

Öffentliches Recht

Standort: Unionsrecht

Problem: Glücksspielverbot

EUGH, URTEIL VOM 08.09.2010
C-316/07 U.A. (EuZW 2010, 760)

Problemdarstellung:

Das staatliche Glücksspielmonopol in Deutschland hat in den letzten Jahren wiederholt die Fachgerichte, das BVerfG und den EuGH beschäftigt. Die privaten Anbieter und Vermittler von Glücksspielen - unter ihnen insbesondere die Gruppe der Sportwettenanbieter - fühlen sich durch das (faktische) staatliche Glücksspielmonopol in Deutschland in ihren Grundrechten aus dem GG und ihren Grundfreiheiten aus dem AEU-Vertrag verletzt. Sie monieren vor allem zweierlei: Erstens gehe es dem Staat bei seinem Glücksspielmonopol nicht - wie vorgeschoben werde - um die Bekämpfung von Spielsucht, sondern allein oder jedenfalls ganz vorrangig um Einnahmenerzielung. Das zeige schon das widersprüchliche staatliche Verhalten, dass nämlich der Staat für seine Glücksspiele (Lotto etc.) selbst intensiv Werbung betreibe, also eben das fördere, was er zu bekämpfen vorgebe. Zweitens könne es nicht sein, dass in Deutschland das Anbieten von Dienstleistungen verboten sei, die in anderen EU-Mitgliedsstaaten erlaubt und lizenziert seien.

Mit diesen Rügen fanden die Sportwettenanbieter und -vermittler vor dem VG Gießen und dem VG Stuttgart Gehör. Die Gerichte setzten anhängige Klageverfahren gegen Verbotsverfügungen aus und legten dem EuGH die Fragen vor, ob das staatliche Glücksspielmonopol in Deutschland sich noch mit der Bekämpfung von Spielsuchtgefahren rechtfertigen lasse, obwohl - Frage 1 - der Staat selbst in weitem Umfang Glücksspiele veranstalte bewerbe, und - Frage 2 - in anderen EU-Mitgliedsstaaten auch private Anbieter lizenziert werden.

Der EuGH erteilte der BRD mit seiner vorliegenden Entscheidung einen Denkkzettel. Angesichts der umfangreichen Veranstaltung und Bewerbung von Glücksspielen durch den Staat könne in Deutschland von einem kohärenten Schutzkonzept zur Vermeidung von Spielsuchtgefahren keine Rede mehr sein. Deshalb lasse sich auch die damit verbundene Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht mehr rechtfertigen. Wörtlich heißt es:

“Die vorliegenden Gerichte [können] berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass das der Er-

richtung dieses Monopols zugrunde liegende Ziel, [...] Spielsucht zu bekämpfen, [in Deutschland] nicht mehr wirksam verfolgt wird, so dass es im Hinblick auf die Art. 43 EG und 49 EG auch nicht mehr gerechtfertigt werden kann.”

Allerdings spiele es keine Rolle, ob und in welchem Umfang in anderen EU-Staaten private Glücksspiele zugelassen seien, denn die Art der Spiele und das Schutzkonzept der einzelnen Staaten sei so unterschiedlich, dass eine Vergleichbarkeit ausscheide, so dass schon allein aus diesem Grund von einer willkürlich-diskriminierenden Ungleichbehandlung nicht die Rede sein könne.

Prüfungsrelevanz:

Das Thema “Glücksspielmonopol” wird die Fachpresse und die allgemeine Öffentlichkeit noch eine Weile beschäftigen. Es bietet sich für juristische Prüfungsaufgaben an, weil neben den unionsrechtlichen Bezügen auch nationales Recht abgeprüft werden kann, namentlich Grundrechte (vgl. hierzu die BVerfG-Entscheidungen in den Vertiefungshinweisen zum Verstoß des Bayerischen Staatslotteriegengesetzes gegen Art. 12 I 1 GG).

Der EuGH prüft in seiner Entscheidung übrigens sowohl die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 43 als auch die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 EG a.F. (jetzt: Art. 49, 56 AEUV). Welche von beiden betroffen sei, hänge vom konkreten Fall ab. Ginge es um die Niederlassung von im Ausland lizenzierten Anbietern in Deutschland, sei die Niederlassungsfreiheit betroffen; ginge es um das Veranstalten oder Vermitteln von Sportwetten durch deutsche Unternehmen in Deutschland über das Internet (oder auf anderem Wege auch an EU-Bürger im Ausland), tendiert das Gericht eher zur Dienstleistungsfreiheit. Da der EuGH mehrere Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung verbunden hatte, in denen sowohl das eine wie das andere streitgegenständlich war, prüfte der EuGH beides.

Das Gericht beschränkte sich zur Schutzbereichsbeurteilung ohnehin auf einen knappen, bejahenden Ergebnissatz. Der Schwerpunkt der Entscheidungsgründe liegt ganz eindeutig auf der Rechtfertigung der Beschränkung. Diese ist für Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch den Verweis in Art. 55 EG a.F. (jetzt: Art. 62 AEUV) identisch. Im Ergebnis

läuft es immer auf dasselbe hinaus: Die Vermeidung von Spielsuchtgefahren ist ein legitimer Zweck, der Einschränkungen der Grundrechte und Grundfreiheiten der Betroffenen rechtfertigen kann, nicht jedoch das staatliche Interesse an der Erzielung von Einnahmen (auch nicht, wenn diese für gemeinnützige Zwecke verwendet werden). Mit der Ansicht, dass ein kohärentes Suchtschutzkonzept in Deutschland nicht mehr erkennbar sei, steht der EuGH auch nicht allein: Entsprechendes hatte das BVerfG bereits 2006 zum Bayerischen Staatslotteriegesez gesagt (*BVerfG*, NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248 - freilich nicht zu EU-Grundfreiheiten, sondern zu Art. 12 I 1 GG).

Übrigens hat der EuGH auch entschieden, dass die unionsrechtswidrigen Normen des nationalen Rechts auch für eine Übergangszeit nicht mehr angewendet werden dürfen (EuGH, DVBl 2010, 1298). Ob dies nun zu einer Öffnung des Marktes für private Anbieter führt, darf allerdings bezweifelt werden. Schon eher ist absehbar, dass der Staat sein Konzept überdenken, namentlich seine Werbung für Glücksspiele zurückfahren und Aufklärung und Warnung vor Glücksspielgefahren intensivieren wird.

Vertiefungshinweise:

Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Staatslotteriegesez: *BVerfG*, NJW 2006, 1261 = RA 2006, 248; *BVerwG*, RA 2006, 687 = NVwZ 2006, 1175; *BVerwGE* 114, 92; *BayVGH*, GewArch 2001, 65; *VG München*, SpuRt 2001, 208

Zulässigkeit staatlicher Wettspielmonopole im Lichte des Europarechts: *EuGH*, GewArch 2000, 19; RA 2004, 69 = NVwZ 2004, 87; DVBl 2010, 1298

Schließung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes: *VG Gießen*, RA 1999, 371 = NJW 1999, 1800

Kursprogramm:

Examenskurs : "Ausgespielt"

Examenskurs : "Laserdrome"

Leitsätze:

1. Die Art. 43 EG und 49 EG sind wie folgt auszulegen:

a) Um ein staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art mit dem Ziel rechtfertigen zu können, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, müssen die betreffenden nationalen Behörden nicht unbedingt in der Lage sein, eine vor Erlass der genannten Maßnahme durchgeführte Untersuchung vorzulegen, die ihre Verhältnismäßigkeit belegt.

b) Der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein solches

Monopol einem Erlaubnissystem vorzieht, nach dem privaten Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde, kann dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen, soweit, unter dem Aspekt des Ziels eines hohen Verbraucherschutzniveaus, die Errichtung des Monopols mit der Einführung eines normativen Rahmens einhergeht, der dafür sorgt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, ein solches Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.

c) Der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats auf gewisse Schwierigkeiten stoßen könnten, die Beachtung eines solchen Monopols durch im Ausland ansässige Veranstalter von Spielen und Wetten sicherzustellen, die unter Verstoß gegen das Monopol über das Internet Wetten mit Personen im örtlichen Zuständigkeitsbereich dieser Behörden abschließen, ist als solcher nicht dazu angetan, die eventuelle Vereinbarkeit eines solchen Monopols mit den genannten Bestimmungen des Vertrags zu beeinträchtigen.

d) Stellt ein nationales Gericht sowohl fest, –dass die Werbemaßnahmen des Inhabers eines solchen Monopols für andere, ebenfalls von ihm angebotene Arten von Glücksspielen nicht auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum Angebot des Monopolinhabers hinzulenken und sie damit von anderen, nicht genehmigten Zugangskanälen zu Spielen wegzuführen, sondern darauf abzielen, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und sie zwecks Maximierung der aus den entsprechenden Tätigkeiten erwarteten Einnahmen zu aktiver Teilnahme am Spiel zu stimulieren, als auch,

–dass andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden dürfen, als auch,

–dass in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotenzial als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebots-erweiterung betreiben oder dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren,

so kann es berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spiel-

sucht zu bekämpfen, dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.

2. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin gehend auszulegen, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts der Umstand, dass ein Veranstalter in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, über eine Erlaubnis für das Anbieten von Glücksspielen verfügt, es einem anderen Mitgliedstaat nicht verwehrt, unter Beachtung der Anforderungen des Unionsrechts die Möglichkeit für solche Veranstalter, derartige Dienstleistungen den Verbrauchern in seinem Hoheitsgebiet anzubieten, vom Besitz einer von seinen eigenen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig zu machen.

Sachverhalt:

[14] Herr Stoß, Avalon und Herr Happel verfügen jeweils über ein im Wetteraukreis (Land Hessen) in Deutschland gelegenes Geschäftslokal, in dem sie u. a. Sportwetten vermitteln (Wettannahme, Entgegennahme der Einsätze und Auszahlung der Gewinne). Die beiden Erstgenannten tun dies für Rechnung der Happybet Sportwetten GmbH (im Folgenden: Happybet Österreich) mit Sitz in Klagenfurt (Österreich), der Drittgenannte für Rechnung der Happy Bet Ltd (im Folgenden: Happy Bet UK) mit Sitz in London (Vereinigtes Königreich).

[15] Happybet Österreich verfügt über eine von der Landesregierung des Bundeslands Kärnten erteilte Bewilligung zum Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen in der Region Klagenfurt. Happy Bet UK verfügt ebenfalls über eine Erlaubnis, die von der zuständigen Behörde des Vereinigten Königreichs erteilt wurde.

[16] Mit Verfügungen vom 11. Februar 2005, 18. August 2006 und 21. August 2006 untersagte die Ordnungsbehörde des Wetteraukreises Herrn Happel, Herrn Stoß und Avalon, in ihren Geschäftslokalen Sportwetten für andere Veranstalter als die Hessische Lotterieverwaltung abzuschließen oder dafür zu werben oder Einrichtungen für den Abschluss solcher Wetten und die Werbung dafür bereitzustellen. Weder die Betroffenen noch die Wettveranstalter, für die sie tätig würden, verfügten nämlich über eine ihre Tätigkeit gestattende Erlaubnis des Landes Hessen. Sie hätten zudem weder eine solche Erlaubnis beantragt noch versucht, über eine Klage eine rechtliche Klärung herbeizuführen. Nach den genannten Verfügungen waren die mit ihnen untersagten Tätigkeiten bei Meidung eines Zwangsgelds in Höhe von 10 000 Euro innerhalb einer Frist von sieben Tagen einzustellen.

[17] Der von Herrn Happel gegen die Verfügung vom 11. Februar 2005 eingelegte Widerspruch wurde am

20. Februar 2007 zurückgewiesen. Die Widersprüche von Herrn Stoß und von Avalon gegen die Verfügungen vom 18. und 21. August 2006 wurden am 8. Dezember 2006 zurückgewiesen.

[18] Herr Stoß, Herr Happel und Avalon erhoben vor dem Verwaltungsgericht Gießen Aufhebungsklagen gegen die damit bestätigten Verfügungen, weil diese gegen die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr verstießen. Das Sportwettenmonopol, auf das sich die streitigen Entscheidungen stützten, laufe nämlich den Art. 43 EG und 49 EG zuwider. Happybet Österreich und Happy Bet UK verfügten außerdem in dem Mitgliedstaat, dem sie angehörten, über die zur Veranstaltung von Sportwetten erforderlichen Genehmigungen, und derartige Genehmigungen müssten von den deutschen Behörden anerkannt werden. [...]

[27] In Anbetracht dessen hat das Verwaltungsgericht Gießen beschlossen, die Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof im Rahmen jeder der drei bei ihm anhängigen Rechtssachen folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele wie z. B. Sportwetten entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt, insbesondere weil die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an anderen Glücksspielen – wie staatlichen Lotterien und Kasinospielen – ermuntern, und ferner andere Spiele mit gleichem oder höherem mutmaßlichen Suchtgefährdungspotential – wie Wetten auf bestimmte Sportereignisse (wie Pferderennen) und Automatenspiel – von privaten Dienstleistungsanbietern erbracht werden dürfen?

2. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass durch dafür berufene staatliche Stellen der Mitgliedstaaten ausgestellte Genehmigungen der Veranstaltung von Sportwetten, die nicht auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt sind, den Inhaber der Genehmigung wie auch von ihm beauftragte Dritte berechtigen, auch im Bereich der anderen Mitgliedstaaten ohne zusätzlich erforderliche nationale Genehmigungen die jeweiligen Angebote zum Abschluss von Verträgen anzubieten und durchzuführen?

[Anm. d. Red.: In Parallelverfahren in Baden-Württemberg hat das VG Stuttgart ebenfalls Klageverfahren der Vermittler von Sportwetten gegen die gegen sie ergangenen Untersagungsverfügungen ausgesetzt und den EuGH um Vorabentscheidung zur Frage der Vereinbarkeit der nationalen Glücksspielnormen mit

Unionsrecht ersucht. Die Vorlagefragen waren nahezu wörtlich identisch mit denen des VG Gießen. Der EuGH hat die beiden Verfahren daher miteinander verbunden und gemeinsam entschieden.]

Aus den Gründen:

I. Teil: Erste Frage

[66] Die vorliegenden Gerichte [möchten] mit ihrer ersten Frage wissen, ob die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen sind, dass sie regionalen staatlichen Sportwettenmonopolen wie den in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, wenn mit diesen Monopolen das Ziel verfolgt wird, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen. [...]

A. Zur Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

[55] Die niederländische Regierung und die Kommission haben Zweifel an der Relevanz der Bezugnahme auf Art. 43 EG in den Vorlagefragen geäußert und geltend gemacht, dass auf Sachverhalte, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede stünden, allein Art. 49 EG Anwendung finde.

I. Sportwettenvermittlung als Dienstleistung

[56] Dazu ist darauf hinzuweisen, dass Tätigkeiten, die darin bestehen, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Geldspiel zu ermöglichen, nach ständiger Rechtsprechung Dienstleistungen im Sinne von Art. 49 EG darstellen (vgl. u. a. Urteile vom 24. März 1994, Schindler, C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Randnr. 25, und vom 21. Oktober 1999, Zenatti, C-67/98, Slg. 1999, I-7289, Randnr. 24). Gleiches gilt für die Werbung für Geldspiele und ihre Vermittlung, da eine solche Tätigkeit nur eine konkrete Einzelheit der Veranstaltung und des Ablaufs der Spiele darstellt, auf die sie sich bezieht (vgl. u. a. Urteil Schindler, Randnrn. 22 und 23).

[57] Leistungen wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden können somit in den Anwendungsbereich von Art. 49 EG fallen, sobald – wie es in den Ausgangsverfahren der Fall ist – wenigstens einer der Leistungsanbieter in einem anderen Mitgliedstaat als dem niedergelassen ist, in dem die Leistung angeboten wird (vgl. u. a. Urteil Zenatti, Randnr. 24), es sei denn, dass Art. 43 EG Anwendung findet.

II. Niederlassungsfreiheit

[58] In Bezug auf Art. 43 EG ist darauf hinzuweisen, dass nach dieser Vorschrift Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einschließlich Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesell-

schaften verboten sind (vgl. Urteil Gambelli u. a., Randnr. 45).

[59] Insoweit geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass der Begriff der Niederlassung ein sehr weiter Begriff ist, der die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird (vgl. u. a. Urteil vom 30. November 1995, Gebhard, C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 25). Die Aufrechterhaltung einer ständigen Präsenz in einem Mitgliedstaat durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen kann daher den Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit unterliegen, auch wenn diese Präsenz nicht die Form einer Zweigniederlassung oder einer Agentur angenommen hat, sondern lediglich durch ein Büro wahrgenommen wird, das gegebenenfalls von einer Person geführt wird, die zwar unabhängig, aber beauftragt ist, auf Dauer für dieses Unternehmen wie eine Agentur zu handeln (vgl. Urteil vom 4. Dezember 1986, Kommission/Deutschland, 205/84, Slg. 1986, 3755, Randnr. 21).

[60] Für den Bereich der Spiele und Wetten hat der Gerichtshof im Urteil Gambelli u. a. dargelegt, dass Art. 43 EG auf eine Situation Anwendung findet, in der ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat über eine Präsenz verfügt, die ihren konkreten Niederschlag im Abschluss von Geschäftsverträgen mit Wirtschaftsteilnehmern oder Vermittlern über die Errichtung von Datenübertragungszentren findet, die den Benutzern elektronische Mittel zur Verfügung stellen, Wettabsichten sammeln und registrieren und sie diesem Unternehmen übermitteln. Soweit ein Unternehmen der Tätigkeit des Sammelns von Wetten durch Vermittlung einer entsprechenden Organisation von Agenturen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nachgeht, stellen die diesen Agenturen auferlegten Beschränkungen ihrer Tätigkeit Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit dar (vgl. Urteile Gambelli u. a., Randnrn. 14 und 46, sowie Placanica u. a., Randnr. 43).

III. Subsumtion

[61] In den Ausgangsrechtsstreitigkeiten lässt sich anhand der Angaben in den Vorlageentscheidungen zu den Beziehungen zwischen den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern, die Sportwetten veranstalten, und den Wirtschaftsteilnehmern, die Parteien der Rechtsstreitigkeiten sind und die entsprechenden Wetten in den beiden betreffenden Bundesländern vertreiben, weder bejahen noch ausschließen, dass die letztgenannten Wirtschaftsteilnehmer als

von den erstgenannten geschaffene Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen oder Agenturen im Sinne von Art. 43 EG anzusehen sind. [...]

[65] Angesichts der vorstehenden Ausführungen sind die Vorlagefragen sowohl anhand von Art. 43 EG als auch anhand von Art. 49 EG zu prüfen.

B. Beschränkung der Schutzbereiche

[68] Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass feststeht, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende eine Beschränkung des in Art. 49 EG verbürgten freien Dienstleistungsverkehrs oder alternativ der in Art. 43 EG verbürgten Niederlassungsfreiheit darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Randnr. 52).

C. Rechtfertigung

[69] Im vorliegenden Fall ist allerdings im Hinblick auf die entsprechenden Zweifel der vorlegenden Gerichte zu prüfen, ob eine solche Beschränkung in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteil Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Randnr. 55). [...]

I. Gesetze zur Prävention von Spielsucht als taugliche Schranke

[74] Dazu ist einleitend darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof zu den gegebenenfalls zulässigen Rechtfertigungen innerstaatlicher Maßnahmen, mit denen der freie Dienstleistungsverkehr oder die Niederlassungsfreiheit eingeschränkt wird, dargelegt hat, dass sich die Ziele, die mit den im Spiel- und Wettbereich erlassenen nationalen Rechtsvorschriften verfolgt werden, bei einer Gesamtbetrachtung meist auf den Schutz der Empfänger der jeweiligen Dienstleistungen und, allgemeiner, der Verbraucher sowie auf den Schutz der Sozialordnung beziehen. Der Gerichtshof hat ferner hervorgehoben, dass solche Ziele zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, die Eingriffe in den freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen können (vgl. u. a. Urteile Schindler, Randnr. 58, vom 21. September 1999, Läärä u. a., C-124/97, Slg. 1999, I-6067, Randnr. 33, Zenatti, Randnr. 31, vom 11. September 2003, Anomar u. a., C-6/01, Slg. 2003, I-8621, Randnr. 73, und Placanica u. a., Randnr. 46).

[75] Dabei hat der Gerichtshof insbesondere anerkannt, dass auf dem Gebiet der Spiele und Wetten, die, wenn im Übermaß betrieben, sozialschädliche Folgen haben, nationale Rechtsvorschriften gerechtfertigt sein können, die darauf abzielen, eine Anregung der Nachfrage zu vermeiden und vielmehr die Ausnutzung der Spielleidenschaft der Menschen zu

begrenzen (Urteile Schindler, Randnrn. 57 und 58, Läärä u. a., Randnrn. 32 und 33, sowie Zenatti, Randnrn. 30 und 31).

[76] In diesem Kontext hat der Gerichtshof im Übrigen wiederholt hervorgehoben, dass die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die mit Spielen und Wetten einhergehenden sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen können, im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben (vgl. u. a. Urteile Placanica u. a., Randnr. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Randnr. 57).

II. Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke

[77] Auch wenn es den Mitgliedstaaten somit freisteht, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, müssen die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen gleichwohl den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen (vgl. Urteil Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Randnr. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung). [...]

1. Geeignetheit

[79] Was insbesondere die Errichtung staatlicher Monopole betrifft, hat der Gerichtshof bereits anerkannt, dass ein nationales System, das eine begrenzte Erlaubnis von Geldspielen im Rahmen von – bestimmten Einrichtungen gewährten oder zur Konzession erteilten – besonderen oder Ausschließlichkeitsrechten vorsieht, was insbesondere den Vorteil bietet, die Spiel lust und den Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen zu lenken, zur Verwirklichung der oben genannten, im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung dienen kann (vgl. u. a. Urteile Zenatti, Randnr. 35, und Anomar u. a., Randnr. 46).

2. Erforderlichkeit

a. Einschätzungsprärogative der Mitgliedsstaaten

[74] Er hat ferner klargestellt, dass die Entscheidung über die Frage, ob es zur Erreichung dieser Ziele besser wäre, eine Regelung mit den erforderlichen Auflagen für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu erlassen, statt einer zugelassenen Einrichtung der öffentlichen Hand ein ausschließliches Betriebsrecht zu gewähren, im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, jedoch unter dem Vorbehalt, dass die getroffene Wahl im Hinblick auf das angestrebte Ziel nicht unverhältnis-

mäßig erscheint (Urteil Läärä u. a., Randnr. 39). [...] [80] Dazu ist allerdings hervorzuheben, dass angesichts des Ermessens, über das die Mitgliedstaaten bei der Entscheidung darüber verfügen, welches Niveau des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung sie im Glücksspielsektor gewährleisten wollen, insbesondere nicht verlangt wird, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaats erlassene restriktive Maßnahme im Hinblick auf das Kriterium der Verhältnismäßigkeit einer von allen Mitgliedstaaten geteilten Auffassung in Bezug auf die Modalitäten des Schutzes des fraglichen berechtigten Interesses entspricht (vgl. entsprechend Urteil vom 28. April 2009, Kommission/Italien, C-518/06, Slg. 2009, I-3491, Randnrn. 83 und 84).

[81] Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist anzuerkennen, dass die Behörden eines Mitgliedstaats im Rahmen des ihnen insoweit zukommenden Wertungsspielraums Grund zu der Annahme haben können, dass es ihnen die Gewährung exklusiver Rechte an eine Einrichtung der öffentlichen Hand, die hinsichtlich ihrer Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht untersteht, oder einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen können, erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das legitime Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksamer zu verfolgen, als es bei einem Erlaubnissystem der Fall wäre, nach dem Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde (vgl. in diesem Sinne Urteile Läärä u. a., Randnrn. 40 bis 42, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Randnrn. 66 und 67, sowie vom 3. Juni 2010, Sporting Exchange, C-203/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 59). [...]

b. Für staatliches Monopol allerdings kohärenter gesetzlicher Rahmen erforderlich

[83] Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus rechtfertigen lässt, mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen. [...]

c. Subsumtion für deutsches Sportwettenmonopol

[90] [Die vorlegenden Gerichte] haben [...] Zweifel daran, ob staatliche Monopole wie die in den Aus-

gangsverfahren in Rede stehenden Sportwettenmonopole, die zur Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen und zur Bekämpfung der Spielsucht errichtet wurden, angesichts der Art der Vermarktung anderer Arten von Glücksspielen dazu beitragen können, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. [...]

aa. Keine Inkohärenz allein wegen unterschiedlicher Regelungen in verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten

[93] Der Gerichtshof hat [bereits] darauf hingewiesen, dass im Bereich der Glücksspiele grundsätzlich gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen ist, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des Ziels oder der Ziele zu gewährleisten, die von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich ist (Urteil Placanica u. a., Randnr. 49).

[94] In den Randnrn. 50 bis 52 des Urteils Schindler, das zu einer Regelung eines Mitgliedstaats ergangen ist, mit der Lotterien verboten wurden, hat der Gerichtshof u. a. ausgeführt, dass andere in dem entsprechenden Mitgliedstaat weiterhin zugelassene Geldspiele wie Fußballtoto oder das Spiel „Bingo“, auch wenn es bei ihnen zu Einsätzen in einer Höhe kommen kann, die mit denen bei Lotterien vergleichbar sind, und der Zufall bei ihnen eine bedeutende Rolle spielt, sich hinsichtlich ihres Gegenstands, ihrer Regeln sowie der Einzelheiten ihrer Durchführung doch von den großen Lotterien in anderen Mitgliedstaaten unterscheiden. Er hat daraus den Schluss gezogen, dass die Lage bei diesen anderen Spielen nicht mit der bei den Lotterien vergleichbar ist, die durch die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats verboten wurden, und dass sie diesen nicht gleichgestellt werden können.

[95] Wie alle Regierungen, die Erklärungen beim Gerichtshof abgegeben haben, hervorgehoben haben, steht nämlich fest, dass die verschiedenen Arten von Glücksspielen erhebliche Unterschiede aufweisen können, u.a. hinsichtlich der konkreten Modalitäten ihrer Veranstaltung, des Umfangs der für sie kennzeichnenden Einsätze und Gewinne, der Zahl potenzieller Spieler, die an ihnen teilnehmen können, ihrer Präsentation, ihrer Häufigkeit, ihrer kurzen Dauer oder ihrem sich wiederholenden Charakter, der bei den Spielern hervorgerufenen Reaktionen oder, wie insbesondere der Generalanwalt in Nr. 75 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, danach, ob sie, wie es bei den in Spielbanken angebotenen Spielen und den dort oder in anderen Einrichtungen aufgestellten Geldspielautomaten der Fall ist, die körperliche Anwesenheit des Spielers erfordern oder nicht.

[96] Daher kann der Umstand, dass von verschiedenen

Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen, dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. Derart divergierende rechtliche Regelungen ändern nämlich als solche nichts an der Eignung eines solchen staatlichen Monopols zur Verwirklichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen.

bb. Inkohärenz der nationalen Regelungen in Deutschland

[99] Wie der Gerichtshof zu diesen verschiedenen Aspekten bereits im Urteil Gambelli u. a. (Randnrn. 7, 8 und 69) entschieden hat, können sich die Behörden eines Mitgliedstaats, soweit sie den Verbrauchern Anreize geben und sie dazu ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, nicht auf die öffentliche Sozialordnung mit der aus ihr folgenden Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, berufen, um restriktive Maßnahmen zu rechtfertigen, auch wenn diese sich wie in jener Rechtsache ausschließlich auf Wetttätigkeiten beziehen.

[100] Hier haben die vorlegenden Gerichte nach einem Hinweis darauf, dass Pferdewetten und Automaten Spiele von privaten Veranstaltern mit einer Erlaubnis betrieben werden könnten, auch festgestellt, dass zum einen der Inhaber des staatlichen Monopols auf Sportwetten in Bezug auf die ebenfalls dem Monopol unterliegenden Lotteriespiele intensive Werbekampagnen durchführe, in denen der Finanzierungsbedarf sozialer, kultureller oder sportlicher Aktivitäten herausgestellt werde, denen die erzielten Gewinne zugute kämen, und so den Anschein erwecke, dass die Maximierung der diesen Aktivitäten zugeordneten Gewinne zu einem eigenständigen Ziel der fraglichen restriktiven Maßnahmen werde.

(1). Weitgehende staatliche Werbung für Glücksspiele (Lotto) etc. steht im Widerspruch zur Bekämpfung von Spielsuchtgefahren durch staatliche Monopole

Zum anderen haben die genannten Gerichte festgestellt, dass die zuständigen Behörden in Bezug auf Kasino- und Automaten Spiele, obwohl diese ein höheres Suchtpotenzial aufwiesen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben oder duldeten. Das Angebot neuer Kasinospielmöglichkeiten im Internet werde nämlich von diesen Behörden geduldet, während die Bedingungen für den Betrieb von Automaten Spielen in anderen Einrichtungen als Spielban-

ken, etwa in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben, unlängst erheblich gelockert worden seien.

[101] Insoweit hat der Gerichtshof zwar in Bezug auf das von einem nationalen Gesetzgeber verfolgte Ziel, einer Ausnutzung von Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen, entschieden, dass eine Politik der kontrollierten Expansion dieser Tätigkeiten mit dem Ziel in Einklang stehen kann, sie in kontrollierbare Bahnen zu lenken, indem Spielern, die verbotenen geheimen Spiel- oder Wettstätigkeiten nachgehen, ein Anreiz gegeben wird, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Zur Erreichung dieses Ziels ist es nämlich erforderlich, dass die Veranstalter, die über eine Erlaubnis verfügen, eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit darstellen, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken implizieren kann (vgl. Urteil Placanica u. a., Randnr. 55).

[102] Wie der Generalanwalt in Nr. 61 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, können solche Erwägungen grundsätzlich auch dann Anwendung finden, wenn mit den innerstaatlichen restriktiven Maßnahmen ein Ziel des Verbraucherschutzes – Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen und Bekämpfung der Spielsucht – verfolgt wird, und zwar insbesondere in dem Sinne, dass eine gewisse Werbung vorbehaltlich der in den Randnrn. 97 bis 99 des vorliegenden Urteils angeführten Erfordernisse gegebenenfalls dazu beitragen kann, die Verbraucher zu dem Angebot des Inhabers des staatlichen Monopols zu lenken, bei dem davon auszugehen ist, dass es gerade so eingerichtet und ausgestaltet wurde, dass das genannte Ziel wirksamer verfolgt wird.

[103] Wie der Generalanwalt jedoch in Nr. 61 seiner Schlussanträge weiter dargelegt hat, kommt es insoweit darauf an, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Hingegen darf eine solche Werbung insbesondere nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost oder ihm ein positives Image verliehen wird, das daran anknüpft, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden, oder indem die Anziehungskraft des Spiels durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne vorspiegeln.

(2). Keine Rechtfertigung durch gemeinnützige Verwendung der Einnahmen

[104] Soweit in den vom Inhaber des Monopols durch-

geführten Werbekampagnen für Lotterierprodukte der Umstand herausgestellt wird, dass die Einnahmen aus dem Vertrieb dieser Produkte für die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten verwendet werden, ist zudem erstens darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung zwar nicht gleichgültig ist, dass Geldspiele in erheblichem Maß zur Finanzierung solcher Aktivitäten beitragen können, dies allein aber nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden kann. Deren Zulässigkeit setzt nämlich insbesondere voraus, dass die Finanzierung solcher sozialer Aktivitäten nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist, was das nationale Gericht zu überprüfen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Zenatti, Randnrn. 36 und 37).

[105] Da das Verwaltungsgericht Stuttgart im Übrigen hervorgehoben hat, dass nach dem Abzug, den die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rechtsvorschriften zugunsten der dafür in Frage kommenden uneigennütigen Aktivitäten vorsähen, die darüber hinausgehenden Einnahmen in die öffentlichen Kassen fließen, und da sich ferner nicht ausschließen lässt, dass die finanzielle Unterstützung als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen es diesen erlaubt, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten zu entfalten, die normalerweise der Staat übernehmen müsste, so dass sich dessen Ausgaben verringern, ist zweitens darauf hinzuweisen, dass auch das Erfordernis, einen Rückgang der Steuereinnahmen zu vermeiden, nicht zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt, die eine Beschränkung einer vom Vertrag eingeräumten Freiheit rechtfertigen können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Januar 2009, Persche, C-318/07, Slg. 2009, I-359, Randnrn. 45 und 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

d. Ergebnis

[106] Nach alledem können die vorliegenden Gerichte auf der Grundlage der von ihnen getroffenen und in Randnr. 100 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Feststellungen berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass der Umstand, dass die

zuständigen Behörden in Bezug auf andere Glücksspiele als die, die dem in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden staatlichen Monopol unterliegen, eine Politik betreiben oder dulden, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, zur Folge hat, dass das der Errichtung dieses Monopols zugrunde liegende Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, mit ihm nicht mehr wirksam verfolgt werden kann, so dass es im Hinblick auf die Art. 43 EG und 49 EG auch nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

2. Teil: Zweite Frage

[108] Mit der zweiten in jeder der Rechtssachen gestellten Frage möchten die vorlegenden Gerichte wissen, ob die Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen sind, dass ein privater Veranstalter, dem in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, eine Erlaubnis zum Anbieten von Glücksspielen erteilt wurde, aufgrund dieser Erlaubnis die betreffenden Spiele auch in anderen Mitgliedstaaten anbieten darf, weil diese gegebenenfalls verpflichtet wären, die fragliche Erlaubnis anzuerkennen. [...]

[112] Angesichts dieses Wertungsspielraums und in Ermangelung jeglicher Harmonisierung des betreffenden Gebiets auf Gemeinschaftsebene kann es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse geben.

[113] Daraus folgt insbesondere, dass jeder Mitgliedstaat berechtigt bleibt, die Möglichkeit, den Verbrauchern in seinem Hoheitsgebiet Glücksspiele anzubieten, für alle daran interessierten Veranstalter vom Besitz einer von seinen zuständigen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig zu machen, ohne dass der Umstand, dass ein bestimmter Veranstalter bereits über eine in einem anderen Mitgliedstaat erteilte Erlaubnis verfügt, dem entgegenstehen kann. [...]

Standort: Art. 8 EMRK**Problem: Kündigung durch kirchlichen Arbeitgeber**

EGMR, URTEILE VOM 23.09.2010
425/03; 1620/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wurde 1959 in Straßburg von den Mitgliedsstaaten des Europarats errichtet, um die Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950 sicherzustellen. Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Europarat 1952 beigetreten und hat die EMRK am 5.12.1952 ratifiziert. Sie steht hierzulande im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.

Art. 8 EMRK gibt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Die Vorschrift lautet:

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

In den vom EGMR zu entscheidenden Fällen hatten kirchliche Arbeitgeber - namentlich die Mormonenkirche (Fall Obst) und die Katholische Kirche Deutschlands (Fall Schüth) - einem Arbeitnehmer wegen außerdienstlicher Vorgänge (Ehebruchs) fristlos gekündigt. Die Fachgerichte hatten die Kündigungen jeweils für rechtmäßig gehalten, auch das BVerfG hatte die Verfassungsbeschwerden der Betroffenen jeweils abschlägig beschieden. Diese wandten sich daraufhin an den EGMR und rügten eine Verletzung ihres Menschenrechts aus Art. 8 EMRK durch die Kündigungen sowie die sie bestätigenden Urteile.

Die Kündigung im Fall Obst durch die Mormonenkirche bestätigte der EGMR. Dabei ging das Gericht insbesondere auf die exponierte Stellung des Betroffenen innerhalb der Kirche ein, deren Sprecher für Europa er war. Es sei der Kirche nicht zumutbar gewesen, einen solchen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Die Kündigung im Fall Schüth hielt der EGMR hingegen für einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK. Hier habe keine exponierte Stellung vorgelegen (der Betroffene war Kirchenorganist), und der Kirche sei auch sonst in der Öffentlichkeit kein Schaden durch Ansehensverlust entstanden. Zudem sei es für den Betroffenen angesichts seines Alters und seiner Beschäftigung besonders schwer, eine andere Stelle zu finden.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil hat in der Presse hohe Wellen geschlagen und eignet sich insbesondere als Aufhänger für mündliche Prüfungen. Ist dort - oder auch in einer Klausur - ein Menschenrecht nach EMRK zu prüfen, sollte es wie ein deutsches Freiheitsgrundrecht gehandhabt werden, die Prüfung also in Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung unterteilt werden. Wie die nachstehenden Gründe zeigen, nimmt der EGMR in der Rechtfertigung des Eingriffs eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vor, ganz ähnlich einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das BVerfG.

Weil die EMRK - wie erwähnt - nur den Rang eines Bundesgesetzes innehat, können Verstöße allerdings nicht mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Die EMRK beinhaltet m.a.W. keine "Grundrechte" i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG. Jedoch ist die Bundesrepublik Deutschland mit allen Staatsgewalten und auf allen Ebenen verpflichtet, sich einem endgültigen Urteil des EGMR zu beugen. Dies ergibt sich aus Art. 46 EMRK ("Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen."). Ein endgültiges Urteil liegt allerdings noch nicht vor. Gemäß Artikel 43, 44 EMRK kann jede Partei innerhalb von drei Monaten nach der Urteilsverkündung durch die Kammer eine Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer beantragen. Liegt ein solcher Antrag vor, berät ein Ausschuss von fünf Richtern, ob die Rechtssache eine weitere Untersuchung verdient. Ist das der Fall, verhandelt die Große Kammer die Rechtssache und entscheidet durch ein endgültiges Urteil. Lehnt der Ausschuss den Antrag ab, wird das Kammerurteil rechtskräftig.

Die Kammerurteile liegen bisher übrigens nur in französischer Sprache vor. Nachstehend wiedergegeben ist daher die deutsche Pressemitteilung des Kanzlers des EGMR, welche Sachverhalt und Urteilsgründe nachvollziehbar zusammenfasst.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Kündigung nach Ehescheidung bzw. zweiter Ehe: *LAG Hannover*, NJW 1983, 2603; *BAG*, NJW 1981, 1228; *NJOZ* 2004, 144
- ❑ Aus der Literatur: *Mummenhoff*, NZA 1990, 585; *Richardi*, NZA 1994, 19
- ❑ "Burka"-Verbot als Verstoß gegen die EMRK: *Finke*, NVwZ 2010, 1127

Kursprogramm:

- ❑ *Examenskurs*: "Oben ohne"

Leitsatz (der Redaktion):

Ob eine Kündigung eines Mitarbeiters wegen dessen außerdienstlichen Verhaltens durch einen kirchlichen Arbeitgeber (hier: Mormonenkirche und Katholische Kirche Deutschlands) mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK vereinbar ist, ist unter umfassender Abwägung der widerstreitenden Interessen zu beurteilen.

Sachverhalt:

Beide Fälle betrafen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch einen kirchlichen Arbeitgeber wegen eines außerehelichen Verhältnisses des Arbeitnehmers. Der Gerichtshof befasste sich zum ersten Mal mit der Kündigung von Kirchenangestellten aufgrund von Handlungen, die dem Privatleben zuzuordnen sind.

A. Rechtssache Obst (EGMR 425/03)

Michael Obst ist deutscher Staatsbürger, 1959 geboren, und lebt in Neu-Anspach. Er wuchs als Mormone auf und heiratete 1980 diesem Glauben entsprechend. Nach einer Reihe von Tätigkeiten in der Mormonenkirche wurde er 1986 deren Gebietsdirektor Öffentlichkeitsarbeit für Europa. Anfang Dezember 1993 wandte er sich mit der Bitte um Rat an seinen zuständigen Seelsorger und vertraute ihm an, dass es mit seiner Ehe seit Jahren bergab gehe und er ein außereheliches Verhältnis mit einer anderen Frau gehabt habe; dem Rat des Seelsorgers folgend sprach er schließlich mit seinem Dienstvorgesetzten über die Angelegenheit. Dieser informierte ihn wenige Tage später über seine fristlose Kündigung. Herr Obst wurde später in einem internen Disziplinarverfahren exkommuniziert.

Herr Obst klagte vor dem Arbeitsgericht Frankfurt gegen seine Kündigung, die das Gericht mit Urteil vom Januar 1995 für ungültig erklärte. Das Landesarbeitsgericht Hessen bestätigte das Urteil zunächst, das Bundesarbeitsgericht hob es aber auf und verwies den Fall zurück. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts hatte Herr Obst die aus seinem Arbeitsvertrag resultierenden Pflichten verletzt. Das Gericht bezog sich außerdem auf ein Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juni 1985 zur Wirksamkeit von Kündigungen kirchlicher Mitarbeiter wegen der Verletzung von Loyalitätspflichten. Kirchliche Arbeitgeber hätten demnach das Recht, Arbeitsverhältnisse eigenständig zu regeln, Arbeitsgerichte seien allerdings an die religiösen und moralischen Maßstäbe der Kirchen nur insoweit gebunden, als diese nicht mit den Grundsätzen der Rechtsordnung in Konflikt stünden. Die von der Mormonenkirche geforderte Pflicht zur ehelichen Treue widerspreche der Rechtsordnung aber nicht, da der Ehe im deutschen Grundgesetz auch

eine herausragende Bedeutung zukomme. Die Kündigung sei für die Kirche notwendig gewesen, um ihre Glaubwürdigkeit zu bewahren, die angesichts von Herrn Obsts Verantwortlichkeiten als Gebietsdirektor Öffentlichkeitsarbeit für Europa in Frage gestanden habe. Im Übrigen sei die Kirche nicht verpflichtet gewesen, eine vorherige Abmahnung auszusprechen, da Herr Obst im Anbetracht seiner langjährigen Tätigkeit für die Kirche die Schwere seines Fehlverhaltens habe bewusst sein müssen. Nach der Zurückverweisung wies das Landesarbeitsgericht die Klage Herrn Obst im Januar 1998 ab.

Die Revision zum Bundesarbeitsgericht blieb erfolglos. Im Juni 2002 entschied das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf sein Grundsatzurteil vom 4. Juni 1985, die Verfassungsbeschwerde Herrn Obst nicht zur Entscheidung anzunehmen.

B. Rechtssache Schüth (EGMR 1620/03)

Bernhard Schüth ist deutscher Staatsbürger, 1957 geboren, und lebt in Essen. Er war seit Mitte der 1980er Jahre bei der katholischen Pfarrgemeinde St. Lambertus in Essen als Organist und Chorleiter angestellt, als er sich 1994 von seiner Frau trennte. Von 1995 an lebte er mit seiner neuen Partnerin zusammen. Nachdem seine Kinder im Kindergarten davon gesprochen hatten, dass Herr Schüth wieder Vater werden würde, führte der Dekan der Gemeinde im Juli 1997 zunächst ein Gespräch mit ihm. Wenige Tage später sprach die Gemeinde seine Kündigung mit Wirkung ab April 1998 aus, da er gegen die Grundordnung der Katholischen Kirche für den kirchlichen Dienst im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse verstoßen habe. Indem er außerhalb der von ihm geschlossenen Ehe mit einer anderen Frau zusammenlebte, die von ihm ein Kind erwartete, habe er nicht nur Ehebruch begangen, sondern sich auch der Bigamie schuldig gemacht.

Herr Schüth klagte vor dem Arbeitsgericht Essen gegen seine Kündigung, die das Gericht mit Urteil vom Dezember 1997 für ungültig erklärte. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf bestätigte das Urteil zunächst, aber das Bundesarbeitsgericht hob das Urteil auf und verwies den Fall zurück. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts hätte das Landesarbeitsgericht den Dekan der Gemeinde anhören müssen, um festzustellen, ob dieser in einem persönlichen Gespräch versucht hatte, Herrn Schüth zur Beendigung seines außerehelichen Verhältnisses zu bewegen. Wie im Fall Obst bezog sich das Gericht auf das Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts und unterstrich, dass die von der Katholischen Kirche geforderte Pflicht zur ehelichen Treue der Rechtsordnung nicht widerspreche.

Nach der Zurückverweisung wies das Landesarbeitsgericht die Klage Herrn Schüths im Februar 2000 ab. Es befand, dass der Dekan angesichts der Entschlos-

senheit Herrn Schüths, seine neue Beziehung aufrechtzuerhalten, berechtigterweise habe annehmen können, dass eine Abmahnung überflüssig sei. Nach Auffassung des Gerichts habe die Gemeinde Herrn Schüth nicht ohne den Verlust jeglicher Glaubwürdigkeit weiter beschäftigen können, da seine Tätigkeit in enger Verbindung mit der kirchlichen Mission gestanden habe.

Die Revision zum Bundesarbeitsgericht blieb erfolglos. Im Juli 2002 entschied das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf sein Grundsatzurteil vom 4. Juni 1985, die Verfassungsbeschwerde Herrn Schüths nicht zur Entscheidung anzunehmen.

Aus der Pressemitteilung:

In beiden Fällen hatte der Gerichtshof darüber zu befinden, ob die von den deutschen Arbeitsgerichten vorgenommene Abwägung zwischen dem Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 einerseits und den Konventionsrechten der Katholischen Kirche und der Mormonenkirche andererseits den Beschwerdeführern einen ausreichenden Kündigungsschutz gewährt hatte.

A. Rechtssache Obst (EGMR 425/03)

Der Gerichtshof stellte fest, dass die deutschen Arbeitsgerichte im Fall Obst alle wesentlichen Gesichtspunkte des Falls berücksichtigt und eine sorgfältige Abwägung der Interessen vorgenommen hatten. Sie hatten herausgestellt, dass die Mormonenkirche erst dadurch in die Lage versetzt war, Herrn Obst aufgrund von Ehebruch zu kündigen, dass er die Kirche aus eigener Initiative darüber informiert hatte. Nach Auffassung der deutschen Gerichte kam seine Kündigung einer notwendigen Maßnahme gleich, um die Glaubwürdigkeit der Kirche zu wahren, insbesondere angesichts seiner hervorgehobenen Position.

Weiterhin waren die Gerichte darauf eingegangen, warum die Kirche nicht verpflichtet war, eine vorherige Abmahnung auszusprechen, und sie hatten darauf hingewiesen, dass der Schaden für Herrn Obst durch die Kündigung, unter anderem in Anbetracht seines noch relativ jungen Alters, begrenzt war.

Die Tatsache, dass die deutschen Gerichte den Interessen der Mormonenkirche nach sorgfältiger Abwägung ein größeres Gewicht eingeräumt hatten als denen Herrn Obst, stand nicht an sich in Konflikt mit der Konvention. Der Gerichtshof fand die Schlussfolgerung der deutschen Gerichte nachvollziehbar, dass die Mormonenkirche Herrn Obst keine unannehmbaren Verpflichtungen auferlegt hatte. Da er als Mormone aufgewachsen war, war er sich darüber im Klaren gewesen, oder hätte es sein sollen, welche Bedeutung die eheliche Treue für seinen Arbeitgeber hatte und dass sein außereheliches Verhältnis mit den erhöhten Loyalitätspflichten als Direktor Öffentlichkeitsarbeit

für Europa unvereinbar war.

B. Rechtssache Schüth (EGMR 1620/03)

Im Gegensatz dazu merkte der Gerichtshof im Fall Schüth an, dass sich das Landesarbeitsgericht darauf beschränkt hatte festzustellen, dass er als Organist und Chorleiter zwar nicht in die Gruppe derjenigen Mitarbeiter fiel, deren Kündigung im Falle schweren Fehlverhaltens zwangsläufig war, etwa derjenigen in seelsorgerischen und klerikalen Berufen sowie in leitenden Positionen, aber dass seine Tätigkeit dennoch so eng mit der Mission der Katholischen Kirche verbunden war, dass sie ihn nicht weiter beschäftigen konnte, ohne jegliche Glaubwürdigkeit zu verlieren. Das Landesarbeitsgericht hatte dieses Argument nicht weiter ausgeführt, sondern schien lediglich die Meinung des kirchlichen Arbeitgebers in dieser Frage wiedergegeben zu haben.

Zudem hatten die Arbeitsgerichte das de facto-Familienleben Herrn Schüths oder dessen Schutz nicht einmal erwähnt. Die Interessen des kirchlichen Arbeitgebers waren folglich nicht gegen Herrn Schüths Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens abgewogen worden, sondern lediglich gegen sein Interesse, seinen Arbeitsplatz zu behalten. Eine gründlichere Prüfung wäre bei der Abwägung der konkurrierenden Rechte und Interessen angemessen gewesen.

Zwar erkannte der Gerichtshof an, dass Herr Schüth, indem er seinen Arbeitsvertrag unterzeichnet hatte, gegenüber der Katholischen Kirche eine Loyalitätspflicht eingegangen war, die sein Recht auf Achtung des Privatlebens in gewissem Maße einschränkte. Seine Unterzeichnung des Vertrages konnte aber nicht als eindeutiges Versprechen verstanden werden, im Fall einer Trennung oder Scheidung ein enthaltsames Leben zu führen. Die deutschen Arbeitsgerichte hatten kaum berücksichtigt, dass es keine Medienberichterstattung über seinen Fall gegeben hatte und dass er, nach 14 Jahren im Dienst der Gemeinde, die Position der Katholischen Kirche offenbar nicht angefochten hatte.

Die Tatsache, dass ein von einem kirchlichen Arbeitgeber gekündigter Mitarbeiter nur begrenzte Möglichkeiten hatte, eine neue Stelle zu finden, war nach Auffassung des Gerichtshofs von besonderer Bedeutung. Dies galt besonders, wenn der gekündigte Arbeitnehmer eine spezifische Qualifikation hatte, die es ihm schwierig oder gar unmöglich machte, eine neue Arbeit außerhalb der Kirche zu finden, wie im Fall von Herrn Schüth, der nunmehr einer Teilzeitbeschäftigung in einer evangelischen Gemeinde nachging. In diesem Zusammenhang merkte der Gerichtshof an, dass die Vorschriften der Evangelischen Kirche für die Beschäftigung von Nichtmitgliedern der Kirche vorsahen, dass diese nur in Ausnahmefällen und nur

im Rahmen einer Zusatzbeschäftigung angestellt werden konnten.

Der Gerichtshof befand, dass die Abwägung der deutschen Arbeitsgerichte zwischen den Rechten Herrn

Schüths und denen des kirchlichen Arbeitgebers nicht in Übereinstimmung mit der Konvention vorgenommen worden war.

Standort: Gesetzgebungsverfahren

Problem: Zustimmungspflicht des Bundesrates

BVERFG, BESCHLUSS VOM 04.05.2010
2 BvL 8/07 (NVWZ 2010, 1146)

Problemdarstellung:

Einige Privatpiloten hatten vor dem VG Darmstadt Klage gegen den Widerruf ihrer Luftfahrerscheine erhoben. Die Widerrufe waren erfolgt, weil sie sich nicht der nach dem LuftSichG erforderlichen Zuverlässigkeitsüberprüfung unterzogen bzw. die erforderlichen Nachweise nicht erbracht hatten. Das VG Darmstadt hat die Verfahren ausgesetzt und die Normen über die Erbringung von Zuverlässigkeitsnachweisen (§ 7 I Nr. 4 LuftSichG i.V.m. § 4 I 2 Nr. 3 LuftVerkG) dem BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle vorgelegt. Das VG meint, diese Regelungen seien verfassungswidrig, denn sie hätten der Zustimmung des Bundesrates bedurft, welche nicht eingeholt worden ist. Das BVerfG hielt eine Zustimmung des Bundesrates jedoch nicht für erforderlich:

A. Grundsatz: Einspruchsgesetz

Eine Zustimmungsbedürftigkeit ist nach dem GG immer die Ausnahme. Sie muss positiv bestimmt sein, ansonsten handelt es sich um ein Einspruchsgesetz ("Enumerationsprinzip", vgl. BVerfGE 1, 76 [79]; zuletzt BVerfGE 108, 370 [397]).

B. Ausnahme: Zustimmungsgesetz

Eine solche positive Regelung der Zustimmungspflicht fand das BVerfG im GG nicht, wobei es die "üblichen Verdächtigen" anprüfte:

I. Art. 85 I 1 GG

1. Behördeneinrichtung

Eine Zustimmungspflicht ergebe sich zunächst nicht daraus, dass das Gesetz Regelungen zur Einrichtung der Behörden enthielt (Art. 85 I 1 GG). Das LuftSicherheitsgesetz verwendet zwar den Begriff der Luftsicherheitsbehörden, verpflichtet die Länder aber nicht zur Schaffung neuer Behörden und berührt auch nicht in sonstiger Weise die Befugnis der Länder zur Organisation ihrer Behörden.

2. Verfahrensregelungen

Eine Zustimmungspflicht ergebe sich auch nicht da-

raus, dass das LuftSichG Verfahrensregelungen enthalte, denn von Verfahrensvorschriften stehe in Art. 85 I 1 GG nichts. Zwar gab es eine Zustimmungspflicht bei Verfahrensregelungen im alten Art. 84 I GG, aber erstens ist selbige durch die Föderalismusreform schon 2006 entfallen, und zweitens gilt Art. 84 GG ohnehin nur, wenn die Länder Bundesgesetze *als eigene Angelegenheiten* ausführen, und nicht, wenn sie dies wie beim LuftSichG über Art. 87d II GG (und übrigens partiell auch beim AtomG über Art. 87c GG, dazu unten mehr) *im Auftrag des Bundes* tun. Damit erteilt das BVerfG der h.L. eine Absage, die in der Nichterwähnung der Verfahrensregelungen in Art. 85 I GG ein Redaktionsversehen sieht und diesen daher entsprechend ergänzen will (vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. [2009], Art. 85 Rdnr. 3; Dittmann, in: Sachs, GG, 5. Aufl. [2009], Art. 85 Rdnr. 10; Hermes, in: Dreier GG III, 2. Aufl. [2008], Art. 85 Rdnr. 29; Bartlsperger, in: BK, Art. 90 Rdnr. 84 [Juli 1969]; Ipsen, StaatsR I, 18. Aufl. [2006], Rdnr. 640; Jänchen/Kiefer, ZLW 2009, 245 [248]).

II. Art. 87d II GG - Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung

1. (Neu-)übertragung von Aufgaben

Nach Art. 87d II GG können Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern nur mit Zustimmung des Bundesrates als Auftragsverwaltung übertragen werden. Eine gesetzliche Regelung „überträgt“ den Ländern Aufgaben, soweit sie ihnen Aufgaben zuweist, die ihnen zuvor nicht oblagen. Danach kommt es hier zunächst auf einen Vergleich der den Ländern übertragenen Aufgaben vor und nach Inkrafttreten des LuftSichG an. Dieser Vergleich ergibt, dass das LuftSichG keine zusätzlichen Aufgaben übertragen hat. Bereits vor seinem Inkrafttreten war den Ländern nämlich durch das Luftverkehrsgesetz der Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs übertragen worden, den auch das LuftSichG im Auge hat.

2. Änderung als (Neu-)übertragung

Allerdings können auch bloße Veränderungen in der Ausgestaltung einer bereits übertragenen Aufgabe ausnahmsweise der Sache nach eine Übertragung neuer Aufgaben darstellen und daher der Zustimmung bedürfen, wenn sie der übertragenen Aufgabe eine we-

sentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen. Die bloß quantitative Erhöhung der Aufgabenlast genügt dazu aber grundsätzlich nicht, meint das BVerfG. Sie stelle jedenfalls dann keine wesentliche Veränderung der Bedeutung und Tragweite einer gemäß Art. 87d II GG übertragenen Aufgabe dar, "wenn die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe dadurch nicht strukturell oder in anderer Weise schwerwiegend verändert" werde. Letztlich läuft es also auf eine Schwereabwägung hinaus, ob eine (zustimmungsfreie) *Veränderung* von Aufgaben auch eine (zustimmungspflichtige) (*Neu-)übertragung* von Aufgaben ist. Diese schwammige Formulierung öffnet natürlich Tür und Tor für die Diskussion über die Zustimmungspflichtigkeit der Verlängerung der Laufzeiten von Atomkraftwerken (dazu sogleich).

3. Rückübertragung - *actus contrarius*

In § 16 III 2, 3 LuftSichG ist geregelt, dass der Bund zuvor den Ländern übertragene Aufgaben der Luftsicherheitsbehörden wieder an sich ziehen kann. Man könnte mit dem "actus-contrarius"-Gedanken argumentieren, dass wenn eine Übertragung von Aufgaben auf die Länder nach Art. 87d II GG der Zustimmung bedarf, dies auch für die Rückübertragung auf den Bund gelten müsse (so Windthorst, in: Sachs, GG, 5. Aufl. [2009], Art. 87d Rdnr. 40; Schenke, NJW 2006, 736 [737]). Das BVerfG erteilt dem jedoch eine deutliche Absage: Durch die Rückübertragung von Aufgaben auf den Bund würden die Länder *entlastet*, nicht - wie bei der Übertragung von Aufgaben auf sie - *belastet*. Daher müsse die Länderkammer einer Rückübertragung auch nicht zustimmen. Zudem erfasse der Wortlaut von Art. 87d II GG eben nur die *Übertragung* auf die Länder, nicht die *Rückübertragung* auf den Bund.

Prüfungsrelevanz:

Das Thema "Zustimmungspflicht im Bundesrat" ist gegenwärtig so examensrelevant wie kein zweites Gebiet des Staatsorganisationsrechts, weil es bezüglich der von der Bundesregierung geplanten Verlängerung der Laufzeiten von Atomkraftwerken so lebhaft diskutiert wird (vgl. nur die beiden Vertiefungshinweise hierzu, die jeweils den konträren Standpunkt einnehmen und weitere Nachweise enthalten). Natürlich stellt sich die Frage, inwieweit die nun vorliegende Entscheidung des BVerfG zur (fehlenden) Zustimmungspflicht beim LuftSichG hierfür vorgreiflich ist. Dazu ist Folgendes zu sagen:

1. Die Zustimmungspflicht ist immer die Ausnahme. Deshalb ist sie tendenziell eher eng auszulegen. Dies gibt auch das BVerfG in den nachstehenden Gründen mehrfach zu erkennen.

2. Damit ist allerdings noch keine Vorentscheidung gefallen. Denn wenn das BVerfG zu Art. 87d II GG ausführt, auch eine Änderung bestehender Länderaufgaben könne eine zustimmungspflichtige Neuübertragung von Aufgaben sein, so lässt sich dies auf Art. 87c GG, der bei der Laufzeitverlängerung nach dem AtomG einschlägig wäre, 1:1 übertragen: Selbstverständlich müssen die Länder die Atomkraftwerke auch länger überwachen, wenn sie länger laufen. Ob das BVerfG darin eine schwerwiegende zusätzliche Aufgabenlast im oben genannten Sinne sehen wird, lässt sich unmöglich sicher vorhersagen. Will man spekulieren, so spricht die Betonung des BVerfG, eine quantitative Ausweitung bestehender Länderaufgaben genüge für eine Zustimmungspflicht nicht, allerdings eher dagegen. Es darf aber in jedem Fall weiter diskutiert werden.

Vertiefungshinweise:

- Urteilsbesprechung: *Kendzia*, NVwZ 2010, 1135
- Zustimmungspflicht bei der Laufzeitverlängerung von Atomkraftwerken: *Papier*, NVwZ 2010, 1113 (dagegen); *Geulen/Klinger*, NVwZ 2010, 1118 (dafür)
- Zustimmungspflicht beim LuftSichG: *BVerfG*, RA 2006, 104 = NJW 2006, 751 mit Anm. von *Schenke*, NJW 2006, 736 (m.w.N.)

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Lottokönig"

Leitsätze:

- 1. Bundesgesetzliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens im Bereich der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG bedürfen nicht der Zustimmung des Bundesrates.**
- 2. Art. 87d II GG unterwirft nur die Übertragung von Aufgaben auf die Länder, nicht die Rückübertragung auf den Bund der Zustimmung des Bundesrates.**
- 3. Änderungen in der Ausgestaltung einer bereits übertragenen Aufgabe stellen nur dann eine gem. Art. 87d II GG zustimmungspflichtige neue Aufgabenübertragung dar, wenn sie der übertragenen Aufgabe eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen. Dazu genügt es grundsätzlich nicht, dass eine Gesetzesänderung nur zu einer quantitativen Erhöhung der Aufgabenlast führt.**

Sachverhalt:

Die Vorlagen stellten zur Prüfung, ob die näher bezeichneten, mit dem Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. 1. 2005 (BGBl I, 78) eingeführten Regelungen zur Überprüfung der Zuverlässigkeit von Luftfahrern mit dem Grundgesetz verein-

bar sind.

Der Kl. im Ausgangsverfahren des Normenkontrollverfahrens 2 BvL 8/07 wurde als langjähriger Inhaber eines Luftfahrerscheins für Privatflugzeugführer und eines Luftfahrerscheins für Segelflugzeugführer vom Regierungspräsidium Darmstadt aufgefordert, eine Zuverlässigkeitsüberprüfung gem. § 7 I Nr. 4 LuftSiG zu beantragen. Nachdem er der Aufforderung nicht nachgekommen war, widerrief das Regierungspräsidium Darmstadt im Juli 2006 beide Lizenzen.

In dem Ausgangsverfahren, das dem Normenkontrollverfahren 2 BvL 9/07 zu Grunde lag, wandte sich der Kl. dagegen, dass der ihm vor Inkrafttreten des Luftsicherheitsgesetzes erteilte Luftfahrerschein für Privatflugzeugführer im August 2006 widerrufen wurde, nachdem er den geforderten Zuverlässigkeitsnachweis nicht vorgelegt hatte.

Das VG Darmstadt hat mit Beschlüssen vom 27. 6. 2007 nach Art. 100 I GG in beiden Verfahren den Rechtsstreit ausgesetzt und dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 7 I Nr. 4 LuftSiG i.V. mit § 4 I 2 Nr. 3 LuftVG verfassungsgemäß ist. Die Vorschriften seien mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, weil das Luftsicherheitsgesetz der Zustimmung des Bundesrates bedürftig sei und diese nicht erteilt worden sei.

Aus den Gründen:

[127] Die zu prüfenden Normen sind formell verfassungsgemäß.

[128] Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben bedurfte nicht der Zustimmung des Bundesrates.

A. Keine Zustimmungspflicht aus Art. 85 I 1 GG

I. Behördeneinrichtung

[129] 1. Eine Zustimmungsbedürftigkeit ergibt sich nicht daraus, dass das Gesetz Regelungen zur Behördeneinrichtung enthielte.

[130] Bundesgesetzliche Regelungen zur Einrichtung der Behörden, die Bundesgesetze im Auftrage des Bundes auszuführen haben, bedürfen nach Art. 85 I 1 GG der Zustimmung des Bundesrates. Diese Bestimmung dient dem Schutz der Verwaltungshoheit der Länder (vgl. BVerfGE 75, 108 [150] = NJW 1987, 3115).

[131] Das Luftsicherheitsgesetz verwendet in zahlreichen Vorschriften den Begriff der Luftsicherheitsbehörde(n) und bestimmt Aufgaben der so bezeichneten Behörden. Darin liegt jedoch keine Einrichtungsregelung i.S. des Art. 85 I 1 GG. Zwar wird im Sinne dieser Verfassungsbestimmung die Einrichtung der Behörden geregelt, wenn ein Gesetz die Länder zur Schaffung neuer Behörden verpflichtet (vgl. zum gleichlautenden Merkmal in Art. 84 I GG a.F. BVerf-

GE 75, 108 [150, 151f.] = NJW 1987, 3115). Eine solche Verpflichtung begründet aber das Luftsicherheitsgesetz nicht. Der Ausdruck „die Luftsicherheitsbehörde(n)“ steht abkürzend für die mit der Wahrnehmung der Aufgaben nach dem Luftsicherheitsgesetz betrauten Behörden und hat allein die Funktion, diese umständlichere Umschreibung zu erübrigen. Eine Vorgabe, die die Organisationshoheit der Länder berührte – etwa dahingehend, dass die genannten Aufgaben bestimmten vorhandenen oder neu zu errichtenden Behörden oder jeweils nur einer einzigen Behörde zugewiesen werden müssten –, ist damit nicht verbunden (vgl. OVG Münster, Urt. v. 22. 11. 2007 – 20 D 38/05.AK, BeckRS 2008, 33204).

[132] Daher liegt eine Regelung der Behördeneinrichtung auch nicht darin, dass das Luftsicherheitsgesetz den bezeichneten Behörden unmittelbar bestimmte Aufgaben – eben die Aufgaben der Ausführung dieses Gesetzes – zuordnet. Erst recht stellt es keine Regelung der Behördeneinrichtung dar, dass das Gesetz mittelbar auf die Tätigkeit von Landesbehörden einwirkt, indem es, beispielsweise durch Erweiterung des Kreises der Personen, denen gegenüber die Verwaltungstätigkeit wahrzunehmen ist, die den Landesbehörden zufallenden Tätigkeiten quantitativ vermehrt (vgl. BVerfGE 75, 108 [151f.] = NJW 1987, 3115; BVerfGE 105, 313 [333] = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 L). Ob die Regelungen des Luftsicherheitsgesetzes zustimmungspflichtig sind, soweit sie die von den Ländern auszuführenden Aufgaben definieren, richtet sich nach Art. 87d II GG und hängt nach dieser Bestimmung davon ab, ob es sich um eine Übertragung neuer Aufgaben handelt (dazu unter 3). Vor Vollzugslasten als solchen sind die Länder – wie im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit, so auch im Bereich der Bundesauftragsverwaltung – nicht durch das Erfordernis der Bundesratszustimmung zu Regelungen der Behördeneinrichtung geschützt (vgl. zu Art. 84 I GG a.F. BVerfGE 75, 108 [151f.] = NJW 1987, 3115; BVerfGE 105, 313 [333] = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 L).

II. Verfahrensregelungen

[133] 2. Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben war nicht wegen darin enthaltener Regelungen zum Verwaltungsverfahren zustimmungsbedürftig.

[134] Im Bereich der Bundesauftragsverwaltung besteht kein Zustimmungserfordernis für bundesgesetzliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens (so auch Groß, in: Friauf/Höfling, BerlKomm, Art. 85 Rdnr. 13 [Februar 2008]; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. [2008], Art. 85 Rdnr. 5; Badura, StaatsR, 3. Aufl. [2003], G 48; Clemens/Umbach, in: Clemens/Umbach, GG II, 2002,

Art. 85 Rdnr. 23; Bull, in: AK-GG, 3. Aufl. [2001], Art. 85 Rdnr. 11; Steinberg, Bundesaufsicht, Länderhoheit und AtG, 1990, S. 19; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 85 Rdnr. 28 [Januar 1987]; Finkelnburg/Lässig, VwVfG I, 1979, Einl. Rdnr. 52; Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, VVDStL 17 [1959], 118 [159, Fußn. 123]).

[135] Nach dem Wortlaut des Art. 85 I 1 GG sind nur Regelungen der Behördeneinrichtung, nicht dagegen auch Regelungen des Verwaltungsverfahrens zustimmungsbedürftig. Für eine Abweichung von dem Grundsatz, dass eine Zustimmung des Bundesrates nur dort erforderlich ist, wo das Grundgesetz sie ausdrücklich vorsieht (Enumerationsprinzip, vgl. BVerfGE 1, 76 [79]; BVerfGE 37, 363 [381] = NJW 1974, 1751; BVerfGE 108, 370 [397] = NVwZ 2004, 329; zum Gebot strikter Auslegung vgl. auch BVerfGE 55, 274 [319f.] = NJW 1981, 329; BVerfGE 75, 108 [150] = NJW 1987, 3115), sprechen keine durchgreifenden Gründe. [...]

[137] Art. 85 I GG auf einen Gleichlauf mit den bei Art. 84 I GG a.F. vorgesehenen Zustimmungserfordernissen hin auszulegen (vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. [2009], Art. 85 Rdnr. 3; Dittmann, in: Sachs, GG, 5. Aufl. [2009], Art. 85 Rdnr. 10; Hermes, in: Dreier GG III, 2. Aufl. [2008], Art. 85 Rdnr. 29; Bartlspenger, in: BK, Art. 90 Rdnr. 84 [Juli 1969]; Ipsen, StaatsR I, 18. Aufl. [2006], Rdnr. 640; Jänchen/Kiefer, ZLW 2009, 245 [248]), liegt auch nicht aus systematischen oder teleologischen Gründen nahe. Zwischen der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit (Art. 84 GG) und der Ausführung von Bundesgesetzen in Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) bestehen Unterschiede, an die sich systemkonform und sinnvoll eine Differenzierung hinsichtlich des Erfordernisses der Bundesratszustimmung zu Verfahrensregelungen knüpfen lässt. [...]

B. Keine Zustimmungspflicht aus Art. 87d II GG

[140] Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben bedurfte schließlich auch nicht der Zustimmung gem. Art. 87d II GG.

[141] Nach Art. 87d II GG können durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden. Eine solche Übertragung ist mit dem Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben nicht erfolgt.

I. Definition der "Übertragung" von Aufgaben: Vorher-Nachher-Vergleich

[142] a) Eine gesetzliche Regelung „überträgt“ den Ländern Aufgaben, soweit sie ihnen Aufgaben zuweist, die ihnen zuvor nicht oblagen. Aufgabenbezogene Regelungen, die – wie etwa die Wiederholung

oder Konkretisierung bereits früher erfolgter Aufgabenzuweisungen im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung einer Materie – den Aufgabenbestand der Länder gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nicht vergrößern, stellen keine Aufgabenübertragung im von Art. 87d II GG gemeinten, konstitutiven Sinne dar. Sinn der grundgesetzlichen Erfordernisse einer Zustimmung des Bundesrates ist es, eine von der Verfassung zugelassene einfachgesetzliche Systemverschiebung im föderalen Gefüge, die die primären verfassungsrechtlichen Kompetenzzuordnungen zu Lasten der Länder verändert, an das Einvernehmen der Ländervertretung zu binden (vgl. BVerfGE 48, 127 [178] = NJW 1978, 1245; BVerfGE 114, 196 [231] = NVwZ 2006, 191). Dies gilt auch für Art. 87d II GG. Wo eine Systemverschiebung mangels konstitutiver Bedeutung der gesetzlichen Regelung nicht stattfindet, greift das Zustimmungserfordernis nicht ein (vgl. BVerfGE 10, 20 [49] = NJW 1959, 1531; BVerfGE 37, 363 [388] = NJW 1974, 1751; BVerfGE 114, 196 [224f.] = NVwZ 2006, 191).

[143] Danach kommt es hier zunächst auf einen Vergleich der den Ländern übertragenen Aufgaben vor und nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben an. [...]

II. Auch Änderung kann "Übertragung" sein, wenn hinreichend gewichtig

[144] Auch bloße Änderungen in der Ausgestaltung einer übertragenen Aufgabe, die den Inhalt der das Zustimmungserfordernis auslösenden Aufgabenübertragungsnorm und damit die gesetzliche Bestimmung der übertragenen Aufgabe als solche nicht unmittelbar modifizieren, können allerdings ausnahmsweise der Sache nach eine Übertragung neuer Aufgaben darstellen und somit der Zustimmung nach Art. 87d II GG bedürfen. Dies ist der Fall, wenn sie der übertragenen Aufgabe einen neuen Inhalt und eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen (vgl. BVerfGE 48, 127 [180ff., 184] = NJW 1978, 1245).

[145] Dazu genügt es grundsätzlich nicht, dass eine Gesetzesänderung nur zu einer quantitativen Erhöhung der Aufgabenlast führt. Im Zusammenhang mit Art. 84 I GG a.F. ist geklärt, dass in der rein quantitativen Vermehrung der Aufgabenlast keine Festlegung des behördlichen Aufgabenkreises liegt, die die Zustimmung des Bundesrates unter dem Gesichtspunkt erfordern würde, dass damit die Einrichtung der Behörden geregelt wird (vgl. BVerfGE 75, 108 [151] = NJW 1987, 3115; BVerfGE 105, 313 [333] = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 L; s. auch BVerfGE 55, 274 [319] = NJW 1981, 329). [...]

III. Subsumtion

[146] Nach diesen Maßstäben hat das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben den Ländern

keine neue Aufgabe i.S. des Art. 87d II GG übertragen.

1. Keine (Neu-)übertragung

[147] Bereits mit § 31 II Nr. 19 LuftVG a.F. war den Ländern der „Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs (§§ 29c, 29d)“ als im Auftrage des Bundes auszuführende Vollzugsaufgabe übertragen. [...]

[148] Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben hat den Ländern keine Aufgaben zugewiesen, die aus dem Rahmen dieser bereits durch § 31 II Nr. 19 LuftVG a.F. übertragenen Aufgabe fallen. Die neue Aufgabenübertragungsnorm des § 16 II LuftSiG nimmt im Verhältnis zur früheren keine inhaltliche Erweiterung der übertragenen Aufgabe vor. Gemäß § 16 II LuftSiG werden – vorbehaltlich anderweitiger Regelung in den nachfolgenden Absätzen – die Aufgaben der Luftsicherheitsbehörden nach diesem Gesetz und nach der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt. Das Luftsicherheitsgesetz dient nach § 1 LuftSiG dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen. Aufgabe der Luftsicherheitsbehörden nach diesem Gesetz ist es, „Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs i.S. des § 1 abzuwehren“ (§ 2 S. 1 LuftSiG). Mit den in § 16 II LuftSiG bezeichneten behördlichen Aufgaben nach diesem Gesetz sind den Ländern demnach ausschließlich Aufgaben zugewiesen, die der bereits zuvor durch das Luftverkehrsgesetz übertragenen Aufgabe des Schutzes vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs zugehören. [...]

2. Keine hinreichend gewichtige Änderung

[150] Das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben hat auch nicht die übertragene Aufgabe derart grundlegend umgestaltet, dass trotz sachlich gleichgebliebenen Inhalts der Übertragungsnorm von der Übertragung einer neuen Aufgabe die Rede sein könnte. Einen neuen Inhalt und eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite (vgl. BVerfGE 48, 127 [180ff., 184] = NJW 1578, 1245) hat die bereits

durch § 31 II Nr. 19 LuftVG a.F. übertragene Aufgabe des Schutzes vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs durch dieses Gesetz nicht erhalten. [wird ausgeführt]

3. Keine Zustimmungspflicht für Rückübertragung auf den Bund als „actus contrarius“

[153] Ein Zustimmungserfordernis ergibt sich auch nicht aus den in § 16 III 2 und 3 LuftSiG getroffenen Regelungen, nach denen der Bund Aufgaben der Luftsicherheitsbehörden, die den Ländern übertragen waren, wieder an sich ziehen kann, oder aus der mit Art. 2 Nr. 10 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben bewirkten Aufhebung der Vorgängerregelung (§ 31 II Nr. 19 S. 2–4 LuftVG a.F.), die eine solche Rückübertragung nur auf Antrag des betroffenen Landes ermöglichte (so auch Hermes, in: Dreier, GG III, 2. Aufl. [2008], Art. 87d Rdnr. 33; Hömig, in: Hömig, GG, 8. Aufl. [2007], Art. 87d Rdnr. 5; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. [2009], Art. 87d Rdnr. 2; Durner, in: Friauf/Höfling, BerlKomm, Stand: Nov. 2006, Art. 87d Rdnr. 27; Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 284f.; a.A.: Windthorst, in: Sachs, GG, 5. Aufl. [2009], Art. 87d Rdnr. 40; Schenke, NJW 2006, 736 [737]; Horn, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 5. Aufl. [2005], Art. 87d Rdnr. 48 a.E.; Uerpmann, in: v. Münch/Kunig, GG III, 4./5. Aufl. [2003], Art. 87d Rdnrn. 16f.; vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 22. 11. 2007 – 20 D 38/05.AK).

[154] Nach dem Wortlaut des Art. 87d II GG ist nur die Übertragung von Aufgaben zustimmungsbedürftig. Zwingende Gründe, die – auch unter Berücksichtigung des Verbots einer erweiternden Auslegung von Zustimmungserfordernissen (vgl. BVerfGE 55, 274 [319f.] = NJW 1981, 329; BVerfGE 75, 108 [150] = NJW 1987, 3115) – ein vom Wortlaut abweichendes Verständnis rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. In systematischer Hinsicht spricht vielmehr für die wortlautgemäße Auslegung, dass auch die Zustimmungserfordernisse für Verfahrensregelungen gem. Art. 84 I GG sich nicht auf die Aufhebung der Verfahrensregelung erstrecken (vgl. BVerfGE 114, 196 [231] = NVwZ 2006, 191 zu Art. 84 I GG a.F.). [...]

Standort: VerwR AT**Problem: Keine VA-Befugnis Privater ohne Gesetz**

VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 17.03.2010
5 A 3242/09 (NVwZ 2010, 1254)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann Privatrechtssubjekte (im Fall: Stadtwerke-GmbH) einen Verwaltungsakt (im Fall: Gebührenbescheid) erlassen dürfen. Hierzu gibt es zwei Möglichkeiten:

A. Verwaltungshelfer

Ein Verwaltungshelfer ist ein Privatmann (natürliche oder juristische Person), der eine öffentliche Aufgabe *in fremdem Namen*, d.h. für eine Behörde ausübt, die ihn mit der Wahrnehmung der Aufgabe betraut hat. Verwaltungshelfer sind nicht also nicht selbst Behörden, sondern handeln als deren Werkzeug bzw. Sprachrohr. Beispiele sind Schülerlotsen und Abschleppunternehmer (für letzteren str.).

Im vorliegenden Fall berief sich der beklagte Zweckverband darauf, er habe die Stadtwerke-GmbH nur als Werkzeug benutzt, um die Gebührenbescheide an die Verbraucher zu versenden. Nach dem oben Gesagten müssen Verwaltungshelfer jedoch erkennbar in fremdem Namen handeln, und ihnen darf wegen ihrer Werkzeugstellung auch kein eigener Entscheidungsspielraum verbleiben. Aus den versendeten Gebührenbescheiden ging für den Verbraucher aber nur die GmbH selbst als erlassende Stelle (Absender) hervor. Zudem stellte sich in der mündlichen Verhandlung heraus, dass der Zweckverband de facto die gesamte Erstellung der Bescheide in die Hand der GmbH gegeben hatte, die damit selbst als Entscheider und nicht mehr als Werkzeug fungierte.

B. Beliehene

Ausnahmsweise können natürliche oder juristische Personen des Privatrechts auch Verwaltungsakte *in eigenem Namen* erlassen. Im Unterschied zu Verwaltungshelfern handeln diese "Beliehenen" also nicht für eine andere Behörde, sondern sind selbst Behörde mit eigener Entscheidungskompetenz. Für eine solche Beleihung genügt aber nicht ein Auftrag; vielmehr bedarf sie immer einer gesetzlichen Grundlage. Beispiele sind der Notar (§ 1 BNotO) und der Kapitän auf See (§ 106 SeemannsG).

Im vorliegenden Fall gab es keine gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Kompetenz zum Erlass von Gebührenbescheiden auf die Stadtwerke-GmbH. Vielmehr wurde sie damit beauftragt, was nach dem oben Gesagten für eine (wirksame) Beleihung gerade nicht genügt.

Prüfungsrelevanz:

A. In einer Klausur sind nach alledem vier Fälle zu unterscheiden:

1. Ein Privater erlässt ohne Auftrag einer Behörde und ohne gesetzliche Grundlage einen "Verwaltungsakt" (Beispiel: Jemand stellt für einen Umzug ein selbst gebasteltes Schild "Halteverbot" vor seinem Haus auf). In diesem Fall liegt schon gar kein VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG vor, weil es am Merkmal "Behörde" insgesamt fehlt.

2. Ein Privater wirkt im Auftrag einer Behörde als deren Werkzeug beim Erlass eines Verwaltungsakts mit (Beispiel: Ein Schülerlotse regelt den Verkehr an einem Zebrastrreifen). Dann liegt ein ordnungsgemäßer VA vor, wobei "Behörde" i.S.d. § 35 S.1 VwVfG die beauftragende Behörde ist.

3. Ein Privater erlässt in eigenem Namen einen Verwaltungsakt, weil ihm eine entsprechende gesetzliche Befugnis zusteht (Beispiel: Der Kapitän an Bord eines Seeschiffes untersagt das Abbrennen von Feuerwerkskörpern an Silvester). Dann liegt ein ordnungsgemäßer VA vor, wobei "Behörde" i.S.d. § 35 S.1 VwVfG der handelnde Private selbst als Beliehener ist.

4. Ein Privater erlässt im Auftrag einer Behörde einen Verwaltungsakt, macht jedoch nicht deutlich, dass er in fremdem Namen handelt (vorliegender Fall). Dann liegt ein VA i.S.d. § 35 S.1 VwVfG durchaus vor, wobei "Behörde" wiederum die beauftragende Behörde ist. Allerdings ist dieser VA mangels VA-Befugnis des Privaten nicht nur rechtswidrig, sondern regelmäßig sogar nichtig, weil er die hinter dem Privaten stehende, tatsächlich handelnde Behörde nicht erkennen lässt, § 44 II Nr. 1 VwVfG.

B. Übrigens kann - wie der vorliegende Fall zeigt - nach ganz h.M. auch ein nichtiger VA mit der Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO angefochten werden. Zwar bedarf es dessen eigentlich nicht, weil nichtige Verwaltungsakte ohnehin unwirksam sind, § 43 III VwVfG. Auch besteht nach § 43 I VwGO explizit die Möglichkeit, die Nichtigkeit feststellen zu lassen. Der Weg über die Feststellungsklage ist für den Kläger aber riskant, denn sollte sich herausstellen, dass der VA "nur" rechtswidrig ist, würde er diese verlieren. Die h.M. will ihm dieses Risiko nicht zumuten und lässt daher neben der Feststellungsklage auch eine Anfechtungsklage zu. Hierfür spricht ferner, dass ein nichtiger VA *erst Recht* rechtswidrig i.S.d. § 113 I 1 VwGO ist.

Streitig ist dann allerdings, ob der nichtige VA infolge der Anfechtungsklage *aufgehoben* wird, wie es dem Wortlaut des § 113 I 1 VwGO entspricht (so die Rspr., BFH, NVwZ 1986, 156; OVG Koblenz, NVwZ 1987,

899) oder auch bei der Anfechtungsklage nur *festgestellt* wird, dass er nichtig ist, weil die Aufhebung von etwas nicht Existentem nicht möglich ist (so die Literatur, z.B. Pietzcker, in: Schoch u.a., VwGO, Loseblatt, § 42 I Rn. 18). Dies ist vor allem für Referendare interessant, die tenorieren müssen.

Vertiefungshinweise:

- Keine VA-Befugnis Privater ohne gesetzliche Ermächtigung: *VGH Mannheim*, NJW 2010, 1098 L = KStZ 2010, 36; *OVG Schleswig*, NordÖR 2006, 2163
- Anfechtbarkeit nichtiger Verwaltungsakte: *BFH*, NVwZ 1986, 156; NVwZ 1987, 359; *OVG Koblenz*, NVwZ 1987, 899; *OVG Münster*, NVwZ 1989, 1087; *VGH Mannheim*, NVwZ 1986, 315; sogar für Anfechtbarkeit eines Nicht-Aktes (oben Fall A.1.): *FG Saarbrücken*, EFG 1995, 157
- Nichtigkeit eines Grund-VAs in der Verwaltungsvollstreckung: *BayVGH*, RA 2005, 509 = BayVBl 2005, 536

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Kosten der Obdachlosenwohnung"

Leitsatz:

Eine Körperschaft öffentlichen Rechts darf die Erstellung und den Erlass eines Bescheids nicht ohne gesetzliche Grundlage auf eine juristische Person des Privatrechts übertragen.

Sachverhalt:

Der Kl. erhielt für sein Grundstück unter dem 9. 1. 2009 von der "Stadtwerke X2. GmbH" ein mit "Rechnung und Gebührenbescheid" für die Zeit vom 1.1.2008 bis 31.10.2008 überschriebenes Schreiben. In diesem waren in unterschiedlichen Spalten Beträge für Strom, Gas, Abwasser und Müll aufgeführt und abzüglich bereits geleisteter Abschläge und zuzüglich einer nicht näher bezeichneten Forderung ein noch zu zahlender Betrag von 351,60 Euro ausgewiesen. Auf der Rückseite dieses Schreibens befand sich unter verschiedenen Hinweisen zu unterschiedlichen Gegenständen auch ein Absatz "Abwassergebühren Rechtsbehelfsbelehrung". Als Anlage waren dem Schreiben fünf Seiten beigelegt, überschrieben mit "weitere Informationen/Einzelaufstellung vom 19. 1. 2009 für den Zeitraum vom 1.1.2008 bis zum 31.10.2008". Darin fanden sich Einzelabrechnungen zu den in dem Schreiben genannten Positionen. Über der Einzelabrechnung "Abwasser" auf Seite 4 der Informationen ist der beklagte Abwasserverband mit Anschrift genannt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem VG hat der Geschäftsführer des Bekl. erklärt, der Verband pflege

die Daten über die versiegelten Flächen und teile sie den Stadtwerken mit. Die Daten des Frischwasserverbrauchs würden von den Stadtwerken erhoben und diese erstellten auch die Bescheide für den Abwasserverband.

Das VG hat den angefochtenen Bescheid über Abwassergebühren als nichtig aufgehoben, da er nicht die erlassende Behörde erkennen lasse. Nur der gesetzlich autorisierte Gebührengläubiger - hier der Bekl. - sei zur Gebührenerhebung berechtigt. Dass der Bekl. den Bescheid erlassen habe, lasse sich diesem selbst nicht entnehmen. Vielmehr spreche das äußere Erscheinungsbild des Schreibens vom 9.1.2009 dafür, dass die Stadtwerke X2. GmbH den Bescheid erlassen hätten. Der Antrag des Bekl. auf Zulassung der Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Ausführungen des Bevollmächtigten des Bekl. zum Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 II Nr. 1 VwGO) wecken beim Senat keine derartigen Zweifel.

A. Ansicht des Beklagten

Er trägt vor, der Kl. gehe in seinem Widerspruch selbst von der Übermittlung des Bescheides des Bekl. durch die "Stadtwerke X2. GmbH" aus und habe deshalb Widerspruch erhoben. Dies weise auch die Rechtsbehelfsbelehrung auf der Rückseite des Schreibens vom 9.1.2009 aus. Der beklagte Verband verfüge über eine entsprechende Abwasserbeitrags- und -gebührensatzung als Grundlage der Festsetzung. Die Festsetzung werde nicht unmittelbar von den "Stadtwerken X2. GmbH" vorgenommen, sondern auf der Grundlage der Informationen des Wasserversorgers in Verbindung mit den eigenen Informationen über die versiegelte Fläche zu einer konkreten Festsetzung zusammengefasst. Auch das äußere Erscheinungsbild spreche für einen Gebührenbescheid des Bekl. Es gehe nicht um eine Übertragung der Gebührenhoheit, sondern allein um die Dienstleistung der Übersendung.

B. Entscheidung des VGH

Dieses Vorbringen weckt beim Senat keine ernstlichen Zweifel im oben genannten Sinn.

I. Stadtwerke-GmbH nicht Verwaltungshelfer

Vielmehr widerspricht es den Feststellungen des VG und den eigenen Ausführungen des Geschäftsführers des Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem VG. Dort hat er ausdrücklich erklärt, der Bekl. liefere die Daten über die versiegelten Flächen - zur Berechnung der Niederschlagswassergebühren -, während die Stadtwerke mit diesen Daten und den eigenen Daten über den Frischwasserverbrauch die jeweiligen Bescheide für den Bekl. erstellten. Damit liegt aber nicht

nur eine reine Versendung der von dem Bekl. erstellten Bescheide durch die Stadtwerke für den Bekl. vor, vielmehr wird die GmbH - wie vom VG angenommen - als juristische Person des Privatrechts als Verwaltungshelfer für den Bekl. tätig.

II. Stadtwerke-GmbH nicht Beliehene

Eine Zulässigkeit dieser Tätigkeit setzt allerdings - auch dies hat das VG zu Recht ausgeführt - eine ge-

setzliche Ermächtigung voraus (Lichtenfeld, in: Driehaus, KommunalabgabenR, Stand: Juli 2009, § 6 Rdnr. 768, auch zu der ausdrücklichen Regelung in § 12 I NdsKAG). Eine derartige gesetzliche Ermächtigung fehlt allerdings in X3. Damit ist die Festsetzung durch eine nicht zuständige juristische Person (des Privatrechts) erfolgt, so dass die Annahme der Nichtigkeit des Bescheides durch das VG keinen ernstlichen Zweifeln unterliegt.

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.

*Zivilrecht***Standort: Grundschuld****Problem: Aufrechnung**

BGH, URTEIL VOM 16.07.2010
V ZR 215/09 (WM 2010, 1757)

Problemdarstellung:

Die Eheleute G und D waren zu gleichen Teilen Eigentümer eines Grundstücks in K. 1976 bestellten sie der Bausparkasse (S) zur Sicherung eines Darlehensvertrages eine Briefgrundschuld über 75.000 DM zzgl. Zinsen.

Nachdem das Darlehen 1989 vollständig zurückgezahlt worden war, übermittelte S den Eheleuten den Grundschuldbrief und die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Rechts. Die Löschung betrieben die Eheleute jedoch nicht. Aufgrund einer 1999 angeordneten Zwangsversteigerung wurde das Grundstück am 17.05.2000 dem Bekl. zugeschlagen. Die Grundschuld blieb bestehen. Am 28.12.2005 trat S - die weiterhin als Grundschuldgläubigerin eingetragen war - den Eheleuten die Grundschuld und sämtliche Ansprüche aus dieser ab. Mit einer am 30.12.2005 eingegangenen Klage verlangten die Eheleute (bzw. deren Erben) die Duldung der Zwangsvollstreckung vom Bekl. wegen der vom 17.05.2000 bis zum 31.12.2005 fällig gewordenen Zinsen aus der Grundschuld (vgl. § 1192 II BGB). Der Bekl. rechnete hiergegen mit Zahlungsansprüchen auf und beantragt nun, die Klage abzuweisen. Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung bleibt hinter dem Wert der Grundschuld deutlich zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die Examensrelevanz des Immobiliarsachenrechts mag hinter Themen wie dem Schuldrecht oder dem Mobiliarsachenrecht zurückbleiben. Gelegentlich sind aber auch Probleme des Immobiliarsachenrechts klausurrelevant. Die vorliegende Entscheidung zeigt außerdem, dass selbst ein Anspruch aus einem Grundpfandrecht mit allgemein-schuldrechtlichen Problemen verbunden werden kann.

Will der Berechtigte gegen den Grundstückseigentümer aus dem Grundpfandrecht (Hypothek, Grundschuld) vorgehen, kommt als Anspruchsgrundlage stets § 1147 BGB in Betracht - dies gilt gem. § 1192 I BGB auch im Falle einer Grundschuld. Der Anspruch ist seiner Natur nach nicht auf Geldzahlung, sondern auf die Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtet. Eine Befriedigung des Grundschuldgläubigers in Geld

erfolgt bloß mittelbar durch Auskehr des Erlöses der Zwangsversteigerung.

Gegen den Anspruch aus § 1147 BGB sind überdies Einwendungen und Einreden möglich. Diese können sich aus dem Grundschuldverhältnis selbst oder - sofern es sich um eine Einrede handelt - aus dem zugrundeliegenden Sicherungsvertrag ergeben (§ 1192 I a BGB). Dem Grunde nach wäre damit auch eine Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB als Einwendung denkbar. Diese setzt ihrerseits aber u.a. die Gleichartigkeit von Haupt- und Gegenforderung voraus. Ist die Hauptforderung wie bei § 1147 BGB jedoch auf *Duldung* der Zwangsvollstreckung gerichtet, scheidet eine Aufrechnung mit einer auf Geldzahlung gerichteten Forderung mangels Gleichartigkeit wiederum aus. Dieses Hindernis überwindet allerdings § 1142 II BGB (der auch auf die Grundschuld Anwendung findet; vgl. Palandt/Bassenge § 1142 Rn. 4; BGHZ 108, 372, 379). Insofern konnte der Bekl. mit seinen bestehenden Zahlungsansprüchen auch gegen den Duldungsanspruch der Kl. aufrechnen.

Fraglich war vorliegend allerdings, ob bzw. inwiefern die Aufrechnung den Anspruch aus §§ 1192 I, II; 1147 BGB berührt, da die zur Aufrechnung gestellte Forderung deutlich geringer als der Umfang der Sicherungsgrundschuld (75.000 DM) war. Der Senat stellt heraus, dass Teilleistungen und auch Teilaufrechnungen abweichend von § 266 BGB grundsätzlich möglich sind. Soll hiermit jedoch der Anspruch aus § 1147 BGB abgewehrt werden, muss die zur Aufrechnung gestellte Forderung die volle Höhe der Grundschuld erreichen. Dieses Ergebnis gebietet § 1145 I 2 BGB, wonach bei teilweiser Befriedigung des Grundschuldgläubigers, die Teilleistung auf dem Hypotheken- bzw. Grundschuldbrief vermerkt werden und der Brief zum Zwecke der Grundbuchberichtigung oder zur Herstellung eines Teilbriefes einem Notar vorgelegt werden muss (ähnliches gilt gem. § 1144 BGB auch bei einer Buchhypothek bzw. -grundschuld). Dies verursacht Aufwand und Kosten, vor denen der Gläubiger gem. § 266 BGB geschützt sein soll. Eine Teilaufrechnung gegen eine Grundschuld ist damit nicht möglich.

Vertiefungshinweise:

Zum Ablösungsrecht des Eigentümers: *BGH*, NJW 2005, 2398; *BGH*, NJW 1990, 258

Zu Einwendungen und Einreden nach Einfügung

des § 1192 I a BGB: Meyer, JURA 2009, 561

Kursprogramm:

Examenskurs: "Gefahren auf dem Bauernhof"

Leitsatz:

Durch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung kann eine Grundschuld nur abgelöst werden, wenn der Duldungsanspruch durch die Aufrechnung vollständig abgelöst oder der fehlende Betrag zusammen mit der Aufrechnung im Wege der Zahlung erbracht wird (Rn. 20, 21).

Sachverhalt (vereinfacht):

Den Eheleuten G. und D. P. gehörte zu gleichen Teilen ein Grundstück in K. Das Grundstück ist mit einem Einfamilienhaus bebaut, in welchem die Eheleute P. wohnten. Sie hatten 1976 von der Landesbausparkasse D. (Bausparkasse) ein Darlehen aufgenommen. Zur Sicherung der Forderung aus dem Darlehensvertrag wurde für die Bausparkasse eine Briefgrundschuld über 75.000 DM zuzüglich 12 % Zinsen bestellt. Das Darlehen wurde vollständig zurückgezahlt. 1989 übermittelte die Bausparkasse den Eheleuten P. den Grundschuldbrief und die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Rechts. Die Eheleute P. betrieben die Löschung indessen nicht.

1999 wurde die Zwangsversteigerung angeordnet. Das Grundstück wurde am 17. Mai 2000 dem Beklagten zugeschlagen. Nach den Versteigerungsbedingungen war die Grundschuld bestehen geblieben; das von dem Beklagten entrichtete Bargebot war entsprechend gemindert.

G. P. verstarb im August 2002. Sie wurde von ihrem Sohn T. P. beerbt. Mit Schreiben an D. und T. P. vom 28. Dezember 2005 erklärte die weiterhin als Gläubigerin eingetragene Bausparkasse, die Grundschuld und sämtliche Ansprüche aus dieser an D. und T. P. abzutreten.

Mit der am 30. Dezember 2005 eingegangenen Klage hat D. P. beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld wegen der im Zeitraum vom 17. Mai 2000 bis zum 31. Dezember 2005 fällig gewordenen Zinsen aus der Grundschuld "zum Zwecke der Leistung ... (an sich) und T. P. ... gemeinschaftlich in Bruchteilsgemeinschaft" zu dulden. Während des Rechtsstreits trat T. P. dem Verfahren als Kläger zu 2 bei. D. P. verstarb. Über seinen Nachlass wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet, in welchem die Klägerin zu 1 zur Verwalterin ernannt wurde. Sie setzt in dieser Eigenschaft den Rechtsstreit anstelle von D. P. fort.

Der Beklagte verteidigt sich hilfswiese durch die Aufrechnung mit Zahlungsansprüchen. Er hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, festzustellen, dass er nicht

verpflichtet sei, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld zu dulden. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Berufung hat der Beklagte seine Anträge auf Abweisung der Klage und Feststellung weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht meint, der Beklagte müsse die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld wegen des Nominalbetrags und der im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2002 und dem 31. Dezember 2008 fällig gewordenen Zinsen dulden. [...]

B. Entscheidung des BGH

[9] Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Aufrechnungserklärung führt nicht zur Ablösung der Grundschuld

[11] Die Aufrechnungserklärung des Beklagten hat nicht zur Ablösung der Grundschuld geführt, weil die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen nach dem Vorbringen des Beklagten den hierzu erforderlichen Betrag nicht erreichen.

[19] Die (...) Forderung erreicht nach dem Vortrag des Beklagten noch nicht einmal den Nominalbetrag der Grundschuld. Die Aufrechnung mit dieser berührt die Grundschuld nicht.

I. Aufrechnung "gegen" Grundschuld gem. § 1142 II BGB möglich

[20] Der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks schuldet den Grundschuldbetrag und die Zinsen aus der Grundschuld nicht, sondern ist verpflichtet, wegen der Grundschuld die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück zu dulden. Die Verwertung des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren führt zur Befriedigung des Grundschuldgläubigers und zum Erlöschen des Rechts, §§ 1192, 1181 Abs. 1 BGB. Soll die Grundschuld nicht durch die Verwertung des belasteten Grundstücks, sondern aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers abgelöst werden, bedarf es hierzu einer besonderen Regelung. Diese findet sich in § 1142 BGB und ist auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden (Senat, BGHZ 108, 372, 379). Die Ablösung kann nach § 1142 Abs. 1 BGB durch Zahlung erfolgen. § 1142 Abs. 2 zweite Alt. BGB erweitert die Art der Befugnis des Eigentümers zur Ablösung um die Gestattung der Aufrechnung, mithin die Verwendung einer Gegenforderung aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers zur Ablösung des Duldungsanspruchs (vgl. Hk-BGB/Staudinger, 6. Aufl., § 1142 Rdn. 4; NK-BGB/Zimmer, 2. Aufl., § 1142 Rdn. 12; Planck/Stecker, BGB, 5. Aufl., § 1142 An. 5c;

RGRK-BGB/Mattern, 12. Aufl., § 1142 Rdn. 12; Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl., § 1142 Rdn. 9).

2. Gegenforderung muss jedoch der Höhe der Grundschuld entsprechen

[21] Die Befugnis zur Ablösung ist jedoch insoweit beschränkt, als die Ablösung nur dann durch Aufrechnung erfolgen kann, wenn die Gegenforderung des Eigentümers so hoch ist, dass die Aufrechnung mit dieser zur Ablösung der Grundschuld führt (Senat, aaO; BGH, Urt. v. 11. Mai 2005, IV ZR 279/04, NJW 2005, 2398; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 1142 Rdn. 3; PWV/Waldner, BGB, 5. Aufl., § 1142 Rdn. 3). Eine Befugnis zu Teilleistungen eröffnet § 1142 Abs. 2 zweite Alt. BGB dem Eigentümer nicht (a.M. RGZ 79, 359).

3. Keine andere Entscheidung veranlasst

[22] Die Revision gibt zu einer anderen Entscheidung keinen Anlass. Ein Gläubiger braucht Teilleistungen grundsätzlich nicht entgegen zu nehmen. Unvollständige Leistungen führen zu Belästigung oder Aufwand des Gläubigers, vor denen ihn § 266 BGB bewahren soll (Staudinger/Bittner, BGB [2009], § 266 Rdn. 1). Dieser Grundsatz gilt zwar nicht ausnahmslos. So bewirkt die Aufrechnung des Schuldners mit einer Gegenforderung, die niedriger ist als die Forderung des Gläubigers, die Erfüllung der Forderung des Gläubigers im Umfang der Gegenforderung und bedeutet damit eine Teilleistung auf die Forderung des Gläubigers. Das hat der Gläubiger hinzunehmen, weil die Aufrechnung sonst weitgehend ihres Sinnes beraubt würde (MünchKomm-BGB/Krüger, aaO, § 266 Rdn. 8; Staudinger/Bittner, BGB [2009], § 266 Rdn. 21).

[23] Die insoweit anzuerkennende Ausnahme von dem Grundsatz des § 266 BGB gilt aber nur für Forderungen, für die der Schuldner mit seinem gesamten Vermögen haftet. Der Gläubiger erhält in Höhe der von dem Schuldner zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung Befriedigung. Seine Forderung wird teilweise erfüllt. Nachhaltige Belästigungen oder weitere Maßnahmen sind mit der durch die Aufrechnung bewirkten teilweisen Befriedigung nicht verbunden. So verhält es sich jedoch nicht, wenn eine Grundschuld von dem Eigentümer teilweise abgelöst wird. Eine Teilzahlung kann der Gläubiger ablehnen, §§ 1142 Abs. 1, 266 BGB. Das ist insbesondere deswegen von Interesse, weil die teilweise Ablösung nach § 1145 BGB zur Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer führt, die Teilleistung auf dem Brief zu vermerken und den Grundschuldbrief einem Notar oder dem Grundbuchamt zur teilweisen Löschung oder zur Bildung eines Teilbriefs zu übergeben. Hiermit ist Aufwand für den Gläubiger verbunden; obendrein führt die Briefübergabe dazu, dass der Gläubiger zeitweilig

nicht im unmittelbaren Besitz des Briefs und damit zeitweilig an der Verfügung über sein Recht gehindert ist.

[24] Dies wäre nicht anders, wenn § 1142 Abs. 2 zweite Alt. BGB dazu führte, dass der Gläubiger die teilweise Ablösung seines Rechts im Wege der Aufrechnung seitens des Eigentümers mit einer Forderung hinzunehmen hätte. Die gegenteilige Meinung hätte zur Folge, dass der Gläubiger verpflichtet wäre, nach dem Belieben des Schuldners bis zur vollständigen Ablösung einer

als Briefrecht eingetragenen Belastung nach Maßgabe von § 1145 BGB die jeweils teilweise erfolgte Befriedigung auf dem Brief zu vermerken und diesen jeweils einem Notar oder dem Grundbuchamt zur teilweisen Löschung der Grundschuld oder zur Herstellung eines Teilbriefs vorzulegen. Bei einem Buchrecht verhält sich das insoweit nicht anders. Der Gläubiger hätte jeweils die teilweise Löschung des Rechts zu bewilligen, auf dieses zu verzichten oder an dem zum Nachweis des jeweils teilweise erfolgten Übergangs der Grundschuld auf den Eigentümer mitzuwirken, vgl. § 1144 BGB.

[25] Das braucht der Inhaber des Rechts nicht hinzunehmen (vgl. RGZ 79, 359, 361; RGRK-BGB/Mattern, aaO, Rdn. 12; Soergel/Konzen, aaO, Rdn. 9 zur Aufrechnung des Eigentümers mit einem Teilbetrag einer Forderung). Ein anerkennenswerter Grund dafür, dass der Berechtigte aus einer Grundschuld zwar das Angebot einer Teilzahlung durch den Schuldner zurückweisen darf, die nicht zur vollständigen Ablösung seines Rechts führt, eine zu derselben Rechtsfolge führende Aufrechnung durch den Eigentümer des Grundstücks jedoch hinzunehmen hat, besteht nicht, es sei denn, der zur Ablösung im Wege der Aufrechnung fehlende Betrag wird zusammen mit der Erklärung der Aufrechnung im Wege der Zahlung von dem Eigentümer erbracht.

II. Widerklage bereits unzulässig

[26] Die Widerklage ist unzulässig, soweit der Beklagte die Feststellung erstrebt, nicht verpflichtet zu sein, die Vollstreckung aus der Grundschuld wegen der Hauptforderung und der im Zeitraum vom 17. Mai 2000 bis zum 31. Dezember 2008 fällig gewordenen Zinsen zu dulden. Insoweit fehlt es offensichtlich an dem zur Zulässigkeit notwendigen Feststellungsinteresse, weil mit der Entscheidung über die Klage über die Duldungspflicht des Beklagten entschieden wird. Anders verhält es sich nur, soweit die erstrebte Feststellung die seit dem 1. Januar 2009 fällig gewordenen Zinsen umfasst. Insoweit ist die Widerklage zwar zulässig, nach dem Vorstehenden jedoch nicht begründet.

Standort: Immobiliarsachenrecht**Problem: Grundbuchberichtigung**

BGH, URTEIL VOM 25.06.2010
V ZR 1510/09 (NJOZ 2010, 2217)

Problemdarstellung:

Im August 2006 kaufte der Bekl. ein Grundstück vom Ehemann der Kl. Der Kaufpreis sollte in Teilzahlungen ab dem 01.10.2006 erbracht werden. Die Auflassung wurde erklärt und eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Im Dezember 2007 erfolgte die Umschreibung des Eigentums auf den Bekl. Da der Bekl. keine Zahlungen leistete, erklärten die Erben des zwischenzeitlich verstorbenen Verkäufers - hierunter die Kl. - nach Fristsetzung den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Die Kl. verlangt vom Bekl. die Herausgabe des Hausgrundstücks an die Erbengemeinschaft (1), die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen (2) und seine Zustimmung zur Grundbuchberichtigung hinsichtlich seiner Eigentumseintragung zu erteilen (3).

Prüfungsrelevanz:

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen das (sachenrechtliche) Abstraktionsprinzip und die Beziehung des Rückgewähranspruchs aus § 346 I BGB zum Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB.

Die Anträge (1) und (2) der Kl. waren vorliegend unproblematisch zu bejahen: Da der Bekl. auch nach Ablauf einer Nachfrist die Teilzahlungsvereinbarung nicht bediente, stand der Erbengemeinschaft ein Rücktrittsrecht aus §§ 323 I, 2039 BGB zu. Da sie dieses wirksam ausgeübt hatte, konnte die Kl. gem. § 346 I BGB die Rückgewähr der empfangenen Leistungen verlangen. Darunter fällt neben der Herausgabe des Grundstücks auch die Löschung der Auflassungsvormerkung, da der gesicherte Auflassungsanspruch aufgrund des Rücktritts erloschen war. Der Anspruch aus § 346 I BGB tritt hinsichtlich der Vormerkung also neben den allgemeinen Grundbuchberichtigungsanspruch (vgl. Staudinger/Kaiser [2004], § 346 Rn. 70).

Der Antrag (3) der Kl. auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Eintragung des Bekl. als Eigentümer war jedoch unbegründet. Der Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB verlangt, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs, d.h. eine Divergenz zwischen formeller Grundbuch- und materieller Rechtslage. Die Eintragung des Bekl. als Eigentümer müsste also der materiellen Rechtslage widersprechen. Der hier gegebene *schuldrechtliche* Rückübertragungsanspruch aus § 346 I BGB berührt jedoch nicht die *dingliche* Rechtslage, sondern vermittelt der Kl. nur einen Anspruch auf Rückübertragung

des Grundstücks. Die Eigentümerstellung des Bekl. wird hierdurch nicht berührt (so auch Soergel/Stürner, § 894 Rn 5; MünchKommBGB/Kohler, § 894 Rn. 4). Das Grundbuch war insoweit korrekt.

Richtigerweise hätte die Kl. mithin einen Antrag auf Rückübertragung/-übereignung stellen müssen. Da ihr Antrag sich jedoch nicht umdeuten ließ (Rn. 15. d. Urteils), war er schließlich abzuweisen.

Die Unterscheidung zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch aus § 346 I BGB und der dinglichen Rechtslage muss in Examensklausuren unbedingt beachtet werden, da ansonsten ein - schwer zu verzeihender - Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip vorläge. Dies scheint vorliegend auch dem Berufungsgericht unterlaufen zu sein, so dass der Senat sich zu einer Rüge hinreißen lässt (Rn. 16 d. Urteils).

Vertiefungshinweise:

Zur Löschung einer Vormerkung: BGH, BeckRS 2010, 00721

Zur Grundbuchberichtigung im einstweiligen Rechtsschutz: Mertins, JuS 2009, 911

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der ratsuchende Insolvenzverwalter"

Examenskurs: "Grundfälle zur Vormerkung"

Examenskurs: "Vorgemerktes Schwimmbad"

Leitsatz (der Redaktion):

Der schuldrechtliche Anspruch auf Rückübertragung aus § 346 BGB berührt nicht die dingliche Rechtslage und kann vor der vollzogenen Rückübertragung keinen Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB rechtfertigen.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 18. August 2006 verkaufte der Ehemann der Klägerin ein Hausgrundstück zum Preis von 130.000 € an den Beklagten. Hiervon waren 30.000 € einen Monat nach Vertragsschluss fällig; die übrigen 100.000 € sollten in monatlichen Teilzahlungen von 833 € beginnend ab dem 1. Oktober 2006 gezahlt werden. Die Auflassung wurde erklärt und eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Im Dezember 2007 erfolgte die Umschreibung des Eigentums auf den Beklagten.

Der Beklagte, der auf dem Grundstück wohnt, leistete keine Zahlungen auf den Kaufpreis. Die Erben des zwischenzeitlich verstorbenen Verkäufers, darunter die Klägerin, erklärten deshalb im Februar 2007 nach erfolgter Nachfristsetzung den Rücktritt von dem

Kaufvertrag.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten neben der Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten, das Hausgrundstück geräumt an die Erbengemeinschaft herauszugeben, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen sowie seine Zustimmung zu erteilen, dass das „Grundbuch hinsichtlich der zu seinen Gunsten vorgenommenen Eigentumseintragung berichtigt und diese Eigentumseintragung gelöscht wird, so dass die Klägerin und <die weiteren Erben> in ungeteilter Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen werden“.

Das Landgericht hat ein entsprechendes Versäumnisurteil erlassen und den Einspruch des Beklagten zurückgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt er seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht meint, die Erbengemeinschaft sei wirksam von dem Kaufvertrag zurückgetreten, da der Beklagte den Kaufpreis trotz Fristsetzung nicht gezahlt habe. Die Klägerin könne gemäß den §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 2039 BGB die Rückübertragung des Grundstücks an die Erbengemeinschaft verlangen. Das Landgericht habe den Beklagten daher zu Recht verurteilt, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen und seine Zustimmung zu erteilen, dass die zu seinen Gunsten vorgenommene Eigentumseintragung berichtigt und diese Eigentumseintragung gelöscht werde. Diese Verpflichtungen umfassten die Erklärungen, die seitens des Beklagten zur Rückgängigmachung des Kaufvertrages erforderlich seien. Desweiteren sei der Beklagte verpflichtet, das Grundstück herauszugeben und die vorgerichtlichen Anwaltskosten zu erstatten.

B. Entscheidung des BGH

[6] Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

I. Keine Rechtsfehler bei der Bewertung des Rücktrittsrechts und dessen Ausübung

[9] In der Sache geht das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler und von der Revision unbeanstandet davon aus, dass die Erbengemeinschaft wirksam von dem Kaufvertrag zurückgetreten ist.

1. Herausgabe des Grundstücks

[10] Auf dieser Grundlage ist die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe des Grundstücks an die Er-

bengemeinschaft nicht zu beanstanden. Deren Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB steht - anders als die Revision meint - nicht entgegen, dass der Beklagte noch Eigentümer des Grundstücks ist. Da er auch diese Rechtsposition nach der genannten Vorschrift der Erbengemeinschaft zurückgewähren muss, setzt sich der schuldrechtliche Herausgabeanspruch gegen die dingliche Rechtsposition durch. Die von der Revision für ihre Auffassung angeführte Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 141, 259) ist nicht einschlägig. Sie betrifft die Frage, ob ein Verkäufer, der noch Eigentümer des verkauften Grundstücks ist, nach einem Rücktritt von dem Vertrag den Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks nicht nur auf die Vorschrift des § 346 BGB, sondern daneben auch auf sein Eigentumsrecht und damit auf § 985 BGB stützen kann. Darum geht es hier nicht.

2. Löschung der Auflassungsvormerkung

[11] Zutreffend nimmt das Berufungsgericht ferner an, dass die Erbengemeinschaft aufgrund des Rücktritts vom Vertrag die Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen kann - und zwar sowohl nach § 346 Abs. 1 BGB, als auch nach § 894 BGB, da der gesicherte Auflassungsanspruch und damit die Vormerkung erloschen ist (vgl. Staudinger/Kaiser, BGB [2004], § 346 Rdn. 70) - und dass der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Verzuges Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten gebührt (§§ 286, 280 Abs. 1 BGB).

II. Rechtsfehler bei der Bewertung des Grundbuchberichtigungsanspruchs hinsichtlich der Eintragung des Bekl. als Eigentümer

[12] Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsurteil jedoch, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, einer Grundbuchberichtigung bezüglich seiner Eintragung als Eigentümer zuzustimmen. Dies verkennt die Rechtsfolgen eines Rücktritts vom Vertrag.

1. Keine dingliche Wirkung des § 346 I BGB

[13] Die in § 346 Abs. 1 BGB angeordnete Verpflichtung, im Fall eines Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, verändert nur den schuldrechtlichen Vertrag, hat also keine dingliche Wirkung hinsichtlich der erbrachten Leistungen. Wenn die Leistung in einer Übereignung bestanden hat, ist neben der (tatsächlichen) Rückgabe des übereigneten Gegenstandes eine Rückübereignung nötig (Staudinger/Kaiser, BGB [2004], § 346 Rdn. 68 u. 70; PWW/Medicus, BGB, 5. Aufl., § 346 Rdn. 3). Ist der Rückgewährschuldner, wie hier der Beklagte, als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, muss der Rückgewährgläubiger ihn deshalb auf Rückauflassung des Grundstücks und auf Bewilligung der Eigentumsumschreibung in Anspruch nehmen (vgl. Senat, BGHZ

97, 264, 265; Urt. v. 5. Juni 2009, V ZR 168/08, NJW 2009, 3155, 3157 Rdn. 22).

[14] Der von der Klägerin geltend gemachte Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) kommt demgegenüber nur in Betracht, wenn das Grundbuch die bestehende dingliche Rechtslage nicht richtig wiedergibt (Senat, Urt. v. 21. Oktober 2005, V ZR 63/05, BGH-Report 2006, 147). Ein bloß schuldrechtlicher Anspruch auf Herstellung des einzutragenden Zustands, wie er nach § 346 Abs. 1 BGB besteht, führt indes nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs (vgl. Soergel/ Stürner, BGB, 13. Aufl., § 894 Rdn. 5; MünchKomm-BGB/Kohler, 5. Aufl., § 894 Rdn. 5). Mithin gibt das Grundbuch die dingliche Rechtslage hier zutreffend wieder.

2. Keine Umdeutung des Klageantrags

[15] Der Klageantrag lässt sich nicht in einen Antrag auf Rücküberweisung des Grundstücks umdeuten. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 12. Mai 2009 - zutreffend - darauf hingewiesen, dass der geltend gemachte Anspruch auf Grundbuchberichtigung unbegründet sei, weil das Grundbuch die dingliche Rechtslage richtig wiedergebe. Da die Klägerin dies nicht zum Anlass genommen hat, ihren Antrag zu ändern oder ihr Klageziel klarzustellen, sondern im Schriftsatz vom 3. Juni 2009 - im Gegenteil - darauf

beharrt hat, das Grundbuch sei hinsichtlich der Eigentümerstellung des Beklagten unrichtig, ist anzunehmen, dass der Klageantrag in den Tatsacheninstanzen bis zuletzt bewusst auf die Berichtigung des Grundbuchs gerichtet war.

[16] Das steht auch der von der Revisionserwiderung für richtig gehaltenen Auslegung des Berufungsurteils dahin entgegen, der Beklagte habe zur Rückauffassung und Bewilligung der Eigentumsumschreibung verurteilt werden sollen. Im Übrigen ist nicht nur der Tenor des aufrechterhaltenen Versäumnisurteils eindeutig auf eine Berichtigung des Grundbuchs gerichtet; vielmehr spricht das Berufungsgericht in den Gründen des angefochtenen Urteils selbst davon, dass die zu Gunsten des Beklagten vorgenommene Eigentumseintragung zu berichtigen und diese Eigentumseintragung zu löschen sei. Soweit es in anderen Passagen einen Rückübertragungsanspruch der Erbengemeinschaft erwähnt, meint es offenbar die Rückübertragung der Buchposition. Andernfalls hätte das Berufungsgericht nämlich den (schuldrechtlichen) Rückübertragungsanspruch und den (dinglichen) Grundbuchberichtigungsanspruch derart vermengt, dass anzunehmen wäre, es vermöge zwischen beiden Ansprüchen nicht zu unterscheiden. Eine so weitreichende Rechtsunkenntnis kann dem Berufungsgericht nicht unterstellt werden.

Standort: Schuldrecht

Problem: § 603 S. 2 BGB analog

BGH, URTEIL VOM 04.08.2010
XII ZR 118/08 (NJW 2010, 3087)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte dem Bekl. seinen Motorroller überlassen. Diesen überließ der Bekl. unbefugt dem Zeugen H., der während einer Probefahrt unverschuldet in einem Unfall verwickelt wurde. Hierbei nahm der Roller erheblichen Schaden. Der Kl. verlangte Schadensersatz vom Bekl.

Das Landgericht hat eine Haftung des Bekl. bejaht. Auf ein Verschulden hinsichtlich der Unfallverursachung komme es nicht an: Die Parteien hätten entweder einen Leihvertrag geschlossen, so dass sich eine verschuldens-unabhängige Haftung des Bekl. aus §§ 280 I, 603 S. 2 BGB ergebe, oder ein Gefälligkeitsverhältnis vereinbart, das die analoge Anwendung des § 603 S. 2 BGB gebiete.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ruft zunächst die Abgrenzung von Gefälligkeitsverträgen und -verhältnissen auf den Plan. Diese ist zwar als klassisches Thema des Grundstudiums bekannt, muss aber auch von Examenkandidaten beherrscht werden. Vorliegend führt die Ein-

ordnung als Leihvertrag *oder* als Gefälligkeitsverhältnis - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - zu unterschiedlichen Ergebnissen.

I. Die Abgrenzung eines Gefälligkeitsvertrages (unentgeltlicher Vertrag des BGB) von einem Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Charakter (zwar keine Leistungs- aber Sorgfaltspflicht i.S.v. § 241 II BGB) bzw. ohne rechtsgeschäftlichem Charakter (nicht einmal Sorgfaltspflicht; Haftung bloß aus § 823 BGB) vollzieht sich anhand des Rechtsbindungswillens. Da die Instanzgerichte hierzu keine Feststellungen getroffen hatten, konnte auch der Senat keine Einordnung vornehmen.

II. Aus § 603 S. 2 BGB hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass der Entleiher eines Fahrzeugs verschuldensunabhängig für Schäden einzustehen hat, die aus einer unbefugten Gebrauchsüberlassung an Dritte resultieren (BGHZ 37, 306 [309]). Denn das Verschulden des Entleihers muss sich bei einer Verletzung der Pflicht aus § 603 S. 2 BGB nur auf das eigene vertragswidrige Verhalten und nicht auf den dadurch verursachten Schaden beziehen (MünchKommBGB/Häublein, § 603 Rn. 4 m.w.N.).

III. Eine direkte Anwendung des § 603 S. 2 BGB kommt allerdings nur in Betracht, wenn zwischen den

Parteien ein Leihvertrag i.S.d. § 598 BGB zustande gekommen ist. Ein solcher war hier jedoch weder festgestellt noch abgelehnt worden. Anders als das Berufungsgericht meint, kann dies nach Ansicht des Senats auch nicht dahinstehen. Denn eine analoge Anwendung des § 603 S. 2 BGB ist in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke nicht geboten. Entscheiden sich die Beteiligten für ein Gefälligkeitsverhältnis und gegen einen Gefälligkeitsvertrag, wollen sie die Gebrauchsüberlassung gerade nicht den besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Leihe (vgl. §§ 599, 600, 602, 603, 606 BGB) unterstellen. Denn diesbezüglich entwickeln die Beteiligten keinen Rechtsbindungswillen.

IV. Im Ergebnis haftet der Bekl. also nur dann, wenn er mit dem Kl. einen Leihvertrag gem. § 598 BGB geschlossen hätte (gem. §§ 280 I, 603 S. 2 BGB).

Eine Haftung aus § 823 BGB ist ausgeschlossen, da dem Bekl. nur die unbefugte Überlassung des Rollers an den Zeugen H. vorzuwerfen ist. Diese hat aber nur mittelbar zur Eigentumsverletzung des Kl. geführt.

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung von Gefälligkeitsvertrag und Gefälligkeitsverhältnis: BGHZ 21, 102 [107]
- Zum Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Charakter: *Canaris*, JZ 2001, 499; *Krebber*, VersR 2004, 150

Leitsatz:

Im Rahmen einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit kann eine verschuldensunabhängige Haftung des Begünstigten für die Beschädigung des überlassenen Gegenstandes durch einen Dritten, an den der Gegenstand vom Begünstigten ohne Wissen des Gefälligen weitergegeben worden ist, nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 603 Satz 2 BGB begründet werden (Rn. 12, 13, 16).

Sachverhalt:

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Schadensersatz für seinen bei einem Unfall beschädigten Motorroller. Der Kläger überließ dem Beklagten den in seinem Eigentum stehenden Motorroller für eine Probefahrt. Auf dieser Fahrt, bei der der Beklagte von dem Zeugen H. auf einem Leichtkraftrad begleitet wurde, kam es zu einem Unfall, bei dem das Fahrzeug des Klägers erheblich beschädigt wurde.

Der Unfallhergang ist zwischen den Parteien streitig, insbesondere ob der Motorroller des Klägers zum Zeitpunkt des Unfalls von dem Beklagten oder dem Zeugen H. gefahren worden ist.

Das Amtsgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme den Beklagten als Lenker des Motorrollers des Klägers angesehen und ihn gemäß § 823

BGB zum Schadensersatz verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die vollständige Klageabweisung erreichen.

Aus den Gründen:

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

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass es dahingestellt bleiben könne, ob der Beklagte oder der Zeuge H. im Unfallzeitpunkt den Motorroller gesteuert habe. Sollte der Beklagte den Motorroller unerlaubt dem Zeugen H. überlassen haben, hafte er entweder aus §§ 603 Satz 2, 280 Abs. 1 BGB oder aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften, weil der Beklagte den Motorroller dem Zeugen ohne Erlaubnis des Klägers überlassen habe. Zwischen den Parteien sei nämlich entweder ein Leihvertrag geschlossen worden oder es liege ein Gefälligkeitsverhältnis vor, in dessen Rahmen der Beklagte jedoch keine weitergehenden Befugnisse haben könne, als der Entleiher. Deshalb sei bei der Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses eine analoge Anwendung der §§ 603 Satz 2, 280 Abs. 1 BGB geboten.

B. Entscheidung des BGH

[8] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. § 603 S. 2 BGB begründet verschuldensunabhängige Haftung

[9] Zwar ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Entleiher eines Fahrzeugs aus positiver Vertragsverletzung für alle Schäden haftet, die adäquat - kausal durch die unerlaubte Überlassung des Fahrzeugs an einen Dritten entstanden sind (BGHZ 37, 306, 309 f.). Denn das Verschulden des Entleihers muss sich bei der Verletzung der Pflicht aus § 603 Satz 2 BGB nur auf das eigene vertragswidrige Verhalten und nicht auf den dadurch verursachten Schaden beziehen (MünchKommBGB/Häublein 5. Aufl. § 603 Rdn. 4 m.w.N.).

II. Jedoch keine analoge Anwendung auf Gefälligkeitsverhältnisse

[10] Dieser zur vertraglichen Haftung bei der Leihe entwickelte Rechtssatz kann jedoch nicht im Wege einer analogen Anwendung des § 603 Satz 2 BGB auf die Haftung bei einer Gebrauchsüberlassung aus Ge-

fälligkeit übertragen werden.

1. Analogievoraussetzungen

[11] Voraussetzung für eine Analogie ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von denselben Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 - NJW 2010, 1065 Rdn. 21 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

a) Gleiche Interessenlage

[12] Zwar mag bei einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit, wie vom Berufungsgericht angenommen, die Interessenlage der Beteiligten mit der bei einer Leihe vergleichbar sein, weil der Gefällige ebenso wie der Verleiher ein Interesse daran hat, dass der Begünstigte mit der Sache sorgfältig umgeht und sie ohne entsprechende Erlaubnis nicht an Dritte weitergibt. Dies allein rechtfertigt jedoch eine analoge Anwendung des § 603 Satz 2 BGB nicht. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke.

b) Keine planwidrige Regelungslücke

aa) Rechtsprechung: Schon keine vertragsähnliche Haftung bei Gefälligkeitsverhältnissen

[13] Von der Rechtsprechung (BGHZ 21, 102, 106 f.; BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475; OLG Stuttgart NJW 1971, 660, 661; OLG Koblenz MDR 1999, 1509 und NJW-RR 2002, 595; OLG Frankfurt VersR 2006, 918 f.) und Teilen des Schrifttums (Palandt/Grüneberg BGB 69. Aufl. Einl. vor § 241 Rdn. 8; Erman/Graf von Westphalen BGB 12. Aufl. vor § 598 Rdn. 2; Jauernig/Stadler BGB 13. Aufl. § 311 Rdn. 45; Jauernig/Mansel aaO § 598 Rdn. 5) wird eine vertragsähnlich ausgestaltete Haftung innerhalb eines Gefälligkeitsverhältnisses grundsätzlich abgelehnt und der Geschädigte mit seinen Ansprüchen allein auf das Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) verwiesen, weil ein ohne Rechtsbindungswillen der Beteiligten eingegangenes Gefälligkeitsverhältnis eine an das Vertragsrecht angelehnte Haftung nicht begründen könne.

[14] Bei den Regelungen über die vertragliche Leihe handelt es sich um ein vom Gesetzgeber besonders ausgestaltetes Vertragsverhältnis, das einen beiderseitigen Verpflichtungswillen der Beteiligten voraussetzt und für jeden Vertragsschließenden Rechte und Pflichten begründet und ausformt (BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475 f.).

Insbesondere enthalten die Vorschriften über die Leihe umfassende Regelungen bezüglich der Haftung von Verleiher und Entleiher, die ausgewogen die Besonderheiten der unentgeltlichen Leihe berücksichtigen (vgl. §§ 599, 600, 602, 603, 606 BGB). Bei der Überlassung eines Gegenstandes im Rahmen eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses fehlt den Beteiligten jedoch gerade der Wille, sich rechtlich zu binden (BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475). Die Beteiligten entscheiden sich in diesem Fall dafür, die Gebrauchsüberlassung nicht den gesetzlichen Bestimmungen über die Leihe zu unterstellen. Folglich können einzelne Bestimmungen, die zur Gestaltung dieses besonderen Vertragsverhältnisses beitragen, nicht auf ein dem Deliktsrecht unterfallendes Gefälligkeitsverhältnis übertragen werden (BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475 f.; OLG Frankfurt VersR 2006, 918 f.; OLG Karlsruhe Urteil vom 26. Februar 2003 - 17 U 121/02 - veröffentlicht bei juris Rdn. 17, jeweils zur Frage der Übertragung der kurzen Verjährungsfrist des § 606 BGB auf ein Gefälligkeitsverhältnis; anders OLG Koblenz VRS 100, 85, 86 f. unter der Annahme eines "leiheähnlichen Gefälligkeitsverhältnisses").

bb) Keine andere Bewertung nach Literaturansicht, die vertragsähnliche Haftung bejaht

[15] Eine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 603 Satz 2 BGB besteht auch dann nicht, wenn man mit Teilen des Schrifttums (vgl. Canaris JZ 2001, 499, 502; Staudinger/Reuter (2005) Vorbem. zu §§ 598 ff. Rdn. 11 f.; MünchKomm-BGB/Kramer 5. Aufl. Einl. Rdn. 42; AnwK-BGB/Krebs § 311 Rdn. 92; Erman/Kindl BGB 12. Aufl. § 311 Rdn. 22; Hoppertz in Prütting/Wegen/Weinreich BGB 4. Aufl. § 598 Rdn. 8; Gehrlein VersR 2000, 415 ff.) annimmt, dass jedenfalls bei Gefälligkeitsverhältnissen mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter (vgl. zu diesem Begriff Canaris JZ 2001, 499, 502), gegenseitige Schutz- und Treuepflichten bestehen, deren Verletzung zu einer Haftung nach vertraglichen Grundsätzen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) führen kann (MünchKomm-BGB/Kramer 5. Aufl. Einl. Rdn. 42 und ausführlich dazu Krebber VersR 2004, 150 ff.). Denn nach dieser Ansicht haften sowohl der Gefällige als auch der Begünstigte für das Verschulden Dritter gemäß § 278 BGB (MünchKomm-BGB/Kramer 5. Aufl. Einl. Rdn. 42; Soergel/Kummer BGB (1997) vor § 598 Rdn. 5).

2. Zwischenergebnis

[16] Für die Haftung des Begünstigten wegen der Beschädigung eines im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses überlassenen und von diesem an einen Dritten weitergegebenen Gegenstandes besteht daher kei-

ne planwidrige Regelungslücke des Gesetzes, die durch die analoge Anwendung einzelner Vorschriften aus dem Recht der Leihe geschlossen werden kann.

[17] Demgemäß hätte das Berufungsgericht zunächst feststellen müssen, ob zwischen den Parteien ein Leihvertrag oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis zustande gekommen ist (vgl. zur Abgrenzung BGHZ 21, 102, 107). Nur wenn diese Prüfung ergeben hätte, dass zwischen den Parteien ein Leihvertrag abgeschlossen worden ist, hätte das Berufungsgericht seine Entscheidung auf § 603 Satz 2 BGB stützen können und auf weitere Feststellungen zum konkreten Unfallhergang, insbesondere zu der Frage, von wem der Roller im Unfallzeitpunkt gefahren wurde, verzichten dürfen.

III. Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[18] Demgemäß ist die Sache unter Aufhebung des

angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst nicht abschließend entscheiden, weil noch erforderliche Feststellungen fehlen und das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - sich nicht mit dem Berufungsangriff des Beklagten befasst hat, der vorgetragen hat, dass die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen rechtsfehlerhaft getroffen worden seien, weil das Amtsgericht den Beklagten nicht persönlich angehört habe (vgl. BGH NJW 2008, 576 Rdn. 26 f.). Zudem wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob eine vertragliche Haftung des Beklagten nicht möglicherweise daran scheitert, dass die Parteien zum Zeitpunkt der Überlassung des Motorrollers noch minderjährig gewesen sein könnten.

Standort: Allgemeiner Teil

Problem: Unternehmereigenschaft

OLG CELLE, URTEIL VOM 22.09.2010
3 U 75/10 (DB 2010, 2160)

Problemdarstellung:

Der Bekl. hatte im März 2001 bei der Z-Bank (Kl.) ein Darlehen über rund 200.000 € aufgenommen. Mit dem Geld erwarb er sämtliche Anteile einer GmbH, deren Geschäftsführer er wurde. In der Folgezeit verschlechterte sich die Geschäftslage der GmbH. Mit Schreiben vom 09.08.2002 kündigte die Kl. den Darlehensvertrag.

Bis zum Jahr 2008 versuchte die Kl. mit dem Bekl. ein Konzept zur Rückzahlung der Darlehenssumme auszuarbeiten. Dies blieb erfolglos. Der Bekl. bezieht mittlerweile Arbeitslosengeld II.

Am 29.12.2008 versuchte die Kl. ihre Darlehensrückzahlungsforderung durch Mahnbescheid geltend zu machen. Dem widersprach der Bekl. mit der Ansicht, die Forderung sei verjährt. Die Vorschrift des § 497 III 3 BGB - wonach bei einem Verbraucherdarlehensvertrag die Verjährung bei Verzug des Darlehensnehmers bis zu 10 Jahre gehemmt ist - greife nicht ein, da er beim Abschluss des Darlehensvertrages als Unternehmer gem. § 14 BGB gehandelt habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft ist aktuell von besonderer Bedeutung, da sich das Verbraucherkreditwesen im Sommer 2010 geändert hat (vgl. Sonderbeitrag RA 2010, 315). Dabei kann auch die Frage, ob die Beteiligten die persönlichen Anforderungen der §§ 13, 14 BGB erfüllen, problematisch werden - hier verbirgt sich das Problem hinter § 497 III 3 BGB.

Sollte die Norm eingreifen, wäre eine Inanspruchnahme des Bekl. möglich. Denn ab dem Zeitpunkt, in dem der Bekl. mit der Darlehensrückzahlung in Verzug ist, wäre die Verjährung dieses Anspruchs gehemmt. Sollte der Bekl. jedoch als Unternehmer gehandelt haben und die Norm damit nicht einschlägig sein, wäre der Rückzahlungsanspruch gem. §§ 195, 199 BGB zum 31.12.2005 verjährt.

Die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmereigenschaft richtet sich danach, ob der Betreffende im privaten oder im gewerblichen bzw. selbständig-beruflichen Bereich handelte (vgl. §§ 13, 14 BGB). Eine gewerbliche Tätigkeit ist eine planmäßig und auf Dauer angelegte wirtschaftlich selbständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb.

Zwar erfolgte die Aufnahme des Darlehens zum Erwerb einer GmbH, die ihrerseits gewerblich, also unternehmerisch tätig wird. Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen stellt sich für den Bekl. jedoch als Kapitalanlage dar, die dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen ist (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 1993, 397). Das gilt auch, wenn der Betreffende sämtliche Gesellschaftsanteile erwirbt und damit die Position des Geschäftsführers übernimmt. Denn auch die Geschäftsführung als solche ist für den Geschäftsführer keine gewerbliche Tätigkeit (BGH, NJW 2004, 3039). Auch ist die Tatsache unschädlich, dass es sich um einen Unternehmenskauf handelte. Denn hierdurch wird nicht der Alleingesellschafter Unternehmer - Unternehmerin ist allein die GmbH (§ 13 III GmbHG i.V.m. § 6 II 2 HGB).

Der Bekl. handelte folglich als Verbraucher, so dass § 497 III 3 BGB zur Anwendung kam und er sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen konnte.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Begriff des Verbrauchers bzw. Unternehmers: *Faust*, JuS 2010, 254; *Kieselstein/Rückebeil*, ZGS 2007, 54 und JA 2006, 423; *Mankowski*, CR 2006, 132 (Unternehmereigenschaft von ebay-Powersellern); *Schmittmann*, VuR 2006, 223

□ Zu § 497 III 3 BGB: *BGH*, NJW 2010, 2940; *OLG Hamm*, WM 2007, 1328

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

Leitsatz:

Die Aufnahme eines Darlehens zum Erwerb der Gesellschaftsanteile einer GmbH durch deren späteren Alleingesellschafter und Geschäftsführer stellt keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 14 BGB dar. Die Verjährung der Ansprüche der kreditgebenden Bank gegenüber dem Darlehensnehmer als Verbraucher gem. § 13 BGB sind daher gem. § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB für bis zu 10 Jahre gehemmt.

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Klägerin begehrt aus eigenem, hilfsweise aus abgetretenem Recht ihrer Rechtsvorgängerin, der Y.-Bank, von dem Beklagten die Rückzahlung eines erststelligen Teilbetrages von 50.000,00 € aus einem gewährten Eigenkapitalhilfe-Darlehen über insgesamt 390.000,00 DM (199.402,83 €).

Mit Vertrag vom 31. März 2000 schloss der Beklagte mit der Z.-Bank einen Vertrag zur Gewährung eines Darlehens in Höhe von 390.000,00 DM. Mit dem Kredit, der eine Laufzeit von 20 Jahren vorsah, sollte der Erwerb aller Anteile einer Gesellschaft f. t. S. u. V. mbH, G., finanziert werden. Der Kredit wurde vereinbarungsgemäß verwandt. Der Beklagte erwarb sämtliche Gesellschaftsanteile an der vorbezeichneten GmbH und wurde deren Alleingeschäftsführer.

Die zunächst positive Geschäftslage der GmbH verschlechterte sich in der Folgezeit zunehmend mit dem Ergebnis, dass der Beklagte für diese am 16. Juli 2002 einen Antrag auf Durchführung eines Insolvenzverfahrens stellte. Die Z.-Bank nahm die hierdurch ersichtlich gewordene Verschlechterung der Vermögenslage des Beklagten zum Anlass, den mit diesem geschlossenen Kreditvertrag mit Schreiben vom 09. August 2002 zu kündigen und erbat Vorschläge, wie das Darlehen zurückgeführt werden sollte. Vorschläge des Beklagten hierzu blieben aus. Mit Schreiben vom 28. Juli 2005 trat die Z.-Bank sämtliche Forderungen aus dem Darlehensvertrag mit dem Beklagten an die Klägerin - entsprechend einer zwischen ihr und der Klägerin vorab getroffenen Vereinbarung - ab, die ihrerseits den Beklagten mit Schreiben vom 15. August 2005 sowie

30. Oktober 2008 aufforderte, einen Rückführungsvorschlag zu unterbreiten oder ein notarielles Schuldanerkenntnis abzugeben. Der Beklagte seinerseits übersandte mit Schreiben vom 06. Juli 2005 der Z.-Bank unter Bezugnahme auf ein am Vortag geführtes Telefonat eine Aufstellung über seine Verbindlichkeiten (Gesamtforderungen gegen ihn: 1.728.178,61 €) und teilte mit, dass er auf verschiedene Forderungen, u. a. eine Geldstrafe in Höhe von 1.600,00 €, monatliche Raten zahle. Mit weiterem Schreiben vom 08. Januar 2005 führte er aus, er sei 54 Jahre alt, seit Insolvenz seiner Firma langzeitarbeitslos und friste sein Leben durch den Bezug von Arbeitslosengeld II. Er sehe sich daher nicht in der Lage, ein Rückzahlungsangebot zu unterbreiten und bedauere die Situation außerordentlich.

Gegen den von der Kl. am 29.12.2008 beantragten Mahnbescheid hat der Bekl. Widerspruch eingelegt. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Anspruch verjährt sei. Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Kl., mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiter verfolgt.

Aus den Gründen:

[17] Die Berufung der Klägerin ist zulässig; sie hat auch in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht gegenüber dem Beklagten ein unverjährter Rückzahlungsanspruch aus dem dem Beklagten gewährten Darlehen über insgesamt 390.000,00 DM in Höhe eines erstrangigen Teilbetrages von 50.000,00 € zu, § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.

A. Wirksame Abtretung

[18] Zwischen der Z.-Bank, die ihre Ansprüche der Klägerin wirksam abgetreten hat (Anlage K2 - Bl. 95 f. d. A.), und dem Beklagten ist ein Darlehensvertrag über 390.000 DM zustande gekommen. Der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des Darlehens besteht in voller Höhe. Rückzahlungen hat der Beklagte nicht geleistet. Der Anspruch ist auch fällig, da die Z.-Bank das Darlehen fristlos wegen offenkundiger Vermögensverschlechterung des Beklagten gekündigt hat.

B. Keine Verjährung gem. §§ 195, 199 BGB

[19] Der Anspruch der Klägerin ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht verjährt. Zwar wäre die 3-jährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB, die mit Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist - hier also mit Kündigung des Kredits - zum 31. Dezember 2005 abgelaufen. Dabei folgt die Anwendbarkeit der §§ 195 ff. BGB aus Art. 229 § 6 EGBGB.

I. § 497 III 3 BGB

[20] Der Verjährung der von der Klägerin geltend ge-

machten Ansprüche steht jedoch die Regelung des § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB entgegen. Danach ist die Verjährung von Ansprüchen auf Darlehensrückzahlung und Zinsen vom Eintritt des Verzugs an - hier ab 2002 - bis zu ihrer Feststellung in einer der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 - 5 BGB bezeichneten Art (gerichtliche Geltendmachung) für bis zu 10 Jahre gehemmt.

II. § 497 III 3 BGB vorliegend anwendbar, da der Bekl. als Verbraucher handelte

[21] § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB findet auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung, da der Beklagte bei Aufnahme des Darlehens nicht als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB, sondern als Verbraucher gemäß § 13 BGB tätig geworden ist.

[22] Grundsätzlich ist die Beurteilung der Frage, ob jemand als Verbraucher oder Unternehmer tätig geworden ist, davon abhängig, ob es sich um eine Tätigkeit im privaten Bereich oder eine solche im gewerblichen bzw. selbstständig-beruflichen Bereich handelt. Dabei ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Ausübung der Tätigkeit abzustellen, wobei auch Tätigkeiten im Vorfeld einer solchen Ausübung zu berücksichtigen sind, sofern sie einen entsprechenden Bezug zu einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit aufweisen.

[23] Vorliegend ist die Aufnahme des Darlehens nicht in Bezug zu einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit des Beklagten erfolgt; sie ist vielmehr dem privaten Bereich zuzuordnen. Eine gewerbliche Tätigkeit ist eine planmäßige und auf Dauer angelegte wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb. Einer solchen Tätigkeit diene der Abschluss des Darlehensvertrages mit der Z.-Bank nicht. Unstreitig sollte das vom Beklagten aufgenommene Darlehen diesem den Kauf sämtlicher Anteile an der bereits existierenden Gesellschaft f. t. S. u. V. mbH G. ermöglichen. Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen stellt sich als Kapitalanlage dar, die dem Bereich der Vermögensverwaltung zuzuordnen ist (st. Rspr. BGH NJW 1993, 397; 1974, 1462; 1979, 1650). Dies gilt unabhängig vom Grad der Beteiligung an der Gesellschaft, die mittels des aufgenommenen Kredits erworben wird (vgl. etwa BGH NJW 1996, 2156; 2000, 3133; 2006, 431). Ohne Belang ist, ob der Erwerber alle Anteile der Gesellschaft erwirbt und er auch die Position des Geschäftsführers übernimmt. Denn auch die Geschäftsführung einer GmbH als solche ist für den Geschäftsführer keine gewerbliche Tätigkeit (BGH NJW 2000, 3133; 2004, 3039). Dies gilt unabhängig davon, dass es sich beim Kauf sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH um einen Unternehmenskauf handelt. Der Alleingesellschafter wird hierdurch nicht Unternehmer. Unternehmer ist allein die GmbH, die Kaufmann gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG

i. V. m. § 6 Abs. 2 HGB ist. Dies beruht darauf, dass im Unterschied zu Personengesellschaften nur die GmbH, nicht jedoch deren Geschäftsführer oder Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GmbH haftet.

[24] Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Willensrichtung des Handelnden. Maßgeblich für die Zuordnung einer Tätigkeit einer Person als unternehmerische oder private (Verbraucher-)Tätigkeit ist die objektive Zielrichtung des Geschäfts (BGH NJW 2008, 435). Hier war Sinn und Zweck der Darlehensaufnahme der Erwerb der Geschäftsanteile der GmbH, die, wie ausgeführt, keine gewerbliche Tätigkeit, sondern eine solche der Vermögensverwaltung darstellt. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Vermögensverwaltung selbst derart komplex ist, dass der entstehende zeitliche Aufwand einer Berufsausübung gleichzustellen ist und etwa die Einrichtung eines Büros oder die Unterhaltung einer Organisation erforderlich machen würde. Dies ist weder für den Erwerb noch für die Verwaltung der Geschäftsanteile anzunehmen. Diese erfordert vielmehr beim Beklagten keinen Aufwand, der einen Geschäftsbetrieb in nennenswertem Umfang erfordern würde. Vielmehr war der Erwerb der Geschäftsanteile mit Abschluss des entsprechenden notariellen Vertrages erledigt.

III. § 507 BGB rechtfertigt kein anderes Ergebnis

[25] Nichts anderes folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKG (jetzt § 507 BGB.) Danach gelten die §§ 491 bis 506 BGB - Vorschriften über Verbraucherkreditverträge - auch für natürliche Personen, die sich ein Darlehen, einen Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen Beruflichkeit gewähren lassen. Diese Vorschrift, die dem Schutz des Kleinunternehmers dadurch dient, dass sie die Regelungen der Verbraucherkredite zur Anwendung bringt, führt vorliegend zu keiner Bewertung im Sinne der Argumentation des Beklagten. § 507 BGB begründet keine Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft, sondern setzt diese jeweils voraus. Die Beurteilung, ob jemand als Verbraucher oder Unternehmer gehandelt hat, richtet sich nach den Vorschriften der §§ 13, 14 BGB, nicht nach § 507 BGB.

IV. Voraussetzungen des § 497 III 3 BGB

[26] In Folge der seitens der Z.-Bank am 09. August 2002 erfolgten Kündigung des Darlehens ist der nunmehr von der Klägerin geltend gemachte Rückzahlungsanspruch fällig geworden. Seit Zugang dieses Schreibens befand sich der Beklagte in Verzug, weshalb die Verjährung nach § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB für eine Frist von bis zu 10 Jahren gehemmt ist. Die Ansprüche der Klägerin sind damit nicht verjährt.

*Strafrecht***Standort: § 202a StGB****Problem: "Skimming"**

BGH, BESCHLUSS VOM 06.07.2010
4 STR 555/09 (NSTZ 2010, 509)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte - zusammen mit einigen Partnern - die Bedienfelder mehrerer Geldautomaten mit einem speziellen Aufsatz versehen, der die Daten auf den Magnetstreifen der verwendeten ec-Karten sowie die persönlichen Geheimzahlen (PINs) auslas und speicherte (sog. "Skimming"). Sie übertrugen die so erlangten Daten auf die Magnetstreifen von Karten-Dummies und hoben mit diesen gefälschten Karten im Ausland von den jeweiligen Konten Bargeld ab.

Das Landgericht Münster hatte den Angeklagten insb. wegen Ausspähens von Daten, § 202a I StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH die Verurteilung insofern auf. Eine Strafbarkeit gem. § 202a I StGB setze nämlich voraus, dass der Täter sich unter Überwindung einer Zugangssperre Zugang zu Daten verschaffe, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Die auf den Magnetstreifen einer ec-Karte gespeicherten Daten seien jedoch nicht gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert, da man sie mit einem "handelsüblichen Lesegerät" auslesen könne. Damit hat der BGH seine frühere Rechtsprechung zu § 202a I StGB - die sich allerdings auf eine alte Fassung des Tatbestandes bezog - aufgegeben.

Prüfungsrelevanz:

§ 202a StGB ist kein Tatbestand, der in Examensklausuren besonders häufig anzutreffen ist, obwohl er in vielen Bundesländern zum Pflichtstoff gehört. Allerdings liegt der vorliegenden Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde, der in der Praxis besonders häufig auftritt und deshalb eine hohe aktuelle Bedeutung hat. Dies wird gerne zum Anlass genommen, vergleichbare Sachverhalte in Examensaufgaben einzubauen. Außerdem gibt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zu § 202a I StGB auf, was der Entscheidung eine noch größere Examensrelevanz verleiht.

Gem. § 202a I StGB macht sich wegen Ausspähens von Daten strafbar, wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung ver-

schafft. Daten i.S.v. § 202a I StGB sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden, § 202a II StGB.

Beim "Skimming" befinden sich die Daten, die das eigentliche Tatobjekt darstellen, nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert auf dem Magnetstreifen der vom Opfer verwendeten ec-Karte. Sie müssen jedoch auch, um in den Anwendungsbereich von § 202a I StGB zu fallen, gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sein. Eine solche besondere Sicherung ist dann gegeben, wenn Vorkehrungen getroffen sind, die objektiv dazu geeignet und subjektiv vom Berechtigten dazu bestimmt sind, den unbefugten Zugriff auf die Daten auszuschließen oder zumindest wesentlich zu erschweren (Fischer, § 202a Rn. 8; Schönke/Schröder-Lenckner, § 202a Rn. 7). Eine solche Sicherung ist etwa dann gegeben, wenn die Eingabe eines Passwortes notwendig ist, um auf die Daten zugreifen zu können (Fischer, § 202a Rn. 9a; Schönke/Schröder-Lenckner, § 202a Rn. 8).

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass die auf dem Magnetstreifen einer ec-Karte gespeicherten Daten nicht i.S.v. § 202a I StGB gegen unbefugten Zugriff besonders gesichert sind. Denn die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Daten (Kontonummer, Kartenfolgenummer und Bankleitzahl des kartenausgebenden Instituts) könnten auch ohne Eingabe eines Passwortes oder eines anderen Codes mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und der ebenfalls im Handel erhältlichen Software ausgelesen werden. Die zugehörige PIN hingegen sei überhaupt nicht - also auch nicht in verschlüsselter Form - auf der ec-Karte gespeichert, sondern werde durch einen speziellen Algorithmus anhand der gespeicherten Daten ausschließlich online errechnet.

Mit seiner vorliegenden Entscheidung führt der 4. Senat seine bereits in einer früheren Entscheidung (NSTZ 2010, 275) - ohne Entscheidungserheblichkeit - ausgeführte Rechtsauffassung fort. Damit setzt er sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des 3. Senats, der in einem vergleichbaren Fall (NSTZ 2005, 566) eine Strafbarkeit gem. § 202a StGB nicht am Fehlen der tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern nur deshalb hatte scheitern lassen, weil der gem. § 205 I StGB erforderliche Strafantrag nicht gestellt worden war. Will ein BGH-Senat von der Rechtsprechung an-

derer Senate abweichen, so muss er zunächst anfragen, ob die anderen Senate einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung zustimmen, § 132 III GVG. Das hatte der 4. Senat jedoch getan und entsprechende Zustimmungserklärungen der anderen Senate (auch des 3.) erhalten, sodass die anderenfalls erforderliche Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen gem. § 132 II GVG nicht durchzuführen war.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verwirklichung von § 202a StGB beim "Skimming": BGH, NStZ 2005, 566; 2010, 275; Gröseling/Höfing, MMR 2007, 549

Leitsatz (der Redaktion):

Das bloße Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten, um mit diesen Daten Kartendoubletten herzustellen, erfüllt nicht den Tatbestand des § 202 a Abs. 1 StGB.

Sachverhalt:

Der Angeklagte und die gesondert Verfolgten V, N, C und P schlossen sich Anfang Februar 2007 als Bande zusammen, um gewerbsmäßig zur Täuschung im Rechtsverkehr in einer Vielzahl von Fällen falsche Zahlungskarten mit Garantiefunktion herzustellen und mit diesen Karten im Ausland an Geldautomaten Geld abzuheben. Um sich die zum Nachmachen echter Zahlungskarten mit Garantiefunktion benötigten Daten zu verschaffen, die auf den Magnetstreifen solcher Karten gespeichert sind, setzten der Angeklagte und seine Mittäter ein mit einem Speichermedium versehenes Kartelesegerät ein, das unauffällig vor den in die Geldautomaten eines bestimmten Typs eingebauten Einzugslesegeräten angebracht werden konnte. Die bei der Benutzung des Geldautomaten vom Inhaber der Zahlungskarte eingegebene persönliche Geheimzahl (PIN) erlangten sie mittels eines über der Tastatur des Geldautomaten angebrachten, ebenfalls mit einem Speichermedium versehenen Tastaturaufsatzes. Auf diese Weise verschafften sich der Angeklagte und seine Mittäter am 17. Februar 2007 durch Anbringen solcher Geräte an einem Geldautomaten in einer Bank in Münster 21 Datensätze von Zahlungskarten und die jeweils zugehörige PIN, am 24. Februar 2007 durch Anbringen der Geräte an einem Geldautomaten in einer Bank in Dinslaken 21 Datensätze und am 7. Juli 2007 in Osnabrück weitere 35 Datensätze von Zahlungskarten. Nach dem Entfernen der Aufsatzgeräte von dem Geldautomaten las der Angeklagte allein oder mit Hilfe eines Mittäters jeweils die Speichermedien der Geräte aus. Die Datensätze der echten Zahlungskarten wurden anschließend in Amsterdam auf die Magnetstreifen von Payback-Karten übertragen,

welche Bandenmitglieder zuvor beschafft hatten. In der Folgezeit hoben Mitglieder der Bande unter Verwendung der nachgemachten Karten und der zu diesen Datensätzen jeweils gehörenden PIN an Geldautomaten im Ausland Bargeld ab.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des LG

[1- 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßigem Computerbetrug und mit Ausspähen von Daten in drei Fällen, wegen versuchter gewerbsmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in fünf Fällen, davon in einem Fall auch bandenmäßig handelnd, und wegen gewerbsmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Computerbetrug zu der Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf eine Verfahrensbeanstandung und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel führt zu der aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

2. Entscheidung des BGH

[3] Die Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen Ausspähens von Daten hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Das bloße Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten, um mit diesen Daten Kartendoubletten herzustellen, erfüllt nicht den Tatbestand des § 202 a Abs. 1 StGB.

a) Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 202a I StGB im vorliegenden Fall

[4] Die Strafvorschrift des § 202 a Abs. 1 StGB sowohl in ihrer zur Tatzeit geltenden, als auch in der durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7. August 2007 (BGBl. I 1786) neu gestalteten Fassung setzt voraus, dass die Angriffshandlung des Täters sich auf solche Daten im Sinne des § 202 a Abs. 2 StGB bezieht, die nicht für den Täter bestimmt und gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Bereits nach der alten Fassung der Norm war darüber hinaus erforderlich, dass bei dem damals tatbestandsmäßigen Verschaffen der Daten die besondere Zugangssicherung überwunden wird (vgl. MünchKomm StGB/Graf § 202 a Rdn. 48; Hoyer in SK-StGB 7. Aufl. § 202 a Rdn. 12; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 202 a Rdn. 10). Hieran anknüpfend (vgl. BTDrucks. 16/3656 S. 10) verlangt § 202 a Abs. 1

StGB n.F. nunmehr ausdrücklich, dass der Täter sich oder einem anderen den Zugang zu Daten unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft.

[5] Diese Strafbarkeitsvoraussetzungen werden beim Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten mittels eines am Einzugslesegerät eines Geldautomaten angebrachten weiteren Lesegeräts (sog. Skimming), um mit den erlangten Daten in der ursprünglichen Form den Magnetstreifen einer Kartendoublette zu beschreiben, nicht erfüllt (Senatsbeschluss vom 14. Januar 2010 - 4 StR 93/09; NStZ 2010, 275). Bei den unverschlüsselt auf dem Magnetstreifen gespeicherten Daten fehlt es bereits an einer besonderen Sicherung gegen unberechtigten Zugang, sodass diese Taten als taugliches Tatobjekt im Sinne des § 202 a Abs. 1 StGB ausscheiden. Soweit beim Auslesen die zur Berechnung der PIN verschlüsselt gespeicherten Daten in verschlüsselter Form erlangt werden, wird die in der Verschlüsselung liegende Zugangssicherung nicht überwunden.

aa) Zum Fehlen einer besonderen Sicherung i.S.v. § 202a I StGB

[6] Dass Daten magnetisch und damit nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind, stellt keine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang dar. Vielmehr handelt es sich gemäß § 202 a Abs. 2 StGB nur bei Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert oder übermittelt werden, um Daten im Sinne des ersten Absatzes dieser Vorschrift. Demgemäß schützt § 202 a Abs. 1 StGB nur diejenigen nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherten Daten im Sinne des § 202 a Abs. 2 StGB, die darüber hinaus besonders gesichert sind. Das sind nur solche Daten, bei denen der Verfügungsberechtigte durch seine Sicherung sein Interesse an der Geheimhaltung der Daten dokumentiert hat (vgl. BTDrucks. 10/5058, S. 29 zu § 202 a StGB a.F.; BTDrucks. 16/3656, S. 10). Erforderlich ist, dass der Verfügungsberechtigte - hier das Unternehmen, das die Zahlungskarte mit Garantiefunktion ausgegeben hat (vgl. BGH, Urt. vom 10. Mai 2005 - 3 StR 425/04, NStZ 2005, 566) - Vorkehrungen getroffen hat, um den Zugriff auf die auf dem Magnetstreifen der Zahlungskarte gespeicherten Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren (vgl. BTDrucks. 16/3656 aaO; Fischer StGB 57. Aufl. § 202 a Rdn. 8 jeweils m.w.N.). Eine Schutzvorkehrung ist jedoch nur dann eine Zugangssicherung im Sinne des § 202 a Abs. 1 StGB, wenn sie jeden Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte (BTDrucks. 16/3656 aaO; Fischer aaO Rdn. 9). Der Überwindung einer solchen Zugangssicherung bedarf es jedoch nicht, wenn die auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten lediglich ausgelesen werden.

Dies ist ohne Weiteres mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und der ebenfalls im Handel erhältlichen Software möglich.

bb) Verschlüsselung der Daten keine Sicherung i.S.v. § 202a I StGB

[7] Der Umstand, dass sich der Angeklagte und seine Mittäter mittels des an den jeweiligen Geldautomaten angebrachten Lesegeräts den Zugriff auch auf jene Daten verschafften, die in Verbindung mit der über eine Tastatur gesondert einzugebenden PIN vor der unbefugten Verwendung einer Zahlungskarte schützen sollen, führt entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts zu keinem anderen Ergebnis. Die Autorisierung bei der Verwendung einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion erfolgt ausschließlich über die Eingabe der PIN (vgl. Gößmann in Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch § 54 Rdn. 14 b). Diese wird nicht durch Lesen der Daten aus dem Magnetstreifen ermittelt, sondern mit dem Triple-DES-Algorithmus, einem 128-Bit-Schlüssel, aus der auf dem Magnetstreifen gespeicherten Kontonummer, der Kartenfolgennummer und der jeweiligen Bankleitzahl des Karten ausgebenden Instituts - nunmehr ausschließlich online (vgl. Gößmann aaO) - errechnet und mit der vom Benutzer des Geldautomaten eingegebenen PIN verglichen (vgl. BGH, Urt. vom 5. Oktober 2004 - XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 311; Gößmann aaO; Koch/Vogel in Langenbacher/Gößmann/Werner Zahlungsverkehr § 5 Rdn. 10). Die für die Berechnung der PIN erforderlichen Daten sichern die auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten aber lediglich vor unbefugter Verwendung der Daten beim Benutzen der Karte, nicht jedoch vor dem unberechtigten Zugang zu den Daten durch Auslesen mit einem Lesegerät.

cc) Keine Verwirklichung von § 202a I StGB mangels Überwindung der Zugangsdatensicherung

[8] Die Sicherung der der Berechnung der PIN zugrunde liegenden Daten durch Verschlüsselung mittels kryptografischer Schlüssel (Koch/Vogel aaO) stellt zwar nach wohl herrschender Meinung (vgl. Fischer aaO Rdn. 9 a) eine besondere Zugangssicherung dar, die aber ausschließlich vor der Erfassung des Bedeutungsgehalts der Daten schützt (MünchKomm StGB/Graf aaO Rdn. 40). Beim bloßen Auslesen und Abspeichern der verschlüsselten Daten auf einen Datenträger des Täters bleibt die Verschlüsselung indes unangetastet, sodass mangels Überwindung der Zugangssicherung der Tatbestand des § 202 a Abs. 1 StGB nicht erfüllt ist (vgl. MünchKomm StGB/Graf aaO Rdn. 46; Bosch in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 202 a Rdn. 6; Gröseling/Höfing MMR 2007, 549, 551). Gleiches gilt für sonstige möglicherweise in verschlüsselter Form auf dem Magnetstreifen einer

Zahlungskarte gespeicherte Daten.

b) Zur Aufgabe der bisherigen entgegenstehenden Rechtsprechung

[9] Auf Anfragebeschluss des Senats hat der 3. Strafsenat seine entgegenstehende, dem Urteil vom 10. Mai 2005 - 3 StR 425/04 (NSStZ 2005, 566) zu Grunde liegende Rechtsprechung aufgegeben. Der 2. Strafsenat ist der hier vertretenen Rechtsansicht beigetreten, der 1. und 5. Strafsenat haben mitgeteilt, an möglicherweise entgegenstehender Rechtsprechung nicht festzuhalten.

3. Keine Änderung des Strafausspruchs

[10] Der Wegfall der tateinheitlichen Verurteilungen wegen Ausspähens von Daten in den Fällen II. 1 bis 3 der Urteilsgründe lässt den Strafausspruch unberührt. Der Senat kann ausschließen, dass der Tatrichter auf der Grundlage einer zutreffenden rechtlichen Bewer-

tung auf mildere Einzelstrafen erkannt hätte. Die Strafkammer, die die Einzelstrafen jeweils dem - Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahre vorsehenden - Regelstrafrahmen des § 152 b Abs. 2 StGB entnommen hat, hat die jeweiligen Verurteilungen wegen Ausspähens von Daten - anders als die tateinheitliche Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes des § 263 a Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 5 StGB - weder bei der Prüfung des Vorliegens eines minder schweren Falles nach § 152 b Abs. 3 StGB im Zuge der Strafrahmenwahl, noch bei der Strafzumessung im engeren Sinne zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt.

4. Kostenentscheidung

[11] Der nur geringfügige Teilerfolg der Revision rechtfertigt es nicht, den Angeklagten nach § 473 Abs. 4 StPO teilweise von den durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten und Auslagen frei zu stellen.

Standort: § 211 StGB

Problem: Verdeckungsabsicht und Eventualvorsatz

BGH, BESCHLUSS VOM 04.08.2010

2 STR 239/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten das Opfer brutal zusammengeschlagen, ausgeraubt und dann hilflos bei minus 8 Grad Celsius in einem einsamen Waldstück liegen gelassen. Die Angeklagten überlegten am Morgen nach der Tat, ob sie nicht doch zurückkehren und das Opfer retten sollten, entschieden sich jedoch dagegen. Den Tod des Opfers nahmen sie hierbei billigend in Kauf, um eine Aufdeckung der Raubtat zu verhindern. Das Opfer wurde von einem Passanten gefunden und gerettet.

Das Landgericht Limburg an der Lahn hatte die Angeklagten zunächst nur wegen schweren Raubes, §§ 249 I, 250 StGB und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, verurteilt. Das Geschehen am Morgen nach dem Raub hatte das Gericht hierbei nicht berücksichtigt, da dieser Zeitraum von der Anklageschrift nicht erfasst sei und deshalb auch nicht abgeurteilt werden dürfe, § 264 I StPO. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH das Urteil auf und verwies an das LG mit der Maßgabe zurück, dass auch das Geschehen am Morgen nach dem Raubüberfall von der Anklage erfasst sei und deshalb im Urteil berücksichtigt werden müsse (BGH, NJW 2010, 168). In der neuen Hauptverhandlung verurteilte das LG die Angeklagten nunmehr insb. auch wegen versuchten (Verdeckungs-) Mordes durch Unterlassen, §§ 211, 13 I, 22, 23 I StGB. Hiergegen legten nun die Angeklagten Revision ein und rügten, dass die Voraussetzungen eines Verdeckungsmordes vom LG zu Unrecht ange-

nommen worden seien. Dieser Revision gab der BGH statt. Da die Angeklagten geglaubt hatten, das Opfer habe sie nicht erkannt, hätten sie auch nicht mit der Aufdeckung ihrer Tat durch das Opfer gerechnet, sodass dessen Tötung aus ihrer Sicht nicht das Mittel zur Verdeckung der Tat gewesen sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Tötungsdelikte und gerade § 211 StGB sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Nicht nur das - streitige - Verhältnis von Mord und Totschlag und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB auf Teilnehmer ist hierbei oft zu diskutieren, sondern auch die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale.

Im vorliegenden Fall hatten die Angeklagten den Tod des Opfers nach den Feststellungen des Landgerichts nur billigend in Kauf genommen, d.h. insofern nur mit Eventualvorsatz gehandelt. Trotzdem war das LG davon ausgegangen, dass die Angeklagten i.S.v. § 211 II StGB gehandelt hätten, "um eine andere Straftat zu verdecken", nämlich den von ihnen begangenen Raub. Das Urteil des LG stimmt mit der Rechtsprechung des BGH insofern überein als dieser hinsichtlich der Verdeckungsabsicht i.R.v. § 211 II StGB stets betont, dass sich die Absicht nur auf die Verdeckung der Tat richten muss und nicht unbedingt auf die Tötung des Opfers (BGH, RA 2004, 653, 655 f. = NSStZ 2004, 495, 496; ebenso Fischer, § 211 Rn. 79; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 35). Glaubt der Täter etwa, dass er vom Opfer noch nicht erkannt worden sei, sodass auch bei einem Weiterleben des Opfers seine Identifizierung nicht erfolgen wird, so ist aus Tätersicht eine

Verdeckung auch ohne Tötung des Opfers möglich, wenn z.B. durch die bloße Verletzung des Opfers eine Festnahme durch dieses verhindert werden soll. In einem solchen Fall kann der Täter auch bei nur bedingtem Tötungsvorsatz dennoch mit Absicht bzgl. der Verdeckung handeln (BGH, NJW 1999, 1039, 1040 f.; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 35; Momsen, JR 2000, 26). In den Fällen allerdings, in denen der Täter sich durch das Opfer bereits identifiziert glaubt und deshalb eine Verdeckung ausschließlich durch die Tötung des Opfers für möglich hält, muss sich seine Absicht sowohl auf die Verdeckung als auch auf die Tötung beziehen (BGHSt 41, 358, 359 ff.; BGH, NJW 2000, 1730; Fischer, § 211 Rn. 79).

Der BGH setzt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, dass ein bedingter Tötungsvorsatz eine Verdeckungsabsicht nicht zwingend ausschließt, fort. Er betont allerdings, dass eine Verdeckungsabsicht stets voraussetzt, dass gerade die Verdeckungshandlung - also das mit Tötungsvorsatz vorgenommene Verhalten - das Mittel zur Verdeckung sein muss. Im vorliegenden Fall hatten die Angeklagten sich dahingehend eingelassen, sie hätten geglaubt, dass das Opfer sie nicht identifiziert und auch das Nummernschild des von ihnen benutzten Autos nicht erkannt habe. Deshalb gingen sie auch nicht davon aus, dass von diesem überhaupt die Gefahr der Aufdeckung ihrer Tatbeteiligung drohte. Somit wäre aber auch nicht gerade die Verdeckungshandlung - das Nichthilfeeisten und der dadurch möglicherweise bewirkte Tod des Opfers - das Mittel zur Verdeckung, sodass sie sich nicht wegen versuchten Mordes, sondern nur wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht hatten.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 II StGB bei bedingtem Tötungsvorsatz: *BGHSt* 21, 283; 41, 358; *BGH*, RA 2004, 653 = *NStZ* 2004, 495; *NJW* 1999, 1039; 2000, 1730; *Bosch/Schindler*, *JURA* 2000, 77; *Momsen*, *JR* 2000, 26

Kursprogramm:

□ *Kursprogramm*: "Tod in der Fußgängerzone"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Sofern im Einzelfall der Tod des Opfers sich nicht als zwingend notwendige Voraussetzung einer Verdeckung darstellt, kommt die Annahme von Verdeckungsabsicht im Sinne von § 211 II StGB grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn der Tod des Opfers nicht mit direktem Vorsatz angestrebt, sondern nur bedingt vorsätzlich in Kauf genommen wird.

2. Voraussetzung für eine Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 II StGB ist aber stets, dass die Verdeckungshandlung selbst nach der Vorstellung des Täters Mittel der Verdeckung sein soll. Wenn der Täter annimmt, eine Aufdeckung der anderen Straftat werde unabhängig von der Verdeckungshandlung und von deren Tötungserfolg nicht eintreten, fehlt es an der erforderlichen (vorgestellten) Kausalität einer möglicherweise objektiv "verdeckenden" Handlung für den subjektiv angestrebten Erfolg.

Sachverhalt:

Die Angeklagten F und T kamen in der Nacht vom 21. auf 22. Dezember 2007 überein, den schwer betrunkenen Nebenkläger R, der am Tag zuvor aus der Haft entlassen worden war und, wie die Angeklagten zufällig erfahren hatten, eine Bargeldsumme von 11.300 € bei sich führte, zu berauben. Auf mehrfache telefonische Aufforderung beider Angeklagten erklärte sich der Mitangeklagte B bereit, hieran mitzuwirken; er begab sich daraufhin mit seinem Pkw zum Bahnhofsvorplatz in W., wo er die Mitangeklagten traf. Als der Nebenkläger gegen 2.30 Uhr eine Gaststätte verließ, boten ihm die Angeklagten vorgeblich an, ihn nach Hause zu fahren. Stattdessen brachten sie das Tatopfer in einen Wald, in den sie von einem Parkplatz aus noch etwa 400 m weit hinein fuhren. Während B im Fahrzeug sitzen blieb, zerrten F und T den Geschädigten aus dem Pkw und schlugen und traten auf ihn ein; F versetzte ihm Schläge mit einer massiven, 40 cm langen Taschenlampe. Sodann nahmen sie dem am Boden liegenden Geschädigten das mitgeführte Bargeld ab. Sie befragten ihn, ob er das Kennzeichen des Pkw erkannt habe, und äußerten, als er dies verneinte, das sei "gut für ihn". Der Angeklagte B wusste vom Einsatz der Taschenlampe nichts. Nachdem sie sich vergewissert hatten, dass der Geschädigte nicht über ein Mobiltelefon verfügte, fuhren die Angeklagten nach W. zurück, wo sie die Beute teilten. Den Geschädigten ließen sie im Wald zurück. Hierbei gingen sie davon aus, dass der Nebenkläger trotz seiner Verletzungen und trotz der Außentemperatur von ca. minus 8 Grad Celsius die Strecke von ca. 400 m zur Straße würde zurücklegen und dort Hilfe finden würde. Tatsächlich gelang es dem stark übergewichtigen (BMI: 53) Geschädigten nicht, aus dem Wald herauszugelangen. Er fiel in einen Graben und wurde dort in unterkühltem Zustand gegen 7.30 Uhr von einem Jogger gefunden und gerettet.

In den Morgenstunden des 22. Dezember 2007 fragte der Angeklagte T den Angeklagten F, ob man nicht noch einmal in den Wald fahren solle, um nachzuschauen, ob der Geschädigte vielleicht verstorben sei. Hierauf antwortete F, dies sei doch "schieß egal", denn es werde sowieso niemand von der Tat erfahren;

damit gab sich T zufrieden. Beide hielten es dabei für möglich, dass der Geschädigte noch am Leben sei, aber infolge seiner Verletzungen nicht mehr aus dem Wald hinausgelangen und versterben könne; das nahmen sie billigend in Kauf, um die Raubtat zu verdecken.

Aus den Gründen:

1. Erste Verhandlung vor den Landgericht

a. Entscheidung des Landgerichts

[1 -3] Das Landgericht hatte in einem ersten Urteil vom 11. September 2008 die Angeklagten F und T wegen schweren Raubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und den Mitangeklagten B wegen Raubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. [...]

[4] Das Landgericht hatte wegen des Raubs den Angeklagten F zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren, gegen den Angeklagten T unter Einbeziehung eines früheren Urteils eine Einheitsjugendstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten und gegen den Angeklagten B eine Freiheitsstrafe von vier Jahren verhängt; gegen F wurde eine Maßregel nach § 64 StGB und ein Vorwegvollzug von drei Jahren der Strafe vor der Maßregel angeordnet. An der Aburteilung des Geschehens am Morgen des 23. Dezember 2007 sah das Landgericht sich gehindert, weil es von der zugelassenen Anklage nicht umfasst sei.

b. Rechtsmittel und Zurückverweisung

[5] Dieses Urteil hat der Senat auf die Revision der Staatsanwaltschaft durch Urteil vom 20. Mai 2009 - 2 StR 85/09 (NJW 2010, 168) - aufgehoben, die Feststellungen zum äußeren Tatablauf aber aufrechterhalten. Nach Auffassung des Senats war auch das Geschehen am Morgen nach der Tat vom Anklagevorwurf erfasst (§ 264 Abs. 1 StPO) und hätte daher abgeurteilt werden müssen.

2. Zweite Verhandlung vor dem Landgericht

[6] Das Landgericht hat in der neuen Hauptverhandlung hierzu ergänzend unter anderem festgestellt, die Angeklagten hätten, als sie vom Tatort wegfuhr, den Geschädigten R für fähig gehalten, sich zur Straße zu begeben und Hilfe zu erlangen. Bei dem Gespräch in den Morgenstunden hätten die Angeklagten T und F den für möglich gehaltenen Tod des Geschädigten hingegen billigend in Kauf genommen; er sei ihnen "als willkommene Folge ihres Tuns (erschieden), weil sie dann sicher sein konnten, dass ihre Tat nicht entdeckt werde". Die Angeklagten hätten "den Tod des Geschädigten nicht als zwingend zur Verdeckung der Raubtat angesehen"; bei anonymer Alarmierung eines Notarztes hätten sie ihre Beteiligung an der Raubtat nicht

zwingend offenbaren müssen.

[7] Das Landgericht hat die Angeklagten T und F daher nur wegen schweren Raubs (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB) sowie wegen versuchten Verdeckungsmordes (§§ 211, 22 StGB) verurteilt. Für die Raubtat hat es gegen F eine Einzelfreiheitsstrafe von acht Jahren, für den versuchten Mord - unter dreifacher Milderung des Strafrahmens gemäß §§ 13 Abs. 2, 21, 23 Abs. 2 StGB, jeweils in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB - eine Einzelstrafe von vier Jahren verhängt und hieraus eine Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten gebildet. Den Angeklagten T, der nicht revidiert, hat es zur Einheitsjugendstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten (einbezogen drei frühere Urteile) verurteilt, den Angeklagten B, der ebenfalls nicht revidiert, wegen Raubs (§ 249 Abs. 1 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren. Von einer Maßregelanordnung gegen den Angeklagten F hat das Landgericht abgesehen, weil es eine konkrete Erfolgsaussicht nicht feststellen konnte; gegen den Mitangeklagten T wurden nun eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt sowie der Vorwegvollzug von zwei Jahren und neun Monaten der Jugendstrafe angeordnet.

3. Entscheidung des BGH; Zur Revision des Angeklagten

[8] Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten F hat teilweise Erfolg und führt insoweit zur Erstreckung auch auf den Mitangeklagten T gemäß § 357 StPO.

a. Keine Beschwer des Angeklagten durch unterbliebene Verurteilungen

[9] Dass das Landgericht den Angeklagten nicht auch wegen lebensgefährdenden besonders schweren Raubs (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB), wegen Aussetzung (§ 221 StGB) und wegen gefährlicher Körperverletzung durch lebensgefährliche Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) verurteilt hat, weil es rechtsfehlerhaft annahm, das Nichtvorliegen bedingten Tötungsvorsatzes schließe auch den subjektiven Tatbestand dieser Vorschriften aus, beschwert den Angeklagten nicht.

b. Zum Fehlen der Voraussetzungen eines (versuchten) Verdeckungsmordes

[10] Die Verurteilung wegen versuchten (Verdeckungs-) Mordes hält, wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, rechtlicher Prüfung nicht stand. Zwar kommt die Annahme von Verdeckungsabsicht im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn der Tod des Opfers nicht

mit direktem Vorsatz angestrebt, sondern nur bedingt vorsätzlich in Kauf genommen wird (vgl. BGHSt 41, 358, 359 ff.; BGH NJW 1992, 583 f.; 1999, 1039 f.; 2000, 1730 f.; NStZ 2004, 495, 496), wenn nicht im Einzelfall der Tod des Opfers sich als zwingend notwendige Voraussetzung einer Verdeckung darstellt (vgl. Fischer, StGB, 57 Aufl., § 211 Rn. 79). Voraussetzung ist aber stets, dass die Verdeckungshandlung selbst nach der Vorstellung des Täters Mittel der Verdeckung sein soll (vgl. Schneider in MüKo, StGB, § 211 Rn. 196). Wenn der Täter annimmt, eine Aufdeckung der anderen Straftat werde unabhängig von der Verdeckungshandlung und von deren Tötungserfolg nicht eintreten, fehlt es an der erforderlichen (vorgestellten) Kausalität einer möglicherweise objektiv "verdeckenden" Handlung für den subjektiv angestrebten Erfolg.

[11] So lag es hier. Nach den Feststellungen des Landgerichts war der für möglich gehaltene - bereits eingetretene oder noch eintretende - Tod des Tatopfers den Tätern gerade deshalb "schieß egal", weil dieser Erfolg für die Frage einer möglichen Aufdeckung ihrer Beteiligung an der Raubtat ohne Bedeutung war. Sie gingen davon aus, das Opfer habe sie nicht erkannt und werde sie auch im Fall seines Überlebens nicht identifizieren können.

[12] Es fehlt daher an den subjektiven Voraussetzun-

gen des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht. Da weitere Feststellungen insoweit ausgeschlossen erscheinen, hat der Senat entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts den Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte nur des versuchten Totschlags schuldig ist.

c. Erstreckung des Urteils auf den Mitangeklagten T

[13] Da die Voraussetzungen des § 357 StPO gegeben sind, war die Schuldspruchänderung auch auf den nicht revidierenden Mitangeklagten T zu erstrecken.

d. Aufhebung des Strafausspruchs

[14] Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung der Einzelstrafe wegen versuchten Mordes und der Gesamtstrafe beim Angeklagten F sowie der Einheitsjugendstrafe beim Angeklagten T. Obgleich das Landgericht das Schwergewicht der Schuld in der Raubtat gesehen hat, lässt sich das Beruhen der im Ergebnis verhängten Strafen auf dem Rechtsfehler nicht ausschließen.

[15] Auch die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten T in einer Entziehungsanstalt war im Hinblick auf § 5 Abs. 3 JGG aufzuheben; der neue Tatrichter hat über die Rechtsfolge insgesamt neu zu entscheiden.

Standort: § 253 II StGB

Problem: Verwerflichkeit

BGH, URTEIL VOM 10.06.2010
4 STR 474/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war in den Besitz von Kontobelegen der L-Bank gelangt, denen sich entnehmen ließ, dass zahlreiche in Deutschland wohnhafte Kunden Gelder bei der L-Bank angelegt hatten ohne diese in Deutschland ordnungsgemäß zu versteuern. Mit Unterstützung zweier Mitangeklagter wandte er sich zunächst an mehrere der in den Unterlagen genannten Kontoinhaber und drohte diesen mit der Veröffentlichung der Daten, was die Einleitung von Steuerstrafverfahren zur Folge gehabt hätte. Dieses Vorgehen gaben die Angeklagten jedoch gegenüber zwei Bankkunden wieder auf, weil diese sich als nicht erpressbar erwiesen. Gegenüber zwei weiteren Kunden gaben die Angeklagten ihr entsprechendes Vorgehen auf, weil sie mittlerweile in Verhandlungen mit der L-Bank eingetreten waren. Diese hatte die Zahlung von 13 Millionen € für das Unterlassen der Weiterleitung der Unterlagen versprochen, es aber zur Auflage gemacht, dass die Angeklagten nicht weiter mit Bankkunden in Verbindung traten. Ein Großteil der versprochenen Summe wurde auch tatsächlich gezahlt.

Das Landgericht Rostock verurteilte den Angeklagten wegen versuchter Erpressung, §§ 253 I, 22, 23 I StGB, in zwei Fällen (zum Nachteil der "renitenten" Bankkunden) sowie wegen vollendeter Erpressung, § 253 I StGB, zum Nachteil der L-Bank. Hinsichtlich der weiteren Erpressungsversuche hatte das LG einen strafbefreienden Rücktritt, § 24 StGB, angenommen.

Dieses Urteil griffen sowohl die Angeklagten als auch die Staatsanwaltschaft mit der Revision an.

Der BGH wies die Revision der Angeklagten als unbegründet zurück, da die abgeurteilten Straftaten von diesen tatsächlich begangen worden seien. Diese hätten sich durch ihr Verhalten tatsächlich wegen (versuchter) Erpressung strafbar gemacht, wobei insbesondere auch die erforderliche Verwerflichkeit des Verhaltens, § 253 II StGB, gegeben sei.

Auch die Revision der Staatsanwaltschaft wies der BGH größtenteils zurück. Insbesondere stelle es keinen Rechtsfehler dar, dass das LG teilweise Rücktritte von den versuchten Erpressungen angenommen hatte. Allerdings sei die Prüfung des LG hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Sicherungsverwahrung des Angeklagten gem. § 66 StGB rechtsfehlerhaft und müsse erneut durchgeführt werden.

Prüfungsrelevanz:

Besondere Examensrelevanz erlangt die vorliegende Entscheidung insbesondere deshalb, weil es hier - wenn auch indirekt - um die Weitergabe von Bankunterlagen an Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke der Verfolgung von Steuerstraftaten geht und dieses Thema zur Zeit insbesondere auch in den Medien breit diskutiert wird. Solche "Modethemen" werden in Klausuren und vor allem in mündlichen Prüfungen erfahrungsgemäß gerne aufgegriffen.

Der Grundtatbestand der Erpressung, § 253 I StGB, mag vielleicht nicht ganz die Examensrelevanz haben wie die qualifizierte räuberische Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, die insbesondere wegen ihres - streitigen - Verhältnisses zum Raub, § 249 I StGB, immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben ist. Dennoch sind auch Fälle zum Grundtatbestand keine Seltenheit, gerade wenn es um die insofern erforderliche Verwerflichkeitsprüfung, § 253 II StGB, geht, die eine Besonderheit des § 253 StGB gegenüber fast allen anderen Tatbeständen darstellt. Auch die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch sowie zum fehlgeschlagenen Versuch betreffen ein in beiden Examen immer wieder geprüftes Problem, nämlich den Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherungsverwahrung, § 66 StGB, mit denen sich der BGH ausführlich auseinandersetzt, gehört im ersten Examen allerdings nicht zum üblichen Prüfungstoff.

Bei der Erpressung gem. § 253 StGB handelt es sich - ebenso wie bei der Nötigung, § 240 StGB - um einen sog. "offenen Tatbestand". Das bedeutet, dass bei diesen Delikten ausnahmsweise die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Täters nicht durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert wird, sondern positiv festgestellt werden muss. Gem. § 253 II StGB ist die Rechtswidrigkeit nur dann gegeben, wenn die Gewaltanwendung oder Drohung zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Diese Verwerflichkeit ist dann gegeben, wenn das Verhalten des Täters einen erhöhten Grad an sittlicher Missbilligung aufweist (BGHSt 17, 328, 331 f.; Fischer, § 253 Rn. 9, § 240 Rn. 41). Trotz des identischen Wortlauts von § 253 II StGB und § 240 II StGB ist die Verwerflichkeitsprüfung bei der Erpressung regelmäßig weniger problematisch als bei der Nötigung, da der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes der Erpressung in der Absicht handeln muss, "sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern". Wenn der Täter aber eine rechtswidrige Bereicherung erstrebt, dann dürfte bereits dieser verfolgte Zweck grds. zu einer Verwerflichkeit seines Verhaltens führen (Joecks, § 253 Rn. 19; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 10; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 719).

Problematisch ist die Verwerflichkeit einer tatbestand-

lichen Erpressung jedoch insbesondere dann, wenn der Täter mit einer erlaubten Handlung droht. Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte der Bank damit gedroht, die in seinem Besitz befindlichen Kontobelege den Behörden zukommen zu lassen, sodass diese dann gegen die Kontoinhaber Steuerstrafverfahren durchgeführt hätten. Da es sich jedoch um Originalunterlagen handelte und nicht etwa um solche, die der Angeklagte gefälscht hatte, und dieser auch keine Schweigepflicht gegenüber der Bank hatte, wäre die Weitergabe der Belege eine erlaubte Handlung gewesen. In solchen Fällen wird die Verwerflichkeit des Täterverhaltens i.S.v. § 253 II StGB jedoch dann angenommen, wenn das vom Täter eingesetzte Nötigungsmittel und die erstrebte Bereicherung in keinem Zusammenhang stehen (sog. Inkonnexität) und von diesem ohne sachliche Rechtfertigung willkürlich miteinander verbunden werden (BGHSt 5, 254, 258; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 5, 6; MüKo StGB-Sander, § 253 Rn. 37). Dies hatte der BGH im vorliegenden Fall angenommen, da die Drohung des Angeklagten mit der Weitergabe vertraulicher Daten in keinem nochvollziehbaren, zu billigen Zusammenhang mit der von der Bank erstrebten Zahlung stand.

Nachdem der Angeklagte zunächst versucht hatte, zwei Kunden der L-Bank mit den entsprechenden Unterlagen zu erpressen, hatte er dies aufgegeben, weil er in Verhandlungen mit der Bank eingetreten war und diese es zur Auflage für eigene Zahlungen gemacht hatte, dass der Angeklagte sich nicht weiter direkt mit den Kunden in Verbindung setzte. Das LG hatte in dem Abbruch des Kontaktes des Angeklagten zu den entsprechenden Bankkunden einen Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB gesehen. Nach herrschender Meinung, insb. nach der Rechtsprechung, ist ein Rücktritt vom Versuch von vornherein ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGHSt 39, 221, 228; BGH, NStZ 2005, 263, 264; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7; Roxin, AT II, § 30 Rn. 77). Eine Mindermeinung sieht in dem fehlgeschlagenen Versuch keine selbstständige Fallgruppe, sondern verneint in entsprechenden Konstellationen die Freiwilligkeit des Rücktritts (Fahl, JA 2003, 757, 762; Scheinfeld, JuS 2002, 250, 251; Schroeder, NStZ 2009, 9, 12). Das Ergebnis beider Meinungen ist jedoch identisch, da beide in entsprechenden Fällen den Rücktritt verneinen, sodass es sich hierbei eher um einen dogmatischen Streit handeln dürfte (vgl. auch die Darstellung im Skript StrafR AT I, Rn. 516 ff.).

Ein fehlgeschlagener Versuch ist dann gegeben, wenn der Täter davon ausgeht, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandsmäßigen Erfolg gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann (BGHSt 34, 53, 56 f.; 39, 221, 228; Heinrich, AT I, Rn. 770; Roxin,

NStZ 2009, 319). Im vorliegenden Fall war dem Angeklagten bewusst gewesen, dass er die Erpressung gegen die Bankkunden durchaus noch hätte fortsetzen können. Er hatte hiervon lediglich deshalb Abstand genommen, weil die Aussicht bestand, von der Bank eine deutlich höhere Summe erpressen zu können als von den Kunden und diese sich weitere Erpressungshandlungen gegenüber den Kunden verbeten hatte. Dass der Angeklagte die Erpressungen gegenüber den Kunden somit lediglich deshalb aufgegeben hatte, um eine lukrativere Straftat (die Erpressung gegenüber der Bank) zu begehen, führt der BGH aus, begründet jedoch weder das Vorliegen eines Fehlschlags noch schließt es die i.R.v. § 24 StGB erforderliche Freiwilligkeit des Rücktritts aus. Anders war dies allerdings bei den Kunden, die sich als "erpressungsresistent" erwiesen und hartnäckig die Zahlung verweigert hatten. Hier hatten die Angeklagten nämlich erkannt, dass sie den Erfolg der Erpressung nicht mehr herbeiführen konnten. Diese Versuche waren also fehlgeschlagen und ein Rücktritt somit ausgeschlossen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verwerflichkeit der Erpressung gem. § 253 II StGB: *BGHSt* 5, 254; *BayObLG*, *wistra* 2005, 235; *OLG Düsseldorf*, *NStZ-RR* 1996, 5; *OLG Karlsruhe*, *NStZ-RR* 1996, 296; *Eggert*, *NStZ* 2001, 225

□ Zum fehlgeschlagenen Versuch: *BGHSt* 39, 221; 40, 75; *BGH*, *NStZ* 2005, 263; *Fahl*, *JA* 2003, 757; *Roxin*, *NStZ* 2009, 319; *Scheinfeld*, *JuS* 2002, 250; *Schroeder*, *NStZ* 2009, 9

Kursprogramm:

□ *Kursprogramm*: "Schmuckhändler"

□ *Kursprogramm*: "Eine Hand wäscht die andere"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Voraussetzungen der Verwerflichkeitsklausel des § 253 II StGB sind erfüllt, wenn unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ein erhöhter Grad der sozialetischen Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel festzustellen ist. Hierbei ist das rechtlich Verwerfliche nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder in dem erstrebten Zweck zu suchen, sondern in der Beziehung beider zueinander. Jedenfalls bei einer sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Verknüpfung von angewandtem Mittel und erstrebtem Zweck liegt Verwerflichkeit im Sinne des § 253 II StGB vor.

2. Für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts kommt es darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmä-

ßigen Erfolgs für möglich hält. Ist der Erfolgseintritt nicht mehr möglich und erkennt der Täter dies oder hält der ihn auch nur fälschlicherweise nicht mehr für möglich, liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor, von dem der Täter nicht mehr strafbefreiend zurücktreten kann.

3. Das Merkmal "Hang" i.S.v. § 66 I Nr. 3 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Auf die Ursache für die fest eingewurzelte Neigung zu Straftaten kommt es hingegen nicht an.

Sachverhalt:

Der Angeklagte F gelangte im Frühjahr 2005 in den Besitz von etwa 2400 Kontobelegen der Landesbank AG (im Folgenden: L), die ein inzwischen rechtskräftig verurteilter ehemaliger Mitarbeiter der L entwendet hatte. Die Belege betrafen die Anlage von Vermögenswerten nahezu ausschließlich in Deutschland wohnhafter Kunden der L, die die daraus erzielten Einkünfte, im Wesentlichen Zinserträge und Anlagegewinne, nicht ordnungsgemäß in Deutschland versteuerten und dies auch in Zukunft nicht zu tun beabsichtigten. Zur gewinnbringenden Verwertung der Kontobelege fasste der Angeklagte F den Plan, dort aufgeführte Kunden der L anzusprechen und von diesen zur Vermeidung einer Veröffentlichung der auf den Belegen enthaltenen Informationen und einer damit verbundenen strafrechtlichen Verfolgung Geldbeträge in Höhe von mehreren hunderttausend Euro zu fordern.

Auf Anweisung des Angeklagten F, der im Hintergrund bleiben wollte, nahm der gesondert verfolgte K im Mai und im Juni 2005 Kontakt zu vier Kunden der L auf, um den Plan in die Tat umzusetzen. Der Zeuge Pe erklärte sich nach mehreren Telefonaten bzw. Treffen mit K am 7. Juni 2005 dazu bereit, einen Betrag in Höhe von 300.000 Euro zu zahlen. Pe hatte jedoch zuvor die L von der Kontaktaufnahme durch K sowie dessen Forderung in Kenntnis gesetzt. Eine Geldübergabe fand nicht statt, weil K auf Anweisung des Angeklagten F den Kontakt mit der Begründung abbrach, der Zeuge arbeite mit der L zusammen. Am 3. Juni 2005 nahm K Kontakt zu dem Zeugen Ko auf, der jedoch (wahrheitswidrig) erklärte, kein Konto bei der L zu unterhalten. K und der Angeklagte F gingen daraufhin davon aus, der Zeuge Ko sei nicht erpressbar und die weitere Ausführung ihres Vorhabens nicht mehr möglich. Am 10. Juni 2005 wurde der Zeuge R von K aufgefordert, zur Vermeidung der Weitergabe

von Kontobelegen an das Finanzamt einen Geldbetrag zu zahlen. Nachdem der Angeklagte F in der Zwischenzeit aber direkt mit der L in Kontakt getreten war, ihr die Rückgabe der Kontounterlagen gegen Zahlung eines hohen Geldbetrages angeboten und ferner zugesagt hatte, die Kunden der L nicht weiter zu behelligen, wurde K angewiesen, auch den Kontakt zum Zeugen R abzubrechen. Noch einige Tage zuvor hatte K den Zeugen D, ebenfalls Kunde der L, angerufen und diesem einen Tag später in dessen Büro sein Anliegen vorgetragen. Er erzielte jedoch mit seiner Drohung keinen Erfolg; der Zeuge D kündigte an, die Polizei einzuschalten.

Die Angaben des Zeugen Pe gegenüber der L veranlassten die Bank zur Einschaltung der Privatdetektei R-Management-GmbH; deren Mitarbeitern gelang die Aufdeckung der Identität des Angeklagten F und des K. Daraufhin waren die Entscheidungsträger der L bereit, zur Vermeidung der vom Angeklagten F angekündigten Weitergabe der Kontounterlagen an die Finanzbehörden eine Summe von insgesamt 13 Millionen Euro zu zahlen. Die Geldübergabe sollte in drei Raten Zug um Zug gegen Rückgabe der Belege erfolgen; ferner sollten keine weiteren Kopien der Kontenbelege den deutschen Finanz- und Strafverfolgungsbehörden übergeben und keine Kunden der Bank mehr angesprochen werden. In der Folgezeit wurden an den Angeklagten F am 31. August 2005 7,5 Millionen Schweizer Franken übergeben, am 29. August 2007 weitere vier Millionen Euro, jeweils gegen Rückgabe von Teilen der Kontounterlagen. Die letzte Rate in Höhe von 4 Millionen Euro, die für Ende August 2009 abgesprochen war, zahlte die L nicht mehr, da der Angeklagte F Ende 2007 festgenommen wurde.

Die Angeklagten A und P unterstützten den Angeklagten F nach Erhalt der ersten Raten unter anderem bei der Beutesicherung, indem sie behilflich waren, einen Teil der durch die L gezahlten Gelder unter Verschleierung der Herkunft in den Wirtschaftskreislauf einfließen zu lassen, insbesondere durch die Vermittlung eines Darlehensvertrages und durch Herstellung eines Kontakts zu einem Treuhänder.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des LG; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat - unter Freispruch aller Angeklagten im Übrigen - den Angeklagten F der versuchten Erpressung in zwei Fällen und der Erpressung sowie die Angeklagten A und P jeweils der Beihilfe zur Erpressung schuldig gesprochen. Es hat gegen den Angeklagten F eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verhängt, gegen den Angeklagten A eine solche von einem Jahr und zehn Monaten sowie gegen den Angeklagten P eine solche von einem Jahr und sechs Monaten. Die Vollstreckung der

gegen die Angeklagten A und P verhängten Freiheitsstrafen hat es zur Bewährung ausgesetzt. Ferner hat es hinsichtlich des Angeklagten F festgestellt, dass eine Anordnung von Verfall sichergestellter Geldbeträge sowie von Verfall des Wertersatzes wegen entgegenstehender Ansprüche des Verletzten zu unterbleiben habe.

[2] Mit ihren zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen wendet sich die Staatsanwaltschaft insbesondere gegen die Teilfreisprüche aller drei Angeklagten sowie dagegen, dass hinsichtlich des Angeklagten F die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unterblieben ist. Die Angeklagten rügen ebenfalls die Verletzung materiellen Rechts und beanstanden ferner das Verfahren.

[3 - 8] Die Revisionen der Angeklagten haben keinen Erfolg, desgleichen die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, soweit die Angeklagten A und P betroffen sind. Hinsichtlich des Angeklagten F hat die Revision der Staatsanwaltschaft einen Teilerfolg. Die Begründung des Landgerichts für die Nichtanordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. [...]

B. Entscheidung des BGH

I. Zu den Revisionen der Angeklagten

[9, 10] Die Revisionen der Angeklagten sind unbegründet.

1. Zu den Verfahrensrügen

[11] Die von den Angeklagten erhobenen Verfahrensrügen führen, wie der Generalbundesanwalt in der Begründung seines Terminantrages vom 10. Dezember 2009 zutreffend ausgeführt hat, nicht zum Erfolg.

2. Zur Sachrüge

[12] Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf Grund der erhobenen Sachrügen hat auch unter Berücksichtigung des jeweiligen Revisionsvorbringens weder hinsichtlich des Schuld- noch hinsichtlich des Strafausspruchs Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

a) Zur Strafbarkeit wegen versuchter Erpressung zum Nachteil der Bankkunden

[13] Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht das Verhalten des Angeklagten F in den Fällen II. 2 und 4 der Urteilsgründe als versuchte Erpressung gemäß § 253 Abs. 1, 3 i.V.m. § 22 StGB gewertet.

[14] Indem K auf Anweisung des Angeklagten mit den Zeugen Ko und D Kontakt aufnahm und diesen gegenüber ankündigte, die im Besitz des Angeklagten F befindlichen Kontounterlagen den deutschen Finanzbe-

hören zuleiten zu wollen, wurde mit einem empfindlichen Übel gedroht und damit zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt. Denn die Geschädigten mussten damit rechnen, nach Auswertung der Unterlagen vom deutschen Fiskus nachveranlagt sowie steuerstrafrechtlich verfolgt zu werden. Nach den Feststellungen nannte K den Geschädigten nach Absprache mit F die jeweiligen Kontodaten. So sollten sie nach der Vorstellung des Angeklagten erkennen, dass er über die entsprechenden Unterlagen verfügte und die ihnen drohende Strafverfolgung nach deren Übergabe an die deutschen Behörden tatsächlich in seinem Machtbereich lag. Das Landgericht hat die Einlassung des Angeklagten, er habe von vornherein vorgehabt, ausschließlich "ins Geschäft mit der Landesbank" zu kommen, und K habe sich bei seiner Kontaktaufnahme mit den Geschädigten weisungswidrig verhalten, rechtsfehlerfrei als widerlegt angesehen. [15] Der Angeklagte wollte sich auch zu Unrecht bereichern, denn auf die von den Geschädigten eventuell geleisteten Zahlungen hatten er und der gesondert verfolgte K keinen Anspruch. Die Annahme, der Angeklagte hätte an die Berechtigung seiner Geldforderungen gegenüber Ko und D geglaubt, liegt nach den getroffenen Feststellungen fern. Die Vorstellung des Angeklagten, auch auf anderem Wege, nämlich unmittelbar von der L, mit einer entsprechenden Drohung (noch höhere) Geldbeträge erlangen zu können, ändert nichts daran, dass er, was ihm bewusst war, die Zahlungen von den beiden Bankkunden nur auf der Grundlage der ihnen gegenüber gezielt herbeigeführten Zwangssituation erhalten würde.

b) Zur Strafbarkeit wegen Erpressung zum Nachteil der Landesbank

[16] Das Landgericht hat den Tatbestand einer vollendeten Erpressung zum Nachteil der L im Fall II. 5 der Urteilsgründe ebenfalls zu Recht als erfüllt angesehen.

aa) Zur Strafbarkeit einer Dreieckerpressung

[17] Dass die Zahlungen an den Angeklagten aus dem Vermögen der L als einer juristischen Person auf Veranlassung des aus mehreren Personen bestehenden Verwaltungsrates erfolgten, stellt dies nicht in Frage. Mit ihren dagegen gerichteten Angriffen verkennt die Revision des Angeklagten F, dass der Tatbestand der Erpressung nicht nur bei der erzwungenen Preisgabe eigenen Vermögens erfüllt ist, sondern auch bei einer solchen, die fremdes Vermögen betrifft. Genötigter und Geschädigter brauchen nicht identisch zu sein, sofern der Genötigte das fremde Vermögen schützen kann und will (BGH, Urteil vom 20. April 1995 - 4 StR 27/95, BGHSt 41, 123, 125; vgl. auch Münch-KommStGB/Sander § 253 Rn. 23 m.w.N.; SSW-StGB/Kudlich § 253 Rn. 21). So liegt der Fall

hier. Da es sich bei den Genötigten im vorliegenden Fall um die Mitglieder des Aufsichtsgremiums einer juristischen Person des Privatrechts handelte, bedurfte das vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung für derartige Fallkonstellationen geforderte Näheverhältnis keiner weiteren Erläuterung.

bb) Zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen der Erpressung

[18] Auch im Übrigen hält der Schuldspruch wegen vollendeter Erpressung zum Nachteil der L rechtlicher Nachprüfung stand.

[19] Da die Rechtsordnung im Bereich der Vermögensdelikte ein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin ungeschütztes Vermögen nicht kennt (BGH, Urteil vom 4. September 2001 - 1 StR 167/01, BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 3), sind die mit der Zahlung der L an den Angeklagten verfolgten Zwecke, nämlich eine vom Verwaltungsrat möglicherweise beabsichtigte Verdeckung von Steuerhinterziehungen der Kunden der L, ohne Belang.

[20] Dass der Angeklagte F auch im Fall 5 der Urteilsgründe mit Bereicherungsabsicht handelte, weil er auf die von der L gezahlten Geldbeträge keinen Anspruch hatte, liegt nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen auf der Hand. Der Frage, welchen "Marktwert" die in den Kontobelegen verkörperten Informationen hatten, brauchte die Strafkammer in diesem Zusammenhang nicht nachzugehen. Hierbei kann dahinstehen, ob den Kontounterlagen - ähnlich wie amtlichen Ausweispapieren (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1971 - 4 StR 368/71, VRS 42, 110, 111; BGH, Beschluss vom 14. Oktober 1982 - 4 StR 517/82, MDR 1983, 92; BGH, Beschluss vom 28. Juli 2009 - 4 StR 255/09, NStZ 2009, 694), Führerscheinen oder Scheckkarten (Senat, Urteil vom 25. August 1987 - 4 StR 224/87) schon generell kein messbarer objektiver Verkehrswert und damit auch kein "Marktwert" zukommt, weil sich ihr Wert für den Besitzer in den mit der Sachherrschaft verknüpften funktionellen Möglichkeiten (hier: Einsatz als Erpressungsmittel) erschöpft (vgl. hierzu Fischer, StGB, 57. Aufl., § 248 a Rn. 4 m.w.N.). Jedenfalls für die L waren sie - was dem Angeklagten F bewusst war - wirtschaftlich wertlos, da ihr als kontoführender Bank die auf den Belegen enthaltenen Daten ohnehin vollständig und in aktualisierter Form zur Verfügung standen. Es kam der L ersichtlich nicht darauf an, durch Zahlungen in Millionenhöhe in den Besitz von Kopien eigener Unterlagen zu gelangen. Vielmehr erbrachte sie die Zahlungen aufgrund der vom Angeklagten F ausgesprochenen Drohung, anderenfalls würden die Kontodaten den deutschen Finanzbehörden offenbart mit der Folge erheblicher Nachteile für den eigenen Geschäftsbetrieb. Dass der Angeklagte zunächst versucht hatte,

von staatlichen Stellen für die Weitergabe der Daten erhebliche Geldbeträge zu erhalten, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, zumal diese den Ankauf zwischenzeitlich abgelehnt hatten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 3. Februar 1993 - 2 StR 410/92, NJW 1993, 1484, 1485).

c) Zur Rechtswidrigkeit der Erpressung gem. § 253 II StGB

[21] Die Bejahung der Rechtswidrigkeit der Taten gemäß § 253 Abs. 2 StGB lässt einen Rechtsfehler ebenfalls nicht erkennen.

[22] Dabei hat der Senat aus Anlass dieses Falles nicht über die zivilrechtliche Wirksamkeit oder eine etwaige strafrechtliche Relevanz des Verkaufs entwendeter Kontodaten an staatliche Stellen zu entscheiden. Denn unabhängig von der rechtlichen Bewertung einer Weitergabe der Kontobelege ist die Verwerflichkeit im Sinne des § 253 Abs. 2 StGB zu bejahen.

aa) Zu den Voraussetzungen für die Verwerflichkeit i.S.v. § 253 II StGB

[23] Entsprechend ihrem Zweck, nicht strafwürdig erscheinende Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des § 253 StGB auszunehmen, sind die Voraussetzungen der Verwerflichkeitsklausel erfüllt, wenn unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ein erhöhter Grad der sozialetischen Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel festzustellen ist (BGH, Urteile vom 19. November 1953 - 3 StR 17/53, BGHSt 5, 254, 256; vom 11. Mai 1962 - 4 StR 81/62, 17, 328, 331 f.; BGH, Beschluss vom 13. Januar 1983 - 1 StR 737/81, 31, 195, 200). Hierbei ist das rechtlich Verwerfliche nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder in dem erstrebten Zweck zu suchen, sondern in der Beziehung beider zueinander (BGH, Beschluss vom 18. März 1952 - GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 196; BGH, Urteil vom 11. Mai 1962 - 4 StR 81/62, 17, 328, 331). Die Abgrenzung einer strafwürdigen Nötigung von einer nicht zu missbilligenden Willensbeeinflussung hat der Bundesgerichtshof etwa im Fall der Drohung mit einer Strafanzeige danach vorgenommen, ob der Sachverhalt, aus dem sich das Recht zur Strafanzeige herleitet, mit dem durch die Drohung verfolgten Zweck in einer inneren Beziehung steht oder beides willkürlich miteinander verknüpft wird (BGH, Urteil vom 19. November 1953 - 3 StR 17/53, BGHSt 5, 254, 258). Auch der an sich erlaubte Zweck rechtfertigt nur die Anwendung sozial hinnehmbarer Mittel (BayObLG, wistra 2005, 235; Träger/Altvater in LK, StGB, 11. Aufl., § 240 Rn. 69, 88).

bb) Zur Verwerflichkeit der Erpressung im vorliegenden Fall

[24] Gemessen daran hat die Strafkammer die Voraus-

setzungen des § 253 Abs. 2 StGB im vorliegenden Fall rechtsfehlerfrei als erfüllt angesehen.

[25] Dabei kann offen bleiben, ob Verwerflichkeit - auch bei rechtlicher Zulässigkeit der Drohung - regelmäßig schon dann anzunehmen ist, wenn die erstrebte Bereicherung mit dem eingesetzten Nötigungsmittel in keinem Zusammenhang steht und die Entscheidungsfreiheit des Bedrohten durch Forderung eines sog. inkonnexen Vorteils beschnitten wird (so MünchKommStGB/Sander § 253 Rn. 37; SSW-StGB/Kudlich § 253 Rn. 33; Fischer aaO § 253 Rn. 21; Günter in SK-StGB § 253 Rn. 38). Jedenfalls bei einer sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Verknüpfung von angewandtem Mittel und erstrebtem Zweck liegt Verwerflichkeit im Sinne des § 253 Abs. 2 StGB vor (BGH, Urteil vom 19. November 1953 - 3 StR 17/53, BGHSt 5, 254, 258; ebenso OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 5, 6). So verhält es sich hier: Die vom Angeklagten erstrebte Bereicherung stand mit dem eingesetzten Nötigungsmittel, der angedrohten Weitergabe vertraulicher, einer Bank entwendeter Kontodaten einer großen Zahl von Kunden an die deutschen Finanzbehörden, in keinem nachvollziehbaren, sozialetisch zu billigen Zusammenhang. Weder verfolgte der Angeklagte rechtlich geschützte eigene Interessen (vgl. dazu OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1996, 296), noch handelte er in einem übergeordneten, billigen Interesse (vgl. dazu BayObLG aaO).

d) Zur Strafbarkeit von A und P wegen Beihilfe

[26] Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch auch insoweit, als die Angeklagten A und P wegen Beihilfe zur Erpressung verurteilt worden sind. Diese war zum Zeitpunkt der Hilfeleistung noch nicht beendet, so dass eine Teilnahme noch möglich war. Soweit der Angeklagte P darüber hinaus die Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils beanstandet, erschöpfen sich seine Angriffe in dem im Revisionsverfahren unbeachtlichen Versuch, die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung durch eine eigene zu ersetzen.

II. Zu den Revisionen der Staatsanwaltschaft

1. Zum Vorliegen eines Rücktritts

[27, 28] Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin zunächst gegen die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte F bleibe in den Fällen II. 1 und 3 der Urteilsgründe straffrei, weil er freiwillig vom (unbeendeten) Versuch der Erpressung zum Nachteil der Zeugen Pe und R zurückgetreten sei.

a) Zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch

[29] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Abgrenzung des unbeen-

deten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält. Ist der Erfolgseintritt nicht mehr möglich und erkennt der Täter dies oder hält der ihn auch nur fälschlicherweise nicht mehr für möglich, liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor, von dem der Täter nicht mehr strafbefreiend zurücktreten kann (BGHSt 31, 170). Demgegenüber bleibt ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch in den Fällen möglich, in denen der Täter von weiteren Handlungen absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel erreicht hat (BGHSt 39, 221, 230).

b) Zum Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen im vorliegenden Fall

[30] Gemessen daran bestehen gegen die rechtliche Würdigung der Strafkammer, die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch seien im vorliegenden Fall erfüllt, hier keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Senat entnimmt dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, dass der Angeklagte F - und auf seine Weisung hin auch sein Mittäter K - die Tatbestandsverwirklichung aufgaben, als nach einer ersten Kontaktaufnahme mit der L am 22. Juni 2005 die begründete Aussicht bestand, von dieser einen weit höheren Geldbetrag zu erlangen, was deren Vertreter allerdings von einem sofortigen Abbruch aller Verhandlungen mit Bankkunden abhängig gemacht hatten. Der Angeklagte F hatte damit sein außertatbeständliches Handlungsziel erreicht. Von diesen Feststellungen wird daher die Annahme getragen, F sei daraufhin - nach einer Phase gewisser Unsicherheit bis zum Erhalt der ersten Rate seitens der L - (endgültig) freiwillig von der Tatausführung gegenüber Pe und R zurückgetreten. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist für eine weiter gehende Bewertung der Motive eines Täters für seine Abstandnahme von der weiteren Tatausführung kein Raum (BGH, Beschluss vom 19. Mai 1993 - GSSt 1/93, BGHSt 39, 221, 231).

2. Zur Strafzumessung

[31] Die Strafaussprüche halten rechtlicher Nachprüfungsstand.

a) Zum Fehlen einer Bandenerpressung gem. § 253 IV StGB

[32] Die Feststellungen rechtfertigen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht die Anwendung des Ausnahmestrahfrahmens des § 253 Abs. 4 StGB unter dem Gesichtspunkt bandenmäßiger Begehungsweise. Bandenmäßiges Handeln setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus,

deren Verbindung darauf gerichtet ist, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten eines bestimmten Deliktstypus zu begehen (BGH, Beschluss vom 22. März 2001 - GSSt 1/00, BGHSt 46, 321, 328 f.). Jedenfalls daran fehlt es hier. Die Wertung der Strafkammer, die Angeklagten A und P seien an den Taten zum Nachteil der Bankkunden weder als (Mit-)Täter noch als Gehilfen beteiligt gewesen und hätten zu der Tat zum Nachteil der L erst nach Vollendung (durch Entgegennahme der ersten Rate), aber vor deren Beendigung, lediglich Gehilfenbeiträge zur Beutesicherung geleistet, beruht auf einer rechtsfehlerfreien, erschöpfenden Beweiswürdigung.

b) Zur Strafzumessung im Übrigen

[33] Auch mit den gegen einzelne Strafzumessungserwägungen gerichteten Angriffen hinsichtlich des Angeklagten F dringt die Revision der Staatsanwaltschaft nicht durch. Die grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltene Strafzumessung kann das Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler überprüfen, nicht aber einer ins Einzelne gehenden Richtigkeitskontrolle unterziehen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 9. Januar 1962 - 1 StR 346/61, BGHSt 17, 35, 36 f.; vom 17. September 1980 - 2 StR 355/80, 29, 319, 320). Ein solcher Rechtsfehler wird nicht aufgezeigt; insbesondere wird nicht erkennbar, dass das Landgericht rechtlich anerkannte Strafzwecke außer Acht gelassen oder Strafen verhängt hat, die sich von der Bestimmung lösen, gerechter Schuldausgleich zu sein. Nach Auffassung des Senats hat die Strafkammer die mit Blick auf § 51 StGB regelmäßig nicht angezeigte strafmildernde Berücksichtigung von Untersuchungshaft (vgl. nur BGH, Urteile vom 14. Juni 2006 - 2 StR 34/06, NStZ 2006, 620; vom 19. Mai 2010 - 2 StR 102/10 Rn. 8) hier - jedenfalls noch vertretbar - auf besondere Umstände gestützt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - 3 StR 401/02, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 20). Die lange Dauer des Strafverfahrens kann auch strafmildernd berücksichtigt werden, wenn sachliche, von den Strafverfolgungsorganen nicht zu vertretende Gründe die Ursache waren (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1998 - 3 StR 561/98, BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 13).

3. Zur Aussetzung der Strafen zur Bewährung

[34] Den Revisionen bleibt der Erfolg auch versagt, soweit sie sich gegen die den Angeklagten A und P gewährte Strafaussetzung zur Bewährung wenden. Den dem Tatrichter bei der Gesamtwürdigung nach § 56 Abs. 1 StGB eingeräumten weiten Bewertungsspielraum (vgl. dazu Fischer aaO § 56 Rn. 11 m.w.N.) hat das Landgericht hier nicht überschritten, sondern alle wesentlichen, für die Entscheidung maßgeblichen

Umstände erwogen und die jeweils positive Entwicklung der persönlichen Lebenssituation der Angeklagten, insbesondere deren Lösung aus dem Drogenmilieu und die wirtschaftliche Stabilisierung, berücksichtigt.

[35] Auch in der Bejahung besonderer Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB sieht der Senat vor dem Hintergrund der insoweit vorgenommenen eingehenden Gesamtwürdigung keinen durchgreifenden Rechtsfehler.

4. Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung des Angeklagten F gem. § 66 I StGB

[36] Hingegen bedarf die Frage der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten F in der Sicherungsverwahrung neuer Verhandlung und Entscheidung.

a) Begründung der Anordnung durch das LG

[37] Der medizinische Sachverständige, dessen Beurteilung sich die Strafkammer angeschlossen hat, vermochte insbesondere das Vorliegen eines Hanges im Sinne des § 66 Abs. 1 StGB nicht zuverlässig festzustellen. Die Delinquenzentwicklung beim Angeklagten habe spät begonnen und sei untypisch verlaufen, da die verfahrensgegenständlichen Taten nicht als konstante Fortsetzung der vorangegangenen Taten angesehen werden könnten. So sei vor allem die Gefährlichkeit der Tatausführung im Vergleich zu den vorigen Taten der räuberischen Erpressung und Geiselnahme als wesentlich geringer zu beurteilen. Das in den neuen Taten nahezu ausschließlich zum Ausdruck kommende Streben nach finanzieller Bereicherung sei für die Einordnung der Taten als Symptomtaten zu unspezifisch. Die prognostische Einschätzung der Neigung des Angeklagten zur Begehung weiterer Straftaten habe keine eindeutigen Ergebnisse erbracht. Da sich der Angeklagte nicht habe explorieren lassen, könne zudem eine relevante Persönlichkeitsstörung weder festgestellt noch ausgeschlossen werden. Es bestehe die Hoffnung, dass der langjährige Strafvollzug den Angeklagten beeindruckt und von weiteren Straftaten abhalten werde.

b) Zu dem i.R.v. § 66 StGB anzulegenden Maßstab

[38] Diese Ausführungen lassen besorgen, dass das Landgericht bei der Entscheidung der Frage, ob der Angeklagte gemäß § 66 StGB unterzubringen ist, von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen ist.

aa) Zu den Anforderungen an die Annahme eines "Hanges" i.S.v. § 66 I Nr. 3 StGB

[39] Das Merkmal "Hang" verlangt einen eingeschlifenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder

aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es auf die Ursache für die fest eingewurzelte Neigung zu Straftaten nicht an (vgl. BGH, Urteile vom 25. Februar 1988 - 4 StR 720/87, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 1; vom 13. September 1989 - 3 StR 150/89, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 4).

bb) Zur irrigen Annahme eines "Hanges" des Angeklagten durch das LG

[40] Danach erweist sich schon die vom Landgericht übernommene Ausgangsüberlegung des Sachverständigen, die Deliktsentwicklung beim Angeklagten sei wegen ihres späten Beginns unspezifisch, als nicht tragfähig. Es trifft zwar zu, dass der Angeklagte erst im Alter von 29 Jahren mit der Begehung seiner Straftaten begonnen hat. Indem das Landgericht diesen Gesichtspunkt maßgeblich heranzieht, um einen Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu verneinen, übersieht es indes, dass er erst 14 Monate zuvor aus der ehemaligen DDR in die Bundesrepublik Deutschland übergesiedelt war. Hier verübte er sodann schwerste Straftaten, unter anderem zahlreiche Raubüberfälle mit einer Gesamtbeute von weit über einer Million DM sowie einen erpresserischen Menschenraub, bei dem sich das Opfer nur durch glückliche Umstände noch vor der Lösegeldübergabe befreien konnte. Seiner Festnahme widersetzte sich der Angeklagte durch sofortigen Schusswaffengebrauch. Bei einem der Raubüberfälle kam eine Person zu Tode.

[41] Auch die vom Sachverständigen übernommene Wertung der verfahrensgegenständlichen Taten als untypisch kann in diesem Zusammenhang für die Frage eines Hanges des Angeklagten zur Begehung von Straftaten nichts Entscheidendes beitragen. Es trifft zwar zu, dass die Gewaltkomponente bei diesen Taten im Unterschied zu den vorangegangenen Straftaten keine entscheidende Rolle gespielt hat. Dies ergibt sich indes bereits aus der Natur der verwirklichten Straftatbestände, deren Begehung die Ausübung von Gewalt nicht notwendigerweise voraussetzt. Das Landgericht hat zudem nicht ausreichend in den Blick genommen, dass der Angeklagte in der Vergangenheit mit außerordentlich hoher Rückfallgeschwindigkeit massivste Straftaten beging, im Wesentlichen nur unterbrochen von Aufenthalten im Strafvollzug, in dem er darüber hinaus weitere Taten vorbereitete, und dass ihm der Sachverständige eine hohe Zielstrebigkeit bei der Begehung aller Taten attestiert hat. Angesichts der auch vom Sachverständigen hervorgehobenen Komplexität des hier abzuurteilenden Tatgeschehens, in welchem es dem Angeklagten gelang, ein kriminelles Geflecht für sich einzusetzen, drängte es sich im Rah-

men der gebotenen Gesamtwürdigung auf, dem Vorliegen eines eingeschliffenen Verhaltensmusters vor dem Hintergrund der in den Taten zum Ausdruck kommenden außerordentlichen kriminellen Energie stärkere Beachtung zu schenken. Dass der Angeklagte (nur) vom Streben nach Geld zur Begehung der Taten veranlasst wurde, vermag entgegen der Auffassung des Landgerichts ein solches Verhaltensmuster nicht in Frage zu stellen.

cc) Zur Begründung der Gefährlichkeitsprognose i.S.v. § 66 I Nr. 3 StGB

[42] Die Ausführungen zur Gefährlichkeitsprognose begegnen ebenfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar kann der Tatrichter insoweit auch die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters unter Umständen eintretenden Haltungsänderungen berücksichtigen (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1981 - 5 StR 475/81, StV 1982, 114; BGH, Beschluss vom 3. April 1984 - 5 StR 148/84, NStZ 1984, 309). Der Generalbundesanwalt vermisst im vorliegenden Fall jedoch zu Recht eine Darlegung entsprechender konkreter, auf den Zeitpunkt der Urteilsfindung bezogener Tatsachen. Angesichts des Umstandes, dass der Angeklagte in der Vergangenheit weitere schwere Straftaten bereits aus dem Strafvollzug heraus plante und der Sachverständige ausgeführt hat, ein selbstkritischer Umgang des Angeklagten mit seinen früheren und den hier abgeurteilten Taten sei nur in Ansätzen festzustellen, war insoweit ein strenger Maßstab anzulegen. Auch recht-

fertigt die Erwägung des Landgerichts, eine dissoziale Persönlichkeitsstörung könne beim Angeklagten nicht diagnostiziert werden, die Verneinung einer fortbestehenden Gefährlichkeit für sich genommen nicht. Für die Anordnung der Sicherungsverwahrung sind die Ursachen des Hangs und der sich daraus ergebenden Gefährlichkeit regelmäßig unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2002 - 5 StR 330/02, NStZ 2003, 310, 311; Fischer aaO § 66 Rn. 25 m.w.N.). Wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, kann das Vorliegen einer schweren seelischen Abarbeitigkeit, also auch einer dissozialen Persönlichkeit, die Negativprognose mitbegründen, Voraussetzung für die Bejahung der Gefährlichkeit ist sie jedoch nicht (MünchKommStGB/Ullenbruch § 66 Rn. 142).

c) Zur Erforderlichkeit einer erneuten Prüfung der Voraussetzungen des § 66 StGB

[43] Die Frage der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung muss daher - zweckmäßigerweise unter Hinzuziehung eines anderen Sachverständigen - neu geprüft werden. Angesichts der Ausführungen im angefochtenen Urteil bemerkt der Senat ergänzend, dass es sich bei dem Begriff des Hangs um einen Rechtsbegriff handelt, den das Gericht - auf der Grundlage der Stellungnahme des Sachverständigen - im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Angeklagten sowie seiner Taten unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Umstände eigenständig festzustellen hat (Rissing-van Saan/Peglau in LK, StGB, 12. Aufl., § 66 Rn. 117 m.w.N.).

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Grundrechte****Problem: Staatliche Werturteile**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 17.08.2010
1 BVR 2585/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bundeszentrale für politische Bildung hatte in einer ihrer Publikationen zunächst einen Aufsatz eines Professors der Politikwissenschaft über die Verbreitung des Antisemitismus in der deutschen Bevölkerung während der Zeit des Nationalsozialismus veröffentlicht, sich später jedoch von dessen Inhalt in einem Brief an alle Abonnenten scharf distanziert. Die antisemitische Tendenz des Aufsatzes widerspräche dem Selbstverständnis der Bundeszentrale, man bitte die Leser um Entschuldigung. Der Autor sah sich durch diesen Rundbrief in seiner Ehre gekränkt und verlangte seinerseits vor den Fachgerichten, später vor dem BVerfG eine Entschuldigung.

Das BVerfG sieht in dem Rundschreiben einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Autors, sodass sich die Frage nach dessen Rechtfertigung stellte. Einfach-gesetzliche Schranken waren nicht ersichtlich, Grundrechte kamen als verfassungsimmanente Schranken auch nicht in Betracht, da die Bundeszentrale als staatliche Stelle nicht selbst Trägerin derselben ist und Grundrechte privater Dritter (Stichwort: staatlicher Schutzauftrag) nicht tangiert wurden.

Das BVerfG erblickt - gegen die h.L. - jedoch in der gubernativen Staatsleitungskompetenz der Art. 62 ff. GG eine hinreichende Grundlage für Informationshandeln der Regierung in der Öffentlichkeit, solange sich dieses im Rahmen der Verhältnismäßigkeit hält. Verhältnismäßig ist eine staatliche Äußerung aber nur, wenn sie einem legitimen Zweck dient. Anlässlich des vorliegenden Falles hatte das BVerfG nun Gelegenheit zur Klarstellung, wann staatliche Werturteile legitim sind und wann nicht. Das Gericht stellt die Formel auf, dass die Regierung zwar das Ziel verfolgen dürfe, ihre Funktionsfähigkeit und das öffentliche Vertrauen in ihre Glaubwürdigkeit und Integrität zu erhalten, nicht jedoch die eigene Auffassung als einzig legitime oder vertretbare hinzustellen. Im konkreten Fall überschritt das Rundschreiben diese Grenze, es war somit unverhältnismäßig.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte in der vorliegenden Form, d.h. als

Grundrechtsprüfung in Examensaufgaben Verwendung finden, möglicherweise ergänzt um die (unproblematische) Prüfung der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde und eine Prüfung der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III GG. Diese hat das BVerfG im vorliegenden Fall nicht erörtert; sie sollte aber auch keine Schwierigkeiten bereiten: Unterstellt, der von der Bundeszentrale nachträglich kritisierte Aufsatz hätte wissenschaftlichen Ansprüchen genügt, wäre auch in den Schutzbereich des Art. 5 III GG eingegriffen worden. Dieser Eingriff wäre, da die Kritik keinem legitimen Zweck diene, ebenso wenig zu rechtfertigen gewesen wie der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Der Fall könnte aber auch als verwaltungsgerichtliche Klausur gestellt werden, in der über die Erfolgsaussichten einer Klage auf Widerruf der Kritik und/oder Entschuldigung der Bundeszentrale für ihre Kritik zu befinden ist. Statthaft wäre dann eine allgemeine Leistungsklage, Anspruchsgrundlage für dieses Begehren wäre der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch. Dieser setzt u.a. einen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht des Anspruchstellers voraus, der sich nicht rechtfertigen lässt. Als subjektive Rechte des Autors kämen wiederum sein allgemeines Persönlichkeitsrecht und u.U. seine Wissenschaftsfreiheit in Betracht. In dieser Konstellation wäre also die Grundrechtsprüfung ebenfalls (inzidenter) vorzunehmen.

Vertiefungshinweise:

☐ Entscheidungen zur Warnung vor der Osho-Bewegung: *BVerfGE* 105, 279 = RA 2002, 449; *BVerwG*, NJW 1991, 1770 (Osho I); *BVerwGE* 90, 112 (Osho II); *BVerwG*, NVwZ 1994, 162 (Osho III)

☐ Weitere "Warnungsfälle": *BVerfG*, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621 (Glykolwein); *OVG Münster*, NVwZ 1997, 302 und *OVG Hamburg*, NVwZ 1995, 498 (beide zu Scientology); *VGH München*, NVwZ 1995, 793 ("Universelles Leben"); *OVG Münster*, RA 2006, 10 = NWVB1 2006, 32 (privatrechtlicher Verein)

☐ Aufsätze zu staatlichen Warnungen: *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Lege*, DVBl 1999, 569; *Muckel*, JA 1995, 343; *Discher*, JuS 1993, 463

☐ Zum Vorbehalt des Gesetzes: *OVG Münster*, RA 2002, 427 = NWVB1 2002, 239

Kursprogramm:

Examenskurs : "Alcopops"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Staatliches Informationshandeln kann durch die gubernative Staatsleitungskompetenz gedeckt sein, auch wenn es in Grundrechte eingreift.**
- 2. Staatliche Stellen haben bei wertenden Äußerungen jedoch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, namentlich einen legitimen Zweck zu verfolgen.**
- 3. Das Bestreben einer Behörde, ihre Funktionsfähigkeit und das öffentliche Vertrauen in ihre Glaubwürdigkeit und Integrität zu erhalten, kann einen legitimen Zweck in diesem Sinne darstellen. Dient eine wertende behördliche Äußerung hingegen allein dem Bestreben, die eigene Auffassung als einzig legitime oder vertretbare hinzustellen, liegt darin kein legitimer Zweck.**

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer L ist emeritierter Professor der Politikwissenschaft. Im Jahr 2004 erschien ein von ihm verfasster Aufsatz mit dem Titel "Deutsche Identität in Verfassung und Geschichte" in der Zeitschrift "Deutschland Archiv", die ein privater Verlag im Auftrag der Bundeszentrale für politische Bildung (im Folgenden: Bundeszentrale) herausgibt. Der Aufsatz befasst sich unter anderem mit der Verbreitung des Antisemitismus in der deutschen Bevölkerung während der Zeit des Nationalsozialismus. Er vertritt unter Berufung auf Zeitzeugen die These, dass die Mehrheit der Deutschen seinerzeit nicht antisemitisch eingestellt gewesen sei, sondern mit den verfolgten Juden sympathisiert habe. In diesem Zusammenhang spricht er unter anderem von einer "deutsch-jüdischen Symbiose unter dem Hakenkreuz".

Die den Aufsatz des Beschwerdeführers enthaltende Ausgabe des Deutschland Archivs wurde am 1. April 2004 an die mehreren tausend Abonnenten der Zeitschrift ausgeliefert. Erst danach erlangte die Leitungsebene der Bundeszentrale Kenntnis von dem Inhalt des Aufsatzes. Sie entschied, dass dieser mit ihrem Selbstverständnis unvereinbar sei, und richtete am folgenden Tag ein Schreiben mit folgendem Wortlaut an die Abonnenten:

„Die Bundeszentrale für politische Bildung/bpb und der W. Bertelsmann Verlag distanzieren sich aufs Schärfste von dem im soeben erschienenen Heft 2/2004 des Deutschland Archivs veröffentlichten Text "Deutsche Identität in Verfassung und Geschichte" von L. Der Verfasser vertritt Ansichten zum Antisemitismus im 20. Jahrhundert in Deutschland, die weder mit dem Selbstverständnis der Bundeszentrale für

politische Bildung noch mit dem des W. Bertelsmann Verlages vereinbar sind. Die Bundeszentrale setzt sich seit Jahrzehnten intensiv mit dem Nationalsozialismus und dem Antisemitismus, einer seiner Grundlagen, auseinander und sieht durch eine derartige Veröffentlichung ihre Arbeit desavouiert. Wir bedauern diesen Vorgang außerordentlich. Weder die Bundeszentrale für politische Bildung, in deren Auftrag der W. Bertelsmann Verlag die Zeitschrift herausgibt, noch der Beirat der Zeitschrift hatten von der geplanten Veröffentlichung Kenntnis. [...] Dieser in der langen Geschichte beider Häuser und des Deutschland Archivs einmalige Vorgang wird sich nicht wiederholen, die bereits gedruckte Auflage wird makuliert. Wir bitten alle Leserinnen und Leser der Zeitschrift sowie diejenigen, welche sich durch den Beitrag von L verunglimpft fühlen, um Entschuldigung.“

Mit seiner Klage beim VG Köln beehrte L die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträger der Bundeszentrale, sich bei ihm zu entschuldigen und den Urteilsinhalt den Empfängern des Schreibens vom 2. April 2004 bekannt zu geben. L meint, er sei in seiner Ehre verletzt. Ihm stehe daher ein Folgenbeseitigungsanspruch zu. Das VG wies die Klage dennoch mit Urteil vom 13. Januar 2006 ab, auch der Antrag des L auf Zulassung der Berufung blieb erfolglos.

Ist die gegen die Gerichtsentscheidungen gerichtete Verfassungsbeschwerde des L begründet?

[Anm.: Die Bundeszentrale für politische Bildung ist eine 1952 gegründete, unselbstständige Stelle im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern. Laut Ministerialerlass vom 24.01.2001 hat sie die Aufgabe, "Verständnis für politische Sachverhalte zu fördern, das demokratische Bewusstsein zu festigen und die Bereitschaft zur politischen Mitarbeit zu stärken."]

Lösung:

Die Verfassungsbeschwerde des L ist begründet, sofern er durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist, Art. 93 I Nr. 4a GG. In Betracht kommt hier eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des L aus Art. 1 I i.V.m. 2 I GG. Diese wäre gegeben, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in dessen Schutzbereich vorläge.

A. Schutzbereich betroffen

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im Grundgesetz nicht eigens geregelt, sondern wurde von der Rspr. aus Art. 1 I i.V.m. 2 I GG entwickelt. Sein Schutzbereich ist daher vor allem richterrechtlich geprägt. Der Schutz der persönlichen Ehre in einem um-

fassenden, den sozialen Geltungsanspruch einschließenden Sinne gehört dazu, wie das BVerfG anschaulich ausführte:

“[21] Dieses Grundrecht schützt, ohne seinem Träger einen Anspruch darauf zu vermitteln, nur so dargestellt zu werden, wie es ihm genehm ist (vgl. BVerfGE 82, 236 [269]), nicht nur die Ehre, sondern auch weitere Aspekte des sozialen Geltungsanspruchs. Namentlich umfasst es den Schutz vor Äußerungen, die - ohne im engeren Sinn ehrverletzend zu sein - geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit auszuwirken (vgl. BVerfGE 99, 185 [193 f.]; 114, 339 [346]). Jedenfalls dem unmittelbar an die Grundrechte gebundenen Staat verbietet es das allgemeine Persönlichkeitsrecht darüber hinaus aber auch, sich ohne rechtfertigenden Grund herabsetzend über einen Bürger zu äußern, etwa eine von diesem vertretene Meinung abschätzig zu kommentieren.”

B. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, mag sie auch - wie hier - rein faktischer Natur und möglicherweise nicht beabsichtigt gewesen sein. Es kommt für das Vorliegen eines Eingriffs m.a.W. nicht auf Intention und Rechtsform, sondern allein darauf an, ob der soziale Geltungsanspruch des L in einer über die Bagatellschwelle hinausgehenden Intensität beeinträchtigt worden ist. Dies ist nach Ansicht des BVerfG hier der Fall:

“[22] Eine solche herabsetzende Wirkung geht von dem beanstandeten Schreiben der Bundeszentrale aus. Unabhängig von der durch die Gerichte verneinten Frage, ob es eine Schmähkritik gegen den Beschwerdeführer enthält, muss sein Inhalt jedenfalls dahingehend verstanden werden, dass der Beschwerdeführer mit seinem Aufsatz nach Auffassung der Bundeszentrale eine Position vertreten habe, die außerhalb des hinnehmbaren Meinungsspektrums liege.

Weiter wird die Veröffentlichung des Aufsatzes als Desavouierung der eigenen Position bezeichnet und zugleich als naheliegend hingestellt, dass sich ein erheblicher Teil des Publikums durch diesen “einmaligen Vorgang” “verunglimpft” gefühlt haben könnte, so dass man sich von seinen Thesen nicht nur distanzieren, sondern für deren Abdruck sogar entschuldigen müsse. Aus Sicht des durchschnittlichen Lesers des Deutschland Archivs - der davon ausgehen darf, dass die Bundeszentrale politische Neutralität zu wahren hat und daher ein gewisses Maß an Meinungspluralität zulassen muss (vgl. § 6 des Erlasses des BMI über die Bundeszentrale für politische Bildung) - wird der Beschwerdeführer hierdurch als Autor eines Aufsatzes dargestellt, der nicht mehr diskursiv erörtert, sondern nur noch makuliert werden kann. Namentlich im Zusammenhang mit Fragen des angesichts der deutschen Geschichte besonders sensiblen Themas Antisemitis-

mus kann dies eine erhebliche Stigmatisierung des Betroffenen mit sich bringen, die im Falle des Beschwerdeführers, der unwidersprochen die Ausladung von Vortragsveranstaltungen geltend macht offenbar bereits praktische Folgen gezeitigt hat.”

[Anm.: Das VG hatte schon am Vorliegen eines Eingriffs Zweifel geäußert und ausgeführt, das Schreiben werfe L nicht vor, selbst nationalsozialistische oder antisemitische Auffassungen zu vertreten. Das BVerfG ließ offen, ob diese Deutung zutrifft, stellt aber klar, dass allein die o.g. Aussagen bereits einen Eingriff darstellen, sodass es auf die Frage, ob L als Antisemit oder Nationalsozialist dargestellt wurde, nicht mehr ankam.]

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

I. Schranken

Fraglich ist, welche Schranken hier in Betracht kommen. Grundsätzlich unterliegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schrankentrias des Art. 2 I GG, von der hier allein die verfassungsmäßige Ordnung in Betracht kommt. Diese wiederum umfasst jeden Rechtsatz.

1. Gesetzesvorbehalt

Ein Parlamentsgesetz, das die Bundeszentrale zur Verbreitung des streitgegenständlichen Schreibens ermächtigen würde, ist nicht ersichtlich.

2. Verfassungsimmanente Schranken

In Betracht kommen zwar grundsätzlich verfassungsimmanente Schranken, d.h. andere, mit dem Ehrschutz kollidierende Verfassungsnormen.

a. Grundrechte

So werden sich Private nicht selten zur Rechtfertigung ihrer von Dritten als herabwürdigend empfundenen Meinungsäußerungen auf ihre Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG berufen. Die Bundeszentrale ist als Stelle im Bundesinnenministerium jedoch selbst staatlich getragen und damit nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsverpflichtet. Dies erkennt auch das BVerfG:

“[23] Entgegen der mindestens missverständlichen Ausdrucksweise der angegriffenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung, die insoweit von einem “freien Kommunikations- und Interaktionszusammenhang” zwischen Bürger und Staat spricht und staatlichen Stellen ein gewisses Recht zur Teilhabe am “Meinungskampf” zubilligen will, kann eine solche Rechtfertigung mangels Grundrechtsberechtigung der

Bundeszentrale nicht wie in einem Rechtsstreit zwischen Privaten in der Meinungsfreiheit gefunden werden.“

Zwar könnte die Bundeszentrale grds. auch zum Schutz von Grundrechten privater Dritter gehandelt haben, da Grundrechte neben dem subjektiven Abwehrrecht des Einzelnen gegen staatliche Gewalt auch einen Schutzauftrag an den Staat beinhalten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, welche Grundrechte Dritter hier mit dem Ehrschutz des L kollidieren könnten. Die Bundeszentrale hat - um *ihren* Ruf besorgt - auch nicht zum Schutz der Grundrechte Dritter, sondern aus eigenem Antrieb und in eigenem Interesse gehandelt.

b. Gubernative Staatsleitungskompetenz

Als verfassungsimmanente Schranke könnte jedoch die besondere Staatsleitungsbefugnis der Bundesregierung in Betracht kommen, wie sie in Art. 62 ff. GG zum Ausdruck kommt. Nach Art. 65 S.2 GG leitet jeder Minister sein Ressort selbstständig und in eigener Verantwortung. Die hier handelnde Bundeszentrale gehört organisatorisch zum Bundesministerium des Innern, könnte sich also auch auf die Kompetenz des Art. 65 S. 2 GG berufen. Ob diese für sich genommen als taugliche Schranke ausreicht, um staatliches Informationshandeln rechtfertigen zu können, ist umstritten.

aa. Literatur

In der Literatur (Jeand'Heur/Cremer, JuS 2000, 991 [995]; Gusy, NJW 2000, 977 [980]; Murswieck, NVwZ 2003, 1 [7]) wird es überwiegend abgelehnt, Zuständigkeitsnormen des Grundgesetzes als Grundrechtsschranken ausreichen zu lassen. Diese Konstruktion führe zu dem, dass der Bund unter Verstoß gegen Art. 30 GG die Befugnisse der Länder umgehen und ihm eigentlich nicht zustehende Aufgaben an sich ziehen könnte. Zudem enthielten die Art. 62 ff. GG weder Tatbestand noch Rechtsfolge, seien also viel zu unbestimmt für eine Grundrechtsschranke (Lege, DVBl 1999, 569 [574 ff.]). Da weitere taugliche Schranken nicht ersichtlich sind, gelänge eine Rechtfertigung nach dieser Ansicht nicht.

bb. Rechtsprechung

Das BVerfG (NJW 2002, 2621 [2623]; NJW 2002, 2626 [2629]) und das BVerwG (BVerwGE 82, 76, [79 ff.]; NJW 1991, 1770) bejahen hingegen die Möglichkeit, allein über die Staatsleitungskompetenz der Bundesregierung aus Art. 62 ff. GG einen Grundrechtseingriff infolge staatlichen Informationshandelns zu rechtfertigen, ohne dass es einer einfachgesetzlichen Ermächtigung bzw. Konkretisierung derselben bedarf. Die Staatsleitung (Gubernative) umfasst zwangsläufig Informations- und Öffentlichkeitsarbeit. Die Bundesregierung müsse und dürfe sich da-

her auch in der Öffentlichkeit äußern. Ihre Informationskompetenz grenze sich von der Länderkompetenz dadurch ab, dass die Informationen länderübergreifenden Charakter oder Auslandsbezug haben müssen.

Nach dieser Ansicht stellten die Art. 62 ff. GG, besonders Art. 65 S. 2 GG, eine taugliche Schranke dar; es wäre weiter nach den Schranken-Schranken zu fragen.

cc. Stellungnahme

Die Meinungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass der Streit entschieden werden muss.

Für die Ansicht der Rspr. spricht zunächst, dass die aus der Staatsleitung folgende Kompetenz des Bundes zur Öffentlichkeitsarbeit bei überregionalem Bezug einer effektiven Problemlösung dienen kann, weil die Stimme der Bundesregierung im Gegensatz zu landesinternen Vorgängen auch überregional gehört wird. Diese Kompetenz soll nach Ansicht des BVerfG neben die entsprechende Kompetenz der Länder und der zur Gefahrenabwehr berufenen Behörden treten (BVerfG, NJW 2002, 2621 [2623]). Den Ländern wird also nichts genommen, die Gefahr einer Aushöhlung ihrer Kompetenzen entgegen Art. 30 GG besteht insoweit nicht. Auch wird keine vierte Staatsgewalt eingeführt, denn Gubernative (Regierung) ist auch Exekutive. Zudem sind öffentliche Äußerungen der Bundesregierung zu den die Bevölkerung interessierenden Themen unvermeidlich. Ist die Öffentlichkeitsarbeit aber der Regierungsarbeit zwangsläufig immanent, muss auch eine entsprechende Kompetenz den Art. 62 ff. GG immanent sein.

An dieser Rspr. hält das BVerfG auch im vorliegenden Fall fest, wobei es die Gegenansicht - obschon h.L. - nicht einmal erwähnt:

“[23] [Als Schranke] kommt hier allein die kompetenzielle Rechtsgrundlage in Betracht, auf der die Tätigkeit der Bundeszentrale überhaupt fußt. Hierbei handelt es sich um die der Bundesregierung zukommende Aufgabe der Staatsleitung, die, ohne dass es darüber hinaus einer besonderen gesetzlichen Eingriffsermächtigung bedürfte, staatliches Informationshandeln legitimieren kann. Namentlich gestattet sie es der Bundesregierung, die Bürger mit solchen Informationen zu versorgen, deren diese zur Mitwirkung an der demokratischen Willensbildung bedürfen (vgl. BVerfGE 105, 279 [302]). Angesichts dessen ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Bundesregierung eine Bundeszentrale für politische Bildung unterhält, die ihrerseits publizistische Foren für politische Debatten betreibt. Eingebunden in einen Bildungsauftrag ist diese auch nicht von vornherein darauf verwiesen, alle im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinungen formal gleich zu behandeln; vielmehr kann sie insoweit auch wertende Unterscheidungen treffen, hat dabei aber Ausgewogenheit und

rechtsstaatliche Distanz zu wahren. Hierbei können insbesondere Kriterien wie Qualität und Repräsentativität eine maßgebliche Rolle spielen; insofern ist es der Bundeszentrale für politische Bildung nicht grundsätzlich verwehrt, Extremmeinungen am Rande des politischen Spektrums und solche, die von der Wissenschaft nicht ernst genommen werden, nicht zu berücksichtigen, sie als solche zu bezeichnen und sich demgegenüber auf die Präsentation von Hauptströmungen zu konzentrieren.“

Also kommt die gubernative Staatsleitungskompetenz als rechtfertigende Schranke des Eingriffs in den Ehrschutz des L in Betracht.

II. Schranken-Schranken

In jedem Fall muss die Regierung jedoch, wenn sie Informationen verbreitet, wie jede andere staatliche Stelle auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitet. Danach ist staatliches Informationshandeln nur zur Erfüllung eines legitimen Zwecks zulässig. Es muss hierzu ferner geeignet, erforderlich und angemessen sein.

1. Legitimer Zweck

Hinsichtlich des legitimen Zwecks ist bei staatlichem Informationshandeln zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu differenzieren.

a. Tatsachenbehauptungen

Tatsachenbehauptungen sind objektive Vorgänge in der Vergangenheit, die dem Wahrheitsbeweis zugänglich sind. Sind die Behauptungen wahr, wird in aller Regel auch ein legitimer Zweck an ihrer Verbreitung bestehen (die Wahrheit darf man sagen, auch als Staat). Unwahre Behauptungen darf der Staat hingegen in aller Regel nicht aufstellen.

Nur enthält der streitgegenständliche Brief nicht objektive, dem Beweis zugängliche Fakten, sondern eine subjektive Einschätzung der geschichtlichen Lage. Es ist von „Ansichten“ des L und dem „Selbstverständnis“ der Bundeszentrale die Rede. Ferner wird um Entschuldigung gebeten. Darin liegen Wertungen des Textes des L.

b. Werturteile

Solche Werturteile entziehen sich naturgemäß einer Betrachtung nach wahr oder unwahr, richtig oder falsch. Fraglich ist, in welchem Rahmen solche zulässig sein können.

aa. Schmähkritik als absolute Grenze

Eine absolute Grenze zieht das BVerfG bei sog. „Schmähkritik“. Wenn es nicht mehr um die Sache, sondern nur noch um die Diffamierung des anderen geht, kann eine Äußerung nicht mehr gerechtfertigt

sein. Die Verunglimpfung anderer dient nie einem legitimen Zweck. Dies gilt schon für Private, muss aber erst Recht für den Staat gelten.

Von Schmähkritik kann allerdings im vorliegenden Fall keine Rede sein. Vielmehr lässt das Schreiben der Bundeszentrale an die Abonnenten durchaus eine Auseinandersetzung mit der Sache erkennen. Man distanziert sich inhaltlich von den Äußerungen des L, auf seine Person zielende, diffamierende Elemente sind nicht enthalten.

bb. Staatliches Informationshandeln ohne Schmähkritik

Liegt keine Schmähkritik vor, stellt sich die Frage, ob und in welchen Grenzen staatliche Stellen eigene Meinungen entwickeln und kundtun dürfen. Hierzu führt das BVerfG aus:

“[24] Zwar kann mit der legitimen Aufgabenwahrnehmung durch die Bundeszentrale im Einzelfall auch die Befugnis verbunden sein, das der Öffentlichkeitsarbeit zugrunde gelegte Konzept der Behörde durch Äußerungen, die auch Dritte betreffen, zu bestätigen oder zu verteidigen. Dazu kann auch das Recht gehören, zu der Meinung eines Bürgers urteilend Stellung zu beziehen. Im Hinblick auf den allein zulässigen Zweck einer rechtsstaatlichen distanzierten Aufgabenwahrnehmung kommt dies aber nur in Grenzen in Betracht. Von vornherein ausgeschlossen sind Äußerungen gegenüber Einzelnen, die allein dem Bestreben dienen, eine behördliche Auffassung, namentlich eine von der Bundeszentrale für richtig gehaltene spezifische Geschichtsinterpretation zur Geltung zu bringen und als einzig legitim oder vertretbar hinzustellen. Vielmehr kann es insoweit nur um die Erhaltung des zur Funktionsfähigkeit der Behörde notwendigen Mindestmaßes an öffentlichem Vertrauen in die eigene Glaubwürdigkeit und Integrität gehen (vgl. BVerfGE 93, 266 [291]; BGH, NJW 2008, S. 2262 [2265]).

Gerade bei einer Einrichtung wie der Bundeszentrale, die keine Eingriffsverwaltung betreibt und auch nicht über die rechtlichen Mittel hierzu verfügt, sondern deren Aufgabe die Information der Bürger ist, gehört zu den Grundlagen der eigenen Tätigkeit auch das öffentliche Ansehen als zuverlässig und ausgewogen. Daher kann es ein legitimes Interesse darstellen, sich von ihr zuzurechnenden Beiträgen, die von dem Anspruch einer ausgewogenen Informationstätigkeit auffällig abweichen, weil sie etwa extreme oder extremistische Meinungen vertreten, zu distanzieren, um so die eigene Reputation wiederherzustellen.“

cc. Zwischenergebnis

Das Bestreben einer Behörde, ihre Funktionsfähigkeit und das öffentliche Vertrauen in ihre Glaubwürdigkeit und Integrität zu erhalten, kann einen legitimen Zweck zur Äußerung von Meinungen darstellen. Dient eine

wertende behördliche Äußerung hingegen allein dem Bestreben, die eigene Auffassung als einzig legitime oder vertretbare hinzustellen, liegt darin kein legitimer Zweck.

dd. Subsumtion

“[25] Das hier beanstandete Schreiben geht über das der Bundeszentrale zuzubilligende Anliegen, den Anschein zu beseitigen, sie biete unter Missachtung ihrer Pflicht zur politisch ausgewogenen Haltung extremistischen Positionen ein publizistisches Forum, deutlich hinaus. Jedenfalls ist vorliegend nicht ersichtlich, dass das Schreiben der Bundeszentrale den ihr einzuräumenden Einschätzungs- und Handlungsspielraum wahrt und als erforderliche und angemessene Reaktion auf den Artikel des Beschwerdeführers angesehen werden kann. Weder hinsichtlich der Ankündigung der Makulierung noch hinsichtlich der Entschuldigung für eine etwaige Verunglimpfung ist erkennbar, dass diese von dem legitimen Zweck gedeckt sein können.”

[Anm.: Demgegenüber wäre es nach Ansicht des BVerfG zulässig gewesen, von vornherein vom Ab-

druck abzusehen oder eine angemessene Gegendarstellung zu veröffentlichen:

“[25] Es [ist jedoch] nicht ausgeschlossen, dass die vom Beschwerdeführer vertretenen Thesen [...] aus sachlichen Gründen von der Bundeszentrale [...] als für einen Abdruck ungeeignet bewertet werden durften und auch nach der - später als Fehlentscheidung angesehenen - Veröffentlichung editorische Konsequenzen wie den Abdruck einer kritischen Gegenmeinung erlaubt hätten.”]

2. Ergebnis

Mit dem Schreiben ging es der Bundeszentrale nicht nur darum, ihre Funktionsfähigkeit und das öffentliche Vertrauen in ihre Glaubwürdigkeit und Integrität zu erhalten; vielmehr hat sie ihre Geschichtsinterpretation als einzig legitime und vertretbare hingestellt. Ein solches Verhalten dient schon keinem legitimer Zweck. Es ist unverhältnismäßig und daher verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

L ist in seinem Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt. Seine Verfassungsbeschwerde ist begründet.

Standort: Zivilrecht

Problem: Selbständige Garantie i.S.d. § 443 BGB

OLG FRANKFURT, BESCHLUSS VOM 08.07.2009
4 U 85/08 (NJOZ 2010, 2153)

Problemdarstellung:

Die Bekl. stellt Pkws vom Typ X her. Auf ihrer Website bewarb sie im November 2002 eine “Neuwagen-garantie”. Darin hieß es u.a. “ADAC und TÜV bescheinigen den X-Modellen regelmäßig eine äußerst geringe Pannen- und Reparaturanfälligkeit. Wir scheuen uns deshalb nicht, eine Fahrzeuggarantie von 3 Jahren bis 100.000 km zu gewähren.” Im November 2002 erwarb E einen Pkw vom Typ X von einem X-Vertragshändler in S1. Eine Garantiekarte oder -karte erhielt sie nicht. Im August 2004 verkaufte E den Pkw an den Kl. unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung und trat diesem sämtliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem Pkw ab.

Da die Motorleistung stark abfiel führte der Kl. den Pkw zwischen Mai 2005 und August 2006 mehrfach bei einem X-Vertragshändler in S2 vor. Der Fehler wurde nicht gefunden bzw. nicht behoben. Schließlich wandte sich der Kl. unter Berufung auf die im Internet beworbene “Neuwagen-garantie” an die Bekl. und verlangte Neulieferung eines entsprechenden Fahrzeugs, hilfsweise Schadensersatz.

Prüfungsrelevanz:

In der Praxis werden Kaufangebote nicht selten von

Garantien unterschiedlichster Art flankiert, die die Qualität des Produkts hervorheben und dessen Absatz steigern sollen. Dementsprechend können Garantien auch in kaufrechtlichen Examensklausuren relevant werden. Der Umsetzung eines Garantieanspruchs in einer Fallprüfung muss die Frage vorausgehen, um welche Art Garantie es sich handelt. Gemeinhin werden drei Arten unterschieden, wobei die Abgrenzung mitunter Probleme bereitet und die aktuelle Rechtsprechung beachtet werden muss.

I. Die stärkste Garantieform stellt die sog. selbständige Garantie dar, die als eigener Vertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB neben den originären Kaufvertrag tritt und ein Entstehen des Garantiegebers für einen bestimmten, über die Sachmängelfreiheit hinausgehenden Erfolg gewährt (Palandt/Weidenkaff, § 443 Rn. 4).

Daneben existiert die Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie i.S.d. § 443 BGB, die eine Erweiterung der gesetzlichen Mängelrechte (aus §§ 437 ff. BGB) darstellt, aber unbeschadet von §§ 437 ff. BGB besteht (zu §§ 437 ff. BGB besteht Anspruchskonkurrenz; Palandt/Weidenkaff, § 443 Rn. 21). Anders als bei der selbständigen Garantie bezieht sich die Garantie des § 443 BGB auf den bekannten Sachmangelbegriff des BGB, erweitert aber die Mängelrechte - etwa um eine längere Gewährleistungsfrist. Nichtsdestotrotz wird auch i.R.v. § 443 BGB teilweise von einer “selbständigen Garantie” gesprochen (so etwa im vorliegenden Beschluss, vgl. z.B. Rn. 53). Gemeint ist damit nicht

ein selbständiger Garantievertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB, sondern eine Garantieverpflichtung i.S.d. § 443 BGB, die *neben* die Mängelrechte tritt (“unbeschadet”) und so einen eigenen Anspruch vermittelt.

Schließlich kommt eine Garantieübernahme i.S.d. § 276 I 1 BGB in Betracht, bei der der Garantiegeber ohne Berücksichtigung des regulären Verschuldensmaßstabs des § 276 BGB Schadensersatz für eine bestimmte Pflichtverletzung gewährt.

II. Vorliegend gewährte die Bekl. laut ihrer Werbung eine “Fahrzeuggarantie von 3 Jahren bis 100.000 km.” Darin liegt eine Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistungsrechte (vgl. § 438 I Nr. 3 BGB), so dass es sich um eine Garantieverpflichtung i.S.v. § 443 BGB handeln könnte. Allerdings ist umstritten, wann eine solche Garantieverpflichtung zustande kommt. Zu beachten ist, dass der Kl. hier gerade keine vertragliche Verbindung mit der Bekl. eingegangen war. Auch hat weder die E als Erstkäuferin, noch der Kl. als Zweitkäufer des Pkw eine Garantiekarte oder -urkunde erhalten, die als Vertragsangebot gem. §§ 145 ff. BGB einzustufen wären. Laut § 443 I BGB kann sich eine Garantieverpflichtung aber auch aus der “einschlägigen Werbung” ergeben. Trotzdem ging die bislang überwiegende Ansicht davon aus, dass auch die Garantieverpflichtung eines Dritten im Rahmen von § 443 BGB einer vertraglichen Grundlage bedürfe und die Garantieerklärung dem Käufer zumindest zugegangen sein müsse (Bamberger/Roth/ Faust, § 443 Rn. 14 f.; MünchKomm-BGB/Wester-mann, § 443 Rn. 7). Der Senat geht dagegen davon aus, dass dies mit dem Schutzzweck des Art. 6 I VerbrGKRL nicht vereinbar ist. Demnach soll die Garantie den Garantiegeber binden, wobei eine Irreführung des Verbrauchers vermieden werden soll (so Erwägungsgrund Nr. 21 zur VerbrGKRL). Dieses Ziel würde aber umgangen, wenn ein Zugang der Garantieerklärung - z.B. in Form einer Garantiekarte - erforderlich wäre. Denn ansonsten käme die Garantieverpflichtung nur mit dem Inhalt der zugegangenen Erklärung zustande und der Garantiegeber könnte risikolos mit anderen, ihn nicht bindenden Garantien werben. Folglich ist ein Zugang nicht erforderlich. Die durch “einschlägige Werbung” abgegebene Garantieerklärung erhält damit den Charakter einer Auslobung i.S.d. § 657 BGB. Der Kl. konnte damit aus der Garantie gegen die Bekl. vorgehen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Garantie i.S.d. § 443 BGB: *BGH*, NJW 2007, 1346 (mit Anm. *Gutzeit*); *Faust*, JuS 2007, 586 und JuS 2008, 1123

Leitsätze:

1. Eine selbstständige Garantieverpflichtung im

Sinne des § 443 BGB kann auch allein durch eine Darstellung der Garantie in der Werbung für ein Produkt entstehen. Hierfür bedarf es nicht eines wirksamen Abschlusses für einen Garantievertrag (Rn.60)(Rn.61).

2. Eine solche sich aus der Werbung ergebenden Garantieverpflichtung kann durch nachfolgende, nicht ausgehandelte Garantieverträge nicht einschränkend beeinträchtigt werden (Rn.65).

3. Zu den Voraussetzungen für das Zustandekommen einer allein auf eine Werbeaussage gestützte Garantieverpflichtung (Rn.67)(Rn.68).

Sachverhalt:

Der Kläger (K) begehrt von der Beklagten (B) aus abgetretenem Recht die Neulieferung, hilfsweise Schadensersatz für einen Pkw vom Typ X.

Im November 2002 warb die B auf der von ihr unterhaltenen Website www.x-....de unter anderem mit einer „Neuwagengarantie“, die damals wie folgt beschrieben wurde: „ADAC und TÜV bescheinigen den X-Modellen regelmäßig eine äußerst geringe Pannen- und Reparaturanfälligkeit. Wir scheuen uns deshalb nicht, eine Fahrzeuggarantie von 3 Jahren bis 100.000 km zu gewähren.“

Im November 2002 erwarb Frau E einen Pkw vom Typ X über den X-Vertragshändler in S1. Eine Garantiekarte erhielt Frau E dabei nicht. Dem Fahrzeug lag jedoch ein Serviceheft mit unter anderem folgender Erklärung bei: “Fahrzeug-, Lack- und Anschlussgarantie”: “Falls an Ihrem Fahrzeug innerhalb der Garantiezeit ein Mangel auftritt, kann dieser bei jedem X-Partner kostenlos behoben werden. (...) Weitere Einzelheiten zu den Garantiebestimmungen finden Sie in der Bordliteraturnummer.“

Unter dem 19.08.2004 verkaufte Frau E ihren Pkw X an den K zum Preis von 22.000, € unter Ausschluss der Sachmängelhaftung. Unter der Überschrift „Sondervereinbarung:“ heißt es in dem Kaufvertrag: „Garantie über X“.

Nachdem die Motorleistung des Pkw erheblich abfiel, führte der Kl. den Pkw unter anderem am 11.05.2005, 06.06.2005 und 14.08.2006 bei der Firma X-Autohaus C in S2 zur Reparatur vor. Der Leistungsabfall trat jedoch weiterhin auf.

Am 05.10.2006 verweigerte das X-Autohaus C in S2 endgültig eine Reparatur von Mängeln an dem von K erworbenen Fahrzeug auf Garantiebasis.

K erhob Klage zum zuständigen Gericht mit dem Antrag, die B zu verurteilen an ihn ein neues, entsprechendes Fahrzeug zu liefern, hilfsweise an ihn Schadensersatz in Höhe von 16.000 € (Zeitwert des Pkw) zu zahlen.

Die B beantragte, die Klage abzuweisen.

Noch während des Rechtsstreits tauschte der K in Eigeninitiative einen Kabelstrang im Motor des Pkw

aus. Daraufhin lief dieser wieder einwandfrei. K und B erklärten übereinstimmend die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Wie wird das Gericht entscheiden?

Lösung:

Da die Parteien durch die übereinstimmende Erledigungserklärung auf eine Hauptsacheentscheidung verzichten, wird das Gericht durch Beschluss gem. § 91 a I 1 ZPO nur noch eine Kostenentscheidung treffen. Diese ist am bisherigen Sach- und Streitstand unter Berücksichtigung billigen Ermessens auszurichten. Im Rahmen einer summarischen Prüfung ist zu ermitteln, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad für ein Unterliegen des Klägers bzw. des Beklagten zum Zeitpunkt vor der Abgabe der Erledigungserklärungen anzunehmen war (Zöller/Vollkommer, § 91a Rn. 24-26a; Baumbach/Lauterbach, § 91a Rn. 112 f.)

[Anm.: Auch im ersten Staatsexamen kann ein Einstieg in die Fallprüfung über § 91 a ZPO verlangt werden. Denn wenn auch § 91 a ZPO letztendlich eine Vorschrift des Kostenrechts ist, verlangt sie - wie gezeigt - hauptsächlich eine materiell-rechtliche Prüfung. Ein Beschluss gem. § 91 a ZPO kommt allerdings nur bei übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien in Betracht. Schließt sich der Bekl. der Erledigungserklärung des Kl. nicht an, wird der Klageantrag auf eine Feststellung umgestellt - sog. Erledigungsfeststellungsklage. Diese Klageänderung sieht der BGH als gem. § 264 Nr. 2 ZPO privilegiert und damit stets zulässig an.]

A. Lösung nach bisherigem Sach- und Streitstand

Im Zeitpunkt vor dem erledigenden Ereignis (der eigenständigen Reparatur des Pkw durch K) könnte dem K ein Anspruch auf Garantiebasis gem. § 443 BGB zugestanden haben.

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage des K war zulässig.

II. Aktivlegitimation des K

K müsste zunächst überhaupt berechtigt sein, aus einer etwaigen Garantie vorgehen zu können. Dem K sind sämtliche Rechte im Zusammenhang mit dem Pkw von E abgetreten worden, was sich aus der "Sondervereinbarung" im Kaufvertrag ergibt. Dort heißt es "Garantie über X". Dies kann nichts anderes bedeuten, als eine Abtretung gem. § 398 BGB sämtlicher Garantieansprüche die der Ersterwerberin E aus dem Fahrzeugkauf entstanden sind.

III. Anspruch aus Garantieverpflichtung, § 443 BGB

Dem K könnte gegen die B ein Anspruch aus einer

selbständigen Garantie i.S.d. § 443 BGB zustehen. Dann müsste eine solche Garantieverpflichtung zunächst entstanden sein.

1. Keine Garantieverpflichtung durch Garantiekarte

"[49] Garantieansprüche sind gegenüber der Beklagten nicht im Wege der Beifügung einer Garantiekarte oder eines sonstigen Textes zur Ware entstanden, die den Inhalt eines Garantievertrages wiedergeben und deren Annahmeerklärung seitens des Garantienehmers keines Zugangs beim Garantiegeber bedurft hätte.

[50] Vorliegend fehlte es an einem solchen Garantievertrag mit der Beklagten, denn dem [von der Ersterwerberin] erworbenen Fahrzeug lag lediglich das Serviceheft bei. Auf dem auf Blatt 13 der Gerichtsakte wiedergegebenen Teil dieses Serviceheftes wird nicht ersichtlich, wer Garantiegeber der dort angesprochenen Garantie sein soll, sofern mit den dort angesprochenen weiteren „Garantiebestimmungen“ nicht jene gemäß Bl. 110 der Gerichtsakte gewesen sein sollen. Mangels Bestimmung eines Garantiegebers konnte daraus kein Vertragsschluss für eine Garantie zustande kommen.

[51] Aus den Garantieerklärungen des Serviceheftes gemäß Bl. 110 der Gerichtsakte sollte nicht die Beklagte, sondern die X als Garantiegeber verpflichtet werden. Die Beklagte wird dort nicht erwähnt."

2. Garantieverpflichtung durch Werbung

Eine Garantieverpflichtung der B könnte aber dadurch zustande gekommen sein, dass die B im November 2002 auf ihrer Website unter dem Stichwort "Neuwagengarantie" für die Mangelfreiheit des Fahrzeugs warb.

Jedoch ist festzustellen, dass die Werbung der B nicht die Voraussetzungen einer Willenserklärung erfüllt. Denn die Zusage der "Neuwagengarantie" ist als Erklärung jedenfalls dem K nicht zugegangen. Die Erklärung ist damit nicht gem. § 130 I BGB wirksam geworden.

Fraglich ist demnach, ob eine Verpflichtung gem. § 443 BGB einer vertraglichen Grundlage und damit des Zugangs beim Empfänger bedarf, oder ob dies entbehrlich sein soll. Diesbezüglich haben sich unterschiedlich Ansichten entwickelt:

a) Vertragliche Grundlage erforderlich

"[57] Die derzeit überwiegend in der Literatur vertretene Ansicht geht dahin, dass auch eine selbständige Garantieverpflichtung eines Herstellers oder Importeurs im Sinne von § 443 BGB einer vertraglichen Grundlage bedürfe und deshalb die Garantieerklärung dem Käufer zumindest zugegangen sein müsse (vgl. Bamberger/Roth/Faust, aaO., § 443, Rn. 14 f.; Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO., § 443, Rn. 6 mwN.; MünchKomm-BGB/Westermann, 5. Aufl., §

443, Rn. 7; AnwK-BGB/Büdenbender, § 443, Rn. 11; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., S. 438 f., Rn. 684).“

Demnach wäre vorliegend eine Verpflichtung der B aus § 443 BGB zu verneinen.

b) Bloße Bewerbung ausreichend

“[58] (...) Dagegen wird die Auffassung vertreten, auch eine Werbeaussage für sich allein reiche aus, um eine Garantieverpflichtung überhaupt zu begründen (vgl. JurisPK-BGB/Pammler, 3. Aufl., § 443, Rn. 16; unklar Bamberger/Roth/Faust, aaO., § 443, Rn. 19), wobei dieser dann im Sinne eines Günstigkeitsprinzips ein Vorrang vor den Bedingungen einer späteren Garantieerklärung zukäme (vgl. dazu Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 443, Rn. 18 mwN.).“

Dieser Ansicht folgend käme eine Verpflichtung der B aus § 443 BGB in Betracht, sofern auch die weiteren Garantiebedingungen erfüllt sind.

c) Entscheidung des Sentas: Bewerbung ausreichend

Vorzugswürdig ist die zweite Ansicht:

“[53] Nach Auffassung des Gerichts reichte die zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses von der Beklagten im Internet veröffentlichte Werbung aber aus, um eine selbständige Garantieverpflichtung im Sinne von § 443 BGB iVm. Art. 6 VerbGKRL gegenüber der Beklagten zu begründen.“

[54] Art. 6 I VerbGKRL lautet:

[55] (deutsche Fassung) Garantien

Die Garantie muß denjenigen, der sie anbietet, zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen binden.

[56] Im Erwägungsgrund Nr. 21 zur VerbGKRL heißt es hierzu, dass es in bestimmten Warengattungen üblich sei, dass die Verkäufer oder die Hersteller auf ihre Erzeugnisse Garantien gegen Mängel der Ware gewähren. Diese Praxis könne zu mehr Wettbewerb am Markt führen. Solche Garantien würden zwar rechtmäßige Marketinginstrumente darstellen, sollten den Verbraucher aber nicht in die Irre führen. Um eine solche Irreführung zu vermeiden, sollten die Garantien daher bestimmte Informationen enthalten. Art. 6 II-IV VerbGKRL und ihm folgend § 477 BGB begründen solche weitergehenden Informationspflichten, stellen aber klar, dass die Wirksamkeit der Garantie nicht von der Erfüllung dieser Informationspflichten abhängt.

[61] Aus diesen Anliegen der Richtlinie ergibt sich deutlich eine Priorität der Werbeaussagen gegenüber den Angaben in einer davon getrennten Garantieerklärung. Wenn die Hersteller die Möglichkeit haben sollen, mit der Werbung für eine Herstellergarantie den Absatz ihrer Waren zu fördern, damit aber nicht zugleich eine Täuschung der Verbraucher eintreten darf, muss der Verbraucher auf diese Werbeaussagen ver-

trauen können. In diesem Sinne ist Art. 6 I VerbGKRL insbesondere in seiner englischen Fassung zu verstehen. Der Umstand, dass darin sowie in § 443 BGB die Werbeaussagen und die Garantieerklärung genannt sind, darf nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschriften nicht dahin verstanden werden, dass beide Erklärungen insbesondere die Garantieerklärung erforderlich sind, um überhaupt eine Garantieverpflichtung entstehen zu lassen. Dies würde dem Zweck widersprechen, dass Garantien als Werbemittel eingesetzt werden und dabei keine Irreführungen der Verbraucher eintreten dürfen. Würde die Garantieverpflichtung entfallen, allein weil in Folge des Kaufs später eine Übermittlung der Garantieerklärung gänzlich ausbleibt, würde der Verbraucher in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht und damit genau eine solche Irreführung eintreten, die mit der Richtlinie und ihr folgend § 443 BGB vermieden werden soll.“

aa) § 311 I BGB steht nicht entgegen

“[62] Einer allein auf die Werbeaussage gestützte Garantieverpflichtung steht nicht § 311 I BGB entgegen, wonach schuldrechtliche Beziehungen durch Rechtsgeschäft nur aufgrund eines Vertrages entstehen können, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Art. 6 I VerbGKRL und § 443 BGB sind insoweit andere gesetzliche Vorschriften. Der Zweck von Art. 6 I VerbGKRL liegt darin, dass ein Garantiegeber an seine Garantieerklärung und Werbeaussagen gebunden wird. Das Abschließen eines Vertrages wird darin nicht gefordert. Es wäre kaum nachvollziehbar, wenn diese Vorschrift lediglich zum Ausdruck bringen wollte, dass ein Garantievertrag verbindlich sein soll, denn die Verbindlichkeit von Verträgen ist ein allgemeines Rechtsprinzip in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft, für das es keiner ausdrücklichen Regelung im Wege einer Richtlinie bedarf. Die Vorschrift kann auch nicht dahin verstanden werden, dass neben zwingend zu erwartenden vertraglichen Bestimmungen lediglich zusätzlich die einseitigen Erklärungen des Garantiegebers verbindlich sein sollen. Vielmehr gibt diese Vorschrift deutlich zu erkennen, dass der Erklärende einer Garantie an seinen Erklärungen in einer Garantieerklärung und/oder in einschlägigen Werbeaussagen gebunden sein soll. Dies bedeutet zugleich, dass weitere Voraussetzungen an eine solche rechtliche Bindung nicht zu stellen sind. § 443 I BGB ist ebenfalls in diesem Sinne zu verstehen, denn sein Anliegen ist es, Art. 6 I VerbGKRL in deutsches Recht umzusetzen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 238), womit § 443 I BGB entsprechend dem Inhalt dieser Richtlinienbestimmung auszulegen ist.“

bb) Argument: Auslobung gem. § 657 BGB

“[63] Ein allein durch öffentliche Bekanntmachung

begründetes Schuldverhältnis ist dem deutschen Zivilrecht auch nicht fremd: Auslobungen gemäß § 657 BGB entstehen ebenfalls auf diese Weise. Versteht man Garantieaussagen aus einer Werbung wie Auslobungen auf zukünftige Garantieleistungen, dann bedarf es keiner weitergehenden Garantieerklärung und keines Garantievertrages für eine solche Verpflichtung. Solche Werbeaussagen prämiieren damit das Zustandekommen eines Kaufvertrages mit einer Garantiezusage seitens des Herstellers, Importeurs oder sonstigen Dritten. Auch wenn sich die Garantiepflichtung aufgrund von in der Werbung herausgestellten Garantieaussagen aus § 443 BGB und nicht aus § 657 BGB ergibt, ist dem § 657 BGB insoweit die gesetzgeberische Wertung für Prämierungen solcher Art zu entnehmen, dass der Käufer der Ware die Werbeaussage nicht zur Kenntnis genommen haben muss. Ebenso wie bei § 657 BGB soll der von der öffentlichen Bekanntmachung

Begünstigte nicht nachweisen müssen, dass er die Werbeaussage, so wie sie veröffentlicht wurde, auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Insoweit ist die Interessenlage bei einer Garantiezusage im Rahmen von Werbemitteilungen und einer öffentlich bekanntgemachten Auslobung grundsätzlich ähnlich.”

cc) *Kein relevantes Interesse der Garantiegeber*

“[64] Dem gegenüber ist nach Auffassung des Gerichts kein relevantes Interesse dafür zu erkennen, dass ein Zugang der Garantieerklärung oder der Werbeaussage an den Erstkäufer einer Ware erforderlich sein müsste, um die Garantiezusage für den Garantiegeber wirklich verpflichtend werden zu lassen. Die durch Garantiekarten gegebenen Garantiezusagen eines Herstellers werden von diesem regelmäßig nicht registriert und dahingehend verstanden, dass eine Annahme des Garantievertrages keiner Erklärung gegenüber dem Garantiegeber bedarf. Der Wille des Garantiegebers ist in der Regel schlicht darauf gerichtet, jedem Endkäufer der Ware die Garantie zukommen zu lassen. Ob dieser dabei eine Garantiekarte in Empfang oder zur Kenntnis nimmt, ist für den Garantiegeber in aller Regel gleichgültig. Mit dem späteren Einwand im Prozess, der Endkäufer habe die Garantiekarte gar nicht erhalten oder nicht zur Kenntnis genommen, würde er nur versuchen, einen formalen Gesichtspunkt des Vertragsrechts für sich geltend zu machen, der für ihn bei dem Absatz der Ware ohne Bedeutung war. Mit einer allein durch eine Werbeaussage zustande gekommenen Garantiezusage wird es den Käufern auch nicht genommen, zusätzlich einen Garantievertrag über eine Garantiekarte oder auf ähnlichem Wege zu schließen.”

d) *Zwischenergebnis*

Nach alldem lässt sich festhalten, dass mit Blick auf

Art. 6 I VerbrGKRL eine vertragliche Grundlage für das Zustandekommen einer Garantieverpflichtung nicht zu fordern ist. Der mangelnde Zugang der Garantieerklärung ist damit unschädlich.

3. *Weitere Voraussetzungen der Garantie (Garantiebedingungen; Garantiefall)*

Es müssten im Weiteren die Garantiebedingungen erfüllt sein. Diese ergeben sich aus der Garantieerklärung selbst.

a) *Erwerb*

Die von der B abgegebene “Neuwagengarantie” legt nahe, dass der Erwerb im Zeitraum der Bewerbung durch die B über einen Vertragshändler stattgefunden haben muss. Dies war vorliegend der Fall, da die E den Pkw im November 2002 von einem X-Vertragshändler erworben hatte. Die Tatsache, dass nicht der K, sondern die E den Pkw erworben hatte, ist unschädlich. Denn die E hatte dem K sämtliche Rechte im Zusammenhang mit dem Pkw wirksam gem. § 398 BGB abgetreten.

b) *Mangel*

Das Fahrzeug müsste außerdem mit einem Mangel i.S.d. § 434 BGB behaftet gewesen sein. Fällt die Leistung des Motors erheblich ab, eignet sich der Pkw nicht für die gewöhnliche Verwendung und weist außerdem eine Beschaffenheit nicht auf, die bei vergleichbaren Fahrzeugen üblich ist und vom Käufer erwartet werden kann. Damit liegt ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor.

4. *Rechtsfolgen*

Der K verlangt die Lieferung eines gleichwertigen Fahrzeugs, hilfsweise Schadensersatz. Diese Begehren müssten vom Umfang der Garantie gedeckt sein.

a) *Neulieferung*

Fraglich ist, ob der K einen Anspruch auf Lieferung eines entsprechenden aber mangelfreien Fahrzeugs hat.

Zu beachten ist, dass die Garantie vom Hersteller der X-Fahrzeuge gegeben worden ist, der seinerseits aber nicht Vertragspartner des Kaufvertrages war. Insofern schuldete die B auch nicht originär die Lieferung eines mangelfreien Pkw aus § 433 BGB. Hierzu kann sie folglich auch nicht über die Garantie gem. 443 BGB verpflichtet werden:

“[71] Die Rechtsfolge eines solchen Garantiepflichtung wäre indessen nicht die Lieferung eines entsprechenden aber mangelfreien Fahrzeugs mit gleicher Abnutzung und Ausstattung, denn im Rahmen der Garantie schuldete die Beklagte nach dem allgemeinen Verständnis für eine solche Erklärung seitens eines Herstellers oder Importeurs nur eine Nachbesse-

zung zur Behebung der Mängel. Eine Neulieferung wäre von der Garantie nur umfasst gewesen, wenn die Beklagte diejenige gewesen wäre, die aufgrund des Kaufvertrages überhaupt eine Lieferung des PKW geschuldet hätte. Da sie aber nicht die Verkäuferin war, konnte ihre Garantieverpflichtung nicht dahin verstanden werden, dass sie auch für die Lieferung des Fahrzeugs einstehen wollte. Da eine Neulieferung auch nicht die einzige Möglichkeit war, die Mangelfreiheit des Fahrzeugs herzustellen, konnte diese auch nicht in Ausgestaltung des Nachbesserungsanspruchs verlangt werden.“

Der K kann damit nicht die Lieferung eines gleichwertigen Pkw verlangen.

b) Schadensersatz

Dem K könnte jedoch ein Schadensersatzanspruch zustehen.

aa) Weitere Voraussetzungen des § 281 BGB

Die Voraussetzungen der Garantie (Garantiebedingungen) liegen vor. Die Mängelrechte der §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB sehen Schadensersatzansprüche statt der Leistung allerdings nur unter dem zusätzlichen Erfordernis der Fristsetzung vor. Da die Garantie aus § 443 BGB - wenn sie vorliegend auch einen selbständigen Charakter haben mag - eine Erweiterung der Mängelrechte darstellt, muss auch dieses Kriterium im Rahmen des Garantieanspruchs berücksichtigt werden:

“[73] Nach dem unstreitigen Vortrag des Klägers hat die Beklagte zuletzt eine Nachbesserung des damals weiterhin bestehenden Mangels endgültig und ernsthaft abgelehnt. Dies berechtigte den Kläger gemäß § 281 BGB zum Schadensersatz statt der Leistung. Darüber hinaus ist das Gericht aufgrund der glaubhaften und glaubwürdigen Bekundungen des Zeugen C davon überzeugt, dass das Fahrzeug mehrfach erfolglos einem Nachbesserungsversuch unterzogen wurde. Gemäß § 440 BGB ist damit die Nachbesserung fehlgeschlagen, so dass es für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung schon deshalb keiner Fristsetzung bedurfte.“

bb) Höhe

“[76] Demnach hätte die Beklagte dem Kläger die

Kosten für den Erwerb eines entsprechenden PKW im mangelfreien Zustand gegen Übereignung des streitgegenständlichen PKW in Geld ersetzen müssen (...).“ Die Kosten eines entsprechenden Pkws betragen 16.000 €. Demnach kann K von B 16.000 € als Schadensersatz verlangen.

IV. Ergebnis

Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand wäre K mit seinem Hilfsantrag durchgedrungen und hätte demnach im Rechtsstreit obsiegt. Gem. § 91 I ZPO hätte die B die Kosten des Rechtsstreits tragen müssen.

B. Billigkeit

Das Gericht muss bei seiner Kostenentscheidung gem. § 91 a I 1 ZPO jedoch billiges Ermessen berücksichtigen.

Dieses Merkmal wird u.a als Korrektiv für eine formal-juristisch korrekte, im Ergebnis aber dennoch unbillige Kostentscheidung verstanden (z.B. im Falle einer verfrühten Klageerhebung des Klägers, so dass der Beklagte gar nicht die Möglichkeit hatte, den begründeten Anspruch zu erfüllen).

Vorliegend entspricht das unter A. gefundene Ergebnis jedoch billigem Ermessen; eine Korrektur ist nicht veranlasst.

C. Gesamtergebnis

Das Gericht wird der B durch Beschluss gem. § 91 a I 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits auferlegen, da die B aller Voraussicht nach im Rechtsstreit unterlegen und somit gem. § 91 I ZPO zur Kostentragung verurteilt worden wäre.

[Anm.: Das Ergebnis der Originalentscheidung lautete anders: Der Senat hat eine hälftige Kostentragung entsprechend § 92 ZPO ausgesprochen. Dies allerdings, weil die B eine beweisbedürftige Tatsache einredeweise in den Rechtsstreit eingebracht hatte. Im Beschlussverfahren nach § 91 a ZPO ist eine Beweiserhebung aber nicht mehr zulässig. Auch eine Beweislastentscheidung ist nicht statthaft, da diese eine vorweggenommene Beweiswürdigung darstellen würde. Somit ist bei streitigen Tatsachen auf eine hälftige Kostentragung zu entscheiden.]

Standort: § 266 StGB**Problem: Bildung "schwarzer Kassen"**

BGH, URTEIL VOM 27.08.2010
2 STR 111/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

T war Geschäftsführer einer AbfallentsorgungsgmbH, die später in eine AG umgewandelt wurde, zu deren Vorstandsvorsitzenden er wurde. In beiden Gesellschaften war T alleinvertretungsberechtigt. Es war Mehrheitsgesellschafter der GmbH und hielt später 50 % der Aktien der AG. Anfang der 90er Jahre schuf T eine "Kriegskasse" für die Gesellschaft im Ausland, über die insbesondere Bestechungsgelder finanziert wurden, durch die politische Entscheidungsträger im In- und Ausland zur Vergabe von Aufträgen an die Gesellschaft motiviert werden sollten (sog. "schwarze Kasse"). Hierzu bedient er sich einer AG in der Schweiz, die als "Briefkastenfirma" Scheinrechnungen für tatsächlich nicht erbrachte Leistungen erstellte. Die auf die Scheinrechnungen hin gezahlten Beträge füllten so die "Kriegskasse". Diese Zahlungen wurden insbesondere von den beiden Angeklagten, die Tochtergesellschaften des T kontrollieren, bewirkt. Die anderen Gesellschafter der GmbH bzw. Aktionäre der AG wussten von der Einrichtung der "Kriegskasse" nichts.

Aufgrund ihrer Unterstützungshandlungen hatte das Landgericht Köln die Angeklagten wegen Beihilfe zur Untreue des T, §§ 266 I, 27 StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück. Dabei legte dieser noch einmal ausführlich dar, dass das Verhalten des T tatsächlich eine Untreue gem. § 266 I 2. Fall StGB zum Nachteil der von ihm kontrollierten GmbH bzw. AG darstellte.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Auch der Tatbestand des § 266 I StGB ist hier aufgrund seiner ungewöhnlichen und problemträchtigen Struktur sehr beliebt - zumindest bei den Prüfern. Ein fast schon klassisches und gerade in Klausuren immer wieder auftretendes Problem ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich ein Manager durch Bildung sog. "schwarzer Kassen", d.h. verdeckter Rücklagen zum Zwecke von Schmiergeldzahlungen, wegen Untreue zum Nachteil des von ihm betreuten Unternehmens strafbar macht. Die vorliegende Entscheidung liefert zwar kaum neue Erkenntnisse, setzt aber die bisherige Rechtsprechung fort. Allerdings präzisiert der BGH seine bisherigen Ausführungen hinsichtlich den Anforderungen an ein tatbestandsaus-

schließendes Einverständnis seitens des Unternehmens.

Der sog. Treubruchstatbestand der Untreue, § 266 I 2. Fall StGB, setzt voraus, dass der Täter die im obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt. In den Fällen, in denen - wie hier - "schwarze Kassen" gebildet wurden, hatten die Angeklagten stets vorgetragen, dass ihr Verhalten keine Pflichtverletzung darstellen könne, da die Bildung dieser Rücklage ja letztlich den Zweck verfolge, Dritte mit diesem Geld bestechen zu können, damit diese dann Aufträge an das vom Angeklagten zu betreuenden Unternehmen vergeben und so dessen Umsatz erhöhen sollten. Somit erfolge die Bildung der "schwarzen Kasse" im Interesse des Unternehmens und stelle deshalb keine Pflichtverletzung diesem gegenüber dar. In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass die eigenmächtige Einrichtung von Auslandskonten durch den alleinvertretungsberechtigten T für sich genommen noch keine Pflichtverletzung darstelle, da dies zu dem ihm zugewiesenen Aufgabenbereich gehöre. Wie bereits in der Vergangenheit auch betont der BGH jedoch, dass die Einrichtung "schwarzer Kassen" deshalb eine Pflichtverletzung darstelle, weil die dort befindlichen Beträge in keiner Bilanz auftauchten und deshalb auch nicht ordnungsgemäß in der Buchführung der GmbH/AG und steuerrechtlich berücksichtigt werden könnten. Als Geschäftsführer bzw. Vorstandsvorsitzender der GmbH/AG habe T jedoch gegenüber der Gesellschaft die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Angabe des zu versteuernden Vermögens.

Im Rahmen von § 266 I 2. Fall StGB ist allerdings anerkannt, dass eine Zustimmung des Vermögensinhabers zu dem Verhalten des Täters das Vorliegen einer Pflichtverletzung ausschließt (sog. tatbestandsausschließendes Einverständnis; der BGH spricht in der vorliegenden Entscheidung von einer "tatbestandsausschließenden Einwilligung"; BGH, NJW 2006, 533; 2009, 2225, 2227; Fischer, § 266 Rn. 90; Hohn, wistra 2006, 161). Da T Mehrheitsgesellschafter der ursprünglich bestehenden GmbH gewesen war, hatten die Revisionen vorgetragen, dass T sich somit selbst ein tatbestandsausschließendes Einverständnis für die an sich pflichtwidrige Verwendung des Gesellschaftsvermögens erteilt habe. Der BGH hat in der vorliegenden Entscheidung offen gelassen, ob die Zustimmung des Mehrheitsgesellschafters einer GmbH für ein solches Einverständnis ausreicht oder ob alle Gesellschafter zustimmen müssen. Letztlich scheiterte ein wirksames Einverständnis im vorliegenden Fall daran, dass keine ordentliche Willensbildung im Rahmen der GmbH stattgefunden habe, da die Einrichtung der

“Kriegskasse” nicht in der Gesellschafterversammlung besprochen worden sei. Auch hinsichtlich der später gegründeten AG hat der BGH offen gelassen, ob die Anteilseigner einer solchen Gesellschaft überhaupt ein Einverständnis erklären konnten, da hierfür zumindest eine ordentliche Willensbildung hätte stattfinden müssen, was vorliegend aber nicht der Fall war. Ein Einverständnis des T in seiner Funktion als alleinvertretungsberechtigter Vorstandsvorsitzender scheidet jedenfalls aus, da der Vorstand jedenfalls kein Einverständnis in ein eigenes pflichtwidriges Verhalten erklären könne.

Ein weiteres Problem im Rahmen der Prüfung einer Strafbarkeit gem. § 266 I StGB bei der Einrichtung “schwarzer Kassen” liegt in der Feststellung des Vorliegens eines Vermögensnachteils. § 266 I StGB setzt nämlich voraus, dass der Täter dem Vermögen des Opfers einen Nachteil zufügt. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht dem Vermögensschaden bei § 263 I StGB und ist somit dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung verringert wurde, was aufgrund einer Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte des Opfers zu bestimmen ist (Lackner/Kühl, § 266 Rn. 17, § 263 Rn. 36; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn. 40; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 775, 538). In seiner ersten Entscheidung zur Bildung “schwarzer Kassen” hatte der BGH den Vermögensnachteil noch mit der bloßen Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes begründet (BGH, RA 2007, 633, 636 = NJW 2007, 1760, 1764). Später hatte der dann betont, dass nicht nur ein Gefährdungs-, sondern ein “echter” Vermögensnachteil vorliege, der darin bestehe, dass dem Vermögensinhaber durch die Bildung einer “schwarzen Kasse” Geldmittel insofern entzogen würden als er nicht mehr darüber verfügen könne; dieser Nachteil werde auch nicht dadurch kompensiert, dass diese Geldmittel letztlich im Interesse des Vermögensinhabers verwendet werden sollen (BGH, RA 2009, 43, 49 = NJW 2009, 89, 92). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Vertiefungshinweise:

Zur Untreue durch Bildung sog. “schwarzer Kassen”: BGH, RA 2007, 634 = NJW 2007, 1760 (Fall “Kanter/Weyrauch”); RA 2009, 43 = NJW 2009, 89 (Fall “Siemens”), Jahn, JuS 2009, 173; Knauer, NStZ 2009, 151; Satzger, NStZ 2009, 297

Kursprogramm:

Examenskurs: “Die Perlenkette”

Leitsätze:

1. Ein Geschäftsführer einer GmbH und ein Vorstand einer AG können sich wegen Untreue straf-

bar machen, wenn sie unter Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG und unter Verletzung von Buchführungsvorschriften eine schwarze Kasse im Ausland einrichten (Fortführung von BGHSt 52, 323).

2. Ein den Untreuetatbestand ausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter einer GmbH setzt voraus, dass auch die Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der Pflichtwidrigkeit befasst waren.

Sachverhalt:

F, ein Kommunalpolitiker und späterer Abgeordneter des nordrhein-westfälischen Landtags, und M, ein gelernter Einzelhandelskaufmann und staatlich geprüfter Betriebswirt, waren von 1996 bis 2002 in der Unternehmensgruppe T als leitende Angestellte tätig. Alleinigere Gesellschafter und Geschäftsführer der Muttergesellschaft T-GmbH, deren Geschäftsgegenstand die Entsorgung von Abfällen war, war ursprünglich der T. Ende der 1980er Jahre interessierte sich der RWE-Konzern für das Geschäftsfeld der Müllentsorgung. Als Ergebnis von Verhandlungen mit T, der Kapitalgeber benötigte, kam es 1989 zu einer Überkreuzbeteiligung an der T-GmbH einerseits und einem von der RWE AG beherrschten Entsorgungsunternehmen, der R-GmbH, andererseits:

Ein RWE-Konzernunternehmen, die RWE Umwelt AG, übernahm 49 % des Stammkapitals der T-GmbH. Das übrige Stammkapital wurde weiterhin von T gehalten, der in der Folgezeit Anteile auf seine drei Töchter übertrug. Er selbst blieb alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer, neben ihm wurden ab 1989 weitere Geschäftsführer bestellt. Der Gesellschaftsvertrag enthielt einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte: U.a. mussten die Geschäftsführer für die Aufnahme neuer Geschäftszweige sowie bei Vergabe von Krediten ab 2 Mio. DM einen Beschluss der Gesellschafterversammlung einholen. Bei der Gesellschaft wurde ein Aufsichtsrat eingerichtet, der aus sechs Personen bestand und dessen Vorsitz vom Vorstandsvorsitzenden der RWE Entsorgung AG geführt wurde.

Ende des Jahres 1998 wurde die R-GmbH auf die T-GmbH verschmolzen und die Gesellschaft nach mehreren Kapitalerhöhungen mit Beschluss vom 14. Dezember 1998 in die T-AG umgewandelt. Aktionäre dieser Gesellschaft waren auf der einen Seite T und seine drei Töchter (der sog. “Stamm T”) mit insgesamt 50 % der Anteile, auf der anderen Seite die RWE Umwelt AG mit den restlichen 50 %. Dem Vorstand der T-AG gehörten neben dem Vorsitzenden T drei weitere dem Stamm T zuzurechnende Mitglieder sowie ein von der RWE gewechseltes Mitglied an. T, der stets alle finanziellen Fragen in seiner Zuständigkeit behielt, war bis zum 13. März 2002 berechtigt, die Ge-

sellschaft allein zu vertreten. Nach dem Gesellschaftsvertrag hatte der Vorstand für besonders bedeutsame, enumerativ erfasste Rechtsgeschäfte ab einer Wertgrenze von 25 Mio. € die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen.

Weil der Vorstand der T-AG damit von Führungskräften aus der T-Gruppe dominiert war, erlangte die RWE Umwelt AG keinen zusätzlichen Einfluss auf die Führung des Unternehmens. Ihr einziges Steuerungselement war vielmehr der Aufsichtsrat, dessen Mehrheit sie stellte. Eine operative Einflussnahme der RWE Umwelt AG auf das laufende Geschäft ließ T nicht zu; lediglich Informationen über Geschäftszahlen wurden der RWE zur Verfügung gestellt.

Die Geschäftszahlen der T-AG waren durchgängig gut, gesetzte Zielvorgaben wurden stets eingehalten, zumeist sogar deutlich übertroffen. Vor diesem Hintergrund ließ die RWE Umwelt AG die T-AG in der beschriebenen Form "an der langen Leine" operieren, zumal immer ein uneingeschränkt positives Testat der zuständigen Wirtschaftsprüfer vorlag, die dem Aufsichtsrat persönlich berichteten.

Anfang der 1990iger Jahre beschloss T, ein außerhalb der Buchhaltung des T-Konzerns geführtes Konto im Ausland als "Kriegskasse" zur Finanzierung so genannter "nützlicher Aufwendungen" einzurichten. Solche Aufwendungen sollten dazu dienen, sowohl im Inlands-, vornehmlich aber im Auslandsgeschäft bei Entscheidungsträgern eine "politische Grundbereitschaft" herzustellen. So leistete T aus dieser Kasse eine Zahlung in Höhe von 1,5 Mio. DM an den Bonner Lokalpolitiker M, der u.a. deswegen inzwischen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt worden ist, außerdem eine Zahlung in Höhe von 1,1 Mio. DM an zwei unbekannt gebliebene Personen in Nordspanien, um dort "Türen zu öffnen".

Zur Einrichtung und Unterhaltung seiner "Kriegskasse" bediente T sich der S-AG in der Schweiz. Bei der S-AG handelte es sich um eine reine Domizilgesellschaft ohne eigene operative Tätigkeit. Ihr Alleinaktionär war der Schweizer H. Die S-AG wurde auf Grund einer Vereinbarung zwischen H und T von diesem ab 1993 nach Art einer Briefkastenfirma ausschließlich dazu genutzt, Scheinrechnungen für tatsächlich nicht erbrachte Beratungsleistungen an Unternehmen des T-Konzerns zu stellen, die darauf gezahlten Gelder auf ihrem Bankkonto in der Schweiz zu vereinnahmen und bei Bedarf auf Weisung von T Geldbeträge in bar zurückzuleiten. Als wirtschaftlich Berechtigter wurde gegenüber der kontoführenden Bank S angegeben, für den H als Treuhänder fungierte. Bei S, der den Rücktransport des bei der Bank abgehobenen Bargelds zu T organisierte, handelte es sich um einen früheren Düsseldorfer Lokalpolitiker, der jetzt als Lobbyist tätig war. Über die weitere Verwendung der Gelder entschied ausschließlich T per-

sönlich, ohne jemand anderen darüber zu informieren. H wurde nie in nennenswertem zeitlichem Umfang für die S-AG tätig, sondern widmete sich hauptsächlich seinem Immobiliengeschäft.

Unternehmen der T-Gruppe zahlten in den Jahren bis 2001 in dieser Weise insgesamt etwa 30 Mio. DM auf ein Schweizer Bankkonto der S-AG; davon entfielen 8,5 Mio. DM auf die U-GmbH und 6,6 Mio. DM auf die I-GmbH. Beide Unternehmen waren 100 %-ige Töchter der von T geleiteten Muttergesellschaft. T bediente sich ihrer, um die Zahlungen an die S-AG angesichts der operativen Entwicklung der verschiedenen Konzerngesellschaften so aufzuteilen, dass auffällige Abweichungen von den auf Gesellschafterebene aufgestellten Wirtschaftsplänen vermieden wurden. Die Zahlungen wurden vereinbarungsgemäß wirtschaftlich von der Muttergesellschaft getragen; in den F betreffenden Fällen durch unmittelbare Erstattung an die jeweilige Tochtergesellschaft.

Etwa 30 % der transferierten Gelder erhielt H als Honorar für seine Dienste sowie zur Deckung der Steuerschuld der S-AG, außerdem ab 1999 eine jährliche Aufwandspauschale von zumindest 300.000 DM, später 300.000 CHF. Weil T bereits frühzeitig an der ordnungsgemäßen Verwaltung seiner "Kriegskasse" durch H zweifelte, wurden im Jahr 1997 auf seine Weisung hin 5 Mio. DM von der S-AG an den weiteren Strohmann E geleitet. Dieser leitete die Betreiber-gesellschaft der Kölner Müllverbrennungsanlage und hatte, wie T wusste, im Zusammenhang mit deren Bau von einem Bauunternehmen auch über die S-AG eine Bestechungszahlung in siebenstelliger Höhe erhalten. E verwahrte den Betrag zunächst im eigenen Namen auf einem Liechtensteiner Konto und vereinnahmte als Gegenleistung den Zinsertrag. Das Geld erhielt letztlich ein Schweizer Rechtsanwalt, den T beauftragt hatte, einem Rechtshilfeersuchen deutscher Behörden im Hinblick auf die Machenschaften der S-AG entgegenzutreten.

F war seit 1996 Geschäftsführer der U-GmbH und wurde nach deren Verschmelzung auf die I-GmbH im Jahr 2000 zu deren weiterem Geschäftsführer bestellt. Ab 1997 fungierte er als Bindeglied der T-Gruppe zur S-AG. Er veranlasste von 1997 bis 2001 auf Weisung von T in 14 Fällen Zahlungen der U-GmbH und später der I-GmbH an die S-AG in einer Gesamthöhe von etwa 3 Mio. DM, indem er Scheinrechnungen der S-AG in den regulären Geschäftsgang einschleuste oder selbst zur Zahlung freigab.

M war seit 1996 Geschäftsführer der I-GmbH und ebenso wie F in "strategische" Besprechungen zwischen T und H häufig eingebunden. Er veranlasste in den Jahren 1997 und 1998 auf Weisung von T in drei Fällen in gleicher Weise Zahlungen der I-GmbH an die S-AG in einer Gesamthöhe von über 6 Mio. DM. Sämtliche für nicht erbrachte Beratungsleistungen ge-

leisteten Zahlungen an die S-AG wurden - was F und M wussten - als Betriebsausgaben gegenüber dem Finanzamt geltend gemacht.

Weder die übrigen Organe der T-GmbH/AG noch die Vorstände der RWE Umwelt AG und der RWE AG erlangten zunächst Kenntnis von den Vermögensverschiebungen. Die RWE Umwelt AG verfolgte als Tochtergesellschaft eines im DAX notierten Großunternehmens die Politik, schwarze Kassen und Schmiergeldzahlungen nicht zuzulassen; Konzernmitarbeiter, die sich hieran nicht hielten, wurden entlassen. Sowohl gegenüber der RWE-Gruppe als auch gegenüber den mit der Prüfung der Abschlüsse der T-Gruppe befassten Wirtschaftsprüfern wurden die Zahlungen an die S-AG deshalb als Entgelte für tatsächlich erbrachte Beratungsleistungen dargestellt.

Hat F sich dadurch strafbar gemacht, dass er als Geschäftsführer der U-GmbH bzw. der I-GmbH die Bezahlung von Scheinrechnungen der S-AG veranlasste?

[Bearbeitervermerk: Unterstellen Sie, dass F nur einmal gehandelt hat.]

Lösung:

F könnte sich dadurch, dass er als Vertreter der U-GmbH bzw. der I-GmbH die Bezahlung von Scheinrechnungen der S-AG veranlasste, wegen Beihilfe zu einer Untreue des T zum Nachteil der T-GmbH bzw. später der T-AG gem. §§ 266 I 2. Fall, 27 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe setzt zunächst das Vorliegen einer teilnahmefähigen, d.h. vorsätzlichen und rechtswidrigen, Haupttat voraus, § 27 I StGB.

Im vorliegenden Fall könnte diese Haupttat in einer Untreue des T zum Nachteil der T-GmbH/AG gem. § 266 I 2. Fall StGB bestehen.

a. Tatbestand

T müsste zunächst den Tatbestand des § 266 I 2. Fall StGB verwirklicht, insbesondere vorsätzlich gehandelt, haben.

aa. Vermögensbetreuungspflicht des T

T müsste zunächst eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich des Vermögens der T-GmbH (der späteren T-AG) gehabt haben.

Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB ist gegeben, wenn dem Täter im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, also ein Ermessensspielraum und eine gewisse Selbstständigkeit, eingeräumt wurde und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt (BGH, NJW 1960, 53; Fischer, § 266 Rn. 29 f.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 566 f.).

T war alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der T-GmbH bzw. später alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied der T-AG. In diesen Positionen sollte T das Vermögen der jeweiligen Gesellschaft nicht nur erhalten, sondern auch mehren. Die zugrunde liegenden Schuldverhältnisse sollten also auch den jeweiligen Gesellschaften nützen und waren somit aus Sicht des T fremdnützig. Insbesondere aufgrund seiner Stellung als zentrales Organ der jeweiligen Gesellschaften und wegen der bestehenden Alleinvertretungsmacht, die sein Verhalten letztlich der effektiven Kontrolle durch Dritte entzog, besaß T also auch Raum für eigenverantwortliche Entscheidung und die Betreuung des jeweiligen Gesellschaftsvermögens stellte eine Hauptpflicht des T dar. Als Gesellschafter der T-GmbH bzw. Vorstandsmitglied der T-AG besaß T also eine Vermögensbetreuungspflicht bzgl. des jeweiligen Gesellschaftsvermögens (vgl. BGH, wistra 1993, 301; 2008, 379; StV 1995, 303; Fischer, § 266 Rn. 48).

So sieht es auch der BGH: “[25] T war als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer bzw. alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied der T-GmbH/AG zur Wahrung deren Vermögensinteressen verpflichtet.”

bb. Pflichtverletzung durch T

bb. Pflichtverletzung durch T

T müsste seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben.

Eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB stellt es dar, wenn der Täter die ihm übertragene Geschäftsbesorgung nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 35a).

(1) Pflichtverletzung durch Einrichtung einer “schwarzen Kasse” im Ausland

T könnte dadurch, dass er Gesellschaftsgelder auf Konten der S-AG transferieren ließ, um so im Ausland eine “Kriegskasse” zur Durchführung von Bestechungen (eine sog. “schwarze Kasse”) einzurichten, seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der T-GmbH/AG verletzt haben.

Hierzu führt der BGH aus: “Zutreffend hat das Landgericht den Untreuevorwurf jeweils an seine einzelnen darauf gerichteten Weisungen geknüpft, Vermögensbestandteile der Treugeberin mittels fingierter Geschäftsvorfälle und inhaltlich unrichtiger Buchungsvorgänge aus der Buchhaltung des Unternehmens auszusondern und in eine im Ausland verdeckt geführte Kasse zu transferieren.

[26] Zwar lag die Verletzung der T obliegenden qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht nicht in der Ei-

genmächtigkeit der durch ihn betriebenen Mittelverlagerung im Sinne einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Kompetenzvorschriften. T war als Mitglied des zur Geschäftsführung der Gesellschaft berufenen Organs hinsichtlich seiner Entscheidungen über den Einsatz und die Koordinierung von Unternehmensressourcen nicht in der Weise beschränkt, dass er eine Zustimmung der (Mit-)Gesellschafter hätte einholen müssen. Eine Pflicht zur Vorlage ergab sich weder aus den vom Landgericht festgestellten gesellschaftsvertraglichen Grundlagen oder der Beschlusslage der Gesellschaftsorgane, noch erreichten die Zahlungen an die S-AG im Vergleich zum Gesamtumsatz der T-Gruppe einen solchen Umfang, dass eine Vorlagepflicht unter dem Gesichtspunkt eines tiefgreifenden Eingriffs in Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Gesellschafter in Betracht gekommen wäre (BGHZ 83, 122, 131; 159, 30, 41 ff.). Bei der Einrichtung und Verwendung eines Bankkontos für bestimmte Geschäftsvorfälle handelt es sich, soweit diese sich innerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands halten und die Grundsätze der Unternehmenspolitik unberührt lassen (BGH, NJW 1991, 1681 f.; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 35 Rn. 30), zunächst typischerweise um eine Maßnahme der laufenden Geschäftsführung (so auch Rönnau in FS für Tiedemann S. 713, 723), die grundsätzlich in den originären Zuständigkeitsbereich des geschäftsführenden Gesellschaftsorgans fällt (vgl. auch BGHSt 28, 371, 372).

[27] T verletzte aber seine Treuepflicht dadurch, dass er entgegen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG) bzw. eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie unter Verstoß gegen das handelsrechtliche Gebot der Vollständigkeit und Richtigkeit der Buchführung (§ 239 Abs. 2 HGB) Vermögensgegenstände durch inhaltlich falsche Buchungsvorgänge aus der Buchhaltung aussonderte, um unter gezielter Umgehung der gesellschaftsinternen Kontrollen und seiner Rechenschaftspflichten über Vermögensbestandteile der Treugeberin nach Maßgabe eigener Zwecksetzung verfügen zu können.

aa) [28] Die Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts sind als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geeignet, weil durch fallgruppenspezifische Konkretisierung die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall gesichert ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u. a. - Absatz-Nr. 81 ff., 111 f., 128):

[29] Die Sorgfaltspflichten der § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG umfassen nach allgemeiner Auffassung zum einen die Pflicht, für die Legalität des Handelns der Gesellschaft, insbesondere auch für die Erfüllung der ihr aufgetragenen buchführungs- und

steuerrechtlichen Pflichten Sorge zu tragen (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43 Rn. 8; Spindler in MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 63 ff.; Mertens/Cahn in KK-AktG, § 93 Rn. 71 ff.; jew. mwN). Verstöße gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse (Kleindiek aaO, Rn. 9; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 43 Rn. 22; Hopt in Hopt/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 99; jew. mwN). Die - sei es auch profitable - Pflichtverletzung liegt nicht im Handlungsspielraum des geschäftsführenden Organs; die Bindung an gesetzliche Vorschriften hat vielmehr Vorrang (vgl. Rönnau in FS für Tiedemann S. 713, 725 mwN). Zum anderen begründet der Pflichtenmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auch die Pflicht zur Loyalität gegenüber den übrigen Gesellschaftsorganen. Dies bedeutet insbesondere, dass das Geschäftsleitungsorgan durch Information und Beratung dafür zu sorgen hat, dass die anderen Organe die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen können (Kleindiek aaO, Rn. 10; Hopt aaO, Rn. 137; jew. mwN).

[30] Die Einrichtung und Unterhaltung einer 'Kriegskasse' im Ausland verletzte in gravierender Weise die von T zu beachtende Sorgfalt in beiderlei Hinsicht. Er verschleierte die von ihm vorgenommenen Vermögensverschiebungen durch das Auslassen tatsächlicher und Hinzufügen fingierter Vorfälle in den Geschäftsbüchern nicht nur zur Täuschung des Finanzamts, sondern auch um Abweichungen gegenüber den unter Beteiligung der Mitgesellschafterin aufgestellten Jahreswirtschaftsplänen zu verhindern, den Scheincharakter der Rechnungen gegen kritische Fragen und Kontrollen von Organvertretern der Mitgesellschafterin abzusichern und die Speisung seiner 'Kriegskasse' zu ermöglichen. Damit unterlief T gleichzeitig die der Mitgesellschafterin von Gesetzes wegen eingeräumten Minderheitsrechte, insbesondere das Recht auf Einberufung der Gesellschafter- bzw. der Hauptversammlung nach § 50 GmbHG, § 122 AktG, das Recht auf Auskunftserteilung und Einsicht in die Bücher und Schriften nach § 51a GmbHG sowie die Aktionärsrechte auf Auskunftserteilung und auf Einleitung einer Sonderprüfung durch gerichtlich bestellte Prüfer nach § 131, § 142 Abs. 2 AktG.

bb) [31] Zugleich verletzte T damit die ihm nach § 41 GmbHG, § 91 AktG obliegende Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Buchführung der Muttergesellschaft zu sorgen, was auch die Konzernbuchhaltung für die zum Konsolidierungskreis des T-Konzerns gehörenden Tochterunternehmen U und I einschloss (§ 290 HGB). Die Buchführungsvorschriften beinhalten eine Konkretisierung der Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben des jeweiligen Organs und des ihm durch die Generalklauseln auferlegten Sorgfaltmaßstabs (Kort

in Hopt/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., § 91 Rn. 1; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 91 Rn. 1).

[32] Zwar wird der Charakter der dem geschäftsführenden Organ einer Kapitalgesellschaft auferlegten handelsrechtlichen Buchführungspflicht als Vermögensbetreuungspflicht verschiedentlich mit der Begründung in Abrede gestellt, sie diene nicht dem Schutz des Vermögensträgers selbst, sondern allein dem öffentlichen Interesse am Schutz seiner Gläubiger (vgl. etwa Brammsen wistra 2009, 85, 87; weit. Nachw. bei Rönnau in FS für Tiedemann S. 713, 722 Fn. 46). Dies trifft aber jedenfalls für gravierende Verstöße, wie sie bewusste Nicht- und Falschbuchungen zur Verschleierung der Führung 'schwarzer Kassen' durch Organe einer Kapitalgesellschaft darstellen, nicht zu (so auch Knauer NStZ 2009, 151, 152; Satzger NStZ 2009, 297, 300 f.). Derartige Vorgänge stellen Verletzungen auch der Vermögensinteressen der betroffenen Gesellschaft selbst dar. Zweck der gesetzlichen Vorgaben über die Rechnungslegung bei Kapitalgesellschaften ist es zumindest auch, neben den Gläubigern ebenso die Gesellschafter als materielle Inhaber des Gesellschaftsvermögens und die mit der Wahrung ihrer Interessen betrauten Kontrollorgane der Gesellschaft über deren Vermögensstand und finanzielle Lage zu informieren. Ihnen eröffnet sich im Regelfall allein über die Geschäftsbücher die Möglichkeit, den Stand des Gesellschaftsvermögens zu ermitteln, die Mittelverwendung durch den Geschäftsführer bzw. den Vorstand zu kontrollieren und sich ergebende Ersatzansprüche gegen diese geltend zu machen (Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen gem. § 266 StGB, 1996 S. 70 f.; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Vor § 41 Rn. 28; Spindler in MünchKomm-AktG, 3. Aufl., § 91 Rn. 1; jew. mwN). Dementsprechend sieht die Rechtsprechung in einer unordentlichen Buchführung dann eine pflichtwidrige Untreuehandlung, wenn der Treugeber keine Übersicht über seine Rechte und Pflichten, mithin über seinen Vermögensstand zu gewinnen vermag, so dass er verhindert ist, Ansprüche geltend zu machen, weil er sie nicht erkennt (vgl. schon BGH MDR/H 1956, 121; weit. Nachw. bei Saliger in SSW-StGB § 266 Rn. 73). Anders als die Revision des Angeklagten F geltend macht, geht es hier auch nicht lediglich um den Fall der Verbuchung von Zahlungen auf Rechnungen mit falscher Leistungsbezeichnung, die den Vermögensstand der Treugeberin nicht unmittelbar betrafen; vielmehr standen den Zahlungen nicht anders zu bezeichnende, sondern keine Gegenleistungen der S-AG gegenüber."

Eine Pflichtverletzung des T ist somit grundsätzlich gegeben.

(2) *Kein Einverständnis des Vermögensinhabers*

Das Vorliegen einer Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2.

Fall StGB ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Täter die entsprechende Handlung mit Einwilligung des Inhabers des vom Täter zu betreuenden Vermögens vornimmt (tatbestandsausschließendes Einverständnis; BGHSt 50, 331, 342; Fischer, § 266 Rn. 91; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 38).

Da T selbst Mehrheitsgesellschafter der T-GmbH bzw. T-AG war wäre es somit denkbar, dass er sich selbst - konkludent - ein solches tatbestandsausschließendes Einverständnis erteilt hat.

Dies lehnt der BGH jedoch ab: "b) [33] An einer wirklichen Einwilligung der Treugeberin, welche eine Pflichtwidrigkeit möglicherweise hätte ausschließen können (vgl. BGHSt 52, 323, 335 Rn. 40 mwN), fehlte es.

[34] Da die Pflichtwidrigkeit des Handelns Merkmal des Untreuetatbestands ist, schließt das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus (BGHSt 50, 331, 342; 52, 323, 335; jew. mwN). Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten (vgl. BGHSt 9, 203, 216; BGH, Urteil vom 24. Juni 2010 - 3 StR 90/10 - Rn. 15). Eine erklärte Einwilligung ist nur dann unwirksam, wenn sie gesetzwidrig oder erschlichen ist, auf sonstigen Willensmängeln beruht oder - wie bei der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einer juristischen Person - ihrerseits pflichtwidrig ist (Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 21 ff.; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266 Rn. 90 ff.).

aa) [35] Oberstes Willensorgan der GmbH ist die Gesamtheit ihrer Gesellschafter (BGHSt 9, 203, 216; vgl. auch Rönnau in FS für Amelung S. 256 f.; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010 S. 72 f.). Dies ergibt sich insbesondere aus deren Befugnis zur Erteilung von Weisungen gegenüber den Geschäftsführern gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG und zu Abänderungen des Gesellschaftsvertrags gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG (Wolff in Münch., Hdb. d. GesR, 3. Aufl. Bd. 3, § 36 Rn. 3; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 45 Rn. 4; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 45 Rn. 5; anders Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl., § 45 Rn. 4: Organstellung nicht der Gesamtheit der Gesellschafter, sondern der Gesellschafterversammlung). Ein die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB ausschließendes Einverständnis der Gesellschafter kommt auch dann in Betracht, wenn die Vermögensverfügung des Geschäftsführers unter Verstoß gegen Buchführungsvorschriften erfolgt (BGHSt 35, 333, 335 ff.; dazu Rönnau in FS für Tiedemann S. 713, 718 Fn. 25; Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung sog. schwarzer Kassen gem. § 266 StGB, 1996 S. 78, 84; Hoffmann aaO S. 97 ff.; anders noch BGHSt 34, 379, 384 ff.).

[36] Die Revisionen meinen, schon allein das Einver-

ständnis des Mehrheitsgesellschafters in die pflichtwidrige Handlung des Geschäftsführers entfalte eine den Tatbestand der Untreue ausschließende Wirkung unabhängig davon, ob überhaupt eine Willensbildung aller Gesellschafter erfolgt sei; sie folgern dies aus den auch sonst dem Mehrheitsprinzip folgenden Willensbildungsregeln des GmbH-Rechts (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt jedoch nur dem Einverständnis sämtlicher Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft oder einem (Mehrheits-)Beschluss des die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentierenden Gesellschaftsorgans (so BGHSt 50, 331, 342 betr. die Aktiengesellschaft; noch enger Krekeler/ Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006: stets Einverständnis aller Gesellschafter erforderlich) tatbestandsausschließende Wirkung zu. Ob nur Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafter tatbestandsausschließende Wirkung beigemessen werden kann, die im Wege eines förmlichen Beschlusses herbeigeführt worden sind (kritisch Ransiek NJW 2006, 814, 815 f.; Dierlamm in MüKo-StGB, § 266 Rn. 136), oder ob tatbestandsausschließende Wirkung auch solchen Mehrheitsentscheidungen zukommt, die nicht unter Einhaltung der Formalien der §§ 47 ff. GmbHG getroffen worden sind (so BGH, Urteil vom 18. Oktober 1956 - 2 StR 434/56 -; vgl. zusammenfassend zum Streitstand Hoffmann aaO S. 190 ff.), bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Voraussetzung der Erteilung eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses durch eine Gesellschaftermehrheit ist jedenfalls stets die inhaltliche Befassung auch der Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der betreffenden Pflichtwidrigkeit. Dies folgt daraus, dass Träger des rechtlich geschützten Vermögensinteresses die GmbH selbst ist, nicht ihre einzelnen Gesellschafter. Von einer Willensbildung ihres obersten Willensorgans und von einem mehrheitlichen Konsens in der Sache (Schramm, Untreue und Konsens, 2005 S. 125) kann aber nur die Rede sein, wenn die Gesamtheit der Gesellschafter mit der in Rede stehenden Fragestellung überhaupt befasst worden ist, nicht dagegen, wenn die fragliche Pflichtwidrigkeit, wie hier, vor der Minderheitsgesellschafterin bzw. deren willensbildenden Organen planmäßig verschleiert worden ist. Anderenfalls würden die Minderheitsrechte der uninformiert bleibenden Mitgesellschafterin, etwa auf Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 50 GmbHG sowie auf Auskunftserteilung und Einsicht in die Bücher und Schriften nach § 51a GmbHG, und ihre Befugnis zur Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit von Mehrheitsentscheidungen unterlaufen. Soweit es den Tatzeitraum betrifft, innerhalb dessen die Treugeberin als GmbH verfasst war (Fälle 8 bis 15 und 25 bis 27 der Anklage), hat das Landgericht eine Kenntnis der Minderheitsgesellschafterin RWE von den Vermögensver-

schiebungen auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zutreffend verneint.

bb) [37] Soweit die vom Landgericht festgestellten Taten den Zeitraum betreffen, innerhalb dessen die Treugeberin als Aktiengesellschaft verfasst war (Fälle 17 bis 18, 21 bis 24 und 28 der Anklage), gilt folgendes:

[38] Im neueren Schrifttum ist angezweifelt worden, ob den Anteilseignern einer Aktiengesellschaft in Übereinstimmung mit dem Urteil des 3. Strafsenats vom 21. Dezember 2005 (BGHSt 50, 331, 342 - 'Mannesmann') überhaupt eine Kompetenz zu einer tatbestandsausschließenden Einwilligung in gesellschaftsschädigende Vermögensverfügungen des Vorstands in gleicher Weise zukommt wie den Gesellschaftern einer GmbH (vgl. dazu zuletzt Rönnau in FS für Aemling S. 247, 253 ff.; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266 Rn. 102; Brammsen/Apel WM 2010, 781, 786 mwN einerseits; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010 S. 73 ff. andererseits). Dies kann hier dahinstehen, da nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts auch in diesem Zeitraum Hauptversammlung und Aufsichtsrat der Treugeberin ebenso wenig Kenntnis von den durch den Vorstandsvorsitzenden T vorgenommenen Vermögensverschiebungen erlangten wie von der RWE Umwelt AG gestellte Vorstandsmitglieder. Ein schlichtes Einverständnis eines Mehrheitsaktionärs käme hier ohnehin nicht in Betracht, da der T-Stamm nur 50 % der Anteile innehatte.

[39] Soweit die Revision des Angeklagten F meint, T habe als alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied sein eigenes Handeln 'genehmigen' können, liegt dies fern. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 29. August 2008 (BGHSt 52, 325, 335 - 'Siemens') offen gelassen, ob im Falle der Führung einer schwarzen Kasse durch einen leitenden Angestellten einer Aktiengesellschaft eine auf § 76 Abs. 1 AktG gestützte Befugnis des Vorstands zum tatbestandsausschließenden Einverständnis in Betracht kommt oder ob eine solche durch § 93 AktG auf Grund normativer Bindungen ausgeschlossen ist. Anders als bei der GmbH ist das Verhältnis der drei Organe der Aktiengesellschaft ein solches der Gewaltenteilung und wechselseitigen Kontrolle, in dem die Führung der laufenden Geschäfte ausschließlich dem Vorstand anvertraut ist (Rönnau aaO, S. 257 f.; Hoffmann aaO, S. 73 ff.; jew. mwN auch zur gesellschaftsrechtl. Lit.; vgl. allerdings zur Verpflichtung des Vorstands zur Beteiligung der Hauptversammlung bei tiefgreifenden Eingriffen in Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre BGHZ 83, 122 - 'Holzmüller'; 159, 30, 38 ff. - 'Gelatine'). Im Hinblick auf eben diese Kompetenzverteilung kommt eine Befugnis des Vorstands zur Einwilligung in pflichtwidriges Handeln jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn es - wie hier- um ein ei-

genes pflichtwidriges Verhalten geht, das gerade in der Verschleierung der von ihm selbst vorgenommenen Vermögensverfügungen gegenüber den zu seiner Kontrolle berufenen beiden anderen Gesellschaftsorganen sowie den für diese tätigen Abschlussprüfern besteht (für die Bildung und Unterhaltung verdeckter Kassen im Ergebnis ebenso Brammsen/Apel WM 2010, 781, 786 f.). Von der insbesondere durch §§ 111 Abs. 1-3, 119 Abs. 1 Nr. 4 u. 7, Abs. 2 AktG gewährleisteten Kontrolle und Aufsicht durch die übrigen Gesellschaftsorgane kann sich der Vorstand nicht durch die Erteilung des Einverständnisses in seine eigene Pflichtwidrigkeit dispensieren.“

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis ist somit nicht gegeben.

Eine Pflichtverletzung des T i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB liegt vor.

cc. Kausaler Vermögensnachteil

Durch die Pflichtverletzung des T müsste der T-GmbH/AG auch ein Vermögensnachteil entstanden sein.

Ein Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB liegt dann vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung verringert wurde, was anhand einer Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte des Opfers zu bestimmen ist (Lackner/Kühl, § 266 Rn. 17, § 263 Rn. 36; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn. 40; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 775, 538).

Hierzu führt der BGH aus: “c) [40] Durch die pflichtwidrigen Handlungen entstanden der Treugeberin in sämtlichen Fällen Vermögensnachteile im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. Anders als vom Landgericht im Hinblick auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 18. Oktober 2006 (BGHSt 51, 100 - ‘Kanter’) angenommen, ist nicht nur hinsichtlich des beträchtlichen Teils der Zahlungen, die als Provisionen und Honorare für die an der Einrichtung und Verwendung der schwarzen Kasse Beteiligten abgeflossen sind, ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten. Vielmehr liegt in der gesamten Höhe des an die S-AG überwiesenen Betrages nicht nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern bereits ein endgültiger Vermögensschaden.

aa) [41] Der Senat hat mit - nach der Verkündung der angefochtenen Entscheidung ergangenen - Urteil vom 29. August 2008 (BGHSt 52, 323, 338 Rn. 46 - ‘Siemens’) an seiner Auffassung nicht festgehalten, das ‘bloße’ Führen einer verdeckten Kasse sei lediglich als schadensgleiche Vermögensgefährdung anzusehen (so noch BGHSt 51, 100, 113 f. Rn. 43 f.). Vielmehr hat er die Führung einer solchen Kasse durch einen leitenden Angestellten einer Aktiengesellschaft ohne Kenntnis des Vorstands und unter Verstoß gegen des-

sen ausdrückliche Richtlinien bereits als endgültigen Vermögensschaden der Treugeberin bewertet. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass der Täter beabsichtigt, die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch “letztlich” ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Die Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber, im Fall einer Kapitalgesellschaft deren zuständigen Organen (BGHSt 52, 323, 337 Rn. 43 f.).

bb) [42] Diese rechtliche Würdigung ist auf die Einrichtung und Führung einer verdeckten Kasse durch den alleinvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer bzw. AG-Vorstand, also das eigentlich für die Vermögensverwaltung des Treugebers zuständige Organ, zwar nicht ohne weiteres übertragbar. Die Würdigung der durch T veranlassten Vermögensverschiebungen als endgültiger Schaden beruht hier jedoch auf der konkreten Ausgestaltung der verdeckten Kasse.

[43] T veranlasste die Einzahlung der auf seine Initiative verschobenen Geldmittel auf ein ausländisches Bankkonto einer ausländischen juristischen Person, die ausschließlich durch ihren ausländischen Alleingesellschafter, den Immobilienmakler H, beherrscht wurde. Als nach außen hin wirtschaftlich Berechtigten schob er den ‘Lobbyisten’ S vor. Ein eigener zivilrechtlicher Auszahlungsanspruch der T-GmbH/AG oder eines von ihr beherrschten Unternehmens gegen die kontoführende Bank bestand damit nicht; die Treugeberin hätte allenfalls gegen T persönlich oder dessen an der Einrichtung der schwarzen Kasse beteiligten Helfer vorgehen können (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a. - Absatz-Nr. 126). Die Gelder waren unter Aufbau einer vorgetäuschten Geschäftsfassade aus dem Vermögensbestand der T-Gruppe herausgelöst und tauchten weder in der Haupt- noch in einer inoffiziellen Nebenbuchhaltung auf. Ihr Verbleib und ihre Verwendung wurden von keiner Unternehmenseinheit der T-Gruppe überwacht. Die Kontrolle über die Verwaltung lag vielmehr ausschließlich bei T persönlich. Soweit die Gelder nicht ohnehin zur Deckung der Kosten für die Einrichtung und Aufrechterhaltung der verdeckten Kasse selbst dienten, war auch im Zuge ihrer späteren Verwendung weder ein Rückfluss in den Vermögensbestand des Unternehmens noch eine Entscheidung oder Kontrollmöglichkeit durch dessen Organe oder untergeordnete Einheiten vorgesehen. Sie wurden vielmehr in bar abgehoben und durch Boten an T überbracht, der über ihre weitere Verwendung persönlich unter bewusstem Ausschluss der Kontrolle und Aufsicht durch die Gesellschaftsorgane entschied. Ei-

ne Sicherung gegen eigenmächtige Zugriffe der zur Unterhaltung der schwarzen Kasse oder zum Transport der Bargelder eingesetzten Personen (H, E, S) bestand nicht, ebenso wenig Vorkehrungen für den Fall des unerwarteten Ausfalls zumindest einiger dieser Personen oder von T selbst oder zum Schutz vor Zugriffen von Gläubigern der S-AG. Dem entspricht, dass T seit längerem die ordnungsgemäße Verwaltung und Abrechnung durch H bezweifelte und dass auch persönliche Nachforschungen seines Rechtsanwalts im Februar 2002 in der Schweiz nach dem verbliebenen Geld ohne Erfolg blieben. Im Übrigen hätte der Versuch einer gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen gegen die S-AG, H persönlich oder einen anderen am Betrieb der schwarzen Kasse Beteiligten zwangsläufig eine steuerstrafrechtliche Verfolgung nach sich gezogen.

[44] Bei dieser Sachlage waren die ausgegliederten Vermögenswerte bereits zur Zeit ihrer Überführung in die schwarze Kasse nicht nur im Sinne einer Vermögensgefährdung in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert (vgl. zu diesem Begriff des Gefährdungsschadens zuletzt grundlegend BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u. a. - Absatz-Nr. 137 ff.; s. auch Fischer NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 11 f.; Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 45c); sie waren vielmehr dem Zugriff der Treugeberin bereits endgültig entzogen.

cc) [45] Die mögliche Absicht Ts, den nach Abzug der Kosten verbleibenden Teil der Gelder bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin zu verwenden, insbesondere um durch verdeckte Zahlungen Geschäftsabschlüsse für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensvorteil zu verhelfen, ist für die Bewertung als Untreue ohne Belang. Das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch die Treugeberin kann den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern allenfalls eine Schadenswiedergutmachung darstellen (vgl. BGHSt 52, 323, 337 Rn. 43-46).

d) [46] Zutreffend ist die Kammer davon ausgegangen, dass in Folge der Erstattung der Zahlungen an die Tochtergesellschaften bzw. der Minderung des Gewinnabführungsanspruchs gegen die I-GmbH für das jeweilige Geschäftsjahr der Schaden, wie von T und auch den Angeklagten von Anfang an beabsichtigt, in allen Fällen bei der Treugeberin, also der von T geführten Muttergesellschaft, eingetreten ist."

Ein kausaler Vermögensnachteil ist somit gegeben.

dd. Vorsatz des T

T müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Hierzu der BGH: "e) [47] Am Vorsatz des T bestehen weder hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit noch hinsichtlich des so verstandenen (endgültigen) Vermögensschadens Zweifel, wie nicht nur seine Ver-

schleierungshandlungen gegenüber der Mitgesellschafterin, sondern auch die spätere, von ihm widerstandslos hingenommene Festlegung eines pauschalen Abschlags auf den Preis der Gesellschaftsanteile im Zuge der Übernahme durch die RWE belegen."

T handelte also vorsätzlich.

b. Rechtswidrigkeit

T handelte auch rechtswidrig.

Eine teilnahmefähige Haupttat ist somit gegeben.

2. Hilfeleisten

F müsste T zur Begehung der Untreue Hilfe geleistet haben.

Hilfeleisten i.S.v. § 27 I StGB ist jedes Fördern der Haupttat, d.h. jeder Beitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgutsverletzung verstärkt (BGH, NJW 2003, 3212, 3213; NSTZ 2001, 364, 365; Fischer, § 27 Rn. 14; Wessels/Beulke, AT, Rn. 582).

Der BGH führt aus: "a) [49] In objektiver Hinsicht lag [der] Gehilfenbeitrag [von F und M] zum einen in der Veranlassung der Zahlungen der von ihnen geführten Unternehmen auf die Scheinrechnungen der S-AG, zum anderen in ihrer Beteiligung an der Schaffung einer Geschäftsfassade für diese Zahlungen."

Durch die genannte Handlung hat F die Haupttat des T ermöglicht oder zumindest erleichtert und so dem T zu dessen Untreue Hilfe geleistet.

3. Vorsatz

F müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, § 27 I StGB.

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich sowohl auf die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat erstrecken als auch auf den eigenen Beitrag des Gehilfen, das Hilfeleisten (sog. "doppelter Gehilfenvorsatz"; Joecks, § 27 Rn. 10; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 19). Der Vorsatz des Gehilfen muss sich allerdings nicht auf alle Details der Haupttat erstrecken; es genügt, wenn er den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat richtig erfasst hat (BGH, NJW 2007, 384, 389 f.; Joecks, § 27 Rn. 11; Wessels/Beulke, AT, Rn. 584).

Angesichts der insofern bestehenden geringen Anforderungen sieht der BGH einen Vorsatz des F hinsichtlich der Haupttat des T als gegeben an: "b) [50] Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts war beiden Angeklagten bekannt, dass den Zahlungen an die S-AG keine realen Gegenleistungen gegenüberstanden, sondern dass die Geschäftsbeziehung zur S-AG der Schaffung einer Legende diene, um erhebliche Summen verdeckt und unter Ausschluss der gesellschaftsrechtlichen Kontrollmechanismen ausgeben zu können. Beiden Angeklagten war auch bewusst,

dass seitens der Mitgesellschafterin nicht nur kein Einverständnis mit den Vermögensverschiebungen erklärt worden war, sondern dass dieser in Folge der von ihnen mitinitiierten Verschleierungsmaßnahmen die Einrichtung der 'Kriegskasse' schon nicht bekannt geworden war. Zwar wussten sie nicht um alle Einzelheiten der Verwaltung und Verwendung der in die verdeckte Kasse verschobenen Mittel durch T. Von ihrem Vorsatz umfasst war aber, dass die Gelder auf ein Konto einer von H kontrollierten ausländischen Briefkastenfirma gelangten, wobei als wirtschaftlich Berechtigte jedenfalls nicht die T-GmbH/AG ausgewiesen war. Faktisch konnte - wie sie wussten - allein T unkontrolliert über die verschobenen Mittel verfügen. Die Sicherheitsrisiken, die bei einer solchen Vorgehensweise im Hinblick auf die Möglichkeit eines Verlusts der Gelder bestanden, waren ihnen jedenfalls im Allgemeinen bekannt. So wussten sie, dass die Sicherheit der Gelder in den Händen ihnen nur zum Teil bekannter, unredlich handelnder unternehmensexterner Personen lag, die Scheinrechnungen ohne realen Leistungshintergrund stellten. Auch war ihnen bewusst, dass T bei möglichen Unregelmäßigkeiten an einer gerichtlichen Durchsetzung etwaiger Ansprüche gehindert gewesen wäre, da er die Existenz einer solchen Kasse nicht hätte offenbaren können, ohne dass dies zu erheblichen Steuernachforderungen und der naheliegenden Gefahr steuerstrafrechtlicher Verfolgung der in der Unternehmensgruppe Verantwortlichen geführt hätte."

F hatte also Vorsatz bzgl. der Haupttat. Da F auch hierzu Hilfe leisten wollte, hat er vorsätzlich gehan-

delt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

F ahndelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafmilderung gem. § 28 I StGB

Die Vermögensbetreuungspflicht des Haupttäters T hinsichtlich des Vermögens der T-GmbH/AG stellt ein persönliches strafbegründendes Merkmal i.S.v. § 28 I StGB dar (vgl. BGH, NStZ-RR 2006, 109; 2008, 6; Fischer, § 266 Rn. 185; Lackner/Kühl, § 266 Rn. 2; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 749; a.A.: Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 52). Da F selbst keine Betreuungspflicht hinsichtlich des Vermögens der T-GmbH/AG trifft, dieses Merkmal also bei ihm fehlt, ist seine Strafe gem. §§ 28 I, 49 I Nr. 2 StGB zu mildern. Außerdem ist die Strafe des F ein zweites Mal gem. §§ 27 II 2, 49 I Nr. 2 StGB zu mildern, da F sich nur wegen Beihilfe strafbar gemacht hat.

So sieht es auch der BGH: "[53] Das Landgericht hat den Strafrahmen des § 266 Abs. 1 StGB zutreffend doppelt gemildert, weil den Angeklagten als Geschäftsführern von Tochtergesellschaften das strafbarkeitsbegründende persönliche Merkmal eines Treueverhältnisses zur T-GmbH/AG fehlte (§ 28 Abs. 1 StGB) und weil sie sich an den Taten des Haupttäters T nur als Gehilfen beteiligten (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB)."

IV. Ergebnis

F ist strafbar gem. §§ 266 I 2. Fall, 27 StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Papier, Hans-Jürgen: "Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken"
Fundstelle:	NVwZ 2010, 1113 (Heft 18)
Inhalt:	Der Titel des Aufsatzes ist im Grunde selbsterklärend. Kein anderes Thema aus dem Staatsorganisationsrecht wirbelt gegenwärtig so viel Staub auf wie die Frage nach dem Umfang der Mitwirkungspflicht des Bundesrates an einem eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken. Dazu passt auch die wegweisende Entscheidung des BVerfG vom 4. Mai 2010 (Seite 592 in diesem Heft). Der Autor - Präsident des BVerfG a.D. - verneint i.E. eine Zustimmungspflicht (zur Gegenmeinung siehe eulen/Klinger, NVwZ 2010, 1118).

Autor/Titel:	Hong, Mathias: "Das Sonderrechtsverbot als Verbot der Standpunktdiskriminierung"
Fundstelle:	DVBl 2010, 1267 (Heft 20)
Inhalt:	Dieser Beitrag steht stellvertretend für eine Fülle von Literaturbeiträgen zum "Wunsiedel"-Beschluss des BVerfG, über den die RA ausführlich berichtet hat (RA 2009, 693). Inhaltlich geht es natürlich um die Allgemeinheit von meinungsbeschränkenden Gesetzen, wobei der Autor die vielleicht bisher ausführlichste Analyse vorlegt (z.B. mit rechtsvergleichenden Einschlügen) und mit Kritik am BVerfG nicht spart. Selbstverständlich blickt er über den Tellerrand des im Wunsiedel-Beschluss streitgegenständlichen § 130 IV StGB hinaus.

Autor/Titel:	Haensle, Walter / Reichold, Rahel: "Heiligt der Zweck die Mittel? Zur rechtlichen Zulässigkeit des Ankaufs von Steuerdaten"
Fundstelle:	DVBl 2010, 1277 (Heft 20)
Inhalt:	Hochinteressanter Beitrag zu einem sehr aktuellen Thema. Die Autoren gehen ausführlich auf die für das Examen besonders relevanten Fragen beim staatlichen Ankauf von Steuerdaten ein, also auf die betroffenen Grundrechte der Steuersünder und die Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage für den Ankauf. Sie kommen zum Ergebnis, dass a) eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich sei, und eine solche b) nicht vorliege, insbesondere der in diesem Zusammenhang diskutierte § 161 StPO ausscheide.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Stürmer, Michael: "Faktische Unmöglichkeit (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) - unmöglich abzugrenzen?"
Fundstelle:	JURA 2010, 721 (Heft 10)
Inhalt:	Die Abgrenzung von § 275 II und § 313 BGB bereitet in der Klausur nicht selten Probleme. Der Beitrag entwickelt eine neue Abgrenzungsmethode, abhängig von der vertraglichen Risikostruktur. Für Examenkandidaten könnte dies interessant sein. Abzuwarten bleibt, ob sich die Abgrenzungsmethode durchsetzen wird.

Autor/Titel:	Looschelders, Dirk: "Unmöglichkeit und Schadensersatz statt der Leistung"
Fundstelle:	JuS 2010, 849 (Heft 10)
Inhalt:	Auch dieser Beitrag beschäftigt sich mit dem Thema "Unmöglichkeit". Neben einem sehr brauchbaren, allgemeinem Überblick zeigt der Verfasser die europäische Dimension des Unmöglichkeitsbegriffs auf, indem er auf die PECL (Principles of European Contract Law) und den DCFR (Draft Common Frame of Reference) eingeht (vgl. zum Ganzen auch Palandt/Sprau, Einl. Rn. 33 und Mittwoch, JuS 2010, 767). Interessant ist die Lektüre in jedem Fall.

Strafrecht

Autor/Titel:	Knobloch, Nils: "Examensrelevante Irrtümer im Strafrecht - Eine systematische Darstellung"
Fundstelle:	JuS 2010, 864 (Heft 10)
Inhalt:	Ein Thema, das sich vor allem im ersten Examen im Strafrecht besonderer Beliebtheit erfreut, sind Irrtümer. In diesem Aufsatz bemüht sich der Verfasser um eine Systematisierung der examensrelevanten Irrtümer anhand dreier Fragen, nämlich auf welcher Ebene des Deliktsaufbaus der Irrtum anzusiedeln ist, ob es sich um einen Sachverhalts- oder Wertungsirrtum handelt und ob der Irrtum in Form von Unkenntnis oder einer irrigen Annahme vorliegt. So gelingt dem Verfasser eine Bildung von Irrtumsgruppen, deren Verortung im Gutachten er auch durch den Aufbau des Artikels nachvollziehbar macht. Dass dabei die einzelnen Irrtümer zwar mit Beispielen, teilweise aber sehr kurz abgehandelt werden ist sicherlich dem Thema geschuldet, da es ja vor allem um eine Systematisierung gehen soll. Zum Einstieg in die strafrechtliche Irrtumslehre hervorragend geeignet.

Autor/Titel:	Eidam, Lutz: "Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit in der strafrechtlichen Examensklausur"
Fundstelle:	JuS 2010, 869 (Heft 10)
Inhalt:	Im ersten Teil einer Reihe von Beiträgen, die sich mit den Tatbeständen des 18. Abschnitts des StGB befassen soll, beschäftigt sich der Verfasser mit den §§ 239 und 238 StGB. Dabei werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale im Rahmen eines gutachterlichen Prüfungsschemas anhand von kurzen Beispielfällen mit den relevanten Definitionen und unter Erwähnung der wichtigsten Probleme dargestellt. Zur Vorbereitung auf diese Tatbestände ist dieser - kurze - Aufsatz sehr empfehlenswert und im Hinblick auf ihre Examensrelevanz wohl auch ausreichend.

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Die rechtfertigende Pflichtenkollision"
Fundstelle:	JURA 2010, 753 (Heft 10)
Inhalt:	Die rechtfertigende Pflichtenkollision stellt einen besonderen Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Unterlassungsdelikte dar. Der Verfasser geht anhand eines einleitenden Falles zunächst auf die Relevanz dieses - gesetzlich nicht geregelten - Rechtfertigungsgrundes ein und stellt dann die verschiedenen objektiven und subjektiven Voraussetzungen anhand von Beispielen dar, wobei er insbesondere auch auf Spezialprobleme eingeht. Zur Vertiefung der Kenntnisse über diesen besondere Erlaubnissatz lesenswert.