

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 75 GG**
**Problem "Juniorprofessur" verfassungswidrig**

BVERFG, URTEIL VOM 27.07.2004  
2 BVF 2/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte über einen abstrakten Normenkontrollantrag nach Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG gegen das 5. HRGÄndG zu entscheiden, mit dem die sogen. "Juniorprofessur" in §§ 44 ff. des Hochschulrahmengesetzes des Bundes (HRG) aufgenommen worden ist. Die antragstellenden Landesregierungen rügten neben der formellen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes wegen mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes auch die Verletzung der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG), des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) und des Prinzips der Bestenauslese (Art. 33 II GG), weil sie Juniorprofessoren im Gegensatz zu habilitierten Anwärtern als weniger geeignet für das Professorenamt ansehen.

Das BVerfG gab dem Antrag bereits aus formellen Gründen statt, weil der Bund seine Rahmengesetzgebungskompetenz aus Art. 75 I 1 Nr. 1a, 72 II GG, auf die allein er die Änderung des HRG hätte stützen können, überschritten habe. Auf die materiellen Rügen musste das Gericht danach nicht mehr eingehen. Es arbeitet dabei geradezu lehrbuchhaft den Umfang der Rahmengesetzgebungskompetenz heraus, benennt insbesondere auch ihre Grenzen, und subsumiert dann für die "Juniorprofessur" unter diese. Die in letzter Zeit beobachtete Tendenz des BVerfG, die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes restriktiver zu handhaben (vgl. schon BVerfG, RA 2004, 365 = NVwZ 2004, 597 und RA 2004, 404), zu der sich das BVerfG in den Gründen des vorliegenden Urteils i.Ü. explizit bekennt, wird dabei erneut deutlich.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 75 GG (übrigens auch in Art. 98 III 2 GG zu finden) steht ohnehin unter Beobachtung, weil Viele ihre Abschaffung fordern. Der Koordinierungsbedarf zwischen Bund und Ländern beim Erlass und bei der Umsetzung von Rahmenvorschriften sei zu hoch und daher zu zeit- und kostenaufwendig. Besonders wichtig wird die Entscheidung aber deshalb, weil ihr ein beachtliches Sondervotum dreier Richter beigefügt ist, welche eine Überschreitung der Rahmenkompetenz

verneinen. Sie interpretieren diese in einem weiteren Sinne als die Senatsmehrheit. Die Sondervoten sind auszugsweise am Ende der Entscheidungsgründe wiedergegeben.

Die Entscheidung eignet sich ferner deshalb besonders für Prüfungsaufgaben, weil mit ihr neben der entschiedenen Kompetenzfrage materielle Probleme im Hinblick auf die o.g. Art. 3 I, 5 III und 33 II GG einhergehen, zu denen das BVerfG nicht Stellung bezogen hat, deren Prüfung von einem Examenkandidaten aber verlangt werden kann (vgl. dazu die Vertiefungshinweise, besonders den Beitrag von Plander/Hoins).

### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Juniorprofessur: *Hoins*, NVwZ 2003, 1343; *Plander/Hoins*, ZTR 2003, 328; *Huber*, WissR 2003, 2
- Zur Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes im Hochschulrecht: *BVerfGE* 66, 270; *Degenhart*, DVBl 1998, 1309

### **Leitsätze:**

- 1. Die Rahmengesetzgebung des Bundes ist auf inhaltliche Konkretisierung und Gestaltung durch die Länder angelegt. Den Ländern muss ein eigener Bereich politischer Gestaltung von substantiellem Gewicht bleiben.**
- 2. Ein Ausnahmefall i. S. v. Art. 75 Abs. 2 GG liegt vor, wenn die Rahmenvorschriften ohne die in Einzelheiten gehenden oder unmittelbar geltenden Regelungen verständigerweise nicht erlassen werden könnten, diese also schlechthin unerlässlich sind.**

### **Sachverhalt:**

Mit ihrem abstrakten Normenkontrollantrag richten sich die Landesregierungen der Freistaaten Bayern, Sachsen und Thüringen gegen das Fünfte Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes und anderer Vorschriften (5. HRGÄndG) vom 16. Februar 2002 (BGBl I S. 693). Mit dieser Novellierung des Hochschulrahmengesetzes hat der Bundesgesetzgeber unter anderem die Personalstruktur an den Hochschulen neu geordnet. Schwerpunkt der Reform ist die Einführung der Juniorprofessur, die begabten Nachwuchswissenschaftlern schon frühzeitig nach der Promotion Gelegenheit zur eigenständigen Forschung und Lehre bieten soll. Dementsprechend nehmen die Juniorprofesso-

ren – wie Professoren - die der Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft, Kunst, Forschung, Lehre und Weiterbildung in ihren Fächern selbstständig wahr. Sie wirken an der Selbstverwaltung der Hochschule zusammen mit den Professoren in der Mitgliedergruppe der Hochschullehrer mit. Der Bundesgesetzgeber sieht die Juniorprofessur als maßgebliche Qualifizierungsmöglichkeit für eine Professur an. Er hat sie daher an Stelle der Habilitation zur Regelvoraussetzung für die Berufung in ein Professorenamt gemacht. Die Rahmenregelungen des 5. HRGÄndG müssen innerhalb von drei Jahren nach deren In-Kraft-Treten in Landesrecht umgesetzt werden, wobei das Regelerfordernis der Juniorprofessur als Einstellungsvoraussetzung ab dem 1. Januar 2010 zu erfüllen ist. Die Antragsteller sind der Ansicht, dass dem Bund jedenfalls für die Vorschriften über die Juniorprofessur die Gesetzgebungszuständigkeit fehlt. Im Bereich der Rahmengesetzgebung stehe dem Bund das Recht zur Gesetzgebung nach dem Grundgesetz nur eingeschränkt zu (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 GG). Nach dieser Maßgabe sei die Neuregelung nicht erforderlich. Rahmenvorschriften dürften auch keine in Einzelheiten gehende Regelungen enthalten. Das 5. HRGÄndG sei außerdem deshalb aus formalen Gründen verfassungswidrig, weil ihm der Bundesrat nicht zugestimmt habe, obwohl die Neuregelung in einer Reihe von Bestimmungen das Verwaltungsverfahren der Länder und die Einrichtung von Behörden regle. In der Sache verstoße die Einführung der Juniorprofessur gegen die Garantie der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil Juniorprofessoren trotz ihrer geringeren Qualifikation und ihrer in zeitlicher Hinsicht begrenzten Zugehörigkeit zur Hochschule korporationsrechtlich mit den Professoren gleichgestellt würden. Dies sei mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Prinzip der Gruppenhomogenität unvereinbar. Der Zugang zu öffentlichen Ämtern nach dem Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) sei verletzt, weil die Novellierung das Verbot der Hausberufung aufhebe, einen Ausschreibungsverzicht zulasse und das Berufungsverfahren überlaste. Der Antrag hatte bereits mit der formellen Rüge Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Das Fünfte Änderungsgesetz ist ein Rahmengesetz des Bundes auf der Grundlage von Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 1a GG. Der Bund hat nach Art. 75 Abs. 1 GG das Recht, in bestimmten Sachbereichen Rahmenvorschriften zu erlassen. Die Kompetenz des Bundes ist dabei in vierfacher Weise begrenzt: durch den Rahmencharakter der Vorschriften, durch den grundsätzlichen Ausschluss von Detailregelungen und unmittelbar geltenden Vorschriften in Art. 75 Abs. 2 GG, durch die Erforderlichkeit der bundesgesetzlichen Re-

gelung nach Art. 72 Abs. 2 GG sowie durch die Beschränkung auf allgemeine Grundsätze gemäß Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a GG.

#### *A. Grundsatz der Länderkompetenz*

Art. 70 GG regelt die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern für die Gesetzgebung. Absatz 1 der Vorschrift legt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten der Länder fest (vgl. BVerfGE 106, 62 [143]). Danach haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit dem Bund nicht Gesetzgebungsbefugnisse verliehen sind. Der Bund besitzt damit nur die Gesetzgebungskompetenz in den ihm ausdrücklich zugewiesenen Sachgebieten; die unbenannten sonstigen Materien liegen in der Zuständigkeit der Länder.

#### *B. Rahmenkompetenz des Bundes als Ausnahme*

Bei der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG handelt es sich neben der ausschließlichen und der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz um eine dritte selbstständige Art der Bundesgesetzgebung. Schon aus der Systematik der im VII. Abschnitt des Grundgesetzes enthaltenen Vorschriften folgt, dass die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Rahmenvorschriften inhaltlich begrenzter sein muss als im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (vgl. BVerfGE 4, 115 [128]). Während dort eine Zurückhaltung des Bundes prinzipiell fakultativer Natur ist, beschränkt Art. 75 GG den Bund obligatorisch auf einen Rahmen. Die Gesetzgebungsbefugnis der Länder bleibt in den Sachbereichen des Art. 75 Abs. 1 GG - anders als im Fall des Art. 74 GG - erhalten (vgl. BVerfGE 4, 115 [129]).

#### *C. Schranken der Rahmenkompetenz*

Art. 75 GG ist auf kooperative Gesetzgebung von Bund und Ländern angelegt. Das Grundgesetz begrenzt die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung im Interesse eines föderativ verstandenen Gesamtwohls mit der Folge, dass der Gesetzgebungsgegenstand dem Bunde nur begrenzt zur Gestaltung offen steht und er deshalb nicht bis in die Einzelheiten gehend regeln darf.

#### *I. Rahmencharakter*

Schon die von Art. 75 GG gewollte Parallelität der Gesetzgebung schränkt den Bund in seinem Regelungsvorhaben ein. Für die in Art. 75 Abs. 1 GG genannten Sachgebiete sind sowohl der Bund als auch die Länder zur Gesetzgebung zuständig. Eine Rahmengesetzgebung des Bundes schließt die Landesgesetzgebung nicht aus, sondern setzt im Gegenteil ein entsprechendes Tätigwerden des Landesgesetzgebers zur Ausfüllung der Rahmenvorschriften voraus. Art. 75 Abs. 3 GG verpflichtet die Länder ausdrücklich, innerhalb einer vom Rahmengesetz zu bestimmenden angemessenen Frist die erforderlichen Landesgesetze

zu erlassen.

Für die Rahmengesetzgebung ist kennzeichnend, dass sie auf inhaltliche Konkretisierung und Gestaltung durch die Länder angelegt ist, dass also die grundsätzlich bestehende Länderkompetenz zur Gesetzgebung erhalten bleibt, aber durch eine Rahmenvorgabe des Bundes begrenzt wird. Rahmenvorschriften des Bundes müssen der Ausfüllung durch Landesgesetzgebung fähig und ihrer bedürftig sein (vgl. BVerfGE 4, 115 [129]; 36, 193 [202]; 38, 1 [10]; 51, 43 [54]; 80, 137 [157]). Rahmengesetze zu den in Art. 75 Abs. 1 GG aufgezählten Materien dürfen nur inhaltlich beschränkte Gesetze sein. Sie müssen der ergänzenden Gesetzgebung der Länder substantielle Freiräume lassen, damit diese politisch selbstverantwortlich Recht setzen können. Die Rahmengesetzgebung setzt deshalb - auch ohne die Einschränkung in Absatz 2 - immer voraus, dass das, was den Ländern in eigener Verantwortung und mit eigenem politischen Gestaltungswillen zu regeln bleibt, von substantiellem Gewicht ist.

Rahmenvorschriften des Bundes richten sich in erster Linie an den Landesgesetzgeber, was mit der Klarstellung in Art. 75 Abs. 1 GG ("für die Gesetzgebung der Länder") durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146) noch einmal hervorgehoben worden ist. Durch diesen ergänzenden Hinweis auf die Gesetzgebung der Länder wird betont, dass es grundsätzlich in die Zuständigkeit der Länder fällt, den vom Bund vorgegebenen Rahmen mit ihrer Gesetzgebung auszufüllen. Vorbehaltlich der Ausnahmen in Absatz 2 sollen Rahmenvorschriften nur noch an die Gesetzgebung der Länder adressiert werden und nicht mehr unmittelbar den Bürger bindendes Recht setzen dürfen.

Die Landesvorschriften haben sich zwar in den vom Bund gegebenen Rahmen einzupassen. Allerdings muss der legislative Rahmen des Bundes dem Land die Möglichkeit lassen, die Sachmaterie entsprechend den besonderen Verhältnissen des Landes zu regeln. Die Länder müssen die ihnen zur Regelung überlassenen Sachgebiete nicht notwendig einheitlich ordnen (vgl. BVerfGE 30, 90 [103]). Der Landesgesetzgeber kann Raum für Willensentscheidungen in der sachlichen Rechtsgestaltung beanspruchen, er darf nicht darauf beschränkt werden, nur zwischen engen vorgegebenen rechtlichen Möglichkeiten zu wählen (vgl. BVerfGE 4, 115 [129 f.]) oder gar wie eine nachgeordnete Instanz lediglich eine Bundesregelung zu exekutieren.

Der Begriff "Rahmen" soll verdeutlichen, dass für die Länder innerhalb des Regelungsbereichs ein normativer Spielraum verbleiben muss. Ein "Rahmen" ist nur dann gegeben, wenn er prinzipiell auf die Ergänzung durch Landesnormen angelegt ist. Lässt das Gesetz den Ländern keinen Freiraum zur Ausfüllung des Rahmengesetzes und gibt es den Weg, um zum gesetzgeberischen Ziel zu gelangen, im Einzelnen verbindlich vor, so hat der Bund mehr als den "Rahmen" be-

stimmt, und zwar selbst dann, wenn er diesen Weg nicht ausdrücklich beschreibt. Der Bund darf zwar die Richtung vorgeben und die Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Länder normieren. Eine Vollregelung eines unter Art. 75 GG fallenden Bereiches ist jedoch ausgeschlossen. Eine Vollregelung liegt auch dann vor, wenn das Gesetz eine Regelungslücke enthält, die sich durch Auslegung des Rahmengesetzes selbst nur auf eine bestimmte Art und Weise schließen lässt. Die Lücke muss also auf verschiedene Weise und nur durch den Landesgesetzgeber geschlossen werden können.

## II. Detailregelungen als Angelegenheit der Länder

Rahmenvorschriften dürfen nach Art. 75 Abs. 2 GG in Einzelheiten gehende oder unmittelbar anwendbare Regelungen nur in begründeten Ausnahmefällen enthalten.

### 1. Verschärfung seit der Neufassung des Art. 75 II GG

Diese Einschränkung hat der verfassungsändernde Gesetzgeber durch die Novellierung des Art. 75 GG besonders hervorgehoben und damit die Position der Länder bei der Rahmengesetzgebung des Bundes gestärkt. [...] Mit dem 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146) formulierte der verfassungsändernde Gesetzgeber erstmalig in Art. 75 Abs. 2 GG die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes begrenzende Anforderungen an die Regelungsdichte von Rahmenvorschriften. Hierdurch sollten die bisherige allzu großzügige Verfassungspraxis eingedämmt und der kooperative Charakter der Rahmengesetzgebungskompetenz wieder stärker betont werden (vgl. BTDrucks 12/7109, S. 10; BTDrucks 12/6633, S. 9). Der Grundgedanke der Rahmengesetzgebung als Verfahren der kooperativen Rechtssetzung wurde als in der Vergangenheit nicht vollständig gewahrt angesehen. In der Grundgesetzänderung ist die klare Anweisung des verfassungsändernden Gesetzgebers an das Bundesverfassungsgericht zu sehen, seine bisherige, als korrekturbedürftig bewertete Rechtsprechung zu ändern. [...] Letztendlich sollen es die Länder sein, die den vom Bund vorgegebenen Rahmen mit ihrer Gesetzgebung auszufüllen haben. Vorbehaltlich der in Art. 75 Abs. 2 GG festgelegten Ausnahmen sollen Rahmenvorschriften nur noch an die Gesetzgebung der Länder adressiert werden und nicht mehr detailliertes oder unmittelbar bindendes Recht setzen. Mit diesem Ziel des verfassungsändernden Gesetzgebers ist es nicht vereinbar, wenn eine nach Art. 75 Abs. 2 GG in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelung nur die Grenze desjenigen wahr, was vor der Grundgesetzänderung 1994 nach Art. 75 GG a.F. verfassungsrechtlich gestattet war. Vielmehr muss eine ausnahmsweise unumgängliche Vollregelung deutlicher als bisher in der Reichweite begrenzt sein, wenn der Rahmencharakter

des Bundesgesetzes gewahrt bleiben soll.

## 2. Ausnahmefälle nach Art. 75 II GG

Bei der Auslegung des Begriffs "Ausnahmefall" in Art. 75 Abs. 2 GG muss vor dem Hintergrund der Verfassungsänderung berücksichtigt werden, dass die Rahmenvorschriften des Bundesgesetzgebers nunmehr in besonderer Weise eine eigenständige gesetzgeberische Gestaltung durch den Landesgesetzgeber ermöglichen sollen.

### a. Keine Parallele zu Art. 72 II GG

Art. 72 Abs. 2 GG insoweit analog heranzuziehen (vgl. Rozek, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., 2000, Art. 75 Rn. 68), ist mit der Systematik des Art. 75 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Ob eine bundesgesetzliche Rahmenregelung i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich ist, ist im Rahmen des Art. 75 Abs. 1 GG festzustellen; ist dies der Fall, muss das Vorliegen eines Ausnahmefalls nach Art. 75 Abs. 2 GG eigenständig geprüft werden. Die Erforderlichkeit eines Rahmengesetzes i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG ist nicht ohne weiteres deckungsgleich mit einem Ausnahmefall i. S. v. Art. 75 Abs. 2 GG.

### b. Kriterien des BVerfG

Art. 75 Abs. 2 GG ist als Ausnahme gefasst, die bezeichneten Regelungen sind rechtfertigungsbedürftig. Art. 75 Abs. 2 GG begründet daher in formeller Hinsicht einen erhöhten Rechtfertigungszwang des Bundesgesetzgebers (vgl. Degenhart, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 75 Rn. 13; Rozek, a.a.O., Art. 75 Rn. 67). Der Bund braucht für eine Abweichung von dem verfassungsrechtlichen Regelfall des Art. 75 Abs. 1 GG besondere Gründe. Materiell ist das Vorliegen eines Ausnahmefalls anhand quantitativer und qualitativer Kriterien zu bestimmen. In quantitativer Hinsicht dürfen detaillierte Vollregelungen - bezogen auf das zu beurteilende Gesetz als Ganzes - nicht dominieren, um nicht das in Art. 75 Abs. 2 GG statuierte Regel-Ausnahme-Verhältnis schon deshalb zu verletzen. Darüber hinaus dürfen ins Einzelne gehende Regelungen und Vorschriften mit Außenwirkung auch qualitativ nicht den Rahmencharakter des Gesetzes durchbrechen. Das schon in der bisherigen Rechtsprechung aus dem Rahmencharakter der Gesetze nach Art. 75 GG für punktuelle Vollregelungen hergeleitete Kriterium des besonders starken und legitimen Interesses (vgl. BVerfGE 43, 291 [343]; 67, 382 [387]) kann nicht allein ausreichend sein, um dem mit der Verfassungsänderung verfolgten Ziel einer spürbaren Verstärkung der kompetentiellen Regelungsmöglichkeit der Länder (vgl. BTDrucks 12/7109, S. 10; BTDrucks 12/6633, S. 9 f.) Rechnung zu tragen. Vielmehr müssen die Art. 75 Abs. 2 GG unterfallenden Vorschriften auch nach ihrer inhaltlichen Bedeutung eine prägende Ausfüllung des Rahmengesetzes durch den Landesgesetzgeber zulassen.

Sie müssen vor dem Hintergrund des in Art. 75 Abs. 2 GG angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses in qualifizierter Weise notwendig sein. Ein Ausnahmefall liegt daher vor, wenn zum einen die Rahmenvorschriften ohne die in Einzelheiten gehenden oder unmittelbar geltenden Regelungen verständigerweise nicht erlassen werden könnten, diese also schlechthin unerlässlich sind. Die in Einzelheiten gehenden oder unmittelbar geltenden Regelungen dürfen zum anderen den kooperativen Charakter des Rahmengesetzes nicht aufheben.

### III. Voraussetzungen nach Art. 75 I, 72 II GG

Eine weitere Begrenzung der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus dem in Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG enthaltenen Verweis auf Art. 72 Abs. 2 GG.

Art. 72 Abs. 2 GG bindet die Gesetzgebungskompetenz des Bundes an bestimmte materielle Voraussetzungen. Obwohl Rahmenvorschriften des Bundes die gesetzgebende Gewalt der Länder weit weniger verdrängen als dies bei Ausnutzung einer Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 74 oder Art. 74a GG der Fall ist, dürfen bei der Rahmengesetzgebung des Bundes nach Art. 75 GG an das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG keine geringeren Anforderungen gestellt werden als bei der konkurrierenden Gesetzgebung.

Die Neufassung von Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl I S. 3146), durch welche die Voraussetzungen und der Umfang der Bundeskompetenz eingeschränkt worden ist, wirkt sich daher auf Grund der Verweisung in Art. 75 Abs. 1 GG auch auf die Zulässigkeit der Rahmengesetzgebung aus. Art. 72 Abs. 2 GG macht eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes von einem Erforderlichkeitskriterium abhängig, das der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt (vgl. BVerfGE 106, 62 [135 f.]). Die Erforderlichkeitsklausel unterscheidet alternativ drei mögliche Ziele als Voraussetzung zulässiger Bundesgesetzgebung. Deren Konkretisierung muss sich am Sinn der besonderen bundesstaatlichen Integrationsinteressen orientieren (vgl. BVerfGE 106, 62 [143]). Danach ist eine bundesgesetzliche Regelung nur insoweit "erforderlich", als ohne sie gleichwertige Lebensverhältnisse nicht hergestellt oder die im gesamtstaatlichen Interesse stehende Rechts- oder Wirtschaftseinheit nicht gewahrt werden kann.

#### 1. "Gleichwertige Lebensverhältnisse"

Das Erfordernis der "Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse" ist nicht schon dann erfüllt, wenn es lediglich um das Inkraftsetzen bundeseinheitlicher Regelungen oder um eine Verbesserung der Lebensverhältnisse geht. Das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ist vielmehr erst dann be-

droht und der Bund erst dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet (vgl. BVerfGE 106, 62 [144]).

### 2. "Wahrung der Rechtseinheit"

Das Tatbestandsmerkmal "Wahrung der Rechtseinheit" kann nicht so verstanden werden, dass die Setzung bundeseinheitlichen Rechts stets erforderlich wäre. Unterschiedliche Rechtslagen für die Bürger sind notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus. Auf allen in Art. 74 und Art. 75 GG genannten Gebieten lässt das Grundgesetz eine Rechtsvielfalt prinzipiell zu. Einheitliche Rechtsregeln können in diesen Bereichen aber erforderlich werden, wenn eine unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr erzeugen kann. Um dieser sich unmittelbar aus der Rechtslage ergebenden Bedrohung von Rechtssicherheit und Freizügigkeit im Bundesstaat entgegen zu wirken, kann der Bund eine bundesgesetzlich einheitliche Lösung wählen (vgl. BVerfGE 106, 62 [146]).

### 3. "Wahrung der Wirtschaftseinheit"

Die "Wahrung der Wirtschaftseinheit" berechtigt den Bund im gesamtstaatlichen Interesse dann zur Gesetzgebung, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland durch einheitliche Rechtssetzung geht (vgl. BVerfGE 106, 62 [146 f.]). Dies ist allerdings nicht schon dann der Fall, wenn die Länder eine sachlich nicht optimale Regelung wählen. [...]

### 4. *Einschätzungsprärogative des Bundesgesetzgebers und ihre Kontrolle durch das BVerfG*

Bei der Beurteilung, ob die Rechtfertigungsgründe nach Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen, steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu. Dieser Entscheidungsraum des Gesetzgebers, der sachbereichsbezogen im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln ist, kann jedoch verfassungsgerichtlich auf seine methodischen Grundlagen und seine Schlüssigkeit hin überprüft werden. Der Prognose müssen Sachverhaltsannahmen zu Grunde liegen, die sorgfältig ermittelt sind oder sich jedenfalls im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen. Die Prognose muss sich methodisch auf ein angemessenes Prognoseverfahren stützen lassen, und dieses muss konsequent im Sinn der "Verlässlichkeit" der Prognosen verfolgt worden sein. Das Prognoseergebnis ist daraufhin zu kontrollieren, ob die prognostische Einschätzung tragenden Gesichtspunkte mit hinreichender Deutlichkeit offen

gelegt worden sind oder ihre Offenlegung jedenfalls im Normenkontrollverfahren möglich ist und ob in die Prognose keine sachfremden Erwägungen eingeflossen sind (vgl. BVerfGE 106, 62 [150 ff.]).

### IV. "Allgemeine Grundsätze" nach Art. 75 I 1 Nr. 1a GG

Für das Hochschulwesen wird mit der Formulierung "Allgemeine Grundsätze" in Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a GG die Bundeskompetenz über den Rahmencharakter und die Voraussetzungen der Erforderlichkeit hinaus zusätzlich begrenzt. [...] Die Entstehungsgeschichte des Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a GG belegt, dass der Bund im Hochschulbereich zu einer außerordentlich zurückhaltenden Gesetzgebung verpflichtet sein soll. Mit der Formulierung "Allgemeine Grundsätze" hat der verfassungsändernde Gesetzgeber den Rahmencharakter zusätzlich hervorgehoben. Der Bund muss gegenüber den anderen Rahmenkompetenzen nach Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GG ein Weniger an Normierungsbefugnis in Kauf nehmen.

Schon vor der Grundgesetzänderung des Jahres 1994 hat das Bundesverfassungsgericht auf die sich aus dem Zusammenspiel von begrenzendem Wortlaut, Rahmencharakter und Erforderlichkeitsprüfung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG ergebende Verfassungslage hingewiesen und festgehalten, dass der Gesetzgebung des Bundes im Bereich des Hochschulwesens mehrfach Grenzen gesetzt seien und dass deshalb, soweit überhaupt eine Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG bestehe, der Bund in einem Rahmengesetz nur die Grundsätze für das Hochschulwesen regeln dürfe, die ihrerseits wiederum nur allgemeiner Natur sein dürften (vgl. BVerfGE 66, 270 [285]). Vor diesem Hintergrund muss den Ländern im Bereich des Hochschulwesens mehr an Raum für eigene Regelungen verbleiben als sonst (Rengeling, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl., Band IV, 1999, S. 838 f.). Sie müssen die Möglichkeit konzeptioneller Gestaltung in dem vom Bund gezogenen, die Einheitlichkeit wahren Rahmen behalten oder wiedererlangen. Die zusätzliche Begrenzung des Rahmencharakters schließt es aber nicht aus, dass der Bundesgesetzgeber auch im Bereich des Hochschulwesens ausnahmsweise einzelne Vollregelungen trifft und nicht nur den Landesgesetzgeber, sondern den Bürger unmittelbar bindet (vgl. Stettner, in: Dreier [Hrsg.], GG, Band II, 1998, Art. 75 Rn. 20; a.A.: Pestalozza, in: von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., Band 8, 1996, Art. 75 Rn. 286 ff., der einen Ausnahmefall i. S. v. Art. 75 Abs. 2 GG im Bereich des Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a GG "in jedem Falle" für unzulässig erachtet).

### D. *Überschreitung dieser Grenzen durch das 5. HRGÄndG*

Die Konzeption des Fünften Gesetzes zur Änderung

des Hochschulrahmengesetzes und anderer Vorschriften wird den Anforderungen des Grundgesetzes an ein Rahmengesetz aus Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, Abs. 2, Art. 72 Abs. 2 GG nicht gerecht. [...] Der Bundesgesetzgeber hat außer Acht gelassen, dass nach dem Willen des verfassungsgebenden und verfassungsändernden Gesetzgebers den Ländern für das Hochschulwesen substantielle Gestaltungsspielräume verbleiben müssen.

### *I. Detailregelungen getroffen*

#### *1. Die Einstellungsvoraussetzungen für Professoren in § 44 HRG n.F.*

##### *a. Umfassende Regelung*

Der Bundesgesetzgeber hat in § 44 HRG, der die Einstellungsvoraussetzungen für Professoren normiert, die Zugangsvoraussetzungen für eine Professur umfassend und abschließend bestimmt. Dieser "Mindeststandard" darf keinesfalls unterschritten oder durch andere Voraussetzungen ersetzt werden, sodass dem Landesgesetzgeber insoweit kein Spielraum zur Ausfüllung der Vorschrift verbleibt. Dies betrifft insbesondere die Anforderungen an die zusätzlichen wissenschaftlichen Leistungen, die regelmäßig im Rahmen einer Juniorprofessur zu erbringen sind, sowie die ausschließliche Überprüfung der zusätzlichen wissenschaftlichen Leistungen im Berufungsverfahren.

Die Bestimmung der Juniorprofessur als Regel-Einstellungsvoraussetzung (vgl. § 44 Abs. 2 Satz 1 HRG) und die Festlegung, dass die zusätzlichen wissenschaftlichen Leistungen nicht Gegenstand eines Prüfungsverfahrens sein sollen, weil nunmehr allein die "aufnehmende" Hochschule über die Qualifikation der Bewerber entscheidet (vgl. § 44 Abs. 2 Satz 3 HRG), richten sich gegen die Habilitation als Hochschulprüfung. § 44 Abs. 2 HRG verbietet zwar die Habilitation als Universitätsprüfung nicht ausdrücklich. Ziel des Gesetzgebers war es aber, die Habilitation zu entwerten, damit sie ihre bisherige Funktion verliert (vgl. Detmer, ZBR 2001, S. 244 [247]; Knopp/Gutheil, NJW 2002, S. 2828 [2832 f.]) [wird ausgeführt].

##### *b. Keine Ausfüllungsmöglichkeiten der Länder*

Die Landesgesetzgeber können ohne Verstoß gegen Rahmenrecht keinen anderen Weg zur Professur festlegen als den in § 44 HRG vorgegebenen. Es verbleibt nur, § 44 HRG bei der Umsetzung in Landesrecht "abzuschreiben"; die Landesgesetzgeber können keine relevante eigene Sachentscheidung hinsichtlich der Einstellungsvoraussetzungen für das Amt eines Professors mehr treffen. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Ziel, das die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren verfolgt und in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat. Es liegt in der Verdrängung und Unterbindung der Habilitation als Zugangsvoraussetzung für

das Amt des Universitätsprofessors. Der Bundesgesetzgeber hält das Verfahren der Habilitation für zeitraubend, leistungshemmend und nachteilig im internationalen Wettbewerb. Überließe man den Ländern, den Hochschulen und dem wissenschaftlichen Nachwuchs die Wahlfreiheit, den Zugang zur Professur entweder über die Habilitation oder aber über die Juniorprofessur zu erreichen, könnte sich nach Auffassung des Bundesgesetzgebers die Juniorprofessur im Wettbewerb mit der Habilitation nicht ausreichend durchsetzen (vgl. BTDrucks 14/6853, S. 19). Aus diesem Grund sah sich der Bundesgesetzgeber gehindert, den Ländern konzeptionelle Gestaltungsmöglichkeiten zu belassen und sich auf eine Sicherung etwa der wechselseitigen Anerkennung unterschiedlicher und konkurrierender Regelungen in den Ländern zu beschränken.

#### *2. Die Einstellungsvoraussetzungen für Juniorprofessoren in § 47 HRG n.F.*

Ebenfalls keine ausreichenden Regelungsalternativen eröffnet § 47 HRG hinsichtlich der Einstellungsvoraussetzungen für Juniorprofessoren. Auch diese Vorschrift muss als partielle Vollregelung betrachtet werden. Der Landesgesetzgeber könnte allenfalls präzisieren, was unter "pädagogischer Eignung" oder der "herausragenden Qualität einer Promotion" zu verstehen ist. Die Möglichkeit einer Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen durch den Landesgesetzgeber, die aus Praktikabilitätsgründen ohnehin regelmäßig der Verwaltung vorbehalten bleibt, nimmt der Vorschrift jedoch nicht den Charakter einer Vollregelung. Die begrenzte Auslegungsmöglichkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe der rahmenrechtlichen Vorgaben des § 47 HRG, an die der Landesgesetzgeber gebunden bleibt, eröffnen diesem nicht die Möglichkeit, das Rahmenrecht prägend auszufüllen und durch eigene Vorstellungen zu ergänzen. [...]

#### *II. Detailregelung nicht ausnahmsweise gem. Art. 75 II GG zulässig*

Der Ausnahmetatbestand des Art. 75 Abs. 2 GG greift nicht; seine Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob in der Umgestaltung der Personalstruktur an den Hochschulen überhaupt ein gerechtfertigter und verhältnismäßiger Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen und der dort tätigen Grundrechtsträger (Art. 5 Abs. 3 GG) liegt. Der Bundesgesetzgeber hat insbesondere in den §§ 44 und 47 HRG in Einzelheiten gehende Regelungen über den Qualifizierungsweg für eine Professur erlassen (vgl. oben). [...] Die mit der Veränderung der Personalstruktur verfolgten Ziele des Bundesgesetzgebers liegen in der Senkung des Erstberufungsalters der Professoren sowie in der Verringerung persönlicher und fachlicher Abhängigkeit (vgl. BTDrucks 14/6853, S. 1, 14). Der Bund hat im Gesetzgebungsverfahren nicht hinrei-

chend dargelegt, dass hierfür die Einführung der Juniorprofessur unter gleichzeitiger faktischer Abschaffung der Habilitation nach verständiger Betrachtung unentbehrlich und der einzig mögliche Weg ist. [...]

### *III. Darüber hinaus Verstoß gegen Art. 75 I i.V.m. 72 II GG*

Im Übrigen fehlt es für die Regelungen über die Juniorprofessur (§§ 44 bis 48 HRG) an der von Art. 72 Abs. 2 GG verlangten Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Gesetzgebung. Das gesetzgeberische Ziel des Bundes, den Qualifizierungsweg für den wissenschaftlichen Nachwuchs zu verkürzen und dessen Selbstständigkeit zu fördern, belegt weder die Erforderlichkeit der Regelungen zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse noch die Erforderlichkeit zur Wahrung der Rechtseinheit.

Erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG ist insofern ein Bundesgesetz dann, wenn gerade durch unterschiedliches Recht in den Ländern eine Gefahrenlage entsteht. Das wäre etwa der Fall, wenn die Lebensverhältnisse sich zwischen Ländern in einer unerträglichen Weise auseinander entwickeln oder ein beruflicher Wechsel von einem Land der Bundesrepublik Deutschland in ein anderes erheblich erschwert oder gar praktisch ausgeschlossen wäre. Solche Gefahrenlagen sind vom Bund weder vorgetragen noch ersichtlich. Auch zur Wahrung der Rechtseinheit sind die genannten Vorschriften nicht erforderlich. Eine Rechtszersplitterung im Hochschul- und Hochschuldienstrecht wurde bis zum Erlass des Fünften Änderungsgesetzes nicht beklagt, die personelle Mobilität der Wissenschaftler an deutschen Hochschulen ist darüber hinaus gewährleistet.

Die Veränderung der Personalstruktur im Fünften Änderungsgesetz könnte allenfalls unter der Zielvorgabe der Wahrung der Wirtschaftseinheit gerechtfertigt sein. Die Voraussetzungen für eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes sind jedoch auch unter diesem Gesichtspunkt nicht gegeben. [...] Eine bundeseinheitliche Neuregelung der Einstellungs Voraussetzungen für Professoren wäre [...] erforderlich, wenn sich nur so erhebliche Wettbewerbsnachteile für den Hochschulstandort Deutschland vermeiden ließen. Derartige Gründe sind jedoch weder ersichtlich noch hat sie der Bund im Rahmen einer Gesamtkonzeption hinreichend dargelegt [wird ausgeführt].

### *E. Rechtsfolgen*

Als Folge der Überschreitung der Rahmenkompetenz des Bundes ist das Fünfte Änderungsgesetz insgesamt nichtig (vgl. BVerfGE 4, 115 [137 f.]). Die Veränderung der Personalstruktur prägt die Reform des Hochschulwesens und steht mit weiteren Regelungskomplexen des Gesetzes in engem Zusammenhang. Mit den zentralen Vorschriften steht und fällt daher das gesamte Gesetz. [...]

*[Anm.: Die Richterinnen Osterloh und Lübke-Wolff sowie der Richter Gerhardt haben der Entscheidung eine abweichende Meinung angefügt. Ihrer Ansicht nach hatte der Bund das Recht zur Gesetzgebung. Wie die Senatsmehrheit befasst sich das Sondervotum nur mit der Kompetenzfrage und lässt die vom Normenkontrollantrag aufgeworfenen materiellen Fragen offen:]*

### *I. Weitere Auslegung der Rahmenkompetenz*

*Die Kompetenz des Bundes zur Rahmengesetzgebung wird von der Senatsmehrheit so eng gefasst, dass dem Bund praktisch jede Möglichkeit zu neuer politischer Gestaltung der betreffenden Gesetzgebungsmaterien genommen ist. Dem kann nicht gefolgt werden. Soweit das Grundgesetz dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht, kommt ihm und nicht den Ländern politische Gestaltungsmacht zu. Der Bund kann als Rahmengesetzgeber auch unter Berücksichtigung der neuen Verfassungsentwicklung politische Ziele und Reformvorstellungen verwirklichen und ist nicht darauf beschränkt, die Rahmengesetzgebung als bloßes Instrument der Koordinierung der politischen Entscheidungen der Länder einzusetzen.*

### *II. Subsumtion für die Juniorprofessur*

*Die Vorschriften über die Juniorprofessur halten sich innerhalb des Kompetenztitels des Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a GG. Regelungen der Personalstruktur betreffen allgemeine Grundsätze des Hochschulwesens. Die vom Bund zur Erreichung seiner legitimen Ziele gewählte „dienstrechtliche Lösung“ stellt, nicht anders als die ältere Entscheidung für die Habilitation, eine zulässige (politische) Konzeptentscheidung dar. Als solche kann sie kompetenzrechtlich nicht unter Hinweis auf andere Regelungskonzepte in Frage gestellt werden, die den Ländern mehr Raum für eigene Gestaltung lassen. Die vergleichsweise hohe Regelungsdichte ist erforderlich, um den neu geschaffenen Status eines „Professors auf Bewährung“ festzulegen und seine Bedeutung im Verhältnis zum bisherigen Qualifikationssystem zu definieren.*

### *III. Interpretation des Art. 72 II GG*

*Die Kriterien für die Kompetenzabgrenzung zwischen Bundesgesetzgeber und Landesgesetzgeber nach Art. 72 Abs. 2 GG betreffen entgegen der Ansicht der Senatsmehrheit nicht die Frage wie, sondern allein ob eine Materie vom Bund geregelt werden darf. Maßgeblich ist daher nicht, ob es aus Gründen der Bundeseinheitlichkeit erforderlich ist, die Habilitation durch die Juniorprofessur zu ersetzen oder zu verdrängen, es kommt vielmehr nur darauf an, ob eine bundeseinheitliche Regelung der Zugangsvoraussetzungen zum Amt des Professors erforderlich ist. Dies ist der Fall, weil sonst erhebliche Nachteile für die Berufssituation der Hochschullehrer und die Funktionsfähig-*

keit der Hochschule entstünden.

#### IV. Zum Ausnahmefall i.S.d. Art. 75 II GG

Das Sondervotum sieht in den Vorschriften über die Juniorprofessur auch keinen Verstoß gegen Art. 75 Abs. 2 GG. Ob ein Ausnahmefall im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, ist in quantitativer Hinsicht grundsätzlich nach dem Gesetz zu bestimmen, das die der Rahmengesetzgebung zugängliche Materie umfassend ordnet, hier im Hochschulrahmengesetz, und nicht nach einem Änderungsgesetz, wie die Senatsmehrheit an-

nimmt. Die von der Senatsmehrheit in qualitativer Hinsicht aufgestellte Forderung, Regelungen der in Art. 75 Abs. 2 GG genannten Art müssen „schlechthin unerlässlich“ sein, findet weder im Verfassungstext noch in der Geschichte der Verfassungsänderung 1994 eine Stütze. Vielmehr genügt in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung ein besonders starkes und legitimes Interesse an in Einzelheiten gehenden oder unmittelbar geltenden Regelungen. Ein solches Interesse liegt hier vor.]

### Standort: Kommunalrecht

### Problem: Organkompetenz für Stellplatzvergabe

BAYVGH, URTEIL VOM 15.03.2004  
22 B 03.1362 (BAYVB1 2004, 494)

#### Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem eine Stadt die Kompetenz zur Vergabe von Stellplätzen auf einem Jahrmarkt auf einen „Volksfestbeirat“ übertragen hatte. Das Gericht ist der Ansicht, dass es sich bei diesem um ein in der Gemeindeordnung nicht vorgesehenes Organ, insbesondere keinen Ausschuss und keine Untergliederung des Bürgermeisters handelt. Es ist ferner der Auffassung, dass die Gemeindeordnung Bayerns - und gleiches dürfte für die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer gelten - es nicht zulässt, neben den ausdrücklich vorgesehenen Organen noch weitere Organe sui generis zu schaffen. Trifft ein solches Organ eine Entscheidung (hier: Erlass von Verwaltungsakten), ist diese mangels Zuständigkeit automatisch formell rechtswidrig.

Das Gericht führt sodann aus, dass weder § 45 VwVfG eine Heilungsmöglichkeit für derartige Fälle eröffne, bspw. eine nachträgliche „Genehmigung“ des zuständigen Organs also nicht möglich sei, und auch § 46 VwVfG derartige Verstöße nicht erfasse.

In prozessualer Hinsicht prüft der VGH eine Fortsetzungsfeststellungsklage „gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO“, wobei es die Vorschrift offenbar stillschweigend auf den hier einschlägigen Fall einer Verpflichtungssituation (Anspruch auf Zugang zum Volksfest als begünstigende Verwaltungshandlung) analog anwendet, ohne auf die Gegenansicht, die § 43 I VwGO anwenden will, einzugehen.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Zugang zu öffentlichen Einrichtungen, besonders zu Volksfesten, ist ein Examensklassiker, der in immer wieder neuen Fallkonstellationen auftritt. Die hier angesprochene Frage der Organkompetenz für die Vergabe eines Stellplatzes ist der neueste Hit aus diesem Bereich. Entschieden worden sind bisher u.a. die Fälle, in denen die Verwaltung die Entscheidung über den

Zugang gänzlich aus der Hand gegeben und auf einen aus der (privaten) Kaufmannschaft gebildeten Vergabeausschuss übertragen hatte. Dieses Vorgehen ist ebenso unzulässig wie die im vorliegenden Fall aufgetretene Variante der Bildung eines neuen, in der GO nicht vorgesehenen Gemeindeorgans, weil die Kompetenzverteilung in der GO nicht disponibel ist. Regelt die GO eine Zuständigkeit, kann das zuständige Organ sich dieser m.a.W. nicht begeben, selbst wenn es dies wollte. Kompetenzübertragungen, wie sie z.B. vom Rat auf Ausschüsse oder den Bürgermeister häufig vorkommen, müssen explizit gesetzlich geregelt sein.

Eine weitere Frage in diesem Zusammenhang ist, wer innerhalb der Gemeinde die Organkompetenz zur Vergabe der Stellplätze hat. Sieht man diese als Geschäft der laufenden Verwaltung an, liegt die Kompetenz beim Bürgermeister, ansonsten bei der Vertretung (Rat). Hierzu hat der BayVGH entschieden, dass die Vergabe von Stellplätzen auf einem Volksfest nur dann in die laufende Verwaltung und damit die Kompetenz des Bürgermeisters falle, wenn die Vertretung vorher die Vergabekriterien (Attraktivität, Rotation, Priorität, Losverfahren, „bekannt & bewährt“ usw.) festgelegt habe. Lege der Bürgermeister hingegen die Kriterien selbst fest, überschreite er seine Kompetenz nur dann nicht, wenn es sich um unwesentliche Ergänzungen oder Änderungen handle. Ein Ablehnungsbescheid des Bürgermeisters, der ohne Billigung der Vergabekriterien durch die Vertretung oder unter eigenmächtiger, wesentlicher Abänderung derselben erfolgt, sei daher rechtswidrig.

Dogmatisch sind i.Ü. drei Arten von Veranstaltungen zu unterscheiden: Nach § 69 GewO festgesetzte Veranstaltungen, für die der Zugangsanspruch nach § 70 GewO gilt (so hier; ferner z.B. bei BayVGH, RA 2003, 736 = NVwZ-RR 2003, 837), nicht festgesetzte Veranstaltungen, für die sich der - im Unterschied zur GewO in aller Regel auf Einwohner beschränkte - Zugangsanspruch aus der Gemeindeordnung (z.B. §§ 8 GO NW, 18 NdsGO, Art. 21 BayGO) ergibt (so z.B. bei BayVGH, RA 2003, 732 = NVwZ-RR 2003, 771), und die Fälle, in denen die Vergabe von Stellplätzen

ausschließlich durch Sondernutzungserlaubnisse nach Straßen- und Wegerecht erfolgt (z.B. bei VGH BW, NVwZ-RR 2001, 159).

**Vertiefungshinweise:**

Vergabe von Stellplätzen auf öffentlichem Volksfest durch Private: *VG Augsburg*, NVwZ-RR 2001, 468; *VG Freiburg*, NVwZ-RR 2002, 139

Organkompetenz zur Aufstellung von Vergaberichtlinien und Entscheidung über die Vergabe: *BayVGH*, RA 2003, 732 = NVwZ-RR 2003, 771

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Kein Platz auf der Kirmes"

**Leitsätze:**

**1. Die in der Bayerischen Gemeindeordnung geregelte Kompetenzverteilung lässt die Schaffung weiterer Organe mit Entscheidungsbefugnissen nicht zu.**

**2. Verstöße gegen die Zuständigkeitsnorm des Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO können weder nach Art. 45 BayVwVfG geheilt noch nach Art. 46 BayVwVfG als unbeachtlich angesehen werden.**

**3. Bestehen für die Vergabe der Standplätze auf einem Volksfest nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 GO ermessensbindende Richtlinien, nach denen bestimmte Fallgruppen zu bilden sind, so darf die Verwaltung die damit verbundenen unbestimmten Rechtsbegriffe nicht so undifferenziert anwenden, dass der mit dem Richtlinienenerlass verfolgte Steuerungszweck verfehlt wird.**

**Sachverhalt:**

Die beklagte Stadt veranstaltet auf Grund behördlicher Festsetzung jährlich wiederkehrend ein Volksfest. Für die Vergabe der Standplätze hat ihr Umwelt- und Verwaltungssenat Richtlinien erlassen (Stand: 17.3.1999), die bei einem Überangebot von Bewerbern eine bestimmte Reihenfolge von Vergabekriterien festlegen. Danach sind zunächst Betriebe zu bevorzugen, die wegen ihrer Neuheit, Art, Ausstattung oder Betriebsweise eine besondere Anziehungskraft ausüben (6.1.1). Unter den hiernach gleichartigen Betrieben sind solche vorzuziehen, die wegen ihrer optischen Gestaltung (insbesondere Fassadengestaltung, Beleuchtung, Lichteffekte), ihrer Betriebsweise, ihres Pflegezustandes oder ihres Warenangebotes wesentlich attraktiver sind (6.1.2). Unter den Betrieben gleicher Art und vergleichbaren Umfangs erhalten Beschicker, die im Hinblick auf ihre persönliche Zuverlässigkeit einschließlich ihrer Betriebsführung als bewährt anzusehen und auf der Veranstaltung bekannt sind, gegenüber Neubewerbern den Vorzug (6.1.3). Das zuletzt genannte Auswahlkriterium verliert seine Gültigkeit,

soweit nach den Ziffern 6.1.1 und 6.1.2 in den einzelnen Gruppen kein Neubeschickeranteil von in der Regel 20% erreicht wird und objektiv feststellbare Unterscheidungsmerkmale fehlen.

Für das Volksfest im Jahr 2002 waren in der Betriebsart „Imbiss mit Biergarten“ drei Standplätze zu vergeben. Einen entsprechenden Zulassungsantrag des nicht ortsansässigen Klägers, der bereits im Jahr zuvor nicht zum Zuge gekommen war, lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 23.1.2002 ab.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren ließ der Kläger am 12.6.2002 beim Verwaltungsgericht hiergegen Klage erheben mit dem Antrag festzustellen, dass der Bescheid der Beklagten vom 23.1.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von U. vom 29.5.2002 rechtswidrig war. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 26.3.2003 erklärten die Beklagtenvertreter, das Verfahren zur Standplatzvergabe laufe so ab, dass die Verwaltung dem Volksfestbeirat einen Entscheidungsvorschlag mache und dieser dann entscheide. Die Bewerbung des Klägers für das laufende Jahr sei aus denselben Gründen wie im Vorjahr abgelehnt worden; in der Sparte Imbiss mit Biergarten seien wiederum die Betriebe F., M. und O. zum Zuge gekommen.

Das Verwaltungsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Beklagte hat die (zugelassene) Berufung eingelegt. In der mündlichen Verhandlung vor dem BayVGH erklärten die Beklagtenvertreter, nur der Umwelt- und Verwaltungssenat sei ein Ausschuss im Sinne der Bayerischen Gemeindeordnung, nicht dagegen der Volksfestbeirat.

**Aus den Gründen:**

Die Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26.3.2003 jedenfalls im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass der Bescheid der Beklagten vom 23.1. 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von U. vom 29.5.2002 rechtswidrig war.

**A. Zulässigkeit**

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Der Kläger hat unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr ein berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass er zu Unrecht von der Teilnahme am Volksfest im Jahr 2002 ausgeschlossen worden ist. Er muss, wie die Entwicklung im Jahr 2003 bereits gezeigt hat, bei künftigen Bewerbungen wiederum damit rechnen, dass ihm die Zulassung in der Betriebsart „Imbiss mit Biergarten“ bei unveränderter Sachlage verwehrt wird. Die Beklagte hält zwar an der ursprünglichen Begründung ihres Ablehnungsbescheids nicht mehr fest, nachdem die darin genannten Vorfälle, die an der Zuverlässigkeit des Klägers zweifeln lassen könnten, von diesem bestritten worden sind. Sie stützt die angegriffene Ent-

scheidung nunmehr aber auf die Erwägung, die beiden ortsansässigen Bewerber seien durch ihre gastronomischen Aktivitäten während des übrigen Jahres beim Publikum so bekannt, dass dies auch die Attraktivität ihrer Biergartenbetriebe beim Volksfest erhöhe. Dieses Kriterium soll erklärtermaßen auch in Zukunft die Auswahl zumindest unter ansonsten gleichwertigen Bewerbern bestimmen. Damit wird der Kläger, solange sein Biergarten nicht nach objektiven Merkmalen wie Ausstattung und Warenangebot als attraktiver eingestuft wird, auf absehbare Zeit gegenüber ortsansässigen Mitbewerbern keine reale Chance auf Zulassung mehr haben.

### *B. Begründetheit*

Die Klage ist begründet. Die Entscheidung der Beklagten, den Kläger im Jahr 2002 nicht zu ihrem Volksfest als einer behördlich festgesetzten Veranstaltung (§ 60 b i.V.m. § 69 Abs. 1 und 2 GewO) zuzulassen, war in der vorliegenden Form rechtswidrig und verletzte den Kläger in seinem Teilnahmerecht nach § 70 Abs. 1 GewO.

### *I. Rechtswidrigkeit der Ablehnung*

#### *1. Rechtsgrundlage*

Als Veranstalter durfte die Beklagte zwar nach § 70 Abs. 3 GewO wegen des durch die Zahl der Bewerber entstandenen Platzmangels einzelne Anbieter aus sachlich gerechtfertigten Gründen von der Teilnahme ausschließen. Die gegenüber dem Kläger getroffene Ausschlussentscheidung war aber schon aus formellen Gründen rechtswidrig, so dass es auf die darüber hinaus bestehenden materiellrechtlichen Bedenken hier nicht mehr entscheidend ankommt.

#### *2. Formelle Rechtmäßigkeit*

Der Ablehnungsbescheid vom 23.1.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von U. vom 29.5.2002 war rechtswidrig, da die zugrunde liegende Auswahlentscheidung von einem gesetzlich nicht legitimierten Kollegialorgan anstelle des zuständigen Oberbürgermeisters bzw. der ihm nachgeordneten Verwaltung getroffen wurde.

#### *a. Kompetenzübertragung auf "Volksfestbeirat"*

Wie die von der Beklagten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorgelegten Aktenvermerke zeigen, wurde die gesamte Standplatzvergabe für das Volksfest 2002 einschließlich der Betriebsart „Imbiss mit Biergarten“ vom städtischen Volksfestbeirat vorgenommen. Die dazu in den Beiratssitzungen vom 22.10. und 5.11.2001 gefassten Beschlüsse, die auf Vorschlägen des Umwelt- und Ordnungsamtes beruhten, stellten nicht bloß beratende Stellungnahmen dar, sondern wurden von allen Beteiligten als abschließende, intern verbindliche Entscheidungen über die Zulassung der einzelnen Bewerber verstanden. Dies ergibt

sich unmissverständlich aus der Bescheidsbegründung vom 21.2.2002, die den Volksfestbeirat als dasjenige Gremium bezeichnet, "das die letztgültige Entscheidung" über die Vergabe getroffen habe. Auch die mündlichen Erklärungen der Beklagtenvertreter vor dem Verwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof belegen eindeutig die Aufgabenverteilung zwischen dem zuständigen Sachgebiet der Stadtverwaltung, das lediglich Beschlussvorschläge zu erarbeiten hatte, und dem Beirat, der die eigentliche Sachentscheidung traf. [...] Für die Frage, ob die Ablehnung eines Bewerbers formell rechtmäßig erfolgt ist, kommt es auf das Votum des Volksfestbeirats auch dann maßgeblich an, wenn dieser wie im vorliegenden Fall einem Vergabevorschlag ohne Einschränkung zugestimmt hat. Der Beirat macht sich damit zwar in der Regel die Sachgründe der Verwaltung zu Eigen. Die Übereinstimmung der Auffassungen ändert aber nichts daran, dass es sich um die alleinige Entscheidung des Volksfestbeirats handelt. Seine formelle Urheberchaft kann auch nicht dadurch verloren gehen, dass in einem späteren Gerichtsverfahren seitens der Verwaltung ergänzende materiellrechtliche Ermessenserwägungen angestellt werden.

#### *b. Volksfestbeirat kein Organ i.S.d. GO*

Das von der Beklagten praktizierte Verfahren der Standplatzvergabe ist rechtswidrig, denn es überlässt die Entscheidung in einer kommunalen Angelegenheit einem unzuständigen Organ.

Die Gemeinden werden nach Art. 29 GO durch den jeweiligen Gemeinderat oder Stadtrat (Art. 30 Abs. 1 Satz 2 GO) verwaltet, soweit nicht der erste Bürgermeister oder Oberbürgermeister (Art. 34 Abs. 1 Satz 2 GO) gemäß Art. 37 GO selbstständig entscheidet. Der vom Stadtrat der Beklagten eingesetzte Volksfestbeirat lässt sich indes organisationsrechtlich keinem dieser beiden Hauptorgane zuordnen.

#### *aa. Kein Ausschuss*

Er kann insbesondere nicht gemäß Art. 32 Abs. 2 Satz 1 GO als ein beschließender Ausschuss (Gemeindenrat) angesehen werden, der die ihm übertragenen Angelegenheiten an Stelle des Stadtrats zu erledigen hat (Art. 32 Abs. 3 Satz 1 GO). Der Volksfestbeirat wurde von vornherein nicht als Ausschuss im kommunalrechtlichen Sinne konzipiert; er entspricht in seiner Zusammensetzung auch nicht den dafür geltenden Anforderungen. Seine interne Sitzverteilung beruht, wie die Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeräumt haben, auf keinem der für die Ausschussbesetzung anerkannten Berechnungsverfahren (vgl. dazu BayVG, BayVBl 1993, 180, 181 f.), so dass sich in dem sechsköpfigen Gremium das Stärkeverhältnis der im Stadtrat vertretenen Parteien und Wählergruppen nicht in der von Art. 33 Abs. 1 Satz 2 GO geforderten

Weise widerspiegelt (BayVGh, BayVBl 2004, 429).

*bb. Kein Amt*

Der aus Vertretern verschiedener Fraktionen gebildete Volksfestbeirat kann aber auch nicht als Teil der städtischen Verwaltung angesehen werden. Seine vom Stadtrat berufenen Mitglieder üben als Angehörige eines kollegialen Beschlussorgans keine Befugnisse aus, die ihnen der Oberbürgermeister nach Art. 39 Abs. 2 GO im Rahmen der verwaltungsinternen Geschäftsverteilung (Art. 46 GO) als Einzelpersonen übertragen hat. Die Tätigkeit des Beirats kann damit insgesamt auf keine formell-gesetzlichen Kompetenznormen gestützt werden.

*c. Bildung neuer Organe unzulässig*

Bereits diese fehlende Gesetzesgrundlage führt hier zur Rechtswidrigkeit der vom Volksfestbeirat gefassten Beschlüsse.

*aa. Abschließender Charakter der GO*

Die in der Bayerischen Gemeindeordnung geregelte Kompetenzverteilung muss, soweit sie den Erlass verbindlicher Entscheidungen betrifft, als abschließend verstanden werden (BayVGh, BayVBl 1999, 657, 658 m.w.N.). Sie stellt nicht lediglich einen Grundtypus dar, der geändert oder ergänzt werden könnte, sondern legt als Kernbestandteil der Kommunalverfassung die organspezifischen Zuständigkeitsbereiche verbindlich fest. Den Gemeinden ist es daher verwehrt, neben den gesetzlich vorgesehenen Organen weitere Entscheidungsträger zu schaffen (BayVGh, a.a.O.; vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, GO, RdNr.5 zu Art. 29; Hölzl/Hien, GO, Anm.4 zu Art. 29). Ihre Organisationsgewalt wird insoweit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise (vgl. BVerfG, BayVBl 1995, 367 ff.) durch einfachgesetzliche Kompetenzvorschriften beschränkt. Diese rechtliche Hürde besteht unabhängig von der Frage, ob das zusätzlich geschaffene Organ hinsichtlich seiner personellen Besetzung über eine ausreichende demokratische Legitimation verfügt (s. dazu BVerfG, BayVBl 1991, 81, 82; BVerwG, BayVBl 1992, 565, 567; BayVGh, a.a.O.).

*bb. Keine Dispositionsbefugnis über die Kompetenzen*

Mit der geltenden Kompetenzordnung lässt sich die Entscheidungsbefugnis des Volksfestbeirats unter den gegebenen Umständen auch deshalb nicht vereinbaren, weil es sich bei der Standplatzvergabe regelmäßig um eine dem Oberbürgermeister der Beklagten vorbehalten Aufgabe handelt. Die auf der Grundlage allgemeiner Richtlinien (Art. 37 Abs. 1 Satz 2 GO) zu treffende konkrete Entscheidung über die Zulassung einzelner Bewerber stellt - jedenfalls bei einer kreisfreien Stadt dieser Größe (ca. 68.000 Einwohner) - eine laufende Angelegenheit im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO dar (vgl. zuletzt BayVGh, BayVBl 2003, 501,

503). Sie muss daher, sofern nicht ausnahmsweise wegen grundsätzlicher Bedeutung oder zu erwartender erheblicher Verpflichtungen der Rat zuständig ist, vom Oberbürgermeister oder in seinem Auftrag von einem weisungsgebundenen Bediensteten der Verwaltung (Art. 42 Abs. 1 GO) getroffen werden. An diese gesetzliche Zuständigkeitsbestimmung ist der Oberbürgermeister ebenso gebunden wie die übrigen Gemeindeorgane (Art. 56 Abs. 1 Satz 1 GO), so dass auch ein freiwilliger Kompetenzverzicht ausscheidet (s. allgemein Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6.Aufl. 2001, RdNr.11 zu § 3 m.w.N.).

*d. Außenwirkung des internen Organisationsfehlers*

In der kompetenzwidrigen Entscheidung durch den Volksfestbeirat liegt ein Verfahrensfehler, der zur formellen Rechtswidrigkeit des Bescheids über den Ausschluss des Klägers vom Volksfest im Jahr 2002 geführt hat. Die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung unter den Gemeindeorganen besitzt, im Unterschied zur verwaltungsinternen Geschäftsverteilung (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 GO), unstreitig auch gegenüber Außenstehenden rechtliche Bedeutung (BayVGh, BayVBl 2003, 501, 503 m.w.N.; VGh BW, NVwZ 1992, 90 f.). Sie beruht auf dem Gedanken einer organadäquaten Aufgabenzuweisung (s. BVerfGE 68, 1, 70) und soll damit auch im Interesse der Betroffenen für möglichst sachgerechte Entscheidungen sorgen (vgl. Rasch, DVBl 1983, 617, 618).

*e. Keine Heilung*

Im vorliegenden Fall ist der durch den Kompetenzverstoß bewirkte Rechtsmangel auch nicht nachträglich behoben worden. Einer etwaigen "Genehmigung" der rechtswidrigen Entscheidung durch das gesetzlich zuständige Organ (s. VGh n.F. 8, 69, 72) könnte insoweit keinerlei Bedeutung zukommen, da eine wirksame Heilung seit Inkraft-Treten des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes nur noch nach Maßgabe des Art. 45 Abs. 1 BayVwVfG möglich ist. Die dort in den Nrn. 4 und 5 genannten Fälle der unterbliebenen „Mitwirkung" eines Ausschusses oder einer anderen Behörde erfassen aber die vorliegende Konstellation nicht (vgl. BayVGh, BayVBl 1999, 657, 658). Daher kann offen bleiben, ob die Nachholung von Verfahrenshandlungen bei einem bereits erledigten Verwaltungsakt überhaupt noch heilende Wirkung entfalten kann (verneinend Kopp/ Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, RdNr. 13 zu § 45; Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., RdNr.125 zu §45).

*II. Rechtsverletzung des Klägers*

Der Aufhebungsanspruch des Klägers entfällt schließlich auch nicht nach Art. 46 BayVwVfG. Grundsätzlich dürfte diese Vorschrift bei Fortsetzungsfeststellungsklagen zwar zur Anwendung kommen (BayVGh, BayVBl 2003, 501, 503 m.w.N. auch zur

Gegenauffassung). Sie scheidet hier aber aus, weil der festgestellte Kompetenzverstoß nicht die in Art. 46 BayVwVfG ausdrücklich genannte örtliche Zuständigkeit betrifft, sondern die innergemeindliche Organkompetenz, die in den Bereich der sachlichen Zuständigkeit gehört (näher Oldiges, DÖV 1989, 873, 875). Mit der Beschränkung der Unbeachtlichkeitsfolge auf die Verletzung von Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass alle anderen Zuständigkeitsverstöße einen wesentlichen Verfahrensmangel darstellen (vgl. BayVGh, BayVBl 1997, 51; Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., RdNr. 46 ff. zu § 46 m.w.N.). Dies muss zumindest für solche gesetzlich normierten Zuständig-

keiten gelten, mit denen die Kompetenzbereiche selbstständiger Organe voneinander abgegrenzt werden (vgl. BVerwG vom 6.8.1998 - 9 B 773.97 -). Verletzungen der in der Bayerischen Gemeindeordnung festgelegten Kompetenzgrenzen fallen hiernach von vornherein aus dem möglichen Anwendungsbereich des Art. 46 BayVwVfG heraus. Deshalb braucht im vorliegenden Fall nicht weiter geprüft zu werden, ob die Beklagte mit ihrem nachträglichen Vorbringen hinreichend belegen kann, dass auch bei Einhaltung der Organkompetenzen seinerzeit keine andere Auswahlentscheidung getroffen worden wäre (zur materiellen Beweislast BayVGh, BayVBl 2003, 501, 503). [...]

### Standort: § 40 VwGO

### Problem: Haupt- und Hilfsantrag

VGh MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 02.02.2004  
22 B 03.2451 (NVwZ-RR 2004, 468)

#### **Problemdarstellung:**

Der Fall beschäftigt sich mit der Frage, welcher Rechtsweg gegen von einem städtischen Grundstück ausgehende Emissionen eröffnet ist, wenn auf dem Grundstück ein Mietshaus steht, das durch unbefristete Mietverträge an private Nutzer vermietet ist.

1. Der VGh stellt sich auf den Standpunkt, dass die Emissionen im Sachzusammenhang mit dem Betrieb der Einrichtung stehen, d.h. öffentlich-rechtlicher Natur sind, wenn es sich auch um eine öffentliche Einrichtung handelt. Da der Abwehrensanspruch sich wiederum nach dem Rechtsgebiet richtet, dem die Emissionen zuzuordnen sind, kam es hier also entscheidend darauf an, ob es sich bei dem Mietshaus um eine öffentliche oder private Einrichtung handelt.

2. Der VGh stellt sodann klar, dass weder die privatrechtliche Ausgestaltung (Mietverträge) entscheidend für das Privatrecht, noch der verwaltungsinterne Sprachgebrauch (Obdachlosenheim) entscheidend für öffentliches Recht spreche; entscheidend sei vielmehr allein, ob die Einrichtung durch Widmung einen öffentlich-rechtlichen Charakter erhalten habe (hier verneint).

3. Grds. hätte der VGh als Rechtsmittelinstanz die Rechtswegfrage wegen §§ 173 VwGO, 17a V GVG überhaupt nicht mehr prüfen dürfen. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass hiervon eine Ausnahme für die Fälle zu machen ist, in denen das erstinstanzliche Gericht die Klage unter eklatantem Verstoß gegen § 17a II GVG mangels Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs als unzulässig abweist, statt - wie im Gesetz eindeutig vorgesehen - sie an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen (so hier geschehen).

4. Vom Rechtsmittelgericht wird dann an das erstinstanzliche Gericht des anderen Rechtszugs verwiesen,

also nicht etwa - worauf man auch kommen könnte - an das dortige Rechtsmittelgericht, da ansonsten der Instanzenzug des zulässigen Rechtswegs nicht gewahrt wäre.

5. Weiterhin kam hinzu, dass im vorliegenden Fall neben dem zu verweisenden Hauptantrag noch ein Hilfsantrag gestellt worden war, für den der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war. Es stellte sich also die Frage, wie mit diesem Hilfsantrag zu verfahren ist. Grds. ist wegen § 17 II 1 GVG der gesamte Rechtsstreit, also auch der Hilfsantrag, zu verweisen (nach h.M. allerdings insoweit ohne Bindungswirkung nach § 17a II 3 GVG, vgl. Zöller, ZPO, § 17a GVG Rz. 13a). Dies gilt aber nur für den "Normalfall", dass der Hilfsantrag unter der innerprozessualen (und daher ausnahmsweise zulässigen) auflösenden Bedingung des Erfolges des Hauptantrags gestellt wird, da in diesem Fall der Eintritt dieser Bedingung naturgemäß von der Entscheidung des Zivilgerichts über den Hauptantrag abhängt, von den Verwaltungsgerichten also gar nicht beurteilt werden kann. Anders ist es aber, wenn - wie hier - der Hilfsantrag ausdrücklich unter der innerprozessualen Bedingung der Nichteröffnung des Verwaltungsrechtswegs gestellt wird. Diese kann das Verwaltungsgericht selbst prüfen, sodass, wenn der Verwaltungsrechtsweg tatsächlich nicht eröffnet ist und die Bedingung eintritt, der Hilfsantrag im Verwaltungsrechtsweg zur Entscheidung gestellt wird.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs steht an der Spitze jeder Prüfung der Erfolgsaussichten eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfs. Unzählige Examensaufgaben stammen aus diesem Bereich, sodass hier keine Wissenslücken gelassen werden dürfen. Die vorliegende Entscheidung erörtert eine Reihe von Problemen in diesem Bereich, die nicht alltäglich sind, sich also vom Abspulen der allseits bekannten Theo-

rien abheben und sich daher für Prüfungsaufgaben besonders eignen.

Standort der Rechtswegprüfung ist übrigens nach ganz h.M. nach wie vor die Zulässigkeit. Zwar könnte man meinen, dass wegen des nach §§ 173 VwGO, 17a II GVG zu ergehenden Verweisungsbeschlusses die Klage auch bei Nichteröffnung des Verwaltungsrechtswegs nicht unzulässig wird. Dies ist jedoch zu kurz gedacht, da die Eröffnung (irgend) eines Rechtswegs sehr wohl Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Ist überhaupt kein Rechtsweg eröffnet (z.B. Art. 44 IV 1 GG; Gnadenaekte), gibt es auch nichts zu verweisen. Das gilt auch, wenn § 40 I 1 VwGO nicht daran scheitert, dass keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, sondern daran, dass diese verfassungsrechtlicher Art ist. Zu den Verfassungsgerichten findet auch keine Verweisung statt, da es sich bei diesen nicht um einen "Rechtsweg" i.S.d. § 17a II GVG handelt (OVG Lüneburg, NVwZ 1997, 208). Streitig ist die Verweisung im vorläufigen Rechtsschutz, von der wohl h.M. wird sie auch dort abgelehnt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 41 Rz. 2a m.w.N.).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Rechtswegprüfung in der Rechtsmittelinstanz: *BGHZ* 119, 247
- Rechtsweg gegen emittierende Betriebe: *BGH*, *NJW* 1993, 1656; *BVerwGE* 96, 71

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Das Stukkateurgewerbe"

#### **Leitsätze:**

**Zur Bedeutung unbefristeter zivilrechtlicher Nutzungsverhältnisse für die Frage der Widmung zur kommunalen Obdachlosen- bzw. Sozialunterkunft und zur Frage des Rechtsweges.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. ist Miteigentümerin eines Wohnhauses in A., das sie auch selbst bewohnt. Auf dem nordwestlich angrenzenden Grundstück, das der bekl. Stadt A. gehört, befindet sich ein Wohnblock mit mehreren Mietparteien. Von dort gehen nach Auffassung der Kl. durch den Betrieb einer Kreissäge und mehrerer holz-befuerter Öfen erhebliche Störungen aus. Die beim VG erhobene Klage zielt im Hauptantrag auf eine Verpflichtung der Bekl., durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass auf dem klägerischen Grundstück keine unzumutbaren Belästigungen in Gestalt von Lärm-, Rauch- und Rußimmissionen entstehen. Dieser Immissionsabwehranspruch sei im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen, da die Bekl. mit der Belegung der Wohnungen eine öffentliche Einrichtung in Form einer Obdachlosenunterkunft bzw. einer Unterkunft für min-

derbemittelte Personen betreibe.

Die Bekl. bestreitet dies und trägt dazu vor, die Wohnungen würden auf Grund privatrechtlicher Mietverträge vergeben und im Übrigen mittlerweile von einer privaten Wohnungsbaugesellschaft treuhänderisch verwaltet. In der mündlichen Verhandlung vor dem VG am 6.8.2003 ließ die Kl. laut Protokoll hilfsweise beantragen, die Bekl. "zu den in den Anträgen dargestellten Maßnahmen zu verpflichten".

Mit Urteil vom selben Tag wies das VG die Klage als insgesamt unzulässig ab. Der Hauptantrag betreffe keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da sich das Nachbarschaftsverhältnis zwischen den Bet. ausschließlich nach Zivilrecht bestimme. Der Hilfsantrag mit dem Ziel, die Bekl. in ihrer Eigenschaft als zuständige Immissionschutzbehörde zum Erlass einer Anordnung gegen sich selbst zu verpflichten, sei ebenfalls unzulässig, da die Voraussetzungen für eine Klageänderung nicht vorlägen. Die Berufung der Kl. führte zur Verweisung des Rechtsstreits an das AG.

#### **Aus den Gründen:**

Der vorliegende Rechtsstreit fällt hinsichtlich des Hauptantrags nicht in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte (§ 40 I 1 VwGO), sondern in die der ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 13 GVG). Dies führt aber entgegen dem Urteil des VG nicht zur Abweisung der Klage als unzulässig; der Rechtsstreit ist insoweit vielmehr nach Anhörung der Parteien von Amts wegen an das zuständige Gericht zu verweisen (§ 17a II 1 GVG). Die Verweisung umfasst im vorliegenden Fall allerdings nicht den von der Kl. gestellten Hilfsantrag.

#### **A. Hauptantrag**

Dem ursprünglichen Rechtsschutzbegehren der Kl. mit dem Ziel, die Bekl. als "Betreiberin" des Wohnblocks unmittelbar zu immissionsmindernden Maßnahmen zu verpflichten, liegt entgegen der Darstellung des Klägervertreters kein öffentlich-rechtlicher Immissionsabwehranspruch zu. Grunde, der mittels einer allgemeinen Leistungsklage im Verwaltungsrechtsweg verfolgt werden könnte (vgl. *BVerwG*, *BayVBl* 1989, 20 m.w.N.).

#### **I. Sachzusammenhang**

Ein solcher Anspruch besteht nur, wenn die Immissionen als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind, also von einer Anlage oder Einrichtung stammen, die ein Träger öffentlicher Gewalt in (schlicht-)hoheitlicher Form betreibt (*BVerwG*, *BayVBl* 1989, 406; *BGH*, *NJW* 1993, 1656). Ob diese notwendige Voraussetzung für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, hängt nicht von der rechtlichen Qualifizierung durch den jeweiligen Kl. ab, sondern bestimmt sich nach der wirklichen Natur des emittierenden Betriebs (*BGH*, *NJW* 1993, 1656; *BVerwGE* 96, 71 [73] m.w.N.).

## II. Subsumtion

Dieser stellt sich im vorliegenden Fall als rein privatrechtlich dar.

### 1. Innenverhältnis zu den Benutzern unbeachtlich

Gegen die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Immissionen spricht allerdings nicht bereits die Tatsache, dass die Bekl. mit sämtlichen Bewohnern des Wohnblocks privatrechtliche Mietverträge abgeschlossen hat. Auch bei öffentlichen Einrichtungen besteht unstrittig die Möglichkeit, zur Regelung der Benutzungsverhältnisse auf die Rechtsformen des Privatrechts zurückzugreifen (vgl. Widmann/Grasser, GO, Art. 21 Rdnr. 5b; Wachsmuth, in: Schulz/Wachsmuth/Zwick, BayGO, Art. 21 Anm. 2.3). Eine solche Entscheidung berührt nur das Innenverhältnis zwischen dem Einrichtungsträger und den einzelnen (zugelassenen) Benutzern; sie ändert nichts am Rechtscharakter der öffentlichen Einrichtung. Auch die von den Benutzern verursachten Umwelteinwirkungen erlangen daher, soweit sie dem öffentlichen Betreiber im Verhältnis zu Dritten überhaupt zuzurechnen sind, durch ein privatrechtliches Nutzungsregime keine neue Rechtsqualität (VGH Mannheim, VBIBW 1983, 25; NVwZ 1989, 269; OVG Bremen, NVwZ-RR 1993, 468; Rennert, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 40 Rz. 82; Sodan, in: NK-VwGO, § 40 Rz. 416; a.A. Ehlers, in: Schoch u.a., VwGO, § 40 Rz. 400; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 40 Rz. 29a; unklar BGHZ 121, 248).

### 2. Betriebsform unbeachtlich

Der Umstand, dass die hier streitige Wohnanlage mittlerweile nicht mehr durch eigene Bedienstete der Bekl., sondern durch eine private Baugenossenschaft wohnungswirtschaftlich verwaltet wird (Treuhandverwaltungsvertrag vom 14. und 21.8.2001), steht ebenfalls nicht von vornherein der Möglichkeit entgegen, dass die Bekl. - etwa mittels ihres vertraglich eingeräumten Vorschlagsrechts bei künftigen Neubelegungen (§ 3 II) - eine öffentliche Einrichtung betreiben könnte.

### 3. Vielmehr Widmung allein entscheidend

Konstitutives Merkmal einer öffentlichen Einrichtung ist aber eine - zumindest konkludent erfolgte - Widmung, die den öffentlichen Nutzungszweck bestimmt und den jeweiligen Benutzerkreis festlegt (Bauer/Böhle/Masson/Samper, BayKommunalG, GO, Art. 21 Rdnrn. 10 ff.; Wachsmuth, a.a.O., Anm. 2.2; Hölzl/Hien, BayGO, Art. 21 Anm. 4). Für eine solche Grundsatzentscheidung sind hier keine hinreichenden Anhaltspunkte erkennbar. Es existiert kein Stadtrats- oder Ausschussbeschluss, der eine Unterbringung von Obdachlosen oder wohnungssuchenden Sozialhilfempfängern in dem betreffenden Wohngebäude vorsieht. Ebenso wenig besteht eine dienstliche Weisung oder eine aktuelle Verwaltungspraxis, aus der eine ent-

sprechende Zweckbestimmung abzuleiten wäre.

### a. Bezeichnung genügt nicht

Das strittige Anwesen gehört zwar zu einer Gruppe von sechs städtischen Liegenschaften mit insgesamt 28 Wohneinheiten, die nach internem Sprachgebrauch noch in jüngster Zeit, so etwa in der Stadtratsitzung am 24.4.2001 und in einem Aktenvermerk des zuständigen Sachbearbeiters vom 4.12.2002, als „Notunterkünfte“ bezeichnet wurden und auch im Treuhandverwaltungsvertrag vom 14. und 21.8.2001 als „Schlichtwohnungen bzw. Obdachlosenunterkünfte“ (§ 1) aufgelistet sind. Diese Sammelbezeichnungen allein belegen jedoch noch nicht, dass einzelne der Gebäude tatsächlich auf Dauer der Unterbringung Obdachloser bzw. sozial schwacher Personen dienen soll und damit der Erfüllung einer kommunalen Pflichtaufgabe (vgl. Art. 6 BayStVG, Art. 57 I BayGO, Art. 1 I BayAGBSGH) gewidmet ist.

### b. Dauerhafte Mietverträge sprechen gegen Obdachlosenheim

Bei objektiver Betrachtung kann die streitgegenständliche Wohnanlage jedenfalls gegenwärtig keine öffentliche Notunterkunft darstellen. Dies würde voraussetzen, dass bei den Nutzern der Räume ein akuter und als vorübergehender anzusehender Unterbringungsbedarf besteht (vgl. Ruder, NVwZ 2001, 1223 [1227 f] m.w.N.). Nach den vorliegenden Unterlagen verfügen aber alle vier Mietparteien seit mindestens zwanzig Jahren über unbefristete Mietverträge. Nur einem dieser Mieter wurden die Räume zu einem früheren Zeitpunkt (1980) von der Bekl. hoheitlich zugewiesen, um eine damals drohende Obdachlosigkeit abzuwenden. Auch bei ihm erfolgte jedoch schon wenig später, wie das Mieterhöhungsschreiben vom 28.4.1983 zeigt, eine Umwandlung des vorläufigen Nutzungsverhältnisses in ein reguläres Dauermietverhältnis. Spätestens von diesem Zeitpunkt an bestand auch in seiner Person keine Notlage mehr, die ein behördliches Tätigwerden erfordert hätte. Das Gebäude besitzt seitdem den Charakter eines reinen Mietshauses. Mit dem Abschluss unbefristeter Mietverträge für sämtliche Wohnungen hat sich die Bekl. hinsichtlich der weiteren Nutzung festgelegt und damit die Möglichkeit verloren, die Räume in einem Bedarfsfall Obdachlosen oder sonstigen Bedürftigen zur Verfügung zu stellen. Sollte eine diesbezügliche Widmung zu früheren Zeiten tatsächlich bestanden haben, so wäre sie durch die vertragliche Selbstbindung der Bekl. mittlerweile konkludent wieder aufgehoben worden.

### c. Einkommensverhältnisse kein Gegenargument

Dass die vier Wohneinheiten, bei denen es sich um so genannte Schlichtwohnungen handelt, gegenwärtig an relativ einkommensschwache Personen vermietet sind, begründet entgegen dem Vorbringen der Kl. keine

Vermutung dergestalt, dass der Betrieb der gesamten Anlage in erster Linie dem öffentlichen Interesse an einer "präventiven Verhinderung von Obdachlosigkeit" dienen soll. Dieser Vorsorgeaspekt mag zwar noch innerhalb der ordnungs- und sozialhilferechtlichen Zuständigkeit der Bekl. liegen (vgl. Kunkel, NDV 1994, 225 ff.; Dießel, NDV 2002, 30ff.). Daraus folgt aber nicht, dass sie dieser Aufgabe gerade durch Schaffung einer öffentlichen Einrichtung nachkommen will. Vorliegend spricht gegen eine solche Widmung vor allem die Tatsache, dass die Dauer der Wohnnutzung nicht vom Fortbestand bestimmter Einkommensverhältnisse oder sonstiger persönlicher Umstände abhängt. Derzeit ist demzufolge auch keine der Mietparteien in der strittigen Anlage auf Sozialhilfe in Form laufender Hilfe zum Lebensunterhalt angewiesen. Selbst wenn die Bekl. ihre Mieter vorrangig nach persönlicher Bedürftigkeit auswählen sollte, läge darin im Übrigen nur ein für den Vertragsabschluss maßgebliches sozialstaatliches Motiv und noch kein Beleg für die Absicht, eine dauerhafte öffentliche Einrichtung zu schaffen und damit für einzelne Einwohner einklagbare Zulassungsansprüche nach Art. 21 I BayGO zu begründen.

### III. Zwischenergebnis

Die Bekl. wird hier demnach nicht in behördlicher Funktion, sondern nur als Grundeigentümerin tätig; sie betreibt die streitige Wohnanlage rein privatrechtlich. Auch der von der Kl. mit dem Hauptantrag geltend gemachte Anspruch auf Abwehr bzw. künftige Unterlassung von Immissionen kann daher nur im privaten Nachbarrecht (§§ 1004, 906 BGB) begründet sein, so dass eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i.S. des § 13 GVG vorliegt.

### IV. Rechtsfolgen

Die Feststellung, dass der Verwaltungsrechtsweg für diesen Teil des Rechtsstreits nicht gegeben ist, führt nach § 17a II 1 GVG zwingend zur Verweisung an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs.

#### 1. Rechtswegprüfung in der Rechtsmittelinstanz

Dies gilt abweichend von § 17a V GVG auch noch im

Rechtsmittelverfahren, wenn das Ausgangsgericht, wie hier geschehen, die Klage als im beschrittenen Rechtsweg unzulässig abgewiesen hat (BGHZ 119, 247 [249]; Rennert, in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl., § 41 Rdnr. 34). Das mit der Berufung angegriffene Urteil des VG unterliegt in diesem Fall notwendigerweise der Aufhebung insoweit, als der gebotenen Verweisung entgegensteht; auch diese Entscheidung ist vom BerGer. ohne mündliche Verhandlung im Beschlusswege zu treffen (Rennert, § 41 Rdnr. 34 m. w. Nachw.). [...]

### 2. Zuständiges Gericht

Das Gericht, an das verwiesen werden muss, ist hier nach § 23 i.V. mit § 71 I GVG, § 24 ZPO das Amtsgericht A. als das im Zivilrechtsweg zuständige Eingangsgericht; dorthin ist auch dann zu verweisen, wenn sich der im falschen Rechtsweg begonnene Rechtsstreit bereits in einer höheren Instanz befindet (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 670; Rennert, a.a.O., § 41 Rdnr. 34).

### B. Hilfsantrag

Der von der Kl. nachträglich gestellte Hilfsantrag, der unstreitig eine öffentliche Streitigkeit zum Gegenstand hat, wird nicht von der vorliegenden Verweisung erfasst. Eine Erstreckung auf Grund prozessualer Verknüpfung kommt nur in Betracht, wenn der Hilfsantrag von der innerprozessualen Bedingung einer Abweisung des Hauptantrags abhängt, da der Eintritt dieser Bedingung zum Zeitpunkt der Verweisungsentscheidung naturgemäß noch nicht feststeht (vgl. BGH, NJW 1956, 1357; BGH, NJW 1998, 2743; Gummer, in: Zöllner, ZPO, Rdnr. 13a zu § 17a GVG; teilweise a.A. Kissel, GVG, 3. Aufl., § 17 Rdnr. 49). Hier hat die Kl. aber im Berufungsverfahren klargestellt, dass der Hilfsantrag gerade für den Fall gestellt worden ist, dass hinsichtlich des Hauptantrags mangels öffentlich-rechtlicher Streitigkeit eine Verweisung an ein anderes Gericht erfolgt. Nachdem diese Bedingung mit dem vorliegenden Beschluss eingetreten ist, muss der anhängige Verwaltungsrechtsstreit mit dem bisherigen Hilfsantrag als alleinigem Klageantrag im Berufungsverfahren weitergeführt werden.

## Standort: Gewerbeordnung

## Problem: Reise- und stehendes Gewerbe

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 06.11.2003

4 A 511/02 (NWVBL 2004, 311)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Abgrenzung eines Reisegewerbes (§§ 55 ff. GewO) von einem stehenden Gewerbe. Diese vollzog sich in Zweifelsfällen jahrelang nach dem Kriterium der unmittelbaren Bereitschaft und Befähigung zur Leistung, die für ein Reise-

gewerbe spreche, während im stehenden Gewerbe i.d.R. Auftragsarbeiten ausgeführt würden. Diese heute noch in der Lit. weithin vertretene Formel hat das BVerfG mit seiner in den Vertiefungshinweisen zitierten, vom OVG aufgegriffenen Entscheidung gekippt, weil sie gegen Art. 12 I GG verstoße.

Seither orientiert sich die Abgrenzung zumindest in der Rspr. wieder ausschließlich am Gesetzeswortlaut des § 55 I GewO. Für ein Reisegewerbe ist danach

kennzeichnend, dass sich der Reisegewerbetreibende dem Auftraggeber andient, m.a.W. die Initiative zum Abschluss eines Dienst- oder Werkvertrags von ihm ausgeht, während im stehenden Gewerbe der Kunde auf den Gewerbetreibenden zukommt.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die hier angesprochene Abgrenzungsproblematik ist von entscheidender Wichtigkeit für eine Reihe von Rechtsfolgen. So bedarf z.B. das Reisegewerbe nach § 55 II GewO grundsätzlich einer Erlaubnis, der sogen. Reisegewerbekarte. Nur ausnahmsweise (vgl. §§ 55a f. GewO) darf es erlaubnisfrei ausgeübt werden. Bei stehenden Gewerben ist es genau anders herum: Es herrscht grundsätzlich Erlaubnisfreiheit; nur bei bestimmten Gewerben (vgl. §§ 30 ff. GewO sowie Spezialgesetze wie § 2 GastG) ist eine Erlaubnis erforderlich.

Wird das Gewerbe - wie hier - zudem in Form eines Handwerks ausgeübt, kommt das Zusammenspiel von Gewerbe- und Handwerksordnung hinzu. Gem. § 1 I 1 HandwO darf ein Handwerk im stehenden Gewerbe selbstständig nur betreiben, wer sich zuvor in die Handwerksrolle hat eintragen lassen. Gegen nicht eingetragene, stehende Handwerksbetriebe kann nach § 16 III HandwO eingeschritten werden. Für Reisegewerbe in Form eines selbstständigen Handwerks gibt es hingegen weder Eintragungspflichten in die Handwerksrolle noch die Möglichkeit oder Notwendigkeit eines Einschreitens nach § 16 III HandwO. Entscheidend ist hier allein das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Genehmigung nach § 55 II GewO.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zur Abgrenzung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe: BVerfG, NVwZ 2001, 189

#### **Leitsatz:**

**Eine vollhandwerkliche Tätigkeit (hier das Erstellen von Dachstühlen im Rahmen des Zimmerergewerbes) kann zulässigerweise auch als Reisegewerbe nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO ausgeübt werden**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger, der gelernter Zimmerer ist, besitzt eine Reisegewerbekarte für Zimmererarbeiten. Nachdem er zwei komplette Dachstühle erstellt hatte, für die er die Hölzer von einem Sägewerk bezogen und dort auch abgelängt hatte, untersagte ihm der Beklagte die weitere Ausübung des Zimmererhandwerks mit der Begründung, die ausgeübten Tätigkeiten stellten sich als stehendes Gewerbe dar, welches er ohne Eintragung in die Handwerksrolle nicht ausüben dürfe. Kennzeichnend für das Reisegewerbe sei die sofortige Leistungsbereitschaft. Vollhandwerkliche Auftragsarbeiten, die

erst zu einem späteren Zeitpunkt ausgeführt werden sollten, seien nur im Rahmen der Handwerksordnung, nicht aber als Reisegewerbe zulässig. Widerspruch und Klage blieben erfolglos; auf die Berufung wurde die Untersagungsverfügung aufgehoben.

#### **Aus den Gründen:**

Die auf § 16 Abs. 3 HwO gestützte Untersagungsverfügung des Beklagten und der Widerspruchsbescheid der Bezirksregierung sind rechtswidrig. Die dem Kläger untersagte Tätigkeit fällt nicht unter § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO; sie ist als Reisegewerbe nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO erlaubt.

#### **A. Ermächtigungsgrundlage**

Nach § 16 Abs. 3 Satz 1 HwO kann die Fortsetzung des selbstständigen Betriebs eines Handwerks als stehendes Gewerbe (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HwO) untersagt werden, wenn dieser entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausgeübt wird. Der Kläger hat sein Handwerk jedoch nicht als stehendes Gewerbe, sondern als Reisegewerbe betrieben.

#### **B. Tatbestand**

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO betreibt ein Reisegewerbe, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben selbstständig oder unselbstständig in eigener Person Waren feilbietet oder Bestellungen aufsucht (vertreibt) oder ankauft, Leistungen anbietet oder Bestellungen auf Leistungen aufsucht.

#### **I. Initiative als maßgebliches Abgrenzungskriterium**

Die Tätigkeiten des Klägers, die zum Erlass der Untersagungsverfügung geführt haben, sind rechtlich als Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen einzuordnen. Denn er ist von sich aus an die Eheleute T. bzw. P. herangetreten, also ohne von diesen bestellt worden zu sein, und hat - im Ergebnis mit Erfolg - versucht, von ihnen einen Auftrag über die Ausführung von Zimmererarbeiten zu erhalten. Letzteres ist durch die schriftlichen Äußerungen der Eheleute T. und P. nachgewiesen.

#### **II. Sofortige Leistungsbereitschaft nicht erforderlich**

Die früher in der Rechtsprechung und Kommentarliteratur vertretene Auffassung (vgl. etwa VGH BW, GewArch 1995, 475; OVG NRW, GewArch 1999, 32 [m.N. aus der Kommentarliteratur]), eine nicht sofortige, sondern in Absprache mit dem Kunden auf einen späteren Zeitpunkt verlegte Ausführung handwerklicher Leistungen werde von dem Tatbestandsmerkmal des Aufsuchens von Bestellungen auf Leistungen nicht umfasst, kann nach der Rechtsprechung des BVerfG (NVwZ 2001, 189 = GewArch 2000, 480), der sich der Senat anschließt, nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Danach ist eine dahingehende Auslegung von § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO, dass beim „Aufsuchen von Bestellungen auf Leistungen“ die Bereitschaft zur sofortigen Leistungserbringung gefordert wird, mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar; vielmehr setze dieser Tatbestand gerade voraus, dass die Erfüllung erst in einem gewissen zeitlichen Abstand erfolge; dem Schutzzweck des § 55 GewO, die Verbraucher vor unlauteren Geschäftsmethoden zu schützen, werde nicht nur genügt, wenn der Reisegewerbetreibende in der Lage sei, die gewerblichen Leistungen sofort auszuführen, sondern auch dann, wenn er sie erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung erbringe.

### *III. Neben § 55 II GewO keine weiteren Erlaubnisse notwendig*

Entgegen der von dem Beklagten vertretenen Auffassung ist im Reisegewerbe die Ausführung vollhandwerklicher Leistungen ohne großen Befähigungsnachweis zulässig (ebenso Honig, HwO, 2. Aufl., § 1 HwO Rn. 20; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Juli 2002, § 55 Rn. 84 und § 56 Rn. 97; Aberle, Die dt. Handwerksordnung, 315, § 1 Rn. 4; Steib, GewArch 2001, 57). Deshalb ist es rechtlich unerheblich, ob die dem Kläger im Reisegewerbe untersagten Tätigkeiten - wie der Beklagte meint - dem „Vollhandwerk“ zuzuordnen seien, weil sie den Kernbereich des Zimmererhandwerks betreffen.

Soweit der Beklagte den genannten Beschluss des BVerfG dahingehend interpretiert, dass dieses ein „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ konstatiere, also Tätigkeiten im Reisegewerbe, die dem Vollhandwerk unterfallen, keinesfalls die Regel sein solle, vermag der Senat dem nicht zu folgen. In dem Beschluss wird lediglich ausgeführt, dass es in der Praxis beim Reisegewerbe tendenziell um Minderhandwerk gehe. Im Anschluss daran stellt das BVerfG jedoch fest: „Letztlich ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Reisegewerbe auch einmal die volle Kunstfertigkeit eingesetzt wird“. Mit anderen Worten: Im Rahmen des Reisegewerbes ist auch die Ausführung vollhandwerklicher Tätigkeiten ohne großen Befähigungsnachweis zulässig. Abgesehen davon bleibt nach den Ausführungen des Beklagten offen, welche rechtlichen Folgerungen er aus dem von ihm gesehenen „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ ziehen will. Entgegen dem rechtlichen Ansatz des Beklagten können die Vorschriften der Handwerksordnung, „um der Gefahr einer Umgehung zu begegnen“, nicht in § 55 GewO hinein gelesen werden. Der Regelungsgehalt

dieser Vorschrift ist unabhängig von § 1 Abs. 1 HwO allein nach ihrem Wortlaut und unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG festzustellen. Der Auffassung des VG, § 55 GewO sei eng zu verstehen und biete keine Grundlage für die Ausübung wesentlicher, vollhandwerklicher Tätigkeiten, kann deshalb nicht gefolgt werden. Vielmehr ist nach dem genannten Beschluss des BVerfG bei Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Ausübung eines Handwerks im Reisegewerbe die Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit zu beachten.

### *IV. Inanspruchnahme Dritter, stehender Gewerbebetriebe unerheblich*

Entgegen der Ansicht des Beklagten unterfällt die untersagte Tätigkeit auch nicht wegen der Inanspruchnahme der Betriebsstätte eines Sägewerksbesitzers, in der der Kläger die zu verarbeitenden Hölzer zuvor eingekauft und abgelängt hatte, dem stehenden Gewerbe. Entscheidend für die Abgrenzung, ob ein Handwerk als stehendes Gewerbe betrieben oder aber im Rahmen des Reisegewerbes ausgeübt wird, ist das Zustandekommen des Auftrags über die Handwerksleistung. Geht die Initiative zum Erbringen der Leistung vom Handwerker aus - sofern der Gewerbetreibende eine gewerbliche Niederlassung besitzt, gilt das nur im Rahmen seiner „Außentätigkeit“ -, kommt er also, wie im Falle des Klägers, auf potenzielle Kunden zu („ohne vorhergehende Bestellung“), liegt Reisegewerbe vor. Beim stehenden Gewerbe geht hingegen die Initiative vom Kunden aus, der seinerseits um ein Angebot nachsucht (vgl. BVerfG, a.a.O.; Honig, a.a.O., § 1 HwO Rn. 22).

### *V. Vorhandensein einer Niederlassung unerheblich*

Für die Zuordnung einer Tätigkeit zum Reisegewerbe ist das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung unerheblich. § 55 Abs. 1 GewO verweist hinsichtlich der gewerblichen Niederlassung auf § 42 Abs. 2 GewO und stellt klar, dass ein Reisegewerbe vorliegt, wenn zwar eine eigene gewerbliche Niederlassung vorhanden ist, die genannten Tätigkeiten aber außerhalb dieser (oder ohne eine solche zu haben) ohne vorhergehende Bestellung erfolgen. Deshalb kann ein selbstständiger Gewerbetreibender, der eine gewerbliche Niederlassung besitzt, hinsichtlich seiner Außentätigkeit unter das Reisegewerbe fallen (vgl. Stober, in: Friauf, GewO, Stand August 1996, § 55 Rn. 7). [...]

## Zivilrecht

### Standort: Bürgschaft

### Problem: Zeitbürgschaft oder Haftungsbegrenzung

BGH, URTEIL VOM 15.01.2004  
IX ZR 152 / 00 (NJW 2004, 2232)

#### Problemdarstellung:

Die Bekl. wurde hier aus einer Bürgschaft in Anspruch genommen, die laut ausdrücklicher Vereinbarung "bis zum 31.10.1993 befristet" war. Keinesfalls war damit aber eindeutig eine Zeitbürgschaft i. S. d. § 777 BGB vereinbart, da derartige Zeitangaben auch dahingehend ausgelegt werden können, dass der Bürge nur für bis zu dem genannten Termin entstandene Verbindlichkeiten des Hauptschuldners haften soll, für diese allerdings unbefristet (vgl. dazu grundlegend Palandt/Sprau, § 777 Rz. 1 f.). Im konkreten Fall verkomplizierte sich die Angelegenheit noch dadurch, dass die Bürgschaft sich auf ein debitorisch geführtes Kontokorrentkonto bezog, welches die Hauptschuldnerin bei der Kl. unterhielt.

Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung wesentliche Auslegungsgrundsätze für die Unterscheidung dieser Bürgschaftsformen auf und legt zugleich die Darlegungs- und Beweislast für den Fall fest, dass zwischen den Parteien streitig bleibt, was mit der Vereinbarung seinerzeit gemeint gewesen sein soll.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Frage, inwieweit in Bürgschaftsverträgen - insbesondere in seitens der Kreditinstitute verwendeten Bürgschaftsformularen - die Reichweite der Bürgenhaftung festgelegt werden kann, welche Auslegungsregeln hierbei zu berücksichtigen sind und welchen Klauseln zum Schutze des i. d. R. aus altruistischen Motiven heraus handelnden Bürgen die Wirksamkeit versagt bleiben muss, beschäftigt Rechtsprechung und Praxis schon seit Jahrzehnten kontinuierlich. Neben der Problematik der Sittenwidrigkeit sogenannter "Angehörigenbürgschaften" gem. § 138 I BGB handelt es sich insoweit also um einen examensrelevanten "Dauerbrenner", der durch die vorliegende Entscheidung um eine weitere Nuance ergänzt wird, deren Thematisierung in Prüfungsarbeiten sehr gut möglich erscheint.

#### Vertiefungshinweise:

Zur Verjährungseinrede des Bürgen nach Untergang der Hauptschuldnerin: *BGH*, RA 2003, 306 = NJW 2003, 1250

Überblick über aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Bürgschaft: *Tiedtke*, NJW 2003, 1359

#### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Endlich ins Internet"
- Examenskurs*: "Drum prüfe, wer für Papi bürgt!"
- Assessorkurs*: "Der Ehelohn"

#### Leitsätze:

- 1. Zur Abgrenzung der gegenständlich beschränkten Bürgschaft von der Zeitbürgschaft.**
- 2. Wird auf Wunsch des Bürgen eine als Zeitbürgschaft zu verstehende Befristung seiner Haftung vereinbart, so ist eine Klausel überraschend, mit der sich der Gläubiger formularmäßig von der Anzeigepflicht freizeichnet.**
- 3. Streiten der Gläubiger und der Bürge darüber, ob eine vereinbarte Befristung als Zeitbürgschaft oder nur als gegenständliche Beschränkung der Haftung zu verstehen ist, trägt der Gläubiger die Beweislast für den von ihm behaupteten Inhalt der Bürgschaft; sichert die Bürgschaft einen Kontokorrentkredit, stellt dies regelmäßig ein wesentliches Beweisanzeichen dafür dar, dass eine gegenständliche Beschränkung vereinbart ist.**

#### Sachverhalt:

Die Bekl. verbürgte sich am 30.09.1993 selbstschuldnerisch bis zu einem Höchstbetrag von 140.000,00 DM für alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Kl. gegen die B & J-GmbH, die bei der Kl. seit dem 28.01. 1991 ein debitorisch geführtes Geschäftskonto unterhielt. Die Bürgschaftsurkunde enthält den maschinenschriftlichen Zusatz:

„Die Bürgschaft ist befristet bis zum 31.10.1993. Diese Höchstbetragsbürgschaft ersetzt die Bürgschaft vom 24.06.1993 und setzt diese ununterbrochen fort.“

Der Bürgschaft vom 30.09.1993 waren Bürgschaften vom 29.04.1991 unter Befristung bis zum 29.04.1993, vom 23.04.1993 unter Befristung bis zum 30.06.1993 und vom 24.06.1993 unter Befristung bis zum 30.09.1993, jeweils mit Höchstbeträgen von 350.000,00 DM, vorausgegangen. Die erste der Bürgschaften wurde der Kl. in ihrer Filiale A. erteilt. Die folgenden Bürgschaften nahm die Filiale der Kl. in E. herein. Die Bekl. war Gesellschafterin der Hauptschuldnerin, hatte ihren Geschäftsanteil jedoch mit Vertrag vom 21.12.1992 auf die J-Beteiligungsgesell-

schaft mbH übertragen. Die Bekl. erstrebte aus diesem Grunde die Entlassung aus der Bürgschaft und die Stellung einer Ersatzbürgschaft ihrer Nachfolgegesellschaft. Am 24.02.1994 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der Hauptschuldnerin eröffnet. Am 18.03.1994 kündigte die Kl. gegenüber der Hauptschuldnerin den auf dem Geschäftskonto eingeräumten Kontokorrentkredit mit einem Debetsaldo des Eröffnungstags von 148.010,36 DM. Diese Forderung meldete sie zur Gesamtvollstreckungstabelle an. Mit Schreiben vom selben Tage forderte die Kl. auch die Bekl. zur Zahlung des verbrieften Höchstbetrags von 140.000,00 DM auf.

Das LG hat der erhobenen Teilklage über 30.000,00 DM zur Hauptsache stattgegeben, weil die Urkunde vom 30.09.1993 keine Zeitbürgschaft i. S. d. § 777 BGB, sondern eine gegenständlich beschränkte Bürgschaft enthalte. Die dagegen gerichtete Berufung der Bekl. ist bis auf einen Teil der zugesprochenen Zinsen erfolglos geblieben. Auf die in zweiter Instanz erhobene Widerklage hat das BerGer. nur festgestellt, dass der Kl. aus der Bürgschaft vom 30.09.1993 keine über 118.329,95 DM hinausgehenden Ansprüche gegen die Bekl. zustehen. Gegen die Zurückweisung der Berufung und den abgewiesenen Teil der Widerklage wendete sich die Revision der Bekl. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat - wie das LG - eine gegenständlich beschränkte Bürgschaft statt einer Zeitbürgschaft angenommen und dazu ausgeführt:

Heranzuziehen seien die Auslegungsgrundsätze für Individualvereinbarungen. Von der Bekl. sei nicht bewiesen, dass sich die Parteien außerhalb der Urkunde auf eine Zeitbürgschaft geeinigt hätten. Die Auslegung der Bürgschaft nach dem Urkundeninhalt und den Begleitumständen lasse nicht auf eine Zeitbürgschaft schließen.

Die vorliegende Bürgschaftsreihe, in der jeder der Vorgängerbürgschaften vom 29.04.1991, 23.04.1993 und 24.06.1993 vor Fristablauf eine neue Bürgschaft gefolgt sei, spreche nicht für eine Zeitbürgschaft, da auch bei der gegenständlich beschränkten Bürgschaft der Gläubiger auf eine Anschlusssicherheit bedacht sein müsse. Der Hinweis des Zeugen B an seinen Nachfolger in der Filiale E. der Kl., die Endtermine in den Bürgschaften seien zu beachten, lege gleichfalls noch keine Zeitbürgschaft nahe. Erklärungen von Mitarbeitern der Bekl. bei Erteilung der streitigen Bürgschaft am 30.09.1993, nach welcher die Haftung mit Fristablauf habe erlöschen sollen, seien durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden. Auch der Zeuge B habe sich gegenüber der Bekl. nicht in diesem Sinne

geäußert. Auf die Behauptung der Bekl., anlässlich der Unterzeichnung der ersten Bürgschaftsurkunde am 29.04.1991 habe der damalige Leiter der Filiale A. der Kl., D, erklärt, dass die Bürgschaftsverpflichtung infolge der Befristung erlösche, wenn die Bekl. nicht bis zum Fristende in Anspruch genommen werde, komme es für die Auslegung der streitigen Bürgschaft vom 30.09.1993 nicht an. Diese Äußerung könne, da sie dem Zeugen B beim Zustandekommen der Bürgschaftsvereinbarung vom 30.09.1993 unbekannt gewesen sei, seinen Empfängerhorizont nicht mitgeprägt haben. Selbst wenn dem Zeugen B aber die Kenntnis der behaupteten Erklärungen des Zeugen D zuzurechnen sei, so habe die Bekl. aus der Klausel Nr. 1 II der Bürgschaftsurkunde entnehmen müssen, dass im Falle einer Zeitbürgschaft auch ohne Anzeige der Inanspruchnahme die Bürgenhaftung im Umfang der Hauptschuld bei Fristablauf habe fortbestehen sollen. Damit habe die Kl. unabhängig von einer etwaigen Unwirksamkeit der Klausel ihre tatsächlich bestehende Ablehnung gegenüber einer echten Zeitbürgschaft zum Ausdruck gebracht.

Entscheidend für eine gegenständlich beschränkte Bürgschaft spreche auch der Sicherungszweck und die Interessenlage bei ihrer Erteilung am 30.09.1993. Es sei nicht anzunehmen, dass die Kl. auf eine Sicherheit habe verzichten wollen, bevor sie den beabsichtigten Ersatz durch eine Bürgschaft der J-Beteiligungs GmbH erhalten habe. Der Annahme einer Zeitbürgschaft stehe ferner entgegen, dass hier ein Kontokorrentkredit zu sichern gewesen sei. Aus einer Zeitbürgschaft könne nur vorgegangen werden, wenn die Hauptschuld innerhalb der Bürgschaftszeit fällig gewesen sei. Es entspreche im Regelfall nicht dem Interesse der Beteiligten, dass die Sicherungsnehmerin zu ihrem Schutz das Kontokorrent kündigen müsse. Hier sei die Kl. innerhalb der Bürgschaftsfrist zu einer Kündigung auch gar nicht in der Lage gewesen.

#### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

#### *I. Unberechtigte Annahme einer gegenständlichen Haftungsbegrenzung*

Das BerGer. hätte die streitige Vereinbarung nicht als gegenständlich beschränkte Bürgschaft auslegen dürfen, ohne den von der Bekl. benannten Zeugen D zu dessen angeblicher Erklärung bei Erteilung der ersten Bürgschaft am 29.04.1991 zu vernehmen. Wegen dieses Rechtsfehlers ist die Auslegung der Bürgschaft durch das BerGer. für die Revision nicht bindend und kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

#### *1. Mögliche Bedeutungen einer zeitlich begrenzten Verpflichtung des Bürgen*

Wird einer Bürgschaft durch Individualvereinbarung

eine zeitliche Begrenzung hinzugefügt, so kann das zweierlei bedeuten: Die zeitliche Begrenzung kann den Sinn eines Endtermins (§ 163 BGB) haben, nach dessen Ablauf die Verpflichtung des Bürgen erlöschen soll. Sie kann aber auch die Verbindlichkeit, für die der Bürge sich verbürgt, dahin näher bestimmen, dass der Bürge nur für die innerhalb einer bestimmten Zeit begründeten Verbindlichkeiten - für diese aber unbefristet - einstehen soll (BGH, NJW 1988, 908 m. w. N.). Welche Art von Bürgschaft gewollt ist, muss auf Grund einer Auslegung der Bürgschaftsverpflichtung ermittelt werden. Da die Befristung der Bürgschaft im vorliegenden Fall in einer maschinenschriftlich hinzugefügten individuellen Vereinbarung enthalten ist, sind dabei nicht die Grundsätze für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern für die Auslegung einer Individualvereinbarung zu Grunde zu legen (vgl. BGH, NJW 1988, 908).

### 2. Auslegung der vorliegenden Befristungsklausel in der Revisionsinstanz

Wie die hinzugesetzte Befristung der streitigen Bürgschaft vom 30.09.1993 auszulegen ist, muss unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls tatrichterlich gewürdigt werden (vgl. BGH, NJW 1988, 908; NJW-RR 1997, 684 = WM 1997, 625 [628]). Diese Auslegung kann im Revisionsverfahren nur beschränkt nachgeprüft werden.

#### a. Revisionsrechtliche Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Auslegung

Rechtsfrage ist, ob der Tatrichter gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat. Berücksichtigt der Tatrichter auslegungserhebliche Umstände nicht, so verstößt er gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze (BGH, NJW-RR 1991, 562 = WM 1991, 495 [496]). Eine entsprechende rechtliche Nachprüfung der Auslegung bedarf revisionsrechtlich keiner Rüge.

#### b. Entstehungsgeschichte des Vertrages als auslegungserheblicher Umstand

Zu den auslegungserheblichen und aufklärungsbedürftigen Begleitumständen eines Vertragsschlusses kann auch seine Entstehungsgeschichte gehören, insbesondere wenn dazu Vorbesprechungen geführt worden sind (BGHZ 63, 359 [362] = NJW 1975, 536; BGH, NJW 1981, 2295 - Festpreisgarantie im Blickwinkel eines Verkaufsprospekts; NJW 1987, 2437 [2438]).

#### c. Entbehrlichkeit einer Verfahrensrüge

Die Feststellung außerhalb der Bürgschaftsurkunde liegender Auslegungstatsachen ist von dem RevGer. grundsätzlich nur auf die Verfahrensrüge hin überprüfbar (vgl. allgemein BGH, NJW-RR 1990, 455 = WM 1990, 423 [424]). Auf eine solche Rüge kommt es je-

doch hier nicht an, weil das BerGer. die behauptete Auslegungstatsache aus Gründen des sachlichen Rechts für unerheblich gehalten hat. Dieser Rechtsfehler verletzt die §§ 133, 157 BGB, nicht § 286 ZPO.

### 3. Auslegung als Zeitbürgschaft und hieraus resultierende Folgen

Aus der revisionsrechtlich zu unterstellenden Äußerung des Zeugen D, dass die Bürgschaftsverpflichtung vom 29.04.1991 mit Ablauf der Befristung erlösche, falls keine Inanspruchnahme erfolgt sei, würde sich ergeben, dass die Bekl. damals nur eine Zeitbürgschaft (§ 777 BGB) übernommen hat. Der nur auf eine Zeitbürgschaft gerichtete Verpflichtungswille der Bekl. ist nach ihrem Vortrag von dem Zeugen D am 29.04.1991 zur Kenntnis genommen und durch den maschinenschriftlichen Zusatz akzeptiert worden.

#### a. Unwirksamkeit von Klausel Nr. 1 II bei Zeitbürgschaft gem. § 3 AGBG

Hat die Kl. nach dieser Behauptung den Willen der Bekl., nur eine Zeitbürgschaft zu übernehmen, erkannt und akzeptiert, ist demgegenüber die in Nr. 1 II der Bürgschaftsurkunde enthaltene Klausel unerheblich. Die Klausel lautet:

„Im Falle einer Zeitbürgschaft ist die Bank nicht verpflichtet, dem Bürgen bei Fristablauf anzuzeigen, dass sie ihn in Anspruch nimmt; auch ohne Anzeige besteht die Haftung fort, jedoch beschränkt auf den Umfang der verbürgten Ansprüche bei Fristablauf.“

Der Klauselinhalt setzt mithin eine Zeitbürgschaft voraus und enthält für die hier erteilte selbstschuldnerische Bürgschaft einen Ausschluss von § 777 I 2 BGB sowie eine Änderung von § 777 II BGB. Die Klausel ist i. S. d. § 3 AGBG überraschend; denn sie brachte mit der Haftungsfortdauer des selbstschuldnerischen Kontokorrentbürgen trotz Fristablaufs ohne Anzeige der Inanspruchnahme das Gegenteil von dem zum Ausdruck, was die Bekl. erkennbar wollte. Mit einer solchen „typengehaltändernden“ Klausel braucht der Kunde bei Vereinbarung einer Zeitbürgschaft nicht zurechnen (vgl. auch BGH, NJW 1998, 2138 = WM 1998, 976 [979f.]). Entgegen der Annahme des BerGer. musste die Bekl. aus der überraschenden Klausel auch nicht entnehmen, dass die Kl. eine Zeitbürgschaft ablehnte und das erteilte Bürgschaftversprechen als gegenständlich beschränkte Bürgschaft verstand. Denn eine Auslegung des Befristungszusatzes nach Maßgabe der unwirksamen Überraschungsklausel ist ausgeschlossen.

#### b. Fortsetzung der Zeitbürgschaft aufgrund Wissenszurechnung, § 166 I BGB analog

Hat der Zeuge D die von der Bekl. behauptete Erklärung am 29.04.1991 abgegeben, so hat sich ihre Wir-

kung in die textlich unveränderten Folgebürgschaften fortgepflanzt, weil die Kl. unstreitig nicht davon abgerückt ist. Einerentsprechenden Nachfrage der Bekl. bedurfte es entgegen der Ansicht des BerGer. hierzu nicht, weil sich die Kl. entsprechend § 166 BGB (Wissenszurechnung) so behandeln lassen muss, als sei die Erklärung des Filialleiters D aus A. der später tätigen Filiale in E. bekannt gewesen. Dies durfte auch die Bekl. voraussetzen. Diese Zurechnung der Erklärung und des Wissens des Zeugen D war hier zu Lasten der Kl. jedenfalls deshalb gerechtfertigt, weil die Bürgschaften das gleiche Kontokorrentdarlehen der Hauptschuldnerin besicherten, dies der Filiale E. bekannt war und ein Informationsaustausch mit der Filiale A. daher möglich und naheliegend war (vgl. BGH, NJW 1989, 2879 [2881]; s. ferner BGHZ 117, 104 [106 ff] = NJW 1992, 1099; BGHZ 135, 202 [206] = NJW 1997, 1917). Eine Erklärung, wie sie der Zeuge D bei Erteilung der ersten befristeten Kontokorrentbürgschaft abgegeben haben soll, war auch für die Rechtsposition der Kl. gegenüber der Bekl. von solcher Wichtigkeit, dass sie bankseitig bei dem Kredit- oder dem Bürgschaftsvorgang aktenmäßig festgehalten werden musste. Die Kl. muss sich daher nach dem Vorbringen der Bekl. so behandeln lassen, als habe sie die Informationen der Filiale A. abgerufen.

## II. Zur neuen Sachentscheidung des BerGer. nach Vernehmung des Zeugen D

Sollte die Vernehmung des Zeugen D die ihm zugeschriebene Äußerung nicht bestätigen, sondern keine weiteren Erkenntnisse vermitteln, wird das BerGer. gleichwohl in eine umfassende erneute Auslegung des streitigen Bürgschaftsversprechens eintreten müssen und dabei auch das Revisionsvorbringen der Parteien zu berücksichtigen haben. Soweit noch Feststellungen zu treffen sind, wird zu beachten sein, dass die Kl. für die behauptete Vereinbarung einer gegenständlich beschränkten Bürgschaft die Beweislast trägt.

### 1. Kontokorrentkredit als Hauptschuld spricht für gegenständliche Begrenzung

Der Umstand, dass die Bürgschaft einen Kontokorrentkredit des Hauptschuldners sichert, stellt allerdings regelmäßig ein erhebliches Beweisanzeichen dafür dar, dass die Parteien mit der zeitlichen Befristung eine gegenständliche Begrenzung der Bürgenhaftung auf die innerhalb einer bestimmten Zeit begründeten Verbindlichkeiten gemeint haben (vgl. BGH, NJW 1988, 908). Eine Zeitbürgschaft i. S. d. § 777 BGB ist wirtschaftlich nur dann sinnvoll, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner innerhalb der Laufzeit der Bürgschaft in Anspruch nehmen kann. Denn auch die fristgerechte Anzeige des Gläubigers, er nehme den Bürgen in Anspruch, erhält dem Gläubiger die Rechte aus der Bürgschaft grundsätzlich nur, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld innerhalb der Bürgschaftszeit eintritt

(BGHZ 91, 349 [355 f.] = NJW 1984, 2461; BGHZ 139, 325 [329] = NJW 1999, 55; BGH, NJW 1989, 1856 = ZIP 1989, 627 [628]). Wollte man bei einer zeitlich begrenzten Bürgschaft für einen Kontokorrentkredit eine Zeitbürgschaft annehmen, so wäre der Gläubiger genötigt, jeweils vor Ablauf der bestimmten Zeit den Kredit zu kündigen, um sich die Rechte aus der Bürgschaft zumindest für die bereits entstandenen Verbindlichkeiten zu erhalten. Dies dürfte in der Regel nicht dem Interesse der Bank und insbesondere des Hauptschuldners an einer ungestörten Fortsetzung ihrer Geschäftsverbindung entsprechen (BGH, NJW 1988, 908 m. w. N.). Von diesem Grundsatz. hat sich - insoweit zutreffend - auch das BerGer. bei seiner Auslegung der streitigen Bürgschaft leiten lassen. Der BGH hat in seinem Urteil vom 30.01.1997 (NJW-RR 1997, 684 = WM 1997, 625 [628]) jedoch verdeutlicht, dass sich die im Urteil vom 17.12.1987 als maßgebend bezeichneten Erwägungen nicht schematisch auf alle Kontokorrentbürgschaften übertragen lassen, sondern es vielmehr darauf ankommt, wie es zu der zeitlichen Begrenzung gekommen und weshalb sie vereinbart worden ist (vgl. auch OLG Köln, NJW 1985, 2722 = WM 1986, 14 [15]).

### 2. Umstände des Einzelfalles können gleichwohl für Zeitbürgschaft sprechen

Der Würdigung solcher, den Regelfall in Frage stellender Anhaltspunkte hat das BerGer. zu geringe Beachtung geschenkt; zum Teil ist es von einer rechtlich fehlerhaften Annahme ausgegangen.

Die Revision beruft sich darauf, dass die Befristung im Streitfall auf Betreiben der Bekl. in die Bürgschafts-urkunde aufgenommen worden sei. Die Bekl. habe damit zum Ausdruck gebracht, sie wolle mit dem Fristablauf aus der Haftung frei werden, wenn die Bürgschaft nicht rechtzeitig "gezogen" wurde. Die Bekl. konnte nach dem erwarteten Verlauf des gesicherten Kontokorrentkredits aber möglicherweise mit einer gegenständlich beschränkten Bürgschaft für ein solches Haftungsbegrenzungsinteresse gar nichts gewinnen.

Bei gegenständlich beschränkter Kontokorrentbürgschaft zum Fristende wäre durch die späteren Rechnungsabschlüsse nach § 356 HGB keine Enthftung eingetreten, sondern eine zusätzliche Haftungsbeschränkung. Der Bürge haftet bei der gegenständlich beschränkten Kontokorrentbürgschaft nach § 356 HGB in dem bei Fristende erreichten Umfang weiter, wenn das debitorische Kontokorrent - wie hier - bis zur Inanspruchnahme des Bürgen ungekündigt fortbesteht, soweit es nicht zuvor bereits durch die Insolvenz des Hauptschuldners gelöst ist. Die gegenständlich beschränkte Bürgenhaftung ermäßigt sich dann nur bei „nachfolgenden Rechnungsabschlüssen mit

einem niedrigeren Schuldsaldo; auf einen niedrigeren Tagessaldo zwischen den Rechnungsabschlüssen kommt es bei fortbestehendem Kontokorrent nicht an (RGZ 76, 330 [334]; BGHZ 26, 142 [150] = NJW 1958, 217; BGHZ 50, 277 [283 a. E.] = NJW 1968, 2100; BGH, NJW-RR 1991, 562 = WM 1991, 495 [497]). Dies liegt bei der nach einem Endtermin (§ 163 BGB) befristeten Kontokorrentzeitbürgschaft anders (vgl. Schröter, WM 1986, 16 [18]). Die rechtzeitige Kündigung des Kontokorrentkredits bei Sicherung durch eine Zeitbürgschaft kann zur Folge haben, dass sich der Haftungsumfang des Bürgen nach § 777 II BGB bei jedem Eingang auf dem Konto verringert; denn die Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 II BGB) ist für den Bürgen nach Kündigung des Kontokorrents nicht mehr durch periodische Verrechnung und Ausschluss der Einzelaufrechnung gehindert. Die diese Einrede abbedingende Klausel im Bürgschaftsformular ist unwirksam (BGHZ 153, 293 = NJW 2003, 1521 = WM 2003, 669 [671]). Auch § 356 HGB kann nicht angewendet werden, wenn infolge wirksamer Kündigung kein Kontokorrent mehr fortbesteht.

Bei Erteilung der Bürgschaft vom 30.09.1993 wollte die Bekl. aus der übernommenen Bürgschaftsverpflichtung entlassen werden, sobald die J-Beteiligungs GmbH, welche - wie die Kl. ebenfalls wusste - die Beteiligung der Bekl. an der Hauptschuldnerin übernommen hatte, kapitalmäßig hinreichend ausgestattet war und eine Anschlussbürgschaft gestellt hatte. Damit wurde für den Bürgschaftszeitraum Oktober 1993 gerechnet. Diese Enthftung konnte die Bekl. mit einer gegenständlich beschränkten Bürgschaft nicht durchsetzen, es sei denn, die Kl. hätte sich bei Erteilung der letzten Bürgschaft gegenüber der Bekl. verpflichtet, sie nach dem Erhalt der Anschlussbürgschaft von der Weiterhaftung gem. § 356 HGB freizustellen. Eine solche Verpflichtung der Kl. haben die Parteien nicht behauptet.

### 3. Keine Zeitbürgschaft allein aufgrund des letzten kurzen Haftungszeitraumes

Nicht aufrechterhalten werden kann ferner die Annah-

me des BerGer, die Kl. habe sich schon deshalb auf keine Zeitbürgschaft einlassen dürfen, weil sie den gesicherten Kontokorrentkredit nicht innerhalb der einmonatigen Bürgschaftszeit habe kündigen, damit die Fälligkeit des Kreditsaldos herstellen und aus der Bürgschaft nach § 777 I 2 BGB habe vorgehen können. Die Kl. konnte nach § 355 III HGB, AGB-Banken Nr. 19 II jederzeit den (unbefristeten) Kontokorrentkredit ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Sie verletzte dabei auch keine berechtigten Belange des Kontokorrentinhabers (vgl. Nr. 19 II 2 AGB-Banken), wenn eine vorhandene Zeitbürgschaft auslief und angemessene Ersatzsicherheiten nicht rechtzeitig vor dem Verlust der Sicherheit gestellt wurden. Zwar mag auch die Kürze der Bürgschaftszeit zwischen der Erteilung am 30.09.1993 und dem Bürgschaftsende einen Monat später nach allgemeiner Erfahrung mehr für eine nach dem Endzeitpunkt gegenständlich beschränkte Bürgschaft sprechen (vgl. RGZ 82, 382 [384]). Im Streitfall gibt es für die Kürze der Bürgschaftsverlängerung jedoch möglicherweise besondere Gründe. Der Zeuge B hat bestätigt, es sei angestrebt gewesen, die Bekl. mit Gründung des neuen Unternehmens aus der Bürgschaft zu entlassen.

### 4. Endgültige Entscheidung des Rechtsstreites abhängig vom Ergebnis der weiteren Sachverhaltsaufklärung

Sollte die weitere Sachaufklärung und erneute Vertragsauslegung des BerGer. dazu führen, dass die Bekl. nur eine Zeitbürgschaft übernommen hat, muss der Widerklage vollen Umfangs entsprochen und die Klage abgewiesen werden. Denn der verbürgte Kontokorrentkredit der Hauptschuldnerin ist unstrittig nicht vor dem 24.02.1994 fällig geworden. Sollte sich aus der Vernehmung des Zeugen D ergeben, dass in den Verhandlungen der Parteien bei Übernahme der ersten Bürgschaft am 29.04.1991 die Bekl. das Zugeständnis einer gegenständlich beschränkten Bürgschaft gemacht hat, so würde auch diese Auslegungstatsache bis in die streitige Bürgschaft vom 30.09.1993 hinein - insoweit zu Lasten der Bekl. - fortwirken, so dass es auf andere Auslegungsgesichtspunkte nicht mehr ankäme.

## Standort: Kaufrecht

## Problem: Erfüllungsort für Nacherfüllungsanspruch

AG MENDEN, URTEIL VOM 03.03.2004  
4 C 26 / 03 (NJW 2004, 2171)

### Problemdarstellung:

Die Kl. hatte hier in einem Möbel-Abholmarkt der Bekl. eine Couch-Garnitur für 1.760,00 Euro erworben und diese dann mit beachtlichem Aufwand in ihre im 1. Obergeschoss gelegene Wohnung geschafft: Da Eingangstür und Treppenhaus zu klein waren, hob sie die Couch zunächst mit einem Hubwagen auf das Ga-

ragendach, um sie sodann über den Balkon in das Wohnzimmer zu bugsieren. Nach diesem Aufwand war es dann um so bedauerlicher, dass sich schon bald diverse Mängel an dem Möbelstück zeigten, die auch der Kundendienst der Bekl. nicht zu beheben vermochte. Es sollte sodann eine neue Couch im Austausch gegen die alte geliefert werden, die zu diesem Zweck erschienene Möbelspedition sah sich aber außer Stande, die alte Couch wieder aus der Wohnung der Klägerin herauszuschaffen. Nachdem fristgebun-

dene Aufforderungen der Kl., dieses endlich durchzuführen, erfolglos geblieben waren, trat die Kl. vom Kaufvertrag zurück und verlangte mit ihrer Klage nunmehr Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe der abzuholenden Couch.

Das AG Menden hatte sich demzufolge u. a. mit der Frage auseinanderzusetzen, wo und mit welchem Aufwand der Verkäufer die von ihm geschuldete Nacherfüllung zu erbringen hat, um feststellen zu können, ob die Kl. durch ihre fristgebundene Aufforderung zur Abholung der Couch tatsächlich die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB geschaffen hatte.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die besondere Examensrelevanz des Kaufrechtes bedarf eigentlich keiner besonderen Betonung mehr. Der wesentliche Inhalt der vorliegenden Entscheidung, wonach der Erfüllungsort für den Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB schon zum Schutze des Käufers grundsätzlich am momentanen Belegenheitsort der Kaufsache anzusiedeln ist, entspricht zudem der Sichtweise, welche für den Erfüllungsort der Pflichten aus einem rücktrittsbedingten Rückgewährschuldverhältnis infolge Mangels der Kaufsache schon seit längerem anerkannt ist (vgl. Palandt/Heinrichs, § 269 Rz. 16 m. w. N.).

Die Lektüre des vorliegenden Urteils empfiehlt sich gleichwohl, da bei kritischem Hinsehen auch diverse Aussagen der Entscheidungsgründe ausgesprochen fragwürdig erscheinen. Der Satz etwa, dass es dem Verkäufer (!) - wie auch bei der Beseitigung des Mangels (!) - überlassen bleiben müsse, auf welche Art und Weise er die Nacherfüllung bewerkstelligt, ist vor dem Hintergrund des § 439 I BGB zumindest so missverständlich (- gemeint war wohl, wie er den Rücktransport der gem. §§ 439 IV, 346 BGB zurückzugewährenden Couch bewerkstelligt -), dass er in einer Klausur nicht auftauchen sollte. Kaum vertretbar angesichts des Wortlautes des § 439 III BGB dürfte es sein, diesen als einzigen Schutz des Verkäufers vor dem Nacherfüllungsverlangen des Käufers zu sehen und die Erwähnung des § 275 II BGB als Beispiel für einen unverhältnismäßigen Aufwand i. S. d. § 439 III BGB zu verstehen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Erfüllungsort der Lieferpflicht beim Versandhandel: *BGH*, RA 2003, 746 = *NJW* 2003, 3341
- Zu §§ 437 Nr. 1, 439 BGB allgemein: *Oechsler*, *NJW* 2004, 1825

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Auch ein Möbel-Abholmarkt ist verpflichtet, die Nacherfüllung i. S. d. § 439 BGB am momentanen Belegenheitsort der Kaufsache beim Kunden auf eigene Kosten - bis zur Grenze der bei ca. 100% des Kaufpreises anzusetzenden Unverhältnismäßigkeit des Aufwands - durchzuführen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. kaufte bei der Bekl. in deren Filiale in D. am 05.03.2002 die streitgegenständliche Couch-Garnitur. Da es sich bei der Bekl. um einen Möbel-Abholmarkt handelt, hat die Kl. die Garnitur am 11.04.2002 bei der Bekl. abgeholt und zu sich nach Hause gebracht. Dort musste die Kl. die Couch-Garnitur von draußen mittels eines Hubwagens über den Balkon in ihre im 1. Obergeschoss gelegene Wohnung schaffen, da das Treppenhaus und die Wohnungseingangstür so schmal sind, dass ein Transport auf diesem Wege unmöglich war. In der Folgezeit zeigten sich diverse Mängel an der Couch-Garnitur. Der von der Bekl. beauftragte Kundendienst hat zweimal vor Ort versucht, die Mängel zu beseitigen. Schließlich einigten sich die Parteien auf eine Nacherfüllung in Form einer Neulieferung und Austausch der Garnitur. Die von der Bekl. mit dem Austausch der Garnitur beauftragte Spedition kam am 06.09.2002 ohne die erforderlichen Hilfsmittel (Hubwagen o. ä.) bei der Kl. an und musste deswegen unverrichteter Dinge wieder zurückfahren. Die Kl. hat dann mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 11.09. und 14.10.2002 unter Hinweis auf die örtlichen Gegebenheiten die Bekl. erneut zum Austausch der Couch-Garnitur aufgefordert. Die Bekl. hat dies unter Hinweis auf die auf Grund der örtlichen Gegebenheiten erhöhten Transportkosten (Hubwagen o. ä.) abgelehnt und ihrerseits die Kl. aufgefordert, die mangelbehaftete Couch-Garnitur bei ihr in D. anzuliefern, um dort den Austausch vorzunehmen. Die Kl. ist daraufhin mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 06.11.2002 vom Vertrag zurückgetreten und hat die Bekl. aufgefordert, die alte Garnitur bis zum 18.11.2002 zurückzuholen und binnen gleicher Frist den Kaufpreis zurückzuzahlen. Nach fruchtlosem Fristablauf hat sie entsprechende Zug um Zug-Verurteilung beantragt.

Die Klage hatte insoweit Erfolg, als das Gericht die Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Couch-Garnitur und Zahlung einer Nutzungsentschädigung von 560,00 Euro verurteilte.

#### **Aus den Gründen:**

Der Kl. steht der Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises in Höhe von 1.760,00 Euro gem. §§ 346, 348, 437 Nrn. 1 u. 2, 439, 440, 323 BGB zu.

*A. Unstreitiger Nacherfüllungsanspruch der Kl. gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB*

Unstreitig hatten sich die Parteien auf eine Nacherfüllung i. S. d. § 439 BGB durch Lieferung einer mangelfreien Sache geeinigt, so dass die weiteren Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 1, 439 BGB nicht gesondert zu prüfen waren.

*B. Zum Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruches*

Maßgebliche Frage, auf deren Entscheidung es der Bekl. erklärtermaßen auch ankommt, ist daher, ob im Rahmen des § 439 II BGB, wonach der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat, der Erfüllungsort für die Nacherfüllung der ursprüngliche Erfüllungsort oder der momentane Belegenheitsort der Kaufsache ist. Ursprünglicher Erfüllungsort ist bei einem Möbel-Abholmarkt wie der Bekl. das Abhollager, wo dem Käufer die Ware übergeben wird. Momentaner Belegenheitsort der Kaufsache ist jedoch die Wohnung der Klägerin, wohin die Kaufsache von der Kl. verbracht worden ist.

Das Gericht beantwortet vorstehende Rechtsfrage eindeutig dahin, dass Erfüllungsort für die Nacherfüllung i. S. d. § 439 BGB der momentane Belegenheitsort der Kaufsache ist und den Verkäufer - hier die Bekl. - die Pflicht zur Ersatzlieferung bzw. zur Übergabe der Kaufsache zwecks Reparatur auf jeden Fall als Bringschuld trifft. Die Nacherfüllung ist also am jeweiligen Belegenheitsort der Kaufsache zu erbringen, und der Verkäufer muss die Kosten des Transports etc. tragen. Allein diese Auslegung des § 439 II BGB entspricht der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und nur diese Auslegung ist mit Art. 3 IV Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar (vgl. Bamberger/Roth, BGB, § 439 Rz. 13 m. w. N.; Huber, NJW 2002, 1006).

Daneben entspricht diese Auslegung Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach der Käufer einer mangelhaften Sache durch die notwendige Nacherfüllung nicht weiter belastet werden soll. Würde man ihm die Rückschaffung der mangelhaften Sache zum Abholmarkt aufbürden, so hätte er in der Regel zusätzliche, grundsätzlich nicht ersatzfähige eigene Mühewaltungen zu erbringen, er trüge das Risiko von Beschädigungen während des Rücktransports, er wäre gegebenenfalls Schuldner von Personen bzw. Unternehmen, deren er sich zum Rücktransport bedient, und er müsste schließlich der Bezahlung der Transportkosten etc. durch den Verkäufer hinterherlaufen. All dies kann dem Käufer, der mit einer mangelhaften Kaufsache belastet ist, grundsätzlich nicht zugemutet werden. Auf der anderen Seite würde dem Verkäufer in diesem Fall die Möglichkeit genommen, für ihn kostenmäßig günstigere Möglichkeiten der Nachlieferung (etwa durch eigene Fahrzeuge und Mitarbeiter) in Anspruch zu

nehmen. Er hätte grundsätzlich die Kosten für eine vom Käufer beauftragte Spedition zu übernehmen, während er selbst beim Einsatz eigener Fahrzeuge und Mitarbeiter geringere Kosten gehabt hätte. Grundsätzlich muss es dem Verkäufer - wie auch bei der Beseitigung des Mangels - aber überlassen bleiben, auf welche Art und Weise er die Nacherfüllung bewerkstelligt.

Die Bekl. war somit grundsätzlich auch als Möbel-Abholmarkt verpflichtet, die Nacherfüllung i. S. d. § 439 BGB am momentanen Belegenheitsort der Kaufsache auf eigene Kosten durchzuführen.

*C. Kein Entfallen des Nacherfüllungsanspruches aufgrund der örtlichen Gegebenheiten oder der ersten misslungenen Austauschaktion*

Die Bekl. war von dieser Pflicht auch nicht dadurch freigeworden, dass die Austauschaktion am 06.09.2002 daran gescheitert ist, dass die beauftragte Möbel-Spedition die erforderlichen Gerätschaften (z. B. Hubwagen) nicht mitführte. Zum einen ist kaum nachvollziehbar, wieso die Kl. die Speditionsmitarbeiter nicht auf die besonderen örtlichen Gegebenheiten hingewiesen haben sollte. Im Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 16.10.2003 wird auch eingeräumt, die Kl. habe gegenüber den Mitarbeitern der Spedition M mitgeteilt, dass es ihr nur gelungen ist, die Couch-Garnitur in ihre Wohnung zu verbringen, indem sie die Garnitur mit einem Hubwagen auf das Garagendach geschafft habe und vom Garagendach danach in die Wohnung. Daneben war der Kundendienst der Bekl. vor dem 06.09.2002 zweimal vor Ort. Der Kundendienst hätte erkennen können und müssen, dass ein Transport durch das Treppenhaus unmöglich ist. Diese Kenntnis muss sich die Bekl. gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

Schließlich ist nicht erkennbar, aus welchem anderen Grund der Nacherfüllungsanspruch der Kl. deswegen entfallen sein sollte. Die Bekl. ist durch die Schreiben der Klägerbevollmächtigten vom 11.09. und 14.10.2002 noch mal ausdrücklich zur Nacherfüllung unter Hinweis auf die örtliche Situation aufgefordert worden. Allenfalls können aus der vergeblichen Austauschaktion vom 06.09.2002 Aufwendungs- bzw. Schadensersatzansprüche der Bekl. erwachsen. Das Gericht hat bereits frühzeitig mit Verfügung vom 30.09.2003 auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen. Gleichwohl ist ein solcher Anspruch erst mit Schriftsatz vom 02.03.2004 beziffert worden. Der Vortrag ist jedoch unsubstanziert, da kein der Bekl. tatsächlich entstandener Schaden bzw. keine ihr entstandenen Aufwendungen geltend gemacht werden (etwa Kosten, welche die Bekl. an die Spedition M für den Auftrag vom 06.09.2002 zu zahlen hätte), sondern lediglich Pauschalkosten auf der Grundlage des Sachverständi-

gengutachtens ermittelt werden. Dies reicht aber für entsprechende Zahlungsansprüche der Bekl., welche sie zur Aufrechnung stellen könnte, nicht aus.

**D. Kein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 439 III BGB**

Der Bekl. stand auch kein Verweigerungsrecht aus § 439 III BGB zu. Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die vom Käufer begehrte Form der Nacherfüllung verweigern, wenn diese unverhältnismäßig ist. § 439 III BGB stellt somit den einzigen Schutz des Verkäufers im Rahmen seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung am derzeitigen Belegenheitsort der Kaufsache dar (vgl. Bamberger/Roth, BGB, § 439 Rz. 13; Huber, NJW 2002, 1006).

Die zwischen den Parteien vereinbarte Nacherfüllung ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme entgegen dem Vortrag der Bekl. nicht mit nur unverhältnismäßigen Kosten möglich und erfordert keinen Aufwand i. S. d. § 275 II BGB, auf welchen § 439 III BGB unter anderem Bezug nimmt, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers (Kl.) steht. Der Sachverständige A kommt in seinem überzeugenden Gutachten, welchem sich das Gericht auf Grund eigener Meinungsbildung ohne Einschränkungen anschließt und gegen das die Parteien Einwendungen nicht vorgebracht haben, zu dem Ergebnis, dass der Transport der Möbelgarnitur aus der Wohnung der Kl. über den Balkon keine ungewöhnliche Aufgabe für eine Spedition darstellt und dabei Kosten zwischen 543,46 und 637,42 Euro maximal entstehen können. Als Faustregel wird diesbezüglich in der Literatur vorgeschlagen, dass Nacherfüllungskosten bis zu 100% des Werts der mangelfreien Sache dem Verkäufer zumutbar sind (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 63. Aufl., § 439 Rz. 16; Huber, NJW 2002, 1006 [1008]). Dass diese Grenze bei einem Kaufpreis von 1.760,00 Euro und

Transportkosten von ca. 600,00 Euro überschritten ist, kann nicht erkannt werden. Auch aus anderen Gründen liegt eine Unzumutbarkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit nicht vor, so dass die Bekl. zur Nacherfüllung verpflichtet war. Die Kl. ist nunmehr, nachdem die von ihr mit Schreiben vom 11.09. und 14.10.2002 der Bekl. für die Nacherfüllung gesetzten Fristen abgelaufen waren, zum Rücktritt vom Kaufvertrag gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346, 348 BGB berechtigt. Dabei hat die Bekl. den Kaufpreis Zug um Zug gegen Rücknahme der Kaufsache zu erstatten. Die Bekl. ist zur Rückholung der Kaufsache aus der Wohnung der Kl. heraus auf eigene Kosten verpflichtet.

**E. Gegenanspruch der Bekl. auf Zahlung von Nutzungsersatz gem. § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB**

Die Kl. ist jedoch zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen in Form von Wertersatz gem. § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB verpflichtet. Der entsprechende Anspruch der Bekl. steht im Rückabwicklungsverhältnis des § 346 BGB dem Kaufpreistrückzahlungsanspruch der Kl. selbstständig gegenüber. Auch wenn sich auf beiden Seiten Geldleistungen gegenüberstehen, richtet sich allerdings der Anspruch nicht von vornherein nur auf die Differenz. Die Forderungen können vielmehr gegeneinander aufgerechnet werden (vgl. Gaier, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 348 Rz. 4). Eine entsprechende Aufrechnungserklärung hat die Bekl. noch nicht abgegeben, so dass eine Verrechnung durch das Gericht nicht möglich ist.

Der Höhe nach schätzt das Gericht den Wertersatz unter Zugrundelegung der Fotos in dem Sachverständigen Gutachten, wonach die Polstergarnitur noch keine übermäßigen Abnutzungserscheinungen zeigt, gem. § 287 ZPO für den Zeitraum von zwei Jahren auf 560,00 Euro. Dabei geht das Gericht von einer Gesamtlebensdauer dieser im unteren Preis- und Qualitätssegment liegenden Polstergarnitur von sieben bis acht Jahren aus.

**Standort: InsolvenzR / BereicherungsR**

**Problem: Insolvenzanfechtung**

BGH, URTEIL VOM 12.02.2004  
IX ZR 70 / 03 (NJW 2004, 2163)

**Problemdarstellung:**

Der Bekl., ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, ist tarifvertraglich ermächtigt, im Baugewerbe ihm selbst und auch anderen Sozialkassen zustehende Arbeitgeberbeiträge im eigenen Namen einzuziehen. Die anderen Sozialkassen zustehenden Beiträge werden sodann durch den Bekl. abgeführt. Im vorliegenden Fall hatte der Bekl. im Wege der Einzelzwangsvollstreckung von einer bereits zahlungsunfähigen Schuldnerin noch 5.000,00 DM Beiträge für verschie-

dene Kassen beigetrieben. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin erklärte der Insolvenzverwalter gegenüber dem Bekl. sodann die Insolvenzanfechtung nach § 131 I Nr. 2 InsO und nahm den Bekl. gem. § 143 InsO auf Rückzahlung des beigetriebenen Betrages in Anspruch.

Hierbei war problematisch, inwieweit der Bekl. auch hinsichtlich der Beiträge, die er lediglich für andere Sozialkassen beigetrieben hatte, richtiger Anfechtungsgegner und damit auch Rückgewährschuldner i. S. d. § 143 InsO ist. Der BGH bejahte im Ergebnis die Haftung des Bekl. in voller Höhe des seinerzeit einge-

zogenen Betrages.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Recht der Insolvenzanfechtung dürfte im Rahmen des Pflichtstoffes allenfalls für das 2. Staatsexamen relevant sein und auch dort häufig nur am Rande. Die Kenntnis der Anfechtungsregeln außerhalb des Insolvenzverfahrens nach dem AnfG genießt insoweit Vorrang. Die vorliegende Entscheidung ist daher in erster Linie lesenswert, da der BGH seine Auffassung auf Grundsätze stützt, die auch für die bereicherungsrechtliche Abwicklung von Vermögensverschiebungen im Mehrpersonenverhältnis herangezogen werden. Insofern ist das Urteil für die weitere Vertiefung der diesbezüglichen Kenntnisse sehr hilfreich.

**Vertiefungshinweis:**

Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung einer Leistung infolge einer Scheinanweisung: *BGH, RA 2003, 169 = NJW 2003, 582*

**Kursprogramm:**

- Examenskurs:* "Der Heimatfilm"  
 *Assessorkurs:* "Die angefochtene Aufrechnung"

**Leitsatz:**

**Eine tarifvertraglich zur Einziehung von Sozialkassenbeiträgen der Arbeitgeber ermächtigte Stelle kann auch insoweit als Anfechtungsgegnerin zur Rückgewähr verpflichtet sein, als sie fremdnützig eingezogene Beiträge an die hierzu berechtigten Sozialkassen ausgekehrt hat.**

**Sachverhalt:**

Die damals bereits zahlungsunfähige Schuldnerin übergab am 14.09.1999 auf der Grundlage eines entsprechenden Zahlungstitels dem Gerichtsvollzieher 5.000,00 DM in bar zur Abführung an die bekl. Zusatzversorgungskasse, einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Der Bekl. zog außer den eigenen Beiträgen auf Grund tarifvertraglicher Ermächtigung auch die Beiträge anderer Sozialkassen der Bauwirtschaft von den Arbeitgebern ein und führte hierüber Beitragskonten (§§ 3 und 24 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe, Stand: 10.12.1997 - im Folgenden: VTV). Der Gerichtsvollzieher kehrte den Zahlungsbetrag nach Abzug von 15,50 DM Vollstreckungskosten an den Bekl. aus, der hiervon 413,29 DM = 211,31 Euro als eigenen Beitrag einbehielt. Den überschüssigen Betrag leitete er an die insoweit berechtigten Sozialkassen weiter.

Am 08.12.1999 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin beantragt. Nach Eröffnung des Verfahrens verlangte der klagende Insolvenzverwalter den Zahlungsbetrag von dem Bekl. im

Wege der Anfechtung zurück.

Das AG hat den Bekl. zur Rückzahlung des vereinbarten Beitrags von 211,31 Euro nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Mit seiner - zugelassenen - Revision verfolgt der Kl. den aberkannten Rückgewähranspruch weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das LG ist der Ansicht des AG gefolgt, dass der Bekl. zur Masse nur dasjenige zurückgewähren müsse, was er selbst erlangt habe. Soweit der Bekl. den vollstreckten Betrag als tarifvertraglich ermächtigte Einzugsstelle für Rechnung anderer Kassen geltend gemacht, erhalten und - wie hier - an die Berechtigten weitergeleitet habe, sei er nicht der richtige Anfechtungsgegner.

*B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Gegen diese Annahme des BerGer. wendet sich die Revision mit Recht. Die Klage ist vollen Umfangs begründet.

*I. Nicht wiedergegebene Berufungsanträge unschädlich*

Die Revision beanstandet allerdings ohne Erfolg, dass das Berufungsurteil die Berufungsanträge (§ 520 III Nr. 1 ZPO) nicht wiedergebe. Denn die Entscheidungsgründe des LG lassen hinreichend erkennen, dass der Kl. den geltend gemachten Anspruch in seinem aberkannten Teil ohne Einschränkung weiterverfolgt und insoweit die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt hat. Die Entscheidungsgründe enthalten die im Zusammenhang hier noch genügende Angabe, dass die Berufung sich gegen die Teilabweisung der Klage durch das AG wende (vgl. zu den Anforderungen an das Berufungsurteil insoweit BGH, NJW 2003, 1743; NJW 2004, 293).

*II. Haftung des Bekl. für den vollen eingezogenen Betrag*

Der Bekl. schuldet dem Kl. Rückgewähr auch der Sozialkassenbeiträge, die er als tarifvertragliche Einzugsstelle fremdnützig gegen die Schuldnerin vollstreckt und an die berechtigten Kassen ausgekehrt hat. Dabei ist der Anfechtungsgrund (§ 131 I Nr. 2 InsO) zwischen den Parteien nicht mehr im Streit und wird auch von der Revisionserwiderung rechtlich nicht in Zweifel gezogen.

*1. Vergleich der Sozialkassen im Baugewerbe mit den Krankenkassen als Einzugsstelle für Sozialversicherungsbeiträge*

Das OLG Hamburg ist in einer vom BerGer. als nicht

einschlägig betrachteten Entscheidung (OLG Hamburg, ZIP 2001, 708 [710]) zu dem Ergebnis gekommen, dass der Insolvenzverwalter die Zahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen (§ 28 d SGB IV) gegenüber der Krankenkasse (§ 4 II SGB V) als Einzugsstelle (§§ 28 h, 28 i SGB IV) auch insoweit anfechten kann, als diese Beträge im Innenverhältnis anderen Versicherungsträgern zustehen. Dem zu Grunde liegt, dass nach der Rechtsprechung des BSG (insb. BSGE 15, 118 [122 f.] = NJW 1987, 608) die Einzugsstelle gem. § 28 h SGB IV (ebenso schon nach § 1399 I RVO; vgl. auch § 121 I AVG und § 176 I AFG) Verwaltungstreuhanderin der von ihr einzuziehenden Fremdbeiträge ist; ihr sind für den Beitragseinzug Rechte übertragen worden, so dass sie gegenüber den Arbeitgebern als Inhaberin der Gesamtforderung auftritt, selbst wenn im Innenverhältnis zu den anderen Versicherungsträgern deren Beiträge ein fremdes Recht bleiben. Im sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum wird die Verwaltungshoheit der Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag so verstanden, dass sie auch Gläubiger der Beitragsansprüche sind (z. B. Hauck/Haines/Sehnert, SGB, Losebl., Stand: April 1999, § 28 h SGB IV Rz. 4; Wanagat/Felix, SGB, Losebl., Stand: April 2003, § 28 h SGB IV Rz. 10 a. E.; vgl. ebenso KG, ZIP 2003, 589 [590]). Unabhängig davon spricht wegen der Verwaltungshoheit der sozialversicherungsrechtlichen Einzugsstellen vieles dafür, dass sie im Hinblick auf den verwalteten Gesamtsozialversicherungsbeitrag jedenfalls Insolvenzgläubiger im Sinne der Deckungsanfechtung sein können. Sie können anfechtungsrechtlich mithin im Grundsatz auch zur Rückgewähr des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verpflichtete Empfänger i. S. d. §§ 143, 144 InsO sein (vgl. dazu Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rz. 5). Demgegenüber haben das KG (ZIP 2003, 589 [589f.]) = NZI 2002, 660) und das OLG Frankfurt a. M. (Urt. v. 01.02.2002 - 2 U 20/01, S. 7) Sozialkassen im Baugewerbe, die tarifvertragliche Arbeitgeberbeiträge in einem Gesamtbetrag einziehen, anfechtungsrechtlich nicht als Empfänger solcher Beiträge angesehen, die anderen Sozialkassen zufließen (zust. Kreft, in: HK-InsO, 3. Aufl., § 129 Rz. 89). Die Sozialkassen machen insoweit nur fremde Ansprüche im eigenen Namen kraft tarifvertraglicher Ermächtigung geltend (BAG, AP Nrn. 1 und 11 zu § 4 TVG Gemeinsame Einrichtungen).

## *2. Volle Rückgewährpflicht des Bekl. aufgrund seiner vergleichbaren Position im Außenverhältnis zu den Arbeitgebern*

Zur Rückgewähr verpflichtet ist nach § 143 InsO der Empfänger, der die Leistung des Schuldners erlangt hat (vgl. auch § 144 InsO). Entgegen der Ansicht des BerGer. ist der Bekl. danach auch insoweit Rückgewährschuldner gewesen, als er die tarifvertraglichen

Arbeitgebersozialleistungen der Schuldnerin für fremde Rechnung einzuziehen hatte. Die bereicherungsrechtlich differenziert gelöste Frage, wer nach Abtretung nicht bestehender Ansprüche zur Herausgabe der rechtsgrundlos erlangten Leistung verpflichtet ist, hat der BGH in dem rechtlich ähnlichen Zusammenhang der Insolvenzanfechtung eingezogener Gesamtsozialversicherungsbeiträge ohne nähere Erörterung auch bisher schon zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen als Einzugsstellen beantwortet (vgl. dazu BGHZ 149, 100 = NJW 2002, 512; BGHZ 149, 178 = NJW 2002, 515; BGH, NJW-RR 2003, 1632 = WM 2003, 1776). Auf das Innenverhältnis der Einzugsstellen als Verwaltungstreuhand der anderen Sozialversicherungsträger und auf die teilweise Fremdnützigkeit des Beitragseinzugs kommt es insoweit nicht an. Die Treugeber sind in diesen Fällen nicht Anfechtungsgegner. In der insolvenzrechtlichen Wertung kann die Rechtsstellung des Bekl. als tarifvertragliche Einzugsstelle eines Gesamtsozialkassenbeitrags aber nicht anders beurteilt werden, obwohl hier ein treuhänderischer Rechtsübergang von den in das tarifvertragliche Leistungssystem eingebundenen Sozialkassen auf die Einzugsstelle nicht stattfindet. Der Bekl. ist als Einzugsstelle im Rahmen der Deckungsanfechtung gleichwohl wie ein Insolvenzgläubiger zu behandeln. Das Innenverhältnis zwischen der Einzugsstelle und den hinter ihr stehenden anderen Sozialkassen spielt auch für diese Fallgruppe anfechtungsrechtlich keine entscheidende Rolle. Im Außenverhältnis zu den Beitragsschuldnern besteht zwischen gesetzlicher und tarifvertraglicher Einzugsstelle anfechtungsrechtlich kein wesentlicher Unterschied. Der Bekl. ist zur Einziehung der Arbeitgebersozialleistungen tarifvertraglich ermächtigt, soweit Beiträge an andere Sozialkassen abzuführen sind. Die Arbeitgeber können gem. § 24 I VTV, § 362 II BGB auf die Beitragsforderungen aller systemangehörigen Sozialkassen befreiend nur an den Bekl. leisten; der Bekl. hat die ausschließliche Empfangszuständigkeit der tarifvertraglich geregelten Arbeitgebersozialleistungen. Der Bekl. ist für die Durchsetzung aller Beitragsforderungen des tarifvertraglichen Systems Prozessstandschafter, Titelgläubiger und Klauselberechtigter i. S. d. § 725 ZPO (vgl. insoweit BGH, NJW 1983, 1678, zur gewillkürten Prozessstandschaft im Allgemeinen). In Ausnutzung dieser Befugnisse ist der Bekl. auch wie ein Vollrechtsinhaber gegen die spätere Gemeinschuldnerin vorgegangen und hat ihre Leistungen noch während der Krise mit Vollstreckungszwang beigetrieben. Diese anfechtungsrechtliche Interessenabwägung steht im Einklang mit den bereicherungsrechtlichen Lösungen, die auch anderweitig in der Anfechtungsrechtsprechung des BGH als Wertungsparallelen herangezogen worden sind (vgl. BGHZ 142, 284 [287] = NJW 1999, 3636, für die Anweisungslage; BGH, NZI 2004, 374, z. V. b. für die Drittzahlung gem. § 267 BGB). Zum Bereicherungs-

recht hat der BGH entschieden, dass der Drittschuldner seine Leistung an den Vollstreckungsgläubiger von diesem zurückfordern kann, wenn die zur Einziehung überwiesene Forderung nicht besteht (BGHZ 151, 127 [130f.] = NJW 2002, 2871). Auch dort ergibt sich die Rückgewährpflicht - wie im Streitfall - aus der Einziehungsermächtigung und alleinigen Empfangszuständigkeit des Vollstreckungsgläubigers (§ 836 I ZPO). Dagegen sind die Leistungsbeziehungen im Streitfall mit einer Anweisungslage nicht vergleichbar, bei der die Schuldnerin dem Bekl. auf die fremden Beitragsansprüche nichts geleistet hätte. Denn es gibt kein Valutaverhältnis zwischen den anderen Sozialkassen, wenn man sie als Anweisende der angewiesenen Schuldnerin denkt, und dem Bekl., ihrer Einzugsstelle. Vielmehr musste der Bekl. die fremdnützig eingezogenen Arbeitgeberbeiträge nach § 667 BGB an die insoweit berechtigten anderen Sozialkassen herausgeben. In der Gesamtschau spricht deshalb aller dafür, den tarifvertraglich einzugs ermächtigten bekl. Auch insoweit selbst als Empfänger und damit als Anfechtungsgegner zu betrachten, als er keine eigenen Beitragsansprüche vollstreckt hat.

### *3. Kein Einwand der Entreicherung zugunsten des Bekl.*

Der Bekl. kann gegen den Anfechtungsanspruch des Kl. nicht einwenden, nach Weiterleitung der fremdnützig eingezogenen Beiträge an die empfangsberechtigten Sozialkassen entreichert zu sein. Das Gesetz schließt diesen Einwand durch § 143 I 2 InsO mit der Verweisung auf §§ 819 I, 818 IV, 292, 989 BGB für den Regelfall aus. Ausnahmsweise kann sich zwar der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nach § 143 II InsO auf den Entreicherungseinwand berufen. Diese gesetzliche Ausnahme greift aber vorliegend nicht ein; denn den eingezogenen Arbeitgeberbeiträgen standen im Leistungsaustausch tarifvertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer gegen die jeweiligen Sozialkassen gegenüber. Auch dem uneigennützigen Treuhänder des Schuldners hat der Senat bei der Bemessung des anfechtungsrechtlichen Wertersatzes die Berufung auf eine Entreicherung gestattet, weil die formelle Rechtsstellung, die er erlangt hat, von vornherein schuldrechtlich gebunden war (vgl. BGHZ 124, 298 [303] = NJW 1994, 726). In diesem Fall war aus

dem Schuldnervermögen jedoch nur die formale, auf den Treuhänder übergegangene Rechtsposition ausgeschieden und anschließend zu Gunsten des Schuldners selbst wieder aufgegeben worden. Um eine vergleichbare Gestaltung geht es im Streitfall nicht. Aus dem Vermögen der Schuldnerin war der an den Gerichtsvollzieher übergebene Geldbetrag rechtlich und wirtschaftlich endgültig ausgeschieden.

### *III. Haftung des Bekl. sogar für die vom Gerichtsvollzieher einbehaltenen Vollstreckungskosten*

Der Kl. kann endlich die Rückgewähr der Vollstreckungskosten beanspruchen, die der Gerichtsvollzieher von der Leistung der Schuldnerin einbehalten hat. Die Vorinstanzen haben die Klage in diesem Punkt ohne Gründe abgewiesen (§ 547 Nr. 6 ZPO). Ob der absolute Verfahrensfehler hinreichend gerügt worden ist, mag offen bleiben. Denn das RevGer. darf auch bei zutreffender Rüge, dass das Berufungsurteil nicht mit Gründen versehen sei, wenn möglich nach § 563 III ZPO in der Sache selbst entscheiden (vgl. BGH, VersR 1979, 348 [349]). So liegt es hier. Der Bekl. hat nach begründeter Anfechtung auch die als Vollstreckungskosten einbehaltenen 15,50 DM dem Kl. zu ersetzen. Die Vollstreckungskosten sind gleichfalls dem haftenden Vermögen der Schuldnerin entzogen worden. Der Bekl. schuldet diese Kosten dem Gerichtsvollzieher als Auftraggeber nach § 13 I Nr. 1 GvKostG und konnte dafür von der (Vollstreckungs-)Schuldnerin nach § 788 ZPO Erstattung verlangen. Der eingezogene Betrag ist nach § 367 BGB mit Vorrang gegenüber den Beitragsansprüchen auf diesen Kostenerstattungsanspruch angerechnet worden, für den der Bekl. selbst Insolvenzgläubiger war. Der Bekl. hat insoweit auf Kosten der Schuldnerin in anfechtbarer Weise die Befreiung von den ihn treffenden Gerichtsvollzieherkosten erlangt. Dafür hat er der Masse Wertersatz zu leisten. In dieser Hinsicht liegt der Streitfall anders als in der Sache des LG Hamburg (ZIP 2001, 711 [715]; zust. dazu Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rz. 5); denn dort war die bekl. Krankenkasse als Einzugsstelle gem. § 28 h SGB IV nicht zugleich auch Vollstreckungsbehörde, sondern diese Zuständigkeit lag gem. § 66 I SGB IV, §§ 19, 4 lit. b BVwVG bei dem Hauptzollamt.

## Strafrecht

**Standort: §§ 263, 263 a StGB**

**Problem: Verwendung fremder Telefonkarten**

BGH, BESCHLUSS VOM 31.03.2004  
1 STR 482/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich fremde Telefonkarten besorgt und diese benutzt, um bei einer von ihm betriebenen 0190-Nummer anzurufen und so die entsprechenden Verbindungsentgelte zu bekommen. Die bzgl. der Telefonkarten anfallenden Rechnungen des Mobilnetzbetreibers wollte er nicht bezahlen. Das Landgericht hatte in der Verwendung der Telefonkarten einen Betrug (§ 263 StGB) gesehen und den Angeklagten entsprechend verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Tatbestände der §§ 263, 263 a StGB, die im Kern der materiell-rechtlichen Ausführungen des vorliegenden Urteils stehen, gehören in beiden Examen zu den am häufigsten geprüften, so dass hier die Kenntnis auch von Detailproblemen erforderlich ist. Das vom BGH angesprochene Problem des Verfalls von Wertersatz (§ 73 a StGB) hingegen hat nur im zweiten Examen Relevanz.

Der Betrug (§ 263 StGB) ist ein Selbstschädigungsdelikt und setzt deshalb als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine Vermögensverfügung voraus, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 22). Wird wie im vorliegenden Fall - durch die Handlung des Täters jedoch kein menschliches Verhalten bewirkt, sondern nur ein Datenverarbeitungsvorgang in Gang gesetzt, so scheidet ein Betrug jedenfalls an der fehlenden Verfügung.

Um eben diese Lücke i.R.d. § 263 StGB zu schließen hat der Gesetzgeber den Tatbestand des Computerbetrugs geschaffen. Folgerichtig diskutiert auch der BGH im vorliegenden Fall die Möglichkeit einer Strafbarkeit gem. § 263 I 3. Fall StGB wegen unbefugter Verwendung von Daten. Wann jedoch eine Datenverwendung "unbefugt" im Sinne dieser Vorschrift ist, ist umstritten. Während die Vertreter der sog. subjektivierenden Auslegung jede Datenverwendung für unbefugt halten, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Rechtsgutinhalters zuwiderläuft (Mitsch, JZ 1994, 883), ist eine solche nach der sog. computerspezifischen

Auslegung nur dann gegeben, wenn der entgegenstehende Wille des Opfers sich auch im Programm niedergeschlagen hat und durch die Datenverwendung des Täters umgangen wird (LG Ravensburg, StV 1991, 214; Arloth, Jura 1996, 357). Die herrschende sog. betrugsspezifische Auslegung nimmt eine ungefugte Datenverwendung dann an, wenn ein entsprechendes Verhalten gegenüber einer natürlichen Person als Täuschungshandlung anzusehen wäre (BGH, NJW 2002, 905; Maier, JuS 1992, 132; Tröndle/Fischer, § 263 a Rn. 11 mwN). Dieser Auffassung folgt der BGH auch im vorliegenden Urteil und lehnt § 263 a I 3. Fall StGB mit der Begründung ab, dass zwar die Verwendung einer gefälschten, manipulierten oder mittels verbotener Eigenmacht erlangten Karten durch einen Nichtberechtigten tatbestandsmäßig sei, nicht jedoch die abredewidrige Nutzung der vom Berechtigten überlassenen Karte. Da sich nicht mehr genau klären ließ, wie der Angeklagte in den Besitz der Telefonkarten gelangt war, schied somit ein Computerbetrug nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" aus.

Schließlich enthält das Urteil noch Ausführungen zum Verfall (§ 73 StGB) bzw. Verfall des Wertersatzes (§ 73 a StGB). Diese werden grundsätzlich bezüglich der Vermögensvorteile angeordnet, die der Täter für die Tat oder aus ihr erlangt hat, z.B. das Entgelt, das ein bezahlter Mörder für die Ausführung der Tat erhalten hat. Um aber eine doppelte Inanspruchnahme des Täters zu verhindern wird der Verfall dann nicht angeordnet, wenn das Opfer seinerseits Schadensersatzansprüche gegen den Täter gelten machen kann (§ 73 I 2 StGB). Im vorliegenden Fall stellt der BGH klar, dass diese Ausnahme dann nicht gilt, wenn das Opfer zwar theoretisch vielleicht Ansprüche geltend machen könnte aber zu erkennen gegeben hat, dass es auf eventuelle Ansprüche verzichtet.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Vermögensverfügung beim Betrug: BGHSt 14, 170; Arzt, JA 1978, 557; Hansen, Jura 1990, 515; Hellmann, JA 1988, 73; Hillenkamp, JuS 1997, 217; Puppe, JR 1984, 229; Scheffler, JR 1996, 342; Zopfs, NSTZ 1996, 190;

☐ Zur unbefugten Datenverwendung i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB: BGHSt 38, 121; 47, 160; Altenhain, JZ 1997, 757; Hilgendorf, JuS 1997, 130; Neumann, StV 1996, 357; Ranft, NJW 1994, 2577; Schlüchter, NSTZ 1988, 59;

Zu den Voraussetzungen des Verfalls (von Wertersatz): *Eberbach*, NSTz 1987, 486; *Göhler*, wistra 1992, 133; *Krey/Dierlamm*, JR 1992, 353; *Schmid/Winter*, NSTz 2002, 8;

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Das bloße Benutzen fremder Telefonkarten löst indessen regelmäßig nur einen technischen Vorgang aus, indem die gebührenpflichtige Verbindung hergestellt wird. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung, die Voraussetzung ist für einen Betrug (§ 263 StGB) liegt darin nicht.**

**2. Der Tatbestand des Computerbetruges (§ 263 a StGB) in der Alternative des "unbefugten Verwendens von Daten" erfasst die Verwendung gefälschter, manipulierter oder mittels verbotener Eigenmacht erlangter Karten durch einen Nichtberechtigten. Nicht tatbestandsmäßig ist hingegen die missbräuchliche Verwendung durch den berechtigten Karteninhaber; denn die Strafvorschrift ist "betrugsspezifisch" auszulegen, so dass nur täuschungsäquivalente Handlungen unbefugt im Sinne des Tatbestandes sind.**

**3. Das Tatbestandsmerkmal des "Erschleichens" i.R.v. § 265 a StGB erfordert bei der Inanspruchnahme von Leistungen des Telekommunikationsnetzes eine Umgehung von Sicherungseinrichtungen im Sinne einer Einflussnahme auf den technischen Ablauf. Die unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung zu Lasten eines Dritten reicht dazu nicht.**

**4. Grundsätzlich kann schon allein die Existenz tatbedingter Schadensersatzansprüche dem Verfall entgegenstehen kann (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB). Anders kann es dann liegen, wenn der Geschädigte keinen Anspruch geltend macht und darauf verzichtet, dem Angeklagten also keine doppelte Inanspruchnahme droht und dem Geschädigten auch keine Ersatzmöglichkeit entzogen wird .**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte erwarb über einen Mittelsmann von einem nicht mehr ermittelbaren Dritten zwei auf einen gewissen K ausgestellte Telefonkarten der Firma E-Plus zum Preis von insgesamt 500 DM. Er nutzte diese, um die von ihm selbst betriebene Servicenummer mit der Vorwahl 0190 bei der Deutschen Telekom anzurufen. Es kam ihm darauf an, den Gebührenanteil zu erhalten, der ihm aufgrund seines Vertrages mit der Deutschen Telekom zustand; er war an den Verbindungsentgelten beteiligt. Die damit von ihm als Nutzer mittels der Telefonkarten in Anspruch genommenen Telefondienstleistungen der Firma E-Plus im Wert von

11.438 DM wollte er hingegen nicht bezahlen. Seine Vertragspartnerin beim Betrieb der 0190-Service-Nummer, die Deutsche Telekom, zahlte mehr als die Hälfte dieses Betrages an ihn aus.

**Aus den Gründen:**

*1. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Besitzes einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe, wegen Hehlerei, Betruges, Verabredung zur Geldfälschung und wegen schweren Menschenhandels in Tateinheit mit Verschaffens falscher amtlicher Ausweise zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt; darüber hinaus hat es den Verfall von Wertersatz in Höhe von 36.000 € sowie von 13.500 DM angeordnet.

Die Revision des Angeklagten rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Sie hat teilweise Erfolg, ist im übrigen indessen unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

*a. Zur Verurteilung wegen Betrugs (§ 263 StGB)*

Die Strafkammer hat dieses Vorgehen des Angeklagten ohne weitere Rechtsausführungen als Betrug bewertet (§ 263 Abs. 1 StGB).

Die Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen Betruges nicht. Sie lassen nicht erkennen, dass der Angeklagte jemanden getäuscht hätte, dieser einem Irrtum unterlegen wäre und aufgrund dessen eine Vermögensverfügung getroffen hätte.

Bei diesen Voraussetzungen des Betrugstatbestandes handelt es sich um personenbezogene Umstände. Das bloße Benutzen fremder Telefonkarten löst indessen regelmäßig nur einen technischen Vorgang aus, indem die gebührenpflichtige Verbindung hergestellt wird. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegt darin nicht. Diese Besonderheit hat zur Schaffung der Strafvorschrift über den Computerbetrug (§ 263a StGB) geführt. Ein betrügerisches Verhalten kann danach allenfalls in Betracht kommen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Mobiltelefonvertrages, wobei über die eigene Einschätzung der Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft getäuscht wird, aber auch dadurch, dass dem berechtigten Karteninhaber die Telefonkarte durch Täuschung "abgeschwindelt" wird (vgl. BGHR StGB § 263a Anwendungsbereich 1). Solches kann den Feststellungen hier nicht entnommen werden und liegt auch nicht nahe.

*b. Zum Vorliegen eines Computerbetrugs (§ 263 a StGB)*

Der Senat vermag den Schuldspruch nicht dahin zu ändern, dass der Angeklagte des Computerbetruges in der Alternative des "unbefugten Verwendens von Daten" schuldig sei (§ 263 a StGB). Dieser Tatbestand erfasst die Verwendung gefälschter, manipulierter oder

mittels verbotener Eigenmacht erlangter Karten durch einen Nichtberechtigten (BGHSt 47, 160). Nicht tatbestandsmäßig ist hingegen die missbräuchliche Verwendung durch den berechtigten Karteninhaber; denn die Strafvorschrift ist "betrugsspezifisch" auszulegen, so dass nur täuschungsäquivalente Handlungen unbefugt im Sinne des Tatbestandes sind (vgl. BGHSt 47, 160).

Ein Computerbetrug liegt schließlich auch dann nicht vor, wenn der berechtigte Inhaber die Karte einem anderen überlässt und dieser die Karte abredewidrig nutzt (BGHR StGB § 263a Anwendungsbereich 1; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Konkurrenzen 6). Im vorliegenden Fall ist nicht festgestellt, auf welche Weise der Inhaber der Telefonkarten, K, den Besitz an diesen verloren hat. Eine freiwillige Überlassung an den Mittelsmann scheint nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie ist indes nicht ausdrücklich festgestellt. Nach den Umständen kommt allerdings auch in Betracht, dass schon der Mittelsmann die Karten rechtswidrig erlangt hatte. Dies bedürfte im Blick auf eine etwaige Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt des Computerbetruges näherer Feststellungen. Darüber hinaus wären die hier in Betracht zu ziehenden Vertragsbeziehungen zwischen dem Karteninhaber und der Firma E-Plus, zwischen E-Plus und der Deutschen Telekom sowie zwischen dieser und dem Angeklagten (Betrieb der 0190-Nummer) näher aufzuklären, um die Frage der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils des Angeklagten verlässlich beurteilen zu können. Demjenigen, der sich eine 0190-Nummer bei der Telekom einrichten lässt, kann es - soweit nichts anderes vereinbart ist - erlaubt sein, die eigene Nummer anzuwählen, mag dies bei plangemäßer Abwicklung auch wirtschaftlich sinnlos erscheinen. Die Fragen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils und des Vermögensschadens hängen maßgeblich von der Risikoverteilung im Innenverhältnis der an dem Vorgang Beteiligten ab.

#### *c. Zum Vorliegen weiterer Delikte*

Der neue Tatrichter wird zu bedenken haben, dass im Falle fehlender Befugnis des Angeklagten zur Nutzung der Karte auch Hehlerei vorliegen kann (§ 259 StGB). Eine Leistungserschleichung wird indessen kaum in Betracht kommen (§ 265a StGB). Das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens erfordert bei der Inanspruchnahme von Leistungen des Telekommunikationsnetzes eine Umgehung von Sicherungseinrichtungen im Sinne einer Einflussnahme auf den technischen Ablauf. Die unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung zu Lasten eines Dritten reicht dazu nicht (vgl. dazu Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 265a Rdn. 10; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 265a Rdn. 6).

#### *d. Aufhebung des Strafausspruchs*

Mit dem Schuldspruch wegen Betruges entfällt auch

die entsprechende Einzelstrafe. Dies hat die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe zur Folge. Der neue Tatrichter wird prüfen müssen, ob er ergänzende Feststellungen treffen kann. Möglicherweise wird er eine Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO in Betracht ziehen.

#### *2. Zum Fehlen weiterer Mängel*

Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat sonst einen den Angeklagten beschwerenden sachlich-rechtlichen Mangel nicht ergeben.

#### *a. Zur Verurteilung wegen schweren Menschenhandels (§ 181 StGB)*

Die Verurteilung wegen schweren Menschenhandels im Falle II. 2. der Urteilsgründe ist rechtsfehlerfrei. Schon bei der Anwerbung der Frauen im Ausland wurde die wahre Absicht, sie der Prostitution zuzuführen, geschickt verborgen. Die Frauen wurden in Schulden verstrickt. Sie beherrschten die deutsche Sprache nicht und hatten nach ihrer Einreise zunächst kein Geld für eine etwaige Heimreise. Der Angeklagte bewahrte später ihre Pässe auf. Nach den - vom Landgericht ersichtlich als glaubhaft erachteten - Angaben der Zeugin G mussten die Frauen bei einem nicht gebilligten Verlassen der Umgebung des Clubs 500 DM "Strafe" zahlen.

Unter diesen Umständen ist weder die Annahme listiger Anwerbung und der Bestimmung zur Prostitution noch die von Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt der Prostituierten in einem fremden Land verbunden ist, von Rechts wegen zu beanstanden (vgl. zum "Bestimmen" auch BGH, Beschl. vom 1. August 2003 - 2 StR 186/03 - BA S. 8)

#### *b. Zur Anordnung des Verfalls von Wertersatz (§ 73 a StGB)*

Die Anordnung des Wertersatzverfalls begegnet auch hinsichtlich der "Erlöse aus Prostitution" in Höhe von 36.000 € keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Das Landgericht hat ersichtlich den Wertersatz wegen der Einnahmen "des letzten Kalenderjahres aus der Prostitution der in Russland bzw. einem baltischen Staat als Tänzerin angeworbenen Frauen" bei dem Angeklagten für verfallen erklärt, "auch wenn insoweit das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt worden war". Soweit in den Urteilsgründen als Rechtsgrundlage § 73 StGB angeführt wird, handelt es sich erkennbar um ein Fassungsversehen. In der Urteilsformel ist der "Ersatzverfall" angeordnet und in der Liste der angewendeten Vorschriften § 73a StGB angeführt.

Soweit die Erlöse aus der Prostitution der Zeugin G in Rede stehen, war die Strafkammer an der Verfallanordnung nicht deshalb gehindert, weil die Zeugin Verletzte der zu ihrem Nachteil begangenen Tat ist und

grundsätzlich schon allein die Existenz tatbedingter Schadensersatzansprüche dem Verfall entgegenstehen kann (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; vgl. BGHR StGB § 73 Tatbeute 1; BGH NSTZ 1996, 332; 2003, 533; BGH, Beschl. v. 2. Juli 2003 - 5 StR 182/03; Beschl. vom 18. Februar 2004 - 5 StR 21/04). Anders kann es dann liegen, wenn die Geschädigte keinen Anspruch geltend macht und darauf verzichtet, dem Angeklagten also keine doppelte Inanspruchnahme droht und der Geschädigten auch keine Ersatzmöglichkeit entzogen wird (BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03 - BA S. 6). Ähnlich verhält es sich hier, wie dem Zusammenhang der Urteilsgründe noch hinreichend zu entnehmen ist.

So hat die Zeugin - deren Angaben die Kammer ersichtlich zugrunde legt - bekundet, der Angeklagte habe "korrekt" abgerechnet und sich "ordentlich" verhalten. Der Angeklagte, dessen Einlassung die Kammer insoweit nicht widerlegt, hat von einer 50 zu 50 Teilung der Einnahmen aus der Nutzung des Separées berichtet. Die Zeugin erhielt als Tänzerin monatlich 1.800 DM, hatte 7,50 DM täglich für die Unterkunft zu entrichten und musste allerdings "Auslagen" und "Vermittlungsprovision" an "V" abführen. Da die zwischen der Zeugin und dem Angeklagten getroffenen Absprachen nicht von vornherein als sittenwidrig und nichtig zu werten sind (vgl. § 1 ProstG) und sich aus

dem Urteil keinerlei Anhalt dafür ergibt, dass die Zeugin einen Anspruch gegen den Angeklagten geltend zu machen gedenkt, ist eine doppelte Inanspruchnahme des Angeklagten nicht zu besorgen.

Für die Anordnung des Wertersatzverfalls hinsichtlich der Prostitutionserlöse der weiteren Frauen liegen die Voraussetzungen nach den §§ 73, 73a StGB indessen nicht vor. Insoweit ist das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt worden. Damit ist es wegen dieser Taten vorläufig beendet und die Verhängung von darauf bezogenen Rechtsfolgen im subjektiven Verfahren ohne Wiederaufnahme nach § 154 Abs. 3 StPO nicht möglich (BGH NSTZ 2003, 422; vgl. auch BGHSt 28, 369). Indessen ergeben die Urteilsgründe ohne weiteres, dass insoweit die Voraussetzungen des erweiterten Verfalls vorliegen (§ 73d StGB in Verbindung mit § 181c Satz 2 StGB). Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hat die Verfallanordnung im Ergebnis auch insoweit Bestand. Der grundsätzliche Vorrang des Verfalls nach den §§ 73, 73a StGB steht nicht entgegen (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 73d Rdn. 4). Ein solcher kommt hier - wie ausgeführt - wegen der Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO nicht in Betracht (vgl. aber BGH NSTZ 2003, 422). § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB gilt für den erweiterten Verfall nicht (BGH NJW 2001, 2239; BGH, Beschl. vom 3. April 2002 - 1 StR 540/01).

### Standort: §§ 152, 261 StPO

### Problem: Voraussetzungen für Verdacht

BGH, URTEIL VOM 21.01.2004  
1 STR 364/03 (NSZ 2004, 392)

#### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war der Vergewaltigung in zwei Fällen verdächtig. Er weigerte sich, eine Speichelprobe abzugeben, um seine DNS-Struktur mit der des Täters zu vergleichen. Schließlich wurde eine Speichelprobe durch richterlichen Beschluss angeordnet, dem Angeklagten abgenommen und verwertet. Der Angeklagte wurde schließlich verurteilt, wobei das Landgericht insb. den Umstand, dass der Angeklagte sich geweigert hatte, freiwillig eine Speichelprobe abzugeben, in der Beweiswürdigung gegen diesen verwertet hatte. Der BGH hob dieses Urteil auf, da die Weigerung des Angeklagten nicht gegen diesen hätte verwendet werden dürfen.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Frage, ob und in welchem Zusammenhang eine Weigerung des Beschuldigten zur Mitwirkung im Strafverfahren einen Verdacht begründen kann, stellt ein Problem dar, dessen Kenntnis insb. wegen seiner erheblichen praktischen Relevanz im zweiten Examen

als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Die vom BGH - am Rande - angesprochenen Voraussetzungen für das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v §§ 177 IV Nr. 1, 224 I Nr. 2, 250 II Nr. 1 StGB sind jedoch auch im ersten Examen Prüfungsstoff.

Im Strafprozess ist der Beschuldigte nicht verpflichtet, an seiner eigenen Überführung und Verurteilung aktiv mitzuwirken. Dieser Rechtsgrundsatz des "nemo tenetur se ipsum accusare" (bzw. "nemo tenetur se ipsum prodere"), der an zahlreichen Stellen im materiellen und prozessualen Strafrecht zu finden ist (z.B. § 258 V StGB, § 136 I 2 StPO), ist - dies stellt der BGH im vorliegenden Urteil klar - auch bei der richterlichen Würdigung des Verhaltens des Beschuldigten i.R.v. § 261 StPO zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass eine Weigerung des Beschuldigten, an der Aufklärung des Falles mitzuwirken, grundsätzlich nicht gegen ihn verwendet werden kann, da er auch nicht dazu verpflichtet ist, eine solche Mitwirkung vorzunehmen (BVerfG, NSTZ 1995, 555; BGHSt 45, 367). Der BGH stellt vorliegend klar, dass dies auch dann gilt, wenn die Mitwirkung, die der Beschuldigte freiwillig zu leisten nicht bereit ist, durch richterlichen Beschluss (insb. gem. § 81 a StPO) angeordnet werden kann. Auch betont der BGH, dass die Angabe eines Alibis, das sich

schließlich als falsch herausstellt, nicht unbedingt für eine Schuld des Angeklagten spricht, da sich auch ein unschuldiger Angeklagter in die Notlage gedrängt sehen kann, seine Unschuld durch ein fingiertes Alibi nachzuweisen, wenn er glaubt, dies sonst nicht zu können.

Der BGH betont vorliegend, dass die Weigerung einer Person, freiwillig eine Speichelprobe abzugeben, um einen DNA-Analyse (§ 81 e StPO) durchführen zu können, zwar im Prozess nicht belastend gegen sie verwendet werden darf (s.o.), dass es aber durchaus denkbar ist, aus der Weigerung einer einzelnen Person bei einer Vielzahl von Aufgeforderten einen Tatverdacht gegen den sich Weigernden herzuleiten, so dass man gegen ihn als Beschuldigten ermittelt und die Abgabe der Speichelprobe anordnet.

In materiell-rechtlicher Hinsicht interessant sind die - kurzen - Ausführungen des BGH zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs in verschiedenen Delikten (§§ 177 IV Nr. 1, 224 I Nr. 2, 250 II Nr. 1 StGB). Er betont insofern, dass bei diesen Tatbeständen, die stets eine Verwendung des Werkzeugs voraussetzen, für die Gefährlichkeit des Werkzeugs stets auf dessen konkrete Verwendung abzustellen ist, so dass auch z.B. eine Paketschnur ein gefährliches Werkzeug darstellen kann, wenn das Opfer damit so gefesselt wird, dass es sich strangulieren kann. Problematisch wird der Begriff des gefährlichen Werkzeugs deshalb stets bei solchen Delikten, die keine konkrete Verwendung verlangen (z.B. §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a StGB), so dass auch hier streitig ist, wann ein gefährliches Werkzeug gegeben ist (vgl. RA 2004, 356).

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Würdigung der fehlenden Mitwirkung des Beschuldigten: *BGHSt* 20, 298; 34, 39; 45, 367; *Aselmann*, JR 2001, 80; *Böse*, GA 2002, 98; *Keiser*, StV 2000, 633; *Miebach*, NStZ 2000, 236; *Park*, StV 2001, 80; *Verrel*, NStZ 1997, 361;

☐ Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs, insb. i.R.v. §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a StGB: *BGH*, NJW 2002, 2889; NJW 2003, 1677; NStZ-RR 2003, 12; *OLG Schleswig*, NStZ 2004, 212 (= RA 2004, 356); *Dencker*, JR 1999, 36; *Fischer*, NStZ 2003, 569; *Gepfert*, Jura 1999, 599; *Graul*, Jura 2000, 204; *Krüger*, Jura 2002, 526; *Lesch*, JA 1999, 30;

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Der Elektromeister"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO findet ihre Grenze an dem Recht eines jeden Menschen, nicht gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitragen zu müssen (Grundsatz**

des "nemo tenetur se ipsum prodere" oder "nemo tenetur se ipsum accusare"). Danach ist ein Beschuldigter im Strafverfahren grundsätzlich nicht verpflichtet, aktiv die Sachaufklärung zu fördern, er ist nicht gehalten, zur eigenen Überführung tätig zu werden und an einer Untersuchungshandlung eines Strafverfolgungsorgans oder eines Sachverständigen aktiv mitzuwirken. Seine Beweisfunktion darf gegen seinen Willen nur durchgesetzt werden, sofern er lediglich passiv Beteiligter bleibt.

**2. Die Verweigerung der aktiven Mitwirkung darf dem Beschuldigten nicht als belastendes Beweisanzeichen entgegeng gehalten werden. Er hat die Freiheit, sich auch auf diese Weise zu verteidigen; er muss nicht seine Unschuld beweisen.**

**3. Auch die Möglichkeit, die nicht freiwillig gewährte Mitwirkung des Beschuldigten nach der StPO zu erzwingen, rechtfertigt keine Abweichung von den genannten Grundsätzen zur indiziell belastenden Verwertung prozessualen Verhaltens eines Beschuldigten.**

**4. Ob es im Ermittlungsverfahren einen Tatverdacht im Sinne der Anordnungsvoraussetzungen für die Entnahme einer Speichelprobe verstärken kann, wenn aus einer Menge nach abstrakten Grundsätzen Tatverdächtiger sich ein kleiner Teil zu einer freiwilligen Speichelprobe nicht bereit erklärt, ist eine Frage des Einzelfalles. Wenn andere verdachtsbegründende Kriterien angeführt werden können und sich der Kreis der grundsätzlich Verdächtigen durch die Abgabe einer Vielzahl freiwilliger Speichelproben verdichtet hat, wird auch jemand zur Entnahme einer solchen Probe durch strafprozessuale Anordnung gezwungen werden können, der bis dahin keine abgegeben hat.**

#### **Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen des Landgerichts griff der Angeklagte am 11. August 2000 die joggende Zeugin W auf einem Radweg zwischen zwei Ortschaften an, packte sie von hinten am Genick und drückte sie zu Boden. Er legte ihr einen Arm um den Hals und drückte ihr mit der anderen Hand den Kopf so gegen den Arm, dass ihr Genick überdehnt wurde und sie dabei erhebliche Schmerzen erlitt. Er drohte, ihr das Genick zu brechen, falls sie schreie, und verklebte ihr den Mund und die Augen mit Klebeband. Sodann versuchte er, der sich heftig wehrenden Zeugin mit einer Schnur die Hände auf dem Rücken festzubinden. Infolge der massiven Gegenwehr der Zeugin gelang ihm dies nicht. Deshalb ließ der Angeklagte nach wenigen Minuten von ihr ab, nachdem er erkannt hatte, dass er sein Ziel - nur dieses hat das Landgericht festgestellt -, "die Geschädigte an einen anderen Ort zu bringen", nicht erreichen konnte (Fall 1 der Urteilsgründe).

Am 12. Januar 2001 packte der Angeklagte die gegen 6.35 Uhr auf dem Schulweg befindliche 14jährige Schülerin P, hielt ihr den Mund zu und befahl ihr, ruhig zu sein und sich nicht umzudrehen. Er hielt ihr einen nicht näher identifizierten spitzen Gegenstand gegen den Hals und die rechte Schläfe, knebelte die Zeugin mittels eines von ihm mitgeführten weißen Stofftuchs und zerrte sie ca. 50 m weit über eine angrenzende Streuobstwiese. Dort stieß er sie zu Boden und befahl ihr, sich auszuziehen. Nachdem die Zeugin auch ihre Hose bis zu den Knien heruntergezogen hatte, fesselte der Angeklagte mit einer von ihm mitgeführten Paketschnur die Arme der vor ihm knienden Zeugin auf den Rücken, wickelte die Schnur um ihre Fußgelenke und anschließend um den Hals, um sie von dort wieder über den Rücken abwärts zur Handfesselung zu führen. Dort verschnürte er sie erneut. Er fragte die Zeugin, ob sie Geld habe. Diese deutete auf ihren Rucksack, in dem der Angeklagte jedoch zunächst nichts fand. Hierüber verärgert schlug er der Zeugin mit der Hand "ins Gesicht gegen das linke Auge", wodurch das Auge anschwellte und sich ein Hämatom bildete. Schließlich fand der Angeklagte den Geldbeutel der Geschädigten und entnahm hieraus einen Bargeldbetrag in Höhe von 60 DM, den er einsteckte. Er befahl der am Boden knienden Zeugin nun, ihr Gesäß hochzuheben und ihre Beine zu spreizen, durchtrennte schließlich mit einem nicht näher erkannten scharfen Gegenstand ihren Slip, so daß Gesäß und Geschlechtsteil entblößt waren. Darauf stach er mit einem nicht identifizierten spitzen Gegenstand mehrmals in die rechte Gesäßhälfte der Zeugin, "um sich daran sexuell zu erregen". Die Zeugin hörte ein Reißverschlußgeräusch beim Angeklagten, dann Rascheln seiner Kleidung. Nach wenigen Minuten und ohne dass es zu weiteren sexuellen Handlungen an der Zeugin gekommen wäre, brach der Angeklagte ab und entfernte das weiße Stofftuch aus dem Mund der Zeugin; stattdessen steckte er ihr den Kragen ihrer Strickjacke in den Mund und entfernte sich (Fall 2 der Urteilsgründe).

Die Strafkammer hat den bestreitenden Angeklagten für überführt erachtet und sich dabei insbesondere auf ein DNA-Analyse-Gutachten gestützt. Diesem liegen DNA-Anhaftungen zugrunde, die an dem vom Täter im Falle 1 verwendeten Klebeband und an der im Falle 2 benutzten Schnur gesichert werden konnten.

#### **Aus den Gründen:**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Bedrohung und versuchter Nötigung sowie wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit Raub zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg. Ebenfalls begründet ist die wirksam auf die Verurteilung im Fall 2 der Urteilsgründe sowie den Ausspruch über die Gesamtstrafe beschränkte, zuungunsten des Angeklagten

eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft.

#### *I. Die Revision des Angeklagten*

##### *1. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts*

Die Revision beanstandet zu Recht als Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, dass die Strafkammer in ihrer Beweiswürdigung hervorhebt, der Angeklagte habe über einen Zeitraum von sechs Monaten die (freiwillige) Abgabe einer Speichelprobe hinausgezögert, obwohl er gewusst habe, dass ihm ein schweres Verbrechen zur Last gelegt werde und er diesen Vorwurf "bei reinem Gewissen umgehend durch die Abgabe einer Speichelprobe hätte ausräumen können". Zuvor hatte der Angeklagte auf Anfrage der Polizei zweimal die freiwillige Abgabe einer Speichelprobe zugesagt, war entsprechenden Bitten jedoch dann nicht nachgekommen. Der mit der Sachrüge geltend gemachte Fehler der Beweiswürdigung des Landgerichts ist durch die Urteilsgründe erwiesen; der Senat vermag nicht sicher auszuschließen, dass die Verurteilung des Angeklagten in beiden Fällen darauf beruhen kann.

##### *a. Keine belastende Wirkung der Weigerung des Angeklagten, eine Speichelprobe abzugeben*

Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO findet ihre Grenze an dem Recht eines jeden Menschen, nicht gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitragen zu müssen (Grundsatz des "nemo tenetur se ipsum prodere" oder "nemo tenetur se ipsum accusare").

Danach ist ein Beschuldigter im Strafverfahren grundsätzlich nicht verpflichtet, aktiv die Sachaufklärung zu fördern. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist deshalb anerkannt, dass ein Beschuldigter nicht gehalten ist, zur eigenen Überführung tätig zu werden und an einer Untersuchungshandlung eines Strafverfolgungsorgans oder eines Sachverständigen aktiv mitzuwirken. Seine Beweisfunktion darf gegen seinen Willen nur durchgesetzt werden, sofern er lediglich passiv Beteiligter bleibt. Er selbst hat darüber zu befinden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv mitwirken will oder nicht. Demgemäß darf er nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, Schriftproben oder zur Schaffung ähnlicher, für die Erstattung eines Gutachtens notwendiger Anknüpfungstatsachen gezwungen werden. Daraus folgt, dass die Verweigerung der aktiven Mitwirkung dem Beschuldigten auch nicht als belastendes Beweisanzeichen entgegengehalten werden darf. Er hat die Freiheit, sich auch auf diese Weise zu verteidigen; er muss nicht seine Unschuld beweisen (vgl. BGHSt 34, 39, 45, 46; siehe weiter BGHSt 32, 140, 144 f.; 34, 324, 326; 45, 363, 364 m.w.N.). Das Bundesverfassungsgericht hat im Blick auf die Beweisbedeutung der Nichtabgabe einer Speichelprobe in einem Kammerbeschluss ausgeführt, zur

Begründung des Tatverdachts dürfe nicht der Umstand herangezogen werden, dass ein Beschuldigter eine freiwillige Teilnahme an einer DNA-Untersuchung abgelehnt habe. Eine solche Erwägung verstoße gegen rechtsstaatliche Grundsätze (BVerfG, Kammer, NJW 1996, 1587, 1588; 1996, 3071, 3072).

*b. Besonderheit wegen der Möglichkeit, das verweigernde Verhalten des Angeklagten zu erzwingen*

Der vorliegende Fall weist die Besonderheit auf, dass ein prozessuales Verhalten des Angeklagten im Ermittlungsverfahren in Rede steht, welches eine Mitwirkung an der Erhebung von Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten zum Gegenstand hat, die mit den Mitteln der Strafprozeßordnung auch erzwingbar ist und hier - nach entsprechender richterlicher Anordnung - letztlich auch erzwungen worden ist (§§ 81a, 81e StPO). Das unterscheidet die Fragestellung etwa von der Ausübung des Schweigerechts, der Nichtentbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht und der des gezielten Abliefern von Sprechproben und Schriften (wenn diese also nicht als Beweismittel anderweit gesichert worden sind); hierbei handelt es sich um prozessuales Verhalten, dem nicht in zulässiger Weise mit Zwang begegnet werden darf. Überdies hatte der Angeklagte hier die Freiheit, selbst über die Frage einer freiwilligen Mitwirkung bei einer Speichelprobe zu befinden: Er hat seine aktive Bereitschaft dazu zweimal gegenüber der Polizei erklärt.

*c. Keine andere Bewertung des Verhaltens des Angeklagten trotz der o.g. Besonderheit*

Diese Besonderheiten rechtfertigen jedoch keine Abweichung von der bisherigen Spruchpraxis zur indiziell belastenden Verwertung prozessualen Verhaltens eines Beschuldigten.

Im Vordergrund stand hier - wie der Senat dem Zusammenhang der Urteilsgründe entnimmt - die tatsächliche Weigerung des Angeklagten, aktiv an der Speichelprobe mitzuwirken. Dass er zuvor - dem entgegengesetzt - seine Bereitschaft dazu bekundet hatte, ändert nichts daran, dass er durch sein Verhalten letztlich die freiwillige Teilnahme konkludent abgelehnt hat. Hinzu kommt, dass das Landgericht ihm indiziell nicht nur das Hinauszögern der Probe angelastet hat. Es hat weiter ausgeführt, dass er die Probe doch - wenn er "reinen Gewissens" gewesen sei - zu seiner Entlastung schon früher hätte abgeben können, da er gewusst habe, dass es um den Verdacht eines schweren Verbrechens gehe. Dass er dies jedoch nicht getan hat, war ihm prozessrechtlich möglich. Er war zur aktiven Teilnahme an der Sachverhaltsaufklärung insoweit nicht verpflichtet. Die Erwägung des Landgericht läuft deshalb darauf hinaus, dem Angeklagten als Hinweis auf seine Täterschaft entgegenzuhalten, dass er nicht aktiv an dem Versuch des Nachweises seiner Unschuld mitgewirkt hat.

Dazu ist ein Beschuldigter indessen nicht verpflichtet. Deshalb darf grundsätzlich nicht einmal der späte Zeitpunkt einer Beweisantragstellung für einen Entlastungsbeweis als Beweisanzeichen für seine Schuld gewertet werden (vgl. BGHSt 45, 367). Anderes kann allerdings nach Auffassung des Senats dann gelten, wenn sich der Beschuldigte der Anordnung einer Speichelprobe nach §§ 81a, 81e StPO - durch ein anordnungsbefugtes Organ - entzieht.

Schließlich liegt hier auch keiner derjenigen Fälle vor, in denen das Prozessverhalten in einem engen und einer isolierten Bewertung unzugänglichen Sachzusammenhang mit dem Inhalt der Einlassung steht und schon deshalb einer Würdigung im Zusammenhang mit den entsprechenden Angaben unterzogen werden muß (siehe dazu BGHSt 45, 367, 369 f.; vgl. auch BGHSt 20, 298, 301). Die Einlassung des Angeklagten auch mit ihren Alibibehauptungen war grundsätzlich unabhängig davon zu würdigen, wie es mit seiner Bereitschaft zur freiwilligen Mitwirkung an einem DNA-Test bestellt war.

*d. Keine belastende Wirkung der Weigerung im Rahmen der Beweiswürdigung; Annahme eines dringenden Tatverdachts möglich*

Nach allem ergibt sich, dass hier der praktischen Verweigerung der aktiven Mitwirkung bei einer Speichelprobe mit der vom Landgericht gegebenen Begründung ("reines Gewissen") keine der Verurteilung des Angeklagten dienende Beweisbedeutung beigemessen werden durfte. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht (NJW 1996, 3071, 3072) den Verstoß einer solchen Erwägung gegen rechtsstaatliche Grundsätze für die Begründung eines Tatverdachts und der Beschuldigten-Stellung angenommen; für die Überzeugungsbildung des erkennenden Gerichts aber kann nichts anderes gelten.

Ob es hingegen im Ermittlungsverfahren einen Tatverdacht im Sinne der Anordnungsvoraussetzungen für die Entnahme einer Speichelprobe verstärken kann, wenn aus einer Menge nach abstrakten Grundsätzen Tatverdächtiger (z.B. die männliche Bevölkerung eines Dorfes zwischen 14 und 45 Jahren) sich ein kleiner Teil zu einer freiwilligen Speichelprobe nicht bereit erklärt, ist eine Frage des Einzelfalles. Wenn andere verdachtsbegründende Kriterien angeführt werden können und sich der Kreis der grundsätzlich Verdächtigen durch die Abgabe einer Vielzahl freiwilliger Speichelproben verdichtet hat, wird auch jemand zur Entnahme einer solchen Probe durch strafprozessuale Anordnung gezwungen werden können, der bis dahin keine abgegeben hat (vgl. BVerfG, Kammer, NJW 1996, 3071).

*e. Zum Beruhen*

Auf dem Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung kann das Urteil beruhen.

Das Landgericht hat zwar insbesondere auf die Ergebnisse des DNA-Gutachtens abgehoben. Diese weisen auf den Angeklagten als Spurenverursacher mit einem Häufigkeitswert von 1 zu 22.000 im Fall 1 und von 1 zu 250 Millionen im Fall 2 hin. Die Beweiswürdigung könnte deshalb auch ohne die rechtsfehlerhafte Erwägung tragfähig gewesen sein (neben dem DNAGutachten u.a.: modus operandi, Täterbeschreibungen, Tatorte, Taxi in Tatortnähe). Dessen ungeachtet kann der Senat aber ein Beruhen des Urteils auf der rechtsfehlerhaften Erwägung nicht sicher ausschließen, weil das Landgericht neben anderen Umständen ausdrücklich als "weiteres Indiz für die Täterschaft des Angeklagten" nicht nur das sechsmonatige Hinauszögern der angekündigten Abgabe der Speichelprobe anführt, sondern darauf abhebt, dass der Angeklagte "bei reinem Gewissen" den Vorwurf eines schweren Verbrechens umgehend hätte ausräumen können. Das spricht dafür, dass es meinte, sich für seine Überzeugungsbildung auch hierauf stützen zu müssen. Dies zwingt zur Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten in beiden Fällen.

## 2. Zu weiteren Mängeln

Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf die auch allgemein erhobene Sachrüge hin deckt weitere rechtliche Mängel auf:

### a. Angabe eines falschen Alibis nicht unbedingt belastender Umstand

Die Strafkammer hat bei der Beweiswürdigung zum Fall 1 im Rahmen einer Gesamtschau aller Indizien unter anderem in dem vom Angeklagten vor der Kriminalpolizei nur sechs Tage nach der ersten Tat vorgebrachten "falschen Alibi" einen belastenden Umstand gesehen. Das begegnet hier rechtlichen Bedenken, die im Ergebnis jedoch dahingestellt bleiben können.

Der Angeklagte hatte vor der Polizei zunächst behauptet, zur Tatzeit als Taxifahrer mit einem vom Flughafen Stuttgart abgeholt Gast unterwegs gewesen zu sein. Als dies widerlegt werden konnte, hat er in der Hauptverhandlung erklärt, er sei - wohl hinsichtlich des zeitlichen Ablaufs - einem Irrtum unterlegen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein objektiv widerlegtes, aber auch ein nachweislich erlogenes Alibi für sich allein und ohne Rücksicht auf Gründe und Begleitumstände seines Vorbringens nicht als Beweisanzeichen für die Überführung des Angeklagten gewürdigt werden. Auch ein Unschuldiger kann meinen, seine Aussichten auf einen Freispruch seien besser, wenn er nicht nur auf die Wahrheit setze, sondern überdies versuche, auf ein unwahres, konstruiertes Alibi zu bauen, also mit dem Mittel der Lüge ein übriges tun zu sollen, um seinen Freispruch gleichsam abzusichern. Ebensowenig ist der lediglich gescheiterte Alibibeweis - bei dem die

Lüge nicht erwiesen ist - für sich allein ein Beweisanzeichen für die Täterschaft. Der Angeklagte ist nicht gehalten, sein Alibi zu beweisen. Dass er dies versucht hat, wenn auch im Ergebnis erfolglos, darf ihm nicht ohne weiteres zum Nachteil gereichen. Freilich muss ein widerlegtes Alibi deshalb bei der Beweisführung nicht stets außer Betracht bleiben. Treten besondere Umstände hinzu, so darf berücksichtigt werden, dass der Angeklagte sich bewusst wahrheitswidrig auf ein Alibi berufen hat (vgl. zu alldem BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 11, 30). Die Gründe und Begleitumstände der Alibibehauptung sind dabei zu bewerten (BGHSt 41, 153; BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 30; BGH StV 1982, 158). Will der Tatrichter eine erlogene Entlastungsbehauptung als zusätzliches Belastungsanzeichen werten, so muss er sich bewusst sein, dass eine wissentlich falsche Einlassung hierzu ihren Grund nicht darin haben muss, dass der Angeklagte die Tat begangen hat, vielmehr auch eine andere Erklärung finden kann. Deshalb hat er in solchen Fällen darzutun, dass eine andere, nicht auf die Täterschaft hindeutende Erklärung im konkreten Fall nicht in Betracht kommt oder - obgleich denkbar - nach den Umständen jedenfalls so fernliegt, dass sie ausscheidet (BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 13). Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht uneingeschränkt gerecht. Es hat nicht ausdrücklich klargestellt, ob es von einem erlogenen oder nur von einem schlicht widerlegten Alibi ausgeht. Der Angeklagte hat sich im Blick auf seine zeitliche Angabe bei der polizeilichen Vernehmung später auf einen Irrtum berufen. Hiermit hat sich das Landgericht nicht näher auseinandergesetzt und dem Angeklagten ohne weiteres das "falsche Alibi" als Indiz für seine Täterschaft im Fall 1 entgegengehalten. Das wäre allenfalls dann rechtlich hinnehmbar, wenn man dem Urteil noch entnehmen könnte, dass das Landgericht meinte, auch einen Irrtum des Angeklagten ausschließen zu können und sich die dafür erforderliche Begründung in noch tragfähiger Weise aus dem Urteilszusammenhang ergäbe.

### b. Zu den Konkurrenzen

Das Landgericht hat weiter im Fall 1 der Urteilsgründe die Konkurrenzverhältnisse nicht in jeder Hinsicht zutreffend gewürdigt: es hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Bedrohung und versuchter Nötigung schuldig gesprochen und ist damit daran vorbeigegangen, dass der Bedrohungstatbestand (§ 241 Abs. 1 StGB) hinter denjenigen der Nötigung zurücktritt, wenn, wie hier, die Bedrohung sich als Teil der Nötigung erweist. Das gilt auch für den Fall des bloßen Nötigungsversuchs (BGHR StGB § 240 Abs. 3 Konkurrenzen 2; BGH bei Holtz MDR 1979, 280 f.; vgl. Träger/ Schluckebier in LK 11. Aufl. § 241 Rdn. 27 m.w.N.).

## II. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revision der Staatsanwaltschaft ist wirksam auf den Fall 2 der Urteilsgründe (Tat zum Nachteil der P) sowie den Ausspruch über die Gesamtstrafe beschränkt.

Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Beweiswürdigung des Landgerichts einen durchgreifenden rechtlichen Mangel ausweist. Die Würdigung des festgestellten Sachverhalts ist zudem in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht nicht erschöpfend.

### 1. Paketschnur als Mittel i.S.v. §§ 177 III Nr. 2, 250 I Nr. 1 b StGB

Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen hat das Landgericht bei seiner rechtlichen Würdigung nicht bedacht, dass der Angeklagte bei der Tat ein Mittel bei sich geführt hat, um den Widerstand der Geschädigten durch Gewalt zu verhindern und zu überwinden (§ 177 Abs. 3 Nr. 2, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB). Diese Voraussetzung ist schon dadurch erfüllt, dass der Angeklagte eine Paketschnur mitführte, die er zur Fesselung seines Opfers einsetzte, und überdies ein von ihm mitgebrachtes Tuch zur Knebelung der Geschädigten verwandte.

### 2. Spitzer Gegenstand als gefährliches Werkzeug i.S.v. §§ 177 IV Nr. 1, 224 I Nr. 2, 250 II Nr. 1 StGB

Mit Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin auch gegen die Würdigung des Landgerichts, der vom Angeklagten eingesetzte nicht näher identifizierbare spitze Gegenstand könne nicht als "gefährliches Werkzeug" im Sinne des Gesetzes gewertet werden (vgl. § 177 Abs. 4 Nr. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 2, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Die Beweiswürdigung hierzu ist unklar und lückenhaft. Die Kammer hat festgestellt, der Angeklagte habe der Zeugin P mit dem spitzen Gegenstand mehrmals "in ihre rechte Gesäßhälfte" gestochen, hat dann aber bei der Darstellung der von der Zeugin erlittenen Verletzungen kein dementsprechendes Verletzungsbild angeführt: Stichverletzungen am Gesäß der Zeugin sind nicht festgestellt. Damit bleibt offen, ob durch diese Stiche Verletzungen bewirkt worden sind. Deren Vorliegen könnte dafür sprechen, dass der nicht identifizierte Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall ("verwendungsspezifisch") geeignet war, erhebliche Körperverletzungen zu bewirken. Auch hat der Angeklagte mit einem nicht näher bekannten scharfen Gegenstand den Slip der Zeugin "durchtrennt". Sollte dies nicht nur ein "Durchreißen" gewesen sein, könnte das für einen der objektiven Beschaffenheit nach sehr wohl zu erheblichen Körperverletzungen geeigneten Gegenstand sprechen, der als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren sein könnte, wenn er auch als Drohmittel gegenüber der Zeugin verwendet worden wäre und es sich nicht etwa - was eher fernliegen dürfte - um einen anderen als den ge-

gen die Zeugin eingesetzten Gegenstand gehandelt hätte. Mit diesen Umständen hätte sich die Kammer in ihrer Würdigung auseinandersetzen müssen, bevor sie sich auf die Nichterweislichkeit der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs zurückzog.

### 3. Paketschnur als gefährliches Werkzeug i.S.v. §§ 177 IV Nr. 1, 250 II Nr. 1 StGB

Darüber hinaus hätte die Strafkammer prüfen müssen, ob die vom Angeklagten zur Fesselung des Opfers verwendete Paketschnur hier ebenfalls als gefährliches Werkzeug im Sinne der Qualifikationstatbestände gemäß § 177 Abs. 4 Nr. 1; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu bewerten war. Zwar ist eine Paketschnur für sich gesehen und generell kein gefährliches Werkzeug. Ihre Gefährlichkeit kann sich aber aus der tatsächlichen, konkreten Verwendung ergeben. Gerade für Fesselungsmittel hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung wiederholt auf die Bedeutung der Art ihrer Verwendung hingewiesen (vgl. nur Senat, Beschl. vom 3. April 2002 - 1 ARs 5/02 - in: NSTZ-RR 2002, 265 = StraFo 2002, 239, m.w. RsprN). Wird jemand nur mit Klebeband ohne weitere Folgen an einen Stuhl gefesselt oder werden ihm die Hände mit Kabelbinder zusammengebunden, wird die Benutzung des Fesselungsmittels konkret kaum geeignet sein, erhebliche Verletzungen zu bewirken (vgl. BGH StV 1999, 91; Beschl. vom 12. Januar 1999 - 4 StR 688/98). Hier indessen verwandte der Angeklagte die Schnur zu einer besonderen Art der Fesselung seines Opfers. Er fesselte diesem nicht nur die Hände auf dem Rücken und die Füße, sondern führte die Schnur auch um den Hals und verband sie mit der übrigen Fesselung. Im Ergebnis führte das zu einer ca. 1 cm breiten "Strangulationswunde" am Hals, die bis zu beiden Halsseiten reichte. Dies deutet darauf hin, dass die besondere Art der Verwendung der Paketschnur diese dazu geeignet erscheinen ließ, auch eine erhebliche Körperverletzung zu bewirken. Sie wäre dann als "gefährliches Werkzeug" im Sinne der genannten Tatbestände verwendet worden.

### 4. Zu § 224 I Nr. 2, 5 StGB

Weiter hätte sich der Tatrichter damit befassen müssen, ob im Blick auf die Strangulationswirkung der Fesselung eine gefährliche Körperverletzung anzunehmen ist. In Betracht kommt die Tatbegehung mittels eines gefährlichen Werkzeuges (siehe oben, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB), möglicherweise aber auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB).

In subjektiver Hinsicht könnte ein wenigstens bedingter Vorsatz des Angeklagten insoweit selbst dann zu bejahen sein, wenn die Strangulationswunde letztlich erst dadurch bewirkt worden wäre, dass sich die Geschädigte "in gefesseltem Zustand hüpfend zu ca. 50 m entfernten Häusern bewegte", wo sie von ihrer Fesse-

lung befreit wurde. Da der Angeklagte sie in besonderer Weise gefesselt 50 m abseits des Weges auf einer Streuobstwiese zurückgelassen hatte und die Tat im Winter um 6.35 Uhr begangen wurde, musste er wohl auch damit rechnen, dass die Geschädigte in der festgestellten Weise ihre Befreiung suchen und sich die Fesselung strangulierend auswirken könnte, wenn nicht schon das Anbringen der Fesseln selbst die beschriebenen Halsverletzungen verursacht haben sollte.

### 5. Aufhebung des Schuld- und Strafausspruchs

Die aufgeführten, für durchgreifend erachteten rechtlichen Mängel erfassen im Fall 2 der Urteilsgründe auch den Schuldspruch. Dieser kann keinen Bestand haben. Das führt zum Fortfall der - ohnehin niedrigen - Einzelstrafe und zur Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtfreiheitsstrafe.

### III. Hinweise

Der neue Tatrichter wird folgendes zu bedenken haben:

#### 1. Zum Nötigungsziel des Angeklagten

Die bisherige Würdigung der Strafkammer zum Fall 1 der Urteilsgründe erweist sich in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht deshalb als lückenhaft, weil die Kammer lediglich annimmt, Nötigungsziel des Angeklagten sei es gewesen, die Geschädigte "an einen anderen Ort zu bringen". Sie setzt sich nicht damit auseinander, ob der Täter auch sexuelle Ziele verfolgte. Das lag hier angesichts des Tatbildes und des Zusammenhangs zwischen den beiden Taten bei lebensnaher Betrachtung nahe. Dadurch ist der Angeklagte zwar

nicht beschwert und die Staatsanwaltschaft hat dies nicht angegriffen. Der neue Tatrichter ist aber durch das Verschlechterungsverbot nicht gehindert, den Schuldspruch dennoch zu verschärfen, wenn er aufgrund neuer Bewertung wiederum die Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten gewinnen sollte, die eigentliche Zielsetzung des Täters näher festzustellen vermag und diese im Sexuellen gründen sollte. Das Verschlechterungsverbot gilt im Grundsatz nur hinsichtlich der Art und der Höhe der Rechtsfolgen der Tat (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO). Die wegen des Falles 1 verhängte Einzelstrafe dürfte indes nicht erhöht werden, weil insoweit lediglich auf die Revision des Angeklagten hin neu zu befinden sein würde.

#### 2. Zur Anordnung einer Unterbringung gem. § 63 StGB

Der neue Tatrichter wäre schließlich von Rechts wegen nicht gehindert, die Anordnung einer Maßregel nach § 63 StGB zu prüfen (vgl. § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO), wenn sich - abweichend vom angefochtenen Urteil - die Voraussetzungen des § 21 StGB sicher feststellen ließen. Dafür bietet sich allerdings auf der Grundlage des vorliegenden Urteils kein Anhalt. Der Senat schließt angesichts der Tatabläufe aus, dass Schuldunfähigkeit in Betracht kommen könnte.

Da das angefochtene Urteil im Fall 2 und im Ausspruch über die Gesamtstrafe auch auf die zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft hin aufgehoben wird, kann sich gar eine Lage ergeben, in welcher der neue Tatrichter die Anordnung der Sicherungsverwahrung zu prüfen haben könnte (vgl. § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB).

## Standort: § 266 StGB

## Problem: Vermögensbetreuung bei Tochtergesellschaft

BGH URTEIL VOM 13.05.2004

5 STR 73/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren Vorstandsmitglieder einer großen deutschen Werft-AG. Diese erwarb von der Treuhand zwei ostdeutsche Werften als Tochtergesellschaften. In diesem Zusammenhang wurden von der Treuhand erhebliche Subventionen an die Tochtergesellschaften gewährt mit der Maßgabe, diese in die Tochtergesellschaften zu investieren und nicht an den Mutterkonzern weiterzugeben. Wegen wirtschaftlicher Probleme des Konzerns wurde jedoch in der Folgezeit ein sog. "Cash-Management-System" eingerichtet, über das die Gelder aller Unternehmen des Konzerns zentral verwaltet wurden. In dieses System flossen auf Anweisung der Angeklagten auch große Teile der an die ostdeutschen Unternehmenstöchter gewährten Subventionen, die dann für andere Firmen des Unterneh-

mens verbraucht wurden. Das Landgericht hatte die Angeklagten deshalb wegen Untreue verurteilt, der BGH hob dieses Urteil jedoch auf.

### Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand der Untreue (§ 266 I StGB), auf den sich die Ausführungen des BGH im vorliegenden Fall beziehen, ist ein wegen seiner besonderen Probleme in beiden Examen beliebt. Der vorliegende Fall erhält dadurch eine besondere examenstechnische Bedeutung, dass er zahlreiche fachbereichsübergreifende Ausführungen enthält. Der BGH diskutiert nämlich die Herleitung der für § 266 I 2. Fall StGB erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht aus dem Zivilrecht (Gesellschaftsrecht) und Öffentlichem Recht (Inanspruchnahme von Subventionen). Allerdings ist das Niveau dieser Entscheidung so hoch, dass es den Umfang einer Klausur wohl sprengen würde.

Entscheidende Frage im vorliegenden Fall ist die nach

dem Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht. Eine solche ist für den Treubruchstatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB) unstrittig und nach herrschender Meinung auch für den Missbrauchstatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB) erforderlich (BGHSt 33, 244; wistra 2000, 384; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 8 mwN; a.A.: Labsch, Jura 1987, 344; Otto, JZ 1988, 884). Eine solche Vermögensbetreuungspflicht ist gegeben bei Bestehen eines aus Tätersicht fremdnützigen Schuldverhältnisses, in dessen Rahmen die Betreuung der fremden Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt, sofern dem Täter auch eine gewisse Selbstständigkeit eingeräumt ist (BGHSt 13, 315; Joecks, § 266 Rn. 24 ff.; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 19).

Im vorliegenden Fall prüft der BGH, ob aus dem Bezug staatlicher Subventionen eine Vermögensbetreuungspflicht des Subventionsempfängers bzgl. des überlassenen Geldes angenommen werden kann, lehnt dies jedoch ab, da der Subventionsempfänger nicht fremdnützig handele (vgl. BGHZ 149, 10). Die zweckwidrige Verwendung von Subventionen unterfällt deshalb allein dem Tatbestand des § 264 StGB, der jedoch im vorliegenden Fall nicht anwendbar war, da die Taten von seinem Inkrafttreten begangen wurden (Art. 103 II GG, § 2 StGB).

Weiter prüft der BGH, ob aus gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten eine Vermögensbetreuungspflicht eines Gesellschafters bzgl. des Gesellschaftsvermögens oder eine solche eines Konzerns bzgl. der des Vermögens von Tochtergesellschaften besteht. Er betont hierbei, dass es grundsätzlich das Recht der Gesellschafter sei, der Gesellschaft Vermögenspositionen zu entziehen und diese ggf. auch aufzulösen, so dass es eine allgemeine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters dahingehend, der Gesellschaft keine Vermögenswerte zu entziehen, nicht gebe. Der BGH zieht jedoch - in Übereinstimmung mit seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 151, 181) - eine Grenze dort, wo eine Maßnahme der Gesellschafter zur Gefährdung oder Vernichtung der Existenz der Gesellschaft führen würde. Jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft bereits am Wirtschaftsverkehr teilgenommen habe, seien nicht nur die Gesellschaft selbst, sondern auch und vor allem ihre Geschäftspartner davor zu schützen, dass die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft leichtfertig aufs Spiel gesetzt werde.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Vermögensbetreuungspflicht, insb. bei existenzgefährdenden Maßnahmen: *BGHZ* 150, 61 ff.; 151, 181 ff.; *BGHSt* 35, 333; 44, 376; *NJW* 2003, 2996; *Benecke*, *BB* 2003, 1190;

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrich-

tung"

*Examenskurs*: "Die Perlenkette"

#### **Leitsätze:**

**1. Investitionsbeihilfen begründen grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, es sei denn, der Empfänger hat zugleich über den Subventionszweck hinausgehende Vermögensinteressen des Subventionsgebers zu beachten.**

**2. In einem Konzern verletzen die Vorstandsmitglieder der beherrschenden Aktiengesellschaft jedenfalls dann ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer abhängigen GmbH, wenn deren Vermögenswerte in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass im Fall ihres Verlustes die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre.**

**3. Zur Bestimmung des Schuldumfangs bei Untreue durch existenzgefährdenden Eingriff.**

#### **Sachverhalt:**

Die BV AG war ein Werftenverbund mit dem Schwerpunkt Schiffbau. Im Jahr 1992 erfolgte eine Umstrukturierung, in deren Folge die BV AG ihre operativen Funktionen aufgab und in die BVV AG umfirmierte.

Der Angeklagte Dr. H war von 1987 bis zum 15. November 1995 zunächst Vorsitzender des Vorstands der BV AG sowie dann der BVV AG. Der Angeklagte Sc war als Mitglied des Vorstands der BVV AG ab Ende 1993 für das Ressort Controlling, der Angeklagte Sm ab August 1993 als Mitglied des Vorstands der BVV AG für den Bereich Schiffbau und später (ab September 1995) auch für den Bereich Finanzen zuständig.

Ab 1991 verhandelte die BV AG mit der Treuhandanstalt über den Erwerb ostdeutscher Werften. [...] Nach der Privatisierung der ostdeutschen Werftindustrie sollten aus dem ehemaligen Kombinat die M W in Wismar (MTW) und die V in Stralsund (VWS) herausgelöst und an die BV AG veräußert werden. Eigner der beiden Werften war letztlich - über ein zwischengeschaltetes Konstrukt von Beteiligungsgesellschaften - die Treuhandanstalt, der als einer dem Bundesminister der Finanzen unterstellten Anstalt des öffentlichen Rechts die Aufgabe zukam, die ostdeutschen Betriebe zu privatisieren.

Der Angeklagte Dr. H war von Anfang an in die Verhandlungen mit der Treuhandanstalt einbezogen. Die Treuhandanstalt verfolgte bei den Privatisierungsverhandlungen das Ziel, Arbeitsplätze zu sichern und an den Standorten moderne konkurrenzfähige Werften entstehen zu lassen.

Nachdem sich weitere Interessenten zurückgezogen hatten, wurden die Verhandlungen über einen Erwerb mit der BV AG intensiviert, wobei auch eine Reihe

externer Berater hinzugezogen wurde. Am 11. August 1992 kam es dann zum Verkauf der MTW, am 18. Februar 1993 zum Verkauf der VWS. Beide Ostwerften waren zu diesem Zeitpunkt jeweils als GmbH im Handelsregister eingetragen.

Mit notariell beurkundetem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 11. August 1992 (KAV) wurden die Geschäftsanteile der MTW an die BV AG übertragen. Als Erwerberin übernahm die BV AG dabei eine Garantie (§ 9.2 KAV) und bis dahin die Werft nicht stillzulegen (§ 10 KAV). Darüber hinaus sollten näher beschriebene Investitionen im Umfang von etwa 560 Mio. DM in das Anlagevermögen erfolgen (§ 8 KAV), wobei Modifikationen der geplanten Vorhaben bei Einhaltung der Wertgrenze zulässig sein sollten. Die Treuhandanstalt verpflichtete sich in dem Vertrag außer zum Ausgleich von Altkrediten auch zur Zahlung eines Gesamtausgleichsbetrages in Höhe von 680 Mio. DM. In dem Gesamtausgleichsbetrag war ein Investitionszuschuss in Höhe von 340 Mio. DM enthalten. Weiterhin sollten durch den - in drei Raten bis Ende 1993 zu erbringenden - Gesamtausgleichsbetrag drohende Verluste aus laufenden Geschäften (nicht kostendeckende Schiffbauverträge), die Kosten für einen als erforderlich angesehenen Personalabbau (Sozialpläne) und für weitere erwartete Einbußen abgegolten werden (§ 5 KAV).

Mit notariell beurkundetem Kauf- und Übertragungsvertrag (KÜV) vom 18. Februar 1993 erwarben zwei Gesellschaften, an denen die - mittlerweile umfirmierte - BVV AG maßgeblich beteiligt war, die Geschäftsanteile der VWS. Auch in diesem Vertrag übernahmen die Erwerber die Garantie für den Erhalt von mindestens 2200 Arbeitsplätzen (§ 11 KÜV) und sicherten den Bestand der Werft bis Ende 1997 zu (§ 12.3 KÜV). Die Käufer verpflichteten sich zu Investitionen bis 2005 in Höhe von insgesamt 640 Mio. DM in das Anlagevermögen (§ 10.1 KÜV). Daneben sah dieser Vertrag - anders als der KAV - eine Verpflichtung der Käufer vor, die Volkswerft als eigenes Profitcenter zu führen und die der Volkswerft zugeordneten Beihilfen ausschließlich für diese zu verwenden (§ 12.2 KÜV). Die Treuhandanstalt verpflichtete sich in der Vereinbarung zu einer Entschuldung von Altkrediten und zur Zahlung eines Gesamtausgleichsbetrages in Höhe von 585 Mio. DM. Neben einer Kompensation für drohende Verluste aus laufenden Geschäften und personellen Umstrukturierungen enthielt dieser Betrag auch einen Investitionszuschuss in Höhe von 380 Mio. DM (§ 4 KÜV). Weiterhin begründete der Vertrag auch Einstandspflichten der Treuhandanstalt für Forderungen gegen andere ehemals kombi-natsabhängige Unternehmenseinheiten. Im Laufe des Jahres 1994 erwarb die HH, eine Tochter der BVV AG, 89 % der Anteile an der VWS; 11 % der Anteile hielt die Stadt Stralsund. Beide Verträge (KAV und KÜV) sahen einen Geneh-

migungsvorbehalt im Hinblick auf die Zustimmung der Europäischen Kommission vor. Diese legte Wert darauf, dass keine sogenannten Spill over Effekte eintreten würden, sich also die Beihilfeleistungen der Treuhandanstalt nicht zugleich als Subventionen für die im Westen gelegenen Betriebsstätten der BVV AG auswirken würden. Um dem Anliegen der Kommission Rechnung zu tragen, einigte man sich darauf, dass vierteljährlich entsprechende "Spill over Berichte" zu fertigen seien, die zudem von einem Wirtschaftsprüfer einmal jährlich testiert werden mussten. In der Folgezeit wurden entsprechende Berichte dann auch durch die beiden Ostwerften vorgelegt.

Die BVV AG befand sich - bedingt durch die wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Schiffbau - seit 1992 ständig in einer angespannten finanziellen Situation. Um die Liquiditätsstruktur innerhalb des Konzerns zu optimieren, war ein zentrales Cash-Management-System in der Planung. Dadurch sollten zunächst Finanzüberhänge innerhalb des Konzerns genutzt und so die Aufnahme von Bankkrediten reduziert werden. Aufgrund eines Vorstandsbeschlusses im Herbst 1992 wurde ein zentrales automatisches Cash-Management für sämtliche Tochtergesellschaften eingeführt. Dieses richtete die BVV AG aufgrund eines auch mit der Commerzbank als Hausbank geschlossenen Vertrages im Herbst 1993 zunächst nur unter den westdeutschen Tochterunternehmen ein, während die MTW und VWS nicht einbezogen waren. Danach wurde bei der BVV AG ein Zielkonto gebildet, auf das von den Konten der Tochterunternehmen Guthaben automatisch abgebucht wurden. Gleichzeitig erfolgte von dem Zielkonto ein Ausgleich entsprechender Debetsalden der Tochterunternehmen.

Die beiden Ostwerften verfügten auch aufgrund der erhaltenen Leistungen über erhebliche Liquiditätsreserven. Zunächst wurden freie Gelder der MTW als Festgeldanlage an den Treasury der BVV AG ausgereicht. Die Treuhandanstalt, die von der Anlage dieser Gelder im Treasury Kenntnis erlangt hatte, stimmte der Ausleihung der Gelder unter der Bedingung zu, dass ihre jederzeitige Rückzahlbarkeit gesichert sein musste. Die Gelder wurden zum 31. März 1994 vereinbarungsgemäß zurückgeführt. Gleiches gilt auch für eine - wesentlich geringere - Anlage der VWS im Treasury. Das Jahr 1993 hatte den höchsten Verlust der Konzerngeschichte erbracht; die Banken kürzten die Kreditlinien. Im Verlauf des Jahres 1994 wurde die Liquidität im Konzern zunehmend schwächer. Bereits am 5. April 1994 überwies die MTW 70 Mio. DM, am 8. April 1994 weitere 40 Mio. DM als Festgeld an die BVV AG. Nach der Freigabe eines erheblichen Betrages durch die EU-Kommission legte die MTW im Mai 1994 zusätzlich 220 Mio. DM bei der BVV AG an. Nachdem sich eine zunächst ins Auge gefasste Kapitalerhöhung nicht realisieren ließ, beschloss der Vorstand in seiner Sitzung Mitte Juli 1994 ein Sanierungs-

konzept, das auch die Veräußerung von Firmenanteilen vorsah. Im Zusammenhang mit der Neuordnung der Finanzplanung sollten nun die bislang hiervon ausgenommenen Ostwertfen in das automatische Cash-Management-System einbezogen werden. Nach internen Unstimmigkeiten innerhalb der Konzernführung wies schließlich der Vorstand der BVV AG die MTW an, sich an dem Cash-Management-System zu beteiligen. Daraufhin kam es im September 1994 zu einer Vereinbarung, welche die MTW verpflichtete, freie Mittel auf das bei der Commerzbank geführte Konto zu übertragen, über das automatisch eine Saldenkonzentration innerhalb des Konzerns bewirkt wurde. Von Seiten der VWS wurde zunächst Widerstand gegen eine Einbeziehung in das Cash-Management-System geleistet. Aufgrund einer Gesellschafterweisung trat schließlich auch die VWS dem Cash-Management-System bei.

Nach anfänglichen Erfolgen bei der finanziellen Konsolidierung des Gesamtkonzerns gab es im Verlauf des Jahres 1995 weitere Rückschläge wegen Forderungsausfällen und der nicht kostendeckenden Fertigstellung von Schiffbauvorhaben. Die Sanierungsvorhaben scheiterten ebenso wie die in Aussicht genommene Veräußerung von steuerlichen Verlustvorträgen in der Gesamthöhe von etwa 3 Mrd. DM. Den Angeklagten war die sich verschärfende wirtschaftliche Situation und insbesondere die dramatische Liquiditätslage bekannt. Dies war Gegenstand einer Vorstandssitzung am 7. August 1995, die - unter Einbeziehung des Aufsichtsrats - in der Folgezeit zu Bemühungen führte, weitere Kredite zu erlangen. Ende August 1995 kam es zur Vereinbarung eines Konsortialkredits in Höhe von insgesamt 300 Mio. DM, an dem mehrere Banken beteiligt waren. Als Sicherheiten wurden die wesentlichen im Konzern noch vorhandenen freien Vermögenswerte verpfändet. Die VWS nahm dabei auf Geheiß der Konzernmutter aus dem Gesamtkredit ein Teildarlehen in Höhe von 68 Mio. DM auf. In seiner Sitzung im September 1995 billigte der Aufsichtsrat die Kreditaufnahme. Zugleich entband er auf dessen Anerbieten den Angeklagten Dr. H von seinem Amt als Vorstandsvorsitzender, wobei dieser das Amt kommissarisch weiterführen sollte, bis ein Nachfolger gefunden sei.

Trotz des Konsortialkredits kam es im Herbst 1995 zu einer weiteren Verschlechterung der Liquiditätssituation der BVV AG. Diese wurde unter anderem auch durch negative Meldungen in den Medien über die Finanzsituation des Gesamtkonzerns ausgelöst, weil nunmehr etliche Zulieferer nur noch gegen Vorkasse lieferten. Noch im Oktober 1995 wurden von der EU-Kommission aus dem Gesamtausgleichsbetrag 194 Mio. DM freigegeben, die auf Konten der MTW ausgezahlt wurden und sofort in das Cash-Management-System einfließen. Zugleich nahm die MTW auf Veranlassung der Konzernleitung einen sogenannten Bau-

zeitenkredit in Höhe von 80 Mio. DM auf.

Der Aufsichtsrat beschloss aufgrund der anhaltenden schwierigen finanziellen Situation in seiner Sitzung vom 15. November 1995 die sofortige Entbindung des Angeklagten Dr. H von seinen Pflichten als Vorstandsvorsitzender und übertrug zugleich diese Funktion dem Angeklagten Sm. Ende 1995 kam es durch die Commerzbank und das Land Bremen zu einer neuerlichen Kreditvergabe von über 384 Mio. DM. Im Dezember 1995 traten erneut Liquiditätslücken auf. Schließlich verschärfte sich die Situation im Januar 1996 drastisch. Eine Sanierung kam nicht mehr zustande. Am 21. Februar 1996 wurde für die BVV AG ein Vergleichsantrag gestellt. Am 1. Mai 1996 kam es durch das Amtsgericht Bremen zur Eröffnung des Anschlusskonkursverfahrens.

Im Februar 1996 waren Gelder der Ostwertfen in erheblichem Umfang im Gesamtkonzern angelegt oder - als Transferleistungen im Cash-Management-System - von anderen Tochterunternehmen beansprucht. So flossen bei der MTW insgesamt etwa 590 Mio. DM auf diese Weise ab; bei der VWS, die bis zum 31. Dezember 1995 nur noch das Cash-Management-System bediente und keine Festgeldanlagen mehr unterhielt, betrug dieser Betrag etwa 260 Mio. DM. Anfang 1996 schieden die beiden Ostwertfen aus dem Cash-Management-System aus. Bemühungen der aus der Treuhandanstalt hervorgegangenen Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS), die Festgeldanlagen zurückzuerlangen, scheiterten ebenso wie die Versuche, die Einlagen im Cash-Management-System nachträglich besichern zu lassen. Die Ausfälle von MTW und VWS wurden im Konkurs der BVV AG zur Konkurstabelle anerkannt.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Entscheidung des Landgerichts; Revisionen*

Das Landgericht hat die drei Angeklagten jeweils wegen gemeinschaftlicher Untreue in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung formellen und sachlichen Rechts rügen. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihren - vom Generalbundesanwalt vertretenen und zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten - Revisionen mit der Sachrüge allein den Rechtsfolgenausspruch. Alle Rechtsmittel haben Erfolg. [...]

Das Landgericht hat in dem Verhalten der Angeklagten jeweils eine Untreue zum Nachteil der beiden Ostwertfen gesehen. Nach Auffassung des Landgerichts traf die Angeklagten als Organe der Muttergesellschaft (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich des Vermögens der beiden Tochtergesellschaften. Aus dem Gesamtzusammenhang der

vertraglichen Regelungen, die durch massive Unterstützungsleistungen der Treuhandanstalt geprägt seien, ergebe sich, dass die Angeklagten als Organe der Muttergesellschaft sämtliche Vermögenswerte der Ostwerften in diesen Unternehmen hätten belassen müssen. Indem den Ostwerften die finanziellen Mittel durch die Anlage im Treasury entzogen worden seien, hätten die Angeklagten gegen diese Pflicht verstoßen. Dabei soll es nach Meinung des Landgerichts nicht darauf ankommen, ob diese Finanzmittel aus den Gesamtausgleichsbeträgen oder dem übrigen Vermögen der Werften stammen. Die Pflichtverletzung der Angeklagten sei darin zu sehen, dass Vermögenswerte der Ostwerften ungesichert angelegt worden seien. Spätestens ab 30. Juni 1994 seien die Gelder der Ostwerften nicht mehr gesichert gewesen. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt liege ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung vor. Diese Gefährdung habe sich bis zum Konkurs der Muttergesellschaft weiter vertieft, in dem die Tochtergesellschaften nur noch auf eine Konkursquote in Höhe von 5 % hoffen könnten.

Hilfswise stützt das Landgericht seine Verurteilung auf die Vermögensbetreuungspflicht des beherrschenden Unternehmens. Es nimmt dabei Bezug auf ein im Laufe der Hauptverhandlung ergangenes Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urt. vom 17. September 2001 - II ZR 178/99), der in dem Zivilverfahren - nur MTW betreffend - eine Haftung von Vorstandsmitgliedern nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 266 StGB unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs dem Grunde nach für möglich erachtet hat (teilweise abgedruckt in BGHZ 149, 10 ff.).

Das Landgericht hat bei sämtlichen Angeklagten für jede der beiden Taten zu Lasten der MTW und der VWS eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verhängt. Aus diesen Einzelstrafen hat es jeweils aufgrund des sehr engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren gebildet und die Vollstreckung der Freiheitsstrafe bei sämtlichen Angeklagten zur Bewährung ausgesetzt.

### *B. Entscheidung des BGH*

Die Revisionen der Angeklagten führen zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Die auf den Strafausspruch beschränkten Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft haben ebenfalls Erfolg.

#### *I. Keine Vermögensbetreuungspflicht der Angeklagten*

Das landgerichtliche Urteil ist auf die Sachrügen der Angeklagten aufzuheben, weil die getroffenen Feststellungen die Verurteilungen wegen Untreue nicht tragen. Die Annahme der Strafkammer, die Verträge über den Kauf der Ostwerften begründeten eine Ver-

mögensbetreuungspflicht der Angeklagten im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

#### *1. Keine Vermögensbetreuungspflicht aus den Unternehmenskaufverträgen*

Eine Vermögensbetreuungspflicht setzt voraus, dass die Angeklagten als Organe der BVV AG aufgrund der jeweiligen Verträge über den Unternehmenskauf der Ostwerften (KAV und KÜV) zur Wahrung von deren Vermögensinteressen verpflichtet waren. Das Landgericht ist durch Auslegung der beiden Verträge zu der Auffassung gelangt, diese begründeten ein Verbot, Vermögenswerte der Ostwerften an die Muttergesellschaft zu übertragen. Dieses Ergebnis hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

##### *a. Zur Würdigung des Landgerichts*

Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Seine durch Würdigung der vorhandenen Beweismittel gewonnene Überzeugung hat das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Es kann eine solche Entscheidung nur auf Rechtsfehler überprüfen, insbesondere darauf, ob die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, die Beweismittel nicht ausschöpft oder Verstöße gegen Denk- oder Erfahrungssätze aufweist (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 16; BGH NSTZ-RR 2000, 171; BGH NSTZ 2001, 491, 492; 2002, 48). Die Auslegung von Verträgen ist ein wertender Akt, weil sie unterschiedliche Aspekte in einer richterlichen Feststellung zusammenführt. Deshalb gelten die vorgenannten Grundsätze ebenso für die Würdigung von Erklärungen, Verträgen oder Urkunden durch den Tatrichter. Auch insoweit beschränkt sich die revisionsrichterliche Kontrolle auf die Prüfung, ob ein Verstoß gegen Sprach- und Denkgesetze, Erfahrungssätze oder allgemeine Auslegungsregeln vorliegt (BGH NJW 2003, 1821; vgl. auch BGHSt 37, 55, 61; 21, 371, 372).

Bei Anwendung dieser Maßstäbe ergibt sich folgendes:

Das Landgericht berücksichtigt weder zureichend die Rechtslage innerhalb des Konzerns noch entspricht das Ergebnis der allgemein anerkannten Auslegungsregel einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung, durch die eine Abrede auf einen vertretbaren Sinngehalt zurückzuführen ist (vgl. BGHZ 131, 136, 138).

##### *aa. Zu den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des vorliegenden Falls*

Das Landgericht hat sich insbesondere nicht ausreichend mit den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen auseinandergesetzt. Der Alleingesellschafter oder einverständlich handelnde Gesellschafter sind nämlich grundsätzlich berechtigt, auch formlos der Tochterge-

sellschaft Vermögenswerte zu entziehen. Die Gesellschaft hat gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf Gewährleistung ihres Bestands. Die Gesellschafter können die Existenz der Gesellschaft - sei es im Rahmen einer freiwilligen Liquidation, sei es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens - beenden (BGHZ 151, 181, 186).

Dieses prägende Prinzip, dass es der Konzernmutter - unter noch zu erörternden Einschränkungen - jedenfalls im Grundsatz möglich sein muss, der Gesellschaft Vermögenswerte zu entziehen, hat der Tatrichter bei seiner Auslegung nicht hinreichend bedacht. Ungeachtet der Frage, ob eine vom Landgericht angenommene umfassende Bindung sämtlicher Vermögenswerte der Ostwerften überhaupt zulässig sein könnte, hat es dabei ersichtlich übersehen, dass es sich bei der Auslegung der Verträge vom aufgezeigten gesetzlichen Leitbild entfernt hat.

*bb. Zur Auslegung der Verträge durch das Landgericht*

Daneben lässt die Auslegung des Landgerichts vertragliche Einzelabreden außer Betracht. Beide Veräußerungsverträge enthielten Regelungen über ein Gewinnbezugsrecht, das mit Wirksamkeit der Anteilsabtretung ab 1. Januar 1992 (§ 2.2 KAV) bzw. ab 1. Januar 1993 (§ 1.4 und § 1.5 KÜV) der Käuferin zustehen sollte. Ein solches ausdrücklich vereinbartes Gewinnbezugsrecht ist mit dem vom Landgericht angenommenen Grundgedanken, sämtliche Vermögenswerte der Ostwerften sollten auch dort verbleiben, nicht vereinbar. Das den Erwerbern zustehende Gewinnbezugsrecht weist vielmehr darauf hin, dass ihnen - und letztlich damit der BVV AG als Konzernmutter - die notwendige unternehmerische Freiheit zugestanden werden sollte, die für die reale Wahrnehmung einer Gewinnchance erforderlich war.

Der notwendige wirtschaftliche Entscheidungsspielraum umfasste dabei auch das Finanzmanagement des Gesamtkonzerns, das - jedenfalls idealtypisch - für sämtliche Beteiligte zunächst nur Zins- bzw. Liquiditätsvorteile hätte erbringen können. Hierfür sprechen im übrigen

auch weitere - vom Landgericht nicht erörterte - Vertragsbestimmungen in den beiden Erwerbsverträgen. Die Veräußerung der beiden Ostwerften an einen relativ großen Konzern, dessen Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich des Schiffbaus lag, erfolgte auch vor dem Hintergrund, Synergieeffekte zu nutzen. Dieser Gesichtspunkt, formuliert als Verpflichtung der BVV AG, alle Synergieeffekte zu nutzen, kommt in beiden Verträgen (§ 10.1 KAV; § 12.1 KÜV) eindeutig zum Ausdruck. Dass vom Willen der Vertragsparteien dabei auch Geldanlagen umfasst waren, zeigt im übrigen die nachfolgende Entwicklung. Die BvS hatte Kenntnis sowohl von den Geldanlagen als auch von der späteren Einbeziehung der Ostwerften in das Cash-Management-System.

Sie hatte hiergegen nur unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Gefährdung der Anlagen Bedenken, nicht jedoch gegen den Transfer der Gelder an sich. Nur hierauf kann es aber für die Frage der Vertragsauslegung ankommen. Wenn die BvS prinzipiell eine Verlagerung von Vermögenswerten für zulässig hielt, dann spricht dies dafür, dass durch den Vertrag eine solche Praxis nicht generell ausgeschlossen sein sollte; denn die Praxis der Vertragsdurchführung bildet ein gewichtiges Kriterium für die Auslegung des Vertrages (vgl. BGH NJW 2003, 1821, 1822; NJW 1988, 2878, 2879 m.w.N.).

*cc. Zur Bewertung der Pflichten der Angeklagten durch das Landgericht*

Das Landgericht misst im Rahmen der Vertragsauslegung den von den Erwerbern übernommenen Pflichten einen nicht mehr interessengerechten Bedeutungsgelalt zu. Sämtliche von der BVV AG bzw. ihren zwischengeschalteten Töchtern übernommenen Sonderpflichten (Fortführungspflicht, Arbeitsplatzgarantie und Investitionsverpflichtung) sind umsetzbar, ohne dass damit eine völlige Bindung des Vermögens der Ostwerften verbunden sein müsste. Zwar sind diese Sonderpflichten vorrangig, weil Konzerninteressen niemals geeignet sein können, die Verletzung vertraglicher Pflichten im Außenverhältnis zu rechtfertigen. Dies erschöpft jedoch die im Rahmen der Vertragsauslegung zu beachtende Bewertung der gegenseitigen Interessen nicht. Ein vom Landgericht angenommenes Verbot des Transfers von Vermögenswerten der Ostwerften ist nämlich keine zwangsläufige Notwendigkeit, um die Erfüllung dieser Pflichten sicherzustellen. Auch hier gilt vielmehr, dass der jeweilige Vertragspartner eigenverantwortlich zu entscheiden hat, wie er diese Pflichten erfüllt. Eine Vertragsauslegung, die das Interesse auch der Erwerberseite angemessen berücksichtigt, dürfte deshalb die unternehmerische Freiheit des Erwerbers nicht weiter einschränken, als dies durch die Art der vertraglichen Pflichten unumgänglich ist.

*dd. Keine Vermögensbetreuungspflicht aus Pflicht zur Anfertigung von "Spill over Berichten"*

Schließlich führen auch die Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Vorlage der "Spill over Berichte" nicht zu einer anderen Betrachtung.

Dabei kann der Senat dahinstehen lassen, ob diese Abreden - weil sie jedenfalls von Seiten der BVV AG ohne Anerkennung einer Rechtspflicht jeweils erstellt wurden - überhaupt geeignet waren, die vertraglichen Vereinbarungen zu modifizieren. Die "Spill over Berichte" bezogen sich nämlich allein auf die von der Treuhandanstalt bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin BvS erbrachten Leistungen, die im Ergebnis Subventionen waren. Selbst wenn man insoweit von einer vertraglichen Verpflichtung ausginge, diese Leistungen nur

zugunsten der Ostwerften zu verwenden, könnte dies nicht die wesentlich weitergehende Vermögensbindung, von der das Landgericht ausgeht, rechtfertigen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sind nämlich - allein schon durch die betragsmäßige Festlegung - Subventionsleistungen und sonstige Vermögenswerte der Ostwerften ohne weiteres trennbar. Wieso dann für die letztgenannten Vermögenswerte ebenfalls ein unbedingtes Transferverbot gelten soll, ist nicht nachvollziehbar. Dies zeigt im übrigen auch die vertragliche Regelung des § 12.2 KÜV. Diese Vorschrift schreibt lediglich fest, dass die Investitionsbeihilfen ausschließlich für die VWS verwendet werden müssen. Diese vertragliche Regelung, die vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt schon bekannten Bedenken der Europäischen Kommission zu möglichen Spill over Effekten zu sehen ist, legt vielmehr den Gegenschluss nahe, dass andere Vermögenswerte an die in den alten Bundesländern gelegenen Konzernteile überführt werden durften. [...]

*b. Aufhebung der Verurteilung gem. § 266 I 2. Fall StGB*

Da sich die vom Landgericht angenommene Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Ostwerften nicht aus den Verträgen herleiten lässt, entfällt die Grundlage für den Schuldspruch wegen Untreue gemäß § 266 StGB: das Landgericht hat die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Treubruchtatbestandes (§ 266 Abs. 1 StGB) aus der vertraglichen Pflichtenbindung hergeleitet. Wenn diese Pflichtenbindung unzutreffend definiert ist, dann setzt sich dieser Mangel zwingend fort in der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, die letztlich eine gesteigerte Pflichtenbindung aus dem Vertragsverhältnis darstellt (vgl. BGHSt 28, 20, 23 ff.; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 266 Rdn. 23).

*2. Keine Vermögensbetreuungspflicht wegen Inanspruchnahme von Subventionen*

Eine Treupflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kann auch anderweitig aus den Regelungen der Erwerbsverträge nicht hergeleitet werden. Die dort zugesicherten Gesamtausgleichsbeträge (680 Mio. DM – KAV; 585 Mio. DM – KÜV) stellen gleichfalls kein Treugut im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB dar. Hinsichtlich der im KAV oder KÜV vereinbarten Gesamtausgleichsbeträge ist nach den unterschiedlichen Leistungsarten zu differenzieren, die jeweils in einem einheitlichen Gesamtbetrag zusammengefasst sind.

*a. Verlustausgleichsbeträge kein Treugut*

Soweit Teilbeträge einen Ausgleich für drohende Verluste aus vereinigungsbedingten Verlustgeschäften oder Aufwendungen aus Sozialplänen darstellen sollen, kommen die hierfür angesetzten anteiligen Beträ-

ge als Treugut nicht in Betracht. Insoweit bilden diese Beträge einen Ausgleich für bereits eingetretene oder bevorstehende Vermögenseinbußen. Mit ihrer Zahlung sollten die Ostwerften auf einen ausgeglichenen Anfangsstatus gebracht werden, um jedenfalls nicht verschuldet auf den Erwerber überzugehen. Daraus wird auch deutlich, dass damit kein Raum für einen treuhänderischen Umgang der Empfänger mit diesen Geldern bestand. Mit dem Eingang der Zahlung war der eingetretene oder bereits bilanziell eingestellte Verlust rechnerisch ausgeglichen. Eine irgendwie geartete Sonderverpflichtung an diesen ins allgemeine Firmenvermögen eingeflossenen Zahlungen ist nicht erkennbar.

*b. Zur Vermögensbetreuungspflicht bei Inanspruchnahme von Investitionsbeihilfen*

Eine privatrechtliche Bindung besteht unzweifelhaft hinsichtlich der Anteile in dem Gesamtausgleichsbetrag, die als Investitionsbeihilfen ausgewiesen sind. Beide Verträge enthalten feste Höchstbeträge für einen Investitionszuschuß (340 Mio. DM - § 5 I.1.h KAV; 380 Mio. DM - § 4.2.6 KÜV).

Diese Zusicherungen waren jeweils an eine Investitionsverpflichtung ins Anlagevermögen gekoppelt, die in den Anlagen zu beiden Verträgen näher spezifiziert war. Ihrem Charakter nach waren diese Investitionsbeihilfen Subventionen, die auszuzahlen waren, soweit die Ostwerften die in den Vertragsanlagen beschriebenen Leistungen erbracht hatten. Die Käufer verpflichteten sich dabei in den Erwerbsverträgen, die Werften zu veranlassen, den aufgeführten Investitionen nachzukommen. Solche Investitionspflichten, die mit Förderleistungen bezuschusst werden, stellen zwar zweifelsfrei vertragliche Pflichten dar. Dies bedeutet indes nicht, dass diese bloß vertraglichen Pflichten notwendig gleichzeitig eine spezifische Treupflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB beinhalten, die darauf gerichtet sein muss, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

*aa. Grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht bei Inanspruchnahme von Subventionen*

Der Bundesgerichtshof hat eine solche besondere Pflichtenstellung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bei Subventionen grundsätzlich verneint. Der Empfänger solcher staatlichen Leistungen nehme durch die Zuzahlung noch nicht Vermögensinteressen der öffentlichen Hand wahr. Diesem fehle im allgemeinen eine besondere, enge Beziehung zu den staatlichen Vermögensinteressen. Die Wahrnehmung der Vermögensinteressen der öffentlichen Hand obliege vielmehr den Amtsträgern oder solchen Personen, denen der Staat die Zuteilung übertragen hat (BGH LM StGB § 266 Nr. 16; BGHZ 149, 10, 23). Dem letzten Empfänger der staatlichen Gelder fehle danach diese enge Beziehung zu den staatlichen Vermögensinteressen; deren

Wahrung sei für ihn nicht die wesentliche Verpflichtung, die ihm aus seinem mit dem Staat abgeschlossenen Rechtsgeschäft erwachse, es sei denn, dass besondere Umstände vorlägen (BGH LM aaO).

Zwar erwägt der II. Zivilsenat hinsichtlich der Investitionsbeihilfen dann eine gesteigerte Vermögensbetreuungspflicht, wenn die zweckgerichtete Verwendung der Subventionsmittel die wesentliche Pflicht aus dem mit der öffentlichen Hand geschlossenen Vertrag ist (BGHZ 149, 10, 24). Danach soll im Blick auf die besondere Bedeutung des Fortbestands der Werften hier eine gesteigerte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB anzunehmen sein. Dies bleibt im Ergebnis jedoch offen, weil nach der vertraglichen Ausgestaltung diese Pflicht nicht die BVV AG betraf, sondern MTW selbst.

*bb. Keine Vermögensbetreuungspflicht im vorliegenden Fall*

Eine Treupflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB liegt bei der hier gegebenen Sachverhaltskonstellation nicht vor.

*(1) Inanspruchnahme von Subventionen nicht fremdnützig*

Eine Treupflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB setzt regelmäßig ein Rechtsverhältnis voraus, das auf die Betreuung fremder Vermögensangelegenheiten gerichtet ist (vgl. BGH NJW 1983, 461; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16). Eine solche Treuebeziehung wird sich prinzipiell bei fremdnütigen Schuldverhältnissen ergeben. Deshalb wird die Treupflicht auch als "fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis" verstanden (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 266 Rdn. 23a). Es wird sogar verlangt, dass die Treupflicht eine Art Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (vgl. BGH GA 1977, 18, 19). Anders ist es beim Subventionsempfänger. Dieser wird nicht fremdnützig tätig. Vielmehr wird nach der Zielsetzung der Subventionsleistung die eigene Wertschöpfung des Empfängers gefördert. Insoweit nimmt er kein fremdes, sondern letztlich ein eigenes Geschäft wahr. Damit unterscheidet sich der Subventionsempfänger grundlegend von der Person des über die Subventionsgewährung entscheidenden Amtsträgers. Dieser steht nach ständiger Rechtsprechung in einem Treueverhältnis, weil er über die Mittelvergabe als staatliche Aufgabe entscheidet. Deshalb nimmt er - anders als der Empfänger der Subvention - eine fremde Aufgabe wahr (BGH NJW 2003, 2179; 2001, 2411).

*(2) Keine Ausnahme im vorliegenden Fall*

Die vorliegende Sachverhaltsgestaltung legt es auch nicht nahe, einen besonderen Ausnahmefall anzunehmen, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einzelfall eine Vermögensbetreuungs-

pflcht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB begründen könnte. Da sich die Treupflicht grundsätzlich auf ein fremdes Geschäft bezieht, kommt bei dem Subventionsempfänger die Annahme einer Treupflicht ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn er zugleich Vermögensinteressen seines Treugebers zu beachten hat (vgl. BGH GA 1977, 18, 19). Dies kann dann der Fall sein, wenn der Subventionsgeber an dem subventionierten Objekt eigene finanzielle Interessen verfolgt, etwa im Sinne einer Beteiligung an dort zu erwartenden Einnahmen.

Das vom II. Zivilsenat in der genannten Entscheidung in den Vordergrund gestellte Wesentlichkeitselement liefe letztlich darauf hinaus, eine Subvention nach ihrer Größenordnung und wirtschaftlichen Bedeutung zu beurteilen. Inwieweit ein Subventionsziel aus sozial-, kultur- oder wirtschaftspolitischen Gründen mehr oder weniger bedeutsam ist, erscheint jedoch für die Frage von untergeordneter Bedeutung, ob die Subventionsgewährung fremdnützige Elemente aufweist.

Im vorliegenden Fall sind solche Gesichtspunkte auch nicht ersichtlich. Die Förderung der Ostwerften erfolgte allein aus wirtschafts- und strukturpolitischen Überlegungen, was sich schon daraus ergibt, dass die Gewinnbezugsrechte ausschließlich den Anteilserwerbern zustehen sollten. Ein Interesse an konkreten Investitionsmaßnahmen ist gleichfalls nicht erkennbar. Zwar sahen § 8.1 KAV und § 10.1 KÜV konkrete Investitionsmaßnahmen vor. Mit diesen verfolgte die Treuhand aber keine über den allgemeinen Vertragszweck - die Herstellung der Lebensfähigkeit der Werften - hinausgehende Ziele. Den Unternehmen war es vielmehr sogar ausdrücklich gestattet, die in der Anlage vorgesehenen Maßnahmen im Einzelfall auszutauschen und durch wertmäßig gleichartige zu ersetzen (§ 10.1 KÜV; § 8.1 KAV).

*(3) Keine Strafbarkeitslücke trotz Nichteingreifens von § 266 StGB*

Eine Strafbarkeitslücke entsteht hierdurch nicht. Die zweckwidrige Verwendung einer Subvention ist pönalisiert durch die Strafbestimmung des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Zwar ist diese Vorschrift erst durch das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EG-Finanzschutzgesetz - EG-FinSchG) vom 10. September 1998 (BGBl II 2322) am 22. September 1998 in Kraft getreten und erfasst mithin die hier zu beurteilenden Tathandlungen nicht mehr. Die Gesetzesnovellierung offenbart jedoch, dass der Gesetzgeber - vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - eine zweckwidrige Verwendung von Subventionsleistungen grundsätzlich nicht als Untreue gemäß § 266 StGB angesehen hat. Anderenfalls hätte es einer Neuregelung nicht bedurft (vgl. BT-Drucks. 13/10425, S. 6).

### 3. § 266 StGB wegen existenzgefährdenden Eingriffs

Nach den bislang getroffenen Feststellungen des Landgerichts kommt allerdings in Betracht, dass eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB unter dem Gesichtspunkt eines existenzgefährdenden Eingriffs gegeben sein könnte.

#### a. Treuepflicht wegen Pflicht zur Vermeidung von Existenzgefährdungen

Den Angeklagten als Organen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) der Alleingeschafterin BVV AG kann nämlich gegenüber dem beherrschten Unternehmen insofern eine Treuepflicht zukommen, als sie dem beherrschten Unternehmen nicht Vermögenswerte in einem Umfang entziehen durften, welcher die Existenzfähigkeit des Unternehmens gefährdete.

#### aa. Herleitung der Pflicht zur Vermeidung von existenzgefährdenden Maßnahmen

Allerdings können der Gesellschaft mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden, weil die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand hat. Deshalb sind solche Verfügungen, die in Übereinstimmung mit dem Vermögensinhaber erfolgen, grundsätzlich nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB (vgl. BGHZ 151, 181, 186 f.; BGH wistra 2003, 344, 346 f.; NJW 2003, 2996, 2998). In der zivil- wie auch strafgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen der Geschäftsführer als der für das Vermögen einer Gesellschaft Treuepflichtige seine Pflichten nach § 266 Abs. 1 StGB auch dann verletzt, wenn er mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter handelt. Insoweit gibt es einen Bereich, der einer Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen ist, weil Interessen anderer oder öffentliche Interessen berührt sind. Der Zweck einer Kapitalgesellschaft erschöpft sich nämlich nicht in einer bloßen Vermögensanlage für die Gesellschafter. Jedenfalls wenn die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aufgenommen hat, handelt sie unter eigener Rechtspersönlichkeit als Wirtschaftssubjekt im Geschäftsverkehr und wird Träger von Rechten und Pflichten. Dies lässt gleichzeitig Schutzerfordernisse entstehen, die sicherstellen, daß die Gesellschaft die Essentialien einhält, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerlässlich sind und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muss. Dementsprechend hat die Rechtsprechung eine Vermögensverfügung dann gegenüber der Gesellschaft als treuwidrig und wirkungslos angesehen, wenn die Verfügung geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen (BGHSt 35, 333, 336 f.; BGH NJW 2003, 2996, 2998; 1997, 66, 68 f.; jeweils m.w.N.). Gleiches gilt, wenn durch die Vermögensverfügung eine konkrete und unmittelbare Existenzgefährdung einträte,

weil der GmbH ihre Produktionsgrundlagen entzogen würden oder ihre Liquidität gefährdet wäre (BGH aaO; vgl. BGH wistra 2003, 344, 346 f.).

#### bb. Person des Verpflichteten

Eine entsprechende Pflicht, die Gesellschaft nicht existenzbedrohend zu beeinträchtigen, trifft nicht nur den Geschäftsführer als das vertretungsberechtigte Organ, sondern in gleicher Weise den beherrschenden Alleingeschafter (vgl. BGHZ 149, 10, 17 f.). Den Gesellschaftern steht innerhalb wie außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss zu. Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaft jedoch grundlegenden Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zweck der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muss und damit der - im Recht der GmbH im übrigen sehr weitgehenden - Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist (BGHZ 151, 181, 186 f.). Es ist ihnen nicht erlaubt, der Gesellschaft Vermögen zu entziehen, das sie für die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.

#### cc. Rechtsprechung zur Pflicht zur Vermeidung von Existenzgefährdungen

Aufgrund dieser Pflichtenstellung der Alleingeschafterin hat der II. Zivilsenat in dem parallelen Zivilverfahren eine gegen die Gesellschafterin persönlich gerichtete Ausfallhaftung unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs bejaht (vgl. BGHZ 149, 10, 17 f.). Als Alleingeschafterin treffe die BVV AG nämlich die Pflicht, das Vermögen von MTW insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der MTW durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf zu achten hatte, dass sie die Existenz der MTW nicht gefährdete (BGH aaO). Dabei lehnt sich der II. Zivilsenat an die strafrechtliche Judikatur (BGHSt 35, 333 = NJW 1989, 112) an, die zu den - oben aufgezeigten - Grenzen der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters entwickelt wurde. Aus zivilrechtlicher Sicht begründet diese Rechtsprechung eine Ausfallhaftung des in diesem Sinne rechtswidrig handelnden Alleingeschafter gegenüber dem Gläubiger der Gesellschaft; sie greift dabei aber auf die anerkannten Grenzen der Verfügungsbefugnis des Alleingeschafter zurück. Dies verdeutlichen auch die später ergangenen Entscheidungen (BGHZ 150, 61 ff.; 151, 181 ff.), in denen das Rechtsinstitut des existenzvernichtenden Eingriffs weiter entwickelt wurde (vgl. Benecke BB 2003, 1190 ff.). Soweit dabei in der strafgerichtlichen Entschei-

dungspraxis der Begriff des existenzgefährdenden Eingriffs verwandt wird (vgl. BGH wistra 2003, 344, 346; NJW 2003, 2996, 2998), bedeutet dies keinen wesentlichen Unterschied in den Anwendungsvoraussetzungen. Die terminologische Abweichung erklärt sich vielmehr daraus, dass für den strafrechtlichen Schadens- oder Nachteilsbegriff die schadensgleiche Gefährdung ausreicht (vgl. BGHSt 44, 376, 384 ff. m.w.N.), während im Zivilrecht der Gefährdungsgedanke in diesem Zusammenhang keine Rolle spielt. Hat sich die Gefahr nämlich letztlich dann doch nicht verwirklicht, besteht zivilrechtlich kein ausgleichsfähiger Schaden.

*dd. Pflicht zur Vermeidung von Existenzgefährdungen als Vermögensbetreuungspflicht i.S.v § 266 I StGB*

Jedenfalls bei der hier gegebenen Sachverhaltskonstellation kann die dem Alleingesellschafter gegenüber der Gesellschaft obliegende Pflicht, ihr das zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten erforderliche Kapital zu belassen, auch eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB darstellen. Der Senat kann dabei offenlassen, ob allein die gebotene Rücksichtnahme des Alleingeschafters auf das Eigeninteresse der GmbH schon für die Erfüllung des Treuebruchtatbestandes ausreichen kann (so BGHZ 149, 10, 17 f.). Insofern könnte fraglich sein, inwieweit diese Pflicht schon die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen betrifft oder nicht vielmehr nur die Schranke eigener Dispositionsfreiheit aufzeigt.

Der vorliegende Fall weist nämlich folgende Besonderheit auf, die jedenfalls eine Vermögensbetreuungspflicht begründete. Die Vermögenswerte der Ostwerften befanden sich innerhalb des Konzerns. Diese standen entweder als Festgeldanlagen dem Konzern bzw. seinen Tochtergesellschaften zur Verfügung oder waren in das Cash-Management-System einbezogen, was materiell die Gewährung eines Darlehens bedeutete (vgl. Burgard, Gesellschaftsrecht in der Diskussion Bd. 6, 2002, S. 48 f.). Damit befanden sich die Gelder in der ausschließlichen Einflusssphäre des Konzerns. Insofern war die BVV AG, die als Alleingeschafterin über die Gelder nur in den oben gesteckten Schranken verfügen durfte, rechtlich gehalten, eine andauernde Sicherung der Gelder zu gewährleisten. Jedenfalls in dieser Sachverhaltsgestaltung kommt die besondere, auf die Wahrung fremder Vermögensinteressen gerichtete Betreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zum Ausdruck. Zwar ist die Errichtung eines entsprechenden Cash-Management-Systems nicht an sich pflichtwidrig. Werden automatisch ohne Rücksicht auf bestehende Verbindlichkeiten Gelder in dieses System eingespeist, löst dies dann gesteigerte Sicherungspflichten aus, wenn auf diese Weise Vermögenswerte das Unternehmen verlassen und innerhalb des Konzerns transferiert werden (vgl. Vetter, Gesellschaftsrecht in der Diskussion Bd. 6, S. 94 f.).

Erreicht der Vermögenstransfer ein solches Ausmaß, dass die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle eines Verlusts der Gelder gefährdet wäre, dann trifft die Muttergesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht, die Rückzahlung der Gelder - etwa durch ausreichende Besicherung - zu gewährleisten. Sie hat dann die wirtschaftlichen Eigeninteressen ihrer Tochtergesellschaft (und deren Gläubiger) zu wahren. Diese Pflicht der Konzernmutter wird den Angeklagten nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB als Mitgliedern des Organs der Muttergesellschaft zugerechnet. Sie haften deshalb strafrechtlich, soweit die von ihnen geleitete Konzernmutter eine ordnungsgemäße Sicherung der Einzahlungen der Tochtergesellschaften VWS und MTW unterlassen hat.

*b. Erstreckung der Anklage auf das strafwürdige Verhalten*

Etwaige Untreuehandlungen in Gestalt von jeweils existenzgefährdenden Eingriffen in das Vermögen der Tochtergesellschaften sind von der Anklage erfasst. Diese schildert im Anklagesatz die tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung in dieser Form. Sie weist zudem in der rechtlichen Würdigung ausdrücklich auf diesen Begründungsansatz hin. Insofern scheidet im vorliegenden Fall ein Freispruch aus. Zwar hat das Landgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob unter diesem Gesichtspunkt eine Strafbarkeit wegen Untreue gegeben wäre. Dies hätte jedoch seiner Kognitionspflicht unterlegen, zumal das Landgericht die Anklage unverändert zur Hauptverhandlung zugelassen hat.

*c. Fehlen eines Hinweises gem. § 265 StPO*

Es kann hier dahinstehen, ob die bislang getroffenen Feststellungen eine Untreuehandlung unter dem Gesichtspunkt des existenzgefährdenden Eingriffs tragen könnten.

Dem Senat ist bei der hier gegebenen Verfahrenskonstellation jedenfalls eine Durchentscheidung zum Schuldspruch verschlossen. Dies ergibt sich aus einer von den Angeklagten erhobenen Verfahrensrüge, mit der die Verletzung der Hinweispflicht nach § 265 StPO gerügt wird.

*aa. Sachverhalt*

Der Verfahrensrüge liegt folgendes Geschehen zugrunde:

Im Blick auf die mittlerweile ergangene Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. September 2001 in dem parallel geführten Zivilverfahren haben die Verteidiger der drei Angeklagten einen rechtlichen Hinweis für den Fall erbeten, dass das Landgericht die Vermögensbetreuungspflicht nicht ausschließlich aus den Erwerbsverträgen ableiten sollte, und für diesen Fall weitere Ausführungen in recht-

licher und tatsächlicher Hinsicht angekündigt. Dem ging eine Erklärung des Vorsitzenden voraus, wonach als selbständige Grundlage einer möglichen Vermögensbetreuungspflicht nur die Privatisierungsverträge und deren Auslegung untersucht würden; die gesellschaftliche Treupflicht und die tatsächliche Ausübung der Leitungsmacht im faktischen Konzern seien dagegen nicht geprüft worden.

*bb. Rechtliche Würdigung*

Gegen die Hinweispflicht hat das Landgericht - entgegen der Auffassung der Revisionen der Angeklagten - im vorliegenden Fall nicht verstoßen, weil es die Vermögensbetreuungspflicht tragend allein auf die Erwerbsverträge gestützt hat. Der vom Landgericht

gesetzte Vertrauenstatbestand muss indes im Revisionsverfahren fortwirken. Den Angeklagten, die entsprechendes Verteidigungsvorbringen mit Rücksicht auf den gerichtlichen Hinweis unterlassen haben, ist die Möglichkeit zu erhalten, sich zu dem Vorwurf eines existenzgefährdenden Eingriffs gegenüber den Tochterunternehmen in einer neuen Hauptverhandlung umfassend zu verteidigen. Der neue Tatrichter wird dabei festzustellen haben, ob und gegebenenfalls wann die von den Ostwertfen angelegten Gelder konkret in einem Maße gefährdet waren, dass von einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB auszugehen ist. Zugleich wird zu klären sein, inwieweit die Angeklagten von der Gefährdung der Anlagen Kenntnis erlangt hatten. [...]

### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Frank Bollmeyer ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Entschädigung für Beleidigung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 04.03.2004  
1 BvR 2098/01 (NJW 2004, 2371)

**Problemdarstellung:**

In der Rechtsprechung des BGH ist seit dem legendären "Herrenreiter-Fall" (BGHZ 26, 349; vgl. auch BVerfGE 34, 269) anerkannt, dass schwerwiegende Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Entschädigung in Geld nach sich ziehen können, wenn eine Kompensation nicht auf andere Weise möglich ist. Diese ursprünglich zu § 847 BGB a.F. begründete Rspr. stützte der BGH seit dem "Ginseng-Fall" (BGHZ 35, 363, 367) allein auf § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG, da bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht - wie beim Schmerzensgeld - der Ausgleich für erlittene Beeinträchtigungen, sondern die Genugtuung des Opfers im Vordergrund stehe. Spätestens seit der Entscheidung *Caroline v. Monaco I* (BGH, NJW 1995, 861) betont der BGH überwiegend den *präventiven Charakter* des Anspruchs, denn nur durch diesen lassen sich die ausgerichteten Beträge (im Fall *Caroline v. Monaco I* für ein erfundenes Interview und eine Fotoreportage 180.000 DM) rechtfertigen.

Der Anspruch ist mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt. Bei der Schuldrechtsreform hat man auf eine Regelung bewusst verzichtet. § 253 II BGB n.F. sollte an der skizzierten Rspr. nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 14/7752, S. 49, 55) nichts ändern. Die Norm umfasst daher weder den Anspruch, noch schließt sie ihn aus. Dieser gewährt also kein "Schmerzensgeld", sondern eine Geldentschädigung eigener Art.

Betrafen die o.g. Fälle hauptsächlich die Berichterstattung in den Medien, geht es im vorliegenden Fall um eine Beleidigung zwischen Privatpersonen. Die Kriterien für eine Geldentschädigung, also besondere Schwere der Verletzung und keine anderweitige Kompensationsmöglichkeit, sind aber identisch. Das BVerfG betont, dass die Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG bei der Auslegung und Anwendung dieser Merkmale auf den konkreten Fall nicht außer acht gelassen werden darf. Das Verfassungsrecht strahlt insoweit auf das Zivilrecht aus. Grundrechte haben nach dem Verständnis des BVerfG einen objektiven und einen subjektiven Gehalt. Die subjektive Komponente schützt das Individuum und ermöglicht es ihm, sich auf die Grund-

rechte zu berufen und eine Verletzung derselben notfalls mittels Verfassungsbeschwerde abzuwenden. Die objektive Komponente besteht in Form eines Schutzauftrags an den Staat, der sich nicht nur selbst einer Verletzung der Grundrechte zu enthalten, sondern auch aktiv durch seine Organe der Exekutive, Judikative und Legislative darauf hinzuwirken hat, dass die Grundrechte praktisch durchgesetzt werden können. Der BGH betont, dass seine o.g. Rspr. zur Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen gerade diesen staatlichen Schutzauftrag aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG realisieren soll (BGHZ 128, 14; vgl. auch schon BGHZ 13, 334).

Das BVerfG stellt klar, dass eine Verletzung dieses objektiven Gehalts zugleich eine Verletzung des subjektiven Gehalts darstellt. Deshalb gab es der Vb. der Bf. statt, die sich in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht dadurch verletzt fühlte, dass die Gerichte ihr keine Entschädigung für eine erlittene Beleidigung zugesprochen hatten.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung liegt in der Schnittmenge zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht und ist daher für Prüfungsaufgaben aus beiden Rechtsgebieten gleichermaßen geeignet. In einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung werden - wie hier - die verfassungsrechtlichen Probleme im Vordergrund stehen, also die Auslegung und Anwendung der Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, ihre mittelbare Wirkung unter Privaten durch Ausstrahlung auf die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Gehalt.

Im Zivilrecht wird es eher um die Prüfung diverser Anspruchsgrundlagen gehen. Neben dem vom BGH favorisierten § 823 I BGB werden z.B. für die Fälle ungenehmigter oder verfälschender Presseberichte Ansprüche aus Bereicherungsrecht (Eingriffskondition, § 812 I 1 BGB, vgl. Canaris, FS Deutsch, S. 85, 78 ff.; Teichmann in: Jauernig, BGB, § 253 Rz. 7) und GoA (§ 687 II BGB, vgl. Vollkommer, FS Leisner, S. 599, 606) bejaht.

Die in der Entscheidung angesprochenen Probleme behalten schon durch die immer neuen Fälle aus der Praxis ihre Aktualität und damit Prüfungsrelevanz. Erst jüngst hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden (Urteil vom 24.6.2004, Az.: 59320/00; ZUM 2004, 651), dass die Rspr. des

BVerfG zur Abwägung zwischen dem Anspruch auf Privatsphäre prominenter Personen (im Fall erneut Caroline v. Monaco) und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit gegen Art. 8 EMRK verstieß. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung auf den Einzelfall beschränkt bleiben oder das BVerfG zu einer allgemeinen Korrektur seiner Rspr. veranlassen wird.

#### **Vertiefungshinweise:**

Beleidigungsfälle: *BVerfG*, NJW 1991, 95 ("Zwangsdemokrat"); NJW 1995, 3303 ("Soldaten sind Mörder")

Presseberichte: *BVerfG*, NJW 2000, 1021 (Caroline v. Monaco); RA 2000, 414 = NJW 2000, 1895 (Lebach II); *OLG Braunschweig*, RA 2001, 85 = NJW 2001, 160 (Blood & Honour)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die Prinzessin und die Papparazzi"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Beleidigung setzt eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts und die mangelnde Möglichkeit anderweitiger Genugtuung voraus.**

**2. Die Zivilgerichte haben bei der Prüfung dieser Voraussetzungen die Fundierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Würde des Menschen zu beachten. Verfehlen sie dies, so liegt darin nicht nur eine Verletzung objektiven Verfassungsrechts, sondern auch ein Verstoß gegen die subjektiven Grundrechte des Betroffenen.**

**3. Eine Wiederholungsgefahr ist nicht Voraussetzung für eine schwerwiegende Verletzung.**

**4. Einem Beleidigungsoffer ist es nicht zuzumuten, als Möglichkeit anderweitiger Genugtuung eine Entschuldigung vom Täter zu verlangen. Ob eine solche überhaupt Genugtuung für eine vorher erfolgte Verletzung des sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruchs schaffen kann, bleibt offen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bf. hatte mit der Ehefrau des Bekl. eine Auseinandersetzung. Diese nahm der Bekl. zum Anlass, auf den Anrufbeantworter der Bf. unter anderem folgenden Text zu sprechen:

„Hallo, Du fette hässliche Griechenhure, jetzt geht es erst richtig los, wir werden Dich fertig machen vor Gericht, Du wirst zahlen, Du wirst büßen, Du fettes hässliches Griechenscheißenstück, Du Hurenbastard, O. K., verstanden, alles klar, vor Gericht geht es weiter, viel Freude.“

Nachdem das AG ihr wegen dieser Äußerungen 2.000 DM zugesprochen hatte, wies das LG die Klage ab.

Voraussetzung für die Zahlung einer Geldentschädigung auf Grund einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts seien eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts und die Unmöglichkeit, anderweitig Genugtuung zu erlangen. Weder das Eine noch das Andere läge vor. Gegen die besondere Schwere der Verletzung spreche, dass die Äußerung als Überreaktion im Rahmen eines Streits unter Freunden bzw. Bekannten getätigt worden sei. Es handele sich überdies um einen einmaligen Vorfall, Wiederholungen drohten nicht. Auch sei eine fortwährende Beeinträchtigung nicht vorgetragen worden. Die Ehefrau des Bekl. habe sich am folgenden Tag bemüht, eine vernünftige Basis zwischen den Familien der Parteien zu erreichen. Schließlich sei bedeutsam, dass die Äußerung nicht öffentlich bekannt geworden sei. Als anderweitige Möglichkeit der Genugtuung hätte sich der Bekl. bei der Bf. entschuldigen können; die Bf. habe es jedoch versäumt, vom Bekl. eine Entschuldigung zu verlangen.

Hat die gegen das Urteil des LG erhobene Verfassungsbeschwerde (Vb.) der Bf. vor dem BVerfG Erfolg?

#### **Lösung:**

Die Vb. der Bf. hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Zuständigkeit**

Das angerufene BVerfG ist gem. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG für die Entscheidung über die Vb. zuständig.

##### **II. Beteiligtenfähigkeit**

Die Bf. ist als volljährige natürliche Personen grundrechtsfähig und damit als "jedermann" i.S.d. § 90 I BVerfGG berechtigt, eine Vb. zu erheben.

##### **III. Beschwerdegegenstand**

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, § 90 I BVerfGG. Die öffentliche Gewalt gliedert sich gem. Art. 20 II, III GG in Legislative, Exekutive und Judikative. Hier wenden sich die Bf. gegen das klageabweisende Urteil des LG, mithin einen Judikativakt.

##### **IV. Beschwerdebefugnis**

Beschwerdebefugt i.S.d. § 90 I BVerfGG ist, wer behaupten kann, selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein (vgl. BVerfGE 1, 97 [101 ff.]; 100, 313 [354]).

##### **1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung**

Zur Behauptung in diesem Sinne genügt die schlüssige Darlegung der Möglichkeit einer solchen Verletzung. Hier kommt ein Verstoß gegen das aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG ableitbare allgemeine Persönlichkeitsrecht der Bf. in Betracht. Die Äußerungen des Bekl. auf dem Anrufbeantworter mögen eine solche darstellen. Zu beachten ist allerdings, dass Gegenstand der Vb. der Hoheitsakt, also das Urteil des LG ist. Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, denn Art. 1 III GG bindet (nur) die staatliche Gewalt an die Grundrechte. Es genügt daher nicht, auf die Äußerungen des Bekl. abzustellen. Vielmehr ist zu fragen, ob das LG bei seiner Urteilsfindung Grundrechte möglicherweise verletzt hat. Wenn ein Gericht - wie hier das LG - über eine zivilrechtliche Angelegenheit zwischen Privatpersonen entscheidet, kann die Entscheidung Grundrechte nur verletzen, wenn diese im streitgegenständlichen Verhältnis zwischen den beteiligten Privatpersonen überhaupt gelten.

#### *a. Objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte*

Das BVerfG entnimmt dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zunächst eine objektiv-rechtliche Funktion, nämlich einen Schutzauftrag des Staates. Dieser hat sich nicht nur selbst der Verletzung des Grundrechts zu enthalten, sondern darüber hinaus die Pflicht, durch seine Organe - hier die Rspr. - zu gewährleisten, dass dieses auch nicht durch Dritte, also z.B. Privatpersonen, geschieht. Da sich eine solche Verletzung in Form von Beleidigungen regelmäßig nicht im Vorfeld wird abwenden lassen, sieht das BVerfG einen Anspruch auf Ausgleich in Geld als von diesem Schutzauftrag mit umfasst an:

“Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als eigenständiges Grundrecht aus Art. 2 I i. V mit Art. 1 I GG entwickelt worden. Es gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen (vgl. BVerfGE 54, 148 [153]; 72, 155 [170]) und damit auch den Schutz der persönlichen Ehre (vgl. BVerfG 54, 208 [217]; 93, 266 [290]). Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt eine Verpflichtung der staatlichen Gewalt, dem Einzelnen die Entfaltung seiner Persönlichkeit zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 35, 202 [220 f.]; 63, 131 [142 f.]; 96, 56 [64]) und ihn vor Persönlichkeitsgefährdungen durch Dritte zu schützen (vgl. BVerfGE 73, 118 [201]; 97, 125 [146]; 99, 185 [194 f.]). Auf diesen Schutzauftrag geht der Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen zurück (vgl. BVerfGE 128, 1 [15]; BVerfG, NJW 2000, 2187 [2187]; BGHZ 35, 363 [367 f.]).”

#### *b. Eigene Rechtsverletzung der Bf.*

Mit der Vb. kann aber nicht die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte durchgesetzt werden. Vielmehr fordert § 90 I BVerfGG, dass der Bf. möglicherweise in einem “seiner” Grundrechte verletzt sein

muss, d.h. selbst betroffen ist. Das BVerfG bejaht in st.Rspr. aber auch eine solche Verletzung für den von beleidigenden Äußerungen Betroffenen:

“Der Anspruch auf Geldentschädigung setzt nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts und die mangelnde Möglichkeit anderweitiger Genugtuung voraus (vgl. BGHZ 39, 124 [133]; NJW 1996, 985 [986]; vgl. auch BVerfGE 34, 269 [286 ff.]). Bei der Anwendung dieser Tatbestandsmerkmale haben die Gerichte die Fundierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Würde des Menschen zu beachten. Verfehlen sie dies, so liegt darin nicht nur eine Verletzung objektiven Verfassungsrechts, sondern auch ein Verstoß gegen die subjektiven Grundrechte des Betroffenen (vgl. BVerfGE 7, 198 [206 f.]; 99, 185 [195]; st. Rspr.)”

Das LG hat eine Reihe von Gründen angeführt, warum ein Anspruch der Bf. auf Ausgleich in Geld nicht bestehen soll. Es erscheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass es dabei die Tragweite der im allgemeinen Persönlichkeitsrecht enthaltenen Menschenwürde verkannt und die Bf. dadurch in ihren Grundrechten verletzt hat.

#### *c. Gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit*

§ 90 I BVerfGG fordert weiter, dass der Bf. “durch” den Hoheitsakt in seinen Grundrechten betroffen “sein” muss. Die eigene Beschwer der Bf. müsste also gerade durch das Urteil eingetreten sein, d.h. unmittelbar aus diesem folgen, und noch fort dauern. Wie oben gezeigt, ist der eingeklagte Anspruch auf Geldentschädigung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert. Indem das LG die hierauf gerichtete Klage abgewiesen hat, hat es die Bf. ohne weiteren Vollzugsakt und damit im o.g. Sinne unmittelbar beschwert. Diese Beschwer dauert auch noch fort, da das Urteil den Anspruch der Kl. gegenwärtig negiert.

Die Bf. ist mithin insgesamt beschwerdebefugt.

[Anm.: Nochmals klargestellt sei, dass nur auf den Anspruch, nicht aber auf die beleidigenden Äußerungen abgestellt werden darf. Diese hat nämlich nicht das LG als Hoheitsträger, sondern ein Privatmann getätigt. Das Urteil des LG betrifft die Bf. nicht unmittelbar in Form von beleidigenden Äußerungen in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern dadurch, dass es den in diesem ebenfalls verankerten Entschädigungsanspruch abweist.]

#### *V. Rechtswegerschöpfung*

Ferner müsste die Bf. gem. § 90 II BVerfGG den Rechtsweg erschöpft haben. Gegen Berufungsurteile des LG stand der Bf. ein weiteres Rechtsmittel nicht offen, sodass der Rechtsweg erschöpft worden ist.

*VI. Form, Frist*

Die Vb. ist in der von §§ 23, 92 BVerfGG vorgegebenen Form zu erheben, von deren Wahrung hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ebenso auszugehen ist wie von der Einhaltung der bei Vb. gegen Urteile geltenden Monatsfrist des § 93 I BVerfGG.

Die Vb. ist damit zulässig.

*B. Begründetheit*

Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. in einem der in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Rechte verletzt ist.

*I. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG*

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Bf. Dann müsste in den Schutzbereich dieses Grundrechts in nicht gerechtfertigter Weise eingegriffen worden sein.

*1. Schutzbereich*

Zunächst müsste also der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen sein.

*a. Prüfungskompetenz*

Fraglich ist allerdings schon, in welchem Umfang das BVerfG dies hier prüfen darf. Das BVerfG ist keine "Superrevisionsinstanz", in der fachgerichtliche Urteile auf die richtige Anwendung einfachen Rechts hin überprüft werden. Vielmehr hat es vom GG den Auftrag erhalten, die spezifische Verletzung von Verfassungsrecht abzuwenden. Das BVerfG betont daher zunächst nochmals, dass das einfache Recht - hier un- ausgesprochen § 823 I BGB in Form des "sonstigen Rechts" - im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden ist. Das Gericht kann und muss daher (nur, aber immerhin) prüfen, ob bei der Verneinung eines Eingriffs in das "sonstige Recht" des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Tragweite der Art. 2 I, 1 I GG hinreichend gewürdigt worden sind, wobei das BVerfG hier insbes. im Hinblick auf die Menschenwürde-Komponente des Art. 1 I GG Bedenken anmeldet:

"Die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG grundsätzlich entzogen. Dieses greift nur bei der Verletzung von Verfassungsrecht durch die Gerichte ein, etwa wenn die Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruht (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 f.]; 68, 361 [372]; st. Rspr.). So liegt es hier. [...] Ob eine hinreichende schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, hängt nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung von der Bedeutung und der Tragweite des Eingriffs ab, dabei insbe-

sondere vom Anlass und Beweggrund sowie von dem Grad des Verschuldens des Handelnden (vgl. BGH, VersR 1988, 405; VersR 1989, 628 [629]; BGHZ 128, 1 [12] = NJW 1995, 861). Die Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 I und Art. 1 I GG wirkt auf die Anwendung solcher Kriterien ein: Für die Beurteilung der besonderen Schwere der Verletzung ist daher auch erheblich, ob die Äußerung den Achtungsanspruch berührt, der sich aus der Menschenwürde ergibt, oder nur eine Persönlichkeitsbeeinträchtigung geringerer Intensität darstellt."

*b. Definition des Schutzbereich*

"Mit der Menschenwürde als oberstem Wert des Grundgesetzes kommt dem Menschen ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zu. Jedem Menschen ist sie eigen, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (vgl. BVerfGE 87, 209 [228]; 96, 375 [399]; 101, 275 [287]). Dieser Anspruch ist insbesondere verletzt, wenn die Diffamierung einer Person Ausdruck ihrer Missachtung ist, etwa durch Leugnung oder Herabsetzung der persönlichen Eigenschaften und Merkmale, die das Wesen des Menschen ausmachen. Art. 1 I GG verpflichtet den Staat, alle Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde zu schützen (vgl. BVerfGE 1, 97 [104]; 102, 347 [367] = NJW 2001, 591). Der Schutz der Menschenwürde ist absolut und erstreckt sich auf alle Lebensbereiche. Auch die Privatsphäre ist daher geschützt (vgl. BVerfG, NJW 2004, 999)."

*c. Subsumtion*

Das LG könnte es versäumt haben, diesem Schutzauftrag gegenüber der Bf. nachzukommen, indem es ihre auf Kompensation in Form von Geld gerichtete Klage abgewiesen hat. Dies setzt aber voraus, dass die streitgegenständlichen Äußerungen einen solchen Anspruch im Lichte der Art. 2 I, 1 I GG überhaupt erfordern. Hierzu präzisiert das BVerfG die Umstände, nach denen eine Geldzahlung verfassungsrechtlich geboten ist:

*aa. Besondere Schwere*

"Die Feststellung, ob der auf der Menschenwürde beruhende Achtungsanspruch durch eine Äußerung verletzt wird, setzt deren Deutung voraus. Zu berücksichtigen sind ihr Wortlaut und die Begleitumstände."

*(1). Wortlaut*

"Die auf dem Anrufbeantworter aufgezeichneten Worte stellen eine gehässige Schmähung dar. Sie würdigen die Bf. in mehrfacher Hinsicht herab: Als Frau durch die Bezeichnung als Prostituierte („Hure“), wegen ihrer Herkunft, die als ehrenrührig und verächtlich hingestellt wird („Griechenhure“, „Griechenscheißens-

tück") und in ihrer äußeren Erscheinung („fett“, „hässlich“). Überdies wird ihr in herabsetzender Weise eine nichteheliche Abstammung von einer Prostituierten unterstellt („Hurenbastard“). Schließlich stehen diese Äußerungen im Zusammenhang der Drohung des Bekl., die Bf. vor Gericht „fertig zu machen“. Diese Äußerungen sind Ausdruck tiefer Missachtung der Bf. und diffamieren sie in einem durch Einschüchterung geprägten Zusammenhang.“

(2). *Kontext*

“Der Kontext einer Äußerung kann ergeben, dass die Worte nicht so gemeint waren und eventuell auch nicht so verstanden wurden. Ausdrücke, die in manchen Kreisen oder unter Freunden im Rahmen eines eher rauen Umgangstons gängig sind, können in anderem Zusammenhang intensiv verletzen. Die vom LG aufgeführten Begleitumstände nehmen der Äußerung nicht ihr Gewicht als gehässige Schmähung, die den auf der Menschenwürde aufbauenden Achtungsanspruch auf schwere Weise verletzt. Ist eine Äußerung ihrem Wortlaut nach Ausdruck tiefer Verachtung, indiziert dies eine besondere Schwere der Verletzung.“

(3). *Keine sonstigen Kriterien*

Über die Deutung nach Kontext und Wortlaut hinaus bedarf es nach Ansicht des BVerfG aber keiner weiteren Begleitumstände, um eine besondere Schwere zu bejahen. Dies gilt für sämtliche vom LG angeführten mildernden Umstände:

(a). *Wiederholungsgefahr*

“Die vom LG aufgeführten Begleitumstände reichen nicht, das Gewicht der Verletzung zu verringern. Der schon in der Äußerung selbst liegende Angriff auf die Menschenwürde erlangt nicht erst dann erhebliches Gewicht, wenn die Wiederholung der Äußerung, also eine weitere Persönlichkeitsverletzung, zu befürchten ist.“

(b). *Wiedergutmachungsversuch Dritter*

“Unmaßgeblich ist auch, ob ein Dritter - hier die Ehefrau des Bekl. - sich anschließend um ein besseres nachbarschaftliches Verhältnis bemüht hat. Dass außer der Bf. und ihrem Mann niemand die Beleidigungen wahrgenommen hat, mag zwar für weitere Folgen einer Beeinträchtigung der Persönlichkeit bedeutsam sein. An der Schwere der Verletzung durch die Äußerung selbst ändert dies jedoch nichts. Der Persönlichkeitsschutz ist unabhängig davon, wie viele Personen an der Kommunikation beteiligt sind.“

(c). *Persönliche Nähebeziehung*

“Die vom LG festgestellten „freundschaftlichen Beziehungen“ der Parteien, insbesondere der Bf. und der Ehefrau des Bekl., verringern für sich allein das Gewicht der Verletzung ebenfalls nicht. Eine Freund-

schaft kann sogar darüber zerbrechen. Dass die Äußerung - wie das LG ausführt - durch eine Handlung im Rahmen eines Streits unter Freunden bzw. Bekannten erfolgte, steht im Übrigen damit im Widerspruch, dass der Bekl. bei dem tagsüber stattgefundenen Streit gar nicht anwesend war und die Aufzeichnung auf dem Anrufbeantworter erst am Abend erfolgt ist.“

*bb. Keine anderweitige Kompensation möglich*

Nach Ansicht des BVerfG hat das LG ferner die Tragweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ferner insoweit verkannt, als es eine Entschuldigung als anderweitige Kompensationsmöglichkeit, die es vorrangig vor einer Geldentschädigung in Anspruch zu nehmen gelte, angesehen hat:

“Das LG hat die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebenfalls nicht zutreffend gewürdigt, als es die zweite Voraussetzung einer Geldentschädigung verneint und ausgeführt hat, die Bf. hätte auf andere Weise Genugtuung erfahren können, nämlich durch Herbeiführen einer Entschuldigung durch den Bekl. Ob eine Entschuldigung Genugtuung für eine vorher erfolgte Verletzung des sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruchs schaffen kann, mag dahinstehen. Jedenfalls müsste sie dann von dem Schädiger ausgehen. Dem Opfer einer Persönlichkeitsverletzung zuzumuten, den Täter um eine versöhnliche Geste zu bitten, kann eine weitere Demütigung bedeuten. Dies darf die Rechtsordnung nicht als Voraussetzung für einen rechtlichen Anspruch, hier auf Geldentschädigung, verlangen, der gerade dazu führen soll, die Folgen der erfolgten Persönlichkeitsverletzung abzumildern. Anhaltspunkte dafür, dass der Bekl. sich für die Äußerung entschuldigen wollte und die Bf. dies abgelehnt hätte, sind nicht ersichtlich.“

Mithin betrifft die Entscheidung des LG den Schutzbereich des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG gleich in doppelter Hinsicht.

2. *Eingriff*

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, die hier in der Abweisung der Klage aufgrund der Verkennung der Reichweite des Grundrechts liegt.

3. *Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Ein Eingriff kann durch die Schranken des Grundrechts gedeckt sein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt den Schranken des Art. 2 I GG, eine spezifische Verletzung der Menschenwürde kann hingegen unter keinen Umständen gerechtfertigt werden. Im vorliegenden Fall ist aber selbst eine Rechtfertigung im Hinblick auf den Schrankentrias des Art. 2 I GG nicht ersichtlich. Insbesondere kennt die dort genannte “verfassungsmäßige Ordnung” keinen Rechts-

satz, aus dem sich die Ansicht des LG rechtfertigen ließe, so dass es schon an einer Konkretisierung der Schranken fehlt.

Mithin ist die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt.

### II. Art. 3 I GG

Das BVerfG prüft darüber hinaus eine Verletzung von Art. 3 I GG an, verneint diese aber, da die vom LG angeführten Gründe zwar verfassungsrechtlich nicht haltbar, aber zumindest nicht völlig willkürlich gewählt waren:

“Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG in Form einer Willkürentscheidung liegt hingegen nicht vor (dazu BVerfGE 57, 39 [42]; 87, 273 [278 f.]; 89, 1 [13 f.]). Die bloße Fehlgewichtung im Rahmen der Subsumtion eines tatsächlichen Vorgangs unter die zutreffend erkannten Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage stellt

grundsätzlich keine Willkürentscheidung dar.”

[Anm.: Auf die sogen. “neue Formel”, nach der bei Art. 3 I GG über die reine Willkürkontrolle hinaus bei besonders schwerer Beeinträchtigung eine Verhältnis-mäßigkeitsabwägung anzustellen ist (vgl. nur BVerfGE 55, 72, 88; Wendt, NVwZ 1988, 778, 781; Michael, JuS 2001, 866; Pieroth/Görisch, NWVBl 2001, 282, alle m.w.N.), ist das BVerfG nicht eingegangen, obwohl die besondere Schwere der Beeinträchtigung gerade dadurch indiziert wird, dass ein Freiheitsgrundrecht - wie hier Art. 2 I i.V.m. 1 I GG - betroffen ist, und das Gericht in der Prüfung desselben immerhin eine besondere Schwere der Äußerungen bejaht hat.]

### C. Ergebnis

Die Vb. ist zulässig und begründet und hat somit Erfolg.

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Anrechnung der Betriebsgefahr

LG BIELEFELD, URTEIL VOM 27.04.2004  
20 S 7 / 04 (NJW 2004, 2245)

### Problemdarstellung:

Die Kl. wurde hier schuldlos in einen Verkehrsunfall verwickelt, als der 16-jährige Bekl. auf Inlineskatern plötzlich hinter einem Bulli hervor auf ihre Fahrbahn fuhr, ohne sich zuvor über das Verkehrsaufkommen auf der Gegenfahrbahn vergewissert zu haben. Sie verlangte sodann Ersatz des an ihrem Fahrzeug aufgrund des Unfalls entstandenen Schadens.

Problematisch war hier die Frage, inwieweit die Kl. sich anspruchskürzend entgegenhalten lassen musste, dass sie selbst mit ihrem Kraftfahrzeug Unfallbeteiligte war. Grundsätzlich war sie selbst als Fahrzeughalterin gem. § 7 I StVG schadensersatzpflichtig, da der Unfall sich bei Betrieb ihres Fahrzeuges ereignet hatte und wohl eindeutig nicht auf höhere Gewalt i. S. d. § 7 II StVG n. F. zurückzuführen war. Für eine Anspruchskürzung sprach weiterhin, dass ihr Unfallgegner zu der Gruppe minderjähriger Verkehrsteilnehmer gehörte, deren Schutz durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 gestärkt werden sollte.

Gleichwohl hat das LG Bielefeld hier eine volle Haftung des 16-jährigen angenommen.

### Prüfungsrelevanz:

Vollkommen zu Recht werden Examenskandidaten immer wieder auf die Besonderheiten der Haftung des KfZ-Halters (§ 7 StVG, Gefährdungshaftung) sowie des KfZ-Führers (§ 18 StVG, Haftung für vermutetes Verschulden) bei Verkehrsunfällen hingewiesen. Ins-

besondere ist darauf zu achten, dass eine Anspruchskürzung zu Lasten des Geschädigten, der selbst mit einem KfZ unfallbeteiligt war, nicht auf den Gesichtspunkt des Mitverschuldens, sondern auf die mitwirkende Betriebsgefahr gestützt wird. Auf die Regelungen der §§ 17 I - III, 18 III StVG ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen, so dass eine Anwendung des § 9 StVG i. V. m. § 254 BGB i. d. R. nur in Betracht kommt, wenn der Anspruchsteller als Fußgänger oder Radfahrer durch ein KfZ geschädigt wurde. Bei all diesen Überlegungen darf aber nicht übersehen werden, dass der Gesichtspunkt der mitwirkenden Betriebsgefahr über § 254 I BGB auch dann Berücksichtigung finden kann, wenn der geschädigte Fahrzeugeigentümer Ersatz von einem Unfallverursacher begehrt, der als Fußgänger, Radfahrer oder eben - wie hier - Inlineskater unterwegs war.

Hierzu und zu den Auswirkungen des Schadensrechtsreformgesetzes vom 19.07.2002 auf dieses Problematik ist das Urteil des LG Bielefeld ausgesprochen lesenswert. Um den Blick auf diesen Schwerpunkt nicht zu verstellen, wurde der Prüfungsauftrag an den Bearbeiter bei der klausurmäßigen Aufbereitung des Falles auf § 823 I BGB beschränkt.

### Vertiefungshinweise:

- Zur Deliktsfähigkeit eines Kindes im Straßenverkehr: AG Sinsheim, RA 2004, 189 = NJW 2004, 453
- Zur Haftung des KfZ-Halters nach § 7 StVG n. F.: Garbe/Hagedorn, JuS 2004, 287

### Kursprogramm:

- Examenskurs : “Flugreise eines Minderjährigen”

- Examenskurs : "Das verhängnisvolle Skateboard"  
 Assessorkurs : "Die Fahrt zum Fest"

**Leitsätze:**

**1. Aus den Änderungen der § 7 II StVG, § 828 II BGB durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 kann nicht abgeleitet werden, dass ein Kraftfahrer bei einem Verkehrsunfall mit einem Jugendlichen stets für die Betriebsgefahr seines KfZ einzustehen hat, sofern der Unfall nicht auf höhere Gewalt zurückzuführen ist.**

**2. Auch wenn eine Alleinverantwortung des Jugendlichen selbst bei grobem Verschulden nur ausnahmsweise vorliegen wird, ist sie insbesondere mit steigendem Alter des Jugendlichen nicht von vornherein ausgeschlossen. (Leitsätze der Redaktion).**

**Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt Ersatz ihres Fahrzeugschadens in Höhe von 4.794,47 Euro nebst Zinsen wegen eines für sie angeblich unabwendbaren Unfalls. Der 16-jährige Bekl. hatte am 12.06.2003, als Inlineskater hinter einem Bulli hervorkommend, die Gegenfahrbahn mit unverminderter Geschwindigkeit überquert, ohne sich zu vergewissern, ob das gefahrlos möglich ist. Das AG hat den Bekl. nur zum Ersatz von 80% des der Kl. entstandenen Schadens verurteilt. Es hat ausgeführt, die Kl. müsse sich die Betriebsgefahr ihres Fahrzeugs anspruchsmindernd anrechnen lassen, weil der Unfall nicht durch höhere Gewalt verursacht worden sei. Auch wenn der Jugendliche grob sorgfaltswidrig gehandelt habe, sei es mit Rücksicht auf die Änderung des § 7 II StVG selbst bei Unabwendbarkeit des Unfalls für den Kraftfahrer unbillig, dem Jugendlichen die volle Haftung zuzuweisen. Mit der Reform des § 7 II StVG habe der Gesetzgeber gerade auch Abwägungsfragen im Rahmen des § 254 BGB zu Gunsten Minderjähriger beeinflussen wollen.

Hat die Kl. trotzdem einen Anspruch aus § 823 I BGB ?

**Lösung:**

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 4.794,47 Euro gem. § 823 I BGB.

**A. Haftungsbegründender Tatbestand**

Dann müsste der Bekl. durch eine adäquat kausale und zurechenbare Handlung ein durch § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut der Kl. in rechtswidriger Weise fahrlässig oder vorsätzlich verletzt haben.

**I. Rechtsgutverletzung durch Handlung des Schädigers**  
Im Rahmen des Verkehrsunfalles vom 12.06.2003 sind

Beschädigungen am Kraftfahrzeug der Kl. entstanden. Hierin liegt eine Eigentumsverletzung i. S. d. § 823 I BGB in Form einer Substanzverletzung.

*[Anm.: Welche Schäden genau am Fahrzeug entstanden sind und woraus sich das Eigentum der Kl. an diesem Fahrzeug ergibt, ist der veröffentlichten Entscheidung nicht zu entnehmen, beides kann aufgrund der Sachverhaltsangaben, denen zufolge es um den Fahrzeugschaden der Kl. ging, aber unterstellt werden.]*

Diese Rechtsgutverletzung hat der Bekl. adäquat kausal und zurechenbar verursacht, indem er hinter einem Bulli hervorkommend mit unverminderter Geschwindigkeit auf die Fahrbahn der Kl. gefahren ist, ohne sich vorher zu vergewissern, ob dieses gefahrlos möglich ist.

**II. Rechtswidrigkeit**

Die tatbestandliche Rechtsgutverletzung i. S. d. § 823 I BGB indiziert deren Rechtswidrigkeit. Es fehlt daher nur ausnahmsweise bei Eingreifen von Rechtfertigungsgründen hieran (vgl. Palandt/Sprau, § 823 Rz. 24 m. w. N. auch zur gegenteiligen Lehre vom Handlungsunrecht, die jedenfalls bei nicht vorsätzlichem Verhalten die Sorgfaltspflichtverletzung des Schädigers als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit versteht. Hierauf ist in relativ unproblematischen Fällen wie diesem in der Klausur aber nicht einzugehen.). Da Rechtfertigungsgründe zugunsten des Bekl. hier nicht ersichtlich sind, war dessen Verhalten auch rechtswidrig.

**III. Verschulden**

Der Bekl. müsste gem. § 823 I BGB schließlich auch vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

**1. Deliktsfähigkeit des Bekl.**

Hierbei ist zu beachten, dass der Bekl. zum Unfallzeitpunkt erst 16 Jahre alt war, weshalb fraglich erscheinen könnte, ob er für die Folgen seines Verhaltens überhaupt zur Verantwortung gezogen werden kann. Da allerdings der Bekl. sein 10. Lebensjahr bereits vollendet hatte, ist er nach Maßgabe des § 828 II, III BGB insoweit verantwortlich, als er bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatte. Hierbei ist grundsätzlich auf die besonderen Umstände des Einzelfalles und den konkreten Entwicklungsstand des betroffenen Jugendlichen abzustellen, wobei mangels besonderer Anhaltspunkte aber auch auf die allgemeine Lebenserfahrung hinsichtlich der bei Jugendlichen eines bestimmten Alters zu erwartenden Verstandesreife abgestellt werden kann (Palandt/Sprau, § 828 Rz. 6).

Da hier keine Anhaltspunkte für eine besonders geminderte Einsichtsfähigkeit des Bekl. vorliegen, muss

davon ausgegangen werden, dass er die nötige Reife besaß um erkennen zu können, dass er nicht auf die Gegenfahrbahn fahren kann, ohne sich zuvor über die dortige Verkehrssituation Gewissheit verschafft zu haben. Von der Deliktstfähigkeit des Bekl. ist damit auszugehen.

### 2. Vorsatz

Fraglich ist, ob der Bekl. hier vorsätzlich gehandelt hat. Der Vorsatz des Schädigers muss sich im Falle des § 823 I BGB auf die Verletzung des geschützten Rechtsgutes beziehen, die der Handelnde vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben muss (Palandt/Heinrichs, § 276 Rz. 10).

Es ist hier aber nicht ersichtlich, dass der Bekl. vor seinem Fahrmanöver die Möglichkeit einer Rechtsgutverletzung anderer Verkehrsteilnehmer erkannt und vor allen Dingen zumindest in Kauf genommen hat. Von einem vorsätzlichen Verhalten kann daher nicht ausgegangen werden.

### 3. Fahrlässigkeit

Dann müsste zumindest Fahrlässigkeit des Bekl. vorliegen. Fahrlässig handelt gem. § 276 II BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Dieses hat der Bekl. getan, indem er darauf verzichtete, sich Gewissheit über entgegenkommende Fahrzeuge zu verschaffen, bevor er mit unverminderter Geschwindigkeit auf die Gegenfahrbahn fuhr.

### IV. Zwischenergebnis

Damit steht fest, dass der Beklagte dem Grunde nach für die der Kl. aus dem Verkehrsunfall vom 12.06.2003 entstandenen Schäden haftet.

### B. Haftungsausfüllender Tatbestand (Schaden)

Der Anspruch gem. § 823 I BGB setzt weiter voraus, dass der Kl. ein Schaden entstanden ist. Die §§ 249 ff BGB i. V. m. den §§ 842 ff BGB regeln sodann Art und Höhe des zu leistenden Schadensersatzes. Im Falle der Beschädigung einer Sache kann der Anspruchsinhaber anstatt der Herstellung des ursprünglichen Zustandes in natura (Naturalrestitution gem. § 249 I BGB) gem. § 249 II 1 BGB grundsätzlich auch den zu dieser Herstellung erforderlichen Geldbetrag ersetzt verlangen.

Aufgrund der nicht weiter in Frage gestellten Angaben des Sachverhaltes soll hier davon ausgegangen werden, dass der Kl. ein ersatzfähiger Schaden i. H. v. 4.794,47 Euro entstanden ist.

### C. Anspruchskürzung gem. § 254 I BGB wegen auf Seiten der Kl. mitwirkender Betriebsgefahr

Fraglich ist aber, ob dieser Anspruch der Kl. gem. § 254 I BGB zu kürzen ist. § 254 I BGB regelt als besondere Ausprägung des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens ("venire contra factum proprium"), dass

der Geschädigte eine Kürzung seines Schadensersatzanspruches hinnehmen muss, der selbst zur Entstehung des Schadens beigetragen hat, indem er diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die jedem ordentlichen und verständigen Menschen im eigenen Interesse obliegt (sog. "Verschulden gegen sich selbst", vgl. Palandt/Heinrichs, § 254 Rz. 1, 12).

Anzeichen für ein in irgendeiner Weise sorgfaltswidriges Verhalten der Kl. liegen hier nicht vor. Allerdings ist zu beachten, dass sie selbst mit ihrem Kraftfahrzeug am Unfallgeschehen beteiligt war und schon deshalb - ihre Eigenschaft als Fahrzeughalterin unterstellt - gem. § 7 I StVG für Schäden haftet, die bei Betrieb ihres Fahrzeuges Dritten entstanden sind. Diese Haftung entfällt komplett gem. § 7 II StVG in der seit dem 01.08.2002 geltenden Fassung grundsätzlich nur, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wurde. Die Berufung auf ein unabwendbares Ereignis i. S. d. § 17 III 2 StVG ist der Kl. dagegen nicht möglich, weil der Bekl. nicht mit einem KfZ i. S. d. § 1 II StVG am Unfall beteiligt war. Eine derartige auf Seiten des Geschädigten mitwirkende Betriebsgefahr ist auch im Rahmen des § 254 I BGB zu berücksichtigen, so dass hier unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles abgewogen werden muss, inwieweit sich auch die Betriebsgefahr des Fahrzeuges der Kl. in dem Unfall realisiert hat und so eine Kürzung ihres Schadensersatzanspruches rechtfertigt.

"Die Kl. kann Ersatz des gesamten ihr bei dem Verkehrsunfall vom 12.06.2003 entstandenen Schadens verlangen. Die bei der Schadensentstehung mitwirkende Betriebsgefahr des Kraftfahrzeuges führt nicht zu einer Mithaftung der Kl. nach § 254 I BGB. Der Bekl. hat ein die Betriebsgefahr erhöhendes schuldhaftes Verhalten der Kl. nicht dargelegt. [Wird ausgeführt.] Es kann jedoch dahinstehen, ob der Unfall für die Kl. ein unabwendbares Ereignis i. S. d. § 17 III 2 StVG war. Denn die einfache Betriebsgefahr kann bereits dann zurücktreten, wenn ihr ein grob verkehrswidriges Verhalten des Geschädigten gegenübersteht (BGH, NJW 1990, 1483 [1484]). Das jugendliche Alter des Bekl. - er war zum Unfallzeitpunkt 16 Jahre alt - steht einem völligen Zurücktreten der Betriebsgefahr im Rahmen der nach § 254 I BGB vorzunehmenden Abwägung nicht entgegen.

Aus den Änderungen der § 7 II StVG § 828 II BGB durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 kann nicht hergeleitet werden, dass ein Kraftfahrer bei einem Verkehrsunfall mit einem Jugendlichen stets für die Betriebsgefahr seines Kraftfahrzeuges einzustehen hat, sofern der Unfall nicht auf höhere Gewalt zurückzuführen ist. In der Begründung zum Änderungsgesetz (BT-Dr 14/7752, S. 30 f.) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch unter einem geänderten

§ 7 II StVG eine Enthaltung über den Mitverschuldenseinwand der § 9 StVG, § 254 BGB in Betracht komme und im Einzelfall die Haftung sogar auf Null reduziert sein könne. Die durch das Schadensrechtsänderungsgesetz vorgenommenen Änderungen dienen dem Zweck, dass derjenige, der unverschuldet einen Schaden bei einem Unfall mit einem noch nicht deliktsfähigen Kind erleidet, diesen Schaden als Teil seines allgemeinen Lebensrisikos selbst trägt. Dabei soll die Ersetzung des Befreiungsgrunds in § 7 II StVG den gewollten Schutz des nicht deliktsfähigen Kindes absichern, der anderenfalls durch den möglichen Unabwendbarkeitsnachweis unterlaufen werden könnte (Jahnke, ZfS, 2002, 105 [106]). Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, warum dem Kraftfahrer wegen der in § 7 II StVG getroffenen Regelung ein Ausschluss seiner Haftung über § 254 I BGB gegenüber einem nach § 828 III BGB deliktsfähigen Jugendlichen von vornherein verwehrt werden sollte. Insoweit sind nach Auffassung der Kammer lediglich die bereits nach der bisherigen Rechtsprechung geltenden Einschränkungen zu beachten. Danach ist im Rahmen der Abwägung gern. § 9 StVG, § 254 BGB zu berücksichtigen, inwieweit sich in dem Unfallbeitrag des geschädigten Kindes altersgemäße Defizite der Integrierung in den Straßenverkehr und seine Gefahren ausgewirkt haben (BGH, NJW 1990, 1483 [1484]). Danach kommt eine völlige Haftungsfreistellung bei kleinen Kindern (in dem vom BGH entschiedenen Fall handelte es sich um ein 8-jähriges Kind) nur dann in Betracht, wenn auf der Seite des Kindes - gemessen an dem altersspezifischen Verhalten von Kindern - auch subjektiv ein besonders vorwerfbarer Sorgfaltsverstoß vorliegt (BGH, NJW 1990, 1483). Dagegen gewinnt das objektive Gewicht des Unfallbeitrags in der Abwägung mit der Betriebsgefahr immer mehr an Bedeutung, je stärker das Kind vom Alter her in den Straßen-

verkehr integriert sein muss (BGH, NJW 1990, 1483). Auch wenn eine Alleinverantwortung des Jugendlichen selbst bei grobem Verschulden nur ausnahmsweise vorliegen wird, ist sie insbesondere mit steigendem Alter des Jugendlichen nicht von vornherein ausgeschlossen (Lemcke, ZfS 2002, 318 [324]; vgl. auch OLG Brandenburg, NZV 2000, 122: 12-jähriger Radfahrer fährt hinter auf seiner Fahrbahnseite stehenden Fahrzeugen ohne Ankündigung und ohne auf den Verkehr zu achten auf die Gegenfahrbahn; OLG Braunschweig, NZV 1998, 27: 12-jähriger Radfahrer fährt mit unverminderter Geschwindigkeit über den Bordstein seitlich auf die Fahrbahn einer bevorrechtigten Bundesstraße, ohne auf den Verkehr zu achten; OLG Köln, NZV 1992, 320: 10-jähriger Radfahrer fährt im Rahmen eines Verfolgungsrennens mit unverminderter Geschwindigkeit auf eine bevorrechtigte Straße, wobei er nach hinten schaut).

Der Bekl. war nach seinen Angaben gegenüber der Kammer zur Unfallzeit bereits 16 Jahre alt. Ein Jugendlicher dieses Alters ist bereits so weit in den Straßenverkehr integriert, dass er weiß, dass man auf Inlineskates nicht mit unverminderter Geschwindigkeit hinter einem Bulli, der die eigene, aber auch die Sicht des Gegenverkehrs versperrt, auf die Gegenfahrbahn fahren darf, ohne sich zuvor zu vergewissern, ob dies gefahrlos möglich ist. Sein Verhalten war auch in subjektiver Hinsicht - gemessen an altersgemäßen Maßstäben - grob verkehrswidrig, so dass die einfache Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeugs vollständig zurücktritt."

#### *D. Ergebnis*

Der Kl. steht damit ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB in voller Höhe von 4.794, 47 Euro zu.

### **Standort: § 24 StGB**

### **Problem: Halbherziger Rücktritt**

BGH, BESCHLUSS VOM 27.04.2004  
3 STR 112/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte mit zwei Ukrainern vereinbart, in einem Hallenkomplex, der ihm gehörte, den er jedoch an ein fremdes Unternehmen vermietet hatte, ein Luft-Gas-Gemisch zu entzünden. Bevor diese jedoch den Zündmechanismus aktivieren konnten, erschien der Angeklagte am Tatort und forderte sie auf, die Tat nicht weiter auszuführen, was sie auch taten, so dass es nicht zu der geplanten Explosion kam.

Das Landgericht hatte den Angeklagten insb. wegen versuchter mittäterschaftlicher Brandstiftung verurteilt; einen Rücktritt hatte es abgelehnt, weil der Angeklagte keine weiteren Maßnahmen getroffen hatte, um

den Ausbruch des Feuers zu verhindern. Der BGH hob dieses Urteil auf, da das Landgericht zu hohe Anforderungen an einen straffabfreienden Rücktritt gestellt habe.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Frage nach den Anforderungen an einen Rücktritt ist ein klassisches Problem, dessen Kenntnis in beiden Examen eine Grundvoraussetzung darstellt.

Streitig ist insofern insbesondere, ob das "Verhindern der Vollendung der Tat", das für einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2. Fall, 24 II 1 StGB erforderlich ist, voraussetzt, dass der Täter die Vollendung durch optimale Bemühungen verhindern (also das Bestmögliche tun) muss oder ob es genügt, dass er lediglich irgendwie (äquivalent) kausal wird für den Nichteintritt der Voll-

endung. Während die Rechtsprechung des 1. Senats des BGH lange so verstanden wurde, als verlange er optimale Verhinderungsbemühungen, was von der Literatur auch teilweise aufgegriffen wurde, hat der 1. Senat in einer jüngeren Entscheidung klargestellt, dass er nur von der Literatur missverstanden worden war und niemals optimale Maßnahmen zur Erfolgsverhinderung habe fordern wollen (vgl. BGH, NStZ 2003, 198 (= RA 2002, 726)). Dies wiederholt der 3. Senat im vorliegenden Urteil.

**Vertiefungshinweise:**

Zum "halbherzigen" Rücktritt: *BGHSt* 31, 46; *StraFo* 2002, 360 (= RA 2002, 726); *NStZ* 2003, 198 (= RA 2002, 726); *NJW* 2003, 1058 (= RA 2003, 246); *Herzberg*, JR 1989, 449; *Otto*, Jura 1992, 423; *Puppe*, *NStZ* 1984, 488;

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Wilde Ehe"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Für das Verhindern der Vollendung im Sinne von § 24 I StGB ist ein Verhalten des Beteiligten erforderlich, das zum einen auf die Verhinderung des tatbestandlichen Erfolgs gerichtet ist und diesen zum anderen tatsächlich verhindert.**

**2. Hat der Täter eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich geworden ist, so ist es unerheblich, ob er mehr als von ihm getan zur Verhinderung des Taterfolgs hätte leisten können.**

**3. Der Zweifelsatz "in dubio pro reo" gilt auch für die Anwendung der Rücktrittsvorschriften.**

**Sachverhalt:**

A hatte den Entschluss gefasst, den von Fremdbetrieben genutzten Hallenkomplex eines ihm gehörenden Grundstücks zerstören zu lassen, und deshalb den S mehrfach gebeten, ihm jemanden zu vermitteln, der gegen Zahlung von Geld die Zerstörung der Hallen übernehmen würde. S sprach den O an, der seinerseits zwei Ukrainer, P und B, für die Tat gewinnen konnte. Diese kamen nach Deutschland und bereiteten in der Nacht zum 6. August 2000 die Gebäude zur Zerstörung vor. Nachdem A sie zu den Hallen gefahren hatte, schütteten sie eine größere Menge Benzin in den Hallen aus, montierten ein Schlauchsystem an die Gasleitung zur Erzeugung eines Luft-Gas-Gemisches und bauten mit Zeitschaltuhren versehene Elektrogeräte auf. Obwohl vereinbart war, dass A in einer nahe gelegenen Kneipe auf P und B warten und mit diesen nur über Handy in Kontakt bleiben sollte, erschien er gegen Mitternacht in dem Hallenkomplex und verständigte sich mit den Ukrainern dahin, dass diese die be-

reits weit vorangetriebenen Vorbereitungen für eine Zerstörung des Gebäudes einstellten. Sodann überprüfte er mit ihnen, dass die Stromversorgung ausgeschaltet und die Gaszufuhr gesperrt war. Weitere Maßnahmen, um zu verhindern, dass sich das bereits entstandene, hochexplosive Luft-Gas-Gemisch entzündete, wie etwa Lüften des Gebäudes oder Alarmierung der Polizei oder Feuerwehr ergriffen A, P und B nicht, obwohl ihnen bewusst war, dass sich das Luft-Gas-Gemisch entzünden würde, wenn ein Dritter die Halle mit offenem Feuer oder einer brennenden Zigarette betreten oder beim Wiedereinschalten des Stroms ein Funke entstehen würde. Anschließend verließen sie den Gebäudekomplex. Die Vorrichtungen wurden entdeckt und konnten beseitigt werden.

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

**Bearbeitervermerk:**

*§ 123 StGB und Teilnahme an Delikten anderer sind nicht zu prüfen.*

*A. Strafbarkeit wegen versuchter mittäterschaftlicher Brandstiftung gem. §§ 306 I, 25 II, 22, 23 I StGB*

A könnte sich wegen versuchter mittäterschaftlicher Brandstiftung gem. §§ 306 I, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

*I. Vorprüfung*

Da nichts in Brand gesetzt wurde, ist die Brandstiftung nicht vollendet. Die Strafbarkeit der versuchten (mittäterschaftlichen) Brandstiftung ergibt sich aus deren Verbrechenscharakter (§§ 306 I, 12 I, 23 I StGB).

*II. Tatentschluss*

A müsste mit Tatentschluss zur Begehung einer mittäterschaftlichen Brandstiftung gehandelt haben.

Der Tatentschluss umfasst den Willen zur Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale und das Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale, entspricht also dem subjektiven Tatbestand der vollendeten Tat (Wessels/Beulke, AT, Rn. 196).

*1. bzgl eines fremden Gebäudes (§ 306 I Nr. 1 StGB)*

A könnte sich vorgestellt haben, dass es sich bei der Halle um ein fremdes Gebäude handelte.

Gebäude ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden - zumindest durch die eigene Schwere - fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet (BGHSt 6, 107; Tröndle/Fischer, § 306 Rn. 3, 243 Rn. 4).

A wusste, dass diese Voraussetzungen bei der Halle gegeben waren, so dass er Tatentschluss bzgl. des Vorliegens eines Gebäudes hatte. A müsste sich jedoch auch vorgestellt haben, dass es sich bei der Halle um ein fremdes Gebäude handelte.

Fremd sind die Tatobjekte dann, wenn sie im (zumin-

dest Mit-) Eigentum einer anderen Person als des Täters stehen (Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 11, § 242 Rn. 12).

Da A wusste, dass er Alleineigentümer der Halle war, hatte er keinen Tatentschluss bzgl. der Fremdheit des Gebäudes.

### 2. bzgl. einer fremden Betriebsstätte (§ 306 I Nr. 2 StGB)

A könnte sich jedoch vorgestellt haben, dass es sich bei dem in dem Hallenkomplex ansässigen Betrieb um eine fremde Betriebsstätte handelte.

Betriebsstätten sind Sachgesamtheiten, die einem gewerblichen Betrieb dienen, sofern sie räumlich abgeschlossen und zur dauerhaften gewerblichen Tätigkeit bestimmt sind (OLG Stuttgart, MDR 1994, 713; Tröndle/Fischer, § 306 Rn. 4).

A wusste, dass die in seine Halle eingebrachten Maschinen, Einrichtungen, Produktionsmittel und die dort eingerichteten Fertigungs-, Büro- und/oder Verwaltungsanlagen durch die Hallen räumlich abgeschlossen und zur dauerhaften gewerblichen Tätigkeit der Mieter bestimmt waren, sodass er Tatentschluss bzgl. des Vorliegens einer fremden Betriebsstätte hatte. A wusste auch, dass die Betriebsstätte - im Gegensatz zu der Halle in der sich diese befindet - im Eigentum eines anderen stand und deshalb für ihn fremd war.

### 3. bzgl. Inbrandsetzen

A müsste weiter Tatentschluss dahingehend gehabt haben, diese fremde Betriebsstätte in Brand zu setzen.

Ein Inbrandsetzen liegt dann vor, wenn das Tatobjekt oder ein wesentlicher Teil davon so vom Feuer erfasst ist, dass es auch nach Wegnahme der Zündflamme selbstständig weiterbrennt (BGHSt 36, 222; StV 1994, 651; Tröndle/Fischer, § 306 Rn.13).

#### a. bzgl. eigener Vornahme der Tathandlung

Der Brand sollte dadurch entstehen, dass B und P die Halle durch Schaffung eines Luft-Gas-Gemischs und Installation der Elektrogeräte ein Feuer erzeugten. A hatte nicht vor, selbst ein Handlung vorzunehmen, die unmittelbar ein Feuer hervorrufen würde.

#### b. bzgl. gem. § 25 II StGB zurechenbarer Vornahme der Tathandlung durch B und P

A hatte sich jedoch vorgestellt, dass B und P durch das Ausschütten des Benzins und die Installation der mit Zeitschaltuhren versehenen Elektrogeräte die Betriebsstätte in Brand setzen würden, wenn das durch das verdunstende Benzin entstehende Luft-Gas-Gemisch durch die aktivierten Elektrogeräte entzündet würde.

A stellte sich also vor, dass P und B die Betriebsstätte in Brand setzen würden. Wenn A sich weiter Umstände vorgestellt hätte, nach denen er, B und P Mittäter wären, hätte er also Tatentschluss bzgl. eines mittäter-schaftlichen Inbrandsetzens.

#### aa. bzgl. eigener Täterschaft

A müsste sich zunächst Umstände vorgestellt haben, nach denen er selbst nicht nur Teilnehmer, sondern (Mit-) Täter der Brandstiftung wäre, was fraglich ist, da er die Tathandlung selbst ja gar nicht vornehmen wollte.

Die Voraussetzungen für eine (Mit-) Täterschaft sind streitig.

#### (1) Tatherrschaftslehre

Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre oder materiell-objektiven Theorie setzt eine Täterschaft voraus, dass der einen wesentlichen Beitrag leistet und das Geschehen in den Händen hält, so dass er Tatherrschaft hat und somit die Zentralfigur der Tat ist (Joecks, § 25 Rn. 65). Das für die Tatherrschaft erforderlich "In-den-Händen-Halten" des Geschehens setzt nach mittlerweile einhelliger Auffassung jedoch nicht zwingend voraus, dass der Täter am Tatort körperlich anwesend ist; es ist ausreichend, dass er über Funk oder Telefon mit den unmittelbar die Tat Ausführenden in Verbindung bleibt (Roxin, JA 1979, 522).

A sollte zwar nach dem ursprünglichen Plan nicht selbst in der Halle zugegen sein, er sollte jedoch weiterhin mit B und P über Handy Verbindung halten, so dass er sich Umstände vorstellte, nach denen er Tatherrschaft hätte, so dass nach dieser Auffassung ein Tatentschluss des A bzgl. einer eigenen Täterschaft gegeben ist.

#### (2) Eingeschränkt-subjektive Theorie

Nach der eingeschränkt-subjektiven Theorie setzt Täterschaft objektiv nur die Erbringung irgendeines Beitrages voraus, sofern der Täter diesen mit Täterwillen (animus auctoris) erbringt, wobei Täterwillen hat, wer die Tat "als eigene will" (RGSt 37, 58). Ob der Täter die Tat als eigene will ist in wertender Betrachtung zu beurteilen: wesentliche Anhaltspunkte hierfür sind das eigene Interesse am Täterfolg, Art und Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu (BGHSt 37, 291; Tröndle/Fischer, Vor § 25 Rn. 2 a mwN).

A hatte hier nicht nur den Willen zur Tatherrschaft (s.o.), es ist auch davon auszugehen, dass er ein erhebliches eigenes Interesse an der Durchführung der Brandstiftung hatte, so dass ein Täterwille bei A jedenfalls gegen ist. Auch nach dieser Auffassung hatte A Tatentschluss bzgl. einer eigenen Täterschaft-

#### (3) Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen hatte A Tatentschluss bzgl. einer eigenen Täterschaft, sodass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

#### bb. bzgl. mittäter-schaftlicher Begehung

A müsste weiterhin Tatentschluss dahingehend gehabt

haben, die Tat mit B und P als Mittätern zu begehen. Mittäterschaft setzt gemeinsame Begehung der Tat aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatplans voraus (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 65).

A wusste, dass er, B und P einen gemeinsamen Plan zur Begehung der Tat gefasst hatten und stellte sich auch vor, diesen arbeitsteilig auszuführen, sodass A Tatentschluss bzgl. einer mittäterschaftlichen Tatbegehung hatte.

A hatte Tatentschluss bzgl. des mittäterschaftlichen Inbrandsetzens einer fremden Betriebsstätte, so dass er Tatentschluss zur Verwirklichung des Tatbestandes des §§ 306 I Nr. 2, 25 II StGB hatte.

### III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch gem. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.

Zwar ist streitig, ob bei einem mittäterschaftlichen Versuch jeder Mittäter selbst zu dem ihm zugeordneten Tatbeitrag ansetzen muss (so die sog. "Einzellösung", vgl. LK-Roxin, § 25 Rn. 198 ff.; SK-Rudolphi § 22 Rn. 19) oder ob das unmittelbare Ansetzen eines Mittäters den anderen Mittätern zugerechnet wird (so die herrschende "Gesamtlösung", vgl. BGHSt 39, 237; wistra 1999, 386; LK-Vogler § 22 Rn. 88 mwN). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da sowohl ein unmittelbares Ansetzen des A zu seinen eigenen Beiträgen (Transport von B und O zum Tatort, Warten in der Kneipe) gegeben ist als auch B und P mit dem Aufbau der mit Zeitschaltuhren versehenen Elektrogeräten einen Beitrag erbracht haben, der allgemein als unmittelbares Ansetzen zu der geplanten Brandstiftung zu werten ist und A somit zugerechnet werden kann. Nach allen Auffassungen ist somit ein unmittelbares Ansetzen auch des A gegeben.

### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### V. Kein Rücktritt

A dürfte nicht strafbefreiend zurückgetreten sein.

#### 1. Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist; der Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann (BGH StV 1999, 596; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN). A wusste, dass die Tat in unmittelbarer Fortführung des bisher Geschehenen vollendet werden würde, wenn er einfach nur in der Kneipe sitzen geblieben wäre und B und P die Ausführung hätte vornehmen lassen. Ein Fehlschlag ist somit nicht gegeben.

#### 2. Rücktrittsvoraussetzungen: § 24 II 1 StGB

Da hier mehrere an der Tat beteiligt sind, richten sich die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 24 II StGB.

Gem. § 24 II 1 StGB tritt ein Beteiligter strafbefreiend zurück, wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.

##### a. Verhindern der Tatvollendung

A müsste zunächst die Vollendung der Tat verhindert haben.

A ist zur Halle gekommen und hat B und P die Anweisung gegeben, nicht weiter mit den Installationen zur Herbeiführung des Brandes fortzufahren, was diese auch getan haben und was letztlich dazu geführt hat, dass das Feuer nicht ausgebrochen ist. Das Verhalten des A war also äquivalent kausal dafür, dass die Tat gem. § 306 I StGB nicht vollendet wurde. Fraglich ist jedoch, ob dies für ein Verhindern der Vollendung i.S.v. § 24 II 1 StGB ausreicht oder ob A noch weitergehende Maßnahmen hätte treffen müssen, um sicherzustellen, dass es nicht zu einem Feuer kommt (Lüften, Verständigen der Feuerwehr usw.).

##### aa. 1. Meinung

Nach einer Meinung kommt ein Rücktritt gem. §§ 24 II 1 StGB nur in Betracht, wenn der Täter alle ihm zur Verfügung stehenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpft; er muss also das Bestmögliche tun und hierdurch den Erfolgseintritt verhindern (Bloy, JuS 1987, 530; Herzberg, NJW 1989, 864; Jakobs, ZStW 104, 89).

Da dem A - wie aufgezeigt - noch weitere Möglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten, um den Ausbruch eines Brandes zu verhindern, die er nicht ergriffen hat, A also nicht alles ihm Mögliche getan hat, ist nach dieser Auffassung ein Rücktritt gem. § 24 II 1 StGB nicht gegeben.

##### bb. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung ist es für einen Rücktritt nach § 24 II 1 StGB nicht erforderlich, dass der Täter das Bestmögliche tut, um die Vollendung zu verhindern, sondern lediglich, dass er ein von einem Rettungswillen getragenes Verhalten vornimmt, das den Nichteintritt der Vollendung zur Folge hat (BGH, NJW 2000, 42; Wessels/Beulke, AT, Rn. 644; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 32).

Dieser Auffassung folgt auch der BGH in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung im vorliegenden Fall: "Sind - wie hier - an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert (§ 24 Abs. 2 Satz 1 StGB). Erforderlich ist ein Verhalten des Beteiligten, das zum einen auf die Verhinderung des tatbestandlichen Erfolgs gerichtet ist und diesen zum anderen tatsächlich verhindert. So liegt es aber hier."

Die geplante Tat wurde nicht vollendet. Weder wurde der Hallenkomplex mit den sich in ihm befindlichen Betriebsstätten und Warenlagern in Brand gesetzt noch eine Explosion unter Gefährdung bedeutender Sachwerte ausgelöst. An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass wegen des bereits durch das Ausschütten von Benzin entstandenen hochexplosiven Luft-Gas-Gemisches allein durch ein zufälliges Hinzutreten ahnungsloser Dritter ein der ursprünglich geplanten Tat vergleichbares Schadensereignis hätte verursacht werden können; denn derartiges ist nicht geschehen.

Für die Verhinderung der Vollendung war das Handeln des Angeklagten kausal. Es ist auf das Eingreifen des Angeklagten zurückzuführen, dass die Tat nicht zur Vollendung gekommen ist. Nach den ergänzenden Feststellungen haben die beiden Ukrainer auf die Aufforderung des Angeklagten hin die weiteren Tätigkeiten, die nach dem Tatplan notwendig gewesen wären, um das Gebäude durch Explosion und Brand zu zerstören, eingestellt. Damit hat der Angeklagte durch sein Verhalten am Tatort eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich geworden ist. Dabei ist bedeutungslos, dass - wie hier durch das Ausbleiben einer zufälligen Zündung durch einen ahnungslosen Dritten - auch andere, vom Willen des Täters unabhängige Umstände zur Verhinderung der Tatvollendung beigetragen haben (BGH NJW 1985, 813, 814; NSTz 1999, 128).

Die Ausführungen des Landgerichts zu der Frage, ob das ergänzend festgestellte Verhalten des Angeklagten beim nächtlichen Aufsuchen des Tatorts auf die Nichtvollendung der Tat gerichtet war, sind unklar, unvollständig und lassen eine Verletzung des Zweifelssatzes besorgen.

Bei den Feststellungen der Strafkammer zu den subjektiven Vorstellungen des Angeklagten unter Abschnitt II. 3 der Urteilsgründe fehlen jegliche Darlegungen dazu, was der Angeklagte bezweckte, als er gegen Mitternacht am Tatort erschien und die Mittäter zum Abbruch der weiteren geplanten Tathandlungen veranlaßte. Soweit die Strafkammer bei den Rechtsausführungen zur Verneinung des strafbefreienden Rücktritts darlegt, "es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass bzw. warum der Angeklagte, der bis dahin die Verwirklichung der Tat zielstrebig verfolgte, nun auf ein Mal spontan seine Einstellung geändert haben sollte", fehlt es an einer Auseinandersetzung mit der Frage, welchen Sinn das geschilderte Verhalten sonst gehabt haben könnte. Denn bei unbefangener Betrachtung spricht zunächst alles dafür, dass ein Angeklagter, der seine Mittäter zum Abbruch der geplanten Tatvorbereitungen veranlasst und sicherstellt, dass die vorgesehene Zündvorrichtung außer Betrieb bleibt und das zusätzliche Brand- und Explosionsmittel Gas nicht zum Einsatz kommt, damit die Vollendung der Tat verhindern will.

Die Formulierung der Strafkammer ("nicht vorgetragen ...") lässt zudem besorgen, sie habe nicht bedacht, dass der Zweifelssatz auch für die Anwendung der Rücktrittsvorschriften gilt (vgl. BGH StV 1995, 509). Soweit das Landgericht den Rücktritt verneint hat, weil der Angeklagte über das bloße Beenden der Aktivitäten hinaus noch weitere Maßnahmen hätte ergreifen können, um - etwa durch Lüften des Hallenkomplexes oder durch Alarmierung von Polizei und Feuerwehr - das bereits vorhandene Gefährdungspotential zu beseitigen, überspannt es die Anforderungen, die § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB an den Rücktritt stellt. Hat der Täter - wie hier der Angeklagte durch sein Verhalten am Tatort - eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich geworden ist, so ist es unerheblich, ob er mehr als von ihm getan zur Verhinderung des Taterfolgs hätte leisten können (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 233; NSTz 1999, 128 jeweils zu § 24 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. StGB m. w. N.). Soweit die Entscheidung BGHSt 31, 46, 49 dahingehend verstanden worden ist, dass auch bei kausaler Erfolgsverhinderung "bestmögliche" Bemühungen des Täters erforderlich seien, um einen strafbefreienden Rücktritt annehmen zu können, handelt es sich um eine nicht zutreffende Interpretation dieser Entscheidung (vgl. BGHSt 48, 147 m. w. N.)."

Nach dieser Auffassung hat also A die Vollendung der Tat i.S.v. § 24 II 1 StGB verhindert.

#### *cc. Stellungnahme*

Für die erste Auffassung spricht zwar auf den ersten Blick der Gedanke des Opferschutzes: um einen verbesserten Schutz des Opfers zu gewährleisten mag es sinnvoll sein, vom Täter zu verlangen, das Bestmögliche zur Rettung des Opfers zu tun. Genau dieses Argument kann jedoch auch umgekehrt werden: wenn es für einen Rücktritt stets erforderlich ist, das Bestmögliche zu tun, dann kann der Täter, selbst wenn sein Handeln dazu führt, dass der Erfolg nicht eintritt, sich niemals sicher sein, dass ein Gericht einen strafbefreienden Rücktritt zu seinen Gunsten berücksichtigt, denn es ist ja schließlich fast immer möglich, sich eine Rettungsmethode auszudenken, die noch wirkungsvoller wäre als die vom Täter angewandte. Auch der Wortlaut des § 24 II 1 StGB spricht gegen die erste Meinung. Dieser verlangt nämlich - im Gegensatz zu § 24 II 2 StGB - gerade nicht, dass der Täter sich "ernsthaft" bemüht und hierdurch die Vollendung verhindert. Schließlich kann man davon ausgehen, dass der Täter auch ohne dass man ihn dazu verpflichtet, freiwillig den sichersten Weg zur Verhinderung der Vollendung wählen wird, da er das Risiko für den Fehlschlag seiner Rettungsbemühungen trägt.

Der letztgenannten Meinung ist somit zu folgen. A hat i.S.v. § 24 II 1 StGB die Vollendung der Tat verhindert.

*b. Freiwilligkeit*

A müsste auch freiwillig gehandelt haben.

Freiwillig ist ein Rücktritt nach herrschender Meinung dann, wenn der Täter aus autonomen (selbstbestimmten) Motiven heraus handelt (BGHSt 35, 187; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 19 mwN).

Zwar macht der Sachverhalt keine Angaben zu den Umständen, die A dazu bewegten, zur Halle zu fahren und P und B an der Ausführung der Brandstiftung zu hindern, jedoch ist dann aufgrund des Grundsatzes des "in dubio pro reo", das auch bzgl. der Rücktrittsvoraussetzungen gilt (s.o.), von der Freiwilligkeit des Handelns des A auszugehen.

Die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 II 1 StGB liegen somit vor.

*VI. Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. §§ 306 I, 25 II, 22, 23 I StGB.

*B. Strafbarkeit wegen versuchten mittäterschaftlichen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. §§ 308*

*I, 25 II, 22, 23 I StGB, versuchter mittäterschaftlicher Gebäudezerstörung gem. §§ 305, 25 II, 22, 23 I StGB und versuchter Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, 25 II, 22, 23 I StGB*

Aus demselben Grund (strafbefreiender Rücktritt) scheidet auch eine Strafbarkeit des A gem. §§ 308 I, 25 II, 22, 23 I; 305 I, 25 II, 22, 23 I; 303 I, 25 II, 22, 23 I StGB aus.

*C. Strafbarkeit wegen Verabredung zum Verbrechen gem. §§ 30 II, 306 I Nr. 2 StGB bzw. §§ 30 II, 308 I StGB*

Zwar hat sich A mit B und P zur Begehung der Verbrechen der (mittäterschaftlichen) Brandstiftung und Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion verabredet, jedoch hat er freiwillig verhindert, dass die Taten begangen wurden (s.o.), so dass er gem. § 31 I Nr. 3 StGB auch von der Verbrechensverabredung strafbefreiend zurückgetreten ist.

*D. Ergebnis*

A hat sich nicht strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Hombrecher, Lars: "Entschädigung in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 549 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor bespricht den klassischen "Herrenreiter"-Fall (BGHZ 26, 349) und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung seit 1958. Der Aufsatz ist zivilrechtlich geprägt, eignet sich aber hervorragend zur Vertiefung des öffentlich-rechtlichen Urteils in Fallstruktur in diesem Heft.

<b>Autor/Titel:</b>	Hebeler, Timo: "Aktuelle Rechtsprechungsentwicklung im Amtshaftungsrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 684 (Heft 8/9)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag stellt ausgewählte aktuelle BGH-Urteile zum Amtshaftungsrecht vor, von denen viele auch in der RA veröffentlicht worden sind. Die Urteile sind beim jeweiligen Tatbestandsmerkmal des Amtshaftungsanspruchs eingeordnet, das sie schwerpunktmäßig betreffen. Auf diese Weise werden dem Leser der gesamte Anspruchsaufbau und die jeweils aktuellen Fälle vor Augen geführt.

<b>Autor/Titel:</b>	Finkelnburg, Klaus: "Die Änderung des BauGB durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2004, 897 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Am 20.7.04 ist das Gesetz zur Anpassung des BauGB an EU-Richtlinien, auch "Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) genannt, in Kraft getreten. Durch dieses Gesetz wurden zahlreiche Vorschriften des BauGB geändert, darunter auch eine Reihe von examensrelevanten Normen, z.B. über die Aufstellung der Bauleitpläne, die Planerhaltung und die §§ 34, 35 BauGB. Der Aufsatz gibt in der für die Examensvorbereitung gebotenen Kürze und unter gelungener Schwerpunktsetzung einen Überblick.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Gursky, Karl-Heinz: "Der Vindikationsanspruch und § 281 BGB"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 433 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Die Frage, inwieweit das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280 ff BGB mit dem Vindikationsanspruch des § 985 BGB kombinierbar ist, wird zumeist in Verbindung mit dem Verlangen von Erlös herausgabe gem. § 985 BGB i. V. m. § 285 BGB (= § 281 BGB a. F.) diskutiert und von der ganz h. M. verneint. Der Autor startet hier den Versuch, einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach vergeblicher Herausgabefrist über § 281 BGB n. F. zu konstruieren, lehnt auch dieses im Ergebnis aber ab.

<b>Autor/Titel:</b>	Grigoleit, Hans Christoph / Riehm, Thomas: "Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden im System des Leistungsstörungenrechts"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2004, 745 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Die Einordnung des Betriebsausfallschadens infolge Lieferung einer mangelhafte Kaufsache ist einer der umfangreichsten und im Rahmen der juristischen Ausbildung auch schwer verständlichen Streitpunkte, die durch die Schuldrechtsmodernisierung geschaffen wurden. Die Autoren unterbreiten einen weiteren Lösungsversuch, den sie in grundlegende systematische Überlegungen zu den §§ 280 ff BGB einbetten.

<b>Autor/Titel:</b>	Steingröver, Uwe: "Bauhandwerkersicherung nach Abnahme - das stumpfe Schwert"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2004, 2490 (Heft 35)
<b>Inhalt:</b>	Die Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB, ihre Abgrenzung zur Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB, vor allem aber die genaue Reichweite des § 648 a BGB zählt zu den speziellen Problemen des Werkvertragsrechts, die in der Praxis für den betroffenen Werkunternehmer allerdings von erheblicher Bedeutung sind. Der Autor enttarnt die Rechtsprechung des BGH, der zu einer extensiven Auslegung des § 648 a BGB neigt, als nur auf den ersten Blick extrem unternehmerfreundlich.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schneider, Hartmut: "Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2004, 359 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Der Einsatz verdeckter Ermittler ist zwar mittlerweile gesetzlich geregelt (§§ 110 a ff. StPO), jedoch sind ihre Abgrenzung zu anderen verdeckt agierenden Polizisten und ihre Befugnisse immer noch nicht ganz klar; der Verfasser bemüht sich, hier Licht ins Dunkel zu bringen, stellt die materiell-rechtlichen Probleme des Einsatzes verdeckter Ermittler (das Problem des sog. "agent provocateur") jedoch leider unerwähnt.

<b>Autor/Titel:</b>	Ingelfinger, Ralph: "Zeitliche Grenzen ehelicher Garantenpflichten"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2004, 409 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Aus § 1353 BGB wird von der ganz herrschenden Meinung die Garantenpflicht des Ehegatten zum Schutze seines Ehepartners abgeleitet; gleichzeitig wird mittlerweile jede 2. Ehe geschieden. Das wirft die Frage auf, wann denn die eheliche Garantenpflicht endet. Der Verfasser bespricht ein aktuelles BGH-Urteil (NJW 2003, 3212 (= RA 2003, 702)) zu dieser Frage und liefert eigene Ansätze.

<b>Autor/Titel:</b>	Ranft, Ottfried: "Das beschleunigte Verfahren (§§ 417 - 420 StPO) in der Rechtsmittelinstanz"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2004, 424 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Das beschleunigte Verfahren gem. §§ 417 ff. StPO wurde eingeführt zur Beschleunigung des Verfahrens im Strafprozess. Es enthält jedoch einige Besonderheiten gegenüber dem normalen Verfahren, deren Behandlung insb. in einem Revisionsverfahren erhebliche Probleme bereitet, da der Gesetzgeber zwar die Voraussetzungen für die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens geregelt hat, nicht jedoch die Konsequenzen bei Fehlern im Rahmen dieses Verfahrens. Der Verfasser zeigt die möglichen Fehlerquellen und deren Behandlung in der Rechtsmittelinstanz auf; vor allem Referendaren ist dieser Aufsatz unbedingt zu empfehlen.