wie hier - nur um Schadensersatz neben der Leistung, stellt sich eine ganz andere Problematik, nämlich die bislang nicht höchstrichterlich geklärte Frage (dazu BGHZ aaO), ob der am Vertrag festhaltende Käufer Ersatz wegen Nutzungsausfalls nach § 280 I BGB verlangen kann oder ob § 280 II BGB mit seiner Verweisung auf die Verzugsvoraussetzungen einschlägig ist. Die Beantwortung dieser Frage ist umstritten.

aa. Ersatzfähigkeit gem. §§ 437 Nr.3, 280 I, II, 286 I I BGB

[10] Teilweise wird vertreten, in der Lieferung einer mangelhaften Sache liege eine Verzögerung der nach § 433 I 2 BGB geschuldeten mangelfreien Leistung. Schäden, die der Käufer erleide, weil er infolge des Mangels die Kaufsache nicht wie geplant nutzen könne, seien daher erst mit Eintritt des Verzuges ersatzfähig (§§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB). Der Verkäufer, der nicht leiste und erst ab Verzugsbeginn schadensersatzpflichtig sei, dürfe nicht besser stehen als derjenige, der immerhin eine mangelhafte Leistung erbringe (AnwK-BGB/Dauner-Lieb [2005], § 280 Rdn. 60 ff.; AnwK-BGB/Büdenbender, § 437 Rdn. 74; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 280 Rdn. 4; Jauernig/Berger, aaO, § 437 Rdn. 17; PWW/Schmidt-Kessel, BGB, 4. Aufl., § 280 Rdn. 58; PWW/D. Schmidt, aaO, § 437 Rdn. 32; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl., § 4 Rdn. 106; Faust in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rdn. 3/223; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., § 2 Rdn. 267 ff.; Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., § 3 Rdn. 90; Schultz in Westermann [Hrsg.], Das Schuldrecht 2002, S. 17, 83 f.; Arnold/Dötsch, BB 2003, 2250, 2253; Dauner-Lieb,

FS Konzen, 63, 64 ff.; Fliegner, JR 2002, 314, 322; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 754; dies., JuS 2004, 745, 747; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828; Petersen, Jura 2002, 461, 462 f.; Schur, ZGS 2002, 243, 244; Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 287, 300 f.; Wieser, JR 2002, 269, 270; vgl. Buck in Westermann [Hrsg.], Das Schuldrecht 2002, S. 105, 156 f.). Allerdings halten einige Vertreter dieser Ansicht eine Mahnung in Konstellationen der vorliegenden Art nach § 286 II Nr. 4 BGB generell für entbehrlich (Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 755; dies., JuS 2004, 745, 747 f.; Teichmann/Weidmann, aaO; vgl. Dauner-Lieb, FS Konzen, 63, 81 f.). Zu demselben Ergebnis gelangen auch diejenigen, die bei Vorliegen einer Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft davon ausgehen, in der Garantieerklärung liege das Versprechen, für alle Folgen des Fehlens der Eigenschaft ohne weiteres einzustehen (so AnwK-BGB/Dauner-Lieb, aaO, § 281 Rdn. 41 m.w.N.; dagegen MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 281 Rdn. 60).

bb. Ersatzfähigkeit gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB (h.M.)

[11] Die herrschende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass der Käufer Ersatz des mangelbedingten Nutzungsausfalls nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB und damit unabhängig von einem Verzug des Verkäufers verlangen kann (OLG Hamm, Urt. v. 23.02.2006, 28 U 164/05, juris, Rdn. 22; LG Krefeld DAR 2008, 90 f.; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 280 Rdn. 30; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 437 Rdn. 67; Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 280 Rdn. 11a, 12; Erman/Grunewald, aaO, vor § 437 Rdn. 9, § 437 Rdn. 19; Hk-BGB/Schulze, 4. Aufl., § 280 Rdn. 6; Hk-BGB/Saenger, aaO, § 437 Rdn. 11; MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 280 Rdn. 53 ff.; MünchKomm-BGB/Emmerich, aaO, vor § 281 Rdn. 25; MünchKomm-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 437 Rdn. 33; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 280 Rdn. 18, 20; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 437 Rdn. 35 f.; Staudinger/Otto, BGB [2004], § 280 Rdn. E 34; Grunewald in Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt [Hrsg.], Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 313, 316; Vollkommer, ebenda, S. 123, 124; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., § 17 Rdn. 5; Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, Rdn. 5/246; Hellwege, Die §§ 280 ff. BGB, S. 86 ff.; Canaris in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 5, 37; St. Lorenz in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 01.01.2002, S. 5, 44 f.; ders., ZIP 2003, 321, 323, 326; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdn. 546; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdn. 520; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535, 2537;

Ebert, NJW 2004, 1761 f.; Gruber, ZGS 2003, 130, 133 f.; Hirsch, Jura 2003, 289, 294; U. Huber, FS Ulmer, 1165, 1181 f.; ders., FS Schlechtriem, 521, 525; Katzenstein, Jura 2004, 584, 592, 596; Lorenz, NJW 2002, 2497, 2501 Fn. 32, 2503; ders., NJW 2005, 1889, 1891; ders., NJW 2007, 1, 2; Medicus, JuS 2003, 521, 528; ders., Bürgerliches Recht, 20. Aufl., Rdn. 299; Münch, Jura 2002, 361, 368; Reischl, JuS 2003, 250, 251; Schroeter, AcP 207 [2007], 28, 54 f.; Schubel, JuS 2002, 313, 319; Schulze/Ebers, JuS 2004, 462, 465 f.; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615, 617, 619; v. Westphalen, BB 2008, 2, 4; wohl auch Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004], § 437 Rdn. 11 f., vgl. aber Rdn. 54).

cc. Rechtsauffassung des erkennenden Senats

[12] Der Senat entscheidet die Rechtsfrage dahin, dass mangelbedingter Nutzungsausfall des am Vertrag festhaltenden Käufers nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersatzfähig ist, so dass offen bleiben kann, ob mit Blick auf sämtliche der noch geltend gemachten Schäden die Verzugsvoraussetzungen vorgelegen haben.

(1) Auslegung nach dem Wortlaut

[13] Einer am sprachlichen Sinngehalt des § 280 BGB orientierten Auslegung lassen sich keine entscheidende Hinweise für die Entscheidung des Meinungsstreits entnehmen. Sicher ist zunächst nur, dass unter den Begriff der Pflichtverletzung (§ 280 I BGB) auch die Lieferung einer mit einem - hier behebbaren - Sachmangel behafteten Sache fällt, weil der Verkäufer nach § 433 I 2 BGB verpflichtet ist, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu verschaffen (vgl. BGHZ 163, 381, 385). Andererseits ist der Gegenauffassung zuzugeben, dass eine zwar rechtzeitige, aber mangelbehaftete Lieferung bei differenzierender Betrachtung im Hinblick auf die fehlende Mangelfreiheit begrifflich durchaus als verzögerte Leistung im Sinne von § 280 II BGB verstanden werden kann (vgl. dazu auch Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 437 Rdn. 67). Nur ist das nicht das Verständnis des Gesetzgebers.

(2) Auslegung anhand der Gesetzgebungsmaterialien

[14] Aus den Materialien ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Ersatz von Schäden der hier in Rede stehenden Art nicht von dem Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig sein sollte. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf heißt es unzweideutig (BT-Drs 14/6040 S. 225): "§ 437 Nr. 3 RE verweist auch auf § 280 II RE, der den Ersatz von Verzögerungsschäden von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE abhängig macht. Das entfaltet insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I 1 RE darin liegt, dass der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 433 I 2 RE eine mangelhafte Sache geliefert hat. Eine Anwendung des

§ 286 RE ist insoweit in § 280 I RE nicht vorgesehen. Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 I RE zu ersetzen."

(3) Auslegung nach der Systematik des Gesetzes

[15] Das gesetzgeberische Anliegen hat darüber hinaus seinen Niederschlag auch in der Systematik des Gesetzes gefunden. § 437 BGB regelt, welche Rechte der Käufer bei Lieferung einer mangelbehafteten Sache hat, und bestimmt in Nr. 3 im Wege der Verweisung die Voraussetzungen, unter denen der Käufer Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen kann. Hierzu verweist das Gesetz auf die Vorschriften der §§ 440, 280, 281, 283, 284 und 311a BGB. Gerade nicht Bezug genommen wird dagegen auf die Regelung des § 286 BGB. Zwar ergibt sich über § 280 II BGB eine mittelbare Verweisung auch auf § 286 BGB. Das gilt indessen - über § 280 III BGB - auch für die §§ 281 und 283 BGB, auf die § 437 Nr. 3 BGB jedoch unmittelbar Bezug nimmt. Auch das belegt, dass mangelbedingter Nutzungsausfallschaden unabhängig von den Verzugsvoraussetzungen ersatzfähig sein soll.

(4) Auslegung nach dem Sinn und Zweck

[16] Untermuert wird das Normkonzept des Gesetzgebers schließlich durch teleologische Erwägungen.

(a) Beleuchtung der Interessenlage

[17] Von der Interessenlage ist zu unterscheiden, ob der Schuldner lediglich untätig bleibt oder ob er zwar leistet, die Leistung aber fehlerhaft erbringt. Vor den Folgen einer Säumnis kann sich der Käufer regelmäßig dadurch schützen, dass er einen kalendermäßig bestimmten Termin für die Lieferung vereinbart oder den Verkäufer bei Ausbleiben der Leistung mahnt. Diese Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung regelmäßig nicht, weil der Mangel vielfach erst bemerkt werden wird, wenn die Kaufsache ihrer Verwendung zugeführt wird. Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann häufig nicht mehr abwenden (Canaris, ZIP 2003, 321, 323, 326; Emmerich, aaO, § 17 Rdn. 5; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 755 f.; Gruber, ZGS 2003, 130, 133; Medicus, JuS 2003, 521, 528). Bei der Lieferung einer mangelbehafteten Sache dringt der Schuldner damit in gefährlicherer Weise in die Gütersphäre des Gläubigers ein, weil die Verzögerung als solche für den Gläubiger leichter beherrschbar ist (zutreffend Canaris, aaO, 323). Dieser Interessenbewertung entspricht es, dass der Bundesgerichtshof bereits zum früheren Werkvertragsrecht entschieden hat, dass durch ein Werk ver-

ursachte (entfernte) Mangelfolgeschäden unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 325, 326 und 635 BGB a.F. nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung zu ersetzen sind (Urt. v. 12.12.2001, X ZR 39/00, NJW 2002, 816, 817). Tragende Erwägung war auch dort, dass das Vorliegen des Mangels vielfach erst nach Auftreten des Schadens bemerkt werden wird.

(b) Beleuchtung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen

[18] Diese Sicht entspricht auch den unterschiedlichen Konzepten, die der Gesetzgeber für den Ausgleich der Interessen des Gläubigers und des Schuldners bei der Verzögerung der Leistung einerseits und bei der Schlechtleistung andererseits gewählt hat. Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung der Leistung stellt der Gesetzgeber nach § 280 II BGB deshalb unter die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzuges, weil die Leistung bei Fehlen einer vertraglich festgelegten Leistungszeit nicht sofort erbracht werden muss, sondern erst dann, wenn der Gläubiger dies verlangt (§ 271 I BGB). Mit Blick auf die Verpflichtung zur Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustand bedarf es einer solchen Konkretisierung in zeitlicher Hinsicht dagegen nicht (Grigoleit/ Riehm, AcP 203 [2003], 727, 756; dies., JuS 2004, 745, 747). Sie ist nach § 433 I 2 BGB von vornherein geschuldet, wobei sich die Sollbeschaffenheit der Kaufsache ohne weiteres entweder aus dem Vertrag oder aber - bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung - aus dem Anforderungsprofil der §§ 434 I 2 u. 3, 435 BGB ergibt.

[19] Eine haftungsrechtliche Überforderung des Verkäufers tritt dadurch nicht ein. Zwar hat der Gesetzgeber bei den nach § 280 I BGB zu ersetzenden Schäden - anders als bei § 280 II BGB - keine zusätzlichen Anforderungen an die Pflichtwidrigkeit gestellt. Die im Interesse eines angemessenen Interessenausgleichs gebotene Haftungsbegrenzung wird jedoch durch das Erfordernis des Vertretenmüssens (§ 280 I 2 BGB) sichergestellt. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 II BGB) verlangt von dem Verkäufer regelmäßig keine Untersuchung der Kaufsache; der Verkäufer muss sich auch nicht das Verschulden seiner Lieferanten nach § 278 BGB zurechnen lassen (BGH, Urt. v. 15.07.2008, VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837, 2840 zur Veröff. in BGHZ 177, 224 ff. vorgesehen). Höhere Anforderungen ergeben sich nur, wenn der Verkäufer - wie hier - eine Garantie übernommen hat (§ 276 I 1 BGB), wenn er Anhaltspunkte für die Mangelhaftigkeit der Sache hat oder wenn sonst besondere Umstände vorliegen, die eine höhere Sorgfalt gebieten. Davon abgesehen wird ein sachgerechter Interessenausgleich auch dadurch gewährleistet, dass einem Mitverschulden des Käufers, der etwa die Mangelhaftigkeit der Sache erkennt, den Verkäufer darüber aber nicht infor-

miert hat, über § 254 BGB Rechnung getragen wird (vgl. MünchKomm-BGB/Ernst, aaO, § 280 Rdn. 58; St. Lorenz in E. Lorenz [Hrsg.], Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 01.01.2002, 5, 45; Canaris, ZIP 2003, 321, 326 Fn. 30; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727, 758; dies., JuS 2004, 745, 748; Gruber, ZGS 2003, 130, 133 f.).

b. Schlechtleistung ist ursächlich für die Schäden

[20] Durchgreifenden Bedenken begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Schlechterfüllung des Kaufvertrages sei nicht ursächlich für die geltend gemachten Schäden.

aa. Zurechnungszusammenhang ist hins. der Nichtunterzeichnung des Mietvertrages gewahrt

[21] Der Kl. hat zwar den von A. unterzeichneten Mietvertrag nicht unterschrieben. Den rechtlichen Zurechnungszusammenhang hat er dadurch jedoch nicht unterbrochen. Dieser bleibt nämlich nach ständiger Rechtsprechung gewahrt, wenn für das Verhalten des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass bestand oder dieses durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und sich die Reaktion des Geschädigten auch nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen erweist (dazu etwa BGHZ 103, 113, 119; BGH, Urt. v. 20.10.1994, IX ZR 116/93, NJW 1995, 449, 451; Urt. v. 09.01.2003, III ZR 46/02, NJW-RR 2003, 563, 565). So verhält es sich hier. Der Kl. war nicht gehalten, durch die Unterzeichnung des Mietvertrages Haftungsrisiken zu übernehmen, solange nicht klar war, ob er die Garantie werde erfüllen können. Dabei ist es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unerheblich, dass der Kl. nicht von einer Gefährdung evtl. Rückgriffsansprüche gegen die Bekl. habe ausgehen können. Schon das Risiko einer Inanspruchnahme durch den Mieter A. bei Nichterfüllung der Garantie führt dazu, dass die Nichtunterzeichnung des Mietvertrages durch den Kl. verständlich war und nicht als ungewöhnliche oder unangemessene Reaktion bewertet werden kann. Etwas anderes gälte allerdings dann, wenn A. nicht nur weiterhin interessiert, sondern im Zeitpunkt des Eingangs der Baugenehmigung am 29.10.2004 noch bereit gewesen wäre, einen Mietvertrag mit im Wesentlichen gleichen Bedingungen abzuschließen, oder er schon vorher die Bereitschaft gezeigt hätte, einen Vertrag abzuschließen, der den Kl. nicht den hier in Rede stehenden Haftungsrisiken ausgesetzt hätte. Ob das der Fall war, hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt.

bb. Zurechnungszusammenhang hinsichtlich des Bedürfnisses einer öffentlichrechtlichen Genehmigung gegeben

[22] Auch der Umstand, dass die von A. beabsichtigte Nutzung des Mietobjekts als Wohnheim einer besonderen öffentlichrechtlichen Genehmigung bedürftig wäre, steht der Bejahung der Kausalität nicht entgegen. Diese Genehmigung sollte nach Nr. 3.3 des von A. einseitig unterzeichneten Mietvertrages der Mieter auf eigenes Risiko beschaffen. Der Kl. sollte lediglich die Nutzbarkeit als Bürohaus und Lager garantieren. An der Frage der Genehmigungsfähigkeit der Nutzung als Wohnheim sollte der Abschluss des Mietvertrages ersichtlich nicht scheitern.

cc. Kein erhebliches Vorbringen der Revision

[23] Soweit schließlich in der Revisionserwiderung argumentiert wird, die Ursächlichkeit scheitere daran, dass der Kl. im Juli 2004 von dem Abschluss des Mietvertrages ausschließlich wegen der "zweckentfremdungsrechtlichen Situation" abgesehen habe, verweist die Bekl. schon auf kein diesbezügliches Vorbringen in den Tatsacheninstanzen, sondern würdigt lediglich Korrespondenz, in der der Gesichtspunkt der formellen Baurechtswidrigkeit nicht ausdrücklich benannt worden ist. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen, so dass auch deshalb für das Revisionsverfahren das Vorbringen des Kl. zugrunde zu legen ist, wonach er von einer Unterzeichnung des Mietvertrages wegen der "behördlichen Genehmigungslage" Abstand genommen und hierzu auf Schreiben der Landeshauptstadt München vom 16. und 19.07.2004 Bezug genommen hat, aus denen sich u.a. auch die damals bestehende formelle Baurechtswidrigkeit ergibt.

2. Aufhebung des Urteils gem. § 562 I ZPO

[24] Kann das Berufungsurteil nach allem schon aus materiellrechtlichen Gründen keinen Bestand haben (§ 562 I ZPO), kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, dass auch die Rüge der Revision durchgreift, das Berufungsgericht habe den in der mündlichen Verhandlung beantragten Schriftsatznachlass verfahrens-

fehlerhaft abgelehnt. Nach § 139 IV 1 ZPO muss das Gericht gebotene Hinweise grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung erteilen, dass die Partei Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten und schon für die anstehende mündliche Verhandlung ihren Vortrag zu ergänzen. Erteilt es einen Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei ausreichend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Das gilt auch dann, wenn der Hinweis die rechtliche Beurteilung betrifft (vgl. nur BVerfG NJW 1996, 3202 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 15.03.2006, IV ZR 32/05, NJW-RR 2006, 937, 938; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 139 Rdn. 5 u. 18). Kann eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen und den Anforderungen des § 282 I ZPO nicht erwartet werden, darf die mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres geschlossen und schon gar nicht - wie hier geschehen - bereits am Schluss der Sitzung ein Urteil erlassen werden. Vielmehr muss das Gericht die mündliche Verhandlung vertagen, unter den Voraussetzungen des § 128 II ZPO in das schriftliche Verfahren übergehen oder - auf Antrag der betroffenen Partei - einen Schriftsatznachlass gemäß § 139 V i.V.m. § 296a ZPO gewähren (BGH, Beschl. v. 18.09.2006, II ZR 10/05, NJW-RR 2007, 412 m.w.N.). Diesen Vorgaben ist das Berufungsgericht nicht gerecht geworden. Sein Hinweis betraf eine umstrittene und höchststrichterlich nicht geklärte Frage, die in dem Verfahren vor der Hinweiserteilung keine Rolle gespielt hat und bei der auch von einer anwaltlich vertretenen Partei nicht aus dem Stand heraus eine fundierte und Interessen wahrende Stellungnahme erwartet werden konnte.

3. Rückverweisung in an das Berufungsgericht gem. § 563 I 1 ZPO

[25] Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen fehlen (§ 563 I 1 ZPO).

Standort: Girovertrag

Problem: "Transmortale" Kontovollmacht / Auslegung

BGH, Urteil vom 24.03.2009
XI ZR 191/08 (ZIP 2009, 1000)

Problemdarstellung:

Der Erblasser, der verstorbene Vater des Kl., hatte ein Girokonto bei der Bekl. einrichten lassen. Am 16.06.2004 erteilte er seiner damaligen Ehefrau eine Vollmacht über sein Konto, wozu er eine von der Bekl. für ihre Kunden entworfene Urkunde verwendete. Dem Wortlaut nach sollte die Vollmacht auch über den Tod hinaus gelten und die Bevollmächtigte mit ihr das Recht zur "unbeschränkte(n) Verfügung" über das

Konto erhalten. Alleinerbe des Erblassers ist der Kl.. Nach dem Tod des Erblassers schrieb die Bekl. am 05.07.2006 das Girokonto, welches am Todestag ein Guthaben in Höhe von 3.874,35 € aufwies, auf Weisung der Bevollmächtigten auf deren Namen um. Der Kl. begehrt von der Bekl. die Auszahlung dieses Betrages.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht hat ihr stattgegeben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Revision hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung vor allem mit Stellvertretungs- und Auslegungsproblemen im Rahmen der sog. "transmortalen" Vollmacht. Diese ist gegeben, wenn sie auch über den Tod des Vollmachtgeber hinaus Bedeutung erlangen soll. Von einer solchen ist eine "postmortale" Vollmacht zu unterscheiden. Diese liegt dann vor, wenn die Bank nach dem Tod des Kontoinhabers eine Auszahlung an einen Dritten vornehmen soll.

Da die Vollmachtserteilung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, richtet sich die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. Zwar könnte der Wortlaut des § 157 BGB auf den ersten Blick dafür sprechen, dass sich der Anwendungsbereich auf Verträge beschränkt. Dem ist aber nicht so. Der Vorschrift findet auch auf einseitige Rechtsgeschäfte und einzelne Willenserklärungen Anwendung (Palandt-Heinrichs, BGB, § 157 Rn 1). Auch § 133 BGB ist im umgekehrten Fall nicht nur auf die Auslegung von Willenserklärungen, sondern auf sämtliche Rechtsgeschäfte gerichtet (Palandt-Heinrichs, BGB, § 133 Rn 1). Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, dass eine Kontovollmacht den Betroffenen im Allgemeinen nur zur Vornahme solcher Geschäfte berechtige, die mit einem Bankkonto üblicherweise zusammenhängen, wie insbesondere Abhebungen oder Überweisungen. Eine Auflösung des Kontos sowie die Übertragung des Guthabens auf ein eigenes Konto gehörten demnach nicht zu den gewöhnlichen Kontogeschäften. Der in der vorliegenden Vollmachtsurkunde verwendete Begriff der "unbeschränkte(n) Verfügung" rechtfertige keine andere Auslegung. Nach seinem Sinn und Zweck regele er nur die Verfügungsmacht der Bevollmächtigten über das Kontoguthaben, nicht aber über das Konto als solches. Dem ist zuzustimmen.

Der erkennende Senat hält an dieser Rechtsauffassung fest, so dass im Ergebnis dem Kl. gegen die Bekl. ein Zahlungsanspruch aus § 1922 I BGB i.V.m. § 700 I 1 BGB i.V. mit §§ 488 I 2 BGB in der geltend gemachten Höhe zusteht. Beachten Sie dabei die Anspruchsgrundlage. Der § 676 g BGB findet in diesen Fällen keine Anwendung, weil dieser den Anspruch auf Gutschrift des Kontoinhabers regelt, nicht aber den Anspruch auf Auszahlung. Durch diese Entscheidung darf jedoch nicht der Eindruck entstehen, dass Vollmachten dieser Art generell nicht die Befugnis zur Auflösung eines Kontos beinhalten können (vgl. Rn 21). Das Ergebnis einer solchen Auslegung ist immer einzelfallbezogen und kann daher im Klausurfall durchaus anders ausfallen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Girovertrag: *Gößmann/van Look*, WM 2000, Sonderbeil. 1

☐ Zur Stellvertretung: *BGH*, RA 2008, 698 = *NJW* 2008, 3355 (Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins); *AG Kerpen*, RA 2007, 311 = *NJW-RR* 2007, 565 (Identitätstäuschung bei Online-Auktionen); *Becker/Schäfer*, JA 2006, 597; *OLG Köln*, *NJW* 2006, 1676 (Identitätstäuschung); *BGH*, *NJW* 2006, 701 (Namenstäuschung); *Pfeifer*, JuS 2004, 694; *Drexel/Mentzel*, Jura 2002, 289 ff., 375 ff.; *BGH*, *NJW* 2002 2325 (Rechtsscheinhaftung); *Löhnig*, JA 2002, 913

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Heimatfilm"
 ☐ *Assessorkurs*: "Später Arrest"

Leitsatz:

Die einem Ehepartner erteilte "transmortale" Kontovollmacht berechtigt grundsätzlich weder zu Lebzeiten des Erblassers noch nach seinem Tod zur Umschreibung des Kontos auf den Bevollmächtigten.

Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten über den Umfang einer so genannten "transmortalen" Kontovollmacht. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

[2] Der am 28.06.2006 verstorbene Vater des Kl. (im Folgenden: Erblasser) unterhielt zu Lebzeiten ein Girokonto bei der bekl. Sparkasse. Am 16.06.2004 erteilte er seiner damaligen Ehefrau (im Folgenden: Bevollmächtigte) eine Vollmacht über sein Konto, wozu er eine von der Bekl. für ihre Kunden entworfene Urkunde verwendete. Dem Wortlaut entsprechend sollte die Vollmacht auch über den Tod hinaus gelten und die Bevollmächtigte mit ihr das Recht zur "unbeschränkte(n) Verfügung" über das Konto erhalten. Alleinerbe des Erblassers ist der Kl..

[3] Nach dem Tod des Erblassers schrieb die Bekl. am 05.07.2006 das Girokonto, welches am Todestag ein Guthaben in Höhe von 3.874,35 € aufwies, auf Weisung der Bevollmächtigten auf deren Namen um. Die zeitlich nachfolgenden Auszahlungsanträge des Kl. wies die Bekl. mit der Begründung zurück, dass sie erst jetzt von seiner Erbenstellung erfahren habe und außerdem angesichts der umfassenden Vollmacht zur Umschreibung des Kontos berechtigt gewesen sei. Die Vollmacht wurde von dem Kl. am 19.01.2007 widerrufen.

[4] Der Kl. nimmt die Bekl. auf Zahlung von 3.784,35 € zuzüglich Verzugszinsen in Anspruch. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht hat ihr stattgegeben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist nicht begründet.

I. Entscheidung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Dem Kl. stehe gegen die Bekl. ein Zahlungsanspruch aus §§ 675, 667 BGB in der geltend gemachten Höhe zu. Als Alleinerbe und Gesamtrechtsnachfolger sei er in den von dem Erblasser mit der Bekl. geschlossenen Girovertrag eingetreten. Die auf der Weisung der Bevollmächtigten beruhende Umschreibung des Girokontos auf ihren Namen habe den Vertrag nicht beendet und mithin zu keinem Gläubigerwechsel geführt, weil sie insoweit als vollmachtlose Vertreterin des Kl. gehandelt habe. Zwar ergebe sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vollmachtsurkunde. Eine Kontovollmacht berechtige den Betroffenen aber im Allgemeinen nur zur Vornahme solcher Geschäfte, die mit einem Bankkonto üblicherweise zusammenhängen, wie insbesondere Abhebungen oder Überweisungen. Eine Auflösung des Kontos sowie die Übertragung des Guthabens auf ein eigenes Konto gehörten indes nicht zu den gewöhnlichen Kontogeschäften.

[8] Der in der vorliegenden Vollmachtsurkunde verwendete Begriff der "unbeschränkte(n) Verfügung" rechtfertige keine andere Auslegung. Nach seinem Sinn und Zweck regele er nur die Verfügungsmacht der Bevollmächtigten über das Kontoguthaben, nicht aber über das Konto als solches. Der Umstand, dass es sich um eine Vollmacht unter Eheleuten handele, ändere ebenfalls nichts. Es gebe keinen konkreten Hinweis darauf, dass der Erblasser die Absicht gehabt habe, die Bevollmächtigte über seinen Tod hinaus finanziell abzusichern. Denn abgesehen davon, dass der Erblasser nur ein vorformuliertes Vollmachtsformular der Bekl. ohne jeden persönlichen Zusatz verwendet habe, habe er die Bevollmächtigte nicht an seinem Nachlass beteiligt. Eine gesicherte Rechtsposition hätte die Bevollmächtigte mit der Vollmacht ohnehin nicht erworben, weil der durch die Kontoumschreibung erlangte Erlös dem Kl. als Alleinerben zustehe. Unerheblich sei schließlich, dass die Bevollmächtigte durch eine bloße Überweisung des Guthabens auf ein eigenes Konto denselben wirtschaftlichen Erfolg hätte erzielen können. Maßgeblich sei vielmehr allein, dass sie zu der tatsächlich vorgenommenen Auflösung des Kontos nicht berechtigt gewesen sei. Die Rechtsfolgen einer Auflösung seien zudem viel weitreichender, da mit ihr nicht nur über das Kontoguthaben, sondern auch über den zugrunde liegenden Girovertrag verfügt werde.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[9] Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher

Überprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

[10] Dem Kl. stehe gegen die Bekl. ein Zahlungsanspruch aus § 700 BGB i.V. mit §§ 488 ff. BGB in der geltend gemachten Höhe zu. Der Girovertrag des Erblassers, in den der Kl. als sein Alleinerbe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 I BGB) eingetreten ist, ist durch die von der Bevollmächtigten veranlasste Umschreibung des Girokontos auf ihren Namen nicht aufgelöst worden, weil der damit beabsichtigte Gläubigerwechsel von der "transmortalen" Vollmacht nicht erfasst wird.

1. Rechtsnatur und Pflichten aus dem Girovertrag

[11] Das Girovertragsverhältnis zwischen einer Bank oder Sparkasse und ihrem Kunden ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen (Senatsurteil vom 11.12.1990 - XI ZR 54/90, WM 1991, 317, 318 m.w.N.). Es begründet für die Vertragsparteien ein ganzes Bündel von Rechten und Pflichten, zu denen unter anderem auch die Pflicht der Bank oder Sparkasse gehört, für ihren Kunden ein Girokonto zu führen, in das seine Forderungen und Verbindlichkeiten eingestellt und in regelmäßigen zeitlichen Abständen saldiert werden. Ein Haben-Saldo des Kunden stellt eine Forderung aus unregelmäßiger Verwahrung im Sinne des § 700 BGB i.V. mit §§ 488 ff. BGB dar (Senatsurteile BGHZ 131, 60, 63 f. und vom 15.06.1993 - XI ZR 133/92, WM 1993, 1585, 1586). Da ausschließlich der Kl. den Erblasser beerbt hat, ist er alleiniger Inhaber des Girokontos und infolgedessen Gläubiger der am Todestag (28.06.2006) bestehenden Forderung über 3.874,35 € geworden.

2. Kein Erlöschen des Auszahlungsanspruchs durch Auflösung und Umschreibung des Kontos

[12] Entgegen der Ansicht der Revision ist der Auszahlungsanspruch des Kl. durch die Auflösung und Umschreibung des Girokontos nicht erloschen.

a. Vertreter handelte ohne Vertretungsmacht

[13] Das Berufungsgericht ist im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu der Überzeugung gelangt, dass die Bevollmächtigte nicht berechtigt war, das Konto nach dem Tode des Erblassers ohne Zustimmung oder Genehmigung des Kl. auf sich umschreiben zu lassen und auf diese Weise einen Gläubigerwechsel herbeizuführen.

aa. Auslegung der Vollmacht

[14] Die Auslegung individueller Erklärungen - wie hier der "transmortalen" Vollmacht - ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung bindet das Revisionsgericht nur dann nicht, wenn sie gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvor-

schriften verletzt (st. Rspr., siehe etwa Senat BGHZ 139, 357, 366; BGH, Urteile vom 17.01.2007 - VIII ZR 37/06, WM 2007, 562, Tz. 15 und WM 2008, 202, Tz. 19, jeweils m.w.N.). Das ist hier nicht der Fall.

bb. Besonderheiten bei der Kontovollmacht

[15] Eine Kontovollmacht gibt dem Bevollmächtigten, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, im Allgemeinen nicht das Recht, das Konto ohne Beteiligung des Vollmachtgebers aufzulösen oder auf eine andere Art und Weise in dessen Vertragsstellung einzugreifen. So hat der erkennende Senat sogar für die Umwandlung eines Oder-Kontos in ein Und-Konto entschieden, dass die Veränderung der vertraglichen Rechtsstellung eines Konto-(Mit-)Inhabers im Allgemeinen eine Einigung der Bank oder der Sparkasse mit allen betroffenen Kontoinhabern voraussetzt (Senatsurteil vom 30.10.1990 - XI ZR 352/89, WM 1990, 2067, 2068; siehe ferner BGH, Urteil vom 09.11.1992 - II ZR 219/91, WM 1993, 141, 143). In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur besteht daher Einigkeit darüber, dass der Inhaber einer Kontovollmacht, der - anders als etwa der Mitinhaber eines Oder-Kontos - selbst nicht Forderungsinhaber ist, grundsätzlich nicht befugt ist, die vertragliche Rechtsstellung des vertretenen Kontoinhabers aufzuheben oder zu verändern (OLG Hamm, WM 1995, 152, 153; Erman/Palm, BGB 12. Aufl., § 167 Rn. 32a; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 167 Rn. 9; PWW/Frensch, BGB, 3. Aufl., § 167 Rn. 25; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 167 Rn. 43; vgl. auch OLG Düsseldorf, WM 1983, 547, 548 sowie OLG Frankfurt am Main, WM 1985, 1199, 1200; Schramm in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 32 Rn. 48).

cc. Keine andere Auslegung bei einer "transmortalen" Kontovollmacht

[16] Bei einer "transmortalen" Kontovollmacht unter Eheleuten, wie sie hier in Frage steht, ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision keine andere rechtliche Beurteilung.

(1) Auffassung in Literatur und Rechtsprechung

[17] Allerdings wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur zum Teil die Meinung vertreten, dass der bevollmächtigte Ehepartner in aller Regel berechtigt sei, das Konto des Vollmachtgebers nach dessen Tod auf sich umschreiben zu lassen (so OLG Hamm, aaO; zustimmend Schramm, aaO). Bei einer "transmortalen" Vollmacht stehe in aller Regel der Wille der Beteiligten im Vordergrund, den überlebenden Teil mit Hilfe der Vollmacht finanziell abzusichern. Diese Absicherung wäre jedoch ohne eine entsprechende Befugnis des Bevollmächtigten gefährdet, weil der Erbe die Vollmacht jederzeit widerrufen kön-

ne. Die Angemessenheit einer solchen Auslegung zeige sich daran, dass der Bevollmächtigte nicht nur durch eine Umwandlung des Kontos auf das Guthaben zugreifen könne, sondern es dazu nur einer durch die "transmortale" Vollmacht zweifellos gedeckten Überweisung des Guthabens auf ein eigenes Konto bedürfe.

(2) Rechtsauffassung des BGH

[18] Dem ist jedoch nicht zu folgen (ablehnend auch Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., § 167 Rn. 32a; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 167 Rn. 43; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 167 Rn. 9; PWW/Frensch, BGB, 3. Aufl., § 167 Rn. 25).

(a) Auslegung der "transmortalen" Vollmacht

[19] Zwar will der Vollmachtgeber seinen Ehepartner mit Hilfe der Kontovollmacht über den Tod hinaus gewöhnlich in die Lage versetzen, bestimmte Rechtshandlungen unabhängig von dem Willen des Erben vornehmen zu können. Bis zum Widerruf der Vollmacht durch den Erben soll daher im Zweifel allein der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Erblassers und nicht der des Erben für den Bevollmächtigten maßgeblich sein (Senat BGHZ 127, 239, 244 f.; siehe ferner BGH, Urteil vom 18.04.1969 - V ZR 179/65, NJW 1969, 1245, 1247; Gößmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 30 Rn. 49 f.). Daraus ist aber entgegen der Auffassung der Revision nicht im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu schließen, dass die Bevollmächtigte nach dem Willen des Erblassers das Recht erwerben sollte, nach dessen Tod im Wege der Umwandlung des Girokontos einen Gläubigerwechsel zum Nachteil des Kl. als Alleinerben herbeizuführen.

(b) Kein Wille zur Absicherung über den Tod hinausgehend ersichtlich

[20] Einen Anlass zur Erteilung einer widerruflichen Vollmacht über den Tod hinaus oder nach dem Tode bietet nicht die Überlegung, auf diese Art und Weise für eine gewisse finanzielle Absicherung des überlebenden Ehegatten zu sorgen. Zwar können verschiedene Gründe hinter dem Vorgehen des Erblassers stehen, wie etwa, dass die Bevollmächtigung des Ehepartners sich einfacher und schneller erledigen lasse als eine Testamentserrichtung. Ferner kann es der Wunsch des Erblassers gewesen sein, dass der Bevollmächtigte die Vermögensverwaltung im Interesse des Erben weiterführen soll (vgl. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 319 zur "postmortalen" Generalvollmacht). Mit dem Erbfall wird aber der Erbe der Herr des Nachlasses. Er kann die Vollmacht jederzeit widerrufen und dem Bevollmächtigten aufgrund der der Vollmacht in aller Regel zugrunde liegenden Auftrags nach § 665 BGB bestimmte Weisun-

gen erteilen. Zudem hat der Bevollmächtigte von sich aus zu beachten, dass er nach dem Erbfall zur Vertrauensperson des Erben geworden ist und als solche nach Treu und Glauben nicht ermächtigt ist, Handlungen vorzunehmen, die den schutzwürdigen Interessen des Erben zuwiderlaufen oder deren Kenntnis diesen vermutlich zum vorzeitigen Widerruf der Vollmacht veranlasst hätte (siehe auch Müller-Freienfels, aaO, S. 320). Um den überlebenden Ehepartner in gewisser Weise finanziell abzusichern, gibt es für den anderen Teil weitaus geeignetere Mittel wie etwa die Erbeinsetzung, die Aussetzung eines Vermächnisses oder die Schenkung unter Lebenden bzw. von Todes wegen.

(c) Keine Befugnis zur Verfügung über das Konto i.R.d. Auflösung

[21] Der Hinweis darauf, dass der bevollmächtigte Ehepartner auf das gesamte Guthaben zugreifen könne, indem er sich dieses von der Bank oder Sparkasse auf sein eigenes Konto überweisen lasse (so OLG Hamm, WM 1995, 152, 153; Schramm in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 32 Rn. 48), rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Zwar gibt die Vollmacht dem Ehepartner grundsätzlich das Recht, über das Guthaben in einer Weise zu seinen Gunsten zu verfügen, die ihn wirtschaftlich im Ergebnis so stellt, als wenn das Konto auf ihn umgeschrieben wird. Ein Vollmachtmissbrauch ist darin im Allgemeinen nicht zu sehen (siehe dazu Senat BGHZ 127, 239, 244 f.). Dies besagt aber nicht, dass die Bevollmächtigte den Erblasser oder den Kl. als seinen Erben durch eine Umwandlung des Kontos aus der girovertraglichen Rechtsstellung verdrängen und einen Gläubigerwechsel herbeiführen durfte. Hiergegen spricht auch, dass ein solcher Wille des Erblassers nach der allgemeinen Lebenserfahrung für gewöhnlich in der Vollmachtsurkunde klar und deutlich zum Ausdruck kommt. Die für das Schadensersatzrecht entwickelte Rechtsfigur des sogenannten rechtmäßigen Alternativverhaltens, auf die sich die Revision in diesem Zusammenhang beruft, ist dem allgemeinen Vertretungsrecht fremd und kommt deshalb als Auslegungshilfe nicht in Betracht.

(3) Auslegung des Begriffs "unbeschränkte Verfügung"

[22] Die Auslegung des Berufungsgerichts setzt sich auch nicht, wie die Revision meint, über den klaren Wortlaut der vorliegenden Vollmachtsurkunde hinweg. Zwar mag der in ihr verwendete Begriff der "unbeschränkte(n) Verfügung" für sich genommen mehrdeutig sein. Es ist aber fern liegend, anzunehmen, dass der Erblasser der Bevollmächtigten mit dieser Formulierung nicht nur eine uneingeschränkte Verfügungsgewalt über ein etwaiges Guthaben, sondern darüber hinaus das wesentlich weiterreichende Recht zur Auf-

lösung und Umschreibung des Girokontos, sei es schon zu Lebzeiten oder erst nach seinem Tod, einräumen wollte. Dies gilt, worauf auch das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, umso mehr, als der Erblasser die von der Beklagten für ihre Kunden entworfene Vollmachtsurkunde ohne jeden eigenen Zusatz verwendet hat. Dass die Bekl. dem streitigen Begriff "der unbeschränkte(n) Verfügung" eine andere rechtliche Bedeutung beigemessen hat und dies auch von dem Erblasser als Verwender der Urkunde erwarten konnte, ist von ihr auch nicht geltend gemacht worden.

b. Keine Umdeutung in einen Überweisungsauftrag, § 140 BGB

[23] Entgegen der Ansicht der Revision ist die vollmachtlose und mangels Genehmigung des Kl. nichtige Umwandlung des Girokontos auch nicht gemäß § 140 BGB in die Errichtung eines eigenen Kontos der Bevollmächtigten sowie in eine Überweisung des Guthabens aufgrund eines den Kl. nach Vertretungsrecht zurechenbaren Überweisungsauftrags umzudeuten. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei der Umschreibung eines Kontos um eine Vertragsübernahme (so Gößmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 29 Rn. 30), eine Abtretung (siehe Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rn. 181) oder um eine Löschung des alten und eine Eröffnung des neu-en Kontos handelt (siehe BGH, Urteil vom 13.06.1983 - II ZR 226/82, WM 1983, 834, 835; vgl. auch OLG Düsseldorf, WM 1983, 547, 548). Dies ist hier schon deshalb nicht entscheidend, weil die Löschung des Kontos - anders als offenbar die Revision annimmt - kein eigenständiger, sondern ein fester und unabtrennbarer Bestandteil der auf einen Gläubigerwechsel gerichteten Umwandlung des Girokontos ist. Davon abgesehen hat § 140 BGB nicht den Zweck, einem nichtigen Rechtsgeschäft durch eine im Wege einer bloßen Fiktion erfolgende Nachholung fehlender Rechtshandlungen, wie sie im vorliegenden Streitfall in der Errichtung eines eigenen Kontos seitens der Bevollmächtigten und in der Überweisung des Guthabens bestünden, zur Wirksamkeit zu verhelfen (vgl. RG, JW 1938, 44, 45).

3. Höhe des Zahlungsanspruchs

[24] Die Zahlungsforderung des Kl. gegen die Bekl. besteht schließlich auch in der geltend gemachten Höhe von 3.784,35 €.

[25] Zwar kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf an, dass das Girokonto am Todestag des Erblassers (28.06.2006) ein Guthaben von 3.874,35 € aufwies. Denn da der Kl. die Vollmacht erst am 19.01.2007 widerrufen hat, hätte die Bevollmächtigte bis zu diesem Tage als seine Vertreterin gemäß §§ 164 ff. BGB wirksam über das Konto-

guthaben verfügen können. Daraus vermag die Bekl. aber nichts für sich herzuleiten. Im Gegenteil ist ausweislich der von ihr selbst vorgelegten Kontoauflösungsurkunde davon auszugehen, dass das Guthaben zum Zeitpunkt der Umschreibung des Kontos auf die Bevollmächtigte am 05.07.2006 sogar höher war als

einen Monat zuvor. Ob die Bevollmächtigte in der Folgezeit über ihr eigenes Konto verfügt hat, kann dahin gestellt bleiben, weil sie hierbei ersichtlich nicht mehr im Namen des Erblassers oder des Kl. gehandelt hätte.

Standort: Werkvertrag

Problem: Verspätung der Beförderungsleistung

BGH, URTEIL VOM 28.05.2009

XA ZR 113/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Beförderungsvertrag. Der Kl. buchte für sich und seine Familie einen Flug von Frankfurt am Main nach Phoenix, mit Zwischenlandung in Washington, D.C. Der Flug von Frankfurt nach Washington, D.C. wurde für den 07.10.2006 um 13.25 Uhr von Frankfurt am Main mit Ankunft in Washington, D.C. um 16.40 Uhr Ortszeit bestätigt. Tatsächlich erfolgte der Abflug erst gegen 17.00 Uhr, so dass der Anschlussflug nach Phoenix nicht erreicht wurde. Die Reisenden verbrachten die Nacht auf Kosten der Bekl. in einem Hotel. Der Weiterflug nach Phoenix startete am 08.10.2006 um 7.00 Uhr. Die Reisenden erreichten Phoenix ca. 14,5 Stunden später als geplant; ihr Gepäck kam auf dem Flug nach Phoenix abhanden und konnte ihnen erst mit viertägiger Verspätung ausgeliefert werden.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der die Bekl. entgegnet, verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter. Die Revision hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht verneinte der erkennende Senat einen Anspruch auf Ausgleichszahlung aus Art. 4 III i.V. mit Art. 7 I 1 Buchst. c der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/1991 vom 11.02.2004 (ABl. EG L 46 v. 17.2.2004, S. 1; im Folgenden: Verordnung). Bereits die Anwendbarkeit der Verordnung war nicht gegeben, weil es sich um einen rein innerstaatlichen Flug mit einer amerikanischen Airline handelte, Art. 3 I Verordnung; es fehlte der Bezug zu Drittstaaten. Entscheidend für das Tatbestandsmerkmal "Flug" ist nicht die gesamte Flugreise (hier: Frankfurt am Main - Phoenix), sondern auch bei einem einheitlichen Beför-

derungsvertrag die einzelne "Einheit", die von einem Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, das die entsprechende Flugroute festlegt (EuGH, Urt. v. 10.07.2008 - C-173/07, RRa 2008, 237 Tz. 32 - Emirates Airlines/Schenkel).

Ein Anspruch auf Minderung des Beförderungspreises gem. § 634 Nr. 3, 2.Fall, 638 I BGB scheidet aus, da ein Mangel der Leistung gem. § 633 II BGB entgegen der Rechtsauffassung einiger Instanzgerichte (vgl. AG Frankfurt am Main NJW-RR 1996, 238; AG Bad Homburg v.d.H. RRa 2002, 88; AG Rüsselsheim RRa 2006, 136) und entgegen einer Literaturliteraturauffassungen (z.B. Führich, Reiserecht, 5. Aufl. Rdn. 1059; Sonderbeilage MDR 7/2007, S. 11; R. Schmid, RRa 2005, 151, 156; Wagner, RRa 2004, 102, 105) bei Verspätungen nicht vorliegt. Die Beförderungsleistung wird nicht dadurch schlechter, dass sie erst zu einem späteren Zeitpunkt erbracht wird. Ob und ggf. in welcher Form dem Fluggast durch eine Verspätung ein Nachteil entsteht, hängt ganz von seinen persönlichen Verhältnissen ab. Ihm kann z.B. ein Geschäft entgehen; für ihn kann die Verspätung eine bloße Unbequemlichkeit darstellen; sie kann ihm sogar willkommen sein, etwa weil er selbst verspätet am Flughafen erscheint. Dies macht deutlich, dass es einen objektiven Minderwert einer verspäteten Beförderungsleistung nicht geben kann. Er lässt sich auch nicht aus den Dispositionen des Fluggastes ableiten, weil diese weder Bestandteil des Beförderungsvertrags noch auch nur dessen Geschäftsgrundlage sind. Bei jeder Werkleistung, die nicht zu dem geschuldeten Zeitpunkt erbracht wird, verletzt der Werkunternehmer zwar seine vertragliche Leistungspflicht. Dies begründet Verzug des Werkunternehmers, jedoch nicht ohne weiteres einen Mangel.

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zum Charakter des Beförderungsvertrages. Nachvollziehbar legt der BGH dar, dass es sich jedenfalls grundsätzlich nicht um ein absolutes Fixgeschäft handelt, so dass die Nachholung der Leistungsbewirkung durchaus noch Erfüllungswirkung haben kann. Dieses Ergebnis entspricht der Interessenlage des Fluggastes. Der Wegfall des Primäranspruchs gem. § 631 I BGB gem. § 275 I BGB bedeutete, dass der Fluggast seinen Anspruch auf Beförderung jedenfalls bei einer mehr als nur geringfügigen Verspätung ver-

löre (so auch A. Staudinger, RRa 2005, 249, 251; Führich, Sonderbeilage MDR 7/2007, S. 8).

Vertiefungshinweise:

Zum Beförderungsvertrag im Luftverkehr: *Führich*, Sonderbeilage MDR 7/2007, S. 8; *Schmid*, NJW 2006, 1841; *Boettge*, VersR 2005, 908; *A. Staudinger*, RRa 2005, 249, 251; *Schmid*, NJW 2003, 3516

Kursprogramm:

Examenskurs: "Flugreise eines Minderjährigen"

Leitsätze:

- a) Der Flugbeförderungsvertrag ist regelmäßig nicht auf ein absolutes Fixgeschäft gerichtet.**
b) Die Verspätung eines Flugs begründet regelmäßig keinen Sachmangel der Beförderungsleistung.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. buchte bei der Bekl. für sich, seine Ehefrau und seine beiden Kinder einen Flug von Frankfurt am Main nach Phoenix (Arizona) über Washington D.C. und zurück. Der Flug von Washington D.C. nach Phoenix sollte nicht von der Bekl., sondern von United Airlines durchgeführt werden. Der Hinflug wurde für den 07.10.2006 um 13.25 Uhr von Frankfurt am Main mit Ankunft in Washington D.C. um 16.40 Uhr Ortszeit bestätigt. Tatsächlich erfolgte der Abflug erst gegen 17.00 Uhr, so dass der Kl. und seine Familie den Anschlussflug nicht erreichten. Die Reisenden verbrachten die Nacht auf Kosten der Bekl. in einem Hotel. Der Weiterflug nach Phoenix startete am 08.10.2006 um 7.00 Uhr. Die Reisenden erreichten Phoenix ca. 14,5 Stunden später als geplant; ihr Gepäck kam auf dem Flug nach Phoenix abhanden und konnte ihnen erst mit viertägiger Verspätung ausgeliefert werden.

[2] Die Ehefrau und die Kinder des Kl. haben diesem ihre Ansprüche abgetreten. Der Kl. verlangt eine Ausgleichszahlung gemäß Art. 7 I Buchst. c i.V. mit Art. 4 III der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/1991 vom 11.02.2004 (ABl. EG L 46 v. 17.2.2004, S. 1; im Folgenden: Verordnung) in Höhe von viermal 600 € sowie 416,65 € als Minderung des Flugpreises und die Erstattung von Anwaltskosten in Höhe von 446,13 €. Die Anwaltskosten sind für die Geltendmachung der vorgenannten Ansprüche sowie von Ersatzansprüchen wegen des Gepäckverlustes und Erstattung von Taxikosten in Washington über einen Betrag von zusammen 1.246,30 € entstanden; den letztgenannten Be-

trag hat die Bekl. ausgeglichen.

[3] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der die Bekl. entgegentritt, verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die zulässige Revision ist nicht begründet.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kl. stehe ein Anspruch auf Ausgleichszahlung gemäß Art. 4 III i.V. mit Art. 7 I 1 Buchst. c der Verordnung nicht zu. Hinsichtlich des Teilflugs von Washington nach Phoenix liege keine Nichtbeförderung i.S. des Art. 4 der Verordnung vor. Diese setze die Weigerung voraus, Fluggäste zu befördern, obwohl sie sich unter den in Art. 3 II der Verordnung genannten Bedingungen am Flugsteig eingefunden haben. Die rein faktische Nichtweiterbeförderung wegen Verspätung des Zubringerflugs reiche nicht aus. Dem Kl. stehe auch kein Anspruch aus §§ 634 Nr. 3, 638 BGB wegen Minderung des Flugpreises zu. Bei dem Flugbeförderungsvertrag handele sich nicht um ein absolutes Fixgeschäft. Auch durch die verspätete Leistung werde der Vertragszweck noch erreicht. Die Flugbeförderung sei auch nicht mangelhaft i.S. von § 633 II 1 BGB, wenn sie verspätet erfolge. Die verspätete Leistung führe vielmehr zu Ansprüchen aus §§ 286, 280 BGB sowie aus der Verordnung; ein unangemessener Nachteil für den Fluggast entstehe hierdurch nicht. Dem Kl. stünden schließlich keine Ansprüche auf Zahlung der von ihm beehrten vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten zu. Er habe weder dargelegt, dass sich die Bekl. in Verzug befunden habe, noch, dass die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich gewesen sei. Dies sei in einfach gelagerten Fällen nur dann anzunehmen, wenn der Geschädigte geschäftlich ungewandt sei oder die Schadensregulierung verzögert werde; diese Voraussetzungen habe der Kl. nicht dargelegt.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[6] Dies hält den Angriffen der Revision stand:

1. Kein Anspruch aus Art. 7 I Buchst. c i.V. mit Art. 4 III der Verordnung (EG) Nr. 261/2004

[7] Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Anspruch der Reisenden aus Art. 4 III der Verordnung verneint.

a. Verordnung ist nicht anwendbar wegen rein innerstaatlichen Flugs mit amerik. Airline

[8] Auf den Flug von Washington nach Phoenix ist die Verordnung nicht anwendbar. Nach Art. 3 I gilt die

Verordnung für Fluggäste, die entweder einen Flug auf einem Flughafen im Gebiet eines Mitgliedstaats antreten, oder - sofern ausführendes Luftfahrtunternehmen ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft ist - für Fluggäste, die von einem Flughafen in einem Drittstaat einen Flug zu einem Flughafen in einem Mitgliedstaat antreten. Da es sich bei dem Flug von Washington nach Phoenix um einen inneramerikanischen Flug mit einem amerikanischen Luftfahrtunternehmen gehandelt hat, liegen diese Voraussetzungen nicht vor. Daran ändert es auch nichts, dass der Kl. und seine Familie eine Flugreise von Frankfurt nach Phoenix gebucht haben. Denn der Flug i.S. der Verordnung ist nicht mit der Flugreise gleichzusetzen, die die Fluggäste unternehmen (EuGH, Urt. v. 10.07.2008 - C-173/07, RRa 2008, 237 Tz. 32 - Emirates Airlines/Schenkel). Flug ist vielmehr, wie auch Art. 2 Buchst. h der Verordnung zeigt, auch bei einem einheitlichen Beförderungsvertrag die einzelne "Einheit" an der Luftbeförderung, die von einem Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, das die entsprechende Flugroute festlegt (EuGH, aaO Tz. 40). Dass der Fluggast eine einheitliche Buchung vornimmt, wirkt sich hierauf nicht aus (EuGH, aaO Tz. 51).

b. Bekl. ist nicht ausführendes Luftfahrtunternehmen

[9] Der Anspruch aus Art. 4 III der Verordnung richtet sich zudem gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen. Dies ist nach Art. 2 Buchst. b der Verordnung das Luftfahrtunternehmen, das im Rahmen eines Vertrags mit einem Fluggast oder im Namen einer anderen Person, die mit dem betreffenden Fluggast in einer Vertragsbeziehung steht, einen Flug durchführt oder durchzuführen beabsichtigt. Luftfahrtunternehmen in diesem Sinne war für den Flug von Washington nach Phoenix nicht die Bekl., sondern United Airlines. Denn nach der Legaldefinition des Art. 2 Buchst. b der Verordnung ist allein entscheidend, welches Luftfahrtunternehmen den Flug tatsächlich durchführt, nicht hingegen, mit welchem Luftfahrtunternehmen der Vertrag über die Flugreise geschlossen worden ist.

c. Kein Anspruch gem. Art 4 III, Art. 7 Verordnung

[10] Schließlich hat der Senat entschieden, dass einem Fluggast, der einen Flug wegen eines verspäteten Zubringerflugs nicht erreicht, kein Anspruch auf eine Ausgleichsleistung nach Art. 4 III, Art. 7 der Verordnung zusteht, und zwar auch dann nicht, wenn beide Flüge gemeinsam gebucht sind und von demselben Luftfahrtunternehmen durchgeführt werden (Sen.Urt. v. 30.04.2009 - Xa ZR 78/08, zur Veröffentlichung bestimmt).

2. Kein Anspruch auf Minderung des Flugpreises

[11] Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht einen Anspruch des Kl. auf Minderung des Flugpreises verneint.

a. Flugbeförderung ist i.d.R. kein absolutes Fixgeschäft

[12] Bei dem Flugbeförderungsvertrag handelt es sich entgegen der Auffassung der Revision (ebenso OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 930; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 1997, 1136; AG Bad Homburg v.d.H. RRa 2001, 13; AG Düsseldorf RRa 1997, 183; AG Simmern RRa 2005, 279; Tonner in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 13a Rdn. 61) in der Regel nicht um ein absolutes Fixgeschäft, bei dem sich die Ansprüche des Fluggastes nach §§ 275, 283, 326 BGB richten. Beim absoluten Fixgeschäft begründet die Nichteinhaltung der Leistungszeit Unmöglichkeit der Leistung (BGHZ 60, 14, 16). Die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als absolutes Fixgeschäft erfordert daher, dass der Leistungszeitpunkt nach Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien so wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt. Diese Voraussetzung trifft auf die verspätet durchgeführte Beförderungsleistung jedoch nicht zu. Das Interesse des Fluggastes, sein Ziel möglichst schnell zu erreichen, entfällt bei einer Verspätung des Fluges regelmäßig nicht. Der Vertragszweck kann vielmehr auch durch eine verspätete Beförderung noch erreicht werden. Der Wegfall der primären Leistungspflicht des Luftfahrtunternehmens nach § 275 I BGB, der bedeutete, dass der Fluggast seinen Anspruch auf Beförderung jedenfalls bei einer mehr als nur geringfügigen Verspätung verlöre, entspricht mithin regelmäßig nicht der Interessenlage des Gläubigers (so auch A. Staudinger, RRa 2005, 249, 251; Führich, Sonderbeilage MDR 7/2007, S. 8). Dies gilt auch, wenn die verspätete Beförderung dazu führt, dass der Anschlussflug nicht mehr erreicht wird. Auch in diesem Fall besteht die Interessenlage des Gläubigers regelmäßig darin, gleichwohl so schnell wie möglich an das Reiseziel befördert zu werden. Dieser Beurteilung steht es nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof einen Luftbeförderungsvertrag in einem besonders gelagerten Einzelfall als Fixgeschäft qualifiziert hat (BGH, NJW 1979, 495).

[13] Auch im Streitfall ist nichts dafür ersichtlich, dass der zwischen den Parteien geschlossene Beförderungsvertrag ausnahmsweise als absolutes Fixgeschäft gewollt gewesen wäre, bei dem bei einer Verspätung des Erstfluges die Beförderungsverpflichtung der Bekl. wegfallen sollte.

b. Kein Mangel der Beförderungsleistung ersichtlich gem. § 633 II BGB

[14] Die Flugverspätung stellt auch keinen Mangel der Beförderungsleistung dar.

[15] Allerdings wird in der amts- und landgerichtlichen Rechtsprechung (LG Frankfurt am Main NJW-RR 1993, 1270, 1271; AG Frankfurt am Main

NJW-RR 1996, 238; AG Bad Homburg v.d.H. RRA 2002, 88; AG Rüsselsheim RRA 2006, 136) und in der Literatur (Führich, Reiserecht, 5. Aufl. Rdn. 1059; Sonderbeilage MDR 7/2007, S. 11; R. Schmid, RRA 2005, 151, 156; Wagner, RRA 2004, 102, 105) die Flugverspätung häufig als Mangel der Beförderungsleistung qualifiziert. Sofern hierfür überhaupt eine Begründung gegeben wird, wird sie darin gesehen, dass die Einhaltung der Pünktlichkeit eines Flugs zu den wesentlichen Leistungspflichten des Luftfahrtunternehmens gehöre und den Luftbeförderungsvertrag geradezu präge (Führich, aaO).

[16] Damit kann jedoch die Annahme eines Werkmanagements nicht begründet werden. Bei jeder Werkleistung, die nicht zu dem geschuldeten Zeitpunkt erbracht wird, verletzt der Werkunternehmer seine vertragliche Leistungspflicht. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Verzug des Werkunternehmers nicht ohne weiteres einen Mangel des schließlich erstellten Werks begründet, sondern vom Gesetz eigenständig geregelt ist. Für eine verspätete Leistungserbringung hat der Schuldner nach den Regeln der §§ 286, 280 BGB einzustehen. Diese eigenständige Regelung schließt zwar nicht aus, dass für die Eignung des Werks zum üblichen oder vereinbarten Gebrauch auch der Leistungszeitpunkt eine Rolle spielen kann (in diesem Sinne Staudinger/Peters, BGB, Bearb. 2003, § 633 Rdn. 175). Ein Mangel setzt jedoch voraus, dass das Werk selbst infolge der Zeitverzögerung nicht die geschuldete Beschaffenheit aufweist.

[17] Bei einer Flugreise oder einer sonstigen Beförderungsleistung ist dies regelmäßig nicht der Fall (ebenso A. Staudinger, RRA 2005, 249, 255). Die Be-

förderungsleistung wird nicht dadurch schlechter, dass sie erst zu einem späteren Zeitpunkt erbracht wird. Ob dem Fluggast durch eine Verspätung ein Nachteil entsteht und welcher Art dieser ist, hängt vielmehr ganz von seinen persönlichen Verhältnissen ab. Ihm kann ein Geschäft entgehen; für ihn kann die Verspätung eine bloße Unbequemlichkeit darstellen; sie kann ihm sogar willkommen sein, etwa weil er selbst verspätet am Flughafen erscheint. Dies macht deutlich, dass es einen objektiven Minderwert einer verspäteten Beförderungsleistung nicht geben kann. Er lässt sich auch nicht aus den Dispositionen des Fluggastes ableiten, weil diese weder Bestandteil des Beförderungsvertrags noch auch nur dessen Geschäftsgrundlage sind. Anderes gilt auch nicht deshalb, weil der verspätete Zubringerflug das Erreichen des Anschlussflugs verhindert hat. Auch damit wird nicht die Beförderungsleistung schlechter, vielmehr kann sich im Einzelfall durch die Verzögerung ein Schaden einstellen, den das Gesetz durch die Regeln über den Verzug erfasst.

3. Kein Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten

[18] Dem Kl. steht schließlich auch kein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten zu. Hinsichtlich der vorstehenden Hauptansprüche folgt dies bereits daraus, dass diese nicht begründet sind. Hinsichtlich der übrigen, von der Bekl. ausgeglichenen Ansprüche hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei die Notwendigkeit der Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe verneint.

4. Nebenentscheidung

[19] Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

IMPRESSUM

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

*Strafrecht***Standort: § 244 I Nr. 1a StGB****Problem: Anderes gefährliches Werkzeug**

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 05.05.2009
4 Ss 144/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit einem Schraubendreher die Eingangstür eine Gaststätte aufgebrochen und dort einen Bedienungsbeutel entwendet, den er allerdings später wegwarf, da dieser wider Erwarten kein Geld enthielt. Später brach ein mit dem Schraubendreher einen Geldspielautomaten auf, der allerdings auch kein Geld enthielt.

Das Amtsgericht Reutlingen hatte den Angeklagten aufgrund seines Verhaltens insb. wegen Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1a StGB, und versuchten Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 22, 23 I StGB, verurteilt, da es den Schraubendreher als "anderes gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB angesehen hatte. Auf die (Sprung-) Revision des Angeklagten, §§ 335, 312 I StPO, hin hob das OLG Stuttgart die Verurteilung insb. deshalb auf, weil der Schraubendreher im vorliegenden Fall nicht unter § 244 I Nr. 1a StGB falle.

Prüfungsrelevanz:

Diebstahl, § 242 I StGB, und die entsprechenden Qualifikationstatbestände, §§ 244 f. StGB, gehören zu den am häufigsten im Examen vorkommenden Delikten. Insbesondere die Prüfung des Vorliegens eines "anderen gefährlichen Werkzeugs" i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB ist hierbei zu einem Standardproblem in strafrechtlichen Aufgabenstellungen in beiden Examen geworden. Insofern ist zu beachten, dass sich dasselbe Problem auch bei dem - insofern gleichlautenden - Tatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB stellt. Die vorliegende Entscheidung des OLG Stuttgart ist deshalb interessant, weil das OLG Stuttgart offensichtlich dazu tendiert, die bisher einzige BGH-Entscheidung zu dieser Frage (NJW 2008, 2861 = RA 2008, 508) dezent zu ignorieren.

Im Rahmen des 6. StrRG (1998) wurde der Tatbestand des § 244 I Nr. 1a StGB in die heutige Form gebracht, nach der es einen Diebstahl mit Waffen darstellt, wenn der Täter bei einem Diebstahl "eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt". Der Gesetzgeber ging hierbei davon aus, dass für die Definition des Tatbestandsmerkmals "anderes gefähr-

liches Werkzeug" bei § 244 I Nr. 1a StGB auf die Definition des gleichlautenden Begriffs aus dem Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB a.F., § 224 StGB n.F.) zurückgegriffen werden könne (BTDrucks. 13/9064, S. 18). Ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist nach ganz h.M. jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1999, 616; 2007, 95; Fischer, § 224 Rn 9; Lackner/Kühl, § 224 Rn 5; Wesels/Hettinger, BT I, Rn 275). Maßgeblich für die Gefährlichkeit des Werkzeugs i.R.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist also vor allem dessen konkrete Verwendung im Einzelfall. Da aber § 244 I Nr. 1a StGB (im Gegensatz zu § 224 I Nr. 2 StGB) gar keine Verwendung des Werkzeugs voraussetzt, sondern nur ein Beisichführen, kann die Gefährlichkeit des Werkzeugs bei § 244 I Nr. 1a StGB somit - entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers - nicht nach denselben Kriterien bestimmt werden wie bei § 224 I Nr. 2 StGB.

In der Literatur haben sich hinsichtlich der Voraussetzungen für ein "anderes gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB zahlreiche Auffassungen entwickelt, die sich - dies führt auch das OLG Stuttgart in der vorliegenden Entscheidung aus - im Wesentlichen in zwei Gruppen einteilen lassen (vgl. auch die Darstellungen bei Rengier, BT I, § 4 Rn 24 ff. und BGH, NStZ 2008, 2861, 2863 = RA 2008, 508, 512 f.):

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass die Gefährlichkeit des Werkzeugs objektiv zu bestimmen sei. Insofern wird es teilweise für ausreichend erachtet, dass das Werkzeug abstrakt dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (SK-Günther, § 250 Rn 11; Hörnle, JURA 1998, 169, 172; Schroth, NJW 1998, 2863), teilweise wird vorausgesetzt, dass das Werkzeug in der konkreten Tatsituation keine andere Verwendung haben kann als die als Verletzungswerkzeug (sog. "single-use-Gegenstand", Joecks, § 244 Rn 13; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn 5; Schlothauer/Sättele, StV 1998, 505, 508), dass das Werkzeug bei einem Diebstahl typischerweise als Verletzungswerkzeug verwendet wird (Otto, BT I, § 42 Rn 52) oder dass das Werkzeug eine Gefährlichkeit aufweist, die derjenigen einer Waffe entspricht und es somit eine "Waffenersatzfunktion" besitzt (Fischer, § 244 Rn 9c f.; Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 18 f.; Streng,

GA 2001, 359, 365 ff.).

Die Gegenauffassung will die Gefährlichkeit des Werkzeugs subjektiv bestimmen und verlangt deshalb eine Verwendungsabsicht (Lackner/Kühl, § 244 Rn 3; Rengier BT I, § 4 Rn 25 f.; Erb, JR 2001, 207; Graul, JURA 2000, 204, 205; Küper, JZ 1999, 187, 192; Weißer, JuS 2005, 621) oder zumindest einen Verwendungsvorbehalt (Wessels/Hillenkamp, Rn 262b; Hilgendorf, ZStW 2000, 811).

Auch die diesbezügliche Rechtsprechung ist uneinheitlich: Während nach dem BayObLG eine abstrakte Eignung des Werkzeugs zur Zufügung erheblicher Verletzungen ausreicht (BayObLG, JR 2001, 205), verlangen OLG Celle und Schleswig zusätzlich hierzu noch das konkrete Bewusstsein des Täters, das Werkzeug bei sich zu führen und dieses Werkzeug auch zur Verletzung von Menschen einsetzen zu können, wobei dieses Bewusstsein allerdings in die Tathandlung des "Beisichführens" hineingelesen wurde (OLG Celle, StV 2005, 336 = RA 2005, 535; OLG Schleswig, NStZ 2004, 212 = RA 2004, 356). Der BGH hat in seiner bisher einzigen Entscheidung zu dieser Frage (NJW 2008, 2861 = RA 2008, 508) betont, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Übertragung der i.R.v. § 224 I Nr. 2 StGB geltenden Grundsätze zur Bestimmung der Gefährlichkeit des Werkzeugs auf § 244 I Nr. 1a StGB nicht möglich sei (s.o.). Da der Gesetzgeber aber auch keine anderen Kriterien zur Prüfung der Gefährlichkeit geliefert habe und sich solche auch nicht aus dem Gesetz ableiten ließen, sei eine abstrakte Definition des Tatbestandsmerkmals des "anderen gefährlichen Werkzeugs" bei § 244 I Nr. 1a StGB nicht möglich. Es könne nur im Einzelfall geprüft werden, ob ein konkreter Gegenstand unter § 244 I Nr. 1a StGB falle oder nicht. Allerdings, so der BGH, könne dem Gesetz schon entnommen werden, dass die Gefährlichkeit des Werkzeugs jedenfalls nicht subjektiv zu bestimmen sei. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut des § 244 I Nr. 1a StGB, der eine Verwendungsabsicht nicht beinhalte, zum anderen aus dem Verhältnis zu § 244 I Nr. 1b StGB, der eine Verwendungsabsicht erfordere. Dies zeige, dass der Gesetzgeber über § 244 I Nr. 1b StGB ein gegenüber dem Grunddelikt gesteigertes subjektives Unrecht bestrafen wolle, bei § 244 I Nr. 1a StGB hingegen ein objektives.

Das OLG Stuttgart bemüht sich in der vorliegenden Entscheidung, den Anforderungen des BGH gerecht zu werden und anhand objektiver Kriterien die Gefährlichkeit des Schraubendrehers zu prüfen, sieht sich aber außerstande, hierbei auf eine der insofern vertretenen Literaturauffassungen zurückzugreifen. Statt dessen geht es davon aus, dass sich die Gefährlichkeit aus der (objektiven) konkreten Tatsituation ergeben müsse, weil diese einen drohenden Gebrauch des Ge-

genstandes als Verletzungswerkzeuge nahe legen müsse. Ob dies der Fall sei, will das OLG jedoch insbesondere nach der inneren Haltung des Täters bestimmen, was dann wohl auf die Prüfung eines Verwendungsvorbehalts - also eines subjektiven Kriteriums - hinausläuft. Insofern dürfte die vorliegende Entscheidung wohl im Widerspruch zum o.g. Beschluss des BGH stehen.

Einen Punkt, den das OLG hinsichtlich der ersten angeklagten Tat kurz anspricht ist die Vollendung des Diebstahls bei enttäuschter Beuteerwartung. Der Angeklagte hatte eine Tasche mitgenommen, in der Erwartung, darin Bargeld zu finden. Statt dessen enthielt diese aber nur (für ihn) wertlose Sachen. Ein Diebstahl setzt stets eine Zueignungsabsicht des Täters voraus. Diese umfasst insbesondere die Aneignungsabsicht, d.h. die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 35, 152, 156; Fischer, § 242 Rn 35). Nimmt der Täter - wie im dem vorliegenden Fall - ein Behältnis weg, hat es aber eigentlich nicht auf das Behältnis abgesehen, sondern auf dessen Inhalt, und stellt nachträglich fest, dass das Behältnis leer ist oder zumindest nicht den erwarteten Inhalt hat, ist nach ständiger Rechtsprechung nur ein versuchter Diebstahl gegeben (BGHSt 4, 58; BGH, NStZ-RR 2000, 343; NStZ 2004, 333; 2006, 686 = RA 2007, 50). Denn das, was der Täter sich anzueignen beabsichtigte (den vermuteten Inhalt), das hat er ja nicht weggenommen und das, was er weggenommen hat (das Behältnis), das wollte er sich nicht aneignen. Diese Rechtsprechung setzt das OLG Stuttgart in der vorliegenden Entscheidung fort.

Vertiefungshinweise:

- Zum "anderen gefährlichen Werkzeug" i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB: *BGH*, NJW 2008, 2861 = RA 2008, 508; *BayObLG*, JR 2001, 205; *OLG Celle*, StV 2005, 336 = RA 2005, 535; *OLG Schleswig*, NStZ 2004, 212 = RA 2004, 356; *Erb*, JR 2001, 207; *Graul*, JURA 2000, 204; *Foth*, NStZ 2009, 93; *Jahn*, JuS 2008, 835; *Kindhäuser/Wallau*, StV 2001, 18; *Krüger*, JA 2009, 190; *Mitsch*, NJW 2008, 2865; *Weißer*, JuS 2005, 621
- Zur Vollendung des Diebstahls bei enttäuschter Beuteerwartung: *BGHSt* 4, 58; *BGH*, NStZ 2004, 333; 2006, 686 = RA 2007, 50; NStZ-RR 2000, 343

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Der Elektromeister"

Leitsätze (der Redaktion):

Ein Gegenstand ist dann ein "anderes gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB, wenn er

nach den konkreten Umständen geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen. Insoweit muss sein Gebrauch drohen. Ob dies der Fall ist, ist anhand der jeweiligen Tatumstände, wozu die Art des Werkzeuges und des Beisichführens sowie die innere Haltung des Täters zur Verwendung des Werkzeuges zählen, festzustellen

Sachverhalt:

Der Angeklagte wurde am 6. August 2008 aus der Strafhaft entlassen.

Zu einem genauer nicht feststellbaren Zeitpunkt zwischen dem 25. und dem 31. August 2008 hebelte der alkoholisierte Angeklagte mit einem mindestens 20 cm langen Schraubendreher die Eingangstüren der Gaststätte „B“ in R., auf und betrat diese sodann. Aus einer unverschlossenen Thekenschublade entnahm er einen Bedienungsgeldbeutel sowie ein Mäppchen mit diversen Berechtigungskarten im Gesamtwert von etwa 60,00 €. Als er vor dem Lokal feststellte, dass sich darin kein Geld befand, warf er beide Gegenstände in ein nahegelegenes Gebüsch.

Einen oder zwei Tage darauf hebelte er -wiederum- alkoholisiert die zur A-Straße hin gelegene Eingangstüre der nicht mehr betriebenen Gaststätte „E“ in R., und im Lokal selbst mit einem mindestens 20 cm langen Schraubendreher einen der Firma K gehörenden Geldspielautomaten der Marke „Kickbox“ auf. Dieser war jedoch leer, sodass der Angeklagte die Gaststätte wieder verließ.

Am 8. September 2008 zwischen 0.10 Uhr und 7.00 Uhr hebelte der erneut alkoholisierte Angeklagte ein Fenster der Gaststätte „B“ in R. auf und kletterte durch dieses in das Lokal. Dort brach er den neben dem Fenster angebrachten Geldspielautomaten der Firma „G Gaststätten und Betriebs-GmbH“ auf und entnahm drei Röhren mit Wechselgeld im Wert von 246,00 €. Anschließend verließ er das Lokal mit dem Münzgeld, um es in den Folgetagen in Scheine zu wechseln und zu verbrauchen. Dabei führte er einen Schraubendreher bei sich.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des AG Reutlingen

Das Amtsgericht Reutlingen hat den Angeklagten wegen Diebstahls mit Waffen in zwei Fällen (Fälle Nr. 1 und Nr. 3) sowie wegen versuchten Diebstahls mit Waffen (Fall Nr. 2) zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt. Ferner wurde Führungsaufsicht für die Dauer von drei Jahren angeordnet.

II. Rechtsmittel

[...] Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte Revision eingelegt und die Verletzung sachlichen Rechts ge-

rügt. Er beanstandet, dass die Feststellungen eine Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen bzw. versuchten Diebstahls mit Waffen nicht trügen, weil der Schraubendreher ausschließlich zum Einbruch genutzt worden sei und Anhaltspunkte für eine erhöhte Gefährlichkeit nicht bestünden. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragt, die Revision des Angeklagten als unbegründet zu verwerfen.

III. Entscheidung des OLG Stuttgart

Das Rechtsmittel hat teilweise Erfolg.

A. Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 244 I Nr. 1a StGB

Die Feststellungen tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen Diebstahls mit Waffen in zwei Fällen und versuchten Diebstahls mit Waffen nicht.

1. Rechtliche Würdigung des AG Reutlingen

Das Amtsgericht hat in allen drei Fällen einen Diebstahl mit Waffen bzw. den Versuch hierzu bejaht, weil es den vom Angeklagten bei allen drei Taten mitgeführten Schraubendreher als „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB angesehen hat. Es hat dazu unter Verweis auf das Urteil des 3. Strafsenats des BGH vom 03. Juni 2008 - 3 StR 246/07 - (BGHSt 52, 257) ausgeführt:

„Ein solch großer, 20 cm langer Schraubendreher kann jederzeit gegen Personen gebraucht und im Falle seines Einsatzes dem Opfer erhebliche unter Umständen sogar tödliche Verletzungen zufügen. Es ist rechtlich ohne Bedeutung, dass der Schraubendreher auch praktisches Mittel zur Tatausführung ist. Der Täter führt ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich, wenn er es bewusst in der Weise bei sich hat, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann.“

2. Zu den Voraussetzungen für ein „anderes gefährliches Werkzeug“ i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB

Indes kann ein Einbruchswerkzeug, dessen Einsatz zur Annahme eines besonders schweren Falls i. S. d. § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB führt, nicht ausnahmslos, sondern nur dann als ein „anderes gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB angesehen werden, wenn es geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen und insoweit sein Gebrauch droht.

Die Auslegung des Merkmals „anderes gefährliches Werkzeug“ im § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB ist umstritten.

Einigkeit herrscht bei Bestimmung der Gegenstände, die als Tatwerkzeug in Betracht kommen, nur insoweit, als sie mindestens objektiv gefährlich, d. h. aufgrund ihrer objektiven Beschaffenheit geeignet sein müssen, bei entsprechender Verwendung erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Dies ist, wie das Amts-

gericht zutreffend angenommen hat, bei einem Schraubendreher von 20 cm, der zum Stoßen und Stechen eingesetzt werden kann, anzunehmen.

Verneint man wie das Amtsgericht die Notwendigkeit einschränkender Kriterien, sind kaum Fälle denkbar, in denen Einbruchswerkzeuge wie Schraubendreher oder Brecheisen nicht geeignet wären, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Dies hätte zur Folge, dass ein tatbildtypisches Verhalten im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB regelmäßig die Tat nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB qualifizieren und zu einem höheren Strafraum führen würde. Dies kann nicht sinnvoll sein. Deshalb bedarf es zusätzlicher Kriterien, um § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB abzugrenzen.

(1) Bisherige Rechtsprechung

Obergerichtlich wurde die Frage, soweit ersichtlich, nicht entschieden. Auch das o. a. Urteil des BGH vom 3. Juni 2008 steht einer einschränkenden Auslegung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB nicht entgegen. Der BGH hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem der Angeklagte ein klappbares Taschenmesser mit einer längeren Klinge bei sich geführt hatte. Er entfernte in einem Lebensmittelmarkt mit dem Messer die Sicherungsetiketten von Whiskyflaschen und verließ das Geschäft, ohne zu bezahlen. Das Messer wollte er auf keinen Fall gegen Menschen einsetzen. Der BGH bejahte einen Diebstahl mit Waffen gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, weil ein Taschenmesser grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB sei; dies gelte unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz von Menschen vorgesehen habe. Da der Widerspruch zwischen der Formulierung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB einerseits und dem Auslegungshinweis des Gesetzgebers (der Begriff des "gefährlichen Werkzeuges" sei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu entnehmen, siehe nachfolgend) andererseits systematisch nicht auflösbar sei, habe er ausdrücklich davon abgesehen, über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB allgemeingültig zu definieren. Der BGH gibt der Bestimmung des gefährlichen Werkzeuges allein anhand objektiver Kriterien zwar den Vorzug, weist aber gleichzeitig auf die dadurch schwierige Abgrenzung des Diebstahls mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB) von dem Einbruchsdiebstahl (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB) im Hinblick auf die bei letzterem regelmäßig verwendeten Einbruchswerkzeuge hin. Mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik sei eine umfassende sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen. Bis zu der wünschenswerten gesetzlichen Neuregelung bedürfe es deshalb für

besondere Sachverhaltsvarianten, soweit nach den anerkannten Auslegungskriterien möglich, weiterer Präzisierungen des Tatbestandes durch die Rechtsprechung.

(2) Kritik an der BGH-Rechtsprechung durch die Literatur

In der Literatur ist die Entscheidung des BGH überwiegend nicht auf Zustimmung gestoßen. Die Autoren gelangen zu dem Ergebnis, dass sich mit der Entscheidung der Streit um die Auslegung des "anderen gefährlichen Werkzeuges" nicht erledigt habe und de lege lata nicht zu befrieden sei (Jahn JuS 2008, 835; Krüger JA 2009, 190). Sie fordern vorrangig eine Neuregelung durch den Gesetzgeber, bis dahin wenigstens klare oder praktikable Leitlinien für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals durch den BGH (Kassische HRRS 2008, Nr. 648; Mitsch NJW 2008, 2865; ähnlich Foth NSTZ 2009, 93).

(3) Wille des Gesetzgebers

Die Gesetzesmaterialien helfen nicht weiter. Der Gesetzgeber hat ausweislich des Berichts des Rechtsausschusses (BTDrucks. 13/9064, S. 18) den Begriff des anderen gefährlichen Werkzeuges dem Straftatbestand der gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB entnommen und zur Auslegung auf die hierzu insbesondere von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze verwiesen. Da bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges begangen werden muss, versteht die Rechtsprechung hierunter ein solches, welches nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach Art seiner Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. Somit wird die Frage, ob ein Werkzeug gefährlich ist, nach Maßgabe der Verletzung beurteilt, die der Täter durch den Einsatz verursacht hat oder verursachen wollte. Auf die abstrakte Gefährlichkeit kommt es danach für § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht an (Fischer, StGB, 56. Aufl., § 224 Rdn. 9). Ob dies auch für § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB gilt, ist zweifelhaft, denn diese Bestimmung stellt nach ihrem Wortlaut das "Beisichführen" einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges unter Strafe. Die Art der Verwendung im Einzelfall, an der die Gefährlichkeit gemessen werden könnte, ist unerheblich.

(4) Ansätze zur subjektiven Bestimmung der Gefährlichkeit eines Werkzeugs

In der Vergangenheit wurde von einem Teil der Rechtsprechung für Werkzeuge, die als Gebrauchsgegenstand nicht allgemein zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit sozialadäquat von jedermann mit sich geführt werden können, ein subjektives Element gefordert, nach dem der Täter gene-

rell und unabhängig vom Einzelfall den Gegenstand zur Verwendung gegen Menschen bestimmt haben muss, ohne dass es der in § 244 Abs. 1 Nr. 1 b StGB vorausgesetzten konkreten Verwendungsabsicht bedarf (OLG Braunschweig NJW 2002, 1735, OLG Celle, B. v. 17. April 2007, 32 Ss 34/07 zitiert nach juris, OLG Frankfurt StV 2002, 145; StraFo 2006, 467).

In der Literatur wird zum Teil ein ähnlicher Ansatz gewählt. Eine subjektive Lösung sei erforderlich, weil eine rein objektive Bestimmung des Werkzeuges unmöglich sei. Diese wird darin gesehen, dass der Täter zumindest generell den Willen haben müsse, das Werkzeug auch zu Verletzungs- oder Bedrohungszwecken einzusetzen (Küper JZ 1999, 187). Andere Autoren fordern, dass der Täter das Werkzeug einer gegebenenfalls gefährlichen Verwendung gewidmet (Rengier, Strafrecht BT I., 9. Auflage § 4 Rdn. 25) oder einen inneren Verwendungsvorbehalt gefasst habe, bei dessen Umsetzung sich das Werkzeug als gefährlich erweise (Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 31. Auflage § 4 Rdn. 262 b ff.).

(5) Ansätze zur objektiven Bestimmung der Gefährlichkeit eines Werkzeuges

Der BGH hat in dem o. a. Urteil ausgeführt, die genannten Auffassungen, die sich weniger in der Sache als in den Begrifflichkeiten unterscheiden würden, seien mit dem Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB nicht in Einklang zu bringen, weil diese Bestimmung gerade kein über den Vorsatz hinausgehendes subjektives Element enthalte. Insbesondere lasse sich weder eine generell gefasste noch eine konkrete Absicht, das Werkzeug als Nötigungsmittel einzusetzen, entnehmen. Eine derartige Gebrauchsabsicht lasse sich auch nicht in die Tathandlung des Beisichführens hineininterpretieren (so aber OLG Celle StV 2005, 336, OLG München NStZ - RR 2006, 342, OLG Schleswig NStZ 2004, 212). Vielmehr habe der Gesetzgeber Fallgestaltungen mit einer während der Tat erhöhten, abstrakt-objektiven Gefährlichkeit erfassen wollen, die sich aus dem Mitsichführen des Werkzeuges ableite, weil in diesen Fällen die latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel bestehe.

Das überwiegende Schrifttum bemüht sich ebenfalls um objektive Kriterien, die mit dem Wortlaut des Gesetzes am ehesten vereinbar seien und dem Willen des Gesetzgebers, auf die abstrakte Gefährlichkeit mitgeführter Gegenstände abzustellen, entsprächen. Zum Teil wird gefordert, den Begriff auf solche Gegenstände zu begrenzen, deren „Beisichführen“ wegen ihrer Gefährlichkeit erlaubnispflichtig sei (Lesch JA 1999, 34). Allerdings entspricht diese Auslegung weder dem gesetzgeberischen Willen, da er § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB im Wesentlichen auf den Waffenbegriff des Waffengesetzes beschränkt, noch gibt der Wortlaut Anlass zu einer solchen Auslegung.

Die wohl überwiegende Meinung stellt auf eine waffenähnliche oder waffenersetzende abstrakte Gefährlichkeit ab, weil der Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB die Waffe als herausgehobenes Beispiel für andere gefährliche Werkzeuge bezeichne. Diese sei anzunehmen, wenn ein Gegenstand seiner Art nach ein erhebliches Verletzungspotential aufweise, ohne im technischen Sinne zur Verletzung von Menschen bestimmt zu sein, wie bei Messern oder Knüppeln. Bei an sich neutralen Gegenständen komme es auf die Sicht eines objektiven Betrachters in der konkreten Tatsituation an. Unabhängig von der Verwendungsabsicht sei ein solcher Gegenstand gefährlich, wenn er aus dessen Blickwinkel (allein) waffenvertretende Funktion habe (Fischer a. a. O. § 244 Rdn. 23).

Zur Frage der Abgrenzung von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB zu § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB werden in der Literatur von den Befürwortern der „Waffenersatztheorie“ folgende Meinungen vertreten:

Die Einordnung als gefährliches Werkzeug dränge sich insbesondere dann auf, wenn der Gegenstand nach den Umständen der Tat keine dem Gewahrsamsbruch dienende Funktion habe (Fischer a. a. O. § 244 Rdn. 24). Einen ähnlichen Ansatz vertritt Schmitz (MK - StGB, § 244 Rn. 14-16). Danach ist ein Werkzeug gefährlich, wenn seine Mitnahme in der konkreten Situation nicht anders verstanden werden kann, als dass es als Waffenersatz dienen soll. Keine gefährlichen Werkzeuge seien solche, die der Täter zur Ausführung des Diebstahls einsetzen wolle. Sofern es sich bei den mitgeführten Gegenständen in der Regel um Tatwerkzeuge handele, müsse sich für die Annahme eines gefährlichen Werkzeuges aus den konkreten Umständen ergeben, dass es nicht ausschließlich um den Aufbruch gehen sollte. Stets tatbestandsmäßig sei die Mitnahme solcher Gegenstände, die entweder nicht sozialüblich oder in der konkreten Situation nicht zu erwarten sei (zust. Schönke/Schröder-Eser, StGB, 27. Auflage, § 244 Rdn. 5). Jäger (JuS 2000, 651) hebt darauf ab, dass sich die Bestimmung des betreffenden Werkzeuges als verletzungsg geeignetes Gewalt- und Drohmittel gewissermaßen aus sich selbst heraus ergeben müsse, wenn das gefährliche Werkzeug deliktstypisch mitgeführt werde. Kindhäuser (StGB, 2. Aufl., § 244 Rdn. 14-16) stellt auf die konkreten Tatumstände ab und fordert, es müsse für einen objektiven Beobachter naheliegen, dass der Täter den waffenähnlichen Gegenstand als verletzungsg geeignetes Nötigungsmittel bei sich führe. Entscheidend sei, dass potentielle Opfer vor einer Situation geschützt werden sollten, in der die Ausstattung des Täters mit einem waffenähnlichen Gegenstand nicht nur die Sicherheit ihres Eigentums, sondern auch ihre körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen würde.

Der Senat hält es im Grundsatz für tragfähig, als objektiven Ausgangspunkt auf die konkrete Situation

abzustellen. Jedoch ist unklar, wann einem solchen Gegenstand auch unter Berücksichtigung der konkreten Tatumstände und der genannten Kriterien aus Sicht des objektiven Beobachters eine waffenersetzende Funktion zukommt. Wenn ein deliktstypisch mitgeführter Gegenstand zu einem Ausschluss der Gefährlichkeitsvermutung führt und andere Umstände hinzukommen müssen, diese wieder zu begründen, wirft dies die Frage auf, welche zuverlässige Kriterien dieser Prüfung zugrunde gelegt werden können. Gegen diese Lösungsansätze wird deshalb zu Recht eingewandt, dass die objektive Eignung eines Gegenstandes das bei Waffen geltende Gefährlichkeitskriterium der Zweckbestimmung zur Verletzung auch dann nicht ersetzen kann, wenn begrenzend auf die "generelle", "typische", "erfahrungsgemäße" oder "evidente" Benutzung Bezug genommen wird (Hörnle Jura 1998, 169; Schlothauer/Sättle StV 1998, 505). Einen Maßstab dafür, welche dieser Gegenstände typischerweise in "Bedrängungssituationen" zweckentfremdet eingesetzt werden sollen und welche nicht, findet man schwerlich, weil eine solche Betrachtung zu vagen Vermutungen und diffusen Spekulationen mit der Gefahr gegenteiliger Ergebnisse bei gleichen Sachverhalten führt (Küper JZ 1999, 187).

Vergleicht man mit Blick auf das Kriterium der Waffenersatzfunktion den abstrakt objektiven Gefährlichkeitsgrad einer einsatzbereiten Waffe mit dem eines Schraubendrehers, so liegt bei letzterem eine Gleichwertigkeit aufgrund der fehlenden Verletzungsbestimmung nur dann vor, wenn sein Einsatz gegen das Tatopfer droht. Eine solche Äquivalenz besteht dagegen nicht, wenn mit dem Schraubendreher nur ein Fenster aufgebrochen oder er gar nicht benutzt werden soll. Damit erlangt die innere Haltung des Täters Bedeutung.

(6) Lösungsansatz des Senats: Abstellen auf die konkreten Umstände erforderlich

Unter Berücksichtigung der vorrangig an objektiven Kriterien ausgerichteten Vorgaben des Gesetzgebers und des Bundesgerichtshofes sowie dem Erfordernis möglichst eindeutiger, restriktiver Abgrenzungskriterien ist der Senat der Auffassung, dass das Beisichführen eines Werkzeuges gefährlich ist, wenn es nach den konkreten Umständen geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen. Insoweit muss sein Gebrauch drohen. Ob dies der Fall ist, ist anhand der jeweiligen Tatumstände, wozu die Art des Werkzeuges und des Beisichführens sowie die innere Haltung des Täters zur Verwendung des Werkzeuges zählen, festzustellen (vgl. Hardtung StV 2004, 399, Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. 2007, § 244 Rdn. 3).

Der Senat verkennt nicht, dass auf diese Weise über das (scheinbar) objektive Merkmal der konkreten Tatumstände mit dem Abstellen auf den drohenden Ge-

brauch in der konkreten Situation ein subjektives Gefährlichkeitskriterium maßgebliche Bedeutung erlangt. Die Ablehnung jeglicher subjektiver Einschränkung greift jedoch zumindest in den Fällen der vorliegenden Art zu kurz, denn die Einstufung als gefährlich enthält ein subjektives Element, wenn der Gegenstand an sich harmlos oder jedenfalls gefahrenneutral ist (vgl. Foth a.a.O.; Küper a.a.O.; wohl auch Lackner/Kühl a.a.O.).

(7) Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 244 I Nr. 1a StGB in den vorliegenden Fällen

Da sich unter Zugrundelegung der genannten Kriterien in den vorliegenden drei Fällen weder Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Angeklagte den Gegenstand wenigstens notfalls als Nötigungsmittel einsetzen wollte noch sich aus den Umständen des Diebstahls und der Art des Werkzeuges etwas anderes ergibt, ist eine waffenersetzende Funktion des Schraubendrehers nicht gegeben. Der Angeklagte hat daher in allen drei Fällen kein anderes gefährliches Werkzeug im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB bei sich geführt.

(8) Kein Widerspruch zu BGH, NJW 2004, 3437

Soweit die Generalstaatsanwaltschaft auf BGH NJW 2004, 3437 hinweist, ist die dort erfolgte Einordnung eines Schraubendrehers als gefährliches Werkzeug nach § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB für den vorliegenden Fall nicht weiterführend, weil dieser nicht als Aufbruchswerkzeug eingesetzt wurde und sich damit die hier relevanten Abgrenzungsfragen nicht gestellt haben.

B. Keine Vollendung der Tat Nr. 1; Änderung des Schuldspruchs

Die Verurteilung wegen vollendeten Diebstahls wird bei der Tat Nr. 1 nicht von den Feststellungen getragen. Danach warf der Angeklagte die Gegenstände, die er an sich genommen hatte, vor dem Lokal in ein Gebüsch. Hieraus ergibt sich, dass er sich nur das darin erhoffte Geld, nicht aber das für ihn wertlose Mäppchen und den Geldbeutel zueignen wollte. In einem solchen Fall liegt nur ein versuchter Diebstahl vor (BGH NJW 1990, 2569). Da die Feststellungen im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffen worden sind, ist der Schuldspruch entsprechend abzuändern. Angesichts des vom Angeklagten abgelegten Geständnisses kann ausgeschlossen werden, dass er sich in tatsächlicher Hinsicht anders verteidigt hätte. [...]

Bei der Tat Nr. 3 ist nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe davon auszugehen, dass der Angeklagte den Schraubendreher verwendet und deshalb wie auch in den Fällen Nr. 1 und Nr. 2 das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB verwirklicht hat.

Die Feststellungen ergeben hinsichtlich der Taten Nr. 1 und Nr. 2 einen Schuldspruch wegen versuchten Diebstahls gemäß §§ 242, 22 StGB und hinsichtlich

der Tat Nr. 3 wegen vollendeten Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB. Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert.

C. Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs
Infolge der Änderung des Schuldspruchs kann der

Rechtsfolgenausspruch (Gesamtstrafe und Einzelstrafen) keinen Bestand haben, da nicht auszuschließen ist, dass aufgrund der Anwendung anderer Strafraumen (§ 242 oder § 243 StGB) mildere Strafen zu verhängen sind. [...]

Standort: § 266 I StGB

Problem: Schadensgleiche Vermögensgefährdung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 10.03.2009
2 BvR 1980/07 (NJW 2009, 2370)

Problemdarstellung:

Der Beschwerdeführer, ein Notar, hatte als Treuhänder von einer Darlehensgeberin den Darlehensbetrag auf ein Notaranderkonto überwiesen bekommen. Er sollte dieses Geld an den Darlehensnehmer nur unter ganz bestimmten, vorher detailliert vereinbarten und schriftlich festgehaltenen, Voraussetzungen auszahlen. Der Beschwerdeführer zahlte die Darlehenssumme jedoch an den Darlehensnehmer aus, obwohl die Auszahlungsvoraussetzungen noch nicht gegeben waren.

Das Landgericht Kiel hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen Untreue, § 266 I 1. Fall StGB, verurteilt. Den insofern erforderlichen Vermögensnachteil hatte das LG in einer konkreten Gefährdung des Vermögens der Darlehensgeberin gesehen, die insbesondere darin bestehe, dass vor Erfüllung der Auszahlungsvoraussetzungen das Darlehen nicht hinreichend abgesichert sei, sodass die Gefahr bestünde, dass die Darlehensgeberin ihren (ungesicherten) Rückzahlungsanspruch nicht würde geltend machen können. Auf die Revision, § 333 StPO, des Beschwerdeführers hin bestätigte der BGH jedoch den Schuldspruch wegen Untreue. Hiergegen legte der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde ein, mit der er insbesondere rügte, dass eine bloße Vermögensgefährdung kein Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB darstellen könne, sodass seine Verurteilung gegen Art. 103 GG verstoße. Diese Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht angenommen, §§ 93a II, 93b BVerfGG, da sie unbegründet sei und deshalb keine Aussicht auf Erfolg habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage, ob eine bloße Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden i.S.v. §§ 263 I, 263a I StGB oder einen Vermögensnachteil i.S.v. §§ 253 I, 266 I StGB begründen kann, stellt ein klassisches Problem dar, das insbesondere wegen der großen Beliebtheit der genannten Tatbestände in Examensaufgaben eine sehr hohe Examensrelevanz aufweist. Die Entscheidung des BVerfG enthält zwar wenig neue Erkenntnisse, bestätigt sie doch die jahrzehntelange strafrechtliche

Rechtsprechung. Trotzdem ist zu erwarten, dass angesichts der eindeutigen Stellungnahme des BVerfG dieses Problem vermehrt Einzug in Prüfungsaufgaben finden wird.

In der vorliegenden Entscheidung des BVerfG geht es um den Tatbestand der Untreue, § 266 I StGB, der zu seiner Vollendung insbesondere voraussetzt, dass ein Vermögensnachteil beim Opfer eintritt. Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils (das so z.B. auch in § 253 I StGB auftaucht) ist inhaltlich identisch mit dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens i.S.d. §§ 263, 263a StGB (BGHSt 43, 293, 297; Fischer, § 266 Rn 59; Rengier, BT I, § 18 Rn 21). Ein Vermögensschaden - und somit auch ein Vermögensnachteil - ist dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers nach der Tat geringer ist als davor, wenn also eine Vermögensminderung eingetreten ist, die nicht durch die Erlangung eines Äquivalents wieder ausgeglichen wird (BGH, NStZ 1998, 506; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 538). Zu der insofern erforderlichen Bestimmung des Opfervermögens vor und nach der Tat ist eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenspositionen des Opfers vorzunehmen (BGH, NStZ 2004, 205; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99; Krey/Hellmann, BT II, Rn 457).

Insofern verlangt die herrschende Meinung für eine Vermögensminderung und auch für einen Vermögensschaden allerdings nicht, dass das Opfer tatsächlich einen Abfluss von Vermögenswerten erlitten hat; eine konkrete Gefährdung des Opfervermögens soll insofern bereits ausreichen, sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden" (BGHSt 33, 244, 246; 48, 354, 355; BGH, NJW 2009, 2390 = RA 2009, 257; Schönke/Schröder-Cramer/Lenckner/Perron, § 263 Rn 143, § 266 Rn 45; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 571, 775). In der Literatur ist diese Argumentation bereits seit einiger Zeit erheblicher Kritik ausgesetzt: Die Tatbestände der §§ 266, 263 StGB würden einen echten Schaden bzw. Nachteil voraussetzen und nicht etwas "Schadensgleiches"; die h.M. stelle deshalb eine unzulässige (vgl. Art. 103 II GG, § 1 StGB) Analogie zu Lasten des Täters dar. Auch würde die Annahme einer Vollendungsstrafbarkeit bei bloßer Vermögensgefährdung den Zeitpunkt der Vollendung zu weit vorverlegen und

somit gerade bei § 266 StGB die gesetzgeberische Regelung der fehlenden Versuchsstrafbarkeit unterlaufen (Naucke, StV 1985, 187; Otto, JURA, 1991, 494).

Im vorliegenden Fall war der Angeklagte wegen Untreue, § 266 I StGB, verurteilt und der insofern erforderliche Vermögensnachteil von den Fachgerichten mit dem Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung begründet worden. Hiergegen hatte sich der Angeklagte mit einer Urteilsverfassungsbeschwerde gewandt, mit der er zum einen rügte, der Tatbestand des § 266 I StGB als solcher sei verfassungswidrig, da er aufgrund der Verwendung des Tatbestandsmerkmals "Vermögensnachteil" zu unbestimmt sei. Zum anderen sei jedenfalls die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals durch die Rechtsprechung verfassungswidrig, sofern auch eine bloße Vermögensgefährdung als "Nachteil" anerkannt werde. Das BVerfG folgt jedoch der bisherigen strafrechtlichen Rechtsprechung und kommt zunächst zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand des § 266 I StGB nicht zu weit sei, da auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff des "Nachteils" eindeutig zu bestimmen sei. Auch stelle die strafrechtliche Rechtsprechung, die eine bloße Vermögensgefährdung für einen Vermögensnachteil bzw. -schaden ausreichen lasse, keine verfassungswidrige Analogie zu Lasten des Täters dar. Die Rechtsprechung des BGH zur "schadensgleichen Vermögensgefährdung" bewege sich zwar an der "äußersten noch zulässigen Grenzen" der Gesetzesauslegung, sei jedoch verfassungsrechtlich jedenfalls solange nicht zu beanstanden, solange die Rechtsprechung für einen Nachteil bzw. Schaden eine "konkrete" Vermögensgefährdung forderte und den Begriff der Konkretheit der Gefahr auch mit nachvollziehbaren Kriterien (alsbaldiger Eintritt des endgültigen Schadens, vom Berechtigten nicht mehr kontrollierbare Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes) ausfüllen könne. Allein die Tatsache, dass man diese Rechtsfrage auch mit beachtlichen Argumenten anders entscheiden könnte (oder - wie das BVerfG es formuliert -, dass die Rechtsanwendung durch den Richter zu einem Ergebnis führt, über dessen "Richtigkeit" sich streiten lasse) mache eine solche Rechtsprechung nicht verfassungswidrig. Damit dürfte die o.g. M.M. zum Vorliegen eines Vermögensnachteils oder -schadens bei bloßer Vermögensgefährdung eines der wichtigsten Argumente verloren haben.

Vertiefungshinweise:

□ Zur sog. "schadensgleichen Vermögensgefährdung": BGHSt 21, 112; 44, 376; ; 47, 160; 48, 354; 51, 100; BGH, NJW 2009, 2390 = RA 2009, 257; Bernsmann, GA 2007, 219; Naucke, StV 1985, 187; Otto, JURA 1991, 494

Kursprogramm:

□ *Examenskurs:* "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsätze (der Redaktion):

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Nachteil im Sinne des § 266 I StGB auch dann vorliegen, wenn Vermögenswerte konkret gefährdet sind, so dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage eingetreten ist (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden"). Diese Auslegung des Nachteilsbegriffs ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG grundsätzlich zu vereinbaren.

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer beurkundete als Notar am 19. November 1999 einen Kaufvertrag über ein Grundstück mit einem teilsanierten Mehrfamilienhaus in Leipzig zu einem Kaufpreis von 3 Millionen DM. Die jetzigen Verkäufer hatten dieses Grundstück durch einen am 27. Mai 1999 ebenfalls vom Beschwerdeführer beurkundeten Kaufvertrag zum Preis von 1,75 Millionen DM gekauft. Der Kaufpreis aus dem nunmehr geschlossenen Kaufvertrag sollte auf ein Notaranderkonto des Beschwerdeführers überwiesen werden. Die Kosten des Vertrages und seiner Durchführung sowie die anfallende Grunderwerbsteuer sollte der Käufer tragen. Zur Finanzierung des Kaufpreises nahm der Käufer ein Darlehen über 2,7 Millionen DM auf, das laut Darlehensvertrag durch eine erstrangige Grundschuld an dem Grundstück gesichert werden sollte. Die Grundschuldbestellung zugunsten der Darlehensgeberin beurkundete der Beschwerdeführer ebenfalls am 19. November 1999. Mit Schreiben vom 16. Dezember 1999 erteilte die Darlehensgeberin dem Beschwerdeführer einen Treuhandauftrag. Darin hieß es, die Darlehensvaluta werde dem Beschwerdeführer zu treuen Händen auf dessen Notaranderkonto überwiesen. Über diesen Betrag dürfe der Beschwerdeführer nur verfügen, wenn

1. Sie den Antrag auf Eintragung des für uns bestellten Grundpfandrechts nach Maßgabe der Bewilligung in der o.g. Urkunde unter Hinweis darauf, dass der Darlehensnehmer Kostenschuldner ist, beim zuständigen Grundbuchamt zur bedungenen Rangstelle gestellt haben und zwar auch in unserem Namen;
2. die Kosten gezahlt sind/für sie Sicherheit geleistet ist/Gebührenbefreiung vorliegt; [...]

Es folgten weitere Auflagen. Der Beschwerdeführer nahm den Treuhandauftrag an. Der Darlehensbetrag ging am 17. Dezember 1999 auf seinem Notaranderkonto ein. An diesem Tag beantragte der Beschwerde-

führer beim Grundbuchamt Leipzig die Umschreibung des Grundeigentums und die Eintragung der Grundschuld. Am 21. Dezember 1999 stellte eine Mitarbeiterin des Beschwerdeführers durch Nachfrage beim Grundbuchamt fest, dass der Eintragungsantrag vom 17. Dezember 1999 dort eingegangen war und keine weiteren Anträge vorlagen. Daraufhin zahlte der Beschwerdeführer die Darlehensvaluta aus. Er wusste, dass zu diesem Zeitpunkt die Kosten für die Eintragung der Grundschuld noch nicht gezahlt waren und auch weder Sicherheit für die Kosten geleistet war noch eine Gebührenbefreiung vorlag. Bewusst wahrheitswidrig teilte der Beschwerdeführer unter dem 22. Dezember 1999 der Darlehensgeberin mit, er habe über den Darlehensvertrag bestimmungsgemäß verfügt und sämtliche Treuhandaufgaben seien erfüllt.

Das Grundbuchamt teilte dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2000 mit, dass die Eintragung des Eigentumswechsels unter anderem an der fehlenden Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts scheitere. Am 5. Juni 2000 wies das Grundbuchamt den Eintragungsantrag aus diesem Grunde zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde vom Landgericht Leipzig zurückgewiesen. Der im Verbund gestellte Antrag auf Eintragung der Grundschuld hatte sich damit erledigt.

Mit Schreiben vom 1. August 2001 stellte der Beschwerdeführer einen neuen Antrag auf Eigentumsumschreibung und Eintragung der Grundschuld. Nachdem die Eintragungskosten vom Käufer nicht gezahlt worden waren, wurde dieser Antrag am 5. November 2001 zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 8. November 2002 widerrief die Rechtsnachfolgerin der Darlehensgeberin den Treuhandauftrag und forderte die Darlehensvaluta zurück. Am 3. Dezember 2002 überwies der Beschwerdeführer die Gerichtskosten von seinem Geschäftskonto und beantragte erneut die Eintragung der Grundschuld sowie die Eigentumsumschreibung. Nachdem der Beschwerdeführer auch die Kosten für die Löschung voreingetragener Grundpfandrechte aus eigenen Mitteln gezahlt hatte, wurde am 7. März 2003 die Grundschuld eingetragen und das Eigentum auf den Käufer umgeschrieben. Die Rechtsnachfolgerin der Darlehensgeberin teilte nachfolgend mit, sie habe die Kredite des Käufers fällig gestellt; ihre Forderung bezüglich des hier betroffenen Objekts belaufe sich auf 1.858.508,70 € zzgl. Zinsen und Kosten ab dem 14. Mai 2004. Das Grundstück wurde später für 423.001 € zwangsversteigert.

Aus den Gründen:

A. Inhalt der Verfassungsbeschwerde

[1] Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Vereinbarkeit des "Nachteils" als Tatbestandsmerkmal des Untreuetatbestands in § 266 Abs. 1 StGB sowie seiner

Auslegung durch die Gerichte mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.

I. Bisheriger Verfahrensgang

1. Verurteilung durch das LG

[2 - 10] Nachdem eine frühere Verurteilung des Beschwerdeführers in diesem Verfahren vom Bundesgerichtshof aufgehoben worden war, wurde er vom Landgericht Kiel mit Urteil vom 6. Februar 2007 wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. [...]

2. Rechtliche Würdigung des LG

[11] Das Landgericht sah auf Grundlage dieser Feststellungen [s.o] den Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB als erfüllt an. Der Missbrauch der durch den Treuhandauftrag eingeräumten Vermögensverfügungsbefugnis habe darin gelegen, dass der Beschwerdeführer am 21. Dezember 1999 die Darlehensvaluta von seinem Notaranderkonto ausgezahlt habe, obwohl eine der Auflagen aus dem Treuhandauftrag nicht erfüllt gewesen sei. Durch den Missbrauch der Verfügungsbefugnis sei der Darlehensgeberin eine Vermögenseinbuße in Höhe des Darlehensbetrages entstanden, weil der Beschwerdeführer nach Auszahlung vom Notaranderkonto nicht in der Lage gewesen sei, den Betrag an die Darlehensgeberin zurückzuzahlen, als diese den Treuhandauftrag widerrief. Dieser Vermögensverlust werde nicht dadurch kompensiert, dass die Darlehensgeberin durch die Auszahlung der Darlehensvaluta einen Rückzahlungsanspruch gegen den Darlehensnehmer erlangt habe. Unabhängig von der Bonität dieses Schuldners habe der Beschwerdeführer durch die Auszahlung entgegen der Bestimmungen des Treuhandauftrages verhindert, dass die Darlehensgeberin ohne Mitwirkung des Schuldners auf die dingliche Sicherheit zugreifen könne. Eine vollständige Kompensation des Vermögensabflusses sollte hier erst dadurch eintreten, dass der Rückzahlungsanspruch durch eine erstrangige Grundschuld gesichert war, deren Eintragung keine Hindernisse in Form von nicht gezahlten Kosten entgegenstanden. Es komme nicht darauf an, ob der Käufer oder der Beschwerdeführer finanziell in der Lage und bereit gewesen seien, die Kosten für die Eintragung der Grundschuld zu zahlen. Die Darlehensgeberin habe ausweislich des Treuhandauftrages eine Sicherung ihres Rückforderungsanspruchs durch eine Grundschuld gewollt, deren Eintragung nur noch vom Tätigwerden des Grundbuchamtes abhängen sollte und nicht darüber hinaus noch von einem Willensentschluss des Kostenschuldners oder gar eines Dritten.

[12] Der Beschwerdeführer habe auch Vorsatz bezüglich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands

der Untreue gehabt. Er habe gewusst, dass bei Auszahlung der Darlehensvaluta eine Auflage des Treuhandauftrages noch nicht erfüllt sein konnte und er so die Grenzen seiner Verfügungsbefugnis verletzte. Er habe gewusst, dass durch die Auszahlung vor Erfüllung aller Treuhandaufgaben der Rückzahlungsanspruch der Darlehensgeberin sowohl nach den vertraglichen Regelungen als auch nach den allgemeinen Bewertungsmaßstäben wirtschaftlich weniger wert gewesen sei als eine Forderung, die durch eine eintragungsfähige Grundsuld gesichert sei. Es liege daher beim Beschwerdeführer direkter Vorsatz vor.

3. Revisionseinlegung durch den Beschwerdeführer

[13] Nachdem der Beschwerdeführer Revision eingelegt hatte, beantragte der Generalbundesanwalt mit Antragschrift vom 20. Juni 2007, die Revision als unbegründet zu verwerfen. Dazu gab der Beschwerdeführer eine Stellungnahme vom 13. Juli 2007 ab, in der er unter anderem rügte, die festgestellte Vermögensgefährdung sei kein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB, da sich die Gefährdung nicht realisiert habe, und es sei kein Vorsatz in Bezug auf die Realisierung der Gefährdung festgestellt worden.

4. Entscheidung des BGH

[14] Der Bundesgerichtshof - 3. Strafsenat - hob mit Beschluss vom 17. Juli 2007 das Urteil des Landgerichts im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf und verwarf die weitergehende Revision als unbegründet. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof aus, die Überprüfung des Urteils zum Schuldspruch habe keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beschwerdeführers ergeben. Durch seine Pflichtverletzung sei das Vermögen der Darlehensgeberin schadensgleich gefährdet worden und ihr ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB entstanden, weil - nach Erledigung des Eintragungsantrages vom 17. Dezember 1999 - der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nicht durch eine eintragungsbereite erstrangige Grundsuld, der andere Rechte nicht mehr vorgehen konnten, gesichert gewesen sei (vgl. § 17, § 18 Abs. 1 GBO). Die Aufhebung des Strafausspruchs erfolge, da aufgrund der Ausführungen des Landgerichts zu besorgen sei, dass die Kammer der Strafzumessung den der Darlehensgeberin letztlich erwachsenen Schaden in Höhe des Darlehensbetrages zugrunde gelegt habe. Dies wäre rechtsfehlerhaft, da im Jahr 2003 die Absicherung des Darlehens durch die Eintragung der erstrangigen Grundsuld erfolgt sei und die Darlehensgeberin somit nachträglich die vereinbarte Sicherheit erhalten habe. Zu dem ihr letztlich entstandenen Schaden wäre es auch dann gekommen, wenn der Rückzahlungsanspruch bereits bei der Auszahlung der Darlehensvaluta entsprechend der Treuhandvereinbarung gesichert gewesen sei.

II. Rechtsauffassung des Beschwerdeführers

[15] Mit der fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

[26] Die Strafvorschrift des § 266 Abs. 1 StGB sei mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar. Das Tatbestandsmerkmal des "Nachteils" lasse sich in seinem Anwendungsbereich mit den üblichen Auslegungsmethoden nicht in einer rechtsstaatlich noch vertretbaren Form begrenzen. Die verfassungswidrige Konturenlosigkeit dieses Begriffs werde durch die Rechtsprechung zur sogenannten schadensgleichen Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB belegt.

[17] Falls § 266 Abs. 1 StGB noch mit dem Grundgesetz vereinbar sein sollte, verletze jedenfalls die Anwendung der Vorschrift durch die Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen Art. 103 Abs. 2 GG. Der Wortlaut des § 266 Abs. 1 StGB trage keine Verurteilung wegen der hier in Rede stehenden Handlung. Es fehle an der Zufügung eines Nachteils. Die Strafbarkeit wegen Untreue für eine im Ergebnis folgenlos gebliebene Handlung zu bejahen, die bei ihrer Vornahme lediglich eine ohne weiteres endgültig und ohne Folgewirkungen zu beseitigende Gefährdung einer Vermögensposition verursacht habe, führe dazu, dass aus dem Erfolgsdelikt des § 266 Abs. 1 StGB ein Gefährdungsdelikt werde und die Strafbarkeit in einen Bereich vorverlagert werde, die allenfalls dem Versuch einer Straftat zuzuordnen wäre. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensnachteils müsse jedoch berücksichtigt werden, dass § 266 Abs. 1 StGB ein Erfolgsdelikt sei und sich der Gesetzgeber zudem ausdrücklich gegen eine Versuchsstrafbarkeit in § 266 StGB entschieden habe. Ein Vermögensnachteil müsse in einer für den Normadressaten nachvollziehbaren Weise wirtschaftlich messbar, zumindest aber schätzbar sein, was auf die fehlende Eintragungsfähigkeit der Grundsuld zum Zeitpunkt der Auszahlung der Darlehenssumme von dem Notarandkonto nicht zutrefte. Durch die grundbuchrechtliche Sperrwirkung des gestellten Eintragungsantrags habe es sich nicht ausgewirkt und auch nicht auswirken können, dass die Gerichtskosten erst nachträglich eingezahlt worden seien.

[18] Außerdem sei im Urteil des Landgerichts kein Vorsatz in Bezug auf die Realisierung der Gefahr für eine Vermögensposition festgestellt worden, was aber nach der Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/05 - (BGHSt 51, 100) aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend geboten sei. Aus diesem Umstand ergebe sich auch eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Da der 3. Strafsenat die Revision gegen den Schuldspruch verworfen habe, könne dies nur auf einer Abweichung

von der Entscheidung des 2. Strafsenats zur Rechtsfrage des Vorsatzes bei einer Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB beruhen. Die daraus folgende Pflicht zur Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen nach § 132 Abs. 2 GVG habe der 3. Strafsenat nicht erfüllt.

B. Ablehnung der Annahme der Verfassungsbeschwerde wegen fehlender Erfolgsaussicht

[19] Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Sie ist unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten.

I. Kein Verstoß gegen Art. 103 II GG

1. Tatbestandsmerkmal "Vermögensnachteil" des § 266 I StGB nicht verfassungswidrig

[20] Die Strafvorschrift des § 266 Abs. 1 StGB verstößt jedenfalls nicht ohne weiteres gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, soweit darin das Tatbestandsmerkmal des Zufügens eines (Vermögens-)Nachteils verwendet wird.

a) Zu Inhalt und Wirkung von Art. 103 II GG

[21] Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (vgl. BVerfGE 75, 329 [340 f.]; 78, 374 [381 f.]; 105, 135 [152 f.]). Das Grundgesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Strafrechtsslage eigenverantwortlich einrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss (vgl. BVerfGE 64, 369 [393 f.]; 85, 69 [72 f.]; 95, 96 [131]). Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (vgl. BVerfGE 105, 135 [153]). Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit deskriptiven, exakt erfassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben (vgl. BVerfGE 48, 48 [56]). Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht sind nicht von vornherein verfassungsrechtlich zu beanstanden. Gegen ihre Verwendung bestehen jedenfalls

dann keine durchgreifenden Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes und durch Berücksichtigung des Normzusammenhanges, oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt, so dass der Einzelne die Möglichkeit hat, den durch die Strafnorm geschützten Wert sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen (vgl. BVerfGE 45, 363 [371 f.]; 48, 48 [56 f.]; 86, 288 [311]).

b) Zur hinreichenden verfassungsmäßigen Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals "Vermögensnachteil"

[22] Daran gemessen ist das Tatbestandsmerkmal des Nachteils noch hinreichend bestimmt. Die Rechtsprechung erhält ausreichende Vorgaben für die ihr anvertraute Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals und ist im Übrigen bemüht, den sehr weiten Tatbestand der Untreue weiter einzuzugrenzen.

aa) Bestimmung des Wortlautinhalts des Begriffs "Nachteil"

[23] Der "Nachteil" für das betroffene Vermögen ist ein weiter Begriff, der jedoch einen allgemein verständlichen Bedeutungsgehalt hat. Seinem umgangssprachlichen Wortsinn nach ist der "Nachteil" ein "Schaden, Verlust, ungünstige Lage" (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 2001, S. 903) oder "etwas, was sich für jemanden gegenüber einem anderen negativ auswirkt, ihn beeinträchtigt, ihm schadet" (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1120). Bereits nach dem von Jacob und Wilhelm Grimm begonnenen Deutschen Wörterbuch war die übliche Bedeutung von Nachteil "ein als Minderung, Verschlechterung erscheinendes Übel, überhaupt Schaden, Verlust, Abbruch, Beeinträchtigung" (Band 7, 1889 [Nachdruck 1984], Sp. 184).

bb) Auslegung des Nachteilsbegriffs in Rechtsprechung und Literatur

[24] Dieser umgangssprachliche Wortsinn stimmt überein mit der Auslegung des Begriffs des Nachteils im Strafgesetzbuch. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur versteht unter dem Nachteil eine durch die Tathandlung verursachte Vermögensminderung. Der Vermögensnachteil ist durch einen Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte vor der Untreuehandlung hatte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Untreuehandlung verfügt, festzustellen (vgl. BGHSt 15, 342 [343 f.]; BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234 [1235]; Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 178; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn.

40). Zum Vermögen gehört dabei nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234 [1235]). Bleibt danach der Vermögensstand nach der treuwidrigen Handlung hinter dem ursprünglichen Vermögensstand zurück, so liegt ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB vor.

cc) Übereinstimmung von Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB und Vermögensschaden i.S.d. §§ 263 I, 263a I StGB

[25] Eine vergleichbare Auslegung erfährt der Begriff des (Vermögens-)Schadens im Betrugstatbestand des § 263 StGB. Das Strafrecht folgt der Überschneidung im Wortsinn der Begriffe "Nachteil" und "Schaden". Nach allgemeiner Meinung entspricht der Begriff des Nachteils in § 266 StGB dem des Schadens in § 263 StGB (vgl. BGHSt 15, 342 [343 f.]; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 17; Schönemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 132; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 39; ebenso für den Vermögensnachteil in § 253 StGB: BGHSt 34, 394 [395]). Der Vermögensnachteil in § 266 Abs. 1 StGB und § 253 Abs. 1 StGB (Erpressung) sowie der Vermögensschaden in § 263 Abs. 1 StGB und § 263a Abs. 1 StGB (Computerbetrug) sind die überlieferten und durch eine jahrzehntelange Rechtsprechung präzisierten Begriffe für den tatbestandlichen Erfolg der Vermögensdelikte. Bereits der Untreuetatbestand in § 266 Abs. 1 des Reichsstrafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 (RStGB I S. 127) enthielt das Tatbestandsmerkmal des Handelns oder Verfügens "zum Nachteile" des Auftraggebers oder der Personen oder Sachen, die der Aufsicht des Täters anvertraut sind, sowie das "Benachteiligen" der Personen, deren Geschäfte der Täter zu besorgen hat. Die Neufassung des Tatbestands durch das Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 (RStGB I S. 295) gab der Tathandlung ihren heutigen Inhalt, behielt jedoch das Zufügen eines Nachteils als Taterfolg bei.

dd) Verfassungsmäßigkeit des Tatbestandes des § 266 I StGB

[26] Die Rechtsprechung erhält damit noch ausreichende Vorgaben für die ihr anvertraute Auslegung des Merkmals des Vermögensnachteils. Der Gesetzgeber hat hier angesichts der Notwendigkeit, den tatbestandlichen Erfolg in einer Weise zu umschreiben, die alle nach dem Normzweck strafwürdigen Folgen des ungetreuen Handelns erfasst und zudem zukunfts offen für neue wirtschaftliche Zusammenhänge bleibt, einen weiteren Begriff gewählt. Für den einzelnen Bürger ist dabei jedenfalls das Risiko einer Strafbarkeit noch ausreichend deutlich erkennbar.

2. Auslegung des Begriffs "Vermögensnachteils" i.S.v. § 266 I StGB in den angefochtenen Entscheidungen nicht verfassungswidrig

[27] Die Anwendung des Untreuetatbestands in den hier angegriffenen Entscheidungen verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Die Auffassung, das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB sei durch den vorliegenden Sachverhalt erfüllt, überschreitet nicht die nach Art. 103 Abs. 2 GG zu wahren Grenzen zulässiger richterlicher Auslegung.

a) Inhalt und Umfang des strafrechtlichen Analogieverbots

[28] Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie (vgl. BVerfGE 4, 261 [265]). Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (vgl. BVerfGE 71, 108 [115]). Der mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 71, 108 [115]; 87, 209 [224]; 92, 1 [12]). Damit wird jede Auslegung einer Strafbestimmung ausgeschlossen, die den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm erweitert und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einbezieht, die die Tatbestandsmerkmale der Norm nach deren möglichem Wortsinn nicht erfüllen (vgl. BVerfGE 85, 69 [73]).

b) Kein Verstoß gegen das Analogieverbot durch die angefochtenen Entscheidungen

[29] Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen gerecht. Die in ihnen gefundene Auslegung des Begriffs "Nachteil" überschreitet nicht den Wortsinn als äußere Grenze zulässiger richterlicher Auslegung im Strafrecht.

aa) Bisherige Rechtsprechung

[30] Der Bundesgerichtshof folgt in der hier vorliegenden Revisionsentscheidung der bisherigen Rechtsprechung zur sogenannten schadensgleichen Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. Diese Auslegung des Nachteilsbegriffs ist mit dem Bestimmtheitsgebot grundsätzlich zu vereinbaren. [31] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB auch dann vorliegen, wenn Vermögenswerte konkret gefährdet sind, so dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage eingetreten ist (vgl. BGHSt 44, 376 [384]; 48, 354 [357]; 51, 100 [113 f.]; "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden"). Die Auslegung des Nachteilsbegriffs in der Weise, dass auch die schadensgleiche

Vermögensgefährdung erfasst wird, wurde aus der Rechtsprechung zum Schaden im Betrugstatbestand des § 263 StGB übernommen. Dort wurde zuerst nach der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Vermögensschaden nicht nur im tatsächlichen Verlust eines Vermögenswertes, sondern schon in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen gesehen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Mai 1998 - 2 BvR 1385/95 -, NJW 1998, S. 2589 [2590]; BGHSt 21, 112 [113]; 23, 300 [303]). Der Gefährdungsschaden wird dem endgültigen Schaden in § 266 Abs. 1 StGB wie in § 263 StGB grundsätzlich gleichgestellt (vgl. BGHSt 51, 100 [120]).

[32] Das Reichsgericht entschied schon im Jahr 1887, dass auch eine Vermögensgefährdung als ein Schaden im Sinne von § 263 oder als ein Nachteil nach § 266 zu qualifizieren ist, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits gegenwärtig den Vermögenswert vermindert (vgl. RGSt 16, 1 [11] zu § 263 RStGB; RGSt 16, 77 [81] zu § 266 RStGB). Die Entwicklung der Vermögensgefährdung in der Rechtsprechung erfolgte vornehmlich in Fallgruppen, so wenn die Geltendmachung oder Verteidigung von Vermögensrechten erschwert oder verhindert wird, etwa durch Schaffung eines erheblichen Prozessrisikos (vgl. BGHSt 21, 112 [113] zu § 263 StGB; BGHSt 44, 376 [386]) oder aufgrund unordentlicher Buchführung (vgl. BGHSt 47, 8 [11]); das Entziehen von Vermögenswerten unter Einrichtung einer "schwarzen Kasse" als geheimem, keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterliegendem Dispositionsfonds, um nach eigenem Gutdünken des Täters über diese Gelder zu verfügen (vgl. BGHSt 40, 287 [296]; 51, 100 [113]) oder die Kreditvergabe nach unzureichender Bonitätsprüfung, die zu einer über das allgemeine Risiko bei Kreditgeschäften hinausgehenden Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs führt (vgl. BGHSt 46, 30 [34]; 47, 148 [157]).

bb) Auslegung des § 266 I StGB durch die Rechtsprechung ist verfassungsgemäß

[33] Art. 103 Abs. 2 GG steht einer zu weiten Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 Abs. 1 StGB entgegen. Die Abgrenzungen, welche die Rechtsprechung zur Bestimmung der schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt hat, halten die Auslegung jedoch grundsätzlich noch im zulässigen Rahmen (a.A. Bernsmann, GA 2007, S. 219 [229]). Diese Abgrenzungen sind jedoch bei der Anwendung des § 266 StGB stets strikt zu beachten, um einer weiteren Aufweichung der Konturen des Nachteilsbegriffs entgegenzuwirken.

[34] Da Art. 103 Abs. 2 GG sicherstellen soll, dass die abstrakt-generellen Voraussetzungen der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber bestimmt werden, muss bei der

Auslegung von § 266 Abs. 1 StGB beachtet werden, dass es sich nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Untreuetatbestands um ein Verletzungsdelikt, nicht um ein Gefährdungsdelikt handelt, und der Tatbestand keine Versuchsstrafbarkeit enthält. Eine zu weite Einbeziehung von Gefährdungslagen als Vermögensnachteil könnte zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Versuchsbereich führen, die der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen hat (vgl. Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 157; Saliger, HRRS, 2006, S. 10 [12]; Bernsmann, GA 2007, S. 219 [230]; Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 186; zu diesen Bedenken vgl. auch den 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in BGHSt 51, 100 [121]). Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für den Untreuetatbestand wurde zuletzt im Jahr 1998 abgelehnt; eine entsprechende im Entwurf für das 6. Strafrechtsreformgesetz vorgesehene Änderung von § 266 Abs. 2 StGB (vgl. BTDrucks 13/8587, S. 43) wurde nicht in das Gesetz übernommen. Obwohl eine ausgedehnte Vollendungsstrafbarkeit als solche kein Problem der Normbestimmtheit sein muss (vgl. BVerfG 9, 169 [171]), hängt doch die Annahme eines (vollendeten) Nachteils im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB und damit überhaupt die Feststellung eines strafbaren Verhaltens von der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ab, die ihrerseits strikt an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist. Da der Tatbestand der Untreue im Gegensatz zum Betrug nicht das einschränkende subjektive Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht enthält, bewegt sich gerade bei der Anwendung des Nachteilsbegriffs auf Vermögensgefährdungen die Auslegung an den äußersten noch zulässigen Grenzen (vgl. zu diesbezüglichen Bedenken BGHSt 51, 100 [121]).

[35] Die Rechtsprechung hat entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben Kriterien zur Abgrenzung zwischen einer bloß abstrakten Gefährdungslage und einer konkreten, schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt, um zu bestimmen, wann eine Gefahrensituation eine solche Intensität erreicht hat, dass sie einer endgültigen Vermögenseinbuße gleichgestellt werden kann. Die erforderliche "Konkretheit" der Gefahr wird in mehrerer Hinsicht präzisiert. In zeitlicher Hinsicht muss mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schaden zu rechnen sein (vgl. BGHSt 40, 287 [296]; vgl. auch Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 199). Ein weiteres Kriterium setzt an der Vermeidbarkeit des potentiell Geschädigten an. Es muss eine vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierende und nur noch im Belieben des Täters stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes bestehen (vgl. BGHSt 51, 100 [113]; vgl. auch Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 146). Eine schadensgleiche Vermögensge-

fährdung kann auch nur dann bejaht werden, wenn die sie begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber schon dann, wenn sie nur wahrscheinlich oder gar möglicherweise vorliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 2. September 1994 - 2 StR 381/94 -, StV 1995, S. 24 - zu § 263 StGB; vgl. dazu auch Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 196).

[36] Zudem soll der weitgesteckte Rahmen des äußeren Tatbestands des § 266 StGB eine besonders sorgfältige Feststellung des inneren Tatbestands erforderlich machen (vgl. BGHSt 3, 23 [25]; BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 188/03 -, wistra 2003, S. 463 [464]). Das soll vor allem gelten, wenn lediglich bedingter Vorsatz in Betracht kommt oder der Täter nicht eigennützig gehandelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74 -, NJW 1975, S. 1234 [1236]; BGH, Urteil vom 11. November 1982 - 4 StR 406/82 -, NJW 1983, S. 461; BGHSt 47, 295 [302]; BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 5 StR 188/03 -, wistra 2003, S. 463 [464]).

cc) Zum Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung im vorliegenden Fall

[37] Die Annahme eines Vermögensnachteils in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begegnet im vorliegenden Fall keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Eintritt eines Nachteils durch die Auszahlung eines noch ungesicherten Darlehensbetrages erfüllt auch bei der gebotenen restriktiven Auslegung der schadensgleichen Vermögensgefährdung die Voraussetzungen eines Vermögensnachteils, zumal der Marktwert einer ungesicherten (Darlehens-)Forderung deutlich niedriger liegt, als der einer gesicherten.

[38] Der Bundesgerichtshof sah hier die Auszahlung eines entgegen der Auflagen des Treuhandauftrages noch ungesicherten Darlehens als Fall der schadensgleichen Vermögensgefährdung an. Diese erkennbar an der ständigen Rechtsprechung zu diesem Institut orientierte Einordnung ist vertretbar und deshalb von Verfassungs wegen hinzunehmen. Eine Grundrechtswidrigkeit liegt (noch) nicht vor, wenn die Anwendung einfachen Rechts durch den hierzu zuständigen Richter zu einem Ergebnis führt, über dessen "Richtigkeit" sich streiten lässt (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 62, 189 [192]). Entscheidend ist, dass das Risiko strafgerichtlicher Verfolgung auf der Grundlage eines objektiven Maßstabs, nämlich aus Sicht des Bürgers nicht wirklich zweifelhaft sein konnte. Dass dieses Risiko auch von dem Beschwerdeführer erkannt worden ist, steht nach den Urteilsfeststellungen außer Frage.

[39] Wenn ein Notar unter Verletzung des Treuhandauftrages der Darlehensgeberin ein Darlehen auszahlt, obwohl die Bedingung der Sicherstellung einer erst-

rangigen Grundschuld noch nicht erfüllt ist, besteht der Schaden der Darlehensgeberin darin, dass sie nur eine ungesicherte und damit in ihrem Wert zweifelhafte Darlehensforderung erhält (vgl. zur entsprechenden zivilrechtlichen Beurteilung BGH, Urteil vom 19. März 1987 - IX ZR 166/86 -, NJW 1987, S. 3201 [3202]). Für die Annahme einer vollwertigen Sicherheit, wie sie im vorliegenden Fall nach den Bedingungen des Treuhandauftrages die Ansprüche der Darlehensgeberin sichern sollte, wäre eine eintragungsbedingte erstrangige Grundschuld erforderlich gewesen, deren Eintragung an der geforderten Rangstelle nur noch das Tätigwerden des Grundbuchamts voraussetzt. Nach § 17 GBO wirkte der vor Auszahlung des Darlehensbetrages vom Notaranderkonto gestellte Antrag auf Eintragung der Grundschuld zwar rangwährend, da ein früher gestellter Eintragungsantrag erst erledigt sein muss, bevor eine später beantragte Eintragung erfolgen darf. Nachdem der vom Beschwerdeführer gestellte Antrag auf Eintragung der erstrangigen Grundschuld aber erledigt worden war, indem er mit dem im Verbund gestellten Antrag auf Eigentumsumschreibung zurückgewiesen wurde (vgl. § 16 Abs. 2 GBO), hatte die Darlehensgeberin endgültig einen Darlehensbetrag ohne dingliche Sicherung aus der Hand gegeben. Der Weg wäre für andere Anträge auf Grundschuldeintragung frei gewesen, etwa auch im Wege der Zwangsvollstreckung durch weitere Gläubiger, welche die erste Rangstelle für die Darlehensgeberin blockiert hätten. Die Auszahlung des Darlehens vor Sicherstellung aller Eintragungsvoraussetzungen für die Grundschuld gefährdete damit das Vermögen der Darlehensgeberin in einer Weise, die zeitnah und unmittelbar in einen endgültigen Vermögensverlust umschlagen konnte. Die Darlehensgeberin hatte mit der pflichtwidrigen Auszahlung des Darlehens keinen Zugriff mehr auf diesen Vermögenswert. Die Erfüllung der Voraussetzungen für die Eintragung der Grundschuld lag nicht in ihrer Hand.

[40] Auch die Feststellung des Vorsatzes bezüglich der Herbeiführung eines Vermögensnachteils ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kommt es dabei nicht darauf an, ob an den bedingten Vorsatz im Fall einer schadensgleichen Vermögensgefährdung weitergehende Anforderungen in der Weise zu stellen sind, dass der Täter die konkrete Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss (so BGHSt 51, 100 [121] (2. Strafsenat); a.A. BGH, Beschluss vom 30. März 2008 - 1 StR 488/07 -, NJW 2008, S. 2451 [2452]). Eine solche einschränkende Rechtsauslegung kann gerade dem Bestimmtheitserfordernis aus Art. 103 Abs. 2 GG Rechnung tragen. Im vorliegenden Fall stellte das Landgericht jedoch fest, dass der Beschwerdeführer auch bezüglich der Herbeiführung eines Ver-

mögensnachteils mit direktem, nicht nur bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Der Vermögensnachteil bestand nach dem Urteil des Landgerichts darin, dass der ungesicherte Darlehensrückzahlungsanspruch wirtschaftlich weniger wert sei als ein Anspruch, der durch eine eintragungsreife Grundschuld gesichert ist. Der Beschwerdeführer zahlte den Darlehensbetrag in dem Wissen aus, dass die Kosten für die Eintragung der Grundschuld nicht gezahlt waren und die Eintragung daher ungewiss war. Nach diesen Feststellungen trat die Vermögenseinbuße als effektiver Nachteil bereits mit Auszahlung des noch ungesicherten Darlehens ein, die mit Wissen und Wollen des Beschwerde-

führers erfolgte. Dies ließ für das Landgericht in einer - zumindest nicht willkürlichen - Weise den Schluss zu, der Beschwerdeführer habe mit direktem Vorsatz ("dolus directus II. Grades") gehandelt. Der Bundesgerichtshof beanstandete diese Feststellungen zum Vorsatz in seiner Revisionsverwerfung hinsichtlich des Schuldspruchs nicht. Auf die Frage, in welchem Maße der Beschwerdeführer die Möglichkeit des weiteren Geschehensablaufs erkannte und billigte, kam es daher nicht mehr an.

II. Keine Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG

[41] Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht verletzt. [...]

Standort: § 81a II StPO

Problem: Verkennung des Richtervorbehalts

OLG BAMBERG, BESCHLUSS VOM 19.03.2009
2 Ss 15/09 (NJW 2009, 2146)

Problemdarstellung:

Bei dem Angeklagten war im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle ein Atemluftalkoholgehalt von 0,61 mg/l gemessen worden. Die Polizeibeamtin, die diese Untersuchung durchgeführt hatte, ordnete daraufhin an, dass dem Angeklagten in einem Krankenhaus eine Blutprobe zur Bestimmung des Blutalkoholgehaltes abzunehmen sei. Die gem. § 81a II StPO eigentlich erforderliche richterliche Anordnung der Blutprobenentnahme hielt die Polizistin für entbehrlich, da da sich der Blutalkohol des Angeklagten schnell wieder abbauen würde und deshalb der Untersuchungszweck gefährdet sei, wenn sie erst einen Richter einschalten müsse. Die daraufhin entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration des Angeklagten von 1,21‰.

Der Angeklagte wurde vom Amtsgericht wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr, § 316 I, II StGB, verurteilt. Seine hiergegen gerichtete (Sprung-) Revision, §§ 335 I, 312 I StPO, mit der er vor allem rügte, die Blutprobe hätte wegen eines Verfahrensfehlers nicht verwertet werden dürfen, wies das OLG Bamberg als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der Verwertbarkeit von Beweismitteln ist in beiden Examen immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. In zweiten Examen kann sie in sämtlichen denkbaren Klausurvarianten (staatsanwaltlichen Abschlussverfügung, Urteil, Revision und Anwaltsklausur) und auch in Aktenvorträgen und im Prüfungsgespräch relevant werden. Auch im ersten Examen können Beweisverwertungsverbote zu prüfen sein, meist in Zusatzfragen zu Klausuren oder in der mündlichen Prüfung.

Gemäß § 81a I StPO können körperliche Untersuchungen des Beschuldigten, etwa die Entnahme einer Blutprobe, zur Feststellung verfahrensrelevanter Tatsachen angeordnet werden. Gemäß § 81a II StPO ist die entsprechende Anordnung durch einen Richter zu treffen, bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung ("Gefahr im Verzug") auch die Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen (vgl. § 152 GVG).

Im vorliegenden Fall hatte die zuständige Polizistin das Vorliegen von Gefahr im Verzug mit der Begründung angenommen, bei Alkoholstraftaten sei wegen des Abbaus des Alkohols im Körper des Täters ein Abwarten bis zu einer richterlichen Entscheidung regelmäßig nicht tunlich, da bei einer längeren Zeitdauer bis zur Blutentnahme der Blutalkoholgehalt im Tatzeitpunkt und damit auch die Straftat als solche nicht mehr nachweisbar seien (ähnlich Laschewski, NZV 2007, 581). Gegen diese Argumentation verwehrt sich das OLG Bamberg in der vorliegenden Entscheidung sehr deutlich. § 81a II StPO setze immer eine Einzelfallentscheidung voraus (so bereits BVerfG, NJW 2007, 1345). Die zuständige Ermittlungsperson müsse eine eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung treffen. In diese seien neben der wahrscheinlichen Dauer bis zur tatsächlichen Möglichkeit zur Entnahme der Blutprobe beim Beschuldigten sowohl die eintretende zeitliche Verzögerung mit oder ohne Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung als auch die bisher festgestellten konkreten Tatumstände am Ort der Kontrolle sowie das Verhalten des Beschuldigten einzubeziehen. Eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch eine Verzögerung trete im jeweiligen Einzelfall nur dann ein, wenn die praktische Durchführung der Blutentnahme unter Berücksichtigung dieser Kriterien zu einem Zeitpunkt für notwendig erachtet werde, der erheblich von dem Zeitpunkt abweiche, zu dem mit einer richterlichen Entscheidung gerechnet werden könne. Dies sei

jedoch auch bei Alkoholstraftaten im Straßenverkehr nicht selbstverständlich.

Da im vorliegenden Fall die zuständige Polizistin zu Unrecht auf die Einholung einer richterlichen Anordnung verzichtet hatte, stellte sich die Frage, ob die so erlangte Blutprobe im Verfahren verwertet werden durfte oder ob diesbezüglich ein Beweisverwertungsverbot gegeben war. In § 81a StPO selbst ist die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die dort genannten Voraussetzungen nicht geregelt. Die Rechtsprechung und herrschende Literatur gehen jedoch davon aus, dass auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung der Verstoß gegen einer Verfahrensvorschrift eine Unverwertbarkeit des so erlangten Beweismittels nach sich ziehen kann (sog. unselbstständiges Beweisverwertungsverbot, vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55 f.). Allerdings führt nicht jeder Verfahrensverstoß automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot (BVerfG, NStZ 2006, 46; Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55), sondern es ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der verletzten Vorschrift und dem Gewicht des Verfahrensverstößes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter zu beurteilen, ob die verfahrenswidrig erlangten Beweismittel verwertbar sind (BVerfG, NJW 2008, 3053, 3054; BGHSt 51, 285, 290; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2598; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238, 239). Im vorliegenden Fall kommt das OLG Bamberg im Rahmen dieser Abwägung zu dem Ergebnis, dass die Verletzung des Richtervorbehalts des § 81a II StPO kein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht (ebenso OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2600; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238, 239).

Vertiefungshinweise:

□ Zu § 81a II StPO: *BVerfG*, NJW 2008, 3053; *OLG Dresden*, NJW 2009, 2149; *OLG Hamburg*, NJW 2008, 2597; *OLG Hamm*, NJW 2009, 242; *Fickenscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124; *Heß-Burmann*, NJW-Spezial 2008, 555; *Laschewski*, NZV 2008, 636; *Leipold/Beukelmann*, NJW 2008, 377; *Zopfs*, NJW 2009, 244

Leitsätze (der Redaktion):

1. Im Rahmen des § 81a II StPO ist für die im konkreten Einzelfall zu beurteilende Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen hätten können, der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die StA bzw. ihre Ermittlungspersonen eine Eingriffsmaßnahme in Form der Blutentnahme für erforderlich hielten. Die mit der Sache befasste Ermittlungsperson muss zu diesem Zeitpunkt eine eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung treffen. Da-

bei sind in diese Abwägung neben der wahrscheinlichen Dauer bis zur tatsächlichen Möglichkeit zur Entnahme der Blutprobe beim Beschuldigten sowohl die eintretende zeitliche Verzögerung mit oder ohne Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung als auch vor allem die bisher festgestellten konkreten Tatumstände am Ort der Kontrolle sowie das Verhalten des Beschuldigten einzubeziehen.

2. Bei Straftaten im Zusammenhang mit Alkohol und Drogen kann die typischerweise bestehende abstrakte - und damit gerade nicht einzelfallbezogene - Gefahr, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis der Tatbegehung erschwert oder gar verhindert wird, für sich allein noch nicht für die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs i.S.v. § 81a II StPO ausreichen. Die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs muss vielmehr auf Tatsachen gestützt werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist.

3. Eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Eilanordnungscompetenz gem. § 81a II StPO führt nur dann zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn die Voraussetzungen von Gefahr in Verzug willkürlich angenommen, der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert oder die den Richtervorbehalt begründende Rechtslage in gleichgewichtiger Weise gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt wird.

Sachverhalt:

Der Angeklagte fuhr am 02.08.2008 (Samstag) gegen 18.20 Uhr mit einem Pkw auf einer öffentlichen Straße, obwohl er infolge vorangegangenen Alkoholgenusses fahruntüchtig war. Eine ihm am 02.08.2008 um 18.40 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration (BAK) von 1,21‰. Zur den Umständen der Blutentnahme hat das AG ausgeführt:

“Die Polizeibeamtin und Zeugin N gab an, dass sie den Angeklagten am 02.08.2008 gegen 18.20 Uhr als Fahrer des Pkw VW im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle angehalten und dabei im Gespräch mit ihm Alkoholgeruch wahrgenommen habe. Der darauf vom Angeklagten freiwillig durchgeführte Atemalkoholtest habe eine Atemalkoholkonzentration (AAK) von 0,61 mg/l ergeben. Daraufhin habe sie dem Angeklagten erklärt, dass jetzt im Krankenhaus von einem Arzt eine Blutentnahme durchgeführt werde. Dies sei gegebenenfalls auch mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen. Der Angeklagte habe sich kooperativ verhalten. Die ärztliche Blutentnahme sei um 18.40 Uhr im E-Krankenhaus durchgeführt worden. Die Polizeibeamtin habe die Blutentnahme selbst angeordnet und von der Einholung einer richterlichen

Entscheidung im Bereitschaftsdienst abgesehen, weil sie Gefahr in Verzug angenommen habe. Dies habe sie in Übereinstimmung mit der in der Dienststelle geltonden Praxis getan, da bekannt sei, dass sich Alkohol im Blut schnell abbaue und der für den Nachweis einer Straftat geltende Grenzwert sich bei Einholung einer richterlichen Entscheidung evtl. nicht mehr nachweisen lasse."

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe und ordnete den Entzug der Fahrerlaubnis unter Bestimmung einer Sperrfrist für deren Wiedererteilung an. Die gegen diese Verurteilung gerichtete Sprungrevision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügte, blieb ohne Erfolg.

Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der gem. §§ 331, 335 StPO statthaften und auch im Übrigen zulässigen (§§ 341 I, 344, 345 StPO) Sprungrevision hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 II StPO). Insbesondere ist die Auffassung der Tatrichterin, dass das zu Lasten des Angeklagten verwertete Ergebnis der Blutalkoholuntersuchung keinem Beweisverwertungsverbot unterliegt, rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Zur Verfahrensrüge

Die vom Angeklagten im Bezug auf die Verletzung des Richtervorbehalts nach § 81a II StPO gerade noch den Anforderungen des § 344 II 2 StPO (vgl. OLG Hamm, NJW 2009, 242 [243]; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 [2598]) entsprechende und damit zulässige Verfahrensrüge erweist sich in der Sache als unbegründet. Das AG hat rechtsfehlerfrei die Ergebnisse der Blutalkoholuntersuchung auf Grund der am 02.08.2008 von der Polizeibeamtin angeordneten Blutentnahme zu Lasten des Angeklagten verwertet.

a) Keine Einwilligung des Angeklagten in die Entnahme der Blutprobe

Das AG hat dabei zutreffend zunächst das Vorliegen einer Einwilligung des Angeklagten in die Entnahme der Blutprobe verneint, so dass eine richterliche Anordnung gem. § 81a StPO nicht bereits aus diesem Grund entbehrlich war. Da der mit der Blutentnahme verbundene Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ein für den Angeklagten disponibles Recht betrifft, bedarf es gem. § 81a I 2 StPO bei einer ausdrücklich und eindeutig vom Angeklagten erklärten Einwilligung in die Blutentnahme keiner Anordnung der Maßnahme. Von einer solchen Einwilligung kann aber nur bei einer freiwilligen, ernstlichen und in Kenntnis der Sachlage und des Weigerungsrechts erteilten ausdrücklichen Zustimmung des Angeklagten ausgegangen

werden (BGH, VRS 29 [1965], 203; NJW 1964, 1177 [1178]; OLG Karlsruhe, NStZ 2005, 399 [400]; LG Saarbrücken, NStZ-RR 2009, 55; Krause, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 81a Rdnrn. 13f.; Senge, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 81a Rdnr. 3; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 81a Rdnr. 4; jew. m.w. Nachw.). Dies erfordert, dass der Angeklagte - auch ohne geschäftsfähig sein zu müssen - nach seiner Verstandesreife Sinn und Tragweite der Einwilligung erfasst (Krause, in: Löwe/Rosenberg, § 81a Rdnr. 14; Eisenberg, BeweisR d. StPO, 6. Aufl., Rdnr. 1626). Die bloße Hinnahme des Eingriffs genügt dafür nicht. Diese Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung lagen nach den Feststellungen des AG hier jedenfalls nicht vor, da sich der Angeklagte nur "kooperativ verhalten" und die Blutentnahme damit lediglich geduldet hat. Auch im Hinblick auf die vorherige Belehrung über die Durchsetzung einer Anordnung zur Blutentnahme mit unmittelbarem Zwang kann dem weiteren Verhalten des Angeklagten ein hinreichender Beleg für eine rechtswirksame Einwilligung nicht entnommen werden.

b) Fehlen der formellen Voraussetzungen des § 81 II StPO

Nach den Feststellungen lagen bei der durch die Polizeibeamtin wegen Gefahr in Verzug selbst angeordneten Blutentnahme zu Beweis Zwecken zwar auf Grund des vorher freiwillig durchgeführten und - mit einer angezeigten AAK von 0,61 mg/l - auch positiv ausgefallenen Atemalkoholtests die materiellen Eingriffsvoraussetzungen des § 81a I StPO vor, jedoch wurden die formellen Voraussetzungen des § 81a II StPO nicht beachtet.

aa) Sinn und Zweck der Eilanordnungs kompetenz gem. § 81a II StPO

Nach § 81a II StPO obliegt die Zuständigkeit für die Anordnung körperlicher Untersuchungen primär dem Richter. Nur ausnahmsweise kann ein solcher Eingriff - wie die Durchführung einer Blutentnahme - durch die StA oder durch ihre Ermittlungspersonen (§ 152 GVG i.V. mit § 1 BayVO über die Ermittlungspersonen der StA v. 21. 12. 1995) "bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung" erfolgen. Die Strafverfolgungsbehörden müssen daher - entsprechend der im Wortlaut des § 81a II StPO zum Ausdruck kommenden Rangfolge - regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erreichen, bevor sie selbst die ihnen vom Gesetzgeber nur ersatzweise zuerkannte Kompetenz zur eigenen Anordnung einer Blutentnahme in Anspruch nehmen. Nur in Ausnahmefällen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Maßnahme gefährden würde, dürfen die Strafverfolgungsbehörden selbst die Anordnung treffen, ohne

sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben (BVerfGE 103, 142 [155f.] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382).

bb) § 81a II StPO auch bei Straftaten unter Alkoholeinfluss nicht automatisch gegeben

Dabei verbietet sich eine generalisierende Betrachtungsweise dahingehend, dass - ohne Berücksichtigung des Schutzzwecks des Richtervorbehalts im konkreten Einzelfall - von einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs i.S. des § 81a II StPO bei Straftaten unter Alkoholeinfluss von vorneherein ausgegangen werden kann. So kann zum einen die Gefährdung des Untersuchungserfolgs nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlich zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen (BVerfGE 103, 142 [156] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382; BVerfG, NJW 2007, 1444; BGHSt 51, 285 [293] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601). Zum anderen kann bei Straftaten im Zusammenhang mit Alkohol und Drogen die typischerweise bestehende abstrakte - und damit gerade nicht einzelfallbezogene - Gefahr, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis der Tatbegehung erschwert oder gar verhindert wird, für sich allein noch nicht für die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs ausreichen (OLG Köln, ZfS 2009, 48 [49]; OLG Hamm, NJW 2009, 242 [243]; OLG Jena, Beschl. v. 25. 11. 2008 - 1 Ss 230/08, BeckRS 2009, 04235; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 [2598]). Anderenfalls würden die konkreten Umstände des Einzelfalls, etwa im Hinblick auf die jeweilige Tages- oder Nachtzeit, die jeweiligen Besonderheiten am Ort der Kontrolle, die Entfernung zur Dienststelle bzw. zum Krankenhaus mit Erreichbarkeit eines Arztes oder den Grad der Alkoholisierung und seine Nähe zu rechtlich relevanten Grenzwerten, völlig außer Betracht gelassen. Im Übrigen besteht die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes am Abend und an den Wochenenden zu gewährleisten (BVerfGE 103, 142 [156] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382; BVerfG, NJW 2007, 1444; BGHSt 51, 285 [293] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601). Die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs muss vielmehr auf Tatsachen gestützt werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist. Das Bestehen einer solchen Gefährdung unterliegt der vollständigen, eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ausschließenden gerichtlichen Überprüfung (BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]; NJW 2007, 1345 [1346]; BVerfGE 103, 142 [156] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382; OLG

Hamburg, NJW 2008, 2597 [2598]; OLG Hamm, NJW 2009, 242 [243]; OLG Jena, Beschl. v. 25. 11. 2008 - 1 Ss 230/08, BeckRS 2009, 04235).

cc) Voraussetzungen des § 81a II StPO

Somit ist im Rahmen des § 81a II StPO für die im konkreten Einzelfall zu beurteilende Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen hätten können, der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die StA bzw. - wie hier - ihre Ermittlungspersonen eine Eingriffsmaßnahme in Form der Blutentnahme für erforderlich hielten (BGHSt 51, 285 [289] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601). Die mit der Sache befasste Ermittlungsperson muss zu diesem Zeitpunkt eine eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung treffen. Dabei sind in diese Abwägung neben der wahrscheinlichen Dauer bis zum Eintreffen eines Arztes auf der Dienststelle bzw. bis zum Erreichen eines Krankenhauses und damit bis zur tatsächlichen Möglichkeit zur Entnahme der Blutprobe beim Beschuldigten sowohl die eintretende zeitliche Verzögerung mit oder ohne Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung als auch vor allem die bisher festgestellten konkreten Tatumstände am Ort der Kontrolle sowie das Verhalten des Beschuldigten einzubeziehen. Maßstab für die richterliche Entscheidungsdauer kann dabei - abhängig von der jeweiligen Tages- oder Nachtzeit - nur der Zeitraum sein, der mit einer Antragstellung und Bearbeitung durch den zuständigen Ermittlungsrichter verbunden ist. Hierbei ist davon auszugehen, dass nicht jede richterliche Anordnung nach § 81a StPO zwingend unter Vorlage schriftlicher Akten zu erfolgen hat. Vielmehr genügt es in diesen Fällen zunächst, eine mündliche Anordnung zu erwirken (BGHSt 51, 285 [295] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; OLG Hamm, NJW 2009, 242 [243]). Auch wenn den Polizeibeamten als Ermittlungspersonen grundsätzlich gem. § 162 I 1 StPO kein eigenes Antragsrecht gegenüber dem Ermittlungsrichter zusteht, führt die Mitteilung des Sachverhalts an den Staatsanwalt und dessen sich daran nach Prüfung des Sachverhalts anschließende Antragstellung bei der Ermittlung der richterlichen Entscheidungsdauer in der Regel nur zu geringen zeitlichen Verzögerungen (OLG Hamm, NJW 2009, 242 [243]; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238 [239]). In die Würdigung der konkreten Tatumstände ist insbesondere der durch eine Atemalkoholmessung bereits ermittelte oder durch Ausfallerscheinungen erkennbare Grad der Alkoholisierung und seine Nähe zu relevanten Grenzwerten einzubeziehen. Während bei einer höhergradigen Alkoholisierung eine kurzfristige Verzögerung ohne Gefährdung des Untersuchungserfolgs hinzunehmen ist, wird diese bei einer nur knappen Grenzwertüberschreitung eher zu bejahen sein. Vor allem ein unklares Ermittlungsbild oder ein komplexer

Sachverhalt mit der Notwendigkeit einer genauen Ermittlung des BAK-Werts wird als ein Indiz für die Bejahung einer Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden herangezogen werden können (OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 [2598]; OLG Hamm, NJW 2009, 242 [243]; OLG Jena, Beschl. v. 25. 11. 2008 - 1 Ss 230/08, BeckRS 2009, 04235). Eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch eine Verzögerung tritt folglich im jeweiligen Einzelfall dann ein, wenn die praktische Durchführung der Blutentnahme unter Berücksichtigung der dargestellten Kriterien zu einem Zeitpunkt für notwendig erachtet wird, der erheblich von dem abweicht, zu dem mit einer richterlichen Entscheidung gerechnet werden kann. Je größer der Zeitraum zwischen der Tatzeit bzw. der Verdachtsgewinnung am Tatort und der tatsächlichen Entnahmemöglichkeit ist, desto mehr zusätzliche Unsicherheiten werden im Hinblick auf die BAK zum Tatzeitpunkt begründet, wenn eine spätere Rückrechnung durchgeführt werden muss. Eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs kann sich im Übrigen auch aus dem Verhalten des Beschuldigten selbst ergeben, etwa wenn Nachtrunk im Raum steht oder der Beschuldigte sich ohne eine polizeiliche Anordnung zur Blutentnahme zu entfernen versucht und deshalb der BAK-Wert bis zum Erhalt einer richterlichen Entscheidung nicht ermittelt werden kann bzw. erheblich verändert wird, wenn keine anderen Festhaltegründe (§§ 163b, 127 II StPO) zur Verfügung stehen.

dd) Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 81a II StPO im vorliegenden Fall

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte waren im vorliegenden Verfahren die Voraussetzungen des § 81a II StPO für eine Eilanordnung durch die Ermittlungsperson nicht gegeben. Nach den Feststellungen des AG ergab sich hier im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle am Samstag, dem 2. 8. 2008 um 18.20 Uhr, nachdem auf Grund der vom Angekl. freiwillig durchgeführten Atemalkoholmessung mit 0,61 mg/l der dringende Tatverdacht für eine Trunkenheit im Verkehr bestand, für das anstehende Strafverfahren die Notwendigkeit einer Blutentnahme zum Nachweis des Grades der Alkoholisierung. Zu diesem Zeitpunkt war somit eine Prognoseentscheidung zur Gefährdung des Untersuchungserfolgs zu treffen. Zwar war der Grad der Alkoholisierung des Angeklagten in der Nähe des Grenzwerts von 1,1‰ ein Indiz für eine schnell durchzuführende Blutentnahme.

Andererseits erfolgte nach den Feststellungen des AG die Verdachtsgewinnung im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle in K., ohne dass besondere Umstände zu einer weiteren zeitlichen Verzögerung führten. Dies umso mehr, als bis zur tatsächlichen Entnahme der Blutprobe im E.-Krankenhaus in K. durch einen Arzt um 18.40 Uhr nur ein Zeitraum von 20 Mi-

nuten vergangen ist. Mit dieser kurzen zeitlichen und örtlichen Distanz allein kann somit eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs nicht begründet werden. Ob eine erhebliche zeitliche Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung zur Blutentnahme am Samstag, dem 2. 8. 2008, nach 18.20 Uhr eingetreten wäre, vermag der Senat vorliegend nicht zu beurteilen, weil von Seiten der ermittelnden Beamtin gar nicht der Versuch unternommen wurde, über den Bereitschaftsdienst der StA zumindest telefonisch mit dem zuständigen Ermittlungsrichter Kontakt aufzunehmen. Damit kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung zu einer erheblichen Verzögerung geführt hätte. Erst wenn der Ermittlungsrichter nicht erreichbar gewesen wäre oder er sich zu einer Entscheidung ohne Aktenstudium nicht in der Lage gesehen hätte, wäre eine eigene Entscheidung der Ermittlungsperson wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs in Betracht gekommen. Bei dem hier festgestellten Sachverhalt hat die Ermittlungsperson daher gegen § 81a II StPO verstoßen.

c) Kein Beweisverwertungsverbot trotz Verstoß gegen § 81a II StPO

Entgegen der Auffassung der Revision führt die fehlerhafte Anordnung der Blutentnahme durch die sachbearbeitende Polizeibeamtin zwar zu einem Beweiserhebungsverbot, aber gleichwohl nicht zu einem Verwertungsverbot.

aa) Voraussetzungen für das Entstehen eines Beweisverwertungsverbots

Welche Folgen sich aus der Nichtbeachtung des Richtervorbehalts in § 81a II StPO ergeben, hat der Gesetzgeber nicht entschieden. Ebenso wie bei einer Verletzung anderer Eingriffsnormen ist dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz fremd, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse ist vielmehr nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verfahrensverstößes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter (BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]; NJW 2006, 2684 [2686]; NStZ 2006, 46 [47] = NJW 2005, 3205 L; BGHSt 51, 285 [290] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; BGHSt 44, 243 [249] = NJW 1999, 959 = NStZ 1999, 203; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 [2598]; OLG Jena, Beschl. v. 25. 11. 2008 - 1 Ss 230/08, BeckRS 2009, 04235; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238 [239]). Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf die Wahrheitserfor-

schung "um jeden Preis" gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind (BGHSt 51, 285 [290] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; BGHSt 44, 243 [249] = NJW 1999, 959 = NStZ 1999, 203). Die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots ist folglich die Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Von einem Beweisverwertungsverbot ist deshalb nur dann auszugehen, wenn einzelne Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig geschädigt wird und folglich jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbots - jenseits des in § 136a III 2 StPO normierten - unerträglich wäre (BGHSt 51, 285 [290] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601). Für eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme einer gesetzlich eingeräumten Eilanordnungscompetenz ist ein Verbot der Verwertung hierbei gewonnener Erkenntnisse deshalb auch nur dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen von Gefahr in Verzug willkürlich angenommen, der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird oder wenn die den Richtervorbehalt begründende Rechtslage in gleichgewichtiger Weise gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt wird (BVerfGE 113, 29 [61] = NJW 2005, 1917; BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]; NJW 2006, 2684 [2686]; sowie zusammenfassend BGHSt 51, 285 [292] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601).

bb) Grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen § 81a II StPO

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich nach den tatrichterlichen Feststellungen keine annähernd vergleichbare Sachverhaltskonstellation, welche die Annahme eines Beweisverwertungsverbots rechtfertigt. Bereits das Gewicht des Verfahrensverstößes ist hier als gering einzustufen. Dies ergibt sich im vorliegenden Verfahren vor allem schon daraus, dass ein richterlicher Anordnungsbeschluss hier hätte ergehen müssen, nachdem auf Grund der rechtmäßig mit Einwilligung des Angekl. durchgeführten Atemalkoholmessung mit einer AAK von 0,61 mg/l der dringende Tatverdacht eines Trunkenheitsdelikts bestand, für dessen tatrichterlichen Nachweis es der Blutentnahme bedurfte. Ein um eine richterliche Anordnung ersuchter Ermittlungsrichter hätte daher im Rahmen seiner gem. § 162 II StPO nur vorzunehmenden Rechtmäßigkeitsprüfung die Zulässigkeit dieser Ermittlungshandlung der Blutentnahme gar nicht verneinen können, da

die materiellen Voraussetzungen für eine solche Anordnung nach § 81a I StPO vorlagen. Damit kommt dem Aspekt eines möglichen hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs hier eine wesentliche Bedeutung zu, ohne dass sich der Senat in Widerspruch zu der - auch von der Verteidigung zitierten - Entscheidung des BGH vom 18. 4. 2007 (BGHSt 51, 285 [296] = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601) setzt. Dort ist nur für den speziellen Fall des bewussten Ignorierens oder des sonst gröblichen Verkennens des Richtervorbehalts ausgeführt, dass dem hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlauf keine Bedeutung beigemessen werden kann. Im Gegensatz zur für den BGH dort maßgeblichen Regelung des § 105 StPO, bei dem einerseits ein intensiver Eingriff in das Wohnungsgrundrecht des Art. 13 GG im Raum steht und andererseits dem Ermittlungsrichter bei seiner Entscheidung über die Anordnung einer Zwangsmaßnahme ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Prüfung des Tatverdachts zusteht, wird hier auch kein wesentliches Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben. Der nur einfachgesetzliche Richtervorbehalt in § 81a StPO zählt gerade nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards (BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]). Weiter wird aus der im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallprüfung zu berücksichtigenden Art des Verbots deutlich, dass es den Ermittlungspersonen in § 81a II StPO kraft Gesetzes in Eilfällen ausdrücklich gestattet ist, eigene Anordnungen an Stelle des Richters zu treffen. Damit wird schon aus dieser gesetzlichen Erweiterung der Eilkompetenz - etwa im Vergleich zu den restriktiveren Zuständigkeitsregelungen des § 100b I 2 StPO oder des § 100d I 2 StPO bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen - erkennbar, dass der Gesetzgeber dem Richtervorbehalt hier aus objektiver Sicht eine geringere Bedeutung als bei anderen Eingriffsmaßnahmen beigemessen hat. Dies wird zusätzlich noch dadurch verstärkt, dass es sich bei § 81a II StPO nur um einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt handelt. Während mit der für eine Wohnungsdurchsuchung geltenden einfachgesetzlichen Regelung des § 105 StPO gleichzeitig auch der auf der Ebene des Verfassungsrechts zu beachtende Richtervorbehalt des Art. 13 II GG umgesetzt wird, fehlt bei Eingriffen nach § 81a StPO in die durch Art. 2 I GG geschützte körperliche Unversehrtheit eine vergleichbare verfassungsrechtliche Regelung (OLG Jena, Beschl. v. 25. 11. 2008 - 1 Ss 230/08, BeckRS 2009, 04235). Gegen ein Verwertungsverbot spricht hier auch die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter. Mit der Blutentnahme selbst ist nur ein minimaler Eingriff in die nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterstellte körperliche Unversehrtheit i.S. des Art. 2 II 1 GG verbunden, der heute als Standardmaßnahme bei jeder medizinischen Behandlung zu diagnostischen Zwecken regel-

mäßig und ohne weitere körperliche Beeinträchtigungen und Risiken vorgenommen wird. Dem stehen durch § 316 StGB und § 315c StGB geschützte hochrangige Interessen an der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs gegenüber, die es erforderlich machen, Leib und Leben der am Straßenverkehr teilnehmenden Bevölkerung dadurch zu schützen, dass die von alkoholisierten Verkehrsteilnehmern ausgehenden erheblichen Gefährdungen vermindert oder gar beseitigt werden. Die vom Angeklagten begangene Tat ist geeignet, die Sicherheit des Straßenverkehrs und damit auch Leib und Leben Dritter in erheblichem Maße zu gefährden, so dass auch die Abwägung dieses Gesichtspunktes mit der relativen Geringfügigkeit des Eingriffs zur Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots führen muss (OLG Köln, ZfS 2009, 48 [50]; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597 [2600]; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238 [239]).

cc) Kein Beweisverwertungsverbot wegen Verstoß gegen Willkürverbot

Auch kann nach den Feststellungen des AG nicht von einer willkürlichen Annahme von Gefahr in Verzug oder einer bewusst und gezielt umgangenen oder ignorierten Dokumentationspflicht ausgegangen werden. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot ist anzunehmen, wenn die der angegriffenen Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht. Dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Vorwurf. Willkürlich im objektiven Sinn ist eine Maßnahme, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist (BVerfG, Beschl. v. 21. 1. 2008 - 2 BvR 2307/07, unter Verw. auf BVerfGE 80, 48 [51] = NJW 1989, 1917; BVerfGE 83, 82 [84] = NJW 1991, 157; BVerfGE 86, 59 [63] = NJW 1992, 1675). Nach den Feststellungen des AG liegt eine solche willkürliche Missachtung der richterlichen Anordnungsbefugnis durch die Polizeibeamtin nicht vor. Zwar hätte außerhalb der Dienstzeiten, hier am Samstag zwischen 18 und 19 Uhr, ein Ermittlungsrichter, der die Blutentnahme anordnet, möglicherweise erreicht werden können. Wenn die Polizeibeamtin sich darauf beruft, dass die Anordnung von Blutentnahmen durch Polizeibeamte an ihrer Dienststelle gängige Praxis sei und dass angesichts des schnellen Abbaus von Alkohol im Körper Schwierigkeiten mit dem Tatnachweis gegeben seien, wenn es zu Verzögerungen bei der Blutentnahme komme, lässt sich bei dem hier vorliegenden Sachverhalt je-

denfalls ein tatsächlich und eindeutig unangemessenes Verhalten nicht annehmen. Dies gilt erst recht, wenn - wie hier - auf Grund des gemessenen Atemalkoholwerts von 0,61 mg/l der vermutete Alkoholisierungsgrad des Angekl. sehr nahe an der Grenze des Mindestwerts für die unwiderlegbare Indizwirkung der absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,1‰ liegt und nach den Feststellungen des AG auf Grund der durchgeführten allgemeinen Verkehrskontrolle beim Angekl. keine Anhaltspunkte für alkoholbedingte Fahrfehler ermittelt werden konnten. Es kann daher nicht als willkürlich angesehen werden, wenn die ermittelnde Polizeibeamtin ihre Eilkompetenz nach § 81a II StPO hier angenommen hat. Hinzu kommt, dass nach der bisherigen Rechtsprechung und Kommentarliteratur zum Zeitpunkt der Anordnung die Auslegung des § 81a II StPO uneinheitlich war.

d) Kein Verstoß dieser Entscheidung gegen die BVerfG-Rechtsprechung

Diese Rechtsauffassung des Senats steht auch im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Danach obliegt es in erster Linie den zuständigen Fachgerichten zu beurteilen, welche Folgen sich aus einem möglichen Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften ergeben und ob ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist (BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]). Die grundsätzliche Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots bei einer Blutprobenentnahme ohne richterliche Anordnung bei Verdacht eines Trunkenheitsdelikts ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere ergibt sich weder ein Verstoß gegen den effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) noch gegen die Grundsätze eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens i.S. des Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgarantie geboten. Auch ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine willkürliche, den Fairnessgrundsatz ignorierende Handhabung der strafprozessualen Grundsätze über Beweisverwertungsverbote (BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]). Dies umso mehr, als „bereits der in § 81a StPO enthaltene Richtervorbehalt nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards zu zählen sein (dürfte)“, so dass die Annahme eines Beweisverwertungsverbots unter diesem Gesichtspunkt nicht geboten ist (BVerfG, NJW 2008, 3053 [3054]).

2. Zur Sachrüge

Die erhobene Sachrüge deckt ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. auf. [...]

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Grundrechte****Problem: Verfassungsmäßigkeit der Stellplatzabgabe**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 05.03.2009
2 BvR 1824/05 (NVWZ 2009, 837)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Erhebung einer sog. "Stellplatzabgabe" verfassungsgemäß ist. In den Bauordnungen der Länder ist vorgesehen, dass Bauherren bei Bauvorhaben, die Zu- und Abgangsverkehr erwarten lassen (z.B. Bürogebäude) auch eine bestimmte Anzahl von Pkw-Stellplätzen bauen müssen. Ist dies nicht möglich, etwa weil kein Platz dafür vorhanden ist, kann regelmäßig ein Ablösebetrag gezahlt werden, mit dem der Bauherr sich von der Pflicht zur Errichtung der Stellplätze "freikauf". Eine solche Regelung enthält auch der hier streitgegenständliche § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO (in anderen Bundesländern vgl. nur §§ 51 BauO NRW, 48 BauO MV, 47a NBauO, 44 Hess-BauO; 50 III BerlBauO; 47 IV RhPfBauO; § 49 VII, VIII ThürBauO). Fraglich ist deren formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit.

A. Die Gesetzgebungskompetenz für Steuern folgt aus Art. 105 ff. GG. Die Stellplatzabgabe ist aber keine Steuer, weil sie eine Ausgleichsfunktion für die Nichterrichtung von Stellplätzen hat, m.a.W. in einem speziellen Sach- und Zweckzusammenhang mit baurechtlichen Vorhaben steht. In dieser Ausgleichsfunktion unterscheidet sie sich von Steuern, die eine solche nicht haben. Es handelt sich auch nicht um eine Gebühr, da keine konkrete Gegenleistung fließt, und auch nicht um einen Beitrag, da keine abstrakte Nutzungsmöglichkeit gewährt wird. Vielmehr handelt es sich um eine Abgabe sui generis, eine sog. "Sonderabgabe".

B. Für die Gesetzgebungskompetenz aller Abgaben außer Steuern - also Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben - gelten Art. 70 ff. GG. Für die hier einschlägige Stellplatzabgabe bleibt es nach Art. 70 GG bei der Kompetenz der Länder.

C. Materiell unterscheidet das BVerfG elementar zwei Arten von Sonderabgaben: Solche mit und solche ohne Finanzierungsfunktion.

I. Das Grundgesetz schließt die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben nicht von vornherein aus, da es keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen enthält. Trotz dieser Offenheit lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die grundgesetzliche Finanzverfas-

sung in Art. 104a ff. GG ihre Funktion verlöre, wenn unter Umgehung ihrer Verteilungsregeln beliebig nichtsteuerliche Abgaben begründet werden könnten. Besonders streng müssen daher Sonderabgaben behandelt werden, die ähnlich wie Steuern auf Einnahmeerzielung gerichtet sind (Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion). Solche sind nur verhältnismäßig, wenn...

1. sie nicht *nur* der Einnahmeerzielung dienen, sondern zumindest auch einen darüber hinaus gehenden Sachzweck verfolgen,
2. mit ihr nur eine homogene Gruppe belegt wird, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht,
3. das Abgabenaufkommen zugunsten dieser Gruppe ("gruppennützig") verwendet wird
4. die Abgabe einer periodischen Überprüfung durch den Gesetzgeber unterliegt und
5. die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentiert werden (vgl. BVerfGE 110, 370 [389]; 113, 128 [150]; st. Rspr.).

II. Bei Sonderabgaben ohne Finanzierungsfunktion ist das BVerfG weniger streng. Diese sind schon verhältnismäßig, wenn...

1. sie sich sachlich rechtfertigen lassen, m.a.W. nicht willkürlich erhoben werden,
2. die Belastungen für die Betroffenen nicht unverhältnismäßig hoch sind und
3. die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentiert werden (BVerfGE 93, 319 [342ff.]; 108, 186 [215ff.]; st. Rspr.).

D. Das BVerfG hatte § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO im Jahre 2005 als Sonderabgabe ohne Finanzierungsfunktion eingestuft und daher nur an den mildereren Anforderungen gemessen. Das BVerfG lässt vorliegend offen, ob diese Einstufung zutrifft, weil jedenfalls auch die strengeren Anforderungen an eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion erfüllt seien.

Prüfungsrelevanz:

Die hier angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragen lassen sich inzidenter in baurechtliche Aufgaben ebenso einbauen wie in rein verfassungsrechtlich ausgerichtete Fälle. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn die Finanzverfassung nach Art. 104a ff. GG nicht Pflichtfachstoff sein sollte, denn diese spielt allenfalls

im Rahmen der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs mittelbar eine Rolle. Ansonsten unterfallen Sonderabgaben - wie oben ausgeführt - gerade nicht den Art. 104a ff. GG. Die Kenntnis der Gesetzgebungskompetenzen und der Grundrechte gehört zum Basiswissen jedes Prüflings im ersten und zweiten juristischen Staatsexamen.

Hinzu kommt für diesen Fall, dass die Stellplatzabgabe immer wieder in der politischen Diskussion ist, weil sie nach Ansicht mancher Parteien notwendige Bauvorhaben besonders in den Innenstädten blockiere.

Vertiefungshinweise:

- Verfassungsmäßigkeit des § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO: *BVerwG*, NVwZ 2005, 215
- Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion: *BVerfGE* 55, 274 [300]; 75, 108 [147]; 82, 159 [178]; 91, 186 [201]; 101, 141 [147]
- Sonderabgaben ohne Finanzierungsfunktion: *BVerfGE* 81, 156 [186]; 50, 217 [226]; 91, 207 [223]; 93, 319 [342]; 108, 186 [215]

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Lottokönig"
- Examenskurs*: "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsätze:

- 1. Die Erhebung von Ausgleichsbeträgen für Stellplätze gem. § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO verstößt nicht gegen das Grundgesetz.**
- 2. Es bleibt offen, ob Ausgleichsabgaben i.S. von § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO eine Sonderabgabe mit oder ohne Finanzierungsfunktion darstellen. Jedenfalls sind auch die (strengeren) verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion erfüllt.**

Sachverhalt:

Die Bauordnung der Freien und Hansestadt Hamburg enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 48: Stellplätze für Kraftfahrzeuge und Fahrradplätze

(1) Werden bauliche Anlagen sowie andere Anlagen, bei denen ein Zu- und Abfahrtsverkehr zu erwarten ist, errichtet, sind Stellplätze für Kraftfahrzeuge sowie Fahrradplätze auf dem Grundstück oder, durch Baulast gesichert, auf einem geeigneten Grundstück in der Nähe in geeigneter Beschaffenheit herzustellen oder nachzuweisen (notwendige Stellplätze und notwendige Fahrradplätze).

2 Ihre Zahl und Größe richtet sich nach Art und Zahl der vorhandenen und zu erwartenden Kraftfahrzeuge und Fahrräder der ständigen Benutzerinnen und Be-

nutzer und Besucherinnen und Besucher der Anlagen. [...]

§ 49 Ausgleichsabgabe für Stellplätze und Fahrradplätze

(1) Die Verpflichtung nach § 48 wird durch Zahlung eines Ausgleichsbetrages an die Freie und Hansestadt Hamburg erfüllt, wenn notwendige Stellplätze oder notwendige Fahrradplätze nicht oder nur unter unzumutbaren Schwierigkeiten hergestellt oder nachgewiesen werden können. [...]

(2) Der Ausgleichsbetrag nach Absatz 1 beträgt [...es folgt eine Tabelle mit den genauen, von der Lage und der Anzahl der abzulösenden Stellplätze abhängigen Beträgen].

(4) Die Ausgleichsbeträge dürfen nur verwendet werden zum Erwerb von Flächen sowie zur Herstellung, Unterhaltung, Grundinstandsetzung und Modernisierung von 1. baulichen Anlagen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen außerhalb öffentlicher Straßen und von Fahrrädern,

2. Verbindungen zwischen Parkeinrichtungen und Haltestellen des öffentlichen Personennahverkehrs,
3. Parkleitsystemen und anderen Einrichtungen zur Verringerung des Parksuchverkehrs sowie für sonstige Maßnahmen zugunsten des ruhenden Verkehrs sowie
4. Einrichtungen des öffentlichen Personennahverkehrs und von öffentlichen Radverkehrsanlagen.

Bürger B meint, die Pflicht zur Zahlung der Stellplatzabgabe verletze ihn als Bauherrn in seinen Grundrechten. Die Freie und Hansestadt Hamburg habe schon keine Kompetenz zum Erlass derartiger Vorschriften. Zudem seien die Bürger durch hohe Steuern bereits genug belastet. Für ihn, der sich eine Stellplatzabgabe nicht leisten könne, liefe die Regelung faktisch auf ein Bauverbot hinaus.

Ist diese Auffassung zutreffend?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass der Landesgesetzgeber sich zuletzt vor sechs Jahren mit der o.g. Regelung beschäftigt hat und alle Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan der Freien und Hansestadt Hamburg ausgewiesen sind.]

Lösung:

Die Auffassung des B träge zu, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in ein Grundrecht vorläge.

A. Eigentum, Art. 14 I GG

Zunächst könnte der Schutzbereich von Art. 14 I 1 GG betroffen sein. Art. 14 I 1 GG schützt das Eigentum. Darunter ist die Summe aller vermögenswerten, durch die Gesetze gewährten konkreten Rechtspositionen zu verstehen. Dazu gehören neben dem Eigentum im

bürgerlich-rechtlichen Sinne auch Besitz, beschränkt-dingliche Rechte, schuldrechtliche Forderungen u.v.m. Die Stellplatzabgabe greift aber nicht in eine durch die Gesetze gewährte konkrete Rechtsposition ein, sondern schöpft, indem sie eine Geldzahlungspflicht auferlegt, nur das Vermögen selbst ab. Das Vermögen als solches ist durch Art. 14 I 1 GG gerade nicht geschützt. Auch die Rüge des B, für ihn führe die Stellplatzabgabe zumindest faktisch zu einem Eingriff in seine Baufreiheit, führt nicht weiter. Die Gesetze gewähren kein Recht, ohne hinreichende Mittel ein Grundstück bebauen zu können.

B. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

Es könnte jedoch eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

Art. 2 I GG schützt in seiner Funktion als allgemeines Auffanggrundrecht jedes Verhalten. Diesem positiven Schutz steht ein negativer Schutz spiegelbildlich gegenüber, also das Recht, ein bestimmtes Verhalten nicht an den Tag legen zu müssen. Dazu gehört auch das Recht, keine Zahlungen an den Fiskus leisten zu wollen. Der Schutzbereich des Art. 2 I GG ist also betroffen. Speziellere Regelungen sind nicht ersichtlich, sodass die allgemeine Handlungsfreiheit auch nicht als subsidiär zurücktritt (s.o. insbesondere zu Art. 14 I 1 GG).

II. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, mithin jede negative Folge, die sich nicht in einer Bagatelle erschöpft. Die Stellplatzabgabe bedeutende Vermögenswerte abschöpfen und ist allein deshalb nicht als Bagatelle anzusehen. Hinzu kommt, dass sie faktisch Bauvorhaben vereiteln mag, wenn der Bauherr über genügend Mittel für das Bauvorhaben, nicht aber zusätzlich noch für die Stellplatzabgabe verfügt.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

1. Schranke

Schranke des Art. 2 I GG ist die Trias aus verfassungsmäßiger Ordnung, den Rechten anderer und des Sittengesetzes, Art. 2 I, 2. Hs GG. Hier kommt die verfassungsmäßige Ordnung als Schranke in Betracht. Diese umfasst jeden Rechtssatz, also Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen und auch Gewohnheitsrecht. Der hier streitgegenständliche § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO ist ein Parlamentsgesetz und somit grds. taugliche Schranke in diesem Sinne.

2. Schranken-Schranken

§ 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO müsste aber auch den sonstigen Anforderungen genügen, die das Grundgesetz in formeller und materieller Hinsicht an den Erlass von Gesetzen stellt.

a. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Im Hinblick auf die formelle Verfassungsmäßigkeit ist allein die Gesetzgebungskompetenz der Freien und Hansestadt Hamburg fraglich.

aa. Grundsatz

Grundsätzlich haben die Länder - und damit auch die Freie und Hansestadt Hamburg - das Recht zur Gesetzgebung aus Art. 70 I GG.

bb. Keine Ausnahme

Es dürfte keine diesen Grundsatz verdrängende Ausnahme existieren.

(1). Aus Art. 105 II GG

Nach Art. 105 II GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Steuern. Nach Ansicht des BVerfG greift Art. 105 II GG hier aber schon deshalb nicht ein, weil die Stellplatzabgabe nach § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO keine Steuer ist:

“Art. 105 GG begründet als spezielle finanzverfassungsrechtliche Norm Gesetzgebungskompetenzen für Steuern. Für öffentlich-rechtliche Abgaben, die keine Steuern sind (nichtsteuerliche Abgaben), richtet sich die Gesetzgebungskompetenz nach den allgemeinen Regeln über die Sachgesetzgebungskompetenzen (vgl. BVerfGE 4, 7 [13] = NJW 1954, 1235; BVerfGE 113, 128 [145] = NVwZ 2005, 1171; st. Rspr.). Der Ausgleichsbetrag ist eine nichtsteuerliche Abgabe.

Zu den nichtsteuerlichen Abgaben gehören außer den herkömmlichen Vorzuglasten (Gebühren und Beiträge) und den Sonderabgaben im engeren Sinne, mit denen ein Finanzierungszweck verfolgt wird, auch sonstige nichtsteuerliche Abgaben, die durch spezielle Sach- und Zweckzusammenhänge unterscheidungskräftige Merkmale aufweisen und deshalb nicht in Konkurrenz zu den Steuern treten (vgl. BVerfGE 101, 141 [150f.] = NVwZ 2000, 307; BVerfGE 108, 186 [217] = NVwZ 2003, 1241). Das BVerfG hat einen speziellen Sach- und Zweckzusammenhang unter anderem bei einer charakteristischen Antriebs- oder Ausgleichsfunktion (vgl. BVerfGE 13, 167 [172] = NJW 1961, 2155; BVerfGE 57, 139 [167f.] = NJW 1981, 2107; BVerfGE 67, 256 [277] = NJW 1985, 37), bei einer Abschöpfungsabgabe zur Rückabwicklung staatlich gewährter Subventionsvorteile (vgl. BVerfGE 78, 249 [266] = NJW 1988, 2529) und bei einer Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung für ein Gut der All-

gemeinheit (vgl. BVerfGE 93, 319 [345] = NVwZ 1996, 469) bejaht.

Der Ausgleichsbetrag gem. § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO wird entscheidend durch seine Ausgleichsfunktion geprägt, steht deswegen in einem speziellen Sach- und Zweckzusammenhang und unterscheidet sich von den Steuern. Die Vorschrift ist Teil des einheitlichen Regelungskomplexes der §§ 48, 49 HbgBauO. Dort finden sich "Stellplatzregelungen" (vgl. Bürgerschafts-Dr 15/3062, S. 7ff.) zur Bewältigung des ruhenden und des Parkplatzsuchverkehrs. Die Instrumente der Stellplatz- und Fahrradplatzpflicht und ihrer ersatzweisen Erfüllung durch den Ausgleichsbetrag bilden eine untrennbare Einheit. Zusammen regeln sie die Belastung der Bauherren durch eine Primär- und eine an deren Stelle tretende Sekundärpflicht. In diesem Rahmen steht die belastungsangleichende Funktion des Ausgleichsbetrags als Ersatz für die gesetzliche Handlungspflicht "Schaffung eines Stellplatzes" in den Fällen, in denen die tatsächliche Herstellung nicht möglich ist, im Vordergrund (vgl. Bürgerschafts-Dr 15/3062, S. 9). Die Funktion als Geldleistung, die den durch die Nichterfüllung einer öffentlich-rechtlichen Naturalverpflichtung entstehenden wirtschaftlichen Vorteil ausgleicht, prägt den Charakter der Abgabe und qualifiziert sie in kompetenzrechtlicher Hinsicht als nichtsteuerlich (vgl. BVerfGE 92, 91 [114] = NJW 1995, 1733 = NVwZ 1995, 781 L).

(2). *Aus Art. 70 ff. GG*

Richtet sich die Gesetzgebungskompetenz somit nach den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff. GG, stellt sich die weitere Frage, ob die Stellplatzabgabe dort dem Bund unmittelbar oder zumindest mittelbar im Sachzusammenhang mit einer der dort geregelten Materien zugewiesen ist. Das BVerfG verneint auch dies:

"Die Bestimmungen über den Ausgleichsbetrag gehören ebenso wenig wie die Bestimmungen über die Stellplatzpflicht, an deren Stelle die Abgabe tritt, zu den dem Bund vorbehaltenen Gesetzgebungsmaterien. Es besteht auch keine konkurrierende, vom Bund mit Sperrwirkung ausgeübte Gesetzgebungskompetenz. Es handelt sich insbesondere nicht um Regelungen des Straßenverkehrs (Art. 74 I Nr. 22 GG) oder des Bodenrechts (Art. 74 I Nr. 18 GG), sondern um solche des Bauordnungsrechts (vgl. BVerwG, NJW 1986, 600 = NVwZ 1986, 204 L; BVerfGE 3, 407 [430ff.] = NJW 1954, 1474; BVerfGE 40, 261 [265f.] = NJW 1976, 141). Denn geregelt werden Maßnahmen zur Bewältigung der Auswirkungen der Errichtung einer bestimmten baulichen Anlage auf den ruhenden und den Parkplatzsuchverkehr. Das Bauordnungsrecht ist aber einer bundesgesetzlichen Regelung nicht zugänglich (vgl. BVerfGE 3, 407 [430ff.] = NJW 1954, 1474; BVerfGE 40, 261 [265f.] = NJW 1976, 141)."

cc. Zwischenergebnis

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass von § 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO aus Art. 70 I GG. Da auch keine Verfahrens- oder Formverstöße ersichtlich sind, ist die Norm formell verfassungsgemäß.

[Anm.: Das GG regelt das Verfahren und Form von Landesgesetzen nicht. Falsch wäre es daher, an dieser Stelle Art. 76 ff. GG zu zitieren. Dennoch: Läge etwa ein Verstoß gegen Verfahrens- oder Formvorschriften der Landesverfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vor, wären diese bei der hier abstrakt gestellten Fallfrage ebenfalls zu prüfen. Anders wiederum läge es, wenn der Fall vor dem BVerfG spielte, etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde: Das BVerfG prüft nur das Grundgesetz, nicht die Landesverfassungen.]

b. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich bleibt, ob ein Verstoß gegen materielle Verfassungsprinzipien vorliegt. Hier begrenzen insbesondere die Art. 104a ff. GG den Regelungsspielraum des Gesetzgebers:

"Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ergeben sich aus den Begrenzungs- und Schutzfunktionen der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) Grenzen für Abgaben, die der Gesetzgeber in Wahrnehmung einer ihm zustehenden Sachkompetenz auferlegt. Die Finanzverfassung, die die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenzen im Wesentlichen - neben den Zöllen und Finanzmonopolen - nur für das Finanzierungsmittel der Steuer regelt, schließt die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben verschiedener Art zwar nicht aus; das Grundgesetz enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen. Die grundgesetzliche Finanzverfassung verliere aber ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern beliebig nichtsteuerliche Abgaben unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln begründet werden könnten und damit zugleich ein weiterer Zugriff auf die Ressourcen der Bürger eröffnet würde. Die Finanzverfassung des Grundgesetzes schützt insofern auch die Bürger."

aa. Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion

Für Sonderabgaben ohne Finanzierungsfunktion leitet das BVerfG aus dem Kanon der Art. 104a ff. GG folgende Grundsätze ab:

"Die Erhebung einer Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion im engeren Sinne [ist] nur gerechtfertigt, wenn sie im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks geschieht, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht, wenn mit ihr nur eine homogene

Gruppe belegt wird, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann, wenn das Abgabenaufkommen gruppennützig verwendet wird, wenn die Abgabe einer periodischen Überprüfung durch den Gesetzgeber unterliegt und wenn die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentiert werden (vgl. BVerfGE 110, 370 [389]; 113, 128 [150]; st. Rspr.).“

bb. Sonderabgaben ohne Finanzierungsfunktion

“Bei anderen Abgaben, bei denen nicht die Finanzierung einer besonderen Aufgabe Anlass zu ihrer Einführung gab, können solche Maßstäbe nicht uneingeschränkt gelten (vgl. BVerfGE 67, 256 [277f.] = NJW 1985, 37). Das sind insbesondere Ausgleichsabgaben eigener Art wie die Feuerwehrabgabe und die Ausgleichsabgabe nach dem Schwerbehindertengesetz (vgl. BVerfGE 67, 256 [277f.]; 92, 91 [114]; 108, 186 [220]), deren Zweck nicht die Finanzierung einer besonderen Aufgabe ist, sondern der Ausgleich einer Belastung, die sich aus einer primär zu erfüllenden öffentlich-rechtlichen Pflicht ergibt (BVerfGE 92, 91 [117]). Solche Abgaben sind durch einen besonderen unterscheidungskräftigen Belastungsgrund gekennzeichnet (vgl. BVerfGE 113, 128 [150]). Ist mit einem solchen Belastungsgrund ein unterscheidungskräftiges Merkmal vorhanden, das verhindert, dass die Abgabe in Konkurrenz zu den Steuern tritt, kommt es auf die Sachnähe der Abgabepflichtigen und die Gruppennützigkeit der Mittelverwendung nicht entscheidend an. Dient die Sonderabgabe im weiteren Sinne dem Ausgleich eines Vorteils, der durch die Nichterfüllung einer öffentlichrechtlichen Handlungspflicht entsteht, so kann sie nur gerechtfertigt sein, wenn die Auferlegung der Verhaltenspflicht selbst verfassungsgemäß ist (vgl. BVerfGE 13, 167 [170f.]; 57, 139 [153ff.]; 92, 91 [119]). Die auszugleichende Naturallast muss sich zudem in der Rechtswirklichkeit als reale Belastung aktualisieren; tritt sie nur in ihrem Surrogat, der Geldlast, in Erscheinung, so verfehlt sie von vornherein ihren Ausgleichszweck (vgl. BVerfGE 92, 91 [118ff.]). Schließlich muss die Belastungsgleichheit zwischen denen, die die Naturalverpflichtung erfüllen, und denen, die zu der Abgabe herangezogen werden, gewahrt sein (vgl. zur Abschöpfungsabgabe BVerfGE 93, 319 [347] = NVwZ 1996, 469).“

cc. Subsumtion

Ob die Stellplatzabgabe (auch) eine Finanzierungsfunktion erfüllt oder nicht, ist zweifelhaft. Einerseits “spart” der Bürger gleichzeitig den Bau der Stellplätze, sodass man sie nur als ein Surrogat für einen von ihm gezogenen Vorteil einstufen könnte (so BVerwG, NVwZ 2005, 215). Andererseits lässt sich nicht leug-

nen, dass dem Staat Gelder und somit Vermögensvorteile zufließen, die in Zeiten knapper Haushaltskassen willkommen sein dürften. Letztlich kann die Beantwortung dieser Frage jedoch dahinstehen, wenn jedenfalls auch die strengerem, an eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion zu stellenden Anforderungen nach oben aa). erfüllt sind. Das BVerfG bejaht dies:

(1). Sachzweck über die Finanzbeschaffung hinaus

“Ein besonderer unterscheidungskräftiger Belastungsgrund ist gegeben. Er liegt in der Funktion des Ausgleichsbetrags, die durch die Nichterfüllung der Stellplatzpflicht entfallende wirtschaftliche Belastung auszugleichen. Hierdurch soll verhindert werden, dass Bauherren, die notwendige Stellplätze herstellen können, erheblich stärker belastet werden als Bauherren, deren Planung auf eine bauliche Anlage gerichtet ist, für die die Stellplatzpflicht nicht erfüllt werden kann. Die Ausgleichsfunktion der Abgabe steht ganz im Vordergrund. Das ergibt sich aus der Regelungsstruktur, in der die öffentlich-rechtliche Naturalverpflichtung und der Ausgleichsbetrag für den Fall der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung in untrennbarem Zusammenhang stehen. Die Bestimmungen über die Verwendung der Ausgleichsbeträge in § 49 II HgbBauO treten dahinter zurück und stellen nur eine durch den Finanzierungseffekt der Abgabe bedingte Folgeregelung dar.

Dass die Auferlegung der öffentlich-rechtlichen Pflicht, deren Nichterfüllung ausgeglichen wird, verfassungswidrig sein könnte, ist nicht ersichtlich. Die Verpflichtung, auf dem Baugrundstück oder in dessen Nähe Stellplätze zu schaffen, wenn von der Anlage ein Zu- und Abfahrtsverkehr zu erwarten ist, ist eine grundsätzlich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (vgl. BVerwGE 29, 261 [267] = NJW 1968, 1842; BVerwG, NJW 1986, 600). Die Stellplatzpflicht aktualisiert sich als Belastung in der Rechtswirklichkeit. Sie ist regelmäßige Begleiterscheinung der meisten Bauvorhaben. Ein Teil der neuerrichteten baulichen Anlagen würde zwar mutmaßlich auch dann mit ausreichenden Stellplätzen versehen, wenn dazu keine Verpflichtung bestünde. Es ist aber nicht zu erkennen, dass das für alle Bauvorhaben gelten könnte.”

(2). Homogene Gruppe

“Die Verpflichtung zur Herstellung von Stellplätzen beziehungsweise zur Entrichtung des Ausgleichsbetrags trifft die Bauherren verkehrswirksamer baulicher Anlagen und damit eine in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorfindliche Gruppe (vgl. auch BVerwGE 122, 1 [8] = NVwZ 2005, 215).“

(3). Gruppennützige Verwendung

“In der Literatur wird vertreten, dass das Aufkommen

funktionsgleich für solche Maßnahmen verwendet werden müsse, die geeignet sind, die Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht zu kompensieren (vgl. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 222f.; Jochum, StuW 2006, 134 [142f.]; Wendt, HStR VI, 3. Aufl. [2008], § 139 Rdnr. 58; a.A. Staudacher, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Sonderabgaben, 2004, S. 117f.). Das BVerfG hat den Umstand, dass ein Abgabenaufkommen zweckgebunden verwaltet wurde, zur Abgrenzung der betroffenen Abgabe von den Steuern mit herangezogen (vgl. BVerfGE 57, 139 [166] = NJW 1981, 2107); in diesem Sinne kann eine Zweckbindung rechtfertigend wirken. Andererseits hat das BVerfG für den Fall, dass das Aufkommen in den Haushalt eingestellt wird, ausgesprochen, dass eine gleichwohl vorgesehene Zweckbindung nicht schon an sich, sondern nur dann verfassungsrechtlich bedenklich ist, wenn die Zweckbindung ein unvertretbares Ausmaß erreicht und die Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers einengt (vgl. BVerfGE 78, 249 [269f.]; 93, 319 [348]).

Sollte eine funktionsgleiche Mittelverwendung verfassungsrechtlich geboten sein, so ist diese jedenfalls durch § 49 II HbgBauO gewährleistet. Danach dürfen die Ausgleichsbeträge nur verwendet werden zum Erwerb von Flächen sowie zur Herstellung, Unterhaltung, Grundinstandsetzung und Modernisierung von baulichen Anlagen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen außerhalb öffentlicher Straßen und von Fahrrädern, Verbindungen zwischen Parkeinrichtungen und Haltestellen des öffentlichen Personennahverkehrs, Parkleitsystemen und anderen Einrichtungen zur Verringerung des Parksuchverkehrs sowie für sonstige Maßnahmen zu Gunsten des ruhenden Verkehrs sowie Einrichtungen des öffentlichen Personennahverkehrs und von öffentlichen Radverkehrsanlagen. Diese Maßnahmen sind zur Verringerung des ruhenden und des Parkplatzsuchverkehrs und zur Minderung seiner Auswirkungen geeignet. Das gilt auch für die von den Bf. bemängelte Förderung des öffentlichen Personennahverkehrs und des Radverkehrs. Die Mittelverwendung kann insgesamt als Kompensation der unterbliebenen Erfüllung der Stellplatzpflicht durch die Abgabepflichtigen angesehen werden.”

(4). Periodische Überprüfung durch den Gesetzgeber

“Ein Verstoß gegen die Überprüfungspflicht liegt jedenfalls nicht vor. Bei Sonderabgaben mit Finanzierungszweck besteht eine Pflicht des Gesetzgebers, in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen, ob seine Entscheidung für die Erhebung der Abgabe wegen veränderter Umstände zu ändern oder aufzuheben ist

(vgl. BVerfGE 55, 274 [308]; 82, 159 [181]). Die Angemessenheit der Zeitabstände, innerhalb deren der Gesetzgeber die Fortdauer der sachlichen Rechtfertigung einer nichtsteuerlichen Sonderabgabe zu überprüfen hat, lässt sich nicht generell und abstrakt, sondern nur nach den besonderen Umständen der konkreten Sonderabgabe und den ihr zu Grunde liegenden Verhältnissen festlegen (vgl. BVerfGE 108, 186 [231]; 110, 370 [392]). Es ist nicht erforderlich, dass durch das Abgabengesetz ein besonderes Überprüfungsverfahren eingeführt wird (vgl. BVerfGE 108, 186 [230f.]).

Der hamburgische Gesetzgeber [hatte sich] im September 1995 mit den Ausgleichsbeträgen gem. § 49 HbgBauO beschäftigt. [...] Dass es zwischen 1995 und 2001 beim ruhenden und Parkplatzsuchverkehr einen besonders raschen Wandel der Verhältnisse gegeben hätte, ist nicht zu erkennen. Nach den Verhältnissen des betroffenen Rechtsgebiets bedeutet ein Zeitraum von sechs Jahren seit der letzten Prüfung durch den Gesetzgeber noch keinen unangemessen langen zeitlichen Abstand.”

(4). Ausweisung im Haushaltsplan

“Nach den Feststellungen der Fachgerichte, auf die die angegriffene Entscheidung des OVG Bezug genommen hat, werden Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan der Freien und Hansestadt Hamburg ausgewiesen (vgl. BVerwGE 122, 1 [9] = NVwZ 2005, 215). Damit ist hier den für die in Rede stehende Abgabe geltenden Anforderungen hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Informationspflichten Genüge getan.”

dd. Zwischenergebnis

§ 49 I 1 Nr. 1 HbgBauO verstößt auch nicht gegen die materiellen Vorgaben der Art. 104a ff. GG. Ein Verstoß gegen andere materielle Verfassungsgrundsätze ist auch nicht ersichtlich. Die Norm ist damit auch im Übrigen materiell verfassungsgemäß.

[Anm.: Vertretbar wäre es, zusätzlich noch die Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG zu prüfen. Allerdings sind die oben genannten, vom BVerfG aus Art. 104a ff. GG abgeleiteten Kriterien im Grunde nichts anderes als eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dies erklärt, warum das BVerfG im Originalfall auf die Verhältnismäßigkeit auch nicht eingegangen ist.]

IV. Ergebnis

Die Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 2 I GG gelingt, ein Grundrechtsverstoß liegt nicht vor. Die Auffassung des B ist unzutreffend.

Standort: Kreditsicherung**Problem: Rückabwicklung verbundener Verträge**

BGH, URTEIL VOM 10.03.2009

XI ZR 33/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt Rückzahlung von Tilgungsleistungen auf ein Darlehen und einer Eigenkapitalleistung. Er benötigte das Darlehen zur Finanzierung des Erwerbs von Fondsanteilen benötigte. Die Höhe des Anteils betrug 40.000 € zuzüglich Agio (Aufgeld) i.H.v. 5 %. Der Kl. leistete eine Eigenkapitalzahlung i.H.v. 10.000 € und finanzierte den Rest über ein Darlehen bei der Bekl.. Unter dem 14.02.2003 übergab die Bekl. dem Kl. ein bereits unterschriebenes Darlehensangebot i.H.v. 32.000 €, welches mit einer Widerrufsbelehrung versehen war. Unter dem 22.02.2003 bestätigte der Kl. den Empfang von Antrag und Belehrung und unterzeichnete am 15.03.2003 den Darlehensvertrag sowie durch gesonderte Erklärung die Kenntnisnahme der Widerrufsbelehrung. Der Kl. erbrachte bis zum 30.12.2005 die Tilgungsleistungen i.H.v. insgesamt 10.065,48 €. Als die Fondsgesellschaft im Frühjahr 2005 in die Insolvenz geriet, widerrief der Kl. mit Schreiben vom 05.08.2005 seine Darlehensvertragsklärung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Berufungsgericht der Feststellungsklage und der Zahlungsklage im Hauptantrag stattgegeben mit Ausnahme der begehrten Anwaltskosten. Mit der - vom Berufungsgericht für die Bekl. zugelassenen - Revision erstrebt diese die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasst sich hier mit dem sehr klausurrelevanten Problem des Widerrufs eines Verbraucherkreditgeschäfts im Zusammenhang mit einem verbundenen Geschäft und den Folgen der Rückgewähr.

Die Entscheidung basiert auf zwei wesentlichen Problemen. Zum einen ging es um das Deutlichkeitsgebot des § 355 II 1 BGB. Für den Beginn des Fristlaufs des Widerrufs ist von maßgeblicher Bedeutung, dass die Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach einer Gesamtschau der Umstände. Hier war die Belehrung nicht hinreichend deutlich, so dass der Widerruf unbefristet möglich war, § 355 III 3 BGB. Die Belehrung entsprach nicht den Muster gemäß § 14 I Anlage 2 BGB-InfoV, so dass aus der BGB-InfoV keine für die Bekl. günstigen Rechtswirkungen herzuleiten waren (vgl. BGHZ 172, 58, 61, Tz. 12). Die hier vorliegende Belehrung be-

lehrt den Verbraucher über den nach § 355 II BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist nicht richtig, weil sie das unrichtige Verständnis nahe legt, die Widerrufsfrist beginne bereits einen Tag nach Zugang des mit der Widerrufsbelehrung versehenen Darlehensangebots der Bekl. zu laufen. Durch die Formulierung der in dem von der Bekl. übersandten Vertragsangebot enthaltenen Belehrung, die Widerrufsfrist beginne „einen Tag“ nach Mitteilung „dieser“ Belehrung und Zurverfügungstellung einer Vertragsurkunde, entsteht aus der Sicht eines unbefangenen durchschnittlichen Kunden, auf den abzustellen ist (vgl. Senatsurteil vom 13.01.2009 - XI ZR 118/08, WM 2009, 350, 351, Tz. 16), der Eindruck, diese Voraussetzungen seien bereits mit der Übermittlung des die Widerrufsbelehrung enthaltenden Vertragsantrags der Bekl. erfüllt und die Widerrufsfrist beginne ohne Rücksicht auf eine Vertragserklärung des Verbrauchers bereits am Tag nach Zugang des Angebots der Bekl. zu laufen. Dies widerspricht dem Transparenzgebot des § 355 II 1, 3 BGB. Ein Widerruf kommt nur in Betracht, wenn eine widerrufsfähige Willenserklärung des Verbrauchers vorliegt (vgl. bereits BGH, NJW 2002, 3396).

Zudem war zu klären, welche Rechtswirkungen der Widerruf des Verbraucherkredites für das finanzierte Geschäft hat. Gem. § 358 II 1, IV 3 BGB hat der vom Verbraucher erklärte Widerruf der auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Vertragserklärung zur Folge, dass der Darlehensgeber im Abwicklungsverhältnis an die Stelle des Unternehmers tritt. Ist das verbundene Geschäft nicht vollständig fremdfinanziert worden, muss der Darlehensgeber dem Verbraucher auch den von diesem aus eigenen Mitteln an den Unternehmer gezahlten Eigenanteil zurückerstatten. Das bedeutet, dass aus Sicht des Verbrauchers ein einheitliches Rückabwicklungsverhältnis bzgl. beider Vertragsbeziehungen begründet wird, wobei die Rückabwicklung vollständig zwischen dem Verbraucher und dem Darlehensgeber vollzogen wird. Das führte im vorliegenden Fall dazu, dass sowohl ein Anspruch auf Rückgewähr der getätigten Tilgungsleistungen gem. §§ 346 I, 357 I, 355 I i.V.m. § 495 I BGB nebst Zinsen sowie eine Rückgewähr der der Fondsgesellschaft zugeflossenen Eigenkapitalzahlung bestand.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Verbraucherkreditwesen: *BGH*, RA 2008, 299 = *NJW-RR* 2008, 1070 (Umdeutung Schuldbeitritt in Bürgschaft); RA 2007, 628 (Schuldbeitritt/Bürgschaft); *Roth*, WM 2003, 2356; *Bühlow*, *NJW* 2002, 1145; *Krebs*, *DB* 2002, 517; *Westermann*, *ZIP* 2002, 189; *Ulmer*, *BB* 2001, 365; *Heyers*, *Jura* 2001, 760

Zum Widerruf: *BGH*, RA 2007, 317 (Ordnungsgemäßheit der Widerrufsbelehrung); *BGH*, RA 2006, 151 = *NJW* 2006, 497; *Meller-Hannich*, *Jura* 2003, 369; *Arzt*, *JuS* 2002, 528; *Hoffmann*, *ZIP* 2002, 145; *Claussen*, *JR* 1991, 360

Zu verbundenen Verträgen: *Doehmer/Hoffmann*, *ZIP* 2004, 1884

Kursprogramm:

Examenskurs: "Existenzgründung auf Raten"

Assessorkurs: "Ehelohn"

Leitätze:

a) Eine einem Verbraucher erteilte Widerrufsbelehrung, die von einem unbefangenen rechtsunkundigen Leser dahin verstanden werden kann, die Widerrufsfrist werde unabhängig von der Vertragserklärung des Verbrauchers bereits durch den bloßen Zugang des von einer Widerrufsbelehrung begleiteten Vertragsangebots des Vertragspartners in Gang gesetzt, entspricht nicht dem Deutlichkeitsgebot des § 355 II 1 BGB.

b) Bilden Verbraucherdarlehensvertrag und finanziertes Geschäft eine wirtschaftliche Einheit und ist das Darlehen dem Unternehmer bereits teilweise zugeflossen, so hat der vom Verbraucher erklärte Widerruf der auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Vertragserklärung zur Folge, dass der Darlehensgeber im Abwicklungsverhältnis an die Stelle des Unternehmers tritt. Ist das verbundene Geschäft nicht vollständig fremdfinanziert worden, muss der Darlehensgeber dem Verbraucher auch den von diesem aus eigenen Mitteln an den Unternehmer gezahlten Eigenanteil zurückerstatten.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Rückabwicklung eines Darlehens, das ihm die Rechtsvorgängerin der bekl. Bank (im Folgenden: Bekl.) zur Finanzierung der Beteiligung an einer Immobilienfondsgesellschaft gewährt hat.

Der Kl., ein damals 38 Jahre alter Diplomingenieur, wurde im Dezember 2002 von einem Vermittler geworben, sich über eine Treuhänderin an der F. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Fondsgesellschaft) mit einem Anteil von 40.000 € zuzüglich 5% Agio zu beteiligen. Er leistete am 30.12.2002 eine Eigenkapitalzahlung in Höhe von 10.000 € an die Fondsgesellschaft. Den Restbetrag finanzierte er über ein Darlehen bei der Bekl., die dem Kl. hierzu ein von ihr am 14.02.2003 unterzeichnetes, mit "Darlehensvertrag" überschriebenes und mit einer Widerrufsbelehrung versehenes Darlehensangebot über einen Nettokreditbetrag von 32.000 € unterbreitete. In dem Vertragsformular war die Provision von 1% des Darlehens-

nennbetrags (323,23 €), die die Bekl. für die Darlehensvermittlung an die Fondsgesellschaft gezahlt hatte, als „Bearbeitungsgebühr“ ausgewiesen.

Mit Datum vom 22.02.2003 bestätigte der Kl. den Empfang des Vertragsangebots und der beigelegten Widerrufsbelehrung. Diese lautete auszugsweise wie folgt:

"Jeder Darlehensnehmer kann seine Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform [...] widerrufen. Der Lauf der Frist für den Widerruf beginnt einen Tag, nachdem dem Darlehensnehmer diese Belehrung mitgeteilt und eine Vertragsurkunde, der schriftliche Darlehensantrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Darlehensantrages zur Verfügung gestellt wurde. [...] Von dieser Widerrufsbelehrung habe/n ich/wir Kenntnis genommen [es folgen Ort, Datum und Unterschrift]."

Am 15.03.2003 unterzeichnete der Kl. den Darlehensvertrag sowie - durch gesonderte Unterschrift - die Erklärung über die Kenntnisnahme der Widerrufsbelehrung. Er übersandte die Vertragsurkunde der Bekl., erbrachte bis zum 30.12.2005 auf das valutierte Darlehen ratenweise Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 10.065,48 €. Ausschüttungen an den Kl. erfolgten in diesem Zeitraum nicht. Nachdem die Fondsgesellschaft im Frühjahr 2005 in Insolvenz geraten war, widerrief der Kl. mit Schreiben vom 05.08.2005 seine Darlehensvertragserklärung.

Der Kl. begehrt von der Bekl. die Rückgewähr der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen i.H.v. 10.065,48 € zuzüglich Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 05.08.2005. Zudem begehrt der Kl. Rückgewähr der Eigenkapitalzahlung i.H.v. 10.000 € von der Bekl.. Der Kl. stützt sich dabei auf die den Widerruf seiner Darlehensvertragserklärung und trägt ergänzend vor, der Darlehensvertrag sei formnichtig. Bestehen die geltend gemachten Ansprüche?

Lösung:

A. Anspruch auf Rückzahlung der auf das Darlehen erbrachten Leistungen gem. §§ 346 I 1, 357 I 1, 355 I i.V.m. § 495 I BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der auf das Darlehen erbrachten Leistungen i.H.v. 10.065,48 € gem. §§ 346 I 1, 357 I 1, 355 I i.V.m. § 495 I BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein. Das ist dann der Fall, wenn ein wirksamer Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrages vorliegt.

1. Vorliegen eines Widerrufsrechts

Es müsste zugunsten des Kl. ein Widerrufsrecht gem.

§ 355 I i.V.m. § 495 I, 491 I BGB bestehen. Dazu müssten die Vorschriften in persönlicher und sachlicher Hinsicht anwendbar sein.

a. Persönliche Anwendbarkeit

Die verbraucherschützenden Vorschriften müssten in persönlicher Hinsicht Anwendung finden. Dazu müsste die Bekl. Unternehmerin und der Kl. Verbraucher sein.

Unternehmer i.S.v. § 14 I BGB ist jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ansehung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Die Bekl. vergibt gewerbsmäßig Kredite und ist daher als Unternehmerin einzuordnen. Der Kl. müsste Verbraucher sein. Dies ist gem. § 13 BGB dann der Fall, wenn es sich um eine natürliche Person handelt, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der Kl. handelt als Privatmann und ist daher Verbraucher. Die persönliche Anwendbarkeit liegt vor.

b. Sachliche Anwendbarkeit

Die Vorschriften zum Widerrufswesen müssten in sachlicher Hinsicht anwendbar sein. Dazu müsste gem. § 495 I BGB ein wirksamer Verbraucherdarlehensvertrag gem. § 491 I BGB vorliegen. Dazu müsste es sich gem. § 491 I BGB um einen entgeltlichen Darlehensvertrag gem. § 488 I BGB handeln. Die Bekl. stellte dem Kl. einen Geldbetrag i.H.v. netto 32.000 € zur Verfügung. Weil das Darlehen zu verzinsen ist, ist es auch entgeltlich. Also liegt eine Einigung gem. § 491 I BGB vor.

Die Einigung müsste auch wirksam sein. Vorliegend könnte eine Formnichtigkeit gem. § 494 I BGB vorliegen. Es könnte ein Verstoß gegen § 492 I 5 Nr. 4 BGB vorliegen. Es müssten der Nettozinssatz und die Kosten ausgewiesen sein. Hier könnte der Kostenansatz hinsichtlich der Vermittlungskosten ("Bearbeitungsgebühr") nicht hinreichend sein. Der erkennende Senat führte dazu aus:

"[11] Entgegen der Auffassung des Kl. ist sein Rückzahlungsbegehren allerdings nicht bereits wegen Formnichtigkeit des Vertrags gemäß § 494 I, § 492 I 5 Nr. 4 BGB gerechtfertigt. Dabei kommt es auf die vom Berufungsgericht erörterte Frage, ob die Ausweisung der Vermittlungskosten als "Bearbeitungsgebühr" einen Formverstoß darstellt, nicht an. Die von ihm begehrte Rückabwicklung des Vertrags kann der Kl. mit diesem Vorbringen schon deshalb nicht erreichen, weil - worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist - der Vertrag durch die Inanspruchnahme des Darlehens gemäß § 494 II 1 BGB jedenfalls geheilt worden ist."

Also ist ein wirksamer Darlehensvertrag gem. § 491 I BGB gegeben und die sachliche Anwendbarkeit zu bejahen.

c. Kein Ausschluss

Die Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Regelungen dürfte nicht ausgeschlossen sein. Umstände des § 491 II, III BGB sind nicht gegeben. Es könnte ein Ausschluss des Widerrufs gem. § 358 II 2 BGB vorliegen. Der Verbraucherdarlehensvertrag müsste mit einem Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen verbunden sein. Der Erwerb von Fondsanteilen ist die Erbringung einer anderen Leistung i.d.S. (vgl. BGH, NJW 2003, 2821). Gem. § 358 III 1 BGB sind Verträge dann verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.

Das Darlehen diene der Finanzierung des Anteilserwerbs. Auch ist eine wirtschaftliche Einheit zu bejahen. Im vorliegenden Fall hat die Bekl. die Vermittlungsprovision an die Fondsgesellschaft gezahlt, so dass auf ein Zusammenwirken beider zu schließen ist. Zwar handelt es nunmehr sich bei dem Verbraucherkredit und dem Vertrag über die Fondsbeteiligung um verbundene Verträge gem. § 358 III 1, 2 BGB, aber ein Widerrufsrecht besteht hinsichtlich der Fondsbeteiligung nicht. Also greift § 358 II 2 BGB nicht. Ein Widerrufsrecht gem. § 355 I, 495 I BGB ist gegeben.

[Anm.: Kosten im Sinne von § 492 I 5 Nr. 4 BGB sind alle Aufwendungen, die der Verbraucher vereinbarungsgemäß bei ordnungsgemäßer Abwicklung für den Kredit zu tragen hat. Dazu gehören auch Vermittlungsprovisionen (OLG Brdgb, WM 2000, 2103) sowie Bearbeitungsgebühren, Spesen oder sonstige Provisionen (Rösler, WM 2000, 1930). Dies spricht dafür, dass die Vermittlungskosten ausdrücklich ausgewiesen werden müssen und nicht als Bearbeitungsgebühr angegeben werden können. Zudem spricht auch der Zweck dieser umfassenden Formvorschrift für die Genauigkeit der Angaben. Die Formanforderungen sollen eine Aufklärungs-, Beweis- und eine Warnfunktion für den Verbraucher bewirken (vgl. BGH, NJW 2006, 681).]

2. Ordnungsgemäße Ausübung des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht müsste ordnungsgemäß ausgeübt worden sein. Dazu müsste eine form- und fristgemäße Widerrufserklärung vorliegen.

a. Formgemäße Widerrufserklärung gem. § 355 I 2 BGB

Die Widerrufserklärung müsste formgemäß sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Erklärung in Textform gem. § 126 b BGB oder durch Rücksendung der Sache

erfolgt. Hier widerrief der Kl. mit Schreiben vom 05.08.2005. Also ist die Form der Erklärung eingehalten.

b. Fristgemäße Widerrufserklärung

Die Erklärung des Widerrufs müsste fristgemäß gem. § 355 BGB erfolgt sein. Ob die Erklärung fristgemäß erfolgt, hängt davon ab, die vorliegende Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß ist, § 355 II 1, 3 BGB. Es handelt sich hier um eine individuell gestaltete Widerrufsbelehrung, nicht um ein Muster gem. § 14 I Anlage 2 BGB-InfoV, so dass aus der BGB-InfoV keine für die Bekl. günstigen Rechtswirkungen herzuleiten sind (vgl. BGHZ 172, 58, 61).

Zweifelhaft erscheint die Wahrung des § 355 II 1, 3 BGB hinsichtlich der deutlichen Gestaltung und des notwendigen unmissverständlichen Hinweises auf den Fristbeginn. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[16] Diesen Anforderungen genügt die von der Bekl. verwendete Widerrufsbelehrung nicht. Sie belehrt den Verbraucher über den nach § 355 II BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist nicht richtig, weil sie - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - das unrichtige Verständnis nahe legt, die Widerrufsfrist beginne bereits einen Tag nach Zugang des mit der Widerrufsbelehrung versehenen Darlehensangebots der Bekl. zu laufen. Durch die Formulierung der in dem von der Bekl. übersandten Vertragsangebot enthaltenen Belehrung, die Widerrufsfrist beginne „einen Tag“ nach Mitteilung „dieser“ Belehrung und Zurverfügungstellung einer Vertragsurkunde, entsteht aus der Sicht eines unbefangenen durchschnittlichen Kunden, auf den abzustellen ist (vgl. Senatsurteil vom 13.01.2009 - XI ZR 118/08, WM 2009, 350, 351, Tz. 16; BGH, Urteil vom 18.04.2005 - II ZR 224/04, WM 2005, 1166, 1168), der Eindruck, diese Voraussetzungen seien bereits mit der Übermittlung des die Widerrufsbelehrung enthaltenden Vertragsantrags der Bekl. erfüllt und die Widerrufsfrist beginne ohne Rücksicht auf eine Vertragserklärung des Verbrauchers bereits am Tag nach Zugang des Angebots der Bekl. zu laufen. Dies gilt umso mehr, als das Angebot der Bekl. mit "Darlehensvertrag" überschrieben ist, so dass für den unbefangenen Leser der Eindruck entsteht, es handle sich bei dieser Urkunde unabhängig von der Annahmeerklärung des Kl. um die in der Widerrufsbelehrung genannte Vertragsurkunde, die dem Kl. zur Verfügung gestellt wurde. Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob das Berufungsgericht zu Recht in dem Angebot der Bekl. einen "Darlehensantrag" gesehen hat, kommt es daher nicht an. Entscheidend ist, dass die von der Bekl. verwendete Formulierung der Widerrufsbelehrung dem Deutlichkeitsgebot des § 355 II 1 BGB nicht entspricht, weil sie die unzutreffende Vorstellung hervorrufen kann, die Widerrufsfrist beginne unabhängig von einer Vertragserklärung des

Verbrauchers bereits am Tag nach dem Zugang des Angebots der Bekl. nebst Widerrufsbelehrung.”

[Anm.: Weil die Widerrufsbelehrung bereits gegen das Transparenz- bzw. Deutlichkeitsgebot verstieß, hat der Senat keine Stellung mehr zu der Frage genommen, ob die Belehrung bereits deshalb fehlerhaft gewesen sein könnte, weil sie einige Wochen vor dem Vertragsschluss bereits ausgehändigt wurde (vgl. hierzu BGH, WM 2002, 1989, wo die Fehlerhaftigkeit aus diesem Grund im Rahmen eines Haustürwiderrufs bejaht wurde).]

Mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung hat der Fristlauf noch nicht begonnen. Das Widerrufsrecht ist gem. § 355 III 3 BGB besteht fort. Also liegt ein wirksamer Widerruf vor.

3. Rechtsfolge gem. §§ 346 I, 357 I BGB

Mithin ist das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 346 I, 357 I BGB umgewandelt worden und ein Anspruch auf Rückgewähr der 10.065,48 € ist entstanden.

[Anm.: An dieser Stelle stellte sich in der Originalentscheidung die Frage, ob der Anspruch der Höhe nach um die erhaltenen Ausschüttungen zu kürzen ist. Zu beachten ist, dass der Kl. durch die Begründung des Rückgewährschuldverhältnisses nicht bessergestellt werden darf, als er ohne die Beteiligung an dem Fonds gestanden hätte. Allerdings war in der Originalentscheidung zu berücksichtigen, dass der Kl. sich mit dem Einwand der Aufrechnung gem. § 389 BGB wirksam gegen den Anspruch der Bekl. auf Rückgewähr der Fondsausschüttung i.H.v. 5.600 € verteidigt hatte, so dass eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Gegenforderung des Kl. vorlag und eine weitere anspruchskürzende Berücksichtigung im Zusammenhang mit der Rückgewähr der Tilgungsleistungen nicht in Betracht kam.]

II. Anspruch fortbestehend

Der Anspruch ist auch nicht untergegangen.

III. Durchsetzbarkeit

Zweifel an der Durchsetzbarkeit bestehen nicht. Die Bekl. hat keine Einreden erhoben.

IV. Ergebnis

Also ist der Zahlungsanspruch in Höhe von 10.065,48 € gegeben.

B. Anspruch auf Zinsen gem. § 346 I i.V.m. § 357 I 1 BGB

Die durch den Kl. begehrten Zinsen sind gem. § 346 I

i.V.m. § 357 I 1 BGB ersatzfähig.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[29] Zutreffend - und von der Revision unbeanstandet - hat es dem Kl. des weiteren einen Anspruch auf Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zuerkannt. Der Anspruch folgt aus § 357, § 346 I BGB. Zwar sind nach § 346 I BGB nur tatsächlich gezogene Nutzungen herauszugeben. Bei Zahlungen an eine Bank besteht aber eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Bank Nutzungen im Wert des üblichen Verzugszinses in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen hat, die sie als Nutzungersatz herausgeben muss (vgl. zu § 818 I BGB Senat, BGHZ 172, 147, 157, Tz. 35 m.w.N.).”

C. Anspruch auf Rückgewähr i.H.v. 10.000 € gem § 358 IV 3 i.V.m. §§ 346 I, 357 I BGB

Der Kl. könnte gegen die Bekl. neben dem Anspruch auf Rückgewähr der Tilgungs- und Zinsforderungen gem. § 358 IV 3 i.V.m. §§ 346 I, 357 I BGB einen weiteren Anspruch auf Rückgewähr der Eigenkapitalzahlung i.H.v. 10.000 € haben.

Wie obig dargelegt sind der Darlehensvertrag und der Vertrag über den Erwerb von Fondsanteilen ein verbundenes Geschäft gem. § 358 III 1 BGB. Widerruft der Kl. den Verbraucherkreditvertrag, dann ist er auch an das verbundene Geschäft nicht mehr gebunden, § 358 II 1 BGB.

Gemäß § 358 IV 3 BGB tritt der Darlehensgeber in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein.

[Anm.: Hintergrund dieser Regelung ist es, dass dem Verbraucher die Rückabwicklung beider Vertragsverhältnisse erleichtert werden soll, indem er sich nur einer Person gegenüber sieht. Dies ist von Gesetzes wegen gem. § 358 IV 3 BGB der Darlehensgeber (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, § 358 Rn 21). Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[26] Die Rückabwicklungsansprüche, die dem Kl. infolge der Erstreckung der Widerrufsfolgen auf das finanzierte Geschäft zustehen, kann er - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - gemäß § 358 IV 3 BGB der finanzierenden Bank, hier also der Bekl., entgegenhalten. Sofern - wie hier - das auszahlende Darlehen bereits ganz oder teilweise dem Unternehmer zugeflossen ist, sieht § 358 IV 3 BGB eine bilaterale Rückabwicklung allein im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Verbraucher vor. Der Darlehensgeber tritt in diesem Fall anstelle des Unternehmers in dessen Rechte und Pflichten aus dem verbundenen Vertrag ein und wird an dessen Stelle Gläubiger und Schuldner des Verbrauchers im Abwicklungsverhältnis (MünchKomm BGB/Habersack, aaO, Rn. 82; Palandt/Grüneberg, aaO, § 358 Rn. 21; Staudinger/Kessal-Wulf, aaO, § 358 Rn. 67; ebenso zu § 9 VerbrKrG BGHZ 131, 66, 72 f.). Ziel des § 358 BGB

ist es, den Verbraucher vor Risiken zu schützen, die ihm durch die Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vertrags in ein Bargeschäft und einen damit verbundenen Darlehensvertrag drohen (Palandt/Grüneberg, aaO, § 358 Rn. 1; Staudinger/Kessal-Wulf, aaO). Der Gesetzgeber hat hiermit die in der Vergangenheit zum Widerruf im Rahmen des Verbraucherkreditgesetzes und des Haustürwiderrufgesetzes entwickelte Rechtsprechung (vgl. BGHZ 131, aaO; 133, 254, 259 ff.; 152, 331, 337; 167, 252, 256 f., Tz. 12) aufgegriffen, nach welcher der Verbraucher innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor finanziellen Nachteilen die Entscheidung soll treffen können, ob er an seinen eine wirtschaftliche Einheit bildenden Verpflichtungserklärungen festhalten will oder nicht (st. Rspr., Senat, BGHZ 167, 252, 256, Tz. 12 m.w.N.). Dieses Ziel stellt § 358 BGB im Falle des Widerrufs der Darlehensvertragserklärung dadurch sicher, dass der Verbraucher auch an seine auf den Abschluss des mit dem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung insgesamt nicht mehr gebunden ist und sich im Rahmen der Rückabwicklung beider Verträge hinsichtlich sämtlicher Ansprüche ausschließlich dem Darlehensgeber als Gläubiger und Schuldner gegenüber sieht, der an Stelle des Unternehmers in das Abwicklungsverhältnis eingetreten ist. [27] Der Verbraucher hat daher - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - gegen die finanzierende Bank einen Anspruch auf Rückerstattung aller aus seinem Vermögen an Darlehensgeber und Unternehmer erbrachten Leistungen. Hierzu gehören sowohl die an den Darlehensgeber erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen als auch eine Anzahlung, die der Verbraucher aus eigenen Mitteln an den Unternehmer geleistet hat (Bamberger/Roth/C. Möller, BGB, 2. Aufl., § 358 Rn. 28, 34; ebenso schon zum AbzG: BGHZ 131, 66, 72 f.). Ist also die Beteiligung an der Fondsgesellschaft - wie hier - nicht vollständig fremdfinanziert, hat der Darlehensgeber dem Verbraucher auch dessen aus eigenen Mitteln an die Gesellschaft gezahlten Eigenanteil zu erstatten (Erman/Saenger, aaO; MünchKomm-BGB/Habersack, aaO, Rn. 85).]

Also hat der Kl. gegenüber der Bekl. gleichfalls einen Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 10.000 € bzgl. der getätigten Eigenkapitalzahlung.

II. Fortbestand, Durchsetzbarkeit

Der Anspruch ist auch nicht erloschen und durchsetzbar.

III. Ergebnis

Der Anspruch gem. § 358 IV 3 i.V.m. §§ 346 I, 357 I BGB besteht in Höhe von 10.000 €.

Standort: §§ 267, 274 StGB**Problem: Urkundsqualität von Telefaxen**

OLG OLDENBURG, URTEIL VOM 08.12.2008
Ss 389/08 (NSTZ 2009, 391)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte für sein Unternehmen einen Auftrag erhalten, für den er eine spezielle Qualifikation zur Durchführung von Stahlbauarbeiten hätte besitzen müssen. Er ließ sich von einem Freund, dem diese Qualifikation erteilt worden war, die entsprechende Urkunde faxen. Das Fax manipulierte der Angeklagte dann so, dass es den Anschein hatte, als sei ihm die Qualifikation erteilt worden, und faxte die manipulierte Bescheinigung an seinen Auftraggeber.

Das AG Emden hatte daraufhin einen Strafbefehl, §§ 407, 409 StPO wegen Urkundenfälschung erlassen. Auf den Einspruch hin sprach das AG Emden den Angekl. frei. Die hiergegen gerichtete (Sprung-) Revision der Staatsanwaltschaft, §§ 335 I, 312 I StPO, wies das OLG Oldenburg als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die vom OLG Oldenburg im vorliegenden Fall angesprochene Frage, ob Fotokopien Urkunden darstellen, stellt einen Examensklassiker dar. Der BGH hat sich diesbezüglich dahingehend geäußert, dass Fotokopien "grundsätzlich" keine Urkunden seien (BGHSt 23, 179). Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass es von diesem Grundsatz keine Ausnahmen geben könne, sodass Fotokopien niemals Urkunden darstellen könnten (Keller, JR 1993, 300). Die OLG-Rechtsprechung und die herrschende Literatur hingegen gehen davon aus, dass Fotokopien ausnahmsweise doch Urkunden darstellen können, und zwar insbesondere dann, wenn der Täter die Absicht hat, die Kopie nicht als Kopie sondern als Original zu benutzen (OLG Dresden, wistra 2001, 360; OLG Stuttgart, NJW 2006, 2869 = RA 2006, 634; Joecks, § 267 Rn 44).

Im vorliegenden Fall ging es um die Urkundsqualität eines Telefaxes. Da es sich hierbei letztlich auch um nur eine Kopie handelt, die lediglich nicht beim Besitzer des Originals entsteht sondern beim Empfänger, geht die herrschende Meinung davon aus, dass sich die zur Fotokopie entwickelten Grundsätze auf das Telefax übertragen lassen (OLG Zweibrücken, NJW 1998, 2918; Fischer, § 267 Rn 12d; Beckemper, JuS 2000, 127). Da es bei einem Telefax aber jedenfalls dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - lediglich eine Kopie eines Schriftstücks und nicht ein "Briefersatz" gefaxt werden soll, ausgeschlossen ist, dass das Fax als Original benutzt wird, stellt ein Telefax somit aber keine Urkunde dar. Diesen Lösungsansatz vertritt auch das OLG Oldenburg in der vorliegenden Entscheidung.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Urkundsqualität von Kopien und Telefaxen: BGH, NJW 1997, 750; BayObLG, NJW 1989, 2553; OLG Stuttgart, NJW 2006, 2869 = RA 2006, 634; Beck, JA 2007, 423; Beckemper, JuS 2000, 123; Ernst, NJW 2007, 2661; Jahn, JuS 2006, 855; Puppe, NSTZ 2001, 482; Zilinski, CR 1995, 286

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Die Fotokopie"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Fotokopie stellt dann eine Urkunde i.S.v. § 267 I StGB dar, wenn sie nach außen als Original erscheinen soll und der Täter sie als eine von dem angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgeben will.

2. Die Fernkopie (Telekopie = Telefax) ist wie eine normale Fotokopie zu behandeln. Es besteht keine Veranlassung, nur deshalb eine unterschiedliche rechtliche Bewertung vorzunehmen, weil beim Telefax der Ausdruck bei dem Empfänger erfolgt.

Sachverhalt (ergänzt):

Die Firma L-GmbH & Co. KG, erhielt im Februar 2006 vom V-Werk den Auftrag, mehrere Deckenfelder in Halle 7 zu schließen. Als Nachunternehmer erhielt A den Auftrag, die Stahlbauarbeiten durchzuführen. Voraussetzung hierfür war, im Besitz der Herstellerqualifikation Klasse E nach DIN 18800 zu sein. Zum damaligen Zeitpunkt verfügte A jedoch nicht über eine solche Qualifikation. Er wurde mehrfach von der Firma L aufgefordert, diesen erforderlichen Nachweis zu erbringen. Am 06.03.2006 rief A bei S an, der über die Herstellerqualifikation der Klasse E verfügte, und bat diesen, ihm diese Bescheinigung zu übersenden. Am 09.03.2006 faxte S ihm seine Qualifikation zu.

Am 24.03.2006 wiederum übersandte A an die Firma L eine gefälschte Bescheinigung über die Herstellerqualifikation zum Schweißen von Stahlbauten nach DIN 18800 Klasse E, ausgestellt von der X, die auf seinen Namen am 12.09.2005 durch den Zeugen Dr.-Ing. K ausgestellt worden war. A hatte zuvor das von S übersandte Fax zerschnitten und neu zu einer "Collage" zusammengesetzt, die er um die entsprechenden Punkte (z.B. seinen eigenen Namen) ergänzte, um so den Eindruck zu erwecken, die Bescheinigung sei ursprünglich auf ihn (und nicht auf S) ausgestellt worden.

Der F von der Firma L leitete dieses Fax als Qualifikationsnachweis an den Auftraggeber V-Werk in E. weiter. Die gefaxte Bescheinigung war falsch, da für A am 12.09.2005 durch die X keine Herstellerqualifika-

tion zum Schweißen von Stahlbauten nach DIN 18800 ausgestellt worden war. Mit diesem Telefaxschreiben wollte A gegenüber seinen Auftraggebern den Nachweis erbringen, dass er über eine solche Qualifikation verfügte.

Hat A sich wegen der Begehung von Urkundsdelikten strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 274 I Nr. 1 StGB durch das Zerschneiden des Telefaxes des S

A könnte sich dadurch, dass er das Telefax, das ihm S zugesandt hatte, zerschneidet, um so die "Collage" herzustellen, die er an die Firma L faxen wollte, wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste eine Urkunde oder eine technische Aufzeichnung, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben.

Bei dem von A zerschnittenen Telefax des S müsste es sich also zunächst um eine Urkunde oder eine technische Aufzeichnung gehandelt haben.

1. Urkunde

Der Urkundsbegriff des § 274 StGB entspricht demjenigen des § 267 StGB (OLG Celle, NJW 1960, 1 880; Fischer, § 274 Rn 1a). Urkunde ist also hier - ebenso wie bei § 267 StGB - jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt (BGHSt 18, 66; Fischer, § 267 Rn 2; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 2).

Problematisch ist insofern insbesondere die Behandlung von Fotokopien. Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass Fotokopien grundsätzlich keine Urkunden darstellen (BGH, StV 1954, 18; OLG Stuttgart, NStZ 2007, 158), da sie insbesondere keine eigene Gedankenerklärung verkörpern (sondern nur die des Originals reproduzieren) und auch den Aussteller (der Kopie) nicht erkennen lassen. Während vereinzelt angenommen wird, dass es von diesem Grundsatz keine Ausnahmen gebe (Keller, JR 1993, 300; Lampe, StV 1989, 207; Geppert, JURA 1990, 273), wird überwiegend davon ausgegangen, dass Fotokopien dann ausnahmsweise doch eine Urkunde darstellen, wenn sie als Original in den Rechtsverkehr gelangen sollen (OLG Dresden, wistra 2001, 360; OLG Stuttgart, NJW 2006, 2869 = RA 2006, 634).

Streitig ist, ob und inwieweit diese Grundsätze auf Telefaxe übertragen werden können.

a. 1. Meinung

In der Literatur wird teilweise angenommen, dass das Telefax - anders als eine Fotokopie - doch eine Urkunde darstelle (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 43; SK-Hoyer, § 267 Rn 21; Zielinski, CR 1995, 286, 291). Im Gegensatz zu einer Fotokopie stelle das Telefax nicht die bloße Reproduktion eines Originals dar, sondern enthalte eine eigene Gedankenerklärung, nämlich die, dass diese Erklärung auch an den Empfänger übermittelt werden solle. Da ein Telefax auch die Kurzbezeichnung des Absenders und dessen Telefaxnummer enthalte, sei auch der Aussteller erkennbar. Insofern entspreche ein Telefax einer beglaubigten Kopie, bei der die Urkundsqualität zumindest des Beglaubigungsvermerks auch allgemein anerkannt ist (vgl. RGSt 34, 360, 361; Joecks, § 267 Rn 40; LK-Gribbohm, § 267 Rn 107; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 40a; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 810). Nach dieser Auffassung wäre also das Telefax des S eine Urkunde.

b. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung ist das Telefax wie eine Fotokopie zu behandeln (OLG Zweibrücken, NJW 1998, 2918; Fischer, § 267 Rn 12d; Joecks, § 267 Rn 45; Beckemper, JuS 2000, 127). Eine Urkundseigenschaft wäre also allenfalls dann gegeben, wenn das Telefax als Original benutzt werden soll. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem sowieso nur eine Kopie eines Schriftstücks (nämlich der Herstellerqualifikation des S) übermittelt werden und das Fax nicht etwa entsprechend einem Brief eine eigene originäre Gedankenerklärung enthalten soll, soll das Fax jedoch nicht als Original genutzt werden. Nach dieser Auffassung stellt das Fax des S also keine Urkunde dar.

Zu diesem Ergebnis kommt auch das OLG Oldenburg in der vorliegenden Entscheidung: "Soweit die Staatsanwaltschaft darauf hinweist, dass bei einer Fotokopie eine Urkunde vorliege, wenn eine im Wege der Fotokopie hergestellte Reproduktion nach außen als Original erscheinen soll und der Täter diese als eine von dem angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgeben will, kommt dem hier schon deshalb keine Bedeutung zu, weil für alle Beteiligten erkennbar nicht ein Original des Qualifikationsnachweises übermittelt werden sollte und übermittelt wurde. Wie die normale Fotokopie stellt auch die Fernkopie (Telekopie = Telefax) im vorliegenden Fall keine Urkunde dar. Es besteht keine Veranlassung, nur deshalb eine unterschiedliche rechtliche Bewertung vorzunehmen, weil beim Telefax der Ausdruck bei dem Empfänger erfolgt. Das Amtsgericht hat richtig gesehen, dass das Telefax vom 24.03.2006 keine Urkunde im strafrechtlichen Sinne darstellt, denn es enthält allenfalls eine bloße Abbildung einer Herstellerqualifikation und war erkennbar nicht geeignet und dazu bestimmt im

Rechtsverkehr den Eindruck zu vermitteln, es handle sich um ein Originaldokument.

Soweit in der Literatur vertreten wird, bei einem Telefax spreche zumindest der Anschein für eine Informationsherrschaft des Erklärenden und es liege deshalb eine Urkunde vor (vgl. Hoyer in SK, 7. Aufl. § 267 Rn. 19 ff.), bzw. das Telefax enthalte anders als die Fotokopie eine Kurzbezeichnung des Absenders und die Angabe der Faxnummer und damit eine Garantieerklärung für die originalgetreue Wiedergabe des gefaxten Schriftstücks, das Telefax sei einer beglaubigten Kopie gleichzusetzen (vgl. Schönke-Schröder-Cramer/Heine, StGB, 27. Aufl. § 267 Rn. 43 m. w. N.) kann dem jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass Absender und Aussteller des Schriftstücks offensichtlich nicht identisch sind, nicht gefolgt werden (vgl. Beckemper. JuS 2000, 123 ff.). Urkundencharakter hat im Übrigen bei der beglaubigten Kopie auch nur der Beglaubigungsvermerk, der Inhalt der Kopie wird davon nicht erfasst. Erst recht ist die Ansicht, mit der Anerkennung des Faxes als urkundliche Verkörperung des Erklärungsinhalts habe die herrschende Lehre auf die Erkennbarkeit der Autorisierung des Originals verzichtet, das Telefax habe im Rechtsverkehr die Funktion des früheren Schriftstückes / Briefes übernommen (Joecks in Studienkommentar, StGB, 6. Aufl. § 267 Rn. 45 m.w.N.), abzulehnen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 11.05.1971 (BGHSt 24, 140) zutreffend darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass im Rechts- und Geschäftsverkehr der Gebrauch von Fotokopien zunehmend Bedeutung erlangt, zwar eine erhöhte Schutzbedürftigkeit bedingen mag, eine allgemeine Einbeziehung der Fotokopie in den Strafschutz des jetzt geltenden § 267 StGB aber dem Begriff der Urkunde das wesentliche Kriterium der Erkennbarkeit des Ausstellers entziehen und damit zu einer nicht zulässigen Rechtsfortbildung führen würde. Es sei Sache des Gesetzgebers, der Entwicklung durch eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen Rechnung zu tragen. Für die Ablehnung von Telefaxen als Urkunden gelten die gleichen Argumente.

Aus dem von der Revision angeführten Umstand, dass in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass die Einlegung eines Rechtsmittels per Telefax erfolgen kann (vgl. BVerfG NJW 1988, 2067. BGH NJW 1990, 990) lassen sich für den vorliegenden Fall keine Folgerungen im Sinne der Rechtsmittelführerin herleiten. Da sogar ein telefonisch aufgegebenes Telegramm zur Rechtsmitteleinlegung ausreicht (vgl. BGHZ 79, 314 ff.), die Rechtsprechung also für den Bereich der Rechtsmitteleinlegung auf das Unterschriftserfordernis ganz verzichtet hat, kann aus dieser Rechtsprechung nichts für die Frage der strafrechtlichen Urkundenqualität von Telefaxen hergeleitet werden."

c. *Stellungnahme*

Die erste Meinung übersieht, dass es sich bei einem Telefax nur um eine ganz normale Kopie handelt mit der einzigen Besonderheit, dass diese Kopie nicht bei demjenigen angefertigt wird, der ihre Entstehung veranlasst (dem Absender), sondern bei einer anderen Person (dem Empfänger). Ein Telefax ist also letztlich eine "Fern-Kopie". Dann müssen aber die allgemeinen Grundsätze zur Urkundsqualität von Kopien auch auf Telefaxe angewendet werden. Dies führt allerdings dazu, dass eine Urkundsqualität bei Telefaxen allenfalls dann gegeben sein kann, wenn das Fax (als "Briefersatz") ein "Original" darstellen und als solches genutzt werden soll, weil nur ein solches Fax eine eigene Gedankenerklärung beinhaltet und nicht nur diejenige des gefaxten Schriftstücks reproduziert. Auch die Tatsache, dass ein Fax einen Absendervermerk enthält, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn während ein Beglaubigungsvermerk eine eigene Gedankenerklärung beinhaltet (nämlich die, dass die Kopie mit dem Original übereinstimmt), ist dies beim Absendervermerk eines Telefaxes gerade nicht der Fall. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Das Telefax des S stellt keine Urkunde dar.

2. *Technische Aufzeichnung*

Das Telefax des S könnte aber eine technische Aufzeichnung sein.

Der Begriff der technischen Aufzeichnung bei § 274 I Nr. 1 StGB entspricht demjenigen des § 268 II StGB (Fischer, § 274 Rn 1a; Joecks, § 274 Rn 3). Erforderlich ist somit insbesondere eine Darstellung von Daten, Mess- oder Rechenwerten, Zuständen oder Geschehensabläufen, die durch ein technisches Gerät ganz oder zum Teil selbstständig bewirkt werden. Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein Telefax, also eine "Fern-Kopie" (s.o.). Ob Fotokopien jedoch technische Aufzeichnungen darstellen, ist streitig.

a. 1. *Meinung*

Nach einer Auffassung sind Fotokopien technische Aufzeichnungen i.S.d. §§ 268 II, 274 I Nr. 1 StGB (Joecks, § 268 Rn 17; SK-Hoyer, § 268 Rn 19; Heinrich, CR 1997, 627; Schröder, JR 1971, 470). Da es allgemein anerkannt sei, dass die Fotos, die von vollautomatischen Kameras zur Verkehrsüberwachung angefertigt werden, technische Aufzeichnungen seien (vgl. LG Flensburg, NJW 2000, 1664; AG Tiergarten, NStZ-RR 2000, 9; Fischer, § 268 Rn 7; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 268 Rn 16), müssten auch die von einem Fotokopierer angefertigten Fotos (bzw. Fotokopien) technische Aufzeichnungen darstellen. Nach dieser Aufzeichnung stellt das Telefax des S also eine technische Aufzeichnung dar.

b. 2. Meinung

Nach der herrschenden Meinung jedoch stellen Fotokopien - und somit auch Telefaxe - keine technischen Aufzeichnungen dar (BGHSt 24, 142; Fischer, § 168 Rn 7; Lackner/Kühl, § 268 Rn 4; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 268 Rn 16), da diese weder Messwerte darstellen noch selbstständig durch ein Gerät bewirkt würden. Nach dieser Aufzeichnung ist das Telefax des S also keine technische Aufzeichnung.

3. Stellungnahme

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Fotokopien und den von vollautomatischen Verkehrskameras angefertigten Fotos besteht darin, dass Fotokopien nicht selbstständig durch ein Gerät bewirkt werden, da der Kopiervorgang immer unmittelbar durch einen Menschen ausgelöst wird. Außerdem bilden Kopien nur unmittelbar das Original ab, der "input" entspricht dem "output", sie stellen also keinen (zusätzlichen) Daten oder Werte dar und sind auch deshalb keine technischen Aufzeichnungen. Auch hierin unterscheiden sie sich von den Aufnahmen von Verkehrskameras, die nicht nur etwas fotografieren, sondern zusätzliche Messwerte (insb. die gemessene Geschwindigkeit) abbilden. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Das Telefax des S stellt auch keine technische Aufzeichnung dar.

Es liegt somit kein taugliches Tatobjekt vor. A hat den Tatbestand des § 274 I Nr. 1 StGB durch das Zerschneiden des Telefaxes nicht verwirklicht.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 274 I Nr. 1 StGB

B. Strafbarkeit gem. § 267 I 1. Fall StGB durch das Herstellen der "Collage"

Durch das Erstellen einer "Collage", die den Eindruck erwecken sollte, dass die erforderliche Herstellerqualifikation nicht dem S, sondern dem A erteilt worden war, könnte A sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde hergestellt haben.

Bei der "Collage" müsste es sich also zunächst um eine Urkunde handeln.

Die "Collage" stellt jedoch keine Urkunde dar, da es einem solchen zusammengeklebten "Stückwerk" an der Eignung fehlt, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen (BGH, wistra 1993, 341; BayObLG, NJW 1992, 3311, 3312; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 167; Schön-

ke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 42a). Auch war die "Collage" von A gar nicht dazu bestimmt, Beweis zu erbringen, denn er wollte ja nicht die "Collage" zum Beweis gegenüber der Firma L benutzen, sondern das mittels der "Collage" erstellte Telefax, also eine (Fern-) Kopie hiervon. Die "Collage" ist somit keine Urkunde. A hat keine unechte Urkunde hergestellt.

II. Ergebnis

A hat sich durch das Anfertigen der "Collage" nicht gem. § 267 I 1. Fall StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. § 267 I 1. Fall durch das Faxen der "Collage" an die Firma L

Dadurch, dass A die "Collage" an die Firma L faxte, könnte er sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste A eine unechte Urkunde hergestellt haben. Durch die Auslösung des Faxvorganges hat A das Telefax, das bei der Firma L ausgedruckt wurde, hergestellt. Ein Telefax stellt jedoch keine Urkunde dar (s.o.), sodass A keine Urkunde hergestellt hat.

A ist nicht strafbar gem. § 267 I 1. Fall StGB.

D. Strafbarkeit gem. § 267 I 3. Fall StGB durch das Faxen der "Collage" an die Firma L

Durch das Faxen der "Collage" an die Firma L könnte A sich aber wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 3. Fall StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste A allerdings eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht haben. Da es sich aber bei der "Collage" nicht um eine Urkunde handelte (s.o.), hat A durch das Faxen dieser "Collage" auch keine Urkunde gebraucht und somit auch den Tatbestand des § 267 I 3. Fall StGB nicht verwirklicht.

A ist nicht strafbar gem. § 267 I 3. Fall StGB.

E. Ergebnis

A ist nicht wegen Urkundsdelikten strafbar.

Zu diesem Ergebnis kommt auch das OLG Oldenburg: "Damit steht fest, dass das Amtsgericht zutreffend davon ausgegangen ist, dass das Telefax der Firma S keine Urkunde darstellte, die Manipulation des Angeklagten nicht zur Herstellung einer Urkunde führte und das zweite Telefax, da es auch nicht den Anschein eines Originals erweckte, ebenfalls keine Urkundenqualität hatte. Somit hat der Angeklagte weder eine (falsche) Urkunde hergestellt, noch von einer solchen Gebrauch gemacht.

Da mithin die Tatbestandsvoraussetzungen einer Urkundenfälschung nicht vorliegen ist der Angeklagte zu Recht freigesprochen worden [...]"

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Scheidler, Alfred: "Verstoßen Tötungsspiele gegen die Menschenwürde?"
Fundstelle:	Jura 2009, 575 (Heft 8)
Inhalt:	Der Autor fasst zunächst den Stand der Rechtsprechung und übrigen Literatur zum Streit über das Verbot von sog. "Laserdromen" und "Paintball"-Spielen zusammen, die er dahingehend interpretiert, dass überwiegend ein Verstoß solcher Spiele gegen die Menschenwürde bejaht werde. Er selbst sieht dies jedoch anders und begründet seine Gegenauffassung ausführlich. Ein sehr lesenswerter Aufsatz aus grundrechtlicher und ordnungsrechtlicher Perspektive zu einem immergrünen Thema.

Autor/Titel:	Riedel, Daniel: "Die Anwesenheit der Polizei bei öffentlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen"
Fundstelle:	BayVBl 2009, 391 (Heft 13)
Inhalt:	In diesem Beitrag wird zugleich das Urteil des BayVGh vom 15.7.2008 (RA 2009, 202 als "Urteil in Fallstruktur" = BayVBl 2009, 16) besprochen. Zentrale Probleme sind die Fragen, ob die Polizei für die bloße Anwesenheit bei einer öffentlichen Versammlung in geschlossenem Raum eine Ermächtigungsgrundlage benötigt, und wenn ja, ob eine solche vorliegt. Während der BayVGh (a.a.O.) eine Ermächtigungsgrundlage nicht zu finden vermochte, bringt der Autor - der ebenso wie das Gericht das Erfordernis einer solchen bejaht - §§ 12a I 1 VersG (für Bayern: § 9 I 1 BayVersG) ins Spiel, der die Anwesenheit der Polizei voraussetze und sie daher als "Minusmaßnahme" einschliesse.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Schmolke, Klaus Ulrich: "Grundfälle zum Bürgschaftsrecht"
Fundstelle:	JuS 2009, 679 (Heft 8)
Inhalt:	Dieser Beitrag knüpft an an JuS 2009, 585. Der Fortsetzungsbeitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Erweiterung der Hauptforderung auf die Bürgenhaftung sowie mit den Einwendungen und Einreden, welche der Bürge gegenüber dem Gläubiger inne hat. Ein lesenswerter Beitrag zur Wiederholung und Vertiefung des Bürgschaftswesens.

Autor/Titel:	Wellenhofer, Marina: "Das neue Familienrecht"
Fundstelle:	JuS 2009, 673 (Heft 8)
Inhalt:	Die Autorin befasst sich mit den wesentlichen Neuerungen im Familienrecht im Zusammenhang mit dem Eherecht, dem Kindschafts- und dem Verfahrensrecht. Da das Familienrecht in Grundzügen zum Pflichtstoff im Staatsexamen gehört, ist dieser Beitrag sehr gut geeignet, die aktuellen Gesetzesänderungen und die neueste Rechtsprechung aufzuarbeiten.

Autor/Titel:	Löhnig, Martin; Gietl, Andreas: "Grundfälle zum Finanzierungsleasing"
Fundstelle:	JuS 2009, 491 (Heft 6)
Inhalt:	Die Autoren befassen sich mit dem Finanzierungsleasing, welches des öfteren Gegenstand von Examensklausuren ist. In den Klausuren bereitet das Leasing des Probanden häufig deshalb Probleme, weil sich die Rechtsbeziehungen durch das Vorliegen eines Dreiecksverhältnisses (zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferanten) auszeichnen. Der Beitrag ist lesenswert, weil die klassischen Probleme ausführlich anhand von Beispielfällen besprochen werden.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kretschmer, Joachim: "Der strafrechtliche Rechtsgüterschutz des Schlafenden und Bewusstlosen"
Fundstelle:	JURA 2009, 590 (Heft 8)
Inhalt:	Immer wieder ist in Klausuren und Prüfungsgesprächen die Frage zu beantworten, ob ein Schlafender oder Bewusstloser Gewahrsam haben und deshalb Opfer eines Diebstahls, § 242 StGB, werden kann, ob eine Freiheitsberaubung, § 239 StGB, auch an Schlafenden möglich ist und ob Schlafende arglos sein können, sodass ihre Tötung heimtückisch ist und zu einer Strafbarkeit wegen Mordes, § 211 StGB. Mit diesen drei Problemen befasst sich auch dieser Artikel, der sehr kurz verschiedene Lösungsansätze zu diesen Examensklassikern darstellt und Argumentationen für die Lösung bietet. Sehr kurze Darstellung, die vielleicht nicht jede Mindermeinung erwähnt aber gerade deshalb zur Wiederholung gut geeignet ist.

Autor/Titel:	Jesse, Björn: "Das Pfefferspray als alltägliches gefährliches Werkzeug"
Fundstelle:	NStZ 2009, 364 (Heft 7)
Inhalt:	Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs taucht in zahlreichen examensrelevanten Tatbeständen auf, z.B. §§ 224 I N. 2, 244 I Nr.1a, 250 I Nr. 1a, 250 II Nr. 1 StGB. Hierbei ergeben sich bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals - vor allem i.R.v. §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB - immer wieder Probleme (vgl. hierzu die Entscheidung des OLG Stuttgart in diesem Heft. Der Verfasser greift sich ein heute gar nicht mehr ungewöhnliches Werkzeug, nämlich ein "Pfefferspray" heraus und untersucht, bei welchen der genannten Tatbeständen dieses als "gefährliches Werkzeug" anzusehen wäre. Eine sehr spezielle Prüfung, die allerdings wegen der sehr hohen Examensrelevanz der entsprechenden Probleme nicht uninteressant ist.