RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 09/2011

Öffentliches Recht
Zur Entschädigung für Verletzungen der Menschenwürde 503
Aufforderung zur Abgabe des Führerscheins als Verwaltungsakt 509
Unterschriftensammlung bei kassatorischem Bürgerbegehren 511
Berechnung der Jahresfrist bei § 48 IV VwVfG 513

Zivilrecht
Zum Begriff der Erheblichkeit bei § 323 V 2 BGB 517
Zur Wirksamkeit von Befristungen im Arbeitsvertragsrecht 519
Rücknahme der Berufung während der Urteilsverkündung 524

Strafrecht
Zum Rücktrittshorizont beim Versuch 527
Aufklärungspflichten bei Einwilligung in Heilbehandlung 530
Gewerbsmäßiger Betrug i.S.d. § 263 III 2 Nr. 1 StGB 537

Urteile in Fallstruktur
Öffentliches Recht: Verfassungsmäßigkeit des Euro-Rettungsschirms 540
Zivilrecht: Haftung für Straßenverunreinigung 546
Strafrecht: Sicherungserpressung 551

Sonderbeitrag
Zivilrecht: Neuregelung von § 357 III BGB und § 312e BGB 558

Literaturauswertung 561

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Amtshaftung Problem: Entschädigung für Menschenwürdeverletzung

LG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 04.08.2011
2-04 O 521/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Entführungsfall des Bankierssohns Jakob v. Metzler hat in der deutschen Öffentlichkeit viel Aufsehen erregt. Bekanntlich wurde der damals 11jährige Jakob von seinem Entführer getötet. Der Täter wurde kurz nach der Übergabe des Lösegeldes verhaftet. Um den Aufenthaltsort des Jungen zu erfahren, von dem die handelnden Polizeibeamten irrig annahmen, dass er noch lebe, aber in größter Lebensgefahr schwebe, drohte der Polizeibeamte E. auf Anordnung seines Vorgesetzten D. dem Entführer die Zufügung von Schmerzen durch einen "Folterspezialisten" an, der "per Hubschrauber schon unterwegs" sei. Durch diese Drohung eingeschüchtert gab der Täter schließlich den Fundort der Leiche Preis.

Wegen des Verhaltens der handelnden Polizeibeamten nahm der inzwischen wegen Mordes verurteilte Täter das Land Hessen auf Zahlung von Schmerzensgeld in Anspruch.

A. Einen *Schmerzensgeldanspruch* aus Amtshaftung über § 839 BGB i.V.m. Art.34 GG verneint das LG Frankfurt a.M. Zwar richte sich die Rechtsfolge eines Amtshaftungsanspruchs grundsätzlich auch nach §§ 249 ff. BGB (mit der Einschränkung, dass keine Naturalrestitution, sondern nur Geld verlangt werden könne). Für einen immateriellen Schadensersatz wie Schmerzensgeld verlange § 253 II BGB aber eine Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung. Eine solche ließ sich aber nicht feststellen. Weder psychische noch physische Beschwerden habe der Kläger nachgewiesen, bzw. soweit ein Nachweis vorliege, sei das kausale Zurückgehen der Beschwerden auf das Handeln der Polizeibeamten nicht nachgewiesen. Die Beschränkung seiner Freiheit sei über das Festnahmerecht des § 127 StPO gerechtfertigt gewesen. Die fehlende Nachweisbarkeit einer Rechtsgutverletzung i.S.d. § 253 II BGB gehe zu Lasten des beweisbelasteten Klägers. Vom Abdruck dieser Ausführungen, die sich in weiten Teilen zu den im konkreten Fall vorliegenden ärztlichen Gutachten verhalten, wurde nachstehend aus Platzgründen abgesehen.

B. Jedoch ist in der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG anerkannt, dass besonders schwere Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trotzdem eine *Entschädigung* in Geld rechtfertigen können. Diese soll nicht den Anforderungen aus § 253 II BGB unterliegen, weil es bei ihr im Gegensatz zum Schmerzensgeld nicht um die Genugtuung für das Opfer gehe, sondern darum, den Handelnden von weiteren ähnlichen Taten abzuschrecken. Das LG Frankfurt a.M. legt das auf Schmerzensgeld gerichtete Klagebegehren in dem Sinne aus, dass der Kläger jedenfalls eine solche Entschädigung zugesprochen haben wollte.

I. Grundlegend für diesen Entschädigungsanspruch war die "Caroline I"-Entscheidung des BGH (NJW 1996, 985 f.). Dort war sogar "nur" das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt, während hier unmittelbar eine Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG vorlag. Das LG Frankfurt a.M. bedient sich insoweit eines Erst-Recht-Schlusses: Wenn schon bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Geldentschädigung gezahlt werden müsse, so erst Recht bei Verletzung der Menschenwürde.

II. Zwar handelte es sich im "Caroline"-Fall um eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner mittelbaren Drittwirkung unter Privaten (zwischen Caroline v. Monaco und einem Zeitschriftenverlag), der BGH hat diese Gesichtspunkte aber bereits auf das Verhältnis Bürger-Staat übertragen (so z.B. für die menschenunwürdige Unterbringung von Häftlingen, BGH, NJW 2005, 58 ff.). Auch hier überzeugt ein Erst-Recht-Schluss: Wenn schon Privatrechtssubjekte, für welche die Grundrechte nur mittelbar gelten, bei gravierenden Rechtsgutverletzungen einem Entschädigungsanspruch unterworfen werden, muss dies erst Recht für den unmittelbar grundrechtsgebundenen Staat gelten (ganz abgesehen davon, dass § 839 BGB seiner Rechtsnatur nach auch ein zivilrechtlicher Anspruch ist und sich daran nichts dadurch ändert, dass Art. 34 GG die persönliche Haftung des Beamten auf den Staat überleitet).

III. Zur gravierenden Verletzung von Persönlichkeitsrecht bzw. Menschenwürde müsse allerdings hinzukommen, dass eine anderweitige Kompensation als durch Geldzahlung nicht möglich sei. Das LG Frankfurt a.M. überlegt in diese Richtung, ob nicht die

strafrechtliche Verurteilung der handelnden Beamten bereits genüge, verwirft diesen Gedanken aber letztlich, weil es sich nur um "symbolische" Strafen (geringe Geldstrafen zur Bewährung) gehandelt habe, die zudem der Karriere der Beamten in keiner Weise abträglich gewesen seien, und die Verletzung der Menschenwürde so schwer wiege, dass es bei einer Ermahnung nicht bleiben könne.

C. Die Ausführungen zur Höhe der danach zu zahlenden Entschädigung wurden im nachstehenden Urteil ebenfalls stark gekürzt. Letztlich hielt das Gericht 3.000 Euro für angemessen.

Prüfungsrelevanz:

Dass die Entscheidung des LG Frankfurt a.M. in der breiten Öffentlichkeit Empörung hervorgerufen hat, weil es für Laien nur schwer verständlich sein mag, dass auch verurteilte Mörder einen Entschädigungsanspruch bei Verletzung ihrer Menschenwürde haben, verleiht ihr besondere Prüfungsrelevanz. Sie eignet sich vor allem für mündliche Prüfungsgespräche. Darin wird sauber zu differenzieren sein zwischen einem Anspruch auf Schmerzensgeld, der über Amtshaftung auch denkbar ist, hier aber an den Voraussetzungen des § 253 II BGB scheitert, und dem hier angesprochenen, vom BGH entwickelten Anspruch auf Entschädigung. Dieser wird wie folgt geprüft:

A. Anspruchsgrundlage ist § 839 BGB i.V.m. 34 GG, wenn - wie hier - der Staat in Anspruch genommen werden soll. Handelt es sich um einen Fall unter Privaten, wird § 823 I BGB angewendet. Geht es um die Menschenwürde, sollte Art. 1 I 1 GG mit zitiert werden, beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht Art. 1 I 1 i.V.m. 2 I GG.

B. Tatbestandlich ist eine gravierende Rechtsgutsverletzung zu prüfen (I.), die nicht anders als durch Zahlung einer Entschädigung kompensierbar sein darf (II). Für eine solche gravierende Rechtsgutsverletzung genügt eine Verletzung der Menschenwürde in jedem Fall; liegt "nur" eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, wird eine genaue Abwägung im Einzelfall vorgenommen werden müssen. Als anderweitige Kompensationsmöglichkeit wäre - dem LG Frankfurt a.M. folgend - zu überlegen, ob Gerichtsurteile, die den Betroffenen rehabilitieren und/oder die Täter bestrafen, bereits hinreichen.

C. Rechtsfolge ist dann ein Anspruch auf Entschädigung, deren Höhe sich am Ausmaß der Beeinträchtigungen und an der Frage, welche Beträge zur weiteren Abschreckung notwendig sind, zu orientieren hat.

D. Übrigens hat das Land Hessen - wie der Presse zu entnehmen war - bereits angekündigt, gegen die Entschädigungsansprüche des Täters mit Verfahrens- und Ermittlungskosten aufrechnen zu wollen. Diese Aufrechnung dürfte allerdings schon an § 393 BGB, jedenfalls aber an § 242 BGB scheitern (BGH, NJW-RR 2010, 167).

Vertiefungshinweise:

❑ "Caroline"-Entscheidungen: *BVerfGE* 101, 361; *BGH*, NJW 1996, 985

❑ Weitere Entscheidungen zu Entschädigungsansprüchen wegen Persönlichkeits- bzw. Menschenwürdeverletzung: *BGH*, NJW 2003, 3693 (Observation); NJW 2005, 58 (Haftbedingungen)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze:

1. Die Androhung von Schmerzzufügung während einer polizeilichen Vernehmung zur Erreichung der Preisgabe von Informationen stellt einen schweren Eingriff in die Menschenwürde des Betroffenen nach Art. 1 Abs. 1 GG dar und verletzt das Verbot der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK. Diese Behandlung ist grundsätzlich geeignet, einen hinreichend schwerwiegenden Eingriff im Rahmen des Anspruchs auf Geldentschädigung gemäß Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG darzustellen.

2. Ob eine schwere Verletzung der Menschenwürde durch anderweitige Maßnahmen als die Zuerkennung einer Geldentschädigung ausgeglichen werden kann, bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls. Es ist eine Abwägung vorzunehmen, in der die mögliche Genugtuungsfunktion einer strafrechtlichen Verurteilung, die Nichtverwertung von Aussagen, die außergewöhnliche Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund der Handelnden sowie der Grad ihres Verschuldens zu berücksichtigen sind. Weiterhin ist hierbei die Beurteilung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in gleicher Sache nach Art 46 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen.

3. Für die Höhe der Geldentschädigung sind die Motivation der handelnden Beamten, das Verhalten des Klägers, die Dauer des Eingriffs sowie die Frage der konkreten Umsetzung der Androhung und bereits erfolgte Ausgleichsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

Der Kläger nimmt das beklagte Land auf materiellen und immateriellen Schadensersatz bzw. Geldentschädigung sowie auf Feststellung seiner Einstandspflicht wegen behaupteter Amtspflichtverletzung im Rahmen

des gegen ihn geführten polizeilichen Ermittlungsverfahrens in Anspruch.

Der Kläger lockte am 27.9.2002 den 11jährigen Bankierssohn M. in seine Wohnung und erstickte ihn. In der Nacht vom 29. auf den 30.9.2002 holte er das von den Eltern des Jungen geforderte Lösegeld ab. Seitdem stand er unter lückenloser polizeilicher Kontrolle. Nachdem der Kläger keinerlei Opferbetreuungsmaßnahmen zeigte oder Kontakt zu weiteren möglichen Tatbeteiligten suchte, wurde er am Nachmittag des 30.9.2002 festgenommen. Die Leitung des Einsatzes oblag dem damaligen Polizeivizepräsidenten D. als stellvertretendem Behördenleiter für den sich im Urlaub befindlichen Polizeipräsidenten.

Während der Vernehmung durch die Polizei behauptete der Kläger zunächst, mit der Entführung nichts zu tun zu haben. Ein Unbekannter habe ihm Geld für die Lösegeldabholung angeboten. Dann machte er aber Angaben zur Abholung des Geldes und zu seinem Verhalten danach. Zum Verbleib des Jungen sagte er nichts. Währenddessen fanden Polizeibeamten in der Wohnung des Klägers einen Teil des Lösegelds und einen Zettel, auf dem in einer Art Check-Liste einzelne Punkte der Tatvorbereitung aufgelistet waren.

Auf Bitte des Klägers, einen Anwalt zu konsultieren, wurde der Anwaltsnotdienst verständigt. Im Laufe der weiteren Vernehmung hatte der Kläger von 23:40 Uhr bis 24:00 Uhr die Möglichkeit, mit Rechtsanwalt Z. zu sprechen. Anschließend wurde er weiter bis etwa 1.00 Uhr nachts befragt. Eine wahrheitsgemäße Aussage über den Verbleib des Jungen machte der Kläger nicht. Stattdessen behauptete er, der Junge lebe und werde in einer Hütte am X. Waldsee von zwei ihm bekannten Brüdern festgehalten. Diese Aussage führte zu bis in den Morgen hinein dauernden Durchsuchungen der Wohnungen der Brüder, ihrer vorläufigen Festnahme und zu umfangreichen polizeilichen Aktivitäten im Bereich des Sees, wobei im Ergebnis sämtliche Maßnahmen erfolglos blieben.

Am Abend des 30.9.2002 teilte D. mit, dass der unmittelbare Zwang gegen den Kläger freigegeben sei. Am Morgen des 1.10.2002 ordnete er ausdrücklich an, dass der Kläger, nach vorheriger Androhung, unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen ohne Verursachung von Verletzungen erneut zu befragen sei. Er dokumentierte diese Anordnung später in einem Vermerk, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.

Gegen 8:00 Uhr wurde der Kläger zunächst seiner Mutter gegenübergestellt. Dies führte aber nicht zu einer Veränderung in seinem Aussageverhalten, sondern der Kläger behauptete nun, er stünde unter Druck und würde erpresst. Angaben zum Verbleib des Jungen machte er immer noch nicht. Sodann wies D. gegen 8:30 Uhr den ihm unterstellten Kriminalhauptkommissar E. an, dem Kläger für den Fall, dass dieser sich weiter weigere, den Verwahrort des Kindes zu nennen, die erneute Befragung unter ärztlich beaufsichtigter Zufügung von Schmerzen anzukündigen. D. ging davon aus, dass der Junge noch lebte, eine Überlebenschance für ihn aber nur bestünde, wenn er zeitnah aufgefunden würde. Er hielt es für dringend erforderlich, den Kläger so schnell wie möglich zur Preisgabe des Verstecks zu bewegen.

E. begab sich gegen 8:40 Uhr zu dem Kläger ins Vernehmungszimmer und teilte diesem mit, dass von der Behördenleitung angedacht sei und vorbereitet werde, ihn ggf. unter Zufügung von Schmerzen durch einen Spezialisten, der mit einem Hubschrauber eingeflogen werde, oder durch Beibringung eines Wahrheitsserums dazu zu bringen, Einzelheiten zu nennen, um das Leben des Kindes zu retten, sofern er weiter schweigen oder falsche Angaben machen würde. Im Laufe der Vernehmung machte er rotierende Bewegungen mit seiner Hand bzw. seinem Zeigefinger. Anschließend gab der Kläger an, dass er den Jungen unter einem Steg an einem See versteckt hätte.

Der Kläger fuhr mit dem Kriminalhauptkommissar M gegen 10:30 Uhr zum angegebenen Weiher, wo die Leiche des Jungen gefunden wurde.

Die 22. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main stellte in dem Strafverfahren gegen den Kläger (Az.: 5/22 Ks 3490 Js 230118/02) mit Beschluss vom 9.4.2003 fest, dass die Androhung von E. wegen Verstoßes gegen Art. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK gesetzeswidrig gewesen wäre und deshalb vier Vernehmungen, drei polizeiliche Vermerke und eine Leseabschrift nicht zu Beweiszwecken verwertet werden dürften. Der Kläger ließ sich in der Hauptverhandlung aus freien Stücken vollumfänglich zur Sache ein (vgl. S. 35, 41 ff., 56 des Strafurteils gegen den Kläger).

Mit Urteil vom 28.7.2003, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 330 ff. d. A.), wurde der Kläger rechtskräftig wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und weiterer Delikte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Das Landgericht sah die Mordmerkmale der Heimtücke, der Habgier und der Verdeckung einer anderen Straftat als erfüllt an und stellte ferner fest, dass die Schuld des Angeklagten besonders schwer wiegt. In dem Urteil wurde erneut festgestellt, dass es sich bei der Androhung der Zufügung von Schmerzen um verbotene Vernehmungsmethoden handelte.

Mit rechtskräftigem Urteil vom 20.12.2004 (Az.: 5/27 Kls - 7570 Js 203814/03) wurde E. wegen Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB und D. wegen der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt gemäß § 357 Abs. 1 i. V. m. § 240 Abs. 1 StGB verurteilt. Beide wurden mit Strafvorbehalt verwarnt (Bl. 785 ff. der Strafakten).

Der Kläger nimmt das beklagte Land wegen des Verhaltens der handelnden Polizeibeamten bei seiner Vernehmung auf finanzielle Kompensation aus Amtshaftung in Anspruch.

Aus den Gründen:
Der Kläger hat gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro gemäß § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG wegen einer schweren Verletzung seiner Menschenwürde.

A. Anspruch auf Geldentschädigung
Es ist anerkannt, dass ein Amtshaftungsanspruch wegen der Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Zahlung einer Geldentschädigung für immaterielle Schäden zum Gegenstand haben kann. Ohne einen solchen Anspruch blieben Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion, mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde (vgl. BGH, NJW 2005, 58 (59)). Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund (BGHZ 128, 1 (15) m. w. N.; BVerfG, NJW 2000, 2187 (2187 f.)). Deshalb ist zwingende Voraussetzung eines Anspruchs auf Geldentschädigung auch nicht, dass die streitgegenständliche Behandlung gesundheitliche Beeinträchtigungen des Klägers zur Folge hat oder aus Absicht erfolgte.

B. Abgrenzung vom Anspruch auf Schmerzensgeld
Dieser Anspruch ist anwendbar. Zwar macht der Kläger einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. § 253 Abs. 2 BGB geltend, der eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit voraussetzt. Aus seinen Schriftsätzen ergibt sich jedoch deutlich, dass dieser Anspruch auch im Hinblick auf die Verletzung der Menschenwürde und der Persönlichkeit des Klägers verfolgt wird. Damit kommt die Zuerkennung einer Geldentschädigung nach § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht, auch wenn der Kläger nicht ausdrücklich von Anfang an auf diese Normen Bezug genommen hat (vgl. OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 2010, 403 (403)).
Entgegen der Auffassung des beklagten Landes hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 253 Abs. 2 BGB, durch die der Anwendungsbereich des Schmerzensgelds einerseits erheblich ausgeweitet wurde, in der aber andererseits das allgemeine Persönlichkeitsrecht keinen Niederschlag gefunden hat, auch keine Absage an diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze verbunden. Seinen Grund hat die Auslassung des Persönlichkeitsrechts im Tatbestand des § 253 Abs. 2 BGB vielmehr darin, dass der Bundesgerichtshof nach anfänglicher Anlehnung des Anspruchs an § 847 BGB a. F. (vgl. BGHZ 26, 349 (356)) dazu übergegangen ist, ihn unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zu gewinnen (vgl. BGH, NJW 1961, 2059; NJW 2000, 2195; OLG Frankfurt, NJW 2005, 3726; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 253 Rn. 10 sowie BT-Drs. 14/7752, S. 25).

C. Tatbestandliche Voraussetzungen
Voraussetzung für einen solchen Anspruch auf Geldentschädigung gemäß § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ist, dass es sich um einen schwerwiegenden Eingriff (eine schwere Rechtsverletzung) handelt und dass diese massive Beeinträchtigung nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.

I. Schwerwiegende Rechtsverletzung

1. Definition
Ob eine schwerwiegende Verletzung in diesem Sinne vorliegt, bestimmt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund der handelnden Person und Grad des Verschuldens (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07; BGH, NJW 1995, 861 (864); NJW 1996, 1131 (1134)). Dabei kann schon ein einziger jener Umstände zur hinreichenden Schwere des Eingriffs führen (vgl. KG, AfP 1974, 720).

2. Subsumtion
Bei Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend die Zubilligung einer Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro gerechtfertigt. Beamte des beklagten Landes haben die Menschenwürde des Klägers in schwerwiegender Weise schuldhaft verletzt.

a. Psychische Einwirkung auf den Kläger durch E. und Anordnung dieser Maßnahmen durch D
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für die Kammer mit hinreichender Gewissheit fest, dass Kriminalhauptkommissar E. auf Anweisung des damaligen Polizeivizepräsidenten D. anlässlich der Vernehmung des Klägers am Morgen des 1.10.2002 intensiv auf diesen einwirkte, um ihn zur Angabe von Einzelheiten zum Verbleib des Jungen zu bewegen. [...]
E. führte dem Kläger zunächst den Stand der Ermittlungen vor Augen. Dann drohte er ihm an, dass die Zufügung erheblicher Schmerzen, jedoch ohne sichtbare Verletzungen, im Beisein eines Arztes angedacht sei und dass zur Durchführung einer solchen Maßnahme ein besonderer Beamter mit dem Hubschrau-

ber herbeigeholt werden würde. Auch die Besorgung eines Wahrheitsserums sei veranlasst. Er sprach sehr intensiv und eindringlich auf den Kläger ein und sagte, dem Kläger sollten durch einen Spezialisten solche Schmerzen zugefügt werden, wie dieser sie noch nie erlebt habe und die man später nicht nachweisen könne. Der Folterspezialist sei bereits mit einem Hubschrauber zu ihm unterwegs. Um der Drohung Nachdruck zu verleihen, machte E. kreisende Handbewegungen. Er fragte immer wieder nachdrücklich, wo der Junge sei, und ob der Kläger, da dieser nicht reagierte, Angst vor dem Gefängnis habe. Er versuchte, den Kläger durch Beschreiben verschiedener Situationen, in denen sich der Junge befinden könnte, zu einer Antwort zu bewegen. Er drohte dem Kläger, dass er immer an den Jungen denken und von ihm träumen werde. Schließlich sagte der Kläger aufgrund der Androhung, wo sich der Junge befand, und äußerte sich ungenau, es könne sein, dass er tot sei. [...]

Weiter steht fest, dass der Zeuge D. durch seine Anordnung vom 1.10.2002 den Straftatbestand des § 357 Abs. 1 StGB verwirklicht hat, denn er hat E., seinen Untergebenen, zur Nötigung im Amt verleitet. [...]

b. Menschenwürde verletzt

Die Kammer schließt sich aufgrund eigener Überzeugungsbildung der rechtlichen Bewertung der Strafkammer an, dass das Verhalten der beiden Polizisten als ein Verstoß gegen die grundrechtlich garantierte, unantastbare Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und gegen das Verbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, festgehaltene Personen weder körperlich noch seelisch zu misshandeln, anzusehen ist. Weiterhin ist es als Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung der bereits erörterten maßgeblichen Kriterien, die eine Menschenwürde- oder Persönlichkeitsverletzung als schwerwiegend qualifizieren (Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessen- oder Rufschädigung, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie Grad des Verschuldens) ist vorliegend von einer schweren Verletzung der Menschenwürde des Klägers auszugehen. [...]

Durch die Androhung der Schmerzzufügung durch E., angeordnet von D. und gebilligt vom Innenministerium, wurde planvoll, vorsätzlich und in Kenntnis der Rechtswidrigkeit dieses Tuns und der Gefahr der Unverwertbarkeit der Aussage in die Menschenwürde, die das höchste Verfassungsgut darstellt und die nicht unter einem Gesetzesvorbehalt steht und die keiner Abwägung zugänglich ist, eingegriffen. Die Zufügung von Schmerzen durch einen Beamten, der sich mit körperlichen Dingen auskennt, ist in hohem Maße Angst einflößend. Es handelte sich auch nicht um eine Drohung, die nie umgesetzt werden sollte, sondern ihre Umsetzung war bereits in die Wege geleitet worden, indem D. die Herbeiholung eines Polizeiarztes und des Beamten mit Übungsleiterlizenz anordnete.

Dies bedeutet die Verletzung der Menschenwürde in erheblichem Ausmaß. Die Schwere ergibt sich auch daraus, dass zugleich Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK, die ebenfalls Ausprägung der Garantie der Menschenwürde sind (vgl. zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG Radtke, in: BeckOK GG, Stand: 1.7.2011, Art. 104 Rn. 28; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 104 Rn. 7), verletzt wurden. Dementsprechend hat auch der EGMR ausdrücklich festgestellt (EGMR, Urt. v. 1.6.2010, Az.: 22978/05), dass die beim Kläger angewandte Vernehmungsmethode unter den Umständen seines Falls schwerwiegend genug gewesen sei, um eine nach Art. 3 EMRK verbotene unmenschliche Behandlung darzustellen, auch wenn sie nicht das Maß an Grausamkeit erreicht, um als Folter zu gelten.

c. Vorverhalten des Klägers irrelevant

Bei dieser Beurteilung ist es gänzlich unerheblich und darf schlechthin nicht berücksichtigt werden, dass der Kläger zuvor eine Straftat begangen hat. Das Recht auf Achtung seiner Würde kann auch einem Straftäter nicht abgesprochen werden, mag er sich auch in noch so schwerer und unerträglicher Weise gegen die Werteordnung der Verfassung vergangen haben (siehe nur BVerfG, NJW 2002, 2700 (2701) m. w. N.; Hillgruber, in: BeckOK GG, Stand: 1.4.2011, Art. 1 Rn. 3). Menschenwürde kommt jedem Wesen der Gattung Mensch zu und kann keinem Menschen aberkannt werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtsstaats, das es zu beachten gilt, mag es angesichts des von dem Kläger begangenen Verbrechens auch schwer fallen. [...]

II. Keine anderweitige Kompensationsmöglichkeit

Vorab angemerkt sei, dass bei der Annahme einer Verletzung der Menschenwürde eine Abwägung mit anderen, auch verfassungsrechtlich geschützten Belangen nicht möglich ist (BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005, Az.: 1 BvR 1359/05, Rn. 18, zitiert nach juris); gleiches gilt für das Verbot der Folter oder erniedrigender Behandlung in Art. 3 EMRK, der ebenfalls keine Ausnahmen kennt (vgl. EGMR, Urt. v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 107). Davon zu trennen ist aber grundsätzlich die Frage, inwieweit ein Eingriff auch zwingend zu einer Geldentschädigung führen muss. Zwar steht hier anders als beim Schmerzensgeld der Gesichtspunkt der Genugtuung für das Opfer im Vordergrund (BGH, Urt. v. 15.11.1994, Az.: VI ZR 56/94, Rn. 84 zitiert nach juris; Urt. v. 04.11.2004, Az.: III ZR 361/03, Rn. 10 zitiert nach juris). Ein solches zwingendes Junktim zwischen der Feststellung einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und der Zuerkennung einer Geldentschädi-

gung andererseits ist rechtlich bislang nicht gesehen worden (BGH, Urt. v. 04.11.2004, Az.: III ZR 361/03, Rn. 12 ff. zitiert nach juris; BVerfG NJW 2006, 1580). Vielmehr durfte ein Anspruch auf Geldentschädigung von dem weiteren Erfordernis abhängig gemacht werden, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann.

Auch vorliegend ist nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in dieser Sache nicht von einer zwingenden Rechtsfolge auszugehen, sondern es ist eine Abwägung vorzunehmen, in der nicht nur die mögliche Genugtuungsfunktion einer strafrechtlichen Verurteilung zu berücksichtigen ist, sondern insbesondere auch die außergewöhnliche Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner Anlass und Beweggrund der Handelnden sowie der Grad ihres Verschuldens (BVerfG, Beschl. v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07, Rn. 34 zitiert nach juris, unter Verweis auf BGH, NJW 1995, 861 (864)). [...]

1. Verletzung der Menschenwürde spricht für Entschädigungspflicht

In der Abwägung ist insofern ganz entscheidend zu berücksichtigen, dass nicht lediglich ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, sondern eine Verletzung der Menschenwürde. Diese Verletzung erfolgte zudem nicht spontan und aus der Situation heraus, sondern geplant und sowohl von der damaligen Behördenleitung angeordnet als auch aus dem Innenministerium gebilligt. Die Umsetzung der Androhung der Schmerzzufügung wurde konkret betrieben. Das Verbot der Folter gilt aber absolut und duldet keine Ausnahme. Hinzu kommt, dass der EGMR festgestellt hat, dass sich der Kläger weiterhin noch als Opfer einer Verletzung von Art. 3 EMRK bezeichnen darf.

2. Insbesondere keine ausreichende Kompensation durch Strafurteile gegen die handelnden Beamten

Auch wenn nach der Rechtsprechung des EGMR ein dem Anliegen des Rechtsmittelführers Rechnung tragendes Urteil grundsätzlich eine ausreichend gerechte Entschädigung darstellen kann, so dass eine weitergehende Entschädigung in Geld für den erlittenen immateriellen Schaden nicht mehr geboten ist (vgl. Nikolova./.Bulgarien, Urt. v. 25.3.1999, NL 1999/2/8), hat der EGMR dies in diesem Fall jedoch anders gesehen. Zwar sind die Straßburger Richter davon überzeugt, dass die innerstaatlichen Gerichte ausdrücklich und unmissverständlich anerkannt haben, dass die Vernehmung des Klägers gegen Art. 3 EMRK verstoßen hat (EGMR, Urt. v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 120). In dem Urteil wird aber festgestellt, dass die Verhängung von fast als symbolisch zu bezeichnenden Geldstrafen von 60 bzw. 90 Tagessätzen, die zudem noch zur Bewährung ausgesetzt wurden, nicht als angemessene Reaktion auf einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK angesehen werden kann. Eine solche Bestrafung habe nicht die erforderliche Abschreckungswirkung, um zukünftige Verstöße zu verhindern (EGMR, a. a. O., Rn. 124).

Auch die weitere Karriere von D. ist für den EGMR Anlass zu schwerwiegenden Zweifeln, ob die Reaktion der Behörden die Schwere eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK angemessen widerspiegelt (EGMR, a. a. O., Rn. 125). Zudem hat der Gerichtshof wegen der Dauer dieses Verfahrens Zweifel an der Wirksamkeit des innerstaatlichen Amtshaftungsverfahrens. Im Ergebnis ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die von den innerstaatlichen Behörden ergriffenen Maßnahmen das in seiner Rechtsprechung festgelegte Erfordernis der Wiedergutmachung jedenfalls nicht vollständig erfüllt haben.

An dieses Urteil ist das erkennende Gericht grundsätzlich gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK gebunden. [...]

D. Rechtsfolge

Die Kammer vermag aber hinsichtlich der Höhe der Entschädigung nicht der Vorstellung des Klägers zu folgen. Vielmehr erachtet sie im Rahmen der Ausübung ihres Schätzungsermessens gem. § 287 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung der zuvor erörterten Umstände eine Geldentschädigung in Höhe von 3.000,- für angemessen, aber auch ausreichend, um dem Kläger für das Erlittene Genugtuung zu gewähren. [wird ausgeführt]

Standort: VerwR AT Problem: VA-Begriff

VG POTSDAM, BESCHLUSS VOM 05.04.2011
10 L 121/11 (LKV 2011, 239)

Problemdarstellung:

Im Fahrerlaubnisrecht ist elementar zwischen der Fahrerlaubnis, also dem Recht, ein Fahrzeug zu führen, und dem Führerschein, der diese Erlaubnis verbrieft, zu unterscheiden. Wird die Fahrerlaubnis nach § 3 I 1 FeVO entzogen (im Fall: weil 18 Punkte im Verkehrszentralregister in Flensburg eingetragen waren), muss auch der Führerschein abgegeben werden, § 47 I 1 FeVO. Der Entzug der Fahrerlaubnis ist unzweifelhaft ein Verwaltungsakt. Fraglich ist, wie es sich mit der Aufforderung verhält, den Führerschein abzuliefern.

A. Nach Ansicht des VGH München (Beschluss vom 25.02.2010 - 11 CS 09.2847) fehlt ihr die Regelungswirkung, weil sie schon nach § 47 I 1 FeVO zwingende Folge des Fahrerlaubnisentzugs sei. Nach der Gegenansicht (Dyllick/Neubauer, LKV 2011, 239; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.03.2007 - 1 S 31.07), der auch das VG Potsdam folgt, handelt es sich hingegen um einen eigenen Verwaltungsakt. Die Regelungswirkung liege in der Konkretisierung der abstrakt-generellen Rechtsfolge des Gesetzes auf einen bestimmten Einzelfall. Zudem bestimme die Behörde eine Frist zur Ablieferung; auch diese werde erstmals in der Aufforderung zur Ablieferung geregelt.

B. Handelt es sich bei der Aufforderung, den Führerschein abzuliefern, nach richtiger Ansicht um einen Verwaltungsakt, so ist festzustellen, dass § 4 VII 2 StVG die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nur gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis entfallen lässt, nicht aber gegen die Aufforderung, den Führerschein abzugeben. Es ist deshalb nur konsequent, wenn das VG Potsdam meint, bezüglich letzterer bedürfe es einer eigenen Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Eine solche lag im Fall des VG Potsdam nicht vor mit der Folge, dass die Ablieferung des Führerscheins nicht vollstreckt werden durfte.

C. Allerdings beging das VG Potsdam in der Folge einen schweren Fehler. Im zu entscheidenden Fall ging es nämlich nicht um die *Vollstreckung* der Ablieferungspflicht (konkret: die Verhängung eines Zwangsgeldes), sondern nur um die *Androhung* desselben. Die bloße Androhung eines Zwangsmittels setzt aber keinen vollstreckbaren Grundverwaltungsakt voraus. Dies ergibt sich vor allem aus § 23 II 2 BbgVwVG. Danach soll die Androhung mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Im Umkehrschluss ist sie also auch zulässig, wenn das Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat (nur soll sie dann eben nicht mit dem Grundverwaltungsakt verbunden werden). Entsprechende Regelungen finden sich im VwVG des Bundes (§ 13 II 2 VwVG) und der übrigen Bundesländer (vgl. z.B. § 63 II 2 VwVG NRW).

Darüber hinaus überzeugt es vom Aufbau her nicht, dass das VG zuerst die (verneinte, in Wahrheit aber irrelevante) Vollstreckbarkeit prüft und sich dann erst der Frage zuwendet, ob überhaupt ein Grundverwaltungsakt vorliegt.

Prüfungsrelevanz:

Das Vorliegen oder nichtvorliegen eines Verwaltungsakts und das Bestehen oder Nichtbestehen der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gehören zum Basiswissen eines jeden Examenskandidaten. Die vorliegende Entscheidung zeigt, wie genau hier zu arbeiten ist.

Dies gilt übrigens auch für die vom Bürger zu ergreifenden Rechtsbehelfe im vorläufigen Rechtsschutz. Gegen den Entzug der Fahrerlaubnis entfällt die aufschiebende Wirkung des Hauptsacherechtsbehelfs nach §§ 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 4 VII 2 StVG. Es ist somit die *Anordnung* der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1, 1. Hs VwGO zu beantragen. Gegen die Aufforderung, den Führerschein abzuliefern, entfällt die aufschiebende Wirkung hingegen nur bei gesonderter Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. In diesem Fall ist also die *Wiederherstellung* der aufschiebenden Wirkung zu beantragen. Fehlt die Anordnung der sofortigen Vollziehung, und macht die Behörde trotzdem Anstalten, ein Zwangsgeld zu verhängen (jedoch nochmals: nicht bei bloßer Androhung desselben), läge ein Fall des "faktischen Vollzugs" vor, dem mit einem Antrag nach § 80 V 1 VwGO analog auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung zu begegnen wäre.

Die Unterscheidung zwischen der Erlaubnis einerseits und der sie verbriefenden Urkunde andererseits gibt es übrigens nicht nur im Fahrerlaubnisrecht. So können z.B. nach § 45 WaffG waffenrechtliche Erlaubnisse entzogen werden, nach § 46 WaffG ist dann die Erlaubnisurkunde (Waffenschein, Waffenbesitzkarte etc.) herauszugeben. Auch hier dürfte gelten, dass das Herausgabeverlangen neben dem Entzug der Erlaubnis einen eigenständigen Verwaltungsakt darstellt, der ggf. nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt werden muss, wenn Zwangsmittel verhängt werden sollen.

Vertiefungshinweise:
❑ Anmerkungen: *Dyllick/Neubauer*, LKV 2011, 239

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "Die Waffenbesitzkarte"

Leitsätze (der Redaktion):
1. Die Anordnung, den Führerschein binnen einer von der Behörde benannten Frist abzuliefern, stellt einen eigenständigen Verwaltungsakt dar.
2. § 4 VII 2 StVG lässt von Gesetzes wegen nur die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis, nicht aber gegen die Anordnung der Ablieferung des Führerscheins entfallen. Soll diese auch sofort vollzogen werden, bedarf es der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

Sachverhalt:
Dem Antragsteller war mit Ziffer 1 des gegen ihn gerichteten Bescheides der Fahrerlaubnisbehörde vom 31. Januar 2011 die Fahrerlaubnis entzogen worden, weil für ihn 18 Punkte im Verkehrszentralregister in Flensburg eingetragen waren. Unter Ziffer 2 dieses Bescheides drohte die Behörde für den Fall, dass die Herausgabe des Führerscheins nicht binnen 7 Tagen erfolge, ein Zwangsgeld i.H.v. 100 Euro an. Gegen den Bescheid hat der Antragsteller Widerspruch eingelegt und um vorläufigen Rechtsschutz ersucht. Dieser war abzulehnen, soweit er sich gegen den Entzug der Fahrerlaubnis richtete, hatte i.Ü. jedoch Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entzug der Fahrerlaubnis

I. Zulässigkeit
Soweit der Antragsteller sinngemäß beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis im Bescheid des Antragsgegners vom 31.01.2011 anzuordnen, ist der Antrag zwar gemäß § 80 V 1, 1. Alt. der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zulässig. Nach dieser Vorschrift ist in den Fällen des gesetzlichen Sofortvollzugs die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des eingelegten Rechtsbehelfs zu beantragen. Die aufgrund des Punktsystems ausgesprochene Entziehung der Fahrerlaubnis ist nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 4 Abs. 7 Satz 2 letzte Alt. des Straßenverkehrsgesetzes (StVG) sofort vollziehbar.

II. Begründetheit
Der Antrag ist jedoch unbegründet. Bei gesetzlichem Sofortvollzug kommt eine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs im Einzelfall ausnahmsweise und nur dann in Betracht, wenn nach dem Rechtsgedanken aus § 80 IV 3 VwGO ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids bestehen oder eine besondere Härte vorliegt. Zweifel sind in diesem Sinne nur bei überwiegenden Erfolgsaussichten des Widerspruchs oder einer nachfolgenden Anfechtungsklage ernstlich. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens muss es bei dem Sofortvollzug als gesetzlich gewollten Regelfall verbleiben. Im vorliegenden Fall bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entziehungsverfügung. Sie stützt sich zu Recht auf § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StVG. Danach ist die Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich 18 oder mehr Punkte nach dem Punktsystem ergeben. Diese Voraussetzung liegt hier vor. [wird ausgeführt]

B. Androhung des Zwangsgeldes
Soweit der Antragsteller sinngemäß beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen Ziffer 2 des Bescheides des Antragsgegners vom 31. Januar 2011, unter der für den Fall der Nichtbefolgung der Führerscheinabgabe innerhalb von 7 Tagen nach Zustellung der Anordnung ein Zwangsgeld in Höhe von 100 Euro angedroht wird, anzuordnen, hat der gemäß § 80 V i.V.m. § 80 II Nr. 3 VwGO i. V. m. § 39 S. 1 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für das Land Brandenburg (VwVGBB) zulässige Antrag auch in der Sache Erfolg. Insoweit bestehen nämlich im o. g. Sinne ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der verfügten Androhung.

I. Vollstreckbarkeit
Rechtsgrundlagen für die Zwangsgeldandrohung sind §§ 15, 17 Abs. 1 Nr. 2, 20 und 23 VwVGBB. Gemäß § 15 Abs. 1 VwVGBB kann der Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, da die vom Antragsgegner verfügte Führerscheinabgabe weder unanfechtbar geworden, noch für sofort vollziehbar gemäß § 80 Abs. 3 VwGO erklärt worden ist.

II. Grundverwaltungsakt
Bei der Führerscheinabgabe handelt es sich auch nicht um eine bloße Vollziehung der Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG. Vielmehr liegt ein eigenständiger, gesetzeskonkretisierender Verwaltungsakt im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 3 StVG, wo nach der Entziehung der Führerschein der Fahrerlaubnisbehörde abzuliefern ist, vor, der den Anforderungen des § 15 Abs. 1 VwVGBB hätte entsprechen müssen.

Standort: Kommunalrecht Problem: Kassatorisches Bürgerbegehren

VGH MANNHEIM, BESCHLUSS VOM 08.04.2011
1 S 303/11 (NVwZ-RR 2011, 615)

Problemdarstellung:

Wenn sich ein Bürgerbegehren gegen einen Ratsbeschluss richtet (sog. "kassatorisches Bürgerbegehren"), sehen die Gemeindeordnungen der Länder eine Frist vor, innerhalb derer das Bürgerbegehren eingereicht werden muss. Diese Frist beginnt regelmäßig mit der Bekanntmachung des angegriffenen Ratsbeschlusses und wird nur gewahrt, wenn das Bürgerbegehren zulässigerweise eingereicht wird, d.h. bereits innerhalb der Frist allen von der Gemeindeordnung aufgestellten Anforderungen an die Form, den Inhalt usw. genügt. Zu diesen Anforderungen gehört auch, dass eine gewisse Anzahl von Unterschriften geleistet wurde (das sog. "Quorum").

Im vorliegenden Fall hatte die Bürgerinitiative mit der Unterschriftensammlung bereits im Vorfeld des angegriffenen Ratsbeschlusses begonnen. Diese Vorgehensweise ist nicht ganz selten, weil das Zustandekommen eines Ratsbeschlusses Dank konstanter Mehrheiten oftmals sicher vorhersehbar ist und Viele die Sammelfrist (in Baden-Württemberg: 6 Wochen) als viel zu knapp empfinden, um die notwendigen Unterschriften zusammen zu bekommen. Allerdings ist streitig, ob eine derartige Unterschriftensammlung "auf Vorrat" auch zulässig ist. Der VGH Mannheim hatte die Frage in seiner Rechtsprechung zunächst offen gelassen, verneint sie aber nun im vorliegenden Beschluss. Dafür sprechen vor allem zwei Argumente: Erstens beginnt die Einreichungsfrist normalerweise mit der Bekanntmachung des Ratsbeschlusses, was denknotwendig das Vorliegen eines Ratsbeschlusses voraussetzt, und zweitens bestünde anderenfalls immer eine Unsicherheit, ob die im Vorfeld geleisteten Unterschriften sich wirklich genau gegen den Ratsbeschluss richten, wie er letztendlich zustande gekommen ist.

Prüfungsrelevanz:

Sollte ein "kassatorisches Bürgerbegehren" im Examen vorkommen, bei dem Unterschriften "auf Vorrat" gesammelt worden sind, kann mit der vorliegenden Entscheidung die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise gut vertretbar verneint werden. Zur Gegenansicht vgl. die Entscheidungsgründe und die Vertiefungshinweise.

Vertiefungshinweise:

❑ Zulässigkeit der Unterschriftensammlung "auf Vorrat": *Sapper*, VBlBW 1983, 89, 94 (verneint); *VGH Mannheim*, NVwZ 1985, 288 (offen gelassen); *Geitmann*, VBlBW 2007, 321, 324 (bejaht)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Wechselstrominitiative"

Leitsatz:

Richtet sich ein Bürgerbegehren gegen einen Beschluss des Gemeinderats (sog. kassatorisches Bürgerbegehren), so muss innerhalb der Frist von sechs Wochen nach Bekanntgabe des Gemeinderatsbeschlusses das Bürgerbegehren nach den Erfordernissen des § 21 III GemO zustande gekommen sein. Dabei können für das erforderliche Quorum nur die Unterschriften berücksichtigt werden, die nach dem Gemeinderatsbeschluss geleistet wurden.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin ist Unterzeichnerin eines Bürgerbegehrens, das sich gegen einen Ratsbeschluss der Antragsgegnerin (Gemeinde) vom 28.09.2010 richtet, mit welchem diese ihre finanzielle Beteiligung an dem Neubau eines von einem privaten Investor zu errichtenden Wellness- und Hallenbades beschlossen hatte. Sie begehrt vorläufige gerichtliche Zulassung des Bürgerbegehrens, nachdem die Antragsgegnerin dies mit Bescheid vom 02.11.2010 auf der Grundlage des entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses vom 26.10. 2010 abgelehnt hatte.

Die Antragsgegnerin hält das Bürgerbegehren für unzulässig, weil das erforderliche Quorum an Unterschriften nach § 21 III 5 GemO BW nicht erreicht worden sei. Zwar genügten die eingereichten 2.500 Unterschriften ihrer Anzahl nach; diese seien jedoch nicht zulässigerweise erlangt worden, weil viele - wenn nicht alle - Unterzeichner ihre Unterschrift bereits vor dem angegriffenen Ratsbeschluss vom 28.09.2010 geleistet hätten. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Bürgerinitiative selbst, mit welchem das Bürgerbegehren am 29.09.2010 - also bereits einen Tag nach dem angefochtenen Ratsbeschluss - eingereicht worden sei. Darin hieße es, dass "bereits in den Wochen davor vorsorglich für den Fall eines eventuellen Gemeinderatsbeschlusses" Unterschriften gesammelt worden seien.

Die Antragsgegnerin meint demgegenüber, der Zeitpunkt der Unterschriftenleistung spiele keine Rolle, solange nur klar sei, dass - woran hier kein Zweifel bestehe - die Unterzeichner sich gegen den im Bürgerbegehren bezeichneten Ratsbeschluss wenden wollen, mag dieser bei Unterschriftsleistung schon vorgelegen

haben oder - wie hier - nur konkret absehbar gewesen sein.
Das VG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit des Antrags
Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (Beschl. v. 27.04.2010 - 1 S 2810/09 -, VBlBW 2010, 311; Beschl. v. 30.09.2010 - 1 S 1722/10 -, VBlBW 2011, 26 f.) schließt der Umstand, dass ein Bürgerbegehren keine aufschiebende Wirkung hat, die Stellung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, die Durchführung eines Bürgerbegehrens bzw. Bürgerentscheids zu sichern, nicht aus. Zulässig ist eine vorläufige gerichtliche Feststellung, dass das Bürgerbegehren zulässig ist.

B. Begründetheit des Antrags
Die begehrte vorläufige Feststellung der Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Zulässigkeit bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit solcher Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann, dass eine gegenteilige Entscheidung im Hauptsacheverfahren praktisch ausgeschlossen werden kann und der mit dem Hauptsacheverfahren verbundene Zeitablauf voraussichtlich eine Erledigung des Bürgerbegehrens zur Folge hätte. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch müssen in einem das übliche Maß der Glaubhaftmachung übersteigenden deutlichen Grad von Offenkundigkeit auf der Hand liegen (Senatsbeschl. v. 27.04.2010 und 30.09.2010, a. a. O.).

I. Anordnungsgrund
Daran gemessen dürfte zwar ein Anordnungsgrund zu bejahen sein, weil mit der Realisierung des Vorhabens unmittelbar nach Unterzeichnung der mit Beschluss vom 28.09.2010 durch den Gemeinderat der Antragsgegnerin genehmigten Verträge und der erforderlichen Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde begonnen werden soll. Für den Fall, dass zu einem späteren Zeitpunkt im Hauptsacheverfahren die Antragsgegnerin rechtskräftig verpflichtet würde, das Bürgerbegehren für zulässig zu erklären, könnten bis dahin die Baumaßnahmen für den Neubau eines Hallen- und Wellnessbades, für das sich die Antragsgegnerin vertraglich zu einem jährlichen Zuschuss in Höhe von 1,05 Mio. EUR über 22 Jahre verpflichtet hat, so weit fortgeschritten sein, dass ein nachfolgender Bürgerentscheid angesichts vollendeter Tatsachen das Abstimmungsverhalten der Bürger beeinflussen und damit das Recht der Bürger wirkungslos machen könnte. Die - rechtlich zulässige - Schaffung vollendeter Tatsachen käme daher einem drohenden Rechtsverlust gleich.

II. Anordnungsanspruch
Die Antragstellerin hat jedoch einen den oben genannten Anforderungen gerecht werdenden Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). [...] Das Bürgerbegehren ist [...] deshalb unzulässig, weil es als sog. kassatorisches Bürgerbegehren die Sechswochenfrist nach Bekanntgabe des Beschlusses gemäß § 21 III 3, 2. Halbs. GemO zu beachten hatte, die Bürger aber ihre Unterschriften nicht mit dem erforderlichen Quorum (§ 21 III 5 GemO) nach Bekanntgabe des angegriffenen Gemeinderatsbeschlusses geleistet haben. [...]
Nach der gesetzlichen Bestimmung in § 21 Abs. 3 Satz 3, 2. Halbs. GemO [muss ein kassatorisches Bürgerbegehren] innerhalb von sechs Wochen nach der Bekanntgabe des Beschlusses eingereicht und in diesem Zeitraum von der in § 21 Abs. 3 Satz 5 GemO vorgegebenen Anzahl der Bürger unterzeichnet sein. Diesen Anforderungen dürfte das vorliegende Bürgerbegehren nicht genügen.
Rein zahlenmäßig war das erforderliche Quorum von 2.500 gültigen Unterschriften zwar bei Einreichung des Bürgerbegehrens am 29.09.2010 erreicht, der weit überwiegende, wenn nicht sogar der gesamte Anteil der Unterschriften ist aber nicht nach dem mit dem Bürgerbegehren angegriffenen Gemeinderatsbeschluss vom 28.09.2010 geleistet worden, sondern bereits in den Wochen davor „vorsorglich für den Fall eines eventuellen Gemeinderatsbeschlusses“, wie es in dem Schreiben der Bürgerinitiative vom 29.09.2010 heißt, mit dem das Bürgerbegehren eingereicht wurde. Bereits mit Schreiben vom 21.06.2010 hatten Vertreter der Bürgerinitiative die Antragsgegnerin über die zunächst beabsichtigte Durchführung eines sog. initiierenden Bürgerbegehrens informiert und in diesem Zusammenhang mit gleicher Fragestellung begonnen, Unterschriften zu sammeln, die nunmehr nach dem Gemeinderatsbeschluss vom 28.09.2010 für das am 29.09.2010 eingereichte kassatorische Bürgerbegehren vorgelegt wurden.

1. Ansicht des Senats
Eine solche Vorgehensweise ist mit der gesetzlichen Ausgestaltung des § 21 Abs. 3 GemO nicht vereinbar. Soll ein Gemeinderatsbeschluss durch einen mit dem Bürgerbegehren bezweckten Bürgerentscheid zu Fall gebracht und ersetzt werden, so setzt dies einen bereits existenten Gemeinderatsbeschluss voraus. Denn nur gegen einen solchen kann sich das Bürgerbegehren im Sinne der Fristenregelung richten.

a. Wortlaut

Aus der auf die Bekanntgabe des Beschlusses abstellenden Sechswochenfrist in § 21 Abs. 3 Satz 5 GemO folgt, dass nicht nur die Einreichung der Unterschriften innerhalb der vorgegebenen Frist erfolgen muss, sondern dass die Bürger vor ihrer Unterschriftsleistung auch Gelegenheit zur Kenntnis des angegriffenen Gemeinderatsbeschlusses hatten und damit die vorgegebene Anzahl von Unterschriften auch innerhalb dieser Frist geleistet werden muss.

b. Teleologie

Dies ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang sowie Sinn und Zweck der Regelung. Die bürgerschaftliche Entscheidungsbildung orientiert sich regelmäßig am jeweils aktuellen Planungsstand. Der Sach- und Informationsstand der Bürgerschaft kann sich aufgrund in einer öffentlichen Sitzung des Gemeinderats für und wider ein Vorhaben ausgetauschter Argumente ändern und den einen oder anderen Bürger dazu bewegen, sich entgegen seiner früheren Absicht nicht mehr mit seiner Unterschriftsleistung für die Durchführung eines Bürgerentscheids einzusetzen oder auch umgekehrt. Nichts anderes gilt für den vorliegenden Fall, in dem in der Gemeinderatssitzung vom 28.09.2010 auch aus der Sicht der Bürgerinitiative noch die verbindliche Klärung von Fragen zur geplanten finanziellen Beteiligung der Antragsgegnerin an dem Projekt des privaten Investors zu erwarten war.

Gerade wenn die Bürgerinitiative im Zusammenhang mit der Anerkennung des Gemeinderatsbeschlusses vom 28.09.2010 als bürgerbegehrensfähig damit argumentiert, dass das Für und Wider des projektierten Vorhabens sich erst in der Sitzung des Gemeinderats vom 28.09.2010 habe verlässlich beurteilen lassen, so muss sie sich im vorliegenden Zusammenhang auch entgegenhalten lassen, dass eine Unterschriftensammlung auf Vorrat, ohne dass die Bürgerschaft Kenntnis vom abschließenden Entscheidungsprozess des Gemeinderats hat, mit Sinn und Zweck des Bürgerbegehrens kaum zu vereinbaren sein dürfte. Es spricht daher alles dafür, dass das Quorum jeweils innerhalb der Ausschlussfrist erreicht werden muss und ein Stimmensammeln zu einem Bürgerbegehren „auf Vorrat" unzulässig ist (vgl. auch Sapper, VBlBW 1983, 89 ff. <94>; offen gelassen Senatsurteil v. 14.11.1983 - 1 S 1204/83 -, NVwZ 1985, 288 ff.).

2. Ablehnung der Gegenansicht

Die von Geitmann (vgl. VBlBW 2007, 321 ff.<324>), der für eine Abschaffung der Ausschlussfrist eintritt, vertretene gegenläufige Auffassung, würde die gesetzliche Sechswochenfrist bei kassatorischen Bürgerbegehren leerlaufen lassen. Mit dem Zuwarten auf eine vorhersehbare und erneut bürgerbegehrensfähige Beschlussfassung, bevor mit der Unterschriftensammlung begonnen wird, wird der Bürgerschaft auch nichts Unzumutbares angesonnen. Die gesetzliche Ausschlussfrist, die von vier auf sechs Wochen erweitert wurde, mag zwar immer noch knapp bemessen sein, ist aber der Rechtssicherheit und dem Grundsatz der Effizienz und Sparsamkeit der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung geschuldet und ermöglicht es bei entsprechender Vorbereitung und Information der Bürgerschaft in hinreichendem Maße, das erforderliche Quorum an Unterschriften innerhalb der Frist zu sammeln. [...]

III. Ergebnis

Von einem offensichtlich zulässigen Bürgerbegehren kann danach keine Rede sein.

Standort: VerwR AT — Problem: Jahresfrist des § 48 IV VwVfG

OVG BERLIN-BBG, BESCHLUSS VOM 20.06.2011
4 A N 9.11 (LKV 2011, 371)

Problemdarstellung:

Nach § 48 IV 1 VwVfG darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zurückgenommen werden, ab dem die Behörde Kenntnis von Tatsachen erhalten hat, welche die Rücknahme rechtfertigen. Diese vage Beschreibung des Fristbeginns lässt Raum für einen Streit darüber, wann genau diese Rücknahmefrist beginnt.

A. Nach einer Ansicht (z.B. Schoch, NVwZ 1985, 880, 884 m.w.N.) sei dies bereits dann der Fall, wenn alle für die Rücknahmeentscheidung relevanten Tatsachen auf dem Tisch des zuständigen Sachbearbeiters liegen. Danach wäre § 48 IV VwVfG eine *Bearbeitungsfrist*: Die Behörde hätte von dem Zeitpunkt an, wo ihr das Aktenmaterial vollständig vorliegt, ein Jahr lang Zeit, sich rechtliche Gedanken zu machen, ggf. das Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG zu betreiben (z.B. den Betroffenen nach § 28 VwVfG anzuhören) und am Ende den Rücknahmebescheid zu erstellen und bekanntzugeben. Eine rechtliche Würdigung der bekannten Tatsachen ist m.a.W. für den Fristbeginn irrelevant.

B. Nach h.M. handelt es sich bei § 48 IV VwVfG jedoch um eine *Entscheidungsfrist*, die erst beginnt, wenn das o.g. Prozedere abgeschlossen ist. Über die reine Tatsachenkenntnis sei danach erforderlich, dass die Behörde die Rücknehmbarkeit des ursprünglichen Verwaltungsakts erkannt habe. Dazu gehöre nicht nur die Erkenntnis, dass er rechtswidrig sei (§ 48 I 1 VwVfG), sondern die umfassende Kenntnis und Würdigung aller im Rahmen des § 48 VwVfG entschei-

dungsrelevanten Tatsachen, also z.B. auch solche des Vertrauensschutzes (§ 48 II VwVfG) oder die für die Ermessensentscheidung relevanten Tatsachen. Dergleichen wird regelmäßig erst nach Durchführung der Anhörung nach § 28 VwVfG der Fall sein.

C. Diese h.M. geht auf eine Entscheidung des Großen Senats des BVerwG zurück (BVerwGE 70, 356, 363 ff.) und wird seither in der Rspr. geschlossen vertreten. Auch das OVG Berlin-Brandenburg und das VG Potsdam als Vorinstanz folgen dieser Meinung. Für sie spricht der Wortlaut des § 48 IV VwVfG, wonach Kenntnis von Tatsachen vorliegen muss, "...welche die Rücknahme rechtfertigen". Es kommt also nicht nur darauf an, dass die Tatsachen vorliegen, sondern auch darauf, dass sie bereits daraufhin geprüft worden sind, ob eine Rücknahme gerechtfertigt ist. Zudem soll § 48 IV VwVfG der Behörde einen gewissen Entscheidungsdruck auferlegen. Diesen wird sie aber nicht empfinden können, wenn sie sich über die ihr vorliegenden Tatsachen noch keine Gedanken gemacht hat. Erkennt die Behörde nicht, dass sie einen Fall des § 48 VwVfG vor sich hat, wird sie auch keinen Fristendruck aus § 48 IV VwVfG verspüren.

Freilich führt diese Meinung zu erheblichen Nachteilen für den Bürger und die Rechtssicherheit, denn eine zögerlich arbeitende Behörde, die sich über die ihr vorliegenden Tatsachen keine Gedanken macht, wird damit belohnt, dass gegen sie keine Frist zu laufen beginnt.

D. Allerdings stellt das OVG im vorliegenden Beschluss auch klar, dass Rechtsirrtümer im Rahmen des § 48 VwVfG den Fristbeginn nicht hemmen. Hat die Behörde also alle Entscheidungstatsachen vorliegen, und hat sie diese unter Tatbestand und Rechtsfolge des § 48 VwVfG subsumiert, beginnt die Frist zu laufen, auch wenn die Subsumtion rechtlich fehlerhaft war (im Fall: die Behörde die Rücknahmemöglichkeit ursprünglich wegen eines vermeintlichen Regelvertrauensschutzes nach § 48 II 2 VwVfG verneint hatte, obwohl der Vertrauensschutz nach § 48 II 3 VwVfG ausgeschlossen war).

Prüfungsrelevanz:

A. Der Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG muss in einer Prüfungsklausur vor allem dann streitig dargestellt werden, wenn die beiden o.g. Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Sind im Sachverhalt keine Fristangaben enthalten oder ist auch die kürzere Bearbeitungsfrist offensichtlich eingehalten, genügt ein kurzer Hinweis auf die Streitfrage, ohne dass diese zu entscheiden ist.

B. Zu § 48 IV VwVfG gibt es einige weitere Merkposten, die nicht unbeachtet bleiben sollten:

- § 48 IV VwVfG gilt über den Verweis in § 49 II, III VwVfG auch für Widerrufsbescheide, nicht jedoch in Spezialgesetzen über Rücknahme und Widerruf, die keine eigenen Fristen und keinen Verweis enthalten (z.B. § 45 WaffG, BVerwGE 101, 24, 33; BVerwG, RA 2008, 211 = BayVBl 2008, 216).
- Streitig ist neben dem Fristbeginn auch, *welche* Behörde eigentlich Kenntnis von den Entscheidungstatsachen haben muss. Das BVerwG hat es bereits verneint, der zuständigen Behörde die frühere Kenntnis einer anderen Behörde zuzurechnen, weil es an einer Zurechnungsnorm fehlt (BVerwG, RA 2001, 299 = NJW 2001, 1440; noch offen gelassen in BVerwG, RA 2000, 366 = NJW 2000, 1512).
- Innerhalb der Rücknahmefrist kann es bereits zur Verwirkung des Rücknahmerechts kommen, wenn die Behörde ein entsprechendes Vertrauen beim Bürger geweckt hat (*VG Freiburg*, RA 2006, 444 = NVwZ-RR 2006, 464; vom OVG Berlin-Brandenburg hier offengelassen).

Vertiefungshinweise:

❑ Rechtsprechung zum Beginn der Frist des § 48 IV VwVfG: *BVerwGE* 70, 356; *BVerwG*, NVwZ 2002, 485; *OVG Münster*, RA 2000, 188 = NWVBl 2000, 105

❑ Unbeachtlichkeit von Rechtsirrtümern bei § 48 IV VwVfG: *BVerwG*, RA 2005, 254 = NVwZ-RR 2005, 341; *VG Freiburg*, RA 2006, 444 = NVwZ-RR 2006, 464

❑ Literatur zu § 48 IV VwVfG: *Schoch*, NVwZ 1985, 880; *Stadie*, DÖV 1992, 247; *Weides*, DÖV 1985, 434; *Allesch*, BayVBl 1984, 520

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Waffenbesitzkarte"

Leitsatz:

Die Jahresfrist des § 48 IV 1 BbgVwVfG beginnt zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind. Rechtsirrtümer oder unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen der Behörde hinsichtlich der Rücknahmevoraussetzungen des § 48 II BbgVwVfG stehen dem Lauf der Jahresfrist nicht entgegen.

Sachverhalt:

Der Bekl. nahm mit Bescheid vom 10.3.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.9.2009 einen Trennungsgeldbewilligungsbescheid vom 21.9.1995 für den Zeitraum vom 1.1. bis 30.9.1995 zurück und forderte den ausgezahlten Betrag zurück.

Der dagegen gerichteten Klage des Kl. gab das VG

statt. Die Rücknahme des Bewilligungsbescheides im Jahre 2005 scheitere an der Nichteinhaltung der Jahresfrist des § 48 IV BbgVwVfG. Nach einem im beigezogenen Verwaltungsvorgang enthaltenen Vermerk habe der Bekl. bereits im Jahre 1999 die Rücknahme der Trennungsgeldbewilligung und die Rückforderung der Trennungsgeldzahlungen vom Kl. für den hier fraglichen Zeitraum geprüft und davon abgesehen.

Vorausgegangen war ein rechtskräftiger Abschluss eines Gerichtsverfahrens, in dem das VG eine Klage des Kl. auf Weiterzahlung von Trennungsgeld ab dem 1.10.1995 abgewiesen hatte. In dieser Entscheidung (VG Potsdam, Urt. v. 22. 4. 1999 – 2 K 3356/96) wurde ausgeführt, dass der Kl. für den Bewilligungszeitraum vom 1.1. bis 30.9.1995 nicht die erforderlichen Nachweise für sein fortwährendes Bemühen um eine angemessene Wohnung geführt habe, was für die uneingeschränkte Umzugswilligkeit zur Trennungsgeldgewährung erforderlich sei.

Der Antrag des Bekl. auf Zulassung der Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Vorbringen des Bekl., die Jahresfrist des § 48 IV BbgVwVfG für die Rücknahme des Trennungsgeldbescheides vom 21.9.1995 sei auch im März des Jahres 2005 noch nicht abgelaufen gewesen, weil dem Ministerium im Zeitpunkt des Vermerks aus dem Jahre 1999 nicht bekannt gewesen sei, dass der Kl. sich wegen grob fahrlässiger Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides nach § 48 II 3 Nr. 3 BbgVwVfG nicht auf Vertrauensschutz habe berufen können, stellt die Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung nicht mit schlüssigen Gegenargumenten infrage.

A. Beginn der Jahresfrist des § 48 IV VwVfG

Nach § 48 IV 1 BbgVwVfG darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zurückgenommen werden, zudem die Behörde Kenntnis von Tatsachen erhalten hat, die die Rücknahme rechtfertigen. Das VG ist zutreffend unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG (Beschl. des Großen Senats v. 19. 12. 1984, BVerwGE 70, 356; BVerwG, Urt. v. 20. 9. 2001, NVwZ 2002, 485) davon ausgegangen, dass diese Frist erst zu laufen beginnt, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind.

I. Voraussetzung: Umfassende Tatsachenkenntnis

Zur vollständigen Kenntnis des für die Entscheidung über die Rücknahme des Verwaltungsakts erheblichen Sachverhalts gehören – worauf der Bekl. zutreffend hingewiesen hat –, auch die Tatsachen, die im Falle des § 48 II BbgVwVfG ein Vertrauen des Begünstigten in den Bestand des Verwaltungsakts entweder nicht rechtfertigen oder nicht schutzwürdig erscheinen lassen.

Ausgehend von diesem Maßstab ist das VG in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Jahresfrist für die Rücknahme nach § 48 IV 1 BbgVwVfG jedenfalls mit Ablauf des Jahres 2000 verstrichen sei, weil das Ministerium nach dem rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens auf Fortzahlung der Trennungsgeldzahlungen mit dem Vermerk vom 4. 11. 1999 eine Entscheidung über die Rücknahme getroffen habe. Diese Entscheidung habe gelautet, dass die Gewährung des Trennungsgeldes an den Kl. zwar rechtswidrig gewesen sei, die Rechtswidrigkeit für den Kl. indessen nicht erkennbar und sein Vertrauen auf die Richtigkeit der Trennungsbewilligung somit schutzwürdig i. S. d. § 48 I BbgVwVfG gewesen sei.

II. Rechtsirrtümer irrelevant

Soweit der Bekl. hiergegen einwendet, dem Ministerium sei die „grob fahrlässige Unkenntnis des Kl. über die Rechtswidrigkeit des Trennungsgeldbescheides" im Jahre 1999 nicht bekannt gewesen, legt er nicht substantiiert dar, dass eine für die Rücknahme und Rückforderungsentscheidung erhebliche Tatsache ihm nicht bekannt gewesen ist. Vielmehr wird in dem Vermerk vom 4. 11. 1999, ohne Berücksichtigung des § 48 II 3 Nr. 3 BbgVwVfG, festgehalten, dass der Kl. schutzwürdig sei, weil die Rechtswidrigkeit ihm nicht erkennbar gewesen sei – er seinen Anspruch sogar im Wege des Klageverfahrens habe durchsetzen wollen – und weil er die gewährte Leistung i. S. d. § 48 II 2 BbgVwVfG verbraucht habe. Insoweit führt das VG der Sache nach zu Recht aus, dass Rechtsirrtümer oder unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen der Behörde hinsichtlich der Rücknahmevoraussetzungen des § 48 II BbgVwVfG, die keinen Bezug zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts haben, dem Lauf der Frist nach § 48 IV 1 BbgVwVfG Jahresfrist nicht entgegenstehen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 48 Rn. 157 m. w. N.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 22. 10. 1987, NVwZ 1988, 349). Dies entspricht auch der Zielsetzung des § 48 IV 1 BbgVwVfG, der im Interesse der Rechtssicherheit verlässlich eine Grenze schaffen möchte, wann der zur Entscheidung anstehende Rücknahmefall seine abschließende Erledigung gefunden hat. [...]

III. Umfassende Tatsachenkenntnis i.d.R. erst nach Anhörung gegeben

Auch der Einwand des Bekl., die Jahresfrist habe hier nicht zu laufen begonnen, weil der Kl. nur zu der Frage angehört worden sei, ob ein Teil des Trennungsgeldes verbraucht worden sei oder ob er noch bereichert sei, vermag die Richtigkeit der Entscheidung des

VG, dass die Frist des § 48 IV BbgVwVfG hier nicht eingehalten sei, nicht ernstlich in Zweifel zu ziehen.
Es ist zwar zutreffend, dass die Jahresfrist, nachdem die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat, erst dann zu laufen beginnt, wenn ihr die für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind. Zur Herstellung der Entscheidungsreife gehört daher regelmäßig auch die Anhörung des Betroffenen, denn seine Einwände können nur dann ernstlich zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen werden, wenn sich die Behörde ihre Entscheidung bis zum Abschluss des Anhörungsverfahrens offenhält (BVerwG, Urt. v. 20. 9. 2001, NVwZ 2002, 485; Beschl. v. 4. 12. 2008 – 2 B 60/08, juris). Hier hat aber die Anhörung des Betroffenen bereits mit Schreiben vom 12. 8. 1999, das mit „Rückforderung überzahlten Trennungsgeldes" überschrieben ist, stattgefunden. Dass der Inhalt des Anhörungsschreibens aufgrund unzutreffender rechtlicher Schlussfolgerungen nur auf die Voraussetzung des § 48 II 2 BbgVwVfG und nicht auf die Voraussetzung dessen Abs. 2 Satz 3 abstellte, ist dagegen unbeachtlich. Andernfalls könnte eine Behörde durch eine bewusste Beschränkung des Anhörungsinhalts über den Lauf der im Interesse der Rechtssicherheit geschaffenen Jahresfrist weitestgehend disponieren.

B. Ergebnis

Da sich die angegriffene Entscheidung damit im Ergebnis als richtig erweist, bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob der Kl. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der selbständig tragenden weiteren Begründung des VG dargetan hat, wonach die Befugnis zur Rücknahme der Bewilligungsbescheide auch verwirkt sei.

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 (*zugleich Öffentliches Recht*)

REDAKTEURE: Rechtsanwalt Wofgang Schmidt & Martin Jansen (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*)
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 *früherer* 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 *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: Kaufrecht — Problem: Erheblichkeit gem. § 323 V 2 BGB

BGH, URTEIL VOM 15.06.2011
VIII ZR 139/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. kaufte beim Bekl. einen Neuwagen für rund 26.000 €. In der Folgezeit rügte er insbesondere einen Mangel an der Lenkung des Fahrzeugs. Dies führte zu mehreren Nachbesserungsversuchen des Bekl., durch die der gerügte Mangel nicht behoben werden konnte. Schließlich trat der Kl. vom Kaufvertrag zurück und klagte auf Rückzahlung des Kaufpreises. Im Rahmen des Prozesses vor dem Landgericht wurde ein Gutachten eingeholt, aus dem sich ergab, dass der Mangel an der Lenkung auf eine fehlerhafte Achseneinstellung zurückzuführen war. Diese Fehleinstellung hätte mit verhältnismäßig geringem Kostenaufwand (maximal 1.300 €) behoben werden können.

Der Bekl. meint, der Rücktritt sei gem. § 323 V 2 BGB wegen Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen, da der Reparaturumfang allenfalls 5 % des Kaufpreises betrage.

Prüfungsrelevanz:

Die Examensrelevanz des Kaufrechts ist ungebrochen hoch. Der u.a. für das Kaufrecht zuständige achte Senat des BGH sieht sich zu einem Großteil mit Fällen aus dem Bereich des Pkw-Kaufs konfrontiert und schafft somit immer wieder Klausurvorlagen. Examenskandidaten müssen die aktuelle Rechtsprechung zumindest überschlägig im Auge behalten.

Dem Kl. könnte hier ein Rückzahlungsanspruch aus § 346 I BGB zustehen, wenn er wirksam gem. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten ist. Ein Mangel i.S.d. § 434 BGB lag bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) vor, da ein Fehler an der Lenkung bei Sachen gleicher Art nicht üblich ist und daher vom Käufer auch nicht erwartet werden muss (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Die gem. § 323 I BGB erforderliche Fristsetzung war zwar nicht gem. § 323 II BGB, aber gem. § 440 S. 1 BGB entbehrlich, da die Nacherfüllungsversuche des Bekl. erfolglos geblieben waren. Es stellte sich jedoch die Frage, ob der Rücktritt an § 323 V 2 BGB scheiterte. Dann dürfte die Pflichtverletzung (bzw. der Mangel) nicht unerheblich gewesen sein. Eine einheitliche Erheblichkeitsschwelle i.S.d. § 323 V 2 BGB besteht nicht. Die Rechtsprechung nimmt (teilweise unter Rückgriff auf § 651 e BGB) einen erheblichen Mangel an, wenn die Beseitigungskosten zwischen 10 und 20 % der vereinbarten Gegenleistung liegen (Palandt/*Grüneberg*, § 323 Rn. 32 m.w.N., etwas weiter MünchKommBGB/*Ernst*, § 323 Rn. 243). Unerheblich in diesem Sinne ist jedenfalls ein Mangel, dessen Beseitigungskosten unter 5 % der Gegenleistung liegen (Palandt/*Grüneberg*, § 323 Rn. 32 m.w.N.). Vorliegend ist damit von einem unerheblichen Mangel gem. § 323 V 2 BGB auszugehen, da dieser maximal 5 % des Kaufpreises ausmacht.

Allerdings war dies im Zeitpunkt des Rücktritts des Kl. nicht erkennbar. Dem Rücktritt waren vielmehr erfolglose Nacherfüllungsversuche vorangegangen, so dass der Kl. davon ausgehen konnte, dass ein erheblicher Mangel vorlag. Erst durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens im Rechtsstreit konnte schließlich festgestellt werden, dass ein unerheblicher Mangel vorlag. Der Senat stellt klar, dass hinsichtlich der Beurteilung der Erheblichkeit der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung maßgebend ist (so schon BGH, NJW 2011, 1664 und NJW 2009, 508). Stellt sich im Nachhinein heraus, dass tatsächlich ein nach § 323 V 2 BGB unerheblicher Mangel vorliegt, führt dies nicht rückwirkend zu einer anderen Betrachtung.

Der Rücktritt des Kl. war daher nicht gem. § 323 V 2 BGB ausgeschlossen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Erheblichkeitsschwelle des § 323 V 2 BGB: *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2009, 741 (bei Mängelbeseitigungskosten von weniger als 10 % des Pauschalpreises ist Einzelfallbetrachtung notwendig); *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2008, 1230 ("ruckelndes" Automatikgetriebe als erheblicher Mangel); *OLG Köln*, NJW 2007, 1694 (Nachbesserungsaufwand von 5 % des Kaufpreises kein unerheblicher Mangel)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"
❑ *Examenskurs:* "Das verschmähte Gefährt"
❑ *Assessorkurs:* "Der verunfallte Rolls-Royce"

Leitsatz:

Für die Frage, ob das Rücktrittsrecht eines Käufers wegen der Lieferung einer mangelhaften Sa-

che gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist, ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Ist zu diesem Zeitpunkt die Mangelursache trotz mehrerer vorausgegangener Reparaturversuche nicht bekannt und des- wegen nicht absehbar, ob und mit welchem Aufwand der Mangel beseitigt werden kann, wird ein zum Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht zu einem geringfügigen Mangel, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Mangel mit verhältnismäßig geringem Aufwand behoben werden kann (Bestätigung der Senatsurteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 und vom 9. März 2011 - VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Pkw M.-Kombi, welchen der Kläger unter Inzahlunggabe eines Gebrauchtfahrzeugs im Mai 2003 als Neufahrzeug bei dem Beklagten, einem Vertragshändler des Herstellers M., zu einem Kaufpreis von 25.860 € nebst gesondert berechnetem Zubehör bestellt und im September 2003 ausgeliefert erhalten hatte. Der Kläger rügte in der Folgezeit eine Vielzahl von Mängeln, die zu einer Reihe von Werkstattaufenthalten führten, und zwar unter anderem Mängel an der Lenkung des Fahrzeugs. Namentlich gestützt auf Korrosionserscheinungen und Farbabplatzungen im Bereich des Fahrzeugunterbodens sowie auf einen Sägezahnabrieb der Reifen trat er schließlich mit Anwaltsschreiben vom 23. November 2005 vom Kaufvertrag zurück.

Das Landgericht hat - unter Abzug einer Nutzungsentschädigung - der auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs gerichteten Klage weitgehend, nämlich in Höhe von 22.291,31 € zuzüglich 552,31 € anteiliger vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, stattgegeben. Dabei hat es zum einen vorhandene Rostanhaftungen am Unterboden des Fahrzeugs und zum anderen Fehler an der vorderen Achseinstellung als Mängel angesehen, die den erklärten Rücktritt rechtfertigten. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils insgesamt abgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

[5] Die Korrosion an dem an der Unterseite des Fahrzeugs angeschraubten Fahrgestell und den dort befindlichen Gussteilen stelle bereits keinen Sachmangel dar. Demgegenüber stelle die nach dem eingeholten Sachverständigengutachten fehlerhaft eingestellte Achsgeometrie des Fahrzeugs zwar einen Mangel dar, der sich in Form von Lenkschwierigkeiten und Instabilitäten insbesondere bei höheren Geschwindigkeiten auf die Verkehrssicherheit ausgewirkt sowie in einem ungleichmäßigen Verschleiß der Reifen niedergeschlagen habe. Insoweit sei es auch unschädlich, dass der Kläger sein Rücktrittsverlangen nicht genau auf diesen Mangel gestützt habe, dessen Ursache den Parteien vor Erstellung des Sachverständigengutachtens unbekannt gewesen sei, so dass selbst der Beklagte die mit der Lenkung bestehenden Probleme durch andere, im Ergebnis aber erfolglose Maßnahmen zu beseitigen versucht habe. Gleichwohl rechtfertige dieser Mangel, dessen Auswirkungen der Kläger immer wieder moniert und dabei mit dem Sägezahnabrieb so beschrieben habe, dass sein Rücktrittsverlangen grundsätzlich auch hierauf gestützt werden könne, einen Rücktritt nicht. Denn der Mangel sei ungeachtet der von ihm ausgehenden Beeinträchtigung der Fahrsicherheit unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB. In die dazu vorzunehmende Interessenabwägung sei nämlich auch einzustellen, dass die mit maximal 1.300 € anzusetzenden Kosten einer Mangelbeseitigung noch nicht einmal bei fünf Prozent des vom Kläger gezahlten Kaufpreises lägen. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der Kläger - verbunden mit Arglistvorwürfen - immer wieder unberechtigte Mängelrügen erhoben und den Beklagten auch insoweit zu zahlreichen Nachbesserungsversuchen veranlasst habe. Dies rechtfertige es, den Kläger hinsichtlich des einzig bestehenden Mangels auf das ihm nach § 437 Nr. 1, § 439 BGB verbleibende Nacherfüllungsrecht zu verweisen, zumal eine Nachbesserung noch möglich sei und der Kläger die Annahme einer Nacherfüllung hinsichtlich des ihm damals selbst noch unbekannten Mangels bislang nicht endgültig abgelehnt habe.

B. Entscheidung des BGH

[6] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Es kann dahin stehen, ob in den vom Berufungsgericht festgestellten Rostanhaftungen an der Fahrzeugunterseite ein Mangel des Fahrzeugs liegt. Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedenfalls die Annahme des Berufungsgerichts, der Mangel der vorderen Achseinstellung sei eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, so dass dem Kläger kein Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2 BGB zustehe, sondern er sich auf eine Nacherfüllung verweisen lassen müsse. Der Kläger kann vielmehr gemäß § 437 Nr. 2, § 440, § 323 Abs. 1 und 2, § 346 Abs. 1, § 348 BGB von dem Be-

klagten die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich gezogener Gebrauchsvorteile Zug um Zug gegen Rückgewähr des gekauften Fahrzeugs beanspruchen, da die Beseitigung des Mangels durch den Beklagten zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nach mehrfachen vergeblichen Beseitigungsversuchen fehlgeschlagen war.

I. Benennung des Rücktrittsgrundes hinreichend konkret

[7] Zutreffend sieht das Berufungsgericht es allerdings als unschädlich an, dass der Kläger für den von ihm erklärten Rücktritt nicht die fehlerhafte Achseinstellung herangezogen hat, die erst im Zuge des im Prozess eingeholten Sachverständigengutachtens festgestellt worden ist. Zwar muss, wenn der Rücktritt - wie hier - auf ein Fehlschlagen bisher erfolgter Nachbesserungsversuche gestützt wird, der betreffende Mangel zuvor hinreichend konkret angesprochen und zur Nachbesserung gestellt worden sein. Das ist vorliegend jedoch geschehen. Denn der Kläger hat sich bei seinem Rücktritt auch auf einen fortbestehenden Sägezahnabrieb der Reifen gestützt, für den die bei der bisherigen Fehlersuche nicht als fehlerhaft erkannte Achseinstellung jedenfalls mitursächlich war. Das Berufungsgericht hat deshalb die vom Kläger über den Sägezahnabrieb beanstandete fehlerhafte Achseinstellung, welche der Beklagte bis dahin trotz diverser Nachbesserungsversuche, die alle nicht an der richtigen Stelle angesetzt hatten, nicht hatte beseitigen können, mit Recht als geeignet angesehen, den erklärten Rücktritt zu rechtfertigen.

II. Rücktrittsrecht nicht gem. § 323 V 2 BGB ausgeschlossen

[8] Zu Unrecht meint das Berufungsgericht jedoch, der Kläger sei mit einem hierauf gestützten Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil die Pflichtverletzung des Beklagten im Hinblick darauf unerheblich sei, dass die fehlerhafte Achseinstellung mit einem Reparaturkostenaufwand von weniger als fünf Prozent des Fahrzeugkaufpreises behoben werden könne.

[9] Das Berufungsgericht hat dabei verkannt, dass für die Beurteilung der Frage, ob die in der Lieferung eines mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung unerheblich ist und deswegen das Rücktrittsrecht des Käufers ausschließt, auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen ist (Senatsurteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 19; vom 9. März 2011 - VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 18). Zu diesem Zeitpunkt war die Ursache des Sägezahnabriebs der Bereifung trotz mehrerer vorausgegangener Reparaturversuche des Beklagten noch nicht bekannt und deswegen nicht absehbar, ob und mit welchem Aufwand der Mangel beseitigt werden kann. Bei einer solchen Konstellation kann dem Mangel die Erheblichkeit nicht abgesprochen werden. Daran ändert nichts, dass durch das im Verlauf des Rechtsstreits eingeholte Sachverständigengutachten die Ursache des Sägezahnabriebs der Reifen offenbar geworden ist und sich herausgestellt hat, dass die fehlerhafte Achseinstellung mit verhältnismäßig geringem Kostenaufwand korrigiert werden kann. Denn dadurch kann ein zum Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht zu einem geringfügigen Mangel im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB werden (Senatsurteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, aaO Rn. 20; vom 9. März 2011 - VIII ZR 266/09, aaO).

[10] Der vom Berufungsgericht im Rahmen seiner Überlegungen zur Wirksamkeit des Rücktritts weiter herangezogene Umstand, dass der Kläger den Beklagten zuvor schon durch eine Reihe unzutreffender Mängelrügen zu zahlreichen Nachbesserungsversuchen veranlasst habe, ist für die Beurteilung der Erheblichkeit des zuletzt jedenfalls noch vorhandenen Mangels der Achseinstellung irrelevant und hat daher außer Betracht zu bleiben.

Standort: Arbeitsrecht — Problem: § 14 II 2 TzBfG

BAG, URTEIL VOM 06.04.2011
7 AZR 716/09 (NZA 2011, 905)

Problemdarstellung:

Die Kl. war in den Jahren 1999 und 2000 zeitweise bei dem Bekl. als studentische Hilfskraft beschäftigt. Im Mai 2006 schloss sie mit dem Bekl. erneut einen Arbeitsvertrag, der eine Befristung bis zum 31.07.2008 vorsah. Ein Grund für die Befristung wurde nicht benannt.

Die Kl. ist der Ansicht, die Befristung sei wegen Verstoßes gegen das sog. „Anschlussverbot“ des § 14 II 2 TzBfG unwirksam. Sie begehrt die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Befristung zum 31.07.2008 beendet wurde.

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende Urteil des BAG ist als kleine Sensation zu werten. Denn der Senat weicht von langjähriger Rechtsprechung und einer gefestigten Literaturansicht ab. Damit ist die Entscheidung äußerst examensrelevant, wenn auch das Befristungsrecht eher seltener zum Prüfungsstoff zu rechnen ist.

Die Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverhält-

nissen ist in § 14 TzBfG geregelt. Zu unterscheiden ist zwischen der Befristung mit Sachgrund (Abs. 1) und der sachgrundlosen Befristung (Abs. 2). Abs. 1 S. 2 enthält einen nicht abschließenden Katalog zulässiger Sachgründe. Abs. 2 S. 1 stellt es dem Arbeitgeber frei, das Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund zu befristen. Jedoch gilt dies gem. Abs. 2 S. 2 nicht, wenn bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis mit dem selben Arbeitgeber bestand (sog. „Anschlussverbot"). Dann ist allenfalls eine Sachgrundbefristung nach Abs. 1 möglich.

Die Regelung in § 14 II 2 TzBfG warf jeher die Frage nach einer zeitlichen Beschränkung auf. Geht man allein vom Wortlaut („zuvor") aus, steht auch eine extrem lange zurückliegende Beschäftigung dem Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages entgegen. So wäre nach dem Wortlaut des § 14 II 2 TzBfG ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag mit einem 60-jährigen Arbeitnehmer unzulässig, wenn dieser bereits als Schüler einen Ferienjob beim selben Arbeitgeber ausgeübt hatte. Nichtsdestotrotz vertraten die Rechtsprechung und weite Teil der Literatur eben diese Auslegung des § 14 II 2 TzBfG – das „Anschlussverbot" hatte damit den Charakter einer lebenslänglichen Sperre hinsichtlich der sachgrundlosen Befristung (vgl. *Schiefer*, DB 2000, 2118).

Diese Ansicht gibt der Senat nun auf. Im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt er eine Drei-Jahres-Grenze: Danach steht eine Zuvor-Beschäftigung beim selben Arbeitgeber dem Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages nicht entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt. Der Senat begründet seine Auffassung durch eine schulbuchmäßige Auslegung des § 14 II TzBfG die unbedingt lesenswert ist. Der legitime Normzweck liege darin, den Missbrauch der Befristung durch den Abschluss von Kettenverträgen bzw. Befristungsketten zu verhindern. Zur Erreichung dieses Zwecks sei es aber nicht erforderlich, in § 14 II 2 TzBfG ein lebenslanges „Anschlussverbot" zu sehen. Immerhin widerspreche dies im Einzelfall auch den Interessen des (potentiellen) Arbeitnehmers aus Art. 12 GG, so dass von einem uneingeschränkten „Anschlussverbot" eine strukturell einstellungshemmende Wirkung ausgehe.

Da vorliegend die vom Senat ausgegebene Drei-Jahres-Grenze überschritten war, konnte der Bekl. das Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund befristen. Das Feststellungsbegehren der Kl. hatte keinen Erfolg.

Prozessual sei auf das Vorgehen der Kl. gem. § 17 TzBfG hingewiesen. Die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Befristung beendet sei, ist im Wege der sog. Entfristungsklage zu verfolgen. Obwohl in der Sache ein Feststellungsantrag, bedarf es der Darlegung des Feststellungsinteresses gem. § 256 ZPO nicht, wenn nicht neben der Entfristung eine anderweitige, selbständige Feststellung begehrt wird (vgl. ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 15). Die materielle Ausschlussfrist des § 7 KSchG ist gem. § 17 S. 2 TzBfG zu beachten.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Streit über eine zeitliche Grenze bei § 14 II 2 TzBfG: *BAG*, NZA 2005, 218; *Hromadka*, NJW 2001, 404; *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2072; *Richardi/Annuß*, BB 2000, 2204; *Dörner,* ZTR 2001, 489; *Kliem*t, NZA 2001, 300; *Dassau*, ZTR 2001, 64; *Blanke*, AiB 2000, 734; *Lakies*, DZWIR 2001, 13 (gegen eine zeitliche Beschränkung); *Löwisch*, BB 2001, 254; *Straub*, NZA 2001, 926; *Bauer*, BB 2001, 2475; *Osnabrügge*, NZA 2003, 642; *Sasse*, ArbRB 2003, 148 (für eine zeitliche Beschränkung)

❑ Zum Entfristungsprozess: *Bayreuther*, JuS 2004, 145 (Assessorexamensklausur); *Sagmeister*, JuS 2007, 841 (Referendarexamensklausur)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die überflüssige Frieda"

Leitsatz:

Der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre zu befristen, steht ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit demselben Arbeitgeber nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.(Rn.13)

Sachverhalt (verkürzt):

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 31. Juli 2008 geendet hat.

Die Klägerin ist Lehrerin. Während ihres Studiums war sie aufgrund zweier mit dem beklagten Freistaat geschlossener Arbeitsverträge an der Universität C/P Fakultät als studentische Hilfskraft vom 1. November bis zum 31. Dezember 1999 mit einer monatlichen Arbeitszeit von 20 Stunden und vom 1. bis zum 31. Januar 2000 mit einer monatlichen Arbeitszeit von 10 Stunden beschäftigt. Sie war mit Textkorrekturen sowie Kopierarbeiten befasst. Von August 2004 bis Juli 2006 absolvierte sie ihren Vorbereitungsdienst am Beruflichen Schulzentrum für T in O. Im Juli 2006 erwarb sie die Lehrbefähigung für das Höhere Lehramt an berufsbildenden Schulen in den Unterrichtsfächern Wirtschaft/Verwaltung und Ethik/Philosophie. Am 29. Mai 2006 schloss die Klägerin mit dem beklagten Freistaat - vorbehaltlich des Nachweises über den Abschluss der Zweiten Staatsprüfung für das Höhere Lehramt an berufsbildenden Schulen - einen Ar-

beitsvertrag für die Zeit vom 1. August 2006 bis zum 31. Juli 2008. Unter § 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags heißt es, dass sich das Arbeitsverhältnis „für die Dauer der Mitgliedschaft des Freistaates Sachsen in der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) nach dem Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts - Manteltarifliche Vorschriften - (BAT-O) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der TdL jeweils geltenden Fassung“ bestimmt. Das im Vertrag vorgesehene Textfeld „Grund der Befristung“ ist nicht ausgefüllt. In zwei von der Klägerin ausgefüllten formularmäßigen Personalbogen vom 1. August 2004 und vom 13. Juni 2006 gab sie ihre Beschäftigungen als studentische Hilfskraft beim beklagten Freistaat nicht an.
Mit ihrer am 20. August 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - die Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses sowie ihre Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits begehrt.

Aus den Gründen:

[8] Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Befristungskontrollklage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.

A. Klageantrag zu 1. (Entfristung)
[9] Der zulässige Klageantrag zu 1. ist unbegründet.
[12] Die für die Dauer vom 1. August 2006 bis zum 31. Juli 2008 vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Die dreimonatige Beschäftigung der Klägerin beim beklagten Freistaat als studentische Hilfskraft in einem zeitlichen Gesamtumfang von 50 Stunden steht der sachgrundlosen Befristung des über sechs Jahre später geschlossenen Arbeitsvertrags als Lehrkraft nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen. Es kommt nicht darauf an, ob ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG besteht.

I. § 14 II TzBfG als maßgebliche Vorschrift
[13] Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine Vorbeschäftigung iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist nicht gegeben, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

II. Streitstand hins. § 14 II 2 TzBfG

1. Absolutes, lebenslängliches Anschlussverbot
[14] Allerdings hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil vom 6. November 2003 ausgeführt, das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG enthalte - anders als noch § 1 Abs. 3 des Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung idF vom 1. Oktober 1996 - keine zeitliche Begrenzung; auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis komme es damit grundsätzlich nicht an (BAG 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - zu B I 3 der Gründe, BAGE 108, 269). Hieran hat der erkennende Senat im Juli 2009 in einem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss angeknüpft und ausgeführt, das Bundesarbeitsgericht habe bereits entschieden, dass es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis ebenso wenig ankomme wie auf die Art der vorherigen Tätigkeit des Arbeitnehmers in dem Betrieb oder für den Betriebsinhaber. Der Senat halte den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für eindeutig (vgl. BAG 29. Juli 2009 - 7 AZN 368/09 - Rn. 2, EzTöD 100 TVöD-AT § 30 Abs. 1 Sachgrundlose Befristung Nr. 12).
[15] Auch das arbeitsrechtliche Schrifttum interpretiert § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG überwiegend als zeitlich uneingeschränktes, „absolutes“ oder „lebenslanges“ sog. Anschlussverbot (AnwK-ArbR/Studt 2. Aufl. Bd. 2 § 14 TzBfG Rn. 91; APS/Backhaus 3. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 381; Arnold/Gräfl Gräfl TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 256; Dörner Der befristete Arbeitsvertrag 2. Aufl. Rn. 431 f.; Gräfl FS Bauer S. 375, 379 f.; HaKo/Mestwerdt 3. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 168; Hk-TzBfG/Boecken 2. Aufl. § 14 Rn. 119; Holwe/Kossens/Pielenz/Räder TzBfG 3. Aufl. § 14 Rn. 118; HWK/Schmalenberg 4. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 109; Kliemt NZA 2001, 296, 300; KR/Lipke 9. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 420; LS/Schlachter 2. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 112; Meinel/Heyn/Herms 3. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 154; MünchArbR/Wank 3. Aufl. § 95 Rn. 116; Rolfs TzBfG § 14 Rn. 75; Schaub/Koch ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 39 Rn. 12; Schmalenberg NZA 2001, 938; Sievers TzBfG 3. Aufl. § 14 Rn. 390; kritisch zB Annuß/Thüsing/Maschmann TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 78; Hromadka BB 2001, 627; Preis NZA 2005, 714, 715 f.; Preis/Gotthardt DB 2000, 2065, 2072; vgl. auch dies. DB 2001, 145, 152; Richardi/Annuß BB 2000, 2201, 2204; Schiefer DB 2000, 2118, 2122; aA insbesondere mit näherer Begründung ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 98 f.; Löwisch BB 2001, 254; ebenso Bauer BB 2001, 2473, 2475; Osnabrügge NZA 2003, 639, 642; Straub NZA

2001, 919, 926; Persch ZTR 2010, 2 mit vor allem verfassungsrechtlichen, auch Art. 33 Abs. 2 GG einbeziehenden Erwägungen).

2. Entscheidung des Senats: Zeitliche Einschränkung geboten

[16] Nach erneuter Prüfung hält der Senat an dem zeitlich völlig uneingeschränkten Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht fest. Unter Berücksichtigung aller Auslegungskriterien ist ein Verständnis der Vorschrift in dem Sinne geboten, dass das Zuvorbeschäftigungsverbot zeitlich eingeschränkt ist. Der Wortlaut und die Gesetzessystematik zwingen zu keiner bestimmten Auslegung. Die Gesetzesgeschichte deutet eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Zuvorbeschäftigung. Dagegen sprechen der Normzweck, Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit sowie insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen für eine zeitliche Beschränkung des Verbots.

3. Auslegung

a) Wortlaut

[17] Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gebietet zwingend kein bestimmtes Auslegungsergebnis. Er ist im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „bereits zuvor“ nicht eindeutig. Die Normaussage steht zwar in einem unmissverständlichen situativen Zusammenhang zu einem Arbeitsverhältnis, das mit demselben Arbeitgeber bereits bestand. In seiner zeitlich-inhaltlichen Dimension ist das Adverb „bereits zuvor“ aber mehreren Deutungen zugänglich. Der Aussagegehalt erschließt sich, wie auch bei anderen temporalen adverbialen Bestimmungen, regelmäßig erst aus dem satzinternen oder -externen Bedeutungszusammenhang. „Bereits zuvor“ kann etwa ausdrücken „jemals zuvor“ bzw. „irgendwann zuvor“, „unmittelbar zuvor“ oder „mit dem Bezugsereignis oder der Bezugssituation in einem zeitlichen und/oder sachlichen Zusammenhang stehend“. Ginge man davon aus, der Gesetzgeber habe eine sachgrundlose Befristung generell nicht mehr zulassen wollen, wenn der Arbeitnehmer bereits irgendwann zuvor einmal in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber gestanden habe, ist dies im Gesetzestext jedenfalls nur unvollständig zum Ausdruck gekommen (Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 431; nicht für eindeutig halten den Wortlaut insbesondere auch: ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG Rn. 98 und Bauer NZA 2011, 241, 243). Dass die Verwendung der Worte „bereits zuvor“ nicht zwingend „jemals zuvor“ bedeutet, mag ein fiktives Beispiel belegen: Würde eine Regelung dahin lauten, dass die Anordnung von Nachtschicht unzulässig sei, wenn der Arbeitnehmer „bereits zuvor“ in einer Tagschicht gearbeitet habe, wäre ein Verständnis, Nachtschicht könne nicht mehr zulässig angeordnet werden, wenn der Arbeitnehmer „jemals zuvor“ eine Tagschicht absolviert habe, ersichtlich fernliegend. Als Adverbialkonstruktion ist der Normausdruck „bereits zuvor“ also kontextabhängig.

b) Gesetzessystematik

[18] Eine gesetzessystematische Textvergleichung gebietet ebenfalls kein bestimmtes Auslegungsergebnis. Die derzeitige Fassung des § 14 TzBfG lässt ohnehin keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der Worte „bereits zuvor“ zu. Der Umstand, dass sich zu § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG - in der seit dem 1. Mai 2007 geltenden Fassung - die Formulierung „unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses“ findet, spricht zwar dagegen, die Worte „bereits zuvor“ in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne von „unmittelbar zuvor“ zu verstehen. Er gebietet jedoch kein Verständnis, wonach „bereits zuvor“ gleichbedeutend mit „jemals zuvor“ sei. Die ursprüngliche - vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2002 geltende - und die darauf folgende - vom 1. Januar 2002 bis 30. April 2007 geltende - Fassung des § 14 Abs. 3 TzBfG, die in den Sätzen 2 und 3 eine Beschränkung der nach Satz 1 für ältere Arbeitnehmer möglichen sachgrundlosen Befristung dahin vorsah, dass zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber kein enger sachlicher Zusammenhang im Sinne eines Zeitraums von weniger als sechs Monaten liegen durfte, könnte zwar dafür sprechen, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich unbegrenzt zu verstehen. Zwingend ist dies aber nicht. Der systematische Kontext bedeutet eher nur, eine Vorbeschäftigung iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auch bei einer Unterbrechung von deutlich mehr als sechs Monaten anzunehmen.

c) Geschichte

[19] Die Gesetzesgeschichte des TzBfG spricht dafür, das Verbot der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich unbeschränkt zu verstehen [...].

d) Zweck

[23] Zweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ bzw. „Kettenverträgen“ missbraucht werden kann [...].

aa) Überschießende Rechtsfolge

[25] Hiernach rechtfertigt der mit § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TzBfG verfolgte Normzweck kein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung. Ein solches wäre überschießend. Ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung ist zur Verhinderung von „Befristungsketten“ nicht erforderlich. Wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehreren Jah-

ren liegt, kann von „Kettenverträgen“, „Befristungsketten“ oder „aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen“ nicht mehr gesprochen werden. Zugleich liefe ein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung dem mit § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG verfolgten Normzweck zuwider. Durch ein solches Verständnis würde nämlich arbeitssuchenden Arbeitnehmern, die vor längerer Zeit schon einmal bei dem Arbeitgeber beschäftigt waren, die Chance genommen, über ein zunächst nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG befristetes Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu gelangen. Die „Brücke zur Dauerbeschäftigung“, welche die sachgrundlose Befristung des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers sein soll, bliebe solchen Arbeitnehmern versperrt, ohne dass dies nach dem mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Zweck geboten wäre.

bb) Verfassungsrechtliche Erwägungen

[27] Entscheidend gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig uneingeschränkten Verbots der Vorbeschäftigung sprechen verfassungsrechtliche Erwägungen [...].

[29] Hiernach ist eine Auslegung des Verbots der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG als in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt geboten. Ein uneingeschränktes Anschlussverbot birgt strukturell die Gefahr, als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen. Der Arbeitnehmer wäre auch bei einer lang zurückliegenden Vorbeschäftigung gehindert, mit einem einstellungsbereiten Arbeitgeber einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Dies würde der in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden objektiven Wertentscheidung nicht hinreichend gerecht.

[30] Sowohl die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie als auch die Garantie der freien Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG schließen das Recht ein, Arbeitsverhältnisse durch die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen zu begründen, auszugestalten und zu befristen. Die Vertragsfreiheit als wesentlicher Ausdruck der Privatautonomie wird allgemein durch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Geht es um die Handlungsfreiheit gerade im Bereich der beruflichen Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG findet, scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab allerdings aus. Dies gilt insbesondere im Bereich des Individualarbeitsvertragsrechts (BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - zu C I 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 126, 286). Durch Art. 12 Abs. 1 GG wird der Einzelne in seinem Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen oder ein bestehendes Arbeitsverhältnis beizubehalten oder aufzugeben, vor staatlichen Maßnahmen geschützt, die ihn am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindern oder zur Annahme, Beibehaltung oder Aufgabe eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingen (BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 97, 169). Staatliche Maßnahmen, die den Arbeitnehmer in seiner Freiheit beschränken, mit einem einstellungswilligen Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis einzugehen und dieses privatautonom auszugestalten, bedürfen daher grundsätzlich einer Rechtfertigung.

[37] Das Verbot der Vorbeschäftigung stellt für die darunter fallenden Arbeitnehmer neben dem Schutz vor Befristungsketten typischerweise ein Einstellungshemmnis dar. Arbeitgeber, die sich aus unternehmerischen oder betrieblichen Erwägungen entschließen, eine freie Stelle - jedenfalls zunächst - befristet ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG zu besetzen, werden sich im Zweifel nicht für den Arbeitnehmer entscheiden, bei dem eine Vorbeschäftigung die Zulässigkeit der befristeten Einstellung ausschließt, sondern für denjenigen, bei dem einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags kein Hindernis entgegensteht. Der Arbeitgeber wird - typischerweise - in einem solchen Falle die unbefristete Einstellung eines Arbeitnehmers mit Vorbeschäftigung anstelle der befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers ohne Vorbeschäftigung allenfalls dann in Erwägung ziehen, wenn es ihm auf das „Know-how“ gerade des Arbeitnehmers mit Vorbeschäftigung ankommt. Davon wird besonders dann auszugehen sein, wenn der Arbeitnehmer in jüngerer Vergangenheit bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war. Der Arbeitgeber wird sich in solchen Konstellationen möglicherweise wegen der rechtlichen Unmöglichkeit einer sachgrundlosen Befristung für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entscheiden. Bei lange Zeit zurückliegenden Vorbeschäftigungen wird ein solcher Anreiz dagegen typischerweise nicht gegeben sein. Für Arbeitsplatzbewerber kann daher eine Vorbeschäftigung zu einem Einstellungshindernis werden (vgl. Hanau FS Wißmann S. 27, 35). Dies wird umso gravierender, je weniger Arbeitgeber für den Arbeitnehmer - etwa aufgrund seines Ausbildungsprofils - in Betracht kommen und je häufiger der Arbeitnehmer „vorbeschäftigt“ war.

[38] Die strukturell einstellungshemmende Wirkung ist - wie bei anderen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften auch - im Interesse des vom Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Ziels des arbeitsvertraglichen Bestandsschutzes hinzunehmen. Dies gilt jedoch nicht, wenn oder soweit sie zur Verwirklichung dieses Ziels als ungeeignet, nicht erforderlich oder unangemessen erscheint. Das ist bei einem zeitlich völlig unbeschränkten Verbot der Vorbeschäfti-

gung der Fall. Ein Verbot in diesem Verständnis erscheint schon weder als geeignet noch erforderlich, um „Befristungsketten“ zu vermeiden und arbeitsvertraglichen Bestandsschutz zu gewähren. Jedenfalls ist die aus dem Verbot der Vorbeschäftigung für Arbeitsplatzbewerber sich ergebende faktische Benachteiligung bei der Arbeitsplatzsuche bei lange Zeit zurückliegenden Vorbeschäftigungen unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten legitimen Zwecks nicht mehr angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinn).

4. Rechtsfortbildung: Drei-Jahres-Grenze

[39] Die hiernach gebotene Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in einem zeiteinschränkenden Sinn erfordert eine im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung. Eine solche ist, soweit der Gesetzgeber die erforderliche Konkretisierung unterlassen hat, bisweilen unumgänglich und in der Rechtsprechung nicht selten (vgl. etwa zur Konkretisierung des Lohnwuchers BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 13 ff., BAGE 130, 338; zur Frage, von welchem Umfang an eine Arbeitszeiterhöhung eine mitbestimmungspflichtige Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG darstellt, BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 74/07 - Rn. 19, BAGE 128, 351). Der Senat hat sich dabei insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit statt der ebenso in Betracht kommenden Anknüpfung an die Art und Dauer der Vorbeschäftigung für eine zeitliche Grenze entschieden, nach deren Überschreitung eine Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr anzunehmen ist. Für die genaue Festlegung des zeitlichen Abstands zwischen dem Ende des vorangegangenen und dem Beginn des sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses war in erster Linie der Zweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, „Befristungsketten“ und den Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge zu verhindern, maßgeblich. Ein Zeitraum von drei Jahren erscheint geeignet, erforderlich und angemessen, der Missbrauchsverhinderung Rechnung zu tragen. Eine schutzzwecküberschießende, die Berufsfreiheit unverhältnismäßig beschränkende Folge wird damit vermieden. Die Zeitspanne entspricht außerdem der gesetzgeberischen Wertung, die in der Dauer der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist nach § 195 BGB zum Ausdruck kommt. Diese dient dem Interesse der Rechtssicherheit und dem Vertrauen eines - etwaigen - Schuldners darauf, aus einem länger zurückliegenden Lebenssachverhalt nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Hierzu weist die erforderliche zeitliche Beschränkung des Verbots der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG wertungsmäßig Parallelen auf. Auch hier ist es sachgerecht, die Beteiligten nicht mehr mit Schwierigkeiten zu belasten, die mit der Aufklärung eines lange Zeit zurückliegenden abgeschlossenen Lebenssachverhalts verbunden sind. Die Grenze von drei Jahren erscheint gleichfalls unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes angemessen. Das Vertrauen der Arbeitsvertragsparteien darauf, dass einem Arbeitsvertrag, dessen Ende mehr als drei Jahre zurückliegt und der demzufolge regelmäßig für den Abschluss des neuen Vertrags keine wesentliche praktische Bedeutung mehr hat, keine Folgen mehr für die Gestaltung des neuen Vertrags zukommen, erscheint jedenfalls bei typisierender Betrachtung schützenswert.

B. Klageantrag zu 2. (Weiterbeschäftigung)

[46] Über den Klageantrag zu 2. hatte der Senat nicht zu entscheiden. Der Antrag steht unter der innerprozessualen Bedingung des Obsiegens mit dem Klageantrag zu 1. Diese Bedingung ist nicht eingetreten.

Standort: ZPO I — Problem: Berufung

BGH, BESCHLUSS VOM 30.06.2011
III ZB 24/11 (NJW 2011, 2662)

Problemdarstellung:

Der Kl. erstritt gegen die Bekl. ein Zahlungsurteil wegen Verletzung von Amtspflichten. Mit seinem Begehren drang der Kl. jedoch nur teilweise durch. Gegen die erstinstanzliche Entscheidung legte die Bekl. Berufung, der Kl. Anschlussberufung (§ 524 ZPO) ein.

Nachdem das Berufungsgericht mit der Verkündung des Berufungsurteils begonnen hatte, nahm die Bekl. die Berufung zurück. Das Gericht unterbrach die Verkündung und erteilte im Folgenden rechtliche Hinweise an die Parteien. Im Anschluss nahm die Bekl. die Berufung nochmals durch Schriftsatz zurück.

Der Kl. ist der Ansicht, eine wirksame Rücknahme durch die Bekl. sei nicht erfolgt.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung dürfte sich insbesondere zur Abfrage in einer mündlichen Prüfung (sowohl des ersten, als auch des zweiten Staatsexamens) eignen. Anders als die Materie vermuten ließe, sind vertiefte zivilprozessuale Kenntnisse zur Lösung der aufgeworfenen Streitfrage – bis zu welchem Zeitpunkt kann die Berufung zurückgenommen werden? – gar nicht erforderlich. Auch der Senat nähert sich der Problematik durch herkömmliche Auslegung der Norm (§ 516

ZPO).

Gem. § 516 I ZPO kann die Berufung „bis zur Verkündung“ des Berufungsurteils zurückgenommen werden. Die Verkündung erfolgt gem. § 311 II 1 ZPO durch Verlesung der Urteilsformel. Hiermit hatte das Berufungsgericht begonnen, war aber noch nicht zum Abschluss gelangt. Das wirft die Frage auf, ob §§ 516 I, 311 II 1 ZPO auf den Abschluss oder den Beginn der Verlesung der Urteilsformel abstellen.

In Übereinstimmung mit einer verbreiteten Literaturauffassung (MünchKommZPO/Rimmelspacher, § 516 Rn. 9; von Cube, NJW 2002, 40; Hartmann, NJW 2001, 2577 [2591]) entscheidet der Senat, dass es auf den Beginn der Verkündung, also der Verlesung der Urteilsformel ankommt. Zwar zeigt § 516 I ZPO, dass der Gesetzgeber das Interesse des Berufungsgegners an der Durchführung der (Anschluss-)Berufung als nicht besonders schützenswert betrachtet. Denn § 516 I ZPO erlaubt es immerhin, die Berufung nach Beginn der mündlichen Verhandlung zurückzunehmen. Andererseits soll der Berufungskläger auch nicht bis zur letzten Sekunde die Möglichkeit haben, über das Berufungsverfahren zu disponieren. Das zeige sich schon daran, dass eine Rücknahme nach Beginn aber vor Abschluss der Verkündung verfahrenstechnisch nicht vorgesehen sei und praktisch nur durch Zwischenruf erfolgen könne. Damit erfolgte die Rücknahme vorliegend verspätet.

Nichtsdestotrotz liegt im Ergebnis eine wirksame Rücknahme vor. Denn das Berufungsgericht hat die Verkündung auf die erstmalige Rücknahme hin unterbrochen und ist (insofern verfahrensfehlerhaft) in das streitige Verfahren zurückgekehrt. Damit bestand für die Bekl. erneut die Möglichkeit, die Berufung zurückzunehmen, was sie durch Schriftsatz auch tat.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Berufungsrücknahme (§ 516 ZPO): *von Cube*, NJW 2002, 40; *Hartmann*, NJW 2001, 2577

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* “Ein englisches Teeservice”

Leitsätze:

Die Rücknahme der Berufung nach § 516 Abs. 1 ZPO ist nur bis zum Beginn der Verkündung des Berufungsurteils möglich.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Berufungsrücknahme des beklagten Landes.

Der Kläger macht im Rechtsstreit Ansprüche aus Amtshaftung wegen menschenunwürdiger Unterbringung in einer Haftanstalt gegen das beklagte Land geltend. Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im Übrigen das beklagte Land verurteilt, an den Kläger 1.895 € nebst Zinsen zu zahlen. Hiergegen hat das Land Berufung eingelegt und seinen Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. Der Kläger hat Anschlussberufung eingelegt und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von weiteren 266,25 € nebst Zinsen sowie zur Freistellung von einer Zahlungsverpflichtung in Höhe von 272,87 € gegenüber seinen Anwälten begehrt. Das Berufungsgericht hat am Schluss der mündlichen Verhandlung Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 19. November 2010 bestimmt. Im Verkündungstermin - während der Verlesung des zu verkündenden Tenors des vom Berufungsgericht gefassten Urteils - hat der Prozessvertreter des beklagten Landes erklärt, dass er die Berufung zurücknehme. Das Berufungsgericht hat daraufhin die Verkündung des Urteils abgebrochen. Nach dem Termin hat es durch Verfügung vom selben Tag die Parteien darauf hingewiesen, dass es Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der im Verkündungstermin mündlich erklärten Berufungsrücknahme im Hinblick auf die Einhaltung der Form habe. Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte des beklagten Landes die Berufung mit Schriftsatz vom 30. November 2010 nochmals zurückgenommen. Das Berufungsgericht hat sodann das beklagte Land des eingelegten Rechtsmittels für verlustig erklärt und es verpflichtet, die Kosten des Berufungsverfahrens unter Einschluss der Kosten der Anschlussberufung des Klägers zu tragen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Kläger die Aufhebung des Beschlusses des Oberlandesgerichts und die Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

[5] Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

I. Ausführungen des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Berufungsrücknahme des beklagten Landes am 30. November 2010 rechtzeitig gewesen sei. Im Verkündungstermin am 19. November 2010 habe der Vorsitzende des Senats bereits mit der Verlesung des zu verkündenden Urteiltenors begonnen, diese aber nach der mündlichen Erklärung der Berufungsrücknahme unterbrochen und anschließend nicht mehr fortgesetzt. Gemäß § 516 I ZPO könne die Berufung "bis zur Verkündung" des Berufungsurteils zurückgenommen werden, was der Senat dahin verstehe, dass die Berufungsrücknahme bis zur vollständigen Urteilsverkündung erklärt werden könne.

II. Ausführungen des BGH

[7] Die angefochtene Entscheidung hält im Ergebnis den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.
[8] Allerdings trifft die Auffassung des Berufungsgerichts, die Rücknahme der Berufung könne bis zur vollständigen Urteilsverkündung erfolgen, nicht zu. Dies ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Übereinstimmung zu bringen. Nach § 516 Abs. 1 ZPO kann die Berufung bis zur Verkündung des Berufungsurteils zurückgenommen werden. Nach § 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO wird das Urteil durch Verlesung der Urteilsformel verkündet. Nach dem Wortsinn des § 516 Abs. 1 und § 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist die Rücknahme nur bis zum Beginn der Verkündung und deshalb nur bis zum Beginn der Verlesung der Urteilsformel zulässig. Diese Auffassung wird in der Literatur überwiegend geteilt (Hartmann, NJW 2001, 2577, 2591).

1. § 516 I ZPO stellt auf den Beginn der Verlesung der Urteilsformel ab
[9] Gegen diese Auslegung wird angeführt, dass die Verkündung erst mit dem Ende der Verlesung der vollständigen Urteilsformel abgeschlossen und erst danach das Urteil existent geworden sei.
[10] Der Gesetzgeber hat jedoch mit § 516 Abs. 1 ZPO für den Fall, dass das Berufungsverfahren durch die Verkündung eines Urteils nach §§ 525, 316 ZPO beendet wird, den Zeitpunkt für die Rücknahme der Berufung besonders festgelegt und dabei ausweislich des Wortlauts der Vorschrift nicht auf den Zeitpunkt des Existentwerdens beziehungsweise der Wirksamkeit des Berufungsurteils abgestellt.

a) Interesse des Berufungsgegners
[11] Gegen die oben genannte Auslegung lässt sich auch nicht einwenden, da das Interesse des Berufungsgegners allein in der Durchführung einer Anschlussberufung liegen könne und der Gesetzgeber dieses Interesse nicht als schützenswert anerkannt habe, dürfe der Berufungskläger das ihm nach § 516 Abs. 1 eingeräumte Recht, das Rechtsmittel zurückzunehmen, "bis zur letzten Sekunde" des Berufungsverfahrens, dem Abschluss der Verkündung des Berufungsurteils, ausnutzen (in diesem Sinne Hartmann aaO). Zwar hat der Gesetzgeber mit der Erweiterung der Rücknahmemöglichkeit bis zu Beginn der Verkündung des Berufungsurteils nach § 516 Abs. 1 ZPO im Gegensatz zu § 515 Abs. 1 ZPO a.F., der noch vorsah, dass die Berufung nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung ohne Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden konnte, zum Ausdruck gebracht, dass er das Interesse des Berufungsbeklagten an der Durchführung der Anschlussberufung für nicht schützenswert hält. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass es sowohl der endgültigen Befriedigung der Parteien als auch der Entlastung der Berufungsgerichte diene, wenn der Berufungskläger die Berufung noch nach Beginn der mündlichen Verhandlung zurücknehmen könne. Dies wurde durch die neue Fassung des Absatz 1 des § 516 ZPO, der eine Berufungsrücknahme bis zur Verkündung des Berufungsurteils erlaubt, sichergestellt. Dabei wurde der späte Zeitpunkt der Rücknahmemöglichkeit deshalb gewählt, um den Berufungskläger in die Lage zu versetzen, im Lichte der in der mündlichen Verhandlung vom Gericht geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung noch nach deren Ende ohne zeitlichen Druck über die Rücknahme der Berufung zu befinden (vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 94).

b) Keine Rücknahme durch Zwischenruf
[12] Ungeachtet des Umstands, dass die Möglichkeiten einer Berufungsrücknahme erweitert werden sollten, besteht jedoch kein Anhalt dafür, dass sich nach dem Willen des Gesetzgebers der Berufungsführer dieses Mittels - über den Wortlaut des Gesetzes hinaus - auch noch nach Beginn der Verkündung des Urteils bedienen können soll. Denn dies könnte nur so bewerkstelligt werden, dass durch einen in der Prozessordnung so nicht vorgesehenen (vgl. §§ 136, 137 ZPO) "Zwischenruf" die "in einem Zuge" erfolgende Verkündung des Urteils unterbrochen und anschließend die Berufung zurückgenommen wird.

2. Jedoch: Wirksame Rücknahme durch Schriftsatz

[14] Im vorliegenden Fall hat die Rechtsbeschwerde des Klägers gleichwohl keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat nämlich die Verkündung des Berufungsurteils abgebrochen und nicht zu Ende geführt. Es ist danach vielmehr wieder in das streitige Verfahren zurückgekehrt und hat den Parteien einen rechtlichen Hinweis erteilt. Damit war das Berufungsverfahren noch nicht beendet, was vorausgesetzt hätte, dass die Verlesung des Tenors vollständig erfolgt wäre. Mit der Rückkehr in das streitige Verfahren war damit aber die Möglichkeit zur Rücknahme der Berufung eröffnet. Dies ist angesichts des unter b, cc dargelegten Gesetzeszwecks auch nicht deshalb anders zu beurteilen, weil diese Möglichkeit überhaupt nur dadurch entstanden ist, dass das Berufungsgericht die Urteilsverkündung verfahrensfehlerhaft abgebrochen hat. Mithin hat das beklagte Land jedenfalls mit Schriftsatz vom 30. November 2010 in der nach § 516 Abs. 2 ZPO genügenden Form wirksam die Rücknahme der Berufung erklärt. [...]

Strafrecht

Standort: § 24 StGB Problem: Rücktrittshorizont

BGH, URTEIL VOM 26.05.2011
1 STR 20/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte meldete sich telefonisch bei der Polizei und berichtete, er habe seine Frau getötet. Als er während des Anrufs bemerkte, dass seine Frau doch noch lebte, bat er darum, man möge bald einen Arzt schicken. Die Frau wurde von den bald darauf eintreffenden Rettungskräften gerettet.

Das Landgericht München II hatte den Angeklagten nur wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verurteilt. Eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, hatte es abgelehnt, da der Angeklagte von dem entsprechenden Versuch gem. § 24 I 1 1.Fall StGB strafbefreiend zurückgetreten sei. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft, die insbesondere rügte, dass es an den Anforderungen für einen strafbefreienden Rücktritt des Angeklagten fehle, wies der BGH als unbegründet zurück. Zwar sei das LG zu Unrecht vom Vorliegen eines unbeendeten Versuchs ausgegangen, sodass ein Rücktritt gem. § 24 I 1 1.Fall StGB gar nicht in Betracht komme. Das Verhalten des Angeklagten erfülle jedoch auch die Anforderungen an einen Rücktritt vom beendeten Versuch gem. § 24 I 2 StGB, sodass die Verneinung einer Versuchsstrafbarkeit im Ergebnis richtig sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung der Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch ist in beiden Examen in Zusammenhang mit zahlreichen Delikten, besonders häufig aber mit Tötungsdelikten, immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Im vorliegenden Fall spricht der BGH die klassische examensrelevante Konstellation der Korrektur des Rücktrittshorizonts an, zeigt jedoch auf, dass diese hier gerade nicht einschlägig ist. Deshalb ist dieser Fall insbesondere für Prüfungsgespräche, aber auch Klausuren gut geeignet, um den Kandidaten insofern "aufs Glatteis zu führen".

Beim Rücktritt des Alleintäters gem. § 24 I StGB hängen die Voraussetzungen für das Vorliegen eines strafbefreienden Rücktritts davon ab, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt. Beim unbeendeten Versuch muss der Täter lediglich freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgeben, § 24 I 1 1.Fall StGB. Beim beendeten Versuch hingegen muss er freiwillig die Vollendung der Tat verhindern, § 24 I 1 2.Fall StGB, oder - wenn diese ohne sein Zutun nicht vollendet wird - sich freiwillig und ernsthaft bemühen, die Vollendung zu verhindern, § 24 I 2 StGB. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen unbeendeten und beendetem Versuch ist die Tätervorstellung: Glaubt der Täter, bereits alles zur Herbeiführung des Erfolges Notwendige getan zu haben oder macht er sich keine Gedanken über die Möglichkeit des Erfolgseintritts, so ist der Versuch beendet, anderenfalls unbeendet (BGHSt 31, 170, 171; BGH, NStZ-RR 2006, 101; Joecks, § 24 Rn. 11; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 13 f.).

Für die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch ist also die Tätervorstellung maßgeblich. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann deshalb eine Änderung der Tätervorstellung auch eine Änderung der Einordnung des Versuchs als beendet oder unbeendet bewirken, jedenfalls sofern sie unmittelbar nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung erfolgt (sog. "Korrektur des Rücktrittshorizonts", BGH, NStZ 2005, 263, 264 = RA 2005, 159, 162; NStZ 2010, 146). Insofern ist es leicht nachvollziehbar, dass ein zunächst unbeendeter Versuch zu einem beendeten werden kann, wenn der Täter, der zunächst geglaubt hatte, dass seinen bisherigen Handlungen für die Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichen würden, dann aber - ohne Vornahme weiterer Handlungen - erkennt, dass sie das doch tun (BGH, StraFo 2008, 212; Fischer, § 24 Rn. 15a). Denkbar ist es aber auch, dass ein beendeter Versuch wieder zu einem unbeendeten wird, wenn der Täter zunächst geglaubt hatte, alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben und dann erkennt, dass dies doch nicht der Fall war (BGH, NStZ 2002, 427; 2005, 150).

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass eine solche Korrektur des Rücktrittshorizonts nur in Betracht kommt, wenn der Täter ursprünglich einen Rücktrittshorizont hatte, also vom Vorliegen eines rücktrittsfähigen (beendeten oder unbeendeten) Versuchs ausgegangen war. Da der Angeklagte im vorliegenden Fall seine Frau irrig bereits für tot gehalten und so an das Vorliegen eines vollendeten Totschlags geglaubt hatte, hatte er jedoch gar keinen Rücktrittshorizont. Seine nachträgliche Erkenntnis, dass das Op-

fer doch noch lebte, stellte somit keine Korrektur des Rücktrittshorizonts dar sondern führte erst zum Entstehen eines solchen - was für die Prüfung des Rücktritts aber auf dasselbe hinausläuft.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch: *BGH*St 22, 331; 23, 359; *BGH*, StV 2003, 213; NStZ 2005, 151; 2006, 371; *Ostermeier*, StraFo 2008, 102, 194; *Scheinfeld*, JuS 2002, 250

❑ Zur Korrektur des Rücktrittshorizonts: *BGH*, NStZ 2005, 263 = RA 2005, 159; NStZ 2007, 400; 2010, 146; NStZ-RR 2008, 335; StraFo 2008, 212; *Puppe*, JR 2005, 384; *Scheinfeld*, NStZ 2006, 375

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Argentina"

Leitsatz (der Redaktion):

1. Ob ein Versuch unbeendet oder beendet ist, hängt von der Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (Rücktrittshorizont) ab. Hält er für den Taterfolg noch weitere Handlungen für (möglich und) nötig, ist der Versuch unbeendet, er kann durch Untätigkeit zurücktreten (§ 24 I 1 1.Fall StGB). Hält er dagegen den Eintritt des Taterfolgs für möglich, ist der Versuch beendet; ein Rücktritt erfordert eine Verhinderung des Erfolgs durch eigene Tätigkeit (§ 24 I 1 2.Fall StGB) oder entsprechende Bemühungen (§ 24 I 2 StGB), wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausgeblieben ist.

2. Glaubt der Täter eines versuchten Tötungsdelikts zunächst, er habe das Opfer bereits getötet und erkennt dann, dass dieses noch lebt, so stellt dies keine Korrektur seines Rücktrittshorizonts dar. Vielmehr entsteht erstmals ein Rücktrittshorizont, weil der Täter das Opfer zuvor für tot gehalten hatte und er daher zuvor noch keinen Rücktrittshorizont gehabt haben konnte.

Sachverhalt:

Der angetrunkene Angeklagte hatte seine Frau mit (bedingtem) Tötungsvorsatz durch eine Machete schwer verletzt und meinte, er hätte sie getötet. Das sagte er auch einem Nachbarn, der dann ohne Wissen des Angeklagten telefonisch die Polizei informierte, die Beamte und Rettungskräfte schickte. Noch bevor sie eintrafen, rief auch der Angeklagte die Polizei an und sagte, er habe seine Frau getötet. Dies berichtigte er, als er während des Gesprächs merkte, dass sie noch lebte, und forderte, bald einen Arzt zu schicken, sonst verblute sie. Als Polizei und Rettungskräfte kamen, legte er "auf Zuruf nicht sofort alle Gegenstände aus den Händen". Daher setzte die Polizei zur Eigensicherung Pfefferspray ein. Die Frau wurde gerettet.

Gründe:

I. Prozessgeschichte

1. Entscheidung des Landgerichts; Revision

[1 - 3] Der Angeklagte wurde wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil seiner Frau zu Freiheitsstrafe verurteilt. Die auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft führt aus, es läge versuchter Totschlag vor. Das vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Rechtsmittel bleibt erfolglos. [...]

2. Begründung des Vorliegens eines Rücktritts durch das LG

[4] Die Strafkammer nimmt einen Rücktritt vom Totschlagsversuch nach Korrektur des Rücktrittshorizonts an; der Angeklagte habe seine Frau nicht mit einem möglichen neuen Machetenangriff getötet, als er merkte, dass sie noch lebte (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB). "Selbst wenn man [...] (einen) [...] beendeten Versuch annehmen würde", sei er "zudem" wegen seiner Forderung nach einem Arzt zurückgetreten. Weil dieser schon allein wegen des Anrufs des Nachbarn gekommen sei, habe er objektiv nichts zur Rettung beigetragen, sich aber freiwillig und ernsthaft um die Abwendung der "auch ohne weiteren Schlag" weiterhin "akut drohende(n) Gefahr der Vollendung" bemüht (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB).

II. Entscheidung des BGH

[5] Die rechtsfehlerfreien Feststellungen (1.) begründen zwar keinen Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB (2.); wohl aber den (auch bejahten) Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB (3.). Im Übrigen ist das Urteil rechtsfehlerfrei (4.).

1. Zu den Feststellungen des Landgerichts

[6] Die Feststellungen sind insgesamt rechtsfehlerfrei. Die Angriffe der Revision gegen die im Zusammenhang mit der Forderung nach einem Arzt getroffenen Feststellungen versagen.

a) Zur fehlenden Erörterung der Vorstellung des Angeklagten bzgl. der Benachrichtigung eines Arztes

[7] Da der Angeklagte schon gesagt hatte, er habe seine Frau getötet, wäre, so die Revision, zu erörtern gewesen, ob er auch ohne konkrete Kenntnis vom Anruf des Nachbarn für möglich hielt, dass ohnehin ein Arzt käme.

[8] Warum der angetrunkene Angeklagte dies in der konkreten Lage erwogen haben sollte, ist nicht erkennbar. Nur theoretische Möglichkeiten sind nicht zu behandeln.

b) Zum Fehlen von Feststellungen für eine Behinderung der Rettungskräfte durch den Angeklagten

[9] Die Strafkammer, die hierzu insbesondere den Nachbarn und einen Polizeibeamten vernommen hat, konnte einen Versuch des Angeklagten zur Behinderung von Polizei und Rettungskräften nicht feststellen. Dies, so die Revision, sei rechtsfehlerhaft, er habe die Tür(en) nicht geöffnet und (mit Pfefferspray) "überwältigt" werden müssen.

[10]Die Urteilsgründe ergeben nicht, dass der Angeklagte die Tür(en) nicht geöffnet hätte. Die Revision trägt hierzu vielmehr die Abschrift des in der Hauptverhandlung abgehörten Mitschnitts vom - bei Eintreffen der Polizei noch nicht beendeten - Anruf des Angeklagten sowie einen dort angebrachten polizeilichen Vermerk vor. Urteilsfremder Vortrag kann die Sachrüge nicht begründen (BGH, Beschluss vom 17. März 1988 - 1 StR 361/87, BGHSt 35, 238, 241; Kuckein in KK 6. Aufl., § 337 Rn. 28 mwN). Im Übrigen wäre aber auch eine entsprechende Verfahrensrüge erfolglos. Über das Ergebnis eines Augenscheins - hierunter fällt auch das Abhören eines Tonbands (BGH, Beschluss vom 3. März 1977 - 2 StR 390/76, BGHSt 27, 135; Pfeiffer/Hannich in KK 6. Aufl., Einl. Rn. 113 mwN) - hat allein der Tatrichter zu befinden (BGH, Beschluss vom 7. Juni 1979 - 4 StR 441/78, BGHSt 29, 18). Ebenso wenig kann die Sach- oder eine Verfahrensrüge auf einen Abgleich von Urteilsgründen und Akteninhalt, etwa dem von der Revision vorgetragenen Vermerk, gestützt werden (vgl. zusammenfassend Wahl in NJW-SH f. G. Schäfer, 73 mwN).

[11] Die Annahme der Strafkammer, der sofortige Einsatz von Pfefferspray belege keine vom Angeklagten verursachte oder erstrebte nennenswerte Verzögerung des Einsatzes, ist rechtsfehlerfrei. Die Strafkammer musste dies auch nicht breiter als geschehen ausführen, da Gründe für einen entsprechenden Sinneswandel des Angeklagten weder aufgezeigt noch sonst erkennbar sind.

2. Zur fehlerhaften Annahme eines unbeendeten Versuchs durch das Landgericht

[12] Die Strafkammer nimmt in erster Linie einen Rücktritt vom unbeendeten Versuch des Totschlags an, da der Angeklagte seine Frau nicht mittels eines erneuten Angriffs getötet hat, als er merkte, dass sie noch lebte.

[13] Ob ein Versuch unbeendet oder beendet ist, hängt von der Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (Rücktrittshorizont) ab. Hält er für den Taterfolg noch weitere Handlungen für (möglich und) nötig, ist der Versuch unbeendet, er kann durch Untätigkeit zurücktreten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erste Alternative). Hält er dagegen den Eintritt des Taterfolgs für möglich, ist der Versuch beendet; ein Rücktritt erfordert eine Verhinderung des Erfolgs durch eigene Tätigkeit (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB zweite Alternative) oder entsprechende Bemühungen (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB), wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausgeblieben ist (BGH, Beschluss vom 19. Mai 1993 - GSSt 1/93, BGHSt <GS> 39, 221, 229 mwN).

[14] Hier liegt kein Rücktritt vom unbeendeten Versuch vor; wie der Hinweis des Angeklagten, ohne Arzt werde seine Frau verbluten, zeigt, hielt er ihren Tod für möglich. Dem entsprechend ist allein der Verzicht auf eine (gewisse) Beschleunigung ihres von ihm ohnehin erwarteten verletzungsbedingten Todes kein Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erste Alternative. Darüber hinaus bemerkt der Senat, dass der Angeklagte nicht seinen Rücktrittshorizont korrigierte (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 19. Juli 1989 - 2 StR 270/89, BGHSt 36, 224; Lilie/Albrecht in LK 12. Aufl., § 24 Rn. 178 ff. mwN). Als er bemerkte, dass seine Frau doch noch lebte, entstand vielmehr erstmals ein Rücktrittshorizont, nachdem er sie zuvor für tot gehalten hatte und er daher zuvor noch keinen Rücktrittshorizont gehabt haben konnte.

3. Zum Vorliegen der Voraussetzungen für einen Rücktritt vom beendeten Versuch

[15] Auf der Annahme eines Rücktritts vom unbeendeten Versuch beruht das Urteil aber nicht, da rechtsfehlerfrei (auch) ein Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB bejaht ist (vgl. I 2).

a) Zur Freiwilligkeit des Verhaltens des Angeklagten

[16] Zu Unrecht hält die Revision [...] das Verhalten des Angeklagten nicht für freiwillig, da die Tat, wie er wusste, schon entdeckt gewesen sei.

[17] Freiwillig ist ein Rücktritt, wenn weder eine äußere Zwangslage noch seelischer Druck den Täter an der Vollendung der Tat hindert (st. Rspr., vgl. schon BGH, Beschluss vom 14. April 1955 - 4 StR 16/55, BGHSt 7, 296, 299; zusammenfassend Lilie/Albrecht aaO Rn. 222, 248 f., 319 mwN); eine vorherige Entdeckung der Tat kann gegen Freiwilligkeit sprechen (BGH, Beschluss vom 29. Januar 1982 - 3 StR 496/81, StV 1982, 219 mwN). Für die Freiwilligkeit von Rücktrittsbemühungen gilt all dies entsprechend (Lilie/Albrecht aaO Rn. 359).

[18] Hier hatte der Angeklagte vor seiner Forderung nach einem Arzt gegenüber dem Nachbarn und (zu Beginn des Gespräches) der Polizei ein hinsichtlich einer Gewaltanwendung zum Nachteil seiner Frau zwar zutreffendes, hinsichtlich ihres dadurch verursachten Todes aber objektiv falsches "Geständnis" abgelegt. Nach Erkenntnis seines Irrtums hat er sich bemüht, diese zwar drohende, aber entgegen seinem bisherigen "Geständnis" noch nicht eingetretene - Folge seiner Tat zu verhindern. Es ist nicht zu erkennen, dass dies aus seiner Sicht auf äußerem oder innerem Druck beruht hätte und daher unfreiwillig wäre.

b) Zur Ernsthaftigkeit der Rettungsbemühungen des Angeklagten

[19] Auch die Bewertung der Bemühungen des Angeklagten als ernsthaft ist rechtsfehlerfrei. Die, wie dargelegt (II 1 b), rechtsfehlerfreien Urteilsfeststellungen ergeben entgegen der Auffassung der Revision insbesondere auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte sein Verhalten für die Verhinderung des Todes seiner Frau selbst für nicht erforderlich gehalten, sondern geglaubt hätte, sie würde auch ohne sein Zutun gerettet (vgl. hierzu BGH b. Holtz MDR 1978, 988; Lilie/Albrecht aaO Rn. 331, 332 mwN), oder dass er sogar die Rettung behindert (vgl. hierzu Lilie/Albrecht aaO Rn. 343) oder dies jedenfalls versucht hätte.

4. Zum Fehlen anderweitiger Rechtsfehler

[20] Im Übrigen hat die auf Grund der Sachrüge gebotene Überprüfung des Urteils weder im Schuldspruch noch im Strafausspruch einen Rechtsfehler zu Gunsten oder zu Lasten (§ 301 StPO) des Angeklagten ergeben.

Standort: §§ 227, 228 StGB — Problem: Einwilligung und Aufklärung

BGH, URTEIL VOM 07.07.2011
5 STR 561/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Schönheitschirurg, hatte einer Patientin, die bei ihm eine Fettabsaugung durchführen lassen wollte, versichert, dass bei der Operation auch ein Anästhesist zugegen sein werde. Tatsächlich führte er die Operation jedoch ohne Mitwirkung eines Anästhesisten durch. Während des Eingriffs erlitt die Patientin einen Herz-Kreislauf-Stillstand, den der Angeklagte zunächst wieder beheben konnte. Die Patientin erwachte jedoch nicht wieder aus der Narkose. Der Angeklagte ließ den Ehemann der Patientin über ihren Zustand im Unklaren und entschloss sich erst ca. sechs Stunden nach Ende der Operation dazu, die Patientin in die Intensivstation eines Krankenhauses einzuweisen. Nachdem er sich zunächst dagegen gesperrt hatte, dass die Patientin mit Blaulicht und Martinshorn transportiert würde, weigerte er sich zudem, dem Krankenhaus die Patientenakte auszuhändigen oder die verabreichten Medikamente anzugeben. Erst vier Tage später gab er die Akte der Patientin heraus. Diese verstarb aufgrund einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns, die sie während der Behandlung durch den Angeklagten erlitten hatte.

Das Landgericht Berlin hatte des Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB, durch die Operation sowie wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, durch das Behindern von Hilfsmaßnahmen nach der Operation verurteilt. Der BGH gab den hiergegen gerichteten Revisionen sowohl des Angeklagten als auch des Nebenklägers (des Ehemanns des Opfers) statt. Die Revision des Angeklagten sei insofern begründet als das LG die Annahme eines Tötungsvorsatzes unzureichend begründet habe; weil insofern neue Feststellungen erforderlich waren, hat der BGH die Sache zurückverwiesen. Auch die Revision des Nebenklägers sei jedoch - wie der BGH ausführt - begründet, denn sofern in der neuen Verhandlung ausreichende Tatsachen für die Annahme eines Tötungsvorsatzes des Angeklagten festgestellt werden könnten, liege bei diesem die Annahme einer Verdeckungsabsicht nahe. Dann würde sich ein versuchtes Tötungsdelikt aber als versuchter Mord, §§ 211, 22, 23 I StGB, und nicht nur als Totschlagsversuch darstellen.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall verbindet ein klassisches materiell-rechtliches Problem (die Anforderungen an eine wirksame rechtfertigende Einwilligung des Opfers in eine Körperverletzung) mit einem klassischen praktischen Problem (den Anforderungen an die gerichtlichen Feststellungen für die Annahme eines Tötungsvorsatzes) und eignet sich deshalb zur Verwendung für Examensaufgaben in beiden Examen gleichermaßen. Da es sich auch um einen prägnanten, medienwirksamen Sachverhalt handelt, liegt es nahe, dass er tatsächlich in Examensaufgaben Verwendung finden wird.

In Examensklausuren ist immer wieder die Frage zu diskutieren, ob eine ärztliche Heilbehandlung eine tatbestandliche Körperverletzung darstellen kann (vgl. hierzu die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn 28 ff.). Während dies von der herrschenden Literatur - mit Unterschieden im Detail - jedenfalls dann abgelehnt wird, wenn die Maßnahme medizinisch indiziert, kunstgerecht und erfolgreich ist (Lackner/Kühl, § 223 Rn 8 f.; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn 32 ff.; Hardwig, GA 1965, 163), nimmt die Rechtsprechung auch in diesen Fällen den Tatbestand des § 223 I StGB an, sodass der Arzt einer Rechtfertigung, insb. durch Einwilligung des Patienten, bedarf (BGHSt 11, 111; 43, 306, 308; BGH, NStZ 1996, 34; Jäger, JuS 2000, 31, 34). Auf diesen Streit kommt es allerdings in der vorliegenden Entscheidung nicht an, da - wie der BGH unter Berufung auf die Feststellungen des LG ausführt - die Vornahme der Operation ohne Anwesenheit eines Anästhesisten eine kunstfehlerhafte Behandlung

darstellt und somit auch nach der Literaturauffassung den Tatbestand des § 223 StGB erfüllt.

Damit die - zumindest nach der Rechtsprechung auch bei einer kunstgerechten Behandlung erforderliche - rechtfertigende Einwilligung des Patienten wirksam ist, muss der Patient vor Abgabe der Einwilligungserklärung über Art, Chancen und Risiken der geplanten Behandlung aufgeklärt werden (BGH, NStZ 2004, 442; Fischer, § 228 Rn 13; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn 40 ff.; Herrmann, MedR 1988, 4). Fehlt es an dieser Aufklärung, ist die erklärte Einwilligung unwirksam. Im vorliegenden Fall hätte der Angeklagte seine Patientin darüber aufklären müssen, dass er die Operation ohne Anwesenheit eines Anästhesisten durchführen würde, da dies naturgemäß die Risiken bei dem Eingriff vergrößerte. Da der Angeklagte dies jedoch nicht getan hatte, war die Einwilligung seiner Patientin unwirksam.

Nach h.M. kommt bei einer wegen Aufklärungsmängeln unwirksamen Einwilligung allerdings noch eine hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in Betracht, wenn sich feststellen lässt, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die konkrete Behandlung eingewilligt hätte (BGH, NStZ-RR 2004, 16; Fischer, § 223 Rn 16a; a.A.: Joecks, Vor § 32 Rn 36b). Diese hypothetische Einwilligung bezieht sich jedoch stets nur auf eine kunstgerecht (lege artis) durchgeführte Behandlung (BGH, NStZ 2008, 150 = RA 2008, 58). Die - kunstfehlerhafte - Operation im vorliegenden Fall kann somit auch nicht durch eine hypothetische Einwilligung gerechtfertigt sein, da die Patientin dem Eingriff ohne Anwesenheit eines Anästhesisten nicht zugestimmt hätte.

Weiter befasst sich der BGH mit der Frage, ob beim Angeklagten ein Tötungsvorsatz anzunehmen sei, zumindest ab dem Zeitpunkt, ab dem dieser den schlechten Zustand der Patientin erkannt und trotzdem nicht schnellstmöglich für eine intensivmedizinische Untersuchung gesorgt hatte. Gerade bei den Tötungsdelikten existieren hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Eventualvorsatz zahlreiche Auffassungen (vgl. hierzu die Darstellung im Skript Strafrecht AT I, Rn. 135 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363, 369; 36, 1, 9; BGH, NStZ 1998, 616). Eine bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen vor, wenn der Täter ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, dass der Erfolg nicht eintreten wird (BGH, NStZ 2008, 93). Das LG hatte eine frühere BGH-Entscheidung (NStZ 2004, 35) zitiert, in der der BGH betont hatte, dass bei einem Arzt ein Tötungsvorsatz insbesondere dann gründlich zu prüfen sei, wenn es bei einem Patienten zu Komplikationen komme und der Arzt trotzdem nicht unverzüglich Rettungsmaßnahmen einleite. Der BGH führt jedoch aus, dass es im vorliegenden Fall nicht ausreiche, eine mögliche Verdeckungsabsicht des Arztes zu prüfen, um hieraus dann auch auf dessen Tötungsvorsatz schließen zu können, was das LG aber getan hatte.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu ärztlichen Heileingriffen als Körperverletzungen: *BGH*St 11, 112; 35, 246; *BGH*, NJW 2000, 885; NStZ 2008, 150 = RA 2008, 58; *Duttge*, MedR 2005, 706; *Jäger*, JuS 2000, 31; *Kargl*, GA 2001, 538; *Müller*, DRiZ 1998, 115; *Stächelin*, StV 1998, 100

❑ Zur Aufklärungspflicht bei Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung: *BGH*, NStZ 2003, 657; 2004, 442; NStZ-RR 2006, 59; 2008, 150 = RA 2008, 58; *Herrmann*, MedR 1988, 4; *Riemenschneider/Paetzold*, NJW 1997, 2421; *Ulsenheimer*, StV 2007, 77

❑ Zu den Anforderungen an die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes: *BGH*, NStZ 2004, 35; NStZ 2006, 386 = RA 2006, 93; NStZ 2008, 93; NStZ 2009, 503 = RA 2009, 388; NStZ-RR 2006, 11 = RA 2006, 33; NStZ-RR 2007, 304 = RA 2007, 671; NStZ-RR 2010, 178 = RA 2010, 337; *Altvater*, NStZ 2002, 20; *Trück*, NStZ 2005, 233

❑ Zur Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen: *BGH*St 6, 46, 59; 40, 257, 265 f.; BGH, NStZ-RR 2006, 174; NJW 2010, 2963, 2966

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Kunstfehler"

❑ *Examenskurs*: "Der eiskalte Engel"

Leitsatz:

Zur Strafbarkeit gemäß § 227 StGB und zum Tötungsvorsatz eines Schönheitschirurgen, der es vorübergehend unterlassen hat, seine wegen eines Aufklärungsmangels rechtswidrig operierte komatöse Patientin zur cerebralen Reanimation in ein Krankenhaus einzuweisen.

Sachverhalt:

Der seit 1988 im Fach Unfallchirurgie habilitierte Angeklagte war nach früheren Tätigkeiten als Assistenzarzt in der plastischen Chirurgie und als Stationsarzt in der Unfallchirurgie von 1985 bis 1995 als Oberarzt in der Unfallchirurgie des Universitätsklinikums Marburg tätig. Zu seinen Aufgaben gehörten die Erstversorgung von Schwerverletzten und ihre weitere Betreuung bis hin zur Rehabilitation. Zudem führte er selbständig viele Lokal- und Regionalanästhesien durch. Ab 1994 betrieb der Angeklagte als ambulant praktizierender Chirurg eine Tagesklinik in Berlin. Er

nahm zahlreiche plastische chirurgische Eingriffe vor, darunter auch viele Schönheitsoperationen.

Am 30. März 2006 unterzog sich die 49 Jahre alte gesunde S bei dem Angeklagten von 9.00 Uhr bis 12.30 Uhr einer Bauchdeckenstraffung, verbunden mit einer Fettabsaugung, Entfernung einer Blinddarmoperationsnarbe und Versetzung des Bauchnabels. Für die Operation und das schmerzausschaltende Verfahren hatte sie am 22. März 2006 schriftlich ihr Einverständnis erklärt. Der Angeklagte sicherte S der Wahrheit zuwider zu, dass am Tag der Operation ein Anästhesist zugegen sein werde. Auf ihre in Anwesenheit ihres Ehemanns vor Beginn des Eingriffs gestellte Frage, wo der Anästhesist sei, antwortete eine der Arzthelferinnen, "dass dies der Doktor gleich mache". Gegen 8.00 Uhr erhielt die Patientin Beruhigungsmittel und wurde im Operationssaal an Überwachungsgeräte angeschlossen, mittels derer die Frequenz des Herzschlages, der Erregungsablauf des Herzens, der Blutdruck und die Sättigung des Blutes mit Sauerstoff gemessen wurden. Eine Blutgasmessung, mit der die Sauerstoffversorgung des Gehirns zu bestimmen ist, erfolgte dabei nicht. 20 Minuten vor Beginn der Operation wurde die Narkose eingeleitet und kurz darauf vom Angeklagten eine Periduralanästhesie gesetzt. Gegen 9.00 Uhr füllte der Angeklagte die Bauchareale der Patientin, aus denen Fett abgesaugt werden sollte, mit einer Tumeszenzlösung. Gegen Ende des Eingriffs (11.00 Uhr und 12.15 Uhr) wurden weitere Narkosemittel zugeführt.

Beim Schließen der Wunde gegen 12.30 Uhr kam es bei der Patientin zu einem Herz-Kreislauf-Stillstand. Der Angeklagte reanimierte mittels einer Herzdruckmassage. Währenddessen erbrach die Patientin. Nach Säuberung des Mund- und Rachenraums fuhr der Angeklagte mit der Massage fort. Zum Offenhalten der Atemwege setzte er einen Guedel-Tubus ein, der nicht vor Aspiration schützt. Er verabreichte Sauerstoff mittels einer Maske und führte Adrenalin und andere Medikamente zu. Gegen 13.00 Uhr befand sich die Herzfrequenz wieder im Normbereich bei zwischen 12.20 Uhr bis noch 13.20 Uhr stark abgesenktem Blutdruck. Die Patientin atmete spontan und erhielt Infusionen und blutdrucksteigernde Medikamente in nicht dokumentierter Menge und zu nicht dokumentierten Zeitpunkten. Bei Dienstende der Arzthelferin R gegen 14.30 Uhr waren die "Vitalwerte" wieder im Normbereich, der äußere Zustand der Patientin war indes unverändert. Die Helferin fragte sich, ob nicht besser ein Notarzt zu alarmieren sei; sie traute sich aber nicht, dies anzusprechen, weil sich der cholerische Angeklagte nichts hätte sagen lassen. Die Patientin erlangte auch nach Abklingen der Wirkung der Narkosemittel ihr Bewusstsein nicht wieder.

Der Angeklagte führte seine Sprechstunde weiter und sah in regelmäßigen Abständen nach der Patientin. Er ließ deren Ehemann gegen 15.00 Uhr der Wahrheit zuwider ausrichten, dass seine Frau aufgewacht und alles in Ordnung sei. Sie schlafe jedoch immer wieder ein, weshalb er nicht mit ihr sprechen könne. Gegen 18.00 Uhr erklärte der Angeklagte dem Nebenkläger erneut, mit seiner Frau sei alles in Ordnung, er wolle sie aber über Nacht in ein Krankenhaus bringen, da sie immer wieder einschlafe. Gleiches bekundete er gegen 18.30 Uhr gegenüber einer Ärztin des Sankt Gertrauden Krankenhauses, als er anfragte, ob ein Bett auf der Intensivstation zur Verfügung stehe. Der Angeklagte bestellte gegen 19.10 Uhr einen Krankentransportwagen ohne intensivmedizinische Ausrüstung, der um 19.45 Uhr eintraf. Die Transportsanitäter erkannten sofort den Ernst der Lage der bewusstlosen Patientin und bemerkten anhand ihrer lockeren Extremitäten, ihrer Hautfärbung und der Schweißbildung, dass sie Sauerstoff benötige. Der Angeklagte widersetzte sich zunächst der Absicht eines Rettungssanitäters, mit Blaulicht und Martinshorn zum Krankenhaus zu fahren. Letzterer bestand nach lautstark und erregt geführter Diskussion darauf und machte den Angeklagten verantwortlich für den Einsatz der Sonderrechte.

Der Angeklagte verschwieg bei der Einlieferung der komatösen Patientin auf der Intensivstation gegen 20.00 Uhr den eingetretenen Herzstillstand mit nachfolgender Reanimation und die Aspiration der Patientin. Er übergab keine Krankenunterlagen und teilte die verabreichten Medikamente nicht mit. Er war später über die hinterlassene Mobilfunktelefonnummer für die Ärzte des Krankenhauses nicht erreichbar. Die Zusage, die Patientenunterlagen alsbald zu übergeben, erfüllte er nicht. Erst am 3. April 2006 händigte er dem Nebenkläger, der mit der Einschaltung der Polizei gedroht hatte, eine Kopie des Operationsberichtes und des Narkoseprotokolls aus. S verstarb am 12. April 2006 im Krankenhaus an den Folgen einer globalen Hirnsubstanzerweichung, ohne das Bewusstsein zuvor wiedererlangt zu haben.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchtem Totschlag zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt und auf ein vierjähriges Berufsverbot als niedergelassener Chirurg, Sportmediziner und Arzt im Rettungsdienst erkannt. Die Schwurgerichtskammer hat ferner ein Jahr der verhängten Strafe wegen überlanger Verfahrensdauer für vollstreckt erklärt.

[2 - 8] Die gegen dieses Urteil gerichteten Revisionen des Angeklagten und des Nebenklägers erzielen die aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolge. Die auf Teile des Rechtsfolgenausspruchs beschränkte,

vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft ist umfassend begründet. [...]

2. Würdigung der medizinischen Zusammenhänge durch das Landgericht

[9] Zu den medizinisch relevanten Zusammenhängen hat das Landgericht mit Hilfe von mehreren medizinischen Sachverständigen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

[10] Die Vornahme der komplexen mehrstündigen Operation ohne Hinzuziehung eines Anästhesisten entsprach nicht dem ärztlichen Standard: Die Betäubung durch eine Periduralanästhesie in Verbindung mit der Verabreichung einer Tumeszenzlösung sowie zentral wirkender Opiate stelle sowohl in ihren Einzelkomponenten aber besonders in ihrer Kombination ein mit bekannten Risiken behaftetes Verfahren dar, das zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Vitalfunktionen des Patienten führe. Eine gebotene Überwachung durch einen Anästhesisten hätte die Chancen einer früheren Diagnose des lebensbedrohlichen Zustands und einer folgenden adäquaten Therapie deutlich verbessert, wodurch sich die Überlebenschancen erhöht hätten.

[11] Der Angeklagte behandelte S nach der Reanimation unter groben Verstößen gegen die ärztliche Kunst, indem er der spontan atmenden Patientin lediglich Infusionen und blutdrucksteigernde Medikamente verabreichte: Nachdem der Angeklagte mangels Blutgasanalyse nicht feststellen konnte, ob dem Gehirn der Patientin genügend Sauerstoff zugeführt würde, wäre eine endotrachiale Intubation mit zusätzlicher Sauerstoffbeatmung und - bei der unklar gebliebenen Ursache des Herz-Kreislauf-Stillstands - eine sofortige Verlegung der Patientin zur cerebralen Reanimation in eine Intensivstation vorzunehmen gewesen.

[12] Wann genau die irreversible, zum Tode führende Hirnschädigung durch Sauerstoffunterversorgung nach der Wiederbelebung in der Praxis des Angeklagten eingetreten war, konnte nicht sicher geklärt werden. Jedenfalls litt die Patientin zum Zeitpunkt ihrer Ankunft im Krankenhaus bereits an einer schweren posthypoxischen Hirnschädigung, die, wie eine Auswertung computertomographischer Aufnahmen vom 30. und 31. März 2006 in Zusammenschau mit den bekannten Tatsachen zur Entwicklung des Zustands der Patientin ergab, in den Nachmittagsstunden des 30. März 2006 entstanden war. Bei einer sofortigen Verlegung in ein Krankenhaus nach der Reanimation hätte die Patientin mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt, zumindest eine nicht unerhebliche Zeit länger gelebt.

[13] Das Landgericht hat unterschiedliche Einwände des Angeklagten, mit denen er sein Verhalten als medizinisch begründet dargelegt hat, mit Hilfe von Sachverständigengutachten und Zeugenbekundungen widerlegt. Danach war seine Patientin nach der Reanimation wie nahezu jeder schwer erkrankte Mensch transportfähig. Eine den Transport erschwerende Rechtsherzinsuffizienz lag nicht vor. Die vom Angeklagten nicht für möglich gehaltene weiter gehende Intubation der Patientin ist im Krankenhaus als erste Maßnahme komplikationslos erfolgt. Der Zustand der Patientin in der Tagesklinik des Angeklagten hatte sich nicht gebessert. Eine fehlerhafte Behandlung durch Ärzte im Sankt Gertrauden Krankenhaus hat das Landgericht beweiswürdigend ausgeschlossen.

3. Ausführungen des Landgerichts zum subjektiven Tatbestand

[14] Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes hat das Landgericht im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde gelegt:

[15] Das sich aus den Umständen der komplexen Operation ergebende Erfordernis, einen Anästhesisten zumindest in Rufbereitschaft in der Praxis zur Verfügung zu haben, sei dem Angeklagten aufgrund seiner Ausbildung und Berufserfahrung bekannt gewesen.

[16] Die Kenntnis des Gebots, eine nach Wiedereintritt des Herzschlages noch bewusstlose Patientin in der Postreanimationsphase in Begleitung eines Notarztes in die nächstgelegene Intensivstation zu verbringen, erachtete die Schwurgerichtskammer als für das Wissen eines jeden Arztes derart grundlegend, dass der in der Rettungs- und Intensivmedizin langjährig erfahrene Angeklagte hierüber jedenfalls verfügte. Auf dieser Grundlage und nach dem Hinweis des Angeklagten auf einen möglichen tödlichen Verlauf der Operation im Rahmen der Aufklärung hat das Landgericht angenommen, dass für den Angeklagten die Gefahr des Todeseintritts vorhersehbar war.

[17] Nachdem ab 15.00 Uhr der übliche Zeitraum für das Abklingen der Narkosemittel längst verstrichen war und sich der Zustand der Patientin nicht verbessert hatte, erkannte der Angeklagte sogar die Gefahr eines tödlichen Ausgangs als möglich und nicht ganz fernliegend. [18] Aus dem Geschehensablauf und der Interessenlage hat das Landgericht gefolgert, "dass der Angeklagte zumindest unter anderem deswegen Sch. erst am Abend des 30. März 2006 in ein Krankenhaus verbringen ließ, weil er bei Bekanntwerden des Zwischenfalles einen drohenden Ansehensverlust sowie um seine wirtschaftliche und berufliche Existenz fürchtete. Darüber hinaus wusste er, dass die vorgenommene Operation ohne Anästhesist nicht dem ärztlichen Standard entsprach und er seine Patientin nach dem Herzstillstand nur unzureichend weiterbehandelt hatte". Er habe das Geschehen fortan heruntergespielt und versucht, den Sachverhalt zu verschleiern. "Dabei ging er so weit, dass er selbst seinen Kollegen im Sankt Gertrauden Krankenhaus völlig unzureichende Informationen gab und keine aussagekräftigen Patien-

tenunterlagen übergab". Die Schwurgerichtskammer nahm dabei systematische Vertuschungs- und Verharmlosungshandlungen an, die belegen, dass der Angeklagte aus sachfremden Motiven keinen Rettungswagen angefordert hatte. Solches führe zur Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes ab 15.00 Uhr, als der Angeklagte die für seine Patientin eingetretene Lebensgefahr erkannt hatte. Im Hinblick auf die zeitliche Unsicherheit des Eintritts der irreversiblen Gehirnschädigung begründet dies im Zweifel eine Strafbarkeit als untauglicher Totschlagsversuch.

4. Zur Revision des Angeklagten

[19] Die Revision des Angeklagten führt mit Sachrüge zur Aufhebung des Schuldspruchs. Hierdurch entfallen auch der Straf- und der Maßregelausspruch. Die Feststellungen zu den objektiven Tatumständen und zu deren Verwirklichung durch den Angeklagten als Körperverletzung mit Todesfolge [...] bleiben - wie auch die fehlerfrei getroffenen Feststellungen zur Person des Angeklagten - aufrecht erhalten. Sie sind von dem durchgreifenden Rechtsfehler nicht erfasst. Das neue Tatgericht kann zu diesem Bereich allenfalls weiter gehende Feststellungen treffen, die zu den getroffenen nicht in Widerspruch stehen.

a) Zu den Verfahrensrügen

[20] Die Verfahrensrügen sind unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Sie greifen jedenfalls in der Sache aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 9. Februar 2011 nicht durch. Verfahrensfehlerhafte Ermittlungsdefizite zu einer etwa todesursächlichen fehlerhaften Behandlung der Patientin im Sankt Gertrauden Krankenhaus und hinsichtlich der Notwendigkeit, einen Anästhesisten hinzuzuziehen, liegen nicht vor.

b) Zur Sachrüge bzgl. des erforderlichen Umfangs der Aufklärung des Opfers

[21] Die sachlichrechtlichen Revisionsangriffe gegen die beweiswürdigenden Erwägungen des Landgerichts hinsichtlich des Umfangs der Aufklärung durch den Angeklagten bedürfen keiner vertiefenden Betrachtung. Schon nach dessen Einlassung durfte die Schwurgerichtskammer davon ausgehen, dass eine Aufklärung der Patientin darüber, dass die Hinzuziehung eines Anästhesisten medizinisch geboten war, nicht erfolgt ist. Dies berechtigte zur Annahme eines durchgreifenden Aufklärungsmangels (BGH, Urteil vom 19. November 1997 - 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306, 309). Fehlerfrei hat das Landgericht festgestellt, dass die Patientin unter dieser Prämisse die Vornahme der Operation abgelehnt hätte, deren Durchführung ohne Anästhesisten sie ersichtlich auch nicht etwa kurzfristig bei Kenntnis von der Situation zu Beginn des Eingriffs schlüssig gebilligt hat. Dies führt zu der Bewertung des Eingriffs als Körperverletzung (vgl. BGHSt aaO S. 309; BGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 - 3 StR 239/10, NJW 2011, 1088, 1089, zur Aufnahme in BGHSt bestimmt; BGH, Urteile vom 25. September 1990 - 5 StR 342/90 - und 5. Juli 2007 - 4 StR 549/06, BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 und 8).

c) Zur Sachrüge bzgl. der Annahme eines Tötungsvorsatzes durch das Landgericht

[22] Indes hält die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes der sachlichrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Landgericht hat das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes nur mit lückenhaften, die Feststellungen zum Handlungsablauf und zur Interessenlage nicht erschöpfenden Erwägungen belegt.

aa) Zu den Anforderungen an das Willenselement des bedingten Vorsatzes

[23] Das Willenselement des bedingten Vorsatzes ist bei Tötungsdelikten nur gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet. Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn er mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft - nicht nur vage - darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007 - 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93 mwN; BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - 4 StR 502/10). Da beide Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, ist bei der Prüfung, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten (st. Rspr.; vgl. BGH aaO). Diese hat das Landgericht nicht in dem gebotenen Umfang vorgenommen.

bb) Zum Fehlen eines Tötungsvorsatzes des Angeklagten

[24] Zwar hat es im Einklang mit einen ähnlichen Ausgangssachverhalt würdigenden Urteilen des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (vom 26. Juni 2003 - 1 StR 269/02, NStZ 2004, 35, und vom 7. Dezember 2005 - 1 StR 391/05) - zutreffend angenommen, dass eine ausdrückliche Erörterung der Frage, ob ein Arzt einen Patienten vorsätzlich am Leben oder an der Gesundheit geschädigt hat, geboten ist, falls nach Eintritt von Komplikationen der Arzt aus sachfremden Motiven keinen Rettungswagen angefordert hat. Das Vorliegen solcher Motive beschreibt indes keinen Erfahrungssatz, aus dem auf das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes zu schließen wäre, sondern diese bedürfen ihrerseits wertender Betrachtung im Rahmen der gebotenen Gesamtschau.

[25] Die Schwurgerichtskammer hat - im Gegensatz zu den argumentativ herangezogenen Umständen aus

dem vom 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs gewürdigten Fall - nicht auf Äußerungen des Angeklagten selbst und offensichtliche, absehbar dramatisch verlaufende lebensbedrohende Verletzungen abstellen können, aus denen weitergehend auf sachfremde Beweggründe seines Handelns zu schließen war. Sie hat allein den Vertuschungshandlungen des Angeklagten das Motiv entnommen, zum Schutz seiner eigenen Interessen eine Aufdeckung seines ärztlichen Fehlverhaltens zu verhindern; dieserhalb habe er sich mit dem Tod der Patientin abgefunden. Diese Schlussfolgerung entbehrt indes der argumentativen Auseinandersetzung mit gegenläufigen, im Urteil festgestellten Umständen, die vielmehr die Annahme bewusster Fahrlässigkeit rechtfertigen könnten.

[26] Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass ein rational verankerter Zusammenhang zwischen dem angenommenen Handlungsmotiv - Vertuschung von Fehlern zur Schonung eigener Interessen - und dem Tod der Patientin wenigstens bei zu erwartendem Todeseintritt in der Tagesklinik des Angeklagten schwerlich bestehen kann: Dass die Operation ohne Anästhesist, aber mit Komplikationen vorgenommen worden war, konnte keinesfalls - schon gar nicht gegenüber dem ständig auf Aufklärung dringenden Ehemann der Patientin - längere Zeit verborgen werden. Ein Todeseintritt in der Tagesklinik hätte bei der zur Wahrung zivilrechtlicher Ansprüche des Nebenklägers sicher zu erwartenden Obduktion die Erkenntnis der wahren Todesursache, der ärztlichen Fehler des Angeklagten, ergeben. Zudem erwägt das Landgericht im Rahmen von Überlegungen zu einem Rücktritt vom Totschlagsversuch, dass der Angeklagte "es für möglich hielt, dass S ohne Verlegung auf eine Intensivstation sterben würde"; hiernach hielt er sogar zu einem relativ späten Zeitpunkt noch eine Rettung der Patientin im Krankenhaus für möglich. Einer starken Skepsis am Überleben der Patientin und einer damit einhergehenden Billigung ihres Todes wenigstens bis zum Transport ins Krankenhaus widerstreiten namentlich die - erst im Rahmen der Erörterung des Mordmerkmals der anderen niedrigen Beweg-gründe erörterten - festgestellten Antriebe für das pflichtwidrige Handeln des Angeklagten, nämlich "Eigenüberschätzung und Verbohrtheit".

[27] Die Annahme des Willenselements des Tötungsvorsatzes vor dem Entschluss des Angeklagten, die Patientin in ein Krankenhaus zu verlegen, hat demnach keinen Bestand.

d) Zur Sachrüge bzgl. der Annahme eines aktiven Tuns des Angeklagten

[28] Der Angeklagte ist auch dadurch rechtsfehlerhaft beschwert, dass das Landgericht einen Versuch durch aktives Tun anstatt einen für den Angeklagten günstigeren (untauglichen) Versuch durch Unterlassen (vgl. § 13 Abs. 2 StGB) angenommen hat.

[29] Die von der Schwurgerichtskammer als Beleg seiner Auffassung zur Begründung aktiven Tuns herangezogenen Entscheidungen des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 21. März 2002 - 1 StR 53/02; Urteil vom 26. Juni 2003 - 1 StR 269/02, NStZ 2004, 35) rechtfertigen solches nicht. Ihnen lagen mehrere Behandlungsfehler - und damit aktives Tun - zugrunde. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt zur Lösung der Abgrenzungsproblematik wertend auf den Schwerpunkt des Vorwurfs ab (vgl. BGH [GS], Beschluss vom 17. Februar 1954 - GSSt 3/53, BGHSt 6, 46, 59; BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257, 265 f.; BGH, Urteil vom 12. Juli 2005 - 1 StR 65/05, NStZ-RR 2006, 174; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 - 2 StR 454/09, NJW 2010, 2963, 2966, zur Aufnahme in BGHSt bestimmt). Dieser liegt nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen hier im Unterlassen der Veranlassung der medizinisch gebotenen cerebralen Reanimation in einer Intensivstation eines Krankenhauses und nicht im bloßen Zuführen - zudem eher nutzloser - kreislaufstabilisierender Medikamente. Den Unterlassungsvorwurf hat das Landgericht selbst in seiner wertenden Betrachtung als zentral angesehen.

e) Zur Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 227 I StGB

[30] Wegen der vom Landgericht angenommenen Tateinheit (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008 - 4 StR 438/08, StV 2009, 472; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 - 1 StR 391/05) hat auch der Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 1997 - 4 StR 642/96, BGHR StPO § 353 Aufhebung 1), der indes auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen bedenkenfrei ist. Insbesondere wird das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzten Aufklärungspflicht erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1995 - 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34, 35; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2007 - 1 StR 238/07, StV 2008, 464, 465; Eser/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 223 Rn. 40 f.; Widmaier in Festschrift für Roxin, 2011, S. 439, 447). In der vom Angeklagten vorgenommenen - zur einwilligungslosen Operation gehörenden - todesursächlichen fehlerhaften Reanimationsanschlussbehandlung hat sich dessen Übernahmeverschulden realisiert (vgl. C Nr. 2 Berufsordnung der Ärztekammer Berlin vom 30. Mai 2005, Amtsblatt Nr. 26 vom 3. Juni 2005, S. 1883, 1889; BGH, Urteil vom 29. April 2010 - 5 StR 18/10, BGHSt 55, 121, 133 ff. mwN). Solches durch den Einsatz eines weiteren Facharztes, des Anästhesisten, zu vermeiden und durch diesen alsbald eine Behandlung zur Lebensrettung erfolgreich durchführen zu lassen, war gerade der Grund für die Notwendigkeit

von dessen Mitwirkung, über deren Einhaltung der Angeklagte im Rahmen der Aufklärung getäuscht hatte. Bei dieser Sachlage haftet der Körperverletzung des Angeklagten ohne Weiteres die spezifische Gefahr an, zum Tode des Opfers zu führen (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 1985 - 2 StR 378/85, BGHSt 33, 322, 323 mwN).

f) Keine Aufhebung der Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen

[31] Die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen einschließlich derjenigen, mit denen das Landgericht die Tat als Körperverletzung mit Todesfolge bewertet hat (hier zusammengefasst sub 1 bis 3 b), sind von dem Fehler in der Beweiswürdigung nicht betroffen; diese - wie auch die das weitere objektive Tatgeschehen und die persönlichen Verhältnisse betreffenden - Feststellungen können bestehen bleiben (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 353 Rn. 12 und 15). Insoweit ist die Revision des Angeklagten unbegründet.

5. Zur Revision des Nebenklägers bzgl. der Nichtannahme von Mordmerkmalen

[32] Im selben begrenzten Umfang greift die Revision des Nebenklägers durch, der mit der Sachrüge namentlich eine Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Mordes erstrebt. Das Landgericht hat fehlerfrei festgestellte Umstände, die zu dem von der Anklage erfassten Lebenssachverhalt gehören, nicht in seine Kognition einbezogen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 - 2 StR 85/09, NStZ-RR 2009, 289). Diese hätten nicht sicher ausschließbar eine tatmehrheitliche Verurteilung wegen eines untauglichen Versuchs eines Mordes durch Unterlassen zur Verdeckung einer anderen Straftat oder auch einen tateinheitlichen untauglichen Mordversuch durch Unterlassen aus niedrigen Beweggründen rechtfertigen können.

[33] Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Angeklagte den lebensbedrohlichen Zustand seiner Patientin erkannte, und hat angenommen, dass - freilich ohne Begründung im Einzelnen - er an eine noch mögliche Rettung im Krankenhaus geglaubt hat. Unter diesen Prämissen hat es das Landgericht unterlassen zu erwägen, ob ein untauglicher Unterlassungsversuch der Tötung zur Verdeckung der zuvor erfolgten Körperverletzung vorliegen kann (vgl. BGH, Urteile vom 1. Februar 2005 - 1 StR 327/04, BGHSt 50, 11, 14, und vom 17. Mai 2011 - 1 StR 50/11). Die Sach- und Rechtslage ähnelt den Fällen einer (unerkannt gebliebenen) Tötung im Straßenverkehr mit nachfolgender unterlassener Hilfeleistung und Flucht durch den Täter (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1991 - 4 StR 451/91, NJW 1992, 583, 584 mwN).

[34] Solches anzunehmen kommt nunmehr für das neu berufene Tatgericht in Betracht, falls sich feststellen lassen sollte, dass der Angeklagte nach Erkennen der Todesgefahr geplant hat, mit der Einlieferung so lange zu warten, bis die Patientin im Krankenhaus sicher versterben würde. Hierdurch hätte möglicherweise ein Nachweis seiner eigenen Verursachung erschwert oder gar unmöglich gemacht werden können.

[35]Ein weiterer Anknüpfungspunkt der neu vorzunehmenden Beweiswürdigung und Bewertung unter diesem Aspekt könnte sein, dass der Angeklagte in Kenntnis der Gefahr eines tödlichen Verlaufs der Erkrankung seiner Patientin bei angenommener Rettungsmöglichkeit gegen 18.30 Uhr - gerade in der Intensivstation - ein Bett bestellt hat und dabei die nachfolgende sachwidrige Verzögerung dieser Rettungschance auf den Willen des Angeklagten zurückzuführen sein könnte um das Versterben der Patientin im Krankenhaus zur Schonung eigener Interessen zu fördern.

[36] Solches gilt insbesondere für den vom Angeklagten begleiteten Transport der Patientin in das Krankenhaus und die Umstände ihrer Übergabe durch den Angeklagten in die intensivmedizinische Abteilung. Hierbei hatten erstmalig Dritte, die Rettungssanitäter, den Angeklagten auf den lebensbedrohlichen Zustand der Patientin aufmerksam gemacht. Ausgangspunkt der heftig geführten Diskussion mit dem Angeklagten waren die sich aus § 35 Abs. 5a StVO ergebenden Erfordernisse der Rettung eines Menschenlebens oder der Abwendung schwerer gesundheitlicher Schäden, für welche die Sanitäter den Angeklagten verantwortlich machten. Dieser Vorgang wäre daraufhin zu bewerten gewesen, ob dem Angeklagten durch die Einschätzung Dritter der lebensgefährliche Zustand seiner Patientin zu Bewusstsein gebracht wurde und er anschließend in Kenntnis dieses Umstands die ihm gemäß C Nr. 2 der Berufsordnung der Ärztekammer Berlin (aaO) und des Behandlungsvertrages gegenüber den Krankenhausärzten obliegenden Informationspflichten über den bisherigen Behandlungsverlauf nicht erfüllt hat.

[37] Bei alledem würde freilich allein die - dann sogar nach dem Zweifelsgrundsatz zugunsten des Angeklagten anzunehmende - Möglichkeit eines schon im Laufe der Reanimationsanschlussbehandlung alsbald gefassten bedingten Tötungsvorsatzes dem Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht die Grundlage entziehen (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 211 Rn. 72 f.). Bei gleichwohl sicherer Feststellung entsprechender Unterlassungsmotive müssten diese einer erneuten eigenständigen tatgerichtlichen Bewertung unter dem Gesichtspunkt tateinheitlich verwirklichter niedriger Beweggründe zugeführt werden. Sollten solche nicht angenommen werden können, käme wiederum eine tateinheitliche Verurteilung wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen in Betracht.

6. Zum verhängten Berufsverbot

[38] Sollte die neue Beweisaufnahme - was nicht fernliegt, aber vom Revisionsgericht nicht sicher zu prognostizieren ist - keinen Nachweis des Tötungsvorsatzes ergeben, wird zum Schuldspruch gemäß § 227 StGB allein auf Grund der aufrechterhaltenen Feststellungen entschieden werden können. Der nur vom Angeklagten mitangefochtene Maßregelausspruch, der ohne bestehenden Schuldspruch nicht aufrechtzuerhalten ist, wird jedenfalls ohne Einschränkung wieder zu verhängen sein.

7. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

[39] Die zulässigerweise auf den Strafausspruch und das Ausmaß der Kompensation für die vom Landgericht angenommene konventionswidrige Verfahrensverzögerung beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

[40] Die Schwurgerichtskammer hat es unterlassen, die Anwendung von § 227 Abs. 2 StGB zu begründen. Es versteht sich nicht von selbst, dass die zur Begründung eines (sonstigen) minder schweren Falles gemäß § 213 StGB unter Verbrauch der Versuchsmilderung herangezogenen schuldmindernden, vor allem die Persönlichkeit des Angeklagten betreffenden Umstände auch die Annahme eines minderschweren Falles einer (vollendeten) Körperverletzung mit Todesfolge, bei der es an einem vertypten Strafmilderungsgrund fehlte, gerechtfertigt hätten.

[41] Auch die Kompensationsentscheidung hat keinen Bestand. Zwar stellt die Schwurgerichtskammer Zeitabläufe dar, in denen die Staatsanwaltschaft das Verfahren "nicht nennenswert gefördert" hat. Indes unterlässt sie die gebotene Bewertung der - angesichts der überaus komplexen Materie eher großzügig zu bemessenden - Zeiten näherer Erwägung der Fakten und Prüfung der jeweils nächsten Ermittlungsschritte. Zudem liegt nahe, dass auch das mitgeteilte Einlassungsverhalten des Angeklagten verzögerlichen Einfluss auf den Verfahrensgang genommen hat. Jedenfalls erscheint das festgesetzte Maß der Kompensation deutlich überhöht (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Februar 2011 - 1 StR 19/11 mwN); es muss gegebenenfalls neu bestimmt werden.

Standort: § 263 III 2 Nr. 1 StGB — Problem: Gewerbsmäßigkeit

BGH, URTEIL VOM 09.03.2011
2 STR 609/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war als Rechtsanwalt für eine GmbH tätig, die Luxusautos verkaufte, ohne jedoch zur Lieferung der Fahrzeuge oder Rückzahlung der von den Käufern geforderten Vorschusszahlungen in der Lage zu sein. Obwohl der Angeklagte dies wusste, vermittelte er mehrere Verträge für seine Mandantin. Die Vorschusszahlungen, die er für seine Mandantin in Empfang nahm, verrechnete er teilweise mit seinen eigenen Honorarforderungen.

Das Landgericht Gera verurteilte den Angeklagten aufgrund seiner Mitwirkung an den Vertragsschlüssen wegen mittäterschaftlichen Betruges, §§ 263 I, 25 II StGB. Eine Gewerbsmäßigkeit i.S.v. § 263 III 2 Nr. 1 1.Fall StGB lehnte das LG wegen der geringen Zahl der Taten ab. Auch von der Verhängung eines Berufsverbots gem. § 70 StGB sah es ab, da der Angeklagte bei der betrügerischen Vermittlung der Verträge nicht spezifische anwaltliche Berufspflichten verletzt habe. Dieselbe Vermittlungstätigkeit hätte nämlich auch durch einen Nicht-Anwalt vorgenommen werden können. Der BGH hob das Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin auf. Für die Gewerbsmäßigkeit sei allein die Tätervorstellung maßgeblich, sodass die - geringe - Zahl der von ihm tatsächlich begangenen Taten insofern keine Rolle spielen könne. Auch die Anordnung eines Berufsverbots hätte genauer geprüft werden müssen.

Prüfungsrelevanz:

Die Voraussetzungen für die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung - wie etwa diejenigen für ein Berufsverbot gem. § 70 StGB - gehören nur im zweiten Examen zum Prüfungsstoff, sind dort jedoch in Urteils- und Revisionsklausuren immer wieder anzusprechen. Die Regelbeispiele für besonders schwere Fälle wie z.B. § 263 III 2 StGB sind zwar Strafzumessungsgesichtspunkte und somit im ersten Examen, in dem die Vornahme einer Strafzumessung nicht gefordert ist, eigentlich nicht relevant. Aufgrund der tatbestandsähnlichen Struktur der Regelbeispiele wird jedoch bereits im ersten Examen erwartet, dass diese geprüft werden.

Die Gewerbsmäßigkeit stellt nicht nur beim Betrug ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall dar, § 263 III 2 Nr. 1 1.Fall StGB, sondern auch bei zahlreichen anderen Delikten wie Diebstahl, § 243 I Nr. 3 StGB, Untreue, § 266 II StGB, und Computerbetrug, § 263a II StGB. Die Anforderungen an die Gewerbsmäßigkeit sind bei allen Delikten dieselben: Gewerbsmäßig handelt derjenige, der bei der Tatbegehung die Absicht hat, sich aus der wiederholten Begehung solcher Taten eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen (BGHSt 49, 177, 181; Fischer, Vor § 52 Rn. 62, § 263 Rn. 210; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, Vor § 52 Rn. 92 f, §

243 Rn. 31, § 263 Rn. 188a). Da die Voraussetzungen für die Gewerbsmäßigkeit somit rein subjektiv sind, spielt es keine Rolle, wie viele der entsprechenden Taten der Täter bereits begangen hat. Auch die erste ins Auge gefasste Tat kann bereits eine gewerbsmäßige sein (BGH, NStZ 2004, 265, 266; 2007, 638; Joecks; § 243 Rn. 25; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 126). Deshalb konnte die Gewerbsmäßigkeit im vorliegenden Fall auch nicht - wie es das LG getan hatte - mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Angeklagte erst eine geringe Zahl von Taten begangen hatte.

Gem. § 70 I 1 StGB kann ein Strafgericht als Maßregel der Besserung und Sicherung ein Berufsverbot anordnen, wenn der Angeklagte wegen einer Straftat verurteilt wird, die er unter Missbrauch seines Berufs oder unter grober Verletzung der Berufspflichten begangen hat. Dies ist dann der Fall, wenn er die ihm durch den Beruf gegebenen Möglichkeiten bewusst und planmäßig zur Tatbegehung ausnutzt; die Tat muss also einen berufstypischen Zusammenhang aufweisen (BGH, NJW 1989, 3232; StV 2008, 80; Fischer, § 70 Rn. 4). Der BGH betont, dass der Angeklagte bei der Vermittlung der fraglichen Verträge bewusst als Rechtsanwalt aufgetreten sei und berufsspezifisches Vertrauen in Anspruch genommen habe, was das Vorliegen der Voraussetzungen des § 70 I 1 StGB nahe lege, auch wenn die Vermittlung von Verträgen keine typische anwaltliche Tätigkeit sei. Damit legt der BGH die Voraussetzungen des § 70 I 1 StGB allerdings sehr weit aus.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Gewerbsmäßigkeit: *BGH*St 49, 177; *BGH*, NStZ 2004, 265; 2007, 638; NStZ-RR 2006, 106; *OLG Hamm*, NStZ-RR 2004, 335; *Rau/Zschieschack*, StV 2004, 669

❑ Zu den Anforderungen für ein Berufsverbot gem. § 70 I 1 StGB: *BGH*, NJW 1989, 3232; 2001, 3349; NStZ 2002, 198; StV 2008, 80; *OLG Brandenburg*, StV 2001, 106; *OLG Frankfurt*, NStZ-RR 2003, 113;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Von Gewerbsmäßigkeit i.S.v. § 263 III 2 1Nr. 1 1.Fall StGB ist auszugehen, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Liegt ein Gewinnstreben in diesem Sinne vor, dann ist schon die Erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen.

2. Ein Missbrauch des Berufs i.S.v. § 70 I 1 StGB liegt vor, wenn der Täter die ihm durch den Beruf gegebenen Möglichkeiten bewusst zur Begehung von Straftaten ausnutzt. Es ist allerdings nicht ausreichend, dass er nur allgemein für den Beruf erworbene Kenntnisse oder Fähigkeiten verwertet oder nur anlässlich der Berufsausübung sich ergebende äußere Gelegenheiten ausnutzt. Die strafbare Handlung muss vielmehr einen inneren Zusammenhang mit dem Beruf erkennen lassen; sie muss symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters im Beruf erscheinen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte K war ab dem 4. Quartal des Jahres 2003 als Rechtsanwalt für die Firma D-GmbH sowie für die einzelnen Mitglieder der für das Unternehmen handelnden Familie tätig. Gesellschafter und Geschäftsführer dieses Unternehmens, das Luxusfahrzeuge zum Verkauf anbot, waren die anderweitig rechtskräftig verurteilte D und deren Sohn M. An den Tätigkeiten im Unternehmen beteiligte sich auch ihr Sohn A. Daneben trat namentlich bei Kaufvertragsverhandlungen der Mitangeklagte R für das Unternehmen auf, der sich gegenüber Kunden als Herr D., P. oder R. vorzustellen pflegte. Dieser bahnte meist die Kaufverträge an, forderte die Kunden zur Leistung einer Anzahlung auf, die von der Familie zur Finanzierung eines aufwändigen Lebensstils verbraucht wurde. Das Unternehmen war weder zur Lieferung der bestellten Luxusfahrzeuge noch zur Rückzahlung der Vorschussleistungen im Fall der Rückabwicklung des jeweiligen Vertrages in der Lage. Alle Familienmitglieder waren aber damit einverstanden und nahmen die Nichterfüllung der Verträge sowie die Nichterstattung der Anzahlungen im Fall des Rücktritts der Kunden zumindest billigend in Kauf. Nach einer Strafanzeige gegen M wurde dieser am 27. Mai 2004 in der Schweiz verhaftet. Der Angeklagte K bewirkte durch Zahlung einer Kaution seine Verschonung vom Vollzug der Untersuchungshaft. Spätestens hiernach war auch dem Angeklagten K bekannt, dass es bei weiteren Vertragsabschlüssen und Vorschusszahlungen zu einer Schädigung von Fahrzeugkäufern kommen würde. Er war aber unter Billigung und Inkaufnahme dieser Folgen bereit, an der Anbahnung oder Durchführung solcher Verträge mitzuwirken, um die Firma D-GmbH "als lukrative Mandantin nicht zu verlieren".

Im Juni 2004 kaufte die Firma E-GmbH durch den Geschäftsführer C bei der D-GmbH einen Pkw Porsche Carrera und zehn Pkws Porsche Cayenne. C kannte den Angeklagten K, der ihn früher anwaltlich beraten hatte, und fragte diesen, was er von der D-GmbH halte. Der Angeklagte K teilte ihm mit, dass er mit diesem Unternehmen noch keine schlechten Erfahrungen gemacht habe. Danach zahlte C einen Vorschuss auf den Gesamtkaufpreis von insgesamt 40.000

Euro in bar zu Händen des Angeklagten K an die Firma D-GmbH. Der Angeklagte K leitete davon mindestens 20.000 Euro an das Unternehmen weiter. Nachdem die Lieferung der Fahrzeuge ausblieb, trat die E-GmbH von den Kaufverträgen zurück und verlangte die Erstattung des geleisteten Geldbetrages, die ebenfalls nicht erfolgte (Fall 1). Ferner wurden acht Fahrzeuge des Typs Mercedes SLK 200 RHD, die C im Juli 2004 bei der D-GmbH bestellt hatte, nicht geliefert. Der hierfür an den Angeklagten K übergebene und von diesem an die D-GmbH weitergeleitete Vorschuss von 20.000 Euro wurde wiederum nicht erstattet (Fall 2). Im September 2004 schloss der Angeklagte K mit dem Kraftfahrzeughändler N einen Kaufvertrag für die D-GmbH über die Lieferung eines Pkws Ferrari F430, wofür er von N "im Vertrauen auf die Seriosität eines Rechtsanwaltes" Vorschusszahlungen in Höhe von 20.000 Euro erhielt, die er zur Hälfte an die D-GmbH weitergab und im Übrigen mit Honoraransprüchen verrechnete. Auch in diesem Fall wurden weder der Kaufvertrag erfüllt noch nach dem Rücktritt des Käufers vom Vertrag die Vorschusszahlung erstattet (Fall 3).

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1 - 3] Das Landgericht hat den Angeklagten K wegen Betruges in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Von der Verhängung eines Berufsverbots hat es abgesehen. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer zuungunsten des Angeklagten K eingelegten Revision gegen den Strafausspruch und Nichtanordnung der Maßregel. Das auf die Sachbeschwerde gestützte Rechtsmittel hat Erfolg. [...]

[4] Das Landgericht hat den Angeklagten K als Mittäter wegen Betruges in drei Fällen verurteilt und den Strafrahmen des § 263 Abs. 1 StGB angewendet. Von der Heranziehung des Sonderstrafrahmens für besonders schwere Fälle des Betruges hat es abgesehen und ausgeführt, aufgrund “der geringen Zahl der Fälle” habe es die Gewerbsmäßigkeit des Handelns (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 - 1. Alt. - StGB) verneint. Ein Berufsverbot gegen den Angeklagten K hat es nicht verhängt, weil dieser nicht spezielle “durch seinen Beruf eröffnete Befugnisse zur Tatbegehung ausgenutzt” habe. Dieselben Tatbeiträge hätten auch durch einen Mittäter, der nicht Rechtsanwalt sei, geleistet werden können.

[5] Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zuungunsten des Angeklagten K eingelegten und auf den Strafausspruch sowie die Nichtanordnung der Maßregel beschränkten Revision.

II. Entscheidung des BGH

[6] Die auf die Sachbeschwerde gestützte Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

1. Zur Verneinung eines gewerbsmäßigen Betrugs durch das Landgericht

[7] Die Begründung, mit der das Landgericht die Anwendung des Sonderstrafrahmens gemäß § 263 Abs. 3 Satz 1 StGB abgelehnt hat, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

[8] Ein besonders schwerer Fall des Betruges liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 - 1. Alt. - StGB). Von Gewerbsmäßigkeit ist auszugehen, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Es ist nicht erforderlich, dass der Täter seinen Lebensunterhalt allein oder auch nur überwiegend durch die Begehung von Straftaten bestreiten will. Liegt ein Gewinnstreben in diesem Sinne vor, dann ist schon die Erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen (vgl. BGH, NStZ 2004, 265). Der Hinweis des Landgerichts auf die geringe Zahl der abgeurteilten Betrugstaten lässt besorgen, dass es diesen Maßstab verkannt hat.

2. Zur Ablehnung eines Berufsverbots

[9] Auch die Nichtanordnung eines Berufsverbots gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 StGB ist rechtlich zu beanstanden. Das Landgericht ist insoweit von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen.

[10] Ein Missbrauch des Berufs liegt vor, wenn der Täter die ihm dadurch gegebenen Möglichkeiten bewusst zur Begehung von Straftaten ausnutzt. Es ist allerdings nicht ausreichend, dass er nur allgemein für den Beruf erworbene Kenntnisse oder Fähigkeiten verwertet oder nur anlässlich der Berufsausübung sich ergebende äußere Gelegenheiten ausnutzt (vgl. Senat, NJW 1983, 2099). Die strafbare Handlung muss vielmehr einen inneren Zusammenhang mit dem Beruf erkennen lassen (vgl. BGHSt 22, 144, 146; Senat, StV 2008, 80, 81); sie muss symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters im Beruf erscheinen (vgl. Senat, NJW 1983, 2099). Das liegt hier jedoch nahe. Der Angeklagte K ist in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt aufgetreten und hat berufsspezifisches Vertrauen in Anspruch genommen.

3. Zur Aufrechterhaltung der Feststellungen

[11] Die Feststellungen des Landgerichts bleiben von den genannten Rechtsfehlern unberührt und können aufrecht erhalten bleiben. Ergänzende Feststellungen sind möglich.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Verfassungsrecht Problem: Euro-Rettungsschirm

BVERFG, URTEIL VOM 07.09.2011
2 BVR 987/10 U.A. (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Einige Staatsrechtler und Politiker hatten sich zusammengefunden, um im Wege der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG zu verhindern, dass deutsche Steuergelder zur Griechenlandhilfe und zur Bildung eines Euro-Rettungsschirms verwendet werden. Ihren Antrag richteten sie gegen die entsprechenden Beschlüsse der EU-Organe sowie die vom Deutschen Bundestag geschaffenen Gesetze, die Hilfen i.H.v. potenziell weit über 150 Milliarden Euro vorsehen.

A. Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen EU-Rechtsakte richteten, waren sie unzulässig. Taugliche Beschwerdegegenstände sind nach § 90 I BVerfGG nur Akte der nationalen deutschen Staatsgewalt.

B. Es blieben immerhin die deutschen Gesetze über die Bewilligung von Hilfsgeldern. Allerdings verneint die h.L. auch insoweit die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden, weil es an einer Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG fehle: Ein Beschwerdeführer müsse die mögliche Verletzung eines eigenen Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts darlegen. Er dürfe sich gerade nicht zum Beschützer und Bewahrer der deutschen Steuerzahler aufschwingen. Darin liege eine klassische Popularbeschwerde, die § 90 I BVerfGG gerade ausschließen wolle. Das BVerfG sieht demgegenüber Menschenwürde und Demokratie gefährdet, wenn sich der Deutsche Bundestag seiner Haushaltsverantwortung so weit begebe, dass er jegliche Entscheidungs- und Kontrollmacht über die Verwendung von Staatsgeldern verliere. Entmachte sich das Parlament auf diese Weise selbst, sei die Stimme des Einzelnen bei der Bundestagswahl letztlich nichts mehr wert, sein Wahlrecht aus Art. 38 I 1 GG liefe leer. Aus dieser Überlegung kommt das BVerfG zu einer Beschwerdebefugnis aus Art. 38 I 1 GG.

C. Allerdings waren die Verfassungsbeschwerden i.E. unbegründet. Das BVerfG spricht dem Deutschen Bundestag - als unmittelbar demokratisch legitimiertem Bundesorgan - einen Einschätzungsspielraum bei der Frage zu, in welcher Höhe sich die Bundesrepublik Deutschland an Eurohilfen beteilige, und mit welcher Wahrscheinlichkeit diese tatsächlich in Anspruch genommen werden. Das BVerfG könne nur prüfen, ob dieser Spielraum evident überschritten worden sei (Evidenzkontrolle). Dies sei jedoch weder durch die in Rede stehenden Beträge von knapp 170 Mrd. Euro noch angesichts der Bedingungen, unter denen diese bereitgestellt werden müssen, der Fall.

Allerdings verpflichtete das Gericht die Bundesregierung, anders als gesetzlich vorgesehen, sich nicht nur um ein Einvernehmen mit dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages bei der Bereitstellung von Hilfen zu *bemühen*, sondern dessen *Zustimmung* einzuholen. Dabei sollte es sich gleichwohl nur um eine Formalie handeln, denn im Haushaltsausschuss haben die Regierungsparteien die Mehrheit.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung des BVerfG ist nicht nur in Deutschland, sondern im gesamten europäischen Wirtschaftsraum mit Spannung erwartet worden. Die Medien - und nicht nur die juristische Fachpresse - haben darüber ausführlich berichtet. Es kann daher als sicher gelten, dass die in der Entscheidung angesprochenen Probleme auch in Prüfungsaufgaben verwertet werden. Sie eignen sich insbesondere ideal für eine mündliche Prüfung.

Inhaltlich führt das BVerfG seine Linie aus dem Lissabon-Urteil fort. Man erkennt deutlich die Tendenz des Gerichts, sich nicht jeglicher Kontrollbefugnisse begeben, sich andererseits aber auch nicht in politische Entscheidungsprozesse einmischen zu wollen. Mit seiner Evidenzkontrolle geht das Gericht einen eleganten "Mittelweg".

Sehr angreifbar bleibt allerdings die Bejahung einer Beschwerdebefugnis aus Art. 38 I 1 GG. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Karlsruhe hier entscheiden *wollte*. Jedenfalls dürfte es weiterhin gut vertretbar sein zu behaupten, dass es nicht Funktion der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 I 1 GG ist, dem Einzelnen die Rechtsmacht zu verleihen, staatspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers mittels Verfassungsbeschwerde anzugreifen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur (fehlenden) Beschwerdebefugnis gegen finanz- und währungspolitische Entscheidungen des Deutschen Bundestages: *Tomuschat*, EuGRZ 1993, 489 [491]; *König*, ZaöRV 54 [1994], 17 [27 f.]; *Bieber*, NJ

47 [1993], 241 [242]; *Gassner*, Der Staat 34 [1995], 429 [439 f.]; *Cremer*, NJ 49 1[1995], 5; *Schönberger*, Der Staat 48 [2009], 535 [539 ff.]; *Nettesheim*, NJW 2009, 2867 [2869]; *Pache*, EuGRZ 2009, 285 [287 f.]; *Terhechte*, EuZW 2009, 724 [725]

❑ Maastricht-Urteil: *BVerfGE* 89, 155

❑ Lissabon-Urteil: *BVerfGE* 123, 267 = RA 2009, 481

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Derrick contra Columbo"

Leitsätze:

1. Art. 38 GG schützt die wahlberechtigten Bürger vor einem Substanzverlust ihrer verfassungsstaatlich gefügten Herrschaftsgewalt durch weitreichende oder gar umfassende Übertragungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages, vor allem auf supranationale Einrichtungen (BVerfGE 89, 155 [172]; 123, 267 [330]). Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 38 Abs 1 GG kommt in Konstellationen zum Tragen, in denen offensichtlich die Gefahr besteht, dass die Kompetenzen des gegenwärtigen oder künftigen Bundestages auf eine Art und Weise ausgehöhlt werden, die eine parlamentarische Repräsentation des Volkswillens, gerichtet auf die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger, rechtlich oder praktisch unmöglich macht.

2. a) Die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand ist grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat (vgl. BVerfGE 123, 267 [359]). Der Deutsche Bundestag muss dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden. Das Budgetrecht stellt insofern ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar (vgl. BVerfGE 70, 324 [355 f.]; 79, 311 [329]).

b) Als Repräsentanten des Volkes müssen die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages auch in einem System intergouvernementalen Regierens die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten.

3. a) Der Deutsche Bundestag darf seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen. Insbesondere darf er sich, auch durch Gesetz, keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die - sei es aufgrund ihrer Gesamtkonzeption, sei es aufgrund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen - zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können.

b) Es dürfen keine dauerhaften völkervertragsrechtlichen Mechanismen begründet werden, die auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinauslaufen, vor allem wenn sie mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen verbunden sind. Jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im internationalen oder unionalen Bereich muss vom Bundestag im Einzelnen bewilligt werden.

c) Darüber hinaus muss gesichert sein, dass hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht.

4. Die Bestimmungen der europäischen Verträge stehen dem Verständnis der nationalen Haushaltsautonomie als einer wesentlichen, nicht entäußerbaren Kompetenz der unmittelbar demokratisch legitimierten Parlamente der Mitgliedstaaten nicht entgegen, sondern setzen sie voraus. Ihre strikte Beachtung gewährleistet, dass die Handlungen der Organe der Europäischen Union in und für Deutschland über eine hinreichende demokratische Legitimation verfügen (BVerfGE 89, 155 [199 ff.]; 97, 350 [373]). Die vertragliche Konzeption der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft ist Grundlage und Gegenstand des deutschen Zustimmungsgesetzes (BVerfGE 89, 155 [205]).

5. Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit, für Gewährleistungen einstehen zu müssen, kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht zu respektieren ist. Entsprechendes gilt auch für die Abschätzung der künftigen Tragfähigkeit des Bundeshaushalts und des wirtschaftlichen Leistungsvermögens der Bundesrepublik Deutschland.

Sachverhalt:

G, ein Mitgliedsstaat der Europäischen Union, ist in derart gravierende wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, dass ihm die "Staatspleite" droht. Die übrigen EU-Mitgliedsstaaten sehen darin eine Gefahr für die Stabilität des gesamten europäischen Wirtschaftsraums und seiner Währung, des Euro. Der Rat der EU beschließt daraufhin einstimmig, dass G geholfen werden müsse, und zwar u.a. durch die Gewährung von Krediten und Bürgschaften durch die Mitgliedsstaaten des Euro-Raumes. Darüber hinaus soll für ähnliche Fälle ein "Rettungsschirm" in Form eines Topfes geschaffen werden, aus dem ggf. weitere Gelder an hilfsbedürftige Mitgliedsstaaten fließen können.

Der Deutsche Bundestag verabschiedet daraufhin mit der notwendigen Mehrheit formell ordnungsgemäß ein "Euro-Rettungsschirmgesetz", in dem das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt wird, unter bestimmten Voraussetzungen (beschränkter Zeitraum, gemeinsamer Beschluss aller Euro-Staaten über die

Freigabe, gewisse Haushaltsdisziplin des betroffenen Mitgliedsstaats usw.) aus Haushaltsmitteln der Bundesrepublik Deutschland Gelder freizugeben, mit denen die Bundesrepublik Deutschland sich an den Hilfen für G und an dem Euro-Rettungsschirm beteiligt. Die Gelder sind der Höhe nach begrenzt, und zwar unmittelbar für G auf max. 22,4 Mrd. Euro, für den Rettungsschirm insgesamt auf zunächst max. 123 Mrd. Euro, wobei unter bestimmten Voraussetzungen weitere 20% dieser Summe anfallen können, insgesamt also max. 147,6 Mrd. Euro.

Bürger B hält den "Euro-Rettungsschirm" und die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland daran für unverantwortlich angesichts der Summen, mit denen dort hantiert werde. Indem der Deutsche Bundestag der Bundesregierung freie Hand gegeben habe, mit derartigen Milliardenbeträgen zu jonglieren, habe er sich seiner Haushaltsverantwortung faktisch begeben. B wendet sich, gestützt auf sein Wahlrecht aus Art. 38 I 1 GG, an das BVerfG und beantragt,

a) festzustellen, dass der Beschluss des Rates der EU zur Bewilligung von Hilfen an G und zur Einrichtung eines Euro-Rettungsschirms bzw. die Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zu selbigem und

b) das Unterlassen der EU-Kommission, rechtzeitige Sanktionsmaßnahmen gegen G zu ergreifen, verfassungswidrig waren, sowie

c) das "Euro-Rettungsschirmgesetz" für verfassungswidrig zu erklären.

Der Deutsche Bundestag, hierzu angehört, lässt durch seinen Präsidenten mitteilen, man halte B schon nicht für antragsbefugt. Ferner sei gegen die Hilfen für G und den Rettungsschirm insgesamt nichts einzuwenden; vielmehr seien diese wirtschaftspolitisch alternativlos.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Lösung:

Das BVerfG wird dem Antrag stattgeben, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zunächst müssten die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen.

I. Zuständigkeit

Das BVerfG müsste für den Antrag zuständig sein. B hat die Antragsart nicht näher spezifiziert. Als Bürger hat er aber nur die Möglichkeit, sich im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde (im Folgenden: Vb.) an das BVerfG zu wenden. Andere Rechtsbehelfe stehen ihm nicht offen. Für die Annahme einer Vb. spricht ferner, dass B sich auf Art. 38 I 1 GG stützt, ein im Rahmen der Vb. rügefähiges sog. "grundrechtsgleiches" Recht. Für die Entscheidung über eine Vb. ist das BVerfG nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Beschwerdeberechtigung

Verfassungsbeschwerden können von "jedermann" erhoben werden, § 90 I BVerfGG. Jedermann ist, wer grundrechtsfähig ist. Dazu gehört auch B als natürliche Person.

III. Tauglicher Beschwerdegegenstand

Mit einer Vb. kann gem. § 90 I BVerfGG gerügt werden, dass ein "Akt der öffentlichen Gewalt" gegen Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte verstoße. Damit sind Akte der nationalen deutschen Staatsgewalt gemeint.

1. Beschluss des Rates der EU über den Euro-Rettungsschirm

Beschlüsse des Rates der EU sind aber keine Akte der nationalen Staatsgewalt, sondern der EU. Somit sind sie nicht tauglicher Beschwerdegegenstand.

2. Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland am EU-Ratsbeschluss

Das gilt auch für die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an solchen Beschlüssen. Der deutsche Vertreter handelt in diesem Augenblick nicht als Teil der nationalen deutschen Staatsgewalt, sondern als Organteil des Rates der EU. Dazu das BVerfG:

"[115] Die jeweiligen Mitwirkungshandlungen der Bundesregierung sind keine mit der Verfassungsbeschwerde angreifbaren Akte öffentlicher Gewalt gegenüber den Beschwerdeführern. Insoweit gilt ungeachtet der zwischen Völkervertragsrecht und supranationalem Recht bestehenden Unterschiede nichts anderes als für Mitwirkungshandlungen deutscher Organe an völkerrechtlichen Verträgen (vgl. BVerfGE 77, 170 [209 f.]). [...]

[116] Bei den angegriffenen Akten handelt es sich - unbeschadet anderweitiger Überprüfungsmöglichkeiten auf ihre Anwendbarkeit in Deutschland hin (vgl. BVerfGE 89, 155 [175]; 126, 286 [302 ff.]) - nicht um von den Beschwerdeführern angreifbare Hoheitsakte deutscher öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG."

3. Unterlassenes Einschreiten der EU-Kommission gegen G

Nach dem zuvor Gesagten kann schon gar nicht das Unterlassen eines Organs, das nicht Teil der Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland ist, mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Dies stellt das BVerfG kurz fest:

"[117] Soweit sich der Bf. mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen ein vermeintliches Unterlassen der EU-Kommission richtet, die im Vertrag über die Ar-

beitsweise der Europäischen Union vorgesehenen Maßnahmen gegen die Überschuldung von Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets zu ergreifen sowie gegen deren Missachtung der im Vertrag vorgeschriebenen Haushaltsdisziplin vorzugehen und auf diese Weise die Entstehung einer Zwangslage zu verhindern, [...] ist die Verfassungsbeschwerde ebenfalls unzulässig. [...]

[118] Ein Unterlassen des Gesetzgebers kann Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, wenn sich der Beschwerdeführer auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen umgrenzt hat (vgl. BVerfGE 6, 257 [264]; 23, 242 [259]; 56, 54 [70 f.]). Grundlagen, die die Annahme einer solchen Handlungspflicht der Bundesregierung oder der EU-Kommission rechtfertigen könnten, hat der Bf. weder substantiiert vorgetragen, noch sind sie sonst ersichtlich.

4. "Euro-Rettungsschirmgesetz"

Das "Euro-Rettungsschirmgesetz" hingegen ist ein Parlamentsgesetz, das vom Deutschen Bundestag verabschiedet worden ist. Parlamentsgesetze sind Legislativakte und damit Teil der "öffentlichen Gewalt" i.S.d. § 90 I BVerfGG.

5. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich der Anträge zu a) und b) unzulässig. Antrag c) richtet sich hingegen gegen einen tauglichen Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis

B müsste beschwerdebefugt sein. Dies setzt nach § 90 I BVerfGG voraus. dass er geltend machen kann, durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen zu sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

B stützt sich hier auf sein Wahlrecht zum Deutschen Bundestag aus Art. 38 I 1 GG. Dieses ist als "grundrechtsgleiches Recht" in § 90 I BVerfGG ausdrücklich genannt. B meint, dadurch dass der Deutsche Bundestag mit dem "Euro-Rettungsschirmgesetz" die Entscheidung über die Freigabe von Geldern i.H.v. über 150 Mrd. Euro auf das Bundesministerium der Finanzen übertragen habe, habe es sich seiner Haushaltsverantwortung begeben. Inhaltlich meint B damit, dass seine Stimme zur Bundestagswahl entwertet würde, wenn der von ihm gewählte Deutsche Bundestag im Ergebnis nichts mehr zu sagen habe, sei es, dass ihm seine Kernkompetenzen genommen würden, sei es, dass er sich - wie hier - dieser freiwillig begebe. Fraglich ist, ob dies zur Möglichkeit einer Verletzung eines eigenen Rechts des B aus Art. 38 I 1 GG ausreicht.

a. Verneinende Auffassung

Die h.L. (Tomuschat, EuGRZ 1993, 489 [491]; Gassner, Der Staat 34 [1995], 429 [439 f.]; Schönberger, Der Staat 48 [2009], 535 [539 ff.]; Nettesheim, NJW 2009, 2867 [2869]; Pache, EuGRZ 2009, 285 [287 f.]; Terhechte, EuZW 2009, 724 [725 f.]) verneint dies. Ansonsten würde über Art. 38 I 1 GG der Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet. Jeder Wähler könnte behaupten, in seinem Recht aus Art. 38 I 1 GG verletzt zu sein, weil der Deutsche Bundestag mit diesem oder jenem Gesetz zu weit gegangen sei. Dies zeige exemplarisch die Vb. des B, der sich hier zum Bewahrer des Staatshaushaltes der Bundesrepublik Deutschland aufschwinge und damit eine klassische Popularbeschwerde erhoben habe. Danach wäre B nicht beschwerdebefugt.

b. Ansicht des BVerfG

Das BVerfG bejaht hingegen die Beschwerdebefugnis über Art. 38 I 1 GG, wenn der Kernbereich parlamentarischer Entscheidungsbefugnis betroffen ist:

"[98] Art. 38 Abs. 1 und Abs. 2 GG gewährleistet das subjektive Recht, unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätze an der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages teilzunehmen (vgl. BVerfGE 47, 253 [269]; 89, 155 [171]; 123, 267 [330]). Dabei erschöpft sich der Wahlakt nicht in einer formalen Legitimation der Staatsgewalt auf Bundesebene nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Vom Wahlrecht mit umfasst ist auch der grundlegende demokratische Gehalt des Wahlrechts, mithin die Gewährleistung wirksamer Volksherrschaft. Art. 38 GG schützt die wahlberechtigten Bürger insoweit vor einem Substanzverlust ihrer im verfassungsstaatlichen Gefüge maßgeblichen Herrschaftsgewalt durch weitreichende oder gar umfassende Übertragungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages, vor allem auf supranationale Einrichtungen (BVerfGE 89, 155 [172]; 123, 267 [330]). Nichts anderes gilt jedenfalls für vergleichbare völkervertraglich eingegangene Bindungen, die im institutionellen Zusammenhang mit der supranationalen Union stehen, wenn dadurch die demokratische Selbstregierung des Volkes dauerhaft derart eingeschränkt wird, dass zentrale politische Entscheidungen nicht mehr selbstständig getroffen werden können. [...]

[100] Das durch das Wahlrecht geschützte Prinzip der repräsentativen Volksherrschaft kann danach verletzt sein, wenn die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit ein Substanzverlust demokratischer Gestaltungsmacht für dasjenige Verfassungsorgan eintritt, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande ge-

kommen ist
(vgl. BVerfGE 123, 267 [341])."
Das Haushaltsrecht gehört zu den Kernkompetenzen des Parlaments, vgl. nur Art. 110 GG. Angesichts der Summen i.H.v. über 150 Mrd. Euro, über die das Bundesministerium der Finanzen durch das Euro-Rettungsschirmgesetz zu verfügen ermächtigt wird, erscheint es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich der Deutsche Bundestag seiner Haushaltsbefugnis zu weitgehend begeben hat. Somit wäre B nach dieser Ansicht beschwerdebefugt.

c. Stellungnahme
Für das BVerfG spricht erstens, dass eine Ausweitung der Verfassungsbeschwerde auf Popularanträge nicht zu befürchten ist, wenn man die Anwendung des Art. 38 I 1 GG auf Gesetze beschränkt, die den Kernbereich der Parlamentarischen Kompetenz betreffen. und zweitens wäre eine Gefährdung der Demokratie durch Aushölung parlamentarischer Kernkompetenzen letztlich auch eine Gefährdung der Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG, gegen die sich der Einzelne zur wehr setzen können muss. In den Worten des BVerfG:
"[101] Der letztlich in der Würde des Menschen wurzelnde Anspruch des Bürgers auf Demokratie (vgl. BVerfGE 123, 267 [341]) wäre hinfällig, wenn das Parlament Kernbestandteile politischer Selbstbestimmung aufgäbe und damit dem Bürger dauerhaft seine demokratischen Einflussmöglichkeiten entzöge. Das Grundgesetz hat den Zusammenhang zwischen Wahlrecht und Staatsgewalt in Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG für unantastbar erklärt (vgl. BVerfGE 89, 155 [182]; 123, 267 [330]). Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat bei der Neufassung des Art. 23 GG deutlich gemacht, dass der Auftrag zur Entwicklung der Europäischen Union an die dauerhafte Einhaltung bestimmter verfassungsrechtlicher Strukturvorgaben gebunden ist (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG) und dass hier durch Art. 79 Abs. 3 GG eine absolute Grenze zum Schutz der Identität der Verfassung gesetzt ist (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG), die jedenfalls insoweit nicht etwa erst in Fällen einer drohenden totalitären Machtergreifung überschritten ist. Gegen eine mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbare Entäußerung von Kompetenzen durch das Parlament muss sich der Bürger verfassungsgerichtlich zur Wehr setzen können." Ein weitergehendes Rügerecht sieht das Grundgesetz nicht vor.
[102] Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 38 Abs 1 GG kommt daher in Konstellationen zum Tragen, in denen offensichtlich die Gefahr besteht, dass die Kompetenzen des gegenwärtigen oder künftigen Bundestages auf eine Art und Weise ausgehöhlt werden, die eine parlamentarische Repräsentation des Volkswillens, gerichtet auf die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger, rechtlich oder praktisch unmöglich macht. Die Antragsbefugnis ist folglich nur dann gegeben, wenn substantiiert dargelegt wird, dass das Wahlrecht entleert sein könnte."

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen
B ist Staatsbürger und damit als Wähler selbst von der gerügten Entwertung seines Stimmrechts betroffen. Diese würde durch das "Euro-Rettungsschirmgesetz" und die damit verbundene Entmachtung des Parlaments auch ohne weiteren Zwischenschritt, d.h. unmittelbar eintreten. Da das "Euro-Rettungsschirmgesetz" schon in Kraft getreten ist, ist die Beschwer auch noch gegenwärtig.

V. Rechtswegerschöpfung
Gegen Parlamentsgesetze steht dem einzelnen Bürger kein Rechtsweg offen. Einer Rechtswegerschöpfung nach § 90 II BVerfGG bedarf es daher nicht. Auch ist nicht ersichtlich, was er im Hinblick auf den ebenfalls aus § 90 II BVerfGG ableitbaren Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde noch hätte unternehmen können, um die von ihm gerügte Entmachtung des Parlaments zu verhindern.

VI. Form und Frist
Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 23 BVerfGG schriftlich einzureichen und zu begründen. Die Beschwerdefrist beträgt gem. § 93 III BVerfGG ein Jahr. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist von der Einhaltung dieser Form- und Fristvorschriften auszugehen.

VII. Zwischenergebnis
Die Vb. ist hinsichtlich der Anträge zu a) und b) unzulässig, hinsichtlich des Antrags zu c) zulässig.

B. Begründetheit
Fraglich ist, ob die Vb. hinsichtlich des Antrags zu c) auch begründet ist. Dann müsste B in seinem Recht aus Art. 38 I 1 GG tatsächlich verletzt sein. Nach den Ausführungen zur Beschwerdebefugnis wäre dies (nur) dann der Fall, wenn sich der Deutsche Bundestag seiner parlamentarischen Haushaltsverantwortung mit Verabschiedung des "Euro-Rettungsschirmgesetzes" soweit entäußert hätte, dass er oder zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben könnten.

I. Haushaltsverantwortung des Deutschen Bundestages im Kernbereich unantastbar
Das BVerfG betont zunächst nochmals, dass die Haushaltsverantwortung des Deutschen Bundestages nicht nur ein Recht, sondern jedenfalls in ihrem Kern auch eine unveräußerliche Pflicht sei:
"[122] Die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand ist grundlegender Teil

der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat (vgl. BVerfGE 123, 267 [359]). Der Deutsche Bundestag muss dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden. Das Budgetrecht stellt insofern ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar (vgl. BVerfGE 70, 324 [355 f.]; 79, 311 [329]). [...]
[125] Vor diesem Hintergrund darf der Deutsche Bundestag seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen. Insbesondere darf er sich, auch durch Gesetz, keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die - sei es aufgrund ihrer Gesamtkonzeption, sei es aufgrund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen - zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können, seien es Ausgaben oder Einnahmeausfälle. Dieses Verbot der Entäußerung der Budgetverantwortung beschränkt nicht etwa unzulässig die Haushaltskompetenz des Gesetzgebers, sondern zielt gerade auf deren Bewahrung."

II. Entscheidungsspielraum des Deutschen Bundestages

Andererseits ist der Deutsche Bundestag jedoch unmittelbar durch den demokratischen Volkswillen legitimiert. Es kann daher nicht sein, dass das BVerfG seine Einschätzung dessen, was noch haushaltspolitisch verantwortbar ist und was nicht, an die Stelle des Willens der gewählten Volksvertreter setzt. Deshalb billigt das BVerfG dem Deutschen Bundestag eine Einschätzungsprärogative zu. Nur wenn dieser Einschätzungsspielraum verlassen worden sei, liege eine Verletzung von Art. 38 I 1 GG vor (Evidenzkontrolle):
"[130] Das BVerfG hat sich bei der Feststellung einer verbotenen Entäußerung der Haushaltsautonomie im Hinblick auf den Umfang der Gewährleistungsübernahme auf evidente Verletzungen zu beschränken und namentlich mit Blick auf das Eintrittsrisiko von Gewährleistungen einen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zu respektieren. [...]

1. Höhe der Staatshilfen

Diese Einschätzungsspielraum gelte zunächst für die Höhe der Staatshilfen:
"[131] Die Beschränkung auf evidente Verletzungen gilt für die Frage, bis zu welcher Höhe eine Gewährleistungsübernahme unter dem Aspekt der Eintrittsrisiken und die dann zu erwartenden Folgen für die Handlungsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers noch verantwortbar ist. Ob und inwieweit sich unmittelbar aus dem Demokratieprinzip eine justiziable Begrenzung des Umfangs von Gewährleistungsermächtigungen herleiten lässt, ist fraglich. Anders als bei Kreditaufnahmen sieht Art. 115 Abs. 1 GG eine solche Begrenzung jedenfalls nicht explizit vor (vgl. Kube, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 115, Rn. 78, 124, 241 f.; Wendt, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 115, Rn. 26; vorsichtiger zur alten Rechtslage Siekmann, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 115, Rn. 21, demzufolge Bürgschaften, Garantien und Gewährleistungen jedenfalls in Höhe der erfahrungsgemäß realisierten Zahlungsverpflichtungen der Kreditaufnahme ohne Einschränkung hinzugerechnet werden müssten). Inwieweit die durch das 57. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes im Jahre 2009 in das Grundgesetz aufgenommene sogenannte Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3, Art. 115 Abs. 2 GG) dennoch zur Einhaltung von Obergrenzen zwingt, muss mit Blick auf die angegriffenen Gesetze nicht entschieden werden. Jedenfalls kommt es im vorliegenden Zusammenhang mit seiner allgemeinen Maßstäblichkeit aus dem Demokratieprinzip nur auf eine evidente Überschreitung von äußersten Grenzen an."

2. Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme

Er gelte ferner für die Einschätzung der Frage, wie wahrscheinlich es sei, dass die Bundesrepublik Deutschland tatsächlich aus von ihr gegebenen Bürgschaften in Anspruch genommen werde bzw. mit von ihr gegebenen Krediten ausfalle:
"[132] Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit für Gewährleistungen einstehen zu müssen, kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht zu respektieren ist. Entsprechendes gilt auch für die Abschätzung der künftigen Tragfähigkeit des Bundeshaushalts und des wirtschaftlichen Leistungsvermögens der Bundesrepublik Deutschland. Hier kann das Bundesverfassungsgericht sich nicht mit eigener Sachkompetenz an die Stelle der zuvörderst dazu demokratisch berufenen Gesetzgebungskörperschaft setzen."

III. Subsumtion

Gemessen an diesen Maßstäben kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass das Parlament weder durch die Höhe der Summen, die das "Euro-Rettungsschirmgesetz" vorsieht, noch durch die Prognose über die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme derselben seinen Einschätzungsspielraum überschritten habe:

1. Bezüglich der Höhe

"[135] Eine unmittelbar aus dem Demokratieprinzip folgende Obergrenze für die Übernahme von Gewährleistungen könnte nur überschritten sein, wenn sich im Eintrittsfall die Gewährleistungen so auswirkten, dass die Haushaltsautonomie jedenfalls für einen nennenswerten Zeitraum nicht nur eingeschränkt würde, sondern praktisch vollständig leer liefe. Das kann vorliegend nicht festgestellt werden. Die Einschätzung des Gesetzgebers, die [...] Gewährleistungsermächtigung in Höhe von 147,6 Mrd Euro (123 Mrd Euro + 20 %)

sei auch in Addition zu der [...] beschlossenen Gewährleistungsermächtigung zugunsten G's in Höhe von 22,4 Milliarden Euro haushaltswirtschaftlich hinnehmbar, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt für die Erwartung, selbst im Fall der vollständigen Realisierung des Gewährleistungsrisikos wären die Verluste von rund 170 Milliarden Euro über Einnahmesteigerungen, Ausgabenkürzungen und über längerfristige Staatsanleihen, wenngleich möglicherweise unter Verlust von Wachstumsmöglichkeiten und Bonität mit entsprechenden Einnahmeverlusten und Risikoaufschlägen, noch refinanzierbar." [...]

2. Bezüglich der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme

[139] Das ["Euro-Rettungsschirmgesetz"] beschränkt die Gewährleistungsermächtigung der Höhe nach, bezeichnet den Zweck der Gewährleistung, regelt in gewissem Umfang die Auszahlungsmodalitäten und macht bestimmte Vereinbarungen mit G zur Grundlage der Gewährleistungsübernahme. Damit ist die Gewährleistungsermächtigung weitgehend inhaltlich bestimmt. Vor diesem Hintergrund ist es hinnehmbar, dass der Deutsche Bundestag am weiteren Gesetzesvollzug lediglich in Gestalt von Unterrichtungen des Haushaltsausschusses beteiligt wird.

[140] [Es] legt nicht nur Zweck und Grundmodalitäten, sondern auch das Volumen möglicher Gewährleistungen fest, das weder durch die Bundesregierung noch durch die Zweckgesellschaft ohne Zustimmung des Bundestages verändert werden kann. Die Übernahme von Gewährleistungen ist nur in einem bestimmten Zeitraum möglich und wird von der Vereinbarung eines wirtschafts- und finanzpolitischen Programms mit dem betroffenen Mitgliedstaat abhängig gemacht. Dieses bedarf einvernehmlicher Billigung der Staaten der Euro-Zone, wodurch der Bundesregierung ein bestimmender Einfluss gesichert ist."

[Anm.: Ein Beispiel für eine außerhalb des Spielraums liegende Kompetenzentäußerung des Parlaments sah das BVerfG im Originalfall in § 1 IV 1 des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes. Danach war die Bundesregierung lediglich dazu verpflichtet, sich vor der Bewilligung von Geldern zu bemühen, ein Einvernehmen mit dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages herzustellen. Dies genügte dem BVerfG nicht. Vielmehr müsse die Bundesregierung die vorherige Zustimmung des Haushaltsausschusses einholen. In diesem Sinne könne besagter § 1 IV 1 jedoch verfassungskonform ausgelegt werden, meint das BVerfG, sodass es auch im Originalfall die Verfassungsbeschwerden in vollem Umfang zurückwies.]

IV. Ergebnis

Der Deutsche Bundestag hat seine Einschätzungsprärogative nicht überschritten. Somit liegt auch eine Verletzung des B in seinem Recht aus Art. 38 I 1 GG nicht vor. Seine Verfassungsbeschwerde ist, soweit zulässig, unbegründet.

Standort: Zivilrecht — Problem: § 7 StVG und § 41 FSHG NW

BGH, URTEIL VOM 28.06.2011
VI ZR 184/10 (NJW-SPEZIAL 2011, 489)

Problemdarstellung:

Der Traktor des Bekl. zu 1) verlor bei einer Panne Hydrauliköl, das die im Eigentum einer nordrhein-westfälischen Gemeinde stehende Straße verunreinigte und beschädigte. Zur Reinigung beauftragte die Gemeinde – nachdem die städtische Feuerwehr tätig geworden war – eine private Firma. Diese stellte der Gemeinde nach Abschluss der Arbeiten rund 3.000 € in Rechnung. Zur Begleichung der Rechnung trat die Gemeinde ihre Ersatzansprüche gegen die Bekl. zu 1) und 2) an die Firma ab. Diese übertrug die Forderungen an die Kl., die nun Zahlung vom Bekl. zu 1) und dessen Haftpflichtversicherung, der Bekl. zu 2), verlangt.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung des BGH eignet sich, um u.a. Probleme des Deliktsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag abzufragen. Dabei müssen öffentlich-rechtliche Besonderheiten beachtet werden, so dass die Entscheidung einige Examensrelevanz besitzen dürfte.

Vorliegend ging nicht die Gemeinde als unmittelbar Geschädigte, sondern die Kl. als Rechtsnachfolgerin der Gemeinde gegen die Bekl. vor. Das setzt voraus, dass der Kl. die Ersatzansprüche der Gemeinde und/oder der privaten Reinigungsfirma wirksam gem. § 398 BGB abgetreten wurden. Insofern stellt sich zunächst die Frage, welche Ansprüche der Gemeinde gegen die Bekl. entstanden sind. In Betracht kommen ein öffentlich-rechtlicher Ersatzanspruch aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW, sowie Ansprüche aus § 7 StVG und § 823 BGB (i.V.m. § 115 VVG hinsichtlich der Bekl. zu 2)). Den Anspruch aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW hatte die Gemeinde jedoch nicht wirksam abgetreten. Denn die Norm verlangt nach einer behördlichen Festsetzung der Kostentragungspflicht unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens. Da eine solche Festsetzung fehlte, konnte der Anspruch nach § 41 FSHG NW nicht wirksam an die Kl. übertragen werden.

Damit konnte sich die Abtretung allenfalls auf die zivilrechtlichen Ansprüche der Gemeinde beziehen. Ob diese neben § 41 II Nr. 3 FSHG NW tatsächlich existieren, ist jedoch umstritten. Nach einer Ansicht (vgl. LG Bielefeld, Urt. vom 23.10.2009 - 1 O 486/08; LG Bochum, Urt. vom 23.11.2009 - 8 O 647/08; AG Euskirchen, Urt. vom 6.8.2009 - 4 C 401/08; OLG Koblenz, GewArch 1978, 351 f.; Schneider, MDR 1989, 193, 195) schließt § 41 II Nr. 3 FSHG NW zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus. Nach anderer Ansicht (OLG Brandenburg, Urt. v. 4.11.2010 - 12 U 53/10) bestehen die Ansprüche parallel. Der Senat schließt sich der letztgenannten Ansicht an. § 41 FSHG NW hat den Sinn, die Kostenbeitreibung für den öffentlich-rechtlichen Leistungsträge zu erleichtern. Die Durchsetzung der übrigen, zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Verursacher lässt sich nämlich häufig nicht oder nicht in der erforderlichen Höhe durchsetzen. § 41 FSHG hat nach der Auffassung des Senats hingegen nicht zum Ziel, zivilrechtliche Ansprüche gänzlich zu verdrängen.

Folglich konnte die Kl. aus § 7 StVG und § 823 BGB (i.V.m. § 115 VVG) vorgehen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Parallelität von § 41 II Nr. 3 FSHG NW und zivilrechtlichen Ersatzansprüchen: *LG Bielefeld*, Urt. vom 23.10.2009 - 1 O 486/08; *LG Bochum*, Urt. vom 23.11.2009 - 8 O 647/08; *AG Euskirchen,* Urt. vom 6.8.2009 - 4 C 401/08; *OLG Brandenburg*, Urt. v. 4.11.2010 - 12 U 53/10; *LG Bonn*, BeckRS 2011, 02725*; OLG Koblenz*, GewArch 1978, 351; *Schneide*r, MDR 1989, 193, 195

❑ Zur Haftung nach § 7 StVG: *Hagedorn/Garbe*, JuS 2004, 287

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das verhängnisvolle Skateboard"

❑ *Examenskurs:* "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Leitsatz:

Die Möglichkeit des Kostenersatzes nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW schließt nicht von vornherein zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 7 StVG aus.

Sachverhalt:

Am Vormittag des 15.09.2009 war Landwirt B mit seinem Traktor auf der Gemeindestraße der nordrhein-westfälischen Gemeinde G unterwegs. Im Bereich einer Ortsdurchfahrt erlitt der Traktor eine Panne, so dass Hydrauliköl auslaufen und in den Straßenbelag eindringen konnte.

Nachdem die städtische Feuerwehr die verschmutzte Straße mit Ölbindemittel abgestreut hatte, beauftragte G die Firma D mit weiteren Reinigungsarbeiten. Diese waren notwendig, um die hartnäckige Ölspur zu entfernen und die Verkehrssicherheit der Straße wiederherzustellen. Im Vertrag zwischen G und D regelten die Parteien die Vergütungspflicht der G umfassend. D reinigte den Straßenbelag mit Spezialfahrzeugen im Nassreinigungsverfahren und stellte der G hierfür 2.937,37 € in Rechnung. Um diese zu begleichen, trat G der D sodann ihre Ersatzansprüche gegen den B und dessen Haftpflichtversicherung in Höhe von 2.937,37 € ab. Da D derzeit einen finanziellen Engpass zu bewältigen hatte, verkaufte sie die abgetretenen Forderungen an das Unternehmen K. D meint, dass ihr außerdem ein eigener Anspruch auf Aufwendungsersatz gegenüber B entstanden ist, da B unmittelbar von ihrem Tätigwerden profitiert habe. Auch diesen Anspruch überträgt sie an K.

K verlangt von B und dessen Haftpflichtversicherung H Zahlung von 2.937,37 €. Zu Recht?

[Anm.: Die Anwendbarkeit des FSHG NW auf die vorliegende Gemeindestraße ist zu unterstellen. Auf § 41 II Nr. 3 FSHG NW, dessen Voraussetzungen vorliegen, wird hingewiesen. Von der Möglichkeit des § 41 III 1 FSHG NW hat G keinen Gebrauch gemacht. Die Frage, ob der G ein Anspruch aus öffentlich-rechtlicher GoA zusteht, ist nicht zu prüfen (hierzu z.B. OVG Münster, BeckRS 2007, 21846.]

Aus den Gründen:

A. Ansprüche der K gegen B

I. Anspruch der K aus § 398 BGB i.V.m. Geschäftsführung ohne Auftrag

K könnte gegen B ein Anspruch auf Zahlung von 2.937,37 € aus § 398 BGB i.V.m. §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB zustehen.

Ein derartiger Aufwendungsersatzanspruch könnte der Firma D entstanden sein, die diesen wirksam an K abgetreten haben müsste.

1. Anspruch der D aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB

Indem D Reinigungsarbeiten wegen der Beschädigung und Verunreinigung der Straße ausführte, könnte ihr ein Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB gegen B entstanden sein.

Das setzt voraus, dass D ein fremdes Geschäft mit Fremdgeschäftsführungswillen ohne Auftrag geführt hat und die Übernahme des Geschäfts mit dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn übereinstimmt.

Die Straßenreinigung stellt eine Geschäftsführung

i.S.d. § 677 BGB dar. Diese ist für D auch in objektiver Hinsicht fremd. Denn ein objektiver Betrachter hätte erkennen können, dass die Vornahme der Reinigung einer öffentlichen Straße zumindest auch in den Rechts- und Interessenkreis des Verursachers der Verunreinigung fällt, da hierdurch die gegen den Verursacher gerichteten Ansprüche z.B. aus § 7 StVG und § 823 BGB „erfüllt" werden. Bei Vorliegen eines objektiv oder objektiv auch-fremden Geschäfts wird der Fremdgeschäftsführungswille des Handelnden vermutet (so jedenfalls die überwiegende Ansicht der Rechtsprechung, vgl. z.B. BGH, NJW-RR 2004, 81 [82]).
Jedoch hätte D ohne Auftrag handeln müssen.
Dieses Merkmal ist problematisch, da D jedenfalls von G kraft Werkvertrages zur Vornahme der Reinigungsarbeiten gegen Entgelt verpflichtet wurde. Insoweit besteht ein Auftrag.
Jedoch stellt sich hier die Frage eines Anspruchs der D gegen B, d.h. B wird als potentieller Geschäftsherr vom Geschäftsführer D in Anspruch genommen. B erteilte der D jedenfalls keinen Auftrag.
Allerdings kommt in Fällen wie diesem eine Inanspruchnahme des Geschäftsherrn dann nicht in Betracht, wenn die Verpflichtung des Geschäftsführers (D) auf einem mit einem Dritten wirksam geschlossenen Vertrag beruht, der Rechte und Pflichten des Geschäftsführers und insbesondere die Entgeltfrage umfassend regelt (MünchKommBGB/Seiler, § 677 Rn. 15; vgl. Soergel/Beuthien, § 677 BGB Rn. 11; Erman/Ehmann, Vorb. § 677 Rn. 5). Einen derartigen Vertrag mit umfassender Entgeltabrede haben G und D laut Sachverhalt geschlossen. Eine solche umfassende Regelung der Entgeltfrage innerhalb der wirksamen Vertragsbeziehung ist hinsichtlich des Ausgleichs für die jeweils erbrachten Leistungen auch im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich abschließend. Schon aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgt, dass vertragliche Abreden vor gesetzlichen Ausgleichsansprüchen Vorrang haben. Überdies ist D auch nicht schutzwürdig, da sie aus der vertraglichen Vereinbarung mit G eben diejenige Vergütung erhält, die sie nach der Privatrechtsordnung erwarten kann (vgl. *BGH*, NJW-RR 2004, 81 [83] und 956).
Damit liegt zwar kein Auftrag des eigentlichen Geschäftsherrn B vor. Doch verdrängt die vertragliche Abrede zwischen G und D den Rückgriff auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ein Aufwendungsersatzanspruch der D besteht mithin nicht.

2. Ergebnis
Da ein Anspruch der D gegen B aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB nicht besteht, kann dieser auch nicht wirksam an K übertragen worden sein.
K steht kein übergegangener Aufwendungsersatzanspruch zu.

II. Anspruch der K aus § 398 BGB analog i.V.m. § 41 II Nr. 3 FSHG NW
K könnte gegen B einen Anspruch aus § 398 BGB analog i.V.m. § 41 II Nr. 3 FSHG NW zustehen.

1. Wirksame Abtretung analog § 398 BGB
Unabhängig von der Frage nach dem Bestehen des Anspruchs, kann dieser nur wirksam auf K übertragen worden sein, wenn der Anspruch überhaupt abtretbar ist und auch im Einzelfall wirksam abgetreten wurde.
Öffentlich-rechtliche Forderungen sind in analoger Anwendung der §§ 398 ff. BGB grundsätzlich abtretbar (BGH, ZIP 1995, 1698; BVerwG, NJW 1993, 1610; Palandt/Grüneberg, § 398 Rn. 9).
Jedoch sind die Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Forderungen zu beachten. Bei der Abtretung öffentlich-rechtlicher Forderungen an Privatpersonen oder Unternehmen des Privatrechts dürfen öffentlich-rechtliche Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften nicht umgangen und sowohl öffentliche als auch schützenswerte private Interessen nicht beeinträchtigt werden (VG Düsseldorf, NJW 1981, 1283).
Vorliegend ist festzustellen, dass § 41 II Nr. 3 FSHG NW dem öffentlichen Leistungsträger einen abstrakten Anspruch auf Kostenerstattung vermittelt. Dieser bedarf zu seiner Entstehung nicht nur des Vorliegens des abstrakten Schädigungssachverhalts, sondern darüber hinaus der konkreten Festsetzung gegenüber dem Pflichtigen durch Leistungsbescheid unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens. Ist die Festsetzung nicht geschehen, ist der Anspruch jedenfalls nicht übergangsfähig i.S.d. §§ 398 ff. BGB analog.
Hier hat G ihren Erstattungsanspruch (noch) nicht festgesetzt, sondern diesen unmittelbar zur Erfüllung der Werklohnforderung an D abgetreten. Da der Anspruch mangels behördlicher Festsetzung noch gar nicht wirksam entstanden war, geht die Abtretung ins Leere (vgl. insgesamt BGH, NJW-Spezial 2011, 489, Rn. 11).

2. Ergebnis
Mangels wirksamer Abtretung kann K nicht aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW gegen B vorgehen.

III. Anspruch der K aus § 398 BGB i.V.m. § 7 I StVG
K könnte gegen B ein Anspruch aus § 398 BGB i.V.m. § 7 StVG zustehen.

1. Anspruch der G aus § 7 I StVG
Das setzt zunächst voraus, dass G ein Anspruch aus § 7 I StVG gegen B zustand.

a) Anspruchsverpflichteter
Als Anspruchsverpflichteter kommt nur der Halter eines Kraftfahrzeugs i.S.d. § 1 II StVG in Betracht. Halter ist, wer das Fahrzeug für eigene Rechnung ge-

braucht und die Verfügungsgewalt besitzt. Dies trifft auf B zu, der damit Halter des Traktors, einem Kraftfahrzeug nach § 1 II StVG, ist.

b) Rechtsgutverletzung gem. § 7 I StVG
Das auslaufende Hydrauliköl hat zu einer Sachbeschädigung an der Straße geführt. Sachbeschädigungen werden von § 7 I StVG ausdrücklich erfasst.

c) Kausalität
Der Betrieb des Traktors müsste für die Rechtsgutverletzung äquivalent kausal geworden sein. Das ist der Fall, da der Betrieb des Traktors nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Straßenbeschädigung entfiele.
Auch ereignete sich die Rechtsgutverletzung „bei Betrieb" des Traktors. Denn Betriebsstoffe, die von einem im öffentlichen Straßenraum befindlichen Fahrzeug auslaufen, sind dem Betrieb des Fahrzeugs zuzurechnen (*OLG Köln*, VersR 1983, 287 [289]; *Schneider*, MDR 1989, 193 [194]).

d) Einwendungen des Halters
Einwendung des B nach § 7 II, III oder § 8 StVG sind nicht ersichtlich.

e) Haftungsausschluss oder Haftungsminderung wegen Mitverursachung
Gem. § 9 StVG i.V.m. § 254 BGB analog kann ein Mitverursachungsbeitrag des Anspruchstellers (der nicht selbst Halter eines Kraftfahrzeugs ist; vgl. anderenfalls §§ 17 II, I StVG) grds. berücksichtigt werden. Anhaltspunkte für eine Mitverursachung der G sind jedoch nicht zu erkennen.

f) Rechtsfolge
Folglich schuldet B der G Schadensersatz gem. §§ 10 ff. StVG i.V.m. §§ 249 ff. BGB.

g) Ausschluss wg. § 41 II Nr. 3 FSHG NW
Jedoch stellt sich die Frage, ob G vor dem Hintergrund, dass sie bereits aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW vorgehen könnte, tatsächlich auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche zustehen. Das wäre zu verneinen, wenn der Gesetzgeber mit § 41 II Nr. 3 FSHG NW eine abschließende Regelung hätte schaffen wollen. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei die Intention des Gesetzgebers auf der einen und die Zielrichtungen der Ansprüche aus Gefährdungshaftung und des öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruchs auf der anderen Seite berücksichtigt werden müssen:

aa) Vergleich mit der Vorgängerregelung und anderen landesrechtlichen Regelungen
„[23] Die Vorgängerregelung in § 36 Abs. 1 Satz 2 FSHG NW in der Fassung vom 25. Februar 1975 (GV. NRW. S. 182) sah ausdrücklich vor, dass Ansprüche in Fällen der Gefährdungshaftung nach bundesrechtlichen Vorschriften durch die grundsätzliche Unentgeltlichkeit der Feuerwehreinsätze nicht tangiert werden (vgl. LT-Drucks. 7/3961, S. 34; LG Bonn, Urteil vom 11. Januar 2011 - 2 O 329/08, juris Rn. 36; Steegmann/Steegmann, aaO, § 41 Rn. 7). Diese Vorschrift entsprach in ihrem Regelungsgehalt dem der geltenden Brandschutzgesetze anderer Bundesländer. Beispielsweise sieht § 26 Abs. 1 Satz 2 des Niedersächsischen Gesetzes über den Brandschutz und die Hilfeleistungen der Feuerwehren (NBrandSchG) vom 8. März 1978 (Nds. GVBl. S. 233) vor, dass Ansprüche gegen die Verursacher bei Gefährdungshaftung unberührt bleiben. Dem entspricht die Auffassung des erkennenden Senats, dass es sich bei einer auf § 26 Abs. 1 Satz 2 NBrandSchG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 StVG gestützten Forderung um einen privatrechtlichen Anspruch handle (vgl. Senatsbeschluss vom 20. Oktober 2009 - VI ZR 239/08, juris zu OLG Celle, Urteil vom 13. August 2008 - 14 U 145/08, OLGR Celle 2008, 964, 965). Durch die Fassung der Nachfolgeregelung in § 36 FSHG NW vom 14. März 1989 (GV. NRW. S. 102), die der hier in Rede stehenden derzeit geltenden Vorschrift des § 41 FSHG NW entspricht, wollte der Gesetzgeber angesichts der durch die verstärkte Motorisierung der Bevölkerung zunehmenden Inanspruchnahme der Feuerwehr die öffentlich-rechtlichen Kostenersatzansprüche zur Erleichterung der Kostenbeitreibung erweitern, weil die Durchsetzung der Ansprüche gegen Verursacher in Fällen der Gefährdungshaftung häufig nicht oder nicht in der erforderlichen Höhe erfolgreich war (LT-Drucks. 10/3178, S. 11; LT-Drucks. 10/3232, S. 1, 15; vgl. Steegmann/Steegmann, aaO Rn. 2). Es sollte lediglich die Kostenbeitreibung für die öffentlichen Leistungsträger erleichtert werden. Hingegen besteht kein Anhalt dafür, dass zivilrechtliche Ansprüche durch die Regelungen der öffentlich-rechtlichen Kostenersatzansprüche ausgeschlossen werden sollten."

bb) Kein Verstoß gegen die Risikozuordnung des FSHG NW
„[24] Durch die Möglichkeit der Gemeinden, Ersatzansprüche in Fällen der Gefährdungshaftung im Zivilrechtsweg geltend zu machen, wird auch nicht die in §§ 40 ff. FSHG NW festgelegte Risikozuordnung von Kosten unterlaufen (vgl. dazu OVG NW, NWV Bl. 2007, 437, 438). Primär kostenpflichtig ist nach dem Grundsatz der Kongruenz von Ordnungspflicht und Kostenlast (vgl. OVG Münster, NZV 1995, 460, 461) grundsätzlich der zur Beseitigung der Störung ordnungsrechtlich Verpflichtete, mithin im Streitfall die Gemeinde. Die primäre Kostenpflicht schließt nicht aus, dass die Kosten auf den Verursacher der Störung verlagert werden und sich der öffentliche Pflichten-

träger finanziell auf diese Weise einen Ausgleich verschafft. Dem dient der Kostenersatzanspruch nach § 41 Abs. 2 FSHG NW. Zivilrechtliche Ansprüche auf den Ersatz von Sachschäden aus Gefährdungshaftung, um die es hier geht, dienen in vergleichbarer Weise dazu, dem Schädiger die Kosten für die Beseitigung des Schadens zu überbürden und mithin die Schadenslast von dem primär Belasteten zu nehmen. Auch der Kostenersatzanspruch nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW knüpft an die Gefährdungshaftung und den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch an. Allerdings wird das Risiko der Durchsetzbarkeit der Ansprüche im Zivilprozess im Hinblick auf die Antragspflicht der Parteien und die Besonderheiten des Beweisrechts im Allgemeinen höher sein als bei der Geltendmachung der Ansprüche durch Leistungsbescheid, für dessen Durchsetzung im Verwaltungsrechtsweg der Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO gilt (vgl. hierzu zuletzt OLG Brandenburg, Urteil vom 4. November 2010 - 12 U 43/10, juris Rn. 5; LG Bonn, Urteil vom 11. Januar 2011 - 2 O 329/08, juris Rn. 36)."

cc) Keine Unvereinbarkeit aufgrund gemeindlicher Aufgabenzuweisung

„[25] Zivilrechtliche Gefährdungshaftungsansprüche sind auch nicht im Hinblick auf die Pflicht der Gemeinde zur Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe ausgeschlossen, Unglücksfällen durch den Einsatz der Feuerwehr zu begegnen. Die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit steht der zivilrechtlichen Haftung des Schädigers nicht im Wege (Steegmann/Steegmann, aaO, § 41 Rn. 10a). Die Regelungen in § 41 FSHG NW betreffen primär nicht Ansprüche auf Kostenersatz für die Wiederherstellung einer beschädigten Sache. Sie regeln die Kostenerstattung für Maßnahmen zur Abwendung von Gefahren und zur Beseitigung der Folgen von Feuer, Unglücksfällen und bei öffentlichen Notständen (vgl. § 1 Abs. 1 FSHG NW). Diese Maßnahmen können, sie müssen aber nicht zur Behebung eines mit dem Unglücksfall verbundenen Sachschadens der Gemeinde führen. Wäre der Gemeinde für einen Feuerwehreinsatz öffentlich-rechtlicher Kostenersatz aufgrund eines Leistungsbescheids für Maßnahmen zugeflossen, die auch den Eigentumsschaden beseitigt haben, wäre dieser Umstand mit Blick auf das schadensrechtliche Bereicherungsverbot bei der Höhe des Schadensersatzes zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteile vom 29. April 2003 - VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395, 398; vom 15. Februar 2005 - VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 165). Solche Umstände haben die Beklagten bisher nicht vorgetragen."

dd) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber des FSHG NW hatte bei der Schaffung des § 41 II Nr. 3 FSHG NW eine Ergänzung zu den deliktischen Ansprüchen der Gemeinde im Sinn. Ein Ausschließlichkeitsverhältnis sollte nicht geschaffen werden.

Die Ansprüche aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW und § 7 I StVG sind damit nebeneinander anwendbar. G steht trotz des öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruchs ein weiterer Anspruch auf Schadensersatz gem. § 7 I StVG gegen B zu.

[Anm.: Der Anspruch aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW entsteht hier allerdings nur zugunsten G, nicht auch zugunsten D. Denn der Werklohnanspruch der Firma D ist nicht durch einen Feuerwehreinsatz entstanden. Die durch die Heranziehung von Personen des Privatrechts entstandenen Auslagen sind nur dann Kosten des Feuerwehreinsatzes, wenn dem Träger der Feuerwehr die Tätigkeit dieser Personen als hoheitliches Handeln zuzurechnen ist. Hierfür bedarf es einer gesetzlichen Zurechnungs- bzw. Zuweisungsnorm, dass der private Leistungsträger als Beliehener oder als Verwaltungshelfer tätig wird (BVerwGE 92, 282 [285]). Das FSHG NW enthält keine derartige Regelung (vgl. BGH, NJW-Spezial 2011, 489 Rn. 16).]

2. Wirksame Abtretung

Der Anspruch müsste auch wirksam gem. § 398 BGB an K abgetreten worden sein. Vom Vorliegen einer Abtretungsvereinbarung zwischen G und D und im weiteren zwischen D und K ist auszugehen. Diese Abtretungsvereinbarungen müssten auch wirksam sein, insbesondere müssten sie den Bestimmtheitsgrundsatz wahren. Anders als bei der Forderung aus § 41 II Nr. 3 FSHG NW, die zunächst der behördlichen Festsetzung bedarf, ist der Anspruch aus § 7 I StVG mit dem Eintritt der anspruchsbegründenden Voraussetzungen (s.o.) bereits entstanden. Der Anspruch kann damit auch unter Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes abgetreten werden. Selbst wenn der Anspruch noch nicht entstanden wäre, würde dies einer Abtretung nicht zwingend entgegenstehen. Denn auch die Abtretung künftiger Forderungen ist möglich, soweit diese bestimmbar sind (vgl. BeckOK/*Rohe*, § 398 BGB Rn. 32, 33).

Der Anspruch ist wirksam auf K übergegangen.

4. Ergebnis

K steht ein Anspruch in Höhe von 2.937,37 € aus § 398 BGB i.V.m. § 7 I StVG gegen B zu.

IV. Anspruch der K aus § 398 BGB i.V.m. § 18 I StVG

Daneben steht K ein abgetretener Anspruch aus § 18 I StVG zu. Denn B ist nicht nur Halter, sondern auch Führer des Kraftfahrzeugs gewesen. Im Unterschied zu § 7 I StVG ist die Haftung aus § 18 I StVG verschuldensabhängig ausgestaltet, wobei das Verschulden jedoch gem. § 18 I 2 StVG vermutet wird. Da dem

Sachverhalt eine Exkulpation des B nicht zu entnehmen ist, wird dessen Verschulden vermutet. Im Übrigen geltend die Ausführungen zu § 7 I StVG.

V. Anspruch der K aus § 398 BGB i.V.m. § 823 I und II BGB

Dagegen dürften K keine Ansprüche aus § 823 BGB zustehen. Im Rahmen des § 823 I und auch des § 823 II BGB ist das Verschulden festzustellen; eine Beweiserleichterung durch eine Verschuldensvermutung wie in § 18 I 2 StVG existiert nicht. Der Sachverhalt verhält sich jedoch nicht über ein etwaiges Verschulden des B, so dass Ansprüche aus § 823 BGB nicht bestehen.

B. Anspruch der K gegen H

K kann außerdem gem. §§ 398 BGB i.V.m. § 7 I StVG und § 115 I Nr. 1 VVG gegen die Haftpflichtversicherung des Schädigers B vorgehen. B und H haften nach §§ 421 ff. BGB als Gesamtschuldner.

Standort: §§ 253, 255 StGB — Problem: Sicherungserpressung

BGH, BESCHLUSS VOM 26.05.2011
3 STR 318/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte dem Opfer, dem Inhaber eines Kfz-Ersatzteilshandels, vorgetäuscht, dass er ein bei diesem gekauftes Getriebe noch bezahlen und nur zuvor in sein Auto legen wollte. Tatsächlich hatte er jedoch von Anfang an nicht vor, den vollen Kaufpreis zu entrichten. Als das Opfer merkte, dass der Käufer mit dem Ersatzteil verschwinden wollte, ohne zu bezahlen, versuchte er, diesen aufzuhalten. Der Angeklagte schlug jedoch auf das Opfer ein, bis dieses ihn gehen ließ.

Das Landgericht Wuppertal hatte in den Schlägen insbesondere eine räuberische Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, gesehen und den Angeklagten entsprechend verurteilt. Der für eine (räuberische) Erpressung erforderliche Vermögensnachteil liege darin, dass das Opfer das Fortgehen des Täters dulden müsse ohne seinen fälligen Kaufpreisanspruch durchsetzen zu können. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. Da der Angeklagte von Anfang an nicht vorgehabt habe, das Ersatzteil zu bezahlen, sei bereits mit Abschluss des Kaufvertrages und der Übereignung des Ersatzteils ein vollendeter Betrug, § 263 I StGB, gegeben. Insbesondere liege auch in diesem Zeitpunkt schon der für den Betrug erforderliche Vermögensschaden beim Opfer vor. Da aber durch die späteren Schläge kein weiterer Vermögensnachteil eingetreten sei, könne durch diese auch keine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung gegeben sein. Deren Tatbestand setze nämlich voraus, dass erst durch die Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels ein Vermögensnachteil eintrete, was ausscheide, wenn der entsprechende Nachteil schon zuvor vorlag.

Prüfungsrelevanz:

Die Straftaten des 20. Abschnitts des StGB, §§ 249 ff. StGB, haben sich in den letzten Jahren zum "Standardthema" in strafrechtlichen Examensaufgaben entwickelt. Neben dem klassischen Streit um die Anforderungen an die Opferreaktion bei §§ 253 I, 255 StGB - der auch in der vorliegenden Entscheidung relevant wird - und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung ist auch die Prüfung der anderen Tatbestandsmerkmale dieser Delikte sowie der Qualifikationen gem. §§ 250 f. StGB immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Zudem lassen sich diese Delikte auch sehr gut mit AT-Problemen (Irrtümer, sukzessive Beteiligung usw.) verbinden. Deshalb sind hier umfassende Detailkenntnisse im Examen unerlässlich. Der vorliegende Fall liefert zwar keine wirklich neuen Erkenntnisse, enthält aber eine sehr griffige Konstellation, anhand derer auch der sehr examensrelevante Tatbestand des § 263 I StGB zu prüfen ist. Man kann also davon ausgehen, dass dieser Fall mit Sicherheit als Examenssachverhalt Verwendung finden wird.

Der Tatbestand der (räuberischen) Erpressung setzt voraus, dass der Täter ein (qualifiziertes) Nötigungsmittel anwendet und "dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt". Die somit erforderliche Kausalität der Anwendung des Nötigungsmittels für den Vermögensnachteil ist stets problematisch, wenn der Nachteil bereits durch eine Straftat herbeigeführt wurde, die vor dem Einsatz des Mittels vollendet war, und die Erpressungshandlung nur dazu dient, die vom Täter bereits erlangten Vorteile zu sichern (sog. "Sicherungserpressung"). War die Vortat ein Diebstahl oder Raub, so wird die Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel zur Beutesicherung vom Verbrechenstatbestand des räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, erfasst. Dieser setzt jedoch voraus, dass der Täter "bei einem Diebstahl" auf frischer Tat betroffen wurde, sodass § 252 StGB keine Anwendung finden kann, wenn die Vortat, deren Beute gesichert werden soll, keine Diebstahl sondern eine Unterschlagung (vgl. BGH, NStZ 2011, 36, 37 = RA 2010, 698, 704) oder einen Betrug (vgl. BGHSt 41, 203 f.; Fischer, § 252 Rn. 3) darstellt. Kommt § 252

StGB - wie im vorliegenden Fall - mangels einer tauglichen Vortat nicht in Betracht, so scheidet auch eine Strafbarkeit wegen (räuberischer) Erpressung durch die Anwendung beutesichernder Gewalt in aller Regel aus, da der für §§ 253 I, 255 StGB erforderliche Vermögensnachteil beim Opfer nicht erst durch die Anwendung des (qualifizierten) Nötigungsmittels eintritt, sondern bereits durch die Vortat. Die "Sicherungserpressung" ist deshalb in aller Regel nicht gem. §§ 253 I, 255 StGB strafbar, sondern nur als "Sicherungsnötigung" gem. § 240 I StGB (BGH, NJW 1984, 501; NStZ 2008, 627; Fischer, § 263 Rn. 25; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 13). In der vorliegenden Entscheidung beist der BGH allerdings darauf hin, dass dieses Ergebnis anders sein könnte, wenn die Anwendung des beutesichernden (qualifizierten) Nötigungsmittels von Anfang an geplant war.

Vertiefungshinweise:

❑ *Zur Sicherungserpressung*: *BGH*, NStZ 2008, 627; NStZ 2011, 36 = RA 2010, 698; *Herzberg*, JR 1985, 209; *Kienapfel*, JR 1984, 388; *Seier*, JA 1984, 32

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Tod in der Fußgängerzone"

Leitsatz (der Redaktion):

Der für eine (räuberische) Erpressung erforderliche Vermögensnachteil muss Ergebnis einer das Opfer nötigenden Gewaltausübung oder Drohung durch den Täter sein. Daran fehlt es, wenn der Nachteil bereits durch einen vorher begangenen Betrug eingetreten ist und durch die Anwendung des (qualifizierten) Nötigungsmittels nur gesichert werden soll.

Sachverhalt (vereinfacht):

F betrieb einen Autohandel. K unterhielt einen Kfz-Ersatzteilhandel. F und K kannten sich über ihre Geschäftsbeziehungen.

Am Vormittag des 19. November 2008 suchte F den K auf. Er wollte einen Airbag, den er für 250 € von K gekauft hatte, wegen eines Defektes umtauschen. Außerdem wollte er sich von K einen Betrag von 100 € zurückzahlen lassen, der als Differenz aus verschiedenen zuvor abgeschlossenen Handelsgeschäften zu Gunsten des F verblieben war. Da K keinen funktionierenden Airbag besaß, verlangte F nun 250 € für den Airbag und zusätzlich die "fehlenden 100 €". K war indes nicht zur Zahlung von 350 € bereit. Daraufhin erklärte F, er werde nun ein Lenkgetriebe im Wert von 450 € mitnehmen und die seine Forderung übersteigenden 100 € an K zahlen. Dieser war damit einverstanden. Tatsächlich wollte F den Differenzbetrag aber nicht zahlen. Er suchte sich ein passendes Lenkgetriebe aus. Nachdem F erklärt hatte, das Ersatzteil mitzunehmen, bestand K auf Zahlung. Obwohl er nicht zahlungswillig war, antwortete F, er werde das Lenkgetriebe ins Auto bringen, von dort sein Portemonnaie holen und die 100 € begleichen.

F brachte das Getriebe zu seinem Fahrzeug und rief K zu, er werde wiederkommen. K ließ ihn gehen, weil er Probleme mit F vermeiden wollte und auf die Ernsthaftigkeit des Zahlungswillens des F vertraute.

Als das Getriebe im Kofferraum verstaut war, nahm F im Pkw Platz. K bemerkte, dass F nicht zurückkehrte, lief hinterher und stellte sich vor den Wagen, dessen Motor schon gestartet war. Er wollte die Wegfahrt verhindern und F zur Zahlung bewegen. In der Folge schlug der aus dem Wagen ausgestiegene F mehrfach mit den Fäusten auf K ein, damit dieser den Weg freigebe und auf die berechtigte Geldforderung verzichtete.

Strafbarkeit des F?

[Bearbeitervermerk: § 246 StGB ist nicht zu prüfen. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch den Kauf und die Entgegennahme des Getriebes

Dadurch, dass er das Getriebe von K kaufte, obwohl er nicht vorhatte, den Differenzbetrag von 100 € zu zahlen, könnte sich F wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen

F müsste K über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Joecks, § 263 Rn. 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 6, 11). Tatsachen sind hierbei alle vergangenen oder gegenwärtige Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind (Fischer, § 263 Rn. 6; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 8). Insofern ist zu beachten, dass auch Kenntnisse, Moitive und Absichten Tatsachen darstellen (sog. "innere Tatsachen"; OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 339). Auch über diese kann nämlich Beweis erhoben werden - indem man die entsprechende Person befragt.

F hatte beim Kauf des Lenkgetriebes gegenüber dem Verkäufer K angegeben, dass der Kaufpreis von 450

€ mit der ihm gegen K noch zustehenden Forderung von 350 € verrechnet werden sollte und er den Restbetrag von 100 € in bar bezahlten werde. Dabei hatte F von Anfang nicht vor, die Zahlung des Restbetrages vorzunehmen. F hat K somit über seine Zahlungsabsicht, also eine (innere) Tatsache, getäuscht.

2. Täuschungsbedingter Irrtum

F müsste bei K durch die Täuschung einen Irrtum erregt oder unterhalten haben.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen, d.h. jedes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit (Fischer, § 263 Rn. 54; Joecks, § 263 Rn. 47; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 18).

K hatte infolge der Täuschung des F auf die Ernsthaftigkeit von dessen Zahlungswillen vertraut. K hatte also geglaubt, dass F die Absicht habe, den Restbetrag zu bezahlen, was aber nicht der Wirklichkeit entsprach (s.o.). Somit hat F bei K durch die Täuschung einen Irrtum erregt.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

K müsste eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGH, NJW 1960, 1068, 1069; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 385).

K hat infolge seines Irrtums das Lenkgetriebe an F übergeben, wobei sich beide darüber einig waren, dass F auch das Eigentum hieran erwerben sollte. K hat deshalb das Getriebe gem. § 929 S. 1 BGB an F übereignet und somit sein Vermögen um Besitz, Gewahrsam und insb. das Eigentum an dem Getriebe gemindert. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung des K ist somit gegeben.

Auch der BGH nimmt das Vorliegen von Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung an: "Nach den Feststellungen spiegelte der Angeklagte F dem Geschädigten K einen nicht bestehenden Zahlungswillen über 100 € vor und erweckte bei diesem einen dementsprechenden Irrtum. Der Geschädigte verfügte irrtumsbedingt über sein Vermögen, indem er dem Angeklagten F das Lenkgetriebe übereignete. Dass der Geschädigte K den Angeklagten F auch gehen ließ, um 'Probleme' mit den Angeklagten zu vermeiden, steht einem Irrtum nicht entgegen. Nach den Feststellungen vertraute der Geschädigte K auf die Ernsthaftigkeit des geäußerten Zahlungswillens."

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

K müsste einen verfügungsbedingten Vermögensschaden erlitten haben.

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden ist gegeben, wenn das Gesamtvermögen des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde, d.h. wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen besitzt als davor, was über eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenspositionen des Opfers zu ermitteln ist (BGH, NStZ 2004, 205, 206; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 36; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 457).

K hatte insbesondere das Eigentum an dem Lenkgetriebe verloren (s.o.) und dadurch eine Vermögensminderung erfahren. Einen vollwertigen Ausgleich hierfür hat K nicht erhalten, da durch die Aufrechnung seiner Kaufpreisforderung in Höhe von 450 € gegen den Gegenanspruch des F in Höhe von 350 € die Verbindlichkeit des F aus dem Kaufvertrag nicht in voller Höhe erloschen ist. Den Restbetrag von 100 € hat F nicht gezahlt und hat dies auch nicht vor, sodass auch der entsprechende Zahlungsanspruch des K aus § 433 II BGB - der diesem natürlich zusteht - nicht seinen vollen Wert hat. Die Vermögensminderung des K ist somit nicht durch den Erhalt eines vollwertigen Äquivalents ausgeglichen worden, sodass das Gesamtvermögen des K durch die Verfügung gemindert wurde. K hat einen verfügungsbedingten Vermögensschaden erlitten.

5. Vorsatz

F handelte auch vorsätzlich.

6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

F müsste in der Absicht gehandelt haben, sich rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern.

F hatte die Absicht, das Eigentum an dem Getriebe zu erlangen ohne dafür den vollen Preis bezahlen zu müssen. Er wollte sich also einen Vermögensvorteil verschaffen und sich somit bereichern.

Die beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig und stoffgleich gewesen sein.

Rechtswidrig ist eine die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch darauf hat (BGHSt 19, 206, 216; Rengier, BT 1, § 13 Rn. 110). Stoffgleich ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Schadens beim Opfer darstellt, d.h. wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 168).

F hatte zwar aus dem zwischen ihm und K geschlossen Kaufvertrag gem. § 433 I BGB einen Anspruch auf die Übereignung des Getriebes. Da K diese Übereignung jedoch nur Zug um Zug gegen die Zahlung des Kaufpreises durch F schuldete und F den Kaufpreis noch nicht gezahlt hatte, konnte K sich gegenüber dem Übereignungsanspruch des F noch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, § 320 I 1 BGB, berufen. F hatte also zumindest keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Übereignung des Getriebes, sodass

die von ihm beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig war. F wollte sich auch hinsichtlich des Eigentums an genau demselben Getriebe bereichern, dessen Eigentumsverlust den Schaden bei K ausmachte (s.o.), sodass die von ihm beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich war.
Da F auch wusste, dass die beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig und stoffgleich war, hat er in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
F handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
F ist strafbar gem. § 263 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 249 I StGB durch die Schläge
Dadurch, dass F auf K einschlug, damit dieser den Weg freigibt und F das Getriebe abtransportieren kann, könnte sich F wegen Raubes gem. § 249 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
Bei dem Getriebe müsste es sich um ein taugliches Tatobjekt für einen Raub handeln, also um eine fremde bewegliche Sache.
Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache dann, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 249 Rn. 3, § 242 Rn. 5).
F hatte jedoch bereits durch die Übergabe des Lenkgetriebes von K das Eigentum an dieser Sache erworben (s.o.), sodass das Getriebe im Zeitpunkt der Schläge keine fremde Sache mehr darstellte und somit ein Raub hieran ausscheidet.

II. Ergebnis
F ist nicht strafbar gem. § 249 I StGB.

C. Strafbarkeit gem. § 252 StGB durch die Schläge
Durch die Schläge könnte F sich jedoch wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
Der Tatbestand des § 252 StGB setzt zunächst voraus, dass der Täter "bei einem Diebstahl" auf frischer Tat betroffen wurde.
Als Vortat für § 252 StGB kommt jedes Delikt in Betracht, dessen Tatbestand als Tathandlung eine Wegnahme in Zueignungsabsicht voraussetzt, also neben dem Diebstahl und dessen Qualifikationen insbesondere auch der Raub mit den entsprechenden Qualifikationen (Joecks, § 252 Rn. 2; Schönke/Schröder-Eser, § 252 Rn. 3; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 215).
F hatte K jedoch das Getriebe nicht weggenommen, sondern diesen durch eine Täuschung über seine Zahlungsbereitschaft dazu gebracht, es an ihn herauszugeben. Deshalb hatte er sich hinsichtlich der Erlangung des Getriebes auch wegen Betruges und nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht. Da jedoch der Betrug keine taugliche Vortat für einen räuberischen Diebstahl darstellt (vgl. BGHSt 41, 203 f.; Fischer, § 252 Rn. 3), scheidet eine Strafbarkeit des F gem. § 252 StGB aus.

II. Ergebnis
F ist nicht strafbar gem. § 252 StGB.

D. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255 StGB durch die Schläge
Dadurch, dass F auf K einschlug, damit dieser den Weg freigibt und F das Lenkgetriebe abtransportieren kann, könnte F sich jedoch wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255 StGB gegenüber und zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Qualifiziertes Nötigungsmittel
F müsste zunächst eines der in § 255 StGB genannten qualifizierten Nötigungsmittel eingesetzt haben, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben.
Dass F dem K gedroht hätte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. In Betracht kommt jedoch die Anwendung von Gewalt gegen eine Person.
Gewalt gegen eine Person ist der unmittelbar oder mittelbar auf den Körper des Opfers bezogene, körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (Schönke/Schröder-Eser, § 255 Rn. 2, § 249 Rn. 4; Rengier, BT 1, § 11 Rn. 7, § 7 Rn. 3).
Durch die Schläge hat F unmittelbar auf den Körper des K bezogen einen körperlich wirkenden Zwang ausgeübt, um den Widerstand des K gegen den Abtransport des noch nicht voll bezahlten Getriebes zu überwinden. F hat also Gewalt gegen eine Person angewendet.

2. Dadurch Opferreaktion des K
Durch den Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels müsste F den K zu einer tatbestandlichen Opferreaktion i.S.v. § 253 I StGB gebracht haben.
Fraglich ist, welche Anforderungen an die tatbestandliche Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung zu stellen sind.

a. Rechtsprechung und ein Teil der Lehre
Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre kommt als Opferreaktion bei einer (räuberischen) Er-

pressung - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht (BGHSt 42, 196, 199; BGH, NJW 1995, 2799; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 305; Hecker, JA 1998, 301, 305).
Nach dieser Auffassung besteht die tatbestandliche Opferreaktion des K darin, dass er es duldete, dass F mit dem Getriebe davonfuhr und es unterließ, von diesem die Zahlung des fälligen Restkaufpreises zu verlangen.
Nach dieser Auffassung ist also eine tatbestandliche Opferreaktion gegeben.

b. Herrschende Literatur
Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur ist als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung - ebenso wie beim Betrug (s.o.) - eine Vermögensverfügung erforderlich, also ein unmittelbar vermögensminderndes Verhalten (Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 713; Noak/Sengbusch, JURA 2005, 4094, 495 f.).
K hat es unterlassen, seinen Kaufpreiszahlungsanspruch gegen F geltend zu machen. Zwar kann nach h.M. die Nichtgeltendmachung eines fälligen Anspruchs eine unmittelbare Vermögensminderung und somit eine Vermögensverfügung (durch Unterlassen) darstellen (BGH, NStZ-RR 2005, 311, 312; Fischer, § 263 Rn. 43; Rengier, BT 1, § 13 Rn. 23; a.A.: Bubitz/Gehrmann, wistra 2004, 126, 127). Dies setzt allerdings voraus, dass durch das Unterlassen der sofortigen Geltendmachung des Anspruchs dessen Durchsetzung zumindest konkret gefährdet wird. Da K mit seinem Schuldner F in ständiger Geschäftsbeziehung stand und insb. auch dessen Personalien kannte, konnte er seinen (Rest-) Kaufpreisanspruch gegen diesen jederzeit gerichtlich geltend machen, sodass dessen Unterlassen nicht zu einer Vermögensminderung bei K bezüglich des Kaufpreisanspruchs führte.
Im vorliegenden Fall wurde die eigentliche Vermögensminderung bei K - der Verlust des Eigentums an dem Getriebe - bereits durch den vorausgegangenen Betrug bewirkt (s.o.) und sollte durch die Gewaltanwendung nur gesichert werden. Im Falle einer solchen "Sicherungserpressung" fehlt es deshalb an der nach der herrschenden Literatur für eine (räuberische) Erpressung erforderlichen Vermögensverfügung (Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 394 f.).
Nach dieser Meinung ist somit eine tatbestandliche Opferreaktion des K nicht gegeben.

c. Stellungnahme
Für die herrschende Literatur spricht vor allem die strukturelle Verwandtschaft von Betrug und (räuberischer) Erpressung. Beides sind Selbstschädigungsdelikte, sodass es nahe liegt, das Erfordernis einer Vermögensverfügung nicht nur in den Tatbestand des § 263 I StGB, sondern auch in denjenigen des § 253 I StGB hineinzulesen. Für die Rechtsprechung hingegen spricht der Wortlaut des § 253 I StGB, der als Opferreaktion ausdrücklich jede Handlung, Duldung oder Unterlassung ausreichen lässt. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Begriff der "Vermögensverfügung" eine gewisse Freiwilligkeit impliziert, was bei einem unbewussten Selbstschädigungsdelikt wie Betrug zwar durchaus passend ist, bei einem bewussten Selbstschädigungsdelikt wie (räuberischer) Erpressung, bei der das Opfer gerade nicht freiwillig sondern nur aufgrund des vom Täter ausgeübten Zwangs handelt, unpassend wirkt. Schließlich kann die Literaturauffassung dann zu Strafbarkeitslücken führen, wenn der Täter vis absoluta einsetzt (z.B. das Opfer bewusstlos schlägt), da dieses dann nicht mehr verfügen kann, sodass nach der Literatur insb. der Tatbestand des § 255 StGB bei dieser besonders verwerflichen Vorgehensweise ausscheiden würde. Da dies jedoch kriminologisch nicht wünschenswert ist, ist der Rechtsprechung zu folgen. Eine tatbestandliche Opferreaktion des K liegt somit vor.

3. Dadurch Vermögensnachteil
Durch diese Opferreaktion müsste bei K ein Vermögensnachteil eingetreten sein.
Der Begriff des Vermögensnachteils bei der (räuberischen) Erpressung entspricht demjenigen des Vermögensschadens beim Betrug (BGHSt 34, 394, 395; Fischer, § 253 Rn. 12), d.h. ein solcher ist gegeben, wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen besitzt als davor.
Insofern ist zu berücksichtigen, dass die eigentliche Vermögensminderung des K bereits durch die Vortat (den Betrug) bewirkt wurde (s.o.) und nicht erst durch die Gewaltanwendung des F. Deshalb ist bei einer "Sicherungserpressung" wie im vorliegenden Fall auch ein Vermögensnachteil nicht gegeben (BGH, NStZ 2011, 36 = RA 2010, 698; NStZ 2008, 627; Fischer, § 253 Rn. 25; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 13; Krey/Hellmann, BT 2, Rn, 395; Seier, NJW 1981, 2152).
Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung: "[7] Die Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen schwerer räuberischer Erpressung nicht. Der Erpressung macht sich schuldig, wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern (§ 253 Abs. 1 StGB). Der Vermögensnachteil muss Ergebnis einer das Opfer nötigenden Gewaltausübung oder Drohung durch den Täter sein. Daran fehlt es hier.
a) [8] Zwar hat der Geschädigte K einen Vermögens-

nachteil erlitten, indes beruhte dieser nicht erst auf der körperlichen Einwirkung durch die Angeklagten. Er war vielmehr schon in dem Augenblick eingetreten, als der Geschädigte irrtumsbedingt den Kaufvertrag abschloss und das Lenkgetriebe übereignete. Erst als er den fehlenden Zahlungswillen entdeckt hatte und die Wegfahrt der Angeklagten zu verhindern suchte, wendeten diese Gewalt an, um ihn zum Verzicht auf seine Forderung zu bewegen.

[9] Es liegt deshalb eine so genannte Sicherungserpressung vor, d.h. ein Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) mit anschließender - nach Entdeckung begangener - Nötigung (§ 240 StGB) zum Zwecke der Sicherung des betrügerisch erlangten Vermögensvorteils. [...]

b) [11] Eine räuberische Erpressung käme allerdings in Betracht, wenn die - von vornherein beabsichtigte - Gewalt unmittelbar nach der Täuschung eingesetzt worden wäre, um das Opfer zu nötigen, die Schädigung des Vermögens endgültig hinzunehmen (BGH, Beschluss vom 25. Februar 1997 - 1 StR 804/96, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Versuch 1). Den Feststellungen kann indes nicht entnommen werden, dass der Angeklagte F bereits bei Vorspiegelung seines Zahlungswillens bzw. bis zum Beginn der geplanten Wegfahrt den Einsatz des Nötigungsmittels beabsichtigte. Aus der zu Gunsten der Angeklagten vorgenommenen Unterstellung, dass sie sich 'spontan zur Tat entschlossen haben, nachdem sie zunächst lediglich vorhatten, den defekten Airbag [...] einzutauschen bzw. nachdem sie [...] zur Zahlung von insgesamt 350 € aufgefordert hatten', ergeben sich weder der Zeitpunkt des Entschlusses noch die Tat (Betrug bzw. räuberische Erpressung oder Nötigung), auf die sich der Entschluss bezog.

[12] Die Feststellungen legen es vielmehr nahe, dass das Nötigungsmittel erst aufgrund eines nach Abschluss der betrügerischen Handlung und nach Eintritt des Betrugsschadens spontan gefassten Entschlusses eingesetzt wurde. In einem solchen Fall ist die Tat weder von Anfang an durch nötigende Elemente geprägt (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1983 - 4 StR 405/83, NJW 1984, 501) noch führt die spätere Nötigungshandlung zu einer Vertiefung des bereits eingetretenen Vermögensnachteils; es fehlt damit an der Kausalität zwischen der Nötigungsfolge und dem Nachteilseintritt, denn der Vermögensschaden ist bereits zuvor durch den Gewahrsamswechsel eingetreten, dem anschließenden (vorläufigen) Verzicht auf die Geltendmachung von (Rück-) Forderungsansprüchen kommt dabei keine eigenständige Bedeutung zu (BGH, Urteil vom 22. September 1983 - 4 StR 376/83, NJW 1984, 500; AG Tiergarten, Urteil vom 16. Oktober 2008 - (257 Ls) 52 Js 4301/08 (16/08), NStZ 2009, 270; LK/Vogel, StGB, 12. Aufl., § 253 Rn. 25 mwN). Die Gewaltanwendung beeinflusste die Vermögenssituation des Geschädigten K als solche nicht. Da ihm die Person seines Schuldners bekannt war, wurde auch die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung durch die Schläge nicht beeinträchtigt."

II. Ergebnis

F ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255 StGB.

E. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB durch den Abtransport des Getriebes

Eine Strafbarkeit des F wegen Diebstahls, § 242 I StGB, durch das Wegfahren mit dem Getriebe scheidet aus, da dieses im Zeitpunkt des Abtransports im Eigentum des F stand (s.o.), somit für diesen keine fremde Sache war und deshalb als Tatobjekt für einen Diebstahl nicht in Betracht kommt.

F. Strafbarkeit gem. § 223 I StGB durch die Schläge

Durch die Schläge könnte F sich jedoch wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

F müsste K körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird (BGHSt 25, 277; Joecks, § 223 Rn. 4; LK-Lilie, § 223 Rn. 6). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Fischer, § 223 Rn. 6; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 5).

Die Schläge stellen eine üble, unangemessene Behandlung des K dar, die zumindest dessen körperliches Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung ist somit gegeben.

Ob durch die Schläge auch pathologische Zustände (z.B. Blutergüsse oder Prellungen) bei K hervorgerufen wurden, lässt sich dem Sachverhalt nicht genau entnehmen. Bei mehreren Faustschlägen wie im vorliegenden Fall kann jedoch bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes davon ausgegangen werden, dass dies der Fall ist.

F hat K also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Da F insofern auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des § 223 I StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantrag, § 230 StGB

Der gem. § 230 StGB grundsätzlich erforderliche Strafantrag ist gestellt.

IV. Ergebnis

F ist strafbar gem. § 223 I StGB.

G. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB durch die Schläge

Durch die Schläge könnte F sich auch wegen Nötigung gem. § 240 I StGB zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Nötigungsmittel

F hat eines der in § 240 I StGB genannten Nötigungsmittel angewandt, nämlich Gewalt (s.o.).

2. Opferreaktion

Eine tatbestandliche Opferreaktion des K ist ebenfalls gegeben, da dieser es duldete, dass F mit dem Getriebe wegfuhr und es unterließ, die Zahlung des Restkaufpreises von diesem zu verlangen (s.o.).

3. Kausalität

Da K nur aufgrund der Gewaltanwendung des F das Wegfahren duldete und es unterließ, auf der Zahlung zu bestehen, ist auch die erforderliche Kausalität von Nötigungsmittel und Opferreaktion gegeben.

4. Vorsatz

F müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Während nach h.M. hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale des § 240 I StGB bedingter Vorsatz ausreicht (vgl. BGHSt 5, 245 f.; Fischer, § 240 Rn. 53), verlangt eine Mindermeinung hinsichtlich des abgenötigten Opferverhaltens stets (vgl. SK-Horn/Wolters, § 240 Rn. 7) oder zumindest bei der Nötigung durch Gewaltanwendung (vgl. Rengier, BT 2, § 4 Rn. 70) eine Absicht im Sinne eines zielgerichteten Verhaltens hinsichtlich des Nötigungserfolges.

F hatte im vorliegenden Fall gezielt gehandelt, um die Duldung des Abtransports des Getriebes durch K zu erzwingen. Er hatte also Absicht hinsichtlich des Nötigungserfolges, sodass F nach allen Meinungen vorsätzlich gehandelt hat.

II. Rechtswidrigkeit

1. Keine Rechtfertigung

Anhaltspunkte für eine Rechtfertigung des F sind nicht ersichtlich.

2. Verwerflichkeit, § 240 II StGB

Die von F begangene Nötigung müsste jedoch auch verwerflich sein, § 240 II StGB.

Die Verwerflichkeit der Nötigung ist dann grundsätzlich gegeben, wenn das vom Täter eingesetzte Nötigungsmittel als solches bereits eine strafbare Handlung darstellt (BGHSt 44, 42; AG Lüneburg, NdsRpfl 2004, 49; Fischer, § 240 Rn. 45; Schönke/Schröder-Eser/Eisele, § 240 Rn. 19)

F hat vorliegend das Nötigungsmittel der Gewalt in Form von Schlägen angewendet und sich hierdurch auch wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht (s.o.). Deshalb ist die gleichzeitig mitverwirklichte Nötigung auch verwerflich i.S.v. § 240 II StGB.

III. Schuld

F handelte auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

F ist strafbar gem. § 240 I StGB.

H. Konkurrenzen

F hat die Tatbestände der Körperverletzung, § 223 I StGB, und Nötigung, § 240 I StGB, durch dieselbe Handlung - die Schläge - verwirklicht. Wegen der unterschiedlichen Schutzgüter der Tatbestände (körperliche Unversehrtheit bzw. Willensfreiheit) bleiben die Delikte in Tateinheit, § 52 StGB, nebeneinander bestehen. Der Betrug gem. § 263 I StGB wurde zwar strang genommen durch eine andere Handlung - die Täuschung des K - verwirklicht. Wegen des engen raumzeitlichen Zusammenhangs der Tathandlungen und der Tatsache, dass es dem F während des gesamten Geschehens um die Erlangung und Sicherung des Getriebes ging, dürfte das gesamte Geschehen eine natürliche Handlungseinheit darstellen, sodass auch eine Tateinheit des Betruges mit den anderen Delikten anzunehmen ist. F ist somit strafbar gem. §§ 223 I, 240 I, 263 I, 52 StGB.

Sonderbeitrag

Standort: Zivilrecht Problem: Neuregelung von § 357 III BGB und § 312e BGB

Problemdarstellung:

Mit Wirkung zum 04.08.2011 hat der Gesetzgeber abermals Teile der verbraucherschützenden Regelungen zum Widerruf (und zu verbundenen Verträgen) geändert.

Der Gesetzesänderung liegt eine EuGH-Entscheidung (NJW 2009, 3015) zugrunde, in der der Gerichtshof bemängelte, dass das deutsche Widerrufsrecht einen Verbraucher nach dessen Widerruf (bislang) mit einer generellen Verpflichtung zum Nutzungsersatz belegte.

Im Einzelnen: Die Ausübung eines Widerrufs gem. § 355 I BGB führt gem. § 357 I BGB zur Anwendbarkeit der Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt. Damit sind die ausgetauschten Leistungen gem. § 346 I BGB zurückzugewähren, d.h. der Verbraucher (Käufer) kann vom Unternehmer (Verkäufer) den gezahlten Kaufpreis Zug um Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache herausverlangen. Gleichzeitig unterliegt der Verbraucher aber einer Verpflichtung zum Nutzungsersatz gem. § 346 I, II BGB und zum Wertersatz gem. § 346 II 1 Nr. 3 BGB, sollte sich die Kaufsache verschlechtert haben.

Die Verpflichtung zum Wertersatz für Verschlechterung war gem. § 357 III 3 BGB a.F. (nun: § 357 III Nrn. 1, 2 BGB) allerdings ausgeschlossen, wenn diese allein auf die Prüfung der Sache zurückzuführen war. Dem Verbraucher sollte nämlich – vergleichbar der Besichtigung einer Sache im Laden (vgl. hierzu RA 2010, 732 = NJW 2011, 56) – die Möglichkeit gegeben werden, die Kaufsache zunächst zu prüfen und auszuprobieren. Ein solcher Ausschluss fehlte jedoch für die Verpflichtung zum Nutzungsersatz. Ohne Rücksicht auf die Art der Nutzung hatte der Verbraucher den Unternehmer hierfür generell zu entschädigen. Dies beanstandete der EuGH: Da das Widerrufsrecht den Sinn hat, dem Verbraucher die Prüfung der Ware zu ermöglichen, muss auch eine Nutzung, die sich im Rahmen einer derartigen Prüfung halte, entschädigungslos bleiben. Entschädigungspflichtig kann nach dem Gerichtshof aber eine Nutzung sein, die „mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung“ nicht zu vereinbaren ist.

Diese Vorgaben hat der Gesetzgeber nun in § 357 III und § 312 e BGB umgesetzt:

§ 312 e

Wertersatz bei Fernabsatzverträgen

(1) Bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Waren hat der Verbraucher abweichend von § 357 Absatz 1 Wertersatz für Nutzungen nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,

1. *soweit er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und*
2. *wenn er zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und nach § 360 Absatz 1 oder 2 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat.*

§ 347 Absatz 1 Satz 1 ist nicht anzuwenden.

(2) Bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen hat der Verbraucher abweichend von § 357 Absatz 1 Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,

1. *wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und*
2. *wenn er ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt.*

§ 357

Rechtsfolgen des Widerrufs und der Rückgabe

[…]

(3) Der Verbraucher hat abweichend von § 346 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 Wertersatz für eine Verschlechterung der Sache zu leisten,

1. *soweit die Verschlechterung auf einen Umgang mit der Sache zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und*
2. *wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist.*

Bei Fernabsatzverträgen steht ein unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilter Hinweis einem solchen bei Vertragsschluss gleich, wenn der Unternehmer den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetz-

ten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise über die Wertersatzpflicht unterrichtet hat. § 346 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 ist nicht anzuwenden, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfungsrelevanz soll anhand von drei Beispielsfällen erläutert werden:

Fall 1

A bestellt über die Homepage des Versandunternehmens B ein Notebook zum Kaufpreis von 1299,- €. A wird ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt. A packt das Notebook aus, entfernt sämtliche Schutzhüllen und –folien und schaltet es ein. Er installiert eine Software zur Bild- und Videobearbeitung und stellt fest, dass diese nicht „flüssig" läuft. Innerhalb der Frist widerruft A seine Willenserklärung und verlangt den Kaufpreis zurück. B verlangt eine „Benutzungsgebühr" für die 5-tägige Nutzung durch A von insgesamt 12,50 €.

Fall 2

C ist am 11.11.2011 auf der Hochzeit einer Freundin eingeladen und bestellt zu diesem Anlass ein festliches Kleid beim Versandhändler D. Am 14.11.2011 schickt sie das Kleid mit der Bitte um Rückzahlung des Geldes unter Hinweis auf ihr Widerrufsrecht, über das sie ordnungsgemäß belehrt worden war, zurück. D, der vor dem 11.11.2011 zahlreiche festliche Kleider verkauft hatte und nun mit einer Flut von Widerrufen überzogen wird, will das Kleid nur gegen Zahlung einer angemessenen Gebühr zurücknehmen. Immerhin hatte er die C auf diese Möglichkeit hingewiesen. Er vermutet, dass C das Kleid nur anlassbezogen gekauft hat, es aber von vornherein zurückgeben wollte. Beweisen kann er dies freilich nicht.

Fall 3

Im Fall 2 fragt sich D, ob es eine Möglichkeit gibt, die Rückabwicklung vollständig abzulehnen.

Lösung Fall 1

Ein Anspruch des B gegen A auf Zahlung der „Benutzungsgebühr" könnte sich aus §§ 312 b, 312 d I, 355, 357 I, 346 I, II Nr. 1 BGB ergeben.

Bei dem zwischen A und B geschlossenen Kaufvertrag (§ 433 BGB) handelt es sich um einen Fernabsatzvertrag gem. § 312 b I BGB, da er unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen ist. Das Widerrufsrecht des A ergibt sich mithin aus § 355 I i.V.m. § 312 d I BGB. Laut Sachverhalt ist A ordnungsgemäß belehrt worden und hat den Widerruf zudem innerhalb der Frist (§ 355 II BGB, beachte zum Fristbeginn § 312 d II BGB) erklärt. Mithin finden gem. § 357 I BGB die Rücktrittsvorschriften Anwendung, so dass sich eine grundsätzliche Verpflichtung des A zur Herausgabe der Nutzungen aus § 346 I BGB ergibt. Nutzungen sind gem. § 100 BGB u.a. die Gebrauchsvorteile einer Sache. Da diese in natura nicht herausgegeben werden können, erstreckt sich die Verpflichtung gem. § 346 II Nr. 1 BGB auf Nutzungsersatz.

Allerdings hält sich die Nutzung des Notebooks im Rahmen einer erstmaligen Prüfung. Hieran dürfte auch die Tatsache nichts ändern, dass A eine Software aufgespielt hat und diese ausprobiert hat. Ein solches Vorgehen kommt der Prüfung eines Vorführmodells im Einzelhandel gleich. Denn auch dort sind Vorführgeräte regelmäßig mit einiger Software ausgestattet, deren Abspielbarkeit auf dem Gerät auch getestet werden kann.

Alte Rechtslage: Die Tatsache, dass die Nutzung sich im Rahmen einer erstmaligen Prüfung hielt, war nach der alten Rechtslage nicht zu berücksichtigen. Zwar schloss § 357 III 3 BGB a.F. eine Ersatzpflicht des Verbrauchers im Falle der bloßen Prüfung der Sache aus. Dies galt ausdrücklich jedoch nur für die Verschlechterung der Sache, nicht jedoch für deren Nutzung. Da hier eine Verschlechterung nicht vorlag, kam § 357 III 3 BGB a.F. nicht zur Anwendung. A hätte Nutzungsersatz zu leisten. Die von B veranschlagte Summe dürfte angemessen sein. Entscheidend ist die Dauer der Nutzung durch den Rückgewährschuldner im Verhältnis zur voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer (BeckOK/Grothe, § 346 BGB Rn. 36 m.w.N.). Eine Wertminderung von 2,50 € pro Tag ist vertretbar.

Neue Rechtslage: Nach der aktuellen Gesetzesfassung ist § 312 e BGB zu beachten. Nach § 312 e I Nr. 1 BGB muss der Verbraucher jedenfalls keinen Nutzungsersatz leisten, wenn er nur die Eigenschaften und Funktionsweisen der Sache geprüft hat. Damit muss A keinen Nutzungsersatz leisten.

Lösung Fall 2

Ein Anspruch des D gegen C auf Nutzungsersatz könnte sich wiederum aus §§ 312 b, 312 d I, 355, 357 I, 346 I, II Nr. 1 BGB ergeben.

Die Nutzungsersatzverpflichtung der C hängt wiederum davon ab, ob sich die Nutzung im Rahmen einer bloßen Prüfung hält oder darüber hinaus geht (§ 312 e I Nr. 1 BGB). Vorliegend trug C das Kleid bei einer

Hochzeit. Das geht über die bloße Prüfung hinaus. Auch bei einem Kauf im Einzelhandel ist nur ein einmaliges Anprobieren, nicht aber ein Tragen des Bekleidungsstückes über einen Zeitraum von mehreren Stunden vorgesehen. Die Voraussetzungen des § 312 e I Nr. 2 BGB sind ebenfalls gegeben. Somit hätte D bei rein objektiver Betrachtung nach *alter* und *neuer Gesetzeslage* einen Anspruch auf Nutzungsersatz aus § 357 I i.V.m. § 346 I, II Nr. 1 BGB.

Indes meint D, es nicht beweisen zu können, dass C das Kleid bei der Hochzeit trug. Tatsächlich trägt er als Unternehmer gem. § 312 e BGB diesbezüglich die Beweislast, was sich aus der gesetzlichen Formulierung ergibt („Bei ... hat der Verbraucher Wertersatz für Nutzungen ... nur zu leisten, soweit/wenn ... .“ – vgl. die Beweislastregelungen in § 280 I 2 und § 831 I 2 BGB, die ähnlich formuliert sind). Allerdings kann sich der Unternehmer auf den Beweis des ersten Anscheins berufen, wenn Anhaltspunkte für eine treuwidrige Nutzung bestehen. Für eine treuwidrige Nutzung könnte hier sprechen, dass das Kleid vor dem 11.11.2011 – einem beliebten Datum für Hochzeiten – bestellt und unmittelbar danach wieder zurückgeschickt wurde. Insofern liegt der Verdacht nahe, dass das Kleid tatsächlich allein in der Absicht erworben wurde, es nach dem Anlass zurückzugeben, um den Kaufpreis zurückzuerhalten. Diese Annahme wird durch die zahlreichen parallelen Erfahrungen des D mit anderen Kunden gestützt. Damit kann D seiner Beweislast nachkommen, wenn er sich auf den prima facie-Beweis stützt. Nun liegt es an C, darzustellen und ggf. zu beweisen, dass sich der Geschehensablauf tatsächlich anders darstellte. Da ihr dies nicht gelingen wird, kann D seinen Nutzungsersatzanspruch auch durchsetzen.

Lösung Fall 3

Alternativ könnte sich D dem Rückgewährverlangen der C gänzlich verschließen, da das Vorgehen der C nicht nur im Hinblick auf § 312 e BGB sondern insgesamt treuwidrig i.S.d. § 242 BGB ist (hierzu Wendehorst, NJW 2011, 2551 unter II.2.a.).

Anmerkung:

Wie gezeigt hat der Gesetzgeber nicht nur § 312 e BGB, sondern auch § 357 III BGB geändert. Die ehemalige Regelung in § 357 III 3 BGB a.F. hinsichtlich des Wertersatzes ist nun in § 357 III Nrn. 1, 2 BGB aufgegangen. Eine inhaltliche Änderung ist hiermit nicht verbunden. Weiterhin hat der Verbraucher abweichend von § 346 II 1 Nr. 3 BGB Wertersatz nur dann zu leisten, wenn die Verschlechterung über eine Prüfung der Sache hinausgeht und er auf diese Rechtsfolge in Textform hingewiesen wurde. § 357 III BGB entspricht damit weitgehend der Regelung in § 312 e BGB, so dass die Vorgaben des EuGH vollständig umgesetzt wurden.

Vertiefungshinweise:

❑ Eingehend und kritisch: *Wendehorst*, NJW 2011, 2551

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Decker, Andreas: "Reichweite und Grenzen des baurechtlichen Bestandsschutzes"
Fundstelle:	BayVBl 2011, 517 (Heft 17)
Inhalt:	Probleme mit dem baurechtlichen Bestandsschutz sind in Praxis und Examen nicht eben selten. Der Autor wendet sich nach einer Herleitung des Bestandsschutzes vor allem der Frage zu, in welchem Umfang Bestandsschutz entfaltet wird (Stichworte: aktiver/passiver Bestandsschutz), wobei er auch auf Detailfragen (z.B. des Bestandsschutzes bei Vorliegen einer im vereinfachten Verfahren erteilten Baugenehmigung) eingeht. Der Beitrag enthält im Grunde alles, was man zum Bestandsschutz jemals wissen muss.

Autor/Titel:	Kintz, Roland: "Die umstrittene Aufrechnung"
Fundstelle:	JuS 2011, 827 (Heft 9)
Inhalt:	Diese Klausur wendet sich in erster Linie an Kandidaten vor dem zweiten juristischen Staatsexamen. Sie hat ihren Schwerpunkt im Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht. Konkret behandelt werden etwa Form- und Fristfragen sowie die Rechtsnatur der Aufrechnungserklärung im öffentlichen Recht und deren Rechtsfolgen.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Faust, Florian: "Kaufrecht: Reichweite des Anspruchs auf Ersatzlieferung"
Fundstelle:	JuS 2011, 744 (Heft 8)
Inhalt:	In der RA 07/2011 wurde darüber berichtet, dass der EuGH sich zur Erstattungsfähigkeit von Ein- und Ausbaukosten mangelhafter Kaufsachen eingelassen hat (Urt. v. 16.06.2011, C-65/09 und C-87/09; RA 2011, 405). Diese Entscheidung ist einerseits sehr examensrelevant, andererseits in ihrer Übertragbarkeit auf die deutsche Rechtsordnung noch unausgereift. Deswegen müssen Examenskandidaten die weitere Entwicklung durch die Rechtsprechung und die Literatur beachten. Der Autor bespricht die Entscheidung des EuGH mit besonderem Blick auf prüfungsrelevante Fragestellungen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Köhne, Michael: "Mordmerkmale der dritten Gruppe"
Fundstelle:	JURA 2011, 650 (Heft 9)
Inhalt:	Die Mordmerkmale des § 211 II StGB werden üblicherweise in drei Gruppen unterteilt, wobei die dritte Gruppe es umfasst, dass der Täter einen Menschen tötet, "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken". Der Verfasser setzt sich in seinem Aufsatz zunächst mit der Frage auseinander, was eine "andere Straftat" in diesem Sinne darstellt und befasst sich dann jeweils mit der Auslegung der Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht durch die Rechtsprechung und der Möglichkeit, diese Mordmerkmale einzuschränken, um die erforderliche restriktive Auslegung des Tatbestands des Mordes zu verwirklichen. Sowohl zur Einarbeitung als auch zur Vertiefung dieses sehr examensrelevanten Themas lesenswert.

Autor/Titel:	Mitsch, Wolfgang: "Was ist die Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr"
Fundstelle:	JuS 2011, 785 (Heft 9)
Inhalt:	Die Sicherungsverwahrung, §§ 66 ff. StGB, hat lange Zeit in Examensaufgaben keine große Rolle gespielt. Nachdem jedoch der EGMR einzelne Aspekte des deutschen Sicherungsverwahrungsrechts als konventionsrechtswidrig gerügt (EGMR, NJW 2010, 2495) und insb. das BVerfG die gesamten entsprechenden Vorschriften als verfassungswidrig deklariert und den Gesetzgeber mit einer Neuregelung beauftragt hatte (BVerfG, NJW 2011, 1931), ist diese Maßregel verstärkt in den Fokus der Prüfer, vor allem im zweiten Examen, gerückt. In diesem Aufsatz stellt der Verfasser die Rechtsnatur und die verschiedenen Arten der Sicherungsverwahrung dar und geht im Detail auf ihre Voraussetzungen (nach der noch geltenden Gesetzeslage) ein. Insbesondere aufgrund der übersichtlichen, sich auf die wesentlichen Aspekte konzentrierenden, Darstellung eine hervorragende Grundlage zur Einarbeitung in diese - zumindest in der nächsten Zeit - examensrelevante Thematik.