

## Öffentliches Recht

### Standort: Ordnungsrecht

### Problem: Laserdrome-Verbot

EUGH, URTEIL VOM 14.10.2004  
C-36/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der EuGH hat entschieden, dass das in Deutschland übliche Verbot von Spielen in Laserdromen, bei denen simuliert auf Menschen geschossen wird, nicht gegen Europarecht, d.h. nicht gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages verstößt. Das BVerwG (RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598) hatte dem EuGH die entsprechende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Zunächst ging es um die Zulässigkeit der Vorlagefrage, die nach Art. 234 EG eine Entscheidungserheblichkeit für das vorlegende Gericht voraussetzt. Hier war problematisch, dass die Grundfreiheiten nur bei einem Grenzüberschritt von Leistendem, Leistungsempfänger oder Leistung anwendbar sind, im konkreten Fall aber ein deutscher Betreiber in Deutschland einen Laserdrome eröffnen wollte. Fehlte es schon an der Anwendbarkeit des EG-Vertrages, hätte sich das BVerwG bei seiner Entscheidung nicht mit diesem befassen müssen (bzw. dürfen), so dass die Vorlagefrage nicht entscheidungserheblich gewesen wäre. Andererseits bezog der Betreiber des Laserdromes seine Ausrüstung aber aus England, und potenzielle Spieler könnten auch aus den Nachbarländern kommen. Der EuGH stellt dazu fest, dass er die Entscheidungserheblichkeit nur auf evidente Verstöße prüfe, und jedenfalls ein solcher hier nicht vorliege.

In der Sache meint der EuGH, dass ein Laserdrome-Verbot sowohl in die Dienstleistungs- als auch die Warenverkehrsfreiheit eingreife, in letztere aber nur völlig untergeordnet, weshalb ihr hier keine eigene Bedeutung zukomme. Sodann wird geprüft, ob die Schranken der Dienstleistungsfreiheit (Art. 55 i.V.m. 46 EG) den Eingriff rechtfertigen. Der EuGH sieht, dass die "öffentliche Ordnung", welche hierzulande gegen die Laserdrome ins Feld geführt wird, auch im EG-Vertrag ausdrücklich als Schranke genannt ist. Zwar müsse der Begriff eng ausgelegt werden, aber jedenfalls dann, wenn die Menschenwürde betroffen sei, sei auch die öffentliche Ordnung verletzt. Die Menschenwürde leitet der EuGH dabei nicht aus Art. 1 GG, sondern als (ungeschriebenes) eigenes Grundrecht auf europäischer Ebene ab. Auf diese Weise war es dem Gericht - unausgesprochen - möglich, den in st.Rspr. vertretenen, absoluten Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationa-

lem Recht nicht in Frage stellen zu müssen.

Abschließend prüft und bejaht das Gericht dann noch die Verhältnismäßigkeit des Verbots. Es sei in Deutschland jedenfalls nicht allein deshalb unverhältnismäßig, weil andere Mitgliedstaaten andere Auffassungen zu der Frage vertreten mögen, ob die Menschenwürde durch derartige Laserspiele nun beeinträchtigt sei oder nicht.

#### Prüfungsrelevanz:

Zu den Laserdrome-Fällen gibt es bereits eine nahezu unüberschaubare Vielzahl von Aufsätzen und Fallösungen in der Literatur. In der RA wurde sowohl über die Entscheidung des OVG Münster als auch den Vorlagebeschluss des BVerwG in dieser Sache berichtet (siehe zu allen die Vertiefungshinweise), und es ist damit zu rechnen, dass die nun vorliegende Entscheidung des EuGH weiteren Staub aufwirbeln wird. Die Prüfungsrelevanz des Themas kann gar nicht überschätzt werden, weil es sich neben seinem aktuellen Bezug einfach hervorragend für Prüfungsaufgaben eignet: Probleme des allgemeinen Ordnungsrechts (gefährdet ein Laserspiel die öffentliche Sicherheit oder Ordnung?), des Grundrechtsschutzes (ist die Menschenwürde tangiert oder nicht) und jetzt auch noch des Europarechts (sind Grundfreiheiten von einem Verbot betroffen, und wenn ja, ist der Eingriff zu rechtfertigen?) können miteinander verbunden werden. Weitere Themenkreise wie die Frage nach der Legalisierungswirkung von Baugenehmigungen für den Betrieb des Laserdromes oder die Frage nach der gewerberechtlichen Untersagungsmöglichkeit über §§ 35 oder 15 II GewO lassen sich einbauen.

#### Vertiefungshinweise:

- Entscheidungen in dieser Sache: *OVG NRW*, RA 2001, 163 = *NWVB1* 2001, 94; *BVerwG*, RA 2002, 359 = *NVwZ* 2002, 598
- Weitere "Laserdrome"-Fälle: *OVG NRW*, *NWVB1* 1995, 473; *OVG Rh.-Pf.*, *NVwZ-RR* 1995, 30
- Literatur zum Thema: *Aubel*, *Jura* 2004, 255; *Szcekalla*, *JA* 2002, 992; *Störmer*, *NWVB1* 1997, 313; *Heckmann*, *JuS* 1999, 986; *Haurand*, *JA* 1995, 196; *Lippstreu*, *GewArch* 1993, 311

#### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Laserdrome"

**Leitsatz:**

**Das Gemeinschaftsrecht steht einem nationalen Verbot einer in der gewerblichen Veranstaltung von Spielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit, das zum Schutz der öffentlichen Ordnung wegen einer in dieser Tätigkeit gesehenen Verletzung der Menschenwürde ergeht, nicht entgegen.**

**Sachverhalt:**

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Artikel 49 EG bis 55 EG über den freien Dienstleistungsverkehr und der Artikel 28 EG bis 30 EG über den freien Warenverkehr. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen einer von der Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH (im Folgenden: Klägerin) beim Bundesverwaltungsgericht eingelegten Revision, mit der die Klägerin die Vereinbarkeit einer ihr gegenüber am 14. September 1994 ergangenen Untersagungsverfügung der Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (im Folgenden: Beklagte) mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt hat.

Die Klägerin, eine Gesellschaft deutschen Rechts, nahm in Bonn (Deutschland) am 1. August 1994 eine Anlage mit dem Namen „Laserdrome“ in Betrieb, die üblicherweise der Ausübung des „Lasersports“ dient. Diese Anlage wurde auch nach dem 14. September 1994 weiter betrieben, da die Klägerin mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln (Deutschland) vom 18. November 1994 eine einstweilige Betriebsgenehmigung erhalten hatte. Die von der Klägerin in ihrer Anlage verwendete Ausrüstung, die u. a. aus maschinenpistolenähnlichen Laserzielgeräten sowie in den Schießbahnen oder auf den von den Spielern getragenen Westen angebrachten Sensorempfängern besteht, wurde ursprünglich aus einem im Handel frei erhältlichen Kinderspielzeug entwickelt. Da sich diese Ausrüstung als technisch unzureichend erwies, bediente sich die Klägerin ab einem nicht näher genannten Zeitpunkt nach dem 2. Dezember 1994 einer Ausrüstung, die von der Firma Pulsar International Ltd (nunmehr Pulsar Advanced Games System Ltd, im Folgenden: Pulsar) aus Großbritannien geliefert wird. Ein Franchisevertrag mit Pulsar wurde jedoch erst am 29. Mai 1997 geschlossen.

Noch vor Inbetriebnahme des „Laserdrome“ kam es in einem Teil der Bevölkerung zu Protesten gegen das Vorhaben. Anfang 1994 gab die Beklagte der Klägerin auf, ihr eine genaue Beschreibung des für das „Laserdrome“ vorgesehenen Spielablaufs zu liefern, und teilte ihr mit Schreiben vom 22. Februar 1994 ihre Absicht mit, eine Untersagungsverfügung für den Fall zu erlassen, dass dort ein „spielerisches Töten“ von Menschen ermöglicht werde. Die Klägerin antwortete am 18. März 1994, dass es nur darum gehe, in den Schießbahnen angebrachte feste Sensorempfänger zu treffen.

Nachdem die Beklagte festgestellt hatte, dass es auch Ziel des Spieles im „Laserdrome“ war, Sensorempfän-

ger auf den von den Spielern getragenen Westen zu treffen, richtete sie am 14. September 1994 eine Ordnungsverfügung an die Klägerin, mit der sie ihr unter Androhung eines Zwangsgelds in Höhe von 10 000 DM pro gespieltes Spiel für den Fall der Zuwiderhandlung untersagte, „in ihrer ... Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen (wie z. B. Infrarot), also aufgrund einer Trefferregistrierung ein so genanntes ‚spielerisches Töten‘ von Menschen, zum Gegenstand haben“. Diese Verfügung erging auf der Grundlage der Ermächtigung des § 14 Absatz 1 des Ordnungsbehördengesetzes Nordrhein-Westfalen (OBG NW), der wie folgt lautet:

„Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.“

Nach der Untersagungsverfügung vom 14. September 1994 stellen die Spiele, die in der von der Klägerin betriebenen Anlage gespielt werden, eine Gefahr für die öffentliche Ordnung dar, weil die simulierten Tötungshandlungen und die damit einhergehende Verharmlosung von Gewalt gegen die grundlegenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit verstießen.

Der Widerspruch der Klägerin gegen diese Verfügung wurde von der Bezirksregierung Köln am 6. November 1995 zurückgewiesen. Das Verwaltungsgericht Köln wies die Klage mit Urteil vom 3. September 1998 ab. Die von der Klägerin eingelegte Berufung wurde am 27. September 2000 vom Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Deutschland) ebenfalls zurückgewiesen.

Daraufhin legte die Klägerin Revision beim vorliegenden Gericht ein. Zur Begründung ihrer Revision macht sie neben zahlreichen anderen Revisionsgründen geltend, die streitige Verfügung verstoße gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen den in Artikel 49 EG verankerten freien Dienstleistungsverkehr, da in ihrem „Laserdrome“ die von der britischen Firma Pulsar gelieferte Ausstattung und Technik zur Anwendung gelangen solle. [...] Vor diesem Hintergrund hat das vorliegende Gericht das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: „Ist es mit den Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar, dass nach nationalem Recht eine bestimmte gewerbliche Betätigung – hier der Betrieb eines so genannten Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen – untersagt werden muss, weil sie gegen die grundgesetzlichen Wertentscheidungen verstößt?“

**Aus den Gründen:****A. Zulässigkeit**

### *I. Grenzübertritt für Anwendbarkeit des EGV erforderlich*

Die Beklagte wirft die Frage der Zulässigkeit der Vorlagefrage auf, und zwar genauer gesagt der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsvorschriften über die Grundfreiheiten in diesem Rechtsstreit. Ihrer Ansicht nach betraf die Untersagungsverfügung vom 14. September 1994 kein Verhalten mit grenzüberschreitendem Bezug und konnte somit nicht die vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten einschränken. Zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung sei die der Klägerin von Pulsar angebotene Anlage noch nicht geliefert gewesen, und kein Franchisevertrag habe die Klägerin verpflichtet, die von der Untersagung betroffene Spielvariante anzubieten.

### *II. Einschätzungsprärogative des vorliegenden Gerichts bzgl. Entscheidungserheblichkeit*

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung ausschließlich Sache der mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichte ist, in deren Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls sowohl zu beurteilen, ob eine Vorabentscheidung erforderlich ist, damit sie ihr Urteil erlassen können, als auch, ob die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen erheblich sind. Betreffen also die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden (vgl. u. a. Urteile vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, Preußen-Elektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38, vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnr. 18, vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 21, vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache C-18/01, Korhonen u. a., Slg. 2003, I-5321, Randnr. 19, und vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-476/01, Kapper, Slg. 2004, I-0000, Randnr. 24).

Nach dieser Rechtsprechung kann der Gerichtshof außerdem die Entscheidung über eine Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur dann ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. Urteile Preußen-Elektra, Randnr. 39, Canal Satélite Digital, Randnr. 19, Adolf Truley, Randnr. 22, Korhonen u. a., Randnr. 20, und Kapper, Randnr. 25).

### *III. Subsumtion*

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Auch wenn nämlich die Klägerin ausweislich der Akten zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 14. September 1994 noch

keine Liefer- oder Franchiseverträge mit dem im Vereinigten Königreich niedergelassenen Unternehmen förmlich geschlossen hatte, genügt die Feststellung, dass diese Verfügung jedenfalls in Anbetracht ihrer Wirkung auch für die Zukunft und unter Berücksichtigung der mit ihr ergangenen Untersagung geeignet ist, die künftige Entwicklung von Vertragsbeziehungen zwischen den beiden Geschäftspartnern einzuschränken. Somit ist nicht offensichtlich, dass die Auslegung der die Dienstleistungsfreiheit und die Warenverkehrsfreiheit verbürgenden Vertragsbestimmungen, um die das vorliegende Gericht mit seiner Frage ersucht, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht. Die vom Bundesverwaltungsgericht zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage ist daher für zulässig zu erklären.

### *B. Entscheidung über die Vorlagefrage*

Mit seiner Vorlagefrage möchte das vorliegende Gericht zum einen wissen, ob die Untersagung einer gewerblichen Betätigung zum Schutz in der nationalen Verfassung enthaltener Wertentscheidungen, wie hier zum Schutz der Menschenwürde, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, und zum anderen, ob die Befugnis der Mitgliedstaaten, aus solchen Gründen vom EG-Vertrag verbürgte Grundfreiheiten, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr, einzuschränken, davon abhängt – wie dem Urteil Schindler entnommen werden könnte –, dass diese Einschränkung auf einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsauffassung beruht.

#### *I. Eingriff in den Schutzbereich einer Grundfreiheit*

Zunächst ist zu ermitteln, inwieweit die vom vorliegenden Gericht festgestellte Einschränkung geeignet ist, die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs und des freien Warenverkehrs, die in unterschiedlichen Vertragsbestimmungen geregelt sind, zu beeinträchtigen.

##### *1. Dienstleistungsverkehr*

Insoweit ist festzustellen, dass die streitige Verfügung, indem sie der Klägerin untersagt, ihr „Laserdrome“ nach der von Pulsar entwickelten und von dieser im Vereinigten Königreich insbesondere durch Franchising rechtmäßig vermarkteten Spielvariante zu betreiben, den freien Dienstleistungsverkehr beeinträchtigt, den Artikel 49 EG sowohl den Erbringern als auch den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Empfängern solcher Dienstleistungen gewährleistet.

##### *2. Warenverkehr*

Da das Spiel in Form der von Pulsar entwickelten Variante die Benutzung einer besonderen Ausrüstung impliziert, die ebenfalls rechtmäßig im Vereinigten Königreich vermarktet wird, kann zudem die gegenüber der Klägerin ergangene Untersagung diese davon abhalten, die fragliche Ausrüstung zu erwerben, wodurch der

durch Artikel 28 EG verbürgte freie Warenverkehr beeinträchtigt wird.

### 3. Verhältnis zueinander

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof eine nationale Maßnahme, wenn sie sowohl den freien Dienstleistungsverkehr als auch den freien Warenverkehr beeinträchtigt, grundsätzlich nur im Hinblick auf eine dieser beiden Grundfreiheiten prüft, wenn sich herausstellt, dass im konkreten Fall eine der beiden Freiheiten der anderen gegenüber völlig zweitrangig ist und ihr zugeordnet werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteile Schindler, Randnr. 22, Canal Satélite Digital, Randnr. 31, und vom 25. März 2004 in der Rechtssache C-71/02, Karner, Slg. 2004, I-0000, Randnr. 46).

Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens tritt der Aspekt der Warenverkehrsfreiheit hinter dem der Dienstleistungsfreiheit zurück. Die Beklagte und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass die streitige Verfügung die Einfuhr von Waren nur hinsichtlich der speziell für die untersagte Laserspielvariante entwickelten Ausrüstung beschränkt und dies eine zwangsläufige Folge der Beschränkung in Bezug auf die von Pulsar erbrachten Dienstleistungen ist. Somit erübrigt sich, wie die Generalanwältin in Nummer 32 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, eine eigenständige Untersuchung der Vereinbarkeit dieser Verfügung mit den Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr.

## II. Rechtfertigung

Was die Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Verfügung vom 14. September 1994 anbelangt, so sind nach dem gemäß Artikel 55 EG auf diesem Sachgebiet anwendbaren Artikel 46 EG Beschränkungen zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Im vorliegenden Fall geht aus den Akten hervor, dass die Beklagte in der Begründung der Untersagungsverfügung ausdrücklich ausführt, dass die betroffene Betätigung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstelle. Die Bezugnahme auf eine Gefahr für die öffentliche Ordnung findet sich auch in § 14 Absatz 1 OBG NW, der die Ordnungsbehörden ermächtigt, die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr einer solchen Gefahr zu treffen.

### 1. Öffentliche Ordnung als Schranke

Im vorliegenden Verfahren steht fest, dass die streitige Verfügung ohne Ansehung der Staatszugehörigkeit der Erbringer oder Empfänger der von der Beschränkung betroffenen Dienstleistungen ergangen ist. Da jedenfalls die Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung unter eine in Artikel 46 EG aufgezählte Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr fallen, braucht nicht geprüft zu werden, ob diese Maßnahmen unterschiedslos sowohl auf im Inland ansässige Dienstleistungserbringer

als auch auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungserbringer anwendbar sind.

### 2. Enge Auslegung

Dass ein Mitgliedstaat sich auf eine vom EG-Vertrag vorgesehene Ausnahme berufen kann, hindert jedoch nicht an der gerichtlichen Nachprüfung der Maßnahmen, mit denen diese Ausnahme angewandt wird (vgl. Urteil vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74, Van Duyn, Slg. 1974, 1337, Randnr. 7). Außerdem ist der Begriff der öffentlichen Ordnung im Gemeinschaftsrecht, insbesondere, wenn er eine Ausnahme von der Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen soll, eng zu verstehen, so dass seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden darf (vgl. entsprechend für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer Urteile Van Duyn, Randnr. 18, und vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77, Boucheureau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 33). Folglich ist eine Berufung auf die öffentliche Ordnung nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (vgl. Urteil vom 14. März 2000 in der Rechtssache C-54/99, Église de scientologie, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 17).

Allerdings können die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein. Insoweit ist den zuständigen innerstaatlichen Behörden daher ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EG-Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen (Urteile Van Duyn, Randnr. 18, und Bouchereau, Randnr. 34).

### 3. Schutz der Menschenwürde aber jedenfalls ausreichend

Im Ausgangsverfahren waren die zuständigen Behörden der Ansicht, dass die von der Untersagungsverfügung betroffene Betätigung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstelle, weil die gewerbliche Veranstaltung von Unterhaltungsspielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen nach der in der öffentlichen Meinung vorherrschenden Auffassung gegen eine in der nationalen Verfassung verankerte grundlegende Wertvorstellung verstoße, nämlich gegen die Menschenwürde. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts haben die mit der Sache befassten nationalen Gerichte die Auffassung von den Erfordernissen des Schutzes der Menschenwürde, auf der die streitige Verfügung beruht, geteilt und bestätigt, so dass diese Auffassung folglich als im Einklang mit dem deutschen Grundgesetz stehend angesehen werden muss.

#### a. Menschenwürde als (ungeschriebenes) Grundrecht auf EG-Ebene

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die

Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat; dabei lässt er sich von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten besondere Bedeutung zu (vgl. insbesondere Urteile vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 41, vom 6. März 2001 in der Rechtssache C-274/99 P, Connolly/Kommission, Slg. 2001, I-1611, Randnr. 37, vom 22. Oktober 2002 in der Rechtssache C-94/00, Roquette Frères, Slg. 2002, I-9011, Randnr. 25, und vom 12. Juni 2003 in der Rechtssache C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 71). Wie die Generalanwältin in den Nummern 82 bis 91 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zielt die Gemeinschaftsrechtsordnung unbestreitbar auf die Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde als eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ab. Somit ist das Ziel, die Menschenwürde zu schützen, unzweifelhaft mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, ohne dass es insoweit eine Rolle spielt, dass in Deutschland dem Grundsatz der Achtung der Menschenwürde die besondere Stellung eines selbständigen Grundrechts zukommt.

#### *b. Menschenwürde kann auch Grundfreiheiten einschränken*

Da die Grundrechte sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie des freien Dienstleistungsverkehrs, bestehen (vgl. in Bezug auf den freien Warenverkehr Urteil Schmidberger, Randnr. 74).

#### *4. Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke*

Jedoch können Maßnahmen, durch die der freie Dienstleistungsverkehr eingeschränkt wird, nur dann durch Gründe der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden, wenn sie zum Schutz der Belange, die sie gewährleisten sollen, erforderlich sind, und auch nur insoweit, als diese Ziele nicht mit Maßnahmen erreicht werden können, die den freien Dienstleistungsverkehr weniger einschränken (vgl. in Bezug auf den freien Kapitalverkehr Urteil *Église de scientologie*, Randnr. 18).

#### *a. Unterschiedliche Interpretation der Notwendigkeit in verschiedenen Mitgliedsstaaten unschädlich*

Insoweit ist es nicht unerlässlich, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaats erlassene beschränkende Maßnahme einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung darüber entspricht, wie das betreffende Grundrecht oder berechtigte Interesse zu schützen ist. Zwar hat der Gerichtshof in Randnummer 60 des Urteils *Schindler* auf die sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen Bezug genommen, aufgrund deren alle Mitgliedstaaten die Veranstaltung von Lotterien oder anderen Glücksspielen Beschränkungen unterwerfen, er hat jedoch mit der Erwähnung dieser gemeinsamen Auffassung kein allgemeines Kriterium für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nationaler Maßnahmen formulieren wollen, mit denen die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit beschränkt wird.

Vielmehr sind die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen, wie aus einer ständigen Rechtsprechung seit dem Urteil *Schindler* hervorgeht, nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat (vgl. in diesem Sinne Urteile *Läärä u. a.*, Randnr. 36, *Zenatti*, Randnr. 34, und vom 11. September 2003 in der Rechtssache C-6/01, *Anomar u. a.*, Slg. 2003, I-0000, Randnr. 80).

#### *b. Subsumtion*

Im vorliegenden Fall ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Untersagung der gewerblichen Veranstaltung von Unterhaltungsspielen, die simulierte Gewalthandlungen gegen Personen, insbesondere die Darstellung von Tötungshandlungen an Menschen, implizieren, dem vorlegenden Gericht zufolge dem Grad des Schutzes der Menschenwürde entspricht, der mit dem Grundgesetz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland sichergestellt werden sollte. Zum anderen ist festzustellen, dass die streitige Verfügung, mit der nur die Variante des Laserspiels untersagt wird, bei der es darum geht, auf menschliche Ziele zu schießen und somit das Töten von Personen zu spielen, nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des von den zuständigen nationalen Behörden verfolgten Zieles erforderlich ist. Daher kann die Verfügung vom 14. September 1994 nicht als eine Maßnahme angesehen werden, die den freien Dienstleistungsverkehr ungerechtfertigt beeinträchtigt.

#### *III. Ergebnis*

Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht einem nationalen Verbot einer in der gewerblichen Veranstaltung von Spielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit, das zum Schutz der öffentlichen Ordnung wegen einer in dieser Tätigkeit gesehenen Verletzung der Menschenwürde ergeht, nicht entgegensteht.

**Standort: Völkerrecht****Problem: Bedeutung der EMRK**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 14.10.2004  
2 BvR 1481/04 (NJW 2004, 3407)

**Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, in welchem Umfang staatliche Stellen (hier: Gerichte) die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) und die auf ihrer Grundlage ergangenen Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu beachten haben. Zu dieser Frage nimmt es grundlegend wie folgt Stellung:

1. Die EMRK ist ein durch Bundesgesetz in innerstaatliches Recht transformierter völkerrechtlicher Vertrag, der somit im Rang eines Bundesgesetzes steht und in diesem Umfang alle staatlichen Stellen bindet. Verfassungsrank hat die EMRK jedoch nicht.

2. Auf Verfassungsebene kann die EMRK gleichwohl Auslegungshilfe bei der Interpretation der Grundrechte sein, soweit sie den Grundrechtsschutz nicht einschränkt. Das letzte Wort aber behält das BVerfG: Lässt sich die EMRK oder ihre Interpretation durch den EGMR nicht mit dem GG in Einklang bringen, gilt vorrangig des GG.

3. Urteile des EGMR gelten ohnehin nur inter partes. Hat ein nationales Gericht einen Fall zu entscheiden, in dem der EGMR ein Urteil gefällt hat, muss das Gericht dieses Urteil aber berücksichtigen, d.h. so entscheiden, dass der festgestellte Verstoß gegen die EMRK beendet und einen konventionsgemäßer Zustand hergestellt wird.

**Prüfungsrelevanz:**

Wenn in einer Prüfungsaufgabe von der EMRK oder einem Urteil des EGMR die Rede ist, muss der Bearbeiter wissen, wie sich diese in die Falllösung einbauen lassen. Er wird dabei häufig den o.g. Weg der Auslegung von Grundrechten im Lichte der EMRK zu wählen haben. Das BVerfG legt dabei den Finger in die Wunde: Es stellt klar, dass die EMRK nur den Rang eines Bundesgesetzes hat, d.h. nicht zu Verkürzungen des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes führen kann. Dies ist aber dann problematisch, wenn Grundrechte miteinander abzuwägen sind, also z.B. wie hier das Kindeswohl und das Recht der Pflegeeltern auf der einen und das Umgangsrecht des Vaters auf der anderen Seite zu einem Zielkonflikt führen. Die Berücksichtigung der EMRK auf der einen Seite führt dann automatisch zu der - grds. unzulässigen - Verkürzung des Grundrechtsschutzes auf der anderen Seite. Deshalb habe ein Gericht die EMRK - wie das BVerfG formuliert - "schonend einzupassen", d.h. in jedem Fall die vom BVerfG vielfach prokla-

mierte "praktische Konkordanz" (den Ausgleich der Interessen) in den Vordergrund zu stellen. Sei dies nicht ohne einen Verstoß gegen die EMRK möglich, müsse dieser hingenommen werden.

Das Problem ist sehr aktuell, denn neben der vorliegenden Grundsatzentscheidung des BVerfG ist die EMRK schon durch das Urteil des EGMR in der Sache "Caroline v. Monaco" (vgl. Vertiefungshinweise) in den Mittelpunkt gerückt, in welchem der Gerichtshof das deutsche System des Schutzes der allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Urheberrechts im Verhältnis zur Pressefreiheit gewogen und für zu leicht befunden hat.

Nachstehend ist aus Platzgründen die Pressemitteilung des BVerfG (Nr. 92/2004 vom 19. Oktober 2004) abgedruckt, welche die Urteilsgründe auf das Wesentliche reduziert wiedergibt. Für Wahlfachkandidaten im Völkerrecht mag der Volltext interessant sein, der unter der o.g. Fundstelle nachgelesen werden kann.

**Vertiefungshinweise:**

Der angegriffene Beschluss des OLG Naumburg: *OLG Naumburg*, FamRZ 2004, 1510

Caroline v. Monaco-Entscheidung: *EGMR*, NJW 2004, 2647

Auswirkungen der Caroline v. Monaco-Entscheidung: *Mann*, NJW 2004, 3220

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

**Leitsätze:**

**1. Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische "Vollstreckung" können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.**

**2. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander**

**zum Ausgleich bringen will.****Sachverhalt:**

Der Bf ist der Vater eines 1999 nicht ehelich geborenen Kindes. Die Kindesmutter gab das Kind einen Tag nach der Geburt zur Adoption frei und erklärte ihre Einwilligung zur Adoption durch die Pflegeeltern, bei denen das Kind seit seiner Geburt lebt. Seit Oktober 1999 bemüht sich der Bf in verschiedenen gerichtlichen Verfahren, u.a. auch mittels einer Vb., erfolglos um die Übertragung des Sorgerechts und die Einräumung eines Umgangsrechts. Auf seine Individualbeschwerde erklärte eine Kammer der Dritten Sektion des EGMR mit Urteil vom 26. Februar 2004 einstimmig, dass die Sorgerechtsentscheidung und der Ausschluss des Umgangsrechts eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellten. Der Staat habe in Fällen, in denen nachweislich Familienbande zu einem Kind bestünden, die Pflicht, auf die Zusammenführung eines leiblichen Elternteils mit seinem Kind hinzuwirken. Dem Bf müsse mindestens der Umgang mit seinem Kind ermöglicht werden. Daraufhin übertrug das Amtsgericht dem Bf antragsgemäß die elterliche Sorge und räumte ihm im Wege der einstweiligen Anordnung von Amts wegen ein Umgangsrecht ein. Das OLG hob die einstweilige Anordnung zum Umgangsrecht des Bf auf. Mit seiner dagegen gerichteten Vb. rügt der Bf die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1, Art. 3 und Art. 6 GG sowie des Rechts auf ein faires Verfahren. Das OLG habe Völkerrecht missachtet und die Bindungswirkung der Entscheidung des EGMR verkannt.

**Aus den Gründen:****A. Rechtsnatur der EMRK**

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte (EMRK) und ihre Zusatzprotokolle sind völkerrechtliche Verträge, die der Bundesgesetzgeber jeweils mit förmlichem Gesetz (Art. 59 Abs. 2 GG) in die deutsche Rechtsordnung überführt hat. Damit haben die EMRK und ihre Zusatzprotokolle den Rang eines Bundesgesetzes. Deshalb haben deutsche Gerichte die Konvention bei der Interpretation des nationalen Rechts zu beachten und anzuwenden.

Die Gewährleistungen der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle sind allerdings schon wegen des ihnen vom Grundgesetz zugewiesenen Ranges kein unmittelbar verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts jedoch als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht den Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz einschränkt oder mindert. In dieser verfassungsrechtlichen Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrages kommt die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zum

Ausdruck. Auch die Verfassung ist nach Möglichkeit so auszulegen, das sein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht. Die Völkerrechtsfreundlichkeit entfaltet Wirkung jedoch nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes. Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität. Ist ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung nicht anders abzuwenden, so widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet.

**B. Entscheidungen des EGMR**

Eine besondere Bedeutung für das Konventionsrecht als Völkervertragsrecht haben die Entscheidungen des EGMR. Die Vertragsparteien haben sich konventionsrechtlich verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Deshalb sind die Urteile des Gerichtshofs für die an dem Verfahren beteiligten Parteien – aber auch nur für diese – verbindlich. In der Sachfrage erlässt der Gerichtshof ein Feststellungsurteil, ohne die angegriffene Maßnahme aufzuheben. Die Bindungswirkung einer Entscheidung des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle gesetzlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen.

**C. Umfang der Bindungswirkung**

Die Art und Weise der Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Zur Bindung der Verwaltungsbehörden und Gerichte an Gesetz und Recht gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale

Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will. Vor allem im Familien- und Ausländerrecht sowie im Recht zum Schutz der Persönlichkeit kann es geboten sein, widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestufte Rechtsfolgen zu einem Ausgleich zu bringen. Es ist Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des EGMR in den betroffenen Teilrechtsbereich schonend einzupassen.

#### D. Prüfungspflicht des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen, nach Möglichkeit zu verhindern und beseitigen. Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. Solange im Rahmengeltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, haben deutsche Gerichte der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Die Konventionsbestimmung ist in der Auslegung des Gerichtshofs jedenfalls in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinandersetzen. Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht vor dem Bundesverfassungsgericht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechts-

staatsprinzip rügen.

#### E. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben verstößt die angegriffene Entscheidung des OLG gegen Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Das OLG hätte sich nachvollziehbar damit auseinandersetzen müssen, wie Art. 6 GG in einer der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland entsprechenden Art und Weise hätte ausgelegt werden können. Dabei ist von zentraler Bedeutung, dass der vom EGMR festgestellte Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 8 EMRK andauert, weil der Bf weiterhin keinen Umgang mit seinem Kind hat. Das OLG hätte sich mit den Gründen des Urteils des Gerichtshofs besonders deshalb auseinandersetzen müssen, weil die Entscheidung, mit der ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen die Konvention festgestellt wurde, zu dem Gegenstand ergangen war, mit dem das OLG sich erneut zu befassen hatte. Die Berücksichtigungspflicht beeinträchtigt das OLG weder in seiner verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit noch zwingt sie das Gericht zu einem unreflektierten Vollzug der Entscheidung des Gerichtshofs. Bei der rechtlichen Würdigung insbesondere neuer Tatsachen, der Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen wie derer der Pflegefamilie und insbesondere des Kindeswohls und der Einordnung des Einzelfalls in den Gesamtzusammenhang familienrechtlicher Fälle mit Bezug zum Umgangsrecht ist das OLG im konkreten Ergebnis nicht gebunden. Diese Zusammenhänge sind in dem angegriffenen Beschluss jedoch nicht erörtert worden.

### Standort: Verwaltungsrecht AT

### Problem: Reformatio in peius

OVG KOBLENZ, URTEIL VOM 28.04.2004  
8 A 10366/04 (NVwZ-RR 2004, 723)

#### Problemdarstellung:

Die weitere Verschlechterung eines bereits belastenden (oder wie hier: nicht in ausreichendem Maße begünstigenden) Ausgangsbescheids im Widerspruchsverfahren wird allgemein als "reformatio in peius" bezeichnet. Umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche zulässig ist, da manche Literaturstimmen sie als unvereinbar mit der Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens ansehen. In der Rspr. ist ihre Zulässigkeit hingegen allgemein anerkannt, besonders wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde ohnehin identisch sind oder letztere die Fachaufsicht über erstere ausübt.

Das OVG Koblenz hatte nun aber einen Fall zu entscheiden, in dem der Erlass von Widerspruchsbescheiden gesetzlich auf einen eigens dafür geschaffenen,

sonst nicht mit Verwaltungsaufgaben betrauten Ausschuss übertragen worden war, § 7 I AGVwGO Rh.-Pf. Das Gericht meint, dass einem solchen Ausschuss allein die Entscheidung über das Schicksal des Ausgangsbescheids, nicht aber über eine weitere Verböserung zustehe, weil es nicht dessen Aufgabe sei, rechtmäßige Zustände notfalls auch zu Lasten des Bürgers herzustellen. Diese Aufgabe obliege allein den für die zu entscheidende Sachfrage zuständigen Behörden.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Streit um die Zulässigkeit einer reformatio in peius dreht sich im Wesentlichen um die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde für die Verböserung. Wenn das Gesetz der Ausgangsbehörde eine Sachentscheidungskompetenz zuweist, besteht bei eigener, verbösernder Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde grds. die Gefahr, dass die Kompetenz der Ausgangsbehörde unterlaufen wird. Deshalb sind zunächst auch

nur die o.g. Fälle unproblematisch, in denen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind oder die Ausgangsbehörde wegen bestehender Fachaufsicht (d.h. voller Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle über die Entscheidungen der Ausgangsbehörde) ohnehin ganz dem Willen der Widerspruchsbehörde unterworfen ist, wenn diese zugleich Aufsichtsbehörde ist. Auch der vorliegende Fall wäre in der Zuständigkeit anzusprechen und zu lösen, indem dargelegt wird, dass der hier als Widerspruchsbehörde implementierte Ausschuss eben nicht für eine Verböserung zuständig ist, mag man eine solche auch grds. für zulässig halten.

Hingewiesen sei ferner darauf, dass im konkreten Fall das VG als I. Instanz noch eine weitere Verböserung vorgenommen hatte. Das OVG legt überzeugend dar, dass eine gerichtliche *reformatio in peius* regelmäßig an der Bindung des Gerichts an das Klagebegehren scheitern wird, § 88 VwGO. Dieses ist stets auf eine Verbesserung des status quo gerichtet und hindert das Gericht somit an einer Verschlechterung, wenn nicht auch die vorhandene Begünstigung selbst zur Disposition steht (häufig in Fällen der Drittbeteiligung).

#### **Vertiefungshinweise:**

*Reformatio in peius* durch Ausschuss: *OVG Koblenz*, AS 8, 273; *Pietzner*, VerwArch Bd. 80 [1989], 501

*Reformatio in peius* bei Fachaufsicht: *VGH Mannheim*, RA 2001, 456 = VBIBW 2001, 323

Zur Zuständigkeit für r.i.p. nach Landesrecht: *BVerwGE* 51, 310, 313; 65, 313, 319; *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 26; NVwZ 1987, 215

Zum materiellen Umfang der Verböserungsbefugnis: *BayVGH*, NJW 1982, 460

Zur Zulässigkeit der *reformatio in peius* insgesamt: *Meister*, JA 2002, 567; *Schildheuer*, NVwZ 1997, 637; *Klindt*, NWVB1 1996, 452

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Trouble bei Trude"

#### **Leitsätze:**

**1. Der Kreis- oder Stadtrechtsausschuss als Widerspruchsbehörde ist zu einer *reformatio in peius*, also zu einer "Verböserung" des angegriffenen Ausgangsbescheides, grundsätzlich nicht befugt. Eine über die Rechtsschutzfunktion hinausgehende objektive Kontrollfunktion hat der Rechtsausschuss grundsätzlich nicht.**

**2. Im Verfahren der Verpflichtungsklage ist das Verwaltungsgericht durch die Bindung an das Klagebegehren (§ 88 VwGO) an einer *reformatio in peius* regelmäßig ebenfalls gehindert.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. beehrte die Verpflichtung des Bekl. zur Erteilung einer Bescheinigung für den Übergang einer Milchreferenzmenge. Mit Bescheinigung vom 7.2.2001 bestätigte der Bekl., eine Referenzmenge von 6.754 kg sei vom Beigel. auf die Kl. zum 1.4.2002 übergegangen. Die Kl. legte dagegen Widerspruch ein. [...] Durch Widerspruchsbescheid vom 25.2.2002 verringerte der Kreisrechtsausschuss die übergegangene Referenzmenge weiter auf 5.077 kg und wies den Widerspruch im Übrigen zurück.

Die Kl. hat mit der Verpflichtungsklage beantragt, ihr die Übertragung einer Milchreferenzmenge von insgesamt 13.508 kg zum 1.11.1998, hilfsweise zum 1.11.2001, zu bescheinigen. Das VG hat den Bekl. unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verpflichtet, der Kl. zu bescheinigen, dass zum 1.11.2001 eine Milchreferenzmenge in Höhe von 2.695,4 kg vom Beigel. auf die Kl. übergegangen ist, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das OVG gab der Berufung der Kl. teilweise statt.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung ist zulässig, jedoch nur mit dem Hilfsantrag teilweise begründet.

#### **A. Hauptantrag**

Die Kl. hat keinen Anspruch auf eine Bescheinigung über den Übergang einer Milchreferenzmenge von dem Beigel. auf sie zum 1.11.98 [wird ausgeführt].

#### **B. Hilfsantrag**

Die Klage hat mit dem Hilfsantrag teilweise Erfolg. Die Kl. hat zwar keinen Anspruch auf Verpflichtung des Bekl., ihm den Übergang einer Referenzmenge von insgesamt 13.508 kg zum 1.11.2001 zu bescheinigen. Jedoch hätte das VG die Bescheide vom 7. 2. 2001 und 21. 6. 2001 nicht zu Ungunsten der Kl. abändern dürfen. Vielmehr hätte es den Bekl. unter teilweiser Aufhebung des Widerspruchsbescheides, soweit bereits dieser eine Verschlechterung enthielt, verpflichten müssen, ihr den Übergang einer Referenzmenge von 4.023 kg statt lediglich 2.695,4 kg zu bescheinigen. Der Widerspruchsbescheid vom 25. 2. 2002 ist teilweise aufzuheben, denn er ist rechtswidrig, soweit der Kreisrechtsausschuss den Ausgangsbescheid zum Nachteil der Kl. abgeändert hat.

#### **I. Zulässigkeit einer behördlichen *reformatio in peius***

Zwar ist nach Maßgabe des Landesorganisationsrechts die Zulässigkeit einer für den Widerspruchsführer nachteiligen Entscheidung (*reformatio in peius*) im Widerspruchsverfahren grundsätzlich anerkannt (st.Rspr.; siehe nur *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 26).

#### **1. Keine Kompetenz aus der VwGO**

Die Vorschriften der VwGO über das Widerspruchs-

verfahren regeln allerdings selbst nicht, ob die Widerspruchsbehörde einen Verwaltungsakt zu Ungunsten des Widerspruchsführers, der ihn angefochten hat, abändern darf.

## 2. Vielmehr nach Landesrecht

Sie stellen lediglich die kompetenzrechtliche Grundlage zur Verfügung, wenn Landesrecht die zur Entscheidung über den Widerspruch zuständige Behörde auch zur "Verböserung" ermächtigt.

### a. Grundsätzliche Zulässigkeit nach Landesrecht Rh.-Pf.

Eine solche Ermächtigung kann (auch) dem rheinland-pfälzischen Landesrecht grundsätzlich entnommen werden. Da das Widerspruchsverfahren neben der Entlastung der Gerichte auch der Selbstkontrolle der Verwaltung dient, entspricht es seinem Sinn und Zweck, auch solche Fehler zu beheben, die sich zu Gunsten des Widerspruchsführers auswirken. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Widerspruchsbehörde die Fachaufsicht über die Erstbehörde ausübt oder mit der Erstbehörde identisch ist, denn dann hat sie grundsätzlich die volle Entscheidungskompetenz der Erstbehörde (OVG Koblenz, NVwZ 1992, 386 ff.).

### b. Ausnahme bei ausgegliederter Zuständigkeit

Etwas anderes gilt aber, wenn als Widerspruchsbehörde, wie hier, nicht die vorgesetzte Behörde der Erstbehörde oder diese selbst, sondern ein weisungsunabhängiger, nicht in die Behördenhierarchie eingegliedert Kreis- oder Stadtrechtsausschuss handelt (vgl. § 7 I AGVwGO Rh.-Pf.). Ein solcher Ausschuss ist eine reine Rechtsbehelfsbehörde, die nur befugt ist, der Verletzung des Widerspruchsführers in seinen Rechten abzuwehren, nicht aber dazu, objektiv rechtmäßige Ver-

hältnisse zu schaffen. Eine über die Rechtsschutzfunktion hinausgehende objektive Kontrollbefugnis hat der Rechtsausschuss nicht (vgl. OVG Koblenz, AS 8, 273 [279]; Pietzner, VerwArch Bd. 80 [1989], 501 [505]; Dolde, in: Schoch, VwGO, § 68 Rdnr. 51, Fußn. 125). Deshalb durfte hier der Kreisrechtsausschuss nicht die als übergegangen bescheinigte Referenzmenge korrigieren. Denn dies geschah, um einen Fehler zu berichtigen, der sich nicht zum Nachteil, sondern zum Vorteil der Kl. auswirkte und war deshalb nicht aus Gründen des Rechtsschutzes für die Kl. geboten.

### II. Zulässigkeit einer gerichtlichen reformatio in peius

Auch das VG war nicht befugt, die als übergegangen bescheinigte Referenzmenge zum Nachteil der Kl. zu verringern, denn es durfte nicht über das Klagebegehren hinausgehen (§ 88 VwGO). Die Kl. hatte im Wege der Verpflichtungsklage beantragt, ihr die Übertragung einer Milchreferenzmenge von insgesamt 13.508 kg zum 1.11.1998, hilfsweise zum 1.11.2001, zu bescheinigen. Das Urteil des VG ist jedoch so zu verstehen, dass die Bescheinigung des Übergangs einer Referenzmenge von 6.119 kg zum 1.4.2002 aufgehoben und der Bekl. statt dessen verpflichtet wird, den Übergang einer Referenzmenge von nur 2.695,4 kg zum 1.11.2001 zu bescheinigen. Dies geht über den Antrag hinaus, der eine Verringerung der Referenzmenge nicht anstrebte, sondern vielmehr eine Erhöhung und eine Vorverlegung des Übergangsdatums vom 1.4.2002 auf den 1.11.2001.

Der Antrag wäre im Übrigen auch so zu verstehen gewesen, wenn nicht ausdrücklich - und rein klarstellend - die Bescheinigung einer Referenzmenge über die bereits bescheinigte Referenzmenge hinaus beantragt worden wäre [wird ausgeführt].

## Standort: VwGO

## Problem: Aufhebung der Aussetzung nach § 80 IV VwGO

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 18.05.2004  
15 B 748/04 (NVwZ-RR 2004, 725)

### Problemdarstellung:

Ein Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt hat grds. aufschiebende Wirkung, § 80 I VwGO. Davon macht das Gesetz allerdings in § 80 II VwGO vier Ausnahmen. Liegt eine solche vor, muss der Bürger den Verwaltungsakt schon während des laufenden Widerspruchsverfahrens befolgen und - sofern er dies nicht tut - mit dessen Vollziehung rechnen. Allerdings kann er in diesen Fällen bei der Behörde (§ 80 IV VwGO) oder bei Gericht (§ 80 V VwGO) einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung stellen. Das OVG Münster hatte nun über die Frage zu entscheiden, ob eine Behörde die von ihr einmal nach § 80 IV VwGO ausgesetzte Vollziehung wieder aufheben darf. Das

Gericht deutet an, dass es dies - mit der h.M. - zumindest mit Wirkung ex nunc für möglich hält, während eine m.M. dafür eine Änderung der Sach- bzw. Rechtslage fordert.

Ferner weist das Gericht darauf hin, dass auch bei der Aufhebung der Außervollzugsetzung eines Verwaltungsakts zwischen deren Rechtmäßigkeit und deren Wirksamkeit zu unterscheiden sei. Werde die Aussetzung der Vollziehung aufgehoben, sei der Verwaltungsakt bereits wieder sofort vollziehbar, wenn die Aufhebung nicht unwirksam sei. Ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit spiele also insoweit keine Rolle.

Diese Konstellation ist ansonsten nur von Verwaltungsakten bekannt, bei denen die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ja bekanntlich explizit zwischen der Rechtmäßigkeit und

Rechtswirksamkeit unterscheiden: Während die Rechtswidrigkeit "nur" zur Aufhebbarkeit (etwa nach §§ 48, 49 VwVfG, im Abhilfe- oder Widerspruchsverfahren, mittels Anfechtungsklage usw.) führt, entfaltet ein unwirksamer Verwaltungsakt (§ 44 VwVfG) keinerlei Rechtswirkungen; einer Aufhebung bedarf es nicht, bestenfalls kann die Nichtigkeit festgestellt werden (§ 43 I VwGO), wenn insoweit Unklarheit herrscht. Das OVG äußert sich allerdings nicht dazu, ob es die Aufhebung einer Außervollzugsetzung nach § 80 IV VwGO nun auch als Verwaltungsakt ansieht oder sie nur in Bezug auf die Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit diesem gleichstellen will.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Ob und ab wann ein Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt aufschiebende Wirkung entfaltet, ist für zahllose Rechtsfragen von Bedeutung, die hier nicht einmal ansatzweise mit dem Anspruch auf Vollständigkeit aufgelistet werden können. Am wichtigsten sind vielleicht die Fälle, in denen ein Verwaltungsakt vollstreckt werden soll, weil die Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder hierfür einen bestandskräftigen oder sofort vollziehbaren Verwaltungsakt verlangen. Ferner kann sich die Frage stellen, für welchen Zeitraum ein Verwaltungsakt einen Rechtsgrund bildet (etwa im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs), ab wann Zinsen zu zahlen sind, die Ausübung einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit rechtmäßig war usw. Jeder Examenkandidat muss daher die Dogmatik des § 80 VwGO perfekt beherrschen. Hierzu ist es auch wichtig zu wissen, dass eine Aussetzung der Vollziehung wieder aufgehoben werden kann, und zwar mit Wirkung ex nunc, und dass diese Aufhebung nur wirksam, nicht aber rechtmäßig sein muss, um den Sofortvollzug des Verwaltungsakts (wieder) zu ermöglichen.

Für den Fall, dass nicht die Behörde nach § 80 IV VwGO, sondern das VG nach § 80 V VwGO die Vollziehung des Verwaltungsakts durch Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs aussetzt, ist die Befugnis zur Aufhebung oder Änderung des entsprechenden Beschlusses übrigens in § 80 VII VwGO explizit geregelt.

#### **Vertiefungshinweise:**

Aufhebung der Aussetzung der Vollziehung durch die Behörde: *VGH Kassel*, Gemeindehaushalt 1984, 20; *Finkelburg/Jank*, Vorläufiger Rechtsschutz, Rz. 633; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Assessorexamen im öffentl. Recht, § 56 Rz. 2

Vorläufige Aussetzung der Vollziehung: *OVG Münster*, NVwZ-RR 1994, 62

Zur Aussetzung der Vollziehung eines verwaltungs-

gerichtlichen Beschlusses: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2004, 388

#### **Leitsätze:**

**1. Die Verwaltungsbehörde kann eine von ihr ausgesprochene Aussetzung der Vollziehung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft aufheben.**

**2. Die Wirksamkeit dieser Aufhebung hängt nicht davon ab, ob sie rechtmäßig ist.**

#### **Sachverhalt:**

Der Ast. erhob gegen einen Straßenbaubeitragsbescheid Widerspruch und beantragte gegenüber der Erlassbehörde, die Vollziehung des Bescheides "bis auf weiteres auszusetzen." Dem gab die Behörde statt und erließ später einen zurückweisenden Widerspruchsbescheid mit dem Zusatz "Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung wird abgelehnt." Der Ast. beantragte nunmehr, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes festzustellen, dass der Widerspruch und die zwischenzeitlich erhobene Klage aufschiebende Wirkung hätten. Der Antrag blieb in beiden Instanzen erfolglos.

#### **Aus den Gründen:**

Zu Unrecht meint der Ast., die aufschiebende Wirkung komme den Rechtsbehelfen deshalb zu, weil der Ag. selbst die Aussetzung der Vollziehung gem. § 80 IV VwGO verfügt habe.

#### *I. Aussetzung der Vollziehung angeordnet*

Richtig ist zwar, dass dem Antrag des Ast., die Vollziehung des Bescheides nach § 80 IV VwGO bis auf weiteres auszusetzen, stattgegeben wurde.

#### *II. Aufhebung im Widerspruchsbescheid*

Diese Aussetzung der Vollziehung ist jedoch im Widerspruchsbescheid mit den Worten "Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung wird abgelehnt" aufgehoben worden. Auf die Formulierung (isolierte Ablehnung des Aussetzungsantrags statt Aufhebung der Aussetzungsentscheidung und Ablehnung des Aussetzungsantrags) kommt es nicht an. Maßgeblich ist der Erklärungsinhalt, wie ihn der Adressat bei objektiver Würdigung verstehen durfte, wobei Unklarheiten zu Lasten der Verwaltung gehen (vgl. OVG Münster, Gemeindehaushalt 2000, 142). Wenn - wie hier - einem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung "bis auf weiteres" im Laufe des Widerspruchsverfahrens stattgegeben wird und dann im Widerspruchsbescheid der Antrag abgelehnt wird, ist für den Adressaten erkennbar, dass mit dieser endgültigen Ablehnung des Antrages auch die Aufhebung der vorläufigen Aussetzung gemeint ist. Einer Umdeutung der Erklärung bedarf es nicht, vielmehr ist sie lediglich auszulegen.

#### *1. Kompetenz zur Aufhebung der Aussetzungsentschei-*

dung

Der Ag. konnte die ausgesprochene Aussetzung auch aufheben. Dies ergibt sich schon aus der auf Grund der Antragsformulierung nur "bis auf weiteres" ausgesprochenen Stattgabe, aus der erkennbar wird, dass es sich um eine nur vorläufige Entscheidung handelte. Unabhängig davon kann die Verwaltungsbehörde eine von ihr ausgesprochene Aussetzung der Vollziehung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft aufheben (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 80 Rdnr. 118; Re-deker/v.Oertzen, VwGO, 13. Aufl., § 80 Rdnr. 34; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, [Stand: Januar 2003], § 80 Rdnr. 106; J. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 80 Rdnr. 51; Bader/Funke-Kaiser, VwGO, 2. Aufl., § 80 Rdnr. 60).

## 2. Wirksamkeit genügt

Soweit in der Literatur Einschränkungen dahin gemacht werden, die Behörde dürfe bei Fortbestehen der im Regelfall zur Aussetzung führenden Voraussetzungen des § 80 IV 2 VwGO (ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes oder unbillige Härte) die Aussetzung der Vollziehung nicht aufheben, vielmehr müsse eine Veränderung der Umstände vorliegen (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, [Stand: September 2003], § 80 Rdnr. 214; offen gelassen in: BVerwG, NVwZ-RR 2002,

153 f.); betrifft dies die Rechtmäßigkeit einer Änderung oder Aufhebung der Aussetzungsentscheidung, nicht deren Wirksamkeit. Unbeschadet der Frage, ob die Aufhebung der Aussetzung der Vollziehung ein Verwaltungsakt i.S. des § 35 VwVfG ist (offen gelassen etwa für die Anordnung der sofortigen Vollziehung in BVerwG, NJW 1969, 202 f.), hängt ihre Wirksamkeit - ebenso wie beim Verwaltungsakt - grundsätzlich nicht davon ab, ob sie rechtmäßig ist (vgl. zur Unterscheidung von Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit: Wolff/Bachof, VerwR, Bd II, 6. Aufl., § 48 Rdnrn. 4f.).

Für die hier alleine in Rede stehende Frage, ob der eingelegte Rechtsbehelf (noch) aufschiebende Wirkung hat, kommt es daher auch unter Zugrundelegung der genannten einschränkenden Literaturmeinung nicht darauf an, ob eine Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten ist. Im Übrigen ist dies sogar der Fall: Die Voraussetzungen des § 80 IV 3 VwGO (ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts) sind hier mit Erlass des Widerspruchsbescheides weggefallen, da der Ag. aus seiner für die Anwendung dieser Vorschrift maßgeblichen Sicht nach der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Bescheides im Widerspruchsverfahren zu der Erkenntnis gelangt ist, es bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Beitragsbescheides.

## 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.

## Zivilrecht

### Standort: Mietrecht

### Problem: Formulärmäßiger Kündigungsausschluss

BGH, URTEIL VOM 30.06.2004  
VIII ZR 379 / 03 (NJW 2004, 3117)

#### **Problemdarstellung:**

Schon kurz nach Abschluss eines Wohnungsmietvertrages im August 2002 musste der Kläger hier feststellen, dass seitens der Bekl. die Mietzahlungen ausblieben. Mitte November 2002 bekam er von der Bekl. zu 1 schriftlich die Erklärung präsentiert: Sie habe sich von dem Bekl. zu 2 getrennt und beide wollten den Mietvertrag nunmehr kündigen. Da allerdings bereits seit September jegliche Mietzahlungen ausgeblieben waren, kündigte der Kl. mit Schreiben vom 03.12.2002 das Mietverhältnis fristlos, vgl. §§ 543 I, II Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB. Im sodann zu entscheidenden Rechtsstreit machte der Kl. u. a. Schadensersatz wegen Mietausfalls bis einschließlich April 2003 geltend, da es ihm erst zum 01.05.2003 gelungen war, die Wohnung neu zu vermieten. Das Bestehen des an eine berechnete Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs gem. §§ 543 I, II Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB anknüpfenden Schadensersatzanspruches dem Grunde nach, sowie die Beschränkung auf den Zeitraum, bis zu dessen Ablauf die Mieter das Mietverhältnis ordentlich hätten kündigen können, ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt. Für die Frage der Höhe dieses Anspruches war demzufolge entscheidend, ob die Mieter das Mietverhältnis durch ordentliche Kündigung schon vor dem 30.04.2003 hätten beenden können, denn in § 2 des Formulärmietvertrages hatten beide Parteien für die Dauer von 2 Jahren auf die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung verzichtet.

Diese Klausel steht auf den ersten Blick in einem eindeutigen Widerspruch zu den gesetzlichen Regelungen in § 573 c IV BGB - danach sind Abweichungen, die zu Lasten des Mieters von den gesetzlichen Fristen für die ordentliche Kündigung abweichen, unwirksam - und § 575 IV BGB - danach sind Vereinbarungen, die zu Lasten des Mieters das Erfordernis eines sachlichen Grundes für die zeitliche Befristung eines Wohnungsmietvertrages abbedingen, unwirksam. Dennoch setzt der BGH mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung fort, nach der trotz dieser Regelungen ein beiderseitiger Ausschluss der ordentlichen Kündigung - nunmehr sogar mittels AGB-Klausel - möglich und grundsätzlich wirksam ist.

Somit bleibt es aufgrund der Neufassung der §§ 575 ff BGB zwar dabei, dass ein Vermieter ohne sachlichen

Grund kein automatisches Ende eines Wohnungsmietverhältnisses durch schlichte Befristung des entsprechenden Vertrages herbeiführen kann, sehr wohl kann er sich durch den beiderseitigen Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit allerdings hinsichtlich der Mieteinnahmen eine gewisse Rechts- und Planungssicherheit bis zum Ablauf der entsprechenden Vereinbarung verschaffen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001, in Kraft getreten am 01.09.2001, sollte in erster Linie eine befriedigendere Systematik des Mietrechts durch eine Neugliederung der §§ 535 ff BGB unter Einbeziehung verschiedener bis dahin außerhalb des BGB angesiedelter Sondervorschriften erreicht werden (vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, vor § 535 Rz. 77). Im Bereich befristeter Wohnraummietverträge sowie bezüglich der ordentlichen Kündigung unbefristeter Verträge sollte die Position der Wohnungsmieter allerdings verbessert werden. Diese Veränderungen halten sich allerdings durch die bislang recht vermietetfreundliche Rechtsprechung des BGH zu den veränderten Vorschriften in Grenzen. Die vorliegende Entscheidung passt nahtlos in die Reihe derartiger Urteile des Gerichtshofes und sollte Examenskandidaten bekannt sein, weil hiermit der Streit um die Möglichkeit des zeitlich befristeten Ausschlusses der ordentlichen Kündigung trotz §§ 573 c IV, 575 IV BGB (vgl. noch Palandt/Weidenkaff, 62. Aufl. 2003, § 573 c Rz. 3 m. w. N.) als endgültig durch den BGH entschieden gelten dürfte.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Aufnahme eines Lebensgefährten in die Mietwohnung: *BGH*, RA 2004, 114 = NJW 2004, 56
- Zur Erstreckung der Räumungsvollstreckung auf Ehegatten des Mieters: *BGH*, RA 2004, 638 = NJW 2004, 3041

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Geschäftshaus"
- Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

#### **Leitsatz:**

**Eine Bestimmung in einem Formulärmietvertrag über Wohnraum, wonach die ordentliche Kündi-**

**gung innerhalb der ersten zwei Jahre nach Vertragsschluss für beide Seiten ausgeschlossen ist, ist nicht nach § 307 BGB (früher: § 9 AGBG) unwirksam (Fortführung von Senat, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216).**

#### **Sachverhalt:**

Mit schriftlichem Vertrag vom 29.07.2002 mieteten die Bekl. vom Kl. ab 01.08.2002 eine Wohnung; die monatliche Kaltmiete belief sich auf 250,-- Euro zuzüglich Nebenkostenvorauszahlungen von 160,-- Euro monatlich. Im Formularmietvertrag heißt es unter anderem:

§ 2. Mietdauer: Die Parteien verzichten wechselseitig für die Dauer von zwei Jahren auf ihr Recht zur Kündigung dieses Mietvertrags. Eine Kündigung ist erstmalig nach Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren mit der gesetzlichen Frist zulässig. Von dem Verzicht bleibt das Recht der Parteien zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund und zur außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Frist unberührt.

Im August und September 2002 zahlten die Bekl. jeweils nur einen Teil der vertraglich geschuldeten Miete. Weitere Mietzahlungen erfolgten nicht. Mit Schreiben vom 14.11.2002 teilte die Bekl. zu 1 dem Kl. mit, dass sie und der Bekl. zu 2 sich getrennt hätten und beide das Mietverhältnis kündigten. Der Kl. erklärte daraufhin seinerseits mit Schreiben vom 03.12.2002 wegen unstreitig bestehender Zahlungsrückstände die fristlose Kündigung. Nach Ablauf der Räumungsfrist ließ er die Wohnung am 09.12.2002 öffnen. Die von den Bekl. zurückgelassenen Gegenstände ließ er räumen und lagerte diese in einer ihm gehörenden Garage ein. In die Wohnungstür ließ er ein neues provisorisches Schloss einbauen. Der Kl. konnte die Wohnung erst zum 01.05.2003 anderweitig vermieten. Der Kl. verlangt neben den Mieten für die Monate August 2002 bis April 2003 zuzüglich Nebenkosten Ersatz für die Kosten der Räumung, der Einlagerung der den Bekl. gehörenden Gegenstände und des Einbaus des neuen Profilzylinders, insgesamt 2605,61 Euro.

Gegen den Bekl. zu 2 erging durch das AG ein rechtskräftiges Teilversäumnisurteil. Dagegen hat das AG der Klage gegen die Bekl. zu 1 nur teilweise stattgegeben: Es hat, neben Kürzungen der weiter geltend gemachten Positionen, dem Kl. die für April 2003 begehrte Miete nicht zugebilligt. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Kl. hat das LG zurückgewiesen. Die zugelassene Revision hatte teilweise - nämlich mit Blick auf die Aprilmiete 2003 - Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann der Kl. von der Bekl. zu 1 auch für den Monat April 2003

Schadensersatz in Höhe von 250,-- Euro verlangen.

#### *A. Vertragsbeendigung durch Kündigung des Kl. vom 03.12.2002*

Zu Recht ist das BerGer. zunächst davon ausgegangen, dass die Kündigung der Bekl. zu 1 vom 14.11.2002 das Mietverhältnis nicht beendet hat. Vielmehr ist die Beendigung erst durch die Kündigung des Kl. vom 03.12.2002 wegen des Zahlungsrückstands der Bekl. nach § 543 I und II Nr. 3 BGB eingetreten.

#### *B. Wirksamkeit des formularmäßigen Kündigungsausschlusses*

Nicht gefolgt werden kann aber dem BerGer., soweit es in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des AG ein Ende der regulären Mietzeit schon zum 31.03.2003 angenommen hat.

Der dem Kl. als Vermieter auf Grund des vertragswidrigen Verhaltens der Bekl. zustehende Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf den Zeitraum beschränkt, bis zu dem der Mieter erstmalig ordentlich hätte kündigen können (vgl. Senat, BGHZ 82, 121 [129 f.] = NJW 1982, 870; BGH, NJW 1998, 372 = NZM 1998, 75 [unter I 3]; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 543 Rz. 27). Vorliegend war nach § 2 Nr. 3 des Mietvertrags eine ordentliche Kündigung innerhalb der ersten beiden Jahre nach Vertragsschluss ausgeschlossen.

#### *I. Möglichkeit eines befristeten Ausschlusses der ordentlichen Kündigung trotz § 575 IV BGB*

Die Frage, ob ein zeitlich befristeter Verzicht des Mieters auf eine ordentliche Kündigung zulässig ist, hat der Senat in seinem Urteil vom 22.12.2003 (NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216) mittlerweile abweichend von der Auffassung des BerGer. entschieden. Die Regelung des § 2 Nr. 3 des Mietvertrags ist wirksam. Sie verstößt insbesondere nicht gegen § 575 IV BGB, weil diese Vorschrift lediglich eine automatische Beendigung des Mietverhältnisses allein durch Zeitablauf verhindern soll. Dagegen dient sie nicht dem Schutz des Mieters vor einer längeren Bindung an den Vertrag (Senat, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 [unter II 2]).

#### *II. Ausschluss selbst durch AGB-Klausel möglich, solange er für beide Parteien gilt*

An der Wirksamkeit der Bestimmung ändert auch die Tatsache nichts, dass der zeitlich befristete Ausschluss der ordentlichen Kündigung anders als in dem der Senatsentscheidung vom 22.12.2003 zu Grunde liegenden Sachverhalt durch Formularvertrag vereinbart worden ist. Die Regelung in § 2 Nr. 3 des Mietvertrags benachteiligt die Bekl. jedenfalls deshalb nicht unangemessen i. S. v. § 307 BGB, weil sie für beide Seiten gelten soll. Wie der Senat bereits in dem genannten Urteil ausgeführt hat, ist auch der Gesetzgeber davon

ausgegangen, dass nach der Reform des Mietrechts die Möglichkeit besteht, einen unbefristeten Mietvertrag zu schließen und für einen bestimmten, vertraglich festgelegten Zeitraum das Recht zur ordentlichen Kündigung auszuschließen (Senat, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 [unter II 1 b]). Damit liegt eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung i. S. d. § 307 II Nr. 1 BGB schon nicht vor. Auch § 307 II Nr. 2 BGB greift nicht ein. Insbesondere gebietet der Schutzzweck des § 573 c IV BGB keine Einschränkung der Zulässigkeit eines Kündigungsverzichts (Senat, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 [unter II 1 c]). Letztlich ist eine Regelung, wie sie in § 2 Nr. 3 des

Mietvertrags getroffen worden ist, angesichts des Willens des Gesetzgebers, auf den bereits verwiesen wurde, jedenfalls dann nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 307 I BGB unwirksam, wenn sich der Vermieter in gleicher Weise bindet.

Da somit der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Mieters wirksam war, war die Verpflichtung der Bekl. zu 1 zum Schadensersatz nicht auf den Zeitraum bis 31. 3. 2003 begrenzt. Dem Kl. stand vielmehr auch für den Monat April 2003 ein Schadensersatz in Höhe von 250.-- Euro zu.

## Standort: BGB AT

## Problem: Verwirkung des Einwandes der Formnichtigkeit

BGH, URTEIL VOM 16.07.2004  
V ZR 222 / 03 (NJW 2004, 3330)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall beriefen sich die Bekl., welche auf Zahlung eines Restkaufpreises aus einem 1993 geschlossenen Grundstückskaufvertrag in Anspruch genommen wurden, erstmals in der Berufungsinstanz auf die angebliche Formnichtigkeit des Vertrages gem. § 125 S. 1 BGB, da der § 313 BGB a. F. - inzwischen bekanntlich § 311 b I BGB n. F. - seinerzeit nicht ordnungsgemäß beachtet worden sei. Dieser Einwand blieb ohne Erfolg, da das BerGer. annahm, der Berufung auf §§ 125 S. 1, 313 BGB stehe hier § 242 BGB entgegen. Die Bekl. hätten die Einwendung der Formnichtigkeit verwirkt, da sie selbst den Kaufvertrag lange Zeit als wirksam behandelt und so ein schutzwürdiges Vertrauen darauf geschaffen hätten, sich nicht mehr auf die Formwirksamkeit zu berufen.

Der BGH ist dieser Rechtsauffassung entgegengetreten und hat herausgestellt, dass allein das Vorliegen der Voraussetzungen des Rechtsinstituts der Verwirkung nicht ausreicht, um die Nichtbeachtung eines gesetzlichen Formerfordernisses gem. § 242 BGB unebentlich erscheinen zu lassen.

### Prüfungsrelevanz:

Der Satz, wonach bei Missachtung gesetzlicher Formerfordernisse § 242 BGB nicht zur Korrektur bloß harter, sondern nur zur Korrektur schlicht unerträglicher Ergebnisse herangezogen werden kann, wird auch in dieser BGH-Entscheidung zitiert und ist wohl jedem, der sich mit der Bedeutung gesetzlicher Formerfordernisse und ihrer Behandlung in der Praxis schon einmal näher auseinandergesetzt hat, geläufig. Vor diesem Hintergrund mag es auf den ersten Blick überraschend erscheinen, dass das BerGer. hier überhaupt zu einer anderen rechtlichen Würdigung kommen konnte. Andererseits ist das Rechtsinstitut der Verwir-

kung durchaus ein anerkannter Anwendungsfall des § 242 BGB, und ob dieser im vorliegenden Fall - sollten weitere Anhaltspunkte für eine besondere Treupflichtverletzungen der Bekl. festgestellt werden können - nicht doch noch zum Zuge kommt, steht keinesfalls fest (vgl. unten B. V.). Insoweit kam es hier wieder einmal darauf an, genau hinzusehen und nicht alle Anwendungsfälle des § 242 BGB pauschal gleich zu behandeln. Diese Erkenntnis und der kurze Rückblick auf die BGH-Rechtsprechung zum Thema "Gesetzliche Formvorschriften und § 242 BGB" machen die vorliegende Entscheidung sehr lesenswert.

### Vertiefungshinweise:

- Zur Formbedürftigkeit einer Verrechnungsabrede bezgl. des Grundstückskaufpreises: *BGH*, RA 2000, 454 = NJW 2000, 2100
- Zur Formbedürftigkeit eines Bauvertrages im Zusammenhang mit einem Grundstückskauf: *BGH*, RA 2002, 612 = NJW 2002, 2559
- Zur Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit einer notariellen Vertragsurkunde: *BGH*, RA 2002, 723 = NJW 2002, 3165

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Traumgrundstücke"
- Assessorkurs*: "Das vertauschte Grundstück"

### Leitsatz:

**Wird ein Vertrag trotz Verletzung gesetzlicher Formvorschriften über einen längeren Zeitraum hinweg als wirksam behandelt, so verstößt die Berufung auf den Formmangel nicht bereits dann gegen § 242 BGB, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung gegeben sind.**

### Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 27./28.04.1993 verkaufte die B-GmbH an die Bekl. zu 1 Teile ihrer Firmen-

grundstücke sowie Anlage- und Vorratsvermögen zum Preis von 22.590.000,- DM. Nach § 3 des Kaufvertrags ergeben sich die einzelnen Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens aus Inventarverzeichnissen, die als Anlagen 5 und 6 der Urkunde beigelegt und verlesen worden sein sollen. Die Bekl. zu 2 übernahm in der Vertragsurkunde im Wege des Schuldbeitritts die Mithaftung für die vertraglichen Verpflichtungen der Bekl. zu 1. Der Kaufpreis wurde bis auf restliche 5 Mio. DM gezahlt. Dieser Teilbetrag ist nach § 5 IV des Kaufvertrags nebst 8% Zinsen in fünf gleichen jährlichen Raten zu leisten. Gemäß § 5 I 1 des Kaufvertrags ist die Verkäuferin verpflichtet, auf die jeweils fällige Rate nebst Zinsen zu verzichten, falls die Bekl. zu 1 bis zum 15.02. des betreffenden Jahres "... nachweist, dass in dem vorhergehenden Kalenderjahr mindestens 500 Vollzeitdauerarbeitsplätze auf dem Vertragsgelände ständig besetzt waren". Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Kl. aus abgetretenem Recht der Verkäuferin, deren alleinige Gesellschafterin sie ist, die Bekl. auf Zahlung des restlichen Kaufpreises nebst Zinsen in Anspruch. Die Bekl. haben Zahlungen zunächst vor allem deshalb abgelehnt, weil innerhalb der maßgeblichen Referenzjahre mehr als 500 Vollzeitdauerarbeitsplätze ständig besetzt gewesen seien.

Das LG hat der Klage stattgegeben und die Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 5.172.444,44 DM verurteilt. In der Berufungsinstanz haben die Bekl. erstmals die Formnichtigkeit des Kaufvertrags geltend gemacht, weil die in § 3 I des Kaufvertrags erwähnten Anlagen weder verlesen noch der Vertragsurkunde beigelegt worden seien. Die Berufung der Bekl. ist gleichwohl ohne Erfolg geblieben. Ferner hat das KG eine im zweiten Rechtszug von der Bekl. zu 1 erhobene Widerklage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrags als unzulässig abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgten beide Bekl. das Ziel der Klageabweisung weiter, die Bekl. zu 1 erstrebte außerdem, der Widerklage stattzugeben.

Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache.

### **Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. unterstellt wegen der angeblich weder verlesenen noch beigelegten Anlagen die Formnichtigkeit des Kaufvertrags, ist aber der Ansicht, die Bekl. könnten sich auf die damit begründete Einwendung wegen Verwirkung nicht berufen.

Angesichts der Zeit bis zur Geltendmachung der Formnichtigkeit und des wegen ihrer spezifischen Aufgabenstellung schutzwürdigen Vertrauens der Kl. sei das Verhalten der Bekl. gravierend illoyal. Daran ändere nichts, dass die Bekl. nach ihren Behauptungen die Formnichtigkeit erst im Jahr 2001 bei einer erneu-

ten rechtlichen Prüfung festgestellt hätten; denn bei der gebotenen Wahrung ihrer rechtlichen Interessen hätten sie den Formverstoß frühzeitig erkennen müssen. Der hiernach entstandene Restkaufpreisanspruch sei auch nicht entfallen, nachdem die erforderliche Zahl von Arbeitsplätzen nicht geschaffen worden sei. Die Auslegung des Vereinbarten ergebe, dass die bei einer anderen Gesellschaft beschäftigten Umschüler insoweit nicht zu berücksichtigen seien. Die von der Bekl. zu 1 erhobene Zwischenfeststellungswiderklage sei unzulässig, weil die Frage der Unwirksamkeit des Kaufvertrags nicht mehr vorgreiflich für die Entscheidung des Rechtsstreits sei.

Dies hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung in dem wesentlichen Punkt nicht stand.

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

Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Auffassung des BerGer., die Bekl. seien durch den Grundsatz von Treu und Glauben daran gehindert, sich auf die Formnichtigkeit des Kaufvertrags vom 27./28.04.1993 zu berufen.

#### **I. Formnichtigkeit des Kaufvertrages vom 27./28.04.1993**

Frei von Rechtsfehlern bejaht das BerGer. allerdings auf der Grundlage des von ihm als richtig unterstellten Vorbringens der Bekl. die Formnichtigkeit des Kaufvertrags nach § 125 S. 1 BGB.

#### **1. Zur Reichweite des § 313 BGB a. F. [inzwischen § 311 b I BGB n. F.]**

Das Formerfordernis für den Grundstückskaufvertrag aus § 313 BGB a. F. (vgl. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) erstreckt sich auch auf den - für sich allein nicht formbedürftigen - Verkauf des beweglichen Vermögens. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH bedarf eine Vereinbarung, die mit einem Grundstücksgeschäft rechtlich zusammenhängt, ebenfalls der notariellen Beurkundung (Senat, BGHZ 63, 359 [361] = NJW 1975, 536; BGHZ 89, 41 [43] = NJW 1984, 973; BGHZ 76, 43 [48 f.] = NJW 1980, 829). Hier bildeten der Verkauf der Grundstücksflächen und der Verkauf des Anlage- und Vorratsvermögens ein einheitliches Geschäft, weil beide derart voneinander abhängig waren, dass sie miteinander "stehen und fallen" sollten. Dafür spricht im Sinne einer tatsächlichen Vermutung bereits die Zusammenfassung aller Abreden in einer Urkunde (vgl. Senat, BGHZ 89, 41 [43] = NJW 1984, 973). Es handelte sich auch nicht etwa nur um eine einseitige Abhängigkeit des Kaufs des beweglichen Vermögens von dem Grundstückserwerb (dazu Senat, NJW 2000, 951). Vielmehr waren beide Geschäfte wechselseitig voneinander abhängig; denn das BerGer. stellt in anderem Zusammenhang von den Parteien unbeanstandet fest, dass es sich bei dem Gesamtgeschäft "faktisch" um einen "Unternehmenskauf- und

Privatisierungsvertrag" gehandelt habe. Ging es mithin darum, dass die Bekl. zu 1 auf den gekauften Flächen mit dem gleichzeitig gekauften Anlage- und Vorratsvermögen einen Betrieb fortführen sollte, so folgt hieraus die wechselseitige Abhängigkeit beider Kaufgeschäfte.

## 2. Missachtung des § 313 BGB a. F.

Dem Formerfordernis wurde jedoch nicht genügt. Nachdem das BerGer. insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist zu Gunsten der Revision davon auszugehen, dass die zur Bestimmung der Gegenstände des veräußerten Anlage- und Vorratsvermögens dienenden - jeweils mehrere hundert Seiten starken - Inventarverzeichnisse weder verlesen noch der Vertragsurkunde beigelegt worden sind. Revisionsrechtlich ist ferner davon auszugehen, dass die entsprechend § 3 I der Vertragsurkunde mit "Anl. 5" und "Anl. 6" bezeichneten, später auf Grund der Inventarverzeichnisse erstellten Saldenlisten der Urkunde erst nachträglich beigelegt und mithin bei der Beurkundung ebenfalls nicht verlesen wurden. Damit ist das zwingende Erfordernis des Beifügens von Schriftstücken, auf die in der Urkunde verwiesen wird (§ 9 I 2 BeurkG, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Teil B, 12. Aufl., § 9 BeurkG Rz. 51), ebenso wenig beachtet worden wie die Notwendigkeit des Verlesens auch solcher Anlagen (§ 13 I 1 BeurkG, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, § 13 BeurkG Rz. 12). Nach § 14 I 1 BeurkG n. F. hätte möglicherweise auf ein Verlesen verzichtet werden können, diese Bestimmung trat aber erst am 08.09.1998 und damit nach der Beurkundung in Kraft; im Übrigen würde die Wirksamkeit auch nach dieser Vorschrift an der fehlenden Feststellung eines Verzichts auf das Vorlesen nach § 14 III BeurkG n. F. scheitern (vgl. Winkler, *ZNotP*, Beil. 1/1999, S. 16). Obwohl sich der hiernach gegebene Formmangel nur auf den Kauf des beweglichen Vermögens erstreckt, führt er nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Geschäfts.

## II. Keine Heilung gem. § 313 S. 2 BGB a. F. [inzwischen § 311 b I 2 BGB n. F.]

Zu Recht verneint das BerGer. ferner eine Heilung des Formfehlers nach § 313 S. 2 BGB a. F. Zwar sind hinsichtlich der veräußerten Grundstücksflächen die Auflassung und die Umschreibung des Eigentums inzwischen erfolgt, zu einer Heilung könnte dies aber nur dann führen, wenn zum Zeitpunkt der Auflassung am 24.05.1996 die Willensübereinstimmung der Vertragspartner noch fortbestanden hätte (Senat, *NJW* 1994, 586 [588] m. w. N.). Das war aber nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. nicht mehr der Fall. Die Parteien stritten zu diesem Zeitpunkt bereits vor Gericht um die Auslegung einzelner Klauseln des Kaufvertrags, weil die jetzige Bekl. zu 1 gegen die Kl. und die Verkäuferin seit Mitte 1995 Schadensersatz-

ansprüche wegen der Veräußerung von Teilen des Betriebsvermögens geltend machte. Da sich die Willensübereinstimmung auf den ganzen Inhalt des Vertrags beziehen muss (vgl. Staudinger/Wufka, *BGB*, 2001, § 313 Rz. 265 m. w. N.), steht die Divergenz über den Umfang der Verkäuferpflichten zum verkauften Anlagevermögen bereits einer Heilung entgegen. Die nach Ansicht der Kl. bestehende Übereinstimmung hinsichtlich der "grundsätzlichen vertraglichen Regelungen" reicht mithin nicht aus.

## III. Kein Entgegenstehen des Einwandes der Verwirkung gem. § 242 BGB

Fehl geht jedoch die Auffassung des BerGer., die Bekl. seien aus Gründen der Verwirkung gehindert, sich auf die Formnichtigkeit zu berufen.

### 1. Anwendbarkeit der Grundsätze der Verwirkung auf rechtshindernde Einwendungen

Zweifelhaft ist bereits, ob diese Einwendung überhaupt der Verwirkung zugänglich ist. Fraglos unterliegen der Verwirkung alle subjektiven Rechte (vgl. Roth, in: *MünchKomm*, 4. Aufl., § 242 Rz. 298 m. w. N.); darüber hinaus werden bisweilen auch alle "Rechtspositionen, die gegenüber einem anderen geltend gemacht werden können", als verwirkungsfähig angesehen (so Soergel/Teichmann, *BGB*, 12. Aufl., § 242 Rz. 335; Palandt/Heinrichs, *BGB*, 63. Aufl., § 242 Rz. 91). Ob hierzu auch Einwendungen wie die der Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB zählen können, erscheint fraglich; denn sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie im Rechtsstreit von Amts wegen zu beachten sind, also nicht - in welcher Form auch immer - geltend gemacht werden müssen (vgl. Senat, *MDR* 1969, 468 = *LM* § 125 BGB Nr. 29). Es erscheint unklar, ob sich bei Einwendungen die für eine Verwirkung kennzeichnende Situation feststellen lässt, wonach die Ausübung einer Rechtsposition in Widerspruch zu einer länger dauernden, einen Vertrauenstatbestand begründenden Nichtausübung steht (vgl. *BGH*, *DtZ* 1994, 374 = *WM* 1994, 1944 [1945], für die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft). Insbesondere fehlt es für die Formnichtigkeit an einer Bestimmung, nach der es den Bekl. obliegen hätte, diese Einwendung innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen (vgl. dazu *BGH*, *NJW* 2001, 1649, zur zweimonatigen Prüfungsfrist für eine Schlussrechnung nach § 16 Nr. 3 I VOB/B). Die Frage bedarf im vorliegenden Fall jedoch keiner Klärung, weil eine Verwirkung der Einwendung bereits aus anderen Gründen zu verneinen ist.

### 2. Jedenfalls keine Verwirkung der Einwendung der Missachtung gesetzlicher Formvorschriften

Entgegen der Ansicht des BerGer. können die Verwirkungsregeln jedenfalls für Einwendungen nicht gelten, die sich aus der Verletzung gesetzlicher Formvorschriften ergeben. Dies folgt aus dem - vom *BGH* in

ständiger Rechtsprechung vertretenen - Grundsatz, dass die Einhaltung gesetzlicher Formerfordernisse im Interesse der Rechtssicherheit liegt und es deshalb nicht angeht, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen unbeachtet zu lassen (Senat, BGHZ 45, 179 [182] = NJW 1966, 1067; BGHZ 92, 164 [172] = NJW 1985, 1778; Senat, NJW 1996, 2503 [2504]).

*a. Abgrenzung: Anwendungsfälle des § 242 BGB gegenüber der Einwendung der Formnichtigkeit*

Für die Annahme eines Verstoßes gegen § 242 BGB bei Berufung auf die Formnichtigkeit hat die Rechtsprechung deshalb strengere Anforderungen entwickelt. Hiernach muss das Scheitern des Rechtsgeschäfts an dem Formmangel zu einem Ergebnis führen, das für die betroffene Partei nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar ist (Senat, BGHZ 138, 339 [348] = NJW 1998, 2350 m. w. N.). Diese Voraussetzung erfüllen insbesondere zwei Fallgruppen, nämlich zum einen die Fälle der Existenzgefährdung und zum anderen die Fälle einer besonders schweren Treupflichtverletzung des anderen Teils (Senat, BGHZ 138, 339 = NJW 1998, 2350).

*b. Keine Vergleichbarkeit dieser Fallgruppen mit den Voraussetzungen der Verwirkung*

Die besonderen Erfordernisse für einen ausnahmsweise nach § 242 BGB unschädlichen Formmangel liegen nicht ohne weiteres vor, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt sind. Zur Verwirkung reicht es aus, dass von einem Recht über einen längeren Zeitraum hinweg kein Gebrauch gemacht wurde und besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen rechtfertigen, das Recht werde nicht mehr geltend gemacht (BGHZ 105, 290 [298] = NJW 1989, 836 m. w. N.). Die Begründung dieses Vertrauenstatbestands setzt mithin nicht den Eintritt eines schlechthin untragbaren Ergebnisses und insbesondere keine besonders schwere Treupflichtverletzung voraus. Zwar kann Letztere auch daran anknüpfen, dass ein Vertrag über längere Zeit als wirksam behandelt wurde, vergleichbar dem "Zeitmoment" der Verwirkung also eine Geltendmachung der Formnichtigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg unterblieben ist. Allein die Missachtung des hierdurch begründeten Vertrauens genügt aber noch nicht für die Annahme einer besonders schweren Treupflichtverletzung. Zu einem wegen Widersprüchlichkeit treuwidrigen Verhalten, zu dem als eigenständige Ausprägung auch die Verwirkung zählt (Roth, in: MünchKomm, § 242 Rz.256, 297), müssen vielmehr Umstände hinzukommen, die das Verhalten als im hohen Maße widersprüchlich erscheinen lassen (vgl. BGHZ 92, 164 [173] = NJW 1985, 1778; Senat, NJW 1996, 2503). So hat der Senat etwa die Widersprüchlichkeit eines Verhaltens nicht ausreichen lassen, die darin liegt, dass die begünstigte Partei die Wirksam-

keit des Vertrags zunächst nicht bezweifelte, um sich dann aber im Lauf des Rechtsstreits doch auf Formnichtigkeit zu berufen (Senat, BGHZ 138, 339 [348] = NJW 1998, 2350).

*c. Hinzutreten erschwerender Umstände in bereits entschiedenen, scheinbar vergleichbaren Fällen*

Diese Erwägungen liegen auch der von dem BerGer. zitierten Entscheidung des Senats (VIZ 2001, 499 [501 f.]) zu Grunde. Die Auffassung des BerGer., in dieser Entscheidung habe der Senat eine Verwirkung des Nichtigkeitseinwands bejaht, geht fehl. Grundlage für die Annahme eines nach § 242 BGB unschädlichen Formmangels war vielmehr ausdrücklich ein "in hohem Maße widersprüchliches und treuwidriges" Verhalten. Die Partei, die sich auf die Formnichtigkeit berief, hatte nicht nur über einen längeren Zeitraum, nämlich 20 Jahre, hinweg erhebliche Vorteile aus einem nichtigen Vertrag gezogen, sondern der formnichtige Vertragsschluss war aus Sicht beider Parteien auch zur Verwirklichung ihrer Ziele - der Umgehung der fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Geschäfts nach der Rechtspraxis der DDR - erforderlich (vgl. auch Senat, BGHZ 124, 321 [324f.] = NJW 1994, 655).

*d. Kein in hohem Maße widersprüchliches Verhalten der Bekl. festgestellt*

Das BerGer. hat - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - keine Feststellungen getroffen, die die Annahme eines in hohem Maße widersprüchlichen Verhaltens der Bekl. tragen können. Zwar wurde der Kaufvertrag auch von den Bekl. über einen längeren Zeitraum hinweg als wirksam behandelt. Selbst für ein (nur) widersprüchliches Verhalten der Bekl. reicht dies jedoch nicht aus, weil es an weiteren Umständen fehlt, wie etwa der Feststellung, dass die Bekl. über längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag Vorteile gezogen haben und sich nunmehr ihren Verpflichtungen unter Berufung auf den Formmangel entziehen wollen (vgl. Senat, NJW 1996, 2503). Es wurden im Gegenteil die beiderseitigen Leistungen zunächst vertragsgemäß ausgetauscht, und die Zahlung des Restkaufpreises verweigerten die Bekl. zunächst nur deshalb, weil sie der Ansicht waren, die vereinbarten Voraussetzungen für einen Verzicht seien wegen Erfüllung der Arbeitsplatzzusage erfüllt. Soweit das BerGer. in anderem Zusammenhang das Verhalten der Bekl. als "in gravierender Weise illoyal" kennzeichnet, rechtfertigt auch dies nicht den Vorwurf einer besonders schweren Treupflichtverletzung. Das Berufungsurteil enthält nur allgemeine Erwägungen zu den Aufgaben der Kl. und der verschlechterten wirtschaftlichen Situation. Hingegen fehlen konkrete Feststellungen dazu, dass und in welchem Umfang die von der Kl. verfolgten Ziele auf volkswirtschaftlichem sowie sozial- und strukturpolitischem Gebiet im Falle einer Rückabwicklung verfehlt

werden und welche Auswirkungen hiermit verbunden sind. Auf dieser unzureichenden tatsächlichen Grundlage kann insbesondere nicht eingeschätzt werden, ob sich die Bekl. - auch unter Berücksichtigung etwa aus dem Geschäft erlangter Vorteile - mit der Berufung auf die Formnichtigkeit im hohem Maße widersprüchlich verhalten.

#### *IV. Aufhebung auch der Zurückweisung der Zwischenfeststellungswiderklage*

Keinen Bestand hat das Berufungsurteil auch hinsichtlich der Abweisung der von der Bekl. zu 1 erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage. Entgegen der Auffassung der Revision ist allerdings der rechtliche Ansatz, mit dem das BerGer. die Unzulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage begründet hat, nicht zu beanstanden. Es ist vielmehr zutreffend davon ausgegangen, dass die nach § 256 II ZPO für die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage erforderliche Vorgeiflichkeit zu verneinen ist, wenn die Klage zur Hauptsache unabhängig davon abgewiesen wird, ob das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis besteht (Senat, NJW-RR 1994, 1272 [1273]). Nachdem das BerGer. auf Grund der von ihm angenommenen Verwirkung über die Klage entschieden hat, ohne die -

zum Gegenstand der Zwischenfeststellungsklage gemachte -Formnichtigkeit des Kaufvertrags zu klären, war im vorliegenden Fall eine solche Konstellation gegeben. Gleichwohl war das Berufungsurteil auch insoweit aufzuheben, als es die Entscheidung über die Zwischenfeststellungswiderklage zum Gegenstand hat (§ 561 ZPO). Denn zum einen ist für die von dem BerGer. angenommene Verwirkung des Nichtigkeitseinwands kein Raum und zum anderen sind bei der erneuten Entscheidung des Rechtsstreits auch Feststellungen des BerGer. zur Formunwirksamkeit des Kaufvertrags möglich.

#### *V. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer. gem. § 563 ZPO*

Da der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif ist, kann der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO). Zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen im Hinblick auf die behauptete Nichtbeachtung des Formerfordernisses aus § 313 BGB a. F. und/oder zur Unbeachtlichkeit eines Formmangels nach § 242 BGB auf der Grundlage der dargestellten Rechtsprechung ist die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

### **Standort: BGB-Gesellschaft**

### **Problem: Persönliche Haftung für Altschulden**

LG FRANKENTHAL, URTEIL VOM 21.07.2004  
2 S 75 / 04 (NJW 2004, 3190)

#### **Problemdarstellung:**

Der Kl. war hier in einem Prozess um Mietnebenkostenabrechnungen unterlegen und führte dies auf die mangelhafte Beratung bzw. Prozessführung seines Anwalts zurück. Bekl. im nunmehr zu entscheidenden Rechtsstreit war allerdings lediglich ein Sozius, der in die betroffene Kanzlei am 01.03.2003 - zu einem Zeitpunkt, zu dem das Verfahren des Kl. bezüglich der Nebenkostenabrechnung praktisch schon beendet war - eingetreten war. Trotzdem wurde er nun persönlich in Anspruch genommen, wobei der Kl. sich auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH stützen konnte, wonach ein neu in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretender Gesellschafter auch für deren Altschulden grundsätzlich persönlich haftet. Das LG Frankenthal lehnte die Haftung des Bekl. vorliegend trotzdem ab und führte zur Begründung aus, dass der Bekl. in die Anwaltskanzlei eingetreten sei, bevor der BGH seine Rechtsprechung zur persönlichen Haftung für Altschulden grundlegend geändert habe. Der Bekl. habe keine Möglichkeit gehabt, die Haftung für Altschulden bei seiner Entscheidung zum Eintritt in die Sozietät zu bedenken und ggfs. entsprechende Vorsorgemaßnahmen zu treffen. Insoweit könne die aktuelle Rechtsprechung aus Gründen des Vertrauensschutzes hier nicht

zu seinen Lasten angewandt werden.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und kein Ende - kaum ein Rechtsgebiet, welches dem examensrelevanten Zivilrecht zuzuordnen ist, hat in den letzten Jahren einen derartigen Beurteilungswandel durch die Rechtsprechung erfahren, wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. §§ 705 ff BGB und die Frage ihrer Rechts- und Parteifähigkeit sowie die der persönlichen Haftung der beteiligten Gesellschafter für rechtsgeschäftliche und / oder gesetzliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die wesentlichen Meilensteine dieser neuen Rechtsprechung finden Sie in den Vertiefungshinweisen unten noch einmal zusammengefasst, beachten Sie bitte auch den Hinweis auf den zusammenfassenden Aufsatz in der Literaturauswertung dieser RA-Ausgabe.

Die vorliegende Entscheidung greift den interessanten Aspekt auf, inwieweit diese neue Rechtsprechung, welche die Gläubiger von Gesellschaftsverbindlichkeiten stärkt, die GbR-Gesellschafter dagegen verschärften Haftungsrisiken aussetzt, auf "Altfälle" anwendbar ist, die sich vor den grundlegenden höchstgerichtlichen Entscheidungen zugetragen haben, angewandt werden kann.

Zudem finden sich interessante Ausführungen zur Abgrenzung einer von Freiberuflern gegründeten GbR zu

der für dieses Berufsfeld eigens geschaffenen Gesellschaftsform der Partnerschaftsgesellschaft nach dem PartGG.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: *BGH*, RA 2001, 135 = *NJW* 2001, 1056; Besprechung dieser Entscheidung: *Timme/Hülk*, *JuS* 2001, 536

Zur deliktischen Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: *BGH*, RA 2003, 354 = *NJW* 2003, 1445

Zur Haftung des neu eintretenden BGB-Gesellschafters für Altverbindlichkeiten: *BGH*, RA 2003, 425 = *NJW* 2003, 1803; Besprechung dieser Entscheidung: *Habersack/Schürnbrand*, *JuS* 2003, 739

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"

*Examenskurs*: "Die Fahrt zum Mandanten"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Ein neu in eine freiberufliche BGB-Gesellschaft eintretender Gesellschafter haftet grundsätzlich persönlich auch für Altschulden. Dies gilt auch für Forderungen aus beruflichen Haftungsfällen.**

**2. Der Grundsatz der persönlichen Haftung kann jedoch erst seit der Entscheidung des BGH vom 07.04.2003 (*NJW* 2003, 1803), in der eine persönliche Haftung erstmals angenommen wurde, gelten.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. macht Schadensersatz wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags geltend, nachdem er als Kl. einen Rechtsstreit durch Urteil vom 06.05.2003 verloren hatte. In diesem Prozess war er durch die Anwaltskanzlei vertreten, in die der Bekl. am 01.03.2003 als Sozius eingetreten ist. Streitgegenstand des damaligen Verfahrens war eine Nebenkostenabrechnung für die Zeit vom 01.01. bis 30.09.2001, die mit einer Restforderung zu Gunsten des Kl. in Höhe von 557,64 Euro endete. Mit der Klage machte der Kl. die ihm durch den verlorenen Prozess entstandenen Kosten in Höhe von 480,35 Euro sowie die nunmehr nicht mehr durchsetzbaren Nebenkosten in Höhe von 557,64 Euro geltend. Die Klage wie auch die Berufung des Kl. blieben ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die angefochtene Entscheidung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

*A. Keine Anwendung von § 8 II PartGG mangels Vorliegen einer Partnerschaftsgesellschaft*

Zwar geht der Amtsrichter nach Auffassung der Kam-

mer unzutreffend davon aus, dass hier § 8 II PartGG Anwendung finde. Dies ist aber nicht der Fall.

Es war in erster Instanz von keiner Seite vorgetragen, dass es sich bei der Rechtsanwaltssozietät um eine Partnerschaftsgesellschaft gehandelt hat. Eine freiberufliche BGB-Gesellschaft, wie sie hier bestanden hat, kann in eine Partnerschaftsgesellschaft umgewandelt werden, wobei die Eintragung ins Partnerschaftsregister konstitutiv ist. Dass dies hier der Fall war, ergibt sich weder aus der Firmenbezeichnung der Rechtsanwältin noch wurde dies vom Bekl. behauptet. Der Kl. hat in der Berufungsbegründung ausdrücklich bestritten, dass eine solche Partnerschaftsgesellschaft vorgelegen habe. Eines vorherigen Bestreitens bedurfte es nicht, da dies zuvor von keiner Seite vorgetragen worden war.

Auch eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des § 8 II PartGG auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erscheint nicht gerechtfertigt. Wollen die Gesellschafter in den Genuss einer solchen Haftungsbeschränkung kommen, ist ihnen zuzumuten, die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft zu begründen. Denn dann wird der Rechtsverkehr durch die nach § 4 PartGG vorgeschriebene Eintragung in das Partnerschaftsregister sowie den von § 2 PartGG geforderten Rechtsformzusatz angemessen informiert. Ohne Einhaltung der spezifischen Voraussetzungen und Auflagen, die das Gesetz für jede Form der Haftungsbegrenzung aufstellt, hat es bei dem in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Grundsatz des bürgerlichen Rechts und Handelsrechts zu verbleiben, dass derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen haftet (vgl. *Habersack*, *JuS* 2003, 739 [742]; *K. Schmidt*, *NJW* 2003, 1897 [1902]).

#### *B. Aktuelle BGH-Rechtsprechung zur Haftung der BGB-Gesellschafter für Altverbindlichkeiten*

Es geht also entscheidend um die Frage, ob bei freiberuflichen BGB-Gesellschaften der eintretende Neugesellschafter für Altschulden entsprechend § 130 HGB haftet. Dies wurde in der Vergangenheit von der Rechtsprechung verneint. Der BGH hat diese Frage erstmals in seiner Entscheidung vom 07.04.2003 (*NJW* 2003, 1803) höchstrichterlich bejaht. Eine neuere Entscheidung des IV. Senats des BGH lässt eine generelle Tendenz gegen die Ausdehnung der Haftung auf den Beitritt zu nicht kaufmännischen Unternehmen erkennen. Ob der für Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat dieser Tendenz folgen wird, ist aber nicht absehbar (vgl. *BGH*, *NJW* 2004, 836; *Karsten Schmidt*, *JuS* 2004, 444).

#### *C. Zeitliche Anwendbarkeit des Grundsatzes persönlicher Haftung (Vertrauensschutz)*

In seiner Entscheidung vom 07.04.2003 hat der BGH

jedoch festgestellt, dass es der Vertrauensschutz gebiete, den Grundsatz der persönlichen Haftung des in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Eintretenden für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft erst auf künftige Beitrittsfälle anzuwenden. Die seit langem bestehende gefestigte Rechtsprechung des BGH, wonach der Neugesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für deren Altverbindlichkeiten nicht mit seinem Privatvermögen hafte, habe auf Seiten der Neugesellschafter schützenswertes Vertrauen dahin begründet, dass sie für Altverbindlichkeiten nicht mit ihrem Privatvermögen einzustehen hätten. Neugesellschafter brauchten sich auf Grund jener Rechtsprechung vor ihrem Gesellschaftsbeitritt weder um Informationen über etwa bestehende Gesellschaftsschulden zu bemühen, noch wirtschaftliche Vorkehrungen für eine even-

tuelle persönliche Haftung für solche Verbindlichkeiten zu treffen. Es würde sie deshalb unverhältnismäßig hart treffen, wenn sie nunmehr rückwirkend der persönlichen Haftung für Altverbindlichkeiten unterworfen würden, wie sie sich als Folge des geänderten Verständnisses von der Haftungsverfassung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ergebe (so BGH, NJW 2003, 1805).

*D. Keine Haftung des Bekl. aufgrund Gesellschaftseintritts vor Änderung der Rechtsprechung*

Da der Bekl. hier am 01.03.2003, also vor der Entscheidung des BGH vom 07.04.2003, als Sozius in die Kanzlei eingetreten ist, kommt ihm dieser Vertrauensschutz zugute, so dass eine Haftung für die Altschuld der BGB-Gesellschaft zu verneinen ist.

**Standort: Deliktsrecht**

**Problem: Verkehrssicherungspflichten beim Grenzbaum**

BGH, URTEIL VOM 02.07.2004  
V ZR 33 / 04 (NJW 2004, 3328)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien dieses Rechtsstreites sind Grundstücksnachbarn und fanden jahrelang auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze eine alte Eiche vor. Die Bekl. war allerdings die einzige, die 1996 mit ihrem zwischenzeitlich verstorbenen Ehemann wenigstens in geringem Umfang Baumpflegemaßnahmen - das Entfernen abgestorbener Äste aus der Baumkrone - einleitete. Im übrigen nahm niemand die zunehmenden Anzeichen für eine Erkrankung des Baumes zum Anlass, weitere Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Nachdem der Baum dann im Jahre 2001 umgestürzt war und am Wohnhaus der Kl. Schäden i. H. v. 97.278,08 Euro angerichtet hatte, forderte diese zumindest die Hälfte dieses Betrages von der Bekl. mit der Begründung, diese sei genauso wie sie zur Vermeidung derartiger Schäden verpflichtet gewesen.

Dieses Zahlungsbegehren hatte - nachdem es auf die Hälfte des entstandenen Schadens begrenzt worden war - tatsächlich in letzter Instanz Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Neben einem interessanten Ausflug in etwas abgelegene Bereiche des Sachenrechts - Begriff des Grenzbaums i. S. d. § 923 BGB und die Streitfrage nach den Eigentumsverhältnissen an diesem Baum vor dem Fällen - ist diese Entscheidung vor allem deshalb lesenswert, weil sie ein weiteres Beispiel für eine Haftungsbegründung im Rahmen des § 823 I BGB enthält, die an ein bloßes Unterlassen anknüpft und dieses mit der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten begründet. Derartige Pflichten, die teilweise durch vertragliche Schutzpflichten oder Schutzgesetze konkretisiert

worden sind, beruhen auf dem Grundgedanken, dass jeder, der im Rechtsverkehr eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, alles ihm Zumutbare tun muss, um Dritte vor Verletzungen durch diese Gefahrenquelle zu schützen (Palandt/Thomas, § 823 Rz. 58). Die Anknüpfung an derartige Pflichtverletzungen erleichtert die haftungsbegründende Zurechnung einer Rechtsgutverletzung i. S. d. § 823 I BGB insbesondere dann, wenn das haftungsbegründende Verhalten des Anspruchsgegners lediglich in einem Unterlassen bestand oder nur mittelbare Auswirkungen auf das verletzte Rechtsgut hatte.

**Vertiefungshinweise:**

Zu den Verkehrssicherungspflichten eines Gebrauchtwagenverkäufers: *BGH*, RA 2004, 320 = NJW 2004, 1032

Zu den Verkehrssicherungspflichten eines Restaurantbetreibers: *OLG Hamm*, RA 2000, 680 = NJW 2000, 3144

Zur Frage der Haftung der Zigarettenhersteller für Gesundheitsschäden: *LG Bielefeld*, RA 2000, 514 = NJW 2000, 2514

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der defekte Gaszug"

*Examenskurs*: "Der betrunkene Kranführer"

*Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

**Leitsätze:**

**1. Ein Baum ist ein Grenzbaum i. S. v. § 923 BGB, wenn sein Stamm dort, wo er aus dem Boden heraustritt, von der Grundstücksgrenze durchschnitten wird.**

**2. Jedem Grundstückseigentümer gehört der Teil des Grenzbaums, der sich auf seinem Grundstück**

befindet (vertikal geteiltes Eigentum).

**3. Jeder Grundstückseigentümer ist für den ihm gehörenden Teil eines Grenzbaums in demselben Umfang verkehrssicherungspflichtig wie für einen vollständig auf seinem Grundstück stehenden Baum.**

**4. Verletzt jeder Eigentümer die ihm hinsichtlich des ihm gehörenden Teils eines Grenzbaums obliegende Verkehrssicherungspflicht, ist für den ihnen daraus entstandenen Schaden eine Haftungsverteilung nach § 254 BGB vorzunehmen.**

#### *Sachverhalt:*

Die Parteien sind (Mit-)Eigentümer benachbarter Grundstücke. Zumindest teilweise auf der Grundstücksgrenze stand eine alte Steineiche, die seit mehreren Jahren eine verringerte Belaubung sowie totes Holz in der Krone zeigte; außerdem hatte sich rings um den Stamm der Fruchtkörper eines Pilzes (Riesensporling) gebildet. Im Jahr 1996 ließ der (inzwischen verstorbene) Ehemann der Bekl. in dem Teil der Baumkrone, der sich über ihrem Grundstück befand, das tote Holz durch ein Fachunternehmen (Streithelferin der Bekl.) entfernen. Weitere Baumpflegemaßnahmen erfolgten weder auf der Grundstücksseite der Kl. noch auf der der Bekl. Im Dezember 2001 stürzte die Eiche ohne Sturmeinwirkung um und beschädigte das Wohnhaus der Kl. erheblich. Diese verlangt aus eigenem und von ihrem Ehemann abgetretenem Recht von der Bekl. Schadensersatz, weil sie meint, die Bekl. sei zumindest anteilig für den Baum verkehrssicherungspflichtig gewesen.

Das LG hat die auf die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 97.278,08 Euro nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung, mit der die Kl. nur noch die Hälfte der Klageforderung geltend gemacht hat, ist zurückgewiesen worden. Die - zugelassene - Revision der Kl. hatte Erfolg und führte zur Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 48.639,04 Euro nebst Zinsen.

#### *Aus den Gründen:*

*A. Deliktische Haftung geht etwaigem Ausgleichsanspruch gem. § 906 II 2 BGB analog vor*

Ob das BerGer. zu Recht einen verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB analog verneint hat, kann dahingestellt bleiben; denn der Kl. steht gegen die Bekl. ein dem vorgehender (Senat, BGHZ 120, 239 [249] = NJW 1993, 925) deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch zu.

*B. Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht*

Die Bekl. und ihr Ehemann haben die ihnen hinsichtlich des umgestürzten Baums obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt; die Bekl. ist deshalb nach §

823 I BGB dem Grunde nach zum Ersatz des der Kl. dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Dass auch die Kl. und ihr Ehemann hinsichtlich des Baums verkehrssicherungspflichtig waren, lässt entgegen der Auffassung des BerGer. die Haftung der Bekl. nicht entfallen.

#### *1. Pflichten des Eigentümers eines Grundstücks mit Baumbestand*

Der Eigentümer eines Grundstücks hat im Rahmen des Möglichen dafür zu sorgen, dass von dort stehenden Bäumen keine Gefahr für andere ausgeht, der Baumbestand vielmehr so angelegt ist, dass er im Rahmen des nach forstwissenschaftlichen Erkenntnissen Möglichen gegen Windbruch und Windwurf, insbesondere aber auch gegen Umstürzen auf Grund fehlender Standfestigkeit gesichert ist (Senat, NJW 2132 [1733] = NZM 2003, 453). Diese Verkehrssicherungspflicht haben die Bekl. und ihr Ehemann verletzt.

#### *1. Kein Ausschluss der Haftung wegen Miteigentums an dem Baum*

Zweifelhaft ist bereits der Ansatz des BerGer., dass bei bestehendem Miteigentum eine Haftung der Eigentümer untereinander für Schäden, die auf die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten zurückzuführen sind, ausscheidet. Das berücksichtigt nicht, dass sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis (§§ 741 ff. BGB) etwas anderes ergeben kann. Aber darauf kommt es hier nicht an, weil die Parteien nicht Miteigentümer, sondern Teileigentümer des später umgestürzten Baums waren.

#### *2. Teileigentum der Bekl. an dem Grenzbaum*

Die Bekl. und ihr Ehemann waren Eigentümer des Grundstücks, auf dem der Baum bis zum Umstürzen teilweise stand. Damit waren sie auch Eigentümer des auf ihrem Grundstück stehenden Teils des Baums.

#### *a. Zum Begriff des Grenzbaums i. S. d. § 923 BGB*

Die umgestürzte Eiche war ein Grenzbaum i. S. d. § 923 BGB, weil sie mit ihrem Stamm auf der Grundstücksgrenze stand. Das gilt unabhängig davon, ob diese Situation bereits im Zeitpunkt des Anpflanzens oder natürlichen Aufwuchses vorhanden war; unerheblich ist auch, auf welchem der beiden Grundstücke sich das Wurzelwerk befand. Entscheidend ist allein, dass der Stamm des Baums, und zwar dort, wo er aus dem Boden heraustrat, von der Grenze durchschnitten wurde (OLG München, NJW-RR 1992, 1369; Säcker, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 923 Rz. 2; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 923 Rz. 1; Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2002, § 923 Rz. 2; ebenso für die einzelnen Pflanzen einer Hecke als Grenzeinrichtung Senat, BGHZ 143, 1 [4] = NJW 2000, 512 = NZM 2000, 106).

### *b. Zum Eigentum am ungefallten Grenzbaum*

Die Eigentumsverhältnisse an einem Grenzbaum, der noch nicht gefällt ist, werden unterschiedlich beurteilt. Nach einer Auffassung, der das BerGer. ohne weiteres folgt, steht der Baum im Miteigentum der beiden Grundstückseigentümer zu gleichen Teilen (LG München II, NJW 1976, 973; Säcker, in: MünchKomm, § 923 Rz. 1; Meisner/Stern/Hodes, NachbarR im Bundesgebiet [ohne Bayern], 5. Aufl., § 12; Dehner, NachbarR, 7. Aufl., B §§ 2 II, 12; Laibling, AgrarR 1994, 28). Nach anderer Ansicht besteht vertikal geteiltes Eigentum in dem Sinn, dass jedem Grundstückseigentümer der Teil des Baums gehört, der sich auf seinem Grundstück befindet (OLG München, OLG - Report 1994, 197; Augustin, in: RGRK, 12. Aufl., § 923 Rz. 3; Palandt/Bassenge, § 923 Rz. 1; Soergel/Baur, BGB, 13. Aufl., § 923 Rz. 1; Staudinger/Roth, § 923 Rz. 4; für die einzelnen Pflanzen einer Hecke als Grenzeinrichtung ebenso OLG Düsseldorf, OLGZ 1978, 190 [191]; offen gelassen von Senat, BGHZ 143, 1 [8] = NJW 2000, 512 = NZM 2000, 106). Dem schließt sich der Senat an. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gebührt erst der gefällte Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen (§ 923 I BGB). Diese Regelung wäre überflüssig, wenn dieselbe Rechtslage bereits vorher bestünde. Das wird durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass vor dem Fällen des Baums kein Miteigentum besteht (Mot. III, 278), sondern der Grundsatz der vertikalen Eigentumsteilung gilt (Staudinger/Roth, § 923 Rz. 1). Diese Sicht steht nicht im Wertungswiderspruch zu § 93 BGB (so aber Säcker, in: MünchKomm, § 23 Rz. 1), sondern räumt dem § 94 I BGB insoweit Vorrang ein und dient damit der Herstellung klarer Rechtsverhältnisse (vgl. Senat, NJW 1979, 712).

Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass von dem gesamten Baum zum Beispiel infolge mangelnder Standfestigkeit Gefährdungen ausgehen können, die einer der beiden Eigentümer allein nicht beseitigen kann. In diesem Fall hat jeder Eigentümer die Möglichkeit, von dem anderen das Fällen des Baums zu verlangen (§ 923 II 1 BGB).

### *3. Pflicht zur Vornahme objektiv erforderlicher und zumutbarer Maßnahmen zur Gefahrbeseitigung*

Als Eigentümer eines Teils des Grenzbaums waren die Bekl. und ihr Ehemann für diesen Teil in demselben Umfang verkehrssicherungspflichtig wie für einen vollständig auf ihrem Grundstück stehenden Baum. Sie mussten deshalb die nach dem jeweiligen Stand der Erfahrungen und Technik als geeignet und genügend erscheinenden Sicherungen treffen, also den Gefahren vorbeugend Rechnung tragen, die nach der Einsicht eines besonnenen, verständigen und gewissenhaften Menschen erkennbar sind, und diejenigen Maßnahmen ergreifen, die zur Gefahrbeseitigung objektiv er-

forderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind (BGH, LM § 823 [Ea] BGB Nr. 56 = NJW 1965, 815). Danach waren sie unter anderem verpflichtet, den Grenzbaum in angemessenen Abständen auf Krankheitsbefall zu überwachen (BGH, VersR 1974, 88 [89]).

Wie oft und in welcher Intensität solche Baumkontrollen durchzuführen sind, lässt sich nicht generell beantworten. Ihre Häufigkeit und ihr Umfang sind von dem Alter und Zustand des Baums sowie seinem Standort abhängig (Breloer, Wertermittlungsforum 2004, 3 [8]). Werden dabei Anzeichen erkannt, die nach der Erfahrung auf eine besondere Gefahr durch den Baum hinweisen, ist eine eingehende Untersuchung vorzunehmen; solche Anzeichen können trockenes Laub, dürre Äste oder verdorrte Teile, Pilzbefall, äußere Verletzungen oder Beschädigungen, hohes Alter des Baums, sein Erhaltungszustand, die Eigenart seiner Stellung und sein statischer Aufbau sein (BGH, NJW 1965, 815). Das haben die Bekl. und ihr Ehemann nicht beachtet, obwohl die Eiche nach den Feststellungen des BerGer. seit mehreren Jahren eine Fruchtkörperbildung des Riesenporlings rings um den Stamm, verringerte Belaubung sowie Totholz in der Krone zeigte. Damit war für die Bekl. und ihren Ehemann eine Erkrankung des Baums erkennbar. Da die Krankheitszeichen auch an dem ihnen gehörenden Baumteil vorhanden waren, hätten sie eine fachmännische Untersuchung veranlassen müssen. Dabei wäre die mangelnde Standfestigkeit erkannt worden, so dass rechtzeitig geeignete Maßnahmen gegen ein plötzliches Umstürzen hätten ergriffen werden können. Davor haben die Bekl. und ihr Ehemann die Augen verschlossen, indem sie lediglich im Jahr 1996 Totholz aus der Baumkrone haben entfernen lassen, ohne später den Zustand des Baums zu kontrollieren und untersuchen zu lassen. Damit haben sie die Beschädigung des Nachbargrundstücks in Kauf genommen. Das gilt auch für den Fall, dass der die Grundstücke der Parteien trennende Zaun den von der Bekl. behaupteten Verlauf gehabt hat, so dass der Baum nach dem äußeren Erscheinungsbild auf dem Grundstück der Kl. stand. Denn die Bekl. hat sich lediglich darauf berufen, wegen des Zaunverlaufs habe sie nicht um den Baum herumgehen und sein Wurzelwerk untersuchen können; dass der Baum auf der Grundstücksgrenze stand, hat sie bereits in ihrer Klageerwiderung eingeräumt.

### *II. Umfang des zu ersetzenden Schadens*

Somit ist die Bekl. der Kl. zum Schadensersatz verpflichtet. Sie muss allerdings nicht den gesamten Schaden ersetzen, sondern nur die Hälfte.

#### *1. Keine Anspruchskürzung wegen Teileigentums der Kl. an dem Grenzbaum*

Die Kl. und ihr Ehemann waren zwar als Eigentümer des auf ihrem Grundstück befindlichen Teils des

Baums für diesen ebenfalls verkehrssicherungspflichtig. Darauf kommt es hier aber für die Haftungsverteilung nicht an, weil der umgestürzte Baum nicht im gemeinschaftlichen Eigentum der Grundstückseigentümer stand. Die von dem BerGer. aufgeworfene Frage, ob sich derjenige, dem die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich einer Sache obliegt, auf die Verletzung der Sicherungspflicht durch den hinsichtlich derselben Sache (gleichrangig) Verkehrssicherungspflichtigen berufen kann (grds. verneinend OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1661 = VersR 2002, 1299), stellt sich deshalb nicht; denn wegen des Alleineigentums jedes Grundstückseigentümers an einem Teil des Baums sind beide Eigentümer wie jeder Dritte in den Schutzbereich der Verkehrssicherungspflicht einbezogen, die dem jeweils anderen Eigentümer hinsichtlich des ihm gehörenden Teils des Baums obliegt.

## 2. Anspruchskürzung gem. § 254 I BGB wegen Missachtens der Krankheitsanzeichen durch die Kl.

Indem die Kl. und ihr Ehemann den für sie ebenfalls erkennbaren Krankheitsanzeichen an dem ihnen gehörenden Baumteil keine Beachtung geschenkt und damit letztlich die Beschädigung ihres Hauses in Kauf genommen haben, trifft sie eine Mitverantwortung für den eingetretenen Schaden. In welchem Umfang sich das auf ihren Ersatzanspruch gegen die Bekl. auswirkt, ist nach § 254 BGB zu beurteilen. Da die Rechtsprechung eine Selbstgefährdung und Selbstbeschädigung nicht verbietet, geht es im Rahmen dieser Vorschrift nicht um eine rechtswidrige Verletzung einer gegenüber einem anderen oder gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern nur um einen Verstoß gegen Gebote der eigenen Interessenwahrnehmung, der Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden "Obliegenheit"; sie beruht auf der Überlegung, dass jemand, der diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, auch den Verlust oder die Kürzung seiner Ansprüche hinnehmen muss, weil es im Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem unbillig erscheint, dass jemand für den von ihm erlittenen Schaden trotz eigener Mitverantwortung vollen Ersatz fordert (Senat, BGHZ 135, 235 [240] = NJW 1997, 2234 m. w. N.).

## 3. Festlegung der Haftungsquote durch das Revisionsgericht

Da hinsichtlich des Maßes der Verursachung, in welchem die Bet. zur Schadensentstehung beigetragen haben, und des beiderseitigen Verschuldens weitere Feststellungen weder erforderlich noch zu erwarten sind, kann der Senat die nach § 254 I BGB erforderliche Abwägung selbst vornehmen. Das führt zu einer Schadensteilung.

### a. Keine erhöhte Haftung aufgrund der Baumpflegemaßnahmen 1996

Die Kl. und ihr Ehemann haben das Umstürzen der Eiche durch die unterbliebenen Kontrollen und Untersuchungen in demselben Maß verursacht wie die Bekl. und ihr Ehemann. Das Auslichten der Baumkrone im Jahr 1996 wirkt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht zu Lasten der Bekl.

aus. Zwar war damit die spätere Fallrichtung des Baums vorgegeben; aber das allein hat, worauf es für die Haftungsverteilung entscheidend ankommt, den Eintritt des Schadens nicht in wesentlich höherem Maß wahrscheinlich gemacht (vgl. BGH, NJW 1998, 1137 [1138]). Denn dem steht zum einen gegenüber, dass die Kl. und ihr Ehemann jegliche Baumpflegemaßnahmen wie das Auslichten der Krone auf ihrer Grundstücksseite unterlassen haben; erst dadurch ist es zu der einseitigen Lastigkeit des Baums gekommen. Zum anderen hat das Auslichten unstreitig keinen Einfluss auf die fehlende Standfestigkeit und damit auf das Umstürzen des Baums gehabt.

### b. Identische Verschuldensanteile der Parteien

Der Verschuldensanteil der Bet. ist ebenfalls gleich hoch zu bewerten. Beide Grundstückseigentümer konnten die jeweils auf der ihnen gehörenden Baumseite vorhandenen Krankheitszeichen erkennen; beide haben die deshalb notwendigen Überwachungs- und Untersuchungsmaßnahmen nicht durchgeführt. Ein Fällen des Baums wurde nicht verlangt (§ 923 II 1 BGB). Das Auslichten der Baumkrone im Bereich des Grundstücks der Bekl. war nicht pflichtwidrig, sondern eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung entsprechende Pflegemaßnahme. Die mangelnde Standfestigkeit des Baums war für keinen der Eigentümer, sondern nur für einen Fachmann erkennbar.

## Strafrecht

### Standort: § 21 StGB

### Problem: Vorwerfbare verminderte Schuldfähigkeit

BGH, URTEIL VOM 17.08.2004  
5 STR 93/04 (NJW 2004, 3350)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagten hatten in erheblich angetrunkenem Zustand einen angeblichen Vergewaltiger entführt und misshandelt. Das Landgericht Potsdam hatte sie deshalb wegen gefährlicher Körperverletzung, Nötigung und Freiheitsberaubung verurteilt, jedoch wegen ihrer infolge der Alkoholisierung verminderten Steuerungsfähigkeit gem. §§ 21, 49 StGB die Strafe gemildert. Der BGH hob dieses Urteil auf, da es fehlerhaft gewesen sei, den Strafraumen gem. §§ 21, 49 StGB zu verschieben.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Da in Prüfungsaufgaben des 1. Examens in der Regel nur nach einer Strafbarkeit gefragt wird und nicht nach der konkret zu verhängenden Strafe, sind dort Probleme im Bereich der Strafzumessung - die den Kern der vorliegenden Entscheidung bilden - grundsätzlich nicht zu erörtern. Sofern es sich jedoch um gesetzlich geregelte Strafzumessungskriterien handelt (wie Regelbeispiele oder Strafraumenverschiebungen gem. §§ 17 S. 2, 21, 28 I StGB) werden zumindest Grundkenntnisse vom Kandidaten erwartet. Im zweiten Examen sind insofern auch detaillierte Kenntnisse gefordert.

Der BGH ist - ebenso wie das LG Potsdam - im vorliegenden Fall relativ problemlos davon ausgegangen ist, dass der von den Angeklagten konsumierte Alkohol ausreichte, um deren Steuerungsfähigkeit erheblich zu mindern, so dass die Voraussetzungen der verminderten Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB vorlagen. Trotzdem hat der BGH - anders als das LG - den Beklagten eine Strafraumenverschiebung über §§ 21, 49 StGB verweigert.

Der BGH begründet dies damit, dass der schuldmindernde Faktor der verminderten Schuldfähigkeit durch schulderhöhende Faktoren kompensiert werden könne und dass der schulderhöhende Faktor in der vorwerfbaren Herbeiführung der Alkoholisierung bestehe. Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung, dass das verschuldete Sich-Betinken nicht stets die Strafmilderung aufhebe sondern nur dann, wenn es für den Täter vorhersehbar war, dass er in alkoholisiertem Zustand Straftaten begehen werde, insb. weil er dies in

der Vergangenheit bereits getan habe oder sich in eine Situation begeben, in der erfahrungsgemäß eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Begehung von Straftaten im Zusammenhang mit Alkoholmissbrauch bestehe.

Der BGH stützt diese Versagung der Strafmilderung insb. auf die Formulierung des § 21 StGB ("kann ... gemildert werden") und belegt, dass auch rechtshistorische Gesichtspunkte und der Tatbestand des § 323 a StGB einer entsprechenden Auslegung des § 21 StGB nicht entgegen stehen. Eine Parallele zieht der BGH insb. zur Rechtsfigur der *actio libera in causa*, die es (allerdings im Rahmen von § 20 StGB) erlaubt, in den Fällen, in denen der Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung schuldunfähig ist, wegen der vorwerfbaren Herbeiführung dieses Zustands dennoch eine Strafbarkeit anzunehmen. Wenn dies selbst im Falle eines Schuld-ausschlusses (§ 20 StGB) möglich sei - so die Argumentation des BGH -, so müsse dies bei einer verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) erst Recht gelten.

Bei der *actio libera in causa* ist es jedoch stets erforderlich ist, dass der Vorsatz des Täters sich bereits im Zeitpunkt der Herbeiführung des Zustands der Schuldunfähigkeit auf die später in diesem Zustand begangene Tat bezieht. Deshalb will eine Gegenauffassung in der Literatur bei der verminderten Schuldfähigkeit die Strafmilderung auch nur dann entfallen lassen, wenn der Täter mit der späteren Begehung von Straftaten rechnete und nicht bereits, wenn er damit rechnen konnte (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 21 Rn. 21).

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Versagung von § 21 StGB wegen verschuldeter Herbeiführung des Zustands: *BGHSt* 43, 77; *MDR/D* 1951, 657; *StV* 1997, 75; *OLG Naumburg*, *ZfS* 1999, 216; *Foth*, *NStZ* 2003, 597; *Maatz*, *StV* 1998, 84; *Neumann*, *StV* 2003, 527; *Rautenberg*, *DtZ* 1997, 45;

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die Schwiegermutter"  
 *Assessorkurs*: "Sommer"

#### **Leitsatz:**

**Beruhet die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB, wenn**

**sich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant infolge der Alkoholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung zu bestimmen; seine Entscheidung unterliegt nur eingeschränkter revisionsgerichtlicher Überprüfung.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte G spricht seit dem Jugendalter dem Alkohol zu und ist deutlich alkoholgewöhnt. Er ist mehrfach wegen Eigentums- und Verkehrsdelikten, darunter auch Trunkenheit im Verkehr, vorbestraft. Am Tattag hatte er von den frühen Morgenstunden an über den Tag verteilt mehrere Flaschen Bier getrunken, bevor er mit dem ebenfalls bereits angetrunkenen, bislang unbestraften Angeklagten M den später Geschädigten P in der Absicht aufsuchte, diesen zu misshandeln. Die Angeklagten hatten über P das von ihnen nicht weiter überprüfte Gerücht gehört, er habe ein kleines Mädchen vergewaltigt. Gemeinsam wollten beide "ihre Freude an Gewalttätigkeit an ihm ausleben". In der Wohnung von P schlugen und traten die Angeklagten sogleich auf diesen ein und forderten ihn auf zuzugeben, dass er das Mädchen vergewaltigt habe. Der Geschädigte musste in einem vom Angeklagten G gesteuerten PKW zu dem wegen Beihilfe an dem strafbaren Geschehen inzwischen rechtskräftig verurteilten K mitkommen. Dort misshandelten G und M ihr Opfer unter Beschimpfungen weiter, so dass P schließlich im Gesicht blutete und sich kaum noch auf den Beinen halten konnte.

Anschließend fuhren alle gemeinsam mit dem Auto des G zu einem Imbiss und sodann über Land; der Geschädigte musste nun in den Kofferraum steigen. An einem Wehr wurde er von den Angeklagten halb entkleidet und in das 15 bis 18 Grad kalte Wasser gestoßen. Nach einiger Zeit zogen die Angeklagten den Geschädigten schließlich wieder an Land, traten auf ihn ein, bis er das Bewusstsein verlor, und ließen ihn halbnackt und bewusstlos liegen. P erlitt durch die Misshandlungen der Angeklagten vielfache Prellungen, eine Rippenfraktur und eine - unbehandelt lebensgefährliche - traumatische Hirnblutung, zudem eine Unterkühlung und Herzrhythmusstörungen. Während des sich über mehrere Stunden hinziehenden Tatgeschehens hatten beide Angeklagte nicht unerhebliche Mengen Bier und andere alkoholische Getränke zu sich genommen.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung und Nötigung jeweils - unter Zubilligung einer Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1

StGB aufgrund erheblicher Alkoholisierung - zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Während die Staatsanwaltschaft mit ihren zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten Revisionen lediglich den Strafausspruch beanstandet, wendet sich der Angeklagte M mit der Sachrüge umfassend gegen seine Verurteilung. [...]

Das Landgericht hat den Strafraumen des § 224 Abs. 1 Nr. 4 (i.V.m. § 52 Abs. 2) StGB nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB aufgrund der Alkoholisierung der Angeklagten und dadurch verursachter erheblicher Verminderung der "Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit" (richtig: Steuerungsfähigkeit, vgl. Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 21 Rdn. 5 m.w.N.) verschoben. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Trunkenheit des Angeklagten G sei am Tattag nicht verschuldet gewesen, weil er bislang weitgehend vom Alkohol beherrscht wurde; mangels Einlassung des Angeklagten M sei auch zu dessen Gunsten davon auszugehen, dass seine Trunkenheit unverschuldet gewesen sei.

##### *II. Entscheidung des BGH - Revisionen der Staatsanwaltschaft*

Die auf den jeweiligen Rechtsfolgenausspruch beschränkten Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg.

##### *1. Zur wirksamen Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch*

Die Beschwerdeführerin hat ihre Rechtsmittel wirksam auf den Strafausspruch beschränkt. Wie sich aus der Revisionsbegründungsschrift vom 24. September 2003 ergibt, sollen allein die zugunsten der Angeklagten vorgenommenen Strafraumenverschiebungen und damit die verhängten Rechtsfolgen angegriffen werden; nur insoweit wird die Sachrüge ausgeführt.

Ungeachtet der Erhebung einer nicht ausdrücklich beschränkten Sachrüge und eines umfassenden Aufhebungsantrags ist dem Revisionsvortrag deshalb eine Beschränkung der Rechtsmittel auf den Rechtsfolgenausspruch zu entnehmen (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 3; BGH, Urteil vom 16. März 2004 - 5 StR 364/03). Diese Beschränkung ist auch wirksam, da die Feststellungen des Landgerichts zum Schuldspruch weder widersprüchlich oder lückenhaft und damit ergänzungsbedürftig noch mit den Feststellungen zum Strafausspruch untrennbar verknüpft sind. Für die Frage der Strafzumessung bilden die Feststellungen zum Schuldspruch eine tragfähige Grundlage, auch wenn sie - was der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend angedeutet hat - eine weiter gehende strafrechtliche Bewertung des Geschehens zum Nachteil der Angeklagten hätten rechtfertigen können.

##### *2. Zur Annahme einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit*

Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei aufgrund von

plausiblen Trinkmengenangaben des Angeklagten G, von Zeugenbeschreibungen über den Zustand der Angeklagten und eines insgesamt auf erhebliche Entthemung hindeutenden Tatbildes bei beiden Angeklagten sachverständig beraten zu dem Ergebnis gelangt, dass ihre Steuerungsfähigkeit erheblich vermindert war.

### 3. Zur Strafrahmenschiebung gem. §§ 21, 49 I StGB

Die Staatsanwaltschaft beanstandet gleichwohl zu Recht die zu Gunsten der Angeklagten vorgenommene Strafrahmenschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB.

#### a. Nur beschränkte Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Entscheidung über Strafrahmenschiebung

Der 3. Strafsenat hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die bisherige - in sich eher uneinheitliche und teils sogar widersprüchliche - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Strafrahmenschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bei vorwerfbarer Alkoholisierung grundsätzlich überdacht werden sollte (BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 31 mit Anmerkungen: Foth NSTz 2003, 597; Frister JZ 2003, 1019; Neumann StV 2003, 527; Scheffler Blutalkohol 2003, 449; Streng NJW 2003, 2963; zustimmend der 2. Strafsenat in BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 32). Der Senat pflichtet diesem Anliegen bei, gelangt indes zu dem folgenden differenzierenden und bisheriger Rechtsprechung nicht tragend widersprechenden Ergebnis:

Über die fakultative Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB entscheidet der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen aufgrund einer Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände. Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine Strafrahmenschiebung, wenn sich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant infolge der Alkoholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung zu bestimmen. Seine Entscheidung unterliegt nur eingeschränkter revisionsgerichtlicher Überprüfung und ist regelmäßig hinzunehmen, sofern die dafür wesentlichen tatsächlichen Grundlagen hinreichend ermittelt und bei der Wertung ausreichend berücksichtigt worden sind.

#### b. Keine Strafmilderung trotz verminderter Schuldfähigkeit bei Vorhersehbarkeit der Begehung von Straftaten im alkoholisierten Zustand

Die vom Senat gefundene Lösung beruht insbesondere auf folgenden Erwägungen:

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass eine erhebliche Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit grundsätzlich den

Schuldgehalt der Tat vermindert (vgl. BGHSt 7, 28, 30; BGHR StGB § 21 Vorverschulden 4; so auch schon RGSt 69, 314, 317). Dies allein zwingt jedoch nicht zu einer Strafrahmenschiebung gemäß § 49 Abs. 1 StGB. Dem Tatrichter ist in Fällen erheblich verminderter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB grundsätzlich ein Ermessen bei der Entscheidung eingeräumt, ob er aufgrund dieses Umstandes die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB durch eine Verschiebung des anzuwendenden Strafrahmens mildert oder nicht (BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 21). Nach dem Gesetzeswortlaut des § 21 StGB "kann" die Strafe lediglich gemildert werden; weder "muss" noch "soll" der Strafrahmen verschoben werden. Der Gesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, dass auch eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB für sich allein weder zwingend noch in der Regel zu einer durchgreifenden Verringerung des Schuldumfangs führt (vgl. auch Foth in Festschrift für Hannskarl Salger, 1995, S. 31, 37). Die Minderung der Tatschuld durch Einschränkung der Schuldfähigkeit kann nämlich durch schulderhöhende Umstände kompensiert werden (st. Rspr., vgl. Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 21 Rdn. 20 ff. m.w.N.; BVerfGE 50, 5, 11 f.). Der 3. Strafsenat sieht einen solchen Umstand generell in jeder vorwerfbar herbeigeführten Alkoholisierung (BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 31). Dabei kommt indes nicht ausreichend zur Geltung, dass jede Schulderhöhung wenigstens (einfache) Fahrlässigkeit als geringste Schuldform voraussetzt. Notwendige Elemente solcher Fahrlässigkeit sind Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des rechtswidrigen Ergebnisses ganz allgemein (objektiv) und speziell für den Täter (subjektiv). Bezugspunkt des schulderhöhenden Moments muss zudem das konkret begangene Unrecht sein; es bedarf also einer bestimmten subjektiven Beziehung zu der später begangenen rechtswidrigen Handlung (Jähnke in LK 11. Aufl. § 21 Rdn. 22).

Trotz verbreiteten vielfachen Alkoholgebrauchs und -missbrauchs kommt es nur in einem Bruchteil der Fälle erheblicher Alkoholisierung zu einer rechtswidrigen Tat. Häufig ist eine Gefährdung anderer gänzlich ausgeschlossen (vgl. Spendel in LK 11. Aufl. § 323 a Rdn. 224). Andererseits ist nicht zu verkennen, dass Alkohol das Risiko der Begehung strafbarer Handlungen generell erhöht; ein großer Teil der Straftaten gegen Leib und Leben sowie gegen die sexuelle Selbstbestimmung wird unter Alkoholeinfluss begangen. Dieser Befund rechtfertigt indes nicht die Annahme, es sei stets objektiv und subjektiv vorhersehbar, dass bei erheblicher Alkoholisierung in der konkreten Situation die Begehung von Straftaten durch den Betrunkenen drohe. Dies hängt vielmehr von der jeweiligen Person des Täters und von der Situation ab, in der getrunken wird oder in die sich der Täter betrunken begibt.

*(1) Vorhersehbarkeit der Begehung von Straftaten im alkoholisierten Zustand wegen persönlicher Vorerfahrung des Täters*

Schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Strafmilderung bei erheblicher Alkoholisierung zu versagen, wenn der Täter die für ihn besonders ungünstige Wirkung des Alkoholgenusses kannte und wusste oder wissen musste, dass er dann zu Gewalttätigkeiten oder anderen Straftaten neigt (BGHR StGB § 21 Vorverschulden 4; vgl. Tröndle/Fischer aaO § 21 Rdn. 25 m.w.N.). Damit kommt es also darauf an, ob besondere Umstände in der Person des Täters im konkreten Einzelfall vorhersehbar das Risiko der Begehung rechtswidriger Taten signifikant erhöht haben. Soweit in diesem Zusammenhang teilweise zusätzlich gefordert wird, der Täter müsse schon zuvor nach Ausmaß und Intensität mit der jetzigen Tat vergleichbare Straftaten begangen haben (vgl. BGHR StGB § 21 Strafraumenverschiebung 6, 14, 16; weitere Nachweise bei Lenckner/Peron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 21 Rdn. 20), hält der Senat daran nicht fest. An die Vergleichbarkeit sind schon nach bisheriger Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (vgl. BGHR StGB § 21 Vorverschulden 4).

Zu differenzieren ist hier allenfalls nach weit zu fassenden Deliktgruppen. Wer unter dem Einfluss erheblicher Mengen Alkohol - wie er aufgrund persönlicher Vorerfahrung weiß oder wissen muss - zu gewalttätigen Übergriffen auf andere neigt, den trifft in Hinblick auf die enthemmende Wirkung des Alkohols in Fällen der Gewaltkriminalität grundsätzlich ein schulderhöhender Fahrlässigkeitsvorwurf; anderes gilt nur, wenn die bisher unter Alkoholeinfluss begangenen Straftaten ganz anderer Art waren als die nunmehr zu beurteilende, wenn also die neue Tat so unvergleichbar mit den früheren ist, dass der Täter mit Ähnlichem gar nicht rechnen kann (BGHR aaO). Entscheidend ist somit regelmäßig nicht die äußerliche Vergleichbarkeit der einzelnen Taten, sondern die nämliche Wurzel des jeweiligen deliktischen Verhaltens (Jähnke aaO § 21 Rdn. 22).

Bei alledem müssen die Vorerfahrungen nicht unbedingt zu Vorstrafen oder auch nur Strafverfahren geführt haben. Denn es geht in diesem Zusammenhang um das Wissen des Täters von seiner Gefährlichkeit und nicht notwendig um den - gegebenenfalls hinzutretenden - Gesichtspunkt der Warnfunktion einer früheren Verurteilung.

*(2) Vorhersehbarkeit der Begehung von Straftaten im alkoholisierten Zustand wegen Begebens in eine besonders gefahrträchtige Lage*

Die Gefahr der Begehung von Straftaten in erheblich alkoholisiertem Zustand kann indes signifikant und vorhersehbar nicht nur durch die Person des Täters, sondern auch durch die Umstände der jeweiligen Si-

tuation erhöht werden. Wer in einer gefahrträchtigen Lage in erheblichem Maße dem Alkohol zuspricht, dem kann schulderhöhend vorgeworfen werden, dass er sich mit einer gewissen Leichtfertigkeit in die Situation gebracht hat (BGH NStZ 1990, 537, 538). Vorwerfbar ist dabei, dass in einer solchen Situation trotz konkreter Vorhersehbarkeit der durch eine weitere Alkoholisierung drohenden Rechtsbrüche getrunken wird (vgl. auch Jähnke aaO). Insbesondere in stark emotional aufgeladenen Krisensituationen wird die Gefahr von Gewalttätigkeiten durch die enthemmende Wirkung erheblicher Alkoholisierung regelmäßig vorhersehbar erhöht (vgl. BGH NStZ 1990, 537, 538). Gleiches gilt für das Trinken in Gruppen, aus denen heraus - gerade auch aufgrund gruppenspezifischer Prozesse - leicht Straftaten gegen andere begangen werden. Wer sich etwa in einer Gruppe marodierender Hooligans oder gewaltbereiter Radikaler betrinkt, muss konkret mit der Begehung von Straftaten im trunkenen Zustand rechnen. Die Alkoholisierung kann - wenn nicht bereits die Grundsätze der *actio libera in causa* eine Strafmilderung ausschließen - auch nicht demjenigen zugute kommen, der sich in Fahrbereitschaft betrinkt, also weiß oder damit rechnen muss, noch als Fahrer am öffentlichen Straßenverkehr teilzunehmen (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 316 Rdn. 54; König in LK 11. Aufl. § 316 Rdn. 243).

Es macht für die Versagung einer Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB auch keinen relevanten Unterschied, ob der Täter in einer erkennbar gewaltträchtigen Situation enthemmend dem Alkohol zuspricht oder sich, sofern ihm dies insoweit vorzuwerfen ist, bereits durch Trunkenheit enthemmt, bewusst in eine solche Situation begibt. Wer sich schon angetrunken einer gewaltbereiten Gruppe anschließt, dem kann schulderhöhend vorgeworfen werden, dass er trotz der bekanntermaßen enthemmenden Wirkung seiner Alkoholisierung eine gewaltträchtige Situation aufgesucht hat.

In diesem Zusammenhang muss es auch nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Trunkenheit als solche vorwerfbar ist oder nicht, da auch letzterenfalls andere schulderhöhende Momente die Versagung der Strafmilderung rechtfertigen können (vgl. BGHR StGB § 21 Strafraumenverschiebung 29). Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller schulrelevanten Umstände ist es deshalb nicht ohne weiteres ausgeschlossen, auch einem alkoholabhängigen Täter zwar nicht die Alkoholisierung als solche, aber - bei insoweit noch vorhandener Hemmungsfähigkeit - als schulderhöhend vorzuwerfen, dass er sich bewusst in eine gewaltträchtige Situation begeben hat, obwohl er wusste oder wissen musste, dass er sich dort infolge seiner Beherrschung durch den Alkohol nur eingeschränkt steuern können. Je eher ein alkoholabhängiger Täter von den infolge seines Zustandes von ihm ausgehenden Gefahren für andere weiß - etwa

aufgrund früher unter Alkoholeinfluss begangener Straftaten - und je schwererwiegend die Straftaten sind, mit deren Begehung er rechnet oder rechnen muss, desto weniger wird eine Strafmilderung in Betracht kommen, wenn er sich dessen ungeachtet in eine gewaltträchtige Situation begeben hat und ihm dies vorzuwerfen ist (vgl. auch BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 29).

*(3) Actio libera in causa als Beispiel für Versagung von Strafmilderung und -ausschluss wegen vorwerfbareren Vorverhaltens*

Auch in anderer Weise kann an ein konkret tatbezogenes Verschulden des Täters vor Tatbeginn angeknüpft und eine Strafmilderung trotz Tatbegehung im Zustand verminderter Schuldfähigkeit aufgrund vorhergehender schulderhöhender Momente versagt werden. So hat nach den Grundsätzen der - im Rahmen des § 21 StGB unproblematisch anwendbaren (vgl. Lenckner/Perron aaO § 21 Rdn. 11 m.w.N.) - actio libera in causa eine Strafmilderung regelmäßig auszuschließen, wenn sich die Vorstellung des Täters in nicht berauschem Zustand schon auf eine bestimmte Tat bezogen hat (vgl. BGHR StGB § 20 actio libera in causa 3; § 21 Strafrahmenschiebung 22; BGH NSTz 1999, 448). Wurde der Tatentschluss zu einer Zeit gefasst, in der eine erhebliche Beeinträchtigung des Hemmungsvermögens noch nicht vorlag, wird deshalb zumeist für eine Strafrahmenschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB kein Raum sein (vgl. BGHSt 34, 29, 33; BGH, Beschluß vom 15. April 1999 - 4 StR 93/99, zitiert bei Detter NSTz 1999, 495; BGHR StGB § 20 actio libera in causa 3). Verstärkt gilt dies, wenn der Täter sich gar gezielt berauscht hat, um hierdurch vorhandene Hemmungen gegen eine Tatausführung abzubauen.

*(4) Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Versagung der Strafmilderung durch den Tatrichter*

Die Wertung, ob im Falle erheblicher Minderung der Steuerungsfähigkeit der Strafrahmens gemildert werden soll oder nicht, hat grundsätzlich der Tatrichter anhand einer Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (BGHR StGB § 21 Vorverschulden 4 und Strafrahmenschiebung 21). Ihm obliegt es auch, die Begriffe der objektiven und subjektiven Vorhersehbarkeit strafbaren Verhaltens bei vorwerfbarer Alkoholisierung anhand der besonderen Umstände in der Person des Täters und in der Situation des Tatgeschehens in wertender Betrachtung auszufüllen. Seine Bewertung wird das Revisionsgericht, wenn sie auf einer vollständigen Auswertung der maßgeblichen Tatsachengrundlagen beruht, regelmäßig hinzunehmen haben, auch wenn anderes vertretbar oder gar näherliegend gewesen wäre.

Bei Anwendung der genannten Grundsätze wird bei Gewaltdelikten in vielen Fällen eine Strafrahmensver-

schiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB nach vorwerfbarer Alkoholisierung ausscheiden. Zumeist liegen entweder in der Person des Täters oder doch zumindest in der Situation Umstände vor, die in Zusammenhang mit der Alkoholisierung das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant erhöht haben. An die Überzeugungsbildung des Tatrichters dürfen dabei nicht übertrieben hohe Anforderungen gestellt werden; die vielfältig verheerenden Wirkungen übermäßigen Alkoholgebrauchs sind allgemeinkundig. Im Rahmen der Abwägung aller schuldrelevanten Umstände kann auch von Bedeutung sein, welchen Grad die Enthemmung durch Alkoholisierung innerhalb des durch § 21 StGB abgesteckten Rahmens erreicht hat. Eine solchermaßen differenzierende Bestimmung des Umfangs und der Auswirkungen verminderter Schuldfähigkeit auf die Tatschuld setzt jedoch nachvollziehbare Darlegungen des Tatrichters voraus (vgl. BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 2, 17).

Bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller schulderhöhenden und schuldmindernden Umstände des Einzelfalls können auch solche schulderhöhenden Momente gegen eine Strafmilderung sprechen, die nicht unmittelbar mit der Berauschung verknüpft sind (vgl. BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 11; BT-Drucks. IV/650, S. 142 linke Spalte). Hierzu können eine Mehrzahl von Geschädigten oder mitverwirklichte Straftatbestände ebenso zählen wie die näheren Umstände der Tatausführung oder andere Tatmodalitäten (vgl. BT-Drucks. aaO; BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 5 und Strafzumessung 18). Auch einem erheblich in seiner Steuerungsfähigkeit verminderten Täter kann nämlich die Art der Tatausführung - etwa eine besonders gefühlskalte, rücksichtslose oder brutale Tatbegehung - schulderhöhend vorgeworfen werden (vgl. BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 15 und Strafzumessung 4, 18). In diesem Fall wird der Tatrichter jedoch zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu beachten haben, dass diese Umstände die Tatschuld nicht im gleichen Ausmaß wie bei nicht berauschten Tätern erhöhen, sofern sie ihren Grund in der erheblichen Verminderung der Hemmungsfähigkeit haben (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 46 Rdn. 28, 33 m.w.N.; BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 5); eine Ausnahme hiervon kommt indes in Betracht, wenn dem Täter in Hinblick auf seine bisherigen Erfahrungen unter Alkoholeinfluß vor dem Hintergrund des von ihm weiterhin nicht gezähmten Alkoholgenusses gerade eine derart schwerwiegende Art seines Tatverhaltens zum Vorwurf gemacht werden müßte (BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 15).

*(5) Zur Strafrahmenschiebung bei angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe*

In Fällen, in denen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe in Frage steht, wird der Tatrichter beson-

ders darauf Bedacht zu nehmen haben, dass der schuld mindernde Umstand einer erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit angesichts der Absolutheit der Strafdrohung ohne Strafraumenverschiebung bei der konkreten Strafzumessung nicht berücksichtigt werden kann; die Frage der Strafraumenverschiebung gewinnt im Vergleich zur Prüfung bei zeitigen Freiheitsstrafen deshalb ungleich mehr an Gewicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - 4 StR 54/04). Dies wird zu besonders sorgfältiger Prüfung aller schulderhöhenden und schuld mindernden Umstände sowie zu einer im Zweifel eher zurückhaltenden Gewichtung zu Lasten des Täters Anlass geben müssen (vgl. BGH StV 2003, 499). Wenn allein die Wahl zwischen lebenslanger Freiheitsstrafe und einer zeitigen Freiheitsstrafe besteht, müssen deshalb besondere erschwerende Gründe vorliegen, um die mit den Voraussetzungen des § 21 StGB verbundene Schuld minderung so auszugleichen, dass die gesetzliche Höchststrafe verhängt werden darf (st. Rspr., vgl. BGHR § 21 Strafraumenverschiebung 7, 8, 12, 18, 25; vgl. auch BVerfGE 50, 5, 11). Gebieten solche Umstände wie etwa das schuldsteigernde Tatbild die Versagung einer Strafraumenverschiebung und die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe, wird eine Feststellung besonderer Schuldschwere nach § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB trotz erheblich verminderter Schuldfähigkeit nur in besonders gravierenden Ausnahmefällen in Betracht kommen (vgl. BGH, Beschluß vom 14. Juni 1999 - 5 StR 177/99; vgl. auch BGHR StGB § 21 Strafraumenverschiebung 25).

Bedenklich kann aus entsprechenden Gründen auch die Verhängung der für das Delikt vorgesehenen zeitigen Höchststrafe aus dem nicht nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB geminderten Strafraumen trotz erheblich eingeschränkter Schuldfähigkeit sein (vgl. RGSt 69, 314, 317).

#### *(6) Keine Übertragung dieser Grundsätze auf andere Rauschmittel als Alkohol*

Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass das, was für Alkohol gilt, nicht ohne weiteres gleichermaßen auf andere Genuss- und Betäubungsmittel übertragen werden kann (vgl. Senatsurteil vom heutigen Tage - 5 StR 591/03). Die enthemmende und hierdurch teils aggressionsfördernde Wirkung des Alkohols ist allgemein bekannt. Bei Betäubungsmitteln sind die Wirkungsweisen dagegen differenzierter und unter Umständen weniger konkret vorhersehbar, zumal die Dosierung und die individuelle Verträglichkeit meist von Fall zu Fall erheblichen Schwankungen unterliegen.

#### *c. Kein Widerspruch des Urteils zur Gesetzesgeschichte und zu § 323 a StGB*

Dem gefundenen Ergebnis widersprechen weder die historischen Absichten des Gesetzgebers noch der Rechtsgedanke des § 323 a StGB.

#### *(1) Zu rechtshistorischen Überlegungen des Gesetzgebers*

Die Überlegungen des historischen Gesetzgebers sprechen nicht für einen Grundsatz, wonach im Falle vorwerfbarer Alkoholisierung eine Strafmilderung stets zu versagen ist (Neumann StV 2003, 527, 528 m.w.N.; vgl. aber BGHR StGB § 21 Strafraumenverschiebung 31; Foth DRiZ 1990, 417, 418 ff.; ders. NSTz 2003, 597, 598; zur historischen Entwicklung ausführlich: Rautenberg, Verminderte Schuldfähigkeit, 1984, S. 9 ff. m.w.N.; Schnarr in: Hettinger [Hrsg.], Reform des Sanktionenrechts, 2001, Band 1, S. 7 ff.). Eine dem heutigen § 21 StGB entsprechende Vorschrift wurde erstmals durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl. I, 995) in das deutsche Strafgesetzbuch eingeführt. Aus der amtlichen Gesetzesbegründung ergeben sich für die aufgeworfene Frage keine tragfähigen Hinweise (vgl. ReichsAnz 1933, Nr. 277, Erste Beilage, S. 1, linke Spalte).

Die Gesetzesänderung fußte indes auf der umfangreichen kriminalpolitischen Reformdiskussion der Zwanziger Jahre (hierzu näher Foth, jeweils aaO; Rautenberg aaO). Dabei wurde zwar auch eine gesetzliche Ausnahme der vorgesehenen Milderung bei vorwerfbarer Alkoholisierung vorgeschlagen (vgl. § 17 Abs. 2 Satz 2 des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925; ebenso bereits § 18 Abs. 2 des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 und § 63 Abs. 2 des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909; ausführlich hierzu Rautenberg aaO). Gegen diese Vorschläge wurden jedoch auch zur damaligen Zeit gewichtige Bedenken geltend gemacht (vgl. Alsberg in Aschrott/Kohlrausch [Hrsg.], Reform des Strafrechts, 1926, S. 51, 73 ff.). Letztlich sind die in den Entwürfen verschiedentlich vorgesehenen ausdrücklichen Ausnahmen bei vorwerfbarer Alkoholisierung nicht Gesetz geworden. In den Beratungen der Reichstagsvorlage von 1927 wurde hierzu erklärt, den Reichsrat hätten zwei Gründe veranlasst, den vorgesehenen Ausschluss einer Strafmilderung bei Trunkenheit (§ 17 Abs. 2 Satz 2 des Amtlichen Entwurfs von 1925) zu streichen und statt der obligatorischen eine fakultative Milderung vorzuschlagen: Zum einen erscheine die Konsequenz unerträglich, dem ganz betrunkenen Täter eine Milderung zu gewähren, nicht aber dem nur halb betrunkenen; zum anderen sei nicht einzusehen, warum die Frage der Selbstverschuldung nur bei der Trunkenheit berücksichtigt werden sollte (vgl. Rautenberg DtZ 1997, 45, 47 m.w.N.). Dies legt nahe anzunehmen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis entgegenstehender Vorschläge bewusst auf eine solche Regelung verzichtet hat, also gerade keine zwingende Versagung der Strafmilderung in diesen Fällen wollte (Neumann StV 2003, 527, 528). In der Gesetzesbe-

gründung von 1933 heißt es lediglich, die Annahme verminderter Zurechnungsfähigkeit sei Grundlage für eine Strafmilderung, wobei das Gesetz von den Beschlüssen der Reichstagsausschüsse insoweit abweiche, als die Milderung nicht zwingend sei, sondern in das Ermessen des Richters gestellt werde (ReichsAnz aaO).

Die Gesetzesmaterialien zur Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs in den Sechziger Jahren, die zur Formulierung des § 21 StGB in der heutigen Form geführt hat, sprechen gleichermaßen für eine differenzierende Lösung. § 21 StGB wurde einerseits als Kann-Vorschrift konzipiert, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Verminderung der Schuldfähigkeit nicht notwendig zu einer Minderung der Schuld in ihrer Gesamtheit führt; im Rahmen einer Gesamtwürdigung sollten außer dem Grad der Schuldfähigkeit auch andere schuldrelevante Umstände berücksichtigt werden können (BT-Drucks. IV/650, S. 142 linke Spalte). Hierzu gehören nach Auffassung des Gesetzgebers nicht nur unmittelbar der Tat anhaftende Schuldumstände wie etwa eine große Anzahl getöteter Menschen, sondern auch schuldrelevante Umstände vor der Tat wie insbesondere die schuldhaft Herbeiführung der verminderten Schuldfähigkeit (ebd.). Ausdrücklich sprach sich der Gesetzgeber andererseits gegen eine Vorschrift aus, wonach die Strafmilderung - entsprechend den Vorschlägen in den Entwürfen von 1909 und 1925 - bei vorwerfbarer Alkoholisierung stets zu versagen sei (BT-Drucks. IV/650, S. 142 rechte Spalte). Zu der entsprechenden Regelung in § 7 WStG, wonach bei selbstverschuldeter Trunkenheit eine Strafmilderung ausscheidet, wenn die Tat eine militärische Straftat ist, gegen das Kriegsvölkerrecht verstößt oder in Ausübung des Dienstes begangen wurde, wird dabei auf die besonderen Anforderungen an militärische Disziplin verwiesen. In das allgemeine Strafrecht könne dieser Rechtsgrundsatz nicht ohne weiteres übertragen werden (ebd.).

Gerade die Vorschrift des § 7 WStG lässt sich systematisch stimmig eher erklären, wenn es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz gibt, wonach bei vorwerfbarer Alkoholisierung grundsätzlich mangels Minderung der Gesamtschuld von einer Strafmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB Abstand zu nehmen ist. Gäbe es nämlich einen solchen Grundsatz, wäre § 7 WStG überflüssig. Unverständlich wäre in diesem Fall auch die Beschränkung des Milderungsverbots auf militärische Straftaten und solche, die gegen das Kriegsvölkerrecht verstoßen oder in Ausübung des Dienstes begangen werden. Aus § 7 WStG folgt vielmehr im Umkehrschluss, dass "selbstverschuldete" Trunkenheit in anderen Fällen durchaus die Strafe mildern kann, also nicht stets jede Strafmilderung aufgrund des Umstandes ausscheidet, dass der Rauschzustand vorwerfbar herbeigeführt wurde. Schließlich hat der Gesetzgeber auch im Rahmen der Reformdiskussion anlässlich der

deutschen Wiedervereinigung trotz entsprechender Vorschläge gerade nicht diejenigen Normen des Strafrechts der DDR übernommen, wonach eine Strafmilderung bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit ausscheidet, wenn sich der Täter schuldhaft in einen die Zurechnungsfähigkeit vermindern den Rauschzustand versetzt hat (§ 16 Abs. 2 Satz 3 StGB-DDR; vgl. auch § 15 Abs. 3 StGB-DDR; dazu näher Neumann StV 2003, 527 mit Fn. 3; Rautenberg DtZ 1997, 45).

#### (2) Zu § 323 a StGB

Auch die Vorschrift des § 323 a StGB spricht nicht für eine Versagung der Strafmilderung in allen Fällen schuldhafter Alkoholisierung. Das Vergehen des Vollrauschs ist von allen anderen Straftatbeständen tatsächlich und rechtlich verschieden (BGHSt 1, 275, 277). Es handelt sich zudem bei dieser Strafnorm um "eine der umstrittensten, wenn nicht die strittigste des ganzen Strafgesetzbuchs" (Spendel in LK 11. Aufl. § 323a Rdn. 1). Auch der Bundesgerichtshof ist deshalb bislang nicht zu einem durchgehend einheitlichen Verständnis dieser Vorschrift gelangt (vgl. etwa BGHSt 10, 247 einerseits, BGHSt 16, 124 andererseits). Der Ort, den - in den Schwierigkeiten der Sache angelegten (vgl. Spendel aaO § 323a Rdn. 2) - Streit zum Verständnis des § 323 a StGB zu klären, kann indes nicht die hier zur Entscheidung stehende Frage sein, ob bei zu verantwortender Alkoholisierung eine Strafmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte oder nicht (vgl. Streng NJW 2003, 2963, 2965).

Die Anwendung des Vollrauschtatbestandes setzt stets voraus, dass der Täter aufgrund nicht ausschließbarer Schuldunfähigkeit wegen seines rechtswidrigen Tuns ansonsten überhaupt nicht bestraft werden könnte. Für eine solche Regelung gibt es unzweifelhaft ein kriminalpolitisches Bedürfnis (vgl. BGHSt [GS] 9, 390, 395; Spendel aaO § 323a Rdn. 2). Diese Frage stellt sich im Rahmen des § 21 StGB jedoch nicht, weil es hier nicht um die Alternative völliger Straflosigkeit, sondern lediglich um die Strafrahenwahl geht (vgl. Neumann StV 2003, 527, 529). Bei § 21 StGB spielen deshalb Gesichtspunkte eine Rolle, die im Rahmen des § 323 a StGB aufgrund der notwendigen Struktur des Vollrauschtatbestandes keine Berücksichtigung finden können. Zudem geht es bei § 21 StGB nicht wie bei § 323 a StGB um Rauschzustände, die (zumindest nicht ausschließbar) wegen aufgehobener Schuldfähigkeit den Schuldvorwurf bezüglich des rechtswidrigen Tuns vollständig entfallen lassen. Der Vorschrift des § 323 a StGB lässt sich nicht der Rechtsgedanke entnehmen, jeder Rausch, wie stark er auch sei, werde von der Rechtsordnung missbilligt; aus § 323 a StGB lässt sich lediglich folgern, dass ein Rausch dann als rechtswidrig angesehen werden kann, wenn er (zumindest nicht ausschließbar) zur völligen Aufhebung der Steuerungsfähigkeit führt, sich der Täter also im Umgang

mit seiner Umwelt zu einem völlig unberechenbaren Risiko macht.

Die Ansicht, eine die Steuerungsfähigkeit lediglich vermindern Alkoholisierung sei für sich schon rechtswidrig oder zumindest schulderhöhend, würde zudem zu Spannungen mit anderen Rechtsgrundsätzen führen. Im Zusammenhang mit der Gastwirtschafung hat der Bundesgerichtshof etwa festgestellt, dass der Ausschank und Genuss alkoholischer Getränke in Gastwirtschaften zu den allgemein als sozial üblich anerkannten Verhaltensweisen gehört, auch wenn dies nicht selten zu körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen bis zur Grenze der rechtlichen Verantwortlichkeit führt (BGHSt 19, 152, 154). Die Verabreichung alkoholischer Getränke wird als sozial übliches und von der Allgemeinheit gebilligtes Verhalten deshalb auch nicht als pflichtwidrig oder rechtswidrig angesehen (BGHSt 26, 35, 37 f.; vgl. auch Streng NJW 2003, 2963, 2965 m.w.N.). Dies gilt solange, als der Trinkende, sei es auch nur eingeschränkt, rechtlich verantwortlich ist. Anders verhält es sich nur, wenn die Trunkenheit offensichtlich einen solchen Grad erreicht, dass der Trunkene nicht mehr Herr seiner Entschlüsse ist und nicht mehr eigenverantwortlich handeln kann (BGHSt 26, 35, 38).

Hinzu kommt folgendes: Das Spannungsverhältnis zwischen § 323 a StGB einerseits und §§ 21, 49 Abs. 1 StGB andererseits lässt sich aufgrund der derzeitigen Gesetzesfassung nicht ohne jeden Wertungswiderspruch lösen (Neumann StV 2003, 527, 528 ff.; Streng NJW 2003, 2963, 2965). Ungereimt erscheint es einerseits, wenn bei Straftaten mit einer Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe dem vermindert schuldfähigen Betrunkenen eine Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gewährt wird und ihm dann eine geringere Strafe droht als demjenigen, der rauschbedingt (zumindest nicht ausschließbar) schuldunfähig handelt (vgl. BGH StV 1997, 73, 75; BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 31). Dem wird freilich dadurch Rechnung zu tragen sein, dass bei der Strafzumessung im Rahmen des § 323 a StGB auf Grundlage des in § 323 a Abs. 2 StGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens darauf Bedacht genommen wird, welcher Strafrahmen sich dem weniger Betrunkenen öffnen würde (vgl. BGHR StGB § 323 a Strafzumessung 5). Die Auflösung des Widerspruchs durch die generelle Versagung einer Strafrahmenschiebung bei vorwerfbarer Alkoholisierung (so BGHR StGB § 21 Strafrahmenschiebung 31) geht in Fällen schwererer, den Strafrahmen des § 323 a Abs. 1 StGB überschreitender Delikte über das Gebotene hinaus und führt sogleich zu anderen, weit gewichtigeren Wertungswidersprüchen (vgl. Neumann StV 2003, 527, 529). Diese ergeben sich augenfällig bei schwerwiegenden Verbrechen, etwa Tötungsdelikten, wenn dem Täter bei verschuldeter Alkoholisierung jede Strafmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB versagt

wird, bei noch höherer Alkoholisierung, die nicht ausschließbar zur Schuldunfähigkeit führt, dann anstelle lebenslanger Freiheitsstrafe oder eines Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren nur noch Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren gemäß § 323 a Abs. 1 StGB angedroht ist (Neumann aaO; vgl. hierzu auch die Gesetzgebungsvorschläge zur Änderung des § 323a StGB in BT-Drucks. 14/545 und 14/759, ablehnend BT-Drucks. 14/9148).

*d. Zur Strafrahmenschiebung im vorliegenden Fall*  
Die vom Tatgericht vorgenommene Zubilligung der Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB begegnet hier letztlich durchgreifenden Bedenken.

*(1) Verschuldete Alkoholisierung des Angeklagten G*

In Anwendung der oben genannten Grundsätze hätte sich das Landgericht bei der notwendigen Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände bei dem Angeklagten G nicht zur Begründung der Strafrahmenschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB mit der Überlegung begnügen dürfen, dessen Alkoholisierung sei unverschuldet, weil er weitgehend vom Alkohol beherrscht werde. Es hätte auch erwägen müssen, ob dem etwa schulderhöhend entgegen steht, dass dieser Angeklagte sich zu dem späteren Opfer in der festen Absicht begeben hat, an diesem seine Freude an Gewalttätigkeiten auszuleben, und dabei ersichtlich in Kauf nahm, infolge seiner Alkoholisierung besonders enthemmt zu sein, zudem durch weitere Alkoholisierung zunehmend enthemmt zu werden. Auch demjenigen, der weitgehend durch Alkohol beherrscht wird, kann unter Umständen schulderhöhend vorgeworfen werden, dass er sich trotz Vorhersehbarkeit - zumal weiterer - alkoholischer Enthemmung bewusst in eine gewaltträchtige Situation begeben hat. Aus den vom Tatrichter getroffenen Feststellungen zu dem schon in der Ausgangssituation gewaltträchtigen Tatgeschehen erschließt sich zwanglos, dass für ihn bei Beginn des Tatgeschehens ohne weiteres vorhersehbar war, dass seine vorhandene und weiter drohende Alkoholisierung das Risiko erheblicher Gewalttaten signifikant erhöht hat; vieles spricht auch dafür, dass er das Aufsuchen dieser gewaltträchtigen Situation ohne weiteres vermeiden konnte.

Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass einer Strafmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bereits die oben genannten Grundsätze der *actio libera in causa* entgegenstehen. Hierfür reichen indes die bisherigen Feststellungen nicht aus, zumal angesichts des sich über mehrere Stunden hinziehenden Tatgeschehens; es bleibt nämlich unklar, ob der Angeklagte G, als er den Entschluss fasste, das Opfer zu misshandeln, bereits in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war oder nicht (vgl. BGHR StGB § 20 *actio libera in causa* 3).

*(2) Verschuldete Alkoholisierung des Angeklagten M*

Bei dem Angeklagten M entbehrt die Annahme, auch dessen Trunkenheit sei unverschuldet gewesen, bereits jeder tatsächlichen Grundlage.

Das Landgericht hat diese Feststellung ohne nähere Angaben allein auf die Anwendung des Zweifelsatzes gestützt. Der Zweifelsatz bedeutet indes nicht, dass das Gericht von der dem Angeklagten günstigsten Fallkonstellation auch dann ausgehen muss, wenn hierfür - wie vorliegend - keine Anhaltspunkte bestehen (BGH NJW 2003, 2179 m.w.N.). Ohne weitere tatsächliche Anhaltspunkte wird der neue Tatrichter dem Angeklagten M nicht unterstellen dürfen, dass seine Trunkenheit unverschuldet ist; die Feststellungen zu seinem Vorleben bieten hierfür keinerlei Anlass. Bei der etwaigen Prüfung einer erneuten Strafraumenverschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB wird die Strafkammer in Anwendung der oben genannten Grundsätze einerseits zwar bedenken müssen, dass M nach den bisherigen Feststellungen bislang nicht durch Gewalttaten unter Alkoholeinfluss auffällig geworden ist. Gegen eine Strafraumenverschiebung dürfte andererseits aber sprechen, dass er sich bewusst in eine gewaltträchtige Situation begeben und in dieser weiter dem Alkohol zugesprochen hat.

*(3) Zum Beruhen*

Es lässt sich auch nicht ausschließen, dass der Rechtsfolgenausspruch auf einer etwa fehlerhaft zugebilligten Strafraumenverschiebung beruht.

Die Höhe der verhängten Strafen erscheint zwar für

die von der Staatsanwaltschaft noch beim Schöffengericht angeklagte Tat im Ergebnis nicht unangemessen. Angesichts des gesamten Tatbildes lässt sich von Seiten des Revisionsgerichts aber auch nicht etwa feststellen, dass eine etwas schwerere Bestrafung nicht mehr schuldangemessen wäre.

*(4) Zur Aufhebung der Feststellungen*

Die Feststellungen des Tatgerichts zum Strafausspruch - und damit auch diejenigen zu den Voraussetzungen des § 21 StGB - sind insgesamt aufzuheben (§ 353 Abs. 2 StPO). Der neue Tatrichter wird danach (sachverständig beraten) die bisherigen Befunde zur Alkoholisierung der Angeklagten, namentlich in Hinblick auf die Fahrfähigkeiten Gs und fehlende Angaben bei M, kritisch zu hinterfragen haben. Gegebenenfalls wird zumindest bei dem Angeklagten G zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen seiner Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) vorliegen und diese Maßregel deshalb neben der Strafe anzuordnen ist.

*III. Revision des Angeklagten M*

Die Revision des Angeklagten M ist offensichtlich unbegründet.

Die tatgerichtlichen Feststellungen zu seiner sicheren Identifizierung als Mittäter - bei misslungenem Alibi-beweis - sind sachlichrechtlich nicht zu beanstanden. Zulässige verfahrensrechtliche Beanstandungen im Zusammenhang mit Wiedererkennungsleistungen sind nicht erhoben worden.

**Standort: § 22 StGB****Problem: Versuchsbeginn beim Klingeln an der Haustür**

BGH, BESCHLUSS VOM 20.08.2004

2 STR 281/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte, der das Opfer töten wollte, hatte an der Tür der Wohnung geklingelt, die dieses mit seiner Familie bewohnte, und laut gerufen, das Opfer möge herauskommen, damit er es töten könne. Das Opfer hatte seine Wohnung jedoch nicht verlassen, so dass der Angeklagte seinen Plan nicht ausführen konnte. Das Landgericht Kassel hatte den Angeklagten wegen versuchten Totschlags verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da der Angeklagte nach den bisherigen Feststellungen noch nicht unmittelbar zur Begehung der Tat angesetzt habe (§ 22 StGB).

**Prüfungsrelevanz:**

Aufgaben aus dem Bereich des Versuchs sind immer wieder Gegenstand beider Examen und die Frage nach den Voraussetzungen für ein unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB stellt hierbei eine klassische Problemstellung dar.

Der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens des Täters zur Verwirklichung des Tatbestandes i.S.v. § 22 StGB stellt einen besonders wichtigen Moment dar, da hier die (straflose) Vorbereitungshandlung in einen (strafbaren) Versuch übergeht. Nach mittlerweile ganz herrschender Meinung (der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie, zu anderen Auffassungen vgl. Wessels/Beulke, AT, Rn. 599) setzt der Täter dann unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass sie ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die Verwirklichung des Tatbestandes einmünden sollen und deshalb aus seiner Sicht auch bereits eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts gegeben ist (BGH, wistra 2002, 263; StV 1997, 241; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601 mwN).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob das Klingeln an einer Haustür bereits ein unmittelbares Ansetzen darstellt, wenn der Täter vorhat, eine Person, die

sich in dem Haus befindet, anzugreifen. Dies könnte nach der o.g. Definition problematisch sein, da sich zwischen Täter und (zukünftigem) Opfer noch eine Tür befindet, so dass die Rechtsgüter des Opfers noch nicht unmittelbar dem Zugriff des Täters preisgegeben sind, so dass man an ihrer konkreten Gefährdung zweifeln könnte; auch könnte man in dem Öffnen der Tür durch das Opfer noch einen wesentlichen Zwischenschritt zur Tatbestandsverwirklichung sehen. Trotzdem wird in solchen Fällen ein unmittelbares Ansetzen angenommen (vgl. BGHSt 39, 238; NSTZ 1984, 506), allerdings nur dann, wenn der Täter beim Klingeln sicher davon ausgeht, dass die Tür geöffnet werde und dann sofort zum tätlichen Angriff übergehen will. Will oder kann der Täter jedoch nicht sofort nach dem Öffnen der Tür zuschlagen, z.B. weil er erst noch den Weg von der Haustür zur Wohnungstür zurücklegen muss und sich nicht sicher sein kann, dass auch diese geöffnet ist, so wird ein unmittelbares Ansetzen abgelehnt und das Klingeln nur als (straflose) Vorbereitungshandlung gewertet (vgl. BGH, StV 1984, 420; OLG Hamm, StV 1997, 242; Wessels/Beulke, AT, Rn. 609).

Diese Differenzierung führt der BGH im vorliegenden Fall konsequent fort: da der Täter sich nicht sicher sein konnte, dass sein Opfer selbst und nicht ein anderes Familienmitglied die Tür öffnen würde, der Täter aber nicht jeden beliebigen Menschen töten wollte, der die Tür öffnen würde, hatte er sich nicht vorgenommen, auf jeden Fall unmittelbar zuzuschlagen, so dass ein unmittelbares Ansetzen nach den bisher entwickelten Kriterien nicht gegeben sein dürfte.

Weiter geht der BGH auch auf die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts ein. Insofern ist es unstrittig, dass ein Rücktritt jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter glaubt, die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht oder jedenfalls nicht ohne zeitliche Zäsur vollenden zu können. Während herrschende Meinung allerdings hierin eine eigene Fallgruppe sieht, nämlich den sog. "fehlgeschlagenen" Versuch, der stets den Rücktritt ausschließen soll (vgl. BGH, NSTZ 2000, 531; NSTZ-RR 2002, 168; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 6 mwN), hält eine Minderheitsmeinung dies nicht für eine eigenständige Fallgruppe sondern für ein Problem der Freiwilligkeit des Rücktritts (Maurach/Gössel/Zipf, AT2, § 41 Rn. 36; Otto, AT, § 19 Rn. 8). Auch in der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH ganz deutlich klar, dass im Falle eines bereits fehlgeschlagenen Versuchs die Freiwilligkeit nicht mehr zu prüfen ist, was das Landgericht allerdings getan hatte.

Schließlich enthält die Entscheidung auch noch Ausführungen zum Problem des Vorliegens niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 StGB bei einem Täter, der (im Ausland) mit Wertvorstellungen groß geworden ist, die von den hiesigen wesentlich abweichen. Der BGH

führt insofern seine neuere Rechtsprechung fort, dass abweichende Wertvorstellungen des Täters bei der Prüfung, ob ein Beweggrund - objektiv - niedrig ist, keine Berücksichtigung finden können, sondern nur bei der Frage, ob der Täter dies auch erkannt hat bzw. erkennen konnte (vgl. hierzu: BGH, NJW 2004, 1466 = RA 2004, 339).

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum unmittelbaren Ansetzen, insb. beim Klingeln an der Haustür: BGHSt 26, 201; 39, 236; StV 1984, 420; NSTZ 1984, 506; 1999, 395; Jäger, NSTZ 2000, 415; Knauer, JuS 2002, 53; Meyer, GA 2002, 367; Roxin, JuS 1979, 1;

Zur Existenzberechtigung des sog. "fehlgeschlagenen" Versuchs: BGHSt 34, 53; 35, 90; Bottke, JZ 1994, 71; Feltes, GA 1992, 395; Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 48; Ranft, Jura 1987, 534;

Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB, insb. bei ausländischen Tätern: BGH, NJW 1995, 602; 1997, 565; 1998, 131; 2004, 1466; RA 2004, 342; Fabricius, StV 1996, 209; Otto, Jura 2003, 617;

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Garage"

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

**Ein Klingeln an der Wohnungstür des geplanten Opfers allein begründet jedenfalls dann noch kein unmittelbares Ansetzen zum Versuch, wenn der Täter nicht entschlossen war, jeden beliebigen Menschen anzugreifen, der die Tür öffnen würde.**

#### **Sachverhalt:**

Der aus Pakistan stammende, seit 1992 in Deutschland lebende Angeklagte, der strenggläubiger Moslem und Mitglied der A.-Gemeinde ist, beschloss am 21. März 2003, den ebenfalls aus Pakistan stammenden Zeugen R zu töten, weil dieser im März 2003 im Besitz von sechs Fotografien gewesen war, welche Portraitaufnahmen einer Tochter des Angeklagten ohne Kopftuch oder Schleier zeigten; hierdurch fühlte der Angeklagte seine sowie die Ehre seiner Tochter verletzt und seinen guten Ruf sowie das Ansehen seiner Gemeinde beschädigt. Eine Vermittlung durch den Gemeindevorsitzenden war beabsichtigt, aber noch nicht zustande gekommen.

Am 19. März 2003 hatte der Angeklagte dem Bruder des R mitgeteilt, letzterer müsse sich öffentlich entschuldigen, sonst werde der 21. März der letzte Tag seines Lebens sein. Am 21. März 2003 trank der Angeklagte - nach den Feststellungen möglicherweise unter Verkennung der Wirkung von Alkohol in suizidaler Absicht - etwa 0,4 l Whisky. Dann begab er sich unter Mitführen eines langen Messers und eines Hand-

beils zur Wohnung des R, um diesen zu töten; seine Blutalkoholkonzentration betrug maximal 2,37 Promille.

Auf dem Weg zu dem Tatort rief der Angeklagte den R an, beschimpfte diesen und kündigte sein Eintreffen an. An dem Mietshaus angekommen, in welchem die Familie des R wohnte, forderte der Angeklagte über die Haussprechanlage die Ehefrau des Zeugen auf, diesen nach unten zu schicken, da er ihn töten wolle. R reagierte hierauf nicht. Der Angeklagte gelangte nun in das Treppenhaus, begab sich zur Wohnungseingangstür des R im 3. Stock, klingelte und schlug gegen die Wohnungstür und forderte den Zeugen laut auf herauszukommen, damit er ihn umbringen könne. Der Zeuge öffnete nicht, sondern begab sich mit seiner Familie auf den Balkon der Wohnung.

Der Angeklagte verließ nun das Haus wieder und begab sich, das Beil offen tragend, zu einem Haus in der Nachbarschaft. Er wurde kurze Zeit später festgenommen, nachdem mehrere Anwohner die Polizei verständigt hatten.

Gegenüber dem Haftrichter äußerte der Angeklagte am Folgetag, "wenn die Polizei nicht eingegriffen hätte, hätte er den R getötet. In Pakistan wäre R schon längst wegen dieser Angelegenheit umgebracht worden".

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

#### *II. Entscheidung des BGH*

Auf diese Feststellungen konnte die Verurteilung wegen versuchten Totschlags nicht gestützt werden. Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, der Angeklagte habe zum Totschlag unmittelbar im Sinne des § 22 StGB angesetzt, indem er versucht habe, "in die Wohnung einzudringen und sein Vorhaben ... sofort nach Öffnen der Wohnungstür in die Tat umzusetzen". Er habe dadurch das geschützte Rechtsgut in eine konkrete nahe Gefahr gebracht, weil er in der Erwartung gehandelt habe, dass die Tür geöffnet und er seine Waffen dann alsbald gegen R einsetzen werde. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gemäß § 24 Abs. 1 StGB liege nicht vor. Der Angeklagte sei nicht freiwillig zurückgetreten, da "er sich außer Stande sah, die Wohnungstür ... aufzubrechen und sein Vorhaben ... in die Tat umzusetzen".

Das Landgericht hat hierbei die Voraussetzungen des § 22 StGB und des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB zwar allgemein zutreffend beschrieben; es hat aber nicht in dem erforderlichen Maße geprüft, ob diese Voraussetzungen hier konkret gegeben waren.

#### *I. Zum unmittelbaren Ansetzen gem. § 22 StGB*

Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen bleibt schon unklar, ob nach der Vorstellung des Angeklagten, auf welche es gemäß § 22 StGB ankommt, ein unmittelbares Ansetzen zur Tat überhaupt gegeben war. Soweit der Generalbundesanwalt insoweit auf die Entscheidung BGHSt 26, 201, 203 f. verwiesen hat, in welcher das Überschreiten der Versuchsschwelle zum Raub in einem Klingeln an der Wohnungstür des beabsichtigten Opfers in der Absicht, alsbald nach Öffnen mit Gewalt auf die öffnende Person einzuwirken, gesehen wurde (vgl. auch BGHSt 39, 236, 238; BGH NStZ 1984, 506), wird dabei eine wesentliche Abweichung im Sachverhalt übersehen. In den genannten Fällen war das jeweilige Opfer nämlich nach der Vorstellung des Täters ahnungslos; eben hierauf war die geplante Tatausführung gestützt. Außerdem waren die Täter jeweils entschlossen, auf die - d. h. jede beliebige - öffnende Person mit Gewalt einzuwirken.

Hiermit kann der vorliegende Fall nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden. Der Angeklagte hatte zunächst telefonisch, sodann vom Hauseingang aus dem Zeugen R mitgeteilt bzw. mitteilen lassen, er möge herauskommen, damit er - der Angeklagte - ihn töten könne. Er wusste außerdem, dass sich in der Wohnung nicht allein der R, sondern auch mehrere Familienangehörige aufhielten.

Der Angeklagte konnte daher bei halbwegs realistischer Betrachtung nicht annehmen, der R werde aufforderungsgemäß die Tür öffnen, um sich töten zu lassen. Denkbar wäre auch, dass er damit rechnete, die Ehefrau des R oder eines von dessen Kindern werde die Tür öffnen. Was er für diesen Fall geplant hatte, ist nicht festgestellt.

Zumindest nicht fernliegend wäre aber vor allem die Erwartung, der R werde heraus (oder herunter-) kommen und sich einem Kampf mit dem Angeklagten stellen. Hierfür spricht der nach der Lebenserfahrung naheliegende Sinn der Äußerungen des Angeklagten vor der Haustür und vor der Wohnungstür; ferner der Umstand, dass er sich nach dem Verlassen des Hauses zunächst weiterhin in dessen Nähe aufhielt; schließlich vor allem auch die Einlassung vor dem Haftrichter, er hätte den R getötet, "wenn die Polizei nicht eingegriffen hätte". Diese Einlassung ist mit den Feststellungen nicht vereinbar, wonach der Angeklagte zum Zeitpunkt seiner Festnahme den Versuch längst als fehlgeschlagen erkannt hatte. Sie könnte aber darauf hindeuten, dass der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt (immer noch) auf den R wartete, um seinen Plan umzusetzen. Das Landgericht hat sich hiermit nicht auseinandergesetzt.

Die Feststellungen zum subjektiven Vorstellungsbild des Angeklagten lassen daher verschiedene Möglichkeiten offen, in denen das Klingeln an der Tür noch nicht als Überschreiten der Schwelle zum Versuch angesehen werden könnte, weil der Beginn der Tathand-

lung noch unter einem subjektiven Vorbehalt stand (vgl. hierzu den Fall BGH NSTz 1999, 395; zur Abgrenzung auch Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl., § 22 Rdn. 10 ff. m. w. N.). Der neue Tatrichter wird insoweit das Vorstellungsbild des Angeklagten genauer als bisher geschehen aufzuklären haben.

### 2. Zum Rücktritt gem. § 24 I StGB

Auch die Ablehnung eines Rücktritts gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 (1. Alt.) StGB begegnet insoweit rechtlichen Bedenken, als tatsächliche Feststellungen nicht in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise umfassend gewürdigt sind. Die Beurteilung, der Rücktritt sei nicht freiwillig im Sinne des § 24 Abs. 1 StGB erfolgt, stimmt mit den Feststellungen nicht überein, denn danach war der Versuch fehlgeschlagen; auf Freiwilligkeit wäre es daher nicht angekommen (vgl. BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 227; 41, 369; Tröndle/Fischer aaO § 24 Rdn. 6 f. m. w. N.).

Die Annahme eines - als unfreiwillig bezeichneten - Fehlschlags hat das Landgericht darauf gestützt, der Angeklagte habe sich "außer Stande (gesehen), die Wohnungstür ... aufzubrechen". Das ist mit den Feststellungen nicht vereinbar. Danach schlug und trat der Angeklagte gegen die Tür und rief laut. Er setzte weder das 28 cm lange "Survival-Messer" noch das Beil ein, um die Wohnungstür aufzubrechen; auch die Schläge und Tritte dienten ersichtlich nicht dem Aufbrechen der Tür. Es ist auch nicht ersichtlich, warum dies dem Angeklagten angesichts der mitgeführten Werkzeuge nicht hätte gelingen sollen, wenn er es gewollt hätte. Auch insoweit leidet das Urteil daher an einem Mangel konkreter Feststellungen zum subjektiven Vorstellungsbild des Angeklagten.

### III. Zum Vorliegen niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 StGB

Sollte der neue Tatrichter wiederum zur Annahme eines versuchten Tötungsdelikts gelangen, wird er der Frage, ob die Tat aus niedrigen Beweggründen im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB begangen wurde, vertiefte Beachtung zu schenken haben. § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO stünde einer Verschlechterung des Schuld-

spruchs nicht entgegen (BGHSt 14, 5, 7; 21, 256, 260; 29, 63, 66; Meyer-Goßner, StPO 47. Aufl., § 331 Rdn. 8, § 358 Rdn. 11 m. w. N.).

Das Landgericht hat insoweit nur ausgeführt, die Motive des Angeklagten seien nicht als auf niedriger Gesinnung beruhend zu werten. Dies lässt jede konkrete Würdigung vermissen. Dass die Absicht, einen Menschen wegen des Besitzes von Portraitfotos einer (unverschleierten) Frau mit einem Beil zu erschlagen, nicht als achtenswertes Motiv angesehen werden kann, liegt auf der Hand. Dasselbe gilt grundsätzlich für die abwegigen Annahmen, durch ein solches Verhalten sei die "Familienehre" oder die Ehre einer religiösen Glaubensgemeinschaft verletzt. Vielmehr würde die Tötung eines Menschen allein aus diesem objektiv belanglosen Grund zu dem Anlass gänzlich außer Verhältnis stehen; die Annahme, gleichwohl eine exemplarische "Bestrafung" vollstrecken zu sollen, stünde außerhalb der in der Rechtsgemeinschaft anerkannten Bewertungsverhältnisse.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Angeklagte aufgrund sozialkultureller Prägung diese Wertungen nicht oder nur wesentlich eingeschränkt gekannt hätte und hätte nachvollziehen können (dazu im einzelnen Senatsurteil vom 28. Januar 2004 - 2 StR 452/03; vgl. auch Tröndle/Fischer aaO § 211 Rdn. 14 m. w. N.). Das liegt bei einem seit elf Jahren in Deutschland lebenden Täter nicht nahe. Die Äußerung des Angeklagten gegenüber dem Haftrichter, in Pakistan wäre der R "schon längst umgebracht worden", deutet darauf hin, dass er sich - unterstellt, es gebe entsprechende Anschauungen in Pakistan - des gravierenden Bewertungsunterschieds durchaus bewusst war. Im übrigen ist weder festgestellt, dass eine entsprechende Tat nach pakistanischem Recht gerechtfertigt wäre oder milder beurteilt würde, noch dass der Angeklagte dies annahm. Das bloße Verhaftet-Sein in sektiererischen "Überzeugungen" und nicht allgemein gültigen Ehr- oder Rachevorstellungen begründet jedenfalls dann keine mildere Bewertung objektiv niedriger Beweggründe, wenn der Täter den Widerspruch zur allgemeinen Anschauung kennt und an seiner abweichenden Bewertung gleichwohl uneinsichtig starr festhält.

## Standort: § 263 StGB

## Problem: erforderliche Feststellungen beim Serienbetrug

BGH, BESCHLUSS VOM 27.04.2004  
1 STR 165/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte lieferte an mitangeklagte Augenärzte Augenlinsen und Medikamente, wobei er diesen Rückvergütungen (sog. "kick-backs") gewährte. Die Ärzte reichten jedoch die Rechnungen in voller Höhe bei den entsprechenden Kassen ein. Das Landgericht Mannheim hatte die Angeklagten wegen Betrugs und

Untreue in einer Vielzahl von Fällen verurteilt. Auf die Revisionen der Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da das LG erforderliche Feststellungen nicht getroffen habe.

### Prüfungsrelevanz:

Während die im vorliegenden Urteil materiell-rechtlich relevanten Tatbestände des Betruges (§ 263 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB) in beiden Examen von zentraler Bedeutung sind, stellt die Frage nach dem

Umfang der erforderlichen Feststellungen bei Serienstraftaten (insb. Serienbetrug) ein Problem dar, das nur im zweiten Examen von Bedeutung ist, dort aber - wegen der Beliebtheit revisionsrechtlicher Aufgabenstellungen - nicht unterschätzt werden sollte.

Gem. § 267 I 1 StPO müssen die Urteilsgründe im Falle der Verurteilung des Angeklagten die Feststellung der Tatsachen enthalten, aus denen sich die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale des entsprechenden Tatbestandes ergibt. Das Fehlen der Urteilsgründe an sich stellt gem. § 338 Nr. 7 StPO einen absoluten Revisionsgrund dar, der mit der Verfahrensrüge geltend gemacht wird. Sind die getroffenen Feststellungen jedoch nicht ausreichend, um die Verurteilung zu tragen, so ist das Urteil auf die Sachrüge hin wegen Verletzung materiellen Rechts aufzuheben (BGH, NStZ-RR 1999, 45; Löwe/Rosenberg-Hanack, § 337 Rn. 145, 149; Meyer-Goßner, § 268 Rn. 42).

Problematisch ist der erforderliche Umfang der Feststellungen vor allem bei Serienstraftaten, bei denen dem Täter eine Vielzahl gleichartiger Taten vorgeworfen wird. In solchen Fällen hat der BGH betont, dass zwar keine überspannten Anforderungen an die vom Tatrichter zu treffenden Feststellungen zu stellen seien, dass diese jedoch jedenfalls die wesentlichen Merkmale des Tatbestandes und die Vorgehensweise des Täters hinreichend konkret wiedergeben müssen (NStZ 1994, 352; StV 2001, 450). Dies führt natürlich dazu, dass die Aufklärung der einzelnen Sachverhalte bei einer Vielzahl angeklagter Taten eines ganz erheblichen Aufwandes seitens des Gerichts bedarf. Bzgl. der im vorliegenden Fall in Betracht kommenden Konstellation des Serienbetrugs stellt der BGH klar, dass hier zumindest die Geschädigten genau bezeichnet werden müssen und auch der Irrtum des Getäuschten einer genauen Feststellung bedarf, wobei es aber (wenn z.B. verschiedene Sachbearbeiter derselben Institution durch den Täter getäuscht wurden) nicht unbedingt erforderlich sein soll, jeden Getäuschten einzeln zu seinen Vorstellungen zu vernehmen, sondern ein entsprechender Beweis auch durch die Vernehmung eines mit den entsprechenden Abläufen vertrauten vorgesetzten Abteilungsleiters erbracht werden kann.

Bzgl. des Verbots der reformatio in peius bei einer vom Angeklagten eingelegten Revision (§ 358 II StPO) stellt der BGH in einem Hinweis klar, dass dieses Verbot nicht dadurch verletzt wird, dass bei Bildung einer Gesamtstrafe weitere oder höhere Einzelstrafen eingestellt werden, sofern die ausgeworfene Gesamtstrafe nicht höher ist als die in dem angefochtenen Urteil.

Hinsichtlich der Begehung einer Untreue (§ 266 StGB) durch Kassenärzte stellt der BGH fest, dass diese eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB gegenüber den Krankenkassen besitzen und bei

der Verschreibung von Medikamenten als deren Vertreter auftreten, so dass hier die Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes (§ 266 I 1. Fall StGB) in Betracht kommt (so auch BGH, NJW 2004, 454 (= RA 2004, 144)). Erneut betont der BGH hier bzgl. des Vorliegens eines Betruges gegenüber dem Apotheker, dass dieser bei der Überprüfung der Richtigkeit bzw. Erforderlichkeit einer ärztlichen Verordnung nur ganz eingeschränkte Prüfungspflichten besitzt, so dass die Annahme eines entsprechenden Irrtums des Apothekers eher fern liegt. Dies erinnert an die Konstellation bei Vorlegen eines Sparbuchs durch den Nichtberechtigten, bei der (wegen § 808 I 1 BGB) auch allenfalls eingeschränkte Überprüfungspflichten des Bankangestellten bestehen, so dass auch dort das Vorliegen eines Irrtums problematisch ist (OLG Düsseldorf, NJW 1998, 2003; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 48 mwN).

#### *Vertiefungshinweise:*

Zum erforderlichen Umfang der Feststellungen bei Serienstraftaten: *BGHSt* 42, 107; *NStZ* 1994, 352; 502; 555; *StV* 1995, 287; 1998, 472; 2001, 450; *Erb*, GA 1995, 437; *Kuckein*, *StraFo* 1997, 37; *Zschockelt*, *StraFo*, 1996, 235;

Zur Vermögensbetreuungspflicht i.R.v. § 266 I StGB: *BGHSt* 35, 244; 46, 30; *wistra* 2000, 656; *Kargl*, *ZStW* 2001, 565; *Seier/Martin*, *JuS* 2001, 874;

Zum Irrtum i.R.v. § 263 I StGB: *BGH*, *StV* 1994, 82; *NJW* 2004, 454; *Amelung*, GA 1977, 1;

#### *Kursprogramm:*

*Examenskurs*: "Die Perlenkette"

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

**Handelt es sich um Serienstraftaten des Betruges, müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, wer die schädigende Verfügung getroffen hat und welche Vorstellungen er dabei hatte. Dabei kann die tatrichterliche Überzeugung von betriebsinternen Vorgängen, insbesondere bei arbeitsteilig tätigen Unternehmen oder Körperschaften, je nach den Umständen, auch durch Vernehmung etwa eines Abteilungsleiters gewonnen werden. Pauschale Feststellungen genügen diesen Anforderungen nicht.**

#### *Sachverhalt:*

Der Angeklagte R lieferte den Mitangeklagten - alleamt kassenärztlich zugelassene Augenärzte - Augenlinsen und Medikamente, die diese für die von ihnen ambulant durchgeführten Operationen zur Behandlung des Grauen Star benötigten. Um eine dauerhafte Geschäftsbeziehung zu den Mitangeklagten zu sichern, bot R ihnen umsatzbezogene Rückvergütungen ("kick-

backs“) an, die von ihnen angenommen und in bar an sie ausgezahlt wurden. Die später für die verbrauchten Linsen und Medikamente den “Kostenträgern (Kassenärztliche Vereinigungen, gesetzliche Krankenkassen)” belasteten Beträge enthielten die jeweiligen Rabattanteile der Ärzte und waren insoweit überhöht [Tatkomplex “Augenlinsen”].

Die von ihnen benötigten Medikamente bestellten die Augenärzte bei R im Wege kassenärztlicher Verordnung. Die Auslieferung erfolgte über den Apotheker V, bei dem das Rezept verblieb. Anschließend reichte V die Rezepte mit den von R vorgegebenen überhöhten Preisen einmal monatlich bei der Verrechnungsstelle für Apotheker in München ein, die eine Aufteilung auf die jeweils betroffenen Krankenkassen vornahm. Diese überwiesen den fälligen Betrag an die Verrechnungsstelle, die ihn wiederum an V auszahlte [Tatkomplex “Medikamente”].

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Das Landgericht hat den Angeklagten R wegen Beihilfe zum Betrug in 66 Fällen sowie wegen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue in weiteren 108 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Den Angeklagten Dr. P hat es wegen Betrugs in elf Fällen sowie wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue in weiteren 22 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten sowie der Gesamtgeldstrafe von 330 Tagessätzen verurteilt. Die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die Angeklagten Dr. St und Dr. Sch wurden wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue in 26 Fällen (Dr. St) und 23 Fällen (Dr. Sch) jeweils zu Gesamtgeldstrafen von 600 Tagessätzen verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit der Sachrüge; die Angeklagten Dr. P, Dr. R und Dr. Sch erheben zudem Formalrügen.

Die Mitangeklagten Dr. Ra und Dr. K revidieren nicht. Die Rechtsmittel haben mit der Sachrüge Erfolg, der teilweise auf die Mitangeklagten zu erstrecken ist (§ 357 StPO). Auf die Verfahrensrügen kommt es danach nicht mehr an. [...]

Das Landgericht hat [das Verhalten des Angeklagten R] im Tatkomplex “Augenlinsen” als Betrug zum Nachteil der jeweiligen Kostenträger; im Tatkomplex “Medikamente” - wegen der unterschiedlichen Abrechnungsweise - als Untreue in Tateinheit mit Betrug, jeweils begangen durch die Ärzte als Täter gewertet. Die Tatbeiträge Rs hat es im Tatkomplex “Augenlinsen” als Beihilfe zum Betrug, im Tatkomplex “Medikamente” als Mittäterschaft des Betrugs angesehen. Im Hinblick auf das Fehlen einer Vermögensbetreuungspflicht in seiner Person (§ 28 StGB) hat es hinsichtlich der tateinheitlich verwirklichten Untreue im Tatkomplex “Medikamente” lediglich eine Gehilfenstellung

Rs angenommen.

#### *II. Zur Verfahrensrüge*

Die von Amts wegen gebotene Überprüfung der Verfahrensvoraussetzung einer ordnungsgemäßen Anklage (BGHR StPO § 200 Abs.1 Satz 1 Tat 1, 2, 3 und 18) deckt ein Verfahrenshindernis nicht auf. Mängel der Anklageschrift, die die Informationsfunktion betreffen, berühren deren Wirksamkeit nicht (vgl. Tolksdorf in KK 5. Aufl. § 200 Rdn. 34).

#### *III. Zur Sachrüge*

Demgegenüber halten die Schuldsprüche rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

#### *1. Tatkomplex “Augenlinsen” (Revidenten R und Dr. P; Nichtrevidenten Dr. Ra und Dr. K)*

Nach den Feststellungen bestellten die Augenärzte Dr. Ra, Dr. K und Dr. P “bzw. deren Praxispersonal”, die von ihnen benötigten Augenlinsen bei Bedarf bei der R-oHG. Die Lieferungen erfolgten über den gutgläubigen Apotheker V. Der vorher zwischen R und den Augenärzten abgesprochene Preis orientierte sich an dem von den gesetzlichen Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen als marktüblich eingestuften Betrag. Diesen Betrag wies R in der von ihm dem Apotheker V gestellten Rechnung als anzusetzenden Verkaufspreis aus. V berechnete diesen Betrag den Augenärzten weiter. Im Rahmen ihrer turnusmäßigen, einzelfall-, das heißt patientenbezogenen Abrechnungen gegenüber den “jeweiligen Kostenträgern” ließen sich die Augenärzte diesen Betrag erstatten. Nach dem geltenden “Kostenerstattungsprinzip” standen ihnen indessen nur die tatsächlich verauslagten Kosten zu.

Das Landgericht hat dies im Ansatz rechtlich zutreffend als Täuschungshandlung der Ärzte im Sinne des Betrugstatbestandes zum Nachteil “der Kostenträger” bewertet, weil die Abrechnung des vollen Preises je Augenlinse die stillschweigende Erklärung enthielt, dass diese Kosten tatsächlich und endgültig angefallen waren. Diese Erklärung war falsch, weil sie die “kickback“- Zahlungen unberücksichtigt ließ.

#### *a. Keine hinreichenden Feststellungen bzgl. der Vorstellungen der Getäuschten*

Die weitergehenden Feststellungen sind jedoch nicht hinreichend individualisiert. Sie begegnen zudem hinsichtlich der Anzahl der Einzeltaten durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Auch bei einer Tatserie ist es erforderlich, die Einzelakte so konkret und individualisiert zu ermitteln und festzustellen, daß sich daraus die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestands für jede Einzeltat ergibt (vgl. BGHSt 40, 374, 376; 36, 320, 321; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 9 und 11). Sind nicht alle Einzelakte konkret feststellbar, so sind jedenfalls Mindestfeststellungen zu treffen, die - bei Zugrundelegung des Zweifelssatz-

zes - auch auf tragfähigen Schätzgrundlagen beruhen können (vgl. BGHSt 10, 208; BGHR StGB vor § 1/Serienstraftaten Betrug 1; BGH NSTz 1999, 581).

Handelt es sich um Serienstraftaten des Betruges, müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, wer die schädigende Verfügung getroffen hat und welche Vorstellungen er dabei hatte. Dabei kann die tatrichterliche Überzeugung von betriebsinternen Vorgängen, insbesondere bei arbeitsteilig tätigen Unternehmen oder Körperschaften, je nach den Umständen, auch durch Vernehmung etwa eines Abteilungsleiters gewonnen werden (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 14). Die pauschale Feststellung des Landgerichts "der/die Mitarbeiter(in) des jeweiligen Kostenträgers, dem/der die tatsächlichen Umstände verborgen blieb, veranlasste irrtumsbedingt die Auszahlung der geltend gemachten Sachkosten an den Augenarzt" genügt diesen Anforderungen hier nicht. Die Urteilsgründe lassen Ausführungen zum regelmäßigen internen Ablauf bei den "jeweiligen Kostenträgern" vermissen, aus denen sich eine täuschungsbedingte Vermögensverfügung zugunsten der Ärzte ergeben könnte. Insoweit entbehren die Feststellungen auch einer ausreichenden Beweisgrundlage. Die Urteilsgründe ergeben nicht, aufgrund welcher Beweismittel die Kammer ihre Überzeugung von einer täuschungsbedingten Vermögensverfügung durch den "jeweiligen Mitarbeiter" gewonnen hat. Soweit Mitarbeiter von Leistungsträgern vernommen wurden, geschah dies ersichtlich zu anderen Beweisthemen.

Die Urteilsgründe verhalten sich auch nicht dazu, welche Leistungsträger konkret geschädigt worden sind. So bleibt offen, ob der Schaden bei den kassenärztlichen Vereinigungen oder den gesetzlichen Krankenkassen eingetreten ist. Soweit die gesetzlichen Krankenkassen Geschädigte sind, fehlt es an Feststellungen, um welche Krankenkassen es sich handelt. Es liegt auch nahe, dass mehrere (Ersatz-)Kassen betroffen sein können.

#### *b. Keine hinreichenden Feststellungen bzgl. der Identität der Geschädigten*

Hinsichtlich des Angeklagten Dr. P stellt die Strafkammer - im Rahmen der Beweiswürdigung - zwar fest, dieser habe die Augenlinsen quartalsmäßig gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung Bayern abgerechnet. An anderer Stelle geht die Kammer aber ersichtlich davon aus, dass die jeweiligen gesetzlichen Krankenkassen getäuscht und zur schädigenden Vermögensverfügung veranlasst worden seien. Es bleibt somit unklar, ob insoweit die kassenärztliche Vereinigung Geschädigte war oder diese lediglich eine durch Dr. P begangene Täuschung an die gesetzliche Krankenkasse vermittelte, die dann eine eigene schädigende Vermögensverfügung traf.

Es bleibt offen, ob jedenfalls Mindestfeststellungen zur Ermittlung der Geschädigten möglich waren. Die

Kammer führt aus, dass hinsichtlich des Angeklagten Dr. Ra und Prof. T/Frau T die jeweils geschädigte Krankenkasse nicht festgestellt werden konnte. Ob dies auch für die durch die übrigen Angeklagten Geschädigten gilt, bleibt offen. Überdies bezieht sich die Kammer in diesem Zusammenhang auf Angaben des Zeugen KHK E über erfolglos gebliebene Durchsuchungen. Alledem entnimmt der Senat, dass Erhebungen über den Schadensumfang bei den potentiell geschädigten Krankenkassen durchgeführt worden sind. Dass Feststellungen dazu von vorne herein aussichtslos gewesen wären, ist schon deshalb nicht ersichtlich, weil z.B. die AOK Bayern im Zusammenhang mit den Tatvorwürfen konkret bezifferte Schadensersatzansprüche (900.000 DM) gegenüber dem Angeklagten Dr. K geltend macht. Dem Urteil lässt sich auch nicht entnehmen, dass die unterbliebene Feststellung der einzelnen Geschädigten auf einer Anwendung des Zweifelssatzes beruht (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 - 3 StR 28/04). Soweit die Kammer auf eine turnusmäßige Abrechnung abstellt, ist dies auch erst nach Ausschöpfung aller Feststellungsmöglichkeiten zulässig.

Darüber hinaus fehlen Feststellungen zum konkreten Geschäftsablauf innerhalb der Arztpraxen im Zusammenhang mit der Erstellung der turnusmäßigen (monatlichen oder quartalsmäßigen) Abrechnungen. So bleibt offen, ob der jeweilige Augenarzt die Abrechnungen selbst vornahm oder dies - näherliegend - nach allgemeiner Anweisung seinem Praxispersonal überließ, was Einfluss auf die Zahl der Einzeltaten haben kann. Der Senat kann deshalb trotz des rechtsfehlerfrei festgestellten Gesamtschadens nicht ausschließen, dass der Angeklagte auch bei unverändertem Schuldumfang durch die unterbliebenen Feststellungen beschwert ist. Eine von den bisherigen Feststellungen abweichende (höhere) Anzahl von Einzeltaten kann sich auf die hierfür zu verhängenden Einzelstrafen auswirken. Da hieraus eine Gesamtstrafe zu bilden sein wird, kann der Strafausspruch nicht bestehen bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2001 - 1 StR 232/01 - insoweit in NSTz 2002, 30 und StV 2002, 21 nicht abgedruckt).

#### *c. Keine hinreichenden Feststellungen bzgl. der Tatbeiträge des Angeklagten R*

Auch hinsichtlich des Angeklagten R, der jeweils wegen Beihilfe zu den Betrugshandlungen der Angeklagten Dr. Ra, Dr. K und Dr. P verurteilt worden ist, begegnet das Urteil durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Kammer hat die Tathandlungen Rs nicht ausreichend tragfähig festgestellt. Sie hat insoweit die Beihilfetaten Rs mit den Haupttaten der Mitangeklagten Dr. K, Dr. Ra und Dr. P anzahlmäßig gleichgesetzt. Dabei hat sie nicht bedacht, dass bei mehreren Tätern oder Tatbeteiligten für jeden gesondert nach seinem eigenen Tatbeitrag zu beurteilen ist, durch wie

viele Handlungen im Sinne von §§ 52, 53 StGB er die Tat gefördert oder begangen hat (st. Rspr. vgl. nur BGHR StGB § 52 Abs.1 in dubio pro reo 7; BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - 1 StR 453/02; BGH, Beschluss vom 30. März 2004 - 1 StR 99/04). Die einzelnen Tatbeiträge Rs hat sie - von pauschalen Feststellungen zur allgemeinen Vorgehensweise und zum Tatplan abgesehen (vgl. dazu BGHR StGB § 266 Mindestfeststellungen 1) - nicht näher festgestellt. Dass die Tatbeiträge Rs anzahlmäßig den Tathandlungen der Augenärzte entsprechen, liegt schon deshalb fern, weil dieser mit den turnusmäßigen Abrechnungen, in denen die Kammer im Grundsatz rechtsfehlerfrei die Tathandlungen der Ärzte erblickt hat, nichts zu tun hatte. Die Tatbeiträge Rs bestanden demgegenüber in den Lieferungen der Augenlinsen, der Inrechnungstellung überhöhter Verkaufspreise und der Auszahlung der "kickbacks" aufgrund des zuvor abgesprochenen Tatplans. In wie vielen Einzelakten dies geschah, ist nicht festgestellt. Ohne die überhöhten Rechnungen Rs hätten die Ärzte die Täuschung nicht durchführen können. Ob diese Tatbeiträge als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zu bewerten sind, wird deshalb ebenfalls einer erneuten Überprüfung unterliegen.

## 2. Tatkomplex "Medikamente"

### a. Zum Vorliegen einer Untreue (§ 266 StGB)

Die Strafkammer hat dies im Grundsatz zutreffend als Untreue der angeklagten Ärzte zum Nachteil der jeweiligen Krankenkassen gewertet. Das ergibt sich aus ihrer besonderen Stellung als Vertragsärzte der gesetzlichen Krankenkassen. Die Kassenärzte treten bei der Verordnung von Arzneimitteln als Vertreter der Krankenkasse auf und geben mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse Willenserklärungen zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab (vgl. BGH, Beschluss vom 25. November 2003 - 4 StR 239/03 - zum Abdruck in BGHSt vorgesehen = NJW 2004, 454 = NSTZ 2004, 276 = wistra 2004, 143).

Der Tatbestand der Untreue ist danach hier durch Missbrauch der Vertretungsmacht erfüllt. Die einzelnen Missbrauchstaten wurden nach dem festgestellten Grundkonzept von den Augenärzten im Zusammenwirken mit dem Angeklagten R dadurch begangen, dass sie die Verordnungen über den Praxisbedarf ausstellten und dem Apotheker V mit übersetzten Preisangaben durch R zuleiten ließen. Dadurch verpflichteten sie die Krankenkassen, zu deren Lasten die Verordnungen ausgestellt wurden, die übersetzten Preise an V zu zahlen und fügten ihnen durch Missbrauch ihrer Vertretungsmacht Nachteile im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung zu. Da die Vorlage der Verordnung mit den Preisvorgaben in Kenntnis oder Erwartung der Rückvergütungen erfolgte, lag darin jeweils ein Ver-

stoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht, weil die verordneten Medikamente - wie die Ärzte wussten - um die Rabattanteile überteuert waren (vgl. BGHSt 47, 295, 298 f.).

Der von der Strafkammer angenommene, jeweils einheitlich begangene Betrug zum Nachteil des Apothekers V, liegt demgegenüber nicht vor. Es fehlt an einer schadensgleichen Vermögensgefährdung gegenüber dem Apotheker. Der Apotheker, der sich an die ärztliche Verordnung hält, ist in seinem Vertrauen auf Bezahlung des Kaufpreises durch die Krankenkasse geschützt (vgl. BSG SozR 3-2500 § 132 a Nr.3). Von hier nicht in Betracht kommenden - Ausnahmefällen abgesehen, ist er nicht verpflichtet, zu überprüfen, ob die ärztliche Verordnung sachlich richtig ist. Die jeweilige Krankenkasse kann dem Apotheker Einwendungen, die die ärztliche Verordnung betreffen, regelmäßig nicht entgegenhalten; ihr steht insoweit kein Leistungsverweigerungsrecht zu (BSGE 77, 194, 206). Zu einer anderen rechtlichen Bewertung geben die bisher von der Kammer getroffenen Feststellungen zu den vertraglichen Beziehungen zwischen Landesapothekerverein und Ortskrankenkasse Baden-Württemberg keinen Anlass. Die Verordnungen waren formal ordnungsgemäß ausgestellt. Auch handelte es sich nicht um Fälschungen.

Da der Kaufvertrag zwischen dem Apotheker V und der jeweiligen Krankenkasse unter Einschaltung des Vertragsarztes als Vertreter und Zuleitung des Rezeptes über R mit überhöhten Preisen zustandekam, kann dahinstehen, ob die zeitlich nachfolgende Vorlage des Rezeptes durch den Apotheker als Tatmittler den Betrugstatbestand, sei es zum Nachteil der Krankenkassen oder der Apothekerverrechnungsstelle, erfüllt. Ein solcher Betrug wäre unter den hier vorliegenden Umständen jedenfalls mitbestrafte Nachtat der vorangegangenen Untreue (vgl. BGHSt 6, 67; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 10). Sollte der neue Tatrichter insoweit ein betrügerisches Verhalten der Ärzte feststellen, das in deren Person als mitbestrafte Nachtat der Untreue anzusehen ist, so bleibt eine strafbare Tatbeteiligung Rs an dieser Nachtat - auch in Form der Mittäterschaft - grundsätzlich möglich (vgl. Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. Vorbem. §§ 52 ff. Rdn. 118).

### b. Zur Zahl der Untreuehandlungen

Die der Verurteilung zugrundeliegende Anzahl der einzelnen Untreuehandlungen hat indessen keinen Bestand. Sie begegnet den gleichen rechtlichen Bedenken, die gegenüber den Feststellungen zur Anzahl der Einzeltaten im Tatkomplex "Augenlinsen" bestehen. Im Ansatz zutreffend geht die Kammer davon aus, dass jede einzelne, dem Apotheker V zugeleitete Verordnung eine Tat darstellt. Da sich zu der genauen Anzahl der Verordnungen jedoch keine Feststellungen mehr treffen ließen, hat die Kammer - insoweit eben-

falls im Ansatz rechtsfehlerfrei - die Anzahl der Einzeltaten nach dem jeweiligen Abrechnungsturnus bestimmt und eingeschränkt.

Die Kammer hat aber auch insoweit keine Feststellungen dazu getroffen, zu Lasten welcher "Kostenträger" die Verordnungen erfolgten. Der Senat kann nicht ausschließen, dass ergänzende Feststellungen möglich sind und diese zu einer höheren Anzahl von Einzeltaten führen können.

*c. Keine hinreichenden Feststellungen zu den Tatbeiträgen des Angeklagten R*

Hinsichtlich des Angeklagten R hat das Urteil keinen Bestand, weil die Kammer auch insoweit die Einzeltaten nicht nach dessen Tatbeiträgen festgestellt hat. Da das Angebot der Rückvergütungen von ihm ausging, liegt eine Tatbeteiligung als Anstifter zur Untreue nahe.

*d. Erstreckung der Revision auf die Angeklagten Ra und K (§ 357 StPO)*

Der Wegfall des Betrugstatbestandes zum Nachteil des Apothekers V wirkt sich auch auf die Verurteilung der nicht revidierenden Mitangeklagten Dr. Ra und Dr. K aus (§ 357 StPO). Die Erstreckung erfolgt nur insoweit, als die Kammer eine fehlerhafte Rechtsanwendung (Verwirklichung des Betrugstatbestandes) auf den festgestellten Sachverhalt vorgenommen hat. Die bezüglich der Nichtrevidenten durch das Landgericht getroffenen Feststellungen sind für das Revisionsgericht, auch im Hinblick auf die Zahl der Einzeltaten, bindend.

Die Änderung der Schuldsprüche führt hier nicht zur Aufhebung der Strafaussprüche hinsichtlich der Nichtrevidenten. Der Senat schließt aus, dass die Strafkammer bei im übrigen unverändertem Schuldumfang auf geringere Einzel- und Gesamtstrafen erkannt hätte. Die tateinheitliche Verwirklichung von zwei Straftatbeständen (Betrug und Untreue) wurde von ihr nicht strafscharfend berücksichtigt.

*3. Hinweise an das neue Tatsachengericht*

Die Sache bedarf nach alledem im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung: Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

*a. Kein Verstoß gegen Verschlechterungsverbot bei Verurteilung des R als Mittäter oder Anstifter*

Das Verschlechterungsverbot steht einer etwaigen Verurteilung Rs als Mittäter oder Anstifter im Tatkomplex "Augenlinsen" oder als Anstifter zur Untreue im Tatkomplex "Medikamente" durch den neuen Tatrichter nicht entgegen. Die bisherigen Feststellungen legen eine solche Verschärfung des Schuldspruchs eher nahe, nachdem R durch die Auszahlung der "kickbacks" aufgrund des von ihm initiierten Tatplans in allen Fällen einen unverzichtbaren Tatbeitrag leistete.

*b. Kein Verstoß gegen Verschlechterungsverbot bei Annahme höherer Einzelstrafen*

Sollte die neue Hauptverhandlung zur Feststellung einer abweichenden Anzahl von Einzeltaten mit geändertem Unrechtsgehalt führen, steht das Verschlechterungsverbot der Verhängung von höheren als den bisherigen Einzelstrafen nicht entgegen. Der Unrechtsgehalt von dann gegebenenfalls zur Tateinheit verbundenen Taten ist erhöht. Das Verschlechterungsverbot gebietet bei dieser Sachlage nur, dass die Summe der jeweils betroffenen (bisherigen) Einzelstrafen bei der Bemessung der jeweils neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird. Überdies darf auch die neue Gesamtstrafe nicht höher als die frühere ausfallen (BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - 1 StR 453/02).

Sollte der bisherige Schuldumfang bestehen bleiben, wäre der neue Tatrichter angesichts der äußerst milden Strafen auch im Hinblick auf die bisherige Verfahrensdauer nicht gehindert, auf Gesamtstrafen in gleicher Höhe zu erkennen.

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Auflösung eines Ausschusses

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 17.10. 2003  
15 B 1798/03 (NWVBL 2004, 436)

#### Problemdarstellung:

In der Gemeindeordnung NRW ist - wie in vielen anderen Gemeindeordnungen - geregelt, dass die Vertretung (NRW: der Rat) Ausschüsse bilden kann. Nicht geregelt ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der Rat solche wieder auflösen kann. Das OVG vertritt in der vorliegenden Entscheidung die Ansicht, dass dem Rat eine solche Kompetenz Kraft seiner Allzuständigkeit (§ 41 I 1 GO NRW) zustehe, denn der Rat dürfe im Rahmen der Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinde (Art. 28 II GG, 78 I LVerf NRW) alles, was nicht explizit verboten sei. Die Bildung und Auflösung von Ausschüssen sei Teil der Organisationshoheit der Gemeinde, falle also in die Selbstverwaltungsautonomie.

Da im vorliegenden Fall die Ratsmehrheit zur Auflösung des Ausschusses nur mit der Stimme des Bürgermeisters zustande kam, stellte sich ferner die Frage, ob und wann dieser im Rat Stimmrecht genießt. Nach der GO NRW hat der Bürgermeister grds. ein vollwertiges Stimmrecht im Rat, § 40 II 4 GO NRW, ohne allerdings selbst Ratsmitglied zu sein. Hiervon sieht § 40 II 6 GO NRW einige Ausnahmen vor, welche vor allem die Fälle betreffen, in denen es um die innere Organisation des Rates oder ein Vorgehen des Rates gegen den Bürgermeister selbst geht. Das OVG zweifelt daran, dass dieser Ausnahmenkatalog abschließend ist, lehnt aber letztlich jedenfalls für die hier interessierende Auflösung eines Ausschusses eine ungeschriebene Ausnahme vom Stimmrecht ab, weil der Bürgermeister auch bei Bildung der Ausschüsse mitstimmen dürfe. Dann müsse dies auch für die Auflösung als "actus contrarius" zur Bildung gelten.

#### Prüfungsrelevanz:

Klausuren zum Thema der inneren Organisation der Gemeinde werden gerne als sogen. "Kommunalverfassungsstreit" abgeprüft. Darunter ist ein Prozess zu verstehen, den Organe oder Organteile der selben Gemeinde untereinander führen. Die RA hat vielfach über solche Konstellationen berichtet (siehe Vertiefungshinweise). Der besondere prozessuale Reiz des vorliegenden Falles, in dem sich Ausschussmitglied (Organteil) und Rat (Organ) einer Gemeinde stritten, lag darin, dass er im vorläufigen Rechtsschutz spielte.

Deshalb galt es, die zum Hauptsacheverfahren erlernten Grundsätze, u.a. das Erfordernis einer "wehrfähigen Innenrechtsposition" zur Begründung der Klagebefugnis und die Ausnahmen zum Rechtsträgerprinzip beim Klagegegner auf den vorläufigen Rechtsschutz zu übertragen.

#### Vertiefungshinweise:

Zur "wehrfähigen Innenrechtsposition" bei der Klagebefugnis von Gemeindeorganen bzw. Organteilen: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *OVG NRW*, NWVBl. 2003, 267; NVwZ-RR 2003, 376; NWVBl. 1997, 69; NWVBl. 1989, 373; *OVGE* 44, 250; *VGH BW*, VBIBW 1990, 457

Zum Kommunalverfassungsstreit: *OVG NRW*, RA 2002, 606 = NWVBl 2002, 381; RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281; *VG Aachen*, RA 2002, 206 = NVwZ-RR 2002, 214; *Ehlers*, JuS 1990, 105

Stellung des Bürgermeisters im Rat: *OVG NRW*, NWVBl 1996, 191

#### Kursprogramm:

*Examenskurs* : "Unter den Wolken"

*Examenskurs* : Mitbefangen, mitgegangen"

#### Leitsatz:

**Der Bürgermeister hat bei der Entscheidung über die Auflösung von Ausschüssen, gleich zu welchem Zweck dies geschieht, volles Stimmrecht gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GO NRW.**

#### Sachverhalt:

Die Antragstellerin (ASt.), Mitglied im Rat einer Stadt, war zugleich Mitglied in einem Ratsausschuss. Nach einer Veränderung der politischen Koalition im Rat beschloss der Rat am 14.2.2003 mit 38 Stimmen (einschließlich der Stimme der Oberbürgermeisterin) zu 37 Stimmen, die Ausschüsse aufzulösen und sofort neu zu bilden. Mit Wahlbeschluss vom selben Tage, den nur die Ratsmitglieder fassten, wurden die Ausschüsse neu besetzt. Die Antragstellerin gehört danach dem Ausschuss nur noch als beratendes Mitglied an. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes begehrt die Antragstellerin nun, dem Rat aufzugeben, sie vorläufig weiter als Vollmitglied des Ausschusses zu behandeln. Sie meint, schon die Auflösung der ursprünglichen Ausschüsse sei rechtswidrig gewesen, weil die Oberbürgermeisterin dabei kein Stimmrecht gehabt habe,

die erforderliche Mehrheit aber nur mit ihrer Stimme erreicht worden sei.

Hat der Antrag Erfolg?

### **Lösung:**

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

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Dies ist hier der Verwaltungsrechtsweg über § 40 I 1 VwGO, da über öffentlich-rechtliche Normen, namentlich solche aus der Gemeindeordnung, gestritten wird, die Streitigkeit schon mangels Beteiligung von Verfassungsorganen oder deren Teilen nichtverfassungsrechtlicher Art ist und Sonderzuweisungen an andere Gerichte nicht ersichtlich sind.

##### *II. Statthaftigkeit*

Die Statthaftigkeit eines Antrag im vorläufigen Rechtsschutz richtet sich gem. §§ 122, 88 VwGO nach dem Antragsbegehren. Dieses ist hier auf vorläufige Behandlung der ASt. als vollwertiges Ausschussmitglied durch den Rat gerichtet. Dieses Begehren könnte nach § 123 I VwGO mittels einstweiliger Anordnung verfolgt werden, wenn nicht ein gem. § 123 V VwGO vorrangiger Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO zu stellen wäre. Die §§ 80 V, 80a VwGO regeln aber nur die Fälle, in denen der Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts droht. Alle hier getroffenen Maßnahmen haben aber reinen Innenrechtscharakter; sie betreffen lediglich Interna der gemeindlichen Organisation, so dass es an der für einen Verwaltungsakt erforderlichen Außenwirkung (vgl. § 35 S. 1 VwVfG) gegenüber dem Bürger fehlt. Statthaft ist folglich ein Antrag nach § 123 I VwGO. Ob dieser nun auf Erhalt des ursprünglichen status quo als vollwertige Ausschussmitglied (sogen. Sicherungsanordnung, § 123 I 1 VwGO) oder Erweiterung des jetzigen status quo als beratendes Ausschussmitglied (sogen. Regelungsanordnung, § 123 I 2 VwGO) gerichtet ist, spielt für die Statthaftigkeit keine Rolle, mag also solange dahinstehen, wie sich aus dieser Einordnung keine unterschiedlichen Folgen ergeben.

##### *III. Antragsbefugnis*

Zur Vermeidung von Populärträgen ist von der ASt. eine Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern. Sie müsste deshalb geltend machen, in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein, wobei zur Geltendmachung die Möglichkeit einer solchen Rechtsverletzung genügt. Das OVG bejaht die Antragsbefugnis über die ursprüngliche Stellung als vollwertiges Ratsmitglied, in welcher die ASt. durch die

zumindest mögliche Rechtswidrigkeit der Auflösung und Neubesetzung der Ausschüsse verletzt worden sein könnte:

“Die Antragstellerin ist antragsbefugt entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO. Sie macht geltend, dadurch in ihren Rechten verletzt zu sein, dass sich der Antragsgegner berühmt, sie sei nicht mehr ordentliches Mitglied des Werksausschusses. Diese Haltung des Antragsgegners ergibt sich aus dem Beschluss vom 14.2.2003, mit dem er den genannten Ausschuss neu besetzte, und zwar so, dass die Antragstellerin nurmehr beratendes Mitglied des Ausschusses ist. Die somit zwischen den Beteiligten streitige Vollmitgliedschaft im Werksausschuss stellt eine wehrfähige Rechtsposition der Antragstellerin dar [...] (vgl. zum Begriff der wehrfähigen Rechtsposition OVG NRW, NVwZ-RR 2003, 376).

Hier besteht der von der Antragstellerin geltend gemachte Mangel darin, dass der Wahlbeschluss vom 14.2.2003 deshalb rechtswidrig sein soll, weil der zuvor erfolgte Beschluss vom selben Tage über die Auflösung aller Ausschüsse und deren sofortige Neubildung wegen unzulässiger Mitwirkung der Oberbürgermeisterin an der Abstimmung rechtswidrig gewesen sei. Damit macht die Antragstellerin der Sache nach geltend, der auf einem Abstimmungsergebnis von 38 Stimmen (einschließlich der Stimme der Oberbürgermeisterin) zu 37 Stimmen beruhende Auflösungsbeschluss habe in Wirklichkeit mangels Stimmrechts der Oberbürgermeisterin keine Mehrheit gefunden und sei daher nicht gefasst worden. Den Umstand, dass ein Beschluss nicht wirksam zustande gekommen sei, kann die Antragstellerin als objektiven rechtlichen Umstand und Vorfrage für den zur Abwehr einer Rechtsverletzung erhobenen Anspruch geltend machen.”

*[Anm.: Ein grober Fehler wäre es gewesen, an dieser Stelle auf Grundrechte oder gar die sogen. “Adressatentheorie” abzustellen. Es galt zu erkennen, dass hier ein rein gemeindeinterner Streit zwischen einem Ausschussmitglied und dem Rat vorlag, in dem es lediglich um interne Rechtspositionen, sogen. “wehrfähige Innenrechte” geht. Diese in der Hauptsache “Kommunalverfassungsverstreit genannte Konstellation macht den Rückgriff auf Grundrechte unmöglich, da diese Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, staatlichen Organen oder Organteilen also grds. gerade nicht zustehen.]*

##### *IV. Antragsgegner*

Der Antragsgegner im vorläufigen Rechtsschutz richtet sich nach dem Beklagten in der Hauptsache. Dies wäre hier grds. der Rechtsträger, also die Stadt. Jedoch führte es zu einem In-Sich-Prozess des Rechtsträgers, wenn dieser durch ein Organ(-teil) verklagt würde, das er selbst trägt. Deshalb ist der Antrag in diesen Fällen gegen den sachlichen Streitgegner zu richten, also das

andere Organ(-teil), dessen Maßnahme angegriffen oder von dem ein Verhalten begehrt wird. Das ist hier der Rat, welcher die ASt. als vollwertiges Ausschussmitglied behandeln soll. Gegen eben diesen hat die ASt. ihren Antrag auch gerichtet.

#### V. Beteiligtenfähigkeit

Die Antragstellerin ist in ihrer Eigenschaft als Ratsmitglied weder natürliche Person i.S.d. § 61 Nr. 1, noch Behörde i.S.d. § 61 Nr. 3, noch Vereinigung i.S.d. § 61 Nr. 2 VwGO. Ihr fehlte es also an der Beteiligtenfähigkeit. Diese offensichtlich ungewollte, da mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbarende, Lücke ist durch eine Analogie zu § 61 Nr. 2 VwGO zu schließen, der somit auch auf Organe und Organteile Anwendung findet, die zwar selbst keine Vereinigung darstellen, sich aber auf ein Recht berufen können. In Person der ASt. ist dies ihre Position als Ausschussmitglied gem. §§ 58 II, 43 GO NRW. Auf den Rat als Antragsgegner findet hingegen § 61 Nr. 2 VwGO unmittelbare Anwendung, da er eine Vereinigung von Ratsmitgliedern darstellt, der eigene Rechte (vgl. nur die Allzuständigkeit aus § 41 GO NRW) zustehen.

Der Antrag ist damit zulässig.

#### B. Begründetheit

Begründet ist ein Antrag nach § 123 I VwGO, sofern die ASt. einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat, §§ 123 I, III VwGO i.V. 920 II, 294 ZPO. Fraglich ist also zunächst, ob ihr der geltend gemachte Anspruch auf Behandlung als vollwertiges Ausschussmitglied zustehen kann.

#### I. Ursprüngliche Rechtsposition

Im bisherigen Ausschuss hatte die ASt. eine solche Position inne. Sofern diese fortbestünde, hätte sie also gegenüber dem Rat einen Anspruch auf Beachtung ihrer daraus folgenden Rechte aus §§ 58 II, 43 GO NRW, also bspw. des Antrags- und Stimmrechts, die ihr als lediglich beratendes Mitglied nicht mehr zustehen würden.

#### II. Jetzige Rechtsposition

Diese ursprüngliche Rechtsposition könnte aber durch die Auflösung des Ausschusses, in dem die ASt. vollwertiges Mitglied war, untergegangen sein. Hierauf kommt es entscheidend an, denn ihre jetzige Position als (nur) beratendes Mitglied im neuen Ausschuss gibt ihr den geltend gemachten Anspruch nicht. Fraglich ist also, ob der ursprüngliche Werksausschuss wirksam aufgelöst wurde. Hieran bestehen Zweifel im Hinblick auf das Stimmrecht der Oberbürgermeisterin, ohne deren Stimme die nach § 50 I 1 GO NRW erforderliche Stimmenmehrheit nicht zustande gekommen wäre.

Das OVG bejaht jedoch ein solches Stimmrecht:

#### 1. Grundsatz: Stimmrecht besteht

“Die Oberbürgermeisterin durfte an der Abstimmung über den Auflösungs- und Neubildungsantrag teilnehmen. Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 4 GO NRW hat der Bürgermeister im Rat (also gemäß Satz 2 der Vorschrift für die kreisfreie Stadt D. die Oberbürgermeisterin) das gleiche Stimmrecht wie ein Ratsmitglied, ohne Mitglied des Rates zu sein (vgl. OVG NRW, NWVB1 1996, 191 [192]).“

#### 2. Keine geschriebene Ausnahme

“Davon macht § 40 Abs. 2 Satz 6 GO NRW für mehrere in der Gemeindeordnung geregelte Fälle einer Stimmabgabe durch Ratsmitglieder eine Ausnahme. Der Beschluss über eine Auflösung und sofortige Neubildung von Ausschüssen fällt nicht unter diesen Ausschlusskatalog.“

#### 3. Keine ungeschriebene Ausnahme

“Die Vorschrift ist auch nicht in Erweiterung ihres wörtlichen Anwendungsbereiches auf den hier in Rede stehenden Fall anzuwenden.“

#### a. Abschließender Charakter der Ausnahmegvorschrift

“Allerdings lässt der Senat offen, ob der Ausschlusskatalog in § 40 Abs. 2 Satz 6 GO NRW abschließend alle Fälle einer Stimmrechtsbeschränkung des Bürgermeisters aufzählt. Daran können Zweifel bestehen. Der Auflösungsbeschluss beruht nämlich auf dem in Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 Abs. 1 Verf NRW garantierten kommunalen Selbstverwaltungsrecht in Form der Organisationshoheit (vgl. BVerfGE 91, 228 [236]; VerfGH NRW, DVBl 1979, 668 f.; OVG NRW, DVBl 1985, 172 [173]; Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., § 5 IV 1; Schmidt-Jortzig, Kommunale Organisationshoheit, S. 231 ff.). In Konkretisierung dieser Organisationshoheit erlaubt § 57 Abs. 1 GO NRW dem Rat, Ausschüsse zu bilden. Den actus contrarius, also die Auflösung von Ausschüssen, behandelt die Gemeindeordnung nicht und schränkt somit diesbezüglich die Organisationshoheit des Rates nicht ein. Da die Gemeindeordnung nur punktuelle Regelungen der gemeindlichen Organisation trifft und der Rat als allzuständiges Organ einer für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständigen und mit Organisationshoheit ausgestatteten Körperschaft im Rahmen seiner Kompetenz im Grundsatz alles beschließen kann, was die Gesetze, insbesondere die Gemeindeordnung, nicht verbieten, mag es daher nicht von der Gemeindeordnung geregelte Konstellationen geben, in denen über den Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 6 hinaus dem Bürgermeister kein Stimmrecht im Rat zusteht. Soweit allerdings eine bestimmte Konstellation der Stimmabgabe eines Ratsmitglieds in der Gemeindeordnung geregelt wird und

dieser Fall nicht im Ausschlusskatalog des § 40 Abs. 2 Satz 6 GO NRW aufgeführt ist, handelt es sich um ein beredtes Schweigen des Gesetzes, das dahin zu verstehen ist, dass es insoweit beim Stimmrecht des Bürgermeisters bleiben soll.“

*b. Weitere Ausnahme jedenfalls hier nicht geboten*

“Soweit es jedoch um Fälle einer Stimmabgabe geht, die nicht in der Gemeindeordnung geregelt sind, kommt ein Stimmrechtsausschluss über die in § 40 Abs. 2 Satz 6 GO NRW genannten Konstellationen hinaus dann in Betracht, wenn dies nach dem Sinn und Zweck der Stimmrechtsausschlussnorm oder dem systematischen Zusammenhang mit den in der Gemeindeordnung geregelten Fällen des Stimmrechts des Bürgermeisters zwingend geboten ist. Für den hier in Rede stehenden Fall eines Beschlusses über die Auflösung und sofortigen Neubildung von Ausschüssen kann nach diesen Maßstäben kein Stimmrechtsausschluss festgestellt werden.“

*aa. Teleologie*

“Sinn und Zweck des Stimmrechtsausschlusses bestehen darin, dem Bürgermeister dort das Stimmrecht zu versagen, wo er selbst Betroffener eines Ratsbeschlusses ist oder es um die Selbstorganisation des Rates geht, also um Fälle der Organbeziehungen Rat - Bürgermeister oder des Organinnenbereichs des Rates. Es soll eine Stimmabgabe nach unsachlichen Gesichtspunkten wegen möglicher Befangenheit des Bürgermeisters verhindert werden, und es soll die Autonomie des Organs Rat gegenüber dem Organ Bürgermeister geschützt werden. Das ursprünglich vom Wortlaut her uneingeschränkte Stimmrecht (vgl. § 40 Abs. 2 Satz 4 GO NRW i. d. F. der Bekanntmachung vom 14.7.1994 [GV. NRW, S. 666]: “Der Bürgermeister hat Stimmrecht im Rat.”), war lediglich in einzelnen Gegenstandsbereichen dadurch beschränkt, dass die Gemeindeordnung “den Ratsmitgliedern”, also gerade nicht dem Bürgermeister, ein Stimmrecht einräumte (§ 47 Abs. 1 Satz 4 GO a. F.: Einberufung des Rates; § 48 Abs. 1 Satz 2 GO a. F.: Tagesordnung der Ratssitzungen; § 55 Abs. 4 Satz 1 GO a. F.: Akteneinsicht durch Ratsmitglieder; § 58 Abs. 5 Satz 1 GO a. F.: Widerspruch gegen Verteilung der Ausschussvorsitze durch Fraktionseinigung; § 66 Abs. 1 Satz 2 GO a. F.: Abwahl des Bürgermeisters; § 69 Abs. 1 Satz 2 GO a. F.: Pflicht zur Stellungnahme des Bürgermeisters gegenüber dem Rat). Um diese und weitere Fälle (§ 50 Abs. 3 und 4 Satz 1 GO NRW: Ausschussbesetzung und Entsendung von Vertretern oder Mitgliedern; § 53 Abs. 2 GO NRW: Beschlüsse über die Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen den Bürgermeister oder die Amtsführung des Bürgermeisters;

§ 58 Abs. 1 und 3 GO NRW: Zusammensetzung der Ausschüsse und ihre Befugnisse; § 94 Abs. 1 Satz 2 GO NRW: Entlastung des Bürgermeisters) auch schon bei der Vorschrift über das Stimmrecht zu verankern, fügte der Gesetzgeber durch das Gesetz vom 28.3.2000 [GV. NRW, S. 245], in § 40 Abs. 2 den heutigen Satz 6 mit der Aufzählung der Fälle des Stimmrechtsausschlusses ein und begründete dies mit der Selbstorganisation des Rates (vgl. die amtliche Begründung des im Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, LT-Drs. 12/4597, S. 26, zum Ausschlusskatalog des § 40 Abs. 2 Satz 6 GO NRW; amtl. Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung, LT-Drs. 12/402, S. 78, zur Abstimmung bei der Ausschussbesetzung). Dieser Sinn und Zweck der Stimmrechtsbeschränkung legt es an sich nahe, dass die Auflösung von Ausschüssen als Teil der Selbstorganisation des Rates ebenfalls dem Stimmrechtsausschluss unterliegt, wie auch die Klägerin argumentiert.“

*b. Systematik*

“Indes steht diesem aus Sinn und Zweck gewonnenen Ergebnis der systematische Zusammenhang zur Ausschussbildung entgegen. Nach § 57 Abs. 1 GO NRW kann der Rat Ausschüsse bilden. Diese Vorschrift ist nicht vom Stimmrechtsausschluss des § 40 Abs. 2 Satz 6 GO NRW erfasst. Dies wird in der Literatur zwar unter dem Gesichtspunkt der Selbstorganisation des Rates, zu dem die Bildung von Ausschüssen ebenso wie die Auflösung von Ausschüssen zählt, als inkonsequent kritisiert (vgl. Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Loseblattsammlung [Stand: August 2003], § 57 GO Anm. 1). Dennoch kann man, wie oben ausgeführt, dem beredten Schweigen des Gesetzgebers die Entscheidung entnehmen, dass der Bürgermeister bei der Bildung von Ausschüssen Stimmrecht hat. Dann gibt es jedoch keine zwingenden Gründe, die Ausschussauflösung als Gegenstück zur Ausschussbildung einem Stimmrechtsausschluss zu unterwerfen. [...] Zusammenfassend folgt aus alledem, dass der Bürgermeister bei der Entscheidung über die Auflösung von Ausschüssen, gleich zu welchem Zweck dies geschieht, volles Stimmrecht gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GO NRW hat.“

*C. Ergebnis*

Der ursprüngliche Status der ASt. als vollwertiges Ausschussmitglied ist durch die rechtswirksame Auflösung des Ausschusses untergegangen. Die ASt. hat somit keinen Anspruch auf Behandlung als vollwertiges Ausschussmitglied glaubhaft gemacht. Ihr Antrag ist unbegründet und hat keinen Erfolg.

**Standort: Erbrecht****Problem: Wechselbezügliche Verfügungen nach Scheidung**

BGH, URTEIL VOM 07.07.2004  
IV ZR 187 / 03 (NJW 2004, 3113)

**Problemdarstellung:**

Die Eltern der Klägerin hatten hier durch gemeinschaftliches Testament vom 10.11.1980 angeordnet, dass der länger lebende Ehepartner gem. § 2136 BGB befreiter Vorerbe des Erstversterbenden sein sollte und zugleich ihre gemeinsame Tochter als Nacherbin i. S. d. § 2100 BGB eingesetzt. Im Jahre 1986 kam es allerdings zur Scheidung dieser Ehe. In den folgenden Jahren errichtete die Mutter der Kl. mindestens zwei neue einseitige Testamente, die inhaltlich selbstverständlich nicht mit demjenigen vom 10.11.1980 übereinstimmten. Nach dem Tod ihrer Mutter am 04.02.1996 geriet die Kl. dann in Streit hinsichtlich der Erbfolge mit dem Bekl., welchen die Erblasserin im Jahre 1995 noch geheiratet hatte. Sie wollte nun festgestellt wissen, dass die Erbfolge, wie ihre Eltern sie 1980 gemeinsam festgelegt hatten, nach wie vor Geltung beansprucht.

Der BGH konnte dieses in seiner Revisionsentscheidung nicht endgültig klären, da der laut Bearbeitervermerk bei der klausurmäßigen Bearbeitung zu unterstellende Fortgeltungswille der Testierenden i. S. d. § 2268 II BGB tatrichterlich nicht zweifelsfrei festgestellt war.

Diesen Fortgeltungswillen aber unterstellt, hat der BGH unterstrichen, dass in einem solchen Fall wechselbezügliche Verfügungen i. S. d. § 2270 BGB ihre in § 2271 BGB angeordnete Bindungswirkung ebenfalls bis über den Bestand der Ehe der gemeinschaftlich Testierenden hinaus entfalten, was von einem erheblichen Teil der Literatur in Zweifel gezogen worden war.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Grundzüge des Erbrechts zählen zu dem Stoff, der in beiden juristischen Staatsexamina jedem Kandidaten abverlangt wird. Es ist bei aller gebotenen Schwerpunktsetzung in der Examensvorbereitung daher dringend von der häufig anzutreffenden Vorgehensweise abzuraten, hier "auf Lücke zu setzen" und zu hoffen, "dass es schon nicht drankommen" werde. Vielmehr sollten der Begriff des gemeinschaftlichen Testaments gem. §§ 2265 ff BGB und die wichtigsten der damit verbundenen Besonderheiten durchaus bekannt sein. Die Bearbeitung dieses Falles setzt viel mehr als diese Grundzüge zunächst nicht voraus, bietet mit der ausführlichen Diskussion der Reichweite der Fortgeltung eines gemeinschaftlichen Testaments gem. § 2268 II BGB sodann aber die ausgezeichnete Möglichkeit,

sich auf diesem Gebiet weiteres Spezialwissen anzueignen.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Anwendbarkeit des § 2270 II BGB, wenn an die Stelle des ursprünglich bedachten Dritten gem. § 2069 ermittelte Ersatzerben getreten sind: *BGHZ* 149, 363; Besprechung dieser Entscheidung: *Steiner*, JuS 2003, 1054

Zu Ausgleichsansprüchen gegen Dritte nach Tod eines Lebensgefährten: *OLG Hamm*, RA 2002, 243 = *FamRZ* 2002, 159

Zur Testamentserrichtung durch einen schreibunfähigen Stummen: *OLG Hamm*, RA 2000, 691 = *NJW* 2000, 3362

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der zweite Frühling"

*Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

*Assessorkurs*: "Die voreilige Auflassung"

**Leitsatz:**

**Über § 2268 II BGB fortgeltende wechselbezügliche Verfügungen behalten auch nach Scheidung der Ehe ihre Wechselbezüglichkeit und können nicht gem. § 2271 I 2 BGB durch einseitige Verfügung von Todes wegen aufgehoben werden.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die testamentarische Erbfolge nach der Mutter der Kl. Die Erblasserin war von 1965 bis 1986 mit dem Vater der Kl. verheiratet. Seit der Trennung 1983 lebte sie mit dem Bekl. zusammen. Durch notarielles gemeinschaftliches Testament vom 10.11.1980 setzten sich die Eltern der Kl. gegenseitig als befreite Vorerben und die Kl. als Nacherbin ein. In einer schriftlichen "Erklärung" vom 24.11.1980 teilte die Erblasserin unter anderem mit, sich vom Vater der Kl. trennen und ihm Entschädigungsleistungen für erbrachte Verwaltungstätigkeiten erbringen zu wollen, und erklärte sodann "unwiderruflich", ihr etwaiger neuer Ehepartner werde keinerlei Rechte an ihrem Grundbesitz erhalten, "der Besitz bleibt in vollem Umfang unserer Tochter M als künftiger Alleinerbin".

1988 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament, in dem sie unter Aufhebung aller bisherigen letztwilligen Verfügungen die Zoologische Garten Berlin AG zu ihrer Alleinerbin einsetzte, der Kl. eine lebenslange Rente und dem Bekl. ein lebenslanges Wohnrecht in einem ihrer Häuser vermachte. Anfang August 1995 wurde bekannt, dass die Erblasserin an einem unheilbaren Tumorleiden mit einer Lebenser-

wartung von nur noch wenigen Monaten erkrankt war. Ende August 1995 heiratete sie den Bekl. Am 06.09.1995 nahm sie das Testament von 1988 aus amtlicher Verwahrung zurück und errichtete am 15.09.1995 ein eigenhändiges Testament. Darin setzte sie den Bekl. als befreiten Vorerben und die Kl. als Nacherbin ein und traf weitere Verfügungen unter anderem zur Testamentsvollstreckung auch für den Nacherbfall. Am 04.02.1996 verstarb sie.

Die Kl. meint, die Erbfolge richte sich nach dem gemeinschaftlichen Testament von 1980, weil ihre Eltern bei der Beurkundung den Willen gehabt hätten, dass die gemeinschaftlichen Verfügungen über die Ehe hinaus Bestand haben sollten. Außerdem könne die Erklärung vom 24.11.1980 als letztwillige Verfügung zu ihren Gunsten angesehen werden. Ferner behauptet sie, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments von 1995 infolge ihrer Erkrankung und Behandlung mit begleitender Verordnung von Opiaten testierunfähig gewesen. Die Kl. begehrt die Feststellung, dass sie Nacherbin nach ihrem Vater als Vorerben, hilfsweise Alleinerbin ohne Belastung des Nachlasses durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist.

Ist die zulässige Klage begründet ?

[Anm.: Unterstellen sie bei ihrer Lösung, dass die Eltern der Kl. bei Testamentserrichtung am 10.11.1980 die Fortgeltung ihrer Verfügungen über ihre Ehe hinaus wollten.]

### **Lösung:**

Die Klage ist begründet, soweit die Kl. tatsächlich Nacherbin nach ihrem Vater als Vorerben oder Alleinerbin ohne Belastung des Nachlasses durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist.

#### *A. Entscheidung über den Hauptantrag*

Indem die Klägerin die Feststellung ihrer Eigenschaft als Alleinerbin ohne die Belastung durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nur hilfsweise beantragt, steht die Prüfungskompetenz des Gerichtes bezüglich dieses Antrages unter der aufschiebenden Bedingung des Misserfolges des ersten Antrages. Es liegt ein sogenannter echter Hilfsantrag vor, mit der Folge, dass zunächst über den Hauptantrag der Klägerin abschließend zu entscheiden ist (vgl. Thomas/Putzo, § 260 Rz. 8, 17).

#### *I. Eigenschaft der Kl. als Nacherbin nach ihrem Vater als Vorerben*

Der Hauptantrag ist begründet, soweit die Kl. Nacherbin ist. Dieses könnte durch entsprechende Erbeinsetzung der Kl. im Testament ihrer Eltern vom 10.11.1980 und den späteren Tod ihrer Mutter am 04.02.1996 geschehen sein gem. §§ 1922, 1937, 2100, 2265 BGB.

#### *1. Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments vom 10.11.1980*

Dann müsste das Testament der Eltern der Kl. vom 10.11.1980 wirksam sein.

##### *a. Wirksame Ehe am 10.11.1980*

Das gemeinschaftliche Testament ist gem. § 2265 BGB die Zusammenfassung von gemeinschaftlich von Ehegatten getroffenen letztwilligen Verfügungen. Dementsprechend müssen die Testierenden zur Zeit der Testamentserrichtung in wirksamer Ehe gelebt haben (Palandt/Edenhofer, § 2265 Rz. 1).

Die Ehe der Eltern war mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zum Zeitpunkt des 10.11.1980 wirksam geschlossen und auch noch nicht geschieden.

[Anm.: Gem. § 10 IV LPartG ist die Möglichkeit eines gemeinschaftlichen Testaments mittlerweile auch den Partnern einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft eröffnet.]

##### *b. Gemeinsamer Testierwille der Eltern der Kl.*

Maßgeblich für das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments ist sodann der gemeinsame Testierwille der Ehepartner. Ist dieser eindeutig festzustellen, muss ein gemeinsames Testament nicht notwendig in einer einheitlichen Urkunde enthalten sein (im einzelnen str. vgl. Palandt/Edenhofer, vor § 2265 Rz. 2 mit zahlreichen Nachw.).

Vom Vorliegen eines gemeinsamen Testierwillens kann hier ausgegangen werden, da die Eltern der Kl. das Testament gemeinsam notariell haben errichten lassen und ihre letztwilligen Verfügungen auch inhaltlich aufeinander abgestimmt waren, indem sie sich gegenseitig als befreite Vorerben und die Kl. als Nacherbin eingesetzt haben.

##### *c. Form*

Fraglich ist, ob das Testament auch formgerecht errichtet wurde, da kein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament nach § 2267 BGB vorlag.

Schon der Wortlaut des § 2267 BGB zeigt allerdings, dass es sich hier nur um einen Vorschlag des Gesetzgebers handelt, wie Ehegatten bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments die Vorschrift des § 2247 BGB in etwas erleichteter Form einhalten können. Daneben bleibt den Ehegatten auch die Möglichkeit der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments zur Niederschrift eines Notars gem. §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB (Palandt/Edenhofer, vor § 2265 Rz. 5).

Diese Form wurde durch die Eltern der Kl. eingehalten.

##### *d. Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments infolge Ehescheidung im Jahre 1986*

Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass die Eltern der Kl. im Jahre 1986 geschieden wurden.

Gem. § 2268 I BGB i. V. m. § 2077 I 1 BGB ist ein gemeinschaftliches Testament in einem derartigen Fall seinem ganzen Inhalte nach unwirksam.

Diese Regelung ist jedoch keinesfalls zwingend. § 2268 II BGB sieht vor, dass Verfügungen von Todes wegen in gemeinschaftlichen Testamenten auch nach Scheidung der Ehe wirksam bleiben können, wenn davon auszugehen ist, dass dieses dem Willen der Testierenden entspricht. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung des Erblasserwillens ist derjenige der Testamentserrichtung (Palandt/Edenhofer, § 2268 II Rz. 2).

“Revisionsrechtlich ist in Ermangelung tatrichterlicher Feststellungen zu Gunsten der Kl. von dem Willen ihrer Eltern bei Beurkundung des gemeinschaftlichen Testaments auszugehen, dass die darin getroffenen letztwilligen Verfügungen über den Bestand der Ehe hinaus fortgelten sollten.”

Die Ehescheidung im Jahre 1986 führte mithin entgegen § 2268 I i. V. m. § 2077 I 1 BGB nicht zur Unwirksamkeit des Testaments vom 10.11.1980

#### *e. Zwischenergebnis*

Mangels weiterer entgegenstehender Anhaltspunkte ist daher von der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments auszugehen.

#### *2. Einsetzung der Kl. als Nacherbin i. S. d. § 2100 BGB*

In diesem Testament müsste die Einsetzung der Kl. als Nacherbin nach ihrem länger lebenden Elternteil als Vorerbe vorgesehen sein, die angeordnete Erbfolge müsste mithin der sogenannten Trennungslösung entsprechen. Dagegen könnte aber § 2269 BGB, der im Zweifel die Einsetzung des Dritten als Schlusserben, die des länger lebenden Ehepartners dagegen als Voll-erben vorsieht (sog. Einheitslösung, vgl. zu dieser Terminologie Palandt/Edenhofer, § 2269 Rz. 2 f.), sprechen.

Allerdings handelt es sich bei § 2269 BGB ausweislich seines Wortlautes lediglich um eine Auslegungsregel für Zweifelsfälle, die nicht zur Anwendung kommt, wenn die gemeinsam testierenden Erblasser - wie hier die Eltern der Kl. - zweifelsfrei die Trennungslösung angeordnet haben.

Die Kl. sollte laut Testament vom 10.11.1980 mithin als Nacherbin nach ihrem gem. § 2136 BGB befreiten länger lebenden Elternteil als Vorerbe berufen sein.

#### *3. Kein Widerruf der Einsetzung der Kl. als Nacherbin*

Die verstorbene Mutter der Kl. dürfte deren Einsetzung als Nacherbin allerdings nicht zu Lebzeiten wirksam widerrufen haben. Dieses könnte jedenfalls durch ihre ausdrücklich als solche bezeichneten Testamente aus den Jahren 1988 und 1995 geschehen sein. Grundsätzlich kann ein Erblasser seine letztwilligen Verfügungen gem. §§ 2253, 2254 BGB jederzeit durch Er-

richtung eines neuen Testaments widerrufen. In logischer Konsequenz daraus ordnet § 2258 BGB an, dass durch Errichtung eines Testaments ein früheres insoweit widerrufen wird, als es inhaltlich zu dem neuen Testament in Widerspruch steht. Nach dem Vortrag der Klägerin wäre jedenfalls hinsichtlich des Testaments vom 15.09.1995 die Testierfähigkeit der Erblasserin i. S. d. 2229 BGB dann näher zu prüfen.

Dies alles kann aber dahinstehen, wenn es sich bei der Einsetzung der Kl. als Nacherbin im gemeinschaftlichen Testament vom 10.11.1980 um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. d. § 2270 BGB handelte, welche durch die Erblasserin zu Lebzeiten nur durch notariell beurkundete Erklärung gem. §§ 2271 I 1, 2296 II BGB hätte widerrufen können, was nicht geschehen ist.

#### *a. Einsetzung der Kl. als Nacherbin als wechselbezügliche Verfügung i. S. d. § 2270 BGB*

“Dass es sich nach den Vorstellungen der Eheleute bei der gegenseitigen Einsetzung zu Vorerben unter Einsetzung der Kl. zur Nacherbin des Längstlebenden um korrespektive Verfügungen handeln sollte, also um Verfügungen, die sich in ihrer Rechtswirksamkeit bedingen i. S. v. § 2270 I BGB, ist nicht im Streit.”

#### *b. Fortbestand der Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügung nach Scheidung der Ehe*

Fraglich ist allerdings, inwieweit die wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, welches gem. § 2068 II BGB auch über die Scheidung der Eheleute hinaus wirksam geblieben ist, auch die in § 2271 BGB vorgesehene Bindungswirkung weiterhin entfalten. Hierüber besteht in rechtssprechung und Literatur Streit.

#### *aa. Bisherige Auffassung der Rechtsprechung*

“In der Rechtsprechung ist einhellig anerkannt, dass gem. § 2268 II BGB die Verfügungen gemeinschaftlich testierender Ehegatten trotz späterer Auflösung der Ehe oder gleichgestellter Voraussetzungen (§ 2077 I 2 oder 3 BGB) bei entsprechendem Willen voll inhaltlich aufrechterhalten bleiben können. Ein solcher für den Zeitpunkt der Testamentserrichtung festzustellender Wille kann sich auch auf wechselbezügliche Verfügungen beziehen, die dann über den Bestand der Ehe hinaus ihre in §§ 2270, 2271 BGB normierten Wirkungen behalten. Gemeinschaftliche Testamente bleiben gültig, soweit dies dem Aufrechterhaltungswillen der Erblasser entspricht (BayObLG, NJW 1996, 133; NJW-RR 1993, 1157 = FamRZ 1994, 193; OLG Stuttgart, FamRZ 1977, 274; vgl. auch OLG Hamm, OLGZ 1994, 326; NJW-RR 1992, 330 = FamRZ 1992, 478).”

Nach dieser Auffassung käme ein Widerruf der Einsetzung der Kl. als Nacherbin durch einseitige neue Verfügung von Todes wegen nicht in Betracht.

*bb. Gegenauffassung in Teilen der Literatur*

“Diese Auffassung, die in der Literatur Gefolgschaft gefunden hatte (Soergel/Wolf; BGB, 12. Aufl., § 2268 Rz. 3; Lange/Kuchinke, Lehrb. des ErbR, 3. Aufl., § 38 I 2), hat Muscheler (DNotZ 1994, 733) in Frage gestellt. Auch er geht zwar mit der ganz herrschenden Meinung davon aus, dass wechselbezügliche Verfügungen über § 2268 II BGB wirksam bleiben können (DNotZ 1994, 733 [740]). Nach Auflösung der Ehe spricht er aber diesen Verfügungen die Wechselbezüglichkeitswirkung ab; diese ende zwingend mit der Ehe (DNotZ 1994, 733 [742]). Hätte der Gesetzgeber das Bestehenbleiben auch der Wechselbezüglichkeit gewollt, hätte er das in § 2271 BGB ausdrücklich geregelt. Der mit § 2268 II BGB verfolgte Aufrechterhaltungszweck beziehe sich lediglich auf das Privileg für Eheleute, ein gemeinschaftliches Testament nach der in § 2267 BGB festgelegten Besonderheit durch bloßes Mitunterzeichnen eines Ehegatten errichten zu dürfen, nicht aber auf die ihnen über § 2271 BGB eröffnete materielle Möglichkeit, ihren Verfügungen insoweit bindenden Charakter zu verleihen. Dem hat sich - jedenfalls im Ergebnis - ein Teil der Lehre angeschlossen (J. Mayer, in: Dittmann/Bengel/Reimann, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl., § 2268 Rz. 12; Erman/Schmidt, BGB, 11. Aufl., § 2268 Rz. 5; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 1998, § 2268 Rz. 11; Gierl, in: Anw.Komm-BGB 2004, § 2268 Rz. 10; Leopold, ErbR, 14. Aufl., Rz. 458 Fußn. 5; Lange/Kuchinke, ErbR, 5. Aufl., § 24 I 6 Fußn. 26).”

Diese Auffassung zufolge konnte die Mutter der Kl. im Testament vom 10.11.1980 enthaltene wechselbezügliche Verfügungen nach Scheidung ihrer Ehe mit dem Vater der Kl. durch Errichtung eines neuen Testaments einseitig widerrufen.

*cc. Stellungnahme*

“Der Senat vermag dieser zuletzt genannten Ansicht nicht zu folgen. Bereits für die Ausgangsthese Muschelers, Eheleute sollten nicht für eine Zeit Wechselbezüglichkeit begründen können, während der sie ein gemeinschaftliches Testament gar nicht errichten dürfen (DNotZ 1994, 733 [743]), fehlt es an einer überzeugenden Begründung. Dem Gesetz ist für diese Forderung nichts zu entnehmen. Es stützt vielmehr das Gegenteil, indem es über § 2268 II BGB umfassend die Fortgeltung sämtlicher Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten bei entsprechendem Willen der Testierenden vorsieht. Für eine mit dieser einschränkungslosen Fortgeltung zugleich angeordnete Beschränkung der Bindungswirkung des § 2271 I BGB durch den Fortfall der Wechselbezüglichkeit besteht kein Anhalt. Das Gesetz und seine Entstehungsgeschichte geben dafür nichts her. Einer solchen Grundlage hätte es aber bedurft, um dem entgegenstehenden Erblasserwillen die Wirkung zu entziehen. Die Beschränkung der Wechselbezüglicheitgeltung

hätte der gesetzlichen Regelung bedurft, nicht aber die uneingeschränkte Fortgeltung, die bereits in § 2268 II BGB nach Wortlaut und Zweck nicht missverständlich angelegt ist. Fehlt aber bereits der Ausgangsüberlegung die erforderliche Grundlage im Gesetz, kann den weiteren von dieser Auffassung herangezogenen Gesichtspunkten keine tragfähige Bedeutung mehr zukommen.

(1). *Bestand und Fortbestand der Ehe gem. §§ 2265, 2268 I BGB Grundlage gemeinschaftlicher Testamente*  
§ 2265 BGB behält die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente ausschließlich Eheleuten vor. Bestand und Fortbestand der Ehe bilden die Grundlage gemeinschaftlicher Testamente. Entfällt diese Grundlage, soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers grundsätzlich auch das Testament seine Wirkung insgesamt einbüßen, womit die schwierige Unterscheidung zwischen korrespondierenden und nicht korrespondierenden Verfügungen vermieden werde (Protokolle V 447; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 330 = FamRZ 1992, 478; Musielak, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 2268 Rz. 1). Dem trägt die dispositive Auslegungsregel des § 2268 I BGB Rechnung, wonach entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf Hinfälligkeit des Testaments für den Scheidungsfall usw. gerichtet ist (vgl. BGH, FamRZ 1960, 28 [unter II 2 a], zu dem insoweit vergleichbaren § 2077 I BGB), das gemeinschaftliche Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam ist, wenn die Ehe zu Lebzeiten beider Partner wegfällt. Dabei ist es ohne Belang, ob das gemeinschaftliche Testament ein gegenseitiges, ein wechselbezügliches oder weder das eine noch das andere ist (Staudinger/Kanzleiter, § 2268 Rz. 1).

*(2). Ausnahmeregelung des § 2268 II BGB*

Von diesem Grundsatz macht § 2268 II BGB für den Fall der Scheidung oder Aufhebung der Ehe und für die dem gleichgestellten Fälle eine Ausnahme. Die Verfügungen bleiben - wiederum unabhängig davon, ob es sich um gegenseitige, wechselbezügliche oder um keines von beiden handelt - insoweit wirksam, als anzunehmen ist, dass sie auch für diese Fälle getroffen sein würden. Dabei kommt es, wenn der wirkliche Wille nicht feststellbar ist, auf den hypothetischen Willen im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments an (BGH, FamRZ 1960, 28 [unter II 2 a u. c]). Ein solcher Aufrechterhaltungswille wird bereits dann ausgeschieden, wenn der Fortbestand der Ehe als nicht unwesentliches mitbestimmendes Motiv für die Verfügung noch in Betracht kommt (OLG Hamm, NJW-RR 1992, 330 = FamRZ 1992, 478). Beweislast und materielle Feststellungslast für die Gründe, aus denen sich der Aufrechterhaltungswille ergibt, an dessen Feststellung keine niedrigen Anforderungen zu stellen sind, liegen bei demjenigen, der aus dem gemeinschaftli-

chen Testament Rechte herleiten will (vgl. BGH, FamRZ 1960, 28 [unter II 2 a]; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 330 = FamRZ 1992, 478; Musielak, in: Münch-Komm. § 2268 Rz. 9; Staudinger/Kanzleiter, § 2268 Rz. 10).

*(3). Wille der Testierenden als alleiniges Kriterium für Fortgeltung und Wechselbezüglichkeit von Verfügungen*

§ 2268 II BGB stellt nach dieser gesetzlichen Konzeption für die angeordnete Rechtsfolge, dass die Verfügungen wirksam bleiben, einzig und allein auf den Willen der Eheleute im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ab. Dieser Wille ist maßgeblich nicht nur für das gemeinschaftliche Testament als Rahmen, sondern für jede einzelne Verfügung mit ihrem spezifischen Inhalt, ohne dass insoweit Grenzen gezogen sind. Insbesondere gibt die Vorschrift keinen Raum für eine Differenzierung nach der Art der Verfügung oder gar für eine unterschiedliche Behandlung von wechselbezüglichen und nicht wechselbezüglichen Verfügungen. Dass das Gesetz wechselbezüglichen Verfügungen in den §§ 2270, 2271 BGB besondere (Bindungs-) Wirkungen beilegt, ändert daran nichts. Die Verfügungen gelten fort mit dem Inhalt, den sie von den Testierenden bekommen haben. Nach ihren Vorstellungen und ihrem Willen entscheidet sich aber, ob eine Verfügung zu einer anderen Verfügung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen soll. Dass das Gesetz solchen Verfügungen, wenn die Testierenden verheiratet sind, besondere Wirkungen zumisst, kann die gesetzlich angeordnete Fortgeltung bei entsprechendem Willen mit eben diesen gesetzlich festgelegten Wirkungen nicht in Zweifel ziehen.

*(4). Keine Abweichung vom Testierwillen ohne (ausdrückliche) gesetzliche Legitimation*

Mit § 2268 II BGB wird auf diese Weise Eheleuten die Möglichkeit eröffnet, über die Dauer der Ehe hinaus zu testieren. Wie weit diese nachehelich wirkenden letztwilligen Verfügungen inhaltlich reichen sollen, wird von der jeweiligen durch die übereinstimmenden Vorstellungen der Ehepartner geprägten Willensrichtung bestimmt, die als wirkliche oder jedenfalls hypothetische feststellbar sein muss. Dieser Wille ist - im Rahmen des gesetzlich Zugelassenen - entscheidend; er gilt auch für die Abhängigkeit von Verfügungen im Sinne der Wechselbezüglichkeit. Eine von der Gegenansicht geforderte Wirkungsgrenze für die durch den

Willen der Testierenden geschaffene Wechselbezüglichkeit durch das Ende der Ehe hat im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Durch die gemeinschaftliche Errichtung wird für wechselbezügliche Verfügungen, auch wenn diese für solche Testamente nicht wesensbestimmend sind, eine gewisse Bindung erreicht (Staudinger/Kanzleiter, Vorb. zu §§ 2265 ff. Rz. 24). In den von § 2268 II BGB geregelten Fallgestaltungen sollen diese Verfügungen nach dem maßgeblichen Willen der Testierenden Geltung behalten auch nach der Ehe. Der Beachtung und Durchsetzung des wirklichen Willens bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen kommt schon allgemein grundsätzliche Bedeutung zu, § 133 BGB; bei letztwilligen Verfügungen gilt dies ganz besonders, § 2084 BGB (BGH, FamRZ 1960, 28 [unter II 2 a]). Diesem das gesamte Erbrecht beherrschenden Grundsatz liefe es zuwider, wenn man der von den Ehepartnern gewollten Wechselbezüglichkeit von Verfügungen mit Ende der Ehe gleichsam gegen ihren Willen ohne ausreichende gesetzliche Legitimation die Wirkung entzöge."

*c. Zwischenergebnis*

"In diesem Fall scheidet eine Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügungen durch einseitige neue Verfügung von Todes wegen eines Ehegatten aus (§§ 2268 II, 2271 I 2 BGB). An diese wechselbezüglichen Verfügungen sind die Eltern der Kl. insoweit gebunden geblieben, als die nachfolgenden Testamente der Erblasserin daran nichts mehr ändern konnten. Der allein mögliche Widerruf in der für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Form (§§ 2271 I 1, 2296 BGB) ist nicht erfolgt."

*II. Ergebnis zum Hauptantrag*

"Die im gemeinschaftlichen Testament verfügte Erbfolge hat danach ihre Wirkung behalten."

Der Hauptantrag ist mithin begründet, da die Kl. Nacherbin nach ihrem Vater als gem. § 2136 BGB befreitem Vorerben der Erblasserin ist.

*B. Keine Prüfung des Hilfsantrages*

Da die Klage bereits mit dem Hauptantrag Erfolg hat, verbietet sich den obigen Ausführungen unter A. gemäß eine weitere Prüfung des Hilfsantrages. Dessen Rechtshängigkeit entfällt rückwirkend, sobald der Erfolg der Klage mit dem Hauptantrag in Rechtskraft erwächst (Thomas/Putzo, § 260 Rz. 17)

**Standort: §§ 253, 255 StGB****Problem: Abpressen einer ec-Geheimnummer**

BGH, URTEIL VOM 17.08.2004  
5 STR 197/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten hatten das Opfer in seiner Wohnung mit einem Messer bedroht und es so, nachdem sie ihm seine ec-Karte abgenommen hatten, zur Preisgabe der Geheimnummer gezwungen. Dann war eine der Angeklagten mit der ec-Karte zu einem Geldautomaten gegangen und hatte dort Geld abgehoben. Während das Landgericht die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I StGB), schweren Raubes (§§ 249 I, 250 StGB) und Computerbetrugs (§ 263 a I StGB) verurteilt hatte, hob das BGH das Urteil auf, da auch eine Strafbarkeit wegen schwerer räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255, 250 StGB) und erpresserischen Menschenraubs (§ 239 a I StGB) gegeben sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung ruft den Eindruck hervor, der BGH habe es darauf angelegt, möglichst viele besonders examensrelevante Probleme in einem Fall zu komprimieren. Praktisch alle der in der folgenden Lösung angesprochenen Probleme (Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung, Qualität des Opferverhaltens bei § 253 I StGB, Anwendbarkeit von § 239 a und b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis, § 236 a StGB bei Verwendung fremder ec-Karten am Geldautomaten, Täterschaft bei fehlender Mitwirkung im Ausführungsstadium) besitzen höchste Examensrelevanz. Die Bedeutung des vorliegenden Falles für den Examenskandidaten kann deshalb gar nicht genug hervorgehoben werden. Deshalb erfolgt die Lösung des Falles auch in größerem Umfang als üblich.

**Vertiefungshinweise:**

- Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung: *BGHSt* 14, 368; *NStZ* 2002, 31; 2003, 604; *Otto*, *JZ* 1984, 143; *Geppert/Kubitzy*, *Jura* 1985, 276
- Zum Vorliegen von Betrug und Erpressung beim Abschwindeln oder Abnötigen von Geheimnummern: *Hecker*, *JA* 1998, 300; *Graul*, *Jura* 2000, 204,
- Zur Anwendbarkeit von §§ 239 a, b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis: *BGHSt* 40, 350; *Fahl*, *Jura* 1996, 456; *Hauf*, *NStZ* 1995, 184; *Müller-Dietz*, *JuS* 1996, 110; *Renzikowski*, *JR* 1998, 126; *Zöller*, *JA* 2000, 476:
- Zu § 263 a StGB beim Verwenden fremder ec-Karten am Geldautomaten: *BGH*, *NStZ* 2003, 650; *OLG Düsseldorf*, *NStZ-RR* 1998, 137; *OLG Köln*, *NStZ* 1991, 586; *Berghaus*, *JuS* 1990, 982; *Hilgendorf*, *JuS* 1999, 542; *Huff*, *NStZ* 1985, 438; *Meier*, *JuS* 1992, 1017; *Otto*, *wistra* 1986, 150; *Ranft*, *wistra* 1987, 79;

*Spahn*, *Jura* 1989, 513; *Steinhilper*, *GA* 1985, 114; *Thaeter*, *wistra* 1988, 339;

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Wankelmütigkeiten"
- Examenskurs*: "Der Bankräuber"
- Examenskurs*: "Der Besuch"
- Examenskurs*: "Missbrauch des Sparbuchs"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Die Kenntnis von der Geheimzahl einer EC-Karte stellt für sich allein betrachtet keine Vermögensposition dar. Wird jedoch eine Geheimnummer abgepresst, steht dem Täter die EC-Karte zur Verfügung und ist eine sofortige Abhebung des gesamten Guthabens geplant, so liegt ein Vermögensnachteil vor.**

**2. Bei § 239 a StGB ist innerhalb eines Zwei-Personen-Verhältnisses zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift von sonstigen Nötigungsdelikten ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten Teilakt des Sich-Bemächtigen - mit einer gewissen Stabilisierung der Lage - und dem zweiten Teilakt, der angestrebten Erpressung, erforderlich. Der Täter muss beabsichtigen, die durch das Sich-Bemächtigen für das Opfer geschaffene Lage für sein weiteres erpresserisches Vorgehen auszunutzen.**

**Sachverhalt (vereinfacht):**

Der A und die C lernten in einer Gaststätte den Witwer S kennen. Er nahm eine Einladung des A an, in dessen Wohnung noch ein Bier zu trinken. A und C hatten in Wahrheit vor, ihrem Gast das von diesem mitgeführte Geld notfalls auch mit Gewalt abzunehmen. Auf Anordnung des A setzte sich S in die Mitte der Wohnzimmercouch. A drehte das Radio laut und rammte ein spitzes Küchenmesser mit einer Klingenlänge von 25 cm vor S in die Tischplatte, um diesen einzuschüchtern. A und C setzten sich jeweils neben ihr Opfer. A forderte S vergeblich auf, ihm seine Geldbörse zu reichen. Er schlug mit der Faust zwei- bis dreimal gegen den Unterkiefer des S, nahm das im Couchtisch steckende Küchenmesser zur Hand, ritzte dem S über dessen Ohr die Kopfhaut an und setzte ihm die Spitze des Messers an den Hals. Der um sein Leben fürchtende S verharrte bewegungslos. A griff in die Innentasche der Jacke des Opfers und nahm dessen Brieftasche an sich. Er entnahm das gesamte Bargeld in Höhe von 25 Euro und die ec-Karte. Unter weiterer Bedrohung mit dem an den Hals gehaltenen Messer verlangte A die Bekanntgabe der Geheimzahl. S nannte die zutreffende Nummer. A schickte C mit der ec-Karte

und der Geheimzahl zum nächstgelegenen Geldautomaten, wo diese den gesamten verfügbaren Bargeldbetrag von 150 Euro abhob. A bedrohte S auf die bisherige Weise weiter bis zur Rückkehr der C.

Strafbarkeit von A und C?

[Anm.: §§ 242, 246 StGB sowie Straftaten des 23. und 27. Abschnitts sind nicht zu prüfen.]

**Lösung:**

*I. Tatkomplex: Das Geschehen in der Wohnung*

*A. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB bzgl. des Geldes und der ec-Karte*

*I. Tatbestand*

*1. Grundtatbestand (§§ 249 I, 25 II StGB)*

*a. Raubmittel*

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

*aa. Gewalt gegen eine Person*

A und C könnten zunächst Gewalt gegen den S angewandt haben.

Gewalt i.S.v. § 249 I StGB setzt einen körperlich wirkenden Zwang voraus zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (BGHSt 20, 195; 23, 126; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 4).

A hatte den S mit der Faust geschlagen und mit dem Messer geschnitten, um dessen Widerstand gegen den Verlust des Geldes zu überwinden, so dass eine Anwendung von Gewalt gegen eine Person gegeben ist.

*bb. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*

Durch die Schläge und Schnitte und dadurch, dass er dem S das Messer an den Hals setzte, hat A diesem auch - jedenfalls konkludent - mit der Beibringung weiterer, schwererer Verletzungen und somit mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht.

*b. Fremde bewegliche Sache*

Bei den von A und C erbeuteten 25 Euro und der ec-Karte müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Sowohl die Geldscheine und Münzen als auch die Karte stellen bewegliche Sachen dar. Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5). Sowohl die Geldscheine und Münzen als auch die ec-Karte standen im Eigentum

des S, sodass sie für A und C fremd waren. Denkbar wäre auch, dass die ec-Karte im Eigentum des Kreditinstituts stand; auch dann wäre sie jedoch für A und C fremd gewesen.

*c. Wegnahme*

A und C müssten diese Sachen weggenommen haben. Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2).

Umstritten ist jedoch, anhand welcher Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und mit dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen.

*aa. Rechtsprechung*

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung entsprechend dem Gesetzeswortlaut jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht; somit stelle § 249 I StGB eine lex specialis zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhalte (bei der das Opferverhalten dann im Dulden der Wegnahme bestehe, vgl. BGHSt 41, 123). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei dann nach dem äußeren Erscheinungsbild durchzuführen.

A hatte die Brieftasche des S, die dessen Bargeld und ec-Karte enthielt, selbst aus der Jackentasche des S genommen, was nach dem äußeren Erscheinungsbild eine Wegnahme darstellt. Nach der Rechtsprechung ist somit eine Wegnahme gegeben.

*bb. Herrschende Literatur*

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Genötigten bei einer (räuberischen) Erpressung (wie beim Betrug) stets eine Vermögensverfügung darstellen; da der Raub hingegen (wie der Diebstahl) eine Wegnahme voraussetze, stünden § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB - ebenso wie § 242 I StGB und § 263 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis; die Abgrenzung habe hier ebenfalls wie dort nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9 mwN).

Streitig ist jedoch auch innerhalb dieser Auffassung, wie die innere Willensrichtung des Opfers beschaffen sein muss, damit eine Verfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB gegeben ist.

*(1) I. Untermeinung*

Nach einer Auffassung innerhalb der Literatur liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB (und damit keine Verfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB) vor, wenn das Opfer glaubt, dass der Täter die Beute auch ohne seine

Mitwirkung erlangen würde, es sich selbst also nicht in einer "Schlüsselstellung" sieht (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 713, 731).

S wusste, dass es A und C auch ohne seine Mitwirkung möglich wäre, ihn zu überwältigen (oder auch zu töten) und ihm dann die von ihm bei sich geführten Sachen zu erlangen. Nach dieser Meinung liegt somit eine Wegnahme vor.

### (2) 2. Untermeinung

Nach einer anderen Auffassung ist eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB dann gegeben, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl als sich dem Willen des Täters unterzuordnen, weil Widerstand zwecklos sei (Krey, BT2, Rn. 314).

S fürchtete so sehr um sein Leben, dass er sogar bewegungslos verharrte. Somit kann davon ausgegangen werden, dass S sich nicht vorstellte, dass es sinnvoll wäre, nicht zu kooperieren, so dass auch nach dieser Auffassung eine Wegnahme gegeben ist.

### (3) 3. Untermeinung

Eine im Vordringen befindliche Auffassung vertritt, dass eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann vorliegt, wenn das Opfer nicht den Gewahrsam willentlich übertrage, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die Willentlichkeit des Opferverhaltens dienen soll (Rengier, BT2, § 11 Rn. 22 a; Biletzki, Jura 1995, 635).

Nach dem äußeren Erscheinungsbild ist hier eine Wegnahme gegeben (s.o.), so dass nach dieser Meinung kein willentliches Verhalten des S und somit eine Wegnahme gegeben ist.

### cc. Zwischenergebnis

Nach allen Auffassungen ist eine Wegnahme gegeben, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

### d. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

A und C müssten die Tat auch mittäterschaftlich i.S.v. § 25 II StGB, d.h. als gleichberechtigte Partner aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, begangen haben. Dies ist hier der Fall.

### e. Vorsatz

A und C haben auch vorsätzlich bzgl. der objektiven Tatumstände gehandelt.

### f. Finalzusammenhang

§ 249 I StGB setzt nach herrschender Meinung voraus, dass der Täter das Raubmittel einsetzt, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (sog. Finalzusammenhang); unbeachtlich ist hingegen, ob die Wegnahme hierdurch auch tatsächlich gefördert worden ist (BGHSt 18, 331; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 3 mwN; a.A.: (Kausalität erforderlich) SK-Günther, § 249 Rn. 36).

A und C müssten sich also vorgestellt haben, durch die Gewaltanwendung und die Drohung die Wegnahme zu ermöglichen. Das ist der Fall.

### g. Absicht rechtswidriger Zueignung

A und C müssten weiterhin die Absicht gehabt haben, sich das Geld und die ec-Karte rechtswidrig zuzueignen.

### aa. Zueignungsabsicht

Die Absicht rechtswidriger Zueignung setzt zunächst eine Zueignungsabsicht voraus, die ihrerseits in eine Aneignungs- und eine Enteignungskomponente zerfällt.

### (a) Aneignungsabsicht

Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen einzuverleiben (BGHSt 1, 262; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21).

A und C hatten die Absicht, das Bargeld auszugeben und die ec-Karte zu benutzen, um mit ihr am Geldautomaten weiteres Bargeld zu erlangen. Sie wollten also zumindest den Wert der Sachen jedenfalls vorübergehend ihrem Vermögen einverleiben. Aneignungsabsicht ist somit gegeben.

### (b) Enteignungswille

Die Zueignungsabsicht setzt weiter einen Enteignungswillen voraus, also den Willen, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (BGHSt 16, 190; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21).

Das Bargeld wollten A und C ausgeben und wussten somit, dass S es niemals zurückerhalten würde, so dass sie insofern einen Willen zur dauerhaften Enteignung besaßen.

Bzgl. der ec-Karte lässt der Sachverhalt offen, ob A und C vorhatten, diese dem S nach der Benutzung durch C zurückzugeben. Wäre dies der Fall, so wäre eine dauerhafte Enteignung des S bzgl. der Sachsubstanz von A und C nicht gewollt. Es käme dann allenfalls noch ein Wille zur dauerhaften Enteignung bzgl. des Sachwertes in Betracht. Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass in den Schutzbereich der §§ 242 I, 249 I StGB nicht jeder Wert der Sache fällt, sondern nur ein solcher, der der Sache unmittelbar anhaftet (sog. *lucrum ex re*, vgl. Stoffers, Jura 1995, 117; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 49 mwN). Ein Enteignungswille bzgl. des Sachwertes setzt somit voraus, dass die Täter der Sache den ihr unmittelbar innewohnenden Wert entziehen wollen. A und C wollten zwar die ec-Karte des S benutzen, um mit dieser Geld vom Konto des S abzuheben. Dies würde jedoch den der ec-Karte unmittelbar anhaftenden Wert nicht vermindern. Anders als bei einem Sparbuch, das selbst Auskunft gibt über die Höhe der Forderung (vgl. § 808 I 1 BGB), ist auf einer ec-Karte der Kontostand nicht ge-

speichert. Das *lucrum ex re* der ec-Karte liegt darin, mit dieser Karte an einem Geldautomaten Geld abheben zu können. Dieser Wert wäre der ec-Karte des S jedoch im Falle einer Rückgabe durch A und C nicht entzogen worden, da es S dann auch selbst grundsätzlich wieder möglich gewesen wäre, mit dieser Karte am Automaten Geld abzuheben. Dass der Kontostand des S durch die Abhebung gemindert wurde, stellt also keine Enteignung bzgl. der Karte selbst dar. Somit ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass A und C dem S die ec-Karte nach Gebrauch zurückgeben wollten, so dass sie diesbezüglich keinen Enteignungswillen hatten.

Eine Zueignungsabsicht ist somit nur bzgl. des Geldes gegeben.

#### *bb. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

Die vom Täter beabsichtigte Zueignung muss auch rechtswidrig sein, was dann der Fall ist, wenn der Täter keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Zueignung der Beute hat (BGHSt 17, 87; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 49 f.).

A und C hatten keinen Anspruch auf die Zueignung des Geldes, so dass die von ihnen beabsichtigte Zueignung rechtswidrig war.

#### *cc. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist auch ein entsprechender Vorsatz des Täters erforderlich (BGH, NJW 1990, 2832; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 49 f.).

Da A und C wussten, dass sie keinen Anspruch auf das Geld des S hatten, ist ein entsprechender Vorsatz gegeben.

#### *2. Qualifikation (§ 250 II Nr. 1 StGB)*

A und C könnten auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Dann müssten sie bei der Tat ein gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist jedenfalls ein solches, das objektiv gefährlich, also geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 44, 103; StV 1999, 646; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 7). Dies ist bei einem Messer der Fall.

A und C müssten das Messer auch verwendet haben.

“Verwenden” i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB umfasst jeden Gebrauch des Werkzeugs, insb. einen solchen im Rahmen einer Gewaltanwendung (BGH, NStZ 1998, 511; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 7). S war mit dem Messer geschnitten worden, was eine Gewaltanwendung darstellt (s.o.), so dass ein Verwenden des Messers gegeben ist.

Da A und C bzgl. der qualifizierenden Umstände auch

vorsätzlich handelten, haben sie den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht.

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### *III. Ergebnis*

A und C haben sich durch die Erlangung des Bargeldes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht.

#### *B. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlicher schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB bzgl. des Geldes*

Nach der Rechtsprechung stellt der Raub eine *lex specialis* zur räuberischen Erpressung dar, so dass in jedem Raub zwingend eine räuberische Erpressung mitverwirklicht ist, die jedoch hinter § 249 I StGB als *lex generalis* zurücktritt (BGHSt 14, 386; Sk-Günther, § 249 Rn. 10 ff.). Da A und C sich wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes strafbar gemacht haben, ist somit auch eine mittäterschaftliche schwere räuberische Erpressung mitverwirklicht, die jedoch zurücktritt.

Nach der herrschenden Literatur stehen Raub und räuberische Erpressung hingegen in einem Exklusivitätsverhältnis (Joecks, § 255 Rn. 4; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3). Da A und C einen mittäterschaftlichen schweren Raub begangen haben (s.o.), können sie somit nicht gleichzeitig noch den Tatbestand der mittäterschaftlichen räuberischen Erpressung verwirklicht haben.

Nach beiden Auffassungen ist somit eine isolierte Strafbarkeit von A und C gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB nicht gegeben.

#### *C. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB*

##### *I. Tatbestand*

##### *1. Grunddelikt: §§ 223 I, 25 II StGB*

A und C müssten den S gemeinschaftlich körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGH, NJW 1995, 2643; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3). Eine Gesundheitsschädigung besteht im Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6).

Durch die Schläge und die Schnitte mit dem Messer, die üble, unangemessene Behandlungen darstellen, wurden das Wohlbefinden und die körperliche Integrität des S erheblich beeinträchtigt. Auch stellt die ange-

ritzte Kopfhaut einen pathologischen Zustand dar. Diesen haben A und C aufgrund eines gemeinsamen Tatplans dem S gemeinschaftlich und vorsätzlich zugefügt.

A und C haben somit den Tatbestand der §§ 223 I, 25 II StGB erfüllt.

## 2. Qualifikation: § 224 I StGB

A und C könnten auch qualifizierende Tatbestandsmerkmale des § 224 I StGB verwirklicht haben.

### a. § 224 I Nr. 2 StGB

Das bei der Körperverletzung verwendete Messer könnte ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellen.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1987, 174; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5 mwN). Das Messer, das S an den Hals gehalten und mit dem ihm die Kopfhaut eingeritzt wurde, war insb. aufgrund der Verwendung im konkreten Fall geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen, sodass es ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 darstellt, mittels dessen die Körperverletzung begangen wurde.

### b. § 224 I Nr. 4 StGB

A und C könnten die Tat auch jeweils mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB begangen haben.

A und C haben die Körperverletzung als Mittäter, also als Beteiligte i.S.v. § 28 II StGB begangen (s.o.). Zwar sind die Verletzungen dem S ausschließlich von A zugefügt worden, während C lediglich daneben saß. Eine "gemeinschaftliche" Begehung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB setzt jedoch nicht voraus, dass alle Beteiligten dem Opfer eigenhändig Verletzungen zufügen, sondern nur, dass die Beteiligten dem Opfer zusammen gegenüberstehen, dieser sich also einer Vielzahl von Aggressoren gegenüber sieht und deshalb in seiner Verteidigungsbereitschaft eingeschränkt ist (BGH, NStZ 2000, 194; LK-Lilie, § 224 Rn. 35). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da es für S offensichtlich war, dass die bestehende Bedrohung von A und C gemeinsam ausging und C den A - wenn auch nicht durch eigene Verletzungshandlungen - bei seinem Tun unterstützen wollte.

### c. § 224 I Nr. 5 StGB

Die Schnitte, die dem S am Kopf zugefügt wurden, könnten auch eine lebensgefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

Im Rahmen von § 224 I Nr. 5 StGB ist streitig, ob eine konkrete Lebensgefahr eingetreten sein muss (so Stree, Jura 1980, 921; Schröder, JZ 1967, 522) oder ob eine lediglich abstrakte Lebensgefährdung ausreicht (so

BGH, NStZ-RR 1997, 67; LK-Lilie, § 224 Rn. 36). Bei einem Einritzen der Kopfhaut eines vor Angst starren Opfers dürfte allerdings auch bereits eine abstrakte Lebensgefahr zu verneinen sein. § 224 I Nr. 5 StGB liegt somit nicht vor.

### d. Vorsatz

Bezüglich der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs und der gemeinschaftlichen Begehung handelten A und C auch vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Ergebnis

A und C sind strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 25 II StGB.

### D. Strafbarkeit von A und C wegen Nötigung und Bedrohung in Mittäterschaft gem. §§ 240 I, 25 II StGB und §§ 241, 25 II StGB

Die von A und C mitverwirklichten Delikte gem. §§ 240 I, 25 II StGB und §§ 241, 25 II StGB treten - weil notwendig mitverwirklicht - hinter den (schweren) Raub zurück.

### E. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlicher schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB bzgl. der Geheimnummer

#### I. Tatbestand

##### 1. Grunddelikt: §§ 253 I, 255, 25 II StGB

###### a. Raubmittel

A und C haben sowohl Gewalt gegen S angewandt als auch diesem mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht (s.o.).

###### b. Opferverhalten

Fraglich ist, welche Anforderungen im Rahmen von §§ 253 I, 255 StGB an das Opferverhalten zu stellen sind.

###### aa. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung genügt als Opferverhalten im Rahmen der (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers (BGHBGH, NStZ 1999, 350; NStZ-RR 1997, 321). S hat hier seine Geheimnummer für die Benutzung der ec-Karte verraten, was eine Handlung darstellt.

Nach dieser Auffassung ist somit ein taugliches Opferverhalten gegeben.

###### bb. Herrschende Lehre (Verfügungstheorie)

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur setzt

die (räuberische) Erpressung - wegen ihrer strukturellen Nähe zu § 263 I StGB - als Opferverhalten stets eine Vermögensverfügung voraus (Trönbldle/Fischer, § 253 Rn. 9, § 255 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 709 mwN). Umstritten ist weiterhin innerhalb der Literatur, unter welchen Voraussetzungen eine Vermögensverfügung i.S.v. § 253 I (, 255) StGB gegeben ist.

#### (1) Enge Verfügungstheorie

Nach einer Auffassung ist der Begriff der Vermögensverfügung im Rahmen der (räuberischen) Erpressung genauso zu verstehen wie der der Verfügung beim Betrug, setzt also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers voraus, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Biletzki, Jura 1995, 636; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8 mwN). Ob die Preisgabe einer Geheimnummer, mit der eine ec-Karte am Automaten benutzt werden kann, eine unmittelbare Vermögensminderung bewirkt, wird innerhalb dieser Auffassung unterschiedlich betrachtet.

##### (a) 1. Untermeinung

Teilweise wird in der Preisgabe einer Geheimnummer noch keine unmittelbare Vermögensminderung (und damit keine Vermögensverfügung i.S.v. §§ 253 I, 263 I StGB) gesehen, da hierdurch nicht das Vermögen des Opfers unmittelbar gemindert, sondern lediglich dem Täter die Möglichkeit eröffnet werde, mit der ec-Karte am Automaten Geld abzuheben, also durch ein weiteres deliktisches Verhalten das Vermögen des Opfers zu mindern (Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 145; Hecker, JA 1998, 300; Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 732). Nach dieser Auffassung stellt es keine Vermögensverfügung und somit keine taugliches Opferverhalten i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB dar, dass S seine Geheimnummer A und C verrät.

##### (b) 2. Untermeinung

Die Gegenauffassung beruft sich darauf, dass i.R.v. § 263 I StGB anerkannt ist, dass eine Verfügung auch in einer konkreten Vermögensgefährdung bestehen kann (vgl. BGHSt 23, 300; NStZ 1998, 570; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 40 mwN); bei der gegebenen strukturellen Verwandtschaft von § 253 StGB und § 263 StGB müsste deshalb auch eine konkrete Vermögensgefährdung durch den Genötigten eine Vermögensverfügung darstellen. Verrät das Opfer jedoch dem Täter die Geheimnummer zur Benutzung einer ec-Karte so stellt dies - jedenfalls, sofern der Täter bereits im Besitz der Karte ist und das Opfer keine Möglichkeit hat, die Karte kurzfristig sperren zu lassen - eine konkrete Vermögensgefährdung dar (Seier, JA 1984, 441; Graul, Jura 2000, 204), da der Täter dann jederzeit an einem Geldautomaten Bargeld abheben kann.

A und C waren bereits im Besitz der ec-Karte des S, als sie von diesem die Geheimnummer erfuhren. Auch

blieb A bei S während C das Geld abhob, so dass S auch nicht die Möglichkeit hatte, die Karte telefonisch sperren zu lassen. Also ist bereits mit der Preisgabe der Geheimnummer eine konkrete Gefährdung des Vermögens des S und somit eine Vermögensverfügung und deshalb auch ein taugliches Opferverhalten gegeben.

*[Anm.: Zu dem selben Ergebnis kommt im vorliegenden Fall der BGH, der die Problematik - nach seinem Verständnis von §§ 253 I, 255 StGB folgerichtig - erst unter dem Punkt "Vermögensnachteil" anspricht: "Der Angeklagte hat - unter Aufrechterhaltung der Bemächtigungssituation - S durch den Messereinsatz mit gegenwärtiger Lebensgefahr genötigt, ihm die Geheimnummer bekanntzugeben. Dadurch hat er dem Vermögen des Genötigten einen Nachteil zugefügt. Zwar verkörpert die Kenntnis von der Geheimzahl für sich allein betrachtet keine Vermögensposition (vgl. BGHR StGB § 263 a Konkurrenzen 1 m.w.N.). Vorliegend stand dem Angeklagten aber bereits die EC-Karte des S zur Verfügung, so dass die zusätzlich erlangte Kenntnis von der Geheimzahl die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf den Auszahlungsanspruch des Berechtigten gegen die die EC-Karte akzeptierenden Banken eröffnete. Diese Vermögensposition war unmittelbar gefährdet, weil eine sofortige Abhebung des gesamten Guthabens geplant war (vgl. BGHR aaO). Die Gefährdung wurde durch die von der Mittäterin C vollzogene und somit dem Angeklagten zuzurechnende Abhebung zum Schadenseintritt vertieft (vgl. BGHR aaO), indem der Auszahlungsanspruch zum Erlöschen gebracht wurde. S hätte über sein Guthaben nach der erfolgten und automatisch zu Lasten seines Kontos gebuchten Abhebung zunächst nicht mehr verfügen können. Freilich hätte S gegen seine Bank ein Anspruch auf Rückbuchung des Auszahlungsbetrages und Wiederherstellung seines Guthabens zugestanden (vgl. BGHZ 145, 337, 339 f.), der aber der Annahme eines Vermögensnachteils im Sinne des § 253 StGB nicht entgegensteht, sondern lediglich einen möglichen Schadensausgleich eröffnet, weil die Verwirklichung des Anspruchs von einer neuen Initiative des zudem darlegungs- und ggf. beweispflichtigen Kontoinhabers S abhängig war.]*

#### (2) Weite Verfügungstheorie

Nach einer anderen Auffassung ist der Begriff der "Vermögensverfügung" bei der (räuberischen) Erpressung insofern anders zu verstehen als beim Betrug, als dass eine Verfügung i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB nicht voraussetzt, dass das Verhalten des Opfers unmittelbar vermögensmindernd wirkt; eine mittelbar vermögensmindernde Wirkung soll insofern ausreichen, sofern das Opfer seine Mitwirkung für unerlässlich hält (Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3; Tenckhoff, JR 1974, 489; Küper, NJW 1979, 956).

Durch die Preisgabe der Geheimnummer hat S es A und C ermöglicht, auf sein Konto zuzugreifen und dort Geld abzuheben, also mittelbar sein Vermögen gemindert. S wusste auch, dass A und C darauf angewiesen waren, dass er ihnen die Geheimnummer verriet, da sie sonst keine Möglichkeit gehabt hätten, diese in Erfahrung zu bringen und deshalb nicht auf sein Konto hätten zugreifen können. Nach dieser Auffassung ist ein taugliches Opferverhalten gegeben.

#### *cc. Stellungnahme*

Gegen die erste Untermeinung innerhalb der strengen Verfügungstheorie spricht, dass diese den Ausgangspunkt der Verfügungstheorie als solchen - die parallele Struktur von Betrug und Erpressung - an entscheidender Stelle ignoriert. Wenn die Verwandtschaft von § 253 I StGB und § 263 I StGB dazu zwingt, auch bei der Erpressung (ebenso wie beim Betrug) eine Vermögensverfügung als Opferverhalten zu verlangen, dann ist es nicht ersichtlich, warum die Anforderungen an diese andere sein sollten. Da aber beim Betrug unstrittig eine konkrete Vermögensgefährdung für die Annahme einer Verfügung ausreicht, muss dies logischerweise auch bei der Erpressung der Fall sein. Dann kann man aber nicht ernsthaft daran zweifeln, dass es eine konkrete Gefährdung des Vermögens des Kontoinhabers darstellt, wenn jemand, der bereits im Besitz der ec-Karte ist, die dazugehörige Geheimnummer erfährt und somit die Möglichkeit hat, jederzeit an einem der überall vorhandenen Geldautomaten auf das Konto zuzugreifen. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn das Opfer - wie im vorliegenden Fall - auch keine Möglichkeit mehr hat, die Karte vor der Benutzung durch den Täter sperren zu lassen. Diese Auffassung ist somit abzulehnen. Nach allen anderen Auffassungen ist ein taugliches Opferverhalten gegeben, so dass eine weitere Streitentscheidung entbehrlich ist.

#### *c. Vermögensnachteil*

A und C müssten dem Vermögen des S einen Nachteil zugefügt haben.

Der Begriff des Vermögensnachteils i.S.v. § 253 I StGB entspricht demjenigen des Vermögensschadens i.S.v. § 263 I StGB (BGH, NStZ-RR 1998, 233; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 4). Ein solcher liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers oder eines Dritten nach dem Opferverhalten verringert wurde, d.h. wenn das Opfer nach der Tat über weniger Vermögen verfügt als vorher; dies ist im Wege eine sog. "Gesamtsaldierung" aller Vermögenswerte des potenziell Geschädigten zu ermitteln (BGHSt 3, 102; NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70).

Da das Vermögen des S durch die Preisgabe der Geheimnummer gemindert wurde (s.o.), wäre ein Vermögensnachteil nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines Äquivalentes ausgeglichen worden wäre. S hat jedoch keinen Aus-

gleich erhalten, so dass ein Vermögensnachteil vorliegt.

#### *d. Kausalität*

Die erforderliche Kausalität der Raubmittelanwendung für das Opferverhalten und des Opferverhaltens für den Vermögensnachteil ist gegeben.

#### *e. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)*

Auch bzgl. der räuberischen Erpressung handelten A und C als Mittäter, da sie aufgrund eines - spontan gefassten - gemeinsamen Tatplans als gleichberechtigte Partner zusammenwirkten.

#### *f. Vorsatz*

A und C handelten auch vorsätzlich.

#### *g. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung*

A und C müssten zunächst in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Sie wollten sich selbst die Möglichkeit verschaffen, durch Kenntnis der Geheimnummer des S unter Verwendung von dessen ec-Karte - die sie bereits in ihrem Besitz hatten - auf dessen Konto zuzugreifen. Diese faktische Verfügungsmöglichkeit stellt einen Vermögensvorteil dar, so dass A und C mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

Die i.R.v. § 253 I StGB beabsichtigte Bereicherung muss des weiteren stoffgleich sein, d.h. der vom Täter beabsichtigte Vorteil muss das Spiegelbild des Nachteils darstellen, was dann der Fall ist, wenn beide aus demselben Opferverhalten resultieren (BGH, NStZ 2002, 254; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 20). Hier entsprach der Vorteil, den A und C für sich wollten - die Möglichkeit, durch Kenntnis der Geheimnummer auf das Konto des S zuzugreifen - genau dem Nachteil, den der S erlitt (s.o.); beide beruhen auch auf demselben Verhalten des S, der Preisgabe der Geheimnummer.

Schließlich müsste die beabsichtigte Bereicherung auch rechtswidrig sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie der Rechtsordnung widerspricht, also dann, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (Joecks, § 253 Rn. 17). A und C hatten keinen Anspruch auf Mitteilung der Geheimnummer, so dass die beabsichtigte Bereicherung auch rechtswidrig war.

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich (BGH, NStZ 2002, 481; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 14 a mwN). A und C wussten, dass sie keinen Anspruch auf Preisgabe der Geheimnummer hatten, so dass diese Voraussetzung auch vorliegt.

A und C haben also in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

## 2. Qualifikation (§ 250 II Nr. 1 StGB)

A und C haben bei der Tat vorsätzlich ein gefährliches Werkzeug verwendet (s.o.) und somit auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

A und C sind strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB.

## F. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlicher Nötigung und Bedrohung gem. §§ 240 I, 25 II StGB und §§ 241, 25 II StGB

Auch hinter die (schwere) räuberische Erpressung treten die mitverwirklichten §§ 240 I, 25 II StGB und §§ 241, 25 II StGB zurück.

## G. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlichen erpresserischen Menschenraubs gem. §§ 239 a I 1. Fall, 25 II StGB

### I. Tatbestand

#### 1. Tathandlung

##### a. Entführen

A und C könnten S entführt haben.

Ein Entführen i.S.v. § 239 a I StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer gegen seinen Willen an einen anderen Ort verbringt, an dem es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (BGHSt, NSTZ 1994, 283; SK-Horn, § 239 a Rn. 4).

A und C saßen die ganze Zeit mit S in dessen Wohnzimmer. Sie haben ihn nicht an einen anderen Ort verbracht, so dass ein Entführen nicht gegeben ist.

##### b. Sich-Bemächtigen

A und C könnten sich jedoch des S bemächtigt haben.

Der Täter bemächtigt sich des Opfers, wenn er die physische Herrschaftsgewalt über den Körper des anderen erlangt (BGH, NSTZ 1996, 277; Renzikowski, JZ 1994, 492).

Da S zwischen A und C eingeklemt saß und diese (insb. A) gegen S auch Gewalt anwandten, sogar unter Verwendung eines Messers, war die körperliche Herrschaft von A und C über den S so stark, dass das Verhalten der beiden ein Sich-Bemächtigen i.S.v. § 239 a I StGB darstellt.

## 2. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

A und C haben die Tat auch als gleichberechtigte Partner aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also als Mittäter, begangen.

## 3. Anwendbarkeit von § 239 a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis

Nach dem Wortlaut von § 239 a I StGB ist der Tatbestand zwar eigentlich ohne Einschränkung auch in Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar, da er auch die Fälle erfasst, in denen der Täter das Opfer entführt oder sich seiner bemächtigt, um "die Sorge des Opfers um sein Wohl" auszunutzen; ein Dreiecksverhältnis wird somit nicht zwingend vorausgesetzt. Jedoch hätte eine uneingeschränkte Anwendung von § 239 a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis zur Folge, dass Fälle, die bereits von §§ 249 I; 255 StGB erfasst werden, auch unter § 239 a StGB fallen würden, so dass dessen höherer Strafrahmen letztlich die anderen (im 2-Personen-Verhältnis aber typischeren) Normen verdrängen würde.

Rechtsprechung und herrschende Lehre lösen dieses Problem, indem sie den Charakter von § 239 a StGB als unvollkommen zweiaktiges Delikt betonen und zwischen dem (objektiv verwirklichten) Teilakt des Entführens oder Sich-Bemächtigen und dem (in die Tätersvorstellung verlegten) Teilakt der angestrebten weiteren Erpressung einen funktionalen Zusammenhang verlangen (BGH, StV 1997, 302; Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 7); dieser soll dann vorliegen, wenn die Bemächtigungssituation eine eigenständige Bedeutung erlangt, wenn also die Lage, die der Täter ausnutzen will, zuvor eine gewisse Stabilisierung erfahren soll (BGH, NJW 1997, 1082; Heinrich, NSTZ 1997, 368).

Auch im vorliegenden Fall stellt sich diese Problematik, da zwar drei Personen beteiligt sind, aber A und C als Mittäter (s.o.) zusammen betrachtet werden müssen und sich ihre Tat jedenfalls nur gegen ein Opfer (den S) wendet.

Der BGH führt hierzu aus: "Für eine Strafbarkeit nach § 239 a StGB ist in der hier - selbstverständlich auch bei zwei Tätern - gegebenen Fallgestaltung eines Zwei-Personen-Verhältnisses zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift von sonstigen Nötigungsdelikten ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten Teilakt des Sich-Bemächtigen - mit einer gewissen Stabilisierung der Lage - und dem zweiten Teilakt, der angestrebten Erpressung, erforderlich. Der Täter muss beabsichtigen, die durch das Sich-Bemächtigen für das Opfer geschaffene Lage für sein weiteres erpresserisches Vorgehen auszunutzen (vgl. BGHSt 40, 350, 355; BGHR StGB § 239 a Anwendungsbereich 1 m.w.N.)."

Vorliegend hat sich der Angeklagte seines Opfers bemächtigt, indem er es unter anhaltender, vor Beginn der Raub- und Erpressungshandlungen einsetzender Bedrohung mit dem Messer in seiner physischen Gewalt hielt (vgl. BGHSt 26, 70, 72; BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Konkurrenzen 1). Hiermit begründete er die erforderliche Stabilität der Bemächtigungssituation."

§ 239 a I StGB ist somit hier anwendbar.

### 3. Vorsatz

A und C handelten vorsätzlich.

### 4. Absicht, die Sorge des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen

A und C müssten die Absicht gehabt haben, die von ihnen geschaffene Bemächtigungssituation und die daraus entstehende Sorge des S um sein Wohl zu einer Erpressung i.S.v. § 253 StGB auszunutzen.

A und C hatten ursprünglich nicht geplant, die Sorge des S dazu auszunutzen, die Bekanntgabe der Geheimnummer zu bewirken, was eine Erpressung darstellt (s.o.). Sie hatten eigentlich nur die Absicht, von ihm die mitgeführten Wertsachen zu erlangen, was einen (schweren mittäterschaftlichen) Raub darstellt (den sie ja auch tatsächlich begingen, s.o.).

#### a. Herrschende Lehre

Nach der herrschenden Lehre stehen § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB in einem Exklusivitätsverhältnis. Danach kommt § 239 a I StGB hier nicht in Betracht, da A und C die Zwangslage des S gerade nicht zu einer (räuberischen) Erpressung ausnutzen wollten, sondern zu einem Raub. Einschlägig wäre insofern statt dessen § 239 b StGB.

#### b. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung stellt § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, d.h. jeder Raub enthält immer auch eine räuberische Erpressung. Insofern beinhaltet die Absicht der Täter, die Sorge des Opfers zu einem Raub auszunutzen, die Absicht zur Ausnutzung zu einer (räuberischen) Erpressung (BGH, NStZ 2003, 604).

Folgerichtig stellt der BGH im vorliegenden Fall fest: "Der Angeklagte hat auch beabsichtigt, die Bemächtigungssituation zu einer Erpressung auszunutzen. Zwar ist offen geblieben, ob der Angeklagte nach Einsatz des Messers damit rechnete, S werde ihm die verlangte Geldbörse übergeben, oder ob er von vornherein vorhatte - wie es später geschehen ist -, den Geldbeutel selbst wegzunehmen. Im ersten Fall hätte der Angeklagte eine schwere räuberische Erpressung beabsichtigt und im zweiten Fall - wie es das Landgericht wegen des weiteren Tatverlaufs zutreffend angenommen hat - einen schweren Raub. In beiden Fällen hätte der Angeklagte aber tatbestandlich auch eine Erpressung beabsichtigt, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Tatbestand der Erpressung den des Raubes mit umfasst (vgl. BGHSt 14, 386, 390; BGHR StGB § 239 a Anwendungsbereich 1)."

#### c. Stellungnahme

Für die herrschende Lehre spricht die strukturelle Verwandtschaft der räuberischen Erpressung zum Betrug. In beiden Fällen handelt es sich um Selbstschädigungsdelikte, die mit Hilfe des Tatbestands-

merkmals der Vermögensverfügung zu den ihnen jeweils nahe stehenden Fremdschädigungsdelikten Raub und Diebstahl abgegrenzt werden können. Diesem Argument der Literatur begegnet der BGH zu Recht, indem betont, dass § 253 I StGB eindeutig auf dem Tatbestand des § 240 I StGB aufbaut und dieser keine Vermögensverfügung voraussetzt. Für die Rechtsprechung spricht weiter, dass nach allgemeiner Ansicht *vis absoluta* (z.B. das K.O.-Schlagen des Opfers) ein taugliches Tatmittel im Rahmen des Raubes darstellt. Trotz des insofern identischen Wortlauts ("Gewalt gegen eine Person") von § 249 I StGB und § 253 I, 255 StGB käme nach herrschender Lehre bei *vis absoluta* eine räuberische Erpressung nicht in Betracht, da diese Form der Gewalt eine (willentliche) Vermögensverfügung durch das Opfer letztlich unmöglich macht. Der brutalere Täter wird somit von der Literatur faktisch privilegiert. So können nach der Literatur Strafbarkeitslücken in den Fällen auftreten, in denen der Täter ohne Zueignungsabsicht eine fremde bewegliche Sache unter Anwendung von Raubmitteln wegnimmt. Während dem BGH hier in aller Regel der Rückgriff auf §§ 253 I, 255 StGB verbleiben wird, kann die Literatur dann nur eine Strafbarkeit wegen Vergehen (z.B. §§ 223, 240 I StGB) annehmen. Der Rechtsprechung ist somit zu folgen.

A und C haben in der für § 239 a I StGB erforderlichen Absicht gehandelt.

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Ergebnis

A und C sind strafbar gem. §§ 239 a I, 25 II StGB.

*H. Strafbarkeit von A und C wegen mittäterschaftlicher Geiselnahme gem. §§ 239 b I 1. Fall, 25 II StGB*  
§§ 239 b I 1. Fall, 25 II StGB tritt hinter die speziellere Strafbarkeit gem. §§ 239 a I 1. Fall, 25 II StGB zurück (BGH, NStZ 2003, 604).

### 2. Tatkomplex: Das Abheben des Geldes

#### A. Strafbarkeit der C

##### I. Strafbarkeit der C wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch das Abheben des Geldes

Ein Betrug i.S.v. § 263 I StGB gegenüber dem Geldautomaten scheidet bereits an der Tathandlung des Betrugs, der Täuschung. Eine solche setzt nämlich eine intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen voraus, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen herbeizuführen (Joecks, § 263 Rn. 22; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 6). Bei dem Geldautomaten handelt es sich jedoch nicht um "einen anderen" im Sinne dieser Definition, auch besitzt er keinen Intellekt, auf den die Täterin einwirken könnte,

so dass eine Täuschung und damit ein Betrug nicht gegeben sind. Auch ein computervermittelter Irrtum scheidet aus, da zwischen Dateneingabe und Auszahlung keine prüfende Person geschaltet ist (vgl. OLG Schleswig, NJW 1986, 2653).

## II. Strafbarkeit der C wegen Computerbetrugs gem. § 263 a I 3. Fall StGB durch Abheben des Geldes

### 1. Tatbestand

#### a. Tathandlung: unbefugte Verwendung von Daten (§ 263 a I 3. Fall StGB)

C könnte durch Benutzung der ec-Karte des S und von dessen Geheimnummer unbefugt Daten verwendet haben.

Daten i.S.v. § 263 a StGB sind codierte, auf einen Datenträger fixierte Informationen (Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 602; Haft, NSTZ 1987, 8). Auf dem Magnetstreifen der ec-Karte sind in codierter Form Konto- und Geheimnummer, also Daten, fixiert gespeichert, Diese Daten hat C auch dadurch, dass sie die Karte in den Automaten einschob, verwendet.

Fraglich ist jedoch, ob diese Verwendung "unbefugt" i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB ist. Wann eine Verwendung von Daten unbefugt im Sinne dieser Vorschrift ist, ist streitig.

#### aa. 1. Meinung

Nach einer Auffassung ist eine unbefugte Verwendung von Daten bei jeder vertragswidrigen, dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Rechtsguthabers widersprechenden Datenverwendung gegeben (Otto, BT, § 52 Rn. 40; LK-Tiedemann, § 263 a Rn. 42 ff. mwN). Da eine Verwendung der ec-Karte des S durch C weder dem Willen des S entspricht noch dem der Bank (die es ihren Kunden ja untersagt, die ec-Karten an Dritte weiterzugeben), ist nach dieser Auffassung eine unbefugte Datenverwendung gegeben.

#### bb. 2. Meinung

Eine andere Auffassung vertritt eine "computerspezifische" Lösung; nach dieser ist eine Datenverwendung nur dann unbefugt, wenn sich ein entgegenstehender Wille des Rechtsguthabers gerade - durch programmspezifische Sicherungen - im Programm niedergeschlagen hat und diese Sicherungen durch das Handeln des Täters überwunden werden (OLG Celle, CR 1989, 1003; Achenbach, JR 1994, 295; Neumann, StV 1996, 375).

C verwendet zwar mit den auf der ec-Karte gespeicherten Daten solche, die sie eigentlich nicht verwenden darf, jedoch in einer dem Programm entsprechenden Weise, da sie eine echte ec-Karte in Verbindung mit der passenden Geheimnummer zur Abhebung verwendet, was dem Programm entspricht. Ob der Verwender der ec-Karte auch wirklich der Berechtigte ist,

wird durch den Computer nicht geprüft. Eine unbefugte Datenverwendung liegt nach dieser Auffassung nicht vor.

#### cc. 3. Meinung

Nach herrschender Meinung ist das Merkmal "unbefugt" betrugsspezifisch auszulegen; eine Verwendung ist demnach unbefugt, wenn ein entsprechendes Verhalten gegenüber einem Menschen eine Täuschung i.S.v. § 263 I StGB darstellen würde (BGH, NJW 2002, 905; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 a Rn. 2; Tröndle/Fischer, § 263 a Rn.m 11 mwN).

Würde C unter Vorlage der ec-Karte und Angabe der Geheimnummer von einem Menschen (z.B. einem Bankangestellten) die Auszahlung des Geldes verlangen, würde sie - zumindest konkludent - behaupten, dass sie zu einer solchen Abhebung berechtigt wäre, was eine Täuschung darstellen würde. Ein täuschungsähnliches Verhalten und damit eine unbefugte Verwendung i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB ist somit gegeben.

#### dd. Stellungnahme

Durch die Einführung des § 263 a StGB wollte der Gesetzgeber Lücken im Rahmen des Betruges schließen, die dadurch entstehen, dass dieser stets ein Auftreten gegenüber einem Menschen voraussetzt, was infolge der zunehmenden technischen Möglichkeiten heute im Geschäftsverkehr immer seltener wird. Deshalb erscheint es unsinnig, mit der 2. Meinung einen Ansatz zu vertreten, der dazu führt, dass der bedeutendste Fall des § 263 a I 3. Fall StGB, die Verwendung fremder ec-Karten am Automaten, den diese Norm aber gerade erfassen sollte (vgl. BT-Drs. 10/318 S. 4), nicht darunter fällt. Die computerspezifische Lösung ist somit abzulehnen. Da nach beiden anderen Auffassungen eine unbefugte Datenverwendung gegeben ist, ist eine weitere Streitentscheidung entbehrlich.

#### b. Dadurch Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

C müsste durch die Verwendung der ec-Karte des S einen Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst haben. Wann dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, ist streitig.

#### aa. Minderheitsmeinung

Nach einer Auffassung setzt die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs stets voraus, dass der Täter in einen bereits laufenden Datenverarbeitungsvorgang eingreift (Kleb-Braun, JA 1986, 259; Ranft, wistra 1987, 83; Jungwirth, MDR 1987, 543).

Da C durch das Einführen der ec-Karte des S in den Geldautomaten den dort stattfindenden Datenverarbeitungsvorgang erst in Gang gesetzt hat, ist nach dieser Auffassung eine Beeinflussung des Ergebnisses eines

Datenverarbeitungsvorgangs nicht gegeben.

#### *bb. Herrschende Meinung*

Die herrschende Meinung sieht auch das Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs als taugliche Tat handlung an (BGH, NJW 1992, 445; BayObLG, JR 1994, 289; Tröndle/Fischer, § 263 a Rn. 20).

Danach wäre hier ein Beeinflussen des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs durch C gegeben.ö

#### *cc. Stellungnahme*

Beim Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs handelt es sich um die stärkste Form der Beeinflussung, so dass nicht ersichtlich ist, warum gerade diese den Tatbestand des § 263 a I StGB nicht erfüllen soll. Außerdem wäre es durchaus denkbar, dass der Datenverarbeitungsvorgang in einem Geldautomaten bereits in dem Zeitpunkt beginnt, in dem dieser angeschaltet wird; dann würde jeder Verwender einer ec-Karte in einen laufenden Datenverarbeitungsvorgang eingreifen. Schließlich ist nicht ersichtlich, warum bei der gebotenen betrugsnahen Auslegung von § 263 a StGB (s.o.) gerade die Fallgruppe nicht erfasst werden soll, die der typischen Betrugshandlung - dem Hervorrufen eines Irrtums - entspricht. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. C hat das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst.

#### *3. Dadurch Vermögensschaden*

C müsste durch ihr Verhalten das Vermögen eines anderen geschädigt haben. Ein Vermögensschaden ist bei § 263 a StGB - ebenso wie bei § 263 StGB - dann gegeben, wenn das Opfer durch die Beeinflussung des Datenverarbeitungsvorgangs eine Vermögensminderung erfahren hat, die nicht durch den Zufluss eines Äquivalents ausgeglichen worden ist (Joecks, § 263 a Rn. 38; LK-Tiedemann, § 263 a Rn. 70 mwN).

Durch das Abheben des Geldes am Automaten mindert C das Vermögen des Kreditinstituts, das die Möglichkeit verliert, über die ausgezahlten Geldscheine zu verfügen. Zwar wird die Bank das Konto des S mit einem entsprechenden Betrag belasten, dieser hat jedoch, da ihn insb. auch keine Sorgfaltspflichtverletzung bzgl. der Erlangung der Karte durch A und C trifft, einen Rückbuchungsanspruch gegen die Bank (BGHZ 121, 98; NJW 2001, 286), so dass deren Verlust des Geldes letztendlich nicht kompensiert wird. Geschädigt wird durch die Abhebung des Geldes somit das Kreditinstitut (so auch BGH, NJW 2001, 1508). Ein Vermögensschaden ist damit eingetreten.

#### *4. Vorsatz*

C handelte vorsätzlich.

#### *5. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung*

Der Täter des § 253 a StGB muss - ebenso wie derjeni-

ge des § 263 StGB - in der Absicht handeln, sich einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen (Tröndle/Fischer, § 263 a Rn. 25).

C handelte in der Absicht, sich den Besitz an den ausgezahlten Geldscheinen und damit einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Da der von C begehrte Vorteil (Erlangung des Geldes) auch das Spiegelbild des bei der Bank entstandenen Schadens (s.o.) darstellt, ist die beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich. Dieser Vorteil war rechtswidrig, da sie Anspruch darauf hatte, was sie auch wusste. C hat somit in der für § 263 a StGB erforderlichen Absicht gehandelt.

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

C handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### *III. Ergebnis*

C ist strafbar gem. § 263 a I 3. Fall StGB.

#### *III. Strafbarkeit der C wegen Missbrauchs von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266 b I StGB durch Abheben des Geldes*

Tauglicher Täter des § 266 b I StGB ist nur derjenige, dem die Scheck- oder Kreditkarte vom entsprechenden Kreditinstitut überlassen wurde, d.h. nur der berechnigte Karteninhaber (BGH, NSStZ 1992, 279; NK-Kindhäuser, § 266 b Rn. 5; Wessels/Hillenkamp, Rn. 792). Im vorliegenden Fall käme somit nur S als Täter des § 266 b StGB in Betracht, nicht jedoch C.

#### *B. Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlichen Computerbetrugs gem. §§ 263 a I 3. Fall, 25 II StGB*

##### *I. Tatbestand*

##### *1. Tathandlung: unbefugte Verwendung von Daten (§ 263 a I 3. Fall)*

A selbst hat überhaupt keine Daten verwendet. Jedoch hat C durch die Benutzung der ec-Karte des S am Automaten unbefugt Daten verwendet (s.o.). Diese Handlung der C würde A über § 25 II StGB zugerechnet, wenn er auch bzgl. dieses Delikts als Mittäter der C anzusehen wäre.

##### *a. Eigene Täterschaft des A*

Es könnte fraglich sein, ob A überhaupt eine Stellung als Täter hatte, da er bei der Begehung des Computerbetrugs - anders als bei den in der Wohnung des S begangenen Delikten - nicht selbst zugegen war. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine (Mit-) Täterschaft angenommen werden kann, wenn einer der Beteiligten bei der eigentlichen Tatausführung gar nicht zugegen ist, ist streitig.

##### *aa. Tatherrschaftslehre*

Nach der in der Literatur herrschenden Tatherrschaftslehre (oder materiell-objektiven Theorie) setzt eine

Täterschaft voraus, dass der Täter einen wesentlichen Beitrag leistet und hierdurch das Geschehen in den Händen hält, so dass er die Zentralfigur der Tat bildet (Joecks, § 25 Rn. 25). Ob eine Tatherrschaft eine eigene Mitwirkung im Ausführungsstadium voraussetzt (so SK-Samson, § 25 Rn. 121; Roxin, JA 1979, 522) oder auch dann gegeben sein kann, wenn der Täter lediglich im Vorbereitungsstadium mitwirkt (so die h.M., vgl.; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 66 mwN), kann dahinstehen, da A im Ausführungsstadium wesentliche eigene Beiträge leistet. Zwar ist A nicht selbst mit C zum Geldautomaten gegangen, er hat jedoch während der ganzen Zeit den S weiter bedroht, damit dieser nicht beim Kreditinstitut anrufen und seine ec-Karte sperren lassen konnte. Somit hat A einen wichtigen Beitrag im Ausführungsstadium geleistet, der die Begehung des Computerbetruges erst ermöglicht hat. Da eine eigene Anwesenheit am Tatort heute wohl einhellig nicht mehr gefordert wird (vgl. Roxin, JA 1979, 522), sind somit die Voraussetzungen der Tatherrschaft und somit eine eigene Täterschaft des A gegeben.

#### *bb. Eingeschränkt-subjektive Theorie*

Nach der von der Rechtsprechung vertretenen eingeschränkt-subjektiven Theorie reicht für eine Täterschaft objektiv die Erbringung irgend eines Beitrages aus, sofern der Täter diesen mit Täterwillen (*animus auctoris*) erbringt, wobei derjenige Täterwillen hat, der 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 Taterfolg, Art und Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder zumindest der Wille hierzu (BGHSt 37, 291; Tröndle/Fischer, Vor § 25 Rn. 2 a mwN).

A hatte hier nicht nur Tatherrschaft (s.o.), sondern auch ein erhebliches eigenes Interesse am Taterfolg, da er sich bei naheliegender Sachverhaltsauslegung auch einen Teil der Beute versprach. Auch nach der eingeschränkt-subjektiven Theorie wäre A somit selber Täter.

So sieht es auch der BGH: "Nach den bisherigen Feststellungen hat sich der Angeklagte des weiteren durch das von der Mittäterin absprachegemäß vorgenommene Abheben des gesamten Guthabens in Höhe von 150 Euro [...] wegen (gemeinschaftlichen) Computerbetrugs gemäß § 263 a StGB strafbar gemacht (vgl. BGHSt 47, 160, 162 m.w.N.)."

#### *cc. Zwischenergebnis*

Da nach beiden Auffassungen eine eigene Täterschaft des A gegeben ist, ist eine Streitentscheidung entbehrlich.

#### *b. Mittäterschaft*

A müsste die Tat mit C auch mittäterschaftlich, d.h. in gemeinschaftlicher Begehung aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, begangen haben. Dies ist der Fall

Die Tathandlung der C ist A somit gem. § 25 II StGB zuzurechnen.

#### *2. Dadurch Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs*

Durch die Tathandlung ist es auch zu einer Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs gekommen (s.o.).

#### *3. Dadurch Vermögensschaden*

Das Vermögen der Bank wurde geschädigt (s.o.).

#### *4. Vorsatz*

A handelte auch vorsätzlich.

#### *5. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung*

Ebenso wie C handelte auch A in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

Das Verhalten des A war rechtswidrig und schuldhaft.

#### *III. Ergebnis*

A ist strafbar gem. §§ 263 a I 3. Fall, 25 II StGB.

#### *3. Tatkomplex: Die Planung*

Durch die Planung des entsprechenden Vorgehens haben A und C sich auch wegen Verabredung zum Verbrechen des schweren Raubes bzw. des erpresserischen Menschenraubes (§§ 30 II, 249, 250 II Nr. 1 StGB bzw. §§ 30 II, 239 a I StGB) strafbar macht. Die Verbrechenverabredung tritt jedoch hinter die Strafbarkeit wegen der Begehung der geplanten Verbrechen zurück (BGH, StV 2000, 137; Tröndle/Fischer, § 30 Rn. 16).

#### *4. Konkurrenzen und Ergebnis*

Hierzu der BGH: "Bei alledem ist schon unter dem Gesichtspunkt natürlicher Handlungseinheit Tateinheit für sämtliche während des noch andauernden erpresserischen Menschenraubes begangenen Begleitdelikte [...] anzunehmen." Da auch während der Begehung des Computerbetrugs durch C das Sich-Bemächtigen i.S.v. § 239 a StGB fort dauerte, stehen sämtliche von A und C begangenen Delikte in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander. A und C sind somit strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II; 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II; 239 a I, 25 II; 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 25 II; 263 a I 3. Fall, 25 II StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Battis, Ulrich / Grigoleit, Joachim: "Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2004, 3459 (Heft 48)
<b>Inhalt:</b>	Die RA hat bereits mehrfach, u.a. zweimal in diesem Jahr, über den Konflikt zwischen dem OVG Münster und dem BVerfG zum Verbot rechtsgerichteter Demonstrationen wegen eines Verstoßes gegen die "öffentliche Ordnung" berichtet (vgl. zuletzt RA 2004, 613 m.w.N.). Der Beitrag nimmt sich dieses Streits an und bespricht dabei zugleich die unter der o.g. Fundstelle (auch: NJW 2004, 2814) veröffentlichte, gegenwärtig letzte Entscheidung des BVerfG zu diesem Thema.

<b>Autor/Titel:</b>	Dolderer, Michael: "Die Zulässigkeit von Bauvorhaben"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 752 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Ein hervorragendes Kompendium zum Bauplanungs- und Bauordnungsrecht, das wirklich jedem mit dem Baurecht befassten Examenskandidaten nur empfohlen werden kann. Der Autor bespricht die Zulässigkeit von Bauvorhaben auf dem Niveau dessen, was für die juristischen Staatsexamina unerlässlich ist. Dabei reichert er seine Darstellung mit kleinen Fällen aus der Rechtsprechung an.

<b>Autor/Titel:</b>	Schöbel, Heino: "Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung - ein Zwischenbericht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2004, 847 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Immer wieder ist zu beobachten, dass Studierende sich in ihrer eigenen Prüfungsordnung nicht auskennen. Diesem bedauerlichen Zustand versucht der Autor, selbst Leiter des bayerischen Justizprüfungsamtes, anlässlich des 2. Geburtstags der Juristenausbildungsreform abzuwehren, indem er das neue Recht rezipiert und eine erste Bestandsaufnahme vorlegt. Am Ende kommt er zu einem erstaunlich positiven Fazit dieser vielfach als "fauler Kompromiss" kritisierten Reform.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schindler, Sven: "Der Verbrauchsgüterkauf"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 835 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Die sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie RL 1999/44/EG stellte bekanntlich den Anlass für die zum 01.01.2002 in Kraft getretene Modernisierung des Schuldrechts dar, weil der Gesetzgeber vor der Entscheidung stand, die bis zu diesem Datum in nationales Recht umzusetzenden Vorgaben zum Schutz der Verbraucher in das bestehende Kaufrecht einzugliedern bzw. ein weiteres zivilrechtliches Sondergesetz nach dem Vorbild des VerbrKrG, HWiG etc. zu schaffen, oder den Anlass zu nutzen, um eine generelle Reform des Schuldrechts umzusetzen. Nachdem die Wahl auf die "große Lösung" gefallen ist, finden sich die besonderen an den Verbrauchsgüterkauf anknüpfenden Regelungen in den §§ 474 ff BGB. Der Autor liefert einen diesbezüglichen Überblick und spart dabei auch die Regelungen zum Rückgriff des gewährleistungspflichtigen Unternehmers bei seinem Lieferanten nach Maßgabe der §§ 478 f BGB nicht aus.

<b>Autor/Titel:</b>	Funke, Ilja / Falkner, Tobias: "Das Haftungssystem der BGB-Gesellschaft nach der neuen BGH-Rechtsprechung - Bestehen noch Unterschiede zwischen BGB-Gesellschaft und oHG?"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 721 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Entscheidungen des BGH zur Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. §§ 705 ff BGB für vertragliche und gesetzliche Verbindlichkeiten sowie zu der Frage, inwieweit auch die einzelnen Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten einzustehen haben, sind in der jüngeren Vergangenheit zahlreich und mit sehr grundlegender Bedeutung ergangen. In der Tat lässt sich zusammenfassend festhalten, dass der BGH durch die Anerkennung der (Teil-) Rechtsfähigkeit und dementsprechend auch der Parteifähigkeit der (Außen-) GbR sowie durch sein Bekenntnis zur Akzessorietätstheorie bezüglich der Haftung der Gesellschafter die GbR sehr in die Nähe der oHG (§§ 105 ff HGB) gerückt hat. Die Autoren fassen diese Rechtsprechung unter dem Blickwinkel verbliebener Unterschiede zur oHG gut verständlich zusammen.

<b>Autor/Titel:</b>	Spindler, Gerald: "IT-Sicherheit und Produkthaftung - Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2004, 3145 (Heft 44)
<b>Inhalt:</b>	Verträge, welche die Erstellung und / oder Lieferung von Softwareprodukten zum Inhalt haben, können im Rahmen der juristischen Ausbildung schon deshalb Schwierigkeiten bereiten, weil ihre rechtliche Einordnung als Kauf- oder Werk- / Werklieferungsvertrag im Einzelfall problematisch sein kann. In der Praxis tritt darüber hinaus häufig die Frage nach der Schadensersatzhaftung des Lieferanten und / oder Herstellers derartiger Produkte auf, wenn diese infolge eines Programmierfehlers, eines Virenbefalls o. ä. ausgefallen sind und wohlmöglich ganze Unternehmen zum Erliegen gebracht haben. Neben vertraglichen Gewährleistungsansprüchen kommt hier auch eine deliktische Haftung aus dem Gesichtspunkt des § 823 I BGB in Verbindung mit den Grundsätzen der Produzentenhaftung sowie möglicherweise sogar eine Gefährdungshaftung nach dem ProdhaftG in Betracht. Der Autor widmet sich eingehend dieser Problematik und erörtert dabei auch, inwieweit der Softwarebenutzer selbst gehalten ist, derartige Schadensfälle durch geeignete Schutzmaßnahmen zu unterbinden.

## *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Herzberg, Rolf: "Eigenverantwortliche Selbsttötung und strafbare Mitverursachung"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 670 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Wenn einer der klügsten Köpfe im Strafrecht einen Aufsatz zu einem seiner aktuellen Lieblingsthemen schreibt, dann ist das immer einen Blick wert. Es geht hier um die Frage, ob die fahrlässige Tötung eines Lebensmüden strafbar sein kann, wenn dieser die Tat durch Täuschung selbst herbeigeführt hat. Der Autor bejaht dies (ebenso OLG Nürnberg, NJW 2003, 454; a.A. Engländer, Jura 2004, 236).

<b>Autor/Titel:</b>	Otto, Harro: "Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2004, 679 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Die rechtfertigende Einwilligung stellt nicht zuletzt deshalb ein besonders examensträchtiges Problemfeld dar, weil sie gesetzlich nicht geregelt ist. Der Verfasser grenzt die verschiedenen Konstellationen in lehrreicher Weise voneinander ab und kritisiert den vom BGH (vgl. BGH, NSZ-RR 2004, 16) anerkannten Rechtfertigungsgrund der "hypothetischen Einwilligung".