

Öffentliches Recht

Standort: Baurecht

Problem: Nachbarrechtsschutz gegen Dispens

VGH MANNHEIM, BESCHLUSS VOM 30.11.2009
8 S 1903/09 (NVwZ-RR 2010, 179)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, in welchem Umfang sich ein Nachbar gegen den einem Bauherrn nach § 31 II BauGB bewilligten Baudispens mit einer Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO (bzw. mit einem vorläufigen Rechtsschutzantrag nach § 80a VwGO) gerichtlich wehren kann.

A. Vorausgeschickt sei, dass der Nachbar nur eine Verletzung zu seinen Gunsten drittschützender Normen rügen kann. Bezüglich sonstiger, nicht drittschützender Normen wäre er weder klagebefugt nach § 42 II VwGO, noch könnte er in seinen Rechten verletzt sein, wie es § 113 I 1 VwGO für die Begründetheit seiner Klage fordert.

B. Als durch die Baugenehmigung verletzte drittschützende Normen kommen bei einem Baudispens nach § 31 II BauGB zunächst und vor allem die Normen in Betracht, von denen der Bauherr befreit wurde. Vielfach wird es sich um Festsetzungen eines Bebauungsplans handeln, denn auf diese bezieht sich der Wortlaut des § 31 II BauGB (es gibt aber auch Normen, die auf § 31 II BauGB verweisen, z.B. § 34 II BauGB). Wird der Bauherr also von einer nachbarschützenden Festsetzung des Bebauungsplans befreit, kann sich der Nachbar hiergegen stets mit der Rüge wehren, die Befreiung sei zu Unrecht erfolgt. Ein Hauptbeispiel dürften die Baugebiete i.S.d. §§ 2-14 BauNVO sein: Diese werden in zahllosen Bebauungsplänen festgesetzt, und ihre drittschützende Wirkung ist allgemein anerkannt.

C. Wie aber, wenn - wie hier - die Baugenehmigung nach Befreiung von einer nicht nachbarschützenden Festsetzung erteilt wurde? Dann kommt zunächst § 31 II BauGB selbst in Betracht, welcher die "nachbarlichen Interessen" durchaus erwähnt. Anerkannt ist allerdings, dass der Norm nur sehr eingeschränkter Drittschutz zukommt, nämlich in Verbindung mit dem sog. "Gebot der Rücksichtnahme". Danach ist auf nachbarliche Interessen (nur) Rücksicht zu nehmen, wenn ein qualifizierter und individualisierter Eingriff in die Rechte des Nachbarn vorliegt. An einem individualisierten Eingriff fehlt es jedoch, wenn es dem Nachbarn lediglich um einen Gebietserhaltungsanspruch geht, d.h. er nicht behaupten kann, dass gera-

de sein Grundstück besonders unter nachteiligen Folgen des Bauvorhabens zu leiden haben wird, sondern es ihm vielmehr darum geht, die Eigenart der Umgebung insgesamt zu erhalten.

D. In diesem Fall - also kein Dispens zu nachbarschützenden Festsetzungen (oben B.) und kein Rücksichtnahmegebot aus § 31 II BauGB (oben C.) kam das OVG Hamburg (BauR 2009, 1556) auf die Idee, § 15 I 1 BauNVO ins Spiel zu bringen. Danach sind Bauvorhaben im Einzelfall unzulässig, wenn von ihnen Störungen ausgehen können, die "der Eigenart des Baugebiets widersprechen". Nach Ansicht des OVG Hamburg kann daraus auch ein Gebietserhaltungsanspruch in dem hier behandelten Fall entstehen.

E. Dieser Ansicht tritt der VGH Mannheim in der vorliegenden Entscheidung mit überzeugenden Argumenten entgegen. § 15 I 1 BauNVO erfasst nach seinem eindeutigen Wortlaut nur Vorhaben, die nach den §§ 2-14 BauNVO zulässig sind, während es hier gerade um Fälle geht, die nach §§ 2-14 BauNVO unzulässig sind (sonst bedürfte es ja keines Dispenses). Allenfalls käme in Betracht, § 15 I 1 BauNVO in Verbindung mit dem Rücksichtnahmegebot anzuwenden. Dass nicht nur § 31 II BauGB, sondern auch § 15 I BauNVO das Gebot der Rücksichtnahme innewohnt, ist seit BVerwG, NJW 1984, 138, 139 allgemein anerkannt. Aber damit wäre dem Nachbarn hier nicht geholfen, denn wenn er eine dem Rücksichtnahmegebot genügende qualifizierte und individualisierte Beeinträchtigung seines Grundstücks behaupten könnte, wäre er schon aus § 31 II BauGB drittschützt (oben C.), eines Rückgriffs auf § 15 I 1 BauNVO bedürfte es also gar nicht mehr. Der VGH Mannheim verwirft daher auch diese Möglichkeit.

Prüfungsrelevanz:

Baunachbarrechtliche Klausuren bilden den Schwerpunkt baurechtlicher Fallgestaltungen im ersten und zweiten juristischen Staatsexamen. Für den Examenserfolg in solchen Klausuren ist entscheidend zu wissen, welche baurechtlichen Normen in welchem Umfang Drittschutz vermitteln. Die vorliegende Entscheidung besitzt in diesem Bereich besondere Relevanz, weil sich zwei Oberverwaltungsgerichte streiten.

Der Gebietserhaltungsanspruch (hierzu grundlegend: BVerwGE 94, 151) hat in jüngerer Vergangenheit vor

allem deshalb Schlagzeilen gemacht, weil das BVerwG den Streit darüber, ob dieser auch Eigentümern zukommt, deren Grundstücke außerhalb des betreffenden Gebiets liegen, in dem Sinne entschieden hat, dass dies nicht der Fall sein soll (vgl. Vertiefungshinweise).

Am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass das BVerwG in der oben erwähnten Entscheidung (BVerwG, NJW 1984, 138) nicht nur für den hier interessierenden § 15 I 1 BauNVO, sondern für § 15 I BauNVO insgesamt anerkannt hat, dass ihm das "Gebot der Rücksichtnahme" innewohnt. Dies gilt also auch für § 15 I 2 BauNVO, wenn ein Vorhaben trotz seiner grundsätzlichen Vereinbarkeit mit den §§ 2-14 BauNVO im Einzelfall "unzumutbar" für den Nachbarn ist.

Vertiefungshinweise:

- Zur Gegenansicht: *OVG Hamburg*, BauR 2009, 1556
- Gebietsbewahrungsanspruchs in Gebieten nach § 30 BauGB und § 34 II BauGB: *BVerwGE* 94, 151; 101, 364; *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 463; NVwZ 2000, 679
- Streit über die Erstreckung des Gebietsbewahrungsanspruchs auf Gebietsnachbarn: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2003, 818 (dafür); *BVerwG*, RA 2008, 269 = NVwZ 2008, 427 und *VGH München*, RA 2007, 299 = BayVBl 2007, 334 (beide dagegen)
- Zum "Gebot der Rücksichtnahme" aus § 15 I 2 BauNVO: *BVerwG*, RA 2001, 453 = NVwZ 2001, 813
- Weitere Entscheidungen zum Rücksichtnahmegebot: *VGH Mannheim*, RA 2006, 137 = NVwZ-RR 2006, 89 (Garage); *OVG Münster*, RA 1999, 242 = NWVBl 1999, 141 (Stellplätze); *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2000, 144 (Spielplatz)

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsatz:

Bei der Erteilung einer Befreiung nach § 31 II BauGB von einer nicht nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans hat der Nachbar keinen Gebietserhaltungsanspruch aus § 15 I 1 BauNVO, sondern nur einen Anspruch auf Würdigung seiner nachbarlichen Interessen.

Sachverhalt:

Der Ast. legte gegen eine dem Beigel. erteilte Baugenehmigung Widerspruch ein und begehrte die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Das VG lehnte den Antrag ab. Auch die Beschwerde des Ast. gegen diese Entscheidung blieb

erfolglos.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde des Ast. ist nicht begründet. Das VG hat zu Recht den Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. gegen die dem Beigel. erteilte Baugenehmigung vom 16. 6. 2009 zum Abbruch eines bestehenden Wohngebäudes und zur Erstellung eines Mehrfamilienwohngebäudes mit sieben Wohneinheiten und einer Tiefgarage anzuordnen, abgelehnt, weil nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung die angefochtene Baugenehmigung keine Rechte des Ast. verletzt. Die im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 IV 6 VwGO beschränkt ist, geben zu einer Änderung des Beschlusses des VG keinen Anlass.

A. Kein Drittschutz aus den Festsetzungen des Bebauungsplans gegen die Baugenehmigung

Eine Rechtsverletzung des Ast. folgt zunächst nicht daraus, dass die Ag. die angefochtene Baugenehmigung unter Befreiung (§ 31 II BauGB) von Festsetzungen der Ortsbausatzung der Stadt S. vom 25. 6. 1935 (OBS) erteilt hat. Das VG hat mit ausführlicher, an die Rechtsprechung des Senats anknüpfender Begründung dargelegt, dass sämtliche Festsetzungen, von denen Befreiung erteilt wurde, nicht dem Schutz des Ast. zu dienen bestimmt sind. Hiergegen wendet sich die Beschwerde auch nicht.

B. Kein Drittschutz aus § 31 II BauGB i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot gegen den Baudispens

Die erteilte Befreiung selbst verletzt keine Rechte des Ast. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerwG hat der Nachbar bei der Erteilung einer Befreiung nach § 31 II BauGB von einer nicht nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans über den Anspruch auf Würdigung nachbarlicher Interessen hinaus keinen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1999, 9 m.w. Nachw.). An diesem Grundsatz ist festzuhalten. Ihm entspricht im Übrigen auch der von der Beschwerde erwähnte Beschluss des beschließenden Gerichtshofs (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 159 = VBIBW 2008, 147), der entgegen der Auffassung des Ast. keine Fortentwicklung oder auch nur Modifizierung der genannten Rechtsprechung enthält. Denn in diesem Beschluss heißt es ausdrücklich, dass sich Gebietsanlieger auf die objektive Rechtswidrigkeit einer Befreiung nicht berufen könnten, § 31 II BauGB aber drittschützende Wirkung mit dem Gebot der Würdigung nachbarlicher Interessen entfalte. Diesen rechtlichen Maßstab hat im vorliegenden Fall auch das VG seiner Entscheidung zu Grunde gelegt.

Anhaltspunkte dafür, dass das Vorhaben des Beigel. zu Lasten des Ast. rücksichtslos sein könnte, lassen sich der Beschwerde nicht entnehmen. Der Ast. kritisiert im Hinblick auf die Befreiung lediglich, dass die Grundzüge der Planung nicht eingehalten und die Abweichungen städtebaulich nicht vertretbar seien, und greift damit nur nicht seinem Schutz dienende Tatbestandselemente des § 31 II BauGB auf.

C. Kein Drittschutz aus § 15 I 1 BauNVO

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. ist auch nicht im Hinblick auf § 15 I 1 BauNVO anzuordnen. Nach dieser Vorschrift sind die in den §§ 2-14 BauNVO aufgeführten baulichen und sonstigen Anlagen im Einzelfall unzulässig, wenn sie nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets widersprechen.

I. Gebietserhaltungsanspruch

1. Ansicht des OVG Hamburg

Der Ast. meint, diese Vorschrift sei auch im vorliegenden Fall anwendbar, und weist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des OVG Hamburg (OVG Hamburg, NJOZ 2009, 3854) hin. Darin heißt es, der einem Eigentümer eines in einem Plangebiet gelegenen Grundstücks unabhängig von konkreten Beeinträchtigungen kraft Bundesrechts zustehende Gebietserhaltungsanspruch werde nicht nur dann verletzt, wenn ein im Baugebiet seiner Art nach allgemein unzulässiges Vorhaben ohne die erforderliche (rechtmäßige) Befreiung nach § 31 II BauGB von der Art der baulichen Nutzung zugelassen werde, sondern auch, wenn ein im Baugebiet seiner Art nach allgemein zulässiges Vorhaben genehmigt werde, obwohl es im Einzelfall gem. § 15 I 1 BauNVO nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets widerspreche.

2. Ansicht des VGH Mannheim

Entgegen der Auffassung des OVG Hamburg ist es jedoch nicht zulässig, ein Bauvorhaben, das unter Befreiung von nicht nachbarschützenden Festsetzungen genehmigt wurde, auf den Rechtsbehelf eines Nachbarn hin nicht nur am Maßstab des – im Übrigen auch in § 15 I 1 BauNVO enthaltenen (vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 1384) - Rücksichtnahmegebots zu messen, sondern darüber hinaus auch noch zu prüfen, ob das Vorhaben mit dem Gebietserhaltungsanspruch des Nachbarn im Einklang steht. Denn § 15 I BauNVO ist gerade nicht unmittelbar einschlägig, wenn ein Vorhaben den Festsetzungen des maßgeblichen Bebauungsplans - hier: der Ortsbausatzung der Stadt S. - widerspricht, sondern findet nur dann Anwendung, wenn ein Vorhaben im Einklang mit den Festsetzungen eines Bebauungsplans steht oder wenn es wenigstens im

Wege einer Ausnahme gem. § 31 I BauGB zugelassen werden könnte. Die Vorschrift dient dem Schutz der Nachbarschaft vor Störungen durch Bauvorhaben, die zwar grundsätzlich nach den §§ 2-14 BauNVO zulässig wären, aber wegen der besonderen Verhältnisse des konkreten Bauvorhabens der Eigenart dieses Baugebiets widersprechen oder die Umgebung unzumutbar stören. Während § 31 II BauGB den § 30 BauGB erweitert, führt § 15 I BauNVO zu einer Verengung, indem er die Zulässigkeit von Vorhaben gegenüber den Festsetzungen des Bebauungsplans einschränkt (vgl. BVerwGE 82, 343; 128, 118).

Auf dieser Grundlage stellt der aus § 15 I 1 BauNVO herzuleitende Gebietserhaltungsanspruch dann keinen Prüfungsmaßstab dar, wenn sich ein Nachbar gegen ein Vorhaben wendet, das nach den Festsetzungen des Bebauungsplans - hier: der als Bebauungsplan fortgeltenden Ortsbausatzung - weder allgemein noch ausnahmsweise zulässig ist. Denn bei einer solchen rechtlichen Ausgangslage kann § 15 I 1 BauNVO seiner Funktion, die Zulässigkeit von Vorhaben im Einzelfall einzuschränken, gerade nicht gerecht werden, weil das Vorhaben bereits nach dem Bebauungsplan selbst unzulässig ist (vgl. BVerwG, NJW 1990, 1192), so dass eine (weitere) Einschränkung seiner Zulässigkeit nicht in Betracht kommt. Vielmehr beurteilt sich Letztere allein nach § 31 II BauGB; diese Vorschrift verweist jedoch nicht auf § 15 I 1 BauNVO und den daran anknüpfenden Gebietserhaltungsanspruch, sondern vermittelt Nachbarschutz allein durch das Rücksichtnahmegebot.

II. Gebot der Rücksichtnahme

Auch eine Prüfung des Gebietserhaltungsanspruchs in entsprechender Anwendung des § 15 I 1 BauNVO kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Soweit im Falle einer unter Verstoß gegen eine nicht nachbarschützende Festsetzung eines Bebauungsplans erteilten Baugenehmigung § 15 I BauNVO entsprechend anzuwenden ist, gilt dies nur für das Gebot der Rücksichtnahme, nicht aber für den von dem Ast. geltend gemachten Gebietserhaltungsanspruch und auch nur dann, wenn von der in Rede stehenden Festsetzung keine Befreiung erteilt wurde (vgl. hierzu BVerwG, NJW 1990, 1192; 89, 69).

Denn diese entsprechende Anwendung des § 15 I BauNVO findet ihren Grund darin, dass aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung über den Drittschutz gegenüber einer Baugenehmigung, die unter Verletzung nicht nachbarschützender Vorschriften erteilt worden ist, nicht folgt, dass der Nachbar schutzlos ist, wenn er durch das genehmigte Bauvorhaben unzumutbar beeinträchtigt wird. Wenn schon gegenüber Baugenehmigungen, die in Übereinstimmung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans erteilt worden sind, eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots gel-

tend gemacht werden kann, so muss dies im Ergebnis erst recht im Hinblick auf Baugenehmigungen gelten, die diesen Festsetzungen widersprechen (BVerwG, NJW 1990, 1192). Im Hinblick auf Baugenehmigungen, die unter Befreiung von nicht nachbarschützen-

den Festsetzungen erteilt worden sind, ist der Nachbar indessen nicht schutzlos, weil das Rücksichtnahmegebot bereits im Rahmen des § 31 II BauGB Berücksichtigung findet. Einer entsprechenden Anwendung des § 15 I 1 BauNVO bedarf es daher nicht.

Standort: Baurecht

Problem: Rechtsschutz gegen Teilbaugenehmigung

OVG HAMBURG: BESCHLUSS VOM 28.12.2009
2 Bs 202/09 (NVwZ-RR 2010, 389)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, mit welchen Einwendungen ein Nachbar im (Anfechtungs-)prozess gegen eine Teilbaugenehmigung gehört wird. Dass er als Dritter nur klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO ist, soweit er eine Verletzung eigener, d.h. zu seinen Gunsten drittschützender Normen geltend machen kann, sei dabei vorausgesetzt.

A. Selbstverständlich kann der Nachbar bereits der Teilbaugenehmigung die Verletzung aller zu seinen Gunsten drittschützenden Normen entgegen halten, die durch das teilweise genehmigte Bauvorhaben selbst verletzt werden. Wird beispielsweise ein Bauantrag für ein Wohnhaus mit Doppelgarage gestellt und zunächst nur das Wohnhaus genehmigt, könnte der Nachbar ohne weiteres rügen, dass das Wohnhaus die Abstandsfläche zu seinem Grundstück verletze.

B. Wie aber, wenn er eine Verletzung nachbarschützender Normen rügt, die nicht schon durch das teilweise genehmigte, sondern erst durch das weitere Vorhaben verletzt würden (im obigen Beispiel also etwa, wenn nicht das schon genehmigte Wohnhaus, sondern die weiter geplante Doppelgarage die Abstandsfläche verletzte)? Der Nachbar wird regelmäßig ein elementares Interesse daran haben, dass die Bauarbeiten auch für den genehmigten Teil erst gar nicht beginnen, wenn am Ende die gesamte Anlage bau-rechtswidrig ist. Das OVG Hamburg kommt ihm ein gutes Stück weit entgegen: Soweit die Teilbaugenehmigung wenigstens faktisch eine Entscheidung über noch zu genehmigenden Teile vorweg nehmen, könne der Nachbar sie auch mit der Rüge anfechten, die faktische Vorwegnahme verletze ihn in seinen Rechten. Äußerste Grenze eines solchen Vorgehens sei aber der Bauantrag: Was nicht einmal beantragt sei, könne in keinem Fall Prüfungsmaßstab sein.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist für Drittrechtsbehelfe gegen Teilbaugenehmigungen wichtig, da sie deren Zulässigkeit (Klagebefugnis aus § 42 II VwGO bei der Anfechtungsklage und in analoger Anwendung auf vorläufige Rechtsschutzverfahren nach § 80a VwGO)

ebenso betrifft wie deren Begründetheit (nach § 113 I 1 VwGO muss der Kläger in seinen Rechten verletzt sein, sodass sich der Prüfungsmaßstab bei Drittanfechtungen auf eine Prüfung der drittschützenden Normen reduziert). In einer Klausur könnte etwa zunächst der Rechtsschutz gegen eine umfassende Baugenehmigung abgeprüft und dann in einer Abwandlung gefragt werden, wie der Fall läge, wenn erst ein Teil des Vorhabens genehmigt worden sei.

Vertiefungshinweise:

- Zur Befreiung von nicht nachbarschützenden Wirkungen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2010, 179
- Rechtsschutz gegen Abstandsflächenverstoß bei Grenzgarage: *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2010, 385

Leitsätze:

- 1. Ergeht auf einen Bauantrag zunächst eine Teilbaugenehmigung, ist die verwaltungsgerichtliche Prüfung in einem Nachbarstreit nicht auf den Inhalt der Teilbaugenehmigung beschränkt, sondern darf sie auch Wirkungen des Vorhabens erfassen, über die mit der Teilbaugenehmigung faktisch eine Vorentscheidung getroffen worden ist.**
- 2. Die im Nachbarstreit zu überprüfenden Wirkungen des Bauvorhabens finden ihre äußerste Grenze jedoch in dem bei der Bauaufsichtsbehörde zur Genehmigung gestellten Vorhaben. Mögliche Erweiterungen, für die (noch) kein Bauantrag gestellt worden ist, bleiben unberücksichtigt.**

Sachverhalt:

De beigeladene Bauherr beabsichtigt, auf den Flurstücken 2953, 2955 und 2013 der Gemarkung [...] eine Lager- und Produktionsstätte zu errichten, deren Genehmigung er bei der Antragsgegnerin beantragt hat. Ihm wurden zunächst Teilbaugenehmigungen erteilt, um folgende Arbeiten verrichten zu können: Baufeldvorbereitung (Rodung), Erdarbeiten, Ausheben der Baugrube, Herstellung von Gebäudesicherungsmaßnahmen an den vorhandenen Hallen, Herstellung der Fundamente einschließlich Tiefgründung, und Ausführung der Rohbauarbeiten bis Oberkante Kellergeschoss.

Gegen diese Teilbaugenehmigungen wendet sich der Antragsteller in der Hauptsache und im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, über den er einen Baustopp

zu erreichen versucht. Er ist dabei der Ansicht, die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Teilbaugenehmigung sei nicht nur im Umfang der bereits genehmigten Arbeiten, sondern unter Einbeziehung des gesamten geplanten Vorhabens vorzunehmen.

Nachdem das VG seinen Antrag gem. §§ 80a, 80 V VwGO auf Anordnung eines Baustopps abgelehnt hatte, blieb auch die Beschwerde hiergegen ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Überprüfung das Beschwerdegericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen es nicht, die erstinstanzliche Entscheidung zu ändern und den Antragstellern nach §§ 80 a, 80 Abs. 5 VwGO vorläufigen Rechtsschutz gegen die der Beigeladenen erteilten Teilbaugenehmigungen vom 9. März 2009, 28. April 2009 und 9. Juli 2009 nebst Ergänzungsbescheiden Nr. 1 und 2 vom 28. April 2009 und 13. Juli 2009 zu gewähren. Zutreffend ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die angefochtenen Bescheide nachbarschützende Vorschriften nicht verletzen und deshalb dem Interesse der Beigeladenen an der unverzüglichen Verwirklichung ihres Vorhabens gegenüber dem Suspensivinteresse der Antragsteller der Vorrang gebührt. [...]

A. Einbeziehung geplanter, ungenehmigter Bauabschnitte in die Prüfung

1. Entgegen der Auffassung der Antragsteller hat das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung nicht deshalb einen falschen Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt, weil es bei der Frage nach einer Verletzung des Rücksichtnahmegebots den zweiten und dritten Bauabschnitt der von der Beigeladenen auf den Flurstücken 2953, 2955 und 2013 der Gemarkung [...] geplanten Lager- und Produktionsstätte außer Betracht gelassen hat. Zu Recht ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Antragsteller im vorliegenden Verfahren zwar nicht allein auf solche Einwendungen beschränkt sind, die sich auf die durch die Teilbaugenehmigungen zugelassenen Teile der Bebauung beziehen, das weitere Bauvorhaben aber nur insoweit eine Rolle spielt, als die Beigeladene bereits dessen Genehmigung beantragt hat und mit den Teilbaugenehmigungen faktisch eine Vorentscheidung bezüglich der Zulässigkeit der weiteren Teile der beantragten Bebauung getroffen worden ist.

Der zweite und dritte Bauabschnitt der von der Beigeladenen geplanten sukzessiven Bebauung der Grundstücke sind danach gegenwärtig ohne Belang, weil insoweit noch nicht einmal ein Bauantrag vorliegt. Ein Bauantrag und Bauvorlagen, welche die vorläufige Feststellung ermöglichen, ob das Vorhaben grundsätzlich genehmigungsfähig ist, gehören zu den formellen Voraussetzungen für die Erteilung einer

Teilbaugenehmigung (vgl. Alexejew, HBauO, § 72 Rn. 131). Ohne Bauantrag nebst entsprechenden Bauvorlagen ist das weitere Vorhaben weder hinreichend konkretisiert noch überhaupt der Bauaufsichtsbehörde zur Beurteilung überantwortet. Die mit den angefochtenen Teilbaugenehmigungen verbundenen und auch im Nachbarstreit beachtlichen Vorwirkungen finden daher in dem bislang nur zur Genehmigung gestellten Vorhaben in Gestalt des ersten Bauabschnitts ihre äußerste Grenze. Das gilt im Übrigen umso mehr, als auch die Antragsgegnerin ausdrücklich die Auffassung vertritt, dass eine Genehmigung der weiteren Bauabschnitte nur auf der Grundlage eines Bebauungsplans in Betracht kommt, der sich zur Zeit jedoch noch als Entwurf im Aufstellungsverfahren befindet.

Aus der mit der Beschwerdebegründung angeführten Rechtsprechung, insbesondere dem Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Kassel vom 11. Dezember 1995 (BRS 58 Nr. 192), ergibt sich nichts anderes. Soweit dort begrifflich auf das "Gesamtbauvorhaben" abgestellt wird, ist nicht ersichtlich, dass damit auch solche Bauabschnitte gemeint sein könnten, für die - wie hier - noch nicht einmal ein Bauantrag gestellt worden ist.

B. Verweis auf Rechtsschutzmöglichkeiten gegen nachfolgende Genehmigungen

Soweit die Antragsteller rügen, dass der vom Verwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Prüfungsmaßstab zu einem Verstoß gegen § 37 Abs. 1 HmbVwfG führe, ist ein solcher Verstoß nicht nachvollziehbar. Inwieweit die Teilbaugenehmigungen Bindungswirkungen für weitere Baumaßnahmen entfalten, lässt sich durch Auslegung jeweils ohne weiteres ermitteln. Sollten die Antragsteller - worauf ihr Vorbringen hindeutet - eine Verkürzung ihrer Nachbarrechte befürchten, wenn sich die Betrachtung im vorliegenden Verfahren auf den ersten Bauabschnitt beschränkt, so ist diese Besorgnis unbegründet. Insoweit übersehen sie, dass - wie oben dargelegt - mit den angefochtenen Teilbaugenehmigungen noch keinerlei Bindungswirkung in Bezug auf den zweiten und dritten Bauabschnitt verbunden ist. Sollte die Beigeladene Baugenehmigungen für jene Bauabschnitte beantragen und die Antragsgegnerin diese erteilen, so stehen den Antragstellern hiergegen alle Rechtsschutzmöglichkeiten offen und wird die Frage der Rücksichtslosigkeit des Vorhabens unter Berücksichtigung der dann in Rede stehenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu beurteilen sein. Insoweit ist es allein das Risiko der Beigeladenen, wenn sie die Errichtung ihrer insgesamt geplanten Lager- und Produktionsstätte auch verfahrensmäßig in mehrere selbstständige Bauabschnitte aufteilt. [...]

Standort: VwGO Problem: Rechtsmittelbelehrung bei elektronischer Kommunikation

OVG BERLIN-BRANDENBURG, BESCHL. V. 22.04.2010
2 S 12.10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

A. Seit 2005 sieht § 55a VwGO in der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Möglichkeit vor, mit dem Gericht durch Übermittlung elektronischer Dokumente zu kommunizieren. Dies gilt nach § 55a I 3 VwGO grds. auch für Schriftsätze, bei denen eine Schriftform vorgeschrieben ist, wenn eine qualifizierte elektronische Signatur nach § 2 Nr. 3 SignaturG verwendet wird.

Allerdings muss der elektronische Kommunikationsweg im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Gerichts durch Rechtsverordnung ausdrücklich eröffnet werden, § 55a I 1 VwGO. Von dieser Möglichkeit haben bisher der Bund und die Länder Berlin, Brandenburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt Gebrauch gemacht, wobei die einzelnen Regelungen unterschiedlich und - da in der Erprobungsphase - teilweise fragmentarisch und/oder befristet sind (in NRW besteht die Möglichkeit zur elektronischen Kommunikation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bspw. gegenwärtig nur vor dem OVG Münster und beim VG Minden; die Regelung ist ferner bis zum 31.12.2010 befristet, vgl. VO über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen - ERVVO VG/FG - vom 23.11.2005, GV NRW S. 926).

B. Dem OVG Berlin-Brandenburg, vor dem ebenfalls die Möglichkeit elektronischer Kommunikation besteht (VO über den elektronischen Rechtsverkehr im Land Brandenburg vom 14.12.2006 (GVBI II, S. 558)), stellte sich nun die Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung i.S.d. § 58 II VwGO unrichtig ist, die nur auf die Notwendigkeit der Einhaltung einer Schriftform hinweist, wenn tatsächlich auch die elektronische Form möglich ist.

I. Vorausgeschickt sei, dass § 58 I VwGO eine Belehrung über die Form überhaupt nicht vorschreibt. Es handelt sich mithin um einen fakultativen Zusatz. Allerdings entspricht es - soweit ersichtlich - einhelliger Auffassung, dass auch ein fakultativer Zusatz eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig macht, wenn er a) fehlerhaft und b) die Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen zu erschweren geeignet ist. Dieser Ansicht schließt sich auch das OVG Berlin-Brandenburg ohne weitere Begründung an.

II. Ob die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig i.S.d. § 58 II VwGO ist, hängt davon ab, wie man die elektronische Kommunikationsform einstuft:

1. Vereinzelt wird vertreten, die elektronische Form

sei bloß ein Unterfall der Schriftform (Palandt/Ellenberger, BGB, § 126 a Rn 1). Wäre dies zutreffend, schlosse die Belehrung über die Schriftform die elektronische Form ein, wäre somit nicht unrichtig.

2. Diese Ansicht kann jedoch nicht überzeugen, da die Anforderungen an die elektronische Kommunikation völlig andere sind als an die Schriftform (Papierform und Unterschrift einerseits, elektronische Form und qualifizierte Signatur nach dem SignaturG andererseits). Zudem ist der Empfängerhorizont zu beachten: der Bürger wird sich unter "schriftlich" nicht ohne weiteres ein elektronisches Dokument vorstellen. Deshalb überzeugt die Gegenansicht, welche die elektronische Form für eine eigenständige, neben der Schriftform in Betracht kommende Alternative hält (BGH NJW 2008, 2649). Konsequenterweise muss die Rechtsbehelfsbelehrung dann auch auf "schriftlich oder in elektronischer Form i.S.d. § 55a VwGO" lauten; verschweigt sie die zweite Alternative, obschon sie besteht, ist die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig mit der Folge, dass die Jahresfrist des § 58 II VwGO gilt. Diese Auffassung vertritt auch das OVG Berlin-Brandenburg in seiner vorliegenden Entscheidung, übrigens ohne die Gegenansicht auch nur zu erwähnen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist wichtig für die Zulässigkeit aller form- und fristgebundenen gerichtlichen Rechtsbehelfe im Geltungsbereich des § 55a VwGO und sollte daher zumindest in den betreffenden Bundesländern zur Kenntnis genommen werden. Aber auch in den Bundesländern, in denen bisher keine § 55a I 1 VwGO entsprechende Umsetzungsverordnung ergangen ist, könnte eine Klausur vor dem BVerwG spielen, mit dem die elektronische Kommunikation ebenfalls möglich ist (VO des Bundes über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26.11.2004 - BGBI I, S. 3091), sodass die Problematik mit der Rechtsbehelfsbelehrung auch hier nicht völlig ohne Bedeutung ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Unrichtige RMB bei Nichtbelehrung über elektronische Form: *VG Trier*, Teilurteil vom 22.09.2009 - 1 K 365/09 (unveröffentlicht)

❑ Zum Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz: *Viefhues*, NJW 2005, 1009; *Fischer-Dieskau*, MMR 2003, 701; vgl. auch *BFH*, DStRE 2007, 515 mit Anm. *Fischer-Dieskau/Hornung*, NJW 2007, 2897

❑ Weitere Fälle zu Problemen mit der RMB:

BVerwG, RA 2002, 633 = BayVBl 2002, 678 (richtig, aber trotzdem unrichtig); VG Darmstadt, RA 2000, 321 = NVwZ 2000, 591 und OVG Lüneburg, RA 2007, 367 = NVwZ-RR 2007, 431 (unrichtig geworden); OVG Münster, RA 2000, 443 = NWVBl 2000, 264 (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung); OVG Greifswald, RA 1999, 485 = NVwZ-RR 1999, 476 (Amt statt Behörde); OVG Frankfurt/Oder, RA 2004, 369 = NVwZ-RR 2004, 315 (Rechtsträger statt Behörde)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Stuckateurgewerbe"

Leitsatz (der Redaktion):

Besteht die Möglichkeit, eine Beschwerde auch in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes bei Gericht zu begründen, so ist eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig erteilt i.S.d. § 58 II VwGO, die lediglich auf die Notwendigkeit einer schriftlichen Begründung hinweist.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts die Ablehnung ihres Antrages auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit und die im streitgegenständlichen Bescheid zugleich verfügte Abschiebungsandrohung betreffend. Dieser Beschluss des Verwaltungsgerichts enthält eine Rechtsbehelfsbelehrung, in welcher die Antragstellerin darüber belehrt wird, dass eine Beschwerde gegen den Beschluss "innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung schriftlich zu begründen" sei. Die Beschwerde wurde innerhalb der Monatsfrist des § 146 IV 1 VwGO nicht begründet.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Es kann offen bleiben, ob die Beschwerde mangels Angabe einer ladungsfähigen Anschrift der Antragstellerin, die - ausweislich der Feststellungen des Antragsgegners vom 17. März 2009 und ihrer eigenen Angaben vom 27. April 2009 - derzeit unbekanntes Aufenthalts ist, bereits unzulässig ist (§ 82 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - analog). Denn die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil sie entgegen § 146 Abs. 4 Satz 1, Satz 3 VwGO nicht begründet worden ist (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO).

I. Notwendiger Teil der Rechtsbehelfsbelehrung

Zwar ist die Monatsfrist für die Begründung der Be-

schwerde (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) gemäß § 58 Abs. 1 VwGO nicht in Gang gesetzt worden. Nach dieser Vorschrift beginnt die Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf nur zu laufen, wenn der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich oder elektronisch belehrt worden ist.

II. Fakultativer Teil der Rechtsbehelfsbelehrung

Eine Rechtsmittelbelehrung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nur dann fehlerhaft, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend geforderten Angaben nicht enthält. Sie ist es vielmehr auch dann, wenn ihr ein unrichtiger oder irreführender Zusatz beigelegt ist, der geeignet ist, beim Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen (vgl. BVerwG, vom 21. März 2002 - 4 C 2.01 -, DVBl. 2002, 1553 m. w. N.).

1. Fehlerhafte Belehrung über die Form

In diesem Sinne irreführend ist der in der der Antragstellerin erteilten Rechtsbehelfsbelehrung enthaltene Hinweis, dass die Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu begründen ist. Denn er ist nach dem objektiven Empfängerhorizont geeignet, den Eindruck zu erwecken, dass die Beschwerde nicht in elektronischer Form begründet werden kann, obwohl seit dem 1. Januar 2010 die Möglichkeit besteht, die Begründung bei dem erkennenden Gericht auch in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes auf dem [...] veröffentlichten Kommunikationsweg (vgl. Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz im Lande Berlin vom 27. Dezember 2006, GVBl. 1183 in der Fassung der Zweiten Änderungsverordnung vom 9. Dezember 2009, GVBl. S. 881) einzureichen (vgl. VG Trier, Urteil vom 22. September 2009 - 1 K 365/09.TR -, juris, Rn. 25, 28).

2. Erschweris für den Betroffenen

Die Verweisung auf das Erfordernis, die Begründung schriftlich einzureichen, erschwert dem Betroffenen die Rechtsverfolgung in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise. Es ist durchaus denkbar, dass die Einreichung der Beschwerdebegründung in elektronischer Form - für den Beteiligten persönlich ebenso wie für dessen Bevollmächtigten - eine erhebliche Vereinfachung der Einlegung bzw. rechtzeitigen Einlegung des Rechtsbehelfs gegenüber der Einreichung durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten, per Post bzw. Boten

oder Fax darstellt (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1978 - 6 C 77.78 -, BVerwGE 57, 188, 190 f. m. w. N.).

III. Subsumtion

Weiter ist auch die Jahresfrist, die § 58 Abs. 2 VwGO für den vorliegend gegebenen Fall einer im Sinne dieser Vorschrift unrichtig erteilten Belehrung vorsieht, noch nicht abgelaufen. Die Antragstellerin hat jedoch keinen Anspruch darauf, diese Frist im vorläufigen Rechtsschutzverfahren auszuschöpfen, da die im streitgegenständlichen Bescheid verfügte Abschiebungsandrohung - wie ihr bekannt - nach zwischenzeitlichem Ablauf der Ausreisefrist vollstreckbar ist und ihr durch das Beschwerdegericht unter Fristsetzung Gelegenheit gegeben worden ist, abschließend vorzutragen. Hinzu kommt, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin diese bereits im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vertreten hat, sodass er mit den hier maßgeblichen Sach- und Rechtsfragen vertraut ist (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. Juni 2008 - OVG 12 S 87.08 -).

B. Begründetheit

Unabhängig davon ist auch nicht ersichtlich, dass das private Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung des Bescheides des Antragsgegners vom 13. Februar 2009 in der Fassung vom 19. Februar 2009 das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Die Ablehnung ihres Antrages auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit (§ 21 der Aufenthaltsgesetzes - AufenthG -) erweist sich nach summarischer Prüfung als offensichtlich rechtmäßig. Einem entsprechenden Anspruch der Antragstellerin steht - wie in dem angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts zutreffend im Einzelnen ausgeführt (S. 3 BA) - bereits entgegen, dass die allgemeine Regelerteilungsvoraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) nach derzeitigem Sach- und Streitstand nicht erfüllt ist, ohne dass Anhaltspunkte für atypische Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich wären, die eine Abweichen vom Regelfall begründen könnten. Schließlich spricht auch nichts für die Rechtswidrigkeit der im streitgegenständlichen Bescheid verfügten Abschiebungsandrohung.

Standort: § 60 VwGO

Problem: Überholende Kausalität

OVG BERLIN-BRANDENBURG, BESCHL. V. 08.02.2010
10 S 64/09 (NVWZ-RR 2010, 376)

Problemdarstellung:

Nach § 60 I VwGO ist auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn der Antragsteller eine gesetzliche Frist unverschuldet versäumt hat. Im vorliegenden Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg ging es um die Frage, ob eine solche Wiedereinsetzung auch dann zu gewähren ist, wenn zwar ein Verschulden des Antragstellers vorliegt (hier: Übersendung des Schriftsatzes an das falsche Gericht), sodann jedoch ein weiterer Fehler der Gerichts hinzutritt (hier: verzögerte Weiterleitung an das zuständige Gericht). Das OVG bejaht dies jedenfalls dann, wenn ohne hinzutreten des Fehlers des Gerichts die Frist nicht versäumt worden wäre. Zu Begründung führt es aus, dass dann das Verschulden des Antragstellers nicht kausal für die Fristversäumnis gewesen sei, weil der von ihm in Gang gesetzte Kausalverlauf "überholt" worden sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Begründung des OVG Berlin-Brandenburg ist zwar angreifbar, weil das Verschulden des Antragstellers auch bei überholender Kausalität sehr wohl äquivalent kausal für das Fristversäumnis ist (hätte er den

Schriftsatz direkt an das zuständige Gericht übersendet, wäre die Frist auch nicht versäumt worden), sie entspricht aber der Rspr. des BVerfG und BVerwG zu dieser Frage (vgl. Vertiefungshinweise) und sollte daher beherzigt werden.

Am Rande erwähnt sei, dass im vorliegenden Fall eigentlich gar kein Verschulden des Antragstellers vorlag, sondern ein solches seines Rechtsanwalts. Dieses wird ihm jedoch über §§ 173 VwGO i.V.m. 85 II ZPO wie ein eigenes zugerechnet. Beachte: Dies gilt ausdrücklich nur für das Verschulden "des Bevollmächtigten" (§ 85 II ZPO), nicht etwa für ein solches seiner Büroangestellten (BGH NJW 1995, 1682). Versäumt also eine Bürokraft die rechtzeitige bzw. richtige Übersendung eines fristgebundenen Schriftsatzes, trifft deren Verschulden den Antragsteller nicht. In diesen Fällen wird allerdings kritisch zu prüfen sein, ob nicht gleichwohl ein zurechenbares Verschulden des Bevollmächtigten vorliegt, typischerweise in Form eines Auswahl-, Überwachungs- oder Organisationsverschuldens. Die Gerichte sind in diesem Punkt extrem streng. So soll es z.B. ein Überwachungsverschulden des Rechtsanwalts darstellen, wenn er nicht kontrolliert, ob die Mitarbeiterin eine Telefaxnummer korrekt eingegeben hat (BGH NJW 2007, 2778).

Vertiefungshinweise:

Zur Wiedereinsetzung bei überholender Kausalität:

BVerfGE 93, 99, 115 f.; *BVerwG* VwRR BY 2000, 235; *NVwZ* 2007, 3797; *BGH* NJW 2007, 2778

Unverschuldetes Hindernis bei § 60 VwGO: *BVerwG* NVwZ-RR 2010, 36

Wiedereinsetzung bei Versäumung der Berufungszulassungsantragsfrist: *VGH München* NVwZ-RR 2009, 901

Kursprogramm:

Examenskurs: "Schiefe Schieferplatten"

Leitsatz:

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist in den Fällen "überholender Kausalität" zu gewähren, wenn ein zunächst fälschlich an das erstinstanzliche Gericht übersandter, erkennbar fristgebundener Schriftsatz (Beschwerdebegründung) von diesem nur mit der Fachpost - dem erfahrungsgemäß langsamsten Übermittlungsweg - statt mit der Post oder einem vergleichbaren Postdienstleister weitergeleitet wird und dadurch erst nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist bei dem Rechtsmittelgericht eingeht.

Sachverhalt:

Die Ast. wehrt sich im vorliegenden Verfahren gegen die mit Bescheid des Ag. vom 28. 5. 2009 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung und Zwangsgeldandrohung in Höhe von 1000 Euro verfügte Nutzungsuntersagung ihres Wochenendhauses als Wohnhaus. Ihren Antrag auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs hat das VG mit Beschluss vom 30. 9. 2009 abgelehnt, der dem Verfahrensbevollmächtigten der Ast. am 6. 10. 2009 zugestellt worden ist. Hiergegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die an das VG adressierte Beschwerdebegründung ging dort am 4.11.2009 ein. Unter demselben Datum wurde der Schriftsatz an das OVG Berlin-Brandenburg mit der Fachpost weitergeleitet. Auf den gerichtlichen Hinweis vom 12.11.2009, dass die Beschwerdebegründung erst am 10.11.2009 und damit nach Ablauf der Frist beim OVG eingegangen sei, hat die Ast. mit Schriftsatz vom 2.12.2009 (Eingang beim OVG Berlin-Brandenburg am 3.12.2009) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Dem Antrag wurde stattgegeben.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig. Der Ast. wird auf ihren innerhalb der einmonatigen Wiedereinsetzungsfrist (§ 60 II 1 Halbs. 2 VwGO) gestellten Antrag vom 2.12.2009 gem. § 60 I VwGO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, weil sie (letztlich) ohne Verschulden gehindert war, die Beschwerdebegründungs-

frist (§ 146 IV 1 VwGO) einzuhalten.

A. Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Ast.
Zwar hat die Ast. diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, die geboten und zumutbar gewesen wäre, um einen rechtzeitigen Eingang der Beschwerdebegründung beim OVG Berlin-Brandenburg zu gewährleisten, weil sie durch die fälschliche Adressierung des Schriftsatzes vom 3. 11. 2009 an das VG Cottbus und dessen Übersendung im zeitlichen Randbereich des Fristablaufs (nur) mit der Post zunächst die Ursache für die Fristversäumnis gesetzt und diese damit angebahnt hat.

B. Verschulden des VG

Es spricht jedoch alles dafür, dass durch die Weiterleitung des Schriftsatzes vom 3.11.2009 durch das VG (nur) mit der Fachpost ein zusätzlicher Fehler des Gerichts hinzugekommen ist, auf dem letztlich die Fristversäumnis beruht.

C. Wiedereinsetzung bei "überholender Kausalität"

In einem solchen Fall ist ein vorangegangenes Verschulden mangels Kausalität unbeachtlich, wenn der Schriftsatz bei einer Weiterleitung im "ordentlichen Geschäftsgang" aller Voraussicht nach das Rechtsmittelgericht noch fristgerecht erreicht hätte (vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2003, 901).

I. Nachwirkende Fürsorgepflicht des iudex a quo

So ein Fall "überholender Kausalität" liegt hier vor. Ist das angegangene Gericht zwar nicht für das Rechtsmittelverfahren zuständig, jedoch vorher mit dem Verfahren befasst gewesen, folgt aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht des erstinstanzlichen Gerichts für die Prozessparteien, dass es fristgebundene Schriftsätze des Rechtsmittelverfahrens, die bei ihm eingereicht werden, im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs an das Rechtsmittelgericht weiterleiten muss (vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1343). Dies hat das VG zwar noch am selben Tag getan. Hierbei musste die von ihm gewählte Übermittlung mit der Fachpost jedoch ausscheiden, weil der Schriftsatz vom 3. 11. 2009 schon in dem Text des Eingangssatzes einen Hinweis auf die mit Schreiben vom 20. 10. 2009 eingelegte Beschwerde und damit - unter Einrechnung der vierzehntägigen Beschwerdefrist (§ 147 I 1 VwGO) - auf einen höchstwahrscheinlich kurz bevorstehenden Ablauf der insgesamt einmonatigen Beschwerdebegründungsfrist (§ 146 IV 1 VwGO) enthielt. Davon, dass die Beschwerde eventuell sehr frühzeitig nach dem Beginn des Fristablaufs eingelegt worden sein könnte und damit ausnahmsweise noch genügend Zeit bis zum Fristablauf verbleiben würde, konnte jedenfalls nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Wäre die Handhabung der Weiterleitungs-

pflicht im ordentlichen Geschäftsgang von einer derartigen, der regelmäßigen Erfahrung widersprechenden Annahme abhängig, würde das Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren vielfach leer laufen (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2003, 901).

II. Wahl des Übermittlungsweges

Zwar geht die nachwirkende Fürsorgepflicht nicht so weit, dass das VG dem Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien vollständig abnehmen, Telefonate führen oder das Telefax bemühen muss (vgl. BVerfG, NJW 2001, 1343). Ein "ordentlicher Geschäftsgang" liegt jedoch dann nicht mehr vor, wenn das vorinstanzliche Gericht einen Schriftsatz auf einem Wege weiterleitet, der seine Fristgebundenheit unberücksichtigt lässt und deshalb vernünftigerweise für die Übersendung solcher Schriftsätze nicht in Betracht kommt. Dies ist bei der Wahl eines gerichtseigenen Kurierdienstes für die Weiterleitung fristgebundener Schriftsätze der Fall, weil die Übermittlung auf diesem Wege erfahrungsgemäß wesentlich länger dauert, als bei der auch heute

noch vorherrschenden Versendung mit der Post. Denn bei einer Übersendung mit der Post oder einem vergleichbaren Postdienstleister kann ganz überwiegend damit gerechnet werden, dass eine Sendung am nächsten Tag, spätestens aber am zweiten Arbeitstag nach der Absendung beim Empfänger eingeht (vgl. hierzu: BVerwG, NVwZ-RR 2003, 901; BGH, NJW-RR 2008, 930).

III. Subsumtion

Wäre im vorliegenden Fall dieser Weg gewählt worden, hätte die am 4.11.2009 weitergeleitete Beschwerdebegründung vom 3.11.2009 noch rechtzeitig am 6.10.2009 bei dem Rechtsmittelgericht eingehen können. Wird von dieser naheliegenden Möglichkeit kein Gebrauch gemacht, und tritt eine Fristversäumnis ein, so ist diese als unverschuldet anzusehen.

Dies gilt auch dann, wenn die Ast. zunächst einen von ihr zu vertretenden Fehler begangen hat, aber ein zusätzlicher Fehler des Gerichts hinzugekommen ist, auf dem letztlich die Fristversäumnis beruhte (vgl. BVerwG, NJW 2007, 3797).

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:	Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Martin Jansen (<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.

Sonderbeitrag:
**Auswirkungen des neuen Verbraucherkreditrichtlinien-Umsetzungsgesetzes
auf Ausbildung und Praxis - ein Überblick**

I. Einleitung

Mit dem Verbraucherkreditrichtlinien-Umsetzungsgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl I, 2355), in Kraft seit 11.6.2010, wurden die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie) sowie der zivilrechtliche Teil der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Überweisungsrichtlinie) in deutsches Recht umgesetzt. Dadurch werden das Widerrufsrecht der §§ 355 ff. BGB sowie das Verbraucherkreditrecht nach §§ 488 ff. BGB modifiziert.

Zielsetzung war es, beim Verbraucher zunächst einen echten Binnenmarkt sowie ein höheres Verbraucherschutzniveau im Wege der Vollharmonisierung zu schaffen. Rechtspolitische Erwägungen im Hinblick auf die Finanzmarktkrise oder riskante Finanzprodukte standen im Zuge der Umsetzung nicht zur Debatte. Angesichts der erheblichen Normenflut, die sich in zahlreichen Gesetzen auswirkt sowie etlicher Querverweisungen ist ein nur schwer überschaubares Regelwerk geschaffen worden. Die Aussage, dass aufgrund der diffusen Regelungen auch der professionelle Rechtsanwender vom „Drehschwindel“ (Derleder, NJW 09, 3195) befallen werden mag, erscheint jedoch übertrieben.

Nachfolgend soll ein Überblick über die examenswesentlichen Änderungen gegeben werden. Insoweit sollen unter II. die wesentlichen Punkte der Neuordnung des Verbraucherwiderrufsrechts, unter III. einige markante Änderungen des Verbraucherkreditrechts aufgezeigt werden. Abschließend erfolgt unter IV. eine Darstellung der Übergangsvorschriften mit nachfolgender Synopse.

II. Änderungen zu §§ 355 ff., 312 BGB:

1. Die zweiwöchige Widerrufsfrist des § 355 BGB findet sich nunmehr in Abs. 2 S.1 unter Anpassung der Terminologie der Richtlinien in Form von „14 Tagen“. Der Inhalt der Widerrufsbelehrung ist über den Verweis des § 355 III 1 BGB vor allem dem neu ge-

schaffenen § 360 BGB zu entnehmen.

2. Eine wesentliche Änderung beinhaltet § 355 II 2 BGB, die man sozusagen als „ebay-Klausel“ bezeichnen könnte. Danach reicht bei Fernabsatzverträgen eine „unverzüglich nach Vertragsabschluss in Textform mitgeteilte“ Belehrung aus, womit sich der bisherige Streit erledigt hat. „Unverzüglich“ bedeutet nach der Gesetzesbegründung am Tage nach Vertragsabschluss. Das gilt aber nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung gem. Art 246 § 1 I Nr. 10 EGBGB bereits auf der Internetseite in deutlicher Weise über das Unternehmen, Gesamtpreise und Kosten sowie das Recht zum Widerruf, etc. informiert hat. Art. 246 § 1 I Nr. 2 - 10 EGBGB übernimmt im Wesentlichen die bisherigen Regelungen des § 1 I Nr. 1 -12 BGB InfoV und teils Inhalte des § 312 c I 1 BGB. Zu beachten ist hier, dass eine nachträgliche Belehrung nur für die sogenannten Internetauktionen gilt. Für normale Internetshops greift diese Befugnis nicht, da hier bereits unproblematisch vor oder bei Vertragsschluss in Textform über die Rechte belehrt werden kann.

Bei Fernabsatzverträgen beginnt nach wie vor die Widerrufsfrist nicht zu laufen, sofern der Verbraucher nicht spätestens beim Eingang der Ware (bei Dienstleistung nicht vor Vertragsschluss, etc.) in Textform die Informationspflichten über die Identität des Unternehmens sowie die weiteren Einzelheiten (Kosten, Gesamtpreise, Widerrufsrechte) zukommen lässt. § 355 III 1 BGB verweist insofern nunmehr auf Art 246 § 1, 2 EGBGB. Letztere Norm ersetzt § 1 I, IV BGB InfoV und entspricht insofern § 312 c II 2, 3 BGB a. F.

3. Bedeutsam ist auch die Vorschrift des neu geschaffenen § 359 a I BGB, wonach die Vorschriften des § 358 I – IV BGB (verbundene Verträge) auch dann anzuwenden sind, wenn die Ware oder Dienstleistung aus dem widerrufenen Vertrag im Verbraucherdarlehensvertrag genau angegeben ist. Erforderlich ist allerdings eine Identifizierbarkeit des finanzierten Geschäftes. Betroffen hiervon ist aber lediglich das Widerrufsrecht. Der Einwendungsdurchgriff nach § 359 BGB ist hingegen nicht anwendbar. In diesem Fall ist also eine „wirtschaftliche Einheit“ im Sinne von § 358

II BGB entbehrlich. In Folge der Erweiterung dürfte künftig damit zu rechnen sein, dass Darlehensgeber möglichst auf eine genauere Bezeichnung des finanzierten Gegenstandes verzichten werden.

III. Änderungen des Verbraucherkreditrechtes und der sonstigen Finanzierungshilfen, §§ 491 ff. BGB

1. Abgesehen von einigen leichten sprachlichen Modifikationen ist nicht mehr von einem Darlehen „über einen bestimmten Zeitraum mit festem Zinssatz“, sondern von einem „Darlehen mit gebundenem Sollzinssatz“ die Rede. Die Definition dieses Sollzinssatzes befindet sich in § 489 V BGB n. F.

2. Neu eingefügt sind in § 492 II BGB Ausschlussbestände, in denen die Verbraucherschutzvorschriften nicht gelten; etwa, wenn sich die Haftung auf einen zum Pfand übergebene Sache beschränkt (§ 492 II Nr. 2 BGB) oder in denen nach Nr. 3 „der Darlehensnehmer das Darlehen binnen drei Monaten zurückzahlen hat und nur geringe Kosten vereinbart worden sind“.

3. Neu eingefügt ist ebenfalls § 491 I a BGB wonach der Darlehensgeber vorvertragliche Informationspflichten schuldet. Form und Inhalt finden sich durch Verweis im neu eingefügten Art. 247 § 1 ff. EGBGB. Die Verletzung dieser vorvertraglichen Informationspflichten hat durchaus erhebliche Folgen. So können Ansprüche aus § 280 I BGB ggf. i. V. m. §§ 311 II, 241 II BGB in Frage kommen oder Fehler den Darlehensnehmer zur Anfechtung des Vertrages berechtigen.

Auch wird der Beginn der Widerrufsfrist hinausgezögert. Mit dem neu gefassten § 495 II Nr. 2 BGB beginnt die Widerrufsfrist nicht vor Vertragsschluss, womit sich der bisherige Streit erübrigt hat.

4. Durch zahlreiche Einfügungen haben sich auch die bisherigen Normen zum Zahlungsaufschub und Finanzierungsleasing der §§ 499 – 506 BGB verschoben. Diese sind nunmehr neu gefasst in den §§ 506 ff. BGB. Neu gefasst ist insbesondere § 499 II BGB, der bislang für Finanzierungsleasingverträge und Verträge, die die Lieferung einer Sache oder Leistung gegen Teilzahlung zum Gegenstand haben. Neu ist ebenfalls die Erläuterungspflicht des Kreditinstitutes nach § 491 a III BGB, wonach der Darlehensgeber verpflichtet ist, dem Darlehensnehmer vor Abschluss des Darlehens-

vertrages eine angemessene Erläuterung zur Optimierung des zu vergebenden Kredits erteilen muss. Auch dies soll der weiteren Überschuldungssituation von Privatkonsumenten entgegenwirken. Der Kreditgeber ist nunmehr gehalten, bei erkennbarer Beeinträchtigung des Existenzminimums auf eben diesen Punkt hinzuweisen. Gleiches gilt für die in § 509 BGB festgeschriebene Bonitätsprüfung, die zumindest gravierende Mängel im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit ausschließen soll.

5. Ebenfalls neu gefasst ist § 500 I 1 BGB wonach der Darlehensnehmer dem Kredit ganz oder teilweise bei unbefristeten Verträgen kündigen kann, bzw. gem. § 500 II BGB jederzeit ganz oder teilweise vorzeitig erfüllen kann. Hier kommt ihm eine Kostenermäßigung nach § 501 BGB zugute. Er muss jedoch im Gegenzug eine Vorfälligkeitsentschädigung nach § 502 BGB entrichten. Allerdings ist § 489 III BGB zu beachten, wonach eine Kündigung als nicht erfolgt gilt, wenn der Darlehensnehmer den Darlehensbetrag nicht binnen von zwei Wochen nach Wirksamwerden der Kündigung zurückzahlt.

IV. Inkrafttreten und Synopsen

1. Gem. Art. 229 § 22 II EGBGB gelten für alle vom VerbrKrRL-UG erfassten Schuldverhältnisse, die vor dem 11.06.2010 entstanden sind, die Vorschriften des BGB und der BGB InfoV in der bis dahin gültigen Fassung. Das betrifft mithin Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge, Darlehen, Verbraucherdarlehen, entgeltliche Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge (siehe auch den neu eingefügten Art. 246 EGBGB, der Regelungen über die Art und Weise, Inhalt und Form von Fernabsatzverträgen zum Gegenstand hat und weitgehend inhaltsgleich an die Stelle der BGB InfoV tritt).

2. Anders für unbefristete Verbraucherdarlehensverträge, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurden. Hier gelten nach Art. 229 § 22 III EGBGB teilweise auch die neuen Vorschriften.

3. Für Verbraucherverträge, die die Ausführung von Zahlungsvorgängen zum Inhalt haben, gelten die neuen Vorschriften der §§ 675 c - 676 c BGB sowie Art. 248 EGBGB bereits für Verträge, die ab dem 31.10.2009 geschlossen wurden (Art. 229 § 22 I EGBGB).

4. Synopse zu §§ 312 ff, 355 ff. BGB für Verträge ab dem 11.6.2010:

Alt (für Verträge bis zum 10.6.2010)	Neu (für Verträge ab dem 11.6.10)
§ 355 I 1	dito
§ 355 I 2 Widerrufserklärung und -frist "Zwei Wochen" gestrichen	§ 355 I 2 durch "Widerrufsfrist" ersetzt § 355 II 1 "Widerrufsfrist beträgt 14 Tage, wenn bei Vertragschluss eine dem § 360 I (hier finden sich Einzelheiten zur Widerrufsbelehrung Anschrift, Fristbeginn etc.) entsprechende Widerrufsbelehrung in Textform mitgeteilt wird.
§ 355 II 1 "Fristbeginn... nach Belehrung in Textform [...] Anschrift des Widerrufsempfängers, Fristbeginn" etc.	§ 355 III 1 "Fristbeginn... nach Belehrung in Textform gem. § 360 [...]"
(-)	§ 355 II 2 (sozusagen ebay-Klausel) Bei Fernabsatzverträgen reicht eine "unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilte" Belehrung, wenn der Unternehmer den Verbraucher gem. Art. 246 § 1 I Nr. 10 EGBGB (Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen zum Unternehmen, Laufzeiten von Verträgen, Preisen, Kosten, Widerrufsrechten etc; ersetzt ab 11.6.10 BGB Info- V § 1 I Nr. 1 - 12, II, III) informiert hat. Nach der Gesetzesbegründung bedeutet unverzüglich: am Tag nach dem Vertragsschluss
§ 355 II 2 bei nach Vertragsschluss mitgeteilter Widerrufsbelehrung : Frist 1 Monat	§ 355 II 3 bei nach dem nach S. 1 oder S. 2 maßgeblichem Zeitpunkt mitgeteilten Widerrufsbelehrung: Frist 1 Monat
(-)	§ 355 II 4 Bei Verletzung von Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen bei Dienstleistungen oder Warenlieferungen, die spätestens bei Erfüllung zu erteilen sind, ebenfalls Widerrufsfrist 1 Monat, Art. 246 § 2 I 1 Nr. 2 EGBGB (ersetzt ab 11.6.10 BGB InfoV § 1 IV 1 Nr. 1 - 3; II entspricht § 312c II 2, 3; III übernimmt BGB InfoV § 1 IV 2, 3)
§ 355 II 3 Bei schriftlichem Vertragsschluss Fristbeginn nicht vor Übergabe des Vertrages [...] § 355 II 4 Beweislast beim Unternehmer [...]	§ 355 III 2 i.V.m. § 360 dito § 355 III 3 dito
§ 355 III 1 Widerrufsrecht erlischt spätestens nach 6 Monaten § 355 III 2 Beginn bei Lieferung von Waren nicht vor deren Eingang	§ 355 IV 1 dito § 355 IV 2 dito

<p>§ 355 III 3 unbefristet bei fehlerhafter Widerrufsbelehrung oder bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen bei Verstößen gegen Mitteilungspflichten nach § 312c II Nr.1</p>	<p>§ 355 IV 3 dito aber statt § 312 c II Nr. 1 nunmehr Art. 246 § 2 I 1 Nr. 1 und S. 2 Nr. 1-3 EGBGB</p>
<p>§ 357 III 1 Wertersatzpflicht bei Verschlechterung bei entsprechender Belehrung bei Vertragsschluss</p> <p>§ 357 III 2 § 357 III 3</p>	<p>durch neu eingefügten § 357 III 2 ergänzt: Da wegen § 355 II 2 bei Fernabsatzverträgen eine “unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilte” Belehrung ausreicht, reicht auch hier eine unverzügliche Belehrung über Wertersatz nach Vertragsschluss aus (nach dem neu eingefügten § 357 III 2), wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Willenserklärung durch Fernkommunikationsmittel (also ohne Textform) bereits darauf hingewiesen wurde.</p> <p>§ 357 III 3 dito § 357 III 4 dito</p>
<p>§ 359 S.2 Keine Einwendungen bei verbundenen Verträgen, wenn das finanzierte Entgelt 200,- € nicht überschreitet.</p>	<p>§ 359 a IV dito § 359 S.2 lautet jetzt: gilt nicht für Vertragsänderungen, die der Verbraucher und der Unternehmer nach Abschluss des Verbraucherdarlehens treffen.</p>
	<p>§ 359 a I, neu eingefügt Die Vorschriften des § 358 I- IV (verbundene Verträge) sind auch dann anzuwenden, wenn die Ware oder Dienstleistung aus dem widerrufenen Vertrag im Verbraucherdarlehensvertrag genau angegeben sind. (Anm.: das bedeutet nur eine Gleichstellung bezüglich des Widerrufsrechts. Der Einwendungsdurchgriff nach § 359 ist hingegen nicht anwendbar!)</p> <p>§ 359 a II neu eingefügt: § 358 II, IV gelten entsprechend für Zusatzleistungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Darlehen abgeschlossen wurden.</p>
	<p>§ 360 ersetzt weitgehend die Belehrungspflichten des § 355 II 1 a.F. § 360 III Die Widerrufsbelehrung genügt den Anforderungen, wenn das Muster der Anlage 1 zu Art 246 EGBGB in Textform verwendet wird. Das Muster muss allerdings noch durch Änderungsgesetz in Kraft gesetzt werden. Bis dahin gilt auch nach dem 11.6.2010, dass der Unternehmer das Risiko einer fehlerfreien Widerrufsbelehrung selbst zu tragen hat (vgl. Bülow, NJW 2010, 1713).</p>
<p>§ 312 II: die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht muss auf die Rechtsfolgen des § 357 I, III hinweisen</p>	<p>§ 312 II 1 Belehrung gem. § 360 über Widerrufs- oder Rückgaberecht § 312 II 2 Hinweis auf § 357 I, III</p>
<p>§ 312 c I, Art. 240 EGBGB, § 1 IV BGB InfoV, § 312 c II</p>	<p>§ 312 c I, II a.F. zusammengefasst in § 312 c I, Art. 246, §§ 1, 2 EGBGB</p>

§ 312 d II Widerrufsrecht beginnt nicht vor Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c II...	§ 312 d II Widerrufsrecht beginnt nicht vor Erfüllung der Informationspflichten nach Art. 246, § 2 i.V.m. § 1 I, II EGBGB [...]
--	---

5. Synopse zu §§ 491 ff. BGB für Verträge ab dem 11.6.2010:

Alt (für Verträge bis zum 10.6.2010)	Neu (für Verträge ab dem 11.6.10)
§ 489 (Ordentliches Kündigungsrecht) bei Darlehen über einen bestimmtem Zeitraum mit festem Zinssatz	bei "Darlehen mit gebundenem Sollzinssatz" (Def. Sollzins neu eingefügt in § 489 V)
§ 491 I: Es gelten bes. Vorschriften für Verbraucherdarlehen "vorbehaltlich der Absätze 2 und 3..."	"soweit nicht in den Abs. 2 oder 3 oder in den §§ 503 - 505 nicht anderes bestimmt ist"
§ 491 II 5 (Ausschlussstatbestände) Nr. 1 Darlehen unter 200,- €	§ 491 II Nr. 1: dito neu eingefügt: Nr. 2 bei denen sich die Haftung auf eine zum Pfand übergebene Sache beschränkt Nr. 3 "bei denen der Darlehensnehmer das Darlehen binnen drei Monaten zurückzahlen hat und nur geringen Kosten vereinbart sind"
(-)	§ 491 I a Darlehensgeber schuldet vorvertragliche Informationspflichten über die Einzelheiten aus Art. 247 EGBGB in der dort vorgesehenen Form und angemessene Erläuterungen
§ 492 I 1 Schriftform	§ 492 I dito
§ 492 I 2 - 5 (keine elektronische Form..., und in S.5 Nr. 1 - 7 Angaben zu Zinsen, Art und Weise der Rückzahlung...)	Aufgehoben und ersetzt durch § 492 II "Der Vertrag muss die Angaben nach Art. 247 §§ 6 - 13 des EGBGB enthalten"
§ 492 I a II Definition des effektiven Zinssatzes	Art. 247 § 3 II EGBGB
(-)	neu angefügt § 492 V Erklärungen des Darlehensgebers nach Vertragsschluss bedürfen der Textform
§§ 492 a, 493	ersetzt durch 493
§ 494 I 5 Nichtigkeit von Vertrag und Vollmacht bei Nichteinhaltung der Schriftform oder wenn eine der in § 492 I 5 Nr. 1- 6 vorgeschriebenen Angaben fehlt	§ 494 I (wegen Streichung des § 492 I 5 Nr. 1 - 6 infolge der obigen Neufassung des § 492 II) werden die Wörter "§ 492 I 5 Nr. 1 - 6" ersetzt durch "Art. 247 §§ 6 und 9 - 13 EGBGB"
§ 494 II 1 Heilung bei Inanspruchnahme	dito
§ 494 II 2 Ermäßigung des zugrunde gelegten "Zinssatzes" auf den gesetzlichen Zinssatz	§ 494 II 2 zugrunde gelegten "Sollzinssatz"
§ 495 I (Widerrufsrecht nach § 355)	§ dito

§ 495 II	neu gefasst “§§ 355 - 359 a gelten mit der Maßgabe, dass 1. An die Stelle der Widerrufsbelehrung die Pflichtangabe nach Art. 247 § 6 II des EGBGB tritt, 2. Die Widerrufsfrist auch nicht vor Vertragsschluss beginnt [...]
§§ 499 - 506 (Zahlungsaufschub, Leasing)	neu gefasst in §§ 506 - 510
(-)	§§ 499 - 505: Neuregelungen zu den Themen: Kündigungsrecht des Darlehensgebers, Kündigungsrecht des Darlehensnehmers, Kostenermäßigung, Vorfälligkeitsentschädigung, Immobiliendarlehensverträge, Überziehungsmöglichkeit, geduldete Überziehung
§ 499 I entgeltlicher Zahlungsaufschub von mehr als 3 Monaten § 499 II für Finanzierungsleasingverträge und Verträge, die die Lieferung einer Sache oder Leistung gegen Teilzahlung zum Gegenstand hat, [...] gelten vorbehaltlich des Absatzes 3 die in §§ 500 - 504 geregelten Besonderheiten	§ 506 I dito, aber jeder entgeltlicher Zahlungsaufschub (Anm.: erfasst wird also nunmehr auch ein Zahlungsaufschub bis zu 3 Monaten!) § 499 II neu gefasst in § 506 II: “Verträge, zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die entgeltliche Nutzung eines Gegenstandes gelten als entgeltliche Finanzierungshilfe, wenn vereinbart ist, dass 1. der Verbraucher zum Erwerb des Gegenstandes verpflichtet ist, 2. der Unternehmer vom Verbraucher den Erwerb des Gegenstandes verlangen kann (Anm. Andienungsrecht beim Leasingvertrag) 3. Der Verbraucher bei Beendigung des Vertrags für einen bestimmten Wert des Gegenstandes einzustehen hat. (Anm.: für Finanzierungsleasingverträge wird nunmehr umfassend auf die §§ 491 ff. verwiesen; die in §§ 500 f. a.F. genannten Ausnahmen sind entfallen). § 506 III: “gelten vorbehaltlich des Absatzes 4 zusätzlich die in §§ 507 und 508 geregelten Besonderheiten”
§ 502 Rechtsfolgen von Formmängeln	§ 507
§ 503 Rückgaberecht	§ 508
(-)	§ 509 Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit
§ 505 Teilzahlungsverträge	§ 510 I dito mit Ergänzung: “§ 492 I gilt nicht bei Belehrung in Textform unverzüglich nach Vertragsschluss” § 510 II 1 Nichtigkeit § 510 II 2 Heilung § 510 II 3 Barzahlungspreis -> gesetzlicher Zinssatz
§ 506 Verbot abweichender Vereinbarungen zu Lasten eines Verbrauchers	§ 511 dito mit Einfügung, “soweit nicht ein anderes bestimmt ist”
§ 507 Anwendung auf Existenzgründer, es sei denn ... über 50.000,- €.	§ 512 Anwendung auf Existenzgründer, es sei denn ... über 75.000,- €.

Standort: Deliktsrecht**Problem: Verletzung des APR**

BGH, URTEIL VOM 29.10.2009
I ZR 65/07 (WRP 2010, 780)

Problemdarstellung:

Um die erstmalige Erscheinung ihrer Sonntagsausgabe am 30.09.2001 zu bewerben ließ die Bekl. – die Frankfurter Allgemeine Zeitung – eine Ausgabe der Zeitung auf einem Plakat abbilden. Die Zeitung ist auf der Abbildung zusammengerollt, so dass nur ca. das obere Drittel der Titelseite zu sehen ist. Hierauf ist mittig der Name der Zeitung zu sehen. Darunter befindet sich links eine Fotografie des damaligen Bundesaußenministers Joschka Fischer und rechts ein Portraitfoto des Kl., dem Tennisspieler Boris Becker. Dem Portraitfoto des Kl. ist die Schlagzeile „Der strauchelnde Liebling“ und die Seitenangabe „S. 17“ zugeordnet. Das Werbeplakat wurde von der Bekl. vom 10.09.2001 bis zum 31.03.2002 verwendet.

Die Abbildung des Kl. erfolgte ohne dessen Einwilligung. Die abgebildete Ausgabe der Zeitung wurde nur zur Werbezwecken produziert; bedruckt war daher nur die Titel- und die Rückseite. Redaktionelle Beiträge enthielt die Ausgabe nicht. Insbesondere erschien der angekündigte Beitrag über den Kl. nicht.

Der Kl. meint, durch die Abbildung in seinem Recht am eigenen Bild verletzt zu sein. Er verlangt Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr von rd. 2,4 Mio. €.

Prüfungsrelevanz:

Das Begehren nach einer fiktiven Lizenzgebühr kann wegen fehlender vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien nur als deliktisches Schadensersatzbegehren ausgelegt werden. In Betracht kommt ein Anspruch des Kl. aus § 823 BGB i.V.m. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I, 2 I GG (APR) in seiner Ausgestaltung als Recht am eigenen Bild. Das APR ist ein „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB. Es handelt sich um einen sog. offenen Tatbestand dar, dessen Verletzung im Einzelfall durch eine umfassende Güter- und Interessenabwägung festgestellt werden muss. Bezgl. des Rechts am eigenen Bild, ist das Erfordernis dieser Abwägung sogar eigens im KUG normiert: Nach dem Grundsatz des § 22 S. 1 KUG dürfen Bildnisse von Personen nur mit deren Einwilligung verbreitet werden. Hiervon macht § 23 I Nr. 1 KUG jedoch eine Ausnahme, wenn es sich um Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt. Da § 23 II KUG von dieser Ausnahme wiederum eine Rückausnahme macht, wenn dies die berechtigten Interessen fordern, ist eine Abwägung zwischen den widerstrebenden Interessen vorzunehmen.

Hier eröffnet sich in einer Prüfung die Möglichkeit,

Wertungen der Rechtsordnung – insbesondere aus den Grundrechten – einfließen zu lassen.

Zugunsten der Bekl. stritt hier die Pressefreiheit des Art. 5 I 2 GG, deren Schutz sich auch auf die Werbung zur Einführung eines neuen Presseerzeugnisses stützt. Insbesondere darf auf dem Titelblatt eines Presseerzeugnisses mit dem Bildnis einer prominenten Person geworben werden, wenn dieses eine dem Schutz der Pressefreiheit unterliegende Berichterstattung über die betreffende Person enthält (BGH, WRP 1995, 613 [614]). Der angekündigte Artikel über den Kl. war hier jedoch nie erschienen. Eine Abbildung der Person kann aber dennoch zulässig sein, wenn sie dem Zweck dient, die Öffentlichkeit über die Gestaltung und Thematik einer neuen Zeitung zu informieren.

Der Kl. kann demgegenüber zwar einen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht geltend machen; dieser ist aber nicht von entscheidender Intensität. Denn aus der Werbeanzeige ergibt sich nicht, dass der Kl. sich mit der Bekl. oder von dieser vertriebenen Produkten identifiziert – es findet insoweit kein Imagetransfer statt. Die Portraitaufnahme des Kl. ist überdies neutral und stellt ihn optisch nicht ungünstig dar. Auch die Schlagzeile „Der strauchelnde Liebling“ ist nicht als Herabsetzung zu verstehen.

Insgesamt überwog damit das Interesse der Bekl. an einer Darstellung. Jedoch gilt dies nach dem Senat nicht unbegrenzt. Denn jedenfalls in einem angemessenen Zeitraum nach dem erstmaligen Erscheinen der Zeitung ist es der Bekl. zumutbar gewesen, mit einer anderen (einer echten) Ausgabe der Zeitung zu werben und den Eingriff ins Persönlichkeitsrecht des Kl. damit zu beenden. Der Senat billigt der Bekl. hier ein „Werberecht“ mit dem Bildnis des Kl. für einen Monat zu, so dass ab dem 01.11.2001 ein überwiegendes In

teresse des Kl. zu bejahen ist. Insofern besteht ab diesem Zeitpunkt auch ein entsprechender Anspruch auf fiktive Lizenzgebühr.

Die Entscheidung zeigt, wie leicht eine zivilrechtliche Problematik mit zivilrechtsfremden Aspekten verbunden werden kann. In der zivilgerichtlichen Rechtsprechung sind derartige Konstellationen in der jüngeren Vergangenheit häufig vorgekommen (vgl. z.B. OLG Frankfurt, RA 2009, 708; BAG, RA 2010, 15; BGH, RA 2009, 801), so dass hiermit in einer Klausur durchaus zu rechnen ist.

Vertiefungshinweise:

☐ § 823 i.V.m. Art. 1 I GG: BGH, RA 2009, 708

☐ § 823 i.V.m. APR: BGH, NJW 1961, 1914; BGH,

NJW 1966, 1214; BGH, VersR 1979, 53; BVerfG, NJW 2002, 3767

Leitsätze:

1. Die Werbung für eine geplante Zeitung mit der Titelseite eines Testexemplars, auf der eine prominente Person abgebildet ist, verletzt nicht allein deshalb deren Recht am eigenen Bild, weil keine Ausgabe der Zeitung erscheint, die eine der Ankündigung entsprechende Berichterstattung enthält.

2. Eine solche Werbung verletzt das Recht am eigenen Bild allerdings von dem Zeitpunkt an, zu dem es dem Werbenden möglich und zumutbar ist, die Abbildung der Titelseite des Testexemplars durch die Abbildung der Titelseite einer tatsächlich erschienenen Ausgabe der Zeitung zu ersetzen.

Sachverhalt:

Der Kläger ist der bekannte Tennisspieler Boris Becker. Die Beklagte gibt die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung heraus.

Vor dem Erscheinen der Erstausgabe am 30. September 2001 stellte die Beklagte der Fachöffentlichkeit ein Testexemplar der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung vor. Dieses Testexemplar ist in der Werbekampagne zur Einführung der Zeitung vom 10. September 2001 bis zum 31. März 2002 in zusammenge-rollter Form - wie eine Zeitung in Zeitungsrohre gesteckt zu werden pflegt - abgebildet. Die Abbildung zeigt den oberen Teil der Titelseite mit dem Namen der Zeitung. Darunter ist links eine Fotografie des damaligen Bundesaußenministers Fischer und rechts ein Portraitfoto des Klägers zu sehen. Neben dem Bild des Klägers befinden sich die Schlagzeile „Der strauchelnde Liebling“ und der Untertitel „mühsame Versuche, nicht aus der Erfolgsspur geworfen zu werden - Seite 17“.

Die Werbung erschien auf verschiedenen Werbeträgern und in unterschiedlicher Gestaltung. Sie zeigte stets eine Abbildung des Testexemplars der Zeitung und enthielt oft einen Werbeslogan mit dem Wort „Sonntag“, wie etwa „Die schönsten Seiten des Sonntags“.

Das Original des in der Werbekampagne abgebildeten Testexemplars der Zeitung zeigte neben einer ausgearbeiteten Titel- und Rückseite nur das vorgesehene Layout; es enthielt keine redaktionellen Beiträge und damit auch nicht den auf der Titelseite für Seite 17 angekündigten Bericht. Ein solcher Bericht erschien auch in keiner späteren Ausgabe der Zeitung. Die Veröffentlichung des Fotos erfolgte ohne Einwilligung des Klägers.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe mit der ungenehmigten Verwendung seines Bildnisses in ihrer

Werbekampagne sein Recht am eigenen Bild verletzt. Er nimmt die Beklagte auf Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr in Höhe von 2.365.395,55 € in Anspruch.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[8] Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte sei dem Kläger dem Grunde nach gemäß § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 22, 23 KUG und § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB zur Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr verpflichtet, weil sie mit der Veröffentlichung seines Bildnisses in ihrer Werbekampagne in rechtswidriger und schuldhafter Weise in sein Recht am eigenen Bild eingegriffen und damit auf seine Kosten einen vermögenswerten Vorteil erlangt habe.

[11] Die Werbekampagne sei bereits ab dem 10. September 2001 und nicht erst ab dem Zeitpunkt des Erscheinens der Erstausgabe am 30. September 2001 unzulässig. Die Beklagte habe vor dem 30. September 2001 zwar nur in der in Rede stehenden Art und Weise mit einer zu diesem Zeitpunkt noch nicht existenten Zeitung werben können. Sie sei jedoch bereits ab dem 10. September 2001 verpflichtet gewesen, das abgebildete Exemplar ab dem 30. September 2001 tatsächlich auf den Markt zu bringen, weil sie davon profitiert habe, dass sich die Aufmerksamkeit der potentiellen Erwerber gerade wegen der Abbildung des bekannten Klägers auf das Produkt gerichtet habe. Im Übrigen sei es der Beklagten möglich und zumutbar gewesen, ihre Werbung ab dem Erscheinen der Zeitung am 30. September 2001 umzustellen, und in der Werbung eine tatsächlich erschienene Ausgabe abzubilden.

B. Entscheidung des BGH

[12] Die Revision der Beklagten hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils soweit dieses dem Kläger dem Grunde nach Ansprüche auch für die Zeit vom 10. September 2001 bis zum 31. Oktober 2001 zugesprochen hat. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr aus § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 22, 23 KUG und aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB nur für die Zeit vom 1. November 2001 bis zum 31. März 2002 zu.

I. § 23 I Nr. 1 KUG

[15] Die Beklagte kann sich grundsätzlich auf die Ausnahmebestimmung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG für Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte berufen. Der Begriff der Zeitgeschichte ist, um der Bedeutung und Tragweite der Pressefreiheit Rechnung zu tragen, nicht allein auf Vorgänge von historischer oder politischer Bedeutung zu beziehen, sondern vom Informa-

tionsinteresse der Öffentlichkeit her zu bestimmen (BVerfGE 101, 361, 392; vgl. BGHZ 178, 213 Tz. 10 m.w.N.). Der Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ist daher eröffnet, wenn die Werbeanzeige nicht ausschließlich den Geschäftsinteressen des mit der Abbildung werbenden Unternehmens, sondern daneben auch einem Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient (vgl. BGHZ 169, 340 Tz. 15 - Rücktritt des Finanzministers; BGH GRUR 2009, 1085 Tz. 26 - Wer wird Millionär?). Die vom Kläger beanstandeten Werbeanzeigen enthalten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zumindest auch eine Information der Allgemeinheit über die Gestaltung und den Inhalt der neuen Zeitung der Beklagten.

II. Persönlichkeitsrecht des Kl. vom Berufungsgericht überbewertet

[18] Die Revision rügt [jedoch] mit Erfolg, das Berufungsgericht habe dem Persönlichkeitsrecht des Klägers zu großes Gewicht beigemessen. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Werbung der Beklagten nutze den Image- und Werbewert des außerordentlich prominenten Klägers in erheblichem Maße aus. Die von ihm getroffenen Feststellungen tragen diese Beurteilung indes nicht.

1. Maßstab für die Gewichtung des Eingriffs

[19] Das Gewicht des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer prominenten Person, die ohne ihre Einwilligung in einer Werbeanzeige abgebildet wird, bemisst sich vor allem nach dem Ausmaß, in dem die Werbung den Werbewert und das Image der Person ausnutzt. Besonderes Gewicht hat ein solcher Eingriff, wenn die Werbung den Eindruck erweckt, die abgebildete Person identifiziere sich mit dem beworbenen Produkt, empfehle es oder preise es an (vgl. BGHZ 169, 340 Tz. 19 - Rücktritt des Finanzministers, m.w.N.). Erhebliches Gewicht kommt einem derartigen Eingriff auch dann zu, wenn durch ein unmittelbares Nebeneinander der Ware und des Abgebildeten in der Werbung das Interesse der Öffentlichkeit an der Person und deren Beliebtheit auf die Ware übertragen wird, weil der Betrachter der Werbung eine gedankliche Verbindung zwischen dem Abgebildeten und dem beworbenen Produkt herstellt, die zu einem Imagetransfer führt (BGH GRUR 2009, 1085 Tz. 31 - Wer wird Millionär?, m.w.N.). Dagegen hat der Eingriff geringeres Gewicht, wenn die Abbildung einer prominenten Person in der Werbung weder Empfehlungscharakter hat noch zu einem Imagetransfer führt, sondern lediglich die Aufmerksamkeit des Betrachters auf das beworbene Produkt lenkt.

2. Vorliegend keine Identifikation / kein Imagetransfer

[20] Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts erweckt die Darstellung

des Klägers auf der Titelseite der abgebildeten Zeitung nicht den Eindruck, der Kläger identifiziere sich mit der beworbenen Sonntagszeitung, empfehle sie oder preise sie an. Die Abbildung des Klägers hat vielmehr das Ziel, das große Interesse der Allgemeinheit an seiner Person zum Zweck der Absatzförderung auf die beworbene Zeitung zu lenken. Die Werbung mit dem Foto des Klägers erschöpft sich demnach in einer bloßen Aufmerksamkeitswerbung für die Sonntagszeitung der Beklagten, ohne den Werbewert oder das Image des Klägers darüber hinaus auszunutzen.

3. Eingriff in die einfachrechtlich geschützten Bestandteile des Rechts am eigenen Bild

[21] Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Klägers betrifft lediglich die - nur einfachrechtlich geschützten - vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einschließlich des Rechts am eigenen Bild und berührt nicht die - auch verfassungsrechtlich gewährleisteten - ideellen Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers (vgl. BGHZ 143, 214, 218 ff. - Marlene Dietrich; BVerfG, Kammerbeschl. v. 22.8.2006 - 1 BvR 1168/04, GRUR 2006, 1049, 1050 f. = WRP 2006, 1361; BGHZ 169, 340 Tz. 21 - Rücktritt des Finanzministers). Bei der verwendeten Fotografie handelt es sich um eine kleine, neutrale Porträtaufnahme, die den Kläger optisch nicht ungünstig darstellt. Die Schlagzeile und der Untertitel sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht als Herabsetzung zu verstehen, sondern spielen aus der Sicht des Durchschnittsbetrachters der Werbung auf Erfolge und Misserfolge des Klägers nach Abschluss seiner Tenniskarriere an. Die beanstandete Werbung beschädigt das Ansehen des Klägers daher nicht, auch wenn sie seine persönlichen Probleme zum Gegenstand hat und ihn nicht unbedingt in einem günstigen Licht erscheinen lässt

III. Pressefreiheit nicht ausreichend berücksichtigt

[22] Die Revision beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht der Pressefreiheit der Beklagten zu geringes Gewicht beigemessen hat.

1. Abbildung auch ohne korrespondierende Berichterstattung möglich

[25] Die Werbung mit der Abbildung einer prominenten Person auf dem Titelblatt einer Zeitung kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aber auch ohne eine diese Abbildung rechtfertigende Berichterstattung im Innern oder auf dem Titelblatt der Zeitung zulässig sein, wenn sie dem Zweck dient, die Öffentlichkeit über die Gestaltung und die Thematik einer neuen Zeitung zu informieren.

[26] Da die Freiheit zur Gründung und Gestaltung von Presseerzeugnissen im Zentrum der Pressefreiheit

steht (BVerfGE 97, 125, 144 m.w.N.), erstreckt sich deren Schutz in besonderem Maße auf die Werbung zur Einführung eines neuen Presseerzeugnisses. Ein Verlag hat ein erhebliches und berechtigtes Interesse, im Rahmen einer solchen Einführungswerbung mit der Abbildung eines Titelblatts zu werben, um den Werbeadressaten das Aussehen und die Ausrichtung der neuen Zeitung vor Augen zu führen und es ihnen damit zu ermöglichen, das einzuführende neue Presseerzeugnis von bestehenden ähnlichen Presseerzeugnissen zu unterscheiden. Der Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst deshalb die Werbung mit der Abbildung einer Titelseite, die die Öffentlichkeit beispielhaft über Gestaltung und Inhalt des neuen Presseerzeugnisses informiert.

2. Ergebnis

[27] Die gebotene Abwägung der betroffenen Interessen ergibt, dass im Streitfall der Pressefreiheit der Beklagten gegenüber dem Persönlichkeitsrecht des Klägers in der Zeit vom Beginn der Werbekampagne zur Einführung der Zeitung am 10. September 2001 bis zum Ablauf eines Monats nach dem Erscheinen der Erstausgabe am 30. September 2001 - also in der Zeit vom 10. September 2001 bis zum 31. Oktober 2001 - größeres Gewicht zukommt.

IV. Jedoch: Zeitliche Einschränkung

[32] Da die Werbung der Beklagten das Persönlichkeitsrecht des Klägers nicht unerheblich beeinträchtigt,

war die Beklagte allerdings gehalten, nach dem Erscheinen der Erstausgabe am 30. September 2001, sobald es ihr möglich und zumutbar war, nicht mehr das Testexemplar, sondern ein erschienenes Exemplar ihrer Zeitung in der Werbekampagne abzubilden. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass dies der Beklagten nicht möglich gewesen wäre. Sie kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihr eine kurzfristige Umstellung der Werbekampagne nicht zumutbar gewesen wäre. Bereits bei der Planung der Werbekampagne hätte sie sich auf eine Änderung des Anzeigenmotivs einstellen können und müssen. Dann wäre es ihr mit zumutbarem Aufwand möglich gewesen, innerhalb eines Monats nach Erscheinen der Erstausgabe in der Einführungswerbung die Abbildung des Testexemplars der Zeitung durch die Abbildung der Erstausgabe oder einer Folgeausgabe zu ersetzen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts deuten von der Beklagten vorgelegte Varianten der Werbung darauf hin, dass die Beklagte „zeitnah“ zum Erscheinen der Erstausgabe auch mit tatsächlich erschienenen Ausgaben der Zeitung geworben hat und demnach zu einer Umstellung der Werbekampagne in der Lage war. Die Beklagte war daher - mit Rücksicht auf das beeinträchtigte Persönlichkeitsrecht des Klägers - nicht berechtigt, das Testexemplar der Sonntagszeitung mit der Porträtaufnahme des Klägers - wie geschehen - auch in der Zeit vom 1. November 2001 bis zum 31. März 2002 in ihrer Werbung zu verwenden.

Standort: Schuldrecht

Problem: Schadensersatz / Unterlassung

BGH, URTEIL VOM 12.05.2010

I ZR 121/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. vermarktet den Tonträger „Sommer unseres Lebens“ mit einer Aufnahme des Künstlers Sebastian Hämer. Sie beauftragte die L. AG mit der Überwachung des Titels im Internet. Am 08.09.2006 um 18.32 Uhr erfasste dieses Unternehmen einen Nutzer mit einer bestimmten IP-Adresse, der zu diesem Zeitpunkt den Tonträger „Sommer unseres Lebens“ anderen Teilnehmern der Tauschbörse „eMule“ zum Herunterladen anbot. Nach Auskunft der Deutschen Telekom AG war die IP-Adresse zum fraglichen Zeitpunkt dem Internetanschluss des Bekl. zugeordnet. Im Zeitpunkt der Erfassung der IP-Adresse befand sich der Bekl. im Urlaub; sein Computer stand in einem abgeschlossenen Büroraum.

Die Kl. hat vom Bekl. verlangt, es zu unterlassen, den betreffenden Musiktitel in Online-Tauschbörsen bereitzustellen. Ferner hat sie den Bekl. auf Schadensersatz (150 €) sowie auf Erstattung von Abmahnkos-

ten (325,90 €) zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat den Bekl. weitgehend antragsgemäß verurteilt. Die Berufung des Bekl. hat zur Abweisung der Klage geführt. Mit ihrer Revision verfolgt die Kl. ihre Klageanträge weiter. Die Revision hat im Wesentlichen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtsprechung zur Haftung von W-LAN-Anschlussinhabern war bislang recht uneinheitlich. Die vorliegende Entscheidung des BGH schafft ein wenig Rechtssicherheit. Die Thematik berührt zwar insbesondere Bereiche des Urheberrechts, das regelmäßig nicht examensrelevant ist. Doch gerade aufgrund der Medienwirksamkeit des Urteils mag die Problematik durchaus in einer mündlichen Prüfung abgefragt werden. Lässt man die Besonderheiten des Urheberrechts außen vor, betrifft die Entscheidung nämlich vorwiegend Fragen der Störereigenschaft (ähnlich § 1004 BGB) und der Verhaltenspflichten von W-LAN-Anschlussinhabern.

I. An das Herunterladen und Bereitstellen von urheberrechtlich geschützten Musiktiteln über Online-Tauschbörsen kann der Berechtigte drei Rechtsfolgen knüpfen: 1. Unterlassung, 2. den Ersatz des aus der Urheberrechtsverletzung resultierenden Schadens und 3. den Ersatz der entstandenen Abmahnkosten. Der Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch resultiert aus § 97 I, II UrhG. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folgt aus den Grundsätzen der GoA. Denn derjenige, der vom Störer die Beseitigung einer Störung bzw. Unterlassung verlangen kann, hat nach ständiger Rechtsprechung im Urheberrecht grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen gem. §§ 683 S. 1, 670 BGB, soweit er bei der Störungsbeseitigung hilft und im Interesse und im Einklang mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Störers tätig wird (*BGH*, NJW 1970, 243 und NJW 2002, 1494). Hierfür streitet im Ergebnis auch § 12 I 2 UWG, wonach Ersatz für die erforderlichen Aufwendungen einer berechtigten Abmahnung verlangt werden kann (*LG Köln*, K&R 2010, 280). Die Abmahnkosten entsprechen den Kosten der Rechtsverfolgung und bemessen sich daher nach dem Streitwert; die Höhe wird gem. § 13 RVG i.V.m. Nr. 2300 VV RVG aus einer 1,3 fachen Geschäftsgebühr berechnet.

II. Die entscheidende Frage war, ob und wie der Bekl. für die Urheberrechtsverletzung haftet, zu der er sich im Urlaub befand. Der Senat verneint zunächst eine Beteiligung des Bekl. als Täter oder Teilnehmer an der Urheberrechtsverletzung. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der BGH die Übertragbarkeit der sog. Halzband-Entscheidung (*BGH*, NJW 2009, 1960) auf die hier vorliegende Situation ablehnt. Dies wurde von der wohl überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum bislang anders gesehen. Nach der Halzband-Entscheidung muss der Inhaber eines eBay-Mitgliedskontos sich so behandeln lassen, als habe er selbst gehandelt, wenn er das Konto nicht hinreichend vor dem Zugriff Dritter gesichert hat und es von einem Dritten benutzt wird, ohne dass der Kontoinhaber dies veranlasst oder geduldet hat (Rn. 16 des Urteils). Die Übertragbarkeit dieser Entscheidung scheitert daran, dass nach Ansicht des Senats der IP-Adresse keine mit einem eBay-Konto vergleichbare Identifikationsfunktion zukommt. Die IP-Adresse ist keinem konkreten Nutzer zugeordnet, sondern bloß dem Anschlussinhaber, der grundsätzlich dazu berechtigt ist, beliebigen Dritten Zugriff auf seinen Internetanschluss zu gestatten. Insgesamt scheiterte damit ein auf § 97 UrhG gestützter Schadensersatzanspruch der Kl..

Der Unterlassungsanspruch und der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten waren jedoch begründet. Denn auf Unterlassung kann – unabhängig von Täter- oder

Teilnehmerqualität – in Anspruch genommen werden, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt (so schon *BGH*, NJW-RR 2002, 83 und NJW-RR 2008, 1136). Der Bekl. hatte hier insoweit zur Verletzung beigetragen, als er es unterlassen hatte, seinen W-LAN-Anschluss hinreichend zu sichern. Zwar bestand eine sog. WPA1-Verschlüsselung, doch hatte der Bekl. das werkseitig voreingestellte Standard-Passwort übernommen anstatt ein persönliches Passwort einzusetzen. Insgesamt fordert der Senat, dass die marktüblichen Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden, um den Anschluss vor dem Zugriff Dritter zu schützen. Hierzu zählt er neben dem persönlichen Passwort eine WPA2-Verschlüsselung.

Da der Unterlassungsanspruch begründet war, konnte die Kl. auch die Abmahnkosten ersetzt verlangen.

Vertiefungshinweise:

- Halzband-Entscheidung: *BGH*, NJW 2009, 1960
- Bisherige Rechtsprechung: *LG Köln*, GRUR-RR 2010, 242; *OLG Köln*, GRUR-RR 2010, 173; *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2008, 279 und MDR 2008, 403 (eine Übersicht findet sich außerdem bei <http://www.schwarz-surfen.de/storerhaftung/>)

Leitsätze:

- 1. Den Inhaber eines Internetanschlusses, von dem aus ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne Zustimmung des Berechtigten öffentlich zugänglich gemacht worden ist, trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn er geltend macht, nicht er, sondern ein Dritter habe die Rechtsverletzung begangen.**
- 2. Der Inhaber eines WLAN-Anschlusses, der es unterlässt, die im Kaufzeitpunkt des WLAN-Routers marktüblichen Sicherungen ihrem Zweck entsprechend anzuwenden, haftet als Störer auf Unterlassung, wenn Dritte diesen Anschluss missbräuchlich nutzen, um urheberrechtlich geschützte Musiktitel in Internetausgabörsen einzustellen.**

Sachverhalt:

Die Klägerin vermarktet den Tonträger „Sommer unseres Lebens“ mit einer Aufnahme des Künstlers Sebastian Hämer. Sie beauftragte die L. AG mit der Überwachung des Titels im Internet. Am 08.09.2006 um 18.32 Uhr erfasste dieses Unternehmen einen Nutzer mit einer bestimmten IP-Adresse, der zu diesem Zeitpunkt den Tonträger „Sommer unseres Lebens“ anderen Teilnehmern der Tauschbörse „eMule“ zum Herunterladen anbot. Nach der im Rahmen der daraufhin eingeleiteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen eingeholten Auskunft der Deutschen Telekom AG war die IP-Adresse zum fraglichen Zeitpunkt dem In-

ternetanschluss des Beklagten zugeordnet. Im Zeitpunkt der Erfassung der IP-Adresse befand sich der Beklagte im Urlaub; sein Computer stand in einem abgeschlossenen Büroraum.

Die Klägerin hat vom Beklagten verlangt, es zu unterlassen, den betreffenden Musiktitel in Online-Tauschbörsen bereitzustellen. Ferner hat sie den Beklagten auf Schadensersatz (150 €) sowie auf Erstattung von Abmahnkosten (325,90 €) zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat den Beklagten weitgehend antragsgemäß verurteilt. Die Berufung des Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt (OLG Frankfurt GRUR-RR 2008, 279). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Revision hat im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht hat Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG verneint. Hierzu hat es ausgeführt:

[6] Der Beklagte habe die Rechtsverletzung nicht selbst begangen, da er zum fraglichen Zeitpunkt urlaubsabwesend gewesen sei und sich sein PC in einem abgeschlossenen Büroraum befunden habe, der keinem Dritten zugänglich gewesen sei. Die Rechtsverletzung könne daher nur von einem Dritten begangen worden sein, der die WLAN-Verbindung des Beklagten von außerhalb genutzt habe, um sich Zugang zu dessen Internetanschluss zu verschaffen. Für diese - wie zu unterstellen sei - vorsätzliche rechtswidrige Urheberrechtsverletzung eines Dritten hafte der Beklagte nicht als Störer. Der WLAN-Anschlussinhaber dürfe nicht für das vorsätzliche Verhalten beliebiger Dritter, die mit ihm in keinerlei Verbindung stünden, verantwortlich gemacht werden. Ein WLAN-Anschlussinhaber hafte im privaten Bereich deshalb nicht generell wegen der abstrakten Gefahr eines Missbrauchs seines Anschlusses von außen, sondern erst, wenn konkrete Anhaltspunkte hierfür bestünden. Daran fehle es im Streitfall.

B. Entscheidung des BGH

[9] Die Revision hat im Wesentlichen Erfolg. Sie führt hinsichtlich des Unterlassungsantrags sowie des Antrags auf Erstattung der Abmahnkosten zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Rechtsfehlerfreie Feststellung des Berufungsgerichts bzgl. Täter-/Teilnehmerqualität

[10] Das Berufungsgericht ist allerdings ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass der Beklagte nicht als

Täter oder Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung nach §§ 19a, 97 UrhG haftet. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

[14] [Zwar] hat der Bundesgerichtshof nach Verkündung des Berufungsurteils entschieden, dass der private Inhaber eines Mitgliedskontos bei eBay sich so behandeln lassen muss, als habe er selbst gehandelt, wenn er das Konto nicht hinreichend vor dem Zugriff Dritter gesichert hat und es von einem Dritten benutzt wird, ohne dass der Kontoinhaber dies veranlasst oder geduldet hat (BGHZ 180, 134 Tz. 16 – Halzband). Die bei der Verwahrung der Zugangsdaten für das Mitgliedskonto gegebene Pflichtverletzung stellt danach einen eigenen, selbständigen Zurechnungsgrund dar. Diese Entscheidung ist indes nicht auf den Fall der Nutzung eines ungesicherten WLAN-Anschlusses durch außenstehende Dritte übertragbar.

[15] Der IP-Adresse kommt keine mit einem eBay-Konto vergleichbare Identifikationsfunktion zu. Anders als letzteres ist sie keinem konkreten Nutzer zugeordnet, sondern nur einem Anschlussinhaber, der grundsätzlich dazu berechtigt ist, beliebigen Dritten Zugriff auf seinen Internetanschluss zu gestatten. Die IP-Adresse gibt deshalb bestimmungsgemäß keine zuverlässige Auskunft über die Person, die zu einem konkreten Zeitpunkt einen bestimmten Internetanschluss nutzt. Damit fehlt die Grundlage dafür, den Inhaber eines WLAN-Anschlusses im Wege einer unwiderleglichen Vermutung so zu behandeln, als habe er selbst gehandelt (vgl. BGHZ 180, 134 Tz. 16 – Halzband). Es ginge deshalb zu weit, die nicht ausreichende Sicherung eines WLAN-Anschlusses mit der unsorgfältigen Verwahrung der Zugangsdaten für ein eBay-Konto gleichzusetzen. Dies würde die WLAN-Nutzung im Privatbereich auch mit unangemessenen Haftungsrisiken belasten, weil der Anschlussinhaber bei Annahme einer täterschaftlichen Verantwortung unbegrenzt auf Schadensersatz haften würde, wenn außenstehende Dritte seinen Anschluss in für ihn nicht vorhersehbarer Weise für Rechtsverletzungen im Internet nutzen.

II. Jedoch Haftung wegen adäquat kausalen Beitrags zur Rechtsverletzung

[18] Soweit das Berufungsgericht die Klage mit dem Unterlassungsantrag abgewiesen hat, kommt eine Bestätigung dagegen nicht in Betracht. Denn entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die Klägerin den Beklagten als Störer auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Das Berufungsgericht meint zwar, der Betreiber eines privaten WLAN-Anschlusses hafte nicht generell wegen der abstrakten Gefahr eines Missbrauchs seines Anschlusses durch einen Außenstehenden, sondern erst wenn konkrete Anhaltspunkte für einen solchen Missbrauch bestünden. Dem kann aber für den hier vorliegenden Fall nicht beigetreten

werden, dass der WLAN-Anschluss ohne die auch im privaten Gebrauch verkehrsblichen und zumutbaren Zugangsicherungen betrieben wird.

1. Störer

[19] Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt (BGH, Urt. v. 18.10.2001 – I ZR 22/99, GRUR 2002, 618, 619 = WRP 2002, 532 – Meißner Dekor I; BGH, Urt. v. 30.4.2008 – I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 Tz. 50 = WRP 2008, 1104 – Internet-Versteigerung III). Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers nach der Rechtsprechung des Senats die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (BGH, Urt. v. 15.10.1998 – I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 419 f. = WRP 1999, 211 – Möbelklassiker; BGHZ 158, 343, 350 – Schöner Wetten; BGH, Urt. v. 9.2.2006 – I ZR 124/03, GRUR 2006, 875 Tz. 32 = WRP 2006, 1109 – Rechtsanwalts-Ranglisten).

2. Kausalität / Prüfungspflichten

[20] Der Betrieb eines nicht ausreichend gesicherten WLAN-Anschlusses ist adäquat kausal für Urheberrechtsverletzungen, die unbekannte Dritte unter Einsatz dieses Anschlusses begehen. Auch privaten Anschlussinhabern obliegen insoweit Prüfungspflichten, deren Verletzung zu einer Störerhaftung führt.

[22] Auch Privatpersonen, die einen WLAN-Anschluss in Betrieb nehmen, ist es zuzumuten zu prüfen, ob dieser Anschluss durch angemessene Sicherungsmaßnahmen hinreichend dagegen geschützt ist, von außenstehenden Dritten für die Begehung von Rechtsverletzungen missbraucht zu werden. Die Zumutbarkeit folgt schon daraus, dass es regelmäßig im wohlverstandenen eigenen Interesse des Anschlussinhabers liegt, seine Daten vor unberechtigtem Eingriff von außen zu schützen. Zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen durch unberechtigte Dritte ergriffene Sicherungsmaßnahmen am WLAN-Zugang dienen zugleich diesem Eigeninteresse des Anschlussinhabers. Die Prüfpflicht ist mit der Folge der Störerhaftung verletzt, wenn die gebotenen Sicherungsmaßnahmen unterbleiben.

[23] Welche konkreten Maßnahmen zumutbar sind, bestimmt sich auch für eine Privatperson zunächst nach den jeweiligen technischen Möglichkeiten (vgl. BGHZ 172, 119 Tz. 47 – Internet-Versteigerung II). Es

würde die privaten Verwender der WLAN-Technologie allerdings unzumutbar belasten und wäre damit unverhältnismäßig, wenn ihnen zur Pflicht gemacht würde, die Netzwerksicherheit fortlaufend dem neuesten Stand der Technik anzupassen und dafür entsprechende finanzielle Mittel aufzuwenden. Die Prüfungspflicht im Hinblick auf die unbefugte Nutzung eines WLAN-Routers konkretisiert sich vielmehr dahin, dass jedenfalls die im Kaufzeitpunkt des Routers für den privaten Bereich marktüblichen Sicherungen ihrem Zweck entsprechend wirksam einzusetzen sind (vgl. dazu für den Bereich der Verkehrssicherungspflichten BGH, Urt. v. 31.10.2006 – VI ZR 223/05, NJW 2007, 762 Tz. 11; Urt. v. 2.3.2010 – VI ZR 223/09 Tz. 9 f., VersR 2010, 544).

[24] Die dem privaten WLAN-Anschlussinhaber obliegende Prüfungspflicht besteht nicht erst, nachdem es durch die unbefugte Nutzung seines Anschlusses zu einer ersten Rechtsverletzung Dritter gekommen und diese ihm bekannt geworden ist. Sie besteht vielmehr bereits ab Inbetriebnahme des Anschlusses. Die Gründe, die den Senat in den Fällen der Internetversteigerung dazu bewogen haben, eine Störerhaftung des Plattformbetreibers erst anzunehmen, nachdem er von einer ersten Rechtsverletzung Kenntnis erlangt hat, liegen bei privaten WLAN-Anschlussbetreibern nicht vor. Es geht hier nicht um ein Geschäftsmodell, das durch die Auferlegung präventiver Prüfungspflichten gefährdet wäre (vgl. BGHZ 158, 236, 251 f. – Internet-Versteigerung I). Es gelten auch nicht die Haftungsprivilegien nach § 10 TMG und Art. 14 f. der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, die im Falle des Diensteanbieters nach § 10 Satz 1 TMG (Host Provider) einen weitergehenden Unterlassungsanspruch ausschließen. Das hoch zu bewertende, berechnete Interesse, über WLAN leicht und räumlich flexibel Zugang zum Internet zu erhalten, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die zum Zeitpunkt der Installation des WLAN-Routers auch im Privatbereich verkehrsblich vorhandenen Sicherungsmaßnahmen gegen unbefugte Nutzung angewandt werden.

3. Verletzung der Prüfungspflichten

[32] Der Beklagte hat die ihm als Betreiber eines WLAN-Anschlusses obliegende Prüfungspflicht hinsichtlich ausreichender Sicherungsmaßnahmen verletzt.

[33] Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hat der Beklagte allerdings keinen gänzlich ungesicherten WLAN-Zugang verwendet. Vielmehr war der Zugang auf seinen Router bei aktivierter WLAN-Unterstützung werkseitig durch eine WPA-Verschlüsselung geschützt, die für die Einwahl in das Netzwerk des Beklagten einen 16-stelligen Authentifizierungs-

schlüssel erfordert. Mangels anderweitiger Feststellungen kann jedenfalls für September 2006 auch nicht davon ausgegangen werden, dass bei privater WLAN-Nutzung eine Verschlüsselung nach dem WPA2-Standard verkehrüblich und damit geboten war, um unberechtigte Zugriffe Dritter auf das Drahtlosnetzwerk zu verhindern. Es belastete die Verwender dieser Technologie unzumutbar und damit unverhältnismäßig, wenn sie ihre Netzwerksicherheit fortlaufend dem neuesten Stand der Technik anpassen und dafür entsprechende finanzielle Mittel aufwenden müssten.

[34] Die Prüfpflicht des Beklagten bezieht sich aber

auf die Einhaltung der im Kaufzeitpunkt des Routers für den privaten Bereich marktüblichen Sicherungen. Diese Pflicht hat der Beklagte verletzt. Der Beklagte hat es nach dem Anschluss des WLAN-Routers bei den werkseitigen Standardsicherheitseinstellungen belassen und für den Zugang zum Router kein persönliches, ausreichend langes und sicheres Passwort vergeben. Der Schutz von Computern, Kundenkonten im Internet und Netzwerken durch individuelle Passwörter gehörte auch Mitte 2006 bereits zum Mindeststandard privater Computernutzung und lag schon im vitalen Eigeninteresse aller berechtigten Nutzer. Sie war auch mit keinen Mehrkosten verbunden.

Standort: Schuldrecht/Kaufrecht

Problem: Nutzungsausfall

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 02.07.2009
5 U 147/07 (SCHADEN-PRAXIS 2009, 365)

Problemdarstellung:

Die Kl., die ein Autohaus der italienischen Automarken Fiat, Alfa Romeo und Lancia betreibt, begehrt Schadensersatz wegen eines Brandschadens an einem Pkw vom Typ Ferrari 456 GTA. Sie ist Eigentümerin und Halterin dieses Pkw, den sie als Geschäftsführerfahrzeug einsetzte. Aufgrund einer entsprechenden Absprache zwischen der Kl. und ihrem Geschäftsführer war diesem gestattet, den Wagen auch zu privaten Zwecken zu nutzen. In Folge eines handwerklichen Fehlers bei der Durchführung von Reparaturarbeiten in dem Betrieb der Bekl. kam es beim Betanken des Fahrzeuges am 18.06.2002 zu einer Entzündung austretenden Benzins, wodurch der Wagen vollständig ausbrannte. Die Kl., die bereits im Juli 2002 Schadensersatzansprüche gegenüber der Bekl. und deren Betriebshaftpflichtversicherung geltend gemacht hatte, erhielt Anfang 2003 von ihrer eigenen Kasko-Versicherung den Fahrzeugschaden in Höhe von 141.583,22 € ausgezahlt. Die Kasko-Versicherung führte daraufhin gegen die Bekl. vor dem Landgericht Düsseldorf einen Regressprozess, in dem sich die Beteiligten auf eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreites einigten. Die Kl. beschaffte sich daraufhin einen weiteren Ferrari, der am 12.02.2003 auf sie zugelassen wurde.

Mit der Klage hat die Kl. zuletzt einen Nutzungsausfallschaden von 110 € pro Tag dafür geltend gemacht, dass sie den ausgebrannten Ferrari über einen Zeitraum von 120 Tagen nicht nutzen konnte. Die Bekl. meint, die Kl. könne keinen abstrakten Nutzungsausfall verlangen, da sie den Pkw gewerblich nutzte. In diesem Fall sei nur der konkret entgangene Gewinn ersatzfähig, z.B. die Vorhaltekosten eines Reservefahrzeugs.

Prüfungsrelevanz:

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann der Eigentümer eines privat genutzten Pkw, der die Nutzungsmöglichkeit einbüßt, den Nutzungsausfall auch dann kompensieren, wenn er kein Ersatzfahrzeug anschafft oder anmietet (Palandt/Heinrichs, vor § 249 Rn. 20 ff.). Diese Rechtsprechung fußt insbesondere auf dem sog. Kommerzialisierungsgedanken, den der BGH in der Systematik der §§ 249 ff. BGB erblickt. Demnach stellt der Verlust von Rechtsgütern, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers beruht, bereits einen quantifizierbaren Vermögensschaden dar, sofern der Eigentümer das entsprechende Rechtsgut weiter genutzt hätte. Auf Rechtsgüter dieser Art – wie z.B. der eigene Pkw, aber auch das vom Eigentümer bewohnte Haus – würde der Eigentümer nämlich regelmäßig auch nur gegen Entgelt verzichten. Insoweit handelt es sich um kommerzialisierbare oder kapitalisierbare Rechtsgüter.

Der Senat schließt sich vorliegend einer in Rechtsprechung und Schrifttum vordringlichen Ansicht an, nach der die oben genannten Grundsätze auch für Rechtsgüter gelten, die gemischt privat und gewerblich genutzt werden. Dies jedoch nur unter der Einschränkung, dass der Nutzungsausfall beim Geschädigten zu einem fühlbaren wirtschaftlichen Nachteil geführt hat (so schon *BGH*, NJW 2008, 913). Diese Einschränkung folgt aus dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung und ist eigentlich auch beim Nutzungsausfall eines rein privat gebrauchten Pkw zu beachten. Denn auch dort darf sich niemand durch das schädigende Ereignis bereichern (vgl. *BGH*, NJW 2005, 1108). Die Frage, ob tatsächlich ein spürbarer wirtschaftlicher Nachteil eingetreten ist, wird im Falle der gewerblichen Nutzung aber nicht schlechthin zu unterstellen sein, da hier häufiger mit Ersatzvorkehrungen für derartige Situationen zu rechnen ist. So ist ein spürbarer wirtschaftlicher Nachteil z.B. abzulehnen wenn dem

Berechtigten automatisch ein gleichwertiger Mietwagen zur Verfügung steht (BGH, NJW 2008, 913).

Vertiefungshinweise:

- Vorhergehende Rechtsprechung: BGH, r + s 2008, 127 [128]; OLGR Düsseldorf, 2001, 453
- Zum mangelbedingten Nutzungsausfall: BGH, RA 2009, 501 = BeckRS 2009, 20178

Leitsatz:

Eine Nutzungsausfallentschädigung unabhängig von einer konkreten Darlegung eines Ertragsentganges oder etwaiger Vorhaltekosten oder Kosten für einen Mietwagen ist auch bei einer (teilweisen) gewerblichen Nutzung eines Kraftfahrzeugs im Grundsatz anzuerkennen, sofern die speziellen Voraussetzungen des Nutzungswillens und der Nutzungsmöglichkeit und schließlich der fühlbaren Beeinträchtigung durch den Nutzungsausfall feststellbar sind (Anschluss BGH, 4. Dezember 2007, VI ZR 241/06, r + s 2008, 127, 128 Tz. 9 und OLG Düsseldorf, 2. April 2001, 1 U 132/00, OLGR Düsseldorf 2001, 453ff).

Sachverhalt:

Die Klägerin, die ein Autohaus der italienischen Automarken Fiat, Alfa Romeo und Lancia betreibt, begehrt Schadensersatz wegen eines Brandschadens an einem Pkw vom Typ Ferrari 456 GTA. Sie ist Eigentümerin und Halterin dieses Pkw, den sie als Geschäftsführerfahrzeug einsetzte. Aufgrund einer entsprechenden Absprache zwischen der Klägerin und ihrem Geschäftsführer war diesem gestattet, den Wagen auch zu privaten Zwecken zu nutzen. In Folge eines handwerklichen Fehlers bei der Durchführung von Reparaturarbeiten in dem Betrieb der Beklagten kam es beim Betanken des Fahrzeuges am 18.06.2002 zu einer Entzündung austretenden Benzins, wodurch der Wagen vollständig ausbrannte. Die Klägerin, die bereits im Juli 2002 Schadensersatzansprüche gegenüber der Beklagten und deren Betriebshaftpflichtversicherung geltend gemacht hatte, erhielt Anfang 2003 von ihrer eigenen Kasko-Versicherung den Fahrzeugschaden in Höhe von 141.583,22 € ausgezahlt. Die Kasko-Versicherung führte daraufhin gegen die Beklagte vor dem Landgericht Düsseldorf einen Regressprozess, in dem sich die Beteiligten auf eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreites einigten. Die Klägerin beschaffte sich daraufhin einen weiteren Ferrari, der am 12.02.2003 auf sie zugelassen wurde.

Mit der Klage hat die Klägerin zuletzt einen Nutzungsausfallschaden von 110 € pro Tag dafür geltend gemacht, dass sie den ausgebrannten Ferrari über einen Zeitraum von 120 Tagen nicht nutzen konnte. Die Beklagte meint, die Klägerin könne keinen abstrakten

Nutzungsausfall verlangen, da sie den Pkw gewerblich nutzte. In diesem Fall sei nur der konkret entgangene Gewinn ersatzfähig, z.B. die Vorhaltekosten eines Reservefahrzeugs.

Aus den Gründen:

A. Anspruch gem. § 280 BGB

[20] Die Klägerin kann von der Beklagten wegen Vertragsverletzung gemäß § 280 BGB Ersatz des ihr durch den von der Beklagten unstreitig durch einen Reparaturfehler verursachten und verschuldeten Brand des Ferraris entstandenen Schadens verlangen.

[22] Sie verlangt Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 13.200,- €. Begründet hat sie diesen Anspruch ursprünglich damit, dass ihr nach dem von der Beklagten zu verantwortenden Zerstörung ihres Ferraris in dem Zeitraum vom 18.06.2002 bis zum 12.02.2003 also für 240 Tage das Fahrzeug nicht habe nutzen können. Bei einem Tagessatz von 110,- € fielen damit 26.400 € an. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 12.06.2008 hat die Klägerin klargestellt, dass sie nunmehr lediglich für die erste Hälfte des geltend gemachten Zeitraums Nutzungsausfallentschädigung verlangt.

I. Rechtsprechung zum Nutzungsersatz

[23] Nach ständiger und gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der Eigentümer eines privat genutzten Pkw, der die Möglichkeit zur Nutzung seines Pkw einbüßt, auch dann Schadensersatz für diesen Umstand verlangen, wenn er kein Ersatzfahrzeug anmietet (vgl. Palandt-Heinrichs, 68. Auflage 2009, Rz. 20ff vor § 249). Rechtsdogmatisch hergeleitet wird dieser Anspruch aus § 251 Abs. 1 BGB und dem insbesondere in der Entscheidung des Großen Senats vom 09.07.1986, GSZ 1/86, NJW 1987, 50 = BGHZ 98, 211ff hervorgehobenen Kommerzialisierungsgedanken (hierzu und auch zu den kritischen Stimmen in der Literatur Staudinger-Schwimmann Neubearbeitung 2005, Rz. 74ff zu § 251 BGB; Palandt-Heinrichs, a.a.O.).

[24] Die Klägerin nutzte den zerstörten Ferrari 456 GTA nach eigenen Angaben als Geschäftsführer- bzw. Direktionsfahrzeug, also für ihren gewerblichen Betrieb. Dass dem Geschäftsführer der Klägerin auf Grund einer entsprechenden Absprache mit der Klägerin gestattet war, den Ferrari auch zu privaten Zwecken zu nutzen, ändert an der grundsätzlichen gewerblichen Nutzung des Wagen nichts. Ob und unter welchen Umständen der Eigentümer eines gewerblich genutzten Fahrzeuges berechtigt sein kann, den durch den Nutzungsausfall bedingten Schaden abstrakt, also ohne Nachweis eines konkreten Schadens in Form von Mietwagenkosten oder bezifferbaren Verdienst- oder

Ertragsentgang oder entsprechender Vorsorgeaufwendungen gegenüber dem Schadensverursacher zu liquidieren, ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten.

[25] Vor der angeführten Entscheidung des Großen Senats vom 09.07.1986 zum Nutzungsausfall ist es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anerkannt gewesen, dass eine Entschädigung für zeitweise entzogene Gebrauchsvorteile auch bei gewerblich genutzten Fahrzeugen oder Behördenfahrzeugen in Betracht kommt, auch wenn sich deren Gebrauchsentscheidung nicht unmittelbar in einer Minderung des Gewerbeertrages niederschlägt (vgl. BGH Urteil vom 26.03.1985, VI ZR 267/83 - r + s 1985, 1198, VersR 1985, 736). Zwar ist der Geschädigte in den Fällen, wo das Fahrzeug unmittelbar zur Erbringung gewerblicher Leistungen bestimmt ist, (Taxi oder Lkw), gehalten den Ertragsentgang konkret zu berechnen. Liegt aber kein konkret bezifferbarer Verdienstverlust vor, hat der BGH den Geschädigten grundsätzlich nicht gehindert gesehen, an Stelle des Verdienstentganges eine Nutzungsentschädigung zu verlangen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, also insbesondere ein fühlbarer wirtschaftlicher Nachteil für den Geschädigten eingetreten ist (vgl. BGH Urteil vom 26.03.1985, VI ZR 267/83 - r + s 1985, 1198, VersR 1985, 736; zusammenfassend BGH Urteil vom 04.12.2007, VI ZR 241/06, r + s 1008, 127).

[26] In der grundlegenden Entscheidung zum Nutzungsausfall hat der Große Zivilsenat des BGH entschieden, dass über die Fälle der Eigennutzung eines Kfz hinaus bei Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers derart angewiesen sei wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus, der zeitweise Verlust der Möglichkeit zum eigenen Gebrauch infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum bereits ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein könne, sofern der Eigentümer die Sache in der Zeit ihres Ausfalls entsprechend genutzt hätte. Im Hinblick auf den erwerbswirtschaftlichen, produktiven Einsatz einer Sache hat der BGH in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebracht, dass insoweit die Verkürzung ihres Nutzungswerts im Wesentlichen durch einen Gewinnentgang ausgewiesen wird, dessen Ersatz § 252 S. 1 BGB ausdrücklich anordne. Diese Vorschrift unterstreiche die schadensrechtliche Bedeutung, die der Gesetzgeber Ausfällen im erwerbswirtschaftlichen, vermögensmehrenden Einsatz von Wirtschaftsgütern beimessen habe; eine entsprechende Vorschrift für die eigenwirtschaftliche Nutzung des Vermögens fehle. Hieraus könne indes nicht gefolgert werden, dass das Gesetz sich gegen den Geldersatz für Einbußen im erwerbswirtschaftlichen Einsatz von Wirtschaftsgütern entschieden habe, die sich nicht in einem Gewinnentgang niederschlugen. Deshalb sei eine Fortentwicklung des

Gesetzes zulässig, wenn gewährleistet bleibe, dass der Ersatz nicht zur abstrakten Nutzungsentschädigung werde, die das BGB nur ausnahmsweise zulasse. Dem trage die Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung für Kfz Rechnung, indem sie mit dem Begriff des "fühlbaren" Schadens an den Ersatz das Erfordernis knüpfe, dass der Geschädigte zur Nutzung des Kfz willens und fähig gewesen wäre. Freilich müsse eine derartige Ergänzung des Gesetzes auf Sachen beschränkt bleiben, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen sei (vgl. BGHZ [GSZ] 98, 212).

[27] In einer aktuellen Entscheidung hat der 6. Zivilsenat des BGH (Urteil vom 04.12.2007, VI ZR 241/06, r + s 2008, 127, 128 Tz. 8) deutlich gemacht, dass mit dieser Entscheidung des Großen Zivilsenats die bisherige Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung bei Kraftfahrzeugschäden in keiner Weise in Frage gestellt oder eingeschränkt, sondern im Gegenteil als Grundlage für die Gewährung von Nutzungsentschädigung für vergleichbare Sachen herangezogen werde, die für die hierauf zugeschnittene Lebenshaltung unentbehrlich seien. Dies werde am Beispiel des privaten Nutzers eines Kfz erläutert, für den die Einsatzfähigkeit seines Fahrzeugs häufig die Grundlage für die Wirtschaftlichkeit seiner hierauf zugeschnittenen Lebenshaltung sei, insb. wenn er als Berufstätiger auf das Kfz angewiesen sei (vgl. BGHZ 98, 212ff).

[28] Vielfach wird in der Rechtsprechung und Literatur die Entscheidung des Großen Senats dahin interpretiert, dass bei gewerblich genutzten Fahrzeugen eine Nutzungsentschädigung nicht in Betracht komme, sondern in diesen Fällen der Schaden nur nach dem entgangenen Gewinn, den Vorhaltekosten eines Reservefahrzeuges oder den Mietkosten für ein Ersatzfahrzeug zu bemessen sei; dieser so eingeschränkte Nutzungsschaden müsse jeweils konkret dargelegt und - im Bestreitensfalle - nachgewiesen werden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 16.09.1999, 6 U 75/99, r + s 1999, 458, 459; OLG Köln Urteil vom 08.12.1994, 18 U 117/94, VersR 1995, 719, sowie die weiteren umfangreichen Nachweise in BGH Urteil 04.12.2007, VI ZR 241/06, r + s 2008, 127, 128 Tz. 9). Demgegenüber wird in weiten Teilen der neueren obergerichtlichen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, die Entscheidung des Großen Senats schließe eine Nutzungsausfallentschädigung auch für gewerblich genutzte Fahrzeuge bei Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht aus (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.04.2001, 1 U 132/00, OLGR Düsseldorf 2001, 453,ff = ZfSch 2001, 545f; OLG Schleswig, Urteil vom 07.07.2005, 7 U 3/03, MDR 2006, 202f; OLG Stuttgart, 10. Zivilsenat, Urteil vom 16.11.2004, 10 U 186/04, NZV 2005, 309; OLG Stuttgart, 3. Zivilsenat, Urteil vom 12.07.2006, 3 U 62/06, NZV 2007, 414) sowie die weiteren zahlrei-

chen Fundstellen dort und in BGH, Urteil vom 04.12.2007, VI ZR 241/06, r + s 2008, 127, 128 Tz. 9). Der 6. Zivilsenat des BGH hat in dieser letztgenannten Entscheidung zum Ausdruck gebracht, dass er dazu neige, auch oder gerade mit Blick auf die dortigen rechtsdogmatischen Erwägungen eine Nutzungsausfallentschädigung unabhängig von einer konkreten Darlegung eines Ertrags- entganges oder etwaiger Vorhaltekosten oder Kosten für einen Mietwagen ebenfalls bei einer (teilweisen) gewerblichen Nutzung im Grundsatz anzuerkennen, sofern die speziellen Voraussetzungen des Nutzungswillens und der Nutzungsmöglichkeit und schließlich der fühlbaren Beeinträchtigung durch den Nutzungsausfall feststellbar sind. Unter diesen einschränkenden Bedingungen schließt sich der Senat der Auffassung des Landgerichts und des 1. Zivilsenat des OLG Düsseldorf in der von der Kammer mehrfach herangezogenen (und teilweise wörtlich wiedergegebenen) Entscheidung vom 02.04.2001, 1 U 132/00 OLGR Düsseldorf 2001, 453ff an.

II. Subsumtion

[29] Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Klägerin auf der Grundlage der vom Senat anlässlich der durchgeführten Beweisaufnahme getroffenen Feststellungen eine Nutzungsentschädigung für die entgangene Gebrauchsmöglichkeit an dem Ferrari zuzubilligen.

1. Konkrete Schadensermittlung nicht möglich

[30] Voraussetzung für eine Zubilligung des "abstrakten" Nutzungsausfalls ist wegen des Vorranges der konkreten Schadensermittlung zunächst, dass eine solche im konkreten Streitfall nicht möglich ist. Hiervon geht der Senat aus. Die Klägerin hat darauf verzichtet, einen adäquaten Mietwagen für die Zeit der ausgefallenen Nutzung ihres zerstörten Ferrari anzumieten, so dass Mietkosten nicht zur Schadensbemessung herangezogen werden können. Der Wagen wurde als repräsentatives Geschäftsführungs- bzw. Direktionsfahrzeug genutzt; es sollte demzufolge mit dem Fahrzeug nicht unmittelbar im betrieblichen Einsatz (wie z. B. bei einem Taxi) Gewinn eingefahren werden. Dem Senat erscheint es plausibel und nachvollziehbar, dass die Klägerin sich nicht in der Lage sieht, einen durch den Ausfall des Ferraris verursachten Gewinnentgang oder -rückgang konkret zu beziffern. Auf Vorhaltekosten für ein Ersatzfahrzeug kann ebenfalls nicht abgestellt werden, da nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Klägerin es im Fuhrpark der

Klägern kein von ihr vorgehaltenes Ersatzfahrzeug, das bei Wegfall des Ferraris hätte zum Einsatz kommen können, gab.

2. Fühlbarer, wirtschaftlicher Nachteil

[31] Der zeitweilige Ausfall des Ferrari muss bei dem Geschädigten zu einem fühlbaren wirtschaftlichen Nachteil geführt haben (vgl. BGH, Urteil 04.12.2007, VI ZR 241/06, r + s 2008, 127, 128 Tz. 9; OLG Düsseldorf, 02.04.2001, 1 U 132/00 OLGR Düsseldorf 2001, 453ff). Mit der Begründung, es dürften an die Feststellung des Merkmal "Fühlbarkeit" der Gebrauchsentbehrung in Bereich der ganz oder teilweise unternehmerischen Nutzung eines Pkw keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, hat das Landgericht im Anschluss an die Erwägungen des OLG Düsseldorf in der besagten Entscheidung vom 02.04.2001 eine tatsächliche Vermutung gesehen, die für die spürbare Behinderung des betrieblichen Ablauf bei Ausfall eines - auch betrieblich - genutzten Fahrzeuges spricht. Der Senat braucht nicht darüber befinden, ob in Fällen der ganz oder teilweisen unternehmerischen Nutzung eines PKW eine tatsächliche Vermutung für eine spürbare Behinderung des betrieblichen Ablaufs bei Ausfall des Wagen besteht. Denn eine solche spürbare Behinderung sieht der Senat nach dem Ergebnis der von ihm erhobenen Beweise als erwiesen an.

[35] Nach alledem hat der Senat keine Zweifel daran, dass der Ferrari in erheblichem Umfang geschäftlich genutzt wurde und demzufolge die - von der Beklagten zu vertretende - Zerstörung des Wagens und der hierdurch bedingte Ausfall der Nutzungsmöglichkeit zu einem fühlbaren wirtschaftlichen Nachteil geführt hat. Damit steht der Klägerin im Grundsatz ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zu.

3. Tagessatz

[36] Was den Tagessatz betrifft, der für die Berechnung der Nutzungsausfallentschädigung heranzuziehen ist, greift der Senat auf den vom Landgericht ausführlich begründeten Tagessatz von 110,- € zurück. Rechtlich erhebliche Einwendungen hiergegen hat die Berufung nicht vorgebracht.

B. Ergebnis

[21] Die Klägerin hat einen Anspruch auf Entschädigung für den durch die Zerstörung des Ferraris erlittenen Nutzungsausfall in Höhe von 10.670,- €.

Standort: ZPO I**Problem: Erledigung**

BGH, URTEIL VOM 27.01.2010
VIII ZR 58/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatte der Bekl. im Jahr 1996 eine Wohnung vermietet. Das Mietverhältnis endete am 31.03.2003. Im Anschluss hieran machte die Klägerin Schadensersatzansprüche für Schäden an der Wohnung und Restmiete geltend, insgesamt 1.242,39 €. Die Bekl. lehnte das Begehren zunächst ab und verlangte ihrerseits die Herausgabe des Mietkautionssparbuchs über 930,33 €. Schließlich schlossen die Parteien außegerichtlich einen Vergleich, in dem die Bekl. sich verpflichtete zur Abgeltung aller Ansprüche im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis 300 € an die Klägerin zu zahlen. Der Vergleich wurde von den Parteien jedoch unterschiedlich interpretiert: Die Kl. nahm an, dass sich dieser auch auf das Mietkautionssparbuch bezog; die Bekl. verlangte das Sparbuch jedoch weiterhin heraus.

Die Bekl. hat im Prozess die Einrede der – unstrittig bereits vorprozessual eingetretenen – Verjährung erhoben. Daraufhin hat die Kl. den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Dem hat sich die Bekl. nicht angeschlossen.

Das Amtsgericht hat die auf Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Revision hatte Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Schließt sich der Bekl. einer Erledigungserklärung des Kl. nicht an, hat der Kl. die Möglichkeit seinen ursprünglichen Leistungsantrag auf einen Feststellungsantrag umzustellen. Ob und inwieweit dies prozessual zulässig ist, ist im einzelnen umstritten. Der BGH sieht hierin jedenfalls eine gem. § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige Klageänderung (BGH, NJW-RR 2002, 283; Thomas/Putzo/Reichold, § 264 Rn. 3 f.) i.S.e. qualitativen Klagebeschränkung. Das gem. § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist das Kosteninteresse des Kl. Denn alle sonstigen von der ZPO vorgesehenen Möglichkeiten der Prozessbeendigung wären mit einer für den Kl. ungünstigen Kostenentscheidung verbunden (vgl. Anders/Gehle, Rn. P-1 f.). Die Klage ist auf die Feststellung zu richten, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Diese sog. Erledigungsfeststellungsklage hat Erfolg wenn die ursprüng-

liche Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde (BGHZ 106, 359 [366 f.]).

Die vorliegende Entscheidung behandelt die Frage, ob das erledigende Ereignis – also der Eintritt einer Tatsache, mit Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Klage (BGHZ 155, 392 [398]) – auch in der Erhebung der Einrede der Verjährung liegen kann, wenn die Forderung bei Klageerhebung bereits verjährten war. Die Problematik ergibt sich daraus, dass die Verjährung als Einrede im Prozess erhoben werden muss, der reine Ablauf der Verjährungsfrist jedoch bereits viel früher eingetreten sein kann. Zudem ist in diesem Fall dem Gläubiger der Vorwurf zu machen, den Eintritt der Verjährung nicht vermeiden zu haben. Das erledigende Ereignis kann daher auch seinem Verantwortungsbereich zugeschrieben werden. Regelmäßig resultiert das erledigende Ereignis aber alleine aus dem Verantwortungsbereich des Bekl. – z.B. wenn dieser die streitgegenständliche Forderung erfüllt.

Der Senat schließt sich zur Beantwortung der Streitfrage der überwiegenden Ansicht an. Danach stellt alleine die Erhebung der Einrede und nicht das Verstreichen der Verjährungsfrist das erledigende Ereignis dar (so auch OLG Frankfurt, MDR 2002, 778 [779]; OLG Karlsruhe, WRP 1985, 228; OLG Hamburg, MD 1985, 951 [952 f.]; OLG München, WRP 1987, 267 [268]; OLG Düsseldorf, WRP 1980, 701 [702]; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg, WRP 1980, 232 [233]; OLG Celle, WRP 1983, 96; Stein/Jonas/Bork, § 91a Rn. 6; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 91a Rn. 5). Denn der reine Eintritt der Verjährung hat noch keine Auswirkungen auf das Bestehen oder die Durchsetzbarkeit des Anspruch (BGHZ 156, 269 [271]). Der Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (BGH, WM 2004, 2443). Ob er dies jedoch tut, steht in seinem freien Belieben. Die Wirkung der Verjährung gem. § 241 BGB ist also erst mit der tatsächlichen Erhebung der Einrede gegeben; sie ist noch nicht im Ablauf der Verjährungsfrist angelegt. Der Senat macht dies u.a. dadurch deutlich, indem er betont, dass im Rechtsstreit selbst dann ein Versäumnisurteil zu ergehen hat, wenn der Kläger selbst die Umstände der Verjährung vorträgt (vgl. hierzu BGH, NJW 1999, 2120 [2123] – die Schlüssigkeit des Vorbringens entfällt nur dann, wenn der Kl. seinerseits vorträgt, dass der Bekl. eine rechts-hemmende Einrede geltend gemacht hat).

Hier war die Erledigungsfeststellungsklage i.E. jedoch nicht begründet, da die Parteien und das Berufungs-

gericht den vorprozessual geschlossenen Vergleich falsch ausgelegt hatten. Dieser sollte nämlich nicht auch die Herausgabe des Mietkautionssparbuchs ausschließen. Der ursprüngliche Leistungsantrag war daher bereits unbegründet, so dass auch die Erledigungsfeststellungsklage keinen Erfolg haben konnte.

Vertiefungshinweise:

□ Bisherige Rechtsprechung: *OLG Frankfurt*, MDR 2002, 778 [779]; *OLG Karlsruhe*, WRP 1985, 228; *OLG Hamburg*, MD 1985, 951 [952 f.]; *OLG München*, WRP 1987, 267 [268]; *OLG Düsseldorf*, WRP 1980, 701 [702]; *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1996, 1520; *OLG Nürnberg*, WRP 1980, 232 [233]; *OLG Celle*, WRP 1983, 96

□ Aufrechnungserklärung im Prozess als erledigendes Ereignis: BGHZ 155, 392; *BGH*, NJW-RR 1993, 1319

Kursprogramm:

□ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

□ *Assessorkurs*: "Jugendstil in Dortmund"

Leitsatz:

Die erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Rechtsstreits stellt auch dann ein erledigendes Ereignis dar, wenn die Verjährung bereits vor Rechtshängigkeit eingetreten ist.

Sachverhalt:

Die Beklagte mietete von der Klägerin mit Vertrag vom 26. November 1996 eine Wohnung in H. Wie im Mietvertrag vorgesehen, zahlte die Beklagte eine Kautionskaution von 1.800 DM (920,33 €). Das Mietverhältnis endete zum 31. Juli 2003. Im Anschluss hieran machte die Klägerin Schadensersatzansprüche in Höhe von 926 € wegen Schäden an der Wohnung sowie eine Restmietforderung für den Monat Juli 2003 in Höhe von 316,39 €, mithin insgesamt 1.242,39 € geltend. Mit Anwaltsschreiben vom 16. Dezember 2003 forderte die Klägerin die Beklagte nach vorangegangenem Schriftwechsel erneut zur Zahlung des oben genannten Gesamtbetrages auf, erklärte hilfsweise mit dieser Forderung die Aufrechnung gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch der Beklagten bis zu dessen Höhe und unterbreitete der Beklagten den Vorschlag, die Gesamtforderungen von 1.242,39 € mit der Mietkaution abzugelten. Der hierauf bezogene Teil des Schreibens lautet:

"Um vorliegenden Bagatellstreit abzuschließen, schlagen wir für unsere Mandantschaft vergleichsweise vor, die mit Schreiben vom 09.10.2003 aufgemachten Ansprüche in Höhe von 1.242,39 EUR mit der Mietkaution abzugelten. Insoweit bitten wir höflichst um Rückäußerung, ob diesem Vergleichsvorschlag näher

getreten wird."

Hierauf teilte die Beklagte durch Anwaltsschreiben vom 13. Januar 2004 mit, die von der Klägerin vertretenen Ansichten könnten nicht geteilt werden und die aufgestellten Forderungen seien überzogen, gleichwohl werde ein Einigungsvorschlag unterbreitet. Hierzu wird im genannten Schreiben ausgeführt:

"Wir wollen uns zunächst nicht weiter mit Ihren Ausführungen auseinandersetzen und schlagen Ihrer Mandantschaft - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - namens und in Vollmacht unserer Mandantin ausschließlich im Interesse einer endgültigen und einvernehmlichen Erledigung der Sache vor, dass unsere Mandantin an Ihre Mandantschaft einen Betrag in Höhe von EUR 300,00 zur Abgeltung aller Ansprüche im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis gemäß Mietvertrag vom 26.11.1996 und dessen Beendigung zahlt. Wir weisen Sie vorsorglich darauf hin, dass dieses Vergleichsangebot nur für den Fall einer endgültigen Erledigung der Sache abgegeben wird [...]."

Die Beklagte ging zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass ihr Anspruch auf Herausgabe des verpfändeten Mietkautionssparbuchs nicht gegenüber der Klägerin, sondern gegenüber deren Geschäftsführer bestehe.

Mit Anwaltsschreiben vom 9. Februar 2004 erklärte die Klägerin die Annahme des Vergleichsvorschlags der Beklagten. Sie führte hierzu aus, das Vergleichsangebot der Beklagten werde so verstanden, dass diese zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche 300 € zahle, womit auch gemeint sei, dass die Klägerin keine Betriebskostenabrechnung mehr erstellen und auf einen zu erwartenden Nachforderungsbetrag ebenso verzichten werde wie die Beklagte auf die Rückgewähr der Mietkaution.

Mit Anwaltsschreiben vom selben Tage teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie könne deren mit dem vorgenannten Schreiben unterbreiteten "(Gegen) Vorschlag" nicht nachvollziehen, da ihrerseits zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt oder erklärt worden sei, auf die Herausgabe des Mietkautionssparbuchs zu verzichten. Zugleich forderte die Beklagte die Klägerin zur Herausgabe dieses Sparbuchs auf.

Eine im Jahre 2006 von der Beklagten erhobene Klage gegen die Klägerin auf Rückzahlung der Mietkaution wurde mit der Begründung abgewiesen, die Parteien hätten am 9. Februar 2004 eine umfassende Einigung erzielt, welche auch den Kautionsrückzahlungsanspruch umfasse. Die von der Beklagten hiergegen eingelegte Berufung nahm diese, nachdem das Berufungsgericht auf die fehlende Erfolgsaussicht der Berufung hingewiesen hatte, zurück.

Die Klägerin hat die Beklagte vorliegend auf Zahlung des Vergleichsbetrages von 300 € nebst Prozesszinsen in Anspruch genommen. Die Beklagte hat im Prozess die Einrede der - unstreitig bereits vorprozessual eingetretenen - Verjährung erhoben. Daraufhin hat die

Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

Das Amtsgericht hat die auf Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits gerichtete Klage abgewiesen. Auf die vom Amtsgericht zugelassene Berufung der Klägerin hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[10] Die Revision hat Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[11] Das Berufungsgericht (LG Halle, Urteil vom 24. Februar 2009 - 2 S 228/08, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[12] Die auf Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache gerichtete Klage sei begründet, da die Zahlungsklage bis zur Erhebung der Verjährungseinrede zulässig und begründet gewesen sei.

[13] Die Beklagte habe sich in dem von ihr mit Schreiben vom 13. Januar 2004 angebotenen und von der Klägerin angenommenen Vergleich wirksam zur Zahlung von 300 € verpflichtet. Diese Verpflichtung sei nicht durch Anfechtung des Rechtsgeschäfts rückwirkend entfallen.

B. Entscheidung des BGH

[16] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

[17] Das Berufungsgericht hat zwar zu Recht angenommen, dass die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt. Nicht gefolgt werden kann jedoch seiner Auffassung, die Zahlungsklage sei bis zum Zeitpunkt der Erhebung der Verjährungseinrede (zulässig und) begründet gewesen.

I. Erledigung der Hauptsache

[18] Die Hauptsache ist erledigt, wenn die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch dieses Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde (BGHZ 155, 392, 395; 106, 359, 366 f.). Ein erledigendes Ereignis ist der Eintritt einer Tatsache mit Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage (BGHZ 155, 392, 398).

[19] Zu der Frage, ob die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt, werden sowohl in der Rechtsprechung der

Instanzen als auch in der Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten.

1. Überwiegende Auffassung: Erhebung der Einrede als erledigendes Ereignis

[20] Nach der überwiegenden Auffassung der Instanzen und der Literatur stellt die Erhebung der Einrede der Verjährung ein erledigendes Ereignis dar. Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine Erledigung der Hauptsache könne auch dann eintreten, wenn die Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet werde, die allein im Verantwortungsbereich des Klägers lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kläger selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden (vgl. OLG Frankfurt a.M., MDR 2002, 778, 779, WRP 1982, 422 und WRP 1979, 799, 801; OLG Karlsruhe, WRP 1985, 288; OLG Hamburg, MD 1985, 951, 952 f.; OLG München, WRP 1987, 267, 268; OLG Düsseldorf, WRP 1980, 701, 702; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg, WRP 1980, 232, 233; OLG Celle, WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rdnr. 6; Prütting/Gehrlein/Hausherr, ZPO, § 91a Rdnr. 8 und 11; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rdnr. 5; Saenger/Gierl, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rdnr. 7; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rdnr. 59 - "Verjährung"; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 130 Rdnr. 2; El-Gayar, MDR 1998, 698 f.; Meller-Hannich, JZ 2005, 656, 663; Peters, NJW 2001, 2289 f.; Wernecke, JA 2004, 331, 334; Thesen, WRP 1981, 304, 305). Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die Verjährungsfrist für den Klageanspruch bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei, sich der Beklagte jedoch erstmals im Prozess auf die Verjährung berufe (OLG Frankfurt a.M., aaO; Prütting/Gehrlein/Hausherr, aaO, Rdnr. 11; Peters, aaO; Meller-Hannich, aaO; Wernecke, aaO; offengelassen: OLG Nürnberg, aaO). Gründe, die Kosten des Rechtsstreits trotz Eintritts eines erledigenden Ereignisses dem Kläger - in den Fällen der übereinstimmenden Erledigungserklärung - aus Billigkeitsabwägungen aufzuerlegen, können nach dieser Auffassung etwa dann gegeben sein, wenn der Kläger einen bereits verjährten Anspruch rechtshängig gemacht hat, ohne dass der Beklagte Gelegenheit gehabt hatte, die Verjährung zu prüfen und bereits vorprozessual geltend zu machen (OLG Frankfurt a.M., aaO; Wernecke, aaO; vgl. auch Meller-Hannich, aaO; aA Peters, aaO, 2291).

2. *Andere Ansicht: Einrede kein erledigendes Ereignis* [21] Nach anderer Auffassung handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der Verjährung nicht um ein erledigendes Ereignis. Umstände, deren Eintritt der Kläger beeinflussen könne, insbesondere solche, die auf einem Verhalten des Klägers selbst beruhen und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungsereignisse außer Betracht bleiben. Bei der Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger, der den geltend gemachten Anspruch habe verjähren lassen, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kläger vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Beklagte eine begründete Verjährungseinrede erhebe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der Kläger also die Verjährung nicht durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen unterbrochen habe (OLG Koblenz, WRP 1982, 657, 658; OLG Schleswig, NJW-RR 1986, 38 f.; OLG Hamm, WRP 1977, 199 f.; OLG Hamburg, WRP 1982, 161, das diese Rechtsprechung aber aufgegeben hat, vgl. OLG Hamburg, MD 1985, aaO; MünchKommZPO/Lindacher, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rdnr. 152; Wiczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rdnr. 33; Ulrich, WRP 1990, 651, 654; Bork, WRP 1987, 8, 12). Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke (vgl. Zöllner/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rdnr. 58 - "Verjährung"; El-Gayar, MDR 1998, aaO, S. 699). Die Verjährungseinrede führe deshalb dazu, dass die ab Verjährungseintritt bestehende Undurchsetzbarkeit des Anspruchs beachtlich werde und die Klage damit ab dem Zeitpunkt des Verjährungseintritts als unbegründet anzusehen sei. Werde ein bereits verjährter Anspruch eingeklagt und erhebe der Beklagte danach erstmals die Verjährungseinrede, so werde die Klage dadurch nicht unbegründet, vielmehr sei sie dies aufgrund der genannten Rückwirkung bereits vor Klageerhebung gewesen (El-Gayar, aaO). Auch unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten sei es nicht sachgerecht, den Kläger für eine nachlässige Prozessführung zu begünstigen (vgl. OLG Schleswig, aaO; OLG Koblenz, aaO; vgl. auch MünchKommZPO/Lindacher, aaO). Sinn und Zweck sowohl des § 91a ZPO als auch der Erledigungsentscheidung bei einseitiger Erledigungserklärung sei es, den Kläger vor ungerechtfertigten Nachteilen zu bewahren, wenn eine ursprünglich zulässige und begründete Klage ohne sein Zutun unzulässig oder unbegründet werde (vgl. OLG Schleswig, aaO; OLG Koblenz, aaO).

3. Differenzierende Ansicht

[22] Eine weitere Auffassung unterscheidet danach,

ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjährten Forderung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während des laufenden Verfahrens erfolgten Verjährungseintritts bejaht wird (Zöllner/Vollkommer, aaO, Rdnr. 5 und 58 - "Verjährung"; El-Gayar, aaO, S. 698; Hase, WRP 1985, 254, 255 f.).

4. Stellungnahme / Entscheidung des BGH

a) Parallele zur Aufrechnung

[23] Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt, noch nicht entschieden. Er hatte sich allerdings bereits mit der vergleichbaren Frage zu befassen, ob die im Prozess erfolgte Aufrechnungserklärung auch dann ein erledigendes Ereignis darstellt, wenn die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit der Klageforderung bestand (BGHZ 155, 392, 396 ff.). Auch über die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn das erledigende Ereignis in den Verursachungs- oder Verantwortungsbereich des Klägers fällt, hatte der Bundesgerichtshof bereits zu entscheiden (BGH, Urteil vom 13. Mai 1993 - I ZR 113/91, NJW-RR 1993, 1319, unter [II] 2 b - Radio Stuttgart).

b) Übertragbarkeit der o.g. "Parallel"-Entscheidung

[26] Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe hält der Senat bezüglich der im Streitfall entscheidenden Frage die unter 1 a dargestellte überwiegende Auffassung für zutreffend. Die erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Verfahrens stellt ein erledigendes Ereignis dar. Dies gilt auch dann, wenn die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs bereits vor Rechtshängigkeit eingetreten ist.

[27] Der Eintritt der Verjährung hat für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs (vgl. BGHZ 156, 269, 271; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., vor § 194 Rdnr. 5 und § 214 Rdnr. 1; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 214 Rdnr. 1/2). Der Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, WM 2004, 2443, unter II 2 c; Palandt/Ellenberger, aaO), was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nimmt (BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2007 - XI ZR 144/06, BauR 2008, 666, unter IV 3 d; Meller-Hannich, aaO, S. 661). Die Verjährung berührt nach der Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuchs mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand

noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbe- gründenden Umstände als solche vom Kläger selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten zu ergehen (BGHZ 156, aaO). An dieser Konzeption hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz festgehalten (BGHZ 156, aaO).

[28] Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, steht in seinem freien Belieben (Münch-KommBGB/Grothe, aaO). Erhebt der Beklagte erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so wird hierdurch für den Kläger ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führt zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (vgl. BGHZ 155, 392, 398 f., zur Aufrechnungserklärung).

aa) Rückwirkung der Verjährungseinrede unbeachtlich

[29] Dass die Verjährungseinrede materiell-rechtlich - etwa hinsichtlich des Verzuges (vgl. hierzu BGHZ 104, 6, 11; 48, 249, 250) - auch auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirkt (Meller-Hannich, aaO, S. 658; El-Gayar, aaO), ändert hieran nichts (ebenso Stein/Jonas/Bork, aaO, Rdnr. 6, hinsichtlich der materiell-rechtlichen Rückwirkung bei der Aufrechnungserklärung) und hat insbesondere nicht zur Folge, dass die Klage im Falle der Einredeerhebung als von Anfang an unbegründet zu gelten hat (Meller-Hannich, aaO, S. 663; aA El-Gayar, aaO). Wie der Bundesgerichtshof in dem oben unter 1 d aa erwähnten Urteil vom 17. Juli 2003 (BGHZ 155, aaO) hinsichtlich der im Prozess erfolgten Aufrechnungserklärung bereits entschieden hat, tritt die materiell-rechtliche Rückwirkung erst durch die Aufrechnungserklärung ein. Letzterer kommt mithin die Bedeutung des erledigenden Ereignisses im Prozess zu. Es besteht kein sachlicher Grund, dies bei der Einrede der Verjährung anders zu behandeln. In beiden Fällen ist es alleine dem Schuldner überlassen, ob er von der genannten Möglichkeit der Anspruchsabwehr Gebrauch macht. Zudem weist die Verjährungseinrede eine Ähnlichkeit mit der Aufrechnungserklärung insofern auf, als sie ebenfalls die materielle Rechtslage - mit der entsprechenden Folge für die Begründetheit

der Klage - ändert und einen rechtsgeschäftsähnlichen Charakter (vgl. hierzu BGHZ 156, aaO) hat (vgl. Meller-Hannich, aaO; Wernecke, aaO; El-Gayar, aaO; Letzterer allerdings mit entgegengesetzter Schlussfolgerung).

bb) Verursachungsbeitrag des Kl. irrelevant

[30] Für die Bewertung der Verjährungseinrede als erledigendes Ereignis ist es ohne Belang, dass der Kläger mit der gerichtlichen Geltendmachung eines bereits verjährten Anspruchs einen wesentlichen Verursachungsbeitrag für die spätere Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache geleistet hat. Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, ist bei der Frage, ob ein erledigendes Ereignis vorliegt, allein auf den objektiven Eintritt des Ereignisses und nicht auf die Frage einer subjektiven Verantwortlichkeit abzustellen; auf Billigkeitserwägungen kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (BGH, Urteil vom 13. Mai 1993, aaO; Urteil vom 6. Dezember 1984, aaO; ebenso OLG Frankfurt a.M., aaO; OLG Düsseldorf, aaO; OLG München, aaO; OLG Karlsruhe, aaO; Meller-Hannich, aaO, S. 664; El-Gayar, aaO). Billigkeitss Gesichtspunkte können im Rahmen einer nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung gemäß § 91a ZPO Bedeutung erlangen, sofern sich der Beklagte - anders als im vorliegenden Fall - der Erledigungserklärung des Klägers anschließt.

II. Ergebnis

[31] Das Berufungsgericht hat mithin zu Recht der Erhebung der Verjährungseinrede auch im Falle der bereits vor Rechtshängigkeit eingetretenen Verjährung die Eignung als erledigendes Ereignis beigemessen. Nicht frei von Rechtsfehlern ist hingegen seine auf dieser Grundlage getroffene Entscheidung über die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, bei der es zu der Bewertung gelangt ist, die Klage sei bis zum Zeitpunkt der Erhebung der Verjährungseinrede zulässig und begründet gewesen, da zwischen den Parteien ein Vergleich wirksam zustande gekommen sei und der Klägerin aus diesem ein Anspruch auf Zahlung von 300 € zugestanden habe. Diese Auslegung der im Rahmen der vorgerichtlichen Verhandlungen der Parteien über eine gütliche Einigung abgegebenen Willenserklärungen weist revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler auf und bindet den Senat daher nicht (vgl. BGHZ 150, 32, 37; BGH, Urteile vom 23. Januar 2009 - V ZR 197/07, NJW 2009, 1810, Tz. 8; vom 8. Januar 2009 - IX ZR 229/07, NJW 2009, 840, Tz. 9).

*Strafrecht***Standort: §§ 211, 212 StGB****Problem: Feststellung des Tötungsvorsatzes**

BGH, URTEIL VOM 04.02.2010
4 STR 394/09 (NSTZ-RR 2010, 178)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte seine Mietwohnung in einem Mehrparteienhaus durch einen Brand zerstören und goss deshalb eine größere Menge Benzin in die Räume der Wohnung. Als er das Benzin entzünden wollte kam es unbeabsichtigt zu einer Explosion, die einen Teil der Außenwand herausprengte, was dazu führte, dass sich ein offener Wohnungsbrand entwickelte, der auch auf die anderen Wohnungen in dem Gebäude übergriff. Die Mieterin der Dachgeschosswohnung konnte diese nicht mehr rechtzeitig verlassen und wurde durch das Feuer getötet.

Das Landgericht Essen verurteilte den Angeklagten aufgrund dieses Sachverhalts wegen Brandstiftung mit Todesfolge, § 306c StGB. Gegen dieses Urteil wandten sich sowohl der Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft mit der Revision, wobei der Angeklagte insbesondere rügte, dass die für § 306c StGB erforderliche Leichtfertigkeit nicht gegeben sei und die Staatsanwaltschaft, dass das LG das Vorliegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts (insb. § 211 StGB) zu Unrecht abgelehnt habe. Beide Revisionen wies der BGH als unbegründet zurück und bestätigte die Entscheidung des LG.

Prüfungsrelevanz:

Die Leichtfertigkeit ist Tatbestandsmerkmal bei mehreren examensrelevanten Erfolgsqualifikationen, so dass die Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen in beiden Examen relevant werden kann. Die weiter vom BGH aufgeworfene Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Tatsachengericht beim Angeklagten einen (bedingten) Tötungsvorsatz annehmen kann, ist vor allem im zweiten Staatsexamen von Bedeutung. Sie kann dort - wie im vorliegenden Fall - in einer Aufgabenstellung in einem Revisionsverfahren relevant werden, aber auch in Urteilklausuren oder auch im Rahmen einer staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung im Hinblick auf die dort u.U. vorzunehmende Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts bzgl. eines vorsätzlichen Tötungsdelikts.

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes von Erfolgsqualifikationen (z.B. §§ 221 III, 226 I StGB) gilt

grundsätzlich nicht die Vorschrift des § 15 StGB, die einen umfassenden Vorsatz voraussetzen würde, sondern der speziellere § 18 StGB, der es hinsichtlich der schweren Folge ausreichen lässt, wenn der Täter diese wenigstens fahrlässig herbeiführt. Einige Erfolgsqualifikationen (z.B. §§ 251, 306c StGB) haben insofern aber erhöhte Anforderungen und setzen voraus, dass der Täter die schwere Folge wenigstens leichtfertig herbeiführt. Leichtfertigkeit setzt hier einen besonders hohen Grad an Fahrlässigkeit voraus, der in etwa der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts entspricht (BGHSt 33, 66, 67; Fischer, § 15 Rn. 20). Leichtfertig handelt demnach, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinne oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt (BGHSt 33, 66, 67; Fischer, § 15 Rn. 20; Joecks, § 251 Rn. 9). Im vorliegenden Fall, in dem der Angeklagte erhebliche Mengen Benzin im Haus goss, obwohl er wusste, dass sich noch andere Menschen dort aufhielten, hatte BGH keine Zweifel hinsichtlich der Annahme einer leichtfertigen Todesverursachung.

Für die Gerichte stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Tötungsvorsatz des Angeklagten angenommen werden kann. Da dieser nur selten gesteht, den Tod des Opfers für sicher gehalten oder gar beabsichtigt zu haben, stellt sich hier häufig die Frage der Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Gerade bei den Tötungsdelikten existieren hierzu zahlreiche Auffassungen (vgl. hierzu die Darstellung im Skript Strafrecht AT I, Rn. 135 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363, 369; 36, 1, 9; BGH, NStZ 1998, 616), wobei allerdings ein "Billigen im Rechtssinne" ausreicht. D.h. ein Vorsatz ist auch dann gegeben, wenn der Erfolgseintritt eigentlich unerwünscht ist, der Täter sich jedoch damit um eines erstrebten Zieles willen abfindet (BGHSt 7, 363, 369; 36, 1, 9; BGH, NStZ 1994, 584). Gerade bei den Tötungsdelikten sind jedoch im Hinblick auf die insofern bestehende hohe Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an die für die Annahme eines Tötungsvorsatzes erforderlichen Feststellungen des Tatgerichts zu stellen (BGH, NStZ 2004, 331

= RA 2004, 195; NStZ 2005, 386; Fischer, § 212 Rn. 6 ff.; Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3). Der BGH geht insofern davon aus, dass ein (bedingter) Tötungsvorsatz jedenfalls dann nahe liegt, wenn der Täter bewusst besonders gefährliche Handlungen vornimmt (BGH, NStZ 2009, 503, 504 = RA 2009, 388, 390; NStZ-RR 2006, 11 = RA 2006, 33; NJW 2006, 386 = RA 2006, 93). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH (wie in der Vergangenheit auch schon, vgl. BGH, NStZ 2009, 503, 504 = RA 2009, 388, 390; NStZ-RR 2007, 304 = RA 2007, 671), dass die Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Tötungsvorsatz nur anhand einer umfassenden Würdigung aller relevanten objektiven und subjektiven Tatumstände erfolgen könne. Bei der Inbrandsetzung eines Gebäudes - wie im vorliegenden Fall - seien insbesondere die Beschaffenheit des Gebäudes, die Angriffszeit, die konkrete Angriffsweise sowie die psychische Verfassung des Täters und seine Motivation bei der Tatbegehung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall hielt der BGH jedoch trotz der extrem gefährlichen Handlungsweise des Angeklagten die Ablehnung eines Tötungsvorsatzes durch das LG für vertretbar.

Schließlich hatte der Angeklagte in seiner Revision noch gerügt, dass die Aussage eines Seelsorgers, den das Gericht als Zeugen vernommen hatte, nicht hätte verwertet werden dürfen, da dieser nicht über das ihm zustehende Zeugnisverweigerungsrecht, § 53 I Nr. 1 StPO, belehrt worden war. Insofern entspricht es zwar der ganz herrschenden Auffassung, auch der Rechtsprechung, dass eine unterlassene Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO grundsätzlich ein sog. unselbstständiges Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, sodass die entsprechende Aussage tatsächlich nicht verwertet werden darf (BGH, NStZ 1990, 25; NStZ-RR 1996, 106; Meyer-Goßner, StPO, § 52 Rn. 32; Rogall, ZStW 1991, 36). Dieses Beweisverwertungsverbot entfällt jedoch, wenn feststeht, dass der Zeuge seine Rechte kannte und auch bei erfolgter Belehrung ausgesagt hätte (BGHSt 40, 336, 3239; Meyer-Goßner, StPO, § 52 Rn. 32; a.A.: Eisenberg, StV 1995, 625). Diese Wertung überträgt der BGH in der vorliegenden Entscheidung - in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung (NJW 1991, 2844, 2846) - auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 StPO und kommt insofern zu dem Ergebnis, dass eine Belehrung über das Recht aus § 53 StPO grundsätzlich nicht erforderlich sei, da in diesen Fällen davon ausgegangen werden könne, dass die entsprechenden Personen ihre Rechte kennen würden. Deshalb bestünde auch im Falle einer unterbliebenen Belehrung kein Beweisverwertungsverbot. Insofern ist auch anzumerken, dass § 52 StGB in § 52 III 1 StPO eine ausdrückliche Belehrungspflicht beinhaltet, § 53

StPO eine solche Vorschrift jedoch nicht enthält.

Vertiefungshinweise:

□ Zur den Anforderungen an die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes: *BGH*, NStZ 2002, 541; 2004, 329; 2006, 386 = RA 2006, 93; NStZ 2009, 503 = RA 2009, 388; NStZ-RR 2006, 11 = RA 2006, 33; NStZ-RR 2007, 304 = RA 2007, 671; *Altwater*, NStZ 2002, 20; *Eser*, NStZ 1981, 430; *Köhler*, JZ 1981, 35; *Trück*, NStZ 2005, 233

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der eiskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Pflicht zur Belehrung über das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts besteht in den Fällen des § 53 StPO nicht; das Gericht darf regelmäßig davon ausgehen, dass der Zeuge sein Recht zur Zeugnisverweigerung kennt.

2. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet. Tritt die Lebensgefährlichkeit einer äußerst gefährlichen Gewalthandlung offen zu Tage, liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs der von ihm in Gang gesetzten Handlungskette rechnet. Da es jedoch auch Fälle geben kann, in denen der Täter zwar alle Umstände kennt, die sein Tun zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, er sich aber gleichwohl nicht bewusst ist, dass der Tod des Opfers eintreten kann, bedarf es für den Schluss auf die Billigung eines Todeserfolges im Hinblick auf die insoweit bestehende hohe Hemmschwelle einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles.

3. Bei Inbrandsetzung eines Gebäudes sind im Rahmen der für die Prüfung eines Tötungsvorsatzes erforderlichen Gesamtwürdigung insbesondere die Beschaffenheit des Gebäudes (im Hinblick auf Fluchtmöglichkeiten und Brennbarkeit der beim Bau verwendeten Materialien), die Angriffszeit (wegen der erhöhten Schutzlosigkeit der Bewohner zur Nachtzeit), die konkrete Angriffsweise sowie die psychische Verfassung des Täters und seine Motivation bei der Tatbegehung zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

[2] Am 13. September 2008 entschloss sich der Angeklagte, in der von ihm und seinem Sohn bewohnten Mietwohnung in G. einen Brand zu legen und diese dadurch zu zerstören. Die Wohnung befand sich in

einem Reihenhaus mit 2 1/2 Etagen, in denen noch weitere vier Mietparteien wohnten. Zur Ausführung seines Vorhabens verteilte der Angeklagte in den späten Abendstunden größere Mengen Benzin in drei verschiedenen Räumen seiner Wohnung. Als er gegen 22.45 Uhr das von ihm verteilte Benzin entzündete, kam es, für den Angeklagten überraschend, zu einer heftigen Verpuffung des mittlerweile entstandenen Benzin-Luft-Gemisches, die u. a. dazu führte, dass ein Teil der Hausfassade herausgesprengt wurde. Sodann entwickelte sich ein offener Wohnungsbrand, der von der Wohnung des Angeklagten in der 1. Etage auch auf die Dachgeschosswohnung der Eheleute T übergriff. In dieser Wohnung hielt sich zur Tatzeit K auf, die sich nicht mehr in Sicherheit bringen konnte und an den Folgen einer Brandgasvergiftung verstarb. Der Brand erfasste auch den Dachstuhl und weitere wesentliche Gebäudeteile. Die Mieter der beiden Erdgeschosswohnungen wurden rechtzeitig auf den Brand aufmerksam und konnten das Gebäude unverletzt verlassen.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Brandstiftung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren verurteilt. Die dagegen gerichtete, auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten bleibt ebenso wie das mit der Sachrüge begründete - vom Generalbundesanwalt nicht vertretene - Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ohne Erfolg.

I. Entscheidung des Landgerichts

[...] [3] Das Landgericht, das ein Motiv für die Tat letztlich nicht feststellen konnte, hat angenommen, dass der Angeklagte trotz der objektiven Gefährlichkeit seiner Tathandlung nicht mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte, sondern den Tod von K (lediglich) grob achtlos und unter Außerachtlassung der sich auch nach seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen aufdrängenden tödlichen Folgen verursachte.

II. Entscheidung des BGH

[4] Die Revisionen decken weder zum Nachteil noch zum Vorteil des Angeklagten Rechtsfehler auf.

1. Revision des Angeklagten

a) Zur Verfahrensrüge

[5] Die vom Angeklagten erhobene Verfahrensrüge, das Landgericht habe die aus Kroatien stammenden Zeugen V und D nicht über das ihnen als katholische Geistliche zustehende Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO belehrt, hat keinen Erfolg.

aa) Zum Fehlen eines Zeugnisverweigerungsrechts

des Zeugen D

[6] Da sich ein mögliches Zeugnisverweigerungsrecht im Sinne des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO nur auf Tatsachen erstreckt, die dem betreffenden Geistlichen in seiner Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden sind und nicht auf das, was er in ausschließlich karitativer oder fürsorgerischer Tätigkeit erfahren hat (BGHSt 51, 140, 141; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1865), kam jedenfalls dem Zeugen D ein solches Zeugnisverweigerungsrecht nicht zu. Denn der Angeklagte bat den Zeugen zunächst lediglich darum, ihm für einige Tage Unterkunft zu gewähren, was dieser jedoch ablehnte. Weder bei diesem ersten noch bei dem zweiten Zusammentreffen mit dem Angeklagten erfuhr der Zeuge D den Grund für dieses Hilfsersuchen.

bb) Kein Beweisverwertungsverbot trotz unterbliebener Belehrung über Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 StPO

[7] Im Hinblick auf das, was dem Zeugen V anlässlich seines Zusammentreffens mit dem Angeklagten bekannt wurde, mag die Rechtslage anders zu beurteilen sein, denn der Angeklagte, der sich schon in der Vergangenheit an diesen Zeugen mit der Bitte um seelsorgerischen Beistand gewandt hatte, äußerte bei dieser Gelegenheit sinngemäß, eine schlimme Tat begangen zu haben. Gleichwohl kann die Rüge nicht durchgreifen. Eine Pflicht zur Belehrung in Fällen des § 53 StPO besteht nicht (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1991 - 5 StR 516/90, NJW 1991, 2844, 2846, in BGHSt 37, 340 insoweit nicht abgedruckt; Senatsurteil vom 27. Mai 1971 - 4 StR 81/71, VRS 41 (1971), 93, 94); das Gericht darf regelmäßig davon ausgehen, dass der Zeuge sein Recht zur Zeugnisverweigerung kennt (Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. § 53 Rdn. 44). Dies gilt für den Geistlichen eines fremden Landes jedenfalls dann, wenn er sich - wie der Zeuge V - in Deutschland dauerhaft aufhält und hier eine Gemeinde betreut. Im Übrigen wurde der Zeuge aus Anlass seiner polizeilichen Vernehmung am 2. Oktober 2008 über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt und äußerte daraufhin, in "Glaubens- und Gewissensdingen" werde er keine Angaben machen. Seine Bekundungen zur Begegnung mit dem Angeklagten hat er demnach in Kenntnis seines Rechts zur Verweigerung des Zeugnisses gemacht; Anhaltspunkte für ein dahin gehendes Missverständnis sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

b) Zur Sachrüge

[8] Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der erhobenen Sachrüge weist keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. Die Wertung des Landgerichts, der Angeklagte habe den Tod der K jedenfalls leichtfertig verursacht und sei deshalb der

Brandstiftung mit Todesfolge im Sinne des § 306 c i.V.m. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[9] Soweit der Gesetzgeber die leichtfertige Todesverursachung unter Strafe gestellt hat, umschreibt das Gesetz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit dem Begriff der Leichtfertigkeit ein Verhalten, das - bezogen auf den Todeseintritt - einen hohen Grad von Fahrlässigkeit aufweist. Leichtfertig handelt hiernach, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinn oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt (BGHSt 33, 66, 67). Gemessen daran war die Gefährdung von Leib und Leben anderer im Hause anwesender Mitbewohner angesichts der vom Landgericht zum konkreten Tathergang getroffenen Feststellungen auch für den Angeklagten in seiner konkreten, angespannten psychischen Verfassung zum Tatzeitpunkt hochgradig wahrscheinlich. Die dagegen gerichteten Einwände des Beschwerdeführers erschöpfen sich darin, die nachvollziehbare Beweiswürdigung der Strafkammer durch eine eigene zu ersetzen, ohne jedoch Rechtsfehler aufzuzeigen, die den Bestand des Urteils gefährden könnten.

2. Revision der Staatsanwaltschaft

[10] Auch die Revision der Staatsanwaltschaft bleibt erfolglos.

a) Zum Inhalt der Revision

[11] Die Staatsanwaltschaft beanstandet, dass das Landgericht an das Vorliegen der Voraussetzungen eines bedingten Tötungsvorsatzes zu hohe Anforderungen gestellt habe. Angesichts der vom Landgericht getroffenen Feststellungen, wonach der Angeklagte insgesamt 28 Liter Brandbeschleuniger in seiner im mittleren Stockwerk eines Mehrfamilienhauses gelegenen Wohnung ausgebracht habe, hätte bedingter Tötungsvorsatz allenfalls dann verneint werden können, wenn der Angeklagte aufgrund besonderer und außergewöhnlicher Umstände darauf hätte vertrauen dürfen, dass der Tod von weiteren Hausbewohnern nicht eintreten werde. Solche Umstände habe die Strafkammer indessen nicht festgestellt. Auch die Erwägung des Landgerichts, der Angeklagte habe gegenüber den anderen Hausbewohnern keine feindliche Gesinnung gehabt, stehe der Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes nicht entgegen. Die den Angeklagten überraschende Verpuffung stelle in diesem Zusammenhang lediglich eine unerhebliche Abweichung vom Kausalverlauf dar.

b) Zur Ablehnung eines Tötungsvorsatzes durch das Landgericht

[12] Die Beweiserwägungen, mit denen das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz verneint hat,

halten indessen revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

aa) Zu den Anforderungen an die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes

[13] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt bedingt vorsätzliches Handeln voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 36, 1, 9; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 53). In Abgrenzung zu der Schuldform der bewussten Fahrlässigkeit müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (BGHR aaO). Tritt die Lebensgefährlichkeit einer äußerst gefährlichen Gewalthandlung offen zu Tage, liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs der von ihm in Gang gesetzten Handlungskette rechnet. Da es jedoch auch Fälle geben kann, in denen der Täter zwar alle Umstände kennt, die sein Tun zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, er sich aber gleichwohl nicht bewusst ist, dass der Tod des Opfers eintreten kann, bedarf es für den Schluss auf die Billigung eines Todeserfolges im Hinblick auf die insoweit bestehende hohe Hemmschwelle einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles (BGH, Urteil vom 22. November 2001 - 1 StR 369/01, NStZ 2002, 314, 315). Bei Inbrandsetzung eines Gebäudes sind im Rahmen der Gesamtwürdigung insbesondere die Beschaffenheit des Gebäudes (im Hinblick auf Fluchtmöglichkeiten und Brennbarkeit der beim Bau verwendeten Materialien), die Angriffszeit (wegen der erhöhten Schutzlosigkeit der Bewohner zur Nachtzeit), die konkrete Angriffsweise sowie die psychische Verfassung des Täters und seine Motivation bei der Tatbegehung zu berücksichtigen (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 39).

bb) Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

[14] Nach diesem Maßstab hat die Strafkammer sehr wohl in den Blick genommen, dass neben der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung auch verschiedene weitere Umstände für das Vorliegen eines bedingten Tötungsvorsatzes sprachen, so die (Nacht-)zeit der Tatbegehung, das - für den Angeklagten erkennbare - Vorhandensein einer leicht brennbaren Holzbohlendecke im Gebäude, das Ausbringen des Brandbeschleunigers an verschiedenen Stellen und die sorgfältige Planung der Tat. Das Landgericht hat jedoch auch sachverständig beraten - die psychische Verfassung des Angeklagten mit der gedanklichen Einengung auf die Zerstörung des früheren mit seiner Frau gemein-

sam bewohnten Lebensraumes sowie das fehlende Motiv des Angeklagten für die Tötung anderer Hausbewohner berücksichtigt und zusätzlich erwogen, dass der Brandbeschleuniger nicht in unmittelbarer Nähe des möglichen Fluchtwegs ausgebracht war. Dass es auf der Grundlage dieser umfassenden Würdigung letztlich zur Verneinung des (bedingten) Tötungsvorsatzes gekommen ist, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Rechtsfehlerhaft überspannte Anforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung (vgl.

dazu BGH, Urteile vom 11. Januar 2005 - 1 StR 478/04, NJW 2005, 1727 und vom 4. Dezember 2008 - 4 StR 371/08) lassen diese Erwägungen ebenfalls nicht erkennen. Die Strafkammer hat ihre Zweifel daran nicht überwinden können, dass der Angeklagte die erhebliche Ausweitung des Brandes mit den tödlichen Folgen für das Tatopfer in sein Wissen aufgenommen hatte. Diese Wertung des Tatrichters ist vom Revisionsgericht hinzunehmen.

Standort: § 138 StGB

Problem: Mögliche Beteiligung an der anzuzeigenden Tat

BGH, URTEIL VOM 19.05.2010

5 STR 464/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte erfuhr frühzeitig davon, dass sein Bruder zusammen mit anderen einen Raubüberfall auf ein Bekleidungsgeschäft durchführen wollte. Er versuchte jedoch weder, seinen Bruder hiervon abzubringen, noch meldete er dessen Vorhaben bei der Polizei. Der Überfall wurde dann auch tatsächlich ausgeführt. Obwohl am Tatort DNA-Spuren des Angeklagten gefunden wurden, vermochte sich das Landgericht Berlin nicht davon zu überzeugen, dass dieser an dem Überfall beteiligt war. Deshalb wurde er nicht wegen Beteiligung an dem Raub, sondern nur wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten, § 138 I Nr. 7 StGB, verurteilt.

Gegen diese Verurteilung wandte sich der Angeklagte, der in seiner Revision rügte, dass der Verdacht seiner Beteiligung an der anzuzeigenden Tat seine Strafbarkeit gem. § 138 StGB ausschließen müsse, da es einem Beteiligten an der anzeigepflichtigen Tat nicht zuzumuten sei, diese (und damit letztlich sich selbst) anzuzeigen. Dies müsse nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" auch dann gelten, wenn die Beteiligung an der Katalogtat des § 138 I StGB nicht sicher, aber doch möglich sei. Der BGH wies die Revision - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung - als unbegründet zurück und bestätigte die Verurteilung.

Prüfungsrelevanz:

Wenn auch § 138 StGB ein Tatbestand ist, der selten im Zentrum von Examensaufgaben steht, so dürfte die vorliegende Entscheidung doch eine hohe Examensrelevanz besitzen, da der BGH hier eine langjährige Rechtsprechung aufgibt. Solche Rechtsprechungsänderungen werden gerade in mündlichen Prüfungen immer wieder sehr gerne aufgegriffen. Hinzu kommt, dass der vorliegende Fall auch eine prozessuale Komponente aufweist, da es insbesondere um den Umfang der Anwendung des Zweifelssatzes ("in dubio pro reo") geht, was die Entscheidung für prüfende Richter

noch interessanter macht.

Gem. § 138 I StGB macht sich wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten strafbar, wer von dem Vorhaben oder der Ausführung einer der genannten Katalogtaten (z.B. Mord, § 138 I Nr. 5 StGB, oder Raub, § 138 I Nr. 7 StGB) zu einer Zeit, in der deren Ausführung oder Erfolg noch abgewendet werden können, erfährt und dies trotzdem weder dem Bedrohten noch der (Strafverfolgungs-) Behörde anzeigt.

Nach herrschender Meinung trifft die in § 138 StGB normierte Anzeigepflicht den Beteiligten an der anzuzeigenden Katalogtat jedoch nicht, da ansonsten letztlich eine Pflicht zur Selbstanzeige bestünde, die gegen den Grundsatz der Strafflosigkeit der Selbstbegünstigung ("nemo tenetur se ipsum accusare") verstoßen würde (BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; Fischer, § 138 Rn. 18; Tag, JR 1995, 133, 134; a.A.: Joecks, § 138 Rn. 20).

Eine in der Praxis immer wieder auftretende Konstellation ist die, dass sich nicht mit Sicherheit klären lässt, ob derjenige, der trotz Kenntnis vom Vorhaben einer Katalogtat diese nicht angezeigt hat, an der anzuzeigenden Tat beteiligt war oder nicht.

Der BGH hatte diese Fälle bisher immer über eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes gelöst und den Angeklagten insgesamt freigesprochen (BGHSt 36, 167, 174; 39, 164, 167; BGH, NSTZ 1982, 244; StV 1988, 202): Bei der Prüfung der Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Katalogtat wurde bei entsprechenden Zweifeln "in dubio pro reo" zugunsten des Angeklagten davon ausgegangen, dass er an dieser nicht beteiligt sei, sodass eine entsprechende Verurteilung ausschied; hinsichtlich der Strafbarkeit gem. § 138 I StGB wurde dann aber "in dubio pro reo" davon ausgegangen, dass der Angeklagte doch an der Katalogtat beteiligt sei, was dann natürlich wiederum die Strafbarkeit gem. § 138 I StGB ausschloss. Die herrschende Literatur hat diese Lösung seit jeher abgelehnt und betont, dass § 138 StGB dasselbe Rechtsgut schütze wie der jeweilige Katalogtatbestand, weswegen zwischen diesen beiden Delikten ein normativ-ethisches Stufenverhältnis bestünde, was bei Zweifeln

dazu führe, dass aus (dem milderen) § 138 StGB bestraft werden könne (Joecks, § 138 Rn. 28; Lacker/Kühl, § 138 Rn. 6; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 138 Rn. 29; SK-Rudolphi/Stein, § 138 Rn. 34; Joerden, JZ 1988, 847, 853; Tag, JR 1995, 133). Dies ergebe sich außerdem aus einem Vergleich mit der Konstellation der sog. Präpendenz: Wenn eine Strafbarkeit wegen Verabredung, § 30 II StGB, an sich sicher feststeht, aber darüber hinaus die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Beteiligung an der verabredeten Tat besteht (wohinter die Verabredung eigentlich als mitbestrafte Vortat zurücktreten würde), so wird der Täter eindeutig wegen der Verabredung bestraft (Norouzi, JuS 2008, 113, 115). Da die beschriebene Konstellation i.R.v. § 138 StGB der Präpendenz sehr ähnlich sei, müsse sie entsprechende gelöst werden. Auch der 4. Strafsenat des BGH hatte - in einem obiter dictum, also ohne Entscheidungsrelevanz - bereits angekündigt, sich dieser Auffassung anschließen zu wollen (NSStZ 2004, 499).

Der 5. Strafsenat, der sich unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung der Literaturlauffassung anschließen wollte, musste gem. § 132 II GVG zunächst bei den anderen BGH-Strafsenaten anfragen, ob dieser mit einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung einverstanden seien, was alle bejaht haben. Daraufhin hat der 5. Strafsenat im vorliegenden Urteil die bisherige Rechtsprechung aufgegeben und sich - auch unter Übernahme von deren Argumentation - der herrschenden Literaturlauffassung angeschlossen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Anwendung des Zweifelssatzes i.R.v. § 138 StGB: BGHSt 36, 167; 39, 164; BGH, MDR/H 1979, 635; NSStZ 1982, 244; 2004, 499; StV 1988, 202; Joerden, JZ 1988, 847, 853; Tag, JR 1995, 133

Leitsatz:

Eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Katalogtat fortbesteht.

Sachverhalt:

[3] Der Angeklagte hatte bereits Mitte 2007 erfahren, dass sein Bruder Y (rechtskräftig verurteilt wegen schwerer räuberischer Erpressung, vgl. Senatsbeschluss vom 13. Oktober 2009 - 5 StR 409/09) und ihr gemeinsamer Freund Z planten, ein Bekleidungs-geschäft in Berlin zu überfallen. Y und der in dem Bekleidungs-geschäft angestellte Z entschlossen sich, die Tat am Abend des 4. Oktober 2008 auszuführen. Der Angeklagte wurde davon unterrichtet und durch seinen Bruder gebeten, mit ihm "zusammen den Über-

fall durchzuführen", was er indes ablehnte. Am Tat-abend gegen 19 Uhr trafen sich der Angeklagte, des-sen Bruder sowie Z, der Y dabei über Geschäftsinter-na, den Tresor sowie die bestehenden technischen Si-cherungen informierte. Der Angeklagte lehnte auf er-neute Nachfrage seines Bruders eine Teilnahme an dem Überfall ab. Gegen 21 Uhr trafen der Angeklagte und sein Bruder den anderweitig verfolgten H. Dieser erklärte sich auf Vorschlag des Y bereit, gemeinsam mit diesem den Raubüberfall zu begehen. Der Ange-klagte hielt sich weiterhin aus sämtlichen Planungen heraus, nahm aber zur Kenntnis, dass H und Y auch den Einsatz einer geladenen Schreckschusspistole bei der Tatbegehung vereinbarten. Alle drei begaben sich sodann in die Nähe des Tatorts, wo sich der Angek-lagte von seinem Bruder und H trennte. Der Raubüberfall wurde sodann gegen 22 Uhr desselben Abends plange-mäß und entsprechend den Informationen des Z durch Y und H ausgeführt, die dabei etwa 40.000 € erbeute-ten.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten zu einer Freiheits-straft von zehn Monaten verurteilt. Die allein auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angek-lagten bleibt ohne Erfolg.

1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Land-gerichts

[2] Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: [...]

b) "In dubio pro reo" keine Verurteilung wegen Be-teiligung an dem Überfall

[4] Obgleich am Tatort DNA-Spuren des Angeklagten sichergestellt wurden und die anderweitig Verfolgten H und Z dessen aktive Beteiligung jedenfalls bei der Tatplanung - wenngleich nicht übereinstimmend - be-kundeten, vermochte sich die Strafkammer "mangels weiterer Beweise" nicht von einer Tatbeteiligung des Angeklagten an dem Raubüberfall zu überzeugen. Sie ist daher "zu seinen Gunsten davon ausgegangen", dass er entsprechend seiner Einlassung trotz Kenntnis von der bevorstehenden Umsetzung des Tatplans kei-nen Versuch unternahm, seinen Bruder von der Tat-begehung abzuhalten oder die Polizei zu informieren, obgleich ihm dies möglich war.

c) Verurteilung wegen § 138 StGB

[5] Die Strafkammer vermochte mithin unter Anwen-dung des Zweifelssatzes eine Beteiligung des Ange-klagten an der schweren räuberischen Erpressung nicht festzustellen. Dies stehe einer Verurteilung we-gen Nichtanzeige geplanter Straftaten indes nicht ent-gegen, denn entsprechend BGHR StGB § 138 Anzei-

gepflicht 6 sei eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten des Angeklagten wegen des zwischen der Katalogtat des § 138 StGB und dem strafbewehrten Verstoß gegen die Anzeigepflicht bestehenden normativ-ethischen Stufenverhältnisses nicht geboten.

2. Bisherige Rechtsprechung des BGH zur Anwendung des Zweifelssatzes bei § 138 StGB

[6] Für die Entscheidung des Senats über die Revision des Angeklagten im vorliegenden Verfahren war die Rechtsfrage erheblich, ob bei fortbestehendem Verdacht einer Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Katalogtat der Zweifelssatz eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten hindert. In der Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs war es bislang anerkannt, dass in diesem Fall ein Freispruch zu erfolgen hat.

a) Keine Strafbarkeit gem. § 138 StGB bei Beteiligung an der anzuzeigenden Tat

[7] Als tauglicher Täter des § 138 StGB scheidet aus, wer an der geplanten Katalogtat als Täter, Anstifter oder Gehilfe - auch durch Unterlassen - beteiligt ist oder straflose Vorbereitungshandlungen zur Tatplanung beisteuert; die Tat müsse eine völlig fremde sein (vgl. BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 2, 5; BGH NJW 1964, 731, 732, insoweit in BGHSt 19, 167 nicht abgedruckt; BGH NStZ 1982, 244; wistra 1992, 348, 349; vgl. ferner Hanack in LK 12. Aufl. § 138 Rdn. 42 m.w.N.). Von der Strafbarkeit wegen Verletzung der Anzeigepflicht ebenfalls befreit sei, wer nach Abschluss der Beweisaufnahme der Beteiligung an der nicht angezeigten Tat verdächtig bleibt (BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 2, 5; BGH NJW 1964, 731, 732; StV 1988, 202; MDR/H 1979, 635; Hanack aaO Rdn. 48; Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 138 Rdn. 20/21; aA Schmidhäuser in Festschrift für Bockelmann [1979] S. 683, 697; Westendorf, Die Pflicht zur Verhinderung geplanter Straftaten durch Anzeige 1999 S. 156 m.w.N.). Lediglich die Möglichkeit, sich durch die Gebotserfüllung der Beteiligung an der geplanten Straftat selbst verdächtig machen zu können, reiche für den Ausschluss des Tatbestandes indes noch nicht aus (vgl. BGHSt 36, 167, 170; aA Joerden Jura 1990, 633, 638).

b) Zur Anwendung des Zweifelssatzes i.R.v. § 138 StGB bei Verdacht der Beteiligung an der Katalogtat

[8] Hiernach müsse mit Rücksicht auf den Zweifelssatz nicht nur eine Verurteilung des Angeklagten wegen der Katalogtat unterbleiben, wenn sich das Tatgericht nach Abschluss der Beweisaufnahme nicht von der Beteiligung des Angeklagten an der ihm zur Last

gelegten Katalogtat des § 138 Abs. 1 und 2 StGB zu überzeugen vermochte, sondern es scheidet auch eine Verurteilung nach § 138 StGB aus, wenn der Verdacht der Beteiligung an der Katalogtat fortbesteht. Denn im Wege neuerlicher (doppelter) Anwendung des Zweifelssatzes sei die Beteiligung an der Katalogtat zu unterstellen, deren Nichtvorhandensein nicht sicher festgestellt, aber auch nicht ausgeschlossen werden konnte. Auch eine Wahlfeststellung zwischen den Vergehen des § 138 StGB und der strafbaren Beteiligung sei auf Grund mangelnder Vergleichbarkeit beider Verhaltensweisen ausgeschlossen; mithin sei der Angeklagte in dieser Konstellation freizusprechen (BGHSt 36, 167, 174; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 1, 2; BGH MDR/H 1979, 635, 636; NStZ 1982, 244; StV 1988, 202).

3. Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung nach Durchführung eines Anfrageverfahrens gem. § 132 II GVG

[9] Der erkennende 5. Strafsenat hat diese Rechtsfrage mit Beschluss vom 13. Januar 2010 zum Gegenstand eines Anfrageverfahrens nach § 132 Abs. 2 GVG gemacht. Der 1., 2. und 4. Strafsenat haben der Rechtsansicht des Senats zugestimmt, nach der eine Verurteilung auch bei fortbestehendem Verdacht einer Beteiligung möglich ist. Der 3. Strafsenat hat mitgeteilt, eigene Rechtsprechung stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen. Der erkennende Senat entscheidet nunmehr unter Aufgabe eigener Rechtsprechung im Sinne des Anfragebeschlusses.

4. Zur Strafbarkeit gem. § 138 StGB im vorliegenden Fall

[10] Der Schuldspruch der Strafkammer begegnet keinen sachlichrechtlichen Bedenken. Eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes ist in der vorgenannten Konstellation rechtlich nicht geboten.

a) Zum Verhältnis von § 138 StGB und Katalogtat

[11] Vielmehr ist die Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung des Angeklagten wegen einer Straftat nach § 138 StGB eröffnet. Zwischen der Katalogtat und ihrer Nichtanzeige nach § 138 StGB besteht ein normativ-ethisches Stufenverhältnis. Erforderlich dafür ist, dass die alternativ in Betracht kommenden Straftaten einen gegen dasselbe Rechtsgut gerichteten, in der Intensität indes abgestuften Angriff aufweisen (vgl. Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo 1987 S. 64 ff.; Dannecker in LK 12. Aufl. Anh. zu § 1 Rdn. 60, 91; Rudolphi/Wolter in SK-StGB 110. Lfg. Anh. zu § 55 Rdn. 21 ff.; Frister in NK 3. Aufl. nach § 2 Rdn. 49; jeweils m.w.N.). Gegebenenfalls kann nach dem Zweifelssatz aus dem milderen Gesetz verurteilt werden.

[12] Der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige geplanter

Straftaten geht vollständig in dem der Katalogtat auf.

[13] Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass durch § 138 StGB die Rechtsgüter der dort genannten Katalogtaten mittelbar geschützt werden (vgl. BGHSt 42, 86, 88). Der 4. Strafsenat hat erklärt, er neige der Annahme eines normativen Stufenverhältnisses zwischen Katalogtat und § 138 StGB (vgl. BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 6) und damit weitergehend einer zwischen beiden bestehenden Rechtsgutsidentität zu.

[14] Eine solche Rechtsgutsidentität entspricht der überwiegenden Ansicht in der Literatur (vgl. Wolter aaO S. 66 Fn. 51; Rudolphi/Stein in SK-StGB 66. Lfg. § 138 Rdn. 2; Hanack aaO Rdn. 2, 75; Cramer/Sternberg-Lieben aaO Rdn. 1; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 138 Rdn. 1; Fischer, StGB 57. Aufl. § 138 Rdn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, StGB BT II 9. Aufl. § 98 Rdn. 17; Rudolphi in Festschrift für Roxin [2001] S. 827, 837; Westendorf aaO S. 167; aA Hohmann in MünchKomm StGB § 138 Rdn. 25). Diese hebt zur Begründung zu Recht auf das tatbestandliche Erfordernis ab, dass eine Anzeigepflicht nicht allgemein, sondern nur dann und damit zum Schutze des von der Katalogtat Gefährdeten besteht, wenn der Täter von dem Vorhaben zu einer Zeit erfährt, zu welcher der Katalogtaterfolg noch abgewendet werden kann (vgl. nur Rudolphi/Stein aaO). Unter Hinweis darauf, dass zur Gebotserfüllung bereits die Anzeige an den Bedrohten ausreicht, wird auch unter Berücksichtigung der systematischen Stellung der Norm zutreffend ein (gleichzeitig) bezweckter Schutz der Rechtspflege ausgeschlossen. Der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige liegt demzufolge in der Gefährdung gerade des Rechtsguts, das durch die anzuzeigende Katalogtat verletzt wird; er bleibt lediglich quantitativ - im Sinne einer Vorstufe zur Teilnahme - dahinter zurück (Rudolphi/Stein aaO Rdn. 35; Wolter aaO).

b) Zur Möglichkeit einer Verurteilung aus § 138 StGB bei Verdacht der Beteiligung an der Katalogtat

[15] Bleibt der Angeklagte der Katalogtatbeteiligung nach abgeschlossener Beweisaufnahme verdächtig, ist er aus § 138 StGB als dem milderen Gesetz zu bestrafen. Der von ihm (mit-)verursachte tatbestandliche Unrechtserfolg ist ihm - freilich in einer im Vergleich zum Täter der Katalogtat abgestuften Intensität - zuzurechnen (vgl. Rudolphi/Stein aaO; Hanack aaO; Wolter aaO). Der Grundsatz in dubio pro reo überwindet fortbestehende Zweifel über den vom Täter verwirklichten Zurechnungsgrad zugunsten einer mindestens Zurechnungsform (vgl. Wolter aaO S. 63).

[16] Das so gefundene Ergebnis - eindeutige Verurteilung des der Katalogtat weiterhin Verdächtigen nach dem echten Unterlassungsdelikt - fügt sich ohne Brüche in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu vergleichbaren Konstellationen ein. So hat der Bun-

desgerichtshof bereits für Täterschaft und Teilnahme (vgl. BGHSt 31, 136, 138; 43, 41, 53; BGH NSTZ-RR 1997, 297), Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. BGHSt 32, 48, 57) sowie insbesondere für die Beteiligung an der Begehungstat und unterlassene Hilfeleistung (vgl. BGHSt 39, 164, 166) entschieden (zum Verhältnis § 323a StGB und Rauschtat vgl. Fischer aaO § 323a Rdn. 11a ff.). Auf diese Weise werden sachwidrige Strafbarkeitslücken vermieden (Wolter aaO S. 63; Westendorf aaO S. 168) und die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten notwendige Rechtsicherheit geschaffen (vgl. Joerden Jura 1990, 633, 640 f.).

[17] Die Entscheidung auf eindeutiger Grundlage unter Anwendung des Zweifelssatzes geht einer - hier überdies möglicherweise fraglichen - (echten) Wahlfeststellung vor (vgl. Dannecker aaO Rdn. 58 ff.; Rudolphi/Wolter aaO Rdn. 15, 20). Die Wahlfeststellung hätte eine nicht gerechtfertigte Bemakelung des Angeklagten mit einem Schuldspruch zur Folge, der zugleich eine schwerere, allerdings zweifelhaft gebliebene Strafbarkeit ausdrücken würde.

c) Zu den Bedenken des 3. Senats

[18] Die im Antwortbeschluss des 3. Strafsenats vom 9. März 2010 - 3 ARs 3/10 geltend gemachten Bedenken teilt der Senat nicht. Dass die bisherige Rechtsprechung - ohne ausdrückliche dogmatische Einordnung in den Verbrechensaufbau - dem erwiesenermaßen Vortatbeteiligten eine Anzeigepflicht erlässt (vgl. die Nachweise zu 2a), verhindert zu seinen Gunsten eine zusätzliche Strafbarkeit aus § 138 StGB; dies zwingt - zumal im Blick auf das Fehlen einer ausdrücklichen tatbestandlichen Voraussetzung der Fremdheit einer Katalogtat - nicht zu einer Gleichbehandlung mit den Fällen echter Wahlfeststellung. Vielmehr kann mit der vom Senat vorgenommenen Interpretation das bestehende Spannungsverhältnis aufgelöst werden. Bei den hier alternierenden Straftatbeständen ist eine eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage erfolgt. Allein die Intensität der Zurechnung des Unrechtserfolges ist nach Abschluss der Beweisaufnahme zweifelhaft geblieben, was sich zugunsten des Täters auswirkt. Die vom 3. Strafsenat erwogene Verurteilung des Angeklagten im Wege der sogenannten Präpondenzfeststellung würde zum selben Ergebnis führen (vgl. Joerden JZ 1988, 847, 853; Küper in Festschrift für Lange [1976] S. 65, 79).

5. Kein Prozesshindernis wegen unwirksamer Anklage

[19] Auch die Verfahrensvoraussetzung einer wirksamen Anklageerhebung für den Schuldspruch nach § 138 StGB liegt vor. Denn in der angeklagten Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB ist zugleich - im Sinne prozessualer Tatidentität (vgl. §§ 264, 155 StPO) - der Vorwurf enthalten, die beabsichtigte Be-

gehung dieses Delikts nicht angezeigt zu haben. Dieser Vorwurf untersteht damit ebenfalls tatrichterlicher Kognition (vgl. BGHSt 32, 215, 219; 36, 167, 169; BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 37; BGH NStZ 1993, 50; NStZ-RR 1998, 204; BGH, Urteil vom 24. Januar 2003 - 2 StR 215/02 S. 9, insoweit in BGHSt 48, 183 nicht abgedruckt).

6. Zum fehlenden Vertrauensschutz des Angeklagten

[20] Der Einwand des Revisionsführers, seine Verurteilung sei unfair, weil er sich bei seiner Einlassung auf das Fortbestehen entgegenstehender Rechtsprechung verlassen habe, ist von vornherein unschlüssig. Denn der Angeklagte musste damit rechnen, das Tat-

gericht werde seiner Einlassung glauben. Abgesehen davon greift der Einwand mit Blick auf veröffentlichte Zweifel an der bestehenden Rechtsprechung nicht durch (vgl. BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 6; Cramer/Sternberg-Lieben aaO § 138 Rdn. 29; dazu BGHSt 52, 307, 313).

7. Keine Kompensation wegen überlanger Verfahrensdauer

[21] Eine Kompensation in der Rechtsfolge wegen der durch das Verfahren nach § 132 GVG verursachten Verfahrensdauer ist hier nicht veranlasst (vgl. BVerfGE 122, 248, 280; BGH NStZ 2010, 162, 163).

Standort: § 261 II Nr. 1 StGB

Problem: Willensmängel des Vortäters

BGH, URTEIL VOM 04.03.2010

1 STR 95/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wussten, dass M, der eine Kapitalanlage-GmbH betrieb, von den Kunden seiner Firma erhebliche Gelder durch gewerbsmäßigen Betrug, §§ 263 I, III 2 Nr. 1 StGB, erlangt und beiseite geschafft hatte, um seinen eigenen luxuriösen Lebensstil zu finanzieren. Die Angeklagten beschlossen, M diese Gelder wieder abzunehmen um sie für sich zu verwerten. Um dies zu ermöglichen, kauften sie bei einem Gläubiger des M einen gegen diesen gerichteten Titel. Um die Vollstreckung dieses Titels zu sichern erwirkten sie einen Arrest gegen das Vermögen der von M betriebenen GmbH, weil einer der Angeklagten bei Gericht eine falsche eidesstattliche Versicherung abgab, in der er versicherte, dass M sein Privatvermögen im Vermögen der GmbH "verstecke". Die Angeklagten wussten, dass die so bewirkte Sperrung der Gesellschaftskonten erhebliche Probleme für M verursachen würde, da dies insbesondere dazu führen würde, dass seine Betrugstaten gegenüber den Anlagekunden auffliegen würden. Deshalb konnten sie M unter Druck setzen und zum Abschluss eines Vergleichs zwingen, in dem M sich verpflichtete, erhebliche Teile der durch die Betrugstaten erwirtschafteten Gelder an die Angeklagten auszuzahlen, was dieser auch tat.

Das Landgericht München I hatte die Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insb. wegen Geldwäsche, § 261 I, II Nr. 1 StGB, verurteilt. Gegen diese Verurteilung wandten sich die Angeklagten mit der Revision, mit der sie rügten, dass ihr Verhalten kein "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 261 II Nr. 1 StGB darstelle, da ein solches stets voraussetze, dass Vortäter und Geldwäscher einvernehmen zusammenwirkten. Gerade dies sei aber im vorliegenden Fall, in dem die Angeklagten

durch Drohung auf M eingewirkt hatten, nicht gegeben. Der BGH wies die Revision als unbegründet zurück. Ein "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 261 II Nr. 1 StGB setze zwar voraus, dass Vortäter und Geldwäscher einvernehmlich zusammenwirkten. Dies sei jedoch auch dann der Fall, wenn der Geldwäscher mit Täuschung oder - wie hier - Drohung auf den Vortäter einwirke. Ein kollusives Zusammenwirken der beiden sei hingegen nicht erforderlich.

Prüfungsrelevanz:

Der im vorliegenden Fall vom BGH diskutierte Tatbestand der Geldwäsche, § 261 StGB, gehört zwar in den meisten Bundesländern zum Prüfungsstoff in beiden Examen, ist jedoch eher selten Gegenstand von Examensaufgaben. In der vorliegenden Entscheidung kommt der BGH jedoch zu dem Ergebnis, dass das Tatbestandsmerkmal des "Sich-Verschaffens" bei § 261 II Nr. 1 StGB anders auszulegen ist als das gleichlautende Tatbestandsmerkmal bei der Hehlerei, § 259 I StGB. Da im Rahmen der Hehlerei aber die Frage, ob Willensmängel des Vortäters ein "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 259 I StGB ausschließen, ein klassisches Examensproblem darstellt, ist zu erwarten, dass die vorliegende Entscheidung auch bei Fällen zur Hehlerei herangezogen wird, um eine Parallelwertung durchzuführen. Somit dürfte sie eine nicht unerhebliche Examensrelevanz besitzen, gerade im Hinblick auf Prüfungsgespräche in mündlichen Prüfungen.

Der Tatbestand der Geldwäsche, § 261 StGB, ist vom Gesetzgeber mit der Intention geschaffen worden, zu verhindern, dass illegal (insb. durch Straftaten des sog. "organisierten Verbrechens") erworbene Vermögenswerte straflos in "legales" Vermögen umgewandelt werden können (BGH, NJW 1997, 3322; Schönke/Schröder-Stree, § 261 Rn. 1). Insofern hat § 261 StGB eine ähnliche Funktion wie die Hehlerei, § 259 StGB, die auch die Verwertung von Sachen, die durch Ver-

mögensdelikte erlangt wurden, unter Strafe stellt. Eine weitere Parallele zwischen § 261 StGB und § 259 StGB besteht darin, dass beide Tatbestände die Tathandlung des "Sich-Verschaffens" nennen, § 259 I StGB bzw. § 261 II Nr. 1 StGB.

Im Rahmen von § 259 I StGB besteht Einigkeit darüber, dass ein "Sich-Verschaffen" stets voraussetzt, dass der Hehler das Tatobjekt im Einvernehmen mit dem Vortäter übernimmt, weswegen es z.B. kein Sich-Verschaffen darstellt, wenn der Hehler dem Vortäter das Hehlereiojekt eigenmächtig wegnimmt (BGHSt 7, 134, 137; Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn. 42). Streitig ist im Rahmen des Hehlereitattbestandes jedoch, ob ein "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 259 I StGB auch bei Willensmängeln des Vortäters gegeben ist, d.h. wenn der Hehler durch Drohung oder Täuschung auf den Vortäter einwirkt, um so das Hehlereiojekt zu erlangen (vgl. hierzu die Darstellung im Skript Strafrecht BT I, Rn. 561). Eine Mindermeinung geht davon aus, dass solche Willensmängel des Vortäters ein "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 259 I StGB nicht ausschließen, da dieses nur ein einverständliches, nicht jedoch ein willensmangelfreies oder gar kollusives Zusammenwirken von Vortäter und Hehler voraussetze (RGSt 35, 278, 281; Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn. 42; Berz, JURA 1980, 57, 61). Nach herrschender Meinung, der insbesondere auch der BGH folgt, scheidet jedoch ein "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 259 I StGB bei Willensmängeln des Vortäters aus, da die Hehlerei gerade durch ein einvernehmliches Zusammenwirken von Vortäter und Hehler gekennzeichnet sei, das in den genannten Fällen jedoch fehle (BGHSt 42, 196, 198; Fischer, § 259 Rn. 16; Joecks, § 259 Rn. 17; Rengier, BT I, § 22 Rn. 21a; Wesels/Hillenkamp, BT II, Rn. 858; Zöllner/Frohn, JURA 1999, 378, 381 f.).

In dem vorliegenden Urteil betont der BGH jedoch, dass es sich bei dieser Wertung um eine tatbestandspezifische (enge) Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Sich-Verschaffen" der Hehlerei handele, die deshalb - trotz des insofern identischen Wortlauts - nicht ohne Weiteres auf den Tatbestand der Geldwäsche übertragen werden könne. Bei § 261 StGB erfasse die Tathandlung des Sich-Verschaffens - anders als bei § 259 I StGB - auch die Fälle, in denen der Geldwäscher mit Täuschung oder Drohung auf den Vortäter einwirke. Zu diesem Ergebnis kommt der BGH durch eine fast schon schulmäßige Auslegung des Tatbestandes des § 261 II Nr. 1 StGB anhand der klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte). Die sich so ergebende unterschiedliche Auslegung der gleichlautenden Tathandlungen von § 259 I StGB und § 261 II Nr. 1 StGB begründet der BGH zwar mit den unterschiedlichen Schutzzwecken, sie ist jedoch deshalb überraschend,

da die ganz herrschende Literaturauffassung immer davon ausgegangen war, dass diese Tatbestandsmerkmale einen identischen Inhalt hätten (Fischer, § 261 Rn. 24; Schönke/Schröder-Stree, § 261 Rn. 13; Rengier, BT I, § 23 Rn. 13).

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Sich-Verschaffen i.S.v. § 261 II Nr. 1 StGB: BGH, StV 1997, 588; OLG Frankfurt, NJW 2005, 1727

☐ Zum Sich-Verschaffen i.S.v. § 259 I StGB, insb. bei Willensmängeln des Vortäters: BGHSt 42, 196; Berz, JURA 1980, 57; Zöllner/Frohn, JURA 1999, 378

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Eine Hand wäscht die andere"

Leitsätze:

1. "Sich-Verschaffen" im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB fordert kein kollusives Zusammenwirken von Geldwäscher und Vortäter. Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt nur, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt.

2. Einvernehmen setzt nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist. Deshalb ist es ohne Bedeutung, wenn der Vortäter infolge von Täuschung oder Nötigung in die Übertragung der Verfügungsgewalt "einwilligt".

Sachverhalt:

Fall B.II. der Urteilsgründe:

1. [11, 12] Im Sommer 2004 hatten die Angeklagten E und R Kenntnis davon, dass M seinen luxuriösen Lebensstil jedenfalls im Wesentlichen fortlaufend durch die vertragswidrige Verwendung der Kapitaleinlagen der Anleger der A-GmbH finanzierte.

[13] Anfang der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2004 beschlossen die Angeklagten R und E zusammen mit den Angeklagten Ga (Notar im Ruhestand) und G (von Beruf Rechtsanwalt), Gelder der A-GmbH an sich zu bringen und diese unter sich aufzuteilen. Sie rechneten damit - die Angeklagten Ga und G jedenfalls zum Zeitpunkt der am 3. September 2004 getroffenen Vereinbarung -, dass M diese Gelder, die abredewidrig nicht auf Sonderkonten verwahrt waren, in betrügerischer Absicht eingeworben hatte, um fortlaufend erhebliche Einnahmen zu erzielen. Der Plan sah vor, M aufgrund seiner Stellung als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der A-GmbH zur Zahlung zu zwingen. In Ausführung dieses Plans gingen die Angeklagten wie folgt vor:

2. [14] Evidentlich deshalb, um ein Druckmittel gegen

M in die Hand zu bekommen, verschafften sich die Angeklagten eine gegen M persönlich gerichtete Forderung, von der die Angeklagten E und R Kenntnis hatten. Zu diesem Zweck kaufte der Angeklagte G als verdeckter Treuhänder für die Firma T - deren Gesellschafter waren die Angeklagten E und R - mit Vertrag vom 10. August 2004 von Ki dessen rechtskräftig titulierte Forderung gegen M, die sich - einschließlich Zinsen - auf 1,46 Millionen Euro belief. Ki hatte vergeblich versucht, die im Jahre 2000 titulierte Forderung zu vollstrecken. Der Kaufpreis für die Forderung betrug 160.000 Euro. Dieser sollte nur beglichen werden, wenn die Vollstreckung tatsächlich erfolgreich war. Die Forderung von Ki stand zudem in keinem Zusammenhang mit der betrügerischen Einwerbung von Anlegergeldern. Sie beruhte auf einer Inanspruchnahme des Bruders von Ki aus einer etwa zwanzig Jahre zurückliegenden Bürgschaft zugunsten von M.

[15] Auf der Grundlage dieser - gegen M persönlich gerichteten - Forderung sollte ein Arrest, allerdings nicht gegen M, sondern gegen die A-GmbH erwirkt werden, um deren Vermögenswerte zu pfänden. Auf diese Art sollte M dazu gezwungen werden, Zahlungen an die Angeklagten zu leisten. Dabei rechneten die Angeklagten damit, dass M die Forderung allenfalls zu einem geringen Teil aus eigenen Mitteln begleichen würde - zumal er sich in der Vergangenheit mehrmals bei Vollstreckungsversuchen als vermögenslos dargestellt hatte. Sie gingen vielmehr davon aus, dass er hierzu zumindest zu einem wesentlichen Teil - unter Verletzung der vertraglichen Vermögensbetreuungspflichten gegenüber den Kunden der A-GmbH auf Gelder der Gesellschaft oder auch auf andere ihm ursprünglich von Kunden zur Geldanlage übergebene Gelder zugreifen würde. Über diese Gelder konnte er als Geschäftsführer der A-GmbH (im Außenverhältnis) verfügen.

[16] Um M zu bestärken, auf die gestellten Forderungen einzugehen, trieben die Angeklagten E und R ein "doppeltes Spiel". Sie gaben M, der sich ihnen anvertraut hatte, gegenüber vor, ihm durch die Stellung einer Grundschuld und die Übernahme einer Bürgschaft helfen zu wollen ("Hallo Freund! ... Wir stehen hinter Dir und helfen, was wir können.").

3. [17] Auf Grundlage dieses von Ki erworbenen Titels beantragte der Angeklagte G - dem gemeinsamen Tatplan entsprechend - am 17. August 2004 unter dem Namen Ki's beim Landgericht München I den Erlass eines Arrestes gegen die A-GmbH. Dabei trug er vor, M verstecke sein privates Vermögen im Vermögen der A-GmbH, um es dem zivilrechtlichen Zugriff seiner persönlichen Gläubiger zu entziehen. Deshalb hafte die Gesellschaft im Wege der "umgekehrten Durchgriffshaftung" auch für die Verbindlichkeiten ihres Alleingeschafters M. Zur Glaubhaftmachung legte er eine entsprechende eidesstattliche Versicherung des

Angeklagten K vor (diesen Angeklagten betreffend wurde das Verfahren insofern gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt). Aufgrund dieses Vortrags erließ das Landgericht München I noch am selben Tag den beantragten Arrest gegen die A-GmbH. Anschließend erwirkte der Angeklagte G am 19. August 2004 den Erlass von Pfändungsbeschlüssen bezüglich der Konten der A-GmbH - unter anderem bei der Sparkasse N. - und stellte diese den Drittschuldnern zu.

[18] Die Pfändung der Konten der A-GmbH, auf denen sich die Kundengelder befanden, brachte für M - was den Angeklagten E, R, G und G bewusst war - "wirtschaftlich vernichtende Probleme" mit sich. M musste deshalb insbesondere befürchten, dass seine Betrugstaten zum Nachteil der Kunden der A-GmbH aufgedeckt und für die Zukunft unterbunden zu werden drohten. Das hätte "für ihn den Zusammenbruch seiner Geschäftstätigkeit und Existenz" bedeutet.

4. [19] Nach der Kontenpfändung trat der Angeklagte G - wiederum im Namen Ki's - absprachegemäß an M heran und drängte diesen zum Abschluss eines Vergleichs. Dabei kündigte er weiterhin andauernde Vollstreckungsmaßnahmen gegen die A-GmbH an und stellte gleichzeitig die Einleitung strafrechtlicher Schritte in Aussicht. Er wies M insbesondere auf "die Problematik seiner Kontoführung" hin, weil dieser entgegen den Zeichnungsvereinbarungen keine Treuhandkonten geführt habe und statt dessen über diese Konten "der gesamte Aufwand der A. mitsamt (seinem) kostspieligen Lebenswandel abgewickelt" werde.

[10] Gleichzeitig spiegelte der Angeklagte E gegenüber M, bewusst wahrheitswidrig und unter Verdeckung seiner wahren Absichten vor, ihn bei der Erledigung dieser Angelegenheit durch Übernahme einer Bürgschaft und Stellung einer Grundschuld über 500.000 Euro unterstützen zu wollen, um ihn, so getäuscht, zum Abschluss einer Vereinbarung mit dem Angeklagten G zu bewegen.

5. [21] So "gezwungen", schloss M am 3. September 2004 als Ergebnis der Verhandlungen mit dem Angeklagten G eine Vereinbarung, in der er unter anderem die geltend gemachte Forderung anerkannte und sich verpflichtete, darauf sofort einen Betrag in Höhe von 575.000 Euro zu zahlen. Außerdem verpflichtete M die A-GmbH, für seine - private - Verbindlichkeit als Gesamtschuldnerin zu haften.

[22] Plangemäß verbürgte sich der Angeklagte E in dieser Vereinbarung gegenüber dem Angeklagten G selbstschuldnerisch unwiderruflich für M's Verbindlichkeit über einen Betrag von 500.000 Euro. Dies tat er jedoch ausschließlich deswegen, damit der Verurteilte M diese Vereinbarung auch abschloss.

[23] Im Gegenzug verpflichtete sich der Angeklagte G, unter anderem nach Zahlung des Betrages von 575.000 Euro und Abtretung der Grundschuld über

500.000 Euro durch den Angeklagten E, unverzüglich die Konten der A-GmbH bis auf einen Restbetrag von 500.000 Euro freizugeben. Weiter verpflichtete er sich, in dieser Sache keine weiteren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen mehr gegen M vorzunehmen und die bisher eingeleiteten Maßnahmen zurückzunehmen. [24] Die Verpflichtung zur Abtretung der Grundschuld durch den Angeklagten E als Voraussetzung der Einstellung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seitens des Angeklagten G diente dabei dazu, einen "garantierten Vertragsbruch" M's herbeiführen zu können, um erforderlichenfalls zusätzlichen Druck auf M ausüben zu können, damit dieser Gelder der A-GmbH auskehrt.

6. [25] Zur Erfüllung dieser Vereinbarung ließ M am 3. und 6. September 2004 über das Anderkonto seines Rechtsanwalts H insgesamt 575.000 Euro an den Angeklagten G überweisen. Einen Teilbetrag von 450.000 Euro hatte er seinem Konto bei der Kantonalbank Sc. entnommen, auf das er in der Vergangenheit sowohl nicht bemakelte Provisionen in Höhe von 200.000 Euro als auch Anlagegelder der Kunden der A-GmbH überwiesen hatte. Die übrigen 125.000 Euro entnahm er einem Konto der F. auf das er ausschließlich Kundengelder der A-GmbH eingezahlt hatte. Die Angeklagten Ga, G, E und R teilten den erhaltenen Geldbetrag, wie von vorneherein vereinbart, unter sich auf.

7. [26] Nach Auffassung der Kammer verstieß M damit gegen die besondere Zweckbindung der Kundengelder, die er für die A-GmbH vereinbart hatte. Weiterhin entstand den Anlegern nach Ansicht des Landgerichts dadurch auch ein Schaden in Höhe von 375.000 Euro, weil durch die Zahlung eine "weitere, selbständige und wesentliche Vertiefung des Schadens eingetreten" sei, "indem die Anlegergelder für eine Erfüllung der besonderen Verpflichtungen aus den Zeichnungsvereinbarungen endgültig nicht mehr zur Verfügung gestanden" hätten.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten E und R wegen Betruges in sechs Fällen (Tatkomplex B.I. der Urteilsgründe) und Anstiftung zur Untreue in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Geldwäsche (Fälle B.II. und III. der Urteilsgründe) zu Gesamtfreiheitsstrafen von vier Jahren (Angeklagter E) und von fünf Jahren und einem Monat (Angeklagter R) verurteilt. Die Angeklagten Ga und G wurden wegen Anstiftung zur Untreue in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Geldwäsche (Fälle B.II. und III. der Urteilsgründe) jeweils zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt. Der Angeklagte K wurde wegen Untreue (Fall B.III. der Urteilsgründe) zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Wegen einer von ihm festgestellten rechtsstaatswidrigen Verfah-

rensverzögerung hat das Landgericht ausgesprochen, dass von den verhängten (Gesamt-)Freiheitsstrafen vier Monate (Angeklagter K), fünf Monate (Angeklagter E), sechs Monate (Angeklagte Ga und G) beziehungsweise sieben Monate (Angeklagter R) als vollstreckt gelten.

[2] Gegen dieses Urteil wenden sich die Revisionen der Angeklagten, mit denen sie die Verletzung materiellen Rechts rügen. Die Angeklagten Ga, G, E und R beanstanden zudem das Verfahren. Die Verfahrensrügen der Angeklagten Ga, G, E und R greifen aus den in den Antragschriften des Generalbundesanwalts vom 7. April 2009 ausgeführten Gründen nicht durch. Die Sachrügen führen diese Angeklagten betreffend zur Aufhebung des Urteils in dem aus dem Urteils tenor ersichtlichen Umfang. Der Revision des Angeklagten K bleibt der Erfolg versagt.

A. Zum Sachverhalt

[3] Der Senat entnimmt dem Urteil folgende Feststellungen und Wertungen: [...]

B. Zu den Verfahrensrügen

[36] Die Verfahrensrügen der Angeklagten Ga, G, E und R greifen aus den in den Antragschriften des Generalbundesanwalts vom 7. April 2009 ausgeführten Gründen nicht durch.

C. Zur Sachrüge

[37] Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Sachrügen der Angeklagten hat zu folgendem Ergebnis geführt: [...]

[40] Fall B.II. der Urteilsgründe:

[41] Die Angeklagten Ga, G, E und R sind zu Recht wegen Geldwäsche [...] verurteilt worden. [...]

II. Geldwäsche (Fall B.II.); "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 261 II Nr. 1 StGB erfordert kein kollusives Zusammenwirken von Vortäter und Geldwäscher

[49, 50] Indem die Angeklagten Ga, G, E und R den M dazu zwangen, auch von ihm betrügerisch eingeworbene Anlegergelder in Höhe von 375.000 Euro an sie auszuzahlen, haben sie sich wegen Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Nach dieser Bestimmung begeht Geldwäsche, wer "sich" meinen in § 261 Abs. 1 StGB bezeichneten Gegenstand "verschafft". Vortat war hier ein gewerbsmäßig begangener Betrug des M (§ 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Buchst. a StGB).

[51] "Sich-Verschaffen" im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB fordert kein kollusives Zusammenwirken von Geldwäscher und Vortäter. Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt nur, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt.

[52] Einvernehmen setzt nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist. Deshalb ist es ohne Bedeutung, wenn der Vortäter infolge von Täuschung oder Nötigung in die Übertragung der Verfügungsgewalt "einwilligt".

1. Wortlaut des § 261 II Nr. 1 StGB als Auslegungskriterium

[53] Aus dem Wortlaut des Tatbestandsmerkmals "sich ... verschafft" lässt sich allerdings das Erfordernis eines Einvernehmens - und damit auch das Einverständnis des Vortäters - noch nicht ableiten. Der Wortlaut spricht eher gegen eine solche Einschränkung, weil diese Tatvariante nur die Handlung des Geldwäschers ("sich verschafft") umschreibt.

[54] Dementsprechend ist das Sich-Verschaffen in anderen Strafvorschriften, wie beispielsweise in § 96, § 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 152a Abs. 1 Nr. 2 StGB auch weiter zu verstehen und schließt dort sogar ein Handeln gegen oder ohne den Willen des früheren Inhabers der Verfügungsgewalt ein. Das zeigt namentlich die Auslegung der beiden Tatbestandsvarianten "erwirbt oder sich sonst verschafft" in § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG. Dazu hat der BGH (BGHSt 42, 123, 128) ausgeführt:

[55] "In § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG sind der unerlaubte Erwerb und das Sichverschaffen in der Weise einander gegenübergestellt, dass u.a. mit Strafe bedroht ist, wer Betäubungsmittel unerlaubt erwirbt oder sich 'in sonstiger Weise' verschafft. Daraus folgt, dass nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes der unerlaubte Betäubungsmittelerwerb im Sinne der rechtsgeschäftlichen Erlangung der eigenen tatsächlichen Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer lediglich einen Unterfall des grundsätzlich weiterreichenden, sämtliche Fälle der Besitzerlangung umfassenden Sichverschaffens darstellt."

[56] Der unterschiedliche Bedeutungsinhalt dieses Tatbestandsmerkmals in anderen Straftatbeständen zeigt, dass das "Sich-Verschaffen" tatbestandsspezifisch - anhand des jeweiligen Normzwecks - auszulegen ist (vgl. auch BGHSt 42, 196, 197 zur Hehlerei).

2. Sinn und Zweck des § 261 II StGB als Auslegungskriterium

[57] Normzweck des § 261 Abs. 2 StGB ist es, den Vortäter gegenüber der Umwelt zu isolieren, indem der aus einer der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Straftaten herrührende Gegenstand "praktisch verkehrsunfähig" gemacht wird (BGH NStZ-RR 2010, 53, 54). Der Isolierungstatbestand des § 261 Abs. 2 StGB ist damit auf die Vortat bezogen und schützt zugleich deren Rechtsgüter (BT-Drucks. 12/989 S. 27; 12/3533 S. 13).

a) Zum Erfordernis einer einvernehmlichen Erlangung des Geldwäschegegenstands

[58] Deshalb verlangen Rechtsprechung und auch ein Teil der Literatur, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand auf abgeleitetem Wege, sprich im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt hat (BVerfG NJW 2004, 1305, 1306; BGH NStZ-RR 2010, 53, 54; Hoyer in SKStGB 120. Lfg. § 261 Rdn. 15; Ruß in LK 11. Aufl. § 261 Rdn. 14; Neuheuser in MüKo-StGB § 261 Rdn. 66; BeckOK-StGB/Ruhmannseder § 261 Rdn. 31; Schröder/Textor in Fülber/Aepfelbach/Langweg, GwG - Kommentar zum Geldwäschegesetz, 5. Aufl. § 261 StGB Rdn. 42; Leip, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 2. Aufl. S. 140; Körner, Geldwäsche, Teil 1 Rdn. 33; aA Altenhain in NK-StGB, 2. Aufl. § 261 Rdn. 114; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 261 Rdn. 8, 9; Otto, Grundkurs Strafrecht - BT, 7. Aufl. § 96 Rdn. 34; Spiske, Pecunia olet? S. 133; Mitsch, Strafrecht - BT 2, § 5 Rdn. 33; Kindhäuser, Strafrecht - BT II, 4. Aufl. § 48 Rdn. 12). Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest.

[59] Erlangt der Täter die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand ohne das Einverständnis des Vortäters, also ohne oder gegen dessen Willen, so fehlt es am inneren Zusammenhang zwischen dem Isolierungszweck des § 261 Abs. 2 StGB und der Ächtung des Tatobjekts (BGH NStZ-RR 2010, 53, 54: gewaltsame Wegnahme durch Raub ist kein Sich-Verschaffen).

b) Fehlen von Willensmängeln keine Voraussetzung für Einvernehmen; Entstehungsgeschichte als Auslegungskriterium

[60] Einvernehmen setzt freilich nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist. Deshalb ist es ohne Bedeutung, wenn der Vortäter infolge von Täuschung oder Nötigung in die Übertragung der Verfügungsgewalt "einwilligt". Diese Auslegung belegt insbesondere die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

[61] Der Straftatbestand der Geldwäsche, § 261 StGB, wurde durch Artikel 1 Nr. 19 des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 (BGBl I 1302) in das StGB eingefügt. Mit dessen Absatz 2 erfüllte der Gesetzgeber die Verpflichtung aus Artikel 3 Abs. 1 Unterabs. c (i) des (Wiener) Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1998.

[62] Das Wiener Übereinkommen verpflichtete die Vertragsparteien in dem genannten Artikel u.a., den "Erwerb" (im englischen Originaltext "acquisition") von Vermögensgegenständen als Straftat zu umschreiben, wenn der Betreffende bei Erhalt weiß, dass diese

Vermögensgegenstände aus bestimmten Katalogtaten stammen. Artikel 3 Abs. 6 des Übereinkommens enthält zudem, auch für die Rechtsanwender eine Vorgabe, die gegen eine - vom Wortlaut nicht gebotene - zu restriktive Auslegung der Strafbestimmung spricht:

[63] "Die Vertragsparteien sind bestrebt sicherzustellen, dass eine nach ihrem innerstaatlichen Recht bestehende Ermessensfreiheit hinsichtlich der Strafverfolgung von Personen wegen in Übereinstimmung mit diesem Artikel umschriebener Straftaten so ausgeübt wird, dass die Maßnahmen der Strafrechtspflege in Bezug auf diese Straftaten größtmögliche Wirkung erlangen, wobei der Notwendigkeit der Abschreckung ... gebührend Rechnung zu tragen ist."

[64] Auch die Geldwäscherichtlinien (1. Richtlinie 91/308/EWG vom 10. Juni 1991; 2. Richtlinie 2001/97/EG vom 4. Dezember 2001; 3. Richtlinie 2005/60/EG vom 26. Oktober 2005) verpflichten (auch hinsichtlich weiterer Katalogtaten als Vortat) dazu, u.a. den "Erwerb" von Gegenständen als Geldwäsche zu bestrafen, wenn dem Betreffenden bei der Übergabe dieser Vermögensstände bekannt war, dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit oder aus einer Teilnahme an einer solchen Tätigkeit stammen. Die Mitgliedstaaten können zur Verhinderung der Geldwäsche auch strengere Vorschriften erlassen (Art. 5 der 3. Geldwäscherichtlinie) und auch weitere Straftaten benennen (Art. 1 E der 1. Geldwäscherichtlinie idF der 2. Geldwäscherichtlinie).

[65] Der Gesetzgeber, der danach auch die Möglichkeit gehabt hätte, (nur) den "Erwerb"Q unter Strafe zu stellen, hat sich für die - weitergehende (vgl. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) - Tathandlung des "Sich-Verschaffens" entschieden. Schon das spricht dafür, dass er damit Tathandlungen, die über die engere Variante "Erwerb" hinausgehen, unter Strafe stellen wollte. Er wollte die Tathandlung des "Sich-Verschaffens" dem Hehlereitattbestand des § 259 StGB entnehmen, "so dass die dazu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze anwendbar sind" (BT-Drucks. 12/989 S. 27 und 12/3533 S. 13).

[66] Nach der zu diesem Zeitpunkt in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Meinung - auf die der Gesetzgeber Bezug nahm - war es für das Sich-Verschaffen noch ohne Bedeutung, ob im Rahmen des § 259 Abs. 1 StGB der Vortäter durch Täuschung oder Nötigung zur Übertragung der Herrschaftsgewalt veranlasst wurde (RGSt 35, 278, 281 [zum identischen Merkmal des "Ansichbringens"]; Dreher/Tröndle, StGB 45. Aufl. § 259 Rdn. 16; Lackner, StGB 19. Aufl. § 259 Rdn. 10; Stree in Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. § 259 Rdn. 42; Ruß in LK 10. Aufl. § 259 Rdn. 17 jew. m.w.N.; aA Rudolphi JA 1981, 1, 5; Otto Jura 1988, 606, 607; Seelmann JuS 1988, 39, 40; aA möglicherweise BGH wistra 1984, 22, 23, jedoch oh-

ne nähere Begründung). Der Senat entnimmt deshalb den Materialien, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vorschrift von diesem weiten Begriffsverständnis des Sich-Verschaffens ausging.

[67] Dieselbe Auslegung des Merkmals "Sich-Verschaffen" in § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB rechtfertigt sich auch aus dem geschützten Rechtsgut dieser Vorschrift. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Strafvorschrift gegen Geldwäsche dazu beitragen, die rechtlichen Möglichkeiten zur Abschöpfung illegal erlangter Gewinne zu verbessern (BT-Drucks. 12/3533 S. 10/11). Sie soll den staatlichen Zugriff auf inkriminierte Vermögenswerte gewährleisten und deren Einschleusen in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf verhindern (vgl. BT-Drucks. 12/989 S. 26; BGHSt 53, 205, 209; 50, 347, 354 m.w.N.). Geschützt werden soll die Aufgabe der staatlichen Rechtspflege, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen (BT-Drucks. 12/3533 S. 11; BGHSt 53, 205, 209). Insbesondere § 261 Abs. 2 StGB soll - als Auffangtatbestand - auch dazu beitragen, den Vortäter in finanzieller Hinsicht gegenüber der Umwelt zu isolieren und den inkriminierten Gegenstand praktisch verkehrsunfähig zu machen (BT-Drucks. 12/3533 S. 11; 12/989 S. 27).

[68] Dieses vom Gesetzgeber verfolgte Ziel kann nur dann - wie vom Wiener Übereinkommen verlangt - effektiv erreicht werden, wenn die Vorschrift des § 261 StGB möglichst alle wirtschaftlichen Transaktionen im Zusammenhang mit den Katalogtaten weitgehend erfasst und daraus resultierende wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden und zwar unabhängig davon, ob der Vortäter die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand aufgrund einer Willensbeeinflussung durch Täuschung oder Druck übertragen hat.

3. Kein Widerspruch zur Rechtsprechung zum "Sich-Verschaffen" i.S.v. § 259 I StGB

[69] Der vorgenommenen Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Sich-Verschaffen" in § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB steht nicht entgegen, dass das Sich-Verschaffen bei der Hehlerei von Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur zwischenzeitlich enger ausgelegt wird.

[70] Mit Urteil vom 25. Juli 1996 - nach Einführung des Geldwäschetatbestandes im Jahr 1992 - hat der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGHSt 42, 196, 198) entschieden, dass es an dem für das "Sich-Verschaffen" in § 259 Abs. 1 StGB erforderlichen einverständlichen Zusammenwirken auch dann fehlt, wenn der Täter den Vortäter durch Drohungen zur Übertragung der Verfügungsmacht veranlasst (ebenso Fischer, StGB 57. Aufl. § 259 Rdn. 13; Hoyer in SK-StGB 120. Lfg. § 259 Rdn. 31; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 259 Rdn. 10; Lauer in MüKo-StGB § 259 Rdn.

61; BeckOK-StGB/Ruhmannseder § 259 Rdn. 17.2; aA weiterhin Stree in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 259 Rdn. 42).

[71] Hierbei handelt es sich freilich um eine - allein - für die Hehlerei tatbestandstypische engere Auslegung. Diese hat der 4. Strafsenat des BGH maßgeblich mit Blick auf die dort genannten anderen Tatvarianten, insbesondere das "Ankaufen" und die Absatzhilfe vorgenommen. Danach liege das Wesen der Hehlerei in dem Hilfeleisten des Täters nach der Tat (Zusammenwirken von Vortäter und Hehler). Solche, auf ein Zusammenwirken von Vortäter und Geldwäscher abstellende und damit mit der Hehlerei vergleichbare Tatvarianten enthält der Straftatbestand der Geldwäsche in § 261 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StGB indes nicht. Deshalb kann sich die neuere restriktive Auslegung des "Sich-Verschaffens" in § 259 StGB nicht in gleicher Weise auf § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB auswirken.

4. Zum Vorliegen eines Sich-Verschaffens im vorliegenden Fall

[72] Im vorliegenden Fall hat M. - wenn auch nicht aus freien Stücken - so doch gleichwohl im Einvernehmen mit den Angeklagten und damit auch "gewollt" die betrügerisch eingeworbenen Anlagegelder ausbezahlt. Die "Vereinbarung" vom 3. September 2004 war das Ergebnis seiner "Verhandlungen" mit dem Angeklagten G. Die Bezahlung bewirkte M, indem er am selben Tag und auch drei Tage später Überweisungen ausstellte. Schon nach diesem äußeren Erscheinungsbild haben sich die Angeklagten die Gelder nicht auf eine Art und Weise verschafft, die auch nur im Grenzbereich zu einem Raub liegt.

[73] Deshalb steht die Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH vom 29. Oktober 2009 (NStZ-RR 2010, 53) der hier vorgenommenen Auslegung des "Einvernehmens" nicht entgegen. Dort hatte der Täter den inkriminierten Gegenstand dem Vortäter nämlich gewaltsam, also ohne dessen Mitwirkung und gegen dessen Willen weggenommen. Raub ist - wie der 4. Strafsenat zu Recht ausführt - kein einvernehmliches Sich-Verschaffen im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB mehr.

[74] Der Senat kann offen lassen, ob sich die Angeklagten zugleich auch Tateinheitlich wegen Betruges, Nötigung oder Erpressung (vgl. BGHSt 5, 254, 258; 42, 196) strafbar gemacht haben; insofern sind sie jedenfalls nicht beschwert.

5. Zur teleologischen Reduktion von § 261 StGB bei Vollstreckung in bemakeltes Vermögen

[75] Im vorliegenden Fall kommt es nicht darauf an, ob - was grundsätzlich durchaus bedenkenswert erscheint - eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche ausscheidet, wenn ein Rechtsanwalt im Auftrag eines Gläubigers eine (nicht bemakelte) Forderung betreibt

und dabei auch in Kauf nimmt, auf anderweitig i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB inkriminiertes Vermögen des Schuldners zuzugreifen.

[76] Für eine derartige restriktive Auslegung könnte insbesondere sprechen, dass nach der Ergänzung der 1. Geldwäscherichtlinie durch die 2. Geldwäscherichtlinie (Artikel 2a Nr. 5 und Artikel 6) selbstständige Angehörige von Rechtsberufen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren privilegiert sind (vgl. auch EuGH, Urt. vom 26. Juni 2007 - C-305/05 = NJW 2007, 2387).

[77] Die Privilegierung gilt insbesondere für die berufliche Verschwiegenheitspflicht. Nach dem Erwägungsgrund Nr. 17 der 2. Geldwäscherichtlinie ist es "nicht angebracht" Rechtsanwälte, die einen Klienten in einem gesetzlich normierten Verfahren vertreten, im Hinblick auf diese Tätigkeiten zur Meldung des Verdachts der Geldwäsche zu verpflichten. Folglich unterliege "die Rechtsberatung weiterhin der beruflichen Geheimhaltungspflicht, es sei denn, der Rechtsberater ist an Geldwäscheprozessen beteiligt, die Rechtsberatung wird zum Zwecke der Geldwäsche erteilt oder der Rechtsanwalt weiß, dass der Klient die Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche in Anspruch nimmt."

[78] Jedenfalls bei den in der Erwägung genannten Fallgruppen, in denen die Privilegierung bei der beruflichen Geheimhaltungspflicht entfällt, scheidet nach Ansicht des Senats auch eine Privilegierung durch eine restriktive Auslegung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB aus (vgl. auch die Ausführungen des EuGH aaO zum fairen Verfahren unter Rdn. 86). Solch eine Fallgruppe liegt hier vor: Kauf und Beitreibung der titulierten Forderung Ki's erfolgten allein deshalb, um auch die i.S.d. § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Buchst. a StGB betrügerisch eingeworbenen Anlagegelder zu erlangen, mithin zum Zwecke der Geldwäsche. Zudem wusste auch der Angeklagte G, dass seine anwaltliche Tätigkeit für Zwecke der Geldwäsche in Anspruch genommen wurde.

[79] Nach den Feststellungen des Landgerichts waren der Erwerb und die Geltendmachung der titulierten Forderung Ki's gegen M ausschließlich Mittel zum Zweck, um Zugriff auf die ertrogenen Anlagegelder zu erlangen. Diese Feststellungen hat das Landgericht tragfähig begründet:

[80] Der Plan, die Forderung Ki's zu kaufen, beruhte darauf, dass die mit M langjährig befreundeten Angeklagten E und R um die persönliche und finanzielle Situation M's wussten. Sie hatten deswegen auch Kenntnis von dieser Forderung. Dieses Wissen nutzten sie aus. Gemeinsam mit den Angeklagten Ga und G übten sie mittels dieser Forderung Druck auf M aus und zwangen ihn so zur Herausgabe der inkriminierten Gelder.

[81] Dass Kauf und Beitreibung der Forderung nur

Mittel zu diesem Zweck waren, konnte das Landgericht auch daraus folgern, dass diese weit unter Wert und ohne jegliches Risiko erworben wurde, da der Kaufpreis nur im Falle einer erfolgreichen Forderungsdurchsetzung fällig wurde. Das Landgericht hat dabei auch bedacht, dass der wahre Zweck zusätzlich verschleiert wurde, indem der Angeklagte G die Forderung als verdeckter Treuhänder der von den Angeklagten E und R beherrschten T kaufte. Die Angeklagten E und R traten deshalb nach außen bewusst nicht selbst in Erscheinung, um M über ihr tatsächliches Vorhaben zu täuschen. Mit dem Vortrag, M verstecke sein privates Vermögen in der A-GmbH, verschafften sie sich einen Arrestbeschluss gegen die Gesellschaft. Dabei rechneten sie jedenfalls im Zeitpunkt der Vereinbarung mit M vom 3. September 2004 damit, dass das Vermögen der A-GmbH nahezu ausschließlich aus betrügerisch erlangten Anlegergeldern bestand und dass M die Forderung zumindest zu einem wesentlichen Teil nicht mit eigenen, sondern mit solchen Geldern der A-GmbH befriedigen wird.

[82] Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Vortrag, M verstecke sein privates Vermögen in der A-GmbH, der zum Erlass des Arrestes gegen die Gesellschaft führte, (jedenfalls objektiv) unzutreffend war. Denn die Vorgehensweise der Angeklagten war und sollte - so die Würdigung des Landgerichts - eben nicht der übliche und strafrechtlich unbedenkliche Vorgang sein, bei dem eine titulierte Forderung durch gerichtliche Maßnahmen beigetrieben wird. Das trägt die Feststellung, dass Zweck und Plan des Vorgehens bei Forderungskauf und -beitreibung vielmehr insbesondere waren, auf von M betrügerisch eingeworbene Anlegergelder zugreifen zu können, sich diese einzuverleiben und sodann unter sich aufzuteilen.

6. Kein Ausschluss der Geldwäsche über § 261 VI StGB

[83] Der Strafbarkeit wegen Geldwäsche steht die Regelung des § 261 Abs. 6 StGB nicht deshalb entgegen, weil M die bemakelten Gelder über das (zwischen-geschaltete) Anderkonto seines Rechtsanwalts H an die Angeklagten Ga, G, E und R transferiert hat.

a) Zu den Voraussetzungen von § 261 VI StGB

[84] Nach § 261 Abs. 6 StGB macht sich der Erwerber eines geldwäschetauglichen Gegenstandes nicht nach § 261 Abs. 2 StGB strafbar, wenn zuvor ein Dritter diesen Gegenstand tatsächlich erlangt hat, ohne hier-

durch eine Straftat begangen zu haben. Diese Vorschrift schränkt den Tatbestand des § 261 Abs. 2 StGB ein, um zum Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs die Entstehung unangemessen langer Ketten von Anschlussstaten zu verhindern (BT-Drucks. 12/989 S. 28). Sie soll dem gutgläubigen Erwerber eines inkriminierten Gegenstandes ermöglichen, diesen unbeeinträchtigt von § 261 Abs. 2 StGB weiterveräußern zu können (vgl. BT-Drucks. 12/3533 S. 14 f.; Stree in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 261 Rdn. 14; Neuheuser in MüKo-StGB § 261 Rdn. 68; BeckOK-StGB/Ruhmannseder § 261 Rdn. 35 jew. m.w.N.).

b) Zum Fehlen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[85] Dementsprechend erfasst § 261 Abs. 6 StGB den vorliegenden Fall des Transfers inkriminierter Gelder über das Anderkonto eines gutgläubigen Rechtsanwalts an einen bösgläubigen Dritten (hier an die Angeklagten Ga, G, E und R) nicht. Zwar wurde dem nach den Urteilsfeststellungen gutgläubigen Rechtsanwalt H straflos das vom Vortäter M an ihn überwiesene bemakelte Geld auf dem Anderkonto bei seiner Bank gutgeschrieben. Aber M behielt dadurch weiterhin die Verfügungsmacht über das Geld als Vermögensgegenstand i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB. Diese beruhte auf der vertraglichen Vereinbarung mit Rechtsanwalt H, die allein die Weiterleitung dieses Geldbetrages an den Dritten beinhaltete. Durch die weisungsgemäße Weiterleitung des Geldbetrages an die Dritten - hier die Angeklagten Ga, G, E und R -, war es tatsächlich M und nicht H, der demgemäß direkt über diese bemakelte Forderung auf dem Anderkonto verfügte. Deshalb trat zugunsten der Dritten ein strafloser Vorerwerb durch den gutgläubigen Rechtsanwalt H. i.S.v. § 261 Abs. 6 StGB nicht ein. Daher haben sich die bösgläubigen Geldempfänger, die Angeklagten Ga, G, E und R, wegen Geldwäsche strafbar gemacht. Dieses Ergebnis ist sachgerecht, weil nur so - entsprechend den gesetzgeberischen Zielvorstellungen (vgl. BT-Drucks. 12/989 S. 26) - verhindert wird, Anderkonten als "legale Geldwaschanlagen" missbrauchen zu können (in diesem Sinne für Fälle der Einzahlung bemakelter Gelder auf Bankkonten: Stree in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 261 Rdn. 14; Fischer, StGB 57. Aufl. § 261 Rdn. 29; Neuheuser in MüKo-StGB § 261 Rdn. 69; BeckOKStGB/Ruhmannseder § 261 Rdn. 37.1 jew. m.w.N.; aA insofern Hamm NJW 2000, 636, 638). [...]

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Inlandseinsatz der Bundeswehr**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 04.05.2010
2 BVE 5/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um eine grundsätzliche Entscheidung des BVerfG zu Inlandseinsätzen der Bundeswehr. Anlass war ein Organstreitverfahren, das von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag eingeleitet worden war. Inhaltlich ging es um den Einsatz von Bundeswehreinheiten im Zusammenhang mit dem sog. "G8-Gipfel" in Heiligendamm im Jahr 2007. Dabei waren u.a. Hubschrauber und Spähwagen der Bundeswehr eingesetzt worden, die insbesondere auch Fotos von Demonstranten anfertigten sowie Demonstranten beobachteten.

Die Antragstellerin war der Ansicht, die Bundesregierung hätte den Bundestag vorab mit dem Einsatz der Bundeswehr befassen bzw. um seine Zustimmung bitten müssen. Sie leitete ein entsprechendes Recht des Bundestages aus Art. 87a II GG sowie aus dem ungeschriebenen wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt ab.

Das BVerfG zweifelte bereits an der Antragsbefugnis, ließ sie i.E. aber offen, weil der Antrag "jedenfalls unbegründet" sei. Dabei trifft das Gericht zwei Kernaussagen:

1. Zum einen ist Art. 87a II GG nach Ansicht des BVerfG kein Organrecht i.S.d. § 64 I BVerfGG. Daher fehle dem Antrag insoweit bereits die erforderliche Antragsbefugnis. Zur Begründung verweist das BVerfG zunächst auf den Wortlaut des Art. 87a II GG, der den Bundestag nicht erwähnt. Weiterhin sei auch der Entstehungsgeschichte der Norm nicht zu entnehmen, dass sie dem Bundestag ein Recht verleihen solle. Darüber hinaus sei es zwar zutreffend, dass Einsätze der Bundeswehr, die über die im Grundgesetz zugelassenen Fälle (Art. 35 II 2, III 1, 87a III, IV GG) hinausgehen, nur durchgeführt werden dürfen, wenn zuvor das Grundgesetz geändert werde. Auch sei es zutreffend, dass für eine solche Änderung des Grundgesetzes der Bundestag gem. Art. 79 II GG zuständig ist. Diese Überlegung führt jedoch nach Ansicht des BVerfG gleichwohl nicht zu einem Organrecht des Bundestages. Denn dann könnte der Bundestag immer rügen, die Bundesregierung verhalte sich verfassungswidrig, was nur durch eine Änderung des Grundge-

setzes legitimiert werden könne, für die er (der Bundestag) zuständig sei. Damit ließe sich das Erfordernis der Antragsbefugnis unterlaufen. Daher verlangt das BVerfG in seiner Entscheidung, dass die konkrete Norm selbst (wie z.B. Art. 59 II 1 GG) dem Bundestag ein Organrecht verleiht.

2. Die zweite Kernaussage der Entscheidung ist, dass es für Inlandseinsätze der Bundeswehr - im Gegensatz zu den Auslandseinsätzen - keinen ungeschriebenen wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt gibt.

a. Die Mitwirkungsrechte des Bundestages bzgl. der Inlandseinsätze der Bundeswehr seien abschließend in Art. 87a III, IV 2 GG geregelt (für Art. 87a III GG folgt das Mitwirkungsrecht des Bundestages indirekt aus Art. 80a I 1, 115a I GG). Selbst wenn der Verteidigungs- oder Spannungsfall vorliegt, muss nur dies vom Bundestag bestätigt werden. Für den Bundestag besteht hingegen kein Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der konkreten Einsätze der Bundeswehr. b. Für die Auslandseinsätze der Bundeswehr gibt es derartige Vorgaben im Grundgesetz nicht. Daher hat das BVerfG für sie den ungeschriebenen, aus dem Zusammenspiel diverser Grundgesetznormen (u.a. Art. 115a GG, 59 II 1 GG) folgenden wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt entwickelt, um die Entscheidungsbefugnis der Bundesregierung im Bereich der Außenpolitik zu begrenzen. Dieser besagt zusammenfassend, dass für das "Ob" bewaffneter Unternehmungen der Bundeswehr eine Zustimmung des Bundestages erforderlich ist, wenn dadurch Eil- und Geheimhaltungsinteressen nicht gefährdet werden. Einfach-gesetzlich ist ebendies seit 2005 im Parlamentsbeteiligungsgesetz geregelt.

Prüfungsrelevanz:

Mit Blick auf den Prüfungsaufbau in einer Klausur ist bemerkenswert, dass das BVerfG nur auf die Organrechte des Bundestages eingeht und eine objektive Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes insgesamt ablehnt. Ob in der Begründetheit des Organstreitverfahren nur subjektive Rechte des Antragstellers (oder des Organs, dem er angehört, vgl. § 64 I BVerfGG) zu prüfen sind, oder alle Verfassungsnormen, ist in der Literatur umstritten, die Rspr. des BVerfG war bisher nicht eindeutig. Teilweise wird aus § 67 S. 1 BVerfGG gefolgert, dass eine volle objektive Rechtskontrolle zu erfolgen hat, weil die Norm

keine Verletzung eines subjektiven Rechts fordert. Dies dürfte mit der nun vorliegenden BVerfG-Entscheidung Mindermeinung sein, denn das Gericht folgt explizit der Ansicht, die aus der kontradiktorischen Natur des Organstreitverfahrens die Notwendigkeit der Rüge eigener Rechte des Antragstellers (bzw. des Organs, dem er angehört) folgert, den Prüfungsmaßstab mithin auch auf diese beschränkt (vgl. zu alledem die nachfolgende Falllösung und die Vertiefungshinweise). Ob das BVerfG die vorliegende Entscheidung bestätigen oder diese ein Einzelfall bleiben wird, muss abgewartet werden. Für den Gutachtenaufbau kann jedenfalls gegenwärtig folgende Empfehlung gegeben werden:

A. In der Zulässigkeit unter "Beschwerdebefugnis" gem. § 64 I BVerfGG muss ein Recht des Antragstellers oder des Organs, dem er angehört, gefunden werden. Anderes möglicherweise betroffenes Verfassungsrecht wäre an dieser Stelle auch anzusprechen, aber als nicht ausreichend auszuschneiden.

B. Sollte mindestens ein eigenes Recht in diesem Sinne vorliegen, wäre in der Begründetheit des Organstreitverfahrens zunächst dieses (gäbe es mehrere eigene Rechte natürlich sämtliche) zu prüfen (so in der nachfolgenden Falllösung der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt). Liegt eine Verletzung eines solchen Rechts vor, wäre das Organstreitverfahren bereits begründet. Ist dies nicht der Fall, könnte aber eine andere, nicht den Antragsteller (oder das Organ, dem er angehört) schützende Verfassungsnorm verletzt sein, wäre vor deren Prüfung die Vorfrage zu klären, ob sie überhaupt geprüft werden darf (so in der nachfolgenden Falllösung bzgl. Art. 87a II GG). Mit den Gründen der vorliegenden Entscheidung des BVerfG wäre dies zu verneinen, mit der Folge, dass das Organstreitverfahren bereits mangels weiterer Prüfungskompetenz unbegründet wäre. Lässt man mit der Gegenansicht eine volle objektive Verfassungskontrolle zu, wären auch diese Normen zu prüfen, wobei die Begründetheit des Organstreitverfahrens dann natürlich davon abhängt, ob eine Verletzung derselben nun vorliegt oder nicht.

Vertiefungshinweise:

- Prüfungsumfang im Organstreitverfahren: *Ehlers*, Jura 2003, 315, 320 (objektive Verfassungskontrolle); *Erichsen*, Jura 1990, 670, 672 (nur subjektive Rechte)
- Wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt: *BVerfGE* 90, 286, 381; 121, 135, 153 f.
- Rechte einer Bundestagsfraktion: *BerlVerfGH*, NVwZ-RR 2003, 537 = RA 2003, 545

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Bundeswehr - daheim und unter-

wegs"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Das Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG ist ein kontradiktorisches Verfahren, in dessen Begründetheit nur verfassungsrechtliche Rechte des Antragstellers (oder des Organs, dem er angehört) geprüft werden.**
- 2. Art. 87a II GG ist kein verfassungsrechtliches Recht des Deutschen Bundestages.**
- 3. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt gilt nur für Auslands-, nicht aber für Inlandseinsätze der Bundeswehr.**

Sachverhalt:

Im Rahmen des G8-Gipfels in Heiligendamm im Juni 2007 wurden Einheiten der Bundeswehr eingesetzt, um Gefahren in Form von Anschlägen durch islamistische Terroristen abzuwehren. Das Land Mecklenburg-Vorpommern, in dem Heiligendamm liegt, und der Bund kamen im Vorfeld des Gipfels zu der gemeinsamen Einschätzung, dass Mecklenburg-Vorpommern ohne Hilfeleistungen des Bundes und anderer Länder mit der Gewährleistung der Sicherheit anlässlich des Gipfels überfordert sein würde. Die Bundesregierung sicherte dem Land Mecklenburg-Vorpommern daraufhin durch den Bundesverteidigungsminister die Unterstützung der Bundeswehr zu.

An den in der Folge erbrachten Unterstützungsleistungen der Bundeswehr waren rund 1.100 Soldaten und zivile Mitarbeiter beteiligt, die für die Unterbringung und Verpflegung der Sicherheitskräfte sorgten, Personen mit Hubschraubern und Booten transportierten, die medizinische Versorgung und Notfallvorsorge übernahmen, Aufklärungs- und Radartechnik (u.a. drei AWACS-Aufklärer aus NATO-Einsatzverbänden) zur Verfügung stellten sowie Aufklärungsmissionen mit Spähpanzern und Tornado-Flugzeugen durchführten, das seeseitige Sperrgebiet und die Seebrücke Heiligendamm absuchten, Wege und Flächen befestigten sowie Sperrvorrichtungen errichteten und Gerät und Betriebsstoffe bereitstellten. Im Rahmen dieses Einsatzes wurden auch die von Demonstranten errichteten Camps überflogen, aus der Luft fotografiert und mit Spähsystemen überwacht.

Die Antragstellerin, die F-Fraktion im Deutschen Bundestag, ist der Ansicht, dass große Teile dieses Bundeswehreininsatzes - nach ihrem Vorbringen vor allem die Aufklärungsflüge mit Tornado-Flugzeugen, der Einsatz der Spähpanzer, die Unterstützung bei der Gewährleistung der Sicherheit im Luftraum, die Errichtung eines mobilen Sanitätsrettungszentrums sowie der Einsatz von Feldjägerkräften - gegen das Grundgesetz verstießen, weil sie erstens nicht vom Deutschen Bundestag legitimiert worden seien, zweitens gegen

Art. 87a GG verstießen und drittens Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger verletzt, wie etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Meinungs-, Versammlungs- und die Fortbewegungsfreiheit. Mit ihrem Antrag vom 29.09.2007 beantragt sie, dass das BVerfG diesen Verfassungsverstoß feststellen möge.

Hat der Antrag Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist nach Art. 93 I Nr.1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG für Organstreitverfahren zuständig, die aus Anlass von Streitigkeiten über Rechte und Pflichten oberster Bundesorgane oder deren Teile geführt werden. Hier streiten sich die Bundesregierung als oberstes Bundesorgan und die F-Fraktion als Teil eines solchen, nämlich des Deutschen Bundestages, um die Frage, ob die Bundesregierung allein über den Bundeswehreininsatz anlässlich des G8-Gipfels von Heiligendamm entscheiden durfte, oder ob dieser - bzw. nach dem Vortrag der ASt. zumindest wesentliche Elemente desselben - nicht der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedurft hätte. Somit liegt ein Organstreitverfahren vor.

II. Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. § 63 BVerfGG.

1. Antragstellerin

Bei der F-Fraktion handelt es sich daher um einen Teil des Organs Bundestag, der in der Geschäftsordnung des Bundestags mit eigenen Rechten ausgestattet ist. Zahlreiche Vorschriften der Geschäftsordnung des Bundestags begründen für die Fraktion bestimmte Handlungs- und Mitwirkungsrechte (vgl. nur § 10 GOBT). Aufgrund dieser Rechte ist die F-Fraktion parteifähig (vgl. auch Ehlers, JURA 2003, 315 [317]).

2. Antragsgegnerin

Die Parteifähigkeit der Bundesregierung ergibt sich unmittelbar aus Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. § 63 BVerfGG.

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Antragsgegenstand des Organstreitverfahrens ist gem. § 64 I BVerfGG eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners. Darunter ist nur ein rechtserhebliches Verhalten zu verstehen. Die Antragstellerin be-

antragt hier festzustellen, dass die Antragsgegnerin es unterlassen hat, den Deutschen Bundestag vorab um Zustimmung zu der Verwendung der Bundeswehr anlässlich des G8-Gipfels zu ersuchen. Zahlreiche Normen des Grundgesetzes, z.B. Art. 87a GG, befassen sich mit der Zulässigkeit von Bundeswehreinräufen im Inland. Wären sie verletzt, wäre der Bundeswehreinräuf rechts- und verfassungswidrig. Die Entscheidung über einen solchen Einsatz durch die Antragsgegnerin ohne Beteiligung des Deutschen Bundestages stellt also ein rechtserhebliches Verhalten in diesem Sinne dar.

IV. Antragsbefugnis

Nach § 64 I BVerfGG ist der Antrag nur dann zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch die angegriffene Maßnahme des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Es genügt, dass der Antragsteller die Rechtsverletzung "geltend macht", sie also zumindest möglich erscheint (vgl. Ehlers, JURA 2003, 315 [318]; Ipsen, StaatsR I, Rn. 873). Im Falle einer Bundestagsfraktion kommt nur eine Verletzung der Rechte des Deutschen Bundestages in Betracht, also des Organs, dem sie angehört, da Fraktionen im Grundgesetz nicht mit eigenen Rechten ausgestattet sind. § 64 I BVerfGG lässt eine solche Prozessstandschaft jedoch ausdrücklich zu. Fraglich ist also, ob die eigenmächtige Entscheidung der Bundesregierung über den Bundeswehreinräuf anlässlich des G8-Gipfels in Heiligendamm zumindest möglicherweise Rechte des Deutschen Bundestages verletzt hat.

1. Aus Art. 115a I, 80a I 1 GG

In Bezug auf die innere Verwendung der Bundeswehr im Verteidigungs- bzw. Spannungsfall ergibt sich ein organschaftliches Mitwirkungsrecht des Deutschen Bundestages daraus, dass dieser mit Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 115a I bzw. Art. 80a I 1 GG die Feststellung des Verteidigungs- bzw. Spannungsfallendes zu treffen hat (vgl. BVerfGE 90, 286 [386]). Dass die Bundeswehreinräufe anlässlich des G8-Gipfels jedoch keine Vaterlandsverteidigung im Rahmen eines Verteidigungs- bzw. Spannungsfalls darstellten, sondern der Abwehr terroristischer Gefahren sowie der Unterstützung der Polizei in logistischer, technischer und personaler Hinsicht dienen, ist nach dem Sachverhalt offensichtlich. Somit mögen Art. 115a I, 80a I 1 GG Rechte des Deutschen Bundestages sein; sie sind hier jedoch nicht - auch nicht möglicherweise - verletzt.

2. Aus Art. 87a II GG

Nach Art. 87a II GG darf die Bundeswehr außer zur

Verteidigung nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt. Da das Grundgesetz den Einsatz anlässlich des G8-Gipfels nicht ausdrücklich zulässt, erscheint eine Verletzung von Art. 87a II GG nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings stellt sich die (Vor-)Frage, ob es sich bei Art. 87a II GG um ein Recht des Deutschen Bundestages handelt.

a. Verfassungsänderungskompetenz

Man könnte daran denken, Art. 87a II GG als eine den Deutschen Bundestag schützende Verfassungsänderungskompetenz anzusehen. Art. 87a II GG ist - wie oben ausgeführt - der Grundsatz zu entnehmen, dass jedenfalls ein Einsatz der Streitkräfte im Innern, der nicht der Verteidigung dient, einer verfassungsrechtlichen Grundlage bedarf. Für Einsätze im Sinne der Norm im Inland, die über die im Grundgesetz zugelassenen Fälle (Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1, Art. 87a Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 GG) hinausgehen, wäre somit eine Verfassungsänderung erforderlich, die nur vom Deutschen Bundestag beschlossen werden könnte, Art. 79 II GG i.V.m. Art. 77 I 1 GG. Im Falle einer Überschreitung der Grenzen des Art. 87a II GG wäre also der Deutsche Bundestag in seiner Funktion als verfassungsändernder Gesetzgeber betroffen.

b. Ansicht des BVerfG

Das BVerfG tritt dieser Konstruktion jedoch explizit entgegen. Nach seiner Ansicht handelt es sich bei Art. 87a II GG (nur) um objektives Verfassungsrecht und gerade nicht um ein subjektives Recht des Deutschen Bundestages:

“[63] Art. 87a Abs. 2 GG vermittelt dem Deutschen Bundestag jenseits des Verfassungsvorbehalts keine eigenen Rechte.”

aa. Wortlaut

“[64] Dem Wortlaut der Norm ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass dem Deutschen Bundestag hier ein Recht im Sinne des § 64 I BVerfGG übertragen würde. Anders als etwa in Art. 59 II 1 GG, der ausdrücklich von der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften spricht, wird der Deutsche Bundestag in Art. 87a II GG nicht erwähnt.”

bb. Historie

“[65] Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind auch der Entstehungsgeschichte und der Zielsetzung des Art. 87a II GG keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Norm über ihren objektiven Aussagegehalt hinaus kompetenzschützende Wirkung zu Gunsten des Deutschen Bundestages zukäme. Die Vorgängernorm von Art. 87a II GG, Art. 143 GG in der Fassung von 1956 (vgl. Gesetz zur Ergänzung des

Grundgesetzes vom 19. März 1956, BGBl I S. 111), lautete: “Die Voraussetzungen, unter denen es zulässig wird, die Streitkräfte im Falle eines inneren Notstandes in Anspruch zu nehmen, können nur durch ein Gesetz geregelt werden, das die Erfordernisse des Artikels 79 erfüllt.“ Auch dieser Wortlaut lässt die Verankerung von Rechten des Deutschen Bundestages nicht erkennen. Es ist zwar richtig, dass es Ziel der zweiten Wehrnovelle im Jahr 1956 war, eine Armee zu schaffen, die eingebettet ist in das Staatsganze und in die demokratische freiheitliche Ordnung (vgl. den Redebeitrag des Abgeordneten Dr. Arndt [SPD], Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 132. Sitzung vom 6. März 1956, S. 6825 B). Es sollte ein Missbrauch der Bundeswehr als innenpolitisches Machtinstrument vermieden werden (vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87a Rn. 28 [August 1971]). Dem diene und dient gerade der Verfassungsvorbehalt des Art. 143 GG in der Fassung von 1956 sowie des Art. 87a II GG in der heutigen Fassung, der einen Einsatz der Streitkräfte jedenfalls im Innern ohne verfassungsrechtliche Grundlage nicht zulässt. Ein kompetenzschützender Gehalt zu Gunsten des Deutschen Bundestages mit der Folge, dass dieser sich im Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht auf eine Verletzung der Norm berufen könnte, lässt sich aus diesem Umstand aber nicht herleiten. Das der parlamentarischen Debatte um Art. 143 GG a.F. zu entnehmende Ziel der Einbettung der Bundeswehr in die demokratische freiheitliche Ordnung weist vielmehr auf eine freiheits-sichernde Funktion der Bestimmung wie ihres Nachfolgers hin (vgl. Linke, AöR 129 [2004], S. 489 [510 ff.]). In diese Richtung deutet auch der Schriftliche Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, auf dessen Vorschlag die geltende Fassung des Art. 87a II GG zurückgeht. Dort heißt es, die Bestimmung beschränke nur den Einsatz der Streitkräfte, das heißt ihre Verwendung als Mittel der vollziehenden Gewalt (vgl. BTDrucks V/2873, S. 13).”

cc. Systematik

“[66] Ein kompetenzschützender Gehalt des Art. 87a II GG ergibt sich auch nicht daraus, dass nach Art. 59a I GG in der Fassung von 1956 ebenso wie nach Art. 115a I 1 GG in der heute gültigen Fassung die Feststellung des Verteidigungsfalles sowie nach Art. 80a I 1 GG die Feststellung des Spannungsfalles durch den Deutschen Bundestag getroffen wird. Ebenso wenig kann ein solcher Schluss aus dessen Rückrufrecht aus Art. 87a IV 2 GG gezogen werden. [...] Die genannten Regelungen [können] zum einen nicht ohne weiteres dahin generalisiert werden, dass auch Verwendungen der Bundeswehr im Inland wie die in Streit stehende, die mit weit weniger Gefahrenpotenzial behaftet war, der Zustimmung des Deutschen Bundestages unterliegen. Zum anderen kann aus ihnen nicht gefolgert wer-

den, dass der eventuelle Mangel der verfassungsrechtlichen Grundlage der angegriffenen Verwendung der Bundeswehr vom Deutschen Bundestag im Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden kann, und zwar jedenfalls dann nicht, wenn - wie hier - die Verwendung offensichtlich nicht in einer Situation erfolgte, die einer der von den genannten Vorschriften in den Blick genommenen Situationen nahekommt."

c. Zwischenergebnis

Somit folgt die Antragsbefugnis nicht aus Art. 87a II GG.

3. Aus Grundrechten

Dass die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger keine den Deutschen Bundestag schützenden organ-schaftlichen Rechte sind, sondern als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat diesen (wie alle anderen Hoheitsträger) vielmehr verpflichten, sollte angesichts des Art. 1 III GG eigentlich evident sein. Ihre Rüge im Organstreitverfahren durch die Antragstellerin geht daher offensichtlich fehl. Das BVerfG begnügt sich hierzu einer kurzen Feststellung:

"[67] Hauptanliegen der Antragstellerin ist es, feststellen zu lassen, dass die Überflüge der Demonstranten-Camps mit Tornado-Flugzeugen der Bundeswehr, die Anfertigung von Fotos aus der Luft wie auch die Beobachtung durch die Spähsysteme [...] die Grundrechte der Demonstranten und Gipfelgegner verletzen.

[68] Selbst wenn man davon ausginge - was hier offen bleiben kann -, dass die getroffenen Maßnahmen in Grundrechte eingegriffen hätten, könnte der Deutsche Bundestag derartige eventuelle Rechtsverletzungen Einzelner nicht im Wege des Organstreits vor dem Bundesverfassungsgericht geltend machen. [...] Die Rüge von Grundrechtsverletzungen im Verfassungsprozess muss [...] den Betroffenen vorbehalten bleiben (vgl. dazu schon BVerfGE 68, 1 [69 ff.])."

4. Aus dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt

"[51] In der Entscheidung BVerfGE 90, 286 hat der Senat der deutschen Verfassungstradition seit 1918 sowie den wehrverfassungsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes das Prinzip eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts für den militärischen Einsatz von Streitkräften entnommen (vgl. BVerfGE 90, 286 [381 ff.]). Nach Art. 45 Abs. 2 WRV waren Kriegserklärungen und Friedensschlüsse der Legislative vorbehalten; Art. 59a I GG in der Fassung von 1956 knüpfte daran an, indem die "schicksalhafte politische Entscheidung über Krieg und Frieden" der obersten Vertretung des ganzen Volkes, mithin dem Deutschen Bundestag, übertragen wurde, dem die Feststellung

des Eintritts des Verteidigungsfalles oblag (vgl. BVerfGE 90, 286 [384]). Dies findet im geltenden Recht seine Fortsetzung in Art. 115a I GG. Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind danach darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern sie als "Parlamentsheer" in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen (vgl. BVerfGE 90, 286 [381 f.]; 121, 135 [153 f.])."

Hier erscheint es zumindest möglich, dass dieser wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt verletzt worden ist.

[Anm.: Wie im weiteren zu zeigen sein wird, beschränkt das BVerfG den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt allerdings i.E. auf Auslandseinsätze der Bundeswehr, während es hier um einen Inlandseinsatz geht. Es wäre daher auch vertretbar, bereits die Antragsbefugnis abzulehnen. Da keine anderen subjektiven Verfassungsrechte des Deutschen Bundestages ersichtlich sind, wäre der Antrag der F-Fraktion dann unzulässig. Das BVerfG hat diese Frage explizit offen gelassen. Letztlich dürfte es ebenso vertretbar sein, zumindest die Möglichkeit einer Verletzung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts anzunehmen wie diese zu verneinen.]

V. Frist

Für Verstöße gegen die Sechs-Monats-Frist des § 64 III BVerfGG ist vorliegend nichts ersichtlich.

VI. Form

Von der Einhaltung der Form des § 23 BVerfGG ist ebenfalls auszugehen.

Der Antrag ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Nach § 67 S. 1 BVerfGG ist der Antrag begründet, sofern die angegriffene Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verfassungswidrig ist.

I. Verstoß gegen den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt

Zunächst kommt ein Verstoß gegen den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt in Betracht (zu dessen Herleitung vgl. oben die Ausführungen in der Antragsbefugnis). Immerhin hat die Bundesregierung den Bundeswehreininsatz anlässlich des G8-Gipfels ohne Zustimmung des Parlaments beschlossen und durchgeführt. Fraglich ist allerdings, ob dieser zu Auslandseinsätzen entwickelte Grundsatz auch auf Inlandseinsätze der Bundeswehr anwendbar ist. Das BVerfG verneint dies, weil diesbezüglich ausdrückliche Regelungen existieren, die den Rückgriff auf diesen ungeschriebenen Grundsatz ausschließen:

[53] Mit Blick auf die Verwendungsmöglichkeiten der Bundeswehr im Innern außerhalb des Verteidigungsfalles und des Spannungsfalles hat der Senat darauf hingewiesen, dass ein nach Art. 87a IV 1 GG möglicher Einsatz von Streitkräften beim Schutz von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer einzustellen ist, wenn der Deutsche Bundestag oder der Bundesrat es verlangen (Satz 2). Bei Naturkatastrophen oder Unglücksfällen, die das Gebiet mehr als eines Landes betreffen, wird der Einsatz von Streitkräften zur Unterstützung der Polizeikräfte vom Grundgesetz vor allem als bundesstaatliches Problem verstanden: Er ist nach Art. 35 Abs. 3 Satz 2 GG jederzeit auf Verlangen des Bundesrates aufzuheben (vgl. BVerfGE 90, 286 [386 f.]).

[54] Ein allgemeines Zustimmungswort des Deutschen Bundestages in Bezug auf konkrete Verwendungen der Bundeswehr im Inland, seien es bewaffnete oder unbewaffnete Verwendungen, ist dem Grundgesetz daher gerade nicht zu entnehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verteidigungsfall oder der Spannungsfall vorliegt oder ob dies nicht der Fall ist; denn auch Art. 87a III GG sieht die Zustimmung des Deutschen Bundestages zum konkreten Einsatz der Bundeswehr nicht vor.

[55] Auch die der Entscheidung BVerfGE 121, 135 zu Grunde liegenden Überlegungen haben den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt lediglich als ein wirksames Mitentscheidungsrecht des Deutschen Bundestages in Angelegenheiten der auswärtigen Gewalt behandelt. Dort hat der Senat ausgeführt, dass das Grundgesetz die Entscheidung über Krieg und Frieden dem Deutschen Bundestag nicht nur mit Blick auf die Feststellung des Verteidigungsfalles und des Spannungsfalles, sondern darüber hinaus für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG übertragen hat (vgl. BVerfGE 121, 135 [153 f.]). [...]

[59] Angesichts dieser Rechtsprechung ist nicht erkennbar, inwieweit Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages mit Blick auf Verwendungen der Bundeswehr im Innern auch dort bestehen könnten, wo das Grundgesetz sie nicht selbst vorsieht, das heißt über die von Art. 87a III GG zu Grunde gelegte Feststellung des Verteidigungsfalles beziehungsweise Spannungsfalles und das in Art. 87a IV 2 GG geregelte Rückrufrecht hinaus. Aus der im Kontext von Auslandseinsätzen verwendeten Bezeichnung der Bundeswehr als Parlamentsheer alleine lässt sich keine Befugnis des Deutschen Bundestages ableiten."

II. Verstoß gegen Art. 87a II GG

Zur Verfassungswidrigkeit des Beschlusses der Bundesregierung über den Bundewehreinsatz anlässlich des G8-Gipfels würde auch ein Verstoß gegen Art.

87a II GG führen. Fraglich ist allerdings, ob diese Norm im Organstreit zwischen einer Bundestagsfraktion und der Bundesregierung überhaupt zu prüfen ist, da sie - wie oben zur Antragsbefugnis ausgeführt - kein subjektives Recht des Antragstellers oder des Deutschen Bundestages als Organ, dem er angehört, darstellt.

1. Literatur

In der Literatur wird dies teilweise bejaht (Ehlers, Jura 2003, 315, 320). Das Organstreitverfahren versetze das BVerfG in die Lage, auch objektives Verfassungsrecht zu prüfen, ähnlich wie ein Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, in dem auch die mögliche Verletzung des Antragstellers zur Antragsbefugnis und damit zur Zulässigkeit genügt, in deren Begründetheit das OVG aber die Norm auf ihre Wirksamkeit insgesamt prüfe. Dafür, dass auch im Organstreit keine Beschränkung der Begründetheitsprüfung auf subjektive Rechte des Antragstellers (bzw. des Organs, dem er angehört) bestehe, spreche auch § 67 BVerfGG, der nur die Verfassungswidrigkeit der Maßnahme, aber gerade nicht die Feststellung einer Verletzung der Rechte des Antragstellers (bzw. des Organs, dem er angehört) fordere.

2. BVerfG

Das sieht das BVerfG allerdings ganz anders. Der kontradiktorischen Natur des Organstreitverfahrens entnimmt es, dass in der Begründetheit eben nicht das gesamte objektive Verfassungsrecht, sondern nur die subjektiven Rechte des Antragstellers (oder des Organs, dem er angehört) geprüft werden:

“[45] Der Organstreit zielt auf die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten über die Rechte und Pflichten von Verfassungsorganen (Art. 93 I Nr. 1 GG). Der Organstreit ist eine kontradiktorische Parteistreitigkeit mit Antragsteller und Antragsgegner und kein objektives Verfahren. Das Organstreitverfahren dient maßgeblich der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen von Verfassungsorganen oder ihren Teilen in einem Verfassungsrechtsverhältnis, nicht der davon losgelösten Kontrolle der objektiven Verfassungsmäßigkeit eines bestimmten Organhandelns (vgl. BVerfGE 68, 1 [69 ff.]; 73, 1 [29 f.]; 80, 188 [212]; 104, 151 [193 f.]; 118, 244 [257]). Der Organstreit ist keine objektive Beanstandungsklage.”

Konsequenz dieser Ansicht ist, dass Art. 87a II GG hier nicht zu prüfen ist.

[Anm.: Das BVerfG erwähnt die oben dargestellte Literaturmeinung nicht einmal, folglich gibt es auch keine Stellungnahme zu ihr. Dennoch dürfte sie in einem Gutachten nicht nur zu erwähnen, sondern sogar gut vertretbar sein. Insbesondere wäre interessant gewesen zu erfahren, was das BVerfG eigentlich ge-

gen das Argument, § 67 S. 1 BVerfGG ermögliche eine objektive Kontrolle, vorzubringen hätte.]

III. Ergebnis

Eine Verletzung sonstiger verfassungsrechtlicher

Rechte der Antragstellerin bzw. des Deutschen Bundestages als Organs, dem sie angehört, ist nicht ersichtlich. Der Antrag ist daher unbegründet und hat keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht

Problem: Pflichtteilsergänzungsanspruch

BGH, URTEIL VOM 28.04.2010

IV ZR 230/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehren Auskunft über die Höhe von Lebensversicherungsleistungen, die der Bekl. in ihrer Eigenschaft als Bezugsberechtigte ausgezahlt wurden.

Beim Tod des Erblassers war dessen zweite Ehefrau, die Bekl., als Alleinerbin und widerruflich als Bezugsberechtigte zweier Lebensversicherungen eingesetzt, die der Erblasser auf sein eigenes Leben abgeschlossen hatte. Die Kl., Söhne des Erblassers aus erster Ehe, sind der Ansicht, ihr - in Bezug auf die Bezugsberechtigung dem Grunde nach unstreitiger - Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 I BGB sei auf Grundlage der vom Versicherer an die Bekl. ausgezahlten Todesfalleistung zu berechnen und nicht - wie die Bekl. meint - nach den gezahlten Prämien.

Das Landgericht hat den entsprechenden Auskunftsantrag abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Kl. ihr Auskunftsbeghehen weiter. Auf die Revision verweist der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurück.

Prüfungsrelevanz:

Mit der vorliegenden Entscheidung rückt der Senat von seiner langjährigen Rechtsprechung ab, nach der sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 I BGB wegen einer Versicherungsleistung zugunsten des bzw. der Erben allein anhand der gezahlten Prämien berechnet.

Der Anspruch aus § 2325 I BGB schützt den Pflichtteilsberechtigten vor der Aushöhlung seines Pflichtteilsanspruchs gem. § 2303 I BGB durch Schenkungen des Erblassers i.S.d. § 516 BGB. Hierunter fallen auch Leistungen des Erblassers an Versicherungen, die zugunsten des Erben erfolgen. Denn der Anspruch auf Auszahlung der Versicherungsleistung wird dem Berechtigten schenkweise zugewandt; es handelt sich um einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331 BGB). Nicht selten ist hierbei die Formvorschrift des § 518 I BGB verletzt. Indem der bezugsberechtigte Erbe im Zeitpunkt des Todes unmittelbar ein eigenes Forderungsrecht gegen die Versicherung erhält und die Leistung hierdurch bewirkt wird, ist der

Formmangel jedoch gem. § 518 II BGB geheilt. Auf die konkurrierende Formvorschrift des § 2301 BGB kommt es nicht an, soweit - wie hier - ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vorliegt.

Die Schwierigkeit, den Anspruch aus § 2325 I BGB im Falle einer Versicherung zugunsten des Erben zu berechnen, resultiert aus dem Dreiecksverhältnis zwischen Erblasser, Erbe(n) und Versicherer. Der Erblasser leistet zunächst an den Versicherer, der bei Eintritt der entsprechenden Bedingung eine Leistung an den bezugsberechtigten Erben erbringt. Die Zuwendung an den Erben erfolgt also nicht unmittelbar, sondern mittelbar unter Einschaltung der Versicherung. Anknüpfungspunkt für die Berechnung des Ergänzungsanspruchs aus § 2325 I BGB können daher die Prämienzahlungen (so die bisherige Rechtsprechung und überwiegende Literatur, vgl. schon RGZ 128, 187; BGHZ 7, 134; MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rn. 38; Gottwald, Pflichtteilsrecht, § 2325 Rn. 31) oder die gesamte Versicherungsleistung (so u.a. Dörner, NJW 2007, 572; Mayer, DNotZ 2000, 905; Fuchs, JuS 1989, 179 [182]; Harder, FamRZ 1976, 617) sein.

Der Senat schließt sich keiner der beiden Ansichten, sondern entwickelt einen dritten Lösungsansatz: Der Anspruch ist nach dem Wert zu berechnen, den der Erblasser durch eine Verwertung seiner Rechte aus dem Versicherungsvertrag zuletzt selbst noch hätte realisieren können. Das ist regelmäßig der mit der Versicherung vereinbarte Rückkaufswert bzw. Liquidationswert, möglicherweise aber auch ein höherer Veräußerungswert, sofern der Versicherungsvertrag auf Dritte (gewerbliche Ankäufer, Investmentfonds etc.) übertragbar ist. Der Senat gelangt zu dieser Erkenntnis durch eine Betrachtung des Dreiecksverhältnisses zwischen den Beteiligten. Zu trennen ist demnach zwischen dem Schenkungsgegenstand im Valutaverhältnis (= die Versicherungssumme) und dem „verschenkten Gegenstand“ - oder anders ausgedrückt: zwischen dem was der Erblasser aufwendet und was dem Bezugsberechtigten letztlich zugewendet wird. Gem. § 2325 I BGB hat der Pflichtteilsberechtigte einen Ergänzungsanspruch aber nur insoweit, als der Beschenkte „aus dem Vermögen des Schenkers heraus“ bereichert ist, die Bereicherung des Beschenkten also auf einer entsprechenden Entreicherung des Schenkers beruht (vgl. BGHZ 167, 178 [181]). Hieraus folgert der Senat, dass für die Berechnung des Er-

gänzungsanspruch der Vermögensabfluss beim Erblasser maßgeblich ist. Die Auskehrung der Versicherungssumme stellt demgegenüber den Vermögenszufluss beim Bezugsberechtigten im Bedingungseintritt (Todesfall) dar. Sie scheidet als Anknüpfungspunkt für die Berechnung mithin aus. Eine Beschränkung des Ergänzungsanspruchs auf die bereits gezahlten Prämien kommt jedoch ebenso wenig in Betracht. Denn hierin drückt sich nach Ansicht des Senats noch nicht der maßgebliche Entreicherungsgegenstand aus. Vielmehr ist die Entreicherung im Bündel derjenigen Rechte aus dem Versicherungsvertrag zu sehen, die dem Erblasser in der juristischen Sekunde vor seinem Tod zustehen – im Regelfall ist das der Rückkaufswert.

Die Klausurrelevanz der Entscheidung ist nicht zu unterschätzen. Dies gilt auch für eine Klausur des zweiten Staatsexamens, da sich die Problematik zur Einbettung in die Stufenklage gem. § 254 ZPO anbietet. Der auf der ersten Ebene zu prüfende Auskunftsanspruch ergibt sich aus § 2314 BGB. Dieser steht und fällt mit dem Anknüpfungspunkt für den Ergänzungsanspruch. Denn der Antrag auf Auskunft über die Höhe einer Versicherungsleistung an den Bezugsberechtigten kann nur begründet sein, wenn die Versicherungsleistung überhaupt in den Ergänzungsanspruch einbezogen wird.

Vertiefungshinweise:

Zum bisherigen Meinungsstand: RGZ 128, 187; BGHZ 7, 134; *Dörner*, NJW 2007, 572; *Mayer*, DNotZ 2000, 905; *Fuchs*, JuS 1989, 179 [182]; *Harder*, FamRZ 1976, 617

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Ein teures Moped"
 Examenskurs: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der für die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs maßgebliche Entreicherungsgegenstand ist das Bündel an Rechten aus dem Lebensversicherungsvertrag, das dem Erblasser in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens zu stand.

2. Regelmäßig ist dies der Rückkaufswert (Liquidationswert). Könnte der Erblasser auf einem Zweitmarkt einen höheren Veräußerungswert erzielen, ist dieser Wert der Berechnung zu Grunde zu legen.

Sachverhalt:

S1 und S2 sind die Söhne des E. Die erste Frau des E, die auch die Mutter von S1 und S2 war, ist früh ver-

storben. E hatte vor seinem Tod mit seiner Lebensgefährtin L zusammengelebt und diese testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt. Das Bankguthaben des E – das sein einziges Vermögen darstellt – betrug zum Zeitpunkt des Todes rund 100.000 €. Zugunsten der L hatte er widerruflich eine Lebensversicherung abgeschlossen, auf die er in den letzten zehn Jahren ca. 30.000 € an Prämien gezahlt hatte. Die Versicherungsleistung im Todesfall beträgt 200.000 €. Im Zeitpunkt vor dem Tod des E hätte die Versicherung die Leistungen zum Preis von 60.000 € zurückgekauft.

Was können S1 und S2 von L verlangen?

Lösung:

S1 und S2 könnten einen Anspruch auf den Pflichtteil gem. § 2303 I BGB und auf Pflichtteilergänzung gem. § 2325 I BGB haben. Als Nachlassverbindlichkeiten richten sich solche Ansprüche gem. §§ 1967 I, II; 1922 BGB gegen die Alleinerbin L.

A. Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 I BGB

I. Pflichtteilsberechtigung

Die Söhne müssten zunächst pflichtteilsberechtigt sein.

1. Abkömmlinge

Pflichtteilsberechtigt sind gem. § 2303 I 1 BGB nur Abkömmlinge des Erblassers. Das sind nach § 1589 S. 1 BGB alle Personen, die mit dem Erblasser in gerader absteigender Linie verwandt sind. Als Söhne des E sind S1 und S2 damit Abkömmlinge gem. §§ 2301 I 1, 1589 S. 1 BGB.

2. Ausschluss von der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen

Die Söhne müssten zudem durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sein. Das ist dann der Fall, da die L per Testament als Alleinerbin eingesetzt worden ist, so dass S1 und S2 i.S.d. § 1938 BGB enterbt worden sind. Voraussetzung ist jedoch außerdem, dass der Anspruchsteller ohne die ausschließende Verfügung von Todes wegen zur Erbfolge berufen wäre (*Palandt/Edenhofer*, § 2303 Rn. 2). Ohne das Testament wären die Söhne gem. § 1924 I BGB die gesetzlichen Erben des E. Es besteht damit auch der notwendige Kausalzusammenhang. Die Anspruchsvoraussetzungen sind gegeben.

II. Höhe des Pflichtteilsanspruchs

Um die Höhe des Pflichtteilsanspruchs zu ermitteln, sind die Pflichtteilsquote und der Nachlasswert zu ermitteln.

I. Quote

Gem. § 2303 I 2 BGB besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Die Höhe des gesetzlichen Erbteils bestimmt sich nach §§ 1924 ff BGB. Der Erblasser ist vorliegend verwitwet und hatte auch nicht wieder geheiratet. Daher kommen als Erbberechtigte nur seine beiden Kinder in Betracht (§ 1924 I BGB). Diese erben gem. § 1924 II BGB zu gleichen Teilen, d.h. zu ½. Die Pflichtteilsquote als Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils beträgt damit ¼.

2. Nachlasswert

Der Nachlass des E besteht ausschließlich in dem Sparguthaben auf dem Bankkonto und beträgt mithin 100.000 €.

II. Ergebnis

Der Pflichtteilsanspruch von S1 und S2 gegen die L beläuft sich damit auf jeweils 25.000 €.

B. Pflichtteilsergänzungsanspruch

Die Söhne könnten darüber hinaus einen Pflichtteilsergänzungsanspruch haben. Dann müsste der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht haben, die den Nachlass verringert hat. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 I BGB bezieht sich auf denjenigen Teil, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

I. Abstrakte Pflichtteilsberechtigung

Der Anspruchsteller müsste pflichtteilsberechtigt sein. Ausreichend ist die abstrakte Pflichtteilsberechtigung, d.h. der Anspruchsteller muss lediglich zum Kreis der von § 2303 BGB umfassten Personen zählen können (RGZ 80, 135; BGH NJW 1973, 995; Soergel/Dieckmann, § 2325 Rn. 1, Staudinger/Olshausen, § 2325 Rn. 70). Dies ergibt sich bereits aus § 2326 S. 1 BGB, wonach der Pflichtteilsberechtigte auch dann Ergänzung des Pflichtteils verlangen kann, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist. S1 und S2 sind hier sogar tatsächlich und nicht nur abstrakt pflichtteilsberechtigt, so dass sie auch Anspruchsberechtigte i.S.d. § 2325 BGB sind.

II. Schenkung des Erblassers an einen Dritten

Der Erblasser müsste einem Dritten ein nicht in den Nachlass fallende Schenkung gemacht haben.

1. Kein Nachlassgegenstand

Seinem Zweck nach soll § 2325 BGB verhindern, dass der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten durch Schenkungen des Erblassers ausgezehrt wird. Die Frage der Pflichtteilsergänzung kann sich mithin erst stellen, wenn feststeht, dass die Zuwendung nicht in den

Nachlass fällt. Eine zugunsten eines Dritten abgeschlossene Lebensversicherung müsste daher den Nachlass schmälern. Dies wird vereinzelt bestritten. § 2325 beruhe auf dem Grundsatz, dass der Erblasser verpflichtet ist, den Pflichtteil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre. Demnach ist diejenige Rechtslage zugrunde zu legen, die bestanden hätte, wenn der Versicherungsnehmer die Begünstigung des Dritten unterlassen und statt dessen einen Versicherungsvertrag zu seinen eigenen Gunsten abgeschlossen hätte (Harder, FamRZ 1976, 617 [618]). Dann wäre der Nachlass zwar um die gezahlten Prämien vermindert, der Versicherungsnehmer hätte allerdings einen Anspruch auf die Versicherungssumme, die zu seinem Vermögen gehört. Ungeachtet dessen der Anspruch erst mit dem Tode fällig wird und der Versicherungsnehmer nicht selbst in den Genuss der Versicherung kommen kann, gehörte der Anspruch auf die Versicherungssumme zu seinem Vermögen und wäre mit dem Erbfall in den Nachlass gefallen.

Hierbei wird jedoch der in der Auslegungsregel des § 330 S. 1 BGB zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers verkannt. Danach ist im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern, wenn in einem Lebensversicherungsvertrag die Zahlung der Versicherungssumme an einen Dritten bedungen wird. Daher fällt die Versicherungssumme, für die ein Dritter bezugsberechtigt ist, gemäß der gesetzlichen Auslegungsregel nicht in den Nachlass. Der Anspruch des Versicherungsnehmers auf Zahlung der Versicherungssumme, für die ein Dritter bezugsberechtigt ist, hat wegen § 330 BGB somit niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört (BGHZ 32, 44 [46f.]; MünchKommBGB/Gottwald, § 330 Rn. 16; Staudinger/Olshausen, § 2325 Rn. 38). Auch die aktuelle Entscheidung des BGH trägt diese Ansicht (vgl. BGH, Urt. v. 28.04.2010, IV ZR 230/08), denn auch hieraus wird ersichtlich, dass der rein theoretisch im Vermögen des Erblassers befindliche Gegenstand nicht in der Versicherungssumme, sondern im Liquidationswert besteht. Zwar rückt die Rechtsprechung davon ab, dass die Berechnung des Ergänzungsanspruchs allein auf Grundlage der Prämienzahlungen zu vollziehen ist. Doch kommt mit der vom Senat entwickelten Ansicht klar zum Ausdruck, dass in der Versicherungssumme jedenfalls nicht der sog. Entreicherungsgegenstand zu sehen ist und diese damit auch niemals zum Vermögen des Erblassers rechnet. Die zugunsten der L abgeschlossene Lebensversicherung fällt damit nicht in den Nachlass.

2. Schenkung

Bei einem Vertrag zugunsten Dritter müsste die Schenkung im Valutaverhältnis – zwischen E und L – vorliegen. Der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB

stimmt mit dem des § 516 I BGB überein (BGH, NJW 1961, 604 [605]; NJW 1981, 1956; NJW 1982, 2497 [2498]). Der Dritte müsste objektiv aus dem Vermögen des Erblassers bereichert sein und subjektiv müsste Einigkeit zwischen Erblasser und Drittem über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestanden haben (BGH, FamRZ 1961, 272 [273]; BGH, NJW 1972, 1709 [1710]; OLG Oldenburg, FamRZ 2000, 638 [639]).

a) Objektiv: Bereicherung aus dem Vermögen des Erblassers

Die L müsste also durch den zu ihren Gunsten abgeschlossenen Vertrag objektiv aus dem Vermögen des E bereichert sein. Die Tatsache, dass die Schenkung hier in einem Vertrag zugunsten Dritter und damit in einer mittelbaren Zuwendung beruht, erlaubt jedoch, den Gegenstand der Be- bzw. Entreichung an verschiedene Positionen zu knüpfen. So kommt eine Bereicherung durch die Versicherungssumme (200.000 €), die von E gezahlten Prämien (30.000 €) oder den Rückkaufs- bzw. Liquidationswert (60.000 €) in Betracht. Worauf letztendlich abzustellen ist, war bislang umstritten.

aa) 1. Ansicht: Prämien

“[11] Der erkennende Senat ist bislang der Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 128, 187) gefolgt, nach welcher auf die Summe der gezahlten Prämien abzustellen ist (BGHZ 7, 134; Senatsurteil vom 4. Februar 1976 aaO). Der XII. Zivilsenat hat sich dem angeschlossen (BGHZ 130, 377). Dies entsprach bis zur Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 23. Oktober 2003 (aaO) auch der herrschenden Auffassung zum Insolvenzrecht, die nach einer Anfechtung gemäß § 134 InsO bei der Rückforderung zur Masse ebenfalls nur die Summe der vom Erblasser gezahlten Prämien, nicht dagegen die gesamte Versicherungsleistung berücksichtigte (vgl. die Nachweise in BGHZ 156, 350, 354). Im Anschluss an die genannte Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Insolvenzrecht haben einige Instanzgerichte eine entsprechende Anpassung für das Pflichtteilergänzungsrecht für geboten erachtet (vgl. LG Göttingen NJW-RR 2008, 19; LG Paderborn FamRZ 2008, 1292).

[12] Die rechtswissenschaftliche Literatur stimmt zu großen Teilen auch weiterhin der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu (vgl. Olshausen in Staudinger, BGB [2006] § 2325 Rdn. 38; Jagmann aaO [2004] § 330 Rdn. 53; Lange in Münch-Komm-BGB 5. Aufl. § 2325 Rdn. 38; Birkenheier in JurisPraxisK BGB 4. Aufl. § 2325 Rdn. 70 a.E.; Bock in AnwK 2. Aufl. § 2325 Rdn. 17; Kasper sowie Andres in Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht 2. Aufl. § 46 Rdn. 50 bzw. § 47 Rdn. 19; Leipold, Erbrecht 17. Aufl. Rdn. 581, Fn. 38; Ahrens ErbR 2008,

247; Blum ZEV 2008, 146; Joachim, Pflichtteilsrecht Rdn. 339; Frömgen, Das Verhältnis zwischen Lebensversicherung und Pflichtteil [2004] S. 105; Gottwald, Pflichtteilsrecht § 2325 BGB Rdn. 31; Klingelhöffer ZEV 1995, 180 und Pflichtteilsrecht 2. Aufl. Rdn. 345; Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. S. 937 unter e; Winter in Bruck/Möller, VVG 8. Aufl. Anm. H 135). Zum Teil wird diese Lösung trotz dogmatischer Bedenken jedenfalls im Ergebnis akzeptiert (vgl. Dieckmann in Soergel, BGB 13. Aufl. § 2325 Rdn. 22; Hilbig ZEV 2008, 262) oder zumindest für bereits bei Vertragsabschluss eingeräumte Bezugsrechte anerkannt (vgl. Krause in Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht 3. Aufl. Kapitel 3 Rdn. 271; Riedel/Lenz in Damrau, Praxis-Kommentar Erbrecht § 2325 Rdn. 106).”

bb) 2. Ansicht: Versicherungssumme

“[13] Die Gegenstimmen in der Literatur (vgl. etwa Jörg Mayer DNotZ 2000, 905; Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter [1995] S. 315 f.; Lorenz in Dieter Farny und die Versicherungswissenschaft [1994] S. 355 ff.; Fuchs JuS 1989, 179, 182; Harder FamRZ 1976, 617 und Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall [1968] S. 128 f. Fn. 36; Thiele, Lebensversicherung und Nachlassgläubiger [1968] S. 107 und 116; Josef ArchBürgR 42 [1916] 319, 322 ff.; Natter ZBIFG 1907/08, 303, 305 ff.; wohl auch Heilmann VersR 1972, 997, 999 und 1001) sehen sich durch die neue Rechtsprechung zum Insolvenzrecht in ihrer Auffassung bestärkt, dass auf die Versicherungsleistung abzustellen ist (vgl. Jörg Mayer in Bamberger/Roth, BGB 2. Aufl. § 2325 Rdn. 9; Kollhosser in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 13 ALB 86 Rdn. 48; Hasse VersR 2009, 733, VersR 2008, 590, VersR 2007, 870, VersR 2005, 1176 und Lebensversicherung und erbrechtliche Ausgleichsansprüche [2005] S. 37 ff.; Progl ZErB 2008, 288 und ZErB 2004, 187; Schindler ZErB 2008, 331, 332; Sticherling ZErB 2008, 31 und ZErB 2008, 245; Dörner NJW 2007, 572; Kuhn/Rohlfing ErbR 2006, 11; Elfring ZEV 2004, 305, NJW 2004, 483 und Drittwirkungen der Lebensversicherung [2003] S. 98; Brox/Walker, Erbrecht 22. Aufl. Rdn. 769; Belitz, Anrechnungs- und Ausgleichsprobleme im Erb- und Familienrecht bei Lebensversicherungen [2009] S. 103; Eulberg/Ott-Eulberg/Halaczinsky, Die Lebensversicherung im Erb- und Erbschaftsteuerrecht [2005] Rdn. 218).”

cc) 3. Ansicht: Stets Rückkaufwert

“[14] Keine größere Beachtung hat dagegen im deutschen Schrifttum bisher eine bereits vom OLG Colmar (LZ 1913, 876) angedeutete Auffassung gefunden, nach welcher stets der Rückkaufswert maßgeblich sein soll (so wohl nur Frey, Lebensversicherung und Nach-

laßinteressen [1996], S. 130 f.)”

dd) Stellungnahme / Entscheidung des BGH

„[15] Der Senat vermag keiner der vorgenannten Ansichten voll zuzustimmen.“

(1) Eigenständige Betrachtung von Entreichungs- und Bereicherungsgegenstand notwendig

„[22] Gegenstand der Schenkung im Valutaverhältnis ist der gesamte Anspruch auf die Versicherungsleistung, den der Erblasser dem Bezugsberechtigten zuwenden wollte.

[24] Daraus folgt jedoch nicht, dass dieser Schenkungsgegenstand ohne weiteres auch bei der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs zu Grunde zu legen ist. Dies gilt insbesondere für mittelbare Zuwendungen, bei denen Entreichungsgegenstand und Bereicherungsgegenstand nicht identisch sind. Diese Besonderheit des Rechtsgeschäfts im Valutaverhältnis zwingt vielmehr zu einer eigenständigen Entscheidung, ob es im Rahmen der Rechtsfolge des § 2325 Abs. 1 BGB auf den Entreichungsgegenstand oder den Bereicherungsgegenstand ankommen soll.

(2) Entreichungsgegenstand maßgeblich

“[26] Im Rahmen der Rechtsfolge des § 2325 Abs. 1 BGB ist nicht auf den Schenkungsgegenstand im Valutaverhältnis (Bereicherungsgegenstand), sondern auf den Gegenstand abzustellen, um den das Vermögen des Erblassers verringert wird (Entreichungsgegenstand). Schutzzweck der §§ 2325 ff. BGB ist, die Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch lebzeitige Rechtsgeschäfte des Erblassers zu verhindern (BGHZ 157, 178, 187). § 2325 BGB stellt sicher, dass der Erblasser die für den Todesfall festgeschriebene Beteiligung von Pflichtteilsberechtigten an seinem Vermögen der letzten 10 Jahre nicht durch unentgeltliche Weggabe von Vermögenswerten schmälert. Dagegen gewährleistet § 2325 BGB Pflichtteilsberechtigten nicht die Teilhabe an Zugewinnmöglichkeiten im Zeitpunkt des Todes, die der Erblasser durch eine unentgeltliche Zuwendung seinen Erben genommen hat. Für die Pflichtteilergänzung kommt daher nur ein Gegenstand in Betracht, der im lebzeitigen Vermögen des Erblassers vorhanden war. Dies trifft auf den Entreichungsgegenstand, nicht jedoch auf den Bereicherungsgegenstand zu.

[27] Der Pflichtteilsberechtigte hat einen Teilhabanspruch nur in- soweit, als der Beschenkte "aus dem Vermögen des Schenkers heraus" bereichert ist, die Bereicherung des Beschenkten also auf einer entsprechenden Entreichung des Schenkers beruht (vgl. nur BGHZ 157, 178, 181). Für § 2325 BGB ist der Schenkungsgegenstand des Valutaverhältnisses nur insoweit bedeutsam, als er mit einer konkreten Verminderung des lebzeitigen Vermögens des Erblassers korrespon-

diert. Eine ausgebliebene Mehrung des Nachlasses reicht hierfür nicht.

[28] Dieses Verständnis wird schon im Wortlaut des § 2325 Abs. 1 BGB angedeutet, der vom "verschenkten" Gegenstand spricht, was den Blick auf die Maßgeblichkeit des Vermögensabflusses, nicht des Vermögenszuflusses lenkt.

[29] Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift belegt dieses Verständnis. Nach den Motiven zum BGB braucht der Pflichtteilsberechtigte Schenkungen des Erblassers nicht gegen sich gelten zu lassen, "wenn ihm nicht so viel hinterlassen ist, als der Pflichtteil betragen würde, wenn das Verschenkte sich zur Zeit des Erbfalles noch im Nachlasse befände" (Mugdan V, S. 240). Die Verwendung des Wortes "noch" weist bereits auf die Vorstellung der I. Kommission, dass der "verschenkte Gegenstand" vor der Schenkung im lebzeitigen Vermögen des Erblassers vorhanden gewesen sein muss, um den Ergänzungsanspruch auslösen zu können (vgl. auch den Fassungsantrag a in den Protokollen der II. Kommission, aaO S. 787, der ebenfalls die Wendung "noch zum Nachlasse gehörte" verwendet). Deutlicher wird dies in den Protokollen der II. Kommission. Dort ist ausgeführt, der Pflichtteilsberechtigte "habe nur einen Anspruch darauf, dass der Erblasser sein Vermögen nicht durch Schenkungen vermindere, keineswegs aber darauf, dass der Erblasser Schenkungen nicht vornehme und auf diese Weise sein Vermögen vermehre" (aaO S. 788). Zwar erfolgte diese Feststellung im Zusammenhang mit einem Änderungsantrag, der später nicht Gesetz wurde (vgl. Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht [2002] S. 1988 ff.); es besteht jedoch kein Anhalt dafür, dass die II. Kommission oder der Justizausschuss des Bundesrats von der generellen Richtigkeit dieser Feststellung abrücken wollten. Der historische Gesetzgeber hatte somit durchaus vor Augen, dass der Erblasser Vermögenswerte verschenken kann, die niemals Teil seines lebzeitigen Vermögens waren. Er hat für diese Fälle ein Teilhaberecht des Pflichtteilsberechtigten verneint.

(3) Zwischenergebnis

“[45] Die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs richtet sich mithin allein nach dem Wert, den der Erblasser bei einer Verwertung des Entreichungsgegenstands zuletzt selbst noch hätte realisieren können (Liquidationswert). Dies ist zunächst der Rückkaufswert, den der Erblasser durch eine Kündigung ohne weiteres hätte einziehen können. Wäre durch eine Veräußerung der Rechte ein höherer Preis zu erzielen gewesen, käme es auf diesen an. Soweit ein Zweitmarkt für die Ansprüche besteht, kann danach der auf diesem erzielbare Marktwert zu Grunde

gelegt werden.”

(4) Kein Konflikt mit § 2325 II 2 BGB und § 2313 I 1 BGB

Diesem Ergebnis steht weder die Regelungen des § 2325 II 2 BGB noch diejenige des § 2313 I 1 BGB entgegen:

„[48] Das Abstellen auf die letzte juristische Sekunde des Lebens des Erblassers tritt nur vordergründig in Konflikt mit § 2325 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BGB, wonach ein "anderer Gegenstand", also einer, der - wie der Anspruch auf die Versicherungsleistung - keine verbrauchbare Sache ist, mit dem Wert anzusetzen ist, den er im Zeitpunkt des Erbfalls - also eine juristische Sekunde später - hat. In diesem Moment sind die hier zu bewertenden Ansprüche jedoch bereits weggefallen, mithin wertlos. Auch ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Schenkung führte zu keinem anderen Ergebnis, da erst im Zeitpunkt des Erbfalls der Erwerb des Bezugsberechtigten vollendet und die Schenkung vollzogen ist.

[49] Dieser - allerdings nur scheinbare - Widerspruch ergibt sich jedoch zwangsläufig aus der Konstruktion der mittelbaren Schenkung, bei der der Erblasser den Anspruch des Bezugsberechtigten durch die Preisgabe seiner eigenen Ansprüche - in Form der Umwandlung des Lebensversicherungsvertrags in einen Vertrag zu Gunsten Dritter - "erkauft". Gibt der Schenkende einen Vermögensgegenstand auf (Entreichungsgegenstand), damit ein neuer Anspruch eines anderen begründet wird (Bereicherungsgegenstand), kann denknötwendig im Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs der aufgegebenen Gegenstand nicht mehr existieren. Fällt aber anerkannter Maßen diese Form der mittelbaren Zuwendung unter § 2325 Abs. 1 BGB, muss für die Durchführung des Niederstwertprinzips des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB der Wert des Entreichungsgegenstands (in der letzten juristischen Sekunde, in der er sich noch im Vermögen des Erblassers befindet) mit dem Wert des Bereicherungsgegenstands (in der ersten juristischen Sekunde, in der er sich im Vermögen des Bezugsberechtigten befindet), verglichen werden. Damit wird dem Kausalitätserfordernis Rechnung getragen. Entscheidend bleibt das Zugewendete, soweit es auf dem Aufgewendeten beruht. Durch die Bewertung des Entreichungsgegenstands in der letzten juristischen Sekunde vor dem Erbfall wird somit im Ergebnis ermittelt, mit welchem Wert dieser zum Zeitpunkt des Erbfalls wirtschaftlich im Bereicherungsgegenstand enthalten ist.”

„[50] Die Ansprüche des Erblassers sind in ihrer Eigenschaft als aufschiebend bedingte Ansprüche zu bewerten. § 2313 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach aufschiebend bedingte Rechte bei der Bewertung des Nachlasses zunächst außer Betracht bleiben, steht dem

nicht entgegen. Zum einen werden die hier zu bewertenden Ansprüche gerade nicht Teil des Nachlasses und auch durch § 2325 BGB nicht fiktiv dazu erklärt; lediglich ihr Wert wird für die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs dem Nachlasswert zugeschlagen. Zum anderen trifft § 2313 BGB eine vom Stichtagsprinzip des § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB abweichende Regelung des maßgeblichen Bewertungszeitpunkts (vgl. Haas aaO § 2313 Rdn. 1). Für Pflichtteilergänzungsansprüche enthält § 2325 Abs. 2 BGB jedoch bereits eine eigenständige Regelung des maßgeblichen Bewertungszeitpunkts, weshalb für eine Anwendung des § 2313 BGB kein Raum mehr besteht.”

(5) Pflichtteilergänzungsanspruch im konkreten Fall
Demnach ist zu Berechnung des Anspruchs aus § 2325 I BGB auf den Rückkaufswert abzustellen, der hier 60.000 € beträgt. Diese Summe ist dem Nachlass hinzuzurechnen, so dass sich zur Berechnung des Pflichtteils gem. § 2303 I BGB ein Vermögen von 160.000 € ergibt. S1 und S2 hätten daher einen (fiktiven) Pflichtteilsanspruch gem. §§ 2303 I; 1924 I, IV BGB von 40.000 € gehabt. Der Ergänzungsanspruch besteht in der Differenz und beträgt mithin 15.000 €.

b) Subjektiv: Einigkeit über Unentgeltlichkeit

E und L waren sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung auch einig.

3. Keine Ausnahme nach § 2325 III 1. HS BGB

Die Schenkung bliebe gem. § 2325 III 1. HS BGB unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre sei der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Die erste Prämienzahlung liegt jedoch nicht länger als zehn Jahre zurück, so dass der Auschlussstatbestand nicht erfüllt ist.

[Anm.: Trotz der vorliegenden Entscheidung des BGH dürfte hinsichtlich § 2325 III BGB dennoch auf die Prämienzahlungen als Zuwendungs- bzw. Entreichungshandlung abzustellen sein. Denn ohne die Zahlung der Prämien entstünden dem Erblasser auch keine weiteren Rechte, die er im Wege des Rückkaufs oder der Veräußerung liquidieren könnte. Insofern erscheint i.R.v. § 2325 III BGB auch nach der Rechtsprechungsänderung keine Neubewertung der Situation notwendig. Der Senat musste sich hierzu allerdings nicht äußern.]

C. Ergebnis

S1 und S2 können je 40.000 € (aus je 25.000 € gem. § 2303 I BGB und je 15.000 € gem. § 2325 I BGB) von L verlangen.

Standort: Strafrecht**Problem: Zeitpunkt der Vollendung**

BGH, URTEIL VOM 18.02.2010
3 STR 556/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wollten eine Tankstelle überfallen und drangen deshalb dort maskiert ein. Sie bedrohten den Tankwart mit einem abgebrochenen Schraubendreher und zwangen ihn so dazu, die Kasse zu öffnen. Das darin befindliche Bargeld steckten sie in ihre Taschen. Dann begannen sie, Zigarettenstangen in mehrere "gelbe Säcke" zu füllen, um auch diese mitzunehmen. Bevor sie jedoch mit ihrer Beute fliehen konnten, wurden sie von der anrückenden Polizei, die der Tankwart vor ihrem Eindringen hatte alarmieren können, festgenommen.

Das Landgericht Wuppertal hatte die Angeklagten wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft, §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, 25 II, 22, 23 StGB verurteilt. Eine Vollendung scheidet aus, da die Täter noch keinen neuen Gewahrsam an der Beute begründet hätten, sodass noch keine Wegnahme gegeben sei. Auch der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB sei nicht verwirklicht, da die Täter den Schraubendreher nur zur Drohung und nicht zur Gewaltanwendung eingesetzt hätten und dies kein "Verwenden" im Sinne dieses Tatbestandes darstelle. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH dieses Urteil auf: Mit dem Einstecken des Geldes sei diesbezüglich eine Wegnahme gegeben, sodass der Raub auf jeden Fall insofern vollendet sei und es deshalb auch nicht darauf ankomme, ob auch die Wegnahme der Zigarettenstangen bereits vollendet sei. Und auch der Tatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB sei durch die Täter bereits verwirklicht, da hierfür entgegen der Auffassung des LG eine Verwendung des Werkzeugs im Rahmen einer Drohung - wie sie im vorliegenden Fall erfolgt sei - ausreiche.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte - und hier insbesondere die Tatbestände, die eine Wegnahme voraussetzen wie §§ 242, 249 StGB - sind ständig Gegenstand von Examensaufgaben. Vom Kandidaten werden hier Detailkenntnisse und die sorgfältige Prüfung von Einzelfällen verlangt. Auch die Voraussetzungen der entsprechenden Qualifikationstatbestände, §§ 244, 244a, 250, 251 StGB, sind hier immer wieder zu prüfen. Der vorliegende Fall liefert zwar keine neuen Erkenntnisse, ist jedoch ein schöner Aufhänger um die vom BGH angesprochenen klassischen Probleme der Vollendung einer Wegnahme und der Anforderungen an das Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB einmal anhand ei-

nes typischen und sehr lebensnahen Sachverhalts prüfen zu lassen.

Tathandlung des Raubes (ebenso wie des Diebstahls) ist die Wegnahme. Eine solche setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams voraus (Fischer, § 242 Rn. 10, § 249 Rn. 2; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 22, § 249 Rn. 2). Die Definition der Wegnahme ist bei beiden Tatbeständen identisch, lediglich das Vorliegen eines Gewahrsamsbruchs wird bei § 249 I StGB etwas anders geprüft als bei § 242 I StGB (vgl. hierzu die Darstellung im Skript Strafrecht BT I, Rn. 291 ff.). Eine Vollendung der Wegnahme (und somit des Raubes oder Diebstahls) hängt also insbesondere davon ab, ob der Täter bereits neuen Gewahrsam begründet hat. Dies ist dann der Fall, wenn er oder ein Dritter die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Sachherrschaft des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann; wann dies der Fall ist, hängt wesentlich von der Verkehrsanschauung ab (BGH, NStZ 1988, 270, 271; BayObLG, NJW 1996, 3000, 3001; OLG Köln, StV 1989, 156; Fischer, § 242 Rn. 17; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 38).

Befindet sich der Täter in einer fremden Herrschaftsbereich wie einem Ladengeschäft (einer sog. "Gewahrsamssphäre"), so hängt der Zeitpunkt der Vollendung der Wegnahme insbesondere von der Größe des Tatobjekts ab. Bei kleinen Sachen wie Münzen oder Ringen kann hier das bloße Ergreifen der Sache zur Begründung neuen Gewahrsams (in Form einer sog. "Gewahrsamsenklaue") und somit zur Vollendung des Diebstahls ausreichen (BGHSt 23, 253; Rengier, BT I, § 2 Rn. 25). Die Wegnahme dieser Sachen ist jedenfalls dann vollendet, wenn der Täter sie in seine Kleidung oder ein mitgebrachtes Behältnis verbringt; bei größeren Gegenständen wie Büchern oder CDs muss dies erst geschehen, damit neuer Gewahrsam begründet wird (BGHSt 16, 271; Fischer, § 242 Rn. 18; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 113). Bei noch größeren Gegenständen wie Kühlschränken oder Fernsehgeräten ist die Bildung einer Gewahrsamsenklaue grds. gar nicht möglich. In allen Fällen ist jedoch davon auszugehen, dass neuer Gewahrsam spätestens dann begründet wird, wenn der Täter die fremde Gewahrsamssphäre verlässt (OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2005, 140, 141; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 41a). Hinsichtlich der erbeuteten Geldscheine und Münzen war die Wegnahme also bereits dadurch vollendet, dass die Angeklagten sich diese eingesteckt hatten. Deshalb konnte der BGH es auch offen lassen, ob auch bereits eine vollendete Wegnahme hinsichtlich der Zigaretten-

stangen gegeben war, die die Angeklagten in "gelbe Säcke" gepackt hatten, da jedenfalls das Geld bereits weggenommen worden und der Raub somit vollendet war.

Der BGH führt weiter aus, dass auch die Beobachtung der Handlung der Angeklagten durch das Opfer einer Begründung neuen Gewahrsams nicht entgegen steht. Nach herrschender Meinung, der insb. auch die Rechtsprechung folgt, handelt es sich beim Diebstahl - und erst recht beim Raub - nämlich nicht um ein heimliches Delikt, sodass die Beobachtung des Täters durch das Opfer (oder einen Dritten) für die Vollendung der Wegnahme unbeachtlich ist (BGH, NStZ 2008, 624, 625 = RA 2008, 712, 714; Fischer, § 242 Rn. 21; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 42). Eine Mindermeinung lehnt die Begründung neuen Gewahrsams bei Beobachtung des Täters durch das Opfer grundsätzlich ab, da der Täter in diesem Falle nicht mehr die Möglichkeit habe, seine Beute in Sicherheit zu bringen, dies aber Voraussetzung für eine vollendete Wegnahme sei (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 40, Meyer, JZ 1962, 620).

Schließlich befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung auch mit den Voraussetzungen für das "Verwenden" einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB. Das LG Wuppertal hatte zwar den von den Tätern mitgeführten abgebrochenen Schraubendreher als "anderes gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 250 I Nr. 1a, II Nr. 1 StGB angesehen, den Tatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB aber dennoch verneint, da die Angeklagten mit dem Schraubendreher nur gedroht hatten und diese Art der Verwendung nicht die Gefahr erheblicher Verletzungen mit sich bringe, die aber für § 250 II Nr. 1 StGB stets gegeben sein müsse. Nach herrschender Meinung, insb. der Rechtsprechung des BGH, ist Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB jeder zweckgerichtete Gebrauch der Waffe oder des Werkzeugs als Nötigungsmittel im Rahmen der Verwirklichung des Grundtatbestandes (BGHSt 26, 176, 180; Fischer, § 250 Rn. 18; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn. 29; Rengier, BT I, § 8 Rn. 9). Hierbei ist es unbeachtlich, ob der Täter das Werkzeug im Rahmen einer Gewaltanwendung oder einer Drohung verwendet (BGH, NStZ-RR 1999, 102; NStZ 1999, 301; Fischer, § 250 Rn. 18a; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn. 29). Kein Verwenden hingegen ist das bloße Mitsichführen - auch dann nicht, wenn es offen erfolgt -, das deshalb nur über § 250 I Nr. 1a StGB erfasst wird (BGH, NStZ-RR 1997, 7; 2004, 169; Fischer, § 250 Rn. 18a). Im vorliegenden Fall hatten die Angeklagten mit dem Schraubendreher gedroht, wobei das Opfer diesen auch wahrgenommen hatte, sodass auch der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB (und nicht nur § 250 I Nr. 1a StGB) verwirklicht war.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Vollendung der Wegnahme i.S.v. §§ 242, 249 StGB: *BGH*, NStZ 2008, 624 = RA 2008, 712; *BayObLG*, NJW 1997, 3326; *Martin*, JuS 1998, 890

☐ Zur Wegnahme trotz Beobachtung: *BGHSt* 16, 271; *BGH*, NStZ 1987, 71; 1988, 270; *Geiger*, JuS 1992, 834; *Otto*, JURA 1997, 467

☐ Zum Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB: *BGHSt* 45, 92; *BGH*, NStZ-RR 2004, 169; NStZ 2008, 687 = RA 2008, 596; *Boetticher/Sander*, NStZ 1999, 292; *Küper*, JZ 1999, 189

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Das Undercover-Handy"

☐ *Examenskurs*: "Der Bankräuber"

☐ *Examenskurs*: "Der Rembrandt-Liebhaber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die vollendete Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB setzt voraus, dass fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben kann. Für die Frage der Sachherrschaft kommt es entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie etwa bei Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen. Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam.

2. Der Annahme eines Gewahrsamswechsels steht in diesen Fällen nicht entgegen, dass sich der erbeutete Gegenstand, wie etwa bei Festnahme des Täters am Tatort, noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet.

3. Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Rahmen von § 250 II Nr. 1 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Nach der Konzeption der Raubdelikte bezieht sich das Verwenden auf den Einsatz des Nötigungsmittels im Grundtatbestand, so dass es immer dann zu bejahen ist, wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht. Dabei setzt (vollendetes) Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer

das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt.

Sachverhalt (vereinfacht):

A und M beabsichtigten, in eine Tankstelle einzubrechen, um Tabakwaren zu stehlen. Als Einbruchswerkzeug führte A einen Schraubendreher mit sich, dessen spitzen Ende abgebrochen war. Da wider Erwarten der Kassierer K noch anwesend war, entschlossen sich A und M, trotz der veränderten Umstände mit ihrem geplanten Vorhaben fortzufahren. Als K sah, dass sich A und M mit übergezogenen Sturmmasken der Eingangstür der Tankstelle näherten, löste er bei der Polizei einen - stillen - Alarm aus. A und M stürmten in den Verkaufsraum und erklärten K, er solle sich ruhig verhalten, dann werde auch nichts passieren. Auf Geheiß von A und M musste sich K in einen Nebenraum begeben, um dort die Beleuchtung im Verkaufsraum zu löschen. Auf dem Weg dorthin hielt A den K mit einer Hand an dessen linken Arm fest und drückte mit seiner anderen Hand - wie vorher von A und M geplant - den abgebrochenen Schraubendreher gegen den Rücken des K. Dieser sah das Werkzeug aus den Augenwinkeln und verspürte einen leichten Druck. Nachdem K das Licht gelöscht hatte und sie in den Verkaufsraum zurückgekehrt waren, wiesen A und M ihn an, sich auf einen Stuhl zu setzen und auf den Boden zu schauen. Sie verlangten zunächst die Herausgabe des Tresorschlüssels und forderten K sodann auf - nachdem dieser erklärt hatte, einen solchen Schlüssel nicht zu besitzen - die Kasse zu öffnen, was dieser auch tat. A nahm Geld aus der Kasse und steckte selbst 800 € in Scheinen in seine Hosentasche, während er M eine Münzrolle im Wert von 50 € übergab, die dieser ebenfalls einsteckte. Sodann füllten A und M - nachdem A den Schraubendreher weggelegt hatte, um mit beiden Händen arbeiten zu können - Zigarettenstangen in so genannte gelbe Säcke, die sie von K verlangt und erhalten hatten. Sie hatten bereits zwei Säcke gefüllt sowie zum Abtransport bereit gestellt und waren dabei einen dritten Sack zu befüllen, als mehrere Polizeibeamte eintrafen, den Verkaufsraum stürmten und A und M festnahmen.

Strafbarkeit von A und M?

[Bearbeitervermerk: § 123 StGB ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB
 Dadurch, dass A und M den K dazu zwangen, die Kasse zu öffnen, woraufhin A das Geld aus der Kasse nahm, das er und M sich einsteckten, könnten sie sich wegen besonders schweren Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar ge-

macht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: §§ 249 I, 25 II StGB

A und M müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, also des mittäterschaftlichen Raubes, §§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht haben.

a. Raubmittel

A und M müssten zunächst ein Raubmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, angewendet haben.

Gewalt gegen eine Person ist der unmittelbar oder mittelbar auf den Körper des Opfers bezogene, körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (Fischer, § 249 Rn. 4; Rengier, BT I, § 7 Rn. 3). Hierunter fallen insbesondere Handlungen, die die Fortbewegungsfreiheit des Opfers einschränken wie Fesseln oder Festhalten (Krey/Hellmann, BT II Rn. 186; Rengier, BT I, § 7 Rn. 3). A hatte K festgehalten, also unmittelbar auf den Körper des K bezogenen, körperlich wirkenden Zwang ausgeübt, um den erwarteten Widerstand des K gegen den Überfall zu überwinden. A hat also Gewalt gegen K angewendet.

Dadurch, dass A dem K den abgebrochenen Schraubendreher gegen den Rücken drückte, hat er auch - konkludent - damit gedroht, K hiermit zu verletzen oder gar zu töten. Auch eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des K ist somit gegeben.

b. Fremde bewegliche Sache

Bei dem erbeuteten Bargeld müsste es sich um ein fremde bewegliche Sache handeln.

Die von A und M erbeuteten Scheine und Münzen sind bewegliche Sachen. Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache dann, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5; Joecks, § 249 Rn. 7, Vor § 242 Rn. 9 f.). Eigentümer des Geldes war K, sodass diese Sachen für A und M fremd waren.

c. Wegnahme

A und M müssten das Geld auch weggenommen haben.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 10; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 22).

aa. Bestehen fremden Gewahrsams

An dem Geld müsste zunächst für A und M fremder

Gewahrsam - z.B. Gewahrsam des K - bestanden haben.

Gewahrsam ist die tatsächliche Herrschaft eines Menschen über eine Sache, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei das Vorliegen dieser Voraussetzungen nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist (Joecks, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 12 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 31).

Solange das Geld noch in der Kasse der Tankstelle war, für die K als Kassierer die Verantwortung trug, hatte K einen entsprechenden Herrschaftswillen bzgl. des Kassensinhalts und - da er auch jederzeit auf den Inhalt der Kasse zugreifen konnte - auch die entsprechende tatsächliche Sachherrschaft. Ursprünglich bestand also Gewahrsam des K und somit für A und M fremder Gewahrsam an dem Geld.

bb. Begründung neuen Gewahrsams

A und M müssten durch das Einstecken des Geldes auch neuen Gewahrsam hieran begründet haben.

Hierzu führt der BGH aus: "[10] Die Auffassung des Landgerichts, die Angeklagten hätten hinsichtlich der aus der Kasse entnommenen 800 € in Banknoten und der Münzrolle im Wert von 50 €, die sich die Angeklagten schon in ihre Hosentaschen gesteckt hatten, bevor die Polizei eintraf und sie festnahm, 'noch keinen hinreichenden neuen Gewahrsam begründet' und somit die Tat nur versucht, begegnet ebenfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) [11] Die vollendete Wegnahme setzt voraus, dass fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben kann. Für die Frage der Sachherrschaft kommt es entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Dabei macht es sowohl für die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers wie für die des Täters einen entscheidenden Unterschied, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche, namentlich schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es nur um kleine, leicht transportable Gegenstände geht. Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie etwa bei Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen. Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Die Verkehrsauffassung weist daher im Regelfall einer Person, die einen Gegenstand in der Tasche ihrer Kleidung trägt, die ausschließliche Sachherrschaft zu (vgl. BGHSt 16, 271, 273 f.; 23, 254, 255 m. w. N.).

[12] Der Annahme eines Gewahrsamswechsels steht in diesen Fällen nicht entgegen, dass sich der erbeutete Gegenstand, wie etwa bei Festnahme des Täters am Tatort, noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet. Die Tatvollendung setzt keinen gesicherten Gewahrsam voraus. Die alsbaldige Entdeckung des Täters und seine Festnahme gibt nur die Möglichkeit, ihm die Sache wieder abzunehmen. Auch eine etwaige Beobachtung dieses Tatvorgangs ändert an der Vollziehung des Gewahrsamswechsels nichts, da der Diebstahl keine heimliche Tat ist und die Beobachtung dem Bestohlenen lediglich die Möglichkeit gibt, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen. Demgemäß nimmt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung regelmäßig Vollendung der Wegnahme an, wenn der Täter innerhalb fremder Räume leicht bewegliche Gegenstände in seine Kleidung steckt (vgl. BGHSt 26, 24, 25 f.; Schmitz in Münch-Komm-StGB § 242 Rdn. 52, 61, 72).

b) [13] Nach diesen Maßstäben war hier die Wegnahme mit dem Einstecken des Geldes in die Kleidung vollendet. Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Strafkammer zur Begründung ihrer rechtlichen Würdigung herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs in StV 1985, 323, die eine andere Fallgestaltung zum Gegenstand hat. Dahinstehen kann deshalb, ob auch die Wegnahme der in die Säcke gepackten Zigarettensangen bereits vollendet war, zumal die bisherigen Feststellungen offen lassen, wie groß und schwer diese ganz bzw. teilweise befüllten Behältnisse waren (vgl. Ruß in LK 11. Aufl. § 242 Rdn. 42 m. w. N.)." A und M haben also an dem Bargeld neuen Gewahrsam begründet.

cc. Gewahrsamsbruch

Die vorgenommene Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.

Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Lackner/Kühl, § 249 Rn. 1; § 242 Rn. 14). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 249 Rn. 1, § 242 Rn. 14). Während diese Wertung i.R.v. § 242 I StGB uneingeschränkt gilt, würde der Tatbestand des § 249 I StGB weit gehend leer laufen, wenn man hier jedes - auch ein abgenötigtes - Einverständnis als Tatbestandsausschluss heranziehen würde. Deshalb muss das Vorliegen des Gewahrsamsbruchs bei § 249 I StGB etwas anders geprüft werden als bei § 242 I StGB.

Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist, hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpres-

sung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen. Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb stelle § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhalte (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe; BGH, NStZ 2003, 604, 605; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 305). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen (BGHSt 41, 123, 125; BGH, NStZ 1999, 350). Nach herrschender Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberischen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetze, stünden §§ 253 I, 255 StGB und § 249 I StGB - ebenso wie § 263 I StGB und § 242 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis (Schönke-Schröder-Eser, § 255 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 711). Die Abgrenzung habe bei beiden Deliktsparen nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen, wobei eine Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB dann anzunehmen sei, wenn das Opfer glaube, dass der Täter die Beute auch ohne seine Mitwirkung erlangen könne, sich also nicht in einer "Schlüsselstellung" sehe (Joecks, § 249 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 713, 371).

A hatte im vorliegenden Fall das Bargeld aus der Kasse genommen. Sein Verhalten stellt also nach dem äußeren Erscheinungsbild eine Wegnahme dar. Für die Öffnung der Kasse war auch kein Schlüssel oder Code erforderlich. Deshalb ist davon auszugehen, dass sich K auch dessen bewusst war, dass A und M das Geld auch ohne seine Mitwirkung erhalten könnten, sodass er sich nicht in einer Schlüsselstellung gesehen hat. Nach beiden Auffassungen ist also ein Gewahrsamsbruch gegeben. Ein Wegnahme des Geldes liegt somit vor.

d. Mittäterschaft, § 25 II StGB

Die Tathandlungen - Gewaltanwendung, Drohung und Wegnahme - wurden alle nur von A ausgeführt. Damit auch M als (Mit-) Täter bestraft werden könnte, müssten ihm diese Handlungen über § 25 II StGB zugerechnet werden können. Dies würde jedoch voraussetzen, dass A und M die Tat "gemeinschaftlich" i.S.v. § 25 II StGB, also als Mittäter, begangen haben.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT, Rn. 524).

A und M hatten den Überfall auf die Tankstelle vorher

geplant und haben bei diesem auch bewusst und gewollt zusammengewirkt. A und M müssten die Tat aber auch als (Mit-) Täter (und nicht nur als Teilnehmer) begangen haben.

Streitig ist, wie die Mittäterschaft von der Teilnahme abzugrenzen ist. Nach herrschender Literatur kann Täter nur derjenige sein, der die Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein innehat, also eine Zentralfigur des Geschehens darstellt (sog. Tatherrschaftslehre; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöllner, JURA 2007, 305, 311). Nach der Rechtsprechung reicht für eine Täterschaft grundsätzlich jeder Beitrag aus, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Indizien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (sog. modifizierte Animus-Theorie; BGHSt 45, 270, 296; BGH, NStZ 2006, 94).

A und M waren beide während der gesamten Ausführung des Raubes anwesend und konnten somit jederzeit lenkend in den Geschehensablauf eingreifen. Sie hatten somit beide Tatherrschaft. Neben der Tatherrschaft und dem entsprechenden Tatherrschaftswillen hatten sie auch beide insbesondere ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse am Taterfolg, da sie sich die Beute teilen wollten. Deshalb haben auch beide mit Täterwillen gehandelt. Nach beiden Auffassungen sind also sowohl A als auch M (Mit-) Täter und nicht nur Teilnehmer, sodass insbesondere M die Handlungen des A über § 25 II StGB zugerechnet werden können.

e. Vorsatz

A und M handelten beide vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Tatumstände.

f. Finalzusammenhang

Nach h.M. setzt § 249 I StGB einen Finalzusammenhang zwischen Raubmittel und Wegnahme voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen (BGH, NStZ 2003, 431; 2004, 153, 154; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 7; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 192; a.A. (Kausalität erforderlich): Joecks, § 249 Rn. 22).

A und M haben hier sowohl die Gewaltanwendung als auch die Drohung gegen K angewendet, um dessen möglichen Widerstand gegen die Wegnahme des Geldes zu verhindern, sodass die Anwendung der Raubmittel der Ermöglichung der Wegnahme diene. Der erforderliche Finalzusammenhang ist somit gegeben.

g. Absicht rechtswidriger Zueignung

A und M müssten auch in der Absicht gehandelt haben, sich das Geld rechtswidrig zuzueignen.

aa. Zueignungsabsicht

A und M müssten zunächst mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die erforderliche Zueignungsabsicht besteht aus einer Aneignungsabsicht und einem Entzueignungswillen.

Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert zumindest vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (Fischer, § 249 Rn. 19, § 242 Rn. 35; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 337, 136). Entzueignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den darin verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 8; § 242 Rn. 47).

A und M hatten die Absicht, das Geld für sich zu behalten und zu verwenden, also ihrem eigenen Vermögen einzuverleiben, sodass sie mit Aneignungsabsicht handelten. Da sie auch dem Berechtigten K das Geld nicht zurückgeben und ihn also dauerhaft aus seiner Eigentümerposition verdrängen wollten, ist auch der erforderliche Entzueignungswille gegeben. A und M haben also mit Zueignungsabsicht gehandelt.

bb. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die von A und B beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Zueignung dann, wenn dieser keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf diese hat (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 59).

Da A und M keinen Anspruch auf die Zueignung des Geldes hatten, war die von ihnen beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig.

cc. Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

A und B wussten auch, dass sie keinen Anspruch auf die Zueignung des weggenommenen Geldes hatten, sodass auch der erforderliche Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung gegeben ist.

Da A und B auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben, haben sie somit den Tatbestand des Grunddelikts, §§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht.

2. Qualifikation: § 250 II Nr. 1 StGB

A und B könnten auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Dazu müssten sie bei dem Raub eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben.

a. Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug

Zunächst müsste es sich bei dem abgebrochenen

Schraubendreher um eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug gehandelt haben.

Hierzu der BGH: “[6] Zutreffend geht das Landgericht allerdings davon aus, dass es sich bei dem von dem Angeklagten A geführten Schraubendreher um ein gefährliches Werkzeug im Sinne beider Qualifikationsvarianten [§ 250 I Nr. 1a StGB und § 250 II Nr. 1 StGB] handelte; denn dieser Schraubendreher war ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet war, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, etwa bei einem Einsatz als Stichwerkzeug.”

Der Schraubendreher stellt also ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB dar.

b. Gebrauchen

A und M müssten dieses Werkzeug auch gebraucht haben.

A hat zwar mit dem Schraubendreher gedroht (s.o.), Gewalt angewendet hat er mit diesem jedoch nicht, da er insb. nicht damit zugestochen hat. Fraglich ist, ob dies für ein Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ausreicht.

Der BGH führt insofern aus: “[7] Dieses gefährliche Werkzeug hat der Angeklagte A nicht (nur) im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB bei sich geführt, sondern gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch verwendet. Das Landgericht ist von einem rechtlich unzutreffenden Begriff des Verwendens ausgegangen.

a) [8] Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Nach der Konzeption der Raubdelikte bezieht sich das Verwenden auf den Einsatz des Nötigungsmittels im Grundtatbestand, so dass es immer dann zu bejahen ist, wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht (BGHSt 45, 92, 94 f. m. w. N.; BGH NStZ 2008, 687; Sander in MünchKomm-StGB § 250 Rdn. 58). Dabei setzt (vollendetes) Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386) und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungseintritts will. Die Äußerung der Drohung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (Fischer, StGB 57. Aufl. § 240 Rdn. 31 m. w. N.). Kein Verwenden ist das bloße Mitsichführen und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es offen erfolgt (BGH NStZ-RR 2004, 169; Fischer aaO § 250 Rdn. 18).

b) [9] Danach hat der Angeklagte A, indem er dem

Kassierer den Schraubendreher - den dieser gesehen hatte - in den Rücken drückte, entgegen der Auffassung des Landgerichts den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB objektiv verwirklicht. Er drohte durch diese Handlung - im Zusammenwirken mit der vorangegangenen Äußerung, wenn sich der Zeuge ruhig verhalte, werde (ihm) nichts geschehen - konkludent damit, bei Widerstand und Nichtbefolgung seiner Forderungen dieses gefährliche Werkzeug als Stichwerkzeug gegen ihn einzusetzen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts setzt der Begriff des Verwendens nicht voraus, dass sich aus der Art des Einsatzes des objektiv gefährlichen Tatmittels eine konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen ergibt. Vielmehr genügt jedes Benutzen solcher Tatmittel bei der Anwendung von Gewalt oder - wie hier - als Drohmittel (BGHSt 45, 92, 94 f.)."

Ein Verwenden des Werkzeugs i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist somit - zumindest durch A - gegeben. Diese Tathandlung des A muss sich M - da auch sie vom gemeinsamen Tatplan gedeckt war - gem. § 25 II StGB zurechnen lassen (s.o.).

c. Vorsatz

A und M handelten auch hinsichtlich der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und M handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A und M sind strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB

Dadurch, dass A und M den K dazu zwangen, die Kasse zu öffnen, und so das Geld erbeuteten, könnten sie sich auch wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur stellt Raub nur eine *lex specialis* zur räuberischen Erpressung dar (s.o.), sodass jeder Raub immer eine räuberische Erpressung beinhaltet und diese deshalb auf Konkurrenzenebene hinter den spezielleren Raub zurücktritt (BGH, NStZ 2003, 604, 605; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 305). Da A und M sich wegen mittäterschaftlichen besonders schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben (s.o.), ist nach der Rechtsprechung also der Tatbestand des §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB - selbstverständlich - mitverwirklicht, tritt aber auf Konkurrenzenebene zurück.

Nach herrschender Literatur hingegen stehen Raub und räuberische Erpressung in einem Exklusivitäts-

verhältnis (s.o.). Da A und M den Tatbestand des §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB verwirklicht haben (s.o.), können sie somit nicht gleichzeitig auch den Tatbestand der §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB erfüllen. Nach dieser Meinung ist also bereits der Tatbestand der schweren räuberischen Erpressung durch A und M nicht erfüllt.

Nach beiden Auffassungen ist eine eigenständige Strafbarkeit von A und M wegen mittäterschaftlicher besonders schwerer räuberischer Erpressung nicht gegeben.

C. Strafbarkeit gem. §§ 239a I 1. Fall, 25 II StGB

A und M könnten sich jedoch dadurch, dass sie K mit dem abgebrochenen Schraubendreher bedrohten, um so den Inhalt des Tresors und der Kasse zu erbeuten, wegen mittäterschaftlichen erpresserischen Menschenraubes gem. §§ 239a I 1. Fall, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

A und M müssten K entführt oder sich des K bemächtigt haben.

Entführen ist das Verbringen des Opfers gegen seinen Willen an einen anderen Ort, an dem dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (BGH, NJW 1995, 471, 472; Fischer, § 239a Rn. 4; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 323).

Da A und M mit K während der gesamten Tatausführung in der Tankstelle verblieben und diesen nicht an einen anderen Ort verbracht haben, ist ein Entführen nicht gegeben. Sie könnten sich jedoch des K bemächtigt haben.

Sichbemächtigen ist die Erlangung der physischen Herrschaftsgewalt über das Opfer (BGH, NStZ-RR 2004, 33, 334; Joecks, § 239a Rn. 9; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 324). Hierfür reicht es insbesondere aus, wenn der Täter das Opfer mit einer Waffe oder einem anderen gefährlichen Werkzeug bedroht und so "in Schach hält" (BGH, NStZ 1999, 509; Lackner/Kühl, § 239a Rn. 3; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 324).

A und M haben K mit einem abgebrochenen Schraubendreher, also einem anderen gefährlichen Werkzeug, bedroht (s.o.) und diesen so in Schach gehalten. Ein Sichbemächtigen ist somit gegeben.

2. Mittäterschaft, § 25 II StGB

A und M haben den Tatbestand des § 239a I StGB - ebenso wie denjenigen des § 249 I StGB (s.o.) - gemeinschaftlich aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes und somit als Mittäter verwirklicht.

3. Vorsatz

A und M handelten auch vorsätzlich.

4. Ausnutzungsabsicht

A und M müssten auch in der Absicht gehandelt haben, die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung (§ 253 StGB) auszunutzen.

Da A und M nicht vorhatten, einen Dritten mit in die Tat hineinzuziehen, kommt also eine Ausnutzungsabsicht allenfalls in der Variante in Betracht, dass A und M "die Sorge des Opfers (K) um sein Wohl" ausnutzen wollten. Der Tatbestand des § 239a I 1. Fall StGB bedarf jedoch in solchen Zweipersonenverhältnissen einer teleologischen Reduktion (BGHSt 39, 36, 41 f.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 355a). Insofern ist nämlich zu beachten, dass ohne eine solche Einschränkung in vielen Fällen des Raubes und der räuberischen Erpressung gleichzeitig ein Fall des erpresserischen Menschenraubes vorläge, weil in der für § 249 I StGB bzw. §§ 253 I, 255 StGB erforderlichen qualifizierten Gewalt oder Drohung auch meist ein Sichbemächtigen läge. bei einer uneingeschränkten Anwendung von § 239a I StGB neben §§ 249 I; 253 I, 255 StGB würden Raub und räuberische Erpressung, obwohl diese eigentlich in solchen Konstellationen die typischeren Delikte darstellen, wegen der hohen Mindeststrafe des erpresserischen Menschenraubes letztlich völlig an Bedeutung verlieren. Deshalb kann der Tatbestand des § 239a StGB hier nicht uneingeschränkt anzuwenden sein, sondern bedarf einer teleologischen Reduktion. Bei der Durchführung dieser Reduktion ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 239 a I 1. Fall StGB um ein unvollkommen zweiaktiges Delikt handelt (BGH, NJW 1995, 471; Fischer, § 239a Rn. 7; Krey/Hellman, BT II, Rn. 335d). Neben dieser Deliktsstruktur spricht auch der Wortlaut der Norm ("auszunutzen") dafür, dass § 239a I 1. Fall StGB in Zweipersonenverhältnissen nur in den Fällen einer "stabilisierten Zwangslage" anzuwenden sei. Eine solche ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Täter vorhat, nach Schaffung der Zwangslage des Opfers (durch das Entführen oder Sichbemächtigen, den ersten Teilakt) erst eine gewisse Zeit zu warten, bevor er dann diese Zwangslage zu

einer Erpressung ausnutzt (der zweite Teilakt).

Im vorliegenden Fall haben sich A und M des K insbesondere dadurch bemächtigt, dass sie ihm einen abgebrochenen Schraubendreher in den Rücken drückten (s.o.). Diese Handlung stellt jedoch auch gleichzeitig die Drohung im Rahmen des von den Tätern geplanten Vermögensdeliktes (§ 249 I StGB bzw. §§ 253 I, 255 StGB) dar (s.o.), sodass keine Stabilisierung der Zwangslage eintreten konnte. Aufgrund der erforderlichen teleologischen Reduktion ist § 239a I 1. Fall StGB im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

II. Ergebnis

A und M sind nicht strafbar gem. §§ 239a I 1. Fall, 25 II StGB.

D. Strafbarkeit gem. §§ 239b I 1. Fall, 25 II StGB

Aus denselben Gründen scheidet auch eine Strafbarkeit gem. §§ 239b I 1. Fall, 25 II StGB aus, da dieser Tatbestand aufgrund der insofern identischen Struktur als unvollkommen zweiaktiges Delikt in Zweipersonenverhältnissen ebenso teleologisch zu reduzieren ist wie § 239a I 1. Fall StGB.

E. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB; §§ 246 I, 25 II StGB; §§ 240 I, 25 II StGB; §§ 241, 25 II StGB; 239 I, 25 II StGB

Die mitverwirklichten Delikte des mittäterschaftlichen Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB, der mittäterschaftlichen Unterschlagung, §§ 246 I, 25 II StGB, der mittäterschaftlichen Nötigung, §§ 240 I, 25 II, der mittäterschaftlichen Bedrohung, §§ 241, 25 II StGB und der mittäterschaftlichen Freiheitsberaubung, §§ 239 I, 25 II StGB, sind bei einem besonders schweren Raub notwendigerweise oder zumindest regelmäßig mit verwirklicht, sodass sie hinter §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB zurücktreten.

F. Gesamtergebnis

A und M sind strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB.