

Öffentliches Recht

Standort: Baurecht

Problem: Asylbewerberunterkunft im Industriegebiet

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 04.11.2003
22 B 1345/03 (NVwZ-RR 2004, 247)

Problemdarstellung:

Die Ansiedlung von Asylbewerberunterkünften bereitet in praxi vielen Gemeinden Probleme. Werden derartige Unterkünfte in Wohngebieten geplant und genehmigt, provoziert dies Nachbarwidersprüche. In gewerblich genutzten Gebieten wiederum stellt sich die Frage nach der Verträglichkeit des Aufenthalts von Menschen mit den Emissionen wie Lärm, Geruch usw., die i.d.R. von Gewerbebetrieben ausgehen. Das OVG Münster nun entschieden, dass jedenfalls in einem Industriegebiet i.S.d. § 9 BauNVO Asylbewerberwohnheime wegen ihrer gebietsunverträglich und damit unzulässig sind. Es stuft diese dabei - in Abgrenzung zur Wohnnutzung - als "Anlagen für soziale Zwecke" i.S.d. § 9 III BauNVO ein, weshalb sie ausnahmsweise durchaus genehmigungsfähig sind. Das Gericht sieht es aber als ungeschriebene Voraussetzung des § 9 III BauNVO an, dass die Anlage gebietsverträglich ist, und verneint dies wegen der zu erwartenden Immissionen.

Prüfungsrelevanz:

Baunachbarrechtsschutz über §§ 80 V, 80a VwGO ist häufig Prüfungsstoff. Innerhalb dieser Fallgruppe erfreuen sich Asylbewerberwohnheime besonderer Beliebtheit, weil die Praxis juristisch nicht leicht zu handhabende Fälle liefert. So ist bspw. die Einordnung als "Anlage für soziale Zwecke", die das OVG hier vorgenommen hat, äußerst Streitig. Jedenfalls eine Gewinnerzielungsabsicht eines privaten Betreibers spricht gegen einen sozialen Zweck; anders kann es also u.U. bei gemeindeeigenen Unterkünften aussehen. Aber auch hier geht eine (vom OVG unerwähnt gelassene) starke, wenn nicht gar herrschende Gegenansicht nicht von einem sozialen Zweck aus, weil die Gemeinden mit der Unterbringung von Asylbewerbern keinem sozialen Zweck, sondern ihrer durch Bundesrecht (§§ 44 ff. AsylVerfG) vorgegebenen Verpflichtung nachkommen (BremOVG, NVwZ 1991, 1006; Fickert/Fieseler, BauNVO, § 3 Rz. 16.4.). Diskutiert wird auch über die

Einordnung als Wohngebäude, wobei das OVG sich der dies pauschal ablehnenden Rspr. anschließt (vgl. VGH Mannheim, NJW 1989, 2282). In der Lit. wird demgegenüber häufig auf den Einzelfall, d.h. die konkrete bauliche Ausgestaltung abgestellt (Spindler, NVwZ 1992, 125). Ermöglicht diese eine hinreichende Privatsphäre, wird unter Zurückstellung der sonstigen von der Rspr. erhobenen Bedenken (nicht auf Dauer angelegt, Unfreiwilligkeit) auch die Annahme eines Wohngebäudes vertreten. Ein solches wäre in einem Industriegebiet überhaupt nicht zulässig, vgl. § 9 II, III BauNVO.

Hingewiesen sei noch darauf, dass die Vorschriften der §§ 2 ff. BauNVO nach nahezu allg.M. drittschützendem Charakter zugunsten der Nachbarn entfalten, sodass bei einer Verletzung derselben nicht nur die Anlage rechtswidrig, sondern auch die Nachbarrechtsbehelfe gegen deren Genehmigung (Dritt Widerspruch, Drittanfechtungsklage, Antrag nach § 80a VwGO) begründet sind, die ja sämtlich eine Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte des Betroffenen voraussetzen, vgl. §§ 42 II, 113 I 1 VwGO. Deshalb ist es erforderlich (aber auch ausreichend), die Prüfung der Begründetheit von Rechtsbehelfen Dritter auf die Verletzung drittschützender Normen zu begrenzen. Schon in der Klage- bzw. Antragsbefugnis ist allerdings zu erörtern, ob erstens eine Norm drittschützend ist, ob zweitens der Antragsteller/Kläger Dritter in diesem Sinne ist und ob drittens die Möglichkeit einer Verletzung dieser Norm besteht. Die "Möglichkeitstheorie" bezieht sich in § 42 II VwGO m.a.W. auf die Rechtsverletzung, nicht auf das Bestehen des Rechts in der Person des Dritten.

Vertiefungshinweise:

- Rechtsschutz gegen Asylbewerbercontainer im Industriegebiet: *OVG Münster*, NVwZ 1993, 279
- Zur Zulässigkeit von Vorhaben i.S.d. § 9 III Nr. 1 BauNVO: *BVerwG*, NVwZ 1984, 511

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Asylbewerberwohnheim"

Leitsätze:

1. Als Anlage für soziale Zwecke im Sinne des § 9 III Nr. 2 BauNVO ist eine Asylbewerberunterkunft in einem Industriegebiet nicht zulässig, da sie mit der Zweckbestimmung des Gebiets nicht vereinbar ist.

2. Es entspricht nicht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten des beigeladenen Bauherrn für erstattungsfähig zu erklären, wenn die zur Kostentragung verpflichtete Baugenehmigungsbehörde für die Rechtsposition des Beigeladenen gestritten hat [nur Leitsatz].

Sachverhalt:

Die Beigel. und die Ast. sind Eigentümer von benachbarten Grundstücken in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Industriegebiet. Die Ast. betreiben auf ihren Grundstücken einen Speditionsbetrieb bzw. ein landwirtschaftliches Lohnunternehmen. Zu beiden Firmen gehören auch Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen. Die Ast. wandten sich erstinstanzlich erfolgreich gegen eine den Beigel. seitens des Ag. erteilte Nutzungsänderungsgenehmigung für das Nachbargrundstück als Asylbewerberunterkunft. Der dagegen seitens des Ag. eingelegte Beschwerde blieb der Erfolg versagt. Die Beigel. erklärten sich im Beschwerdeverfahren nicht.

Aus den Gründen:

Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung die Entscheidung des Senats gem. § 146 IV 6 VwGO beschränkt ist, gibt keinen Anlass, die Entscheidung des VG in Frage zu stellen. Der Senat teilt die Auffassung des VG, dass der Widerspruch der Ast. gegen die den Beigel. erteilte Baugenehmigung voraussichtlich Erfolg haben wird, da diese gegen nachbarschützende, gerade zu Gunsten der Ast. wirkende Vorschriften verstößt. Die bei dieser Sachlage vorzunehmende allgemeine Interessenabwägung fällt zu Gunsten der Ast. aus [...].

A. Anlage für soziale Zwecke

Allerdings können in einem Industriegebiet gem. § 9 III Nr. 2 BauNVO (in seit 1962 unveränderter Fassung) ausnahmsweise u.a. Anlagen für soziale Zwecke zugelassen werden. Bei der von den Beigel. geplanten Asylbewerberunterkunft dürfte es sich um eine solche Anlage handeln. Eine Wohnnutzung dürfte ausscheiden, weil deren Kriterien, eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts (vgl. BVerwG, NVwZ 1996, 893), nicht vorliegen. Die von den Beigel. nach den Vorstellungen des Ag. geplante Asylbewerberunterkunft ist

objektiv nicht für eine Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises geeignet und nach seinem Nutzungskonzept hierfür auch nicht bestimmt. Die Zimmer für die Asylbewerber sollen zwar mit einer Kochgelegenheit ausgestattet werden. Es fehlen in den Zimmern aber sanitäre Einrichtungen. Diese stehen allen Asylbewerbern nur zentral zur Verfügung. Sonstige Aufenthaltsräume für die Asylbewerber fehlen. Die Unterbringung der Asylbewerber ist damit ersichtlich nicht auf Häuslichkeit und Eigengestaltung angelegt. Sie erfolgt zudem zwangsweise und ist insoweit auch — anders als der Regelfall einer Wohnnutzung — von vornherein auf die Dauer des Asylverfahrens, selbst wenn dieses sich über Jahre hinziehen kann, beschränkt.

B. Gebietsverträglichkeit

Als Anlage für soziale Zwecke i.S. des § 9 III Nr. 2 BauNVO kann eine Asylbewerberunterkunft in einem Industriegebiet aber nur zulässig sein, wenn sie gebietsverträglich ist, d.h. wenn sie mit der Zweckbestimmung des Gebiets vereinbar ist. Die Gebietsverträglichkeit ergibt sich nicht bereits daraus, dass Anlagen für soziale Zwecke in Industriegebieten ausnahmsweise zulässig sind. Vielmehr besteht zwischen der jeweiligen spezifischen Zweckbestimmung des Baugebietstypus und dem jeweils zugeordneten Ausnahmekatalog ein funktionaler Zusammenhang. Daher ist auch die normierte allgemeine Zweckbestimmung eines Industriegebiets für die Auslegung und Anwendung der tatbestandlich normierten Ausnahmen bestimmend (vgl. BVerwGE 116, 155 [158]).

I. Zweckbestimmung eines Industriegebiets

Industriegebiete dienen ausschließlich der Unterbringung von Gewerbebetrieben (§ 9 I BauNVO) und zwar vorwiegend solcher Betriebe, die in anderen Baugebieten unzulässig sind. Sie sind die immissionsstärksten und störungsunempfindlichsten Baugebiete, die die Baunutzungsverordnung kennt (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 1054). In Abgrenzung zu den anderen Baugebietsarten dienen sie mehr noch als die Gewerbegebiete der Unterbringung von gewerblichen Nutzungen. Dies ergibt sich eindeutig daraus, dass in § 9 I BauNVO von der ausschließlichen Unterbringung von Gewerbebetrieben die Rede ist. Jede andere Nutzung ist aus den allgemeinen Zulassungstatbeständen in § 9 II BauNVO ausgeschlossen. Die erheblich belästigenden Betriebe müssen im Verhältnis zu den anderen Betrieben nach Umfang und Gewicht überwiegen. Die anderen Betriebe müssen ihrerseits in einem Gewerbegebiet zulässig sein. Gewerbliche Nutzungen, die in einem Gewerbegebiet wegen ihrer Wohnartigkeit ausge-

geschlossen sind, sind in einem Industriegebiet erst recht unzulässig (vgl. Gelzer, BauplanungsR, 6. Aufl. 2001, Rdnrn. 1732 ff.).

II. Unverträglichkeit

Daraus folgt, dass das genehmigte Vorhaben in einem Industriegebiet nicht (ausnahmsweise) zugelassen werden kann. Als Unterkunft für Menschen, die dort ihren Lebensmittelpunkt haben, verträgt sie sich nicht mit emissionsstarken, störungsintensiven Gewerbebetrieben, wie sie bei der gebotenen abstrakt-typisierenden Betrachtung in einem Industriegebiet zulässig sind. Selbst wenn Asylbewerberunterkünfte nicht dem Wohnen dienen, stehen sie dieser Nutzungsart erheblich näher als einer industriegebietstypischen gewerblichen Nutzung.

III. Keine Vergleichbarkeit mit Wohnungen für Betriebspersonal

Dem Wohnen in einem Industriegebiet dienen zwar auch die dort ebenfalls nur ausnahmsweise zulässigen Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen

sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter (§ 9 III Nr. 1 BauNVO). Ihre Errichtung ist aber nur zulässig, wenn sie Gewerbebetrieben zugeordnet sind. Außerdem müssen sie dem Gewerbebetrieb gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sein. Sie sind daher nur bei unabweisbaren betrieblichen Bedürfnissen oder bei persönlicher Gebundenheit des Betriebsinhabers oder -leiters an den Betrieb gerechtfertigt. Ihre Nutzung durch andere als die angeführten Personen und ihre Familienangehörigen ist grundsätzlich unzulässig, da es das planerische Bestreben der BauNVO ist, Industriegebiete von einer Wohnnutzung möglichst frei zu halten. Ihnen steht auch nur ein geringerer Schutz gegen Immissionen zu als den sonstigen Wohnungen, denn sie müssen sich mit der Immissionsbelastung abfinden, die generell in einem Industriegebiet zulässig ist (so bereits BVerwG, NVwZ 1984, 511). Bei einer Asylbewerberunterkunft fehlt es ersichtlich an einem solchen funktionalen Zusammenhang zwischen der Unterbringung von Menschen und einem Gewerbebetrieb [...].

Standort: Fortsetzungsfeststellungsklage

Problem: Rehabilitationsinteresse

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 30.10.2003
21 A 2602/02 (NWVBL 2004, 157)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte darüber zu entscheiden, welche Anforderungen an ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse i.S.d. § 113 I 4 VwGO im Hinblick auf eine Rehabilitation des Klägers zu stellen sind. Allgemein anerkannt ist ein solches bei diskriminierend wirkenden Verwaltungsakten. Außerhalb derselben wird lebhaft diskutiert, ob auch intensive Grundrechtseingriffe genügen. Das Gericht bejaht dies grundsätzlich, allerdings nur für den Fall, dass gegen den Grundrechtseingriff selbst effektiver Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) nicht oder nur schwerlich möglich war. Gerade im Bereich des Gefahrenabwehrrechts erledigen sich bspw. viele Verwaltungsakte kurzfristig durch Zeitablauf, Vollzug, Realisierung oder Abwendung der Gefahr usw., sodass für die Ergreifung von Rechtsbehelfen häufig keine Zeit bleibt. Paradebeispiel ist der Platzverweis, der durch das freiwillige oder erzwungene Entfernen vollzogen wird und sich damit i.d.R. noch vor Ort innerhalb weniger Minuten erledigt.

Vorliegend ging es aber um eine Verpflichtungssituation, in der die Dinge regelmäßig anders liegen. Typischerweise können begünstigende Verwaltungsakte

mit Rechtsbehelfen wie Widerspruch, Verpflichtungsklage oder Antrag nach § 123 I 2 VwGO erzwungen werden, ohne dass sich das Begehren kurzfristig erledigt. Das OVG verneint deshalb in dieser Fallkonstellation ein Rehabilitationsinteresse. Es lässt sich allerdings ein "Hintertürchen" offen, indem es darauf verweist, dass es im Einzelfall auch einmal anders sein könne, wenn ein besonders krasses Fehlverhalten der Behörde vorliege.

Prüfungsrelevanz:

Interessant ist zunächst, dass das OVG § 113 I 4 VwGO analog auf die Verpflichtungsklage anwendet, ohne die Gegenansicht, die - eine Regelungslücke verneinend - insoweit § 43 I VwGO rekrutieren will, auch nur zu erwähnen. Die nach der Entscheidung des BVerwG vom 14.7.1999 (RA 1999, 592 = NVwZ 2000, 63) aufgekommenen Zweifel, ob diese seit Jahrzehnten gefestigte Rechtsprechung kippen könnte (vgl. Vertiefungshinweise), haben sich nicht bestätigt. Die vorliegende und zahlreiche andere Gerichtsentscheidungen haben seither § 113 I 4 VwGO auf Verpflichtungsklagen sowie bei Erledigung vor Klageerhebung analog angewendet, ohne die vom BVerwG angestoßene Diskussion aufzugreifen. Damit dürfte die Analogie zu § 113 I 4 VwGO (wieder) etabliert sein.

Zum Rehabilitationsinteresse sowie zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei sich typischerweise kurzfristig erledigenden Verwaltungsakten ist schon viel geschrieben worden. Das OVG vollzieht hier eine Kombination der Fallgruppen "Rehabilitationsinteresse" und "Lücke im Rechtsschutz", indem ersteres nur zu bejahen sein soll, wenn entweder diskriminierende Wirkung oder ein intensiver Grundrechtseingriff *und* letzteres vorliegen. Festgehalten werden kann ohnehin, dass die Gerichte beim Fortsetzungsfeststellungsinteresse deutlich zurückhaltender sind als die Literatur (vgl. Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

- Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Lücke im Rechtsschutz: *BayVGH*, RA 1999, 367 = *NVwZ-RR* 1999, 378 (verneint); *Erichsen*, Jura 1989, 51 (bejaht)
- Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Rehabilitation: *BVerwGE* 61, 164, 165; *BVerwG*, RA 2002, 327 = *NVwZ-RR* 2002, 323; *NVwZ* 1999, 991

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Tomatenkrieg"
- Examenskurs: "Waffen-SS"

Leitsatz:

Zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Falle einer Verpflichtungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO gegen eine Verfassungsschutzbehörde auf Löschung gespeicherter Daten (Teilnahme an Demonstrationen) unter dem Gesichtspunkt einer fortwirkenden Grundrechtsbeeinträchtigung.

Sachverhalt:

Der Kläger beehrte ursprünglich mit seiner gegen eine Verfassungsschutzbehörde gerichteten Klage u. a. die Löschung solcher über ihn gespeicherten Informationen, die seine bloße Teilnahme an öffentlichen und nicht gegen Inhalte der verfassungsmäßigen Ordnung gerichteten Versammlungen betreffen. Im Verlauf des erstinstanzlichen Klageverfahrens hielt die beklagte Behörde nach erneuter Sachprüfung eine weitere Speicherung der erfassten Daten für nicht mehr notwendig und erklärte sich zu deren Löschung bereit. Daraufhin stellte der Kläger seinen Antrag um und beehrte nunmehr die Feststellung, dass die ursprüngliche Ablehnung der Löschung rechtswidrig gewesen sei. Das VG wies die Klage wegen des Fehlens eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses als unzulässig ab. Der dagegen gerichtete Antrag auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Kläger wendet sich ohne Erfolg gegen die Feststellung des VG, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse liege auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer fortwirkenden grundrechtlichen Beeinträchtigung vor.

A. Tiefgreifender Grundrechtseingriff begründet Rehabilitationsinteresse

Bei dieser Feststellung ist das VG auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG zutreffend davon ausgegangen, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse trotz fehlender tatsächlicher Fortwirkung des beanstandeten Hoheitsakts - ausnahmsweise - zu bejahen ist, wenn ein tiefgreifender Grundrechtseingriff vorliegt und die direkte Belastung durch die Maßnahme sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene entgegen seinem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 96, 27; BVerfG, *NVwZ* 1999, 290, 292; BVerwG, *NJW* 1997, 2534; *NVwZ* 1999, 991; OVG NRW, *NJW* 1999, 2202, 2203).

B. Ausnahme bei ausreichender Rechtsschutzmöglichkeit

Diese Voraussetzungen hat das VG zu Recht mit der Begründung verneint, es liege kein Fall vor, in dem sich die direkte Belastung durch den eingreifenden Hoheitsakt nach dem typischen Verfahrensablauf auf die Zeitspanne beschränke, in der der Kläger eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen könne. Die dagegen erhobenen Einwände des Klägers sind unbegründet.

I. Gebot effektiven Rechtsschutzes gewahrt

Bei seinem Vorbringen verkennt der Kläger, dass die der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegenden Fallgestaltungen (etwa Durchsuchungen, Wasserwerfereinsatz) in ihrem Ausnahmecharakter dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Betroffene gegen eine ihn belastende Maßnahme wendet, die sich nach dem typischen Geschehensablauf mit ihrer Durchführung tatsächlich erledigt. Im Gegensatz dazu lag dem ursprünglichen Klageantrag des Klägers eine Verpflichtungssituation zugrunde, da sein Begehren auf die Verpflichtung der Beklagten zur Löschung der gespeicherten Daten gerichtet war. Eine derartige Verpflichtungssituation ist aber nach ihrem typischen Verfahrensablauf gerade nicht dadurch gekennzeichnet, dass ein effektiver Rechtsschutz ohne Anerkennung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses deshalb nicht gewährleistet ist, weil vor Abschluss eines Klageverfahrens regelmäßig eine Erledigung eintritt. Der Betroffene

ne kann vielmehr regelmäßig die ihm nach der Prozessordnung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Erhebung einer Verpflichtungsklage und — bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen — der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen.

Zu Unrecht wendet der Kläger dagegen ein, insbesondere nachrichtendienstliche Erfassungen ließen sich typischerweise nicht gerichtlich angreifen, ohne dass die Fortsetzungsfeststellungsklage erforderlich wäre. Selbst wenn man annähme, dass aufgrund einer vom Kläger für notwendig erachteten entsprechenden Anwendung von § 12a III 2 VersG spätestens nach drei Jahren personenbezogene Daten über Demonstrationsteilnahmen daraufhin zu überprüfen sind, ob sie zu berichtigen oder zu löschen sind, vermag dies für sich allein nicht die Annahme zu rechtfertigen, es sei stets ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen. Auch eine solche Zeitspanne reicht - typischerweise, d.h. unabhängig von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles - zur Erlangung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes aus.

II. Keine Vergleichbarkeit mit Freiheitsentzug

Die weitere Annahme des Klägers, insbesondere bei Eingriffen in die Versammlungsfreiheit sei in aller Regel ein Interesse an einer nachwirkenden Feststellung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme zu bejahen, trifft nicht zu. Dem Kläger ist zwar zuzugestehen, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG ein Freiheitsverlust aufgrund Inhaftierung ein Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen indiziert, das ein von Art. 19 Abs. 4 GG umfasstes Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung der Rechtswidrigkeit auch dann begründet, wenn die Maßnahme erledigt ist; die Gewährung von Rechtsschutz kann in einer solchen Situation weder vom konkreten Ablauf des Verfahrens und dem Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme noch davon abhängen, ob Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der Haft erlangt werden kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.

12.2001- 2 BvR 527/99 u.a. -, BVerfGE 104, 220 = NJW 2002, 2456). Auf diese Fallgruppe kann der Kläger sich zur Begründung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils aber nicht berufen. Durch die vorliegend in Rede stehende Maßnahme wird - anders als in dem der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegenden Fall - nicht das Grundrecht der Freiheit der Person berührt, auf dessen besonders hohen Rang das BVerfG seine Entscheidung maßgeblich gestützt hat. Ebenso ist weder nach dem Vortrag des Klägers noch ansonsten ersichtlich, dass die Ablehnung des Löschungsantrags den Kläger in einer vergleichbar gewichtigen Grundrechtsposition in auch nur annähernd vergleichbarer Intensität beeinträchtigt haben könnte.

C. Ausnahmen im Einzelfall

Wenn sich ein Verpflichtungsbegehren wie das des Klägers aufgrund der Verfahrensdauer im Zusammenwirken mit einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse erledigt, mag im Einzelfall ein Feststellungsinteresse im Sinne des allgemeinen Rehabilitierungs- oder Genugtuungsinteresses vorliegen, die Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns festzustellen. Hierbei sind — wie durch das VG geschehen — die besonderen Umstände des Einzelfalles einschließlich eventueller grundrechtlicher Beeinträchtigungen zu berücksichtigen.

Ausgehend davon ist es nicht zu beanstanden, dass das VG unter Hinweis darauf ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse (Rehabilitierungsinteresse) verneint hat, dass die Ablehnung des Löschungsantrags keinen diskriminierenden Charakter hat und dass die Beklagte dem Begehren des Klägers abgeholfen hat, die Teilnahme des Klägers an Demonstrationen nicht mehr beobachtet wird und insbesondere die letzte der in der erteilten Auskunft als datei- oder aktenmäßig erfasst genannten Demonstrationen mehr als 10 Jahre zurückliegt.

Standort: Art. 3 I GG**Problem: Wehrgerechtigkeit**

VG KÖLN, BESCHLUSS VOM 23.12.2003
8 L 3008/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das Verwaltungsgericht Köln hat dem Antrag eines Wehrpflichtigen stattgegeben, mit dem dieser die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Einberufung zur Bundeswehr wendet. Die neuen Einberufungsrichtlinien des Bundesministeriums der Verteidigung verstießen gegen den Grundsatz der Wehrgerechtigkeit, befand das Gericht.

Die seit dem 1. Juli 2003 geltenden Richtlinien nehmen größere Gruppen von Wehrpflichtigen von vornherein von einer Einberufung aus. Dies betrifft u.a. Verheiratete, über 23jährige und Wehrpflichtige, die mit dem eingeschränkten Tauglichkeitsgrad "T3" gemustert worden sind. Für diese weitgehenden Ausnahmen gebe es keine gesetzliche Grundlage, so das Gericht. Nach der neuen Einberufungspraxis könne nicht mehr davon die Rede sein, dass die Wehrpflicht allgemein greife, also normalerweise jeden jungen Mann betreffe. Aktuell würden nur noch weniger als die Hälfte der für eine Einberufung in Frage kommenden jungen Männer zum Wehrdienst herangezogen. Damit verstoße die neue Einberufungspraxis gegen das Willkürverbot des Grundgesetzes. Jeder Wehrpflichtige könne sich deshalb darauf berufen, von willkürlichen Akten der Verwaltung verschont zu bleiben, und verlangen, dass er ebenfalls nicht einberufen werde.

Prüfungsrelevanz:

Das VG Köln hat mittlerweile auch die Hauptsache in diesem Sinne entschieden. Zwar liegt das Urteil (VG Köln vom 21.04.2004, 8 K 154/04) noch nicht vor; bekannt geworden ist jedoch, dass das VG die (Sprung-) Revision zum BVerwG nach §§ 134 I, 49 Nr. 2 VwGO zugelassen hat, da der Sache grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesverteidigungsministerium ließ durch die Presse verlautbaren, erst nach Studium der Urteilsgründe entscheiden zu wollen, ob das Rechtsmittel tatsächlich ergriffen werden soll. Jedenfalls rückt das Thema "Wehrpflicht" durch die Entscheidung des VG Köln nach der Diskussion über ihre Europarechtswidrigkeit - siehe dazu die Vertiefungshinweise - wieder auf die Tagesordnung. Da es inhaltlich um Art. 3 I GG geht, bietet es sich nicht nur für Prüfungsgespräche, sondern auch für schriftliche Aufgaben an, zumal die Dogmatik des Art. 3 I GG - Stichwort: "Neue Formel" - ihrerseits einen Wandel voll-

zogen hat. Der damit verbundene Übergang von der bloßen Willkürkontrolle zur Verhältnismäßigkeitsabwägung jedenfalls bei intensiven Belastungen findet im Beschluss des VG Köln, der nur die frühe BVerfG-Rechtsprechung zur reinen Willkürkontrolle zitiert, allerdings keine Erwähnung. Dies erscheint insoweit vertretbar, als bei bereits festgestellter Willkür jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vorliegt, es also auf eine Abwägung nicht mehr ankommt.

Die Begründung des VG für einen solchen Verstoß ist aber sehr bedenklich. Der Antragsteller war selbst voll diensttauglich und fiel auch nicht unter die seit dem 1.7.03 geltenden Ausnahmen. Das VG vermag nicht zu erklären, warum dessen Einberufung rechtswidrig sein soll, nur weil zugunsten Dritter Befreiungstatbestände existieren. Art. 3 I GG vermittelt dem nicht unter die Ausnahmen fallenden Wehrpflichtigen selbst bei unterstellter Willkürlichkeit derselben keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (ebenso VG Koblenz, Beschluss vom 10.03.04, 7 L 616/04 - unveröffentlicht). Hinzu kommt, dass die Ausnahmen lediglich in Verwaltungsvorschriften, also in reinem Innenrecht der Verwaltung geregelt sind. Ist der ASt. aber selbst ist den Gesetzen entsprechend behandelt worden, dürfte seine Einberufung rechtmäßig sein (ebenso VG Neustadt, Beschluss vom 16.03.04, 8 L 476/04 - unveröffentlicht).

Auch hat sich das VG nicht die Mühe gemacht, eine sachliche Rechtfertigung für die neu geltenden Ausnahmen zu suchen. Jedenfalls bei der auf reine Willkürkontrolle beschränkten Prüfung, von der das VG offenbar ausgeht, hätten sich solche u.U. durchaus in der Eignung der Wehrpflichtigen ("T3") oder der Schwere ihrer Betroffenheit (Verheiratete, über 23jährige) finden lassen. Es bleibt abzuwarten, wie das BVerwG entscheiden wird, sofern es tatsächlich zum Revisionsverfahren kommt.

Vertiefungshinweise:

- Europarechtswidrigkeit der Wehrpflicht: *EuGH*, RA 2003, 137 = DVBl 2003, 591; *VG Stuttgart*, RA 2001, 567 = VB1BW 2001, 377; *Schmidt-deCaluwe/Heselhaus*, NJW 2001, 2690
- "Neue Formel" bei Art. 3 I GG: *Schoch*, DVBl 1988, 863, 875; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pietroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Martina"

Leitsatz (der Redaktion):

Die gegenwärtige Verwaltungspraxis bei der Einberufung zum Wehrdienst ist willkürlich und daher wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 I GG verfassungswidrig.

Sachverhalt:

Der Antragsteller wurde am 13.10.2003 zum 1.1.2004 zur Bundeswehr einberufen. Er hält den Einberufungsbescheid für rechtswidrig und erhob hiergegen zunächst Widerspruch und anschließend Klage. Hintergrund ist die seit dem 1.7.2003 geänderte Einberufungspraxis. Danach werden zum Beispiel alle Männer, die älter als 23 Jahre alt sind, alle Verheirateten sowie alle "T3"-Gemusterten vom Wehrdienst ausgenommen. Der Antragsteller begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Rechtsbehelfe gegen den Einberufungsbescheid. Er ist der Auffassung, dass insgesamt so viele Männer vom Grundwehrdienst befreit seien, dass von einer Gleichbehandlung keine Rede mehr sein könne. Sein Antrag hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 16.10.2003 gegen den Einberufungsbescheid des Kreiswehrrersatzamtes Köln vom 13.10.2003 anzuordnen, ist zulässig und begründet.

A. Interessenabwägung

Gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i.V.m. § 35 Abs. 1 Wehrpflichtgesetz (WPfG) haben Widerspruch und Klage gegen den Einberufungsbescheid keine aufschiebende Wirkung. Nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage jedoch dann anordnen, wenn das Interesse des Antragstellers am vorläufigen Aufschub der Dienstleistung das der Antragsgegnerin am sofortigen Vollzug ihres Bescheides überwiegt. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn bei der im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen summarischen Prüfung sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig erweist. [...]

B. Summarische Prüfung der Hauptsache

Der Einberufungsbescheid stellt sich als rechtswidrig dar, weil die Antragsgegnerin mit der Einberufung des Antragstellers gegen den die Wehrpflicht beherrschenden Grundsatz der Wehrgerechtigkeit verstoßen hat.

I. Grundsatz der Wehrgerechtigkeit

Zur Frage der Wehrgerechtigkeit hat das Bundesver-

fassungsgericht in seiner Entscheidung vom 13. April 1978 (Az: 2 BvF 1/77, 2 BvF 2/77, 2 BvF 4/77, 2 BvF 5/77) folgendes ausgeführt: Die allgemeine Wehrpflicht ist Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgedankens (BVerfGE 38, 154, 167). Ihre Durchführung steht unter der Herrschaft des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Notwendigkeit, Wehrgerechtigkeit im Innern ebenso aufrechtzuerhalten wie die Verteidigungsbereitschaft des grundrechtsgarantierenden Staates nach außen, fordert eine hinreichend bestimmte normative Festlegung der Wehrdienstausnahmen (vgl. BVerfGE 38, 154, 167). Das Wehrpflichtgesetz enthält in seinen §§ 9 -13b solche Bestimmungen über dauernde Wehrdienstausnahmen und vorübergehende Zurückstellungsgründe. Sind mehr wehrdienstfähige (§ 8a WPfG) und auch verfügbare Wehrpflichtige vorhanden als nach den Personalanforderungen der Truppe benötigt werden, so wird der Gleichheitssatz nicht schon dadurch verletzt, dass nicht alle Wehrpflichtigen eines Geburtsjahrgangs zur Ableistung des Grundwehrdienstes herangezogen werden. Im Interesse der bestmöglichen Deckung des Personalbedarfs ist es zum Beispiel zulässig, bei der Entscheidung über die Einberufung bestimmte, auf die Erfordernisse der Truppe bezogene Auswahlkriterien, etwa das Ergebnis einer besonderen Eignungsprüfung (§ 20a WPfG) oder den bei der Musterung festgestellten Tauglichkeitsgrad und im Zusammenhang damit auch die Jahrgangszugehörigkeit, zugrunde zu legen. Allerdings darf nicht außer Betracht bleiben, dass die Heranziehung zum 15 Monate dauernden Grundwehrdienst und die weiteren wehrrechtlichen Verpflichtungen erheblich in die persönliche Lebensführung, insbesondere in die berufliche Entwicklung des Wehrpflichtigen eingreifen.

Zur Wahrung der staatsbürgerlichen Gleichheit und Wehrgerechtigkeit ist es deshalb von entscheidender Bedeutung, dass die Einberufungen nicht willkürlich vorgenommen werden. Hiervon hängt nicht zuletzt auch ab, ob die individuelle Wehrbereitschaft im Sinne der Einsicht, persönliche Opfer für das Gemeinwesen erbringen zu müssen, erhalten werden kann. Wehrdienstausnahmen und Zurückstellungen müssen deshalb sachgerecht sein. Die Einberufungsanordnungen des Bundesministers der Verteidigung (§ 21 WPfG) haben sich strikt im Rahmen des Wehrpflichtgesetzes zu halten. Es ist nicht zulässig, einzelne Wehrpflichtige oder Gruppen von Wehrpflichtigen über die gesetzlich vorgezeichneten Wehrdienstausnahmen hinaus - womöglich sogar je nach dem aktuellen Personalbedarf in von Jahr zu Jahr wechselndem Umfang - von der Wehrdienstleistung grundsätzlich auszunehmen (vgl. auch BVerfGE 36, 323; 45, 197).

II. Willkürverbot

Die Wehrgerechtigkeit verlangt, dass bei der Erfüllung der Wehrpflicht nicht willkürlich oder ohne sachlich zwingenden Grund unterschiedliche Anforderungen gestellt werden (BVerfGE 38, 154). Die sich auf Art. 3 I GG stützende Forderung nach Wehrgerechtigkeit unter den Wehrpflichtigen hat dies zu beachten. Die allgemeine Wehrpflicht muss zwar möglichst gerecht "durchgeführt", d.h. erfüllt werden, damit die Wehrpflichtigen möglichst gleichmäßig belastet werden, aber die Wahl der Methode zur Erreichung dieses Zieles gebührt dem Gesetzgeber, wobei sich die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts auf Fälle unvernünftiger und sachfremder Differenzierungen zu beschränken hat. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 27.6.1974 (BVerfGE 38, 1, 17) selbst gesagt: Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es dabei in erster Linie Sache des Gesetzgebers zu bestimmen, was im wesentlichen gleich und was als so verschieden anzusehen ist, dass die Verschiedenheit eine unterschiedliche Behandlung fordert. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit ist erst verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender, ein sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt und deshalb die gesetzliche Regelung als willkürlich bezeichnet werden muss. Ob der Gesetzgeber im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste, gerechteste oder überhaupt eine vernünftige Lösung gefunden hat, hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu prüfen (vgl. BVerfGE 48, 127, 206). Diese Grundsätze hat das BVerfG in seiner Entscheidung

24.4.1985 (BVerfGE 69, 1, 92) bestätigt. Sie entsprechen ständiger Rechtsprechung auch des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwGE 110, 40, 61)."

III. Subsumtion

Dieser Grundsatz der Wehrgerechtigkeit, der verlangt, dass bei der Erfüllung der Wehrpflicht nicht willkürlich oder ohne sachlich zwingenden Grund unterschiedliche Anforderungen gestellt werden, ist jedoch im vorliegenden Fall verletzt. Seit dem 1.7.2003 gelten neue Einberufungsrichtlinien für den Grundwehrdienst. Hiernach werden u.a. Verheiratete, über 23-jährige und "T3" gemusterte Wehrpflichtige in der Regel nicht mehr einberufen. Allein durch die Absenkung der Altersgrenze wird auf die Heranziehung von 70.000 Wehrpflichtigen verzichtet. Von der Nichteinberufung von "T3" gemusterten Wehrpflichtigen sind jedes Jahr 20.000 Wehrpflichtige betroffen. Diese Regelungen widersprechen der gesetzlichen Regelung des Wehrpflichtgesetzes. Für sie sind sachliche zwingende Gründe nicht erkennbar. Sie nehmen vielmehr einen derart großen Teil der wehr- (und ebenso der zivil-)dienstpflichtigen jungen Männer vom Wehrdienst aus, dass für die verbleibenden, zum Dienst einberufenen Wehrpflichtigen (ebenso Zivildienstleistenden) eine Gleichbehandlung bei der Heranziehung nach den oben dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr gegeben ist. Damit stellt sich die Einberufung des Antragstellers als willkürlich dar. Der ihn zum Wehrdienst verpflichtende Einberufungsbescheid ist daher offensichtlich rechtswidrig.

Standort: Klagebefugnis**Problem: Verkehrszeichen**

BVERWG, URTEIL VOM 21.08.2003
3 C 15.03 (DVBL 2004, 518)

Problemdarstellung:

Im nachstehenden Urteil ging es um die (fortdauernde) Klagebefugnis eines Klägers, der sich gegen ein Verkehrszeichen wendete. Das OVG glaubte, dem Kl. die Klagebefugnis absprechen zu können, weil er während des Prozesses in eine andere Stadt umgezogen und daher von dem streitigen Verkehrszeichen - einem Radweg in seiner alten Heimatstadt - nicht mehr betroffen sei. Das BVerwG tritt dem entgegen. Zwar müsse die Klagebefugnis jedenfalls bei Dauer-Verwaltungsakten wie Verkehrszeichen bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorliegen - das BVerwG stellt dabei kurz klar, dass Verkehrszeichen nach st.Rspr. Allgemeinverfügungen i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG in Gestalt von Dauer-VAen sind -; hierfür

genüge aber eine fortdauernde *rechtliche* Betroffenheit des Kl. Diese sei einmal entstanden, als er mit dem Verkehrszeichen konfrontiert worden sei und dauere seither fort.

Das BVerwG macht sich dabei die sogen. "Adressatentheorie" zu Eigen, wonach der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG rechtlich beschwert und daher immer klagebefugt ist. Der Umzug lasse lediglich die *tatsächliche* Betroffenheit entfallen. Eine solche sei von § 42 II VwGO aber nicht gefordert und daher irrelevant. Nur wenn völlig auszuschließen sei, dass der Kl. jemals wieder mit der ihn einmal belastenden Regelung in Berührung komme, könne die Klage unzulässig werden. Dies sei dann aber keine Frage der Klagebefugnis, sondern des allgemeinen Rechtsschutzinteresses, das bei Rechtsmissbrauch oder völliger Nutzlosigkeit der Klage entfallen könne.

Prüfungsrelevanz:

Neben der angesprochenen Klagebefugnis-Problematik gibt es zahlreiche andere Probleme im Zusammenhang mit Verkehrszeichen, die vom BVerwG unter Zitierung von weiterführenden Fundstellen nur kurz erwähnt (vgl. auch die Vertiefungshinweise):

1. Verkehrszeichen sind Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 2, 3. Fall VwVfG, also Allgemeinverfügungen, weil sie die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (Straße) durch die Allgemeinheit regeln. Rechtsschutz ist daher über Widerspruch und Anfechtungsklage möglich. Lediglich eine unhaltbare m.M. stuft sie noch als Rechtsnormen ein. Hierauf sollte in einer Examenklausur aber allenfalls noch kurz eingegangen werden.

2. Unbestritten ist, dass Verkehrszeichen analog § 80 II Nr. 2 VwGO vollstreckbar sind. Hiergegen kann ein Antrag nach § 80 V 1, 1. Fall VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch oder Klage gestellt werden, wobei sich ein überwiegendes privates Aussetzungsinteresse i.d.R. allerdings nur schwerlich begründen lassen dürfte.

3. Zur Wirksamkeit eines Verkehrszeichens genügt nach ganz h.M. die ordnungsgemäße Aufstellung desselben. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme des Betroffenen kommt es hingegen nicht an. Ob in der Aufstellung eine Form der öffentlichen Bekanntgabe i.S.d. § 41 III VwVfG oder eine Bekanntgabeform sui generis zu sehen ist, kann dahinstehen.

4. Da in aller Regel die Rechtsmittelbelehrung fehlt, läuft wegen § 58 I VwGO die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO nicht, sondern die Jahresfrist des § 58 II VwGO, die nach dem zuvor Gesagten für jedermann mit Aufstellung beginnt.

Vertiefungshinweise:

Entscheidungen der Vorinstanzen: VG Hamburg, NZV 2002, 288; OVG Hamburg, NZV 2003, 351

Bekanntgabe von Verkehrszeichen und Fristbeginn: BVerwGE 102, 316; VGH Kassel, RA 1999, 457 = NJW 1999, 2057

Kursprogramm:

Examenskurs: "Mobiles Halteverbot"

Examenskurs: "Die defekte Parkuhr"

Leitsatz:

Die Klagebefugnis eines Verkehrsteilnehmers gegen ein Verkehrszeichen, mit dem er bereits konfrontiert worden ist, setzt nicht voraus, dass er von dem Verkehrszeichen nach seinen persönlichen Lebensumständen in einer gewissen Regel-

mäßigkeit oder Nachhaltigkeit tatsächlich betroffen wird.

Sachverhalt:

Die Bkl. stellte im Mai 1998 an der in H. gelegenen E.-Straße entlang der dort verlaufenden Radwege durchgängig — insgesamt 29 — Verkehrszeichen 237 ("Radfahrer") i.S. des § 41 Abs. 2 Nr. 5 StVO auf. Nachdem am 1.10.1998 die Neufassung des § 2 Abs. 4 Satz 2 StVO in Kraft getreten war, wonach Radfahrer Radwege benutzen müssen, wenn die jeweilige Fahrtrichtung mit dem Zeichen 237 gekennzeichnet ist, erhob der Kl. unter dem 5.10.1998 Widerspruch mit der Begründung, die Radwege erfüllten nicht die Mindestanforderungen für eine Radweg-Benutzungspflicht. Der Widerspruch blieb unbeschieden. Der Untätigkeitsklage des Kl., der zwischenzeitlich nach B. verzogen war, gab das VG statt; das OVG wies sie ab, weil dem Kl. die Klagebefugnis fehle. Die Revision des Kl. führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Das OVG hätte die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) des Kl. nicht verneinen dürfen.

A. Klagebefugnis**I. Entscheidung des OVG**

Nicht mit Bundesrecht i.S. des § 137 Abs. 1 VwGO in Übereinstimmung steht die in den Gründen des angefochtenen Urteils sinngemäß verlautbarte, entscheidungstragende Annahme, spätestens seit dem Umzug des Kl. von H. nach B. sei seine Befugnis entfallen, die für eine in H. gelegene Straße angeordnete Radweg-Benutzungspflicht anfechten zu dürfen, weil der Kl. durch diese Verkehrsregelung nicht (mehr) nachhaltig bzw. regelmäßig betroffen werde.

II. Entscheidung des BVerwG

Ein Erfordernis nachhaltiger bzw. regelmäßiger Betroffenheit lässt sich § 42 Abs. 2 VwGO nämlich weder im Allgemeinen noch im Speziellen (Beschränkung auf die Anfechtung von Verkehrszeichen) entnehmen. Vielmehr reicht es zur Bejahung der Klagebefugnis auch und gerade im vorliegenden Zusammenhang aus, dass ein Verkehrsteilnehmer Adressat eines belastenden (beschwerenden) Verwaltungsakts in Form eines verkehrsbehördlich angeordneten Ge- oder Verbots geworden ist. [...] Der vom OVG nicht in Zweifel gezogene Umstand, dass der Kl. in der Vergangenheit mehrfach von der umstrittenen, im Jahre 1998 verbindlich angeordneten Radweg-Benutzungspflicht erfasst wurde, begründet seine Befugnis, diese sich ihm gegen-

über als VA darstellende Verkehrsregelung anzufechten.

1. Verkehrszeichen als Allgemeinverfügung

Zutreffend geht das OVG davon aus, dass verkehrsbezogene Ge- und Verbote in Form von Verkehrszeichen Allgemeinverfügungen i.S. des § 35 Satz 2 VwVfG sind, die regelmäßig den Dauer-VAen zuzuordnen sind (st. Rspr.; vgl. für viele BVerwGE 59, 221, 226; 97, 214, 220; 97, 323, 326, 328). Für das im Streitfall angeordnete Radweg-Benutzungsgebot gilt, wie das OVG zutreffend angenommen hat, nichts anderes (vgl. allgemein zur Radweg-Benutzungspflicht: BVerwG, Buchholz 442.151 § 2 StVO Nr. 2).

2. Wirksamkeit

Zu Recht haben weiterhin weder die Verfahrensbeteiligten noch die Tatsachengerichte für das Streitverfahren bezweifelt, dass das hier in Rede stehende Ge- bzw. Verbot dem Kl. wirksam bekannt gemacht worden ist (vgl. BVerwGE 102, 316, 318 m.w.N.).

3. Adressatenformel

Mithin wurde der Kl. durch ein einmaliges bzw. mehrmaliges Befahren der E.-Straße mit einem Fahrrad zum Adressaten eines Dauer-VA bzw. einer Allgemeinverfügung, wodurch er in rechtlich beachtlicher Weise belastet worden ist. Dies hat seine — grundsätzlich auch für die Zulässigkeit der Anfechtung verkehrsbeschränkender Anordnungen erforderliche (vgl. BVerwGE 92,32, 35) — Widerspruchsbzw. Klagebefugnis begründet, weil bei Adressaten von belastenden VAen grundsätzlich davon ausgegangen werden darf, dass die Widerspruchsbzw. Klagebefugnis gegeben ist (vgl. BVerwGE 79, 110, 114; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 42 Rdn 69 "Adressatentheorie"; vgl. demgegenüber für Nicht-Adressaten: BVerwG, Buchholz 310 § 42 VwGO Nr. 188 S. 39 m.w.N.). Nach allgemeiner Meinung reicht es zur Bejahung der Klagebefugnis, dass nach dem substantiierten Vorbringen des Kl. eine Verletzung seiner Rechte möglich ist. Die Klage ist unzulässig, wenn unter Zugrundelegung dieses Vorbringens offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Kl. verletzt sein können (vgl. BVerwG, DVBl. 2000, 1614 m. Anm. Sellmann). Für den Adressaten eines belastenden VA bedeutet dies stets die Bejahung der Klagebefugnis, weil zumindest eine Verletzung der allgemeinen Freiheitsgewährleistung nach Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht kommt.

4. Tatsächliche Betroffenheit irrelevant

Das vom OVG in diesem Zusammenhang eingeführte

Merkmal der Nachhaltigkeit oder Regelmäßigkeit der Rechtsverletzung findet in § 42 Abs. 2 VwGO keine Grundlage. Ist eine Rechtsverletzung möglich, so ist nach der vorstehend wiedergegebenen Definition die Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet, unabhängig davon, ob es sich um eine einmalige oder wiederholte Rechtsverletzung handelt. Die abweichende Ansicht des OVG missachtet demgegenüber die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Sie mutet dem Bürger zu, vereinzelte Rechtsverletzungen zu erdulden, ohne dagegen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können. Dies wirkt sich gerade bei rechtswidrigen Verkehrszeichen besonders gravierend aus, denn die streitige Verkehrsregelung verpflichtet den Kl. — wie alle anderen hiervon betroffenen Verkehrsteilnehmer auch — unmittelbar; in entsprechender Anwendung von § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ist das durch Verkehrszeichen angeordnete Radweg-Benutzungsgebot sofort vollziehbar (vgl. BVerwG, Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr.4 m.w.N.). Würde sich der Kl. ggf. über die ihm auferlegte Pflicht hinwegsetzen, so könnte ihn selbst ein sofort eingeleitetes Widerspruchsverfahren nicht vor Sanktionen (bis hin zu strafrechtlichen Sanktionen) bewahren, weil auch ein erfolgreicher Widerspruch in aller Regel nicht die Grundlage für entsprechende Ahndungen von Verkehrsverstößen entzieht (vgl. BGHSt 23, 86; BVerfG, NJW 1965, 2395). [...]

5. Maßgeblicher Zeitpunkt für Klagebefugnis

Allerdings verlangt das OVG zu Recht, dass die Klage selbst noch beim Abschluss des Berufungsverfahrens zulässig war, weil für den Erfolg einer gegen einen Dauer-VA gerichteten Klage regelmäßig die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten tatsächengerichtlichen Entscheidung maßgeblich ist (vgl. für verkehrsbeschränkende Anordnungen BVerwGE 59, 221 m.w.N.).

6. Keine Änderung durch Umzug des Kl.

Die vom OVG angegebenen Gründe dafür, dass nur in den Fällen einer (auch zukünftigen) nachhaltigen oder regelmäßigen Betroffenheit die Zulässigkeit einer Klage zu bejahen und demzufolge eine unzulässige Popularklage zu verneinen sei, vermögen indessen nicht zu überzeugen:

Entsprechend den vorstehenden rechtlichen Erwägungen hat das BVerwG bereits im Urteil vom 9.6.1967 (BVerwGE 27, 181, 185) eine Klagebefugnis im Einzelfall damit begründet, dass ein Kl. in seiner Absicht, sein Kraftfahrzeug auf einer Dienstfahrzeugen vorbehaltenen Stelle zu parken, durch das diesbezügliche Verkehrszeichen gehindert worden sei. Hiermit sei ihm aufgegeben worden, das Abstellen seines Fahrzeugs zu

unterlassen. Damit sei ihm durch VA eine Verbindlichkeit auferlegt worden, wodurch die von § 42 Abs. 2 VwGO vorausgesetzte Rechtsbeeinträchtigung vorliege. Einem solchen Kl. könne auch nicht vorgehalten werden, dass er sich als Sachwalter der Allgemeinheit aufspiele. Dass verkehrsbeschränkende Anordnungen in vielen Fällen von einer unübersehbaren Zahl von Verkehrsteilnehmern angefochten werden könnten, liege in ihrer Natur als Massen-VAe begründet, habe aber mit der sog. Popularklage nichts zu tun.

Der erkennende Senat macht sich diese Erwägungen des seinerzeit zuständigen 7. Senats nach erneuter Prüfung zu Eigen. Sie gelten auch und gerade bei der Beantwortung der Frage, ob eine — durch einen Umzug im Bundesgebiet hervorgerufene — spürbare Verminderung der Möglichkeit abermaliger Betroffenheit durch eine Verkehrsmaßnahme zu Veränderungen hinsichtlich der Klagebefugnis führt. Ob anderes gilt, wenn es nach Lage der Dinge auszuschließen ist, dass eine angegriffene Verkehrsregelung einen Kl. erneut betreffen könnte (z.B. bei Auswanderung), kann offen bleiben, weil ein solcher Fall hier offenkundig nicht vorliegt.

B. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Das vom OVG gefundene Ergebnis der Unzulässigkeit der Klage erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Wie den Gründen des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, geht das OVG nicht davon aus, dass sich der VA für den Kl. erledigt haben könnte, weil er ihn befolgt bzw. nicht befolgt hat; insoweit hat es sich zutreffend auf das vorbezeichnete Urteil des BVerwG vom 9.6.1967 (a.a.O., S. 184) bezogen.

C. Rechtsschutzinteresse

Die getroffenen tatsächlichen Feststellungen führen auch nicht auf das Vorliegen anderer anerkannter Gründe für eine Unzulässigkeit einer erhobenen oder aufrechterhaltenen Klage (Rechtsmissbrauch, fehlendes Rechtsschutzbedürfnis).

Allerdings ist anerkannt, dass beispielsweise eine rechtsmissbräuchliche Begründung von Eigentum dazu führen kann, dass eine hierauf gegründete Klagebefugnis abgesprochen werden darf (vgl. BVerwGE 112, 135, 137); weiterhin ist anerkannt, dass eine Klage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein kann, wenn etwa die Inanspruchnahme eines Gerichts für die subjektive Rechtsstellung des Kl. von vornherein nutzlos ist (vgl. etwa BVerwG, Buchholz 310 § 42 VwGO Nr. 239 m.w.N.).

Die getroffenen tatsächlichen Feststellungen ergeben indessen keinen Anhalt für Ausschlussgründe dieser Art. Solche Gründe mögen z.B. vorliegen, wenn ein Verkehrsteilnehmer sich eigens zum Ort einer Verkehrsregelung begibt, um hieraus eine Anfechtungsmöglichkeit abzuleiten; sie mögen auch — entsprechend den vorstehenden Darlegungen — in Betracht zu ziehen sein, wenn einem Kl. ein positives Urteil nichts mehr nützt, weil auszuschließen ist, dass er jemals wieder mit der angefochtenen Verkehrsregelung konfrontiert werden wird. Hiervon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Dass der Kl. möglicherweise zugleich Interessen anderer organisierter Radfahrer bei seinem Vorgehen im Blick hat, stellt den maßgeblichen Umstand nicht in Frage, dass er mit seiner aufrechterhaltenen Klage zumindest auch eigene Rechte geltend macht.

*Zivilrecht***Standort: Leasing****Problem: Abwälzen der Sach- und Preisgefahr durch AGB**

BGH, URTEIL VOM 08.10.2003
VIII ZR 55/03 (NJW 2004, 1041)

Problemdarstellung:

Der BGH musste sich in diesem Revisionsverfahren mit der Wirksamkeit einer AGB-Klausel im Rahmen eines Leasingvertrages auseinander setzen, wonach die Sach- und Preisgefahr formularmäßig auf den Leasingnehmer abgewälzt wurde; folglich sollte der Leasingnehmer auch im Falle des unverschuldeten Untergangs der Leasingsache den Ausgleichsanspruch des Leasinggebers auf Amortisation befriedigen.

Der BGH stellt zunächst klar, dass nach seiner Rechtsprechung die Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Leasinggebers i. S. des § 9 I AGBG a.F. (jetzt § 307 I 1 BGB) unangemessen und daher unwirksam, wenn nicht — wie hier — für den Fall des völligen Verlusts oder einer nicht unerheblichen Beschädigung des Leasingfahrzeugs ein kurzfristiges Kündigungs- oder gleichwertiges Lösungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist. Macht der Leasingnehmer von dem ihm eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch, hat der Leasinggeber einen Anspruch auf Ausgleich seines zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwands.

Entgegen der Ansicht der Revision ist - nach Auffassung des BGH - die von dem Ausgleichsanspruch vorausgesetzte Abwälzung der Sach- und Preisgefahr nicht deswegen nach § 9 I AGBG a. F. / § 307 I 1 BGB n.F. unwirksam, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine ausdrückliche Regelung enthalten, dass die Ansprüche des Leasinggebers aus der von dem Leasingnehmer für die Leasingsache abzuschließenden Versicherung sowie die Ersatzansprüche des Leasinggebers aus der Verletzung seines Eigentums an der Leasingsache bzw. die entsprechenden Leistungen an den Leasinggeber dem Leasingnehmer zugute kommen.

Damit lehnt der BGH die entsprechende herrschende Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie in der Literatur ab. Der BGH vermag sich einer solchen Unwirksamkeit der Gefahrabwälzungsklausel nicht anzuschließen, weil der Leasinggeber auch ohne

besondere Vereinbarung verpflichtet ist, dem Leasingnehmer die Leistung aus Ansprüche wegen seiner Eigentumsverletzung oder einer vom Leasingnehmer für die Leasingsache abgeschlossenen Versicherung — durch Verwendung auf die Leasingsache, durch Anrechnung auf einen etwaigen Ausgleichs- oder Schadensersatzanspruch oder durch Abtretung — zugute kommen zu lassen. Da somit die Rechtsstellung des Leasingnehmers nicht beeinträchtigt wird, kann auch keine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 9 I AGBG a.F. / § 307 I 1 BGB n.F. vorliegen.

Prüfungsrelevanz:

Das Leasingrecht ist ein Vertragstyp aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, der in Deutschland aufgrund der Vertragsfreiheit (§§ 241, 311 I BGB) seit Jahrzehnten übernommen worden ist. Die wenigen gesetzlichen Vorschriften zum Leasing (vgl. §§ 499 ff. BGB) beschäftigen sich nur mit Sonderproblemen, allgemeingültige Regeln fehlen im BGB. Infolgedessen erschließt sich jedem Examenskandidaten das Leasingrecht nur durch das Studium der entsprechenden höchstrichterlichen Rechtsprechung.

Danach wird auf einen Leasingvertrag grundsätzlich das Mietrecht gem. §§ 535 ff. BGB entsprechend angewendet, soweit nicht die Besonderheiten dieses Vertragstyps - insb. beim Finanzierungsleasing - entgegen stehen. Eine solche Besonderheit ist beim Finanzierungsleasing der Amortisationsanspruch des Leasinggebers, d.h. der Leasingnehmer schuldet durch seine Zahlungen dem Leasinggeber einen Ausgleich für dessen Vorfinanzierung der Leasingsache. Die meisten Rechtsstreitigkeiten im Rahmen des Leasingrechts betreffen dann auch diese Ausgleichsansprüche, die bei vorzeitiger Kündigung insgesamt fällig gestellt werden.

Vertiefungshinweis:

Zur Entwicklung des Leasingrechts: *Weber*, NJW 2003, 2348

Kursprogramm:

Examenkurs: "Hubschrauberleasing"

Leitsatz:

Die Wirksamkeit der Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kfz-Leasinggebers setzt nicht eine ausdrückliche Regelung voraus, dass die Ansprüche des Leasinggebers aus einer von dem Leasingnehmer für das Leasingfahrzeug abzuschließenden Versicherung sowie die Ersatzansprüche des Leasinggebers aus der Verletzung seines Eigentums an der Leasing Sache bzw. die entsprechenden Leistungen an den Leasinggeber dem Leasingnehmer zugute kommen.

Sachverhalt:

Gemäß Antrag der Bekl. vom 5. 4. 1995 schlossen die Parteien einen Leasingvertrag über einen Pkw. Dem Vertrag lagen die AGB der Kl. zu Grunde. Diese lauten auszugsweise:

“X. Versicherungsschutz und Schadenabwicklung. (1) Für die Leasingzeit hat der Leasingnehmer eine Kfz-Haftpflichtversicherung mit einer pauschalen Deckungssumme von 2 Mio. DM und einer Fahrzeugvollversicherung mit einer Selbstbeteiligung von höchstens 2000 DM abzuschließen. Der Leasingnehmer ermächtigt den Leasinggeber und die B-Bank GmbH, einen Sicherungsschein bezüglich der Fahrzeugvollversicherung zu Gunsten der B-Mobilien Vermietung GmbH zu beantragen und Auskunft über die vorgenannten Versicherungsverhältnisse einzuholen....

(4) . . . Zum Ausgleich des Fahrzeugschadens erlangte Beträge hat der Leasingnehmer im Reparaturfall zur Begleichung der Reparaturrechnung zu verwenden.

(5) Entschädigungsleistungen für Wertminderung sind in jedem Fall an den Leasinggeber weiterzuleiten.

(6) Bei Totalschaden oder Verlust des Fahrzeugs kann jeder Vertragspartner den Leasingvertrag zum Ende eines Vertragsmonats kündigen. Bei schadenbedingten Reparaturkosten von mehr als 60% des Wiederbeschaffungswerts des Fahrzeugs kann der Leasingnehmer innerhalb von drei Wochen nach Kenntnis dieser Voraussetzungen zum Ende eines Vertragsmonats kündigen. ... Totalschaden, Verlust oder Beschädigung des Fahrzeugs entbinden nur dann von der Verpflichtung zur Zahlung weiterer Leasingraten, wenn der Leasingvertrag wirksam nach Abs. 1 gekündigt ist und nicht gem. Abs. 2 fortgesetzt wird. Die Folgen einer Kündigung nach Abs. 1 sind in Abschnitt XV geregelt....

XI. Haftung/Gefahrübergang. (1) Für Untergang, Verlust, Beschädigung und Wertminderung des Fahrzeugs und seiner Ausstattung haftet der Leasingnehmer dem Leasinggeber auch ohne Verschulden, jedoch nicht bei Verschulden des Leasinggebers. Dem Leasingnehmer

steht jedoch das in X.6 geregelte Kündigungsrecht zu.

XV. Abrechnung nach Kündigung. (1) Im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrags durch eine nach diesem Vertrag zulässige Kündigung wird wie folgt abgerechnet: Der Leasinggeber stellt dem Ablöserwert den geschätzten Netto-Händlerverkaufspreis des Leasinggegenstands gegenüber. Der Ablöserwert setzt sich zusammen aus den mit der vorschüssigen Rentenbarwertformel abgezinsten restlichen Leasingraten, die um den im Leasingvertrag vereinbarten Prozentsatz verringert werden, dem auf die Restlaufzeit entfallenden Anteil einer etwaigen Leasingsonderzahlung und des abgezinsten Restwerts, das heißt Restwert dividiert durch Abzinsungsfaktor. ...“

Das Fahrzeug wurde der Bekl. am 11. 4. 1995 ausgeliefert. Nachdem die Bekl. den Diebstahl des Wagens angezeigt hatte, kündigte die Kl. mit Schreiben vom 6. 2. 1996 den Leasingvertrag gem. X.6-AGB. Die Bekl. zahlte die Leasingrate für Februar 1996 nicht mehr. Aus der von ihr abgeschlossenen Fahrzeugvollversicherung hat sie den Versicherer wegen des Verlusts des Wagens in Anspruch genommen. Die Klage hatte wegen einer Obliegenheitsverletzung der Bekl. bei der Schadensmeldung keinen Erfolg.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Kl. die Bekl. auf Zahlung von 36 568,60 DM nebst Zinsen sowie weiterer 23 DM vorgerichtlicher Mahnkosten in Anspruch genommen. Mit dem erstgenannten Betrag hat die Kl. im Einzelnen die Zahlung der Leasingrate für Februar 1996 in Höhe von 1191,79 DM nebst bezifferter Zinsen hierauf in Höhe von 50,14 DM, die Erstattung von Bankspesen (23 DM) sowie den Ausgleich ihres zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwands begehrt, den sie gemäß näherer Berechnung mit 35 303,67 DM beziffert hat. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob die in den AGB geregelte Übertragung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf die Bekl. unwirksam ist. Das LG hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 35623,55 DM nebst Zinsen sowie weiterer 23 DM stattgegeben. Die Berufung der Bekl. hat das OLG zurückgewiesen. Mit der — zugelassenen — Revision wandte sich die Bekl. gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von mehr als 1264,93 DM nebst Zinsen. Soweit sie in Höhe des vorgenannten Betrags zur Zahlung der Leasingrate für Februar 1996 nebst bezifferter Zinsen und zur Erstattung von Bankspesen verurteilt worden ist, nimmt die Bekl. das Berufungsurteil hin.

Die Revision ist erfolglos geblieben.

Aus den Gründen:

Das BerGer. hat den der Höhe nach nicht mehr streitigen Anspruch der Kl. auf Ausgleich ihres zum Kündi-

gangszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwands zu Recht bejaht.

A. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in Leasing-AGB

Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kfz-Leasinggebers, wie sie in XI.1 bzw. X.6 II 2 AGB enthalten ist, i. S. des § 9 I AGBG (i.d. gem. Art. 229 § 5 EGBGB am 31. 12. 2001 geltenden Fassung; jetzt § 307 I 1 BGB) unangemessen und daher unwirksam, wenn nicht — wie hier in X.6 — für den Fall des völligen Verlusts oder einer nicht unerheblichen Beschädigung des Leasingfahrzeugs ein kurzfristiges Kündigungs- oder gleichwertiges Lösungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist (NJW 1987, 377 = WM 1987, 38 [unter 1 2a bb]; BGHZ 116, 278 [287] = NJW 1992, 683; NJW 1996, 1888 = WM 1996, 1320 [unter II 1 a]; NJW 1998, 2284 = WM 1998, 1452 unter II 1 a aa); NJW 1998, 3270 = WM 1998, 2148 [unter II 1 bis 3]). Macht der Leasingnehmer von dem ihm eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch, hat der Leasinggeber einen Anspruch auf Ausgleich seines zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwands (WM 1987, 38 [unter I 2 a bb, 113 a] m. w. Nachw.).

Dieser leasingtypische Ausgleichsanspruch besteht dem Grunde nach selbst dann, wenn die Regelung in den AGB des Leasinggebers — wie in XV (1) II AGB hinsichtlich der Berechnung des Anspruchs (Senat, NJW 1996, 455 = WM 1996, 311 [unter 111]) — unwirksam ist (Senat, BGHZ 97, 65 [74] = NJW 1986, 1335; NJW 1996, 455 = WM 1996, 311). Voraussetzung ist jedoch, dass die Abwälzung der Sach- und Preisgefahr wirksam und der Leasingnehmer deswegen trotz des Verlusts oder der Beschädigung des Leasingfahrzeugs und des dadurch eingetretenen Unvermögens des Leasinggebers, dessen Gebrauch zu gewähren (§ 535 BGB), verpflichtet geblieben ist, seine vertraglich vereinbarte Gegenleistung zu erbringen. Das ist vorliegend der Fall.

B. Irrelevanz der gleichzeitigen Kündigungsberechtigung durch den Leasinggeber

Hier hat allerdings nicht die Leasingnehmerin, sondern die Kl. als Leasinggeberin den Leasingvertrag gekündigt. Die dem zu Grunde liegende Regelung in X.6 I 1 AGB, wonach bei Totalschaden oder Verlust des Fahrzeugs jeder Vertragspartner den Leasingvertrag kündigen kann, ist jedoch im Hinblick auf § 9 I AGBG a. F. unbedenklich. Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse der Leasingnehmer im Falle des Totalschadens oder Verlusts des Fahrzeugs an der Fortsetzung

des Leasingvertrags haben könnte.

C. Kein Unwirksamkeit der Abwälzung wegen fehlenden Ausgleichs für die Versicherungsleistungen

Entgegen der Ansicht der Revision ist die von dem Ausgleichsanspruch vorausgesetzte Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in XI.1 bzw. X.6 II 2 AGB nicht deswegen nach § 9 I AGBG a. F. unwirksam, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl. keine ausdrückliche Regelung enthalten, dass die Ansprüche der Kl. aus der von dem Leasingnehmer gem. X.1 AGB für die Leasing Sache abzuschließenden Versicherung sowie die Ersatzansprüche der Kl. aus der Verletzung ihres Eigentums an der Leasing Sache bzw. die entsprechenden Leistungen an die Kl. dem Leasingnehmer zugute kommen. Die Revision kann sich für ihre Ansicht zwar auf die herrschende Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung berufen, der die Literatur gefolgt ist (OLG Düsseldorf, ZIP 1983, 1092 [1093]; OLG Hamburg, MDR 1999, 420; Habersack, in: MünchKomm, 3. Aufl., Leasing Rdnrn. 65, 120; Reinking, Autoleasing, 3. Aufl., 5. 45; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rdnr. 767; Graf v. Westphalen, Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Rdnr. 930; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 9 Rdnr. L 40; a. A. KG, BB 1994, 818 [819]). Dieser vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen.

I. Keine unangemessene Benachteiligung mangels einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung

Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung mit dem vorgenannten Inhalt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers benachteiligt den Leasingnehmer nicht unangemessen.

I. Keine unangemessene Benachteiligung wegen grundsätzlichen Anspruchs auf Ausgleich des Leasingnehmers für Versicherungsleistungen

Allerdings können dem Leasinggeber bei entsprechender Gestaltung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen Ansprüche aus einer vom Leasingnehmer genommenen Kaskoversicherung erwachsen. Entgegen der Annahme des BerGer. ist es insoweit ohne Bedeutung, ob der Leasingnehmer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Ansprüche aus der von ihm abzuschließenden Versicherung an den Leasinggeber abtritt oder ob der Leasinggeber — wie hier nach X.1 5. 2 AGB — ermächtigt ist, einen Sicherungsschein bezüglich der Versicherung zu beantragen. Mit der Aushändigung des Sicherungsscheins durch den Versicherer an den Leasinggeber wird die von dem Leasingnehmer abgeschlossene Kaskoversicherung zu einer Versicherung für fremde Rechnung (§§ 74 ff.

VVG). Der Leasinggeber erlangt dadurch die Rechtsstellung eines Versicherten i. S. von § 75 VVG und kann daher über die Rechte aus dem Versicherungsvertrag in dem im Versicherungsschein beschriebenen Umfang selbst verfügen (BGHZ 40, 297 [300ff.] = NJW 1964, 654; BGHZ 93, 391 [395] = NJW 1985, 1537; BGHZ 122, 46 [49] = NJW 1993, 1578; ferner Stiefel/Hofmann, Kraftfahrtversicherung, 17. Aufl., § 3 AKB Rdnr. 87 m.w. Nachw.). Angesichts dessen bedarf es der Abtretung der Ansprüche aus der Versicherung durch den Leasingnehmer an den Leasinggeber nicht, um diesem die Versicherungsleistung zu sichern.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Kl. von der Ermächtigung, einen Versicherungsschein zu beantragen, keinen Gebrauch gemacht hat. Für die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt es allein auf den Inhalt der Regelung und nicht darauf an, inwieweit der Klauselverwender die ihm danach eingeräumten Rechte ausübt (vgl. Senat, BGHZ 82, 121 [128] = NJW 1982, 870; NJW 1982, 1693 = WM 1982, 712 [unter II 3]; NJW 1983, 159 = WM 1982, 1354 [unter II 5 a]). Der die Sach- und Preisgefahr tragende Leasingnehmer ist jedoch deswegen nicht unangemessen benachteiligt, weil der Leasinggeber auch ohne besondere Vereinbarung verpflichtet ist, dem Leasingnehmer die Leistung aus einer von diesem für die Leasing Sache abgeschlossenen Versicherung — durch Verwendung auf die Leasing Sache, durch Anrechnung auf einen etwaigen Ausgleichs- oder Schadensersatzanspruch oder durch Abtretung — zugute kommen zu lassen (BGHZ 93, 391 [395] = NJW 1985, 1537; Senat, NJW 1988, 198 = WM 1987, 1338 [unter II 2c bb a.E.]; BGHZ 116, 278 [284] = NJW 1992, 683). Das beruht auf der leasingvertraglichen Zweckbindung der Versicherung (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbl. Miet-, Pacht- u. LeasingR, 8. Aufl., Rdnr. 2085), die — im beiderseitigen Interesse — der Absicherung der vom Leasingnehmer übernommenen Sachgefahr dient (vgl. Rein-king, S. 48).

2. Entsprechende Ausgleichspflicht des Leasinggebers für gesetzliche Ansprüche

Für etwaige Ersatzansprüche des Leasinggebers insbesondere aus § 823 I BGB wegen der Verletzung seines Eigentums gilt im Ergebnis nichts anderes. Auch diese Ansprüche muss der Leasinggeber selbst ohne besondere Vereinbarung dem Leasingnehmer abtreten oder sonst in Anrechnung bringen, wenn er gegen diesen auf Grund der Abwälzung der Sach- und Preisgefahr den leasingtypischen Ausgleichsanspruch geltend macht. Das folgt aus dem Rechtsgedanken des § 255

BGB, der Ausdruck des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots ist, wonach der Geschädigte nicht in unangemessener Weise zu Lasten des Schädigers besser gestellt werden soll, als er ohne das Schadensereignis stehen würde (BGHZ 120, 261 [268] = NJW 1993, 593; BGH, WM 1997, 335 [unter B II 1 c], insoweit in BGHZ 134, 212, nicht abgedr., jew. m.w. Nachw.).

II. Keine Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB n.F.)

Sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers im Zusammenhang mit der Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf den Leasingnehmer nicht ausdrücklich vor, dass die Ansprüche des Leasinggebers aus einer von dem Leasingnehmer vertragsgemäß für die Leasing Sache abgeschlossenen Versicherung sowie die Ersatzansprüche des Leasinggebers aus der Verletzung seines Eigentums an der Leasing Sache dem Leasingnehmer zugute kommen, verstößt dies auch nicht gegen das — von § 9 I AGBG a. F. umfasste und nunmehr in § 307 I 2 BGB gesetzlich geregelte — Transparenzgebot. Danach muss eine formularmäßige Bestimmung klar und verständlich sein, um der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird (z. B. BGHZ 145, 203 [220] = NJW 2001, 292 m. zahlr. w. Nachw.). Diese Gefahr besteht beim Fehlen der genannten Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers nicht. Die unter II 3 a dargelegte Verpflichtung des Leasinggebers, dem Leasingnehmer die Leistung aus einer von diesem für die Leasing Sache abgeschlossenen Versicherung sowie die Leistung eines Dritten namentlich wegen der Verletzung des Eigentums an der Leasing Sache — durch Verwendung auf die Leasing Sache, durch Anrechnung auf einen etwaigen Ausgleichs- oder Schadensersatzanspruch oder durch Abtretung — zugute kommen zu lassen, bedarf zur Vermeidung von Missverständnissen keiner ausdrücklichen Wiedergabe in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers.

Wenn der Leasingnehmer für Untergang, Verlust, Beschädigung und Wertminderung des Fahrzeugs und seiner Ausstattung auch ohne Verschulden haftet, bedeutet dies für ihn, dass er durch derartige, von ihm nicht verschuldete Umstände anders als nach der Gesetzeslage nicht von seiner grundsätzlichen Leistungspflicht befreit ist. Es stellt keine Irreführung dar, wenn er nicht zugleich darüber unterrichtet wird, ihm würden bei der Berechnung der gegen ihn gerichteten Ansprüche des Leasinggebers Versicherungsleistungen aus einer von ihm selbst abzuschließenden und zu bedie-

nenden Versicherung oder Ersatzansprüche des Leasinggebers angerechnet, die diesem auf Grund der genannten Ereignisse entstanden sind. Der Senat hat zur Angemessenheit der — leasingtypischen und sonst nicht zu beanstandenden — Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Leasinggebers lediglich verlangt, dass für den Fall völligen Verlusts des Fahrzeugs ein kurzfristiges Kündigungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist. Mehr ist auch aus dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots nicht erforderlich. Die Versicherung, die dem Leasingnehmer beim Kfz-Finanzierungsleasing in der Regel zur Pflicht gemacht wird, betrifft ebenso wie eine Schadensersatzleistung Dritter, die dem Leasinggeber wegen Beschädigung, Zerstörung oder Verlust des Fahrzeugs zufließt, das Sachinteresse des Leasinggebers (BGHZ 116, 278 [283] = NJW 1992, 683). Wenn dem Leasingnehmer die sich aus dem Gesetz ergebende und auch für den Laien selbstverständliche Verpflichtung des Leasinggebers, bei der Berechnung des leasingtypischen — dem Volla-mortisationsinter-

esse des Leasinggebers dienenden (vgl. BGHZ 97,65 [71] = NJW 1986, 1335) — Ausgleichsanspruchs Leistungen der Versicherung oder eines Schadensersatzpflichtigen abzusetzen, nicht ausdrücklich vor Augen gehalten wird, kann dies in Bezug auf das Verständnis der Gefahrtragungsklausel nicht zu einer Fehlvorstellung führen.

Auch im Übrigen erscheint es fern liegend, dass der Leasingnehmer durch das Fehlen einer solchen Regelung davon abgehalten wird, bei der Abrechnung der Forderungen des Leasinggebers seine diesbezüglichen Rechte geltend zu machen. Das gilt insbesondere dann, wenn es um eine Leistung aus einer Versicherung geht, für die, der Leasingnehmer — wie hier — gezahlt hat. Aber auch im Hinblick auf Ersatzleistungen Dritter wegen der Verletzung des Eigentums des Leasinggebers an der Leasing Sache wird sich der Leasingnehmer darüber im Klaren sein, dass der Leasinggeber nicht verlangen kann, seinen Schaden sowohl von ihm, dem Leasingnehmer, als auch von dritter Seite und damit im Ergebnis doppelt ersetzt zu bekommen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Verkäuferspezifische Verkehrssicherungspflicht

BGH, URTEIL VOM 11.02.2004
VIII ZR 386/02 (NJW 2004, 1032)

Problemdarstellung:

In diesem Fall verkaufte die Bekl. ein Kraftfahrzeug mit Reifen, die aufgrund ihres Alters nicht mehr zum Einsatz geeignet waren, an die Versicherungsnehmerin der Kl., die nach einem Verkehrsunfall aufgrund geplatzter Reifen gegen die Bekl. aus übergeleiteten Recht vorgeht.

Dabei lehnt der BGH - im Gegensatz zum BerGer. - eine Arglisthaftung der Bekl. gem. § 463 S. 2 BGB aus dem Kaufvertrag ab; das BerGer. hatte es zwar als erwiesen angesehen, dass die Bekl. vor der Auslieferung des Fahrzeugs die Reifen nicht auf ihr Alter überprüft und sich „blindlings darauf verlassen“ habe, dass die von ihr gekauften Reifen in Ordnung seien. Kenntnis von der Überalterung des Hinterreifens hatte das BerGer. damit aber nicht festgestellt. Die Annahme, die Bekl. habe einen solchen Mangel wenigstens für möglich gehalten, ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen gleichfalls nicht gerechtfertigt gewesen. Im Übrigen berief sich die Bekl. für vertragliche Ansprüche auf die kurze Verjährungsfrist von § 477 BGB a.F.

Jedoch erkennt der BGH eine deliktische Schadensersatzpflicht wegen Verletzung einer Verkehrssiche-

rungspflicht der Bekl. an. Dabei lässt der BGH die Frage, ob die Bekl. jedenfalls auch ohne besondere Anhaltspunkte und daher grundsätzlich das Alter von Reifen von zu verkaufenden KFZ anhand der aufgeprägten DOT-Nummer hätte überprüfen müssen, offen. Denn in diesem Fall bestanden zumindest solche konkreten Anhaltspunkte, auf Grund deren sich der Bekl. die Überalterung hätte aufdrängen müssen, sodass sie sich anhand der DOT-Nummer über das Herstellungsdatum der Reifen zu vergewissern hatte. Indem die Bekl. dieser Untersuchung zumindest fahrlässig vernachlässigt hat, hat sie adäquat kausal zu dem eingeklagten Verkehrsunfallschaden geführt.

Der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. vorzufindende Haftungsausschluss wurde vom BGH wegen Verletzung des Transparenzgebots (§ 307 I 2 BGB) für unwirksam erachtet.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil behandelt das klassische und daher examensrelevante Themengebiet der Anspruchskonkurrenz von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen beim Verkauf einer mangelhaften Sache. Insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Verjährungsfristen für Gewährleistungsrechte (§§ 477 BGB a.F., 438 BGB n.F.) und Deliktsrecht (§§ 852 BGB a.F., 195, 199 BGB n.F.) müssen diese beiden

Anspruchsgruppen - vor allem bei Mangelfolgeschäden - auseinander gehalten werden.

Im Rahmen der unerlaubten Handlung gem. §§ 823 ff. BGB kann auch an ein Unterlassen des Schädigers angeknüpft werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Neben Gesetz bzw. Vertrag kann sich eine solche Rechtspflicht auch aus den richterrechtlich entwickelten Verkehrssicherungspflichten ergeben (§ 242 BGB). Danach muss jeder der eine Gefahrenquelle schafft, unterhält bzw. sie Dritten oder der Allgemeinheit zugänglich macht, alle zumutbaren Maßnahmen treffen, um eine Schädigung Dritter an ihren Rechtsgütern zu verhindern. Dabei hat die Rechtsprechung für bestimmte Berufsgruppen spezifische Verkehrssicherungspflichten entwickelt, z.B. im Rahmen der Produzentenhaftung oder Arzthaftung. Aber auch im Rahmen des Verkaufs von Waren treffen Verkäufer Kontroll- und Überprüfungspflichten auf eine etwaige Gefährlichkeit seiner Waren, wie dieser Fall zeigt.

Vertiefungshinweise:

OLG Köln, NJW-RR 2002, 530; AG Witten, NJW-RR 2002, 1348

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der defekte Gaszug"

Leitsatz:

Beim Verkauf eines Gebrauchtwagens muss ein Kraftfahrzeughändler das Alter der Reifen jedenfalls dann anhand der DOT-Nummer überprüfen, wenn auf Grund besonderer Umstände hierfür Anlass besteht. Unterlässt er diese Prüfung, so haftet er für den Schaden, der dadurch entsteht, dass ein Reifen infolge Überalterung platzt und es zu einem Unfall kommt.

Sachverhalt:

Die Kl. macht aus übergebenem Recht ihrer Versicherungsnehmerin, der Firma K-GmbH, gegen die Bekl. Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall geltend. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Bekl. ist Vertragshändlerin der Firma Ferrari. Im Juni 1998 verkaufte sie einen gebrauchten, im August 1996 erstmals zugelassenen Pkw der Marke Ferrari an einen Kunden, nachdem sie auf dessen Wunsch an dem Fahrzeug vier neue Reifen, die sie von einer Reifenhandelsfirma bezogen hatte, montiert hatte. Einige Zeit später kaufte sie den Pkw, der in der Zwischenzeit etwa 2000 km gefahren worden war, zurück und veräußerte ihn am 5.12.98 mit einem Kilo-

meterstand von circa 20.000 an die Firma K-GmbH weiter. Das Fahrzeug wurde am 22.12.98 ausgeliefert. Dem Kaufvertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. für den Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge (Gebrauchtwagenverkaufsbedingungen) zu Grunde, die in Nr. VII einen Gewährleistungsausschluss und in Nr. VIII eine Begrenzung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit unter anderem auf solche Schäden vorsahen, die nicht durch eine Fahrzeugversicherung oder — bei Drittschäden — durch die Haftpflichtversicherung gedeckt sind. Am 7. 8. 1999 kam es auf der Autobahn zu einem Verkehrsunfall, bei dem der Pkw einen Totalschaden erlitt. Ursache des Unfalls war ein Platzen des linken Hinterreifens. Bei dem von der Kl. anschließend eingeholten Sachverständigengutachten stellte sich heraus, dass der Reifen in der 16. Kalenderwoche (19.—25.4.) 1993 hergestellt worden war; für den normalen Betrieb des Ferrari, dessen Höchstgeschwindigkeit 295 km/h beträgt, war der Reifen bereits spätestens im Dezember 1998 auf Grund seines Alters nicht mehr geeignet. Die Kl., bei der der Pkw in der Fahrzeug- und Haftpflichtversicherung versichert war, hat den Unfallschaden in Höhe von insgesamt 193 472,14 DM reguliert. Mit ihrer am 28. 6. 2000 bei Gericht eingegangenen Klage macht sie die gem. § 67 VVG auf sie übergegangenen Ersatzansprüche abzüglich der Selbstbeteiligung ihrer Versicherungsnehmerin in Höhe von 5000 DM gegen die Bekl. geltend. Die Bekl. hält eine Haftungsgrundlage für nicht gegeben; außerdem hat sie die Einrede der Verjährung erhoben.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat ihr in Höhe von 95549,76 Euro stattgegeben. Die vom Senat zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 II 1 Nr. 2 ZPO) zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, die Bekl. hafte der Kl. für den geltend gemachten Schaden auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 463 S. 2 BGB a. F. i. V. mit § 67 VVG, weil sie beim Verkauf des Fahrzeugs an die Firma K-GmbH arglistig verschwiegen habe, dass der Reifen bereits im April 1993 hergestellt und infolge der langen Lagerzeit überaltert und für den Fahrbetrieb des Ferrari nicht mehr geeignet gewesen sei.

Es habe dem an den Kaufverhandlungen beteiligten Geschäftsführer der Bekl. nicht unbekannt bleiben können, dass das Fahrzeug mit einer derart verkehrsunsicheren Bereifung nicht hätte ausgeliefert werden dürfen und dass der Kunde erwarte, beim Kauf eines

erst zwei Jahre alten und 220 000 DM teuren Sportwagens keine überalterten Reifen zu erhalten. Dennoch habe die Bekl. die gebotene und unschwer mögliche Überprüfung des Alters der Reifen anhand der aufgeprägten DOT-Nummer nicht vorgenommen, sondern sich blindlings darauf verlassen, dass die von ihr gekauften Reifen in Ordnung seien. Damit seien die Voraussetzungen der Arglisthaftung erfüllt; dazu genüge, dass der Verkäufer bei Vertragsabschluss einen offenbarungspflichtigen Umstand zumindest bedingt vorsätzlich in dem Bewusstsein verschweige und billigend in Kauf nehme, dass der Käufer bei Kenntnis dieses Umstands den Kauf nicht oder nicht zu den vereinbarten Bedingungen abgeschlossen hätte. Der Geschäftsführer der Bekl. habe gewusst oder sich zumindest bedingt vorsätzlich der sich aufdrängenden Erkenntnis verschlossen, dass die Käuferin eines so hochwertigen und extrem schnellen Fahrzeugs zumindest eine äußerliche Sicherheitskontrolle erwarte, die insbesondere auch die Verkehrssicherheit der Reifen umfasst habe; er habe auch gewusst, dass diese Kontrolle in ihrem Fachbetrieb nicht erfolgt sei. Durch das Verschweigen dieses Umstands habe er vereitelt, dass die Käuferin eine solche Sicherheitskontrolle, die letztlich den Unfallschaden verhindert hätte, durchführen ließ.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Urteil erweist sich im Ergebnis aber aus einem anderen Grund als richtig, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

I. Kein Schadensersatz wegen arglistigen Verschweigens der Überalterung gem. § 463 S. 2 BGB (= §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB n.F.)

Ein kaufrechtlicher Anspruch auf Schadensersatz wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers (§ 463 S. 2 BGB a. F.) besteht entgegen der Auffassung des BerGer. nicht.

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des BerGer., dass ein Verkäufer einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig verschweigt, wenn er einen Fehler mindestens für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st. Rspr., zuletzt BGH, NJW 2003, 2380 = BGH-Report 2003, 853 [unter II 2 b] m. w. Nachw.); die Voraussetzungen der Arglist müssten für einen kaufrechtlichen Gewährleistungsanspruch der Firma K gegeben sein, weil die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 I 1 BGB a. F. seit Auslieferung des Fahrzeugs am 22. 12. 1998 bis

zur Klageeinreichung am 28. 6. 2000 abgelaufen war und die Bekl. die Verjährungseinrede erhoben hat. Rechtsfehlerhaft nimmt das BerGer. jedoch an, diese Voraussetzungen seien erfüllt, weil der Geschäftsführer der Bekl. gewusst habe oder sich zumindest bedingt vorsätzlich der sich aufdrängenden Erkenntnis, dass die Käuferin eines so hochwertigen und extrem schnellen Fahrzeugs zumindest eine äußerliche Sicherheitskontrolle vor dessen Auslieferung erwartete, verschlossen habe. Diesen Erwägungen kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil es für die Frage der Arglist i. S. des § 463 S. 2 BGB a. F. in erster Linie nicht auf die Vorstellungen des Verkäufers von den Erwartungen des Käufers ankommt, sondern darauf, ob der Verkäufer einen (offenbarungspflichtigen) Fehler kennt oder zumindest für möglich hält. Dazu fehlt es an entsprechenden Feststellungen.

Das BerGer. hat es zwar als erwiesen angesehen, dass die Bekl. vor der Auslieferung des Fahrzeugs die Reifen nicht auf ihr Alter überprüft und sich „blindlings darauf verlassen“ habe, dass die von ihr gekauften Reifen in Ordnung seien. Kenntnis von der Überalterung des Hinterreifens hat das BerGer. damit jedenfalls nicht festgestellt. Die Annahme, die Bekl. habe einen solchen Mangel wenigstens für möglich gehalten, ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen gleichfalls nicht gerechtfertigt; irgendwelche Anhaltspunkte in dieser Richtung liegen auch nicht vor. Ob unter den gegebenen Umständen das Verhalten der Bekl. als fahrlässig anzusehen ist, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen; für die Bejahung eines arglistigen Verschweigens eines Fehlers würde fahrlässige Unkenntnis nicht ausreichen.

II. Kein Schadensersatzanspruch aus p.F.V. wegen Verjährung

Da ein arglistiges Verhalten der Bekl. zu verneinen ist, greift die Einrede der Verjährung gleichfalls durch, soweit das BerGer. eine der Schadenspositionen als Mangelfolgeschaden ansieht, der jedenfalls, aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen sei. Im Kaufrecht unterliegen auch die auf Ersatz von Mangelfolgeschäden gerichteten Ansprüche, wenn sie sich unmittelbar auf einen Sachmangel gründen, der kurzen gewährleistungsrechtlichen Verjährungsfrist des § 477 BGB a. F. (Senat, NJW 1980, 1950 [unter II 3] m. w. Nachw.).

III. Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gem. § 823 I BGB

Das Urteil erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig (§ 561 ZPO), weil die Bekl. aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (§ 823 I BGB) den Unfall-

schaden zu ersetzen hat. Dem Käufer eines Gebrauchtwagens, der mit unvorschriftsmäßigen Reifen versehen ist, können gegen den Verkäufer Schadensersatzansprüche aus Eigentumsverletzung (§ 823 I BGB) zustehen, wenn die mangelhafte Bereifung später Ursache eines Unfallschadens an dem Fahrzeug wird. In einem solchen Fall ist, wie der Senat in seinem Urteil vom 5. 7. 1978 (NJW 1978, 2241 [unter 111 b]) im Einzelnen dargelegt hat, zwischen dem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung und demjenigen aus unerlaubter Handlung eine echte Anspruchskonkurrenz gegeben mit der Folge, dass jeder Anspruch der ihm eigenen gesetzlichen Regelung folgt (ebenso, Senat, BGHZ 66, 315 = NJW 1976, 1505). Nichts anderes gilt, wenn die Reifen zwar den vorgeschriebenen technischen Daten entsprechen, aber auf Grund ihres Alters im Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr uneingeschränkt verkehrssicher sind. Die Voraussetzungen eines derartigen deliktischen Schadensersatzanspruchs, für den eine dreijährige — im Streitfall bis zur Klageeinreichung noch nicht verstrichene — Verjährungsfrist (§ 852 BGB a. F.) gilt (Senat, BGHZ 66, 315 = NJW 1976, 1505 unter II), liegen hier vor.

1. Zum Verschulden der Bekl.

Die Bekl. trifft das für eine Haftung aus unerlaubter Handlung erforderliche Verschulden an dem Schadensfall. Die auf ihrer Seite Verantwortlichen haben fahrlässig gehandelt. Sie haben die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen (§ 276 I 2 BGB a. F., ebenso § 276 II BGB n. F.), als sie der Firma K im Dezember 1998 das Kraftfahrzeug mit einem Hinterreifen überließen, der zwischen dem 19. und 25. 4. 1993 angefertigt worden war. Das Herstellungsdatum des Reifens hätten sie bei Einhaltung der ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten erkennen und dadurch die für den Unfall ursächliche Gefahrenlage unschwer vermeiden können (vgl. BGH, NJW 1975, 685).

2. Überprüfungspflicht der Bekl. hinsichtlich des Alters der Bereifung

Das BerGer. hat — im Rahmen der von ihm erörterten und bejahten Arglisthaftung — entscheidend darauf abgestellt, die Bekl. hätte jedenfalls auch ohne besondere Anhaltspunkte das Alter der Reifen anhand der aufgeprägten DOT-Nummer überprüfen müssen. Ob dieser Ansicht in einem Fall wie dem vorliegenden zu folgen ist, ob ein Autohändler, der einen Gebrauchtwagen mit einem kurz zuvor von seinem Reifenhändler neu erworbenen, äußerlich einwandfreien Hinterreifen veräußert, auf die DOT-Nummer achten muss, erscheint zweifelhaft, kann aber unentschieden bleiben (zu den Sorgfaltspflichten eines Reifenhändler

vgl. OLG Nürnberg, DAR 2002, 270). Denn hier bestanden solche konkreten Anhaltspunkte, auf Grund deren es sich der Bekl. hätte aufdrängen müssen, sich anhand der DOT-Nummer über das Herstellungsdatum der Reifen zu vergewissern. Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass die von der Bekl. im Juni 1998 montierten Reifen des Typs „P Zero“ ein Profil aufwiesen, das seit Anfang 1996 — im Zusammenhang mit der Umstellung auf den Reifentyp „P Zero Asimetrico“ — unstreitig nicht mehr hergestellt wurde. Jedenfalls dies hätte der Bekl. bei der gebotenen routinemäßigen Sichtkontrolle auch der Bereifung (vgl. dazu Senat, NJW 1978, 2241, unter II 2 a) vor dem Verkauf des Fahrzeugs an die Firma K im Dezember 1998 auffallen müssen; die Kenntnis des Umstands, dass und zu welchem Zeitpunkt die Firma P als Lieferantin der Firma Ferrari das Profil an den Reifen des Typs „P Zero“ geändert hatte, muss von der Bekl. als Ferrari-Vertragshändlerin erwartet werden. War aber das Profil des Reifens überholt, bestand für die Bekl. Anlass, den Reifen anhand der DOT-Nummer auf sein Herstellungsdatum zu untersuchen. Dies war von ihr schon deshalb zu erwarten, weil einerseits der Zustand der Bereifung für die Verkehrssicherheit eines Fahrzeugs, das extrem hohe Geschwindigkeit erreicht, und damit auch für Leben und Gesundheit der Insassen — und auch der sonstigen Verkehrsteilnehmer — von entscheidender Bedeutung ist, und andererseits die Überprüfung der Reifen anhand des Profils und der DOT-Nummer keinen nennenswerten Aufwand verursacht; ein kurzer Blick auf die für den Fachmann unschwer zu entschlüsselnde DOT-Nummer genügt hierfür.

Hätte die Bekl. diese ohne weiteres mögliche Überprüfung vor dem Verkauf des Ferrari an die Firma K im Dezember 1998 vorgenommen, hätte sie festgestellt, dass der später geplatze Hinterreifen bereits in der 16. Kalenderwoche (19.—25.4.) 1993 hergestellt, im Dezember 1998 mithin schon rund fünf Jahre und acht Monate alt war. Auf Grund dieser ihr möglichen Erkenntnis hätte die Bekl. nach den rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Feststellungen wissen müssen, dass der Reifen — wie das BerGer. nach den Ausführungen des Sachverständigen angenommen hat — schon damals überaltert und für den normalen Fahrbetrieb des Pkw Ferrari mit einer Geschwindigkeit bis zu 295 km/h nicht mehr geeignet war.

3. Irrelevanz der kurzfristigen Vorerwerbs der Bekl.

Der Umstand, dass die Bekl. die Reifen erst wenige Monate zuvor — im Juni 1998 — von einer Reifenhändlerfirma als Neureifen erworben hatte und die Reifen

seitdem erst etwa 2000 Kilometer gefahren waren, entlastet sie nicht. Damals bereits hätte ihr bei einer auch nur flüchtigen Sichtprüfung das alte Profil auffallen und dies hätte ihr Anlass zu einer näheren Überprüfung anhand der DOT-Nummer geben müssen. Da die Bekl. aber vor dem Kauf der Reifen im Juni 1998 die sich wegen des alten Profils aufdrängende Prüfung nicht vorgenommen hatte, hätte diese Kontrolle im Dezember 1998 nicht unterbleiben dürfen.

4. Verschuldenszurechnung bzw. Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses

Das Unterlassen der gebotenen und zumutbaren Überprüfung der Reifen durch ihren Geschäftsführer oder einen anderen zuständigen Mitarbeiter muss sich die Bekl. als Verschulden anrechnen lassen (§ 278 BGB). Dabei kann offen bleiben, ob dieses Verschulden als einfache (leichte) oder schon als grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist. Denn auch beim Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit haftet die Bekl. für den Unfallschaden vom 7. 8. 1999. Allerdings enthalten die Vertragsbestandteil gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. in Nr. VIII 1 einen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, soweit der Schaden durch die Fahrzeug- und Haftpflichtversicherung gedeckt ist. Die Klausel ist jedoch unwirksam, weil sie die Rechtsposition des Vertragspartners in mehrfacher Hinsicht nicht hinreichend klar regelt und deshalb ins-

gesamt gegen das aus § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB) herzuleitende Transparenzgebot verstößt (s. dazu im Einzelnen und mit ausführlicher Begründung Senat, BGHZ 145, 203 [240ff.] = NJW 2001, 292; a. A. Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 9 Rdnrn. G 84 und N 14). Der Umstand, dass das genannte Senatsurteil die Neuwagen-Verkaufsbedingungen des Kraftfahrzeughandels betraf, während es hier um eine Klausel in den Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen geht; ist für die Frage der Transparenz ohne Bedeutung.

5. Kausalität

Das Unterlassen der erforderlichen Kontrolle des Alters der Reifen war unter Zugrundelegung der fehlerfreien Feststellungen des BerGer. ursächlich für den bei dem Unfall vom 7. 8. 1999 entstandenen Schaden. Hätte die Bekl. das Herstellungsdatum der Reifen überprüft und dadurch feststellen können, dass die Hinterreifen überaltert waren, dann hätte sie entweder von sich aus die vorhandenen durch einwandfreie neue Reifen ersetzen oder zumindest die Käuferin auf das Alter der Reifen und die damit verbundenen Risiken hinweisen müssen. Es liegt auf der Hand, dass die Käuferin dann auf der Montage nicht überalterter Reifen bestanden hätte, so dass der Unfall vermieden worden wäre.

Standort: Bankrecht Problem: Kündigung eines Parteikontos durch die Postbank

BGH, URTEIL VOM 02.12.2003
XI ZR 397/02 (NJW 2004, 1031)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH über die Rechtmäßigkeit einer Kündigung durch die Postbank AG für ein Girokonto, das der Landesverband der "Republikaner" bei der Rechtsvorgängerin der Postbank AG eingerichtet hatte. Ihre Kündigung rechtfertigte die Postbank AG insbesondere mit der Verfassungsfeindlichkeit dieser Partei. Der BGH erachtete aber diese Kündigung wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot gem. Art. 3 I GG als rechtswidrig.

Nach einem zur Deutschen Post AG ergangenen Urteil des BVerwG vom 18. 3. 1998 (BVerwGE 113, 208 [211]) unterliegt auch ein privatrechtliches Unternehmen, das im Alleinbesitz des Staates erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit nachgeht, der Grundrechtsbindung; Art. 3 GG findet danach unmittelbar Anwendung bei der Bewertung der Tätigkeit der Postbank AG. Insbesondere gilt das Verbot willkürlichen Verhaltens als niedrigste Stufe einer öffentlich-rechtlichen Bin-

dung privatrechtlichen Handelns des Staats, d.h. (potenzielle) Geschäftspartner dürfen nicht willkürlich, also ohne sachlich rechtfertigenden Grund benachteiligt werden. Eine sachliche Rechtfertigung für die Kontokündigung konnte der BGH im vorliegenden Fall nicht erkennen.

Die Bekl. durfte die politische Zielrichtung des Kl. nicht zum Anlass für eine Kündigung nehmen. Dies wäre ihr selbst dann verwehrt, wenn der Kl. — was die Bekl. nicht einmal behauptet — verfassungsfeindlich ausgerichtet wäre. Nach Art. 21 II 2 GG entscheidet über die Verfassungswidrigkeit einer Partei das BVerfG. Hierbei handelt es sich um eine Privilegierung der politischen Parteien gegenüber anderen Vereinigungen und Verbänden. Bis zu einer Entscheidung des BVerfG kann deshalb niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen. Erst recht kann demnach die politische Zielrichtung einer nicht verfassungswidrigen Partei eine ihr rechtlich nachteilige Handlung nicht rechtfertigen.

Die Bekl. kann die Kündigung auch nicht mit behaupteten wirtschaftlichen Nachteilen rechtfertigen.

die bei Fortführung der Geschäftsverbindung mit dem Kl. drohen könnten. Sie hat erst gar nicht hinreichend dargelegt, dass die Aufrechterhaltung des seit über zehn Jahren beanstandungsfrei geführten Kontos des Kl. für sie zu einem Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Kreditinstituten führen würde.

Prüfungsrelevanz:

Die Lektüre dieses Urteils des BGH kann zum Zwecke der Examensvorbereitung nur empfohlen werden, weil in diesem Fall gleich zwei Themengebiete Bankrecht und Grundrechtsbindung - verknüpft werden. In der Schnittstelle privatwirtschaftlichen Verhaltens des Staates, z.B. durch 100% beherrschte Unternehmen, wird vor allem die Grundrechtsbindung des Staates gem. Art. 1 III GG virulent, sodass zivilrechtliches Verhalten auch im Lichte der Grundrechte zu bemessen ist. Dabei gilt in diesen Fällen nicht nur eine mittelbare Drittwirkung, sondern eine unmittelbare Bindungswirkung. Es können damit idealerweise zwei Rechtsgebiete zugleich geprüft werden.

Vertiefungshinweis:

BGHZ 154, 146 = NJW 2003, 1658; *Neuner*, LMK 2003, 100

Kursprogramm:

Examenskurs: "Brot für M"

Leitsätze:

1. **Eine erwerbswirtschaftlich tätige, aber ausschließlich von der öffentlichen Hand beherrschte Gesellschaft hat das in Art. 3 I GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot zu beachten.**
2. **Die ohne sachgerechten Grund erklärte Kündigung eines Girovertrags durch ein ausschließlich staatlich beherrschtes Kreditinstitut verstößt gegen das Willkürverbot und ist gem. § 134 BGB nichtig.**
3. **Ein ausschließlich staatlich beherrschtes Kreditinstitut darf die politische Zielrichtung einer Partei nicht zum Anlass für eine Kontokündigung nehmen, solange das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der Partei nicht festgestellt hat.**

Sachverhalt:

Der kl. Landesverband Niedersachsen der Republikaner nimmt die bekl. Postbank auf Fortführung eines Girokontos in Anspruch. Am 25. 7. 1990 ließ der Kl. ein Girokonto bei der Rechtsvorgängerin der Bekl. eröffnen. Im August und September 2000 wurde in meh-

ren Zeitungen über die Geschäftsverbindungen der Bekl. zu „rechtsextremen“ Parteien berichtet. Am 12. 9. 2000 kündigte die Bekl. gem. § 19 I AGB-Postbank mit Wirkung zum 24. 10. 2000 das Girokonto mit der Begründung, es bestehe kein Interesse an einer Fortführung der Geschäftsverbindung. Bei anderer Gelegenheit verwies sie darauf, keine Geschäftsbeziehung zu verfassungsfeindlichen Organisationen unterhalten zu wollen; ihr Vorstand habe die Kündigung sämtlicher Konten rechtsradikaler Parteien und Organisationen beschlossen, um „einen wichtigen Beitrag zur politischen Hygiene“ zu leisten und sich der „gesellschaftlichen Verantwortung“ zu stellen. Der Kl. hält die Kündigung für unwirksam, weil er als Landesverband einer politischen Partei dringend auf eine Bankverbindung angewiesen sei, zu deren Eröffnung andere Kreditinstitute nicht bereit seien. Die Bekl. beruft sich darauf, die Kündigung angesichts der öffentlichen Kritik zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen ausgesprochen zu haben. Als Rechtsperson des Privatrechts und Grundrechtsträgerin stehe es ihr zudem frei, eine Geschäftsbeziehung aus politischen oder weltanschaulichen Gründen zu beenden. Der Kl. möge die Kontoeröffnung bei einer Sparkasse durchsetzen.

Das LG hat die Bekl. verurteilt, das Konto einstweilen fortzuführen. Das OLG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen und sie auf die Anschlussberufung des Kl. zur - unbefristeten - Fortführung des Kontos verurteilt. Die - zugelassene - Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Bekl. ist zur Fortführung des Girokontos verpflichtet. Die Kündigung verstößt gegen das in Art. 3 I GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot und ist gem. § 134 BGB nichtig (vgl. zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Grundrechtsverstöße BGHZ 65, 284 [287]; BGHZ 154, 146). Auf die Abwägung widerstreitender, durch das Grundgesetz geschützter Interessen des Kl. und der Bekl. kommt es — anders als im Rahmen der vom BerGer. herangezogenen Generalklausel des § 242 BGB — nicht an.

A. Anwendbarkeit des Willkürverbots zu Lasten der Bekl.

Die Bekl. unterlag bei der Kündigung des Girokontos am 12. 9. 2000 — auf diesen Zeitpunkt ist bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung abzustellen — dem Willkürverbot. Sie ist im Jahre 1995 im Zuge der Postreform II durch Umwandlung des Sondervermögens Deutsche Bundespost in Aktiengesellschaften gem. Art. 143 b I 1 GG, § 1 PostUmwG entstanden. Alleiniger Aktionär der Bekl. ist die Deutsche Post

AG, deren Aktien im Zeitpunkt der Kündigung noch vollständig im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland und der Kreditanstalt für Wiederaufbau, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, standen. Der Börsengang der Deutschen Post AG erfolgte erst im November 2000 und damit nach der Kündigung des Girokontos des Kl.

I. Bindungswirkung von Art. 3 GG gegenüber privatrechtlich geführten, aber von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmen

Nach einem zur Deutschen Post AG ergangenen Urteil des BVerwG vom 18. 3. 1998 (BVerwGE 113, 208 [211]) unterliegt auch ein privatrechtliches Unternehmen, das im Alleinbesitz des Staates erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit nachgeht, der Grundrechtsbindung. Art. 3 GG findet danach unmittelbar Anwendung (ebenso Gersdorf, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, 4. Aufl., Art. 87f Rdnr. 87 Fußn. 54; Dreier, GG, Art. 1 III Rdnrn. 48 ff.; Höfling, in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 1 Rdnrn. 94ff.; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 6. Aufl., Art. 1 Rdnrn. 28 f.; Stern, StaatsR III/1, § 74 IV 5; v. Arnould, DOV 1998, 437 [444]; a. A. Uerpmann, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Art. 87f Rdnr. 11 b; Windthorst, in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 87 f Rdnr. 9; Herdegen, in: PostG, VerfGrdl. Rdnr. 60).

II. Auswirkungen und Folgen der Anwendbarkeit von Art. 3 GG auf solche Unternehmen

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die öffentliche Hand bei rein fiskalischem Handeln zwar nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden (BGHZ 36, 91 [96] = NJW 1962, 196; BGH, NJW 1977, 628 [629f.]). Sie muss aber auch in diesem Bereich gewisse Bindungen und Schranken beachten, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Insbesondere gilt das Verbot willkürlichen Verhaltens als niedrigste Stufe einer öffentlich-rechtlichen Bindung privatrechtlichen Handelns des Staates (BGH, NJW 1977, 628; vgl. auch BVerfGE 98, 365 [395]; GmS, BGHZ 97, 312 [317] = NJW 1986, 2359; BGH, NJW 1967, 1911). Danach kann es auch einer erwerbswirtschaftlich tätigen Gesellschaft, deren Anteile sich unmittelbar oder über eine oder mehrere Gesellschaften mittelbar im Besitz der öffentlichen Hand befinden und hinter der deshalb jedenfalls mittelbar die Organisations- und Finanzkraft des Staates steht, weshalb sie dessen Einwirkungsmöglichkeiten in jeder Hinsicht unterliegt, nicht freistehen, bestimmte Geschäfts- oder Vertragspartner willkürlich zu benachteiligen.

B. Zur Verletzung des Willkürverbots

Das Willkürverbot ist verletzt, wenn sich, bei verständiger

Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken ein sachgerechter Grund für eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt nicht finden lässt (BVerfGE 55, 72 [89f.] = NJW 1981, 271; BVerfGE 78, 232 [248] = NJW 1988, 3258). Einen solchen Grund hat die Bekl. nicht dargelegt.

I. Kein Kündigungsrecht aufgrund der politischen Zielrichtung des Kl.

Die zum Kündigungszeitpunkt zu 100% staatliche Bekl. durfte die politische Zielrichtung des Kl. nicht zum Anlass für eine Kündigung nehmen. Dies wäre ihr selbst dann verwehrt, wenn der Kl. — was die Bekl. nicht einmal behauptet — verfassungsfeindlich ausgerichtet wäre (Senat, BGHZ 154, 146 = NJW 2003, 1658 = WM 2003, 823 [825]). Nach Art. 21 II 2 GG entscheidet über die Verfassungswidrigkeit einer Partei das BVerfG. Hierbei handelt es sich nicht um eine bloße Zuständigkeitsregelung, sondern — i. V. mit Art. 21 I GG — um eine Privilegierung der politischen Parteien gegenüber anderen Vereinigungen und Verbänden. Bis zu einer Entscheidung des BVerfG kann deshalb niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen (BVerfGE 12, 296 [304] = NJW 1961, 723; BVerfGE 40, 287 [291] = NJW 1976, 38). Erst recht kann demnach die politische Zielrichtung einer nicht verfassungswidrigen Partei eine ihr rechtlich nachteilige Handlung nicht rechtfertigen. Eine Partei soll in ihren politischen Aktivitäten von jeder rechtlichen Behinderung frei sein, solange sie mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitet (BVerfGE 13, 123 [126]; 39, 334 [357]; 40, 287 [291]; 47, 130 [139]; BVerfG, NJW 2001, 2076 [2077]).

Die Kündigung, mit der die Bekl. „einen wichtigen Beitrag zur politischen Hygiene“ leisten wollte, stellt eine unzulässige rechtliche Behinderung dar. Sie greift zwar nicht unmittelbar in die politische Tätigkeit des Kl. ein, beeinträchtigt seine Betätigungsfreiheit aber wesentlich, und zwar mit politischer Zielsetzung. Der Kl. ist bei seiner Arbeit auf die Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr angewiesen. Anders kann er Zahlungen von existenzieller Bedeutung, nämlich die staatliche Parteienfinanzierung (§ 19 I 2 ParteiG), nicht entgegennehmen. Ebenso wenig kann er ohne Konto Mitgliedsbeiträge einziehen oder Geldspenden empfangen. Auch die Begleichung von Mieten, Telefongebühren oder von Rechnungen im Zusammenhang mit Parteiveranstaltungen ist in weitem Umfang ohne Girokonto praktisch nicht durchführbar (vgl. Senat, BGHZ 154, 146 = NJW 2003, 1658 = WM 2003, 823 [825]).

Ob eine rechtliche Behinderung des Kl. zu verneinen wäre, wenn ein anderes Kreditinstitut zur Eröffnung eines Girokontos bereit wäre, bedarf keiner Entschei-

dung. Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass dies nicht der Fall ist. Auch die Möglichkeit, einen Anspruch auf Eröffnung und Führung eines Girokontos gegen die am Sitz des Kl. ansässige Stadtparkasse — eventuell durch mehrere Instanzen — einzuklagen, lässt eine rechtlich erhebliche Behinderung des Kl. nicht entfallen. Ebenso wenig muss sich der — gesondert zur Rechenschaftslegung verpflichtete (§ 23 I 3 PartG) — Kl. auf die Nutzung eines Treuhandkontos (vgl. hierzu Senat, BGHZ 154, 146) oder eines Kontos der Bundespartei verweisen lassen.

II. Kein Kündigungsrecht wegen eigener wirtschaftlicher Nachteile bei Geschäftskontakten mit dem Kl.

Die Bekl. kann die Kündigung auch nicht mit

behaupteten wirtschaftlichen Nachteilen rechtfertigen, die bei Fortführung der Geschäftsverbindung mit dem Kl. drohen könnten. Sie hat nicht hinreichend dargelegt, dass die Aufrechterhaltung des seit über zehn Jahren beanstandungsfrei geführten Kontos des Kl. für sie zu einem Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Kreditinstituten führen würde, etwa weil die Kündigung der Geschäftsbeziehungen durch andere Kunden zu gewärtigen wäre. Ebenso wenig hat die Bekl. einen ihr möglicherweise drohenden Imageschaden substantiiert ausgeführt. Zudem befürchtet sie diesen Schaden allein auf Grund der politischen Zielrichtung des Kl., die, wie dargelegt, die dem Willkürverbot unterliegende Bekl. rechtlich nicht zu dessen Nachteil geltend machen kann.

Standort: Zivilprozessrecht

Problem: Präklusion eines Wandlungsurteils

BGH, URTEIL VOM 19.11.2003
VIII ZR 60/03 (NJW 2004, 1252)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung musste sich der BGH über die Auswirkungen der rechtskräftigen Abweisung einer Wandlungsklage (§§ 459 ff. BGB a.F.; Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 440 BGB n.F.) gegenüber einer neuen Klage mit gleichem Antrag, die darauf gestützt wird, dass der Verkäufer den Mangel bei Abschluss des Vertrags arglistig verschwiegen und der Käufer den Vertrag deshalb — nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses — angefochten habe, beschäftigen.

Im Einklang mit dem BerGer. erachtet der BGH eine solche Anfechtungsklage für unzulässig wegen der entgegenstehenden Rechtskraft des Wandlungsurteils (§ 322 I ZPO). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH verbietet die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung — als negative Prozessvoraussetzung — eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand. Unzulässig, ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits identisch ist. Streitgegenstand eines Rechtsstreits ist dabei nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch, sondern der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung verstandene, eigenständige prozessuale Anspruch, der durch den Klageantrag (Rechtsfolge) und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt wird. Im vorliegenden Fall ist der Streitgegenstand mit dem des

Vorprozesses insoweit identisch, als der Kl. wiederum Teilrückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs begehrt. Wie im Vorprozess stützt der Kl. den geltend gemachten Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags darauf, dass das Fahrzeug, entgegen der im Kaufvertrag von der Bekl. ausdrücklich zugesicherten Unfallfreiheit, einen Unfallschaden erlitten hatte. Auf Grund der Rechtskraft des klageabweisenden Urteils im Vorprozess steht jedoch fest, dass die vom Kl. begehrte Rückzahlung des Kaufpreises unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt aus der wahrheitswidrigen Zusicherung der Unfallfreiheit durch die Bekl. hergeleitet werden kann. Die auf diesen Lebenssachverhalt erneut gestützte Klage auf Rückabwicklung des Kaufvertrags ist deshalb unzulässig, selbst wenn im Vorprozess nicht alle dafür erheblichen Tatsachen und in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen vorgetragen und geprüft worden waren.

Prüfungsrelevanz:

Zur Vorbereitung auf das juristische Staatsexamen sollte dieses Urteil des BGH unbedingt gelesen werden, weil es klassische Themen des Zivilprozessrechts behandelt, deren Kenntnis auch schon vom Studenten im Ersten Staatsexamen abverlangt werden.

Zum einen wird der Begriff des Streitgegenstandes behandelt, wobei der BGH an der zweigliedrigen, prozessualen Begrifflichkeit festhält, wonach der Antrag und der gesamten historischen Lebensvorgang maßgeblich sind, auf den sich das Rechtsschutzbegehren des Kl. beziehen, unabhängig davon, ob einzelne

Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht. Der Begriff des Streitgegenstandes ist wichtig für Fragen der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 III Nr. 1 ZPO), der Klageänderung (§§ 263 ff. ZPO), etc.

Zum anderen wird der Umfang und die Auswirkungen eines bereits rechtskräftigen Urteils angesprochen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH verbietet die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung — als negative Prozessvoraussetzung — eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand (*ne bis in idem*; BGHZ 93, 287 [289]). Unzulässig, ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits identisch ist. Infolge des Streitgegenstandsbegriff gehört daher zur Rechtskraftwirkung nicht nur die Präklusion der im ersten Prozess vorgelegten Tatsachen, sondern auch die der nicht vorgetragenen Tatsachen, sofern diese nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Prozess entstanden sind, sondern bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebenssachverhalt gehören (§ 767 II ZPO). Sofern eine solche Identität des Streitgegenstandes nicht besteht, kann jedoch das rechtskräftige Urteil Präjudizwirkung für diese Tatsachen in nachfolgenden Prozessen haben. Wenn eine im Vorprozess entschiedene Rechtsfrage Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits ist, so besteht die Rechtskraftwirkung in einer Bindung des Gerichts im nachfolgenden Rechtsstreit an die Entscheidung im Vorprozess (St. Rspr.; vgl. BGH, NJW 1995, 1757).

Vertiefungshinweise:

Lüke, JuS 2000, 1042; Musielak, NJW 2000, 3593

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Späte Gegenwehr"
- Assessorkurs: "Die Maklerprovision"
- Assessorkurs: "Der Verzicht"

Leitsatz:

Zu den Auswirkungen der rechtskräftigen Abweisung einer Klage, die auf Rückabwicklung eines Kaufvertrags wegen eines Mangels der Kaufsache gerichtet war, auf eine dieses Begehren weiterverfolgende, neue Klage, die darauf gestützt wird, dass der Verkäufer den Mangel bei Abschluss des Vertrags arglistig verschwiegen und der Käufer den Vertrag deshalb — nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Vorpro-

zesses - angefochten habe (Fortführung von BGHZ 42, 37 und BGHZ 94, 29).

Sachverhalt:

Der Kl. kaufte von der Bekl. mit Vertrag vom 14. 9. 1998 einen gebrauchten Pkw zum Preis von 12500 DM. Der schriftliche Kaufvertrag enthielt die besondere Vereinbarung: „Fahrzeug ist unfallfrei.“ Der Kl. finanzierte den Kaufpreis mit einem Darlehen der F-Bank: Im Mai 1999 erfuhr der Kl., dass das Fahrzeug vor Abschluss des Kaufvertrags einen Unfallschaden erlitten hatte. Er beehrte Wandelung des Kaufvertrags und erhob Klage auf Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises in Höhe der bis dahin an die F-Bank geleisteten Kreditraten und Erstattung werterhöhender Verwendungen. Unter Berücksichtigung eines Abzugs für erlangte Nutzungsvorteile beantragte der Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 2097,94 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs an die Bekl. sowie die Feststellung, dass sich die Bekl. seit dem 16. 6. 1999 im Annahmeverzug befindet. Das AG wies die Klage durch Urteil vom 20. 6. 2000 mit der Begründung ab, der geltend gemachte Anspruch sei als kaufrechtlicher Gewährleistungsanspruch auf Vollzug der Wandelung wegen der hierfür geltenden Frist von sechs Monaten verjährt und die längere Verjährungsfrist für Ansprüche aus bereits vollzogener Wandelung greife nicht ein, weil der Kl. seine Behauptung nicht bewiesen habe, dass sich die Bekl. vorprozessual mit einer Wandelung einverstanden erklärt habe. Berufung gegen dieses Urteil legte der Kl. nicht ein; das Urteil wurde am 3. 10. 2000 rechtskräftig. Danach focht der Kl. den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung mit der Begründung an, er habe im Oktober 2000 von dem Vorbesitzer Z erfahren, dass die Bekl. Kenntnis von dem Unfallschaden gehabt habe. Mit seiner erneuten Klage beehrte er über den bereits im Vorprozess geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von 2097,94 DM Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs hinaus wiederum die Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl., nunmehr seit dem 12. 1. 2001, sowie die Erstattung angefallener Garagenmiete von September 2000 bis Mai 2002 in Höhe von 2100 DM nebst Zinsen.

Das AG hat die Bekl. zur Zahlung von 1717,55 Euro (3359,24 DM) nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs an sie verurteilt und dem Feststellungsantrag entsprochen; wegen des weitergehenden Zahlungsantrags hat es die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Bekl. hat das LG das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage, abgewiesen. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision beehrt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt: Dem Klagebegehren stehe die materielle Rechtskraft des Urteils des AG vom 20. 6. 2000 entgegen. Der Streitgegenstand des neuen Rechtsstreits sei mit dem des Vorprozesses identisch. Der Tatbestand der arglistigen Täuschung des Kl. durch die Bekl. habe — objektiv — bereits während des Vorprozesses vorgelegen. Mit der Ausübung eines hierauf gestützten Anfechtungsrechts sei der Kl. auf Grund der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess präkludiert. Dies gelte unabhängig davon, ob der Kl. im Vorprozess subjektiv bereits dazu in der Lage gewesen sei, die Rechtslage durch eine Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung zu seinen Gunsten zu gestalten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurück-zuweisen ist.

I. Zur Unzulässigkeit einer Klage wegen entgegenstehender materieller Rechtskraft über denselben Streitgegenstand

Zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass der Zulässigkeit der Klage die materielle Rechtskraft (§ 322 I ZPO) des im Vorprozess ergangenen Urteils des AG vom 20. 6. 2002 insoweit entgegensteht, als der Kl. im vorliegenden Rechtsstreit erneut Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises in Höhe der an die F-Bank geleisteten Kreditraten Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs sowie Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. begehrt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH verbietet die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung — als negative Prozessvoraussetzung — eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand (ne bis in idem; BGHZ 93, 287 [289] = NJW 1989, 1711 m.w. Nachw.). Unzulässig, ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits identisch ist (BGH, NJW 1995, 1757 [unter II 1 a]; Zöller- Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 322 Rdnr. 19 m. w. Nachw.). Streitgegenstand eines Rechtsstreits ist nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch, sondern der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung verstandene, eigenständige prozessuale Anspruch, der durch den Klageantrag (Rechtsfolge) und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge

herleitet, bestimmt wird (st. Rspr.; BGHZ 117, 1 [5] = NJW 1992, 1172 m.w. Nachw.).

1. Identität des Streitgegenstandes zwischen Vorprozess und gegenwärtigem Prozess

Im vorliegenden Fall ist der Streitgegenstand — das Rechtsschutzbegehren des Kl. — mit dem des Vorprozesses insoweit identisch, als der Kl. wiederum Teilrückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs begehrt. In beiden Rechtsstreitigkeiten leitet der Kl. diese Rechtsfolge aus ein und demselben Sachverhalt her. Wie im Vorprozess stützt der Kl. den geltend gemachten Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags darauf, dass das Fahrzeug, entgegen der im Kaufvertrag von der Bekl. ausdrücklich zugesicherten Unfallfreiheit, einen Unfallschaden erlitten hatte. Auf Grund der Rechtskraft des klageabweisenden Urteils im Vorprozess steht jedoch fest, dass die vom Kl. begehrte Rückzahlung des Kaufpreises unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt aus der wahrheitswidrigen Zusicherung der Unfallfreiheit durch die Bekl. hergeleitet werden kann. Die auf diesen Lebenssachverhalt erneut gestützte Klage auf Rückabwicklung des Kaufvertrags ist deshalb unzulässig, selbst wenn im Vorprozess nicht alle dafür erheblichen Tatsachen und in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen vorgetragen und geprüft worden waren.

a. Streitgegenstandsidentität aufgrund des objektiven Bestehens der Anfechtungsklage vor Abschluss des Vorprozesses

Die Revision meint, der Streitgegenstand sei im vorliegenden Rechtsstreit mit dem des Vorprozesses deshalb nicht identisch, weil dem Kl. erst kurz nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 20. 6. 2000 bekannt geworden sei, dass die Bekl. den Unfallschaden des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen habe; deshalb habe der Kl. diese Tatsache im Vorprozess noch nicht vortragen und daraus keinen Anspruch herleiten können. Dieses Vorbringen vermag der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Der Streitgegenstand wird durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren des Kl. bezieht, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht (st. Rspr.; BGHZ 98, 353 [358f.] = NJW 1987, 1201; BGHZ 123, 137 [141] = NJW 1993, 2684; BGH, NJW 1995, 1757 [unter II 1 b]), und auch unabhängig davon, ob die Parteien die im Vorprozess nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs damals bereits kannten und hätten vortragen können (ebenso

Gottwald, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 322 Rdnr. 133; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 322 Rdnr. 234; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 322 Rdnr. 64; vgl. auch BGH, NJW 1993, 3204 [unter II 1] zur später erlangten Kenntnis des tatsächlichen Zeitpunkts einer schädigenden Handlung). Infolgedessen gehört zur Rechtskraftwirkung nicht nur die Präklusion der im ersten Prozess vorgetragenen Tatsachen, sondern auch die der nicht vorgetragenen Tatsachen, sofern diese nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Prozess entstanden sind, sondern bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebenssachverhalt gehören (st. Rspr.; BGHZ 98, 353 [358] = NJW 1987, 1201; BGHZ 123, 137 [141] = NJW 1993, 2684; BGH, NJW 1995, 1757; zuletzt BGH, NJW 2004, 294 [unter 2c]). Die nach dem neuen Vortrag des Kl. von der Bekl. begangene arglistige Täuschung über den Unfallschaden ist keine Tatsache, die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess entstanden ist. Die arglistige Täuschung soll bei Abschluss des Kaufvertrags begangen worden sein, ist also eine Tatsache, die während des Vorprozesses bereits vorgelegen haben soll. Sie gehörte bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebensvorgang. Denn sie stand in engem tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang mit der vom Kl. begehrten Wandelung wegen des Unfallschadens. Wäre die arglistige Täuschung darüber damals bereits behauptet und bewiesen worden, dann hätte die Wandelungsklage vom AG nicht wegen Verjährung abgewiesen werden können (§ 477 BGB in der gem. Art. 229 § 5 EGBGB am 31. 12. 2001 geltenden Fassung, im Folgenden: a. F.).

b. Streitgegenstandsidentität auch bei erst nachträglicher Anfechtungserklärung

Ein anderer Streitgegenstand ist auch nicht dadurch geschaffen worden, dass der Kl. den Kaufvertrag erst nach rechtskräftigem Abschluss des Vorprozesses wegen der behaupteten arglistigen Täuschung angefochten hat. Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts ist keine neue Tatsache für das Rechtsschutzbegehren des Kl., aus der sich ein gegenüber dem Vorprozess veränderter Streitgegenstand ergäbe.

Die ständige Rechtsprechung des BGH stellt für die zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft bei Gestaltungsrechten nicht auf deren Ausübung, sondern — ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Berechtigten — auf den Zeitpunkt ihres Entstehens und die objektive Befugnis zu ihrer Ausübung ab (BGHZ 94, 29 [34] = NJW 1985, 2481 m.w.Nachw.). Dies gilt nicht nur für die Aufrechnung, sondern auch für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (BGHZ 42, 37 [42] =

NJW 1984, 1797; BGHZ 94, 29 [34] = NJW 1985, 2481; BGHZ 131, 82 [88] = NJW 1996, 57) Diese Rechtsprechung ist zu der Präklusionsvorschrift des § 767 II ZPO entwickelt worden und bestimmt damit zugleich die Grenzen der materiellen Rechtskraft als negative Prozessvoraussetzung für eine neue Klage. Denn die Vorschrift des § 767 II ZPO enthält eine über die Vollstreckungsgegenklage hinausreichende gesetzliche Regelung über den Verlauf der (zeitlichen) Grenzen der materiellen Rechtskraft (Stein/Jonas/Leipold, Rdnr. 236; Musielak, ZPO, 3. Aufl., § 322 Rdnr. 28; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 322 Rdnr. 65). Die Präklusion von Einwendungen der unterlegenen Partei bei der Vollstreckungsgegenklage bezweckt, einen Eingriff in die materielle Rechtskraft des im Vorprozess ergangenen Urteils nicht zuzulassen (BGHZ 131, 82 [83] = NJW 1996, 57). Den gleichen Zweck verfolgt das Verbot des “ne bis in idem” für eine neue Klage. Eine nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses erklärte Anfechtung, die sich auf einen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung objektiv bereits vorhandenen Anfechtungsgrund stützt, ist deshalb nicht nur eine nach § 767 II ZPO unzulässige Einwendung (BGHZ 94, 29 [34] = NJW 1985, 2481 m.w. Nachw.), sondern stellt aus dem gleichen sachlichen Grund auch keine neue Tatsache dar, die es rechtfertigen würde, die sich aus der Anfechtung ergebenden Rechtsfolgen zum Gegenstand einer neuen Klage zu machen (ebenso Zöller/Vollkommer, Vorb. § 322 Rdnr. 66; a. A.: Gottwald, in: MünchKomm-ZPO, § 322 Rdnr. 155 m., w. Nachw.). Die Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Kl. führte somit lediglich zu einer Änderung der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage für die vom Kl. begehrte Rückabwicklung des Kaufvertrags, indem die Vorschriften über die Leistungskondiktion (§§ 812ff. BGB) die Regelungen des vertraglichen Gewährleistungsrechts (§§ 459 ff. BGB a. F.) verdrängten. Darin liegt keine Änderung des Streitgegenstands. Denn vom Streitgegenstand erfasst werden alle materiell-rechtlichen Ansprüche, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem dem Gericht zur Entscheidung vorgetragenen Lebenssachverhalt herleiten lassen; auf die rechtliche Begründung des Kl. kommt es nicht an (BGH, NJW 2000, 3492 [unter II 1 a]; vgl. auch GRUR 2002, 787 [unter I 1]).

2. Unzulässigkeit auch hinsichtlich des Feststellungsantrags

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Klage hinsichtlich des Feststellungsantrags ebenfalls unzulässig ist. Auch insoweit verfolgt der Kl. denselben prozessualen Anspruch wie im Vorprozess. Unerheblich ist, dass

sich die Feststellungsanträge hinsichtlich des Zeitpunkts für den Beginn des festzustellenden Annahmeverzugs der Bekl. unterscheiden. Indem der Kl. im vorliegenden Rechtsstreit die Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. nur noch für die Zeit ab dem 12. 1. 2001 — statt dem 16. 6. 1999 — begehrt, schränkte sein Rechtsschutzbegehren gegenüber dem Vorprozess nur zeitlich ein, ohne damit den Streitgegenstand gegenüber dem des Vorprozesses sachlich zu ändern. Weiterhin begehrt der Kl. die Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. auf Grund eines Anspruchs auf Rückabwicklung des Vertrags wegen der wahrheitswidrigen Zusicherung der Unfallfreiheit im Hinblick auf ein und denselben Unfallschaden.

Der neue Vortrag des Kl., dass die Bekl. den Unfallschaden arglistig verschwiegen und eine Rücknahme des Fahrzeugs nach der Anfechtung des Vertrags erneut verweigert habe, vermag — aus den oben dargelegten Gründen — eine Zulässigkeit der nochmaligen Feststellungsklage ebenso wenig zu begründen wie eine Zulässigkeit der auf Rückabwicklung des Vertrags gerichteten nochmaligen Leistungsklage. Denn die arglistige Täuschung des Kl., aus welcher er den Rückabwicklungsanspruch und damit auch den Annahmeverzug der Bekl. herleitet, gehörte — wie dargelegt — bereits zum Streitgegenstand des Vorprozesses, auch wenn sie dort nicht vorgetragen und dem Kl. noch nicht bekannt war. Die erst nach Abschluss des Vorprozesses erklärte Anfechtung wegen dieser arglistigen Täuschung ändert daran nichts, weil es für die Präklusionswirkung der Rechtskraft auf den Zeitpunkt der Entstehung und nicht der Ausübung des Gestaltungsrechts ankommt.

II. Unbegründetheit des neu gestellten Ersatzanspruchs für Aufwendungen

Mit Bezug auf den vom Kl. im vorliegenden Rechtsstreit erstmals geltend gemachten Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen für Garagenmiete, den er daraus herleitet, dass sich die Bekl. hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeugs im Annahmeverzug befinde (§ 304 BGB a. F.), ist die Klage jedoch, anders als das Ber-

Ger. angenommen hat, nicht unzulässig, sondern — wie der Senat selbst entscheiden kann (§ 563 III ZPO) — unbegründet. Die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils im Vorprozess steht der Zulässigkeit der vorliegenden Klage hinsichtlich dieses Anspruchs nicht entgegen, weil der Kl. im Vorprozess nur Rückabwicklung des Vertrags sowie Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. begehrt, nicht aber einen daraus abgeleiteten Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht hat. Folglich hatte das AG im Vorprozess über dieses — neue — Rechtsschutzbegehren des Kl. noch nicht entschieden. Insoweit hat der vorliegende Rechtsstreit einen anderen Streitgegenstand als der Vorprozess.

Die Klage auf Erstattung von Garagenmiete ist jedoch auf Grund der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess unbegründet. Wenn eine im Vorprozess entschiedene Rechtsfrage Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits ist, so besteht die Rechtskraftwirkung in einer Bindung des Gerichts im nachfolgenden Rechtsstreit an die Entscheidung im Vorprozess (St. Rspr.; vgl. BGH, NJW 1995, 1757 [unter II 1 a]). Eine solche Bindungswirkung besteht auch im vorliegenden Fall. Ein Annahmeverzug der Bekl. hinsichtlich der vom Kl. angebotenen Rückgabe des Fahrzeugs ist Tatbestandsvoraussetzung — Vorfrage — für den vom Kl. geltend gemachten Anspruch aus § 304 BGB a. F. Nachdem im Vorprozess die Klage auf Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. im Zusammenhang mit der vom Kl. begehrten Rückabwicklung des Kaufvertrags wegen der wahrheitswidrigen Zusicherung der Unfallfreiheit rechtskräftig abgewiesen worden ist, steht für den vorliegenden Rechtsstreit fest, dass die Bekl. im Hinblick auf diesen Lebenssachverhalt nicht in Annahmeverzug geraten ist. Damit fehlt es an einer Tatbestandsvoraussetzung für den vom Kl. aus dem gleichen Lebenssachverhalt hergeleiteten Anspruch aus § 304 BGB a. F. auf Ersatz von Aufwendungen für die Anmietung einer Garage. Andere Anspruchsgrundlagen kommen nicht in Betracht und werden auch vom Kl. nicht herangezogen.

Standort: Deliktsrecht**Problem: Grenzen der Verdachtsberichtserstattung**

OLG DRESDEN, URTEIL VOM 27.11.2003

4 U 991/03 (NJW 2004, 1181)

Problemdarstellung:

In diesem Berufungsverfahren verlangte der Kl. immateriellen Schadensersatz für eine Verdachtsberichtserstattung, da die Bekl. durch ihre Zeitungspublikation den Kl. als Hauptverdächtigen in einem Doppelmordfall - ohne Namensnennung, aber unter Veröffentlichung von Fotos - präsentierte.

Das OLG Dresden musste daher eine Abwägung zwischen der grundrechtlich geschützten Pressefreiheit (Art. 5 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kl. (Art. 1, 2 GG) treffen und musste der Zulässigkeit und Grenzen einer Verdachtsberichtserstattung ausloten. Dabei stellt es fest, dass die Berichtserstattung über einen Strafverdacht gegen eine Person - auch ohne dass bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist - auch mit Bildveröffentlichungen grundsätzlich zulässig sein. Jedoch muss stets die entsprechende journalistische Sorgfalt bei den Recherchen und Darstellungen im Bericht gewahrt sein.

Im konkreten Fall sah das Gericht allerdings diese Grenzen als überschritten an, zumal in jenem frühen Stadium der Ermittlungen - das Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts hat die StA erst drei Monate später eingeleitet - gar kein Anlass bestand, die Identität des Kl. bereits preiszugeben. Namentlich wurde der Kl. zwar nicht genannt, sondern nur mit Kürzeln. Doch wurden mit dem Artikel vom 9. 2. 2000 zwei unschwer zu identifizierende Fotos veröffentlicht. Inhaltlich wie auch der Form nach geht der Artikel vom 9. 2. 2000 über das Maß des Zulässigen weit hinaus. Seine Gesamtaussage ist vom Stand der polizeilichen Ermittlungen nicht im Mindesten gedeckt. Vielmehr wird der Kl. unter Veröffentlichung von Fotos als wahrscheinlicher Täter hingestellt. Es wird der Eindruck erweckt, dass die Beweislage gegen ihn erdrückend und an seiner Überführung letztlich nicht zu zweifeln ist. Mit dem Hinweis auf die Inhaftierung wird dem Leser suggeriert, Kl. und angeblicher Mittäter seien wegen des Mordverdachts inhaftiert worden. Damit kommt dem Artikel eine Prangerwirkung zu, die im Verhältnis zu den bisherigen staatsanwaltlichen Ermittlungen und dem völligen Fehlen eigener Ermittlungen der Redakteure der Bekl. unangemessen ist.

Prüfungsrelevanz:

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im

Zivilrecht erlebt durch die aktuelle Rechtsprechung eine Brisanz, der sich kein Examenskandidat entziehen kann. Die Ansprüche auf Schutz des allg. Persönlichkeits - auf Unterlassung gem. § 1004 BGB analog, auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG - werden fast ausschließlich aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung gewährt. Folglich muss jeder Examensprüfling die entsprechende Rechtsprechung verfolgen und sich aneignen, um Klausuren aus diesem Themengebiet meistern zu können.

Immateriellen Schadensersatz wegen rechtswidriger Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 I BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG steht dabei unter besonderen Voraussetzungen. Die Gewährung einer Geldentschädigung hat die Aufgabe, eine sonst verbleibende Lücke des Persönlichkeitsschutzes zu schließen. Der Anspruch hat subsidiären Charakter. Daraus folgt, dass er nur besteht, wenn und soweit die geschützte Persönlichkeitssphäre anderenfalls ohne ausreichenden Rechtsschutz bliebe. Kann die Verletzung auf andere Weise hinreichend ausgeglichen werden, entfällt der Anspruch.

Vertiefungshinweise:

Zur journalistischen Sorgfaltspflicht: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2003, 37; *OLG München*, NJW-RR 2002, 186

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Prinzessin und der Paparazzi"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Aufgabe der Medien ist es, auf Missstände in der Gesellschaft hinzuweisen. Sie dürfen daher auch über Vorgänge, die sich in einem Stadium, in dem lediglich ein Anfangsverdacht besteht, berichten. Voraussetzung einer rechtmäßigen Berichterstattung ist aber die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflicht.

2. Die Anforderungen an die pressemäßige Sorgfalt dürfen nicht überspannt werden, da die Presse ihrer Aufgabe, Meinungsvielfalt zu gewährleisten, nachkommen muss.

3. Die Presse darf in der Regel darauf vertrauen, dass Behördenauskünfte auf hinreichend sicheren Erkenntnissen beruhen. Die eigene Recherchepflicht entfällt aber nicht bei inoffiziellen Angaben eines Informanten aus den Reihen der Polizei.

Sachverhalt:

Der Kl. wurde Anfang 2000 in mehreren Artikeln der Bild-Zeitung — ohne Namensnennung, aber unter Veröffentlichung von Fotos — zu Unrecht als Hauptverdächtiger in einem Ermittlungsverfahren wegen Mordes an dem Ehepaar A dargestellt. Zu diesem Zeitpunkt war ein Ermittlungsverfahren gegen ihn wegen dieser Tat noch nicht eingeleitet. Als Täter wurde 2001 ein gewisser R rechtskräftig verurteilt. Die Ermordung des Ehepaars A im Februar 1997 war wegen der Opfer, der Umstände der Tat und der Dauer des Ermittlungsverfahrens ein bedeutendes, die Dresdner Öffentlichkeit wesentlich berührendes Ereignis. Auf Grund der Berichterstattung verlangt der Kl. von der Verlegerin der Bild-Zeitung eine Geldentschädigung wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts.

Das LG hat die Bekl. zur Zahlung von 10000 Euro verurteilt; ihre Berufung hatte nur in Höhe von 2500 Euro Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Kl. hat gegen die Bekl. als Herausgeberin der Dresdner Lokalausgabe der Bild-Zeitung (Auflage: ca. 75000 Exemplare) einen Anspruch auf Geldentschädigung in Höhe von 7500 Euro gem. § 823 I BGB i.V.mit Art. 1 und 2 GG.

Die Berichterstattung ist teils als rechtswidrige schwere Persönlichkeitsverletzung anzusehen, die auf einem schuldhaften Verhalten der verantwortlichen Redakteure beruht. Der Kl. hatte keine Möglichkeit, die Beeinträchtigung auf andere Weise befriedigend auszugleichen. Die Umstände der Berichterstattung verlangen die Zuerkennung einer Geldentschädigung, allerdings nicht in der vom LG zugesprochenen Höhe. Im Einzelnen gilt Folgendes:

A. Rechtswidrige schwere Persönlichkeitsverletzung**I. Zur Zulässigkeit bzw. Grenzen der Verdachtsberichterstattung**

Unstreitig hat der Kl. mit der Ermordung des Ehepaars A am 5. 2. 1997 nichts zu tun. Wegen dieser Tat wurde ein gewisser R im Jahr 2001 rechtskräftig verurteilt. Die Berichterstattung vom 27. 1., 8., 9. und 10. 2. 2000 war mithin objektiv unzutreffend. Durch sie wurde das Persönlichkeitsrecht des Kl. erheblich beeinträchtigt, weil gegen ihn der Verdacht geäußert worden ist, er sei an einem Aufsehen erregenden und brutalen Gewaltverbrechen beteiligt gewesen, indem er zusammen mit einem gewissen B aus nichtigem Anlass zwei angesehene Dresdner Bürger ermordet habe. Dennoch ist die Berichterstattung nicht schon allein deswegen

rechtswidrig, weil sich der Verdacht nicht bestätigt hat.

1. Keine Unzulässigkeit der Verdachtsberichterstattung mangels eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens

Die Verdachtsberichterstattung ist nicht schon deshalb unzulässig, weil im Februar 2000 gegen den Kl. ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts noch nicht eingeleitet war. Die entsprechenden Bedenken des LG sind nicht gerechtfertigt. Verfehlungen und Missstände aufzuzeigen, gehört zu den legitimen Aufgaben der Medien. Sie brauchen nicht damit zu warten, bis der volle Nachweis amtlich bestätigt wird. Sie können, ganz im Gegenteil, Vorgänge von sich aus aufgreifen, auch in einem Stadium, in dem zunächst lediglich ein Anfangsverdacht besteht, sofern sie dabei nur die journalistische Sorgfaltspflicht beachten (so Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 154).

Voraussetzung einer jeden Verdachtsberichterstattung — sei es, dass über laufende polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Ermittlungen, sei es, dass über selbstrecherchierte Missstände berichtet wird — ist ein Mindestbestand an Beweistatsachen, der für den Wahrheitsgehalt der Information spricht und ihr damit überhaupt erst „Öffentlichkeitswert“ verleiht. Dabei sind die Anforderungen an die journalistische Sorgfaltspflicht umso höher anzusetzen, je schwerer und nachhaltiger das Ansehen des Betroffenen durch die Veröffentlichung beeinträchtigt wird. Sie darf keine Vorverurteilung enthalten, also durch eine präjudizierende Darstellung den unzutreffenden Eindruck erwecken, der Betroffene sei bereits überführt. Unzulässig ist eine auf Sensationen abzielende, bewusst einseitige oder verfälschende Darstellung. Auch die zur Verteidigung des Betroffenen vorgetragene Tatsachen und Argumente müssen berücksichtigt werden, was regelmäßig die Einholung einer Stellungnahme des Verdächtigen erforderlich macht. Schließlich muss es sich um einen Vorgang von gravierendem Gewicht handeln, dessen Mitteilung durch ein Informationsbedürfnis der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

Allerdings dürfen die Anforderungen an die pressemäßige Sorgfalt und die Wahrheitspflicht nicht überspannt und insbesondere nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet. Straftaten gehören zum Zeitgeschehen, dessen Vermittlung zu den originären Aufgaben der Medien gehört. Dürfte die Presse, falls der Ruf einer Person gefährdet ist, nur solche Informationen verbreiten, deren Wahrheit im Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits mit Sicherheit feststeht, so könnte sie ihre durch Art. 5 I GG verfas-

sungsrechtlich gewährleisteten Aufgaben bei der öffentlichen Meinungsbildung nicht durchweg erfüllen. Dabei ist zu beachten, dass ihre ohnehin begrenzten Mittel zur Ermittlung der Wahrheit durch den Zwang zur aktuellen Berichterstattung verkürzt sind. Deshalb verdienen im Rahmen der gebotenen Abwägung zwischen dem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit regelmäßig die aktuelle Berichterstattung und mithin das Informationsinteresse jedenfalls dann den Vorrang, wenn die oben dargestellten Sorgfaltsanforderungen eingehalten sind. Stellt sich in einem solchen Fall später die Unwahrheit der Äußerung heraus, so ist diese als im Äußerungszeitpunkt rechtmäßig anzusehen, so dass Widerruf und Schadensersatz nicht in Betracht kommen. Hiernach kann auch die Unschuldsvermutung nach Art. 6 II EMRK — soweit sie überhaupt für die Presse gelten kann — die Freiheit der Berichterstattung zumindest dann nicht einschränken, wenn die Grenzen zulässiger Verdachtsberichterstattung eingehalten werden (so ausdr. BGH, NJW 2000, 1036 [1037]).

2. Keine Unzulässigkeit bei laufendem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

Grundsätzlich darf über den Stand eines Ermittlungsverfahrens berichtet werden. Allerdings ist zu beachten, in welchem Stadium sich das Ermittlungsverfahren befindet. Da jedermann Strafanzeige erstatten kann, sie also für sich betrachtet nicht viel besagt, gehen hier die Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen vor, solange nicht ein besonderes Informationsinteresse besteht. Für die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens gilt Ähnliches, auch wenn hier die StA den erforderlichen Anfangsverdacht bejaht hat. Je weiter das Ermittlungsverfahren seinen Fortgang nimmt, desto eher geht das Informationsinteresse dem Geheimhaltungsinteresse vor. In allen Fällen aber ist zu beachten, dass Berichte über polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Ermittlungen für den Beschuldigten die Gefahr einer Prangerwirkung und sonstiger unter Umständen schwerer Nachteile mit sich bringen. An die Zulässigkeit namentlicher Erwähnung sind deswegen strenge Anforderungen zu stellen. Auch darf das Maß der Verdächtigung über das Ermittlungsergebnis nicht hinausgehen, sofern keine verlässlichen Zusatzinformationen vorliegen (Burkhardt, in: Wenzel, Kap., 10 Rdnrn. 166, 167, 170).

3. Keine Unzulässigkeit wegen der Bildveröffentlichung

Die Zulässigkeit einer Bildveröffentlichung richtet sich nach den §§ 22 f. KUG, wonach Fotos des Betroffe-

nen ohne seine Einwilligung veröffentlicht werden dürfen, wenn es sich bei ihm um eine (relative) Person der Zeitgeschichte handelt. Auch Straftäter werden als relative Personen der Zeitgeschichte angesehen, wenn die Schwere der Tat, die Person des Täters oder sonstige besondere Umstände die Tat deutlich aus der alltäglichen Kriminalität herausheben. Die persönlichen Belange des Betroffenen und die berechtigten Informationsinteressen der Öffentlichkeit müssen gegeneinander abgewogen werden (v. Strobl-Alberg, in: Wenzel, Kap. 8 Rdnr. 21). Auch wenn der Straftäter nicht geständig, überführt oder verurteilt ist, sondern nur Tatverdächtiger, kann er nach den Umständen des Falls eine relative Person der Zeitgeschichte und eine identifizierende Bildberichterstattung insbesondere in Fällen der Schwer- und schwerstkriminalität oder wegen der öffentlichen Stellung des Verdächtigen zulässig sein. Dies gilt allerdings nur dann, wenn an der Aufklärung und Behandlung des Falls ein das Persönlichkeitsrecht überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit besteht (v. Strobl-Alberg, in: Wenzel, Kap. 8 Rdnr. 22). Bei der Abwägung der beiderseitigen Grundrechtspositionen fällt auf Seiten des Persönlichkeitsrechts ins Gewicht, ob von Form und Inhalt der Darstellung eine Prangerwirkung ausgeht. Bei Zweifeln an der Täterschaft des Verdächtigen hat die Bildberichterstattung im Regelfall zu unterbleiben (v. Strobl-Alberg, in: Wenzel, Kap. 8 Rdnrn. 8 f.; vgl. auch OLG Köln, NJW 1987, 2682).

II. Überschreiten der Grenzen der Verdachtsberichterstattung durch die Bekl. durch den Artikel vom 09.02.2000

Die Bekl. durfte Anfang 2000 darüber berichten, dass die Mordkommission im Mordfall A zwei (weitere) Tatverdächtige ermittelt hat. Zwischen den Parteien ist im Termin vor dem Senat unstrittig geworden, dass in den Reihen der Mordkommission spätestens Anfang des Jahres 2000 ein solcher Verdacht gegen den Kl. und einen gewissen B bestand. Im Übrigen ergibt sich dies aus der Aussage des Pressesprechers der StA vor dem LG. Zwar hatte die StA zu diesem Zeitpunkt noch kein Ermittlungsverfahren gegen den Kl. wegen Mordverdachts eingeleitet, mithin noch keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach § 152 II StPO bejaht. Noch viel weniger bestand ein dringender Tatverdacht i. S. von §§ 112 ff. StPO; ein Haftbefehl wegen Mordverdachts war nicht beantragt worden. Doch war der Mordfall für die Öffentlichkeit auf Grund der Bedeutung der Opfer für die Region, der Art der Tatverwirklichung und des Umstands, dass die Täter einerseits im sächsischen Rotlicht- und Rauschgiftmilieu vermutet

wurden und sie andererseits jahrelang nicht ermittelt werden konnten, von großer Bedeutung; ihr Informationsinteresse war außerordentlich groß. Deswegen durfte zeitnah und ausführlich über den mutmaßlichen Ermittlungs- und Fahndungserfolg der Polizei berichtet werden.

Doch bestand in diesem frühen Stadium der Ermittlungen - das Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts hat die StA erst drei Monate später eingeleitet - kein Anlass, die Identität des Kl. preiszugeben. Dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit der Täter war, hat die Bekl. nicht vorgetragen. Ebenso wenig, dass die Ermittlungsbehörden dies so sahen. Die Aussage des Pressesprechers der StA vor dem LG spricht dagegen. Die Person des Kl. selbst begründet ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit nicht (vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 1992, 536 [537]), zumindest hat die Bekl. solches nicht vorgetragen. Namentlich wurde der Kl. zwar nicht genannt, sondern nur mit Kürzeln. Doch wurden mit dem Artikel vom 9. 2. 2000 zwei unschwer zu identifizierende Fotos veröffentlicht. Inhaltlich wie auch der Form nach geht der Artikel vom 9. 2. 2000 über das Maß des Zulässigen weit hinaus. Seine Gesamtaussage ist vom Stand der polizeilichen Ermittlungen nicht im Mindesten gedeckt (vgl. hierzu OLG Hamburg, ArchPR 1972, 86). Vielmehr wird der Kl. unter Veröffentlichung von Fotos als wahrscheinlicher Täter hingestellt. Es wird der Eindruck erweckt, dass die Beweislage gegen ihn erdrückend und an seiner Überführung letztlich nicht zu zweifeln ist. Anders lässt sich der Passus: „Jetzt schließt sich die Indizienkette. Die Ermittler sind kurz davor, den Fall zu lösen“, nicht verstehen. Dies wird dem Leser mit der Überschrift: „Hier sehen Sie die zwei Verdächtigen“ und mit Fotos vermittelt. Mit dem Hinweis auf die Inhaftierung wird dem Leser suggeriert, Kl. und angeblicher Mittäter seien wegen des Mordverdachts inhaftiert worden.

Der Artikel fährt unter der Überschrift: „Doch wer sind diese Männer? Bild sammelte Fakten“ mit der Beschreibung der Lebensläufe des Kl. und des angeblichen Mittäters fort. In die verschiedenen Lebensstationen des Kl. ist ohne jegliche sprachliche oder sonstige formale Abgrenzung die Schilderung des Tattags („5. 2. 1997“) mit den Worten eingefügt, der Kl. sei mit seinem Freund in den Moritzburger Wald gefahren, um wieder einige Waffen zu testen, wobei ihnen das Ehepaar A in die Quere gekommen sei. Hier wird der Mord dem Kl. ohne jedwede Einschränkung zugeschrieben. Aus dem Gesamtzusammenhang des Artikels mag, wie die Bekl. geltend macht, der Schluss zu ziehen sein, es handele sich bei der Darstellung als Faktum, als feststehender Bestandteil des Lebenslaufs des Kl., lediglich um einen journalistischen Kunstgriff.

Dies liegt nahe, zumal im daneben abgedruckten Lebenslauf des B klargestellt wird, dass es sich bei dem Treffen im Moritzburger Wald nur um eine Vermutung der Polizei handelt. Andererseits vermag dies aber nicht über die unzulässige, auf Erhärtung des Verdachts abzielende Suggestivwirkung hinwegzutäuschen.

Im Übrigen fehlt es dem gesamten Artikel an Hinweisen, die geeignet wären, den Verdacht gegen den Kl. zu relativieren oder gar abzuschwächen. So ist ihm nicht zu entnehmen, dass die polizeilichen Ermittlungen noch keine gesicherten Anhaltspunkte für eine Täterschaft des Kl. ergeben hatten; dass der Kl. zwar auch von der StA als möglicher Verdächtiger angesehen worden ist, die Verdachtsmomente jedoch noch nicht ausgereicht haben, um ein förmliches Ermittlungsverfahren einzuleiten; dass die StA Anfang 2000 gegen drei andere Verdächtige förmlich ermittelt hat, mithin damals vier Verdächtige im Visier der Ermittlungsbehörden standen. Die Berichterstattung in dem fraglichen Artikel war folglich einseitig und übertrieben. Die Veröffentlichung von zwei Fotos unter bzw. neben den fett gedruckten Überschriften: „Sind das die beiden Täter?“ — „Hier sehen Sie die beiden Verdächtigen“ entfaltete Prangerwirkung.

Eigene Recherchen, die einen über das damalige Ermittlungsergebnis von Polizei und StA hinausgehenden Verdacht hätten begründen können, trägt die Bekl. nicht vor. Vielmehr hat sie sich allein auf Auskünfte eines nicht benannten Informanten aus den Reihen der Mordkommission berufen. Zwar trifft es zu, dass die Presse sich grundsätzlich auf Auskünfte von öffentlichen Dienststellen verlassen darf und keine eigenen Recherchen zu den dort mitgeteilten Informationen einholen muss. Teilt die Polizei Indizien mit, darf die Presse in der Regel darauf vertrauen, dass sie auf hinreichend sicheren Erkenntnissen beruhen (Burkhardt, in: Wenzel, Kap. 10 Rdnn 170). Die Angaben eines Informanten aus den Reihen der Polizei haben jedoch nicht den gleichen Stellenwert wie eine offizielle Behördenerklärung. Auf sie durfte sich die Bekl. — auch wenn der Informant ihr als zuverlässig bekannt war — nicht ohne eigene Nachforschung verlassen. Hierbei handelte es sich gerade nicht um eine der Behörde zurechenbare Erklärung, für die diese gegebenenfalls selbst einstehen müsste, sondern um Informationen, die unter Umständen sogar unter Verstoß gegen die Amtspflichten des Informanten weitergegeben worden sein können, für die — wenn nicht die Bekl. — keiner die Verantwortung übernimmt und deren Zuverlässigkeit gerichtlich nicht überprüft werden kann, weil die Bekl. den Namen des Informanten nicht preisgibt. Dies gilt umso mehr, als der Bekl. keine

tragfähigen Indizien zugetragen worden sind, die den Verdacht auf den Kl. hätten lenken können. Ihre Journalisten hätten sich erklären lassen müssen, welche Umstände („Indizienkette“) für seine Täterschaft sprachen. Die Bekl. war zwar — entgegen der Ansicht des LG — nicht verpflichtet, die Indizien in ihren Artikeln zu benennen, sie hätte sie aber im Prozess darlegen müssen, wollte sie eine sorgfältige Recherche belegen. Dies ist nicht geschehen. Nach Lage der Akten bestanden gegen den Kl. nur allgemeine Verdachtsmomente, die ihn als einen Verdächtigen unter vielen ausgewiesen haben: Er verkehrte im Rotlicht- und Rauschgiftmilieu, wo der Täter vermutet wurde; er war Waffenliebhaber und hatte seine Waffen schon unter freiem Himmel „ausprobiert“; gegen ihn wurde wegen Rauschgiftdelikten ermittelt; die Begehung von Gewaltdelikten wurde ihm augenscheinlich zugetraut, auch wenn nach Aktenlage gegen ihn deswegen noch nie ermittelt worden war. Im Übrigen werden nur zwei konkretere Indizien genannt, die den Verdacht gegen den Kl. begründen sollten: Die am Tatort aufgefundene Zigaretten-Kippe, die eine DNA-Spur des später rechtskräftig Verurteilten aufwies, und eine den Kl. belastende Aussage eines Zeugen aus dem Jahr 1998 oder 1999. Beide Indizien begründeten nach Aktenlage jedoch keinen Verdacht gegen den Kl., jedenfalls kann nicht die Rede davon sein, dass sich die Indizienkette schließt. Die angeblich belastende Aussage des Zeugen und die Umstände ihrer Entstehung werden nicht mitgeteilt. Es wird lediglich berichtet, der Zeuge habe sich im späteren Strafverfahren an die Aussage nicht mehr erinnern können. Die Zigaretten-Kippe belastete den Kl. nicht, weil sie nicht mit ihm in Verbindung gebracht werden konnte und eine Überprüfung des an ihr gefundenen DNA-Materials mit der DNA des Kl. zum Zeitpunkt der Berichterstattung noch nicht durchgeführt worden war.

Mithin liegt in dem beanstandeten Artikel vom 9. 2. 2000 eine rechtswidrige (nicht durch § 193 StGB bzw. § 3 SächsPresseG gerechtfertigte) und im Hinblick auf die Art der Vorwürfe und die anprangernde Darstellung schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung.

III. Überschreiten der Grenzen der Verdachtsberichterstattung durch den Artikel vom 10.02.2000

Auch der am 10. 2. 2000 veröffentlichte Artikel ist in die richterliche Würdigung einzubeziehen.

Mit dem erst in der mündlichen Verhandlung vom 19. 3. 2003 eingeführten Artikel hat der Kl. — bei gleich lautendem Klageantrag — die Streitgegenstände erweitert (Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 263 Rdnr. 2, zur nachträglichen Klagehäufung). Das LG hat hierin zu Recht eine sachdienliche Klageänderung gem. §

263 ZPO gesehen.

Allerdings ist die Rüge der Bekl. berechtigt, ihr hätte hierauf Schriftsatznachlass gewährt werden müssen. Der entsprechende Antrag ist in dem Hinweis zu sehen, sich zu diesem Vorbringen nicht äußern zu können. Der Verfahrensverstöß hat sich jedoch letztlich nicht ausgewirkt. Die Veröffentlichung des Artikels als solche ist unstrittig. Streitig ist nur, ob die Bekl. die Fehlinformation über den Zigarillo-Fund zu vertreten hat. Beweis über diese Frage musste nicht erhoben werden, weil einerseits der Vortrag der Bekl. zur Einhaltung der journalistischen Sorgfalt ungenügend ist (dazu sogleich) und andererseits ein vorsätzliches Verhalten der Bekl. nicht vorliegt.

Die Bekl. macht wiederum ihre Quelle nicht namhaft und trägt zur Erfüllung ihrer Recherchepflicht nichts vor. Nach ihrem Vortrag haben sich die Journalisten auf die inoffizielle Information aus der Mordkommission verlassen, ohne sich durch offizielle Verlautbarungen von Polizei oder StA, etwa deren Pressesprechern, Gewissheit zu verschaffen. Dies genügt, wie oben dargelegt, nicht den Anforderungen an die Recherchepflicht.

Dass der Kl. in diesem Zeitungsbericht weder namentlich genannt noch durch ein Foto identifizierbar war, entlastet die Bekl. nicht. Dem Leser war aus den Vorberichten — insbesondere dem Artikel vom 9. 2. 2000 — die Identität bekannt.

IV. Zulässigkeit der Verdachtsberichterstattung durch die weiteren Artikel der Bekl.

Die übrigen Artikel sind dagegen weitgehend beanstandungsfrei.

1. Zum Erstbericht vom 24.01.2000

Den Erstbericht vom 24. 1. 2000 — auf ihn nimmt der Artikel vom 27. 1. 2000 Bezug — hat der Kl. nicht vorgelegt; er ist mithin nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

2. Zum Zweitbericht vom 27.01.2000

In dem Zweitbericht wird dem Leser im Wesentlichen mitgeteilt, der Kl. streite die Mordvorwürfe ab. Auch wenn er die dort wiedergegebenen Erklärungen in dem Telefonat nicht abgegeben hat, liegt nur eine zu vernachlässigende Marginalie vor. Denn er hat die inhaltliche Richtigkeit der Angaben nicht bestritten. Nichts anderes gilt für das Ende des Artikels, auch wenn der Kl. nicht „scheinbar cool“ auf die Mordvorwürfe mit den Worten reagiert haben sollte: „Im B-Mord war ich zwischenzeitlich auch Tatverdächtiger...“ Der Sinn dieser Äußerung ginge über den — sarkastischen — Vorwurf gegen die Ermittlungsbehörde nicht hinaus,

sie verdächtige ihn offenbar wegen jedes ungeklärten Mordes. Mitnichten wird er hingegen unzulässigerweise als Verdächtiger, mit einem weiteren Mordverfahren in Verbindung gebracht. Auch wenn der Betroffene Verfälschungen seines Persönlichkeitsbilds grundsätzlich nicht zu dulden braucht, die dadurch entstehen, dass ihm eine Äußerung zugeschrieben wird, die er in Wahrheit nicht getan hat, so handelt es sich hier doch um eine Nebensächlichkeit, gegen die Rechtsschutz nicht beansprucht werden kann.

3. Zum Artikel vom 08.02.2000

Ähnliches gilt für den Artikel vom 8. 2. 2000. Dort wird zwar verfälschend dargestellt, beim Kl. handele es sich um einen von nur zwei Verdächtigen. Auch wird auf der Seite 1 der Bild-Zeitung suggeriert, der Kl. sei wegen Mordverdachts in S. festgenommen und an Deutschland ausgeliefert worden, was jedoch auf Seite 3 im Folgebericht richtig gestellt wird. Die Anonymität des Kl. ist in diesem Bericht gewahrt. Weder wird er namentlich genannt, noch wird ein Foto von ihm veröffentlicht. Allenfalls seine Freunde und Verwandten können ihn wiedererkennen. Der Tonfall des Berichts ist relativ moderat.

B. Schuldhaftes Verhalten der verantwortlichen Redakteure

Die verantwortlichen Redakteure der Bekl. handelten grob fahrlässig. Sie haben die schweren Vorwürfe, die sie gegen den Kl. erhoben haben, nicht ausreichend recherchiert, sondern sich vielmehr allein auf ihren Informanten verlassen. Sie haben zwar bei der Kriminalpolizei nachgefragt, eine Bestätigung jedoch nicht erhalten. Eine Nachfrage bei der StA haben sie gar nicht erst versucht. Insbesondere haben sie mit Ausnahme der Tatsache, dass der Kl. verdächtig war, nicht einmal ein Mindestmaß an Tatsachen recherchiert, die die schweren Vorwürfe rechtfertigen könnten. Mithin haben sie ihre Verpflichtung zu recherchieren in einer Weise verletzt, die in hohem Maße leichtfertig war (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1993, 735).

Allerdings kann der Kl. auf der anderen Seite nicht beweisen, dass die Bekl. zumindest bei der Berichterstattung über den Zigarillo-Fund vorsätzlich gehandelt, also wissentlich unzutreffend berichtet hat. Auch wenn die Informationen der Polizei zutreffend gewesen wären, könnte ein Missverständnis des recherchierenden Journalisten nicht ausgeschlossen werden. Eine vorsätzlich unwahre Berichterstattung erscheint auch nicht wahrscheinlich. Es hätte genügt, zutreffend von der Zigaretten-Kippe zu berichten und die ergänzenden Angaben wegzulassen, der Kl. sei Nichtraucher. Dann wäre er ebenso schwer bzw. ebenso wenig belastet

wie in dem tatsächlich veröffentlichten Artikel. Gänzlich erfunden war der Bericht unstreitig nicht. Immerhin war am Tatort eine Zigaretten-Kippe mit DNA-Spuren gefunden worden.

C. Keine andere Abwendungsmöglichkeit als durch Geldentschädigung

Die Gewährung einer Geldentschädigung hat die Aufgabe, eine sonst verbleibende Lücke des Persönlichkeitsschutzes zu schließen. Der Anspruch hat subsidiären Charakter. Daraus folgt, dass er nur besteht, wenn und soweit die geschützte Persönlichkeitssphäre anderenfalls ohne ausreichenden Rechtsschutz bliebe. Kann die Verletzung auf andere Weise hinreichend ausgeglichen werden, entfällt der Anspruch (Burkhardt, in: Wenzel, Kap. 14 Rdnr. 120). Der Betroffene ist grundsätzlich gehalten, sich um einen solchen anderweitigen Ausgleich zu bemühen. Macht er diesen nicht geltend, entfällt eine Geldentschädigung.

Die Möglichkeit der Gegendarstellung beseitigt den Anspruch auf Geldentschädigung allerdings nicht. Dies beweist gerade der zu entscheidende Fall. Die Leser der Bild-Zeitung hätten die Gegendarstellung eines mutmaßlichen Mörders, mit der Tat nichts zu tun zu haben, nicht sonderlich ernst genommen, zumal die Bekl. den Kl. bereits am 27. 1. 2000 hatte zu Wort kommen lassen. Er konnte augenscheinlich keine Alibizeugen oder Indiztatsachen nennen, die seine Täterschaft in einer Gegendarstellung hätten unwahrscheinlich erscheinen lassen. Mithin kann allein das Unterlassen einer Widerrufsklage den Anspruch auf Geldentschädigung zum Wegfall bringen.

Der Kl. hätte in zeitlicher Nähe zur Berichterstattung durch die Bild-Zeitung jedoch nur einen eingeschränkten Widerruf erreicht, da im Mai 2000 das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren gegen ihn, eingeleitet worden ist (vgl. Gamer, in: Wenzel, Kap. 13 Rdnr. 17). Hiermit wäre seine Genugtuung jedoch nicht vollständig erreicht worden. Für die veröffentlichten Fotos hätten ihm darüber hinaus überhaupt keine Abwehrmaßnahmen zur Seite gestanden (v. Strobl-Alberg, in: Wenzel, Kap. 9 Rdnr. 20). Ihm war zudem im Jahr 2000 ein gerichtliches Vorgehen gegen die Bekl. kaum zuzumuten. Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Bild-Zeitung freiwillig einen Widerruf bzw. eine Berichtigung veröffentlicht hätte, da ihre Redakteure auf Grund der Informationen aus Kreisen der Mordkommission davon überzeugt waren, der Kl. sei der Täter. Er befand sich wegen Rauschgiftdelikten in Untersuchungshaft und musste sich gegen den Vorwurf verteidigen, an der Ermordung des Ehepaars A beteiligt gewesen zu sein. Sichere Entlastungsbeweise gab es ersichtlich nicht.

Angesichts dieser Situation ist es verständlich, dass er sich im Jahr 2000 nicht gegen die Bild-Zeitung zur Wehr gesetzt hat. Im Jahr 2001 — nach Abschluss des Strafverfahrens gegen den tatsächlichen Täter — wäre im Hinblick auf den Zeitablauf ein Widerruf nicht geeignet gewesen, das Unrecht, das der Kl. vor allem in der Zeit unmittelbar nach der Berichterstattung erlitten hat, wieder gutzumachen (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, NJW 1980, 599 [601]). Wollte man ihm deswegen eine Geldentschädigung verwehren, bliebe die Persönlichkeitsverletzung ohne ausreichenden Rechtsschutz.

Hinsichtlich des Berichts, am Tatort sei eine Zigarillo-Kippe gefunden worden, hätte der Kl. bis zum 26. 2. 2000 — an diesem Tag hat die Bild-Zeitung die Nachricht veröffentlicht, das am Tatort an der Zigaretten-Kippe vorgefundene DNA-Material lasse sich ihm nicht zuordnen — eine Gegendarstellung und einen Widerruf nicht erwirken können. Ab dem 26. 2. 2000 waren Widerruf und Gegendarstellung infolge der berichtenden Veröffentlichung nicht mehr erforderlich.

Eine eigene zeitnahe und umfassende Richtigstellung durch die Bekl. im Übrigen erfolgte nicht (vgl. Burkhardt, in: Wenzel, Rdnrn. 121 f.). Es wurde nur berichtet, dass nunmehr kein Tatverdacht gegen den Kl. mehr besteht, und dies erstmals am 30. 6. 2001.

D. Unabwendbares Bedürfnis für eine Geldentschädigung

Für die Zuerkennung einer Geldentschädigung besteht unter Berücksichtigung der Belange des Kl. einerseits, aber auch der Meinungs- und Pressefreiheit andererseits vorliegend ein unabwendbares Bedürfnis, da ansonsten die durch die Artikel vom 9. und 10. 2. 2000 verursachten Beeinträchtigungen nicht befriedigend ausgeglichen würden. In die Abwägung flossen insbesondere die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Verletzers sowie der

Grad des Verschuldens ein (Burkhardt, in: Wenzel, Kap. 14 Rdnr. 102). Der gegen den Kl. bestehende Verdacht wurde in beiden Artikeln maßlos übertrieben. Er wurde durch die Bild- und Wortberichterstattung quasi an den Pranger gestellt. Eigene Recherchen haben die verantwortlichen Redakteure nicht angestellt. Ihr Verhalten war grob fahrlässig. Durch die Kennzeichnung als nahezu überführter Mörder ist der Kl. schwerwiegend in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt worden. Gerade gegenüber der Umwertung eines nicht durch tragfähige Indizien begründeten Verdachts in die fast sichere Gewissheit der Täterschaft bedarf das Persönlichkeitsrecht gegenüber den Massenmedien im besonderen Maße des Schutzes (vgl. OLG Hamburg, ArchPR 1972, 86 [87]).

Die Geldentschädigung hat das LG mit 10000 Euro jedoch zu hoch angesetzt. Der Senat erachtet einen Betrag von 7500 Euro für ausreichend und der Schwere der Persönlichkeitsverletzung unter Berücksichtigung der Meinungs- und Pressefreiheit angemessen. Denn die Berichterstattung war immerhin nicht völlig haltlos, und die Bekl. hat die Vorwürfe — wenn auch spät und nur im Ansatz — freiwillig richtig gestellt. Die Falschmeldung über den Zigarillo-Fund ist bereits gut zwei Wochen nach ihrem Erscheinen berichtigt worden mit der zusätzlichen Mitteilung des negativen Ergebnisses der DNA-Analyse.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Ruf des Kl. auch ohne die Berichterstattung über die Mordvorwürfe wegen seiner Verstrickungen im Drogen- und Rotlichtmilieu nicht uneingeschränkt günstig war.

Außer Betracht bleibt der Vorwurf des Kl., die Bekl. habe den Verdacht erst „kreiert“ und dadurch verursacht, dass das Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet worden ist. Aus der Aussage des Pressesprechers der StA vor dem LG ergibt sich das Gegenteil. Der Kl. hat den Vorwurf im Termin vor dem Senat letztlich auch nicht aufrechterhalten.

*Strafrecht***Standort: § 211 StGB****Problem: Niedrige Beweggründe**

BGH, URTEIL VOM 28.01.2004

2 STR 452/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der in einem kleinen Dorf in Anatolien aufgewachsen und den dortigen Wertvorstellungen verhaftet war, hatte seine Ehefrau - die in Deutschland aufgewachsen war - getötet, weil sie sich nicht vollständig seinem Willen unterwerfen und sich (u.a. wegen dauernder Misshandlungen durch den Angeklagten) von ihm scheiden lassen wollte, was er als demütigend und seine männliche Ehre verletzend empfand. Das Landgericht hatte das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe verneint und den Angeklagten wegen Totschlags verurteilt. Der BGH hob das Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte stellen - einerseits wegen der ihnen eigenen Problematiken, andererseits weil man sie sehr gut mit Problemstellungen des Allgemeinen Teils kombinieren kann - im Examen einen beliebten Prüfungsstoff dar.

Im vorliegenden Fall befasst sich der BGH mit der Frage nach den Voraussetzungen für das Vorliegen niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 StGB. Bei der Prüfung, ob ein Mordmerkmal gegeben ist, ist stets zu berücksichtigen, dass § 211 StGB keinen Strafraum, sondern eine zwingende Rechtsfolge enthält. Sobald man die Voraussetzungen des Mordes bejaht, muss (!) nach dem Gesetzeswortlaut auf lebenslange (!) Freiheitsstrafe erkannt werden. Deshalb müssen alle Besonderheiten, die für den Täter sprechen, bereits auf Tatbestandsebene berücksichtigt werden und deshalb sind die Mordmerkmale auch stets restriktiv auszulegen (BVerfGE 45, 187, 267; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 3 mwN).

Eine restriktive Auslegung bereitet jedoch gerade beim Mordmerkmal der "sonstigen niedrigen Beweggründe" Probleme, da dies nicht nur sprachlich sehr weit gefasst, sondern auch vom Gesetzgeber bewusst als Aufgangtatbestand konzipiert ist. Rechtsprechung und herrschende Literatur sehen allerdings die Beweggründe des Täters zur Begehung der Tat dann als "niedrig" i.S.v. § 211 StGB an, wenn sie sittlich auf tiefster Stu-

fe stehen und als besonders verachtenswert erscheinen (BGH, StV 1994, 182; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 18 mwN).

Obwohl das Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe" auf die Motive des Täters abstellt und deshalb ein subjektives Tatbestandsmerkmal darstellt, betont der BGH im vorliegenden Fall, dass es sowohl objektive als auch subjektive Voraussetzungen habe. Ein Mord aus niedrigen Beweggründen setze objektiv voraus, dass die Beweggründe des Täters als niedrig zu bewerten seien und subjektiv, dass es ihm bewusst sei, von diesen Beweggründen angetrieben zu werden und dass er, insb. wenn er aus triebhaften Regungen (z.B. Hass oder Wut) heraus handele, trotzdem noch in der Lage sei, seine Antriebe gedanklich zu beherrschen und zu steuern. Dass seine Handlungsantriebe als niedrig zu bewerten sind, braucht der Täter nicht zu erkennen; er muss aber zu einer zutreffenden Wertung in der Lage sein. Entsprechende Ausführungen finden sich auch in dem Beschluss des BGH v. 20.01.2004 (Az.: 5 StR 395/03) in dieser RA.

Während der BGH in der Vergangenheit bei der Bewertung eines Tatantriebs als "niedrig" die Wertvorstellungen der jeweiligen Heimat bei ausländischen Tätern berücksichtigt hat (BGH, NJW 1980, 537; 1983, 55; StV 1981, 399; 1997, 565), stellt der 2. Senat vorliegend klar, dass dies nicht die objektive Bewertung der Motive als niedrig betrifft, sondern nur die Frage, ob der Täter dies subjektiv erkennen und sein Verhalten gedanklich beherrschen konnte.

Vertiefungshinweise:

Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe, insb. bei Ausländern: BGH, NJW 1995, 602; StV 1997, 565; 1998, 131; Fabricius, StV 1996, 209; Jähnke, MDR 1980, 709; Otto, Jura 2003, 617; Schüler-Springorum, NStZ 1983, 433;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"

Leitsatz:

Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe bei ausländischen Tätern.

Sachverhalt:

Das Opfer der Straftat, die Ehefrau des Angeklagten, B.T. geborene K., ist in der Bundesrepublik geboren worden und hier nach hiesigen Wert- und Moralvorstellungen aufgewachsen. Die Ehe kam auf Betreiben der Eltern - die Mutter der B. und der Vater des Angeklagten sind Geschwister - zustande. Der Angeklagte, der in einem kleinen Dorf in Anatolien geboren worden und aufgewachsen ist, kam im Februar 2002 nach Deutschland. Die Ehe war anfangs harmonisch; bereits nach etwa sechs Wochen kam es immer öfter zu Streit zwischen den Eheleuten, wobei der Angeklagte seine Ehefrau auch immer wieder schlug. Der Angeklagte war eifersüchtig und den Moral- und Wertvorstellungen seiner Heimat verhaftet. Er erwartete von seiner Ehefrau Gehorsam und dass sie ihn ständig um Erlaubnis fragte, selbst wenn sie nur einkaufen ging. Er untersagte ihr, sich allein mit einer Freundin oder ihren Schwestern zu treffen, schrieb ihr vor, wie sie sich zu kleiden hatte, kontrollierte und beaufsichtigte sie bei jeder Gelegenheit. Er behandelte sie wie seinen Besitz, mit dem er umgehen könne, wie er es für richtig halte. Die Auseinandersetzungen nahmen im Laufe der Monate zu, Versuche der Familienmitglieder, auf den Angeklagten einzuwirken, sein Verhalten zu ändern, blieben erfolglos. B.T. war deshalb fest entschlossen, sich vom Angeklagten zu trennen und sich scheiden zu lassen. Der Angeklagte, dessen Aufenthaltserlaubnis am 14. November 2002 abließ, sollte in die Türkei zurückkehren. Der Angeklagte empfand dies als demütigend und drohte mehrfach, wenn er in die Türkei zurück müsse, werde er "eine Leiche mitnehmen".

Am Abend des 16. Oktober 2002 kam es zu einem erneuten Streit zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau. B.T. weigerte sich, zwecks Aufenthaltsverlängerung mit ihm zum Konsulat zu fahren, er sollte in die Türkei zurückkehren. Aus Verärgerung und Wut begann der Angeklagte, heftig auf seine Frau einzuschlagen. Spätestens jetzt entschloss er sich, seine Ehefrau zu töten. Er zog ein Klappmesser mit einer Klinglänge von 8 cm aus der Hosentasche, klappte es auf und stach mit direktem Tötungsvorsatz mit großer Wucht gezielt vielfach auf den Oberkörper seiner Ehefrau ein. B.T. stürzte zu Boden, wo der Angeklagte weiter auf sie einstach, bis sie sich nicht mehr rührte. Insgesamt versetzte der Angeklagte seiner Ehefrau 48 Messerstiche, davon 12 in die Brust und 34 in den Rücken. B.T. verstarb innerhalb kürzester Zeit nach maximal ein bis drei Minuten an innerem und äußerem Verbluten.

Nach der Tat nahm der Angeklagte 250 € aus dem Portemonnaie seiner Ehefrau und versuchte zu fliehen.

Er wurde gegen 23.25 Uhr vor einer Gaststätte festgenommen, wo er auf ein Taxi wartete.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von dreizehn Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf Verfahrensrügen und auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten bleibt erfolglos. Dagegen hat die Revision der Nebenkläger mit der Sachrüge Erfolg.

I. Zur Revision des Angeklagten

Die Revision des Angeklagten ist unbegründet. [...]

II. Zur Revision der Nebenkläger

Die Revision der Nebenkläger, die geltend macht, das Landgericht habe das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe zu Unrecht verneint, ist begründet.

1. Objektive Voraussetzungen des Mordmerkmals der "niedrigen Beweggründe"

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Tat objektiv als auf niedrigster moralischer Stufe bewertet werden muss, weil der Angeklagte seiner Ehefrau nur deshalb, weil sie sich von ihm wegen seines unerträglich gewordenen Verhaltens, insbesondere seiner Mißhandlungen, trennen wollte, das Lebensrecht abgesprochen hat. Zu Recht hat das Landgericht bei dieser Prüfung nicht auf die Herkunft des Angeklagten aus einem anderen Kulturkreis abgestellt; darauf kommt es bei der Gesamtwürdigung, ob ein Tötungsmotiv als niedrig einzuschätzen ist, nicht an.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in seiner früheren Rechtsprechung die besonderen Anschauungen und Wertvorstellungen, denen ein Täter wegen seiner Bindung an eine fremde Kultur verhaftet ist, bereits bei der Gesamtwürdigung, ob ein Beweggrund objektiv niedrig ist, berücksichtigt (BGH NJW 1980, 537 = JZ 1980, 238 mit Anm. Köhler und Anm. Sonnen JA 1980, 747; StV 1981, 399; NJW 1983, 55; StV 1997, 565; Urteil des 1. Strafsenats vom 28. August 1979 – 1 StR 282/79 –; so auch Neumann in NK-StGB § 211 Rdn. 30; Maurach/Schroeder/Maiwald Strafrecht BT Teilbd. 1 9. Aufl. § 2 Rdn. 37 a. E.). Diese Gesamtwürdigung umfasst zwar neben den Umständen der Tat auch die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit. Nach der schon früher vertretenen Auffassung des Senats ist jedoch der Maßstab für die objektive Bewertung eines Beweggrunds den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen, in der der Angeklagte lebt und vor deren Gericht er sich zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die sich

den sittlichen und rechtlichen Werten dieser Rechtsgemeinschaft nicht in vollem Umfang verbunden fühlt (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 29 = NJW 1995, 602). Dieser Auffassung haben sich der 1. Strafsenat (Beschlüsse vom 28. Juni 2000 - 1 StR 199/00 - und vom 24. April 2001 - 1 StR 122/01 -) und der 5. Strafsenat (BGHR aaO Niedrige Beweggründe 41 mit Anm. Saliger StV 2003, 22; zustimmend Otto Jura 2003, 617; Jähnke in LK-StGB 11. Aufl. § 211 Rdn. 37; Schneider in MünchKomm-StGB § 211 Rdn. 93) angeschlossen.

2. Subjektive Voraussetzungen des Mordmerkmals der "niedrigen Beweggründe"

Die Erwägungen, mit denen das Landgericht das Vorliegen der subjektiven Erfordernisse des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe verneint hat, halten der rechtlichen Nachprüfung jedoch nicht stand.

Das Landgericht hat hierzu ausgeführt: "Es ist anzunehmen, dass er in einer auf seinen fremden soziokulturellen Wertvorstellungen beruhenden maßlosen Wut und Empörung gegenüber seiner Ehefrau handelte, die sich ihm - wie er es als türkischer Mann zu beanspruchen können glaubte - bis dahin letztlich immer gefügt hatte, nunmehr aber davor stand, seine 'ruhmlöse' Rückkehr in die Türkei zu bewirken, die nach seinen anatolischen Wertvorstellungen seine Familien- und Mannesehre verletzte und zu einem Ansehensverlust in der Heimat führen musste. Die Kammer konnte sich daher nicht hinreichend davon überzeugen, dass der Angeklagte seine gefühlsmäßigen Regungen gedanklich beherrschen konnte, um das absolute Missverhältnis zwischen Anlass und Tat in sein Bewusstsein aufzunehmen, ob ihm also bei Tatbegehung die Umstände bewusst waren, die die Beweggründe als niedrig erscheinen lassen..."

Diese Ausführungen lassen besorgen, dass das Landgericht die beiden subjektiven Elemente dieses Mordmerkmals, nämlich die Kenntnis (d. h. das Bewusstsein vom Vorliegen) der tatsächlichen Umstände, welche die Niedrigkeit der Beweggründe ausmachen, und das weitere Merkmal der Fähigkeit zur gedanklichen Beherrschung der bei der Tat möglicherweise aufgetretenen gefühlsmäßigen Regungen fehlerhaft vermischt hat.

a. Allgemeine Anmerkungen zu den subjektiven Voraussetzungen

Der Täter muss die Mordmerkmale subjektiv in ihren tatsächlichen Voraussetzungen erfassen. Bei der Prüfung der niedrigen Beweggründe gehört dazu, dass er die Umstände kennt und mit seinem Bewußtsein erfasst, welche die Bewertung seines Handlungsantrie-

bes als niedrig begründen (ständige Rechtsprechung, u. a. BGHR aaO Niedrige Beweggründe 6, 13, 15, 23). Die als niedrig zu bewertenden Handlungsantriebe dürfen nicht lediglich unbewusste Handlungsantriebe gewesen sein (BGH StV 1984, 72), denn das Schuldprinzip setzt voraus, dass die die Tat charakterisierenden Motive und Absichten als Merkmale des subjektiven Tatbestandes nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie in das Bewusstsein des Täters getreten sind.

Die - rechtliche - Bewertung der Handlungsantriebe als niedrig braucht der Täter nicht vorzunehmen oder nachzuvollziehen, auf seine eigene Einschätzung oder rechtsethische Wertung kommt es nicht an (BGHR aaO Niedrige Beweggründe 13, 23). Er muss aber zu einer zutreffenden Wertung in der Lage sein; die Fähigkeit dazu kann etwa bei einem Persönlichkeitsmangel oder bei einem ausländischen Täter, der den in seiner Heimat gelebten Anschauungen derart intensiv verhaftet ist, dass er deswegen die in Deutschland gültigen abweichenden sozialetischen Bewertungen seines Motivs nicht in sich aufnehmen und daher auch nicht nachvollziehen kann, fehlen (BGH GA 1967, 244; BGH bei Dallinger MDR 69, 723; BGH bei Holtz MDR 77, 809; BGH NStZ 1981, 258; BGHR aaO Niedrige Beweggründe 24; Jähnke in LK-StGB aaO Rdn. 33, 37).

Soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen (wie Wut, Hass oder Zorn) als Handlungsantrieb in Betracht kommen, muss der Täter diese - über die Erkenntnis ihrer handlungsleitenden Wirkung hinaus - auch gedanklich beherrschen und mit seinem Willen steuern können (so schon Urteil des 1. Strafsenats vom 3. Juli 1951 - 1 StR 267/51 -; BGHSt 28, 210, 212; BGHR aaO 2, 6, 15, 22, 23).

b. Zu den subjektiven Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Die vorstehend mitgeteilten Ausführungen des Landgerichts lassen schon nicht erkennen, ob der Angeklagte nach Auffassung der Schwurgerichtskammer bereits die tatsächlichen Umstände, die die Bewertung seines Handlungsantriebs nach mitteleuropäischen Maßstäben als niedrig begründen, nicht erkannt hat, ob er aufgrund seiner "anatolischen Wertvorstellungen" außerstande gewesen ist, die Bewertung seiner Beweggründe als niedrig zu vollziehen, oder ob er seine - erkannten - gefühlsmäßigen Regungen nicht gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern konnte. Hinsichtlich dieser getrennt zu beurteilenden Voraussetzungen der subjektiven Seite des Mordmerkmals lassen die Urteilsgründe darüber hinaus besorgen, dass das Landgericht nicht alle Umstände des Falles bedacht hat.

Auslöser der Handgreiflichkeiten war Verärgerung und Wut des Angeklagten, weil ihm das ungewohnt obstinate und eindeutige Verhalten seiner Frau bewusst machte, dass sie ihre Meinung nicht ändern würde, dass die Ehe gescheitert war und dass er, was er als demütigend und seine männliche Ehre verletzend empfand, in die Türkei zurückgeschickt werden würde. Spätestens jetzt entschloss sich der Angeklagte, seine mehrfach angekündigte Drohung, er werde in die Türkei "eine Leiche mitnehmen", wahr zu machen und B.T. zu töten. Dies spricht dafür, dass er seinen Handlungsantrieb zutreffend erfasst hat.

Dass der Angeklagte so fest mit seinen anatolischen Überzeugungen verhaftet war, dass er außerstande war, die (deutsche) Bewertung dieses Handlungsantriebes als niedrig nachzuvollziehen, ist in den Urteilsgründen nicht hinreichend belegt. Zum einen sind dem Angeklagten von den Familienmitgliedern deutsche Bräuche und Überzeugungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Mann und Frau erklärt worden, die Schwester drohte ihm sogar an, sie werde sich an die Polizei wenden, was der Angeklagte seinerseits mit einer Drohung gegen deren Kinder und Ehemann verhinderte. Zum anderen enthalten die Urteilsgründe kei-

ne Feststellungen dazu, dass sich der Angeklagte nach anatolischen Wertvorstellungen für berechtigt halten durfte, seine Ehefrau ständig zu misshandeln und schließlich zu töten. Hiergegen könnte sprechen, dass er sie gefesselt, ihr ein Kissen auf den Mund gedrückt und die Musikanlage lauter gestellt hat, damit man die Schreie bei den Misshandlungen nicht hörte und dass er gegenüber seinen eigenen Eltern die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestritt.

Auch die Annahme, dass der Angeklagte seine gefühlsmäßigen und triebhaften Regungen bei der Tat nicht gedanklich beherrschen und mit seinem Willen steuern konnte, liegt nach den Urteilsfeststellungen nicht nahe. Der Angeklagte ist sich seiner Antriebskräfte bewusst gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass er zu einer Beherrschung seiner Motive nicht in der Lage gewesen sein könnte, teilt das Urteil nicht mit, zumal auch ein hochgradiger Affekt ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Selbst wenn der Angeklagte bei der Tat in immer größere Erregung geraten sein sollte, könnte ihn dies nicht entlasten, wenn er sich bewusst von beherrschbaren Gefühlen zur Tat hätte treiben lassen (vgl. BGHR aaO Niedrige Beweggründe 8; BGH, Urteil vom 3. Juli 1951 - 1 StR 267/51 -).

Standort: § 212 II StGB

Problem: Besonders schwerer Fall des Totschlags

BGH, BESCHLUSS VOM 20.01.2004
5 STR 395/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte misshandelte das Opfer über einen Zeitraum von mehr als einer Stunde und tötete es schließlich, weil er sich von ihm gedemütigt fühlte. Die Mordmerkmale Grausamkeit und niedrige Beweggründe hatte das Landgericht zwar angeprüft, aber im Hinblick auf die subjektive Tatseite verneint. Wegen der Nähe der Tat zu zwei Mordmerkmalen hatte es dann jedoch einen besonders schweren Fall des Totschlags angenommen. § 212 II StGB hatte das Landgericht nur deshalb nicht angewandt, weil der Täter bei der Tat vermindert schuldfähig war und deshalb in den Genuss einer Strafmilderung gem. § 21 StGB kam. Diese hatte das Landgericht in der Weise vorgenommen, dass es nur den Regelstrafrahmen des § 212 I StGB angewandt, dem Angeklagten aber eine weitere Strafmilderung über §§ 21, 49 StGB wegen § 50 StGB versagt hatte. Der BGH hob dieses Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte stellen - einerseits wegen der ihnen ei-

genen Problematiken, andererseits weil man sie sehr gut mit Problemstellungen des Allgemeinen Teils kombinieren kann - im Examen einen beliebten Prüfungsstoff dar. In einer Klausur im 1. Examen werden zwar Ausführungen zu unbenannten besonders schweren Fällen (wie § 212 II StGB) in der Regel nicht erwartet, im 2. Examen oder einer mündlichen Prüfung würden sich entsprechende Fragestellungen jedoch anbieten.

Da der besonders schwere Fall des Totschlags (§ 212 II StGB) dieselbe Rechtsfolge hat wie der Mord (zwingende lebenslange Freiheitsstrafe) geht die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, davon aus, dass § 212 II StGB nur anzuwenden sei, wenn das Verschulden des Täters so außergewöhnlich groß ist, dass es ebenso schwer wiegt wie das eines Mörders und das im Zurückbleiben hinter den Mordmerkmalen liegende Minus durch ein Plus an Verwerflichkeit ausgeglichen wird (BGH, NStZ 1984, 312; 1993, 342; Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 12 mwN). Von einem solchen Plus an Verwerflichkeit könne insb. ausgegangen werden bei einer Nähe der Tat zu (mindestens) zwei Mordmerkmalen (Momsen, NStZ 1998, 487; Tröndle/Fischer, § 212 Rn. 11); andererseits ist das Vorliegen eines besonders schweren Falles des Totschlags grundsätzlich ausgeschlossen bei einer ver-

minderten Schuldfähigkeit des Täters i.S.v. § 21 StGB (BGH, StV 1987, 296; Eser, NStZ 1981, 430; SK-Horn, § 212 Rn. 38 mwN).

Dem folgt die Entscheidung des Landgerichts, das die Nähe der Tat zu zwei Mordmerkmalen (Grausamkeit und niedrige Beweggründe) feststellte und dann die gleichzeitig gegebene verminderte Schuldfähigkeit des Täters benutzte, um § 212 II StGB wieder auszuschließen. Insofern war es auch folgerichtig, dem Täter eine weitere Strafmilderung über § 21 StGB gem. § 50 StGB zu verweigern. Der BGH betont jedoch, dass die behauptete Nähe zu den beiden Mordmerkmalen gar nicht gegeben und auch weitere schulderhöhende Gesichtspunkte nicht zu erkennen seien, so dass die Annahme eines besonders schweren Falles des Totschlags fern gelegen und dem Täter die Strafmilderung der §§ 21, 49 StGB zu Unrecht verweigert worden sei.

Vertiefungshinweise:

Zum besonders schweren Fall des Totschlags: *BVerfG*, JR 1979, 28; *BGH*, StV 2000, 309; NStZ 2001, 647; *Eser*, NStZ 1981, 430; *Momsen*, NStZ 1998, 487; *Mühlbauer*, MDR 1968, 811

Leitsatz (der Redaktion):

Ein besonders schwerer Fall des Totschlags setzt voraus, dass das in der Tat zum Ausdruck kommende Verschulden des Täters außergewöhnlich groß ist. Es muss ebenso schwer wiegen wie das eines Mörders. Hierfür genügt nicht schon die bloße Nähe der die Tat oder den Täter kennzeichnenden Umstände zu gesetzlichen Mordmerkmalen. Es müssen vielmehr schulderhöhende Gesichtspunkte hinzukommen, die besonders gewichtig sind. Ob dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung der Gesamtheit der äußeren und inneren Seite der Tat beantwortet werden.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen misshandelte der Angeklagte die 41-jährige V, zu der er eine intime Beziehung unterhielt, über einen Zeitraum von etwa eineinhalb Stunden durch Schläge, Tritte und andere Gewalttätigkeiten derart, dass sie kurze Zeit später an den Folgen der erlittenen schweren Verletzungen verstarb. Er tötete V aus Wut darüber, dass sie ihn zuvor in einer Gaststätte "vor allen Leuten" ohne eine Erklärung hatte stehen lassen und anschließend über Stunden nicht auffindbar war. Bei Ausführung der Tat war der Angeklagte hochgradig alkoholisiert; seine Steuerungsfähigkeit war erheblich eingeschränkt, aber nicht aufgehoben.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat Erfolg, soweit es den Strafausspruch betrifft, ist im übrigen jedoch unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

1. Rechtliche Würdigung und Schuldspruch des Landgerichts

Das Landgericht bewertet die Tat als Totschlag, da Mordmerkmale jedenfalls aus subjektiven Gründen nicht gegeben seien. Der Angeklagte habe zwar objektiv aus niedrigen Beweggründen gehandelt; dies könne ihm jedoch subjektiv nicht angelastet werden, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass er aufgrund der erheblichen Alkoholisierung und der damit verbundenen Enthemmung die Niedrigkeit seiner Beweggründe nicht erkennen und in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewusstsein habe aufnehmen können. Das Vorliegen des Mordmerkmals "grausam" nimmt die Strafkammer deshalb nicht an, weil nicht auszuschließen sei, dass der Angeklagte erst zum Ende des Tatgeschehens den zumindest bedingten Tötungsvorsatz gefasst habe und damit die vorangegangenen brutalen und grausamen Misshandlungen des Opfers von dem Tötungsvorsatz nicht umfasst gewesen seien.

2. Strafzumessungserwägungen des Landgerichts

Im Rahmen der Strafzumessung lehnt die Strafkammer einen besonders schweren Fall des Totschlags im Sinne des § 212 Abs. 2 StGB ab und führt dazu aus, daß die Tat zwar - objektiv gesehen - in der Nähe von zwei Mordmerkmalen liege, dass diese schulderhöhenden Momente aber aufgrund der erheblich eingeschränkten Schuldfähigkeit des Angeklagten an Gewicht verlören. Zudem sei die Wut des Angeklagten, in die er sich über mehrere Stunden hineingesteigert habe, und seine damit verbundene besondere psychische Situation zur Tatzeit auf das für ihn in der konkreten Situation nicht nachvollziehbare Verhalten der Geschädigten zurückzuführen.

Diese Umstände stellten ein erhebliches Gegengewicht zu dem besonders schulderhöhenden Faktor der Nähe zu zwei Mordmerkmalen dar und führten zur Verneinung eines besonders schweren Fall des Totschlags. Es sei somit der Regelstrafrahmen des § 212 Abs.1 StGB zugrunde zu legen. Dieser könne nicht noch einmal nach §§ 21, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemildert werden, da die Annahme des § 21 StGB schon zum Aus-

schluß der Anwendung des § 212 Abs. 2 StGB geführt habe und damit im Sinne von § 50 StGB bereits verbraucht sei.

II. Entscheidung des BGH

Diese Erwägungen des Landgerichts begegnen durchgreifenden Bedenken.

1. Zu den Voraussetzungen für einen besonders schweren Fall des Totschlags (§ 212 II StGB)

Ein besonders schwerer Fall des Totschlags setzt voraus, dass das in der Tat zum Ausdruck kommende Verschulden des Täters außergewöhnlich groß ist. Es muss ebenso schwer wiegen wie das eines Mörders. Hierfür genügt nicht schon die bloße Nähe der die Tat oder den Täter kennzeichnenden Umstände zu gesetzlichen Mordmerkmalen. Es müssen vielmehr schulderhöhende Gesichtspunkte hinzukommen, die besonders gewichtig sind (BGH NJW 1982, 2264, 2265; StV 2000, 309; BGHR StGB § 212 Abs. 2 Umstände, schulderhöhende 1, 3, 4). Ob dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung der Gesamtheit der äußeren und inneren Seite der Tat beantwortet werden.

Danach ist schon fraglich, ob allein die vom Landgericht angenommene Nähe zu zwei Mordmerkmalen ausreicht, um einen besonders schweren Fall des Totschlags in Betracht zu ziehen. Dies wird grundsätzlich dann zu verneinen sein, wenn - wie hier - die erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit des Täters zur Ablehnung der subjektiven Voraussetzungen der Mordmerkmale führt. Denn die Umstände, welche die Verneinung von Mordmerkmalen zur Folge haben, können es nahelegen, auch die Nähe zu Mordmerkmalen zu verneinen. Ansonsten käme man unter Verstoß gegen das Schuldprinzip auf dem Umweg über die Bejahung der Voraussetzungen des § 212 Abs. 2 StGB zu einem dem Mörder zugeordneten Strafraum (BGH NSTZ 1981, 258; BGH, Beschluss vom 11. September 2003 - 2 StR 230/03).

2. Zur "Nähe zu zwei Mordmerkmalen"

Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, ob im vorliegenden Fall überhaupt an die Nähe zu zwei Mordmerkmalen gedacht werden kann, da nach den Urteilsausführungen die dem Mordmerkmal "grausam" nahen Tat-elemente vom Tötungsvorsatz nicht umfasst waren. Hinzu kommt, dass Handlungsmodalitäten - wie besondere Brutalität -, die Anzeichen für die Stärke einer seelischen Beeinträchtigung sind oder sein können, einem vermindert schuldfähigen Angeklagten nicht voll

angelastet werden dürfen; keinesfalls darf sie der Tatrichter als besondere Strafschärfungsgründe bewerten (vgl. BGHR StGB § 21 Strafzumessung 7, 14, 15).

3. Zum Fehlen weiterer schulderhöhender Umstände

Besondere (zusätzlich) schulderhöhende Umstände, welche die Tat des Angeklagten zurechenbar mit Mord auf eine Stufe heben, sind weder vom Landgericht dargestellt noch ersichtlich. Vielmehr hat die Strafkammer eine Reihe von Milderungsgründen aufgeführt, welche die Strafwürdigkeit der Tat nicht unerheblich vermindern. So hat sie als ein deutliches Gegengewicht zu dem von ihr angenommenen schulderhöhenden Faktor der Nähe zu zwei Mordmerkmalen unter anderem auf die - unabhängig von der alkoholbedingten Beeinträchtigung - psychische Situation des Angeklagten zur Tatzeit abgestellt, welche auf das für ihn nicht nachvollziehbare und kränkende Verhalten der später Getöteten zurückzuführen war. Darüber hinaus ist dem Angeklagten zugute gehalten worden, dass er (nur) mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt habe, die Tat nicht geplant gewesen sei und er Reue gezeigt habe. Demgegenüber hat das Landgericht ihm neben seiner Vorstrafe wegen Körperverletzung die Dauer des Tatgeschehens angelastet und den Umstand, dass er die Tat in der eigenen Wohnung des ihm vertrauenden Opfers begangen habe.

4. Zum Fehlen des besonders schweren Falls des Totschlags

Nach allem lag die Annahme eines besonders schweren Falls des Totschlags eher fern und es bedurfte nicht der Berufung auf den vertypten Milderungsgrund des § 21 StGB, um den besonders schweren Fall auszuschließen.

Der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob dessen Verneinung unter Heranziehung eines vertypten Milderungsgrundes die Anwendung des § 50 StGB ohne weiteres nach sich zieht (vgl. dazu unter anderem BGH NJW 1986, 1699, 1700; BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall - Gesamtwürdigung, unvollständige 11; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 50 Rdn. 2; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 50 Rdn. 14 ff.).

5. Kein Aufhebung der Feststellungen

Da es sich um einen Wertungsfehler handelt, bedarf es keiner Aufhebung von Feststellungen. Der neue Tatrichter darf ergänzende, den bisherigen nicht widersprechende Feststellungen treffen.

Standort: § 259 StGB**Problem: Sich Verschaffen**

BGH, BESCHLUSS VOM 18.02.2004
2 STR 423/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren Mitglieder ein Bande von Ausländern, die Autos aufbrach, daraus Bargeld und Wertgegenstände stahl und diese dann an bestimmten Stellen sammelten, um sie in ihrer Heimat zu verwerten. Da den Angeklagten eine unmittelbare Täterschaft nur an ganz wenigen der weit über hundert Taten der Bande nachgewiesen werden konnte, hatte das Landgericht sie im Übrigen wahlweise wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei (§ 260 StGB) verurteilt. Der BGH verneinte die Begehung einer Hehlerei durch die Angeklagten und verurteilte sie bzgl. der Taten, an denen sie nicht unmittelbar täterschaftlich mitgewirkt hatten, wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte, insb. § 242 StGB und § 259 StGB, sind regelmäßig Gegenstand von Examensaufgaben. Die Konstellation der Wahlfeststellung ist im 2. Examen besonders relevant, war allerdings auch schon Gegenstand von Hausarbeiten im 1. Examen.

Für die Tathandlung des "sich Verschaffens" i.S.v. § 259 I StGB reicht es nach herrschender Meinung nicht aus, dass der Hehler bloß Besitz an dem Hehlereiobjekt erlangt; vielmehr muss er im Verhältnis zum Vortäter eine eigene Verfügungsgewalt besitzen, er muss also über die Sache als eigene oder zu eigenen Zwecken verfügen können; er muss eine "eigentümerähnliche" Stellung haben (BGHSt 7, 137; 27, 46; Tröndle/Fischer, § 259 Rn. 12 ff. mwN). Im vorliegenden Fall stellt der BGH klar, dass dies zwar nicht voraussetzt, dass der Täter allein (also ohne die Zustimmung anderer) über die Sache verfügen kann, dass ein "sich Verschaffen" jedoch dann ausscheidet, wenn der andere, von dessen Zustimmung die Verfügung des Hehlers abhängt, der Vortäter ist (so bereits BGH, StV 1999, 604).

Im Gegensatz zum BGH hatte die Vorinstanz die Angeklagten im Wege ungleichartiger ("echter") Wahlfeststellung wegen Diebstahls oder (gewerbsmäßiger) Hehlerei verurteilt. Die Wahlfeststellung erlaubt es dem Gericht, den Angeklagten nicht eindeutig wegen eines bestimmten Delikts zu verurteilen, sondern wahlweise wegen zwei verschiedenen Delikten (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 1 Rn. 58

ff.). Um noch dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Prinzip des "in dubio pro reo" Rechnung zu tragen, sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Wahlfeststellung hoch anzusetzen: zunächst darf eine eindeutige Feststellung des Sachverhaltes nicht möglich sein (die Möglichkeit einer Wahlfeststellung soll nur unbillige Ergebnisse vermeiden und nicht den Richter von der Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit entbinden), dann muss der Angeklagte sich nach allen in Betracht kommenden Varianten strafbar gemacht haben und es muss eine exklusive Alternativität der in Betracht kommenden Sachverhalte bestehen, d.h. das Gericht muss davon ausgehen, dass entweder der eine oder der andere Sachverhalt gegeben war und auf keinen Fall ein dritter. Schließlich müssen die in Betracht kommenden Delikte rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein. Letzteres wird allerdings insb. für § 242 StGB und §§ 259, 260 StGB angenommen (BGHSt 1, 304; 11, 28; 18, 187).

Interessant ist im vorliegenden Fall weiterhin, dass der 2. Senat des BGH bei der Prüfung eines Bandendiebstahls davon auszugehen scheint, es sei erforderlich, dass mehrere Bandenmitglieder am Tatort zugegen seien, wogegen der Große Strafsenat dies ausdrücklich für nicht erforderlich gehalten hatte (BGH, NStZ 2001, 421).

Vertiefungshinweise:

☐ Zum "sich Verschaffen" i.S.v. § 259 I StGB: BGHSt 7, 137; NStZ 1997, 493; NStZ-RR 2000, 266; Baier, JA 2000, 923; Krack, NStZ 1998, 462; Rose-nau, NStZ 1999, 352;

☐ Zur Wahlfeststellung: BGHSt 9, 394; 25, 182; Beul-ke/Fahl, Jura 1998, 266; Eschenbach, Jura 1994, 302; Schröder, NJW 1985, 780;

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Eine Hand wäscht die andere"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein „sich Verschaffen“ im Sinne des § 259 StGB kann auch bei der Erlangung von Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt an einer gestohlenen Sache gegeben sein, etwa wenn der Vortäter die Sache mehreren Personen, z. B. Gesellschaftern überträgt. Dies gilt aber nicht ohne weiteres, wenn der Vortäter selbst an der Sache Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt behält. In einem solchen Fall kommt Hehlerei nur in Betracht, wenn jeder

der Mitbesitzer für sich unter Ausschluss des anderen Teils verfügbare berechtigt sein soll.

Sachverhalt:

Die Angeklagten, die im engen persönlichen Kontakt zueinander standen, hatten sich mit weiteren litauischen Landsleuten zusammengeschlossen, um im Großraum T. Fahrzeuge aufzubrechen und aus ihnen technische Geräte zu entwenden. Diese wurden zunächst gesammelt, unter anderem in einem Erddepot und der - auch den anderen Gruppenmitgliedern zugänglichen - Wohnung des Angeklagten J und anschließend in Litauen verwertet. Aus dem Erlös wurden die Angeklagten entlohnt, wobei feste Gewinnanteile verabredet waren. Seit Mitte 2001 bis Ende 2001 wurden von den Mitgliedern der Gruppe die verfahrensgegenständlichen 164 Diebstähle begangen. Eine unmittelbare täterschaftliche Beteiligung an diesen Diebstählen konnte das Landgericht nur hinsichtlich des Angeklagten Ju in drei Fällen (II. 22 a - c der Urteilsgründe) und hinsichtlich des Angeklagten J in acht Fällen (Fälle II. 1 a - h) feststellen. [...]

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten M wegen Diebstahls in 164 Fällen oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 23 Fällen und wegen Diebstahls oder Hehlerei zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und elf Monaten, den Angeklagten Ju wegen Diebstahls in 156 Fällen oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 21 Fällen sowie wegen Diebstahls in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und zwei Monaten und den Angeklagten J wegen Diebstahls in 155 Fällen oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 21 Fällen sowie wegen Diebstahls in acht Fällen und versuchten Computerbetrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt und die Angeklagten J und Ju im übrigen (vom Vorwurf der wahlweise angeklagten Hehlerei bei den Fällen der eindeutigen Verurteilung) freigesprochen.

Dagegen wenden sich die Revisionen des Angeklagten M und J. [...]

2. Entscheidung des BGH

Die von beiden Revisionen erhobenen Sachrügen führen zu den aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Schuldspruchänderungen, die gemäß § 357 StPO auf den nichtrevidierenden Angeklagten Ju zu erstrecken sind, und zur Aufhebung der Strafaussprüche führen. Im übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. [...]

Soweit eine unmittelbare Beteiligung der Angeklagten an den Diebstählen nicht festgestellt werden konnte, hat das Landgericht jeweils eine Wahlfeststellung zwischen Diebstahl (nach §§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 StGB) und gewerbsmäßiger Hehlerei (§ 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB) angenommen. Dabei hat es die in einer Nacht begangenen mehreren Diebstahlstaten jeweils als eine gewerbsmäßige Hehlerei angesehen. Die rechtliche Würdigung des Landgerichts begegnet in mehrfacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken.

a. Zur Verurteilung wegen Hehlerei in Form des "sich Verschaffens"

Die Verurteilung wegen (wahlweiser) Hehlerei hat das Landgericht darauf gestützt, dass die Angeklagten an den in den Depots gelagerten Beutestücken gemeinschaftlichen Besitz und Verfügungsgewalt erlangt hätten, auch soweit sie nicht selbst die Diebstähle ausgeführt hätten. Sie hätten sich daher die Beutestücke im Sinne des Hehlereitatsbestands verschafft. Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand: Zwar kann ein „sich Verschaffen“ im Sinne des § 259 StGB auch bei der Erlangung von Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt an einer gestohlenen Sache gegeben sein, etwa wenn der Vortäter die Sache mehreren Personen, z. B. Gesellschaftern überträgt. Dies gilt aber nicht ohne weiteres, wenn der Vortäter selbst an der Sache Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt behält. In einem solchen Fall kommt Hehlerei nur in Betracht, wenn jeder der Mitbesitzer für sich unter Ausschluss des anderen Teils verfügbare berechtigt sein soll, hingegen scheidet Hehlerei aus, wenn eine Verfügung über die Sache nur gemeinschaftlich erfolgen kann (BGHSt 35, 173, 176). Letzteres war hier gegeben. Die Angeklagten haben zwar den gemeinschaftlichen Besitz an den Beutestücken zusammen mit den anderen Bandenmitgliedern - siehe zur Bande unter b. - erlangt. Mitbesitz hatten aber gerade auch diejenigen Mitglieder, die die Sachen entwendet hatten. Auch Verfügungsgewalt kam den Angeklagten nur gemeinsam mit den anderen Bandenmitgliedern zu. Denn wenn auch die Angeklagten wie alle Bandenmitglieder Zugang zu den Depots hatten, ist nach den Feststellungen auszuschließen, dass jeder für sich unabhängig von den anderen allein über die jeweiligen Beutestücke verfügen konnte. So durften etwa die Diebstahlstäter nur das in den Fahrzeugen aufgefundene Bargeld behalten, das unter ihnen nach bestimmten Maßstäben aufgeteilt wurde. Gelegentlich ist einem Mittäter ein erbeutetes Handy zum eigenen Gebrauch - ersichtlich nach Absprache mit anderen - zur Verfügung gestellt worden. Schließlich spricht auch die Verabredung fester Gewinnanteile gegen die Annahme, dass jedes Mitglied sich nach Gutdünken aus den

Beutestücken bedienen durfte. Da mithin auch die Gruppenmitglieder, die den Diebstahl selbst ausgeführt hatten, Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt behalten hatten, kommt Wahlfeststellung mit Hehlerei als Alternativtat nicht in Betracht.

b. Zur Strafbarkeit der Angeklagten, insb. wegen Beihilfe zum Diebstahl

Dies bedeutet nicht, dass eine Verurteilung der Angeklagten wegen der Diebstahlstaten, bei denen ihre unmittelbare Täterschaft nicht festgestellt werden konnte, nicht erfolgen kann. Nach den Feststellungen haben die Angeklagten, soweit sie nicht selbst als Täter in Betracht kommen, jedenfalls den die Diebstähle ausführenden Tätern Hilfe geleistet.

Die Angeklagten waren Mitglieder einer Bande. Sie haben sich mit den anderen Mitgliedern der Gruppe zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen zusammengeschlossen. Dabei haben sie feste Vereinbarungen getroffen, dass die Diebstähle jeweils von mehreren Gruppenmitgliedern arbeitsteilig ausgeführt, die Beutestücke in Depots gesammelt und dann von einzelnen von ihnen nach Litauen transportiert und verwertet werden sollten. Insbesondere sollten die jeweiligen Taten allen zugute kommen, sie erhielten feste Gewinnanteile. Danach ist davon auszugehen, dass die Angeklagten die anderen Bandenmitglieder, soweit sie nicht selbst unmittelbar beteiligt waren, bei ihren jeweiligen Taten mindestens psychisch unterstützt haben, so dass jedenfalls Beihilfe zu den von diesen begangenen Diebstählen vorliegt. Da weitere Feststellungen zur Frage, wann die Angeklagten (über die bereits festgestellten Taten hinaus, die Gegenstand eindeutiger Verurteilung waren) die Taten unmittelbar ausgeführt haben, auch in einer erneuten Hauptverhandlung nicht möglich erscheinen, sind die Angeklagten in diesen Fällen unter Anwendung des in-dubio-Satzes lediglich wegen Beihilfe - und erneut zugunsten der Angeklagten - lediglich wegen einer Beihilfehandlung, die sich auf alle Diebstahlstaten ausgewirkt hat, zu verurteilen.

Da nach den Feststellungen die Diebstähle jeweils von mehreren Bandenmitgliedern verübt wurden und dabei die Regelbeispiele nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 StGB verwirklicht wurden, sind die Angeklagten jeweils wegen einer Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl - soweit die Angeklagten Ju. und J. als Täter bei drei (II. 22 a - c) bzw. bei acht Diebstählen (II. 1 a - h) zusammen mit anderen unbekannt gebliebenen Bandenmitgliedern festgestellt sind - wegen schweren Bandendiebstahls zu verurteilen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Verurteilung wegen schweren Bandendiebstahls nicht entgegen, dass nicht bekannt ist, welche Bandenmitglieder die Taten

jeweils ausgeführt haben bzw. wer die Mittäter von Ju bzw. J bei den von ihnen täterschaftlich begangenen Diebstählen waren. Es genügt für den Tatbestand des Bandendiebstahls, wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen Bandenmitglied in irgendeiner Weise, etwa auch als Gehilfe, zusammenwirkt. Dass jeweils mehrere auch am Tatort anwesende Bandenmitglieder die Diebstähle ausgeführt haben, hat das Landgericht festgestellt.

Der Schuldspruch war danach wie geschehen zu ändern. Dabei waren bei den Angeklagten Ju und J zugleich Zählfehler der Kammer zu berichtigen. Bei dem Angeklagten Ju sind in den dem Angeklagten vorgeworfenen 156 Diebstahlstaten auch die drei täterschaftlich begangenen Diebstähle (II. 22 a - c) erfasst, so dass nur eine Beihilfe zu 153 Fällen des schweren Bandendiebstahls anzunehmen ist. Bei dem Angeklagten J hat die Kammer die Fälle II. 13 a - i nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, jedoch statt neun Fällen nur einen Fall als eingestellt berücksichtigt. Der Angeklagte J ist daher wegen Beihilfe zu 147 Fällen des schweren Bandendiebstahls zu verurteilen. Er ist darüber hinaus wegen - täterschaftlich begangenen - schweren Bandendiebstahls in 8 Fällen zu verurteilen.

Der Senat konnte die Schuldspruchänderung selbst vornehmen. § 265 StPO steht nicht entgegen. Den Angeklagten war in der Anklage wahlweise schwerer Bandendiebstahl oder Hehlerei vorgeworfen worden. Es ist auszuschließen, dass sie sich gegen den geänderten Schuldvorwurf wirksamer hätten verteidigen können. Die Schuldspruchänderung war nach § 357 StPO auf den Angeklagten Ju zu erstrecken. Statt der Verurteilung wegen der alternativ begangenen täterschaftlichen Diebstähle in 156 Fällen wahlweise gewerbsmäßiger Hehlerei in 21 Fällen kommt lediglich eine Beihilfe zu 153 Fällen des schweren Bandendiebstahls (mit günstigerem Strafraumen) in Betracht. Die Schuldspruchänderung auf schweren Bandendiebstahl ist auch hinsichtlich der drei Fälle der eindeutigen Verurteilung geboten, weil sie sich jedenfalls insgesamt im wesentlichen zu seinen Gunsten ausgewirkt hat und es sonst zu schwer erträglichen Widersprüchen käme (vgl. bei einer teilweise zu Lasten des Nichtrevidenten erfolgten Schuldspruchänderung: Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 357 Rdn. 6 m.w.N., siehe auch BGH, Beschluss v. 29. Oktober 1996 - 4 StR 414/96).

Die Änderung des Schuldspruchs hat die Aufhebung der Einzelstrafaussprüche zur Folge, soweit die Angeklagten wegen Diebstahls wahlweise wegen gewerbsmäßiger Hehlerei verurteilt worden sind. Das Landgericht wird insoweit für die durch eine Tat begangene Beihilfe an 164 bzw. 153 bzw. 147 als schwerer Bandendiebstahl zu beurteilenden Taten für jeden Ange-

klagen jeweils eine Einzelstrafe festzusetzen haben. Die Aufhebung der Einzelstrafausprüche zieht die Aufhebung der Gesamtrafenaussprüche nach sich. Soweit die Angeklagten als Täter verurteilt sind (M. Fall II. 24, Ju. Fälle II. 22 a - c, J. Fall II. 1 a - h und

25) bleiben die Einzelstrafausprüche bestehen. Die Feststellungen zum Strafausspruch sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen und können bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen bleiben möglich.

IMPRESSUM

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

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Rechtsgrundlose Leistung an Dritte**

VG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 27.08.2003
1 E 2409/03 (NVwZ-RR 2004, 306)

Problemdarstellung:

Das VG hatte sich mit der Rechtmäßigkeit der Rückforderung zu Unrecht gezahlter Subventionen zu befassen. Der Fall wies zwei Besonderheiten auf:

1. Es konnte nicht aufgeklärt werden, ob der Auszahlung der Subvention ein wirksamer Bewilligungsbescheid zugrunde lag, weil der Kl. bestritt, einen solchen erhalten zu haben. Da die Behörde die Beweislast für die wirksame Bekanntgabe trägt, § 41 II 2, 2. Hs VwVfG, war zu ihren Lasten zu unterstellen, dass ein solcher Bescheid nicht (wirksam) erlassen worden war. Daran scheiterte die Rückforderung des ausgezahlten Geldes nach § 49a VwVfG.

2. Das Geld wurde nicht an den Kl., sondern an einen Dritten ausbezahlt, dessen Bankverbindung unter dem Briefkopf des Kl. angegeben war. Jedenfalls daran scheiterte dann auch der gegen den Kl. gerichtete öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch, bei dem sich zudem die - vom VG nicht angesprochene - Frage gestellt hätte, ob dieser überhaupt zum Erlass eines Rückforderungsbescheids ermächtigt.

Prüfungsrelevanz:

Das allgemeine Verwaltungsrecht bietet für Examensaufgaben eine breite Spielwiese. Nach § 48 I VwVfG kann ein rechtswidriger VA zurückgenommen werden. Ist also nach der Rechtmäßigkeit einer Rücknahme gefragt, muss inzidenter die Rechtswidrigkeit des zurückgenommenen VAs geprüft werden. Der zurückgenommene VA kann natürlich aus allen beliebigen Bereichen des Verwaltungsrechts kommen, sodass § 48 VwVfG dem Prüfer den perfekten "Aufhänger" für Prüfungsaufgaben aus beinahe jedem beliebigen Rechtsgebiet bietet. Da § 48 I VwVfG (ebenso übrigens § 49 III VwVfG) auf Rechtsfolgenseite auch zur Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit ermächtigt, wird sich oft die Frage nach der Rückforderung bereits ausgekehrter Leistungen stellen. Hierfür ist - von Spezialgesetzen wie §§ 12 II BBesG oder 52 BeamVG abgesehen - § 49a VwVfG einschlägig. Ohne Bewilligungsbescheid erbrachte Leistungen kön-

nen hingegen in aller Regel nur nach dem mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch rückabgewickelt werden, dessen Voraussetzungen sich an denen von § 812 BGB orientieren (öffentlich-rechtliche Leistungsver-schiebung und Rechtsgrundlosigkeit derselben).

Vertiefungshinweis:

Zum Widerruf eines Zuwendungsbescheids: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2003, 473

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Wilde Ehe"
 Examenskurs: "Stipendium"

Leitsätze:

1. Eine Subvention (hier: Zuwendung zur Förderung von Unternehmensberatungen für kleine und mittlere Unternehmen) kann - nach Aufhebung des Zuwendungsbescheides - auch dann von dem Begünstigten des Zuwendungsbescheides zurückgefordert werden, wenn diesem die Zuwendung nicht ausgezahlt worden ist, sondern auf Veranlassung des Begünstigten (hier: Angabe des Kontos eines Dritten) an einen Dritten geleistet worden ist.

2. Ist die Zuwendung an einen Dritten geleistet worden, obwohl ein Zuwendungsbescheid mangels Zugang nicht wirksam geworden ist, ist eine Rückforderung der Zuwendung von demjenigen, der begünstigt werden sollte, nur dann möglich, wenn dieser tatsächlich bereichert worden ist.

Sachverhalt:

Am 10.4.1996 ging bei der Betriebsberatungsstelle für den deutschen Groß- und Außenhandel in Bonn ein Antrag für einen Zuschuss zu einer Unternehmensberatung nach den Richtlinien des Bundesministers für Wirtschaft über die Förderung von Unternehmensberatungen für kleine und mittlere Unternehmen vom 19.12.1991 ein. Als Ast. war der Kl. angegeben, als dessen Bankverbindung war ein Konto der Norddeutschen Landesbank angegeben, das tatsächlich jedoch nicht dem Kl., sondern - wie sich später herausstellte -

dem Unternehmensberater X gehört. Gegenstand war eine Existenzgründungsberatung zur Eröffnung eines Telefonladens. Als Unternehmensberater war die Kanzlei des X angegeben. Die Beratung sollte in der Zeit zwischen dem 18.3.1996 und dem 2.4.1996 stattgefunden haben. Das Honorar von brutto 6.650,60 DM sollte am 10.4.1996 bar bezahlt worden sein. Der Antrag trägt die Unterschrift des Kl. Beigefügt war eine Kopie der Honorarrechnung und ein Beratungsbericht. Die Betriebsberatungsstelle leitete den Antrag mit dem Vermerk, dass alle Fördervoraussetzungen erfüllt seien, an die Bekl. weiter. Unter dem 22.4.1996 erließ die Bekl. einen Zuwendungsbescheid, der an den Kl. adressiert war und mit dem sie dem Kl. einen Zuschuss in Höhe von 3.000 DM bewilligte. Der Bescheid wurde dem Kl. mit einfachem Brief übersandt. Der Zuschuss wurde auf das in dem Antrag angegebene Konto überwiesen.

Mit Schreiben vom 27.4.1998 bat die Bekl. den Kl. zwecks Überprüfung der Zuwendung um einige Angaben und Belege. Darauf teilte der Kl. der Bekl. nur mit, dass die Kanzlei X für ihn keine Unternehmensberatung durchgeführt habe, sondern nur eine kostenlose Ertragsvorschau. Herr X habe ihm ein Formular - nur die zweite Seite - vorgelegt, dass nach dessen Angaben der Ertragsvorschau dienen sollte. Von einer Zuwendung habe er nichts gewusst. Er habe auch nie eine Rechnung bekommen. Die im Antrag angegebene Kontoverbindung sei ihm nicht bekannt. Darauf erließ die Bekl. unter dem 7.5.1999 einen an den Kl. adressierten Bescheid, mit dem der Zuwendungsbescheid zurückgenommen wurde. Unter dem 22.10.2002 erließ sie ferner einen Rückforderungsbescheid über 1.533,88 Euro (= 3.000 DM), die bis spätestens 22.11.2002 zu zahlen waren.

Ist die zulässige Anfechtungsklage des Kl. gegen den Rückforderungsbescheid begründet?

Lösung:

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Rückforderungsbescheid rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

A. Rechtswidrigkeit

Der Rückforderungsbescheid wäre rechtswidrig, wenn er nicht auf einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhte. Nach der Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG unterliegt nach der sog. Lehre vom Totalvorbehalt jegliches, nach der heute ganz überwiegend akzeptierten "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG aber jedenfalls ein wesentliches Verwaltungshandeln dem Vorbehalt einer gesetzlichen

Ermächtigung. Indiz für eine "Wesentlichkeit" in diesem Sinne ist die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme. Hier greift der Rückforderungsbescheid in Freiheitsgrundrechte des Kl. (zumindest in Art. 2 I GG) ein. Fraglich ist, ob eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage existiert.

I. § 49a VwVfG

In Betracht kommt in Ermangelung spezialgesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen nur § 49a VwVfG. Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, wenn der entsprechende Bewilligungsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben worden ist (§ 49a I 1 VwVfG), wobei die zu erstattende Leistung durch Verwaltungsakt festzusetzen ist (§ 49a I 2 VwVfG).

1. Bewilligungsbescheid

Fraglich ist bereits, ob hier ein Bewilligungsbescheid erlassen worden ist. Die Bekl. hat am 22.4.1996 einen solchen über eine Zuwendung i.H.v. 3.000 DM an den Kl. versandt. Wirksam wird ein Verwaltungsakt (VA) jedoch erst mit Bekanntgabe, §§ 41 I, 43 I VwVfG. Bekannt gegeben ist ein VA jedoch nicht bereits mit Abgabe zur Post, sondern erst dann, wenn er mit Willen der Behörde dergestalt in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, dass dieser üblicherweise hätte Kenntnis nehmen können. Zwischen den Parteien ist aber streitig, ob der Kl. den Bewilligungsbescheid erhalten hat. Das VG klärt diese Streitfrage i.E. zu Lasten der Bekl.:

a. "Non liquet" bzgl. der tatsächlichen Bekanntgabe

"Im vorliegenden Fall muss davon ausgegangen werden, dass der Zuwendungsbescheid vom 22.4.1996 nicht wirksam geworden ist, denn der Kl. behauptet, ihn niemals erhalten zu haben, so dass er ihm nicht bekannt gemacht worden ist (§ 43 VwVfG). Die Bekl. behauptet allerdings, dass der Kl. den Bescheid erhalten habe. Weder die eine noch die andere Partei hat für ihre Behauptung einen Nachweis erbracht. Es ist auch für das Gericht nicht ersichtlich, dass der Zugang oder der Nicht-Zugang bewiesen werden kann. Demzufolge entscheidet die materielle Beweislast darüber, von welchem Sachverhalt auszugehen ist."

b. Keine rechtliche Bekanntgabefiktion

"Der Zuwendungsbescheid ist unstreitig mit einfachem Brief abgesandt worden. Nach § 41 II VwVfG gilt ein schriftlicher VA, der durch die Post übermittelt wird, mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, außer wenn er nicht zugegangen ist. Im Zweifel hat die Behörde den Zugang nachzuwei-

sen, trägt also den Nachteil der Unerweislichkeit. Zweifel i.S. des § 41 II VwVfG bestehen schon dann, wenn der Adressat den Zugang bestreitet. Ein irgendwie qualifiziertes substantiiertes Bestreiten kann insoweit nicht gefordert werden, denn negative Tatsachen können nicht substantiiert dargetan werden. Die gegenteilige Auffassung würde die Beweislastregel in ihr Gegenteil verkehren (Obermayer/Liebetanz, VwVfG, 3. Aufl. [1999], § 41 Rdnr. 37). Die Beweislast liegt also bei der Bekl. Der Beweis ist nicht erbracht. Es gibt auch keinen Anscheinsbeweis, dass ein zur Post gegebener Brief auch zugeht (Obermayer/Liebetanz, § 41 Rdnr. 37). Ist somit davon auszugehen, dass der Zuwendungsbescheid nicht wirksam geworden ist, wurde die Leistung auch nicht auf Grund dieses Bescheides erbracht."

2. Rücknahmebescheid

Das VG überlegt sodann, ob trotz des Fehlens eines (wirksam gewordenen) Bewilligungsbescheides § 49a VwVfG allein deshalb anwendbar sein könnte, weil ein Rücknahmebescheid - hier vom 7.5.1999 - erlassen worden ist. Im Ergebnis verwirft es diesen Gedanken jedoch:

"An diesem Ergebnis ändert auch nichts der Umstand, dass die Bekl. den Zuwendungsbescheid zurückgenommen hat. Selbst wenn der Kl., was er bestreitet, den Rücknahmebescheid erhalten haben sollte, folgt daraus nicht die Anwendbarkeit des § 49a VwVfG. Denn der Rücknahmebescheid ging ins Leere, wenn gar kein Zuwendungsbescheid wirksam geworden war, der hätte zurückgenommen werden können. Er hatte also keinerlei Rechtswirkungen."

§ 49a VwVfG kommt daher als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht.

[Anm.: Dass die Überweisung auf das Konto eines Dritten gegangen ist, wäre nach Ansicht des VG demgegenüber im Rahmen des § 49a VwVfG unschädlich gewesen, wie es in einem obiter dictum erwähnt: "Im Gerichtsbescheid der Kammer vom 28.5.2002 (1 E 5202/01) [...] hat die Kammer die Auffassung vertreten, dass eine Leistung dem Adressaten eines Zuwendungsbescheides gegenüber als erbracht gilt, wenn die Zahlung auf ein vom Adressaten in seinem Antrag angegebenes, tatsächlich aber nicht ihm gehörendes Konto überwiesen worden ist. Denn auch in diesem Fall ist die Leistung im Rahmen eines Subventionsverhältnisses mit dem Adressaten erfolgt, welches rückabgewickelt werden kann. Diese Rechtsprechung setzt aber voraus, dass ein entsprechendes Subventions-

verhältnis tatsächlich begründet worden ist, also die Wirksamkeit eines Zuwendungsbescheides." Unerwähnt lässt das VG allerdings, dass Antrag und Angabe der Bankverbindung im hier vorliegenden Fall wohl gar nicht vom Kl. stammten, sondern ihm vom Unternehmensberater X untergeschoben worden sind.]

II. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Scheidet § 49a VwVfG als Ermächtigungsgrundlage aus, bleibt als Rechtsgrundlage der Rückforderung nur der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch übrig. Dieses in analoger Übertragung des Rechtsgedankens des § 812 BGB auf das öffentliche Recht entwickelte Anspruch setzt voraus, dass der Anspruchsgegner (hier: Kl.) durch eine rechtsgrundlose, öffentlich-rechtlich geprägte Vermögensverschiebung zu Lasten des Anspruchstellers (hier: Bekl.) bereichert ist.

1. "VA-Befugnis"

Zweifelhaft ist allerdings bereits, ob der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch überhaupt eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes umfasst. Denn durch den Erlass eines VA verschiebt sich die Klageobliegenheit zu Lasten des Bürgers. Sieht man hierin einen Grundrechtseingriff und damit eine "wesentliche" Maßnahme, wäre allein dadurch der Gesetzesvorbehalt ausgelöst, so dass eine explizite VA-Ermächtigung notwendig wäre, wie sie bspw. § 49a I 2 VwVfG für die Fälle des § 49a I 1 VwVfG enthält.

a. Kehrseitentheorie

Teilweise wird versucht, eine solche VA-Befugnis für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch über die "Kehrseitentheorie" herzuleiten, wonach die Rückforderung von Geldern jedenfalls dann durch VA geltend gemacht werden können soll, wenn ihre Bewilligung durch VA erfolgte (vgl. BVerwGE 25, 72, 76; 30, 77, 79; Osterloh, JuS 1983, 280, 284; a.A. BayVGH, BayVBl 1975, 590, 591; Schenke, JuS 1979, 887 ff.). Vorliegend fehlt es aber, wie oben festgestellt, an einem wirksam gewordenen Bewilligungsbescheid. Bei schlicht gewährten Leistungen kann aus der Kehrseitentheorie jedenfalls keine VA-Befugnis abgeleitet werden (Ossenbühl, StaatshaftungsR, 12. Teil, IV.3. m.w.N.).

b. Subordinationsverhältnis

In Betracht kommt dann allenfalls eine gewohnheitsrechtlich anerkannte VA-Befugnis, denn der Verwaltungsakt stellt im Subordinationsverhältnis zwischen

Staat und Bürger das klassische Handlungsinstrumentarium der Verwaltung dar (BVerwG, NJW 1976, 1516, 1517; DVBl. 1978, 212, 213; Ossenbühl, a.a.O.). Allerdings erscheint sehr fraglich, ob zwischen dem Kl. und der Bekl. hier ein solches Subordinationsverhältnis bestand. Immerhin behauptet der Kl., selbst noch nicht einmal einen Antrag gestellt zu haben. Seine Unterschrift auf dem Antragsformular erkläre sich nur daraus, dass der Unternehmensberater X ihm dieses "untergeschoben" habe.

2. Bereicherung des Kl.

Das VG geht auf diese Problematik allerdings nicht ein, sondern verneint die tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs, nämlich eine Vermögensverschiebung zugunsten des Kl., da die 3.000 DM ja nicht an ihn, sondern auf das Konto des Unternehmensberaters X ausgezahlt worden sind:

"Der Bescheid kann auch nicht auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gestützt werden. Denn dazu müsste der Kl. durch die Geldleistung der Bekl. tatsächlich bereichert worden sein. Für

diese Annahme gibt es jedoch keine Anhaltspunkte. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass der Kl. die Zuwendung ganz oder teilweise von dem Unternehmensberater erhalten hat. Wenn der Kl. tatsächlich keine Unternehmensberatung in Anspruch genommen hat, aus der er dem Berater ein Honorar schulden könnte, welches durch die Leistung der Bekl. an den Berater beglichen worden ist, kann er auch nicht durch die Tilgung einer Schuld gegenüber dem Berater bereichert worden sein."

Dem Rückforderungsbescheid mangelt es somit bereits an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Er verstößt folglich gegen Art. 20 III GG und ist daher rechtswidrig.

B. Rechtsverletzung

Der Kl. ist durch diesen Bescheid auch in seinen Rechten, nämlich zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt.

Die Anfechtungsklage ist begründet.

Standort: Zivilrecht

Problem: Unzureichende Nebenkostenvorauszahlungen

BGH, URTEIL VOM 11.02.2004
VIII ZR 195/03 (NJW 2004, 1102)

Problemdarstellung:

Mit diesem Revisionsfall musste der BGH die Frage klären, ob ein Vermieter im Rahmen des Vertragsabschlusses verpflichtet ist, die Vorauszahlungen für die Nebenkosten in der Weise zu bestimmen bzw. zu berechnen hat, dass die Höhe der später anfallenden tatsächlichen Kosten nicht deutlich überschritten wird.

Grundsätzlich verneint der BGH eine solche vorvertragliche Pflicht des Vermieters, deren Verletzung ansonsten zur Haftung wegen "Verschuldens bei Vertragsabschluss" (§§ 311 II, III, 241 II, 280 I BGB) führen würde.

Vereinbaren die Parteien eines Mietvertrags, der Mieter habe bestimmt bezeichnete Nebenkosten zusätzlich zur Kaltmiete zu tragen, steht es den Parteien frei, sich auf Vorauszahlungen auf diese Nebenkosten zu einigen. Sie können von Vorauszahlungen auch gänzlich absehen. Ist es dem Vermieter aber unbenommen, dem Mieter die auf ihn umzulegenden Nebenkosten insgesamt zu kreditieren, kann es ihm nicht zum Nachteil gereichen, wenn er Vorauszahlungen verlangt, die in ihrer Höhe die tatsächlichen Kosten nicht nur geringfügig, sondern auch deutlich unterschreiten. Der Ver-

mieter ist demnach nicht grundsätzlich verpflichtet, Vorauszahlungen auf die umlegbaren Nebenkosten so zu kalkulieren, dass sie etwa kostendeckend sind.

Eine Pflichtverletzung des Vermieters im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Vorauszahlungen bei Vertragsschluss ist deshalb nur ausnahmsweise dann zu bejahen, wenn besondere Umstände gegeben sind (OLG Düsseldorf, NZM 1998, 916 = ZMR 1998, 692 = WuM 2000, 591; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 535 Rdnr. 73; Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Aufl., § 535 Rdnr. 95). Solche besonderen Umstände können etwa zu bejahen sein, wenn der Vermieter dem Mieter bei Vertragsschluss die Angemessenheit der Nebenkosten ausdrücklich zugesichert oder diese bewusst zu niedrig bemessen hat, um den Mieter über den Umfang der tatsächlichen Mietbelastung zu täuschen und ihn auf diese Weise zur Begründung eines Mietverhältnisses zu veranlassen.

Mangels solcher Besonderheit im zu entscheidenden Fall war der Revision der klagenden Vermieterin entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanzen stattzugeben.

Prüfungsrelevanz:

Das Rechtsinstitut der "culpa in contrahendo" (Verschulden bei Vertragsabschluss) findet sich als Folge

der Schuldrechtsreform nunmehr in den gesetzlichen Vorschriften der §§ 311 II, III, 241 II, 280 I BGB wieder. Bereits mit der Herstellung eines geschäftlichen Kontakts (z.B. Aufnahme von Vertragsverhandlungen, Anbahnung eines Vertragsabschlusses) entsteht zwischen den angehenden Vertragsparteien ein Vertrauensverhältnis, das Rechte und Pflichten gem. § 241 II BGB auslöst. Damit sind sog. Nebenpflichten zur notwendigen Aufklärung über Vertragsinhalt bzw. -folgen sowie Sorgfalt gegenüber den Rechten bzw. Rechtsgütern des anderen gemeint. Werden solche Nebenpflichten verletzt, muss man für den daraus entstandenen Vertrauensschaden Ersatz leisten (sog. negatives Interesse). Führt die Aufklärungspflichtverletzung zu einem für den Verletzten ungünstigen Vertragsabschluss, kann dieser daher Vertragsaufhebung verlangen. Unter Umständen kann der Verletzte im Rahmen seines positiven Interesses auch Vertragsanpassung fordern. Wie weit im Einzelfall solche vorvertraglichen Aufklärungspflichten bestehen, kann nicht generalisierend gesagt werden, sondern hängt - wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt - von den Umständen des Einzelfalls ab.

Sofern für diese Pflichtverletzung auch vertragliche Schadensersatzregeln bestehen (z.B. §§ 311a II, 437, 634 BGB), wird der vorvertragliche Schadensersatzanspruch gem. §§ 311 II, III, 241 II, 280 I BGB dadurch verdrängt, zumal er ohnehin grundsätzlich nur auf das negative Interesse beschränkt ist.

Vertiefungshinweis:

OLG Dresden, NJW-RR 2004, 84 = NZM 2004, 68

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Liegen keine besonderen Umstände vor, begehrt der Vermieter keine Pflichtverletzung beim Vertragsschluss, wenn er mit dem Mieter Vorauszahlungen für Nebenkosten vereinbart, die die Höhe der später anfallenden tatsächlichen Kosten nicht nur geringfügig, sondern auch deutlich unterschreiten.

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 4. 5. 1998 mietete die Bekl. ab 1. 6. 1998 die im Eigentum der Kl. stehende Dachgeschosswohnung mit einer Größe von circa 100 m². Die Grundmiete betrug zunächst 1690 DM monatlich, ab 1. 6. 2001 sollte sie sich in zwei Stufen erhöhen. Die

Bekl. verpflichtete sich darüber hinaus, monatlich 200 DM Vorauszahlungen auf die von ihr übernommenen Betriebs- und Heizkosten zu leisten. Unter dem 1. 2. 2002 rechneten die Kl. die Betriebs- und Heizkosten für die Jahre 1999 und 2000 ab. Für das Jahr 1999 ergab sich ein Nachzahlungsbetrag von 3011,01 DM, für das Jahr 2000 ein solcher von 3029,14 DM. Da die Bekl. trotz Aufforderung keine Zahlung leistete, haben die Kl. diese Beträge nebst Zinsen mit ihrer Klage geltend gemacht. Im Laufe des Verfahrens hat die Bekl. das Mietverhältnis zum 31. 5. 2002 gekündigt.

Ist die Zahlungsklage begründet?

[Anm.: Aufgrund der Überleitungsvorschrift von Art. 229 § 3 EGBGB sind auf diesen Fall die mietrechtlichen Vorschriften in der Fassung bis zum 01.09.2001 anzuwenden.]

Lösung:

Anspruch aus mietvertraglicher Abrede (= § 556 BGB n.F.)

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der Nebenkostenabrechnung für die Jahre 1999 und 2000 aufgrund der Vereinbarung im Mietvertrag vom 04.05.1998 (= § 556 BGB n.F.) haben.

A. Anspruch entstanden

Zur Entstehung eines solchen Anspruchs bedarf es zunächst der wirksamen Vereinbarungen zwischen den Parteien im Mietvertrag, dass Nebenleistungen in Form von Betriebs- und Heizkosten vom Mieter zu vergüten sind.

Die Mietzinsentrichtung gem. § 535 S. 2 BGB a.F. (= § 535 II BGB n.F.) umfasst nur die Vergütung für die Hauptleistungspflicht des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung gem. § 535 S. 1 BGB a.F. (= § 535 I 1 BGB n.F.), nicht aber die Entgelte für Nebenleistungen (Palandt/Putzo, 58. Aufl., § 535 BGB Rz. 30). Nebenkosten als Entgelt für Nebenleistungen des Vermieters (z.B. Wasser-, Strom- und Wärmeversorgung) unterliegen der Vereinbarungsfreiheit der Parteien (Palandt, a.a.O., Rz. 37).

Aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarungen war die Bekl. zur Übernahme dieser Nebenkosten verpflichtet und zahlte darauf im Voraus monatlich 200 DM. Damit ist ein entsprechender Anspruch der Kl. entstanden.

B. Anspruch untergegangen

I. Teilweise Erfüllung gem. §§ 362 I, 266 BGB

In Höhe der monatlich vorausgezählten 200 DM ist der Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Erstattung der

Betriebs- und Heizkosten durch teilweise Erfüllung untergegangen, §§ 362 I, 266 BGB. Folglich bleibt vorerst nur ein Nachzahlungsbetrag von 3.011,01 DM für das Jahr 1999 und von 3.029,14 DM für das Jahr 2000 offen.

II. Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB

Gegen diese Forderung könnte die Bekl. eine Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegen die Kl. wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss aus c.i.c. (= §§ 311 II Nr. 1, 241 II, 280 I 1 BGB) vornehmen.

Voraussetzung für eine solche Aufrechnung ist das Bestehen einer Aufrechnungslage gem. § 387 BGB, d.h. es müssten sich zwei gleichartige und gegenseitige Forderungen gegenüberstehen, von denen die eine (Hauptforderung) zumindest erfüllbar und die andere (Gegenforderung) fällig und durchsetzbar sein müsste.

1. Hauptforderung

Die Hauptforderung liegt in Form des Nebenkosten-erstattungsanspruchs der Kl. in Höhe von insgesamt 6040,15 DM für die Jahre 1999/2000 vor (s.o.).

2. Gegenforderung

Die Gegenforderung der Bekl. könnte in einem Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss (c.i.c.) (= §§ 311 II Nr. 1, 241 II, 280 I 1 BGB) liegen.

a. Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses

Für einen solchen Schadensersatzanspruch müsste zunächst zwischen den beiden Parteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis bestehen. Ein solches Schuldverhältnis wird u.a. im Rahmen der Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet (§ 311 II Nr. 1 BGB n.F.). Spätestens mit der Aufnahme von Verhandlungen über die Anmietung der fraglichen Wohnung entstand somit zwischen den Parteien ein entsprechendes vorvertragliches Verhältnis.

b. Pflichtverletzung des Schuldners

Im Rahmen dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses müsste die Kl. - als Schuldnerin von Nebenpflichten zur ordnungsgemäßen Sorgfalt, Obhut und Aufklärung gegenüber der Bekl. (§ 241 II BGB n.F.) - eine Pflichtverletzung begangen haben. Fraglich ist, ob die Kl. eine solche Nebenpflichtverletzung begangen hat, indem sie mit der angehenden Mieterin Vorauszahlungen für Nebenkosten vereinbarte, die die Höhe der später anfallenden tatsächlichen Kosten nicht nur

geringfügig, sondern auch deutlich unterschritten.

Zu dieser Frage führt der BGH aus:

“Zu Recht wendet sich die Revision gegen die Annahme des LG, die Kl. hätten bei Vermietung der Wohnung vorvertragliche Nebenpflichten schuldhaft verletzt und seien der Bekl. daher aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) zum Schadensersatz verpflichtet.”

aa. Zur Freiheit über die Abgeltung von Nebenkosten

“Vereinbaren die Parteien eines Mietvertrags, der Mieter habe bestimmt bezeichnete Nebenkosten zusätzlich zur Kaltmiete zu tragen, steht es den Parteien frei, sich auf Vorauszahlungen auf diese Nebenkosten zu einigen. Sie können von Vorauszahlungen auch gänzlich absehen. § 4 I 1 MHRG, der auf den am 4. 5. 1998 geschlossenen Mietvertrag der Parteien anwendbar ist (gleichlautend jetzt § 556 II 2 BGB), untersagt es lediglich, Vorauszahlungen in unangemessener Höhe, nämlich unangemessen überhöht (Langenberg, in: Schmidt-Futterer, MietR, 8. Aufl., § 556 Rdnr. 275), festzusetzen. Ist es dem Vermieter aber unbenommen, dem Mieter die auf ihn umzulegenden Nebenkosten insgesamt zu kreditieren, kann es ihm nicht zum Nachteil gereichen, wenn er Vorauszahlungen verlangt, die in ihrer Höhe die tatsächlichen Kosten nicht nur geringfügig, sondern auch deutlich unterschreiten. Die Verwendung des Begriffs „Vorauszahlungen“ drückt dabei nach allgemeinem Verständnis lediglich aus, dass dem Mieter bei der Abrechnung die vorausbezahlten Beträge gutzubringen sind. Dieser Begriff legt aber nicht die Annahme nahe, die Summe der Vorauszahlungen werde den voraussichtlichen Abrechnungsbetrag auch nur annähernd erreichen, und begründet für den Mieter keinen entsprechenden Vertrauenstatbestand (OLG Stuttgart, NJW 1982, 2506; krit. Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 556 Rdnr. 392).

Da die Vereinbarung von Vorauszahlungen nicht an eine bestimmte Höhe gebunden ist, solange nur die aus § 4 I 1 MHRG sich ergebende Obergrenze beachtet wird, ist in der Regel kein Fehlverhalten des Vermieters bei der Vereinbarung niedriger oder sehr niedriger Vorauszahlungen zu sehen. Der Vermieter ist demnach nicht grundsätzlich verpflichtet, Vorauszahlungen auf die umlegbaren Nebenkosten so zu kalkulieren, dass sie etwa kostendeckend sind. Dies erscheint auch deshalb sachgerecht, weil zu den in Frage kommenden Nebenkosten regelmäßig, wie auch hier, Heizkosten und andere Kosten zählen, die in ihrer Höhe verbrauchsabhängig sind, wesentlichen Schwankungen unterliegen können und daher vom Vermieter weder vorherzusehen noch zu beeinflussen sind.”

bb. Zur Aufklärungspflicht des Vermieters über die Höhe der zu erwartenden Nebenkosten

“Eine Pflichtverletzung des Vermieters im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Vorauszahlungen bei Vertragsschluss ist deshalb nur dann zu bejahen, wenn besondere Umstände gegeben sind (OLG Düsseldorf, NZM 1998, 916 = ZMR 1998, 692 = WuM 2000, 591 [unter 2a]; LG Karlsruhe, WuM 1998, 479; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 535 Rdnr. 73; Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Aufl., § 535 Rdnr. 95; vgl. aber LG Arnberg, NJW-RR 1988, 397). Solche besonderen Umstände können etwa zu bejahen sein, wenn der Vermieter dem Mieter bei Vertragsschluss die Angemessenheit der Nebenkosten ausdrücklich zugesichert oder diese bewusst zu niedrig bemessen hat, um den Mieter über den Umfang der tatsächlichen Mietbelastung zu täuschen und ihn auf diese Weise zur Begründung eines Mietverhältnisses zu veranlassen (vgl. LG Frankfurt a. M., WuM 1979, 24).”

cc. Übertragung dieser Grundsätze auf den zu entscheidenden Fall

“Derartige Umstände, die einen Vertrauenstatbestand für die Bekl. hätten begründen können, liegen im Streitfall nicht vor. Zwar hat die Bekl. vorgetragen, sie habe sich bei der Anmietung der Wohnung gedanklich eine finanzielle Obergrenze für die Gesamtbelastung gesetzt, die mit dem Mietzins zuzüglich der Vorauszahlungen erschöpft gewesen sei. Dass sie das den Kl. mitgeteilt und diese bei ihr die Vorstellung erweckt hätten, mit den Vorauszahlungen würden die Nebenkosten im Wesentlichen abgegolten, hat sie aber selbst nicht behauptet. Auch im Übrigen sind Umstände, die auf ein pflichtwidriges Verhalten der Kl. hindeuten könnten, nicht ersichtlich. Eine vorvertragliche Aufklärungspflicht (vgl. Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rdnr. 135) haben die Kl. somit nicht verletzt. Auf die Frage, ob und inwieweit ein Schadensersatzanspruch des Mieters in den genannten Fällen auf Freihaltung von den die Vorauszahlungen überschreitenden, dem Vermieter tatsächlich entstandenen Betriebskosten (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 535 Rdnr. 95; vgl. d. Nachw. bei Langenberg, in: Schmidt-Futterer, MietR, 7. Aufl., § 546 Rdnr. 362 [Fußn. 628—631]; ders., ebda., 8. Aufl., § 556 Rdnrn. 390, 394 f.; Weitemeyer, in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 556 Rdnr. 43) oder auf Auflösung des Mietverhältnisses

und Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen gerichtet ist (so noch Langenberg, in: Schmidt-Furrer, 7. Aufl., § 546 Rdnr. 362), kommt es nach alledem nicht mehr an.”

dd. Ergebnis: Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

“Demnach ist das Berufungsurteil aufzuheben. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da es weiterer Feststellungen zu den von der Bekl. erhobenen Einwänden gegen die Ordnungsmäßigkeit der Abrechnungen bedarf. Die Ausschlussfrist des § 556 III 3 BGB für die Geltendmachung von Nachforderungen ist nach Art. 229 § 3 IX EGBGB im Streitfall noch nicht anzuwenden.”

3. Ergebnis zur Aufrechnung

Demzufolge hat die Kl. keine Pflichtverletzung im Rahmen des Vertragsabschlusses begangen und haftet daher der Bekl. auch nicht aus c.i.c. (= §§ 311 II Nr. 1, 241 II, 280 I 1 BGB).

Mangels einer Gegenforderung der Bekl. liegt im vorliegenden Fall keine Aufrechnungslage (§ 387 BGB) vor, sodass sich die Bekl. auch nicht mit einer Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB verteidigen kann. Der restliche Nebenkostenerstattungsanspruch der Kl. bleibt unberührt.

III. Ausschlussfrist gem. § 556 III 3 BGB n.F.

Die Ausschlussfrist gem. § 556 III 3 BGB n.F. für die Geltendmachung von restlichen Nebenkostenerstattungsansprüchen ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, Art. 229 § 3 IX EGBGB.

C. Anspruch durchsetzbar

Gegenüber der Durchsetzbarkeit dieses restlichen Nebenkostenerstattungsanspruchs der Bekl. bestehen keine Bedenken.

D. Endergebnis

Die Kl. hat einen Anspruch auf Resterstattung der Nebenkosten in Höhe von insgesamt 6040,15 DM für die Jahre 1999/2000 gem. der mietvertraglichen Vereinbarung vom 4. 5. 1998 (= § 556 BGB n.F.). Folglich ist die von der Kl. erhobene Zahlungsklage begründet.

Standort: § 244 I Nr. 1 a StGB**Problem: Gefährliches Werkzeug**

OLG SCHLESWIG, URTEIL VOM 16.06.2003

1 Ss 41/03 (NSTZ 2004, 212)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte in einem Geschäft einen DVD-Player gestohlen. Bei der Tat benutzte er ein Teppichmesser, um das Stromkabel des Geräts zu zerschneiden. Er wurde jedoch bei der Ausführung von einem Detektiv beobachtet, der ihn nach Verlassen des Geschäfts stellte und festnahm, was der Angeklagte ohne Gegenwehr geschehen ließ.

Das Amtsgericht hatte den Angeklagten nur wegen Diebstahls verurteilt; einen qualifizierten Diebstahl gem. § 244 I Nr. 1 a StGB hatte es abgelehnt, da das Teppichmesser weder eine Waffe noch ein gefährliches Werkzeug darstelle. Das OLG Schleswig sah das Teppichmesser als gefährliches Werkzeug an, legte jedoch nahe, dass ein "Beisichführen" i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte, insb. Diebstahl und dessen Qualifikationen, stellen einen absoluten Standardstoff im Examen dar und das hier angesprochene Problem ist immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, insb. in mündlichen Prüfungen.

Das OLG Schleswig befasst sich im vorliegenden Fall schwerpunktmäßig mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gegenstand als "gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB angesehen werden kann (i.R.v. § 250 I Nr. 1 a StGB stellt sich wegen des vergleichbaren Wortlauts dasselbe Problem). Dieser Begriff, der durch das 6. StrRG 1998 in § 244 StGB eingeführt wurde, entspricht zwar dem des § 224 I Nr. 2 StGB. Während der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Rahmen von § 224 I Nr. 2 StGB jedoch einheitlich verstanden wird als Gegenstand, der nach objektiver Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (vgl. BGH, NStZ 1999, 616; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5 mwN), stößt eine Übertragung dieser Definition auf § 244 I Nr. 1 a StGB auf Bedenken, da hier (anders als bei § 224 I Nr. 2 StGB) eine konkrete Verwendung gar nicht verlangt wird. Dies betont auch das OLG Schleswig. Zur Frage, wie der Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.R.v. § 244 I Nr. 1 a StGB dann zu verstehen sei, existieren in der Literatur zahlreiche Ansätze: teilweise wird es für ausreichend erachtet, dass es abstrakt möglich ist, den

Gegenstand als Verletzungswerkzeug einzusetzen (SK-Günther, § 250 Rn. 11; Hömle, Jura 1998, 169), teilweise wird auf die bestimmungsgemäße Verwendung abgestellt (Mitsch, BT2, 1/236), teilweise auf die typische Verwendung bei einem Diebstahl oder Raub (Schroth, NJW 1998, 2864) oder es wird neben der Möglichkeit der Zufügung schwerer Verletzungen durch diesen Gegenstand noch ein Verwendungsvorbehalt oder eine Gebrauchsabsicht verlangt (Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 262 f.; Geppert, Jura 1999, 602) (vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 7 ff.). Das OLG Schleswig wählt insofern einen ganz neuen Ansatz: während es für das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs lediglich verlangt, dass der betreffende Gegenstand geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, also der weitesten der o.g. Auffassungen folgt, zieht es dann die Tathandlung des "Beisichführens" als Korrektiv heran. Im Gegensatz zur insofern wohl herrschenden Ansicht lässt das OLG Schleswig es nämlich hierfür nicht ausreichen, dass der Täter die Möglichkeit hat, während der Tat auf das Werkzeug zuzugreifen (so aber BGHSt 13, 260; Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 12 mwN), sondern verlangt zusätzlich noch das konkrete Bewusstsein des Täters, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen.

Der vorliegende Fall bietet außerdem Anlass zu Ausführungen zu der klassischen Frage, ob ein Diebstahl auch dann noch erfolgen kann, wenn der Täter bei der Ausführungen vom Opfer oder einem schutzbereiten Dritten beobachtet wird. Während eine Minderheitsmeinung dies ablehnt (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 40), sieht die herrschende Meinung in der Beobachtung des Täters durch einen Dritten keinen Grund für einen Ausschluss des § 242 StGB (BGHSt 41, 205; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 21 mwN). Ein beliebter Fehler in Examensklausuren ist es, die herrschende Meinung mit dem Argument zu begründen, dass Diebstahl keine heimliche Tat sei. Dies ist jedoch ein Zirkelschluss. Die Beobachtung hindert eine Wegnahme nicht deshalb, weil § 242 StGB keine heimliche Tat ist, sondern genau umgekehrt ist § 242 StGB deshalb keine heimliche Tat, weil (zumindest nach herrschender Meinung) eine Wegnahme trotz Beobachtung möglich ist. Nach der Gegenauffassung ist Diebstahl nämlich eine heimliche Tat.

Vertiefungshinweise:

Zum Diebstahl bei Beobachtung des Täters: *BGHSt*

16, 271; 17, 206; *Geiger*, JuS 1992, 834; *Heubel*, JuS 1984, 448; *Otto*, Jura 1997, 467; *Welzel*, GA 1960, 257

Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a StGB: *BGH*, NJW 2002, 2889; NJW 2003, 1677, NStZ-RR 2003, 12; *Dencker*, JR 1999, 36; *Fischer*, NStZ 2003, 569; *Geppert*, Jura 1999, 599; *Graul*, Jura 2000, 204; *Krüger*, Jura 2002, 526; *Lesch*, JA 1999, 30

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Elektromeister"

Examenskurs: "Der Rembrandt-Liebhaber"

Leitsätze:

1. Im Sinne von § 244 1 Nr. 1 a StGB gefährlich ist ein Werkzeug, wenn es objektiv geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen, und damit dem Täter bei Begehung des Diebstahls die jederzeitige Möglichkeit bietet, es - etwa in einer bedrängten Situation - als Gewalt- oder Drohungsmittel einzusetzen.

2. Einer vorherigen "Widmung" dahingehend, dass der Täter den Gegenstand generell - von der konkreten Tat losgelöst - zur Bedrohung oder Verletzung von Personen bestimmt hat, bedarf es deshalb auch bei solchen Gegenständen grundsätzlich nicht, die konstruktionsbedingt nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit in sozialadäquater Weise von jedermann bei sich geführt werden können (wie z. B. ein Taschenmesser).

3. Eine eingrenzende subjektive Komponente erhält der Qualifikationstatbestand des § 244 1 Nr. 1 a StGB vielmehr durch das Merkmal des "Beisichführens". Dieses setzt voraus, dass der Täter das gefährliche Werkzeug bewusst gebrauchsbereit bei sich hat. Hierbei reicht das allgemeine, noch auf keinen bestimmten Zweck gerichtete Bewusstsein aus, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Die Vorstellung des Täters muss sich also nicht von vornherein auf den Einsatz als Nötigungsmittel beziehen; sie kann sich ebenso auf die Eignung als Mittel zur Wegnahme (Kuhfuss, Schraubendreher) richten.

4. Demnach sind die Voraussetzungen des § 244 I Nr. 1 a StGB nach den konkreten Tatumständen - dem situativen Kontext der Tat - zu bestimmen. es ist Aufgabe des Tatrichter, ausreichende Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters zu treffen, wobei die Anforderungen an diese

Feststellungen umso niedriger sind, desto gefährlicher und für einen Einsatz als potentielles Nötigungsmittel geeigneter, sprich waffenähnlicher der jeweilige Gegenstand ist.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A [begab sich] auf der Suche nach stehleiswerten Sachen zu dem Ladengeschäft des Q. Er wollte dort ein Gerät entwenden, das sich besonders gut zu Geld machen ließ. Er entschied sich für einen in der Auslage ausgestellten DVD-Player im Werte von ca. 306 €. Da dieses Gerät mit einem Kabel an das Stromnetz angeschlossen war, zog er ein Teppichmesser aus seiner Kleidung und schnitt das Kabel durch, nahm den DVD-Player und verließ das Geschäft, ohne das mitgenommene Gerät zu bezahlen. Das Durchschneiden des Stromkabels bewirkte einen Kurzschluss, wie die durch die am Teppichmesser anlässlich des richterlichen Augenscheins festgestellten Schmelzspuren zeigen. Nach dem Verlassen des Geschäfts wurde A von dem Detektiv D angesprochen, der das Geschehen beobachtet hatte, und - nachdem A den DVD-Player zurückgegeben hatte - bis zum Eintreffen der Polizei festgehalten.

Bei dem von A mitgenommenen Teppichmesser handelt es sich um ein Gerät mit einer schwarzen Plastikummantelung. Mittels eines Schiebers kann die in einer Führung befindliche Klinge ausgefahren werden. Die Klinge hat eine Gesamtlänge von 8 cm und ist nur einseitig geschliffen. Die Klinge ist in 8 Segmente aufgeteilt, so dass die biegsame Klinge bei zu großem Druck oder Verkantung bricht. [...]

Strafbarkeit des A?

[*Anm.: Erforderliche Strafanträge sind gestellt.*]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB durch das Mitnehmen des DVD-Players

A könnte sich durch das Mitnehmen des DVD-Players wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem DVD-Player müsste es sich um eine für A fremde, bewegliche Sache gehandelt haben.

Der DVD-Player stellt eine bewegliche Sache dar. Fremd i.S.v. § 242 I StGB ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht

(Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 5). Da der DVD-Player im Eigentum des Q stand, war er für A auch fremd.

2. Wegnahme

A müsste den DVD-Player weggenommen haben. Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Wessels/Hillenkamp, BT2, Rn. 71).

a. Fremder Gewahrsam

Ursprünglich müsste an dem DVD-Player für A fremder Gewahrsam bestanden haben.

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen und korrigiert durch die Verkehrsanschauung (BGHSt 23, 255; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 8 a ff.). Fremd ist der Gewahrsam, wenn eine andere Person als der Täter Gewahrsamsinhaber ist.

So lange sich der DVD-Player im Laden des Q befand, konnte dieser jederzeit auf das Gerät zugreifen, so dass seiner Einwirkung auf die Sache keine Hindernisse entgegen standen und er deshalb die tatsächliche Sachherrschaft besaß (vgl. RGSt 60, 272; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 25). Auch hatte Q einen generellen Gewahrsamswillen bezüglich aller Sachen in seinem Laden, so dass auch der erforderliche Herrschaftswille gegeben ist und somit Gewahrsam des Q an dem DVD-Player (und somit für A fremder Gewahrsam) bestand.

b. Begründung neuen Gewahrsams

A müsste an dem DVD-Player neuen Gewahrsam begründet haben.

Der Täter hat dann neuen Gewahrsam an der Sache begründet, wenn er die Herrschaft über sie derart erlangt hat, dass er diese ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann (OLG Celle, MDR 1968, 777; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 38). Bei einem Diebstahl in einem Selbstbedienungsladen - wie im vorliegenden Fall - begründet der Täter neuen Gewahrsam regelmäßig spätestens dann, wenn er das Ladenlokal mit der Beute verlässt (BGHSt 41, 198; BayObLG, NJW 1995, 300; Schmidt, JuS 1996, 78). A hätte also neuen Gewahrsam grundsätzlich spätestens in dem Moment begründet, in dem er mit dem DVD-Player das Geschäft des Q verließ.

Fraglich ist, ob die Beobachtung des A durch D einer Begründung neuen Gewahrsams entgegen steht.

aa. Minderheitsmeinung

Nach einer Minderheitsmeinung setzt die Begründung

neuen Gewahrsams neben dem Ergeifen der Sache (der Apprehension) auch die Möglichkeit des Fortschaffens (der Ablation) voraus. Diese sei jedoch dann nicht gegeben, wenn der Täter durch den Gewahrsamsinhaber oder einen schutzbereiten Dritten bei der Tat beobachtet würde, da dann davon auszugehen sei, dass der Täter vor dem Fortschaffen der Beute durch den Beobachtenden gestoppt werde, so dass in diesem Fall auch die Vollendung der Wegnahme ausscheide (OLG Hamm, NJW 1954, 523; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 37, 40 mwN).

Im vorliegenden Fall wurde A von D nicht nur beobachtet, sondern sogar am Fortschaffen der Beute gehindert, so dass nach dieser Auffassung keine neuer Gewahrsam begründet wurde.

bb. Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung spielt die Beobachtung des Täters durch den Gewahrsamsinhaber oder einen Dritten für die Begründung neuen Gewahrsams und die Vollendung des Diebstahls keine Rolle (BGHSt 23, 254; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 21 mwN).

Nach dieser Auffassung hat A also durch das Verlassen des Geschäfts neuen Gewahrsam an dem DVD-Player begründet.

cc. Stellungnahme

Die Minderheitsmeinung verkennt, dass die Möglichkeit des Täters, das Tatobjekt fortzuschaffen und an diesem sicheren Gewahrsam zu begründen, im Rahmen des Diebstahls lediglich für die Beendigung, nicht jedoch für die Vollendung der Tat relevant sein kann; für letztere genügt nämlich die Begründung jedes neuen Gewahrsams, auch wenn dieser unsicher und nur ganz vorübergehend ist. Insbesondere dann, wenn der Täter die Beute in seine Kleidung verbringt, befindet sich diese in einer Tabusphäre, in die ein auch ein Beobachter nicht eindringen darf, so dass der Täter trotz Beobachtung die Sachherrschaft erlangt. Folgte man der Minderheitsmeinung, so würde der Diebstahl zu einer heimlichen Tat, was jedoch im Tatbestand des § 242 StGB nicht angelegt ist. Deshalb ist der herrschenden Meinung zu folgen.

A hat neuen Gewahrsam begründet.

c. Gewahrsamsbruch

A müsste den fremden Gewahrsam gebrochen haben.

Der Täter bricht fremden Gewahrsam, wenn die Gewahrsamsverschiebung gegen oder ohne den Willen des Berechtigten erfolgt (Joecks, § 242 Rn. 10).

Ein Einverständnis des Q in die Gewahrsamsverschiebung ist nicht gegeben, so dass auch eine Gewahr-

samsbruch vorliegt.
A hat den DVD-Player weggenommen.

3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

Die Absicht rechtswidriger Zueignung setzt zunächst eine Zueignungsabsicht voraus, d.h. die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (Aneignungskomponente) sowie den Willen, den Berechtigten dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungskomponente) (BGHSt 1, 262; 16, 190; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21). Außerdem muss die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig sein, d.h. der Täter darf keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Zueignung der Beute haben (BGHSt 17, 87; LK-Ruß, § 242 Rn. 68, 74). Schließlich muss der Täter auch vorsätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung handeln (BGH, NJW 1990, 2832; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 49 mwN).

A wollte den DVD-Player seinem Vermögen einverleiben unter dauerhaftem Ausschluss des Berechtigten Q, er hatte keinen Anspruch hierauf, was er auch wusste. A handelte also in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 242 I StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 StGB durch das Mitnehmen des DVD-Players

Durch das Mitnehmen des DVD-Players könnte A sich auch wegen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 242 I StGB

Den Tatbestand des Grunddeliktes des § 242 I StGB hat A erfüllt (s.o.).

2. Qualifikation: § 244 I Nr. 1 StGB

a. § 244 I Nr. 1 a StGB

A könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1 a StGB verwirklicht haben. Dann müsste er

eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. Als solches käme das Teppichmesser in Betracht, das der A bei sich trug.

aa. Waffe

Bei dem Teppichmesser könnte es sich um eine Waffe handeln.

Waffen i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB sind grundsätzlich alle beweglichen Sachen, die dazu bestimmt sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 44, 103; Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 3).

Da ein Teppichmesser nicht dazu bestimmt ist, Menschen zu verletzen, stellt es keine Waffe dar. A hat also keine Waffe bei sich geführt.

bb. Gefährliches Werkzeug

Bei dem Teppichmesser könnte es sich jedoch um ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB handeln.

Hierzu der BGH: "Zu Recht hat das AG darauf hingewiesen, dass der Begriff des 'anderen gefährlichen Werkzeugs' bei § 244 I Nr. 1 a StGB zu Auslegungsproblemen führt, die bisher noch keiner befriedigenden Lösung zugeführt wurden. So hat der BGH die Frage, ob ein Taschenmesser ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 244 I Nr. 1 a StGB ist, anlässlich eines Vorlagebeschlusses des OLG Braunschweig offengelassen (BGH NStZ-RR 2003, 12). Auch die Rechtsprechung der Strafsenate des BGH sind uneinheitlich, was dessen 2. Strafsenat zu einem Vorlagebeschluss an den Großen Senat für Strafsachen veranlasst hat (BGH NJW 2002, 2889 - zum Begriff des 'anderen gefährlichen Werkzeugs' in § 250 II Nr. 1 StGB). Die darauf ergangene Entscheidung des Großen Senats (NJW 2003, 1677) hat indes auch keine Klärung herbei geführt, weil er das der Vorlage zu Grunde liegende Tatmittel, eine Schreckschusspistole, als Waffe angesehen hat und nicht als gefährliches Werkzeug wie der vorliegende Senat.

Nach inzwischen wohl einhelliger Ansicht wird jedenfalls der Rückgriff auf die zu § 223 a I StGB a. F. bzw. § 224 I Nr. 2 StGB entwickelten Grundsätze, d. h. ein Abstellen auf die objektive Beschaffenheit und die Art der Verwendung im konkreten Fall als verfehlt und systemwidrig angesehen (vgl. Nachw. bei BGH NJW 2002, 2889, 2890); der BGH hat sich dieses Rückgriffs in den Fällen bedient, in denen der Täter das gefährliche Werkzeug auch tatsächlich verwendete (vgl. weitere Nachw. bei BGH NJW aaO). Die grundsätzliche Untauglichkeit des Rückgriffs auf die Körperverletzungsvorschriften ergibt sich schon daraus, dass § 224 I Nr. 2 StGB einen 'mittels' des gefährlichen Werkzeugs verursachten Verletzungserfolg

voraussetzt, während § 244 I Nr. 1 a StGB nur auf ein 'Beisichführen' abstellt. Während also bei § 224 StGB das gefährliche Werkzeug das Tatmittel ist, um den eigentlichen tatbestandlichen Erfolg - die Verletzung - herbeizuführen, ist das gefährliche Werkzeug bei § 244 I Nr. 1 a StGB nicht notwendiges Instrument der eigentlichen Tathandlung zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges, also weder unmittelbares Instrument zur Wegnahme, noch notwendigerweise Nötigungsmittel.

Im Sinne von § 244 I Nr. 1 a StGB gefährlich ist nach Ansicht des Senats ein Werkzeug, wenn es objektiv geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen, und damit dem Täter bei Begehung des Diebstahls die jederzeitige Möglichkeit bietet, es - etwa bei Gelangen in eine bedrängte Situation - entsprechend als Gewalt- oder Drohungsmittel einzusetzen.

Dass das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 244 I Nr. 1 a StGB, der keine subjektiven Merkmale in Bezug auf das Werkzeug und seine Gefährlichkeit nennt. Auch die Systematik der Vorschrift, wonach das 'gefährliche Werkzeug' als Oberbegriff neben den Begriff der 'Waffe' gestellt ist (Tröndle/Fischer 51. Aufl., § 244 Rn 6), spricht dagegen, die Definition des 'gefährlichen Werkzeugs' an zusätzliche subjektive Merkmale zu knüpfen. Für den Begriff der 'Waffe' wird - soweit für den Senat erkennbar - ein subjektives Abgrenzungskriterium wie ein 'Verwendungsvorbehalt' oder eine 'konkrete Gebrauchsabsicht' (vgl. zu beidem BGH aaO) nicht verlangt. Mithin wäre es verfehlt, für den Oberbegriff des gefährlichen Werkzeugs ein subjektives Abgrenzungskriterium zu fordern, dies aber für den speziellen Fall der Waffe für verzichtbar zu erachten. Auch der systematische Zusammenhang mit § 244 I Nr. 1 b StGB spricht gegen ein Abstellen auf eine Verwendungsabsicht oder ähnliche subjektive Merkmale, weil diese Tatbestandsalternative ausdrücklich eine finale Verknüpfung zwischen dem Tatmittel und einer Nötigungsabsicht im Hinblick auf erwarteten Widerstand herstellt; bei § 244 I Nr. 1 a StGB ist dies gerade nicht der Fall. Einer vorherigen 'Widmung' dahingehend, dass der Täter den Gegenstand generell - von der konkreten Tat losgelöst - zur Bedrohung oder Verletzung von Personen bestimmt hat (so der 3. Senat des BGH NStZ 1999, 301, 302; OLG Braunschweig NJW 2002, 1735) bedarf es deshalb auch bei solchen Gegenständen nicht, die konstruktionsbedingt nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit in sozialadäquater Weise von jedermann bei sich geführt werden können (wie z. B. ein Taschenmesser); auch in diesen Fällen besteht - sofern das Werk-

zeug objektiv gefährlich ist - die jederzeitige abstrakte Möglichkeit und Gefahr, dass der Täter sich situationsbedingt spontan, und ohne dies vorher ausdrücklich ins Kalkül gezogen zu haben, des Werkzeugs bedient [...]" Da das Teppichmesser des A über eine scharfe Klinge verfügte, war es objektiv geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen, so dass es ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB darstellt.

cc. Beisichführen

A müsste das Teppichmesser auch bei sich geführt haben.

Zu den Anforderungen eines "Beisichführens" i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB führt der BGH aus: "Eine eingrenzende subjektive Komponente erhält der Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1 a StGB [...] durch das Merkmal des 'Beisichführens', das nämlich voraussetzt, dass der Täter das gefährliche Werkzeug bewusst gebrauchsbereit bei sich hat (BGH NStZ-RR 2003, 12; 1997, 50). Hierbei reicht das allgemeine, noch auf keinen bestimmten Zweck gerichtete Bewusstsein aus, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Die Vorstellung des Täters muss sich also nicht von vornherein auf den Einsatz als Nötigungsmittel beziehen; sie kann sich ebenso auf die Eignung als Mittel zur Wegnahme (Kuhfuss, Schraubendreher) richten (so auch OLG Hamm StV 2001, 352 für ein Butterfly-Messer als Aufbrech-Werkzeug). Dieses folgt aus der gebotenen und vom Gesetzgeber gewollten Abgrenzung zu § 244 I Nr. 1 b StGB, der für die dortigen Tatwerkzeuge und -mittel ausdrücklich eine Zweckbestimmung als Nötigungsmittel vorsieht.

Wenn der Täter, wie hier, ein objektiv gefährliches Werkzeug zur Wegnahme verwendet, begibt er sich in eine Situation, die mit dem Risiko der Entdeckung oder Bedrohung verbunden ist, und in der sich die potentielle Doppelfunktion des Werkzeugs als Wegnahme- und Nötigungsmittel realisieren kann. Dieser objektiven Situation muss auch sein Vorstellungsbild von der Gefährlichkeit und der Gebrauchsbereitschaft des Werkzeugs entsprechen. Er muss jedenfalls das Bewusstsein haben, dass es im Falle eines wenn auch nicht von vorneherein für möglich gehaltenen, oder sogar höchst unerwünschten Einsatzes gegen Menschen erhebliche Verletzungen verursachen kann.

Demnach sind die Voraussetzungen des § 244 I Nr. 1 a StGB nach den konkreten Tatumständen - dem situativen Kontext der Tat - zu bestimmen (so im Erg. Kindhäuser Anm. zu OLG Hamm StV 2001, 352, 353). Es ist Aufgabe des Tatrichters, ausreichende Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters zu treffen, wobei die Anforderungen an diese Feststellung umso niedri-

ger sind, desto gefährlicher und für einen Einsatz als potentiell Nötigungsmittel geeigneter, sprich waffenähnlicher der jeweilige Gegenstand ist (vgl. hierzu auch BGH NStZ-RR 1997, 50). Umgekehrt ist es bei Alltags- und Berufsgegenständen, deren Beisichführen als sozialadäquat zu bewerten wäre, wenn der Täter nicht gerade eine Straftat beginge, und die deshalb den Schluss nahe legen, dass dem Täter die Verfügbarkeit dieses Gegenstandes während der Begehung des Diebstahls gar nicht bewusst war. Hier sind die Anforderungen an die Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters umso höher, desto weniger der bestimmungsgemäße Gebrauch des Gegenstandes eine Zweckentfremdung als potentiell Nötigungsmittel nahe legt.

Das von dem Angeklagten bei der vorangegangenen Tat entwendete Teppichmesser ist ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 244 I Nr. 1 a StGB. Die Bewertung des AG geht insofern fehl, als es ein Teppichmesser für objektiv ungefährlich hält, weil eine denkbare Körperverletzungshandlung mit einer übermäßigen Belastung oder Verkantung und damit mit einem Bruch der Klinge einhergehen müsse. Dies überzeugt nicht. Dem steht die natürliche Lebensanschauung gegenüber, dass ein Teppichmesser - was schon aus seinem bestimmungsmäßigen Zweck folgt, Teppichböden zu schneiden - ausgesprochen spitz und scharf ist und deshalb bei auch nur einigermaßen normaler Schnitführung geeignet ist, Muskel-, Fett- oder Bindegewebe, Sehnen oder Blutgefäße ohne allzu großen Kraftaufwand zu durchtrennen. Auch der einseitige Schliff der Klinge ist insofern kein tauglicher Aspekt, einem Teppichmesser seine objektive Eignung, erhebliche Verletzungen zu verursachen, abzuspochen. Dementsprechend hat der BGH ohne nähere Begründung ein Teppichmesser als gefährliches Werkzeug qualifiziert (NStZ-RR 2001, 41) und hat auch der Gesetzgeber ein Tapetenmesser - das technisch einem Teppichmesser sehr ähnlich sein dürfte - als Beispiel für ein gefährliches Werkzeug in Betracht gezogen (BT-Dr 13/9064, S. 18).

Ob der Angeklagte das Teppichmesser auch im Sinne der oben dargestellten Grundsätze bei sich geführt, es also bewusst gebrauchsbereit bei sich gehabt hat, kann der Senat nicht beurteilen; dazu fehlen ausreichende Feststellungen. Für ein bewusstes Beisichführen bezogen auf die Wegnahmehandlung spricht, dass der Angeklagte das Werkzeug zwar nicht bereits ursprünglich in diesem Sinne eingesteckt, schließlich aber zur Wegnahme des DVD-Spielers eingesetzt hat. Damit war dem Angeklagten der Besitz und die Einsatzmöglichkeit des Messers bewusst. Keine weiter gehenden Feststellungen hat das AG hingegen - aus seiner Sicht folgerichtig - zum Vorstellungsbild des Angeklagten

bezogen auf die potenzielle Doppelfunktion des Teppichmessers als Nötigungsmittel und dessen Gefährlichkeit im Falle einer Konfrontation getroffen."

Anhaltspunkte für ein Beisichführen des Messers durch den Angeklagten in dem Bewusstsein, dieses auch gegen Menschen mit erheblichen Verletzungsfolgen einsetzen zu können, bietet der Sachverhalt nicht. Vielmehr legt die Tatsache, dass A sich ohne Widerstand von D festhalten und die Beute wieder abnehmen ließ, nahe, dass A sich nur der Möglichkeit bewusst war, das Messer (durch Zerschneiden des Stromkabels) zur Wegnahme verwenden zu können, nicht jedoch zur Verletzung von Menschen. Zumindest wegen des Grundsatzes "in dubio pro reo" ist somit ein Beisichführen i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB nicht gegeben.

b. § 244 I Nr. 1 b StGB

A könnte jedoch den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1 b StGB verwirklicht haben.

Ungeachtet der Frage, ob ein "gefährliches" Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB überhaupt noch ein "sonstiges" Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1 b StGB sein kann, setzt § 244 I Nr. 1 b StGB die Absicht des Täters voraus, mit diesem Werkzeug Gewalt anzudrohen oder auszuüben. A hatte jedoch nicht die Absicht, das Teppichmesser in dieser Weise zu verwenden (s.o.), so dass § 244 I Nr. 1 b StGB jedenfalls an der fehlenden Verwendungsabsicht scheitert.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 StGB.

C. Strafbarkeit des A wegen Unterschlagung gem. § 246 I StGB durch das Mitnehmen des DVD-Players

Die von A mitverwirklichte Unterschlagung (§ 246 I StGB) tritt gem. § 246 I StGB a.E. hinter den schwerer bestraften Diebstahl zurück.

D. Strafbarkeit des A wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB durch das Zerschneiden des Kabels

A könnte sich durch das Zerschneiden des Stromkabels des DVD-Players wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Bei dem DVD-Player und dem dazu gehörenden Stromkabel handelte es sich um für A fremde Sachen (s.o.). Durch das Zerschneiden hat A das Kabel zerstört. Auch handelte er insofern vorsätzlich. A hat also den Tatbestand des § 303 I StGB erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Antrag (§ 303 c StGB)

Der gem. § 303 c StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 303 I StGB.

E. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Der Diebstahl gem. § 242 I StGB und die Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB wurden zumindest teilweise durch dieselbe Handlung verwirklicht. Wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche bleiben sie deshalb in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen.

A ist also strafbar gem. §§ 242 I, 303 I, 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Meister, Johannes: "Der Kommunalverfassungsverstreit"
Fundstelle:	JA 2004, 414 (Heft 5)
Inhalt:	Kompendium zum Streit zwischen Organen und/oder Organteilen derselben Gemeinde - einer immer wieder in Examensaufgaben auftauchenden Fallgestaltung. Der Autor geht allen Zulässigkeitsproblemen nach, die sich aus der Tatsache ergeben, dass die VwGO einen solchen Organstreit nicht explizit regelt.

Autor/Titel:	Peine, Franz-Joseph: "Sonderformen des Verwaltungsakts"
Fundstelle:	JA 2004, 419 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag erläutert die Besonderheiten beim fiktiven Verwaltungsakt, vorläufigen Verwaltungsakt und transnationalen Verwaltungsakt, wobei jeweils Begriffsbestimmung, Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im Vordergrund stehen.

Autor/Titel:	Gampp, Markus / Hebel, Timo: "Grundrechtsschutz vor Selbstgefährdung"
Fundstelle:	BayVBl 2004, 257 (Heft 9)
Inhalt:	Die Autoren gehen - angeregt vor der aktuellen Diskussion um "Reality-TV"-Sendungen wie "Big Brother" - der Frage nach, ob der Staat ausschließlich zum Schutz von Menschen vor sich selbst einschreiten darf, m.a.W. inwieweit Grundrechte objektive Schutzpflichten des Staates begründen und inwieweit der Einzelne durch Selbstgefährdung auf Grundrechte verzichten kann.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Derleder, Peter: "Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht"
Fundstelle:	NJW 2004, 969 (Heft 14)
Inhalt:	Der Aufsatz zeigt die rechtssystematische Koexistenz von reformierten Mängelgewährleistungsansprüchen und außervertraglichen Ansprüchen für den Fall auf, dass der Käufer vom Verkäufer arglistig über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache getäuscht wird.

Autor/Titel:	Schmidt, Christian R. / Bierly, Jennifer: "Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin einer Personengesellschaft"
Fundstelle:	NJW 2004, 1210 (Heft 17)
Inhalt:	Der Beitrag beschäftigt sich mit den haftungsrechtlichen und registerrechtlichen Konsequenzen aus der inzwischen gerichtlich anerkannten Möglichkeit für eine GbR, sich als Kommanditistin oder auch als Komplementärin an einer KG zu beteiligen.

Autor/Titel:	Schulze, Reiner / Ebers, Martin: "Streitfragen im neuen Schuldrecht"
Fundstelle:	JuS 2004, 265 (Heft 4)
Inhalt:	Der Aufsatz bildet eine Orientierungshilfe bei den im Rahmen der Schuldrechtsreform neu aufgeworfenen Problematiken im Schadensersatz-, Rücktritts- und Gewährleistungsrecht.

Autor/Titel:	Spindler, Gerald / Rieckers, Oliver: "Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung"
Fundstelle:	JuS 2004, 272 (Heft 4)
Inhalt:	Die Modernisierungen im allgemeinen Schuldrecht sowie im Schadensersatzrecht, die bei einem ärztlichen Behandlungsfehler Ansprüche aus Vertrag und Delikt in freier Anspruchskonkurrenz begründen, sind Gegenstand dieses Beitrags.

Strafrecht

Autor/Titel:	Duttge, Gunnar / Hörnle, Tatjana / Renzikowski, Joachim: "Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung"
Fundstelle:	NJW 2004, 1065 (Heft 15)
Inhalt:	Überblick über die Änderungen des am 01.04.2004 in Kraft getretenen Gesetzes mit kurzer Bewertung durch die Autoren.

Autor/Titel:	Fahl, Christian: "Grundprobleme der Geldwäsche (§ 261 StGB)"
Fundstelle:	Jura 2004, 160 (Heft 3)
Inhalt:	Der Autor befasst sich mit einem Tatbestand, der sich (nicht zuletzt wegen seiner extremen Weite) weder in der Praxis noch in der Lehre allzu großer Beliebtheit erfreut und allgemein als verunglückt angesehen wird. Hier stellt der Verfasser die typischen Probleme dar und liefert Lösungsansätze.

Autor/Titel:	König, Peter: "Verkehrsfeindlicher Inneneingriff und Gefährdungsvorsatz"
Fundstelle:	NStZ 2004, 175 (Heft 4)
Inhalt:	Die Anwendbarkeit des § 315 b StGB auf Verkehrsteilnehmer stellt ein klassisches Problem der Verkehrsdelikte dar. Der Verfasser präsentiert insofern die aktuelle Rechtsprechung und gibt einen Überblick über die Lösungsansätze der Literatur nebst einigen neuen Denkanstößen.