

Öffentliches Recht

Standort: Polizeirecht

Problem: Hausverbot bei häuslicher Gewalt

VG AACHEN, BESCHLUSS VOM 17.02.2004
6 L 145/04 (NJW 2004, 1888)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Polizei ein Hausverbot gegen einen Ehemann ausgesprochen, der in alkoholisiertem Zustand Frau und Kind geschlagen hatte. Die juristische Besonderheit lag nun darin, dass sich nicht der Betroffene selbst, sondern seine Ehefrau im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen das Hausverbot wehrte. Der Vorfall sei "halb so schlimm" gewesen und sie wolle ihre eheliche Lebensgemeinschaft fortsetzen.

Prozessual handelte es sich um einen von § 80 a VwGO nicht erfassten Fall der Drittbeteiligung (VA mit Doppelbelastung), der über § 80 V 1, 1. Fall VwGO zu lösen ist. Im Ergebnis richtig dürfte die Annahme des VG sein, dass die Ehefrau ihrerseits analog § 42 II VwGO antragsbefugt ist. Unerklärt bleibt jedoch, warum die Antragsbefugnis aus Art. 6 I GG hergeleitet wird, in der Begründetheit dann aber allein auf das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 I GG zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung abgestellt wird.

Materiell-inhaltlich stellt das VG klar, dass es zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenprognose grds. auf die im Zeitpunkt des Erlasses des VA erkennbaren Umstände ankommt, nicht hingegen auf die subjektive Einschätzung der Geschädigten im Nachhinein.

Mit Vorsicht zu genießen sind allerdings die Ausführungen zur Rechtsfolge, in denen das VG feststellt, eine "Ermessensreduzierung auf Null zu einem Anspruch auf Aufhebung des Rückkehrverbots" sei nicht gegeben. Unklar bleibt, was das Gericht damit meint: Es könnte zunächst ein behördliches Ermessen bzgl. der Aufhebung des VA nach §§ 48, 49 VwVfG gemeint sein. Im Verfahren nach § 80 V VwGO kommt es aber nicht auf einen - bestenfalls subsidiär nach § 123 I VwGO geltend zu machenden - Aufhebungsanspruch, sondern allein auf die Ermessensfehlerhaftigkeit des ergangenen, angegriffenen VA an. Die Ausführungen des Gerichts könnten daher bestenfalls so verstanden werden, dass in der Hauptsache - deren Ausgang ja wesentliches Indiz für die Begründetheit eines Antrags nach § 80 V VwGO ist - kein Anspruch auf Aufhebung des angegriffenen VA durch das VG nach § 113 I 1 VwGO bestehe; allerdings gibt es inso-

weit gar kein Ermessen des VG (ist der VA rechtswidrig und rechtsverletzend, muss er aufgehoben werden), sodass sich die Frage nach einer "Ermessensreduzierung" auch nicht stellt.

Prüfungsrelevanz:

Die "Haustyrann"-Fälle sind im Gefahrenabwehrrecht der Länder mittlerweile vielfach durch Standardermächtigungen geregelt (§§ 43a NWPoIG; 14a BremPoIG; 52 II MVSO; 12a II HmbSO; 31 II HessSO; 29a ASOGBln; 36 III SOGLSA), weitere Länder werden folgen. Die Fallkonstellation hat zudem die neuere Rspr. und Literatur vielfach beschäftigt. Im wesentlichen stellen sich drei Probleme:

1. Existiert keine gesonderte Regelung, kann als Ermächtigungsgrundlage für ein mehrere Tage umfassendes Hausverbot bestenfalls auf den Platzverweis zurückgegriffen werden, wobei sehr umstritten ist, ob dies überhaupt zulässig ist (vgl. Vertiefungshinweise).
2. Verfassungsrechtlich setzen die Schranken von Art. 11 und 13 GG, in die durch das Hausverbot eingegriffen wird, die Gefahr einer Straftat (Art. 11 II GG) bzw. eine "dringende" Gefahr (Art. 13 VII GG) voraus. Diese muss nach wohl h.M. für den gesamten Zeitraum des Hausverbots bestehen (vgl. die Ausführungen des VG in diesem Fall sowie Collin, DVBl 2003, 1499, 1502 f.; weniger streng Kay, NVwZ 2003, 521, 522), sodass eine entsprechende Wiederholungsgefahr bestehen muss. Allein die Bekämpfung einer beim Eintreffen der Polizei akuten Gefahr genügt dazu ebensowenig wie der praktisch häufige Fall, dass zwar weitere Schläge drohen, aber nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb der im Hausverbot ausgesprochenen Frist (in NRW max. 10 Tage, in anderen Bundesländern z.T. auch länger).
3. Bei der Subsumtion unter das gefährdete Rechtsgut ist größte Vorsicht geboten, wenn - wie hier - das Opfer mit der Rückkehr des gewaltbereiten Täters einverstanden ist. In diesem Fall könnte es im Wege freier Selbstbestimmung in die Verletzung seiner Individualrechtsgüter (Freiheit, Leib und Leben) eingewilligt haben. Diese - jedenfalls die in praxi häufigste Leibesgefahr - sind in gewissem Rahmen durchaus disponibel. Es bleibt dann noch der staatliche Schutzauftrag aus Art. 2 II GG. Selbiger steht nicht zur Disposition des Einzelnen, ist allerdings wiederum verfassungsimmanent beschränkt durch das Selbstbestimmungs-

recht aus Art. 2 I GG. Wie dieser Zielkonflikt zu lösen ist, ist stark umstritten. Nach nahezu allg.M. ist jedenfalls ein unter Druck zustande gekommenes Einverständnis unbeachtlich. Die h.M. - der sich auch das VG anschließt - geht sogar generell von der Unbeachtlichkeit aus, weil es für die Rechtsgütergefährdung nur auf die objektive ex-ante-Prognose ankomme (a.A. Collin, a.a.O. S. 1504, m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Schutz vor häuslicher Gewalt: *BVerfG*, NJW 2002, 2225; *OVG Münster*, NJW 2002, 2195; *Kay*, NVwZ 2003, 521; *Collin*, DVBl 2003, 1499

Leitsätze:

- 1. In Fällen häuslicher Gewalt kann auch der Ehegatte eines Gewalttäters eine an diesen als Adressaten gerichtete polizeiliche Verfügung über eine Wohnungsverweisung und ein Rückkehrverbot anfechten. Die mögliche Beeinträchtigung eigener Rechte folgt insoweit unmittelbar aus Art. 6 I GG.**
- 2. Es kann offen bleiben, ob das in dem Einverständnis des Gewaltopfers mit einer Rückkehr des Gewalttäters in die gemeinsame Wohnung zum Ausdruck kommende Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen (Art. 2 I GG) im Einzelfall den staatlichen Schutzauftrag für Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) zurückdrängen kann.**
- 3. Jedenfalls dann, wenn sich nicht sicher feststellen lässt, ob dieses Einverständnis auf einem freien Willensentschluss beruht oder ob es nicht doch geprägt ist von einem - wirtschaftlichen oder sozialen - Abhängigkeitsverhältnis zum Gewalttäter, gebührt dem staatlichen Schutzauftrag der Vorrang (hier bejaht).**

Sachverhalt:

Am 12.2.2004 kam es in der von der Ast. gemeinsam mit ihrem Ehemann, dem Beigel., und den beiden drei und neun Jahre alten Kindern sowie dem Säugling bewohnten Wohnung zu einem Polizeieinsatz. Anlass für den Polizeieinsatz war der Hilferuf von Nachbarn, die der Polizei mitteilten, in der Wohnung der Ast. und des Beigel. sei es zu einer Schlägerei gekommen. Nach den Angaben der Bet. habe der Beigel. erhebliche Mengen Alkohol (etwa zehn Flaschen Bier) konsumiert. Dann sei es zu einem heftigen Streit gekommen, in dessen Verlauf der Beigel. der Tochter mit der flachen Hand derart ins Gesicht geschlagen habe, dass diese eine sichtbare Schwellung der rechten Gesichtshälfte davongetragen habe. Die Ast. selbst sei vom Beigel. mehrfach mit der Faust derart auf die rechte Gesichtshälfte geschlagen worden, dass dies zu einer Schwellung der Wange, einem Hämatom am rechten Auge sowie einer blutenden Unterlippe geführt habe. Dann habe er sie auf den Boden gestoßen, ihr einen

Büschel Haare ausgerissen und ihr mit dem beschuhten Fuß mehrfach in den Rücken und in die rechte Seite getreten. Nach den Angaben der Ast. sei es in der Vergangenheit mehrfach zu Gewalttätigkeiten dieser Art gekommen. Der Beigel. neige insbesondere nach Alkoholgenuss zu Gewalttätigkeiten gegenüber der Familie. Die Ast. und der Beigel. räumen diesen Sachverhalt im Wesentlichen als unstrittig ein. Lediglich die Verletzung der Tochter sei auf ein Versehen zurückzuführen. Der Beigel. führt weiter sinngemäß aus, er habe jetzt kein Alkoholproblem mehr, es habe sich vielmehr um einen einmaligen „Ausrutscher“ gehandelt.

Die Ast. beantragte beim VG einstweiligen Rechtsschutz gem. § 80 V VwGO gegen die gegenüber ihrem Ehemann ausgesprochene Wohnungsverweisung. Das VG lehnte den Antrag ab.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zwar zulässig. Insbesondere ist die Ast. als Ehefrau des Beigel. analog § 42 II VwGO wegen des in Art. 6 I GG verbürgten und somit auch ihr zuteil werdenden besonderen Schutzes von Ehe und Familie antragsbefugt, weil eine Verletzung des Schutzbereichs dieses Grundrecht durch die angefochtene Polizeiverfügung jedenfalls möglich erscheint.

B. Begründetheit

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Bei der im Rahmen des Aussetzungsverfahrens nach § 80 V VwGO gebotenen Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts einerseits und dem Individualinteresse der betroffenen Ast., vorläufig von den Auswirkungen der sofortigen Vollziehung der Verfügung verschont zu bleiben, überwiegt vorliegend das öffentliche Interesse. Denn die angefochtene Verfügung des Ag., die gem. § 80 II 1 Nr. 2 VwGO Kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist, erweist sich bei summarischer Betrachtung als rechtmäßig.

I. Ermächtigungsgrundlage

Sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 34 a NWPolG. Nach § 34 a I 1 NWPolG kann die Polizei eine Person zur Abwehr einer von ihr ausgehenden gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person aus einer Wohnung, in der die gefährdete Person wohnt, sowie aus deren unmittelbaren Umgebung verweisen und ihr die Rückkehr in diesen Bereich untersagen. Gemäß § 34 a V 1 NWPolG enden Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot regelmäßig mit Ablauf des zehnten Tags nach ihrer Anordnung, soweit nicht die Polizei im Einzelfall ausnahmsweise eine kürzere Geltungsdauer festlegt.

Diesen Anforderungen genügt die vom Ag. am 12. 2.

2004 zunächst mündlich erlassene und später schriftlich bestätigte Verfügung, mit der dem Beigel. die Rückkehr in die eheliche Wohnung zunächst bis zum 24.2.2004, durch Änderungsverfügung vom heutigen Tage nunmehr noch bis zum 22.2.2004, untersagt wurde.

II. Tatbestand

[...] Vor dem Hintergrund des geschilderten Sachverhalts ist die im Zeitpunkt des Einschreitens der Polizeibeamten getroffene Einschätzung, es bestehe eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass es bei einem Verbleib des Beigel. in der gemeinsamen Wohnung bzw. bei einer kurzfristigen Rückkehr zu Gewalttätigkeiten kommen werde, nicht zu beanstanden. Die Polizeibeamten sind angesichts dessen, dass durch den Vorfall entgegen der Einschätzung des Beigel. sehr wohl ein bei diesem aktuell bestehendes und nach wie vor nicht bewältigtes Alkohol- und Gewaltproblem belegt worden ist, zu Recht von einer gegenwärtigen Gefährdungssituation für die Ast. und die gemeinsamen Kinder ausgegangen. Die zur Abwehr dieser Gefahr getroffene Entscheidung bleibt, nachdem durch Änderungsverfügung vom heutigen Tag die zunächst gesetzte Frist auf zehn Tage verkürzt worden ist, auch im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung.

1. Maßgeblicher Zeitpunkt der Gefahrenprognose

Auch der Umstand, dass die Ast. nunmehr beantragt, das Rückkehrverbot aufzuheben, und vorträgt, alles sei "halb so schlimm" gewesen, dem Beigel. sei einfach "die Hand ausgerutscht", führt nicht zu einer anderen Bewertung. Denn entscheidend für die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ist nicht die eigene - nachträgliche - Einschätzung der Gefahrenlage durch das Opfer, sondern vielmehr die durch die Polizei vorgenommene Gefährdungsprognose im Zeitpunkt ihres Einschreitens (vgl. hierzu auch: VG Aachen, u.a. Beschluss vom 20.8.2003 - 6 L 979/03; Beschluss vom 26.5.2003 - 6 L 589/03, und Beschluss vom 4.3.2003 - 6 L 237/03; krit. Collin, DVBl 2003, 1499). Diese ist aber - gerade unter Berücksichtigung der Einlassung der Ast. anlässlich ihrer Strafanzeige vom 12.2.2004 - nicht zu beanstanden.

2. Fortdauernde Gefährdung

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass nach dem jetzigen Sach- und Streitstand einiges dafür spricht, dass infolge übermäßigen Alkoholkonsums die Steuerungsfähigkeit des Beigel. erheblich eingeschränkt sowie dessen Hemmschwelle herabgesetzt wird, so dass die hinreichende Wahrscheinlich-

keit besteht, das sich dessen bereits gezeigte Aggressivität und Gewaltbereitschaft in einem ähnlichen Zustand jederzeit wiederholen und gerade auch gegen die Ast. selbst richten kann. Das Entstehen einer solchen Gefährdungssituation kann angesichts der betroffenen Rechtsgüter von Leib und Leben der Ast. nicht erst abgewartet werden. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass auch die Tochter durch Schläge des Beigel. in Mitleidenschaft gezogen worden ist. Zwar stellen die Ast. und der Beigel. insoweit übereinstimmend den Vorfall als bloßes Versehen dar. Angesichts der festgestellten Verletzungen der Tochter hält die Kammer die Behauptung, es hätte sich "lediglich" um eine folgenlose Ohrfeige gehandelt, jedoch nicht für glaubhaft.

3. Selbstbestimmungsrecht der Geschädigten

Die Kammer übersieht in diesem Zusammenhang nicht, dass das aus Art. 2 I GG folgende Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit grundsätzlich auch beinhaltet, dass der Einzelne sich - in gewissem Rahmen - selbst gefährden darf. Der aus Art. 2 II GG folgende Schutzauftrag des Staats (für Leben und körperliche Unversehrtheit) kann daher in Konflikt geraten mit dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen (vgl. hierzu Collin, DVBl 2003, 1499 [1503 f.]). Es mag daher durchaus Fallgestaltungen geben, in denen die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts eines Gewaltopfers, das mit der Rückkehr des Gewalttäters einverstanden ist, eine bewusste Selbstgefährdung bedeuten und den Schutzauftrag des Staats zurückdrängen kann. Im vorliegenden Fall kann aber angesichts der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit verlässlich beurteilt werden, ob der von der Ast. geäußerte und in ihrem Antrag zum Ausdruck kommende Wunsch, der Beigel. solle in die gemeinsame Wohnung zurückkehren, tatsächlich auf einer unbeeinflussten und freien Willensentscheidung beruht oder vielmehr geprägt ist von einem möglichen - wirtschaftlichen oder sozialen - Abhängigkeitsverhältnis zum Beigel. Kann ein freier Willensentschluss des Gewaltopfers aber nicht sicher und zweifelsfrei konstatiert werden, so wird dem Schutzauftrag des Staats regelmäßig der Vorrang einzuräumen sein.

III. Rechtsfolge

Im vorliegenden Fall führt der Wunsch der Ast. - abgesehen davon, dass nicht sie alleine, sondern in gleicher Weise ihre Kinder gefährdet sind (!) - daher nicht im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null zu einem Anspruch auf Aufhebung des Rückkehrverbots.

Standort: VwGO**Problem: Beteiligtenfähigkeit und Prozessführungsbefugnis**

BVERWG, URTEIL VOM 21.01.2004
6 A 1.04 (DVBL 2004, 713)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Zwischenurteil des BVerwG geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine nicht rechtsfähige, ausländische Vereinigung im Verwaltungsprozess beteiligtenfähig ist, wer sie vertritt und wann eine gültige Vollmacht des Prozessbevollmächtigten vorliegen muss.

Hinsichtlich der Beteiligtenfähigkeit subsumiert der Senat unter § 61 Nr. 2 VwGO, wobei eine "Vereinigung" nur eine gewisse Organisationsstruktur aufweisen müsse. Lassen sich keine in- oder ausländischen Rechtsnormen finden, welche die Stellvertretung der Vereinigung regeln, komme es auf deren Selbstverständnis an. Im Lichte effektiven Rechtsschutzes (unausgesprochen: Art. 19 IV GG, der nach st.Rspr. des BVerfG ja auch ausländischen juristischen Personen zustehen soll) könne unter diesem Aspekt keinesfalls die Zulässigkeit einer Klage verneint werden.

Da es sich um ein Vereinsverbotsverfahren handelte, welches nach § 50 I Nr. 2 VwGO ausschließlich vor dem BVerwG verhandelt wird, musste sich die gegen das Verbot klagende Organisation ferner gem. § 67 I VwGO von einem Rechtsanwalt etc. vertreten lassen. Die entsprechende Vollmacht wurde hier erst nach Klageerhebung ausgestellt und nachgereicht, sodass sich die Frage stellte, ob dies genügt, oder die Vollmacht bereits bei Klageerhebung erteilt worden sein muss. Hierzu gibt es unterschiedliche Rspr., wobei der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte (BVerwGE 69, 380) die Frage in dem Sinne entschieden hat, dass eine erst nach Klageerhebung erteilte und vorgelegte Vollmacht ausreicht. Zur Begründung wird überzeugend darauf abgestellt, dass die Prozessführungsbefugnis - wie alle Zulässigkeitsvoraussetzungen - nicht (schon) bei Klageerhebung, sondern (erst) bei Entscheidung vorliegen müsse (a.A. der 4. Senat des BVerwG, Buchholz 310 § 67 VwGO Nr. 86 in einem obiter dictum).

Prüfungsrelevanz:

Beteiligtenfähigkeit nach §§ 61, 63 VwGO, Prozessfähigkeit nach § 62 VwGO und Prozessführungsbefugnis nach § 67 VwGO gehören zu den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen, die für alle Klagearten vorliegen müssen und für alle Klagearten identisch sind. Entsprechende Probleme lassen sich daher leicht in Prüfungsaufgaben einbauen, wobei sie sich im Verwaltungs- und Zivilprozess gleichermaßen stellen können.

Der Große Senat des BVerwG entscheidet nach § 11 II VwGO, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will. Eine solche Abweichung liegt aber nicht vor, wenn - wie hier - ein Senat nur Rechtsansichten widerspricht, die der andere Senat beiläufig in nicht entscheidungserheblicher Weise (in einem sogenannten "obiter dictum") geäußert hat.

Der ebenfalls in den Entscheidungsgründen zitierte Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS-OBG) mit Sitz in Karlsruhe soll nach Art. 95 III GG die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sichern. Zuständigkeiten, Verfahren und Organisation sind im RsprEinhG vom 19.6.1968 (Schönfelder Nr. 95b) geregelt.

Vertiefungshinweise:

- Beteiligtenfähigkeit von Fraktionen: *ThürOVG*, RA 2000, 378 = DVBl 2000, 935
- Beteiligtenfähigkeit der Ortsverbände von Parteien: *OVG Saarlouis*, RA 1999, 248 = NVwZ-RR 1999, 218

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Die Zusicherung"

Leitsätze:

- 1. Eine nach keiner staatlichen Rechtsordnung verfasste ausländische Gruppierung ist nach § 61 Nr. 2 VwGO im Rechtsstreit um ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot beteiligungsfähig, wenn sie ein Mindestmaß an Organisation aufweist und ihr ein Recht auf Betätigung als Vereinigung zustehen kann.**
- 2. Eine bei Erhebung der Klage gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot noch nicht vorliegende Prozessvollmacht kann mit der Folge nachgereicht werden, dass die bisherige Prozessführung des vollmachtlosen Vertreters genehmigt wird (Fortführung von BVerwGE 69, 380).**
- 3. Eine nach keiner staatlichen Rechtsordnung verfasste ausländische Gruppierung ohne bekannten Verwaltungssitz wird durch die natürliche(n) Person(en) vertreten, die nach dem Selbstverständnis der Organisation und den tatsächlichen Verhältnissen befugt sind, für die Vereinigung zu handeln.**

Sachverhalt:

Das BMI stellte durch Verfügung vom 10.1.2003 fest, dass sich die Tätigkeit des "Hizb ut-Tahrir" gegen den Gedanken der Völkerverständigung richte; er befürworte Gewaltanwendung als Mittel zur Durchsetzung politischer Belange und solle eine derartige Gewaltan-

wendung hervorrufen. Die Betätigung des "Hizb ut-Tahrir" im räumlichen Geltungsbereich des VereinsG wurde verboten, sein Vermögen beschlagnahmt und zu Gunsten des Bundes eingezogen; ferner wurden nach näherer Anordnung Sachen und Forderungen Dritter beschlagnahmt und eingezogen.

Die Bekl. hält den Kl. für eine internationale, vor allem in Asien, Europa und Afrika tätige Organisation, die ihren Sitz vermutlich in London habe. "Führer" der Organisation sei der Palästinenser A.Z. gewesen. Die Bekl. stellte mit Blick darauf, dass der nach ihrem Kenntnisstand den Kl. nach außen hin vertretende Herr A.Z. unbekanntem Aufenthalts war, die Verfügung am 14.1.2003 öffentlich zu.

Am 12.2.2003 erhob der Kl. zusammen mit 21 natürlichen Personen Klage. Eine Prozessvollmacht des Kl., die "from Palestine" unter dem 6.6.2003 durch Herrn A.K.A. (nach anderer Schreibweise: A.R.), auch genannt A.Y., unterzeichnet war, wurde mit Schriftsatz vom 18.6.2003 vorgelegt. Nach Darstellung des Kl. handelt es sich dabei um den "Vorsitzenden", der nach dem Rücktritt des Herrn A.Z. vom Vorsitz am 17.3.2003 und seinem Tod am 29.4.2003 nach Maßgabe seines Organisationsstatuts zum neuen "Vorsitzenden" gewählt worden sei.

Der Kl. hält sich für eine "Partei". Er sei nicht nach irgendeiner nationalen staatlichen Rechtsordnung eines islamischen Staates verfasst, da er diese Rechtsordnungen als dem Islam widersprechend ablehne; er sei gegründet worden, um diese Rechtsordnungen zu überwinden. Wegen gnadenloser "Verfolgung durch die jeweiligen arabischen Regime" unterhalte er keinen bekannten Verwaltungssitz in einem arabischen Land. Er verfüge über ein Statut (Organisationsgesetz). Wo dies möglich sei, verfüge er über Sprecher und repräsentative Mitglieder, die ihn nach außen repräsentieren und in seinem Namen sprechen dürften. Für den deutschsprachigen Raum sei dies H.A., der seit September 2002 die offizielle Vertretungsbefugnis für den Kl. innehabe.

Das BVerwG hat die Klage des Kl. mit Zwischenurteil für zulässig erklärt.

Aus den Gründen:

Das gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 2 VwGO im ersten und letzten Rechtszug zuständige BVerwG entscheidet gemäß § 109 VwGO durch Zwischenurteil. Die Klage ist zulässig.

A. Beteiligungsfähigkeit

Der Kl. ist gemäß § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig. Nach dieser Vorschrift sind Vereinigungen beteiligungsfähig, soweit ihnen ein Recht zustehen kann.

1. Vereinigung

Eine Vereinigung ist gegeben, wenn ein Mindestmaß an Organisation vorliegt. Diese Voraussetzung ist bei

dem Kl. erfüllt. Sein "Organisationsgesetz" weist auf eine an staatliche Strukturen erinnernde innere Ordnung hin.

2. Ein Recht zustehen können

Ein Recht kann dem Kl. zustehen, wenn er Zuordnungsobjekt eines Rechtssatzes ist. Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt. Der Kl. kann ein Recht auf Betätigung aus § 1 Abs. 1 VereinsG haben (vgl. Schnorr, Öffentliches Vereinsrecht, §§ 14, 15 Rdnr. 1). Eine Verbotsverfügung betrifft die "Rechtsstellung der verbotenen Vereinigung als einer Gesamtheit von Personen, die zur Verteidigung ihrer Rechte ungeachtet ihrer Rechtsform beteiligungsfähig ist" (GB vom 3.4.2003, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 39). Nichts anderes kann für ein Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG gelten, das gemäß dem Klammerzusatz in dieser Vorschrift ebenfalls als Vereinsverbot anzusehen ist.

B. Prozessführungsbefugnis

Der Prozessbevollmächtigte des Kl. ist durch die von Herrn A.A. unterzeichnete Prozessvollmacht nachträglich zur Klageerhebung legitimiert worden.

Gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 VwGO muss sich jeder Beteiligte vor dem BVerwG, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder durch einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule i.S. des HRG mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen. Die erforderliche Vollmacht ist schriftlich zu erteilen (§ 67 Abs. 3 Satz 1 VwGO). Die Vollmacht kann nachgereicht werden (§ 67 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbs. VwGO). Der Mangel einer schriftlichen Vollmacht kann vom Prozessgegner in jeder Lage des Verfahrens, wie hier geschehen, gerügt werden (vgl. § 173 VwGO, § 88 Abs. 1 ZPO).

I. Zeitpunkt der Vollmachtserteilung

1. Ansicht des 4. Senats: Vor Klageerhebung

Die Vollmacht muss nach Auffassung des 4. Senats, auf die sich die Bekl. beruft, vor dem Ablauf der Klagefrist erteilt worden sein. Eine nachträgliche Genehmigung einer ohne Vollmachtserteilung erhobenen Klage ist danach nicht möglich (BVerwG, Buchholz 310 § 67 VwGO Nr. 85, S. 6).

2. Ansicht des 6. Senats: Heilung nach Klageerhebung möglich

Der erkennende Senat folgt dieser Ansicht nicht. Sie ist in einem die Entscheidung des 4. Senats nicht tragenden vorsorglichen Hinweis geäußert worden. Eine Abweichung erfordert daher keine Anrufung des Großen Senats (BVerwGE 16, 273, 277). Die Auffassung des 4. Senats steht im sachlichen Widerspruch zu derjenigen des GmS-OGB (BVerwGE 69, 380, 381 = BGHZ 91, 111, 115). Nach dieser Entscheidung kann

der Mangel der Vollmacht bei Einlegung eines Rechtsmittels durch Genehmigung des Vertretenen, die auch in der Erteilung einer Prozessvollmacht liegen kann, mit rückwirkender Kraft geheilt werden, soweit noch nicht ein das Rechtsmittel als unzulässig verwerfendes Prozessurteil vorliegt. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen müssen erst am Schluss der mündlichen Verhandlung des Tatsachengerichts vorliegen. Dies hat in gleicher Weise für die Klageerhebung zu gelten, wenn und solange die ohne ordnungsgemäße Prozessvollmacht erhobene Klage nicht als unzulässig abgewiesen worden ist. Mit frist- und formgerecht erhobener Klage ist die Streitsache unabhängig von der Zulässigkeit im Übrigen gemäß § 90 VwGO rechtshängig. Die Erhebung der Klage verhindert den Eintritt der Bestandskraft eines angefochtenen VA, bis über sie entschieden ist.

Im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats lag die Prozessvollmacht vor und konnte nach den genannten Grundsätzen zur Heilung des ursprünglichen Mangels führen.

II. Wirksame Bevollmächtigung

Voraussetzung für eine wirksame Vollmachterteilung und damit der Genehmigung der bisherigen Prozessführung ist allerdings, dass der Unterzeichner der Prozessvollmacht den Kl. vertreten durfte. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt.

1. Stellvertretung nicht rechtsfähiger ausländischer Vereinigungen

Der Kl., der nach dem Inhalt der angefochtenen Verfügung in der Bundesrepublik Deutschland über keine Organisation verfügt, hat keinen bekannten Verwaltungssitz und ist nicht nach dem Recht eines Gründungsstaates verfasst. Die Bekl. vermutet zwar einen Verwaltungssitz in London, hat dies aber nicht belegt. Aufklärungsmaßnahmen des Senats haben keine Erkenntnisse erbracht. Daher kann nicht geprüft werden, ob Organisation und Willensbildung der Organisation

einer ausländischen Rechtsordnung entsprechen (vgl. dazu etwa BGHZ 51, 27, 28; BGHZ 78, 318, 334; BGHZ 97, 269, 271). Unter diesen Umständen muss angenommen werden, dass die natürlichen Personen den Verein vertreten dürfen, die nach dem Selbstverständnis der Organisation und den tatsächlichen Verhältnissen befugt sind, für die Vereinigung zu handeln (vgl. auch § 10 Abs. 4 VereinsG: "Vorstandsmitglieder"). Das Prozessrecht muss nämlich gewährleisten, dass sich eine Organisation gegen ein ihr gegenüber ausgesprochenes vereinsrechtliches Betätigungsverbot gerichtlich zur Wehr setzen kann. Dagegen kann nicht angeführt werden, die Bestellung der zur Vertretung befugten Personen nach dem nicht einer staatlichen Rechtsordnung entsprechenden Organisationsstatut könne mit Grundsätzen innerverbandlicher Demokratie nicht in Einklang stehen. Die Vertretungsbefugnis muss grundsätzlich an nach außen leicht erkennbare Umstände anknüpfen und darf nicht von möglicherweise schwierigen Prüfungen der inneren Ordnung einer Organisation abhängig gemacht werden. Außerdem zeigt § 29 BGB, dass die Bestellung eines Vertretungsberechtigten derartigen Anforderungen nicht zwingend zu genügen braucht.

2. Subsumtion

Nach § 9a des "Organisationsgesetzes" des Kl. ist der nach § 9d bestellte "Amir" der "Anführer", dem die "Führung der Partei" obliegt. Im Sinne des Verwaltungsprozessrechts schließt diese Stellung die Befugnis zur Erteilung der Prozessvollmacht und zur Genehmigung einer Klageerhebung ein [...]. Zum "Amir" bestellt war im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Prozessvollmacht vom 6.6.2003 Herr A.A. Das hat der Kl. Allen seinen Mitgliedern bekannt gegeben. Gegenteilige Erkenntnisse hat die Bekl. nicht vorgetragen. Der Senat hat auch insoweit keinen Anlass zu Zweifeln.

Standort: Europarecht

Problem: Klage Privater gegen EG-Verordnung

EUGH, URTEIL VOM 01.04.2006
C-263/02 P - JÉGO-QUÉRÉ (NJW 2004, 2006)

Problemdarstellung:

In diesem europarechtlichen Fall ging es um die Frage, ob eine EG-Verordnung von einer Privatperson unmittelbar angegriffen werden kann. Als Rechtsbehelf kommt hierzu nur die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG in Betracht, die grds. auch Privatpersonen über Art. 240 EG eröffnet ist, jedoch nur, sofern sie von der angegriffenen Maßnahme unmittelbar und individuell betroffen sind. Dies ist in aller Regel nur bei Adressa-

ten von Entscheidungen (vgl. Art. 249 IV EG) der Fall, nicht hingegen bei Verordnungen, die ja nach Art. 249 I EG wie Rechtsnormen wirken, also abstrakt-generellen Charakter haben.

Das EuG hatte als Vorinstanz zur vorliegenden Entscheidung des EuGH Bedenken geäußert, ob dieser Umstand mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes vereinbar sei. Jedenfalls in den Fällen, in denen eine Verordnung nicht mehr durch nationale Rechtsakte umgesetzt werden muss, könnten nämlich auch die nationalen Gerichte (mangels tauglichen Beschwerdegegenstandes) keinen Rechtsschutz gewähren. Seiner

Ansicht nach sollte daher eine "individuelle Betroffenheit" i.S.d. Art. 230 IV EG immer schon dann vorliegen, wenn eine Verordnung unmittelbar und gegenwärtig Rechte des Betroffenen einschränkt oder Pflichten für diesen begründet, möge es auch noch andere Betroffene geben.

Der EuGH ist dem jedoch entgegen getreten und hat die entsprechende Entscheidung des EuG aufgehoben. Er hält an seiner mit der sogen. "Plaumann-Formel" begründeten, engen Auslegung fest: Wer nicht Adressat eines Rechtsakts ist, kann danach nur dann geltend machen, von ihm unmittelbar-individuell betroffen zu sein, wenn er ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Betroffenen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist nicht nur für das Wahlfach Europarecht interessant. Sie wirft die Frage auf, ob und wie eine EG-Verordnung gerichtlich überprüft werden kann, und durch EG-Verordnung können praktisch alle Rechtsbereiche geregelt sein. Die diesbezügliche Meinungsverschiedenheit zwischen EuG und EuGH hat für viel Aufsehen gesorgt, über das auch die RA (2003, 12) bereits berichtet hat. Der EuGH bekräftigt im vorliegenden Urteil noch einmal seine bereits dort wiedergegebene Rspr.

Das Gericht erster Instanz (EuG) ist dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) nach Art. 225 I EG beigeordnet. Es ist nach Art. 225 II EG i.V.m. der entsprechenden Bestimmungen des Rates für bestimmte Klagen in erster Instanz zuständig, zu denen auch die hier erhobene Nichtigkeitsklage zählt.

Vertiefungshinweise:

- Rechtsprechung des EuGH in Sinne dieser Entscheidung: *EuGH*, RA 2003, 12 = BayVBl 2003, 11
- Die gegenteilige Entscheidung des Gerichts erster Instanz: *EuG*, DVBl 2002, 1038 = EuZW 2002, 412 m.Anm. Lübbig = BayVBl 2002, 663 m.Anm. Kment
- "Plaumann-Formel" des EuGH: *EuGH*, Slg. 1963, 211 [238]

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Die Nichtigkeitsklage eines Einzelnen ist nur gegen eine ihn unmittelbar und individuell betreffende Gemeinschaftshandlung statthaft.**
- 2. Zur individuellen Betroffenheit des Einzelnen genügt es nicht schon, wenn eine EG-Verordnung seine Rechte beeinträchtigt oder für ihn nachteilige Pflichten begründet.**
- 2. Der EG-Vertrag, welcher ein vollständiges System zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Hand-**

lungen der Gemeinschaftsorgane geschaffen hat, sieht einen derartigen Rechtsschutz auch dann nicht vor, wenn die Verordnung keine vor nationalen Gerichten angreifbaren Ausführungsakte erfordert.

Sachverhalt:

Die Klägerin, Jégo-Quéré, ist ein französisches Fischerei- und Reedereiunternehmen, das Fischfang vor der Küste Irlands betreibt. Sie verwendet dabei Netze mit einer Maschenweite von 80 Millimetern, die nach Verordnung 1162/01 EG verboten sind. Sie erhob beim EuG Klage auf Nichtigerklärung der Verordnung, soweit diese eine Mindestmaschenöffnung der Netze vorschreibt.

Das EuG erklärte die Klage entgegen der bisherigen Rechtsprechung für zulässig. Wenn eine Gemeinschaftsbestimmung den Einzelnen in seiner Rechtsposition unzweifelhaft und gegenwärtig beeinträchtigt, indem sie seine Rechte einschränke oder ihm Pflichten auferlege, müsse dem Betroffenen auch und gerade dann ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stehen, wenn die nationale Rechtsordnung keinen derartigen Rechtsschutz gewähren könne, weil die Gemeinschaftsbestimmung keine Ausführungs- oder Umsetzungsakte im nationalen Recht erfordere. Die Kommission legte gegen dieses Urteil Rechtsmittel ein, das Erfolg hatte.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des EuG

(12) Jégo-Quéré hatte geltend gemacht, dass sie nicht bei den nationalen Gerichten Klage erheben könne, da die Verordnung Nr. 1162/2001 nicht den Erlass von Durchführungsmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten vorsehe, und dass sie daher, wenn ihre beim Gericht erhobene Klage unzulässig wäre, über keinen Rechtsbehelf mehr verfüge, um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Vorschriften zu bestreiten. Das Gericht hat ausgeführt, es sei zu prüfen, ob in einer Rechtssache wie der bei ihm anhängigen, in der ein Einzelner die Rechtmäßigkeit von Vorschriften allgemeiner Geltung bestreite, die seine Rechtsposition unmittelbar beeinträchtigten, die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage dem Kläger das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz nehmen würde, wie es in der auf dem EG-Vertrag beruhenden Rechtsordnung insbesondere nach den Artikeln 6 und 13 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) garantiert werde.

I. Kein effektiver Rechtsschutz

(13) Das Gericht hat insoweit ausgeführt: "[Es] ist daran zu erinnern, dass es außer der Nichtigkeitsklage noch zwei weitere Rechtsbehelfe gibt, mit denen der Einzelne die Rechtswidrigkeit eines Gemeinschafts-

rechtsakts durch den hierfür ausschließlich zuständigen Gemeinschaftsrichter feststellen lassen kann, nämlich die Klage beim nationalen Gericht mit Vorlage an den Gerichtshof nach Artikel 234 EG und die Klage aus außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft nach den Artikeln 235 EG und 288 Absatz 2 EG.

1. Klage vor nationalen Gerichten

Was die Klage beim nationalen Gericht mit Vorlage an den Gerichtshof nach Artikel 234 EG angeht, so fehlt es jedoch in einem Fall wie dem vorliegenden an Durchführungsmaßnahmen, die die Grundlage für eine Klage bei den nationalen Gerichten sein könnten. Der Umstand, dass ein Einzelner, dessen Rechtsposition durch eine Gemeinschaftsmaßnahme beeinträchtigt wird, deren Gültigkeit bei den nationalen Gerichten dadurch bestreiten könnte, dass er gegen die in dieser Maßnahme vorgesehenen Bestimmungen verstößt und sich in einem gegen ihn eingeleiteten Gerichtsverfahren auf deren Rechtswidrigkeit beruft, stellt für ihn keinen angemessenen gerichtlichen Rechtsschutz dar. Dem Einzelnen kann nicht zugemutet werden, dass er gegen das Gesetz verstößt, um Zugang zu den Gerichten zu erlangen (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 21. März 2002 in der Rechtssache C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Rat, [Urteil vom 25. Juli 2002, Slg. 2002, I-6677], Nr. 43).

2. Schadensersatzklage

Eine Schadensersatzklage aus außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft führt in einem Fall wie dem vorliegenden nicht zu einer für die Interessen des Rechtsbürgers befriedigenden Lösung. Mit ihr lässt sich ein Rechtsakt auch dann nicht aus der Gemeinschaftsrechtsordnung entfernen, wenn er rechtswidrig sein sollte. Diese Klage, die den Eintritt eines unmittelbar durch die Anwendung des streitigen Rechtsakts verursachten Schadens voraussetzt, unterliegt anderen Voraussetzungen für die Zulässigkeit und die Begründetheit als die Nichtigkeitsklage und versetzt den Gemeinschaftsrichter daher nicht in die Lage, die Rechtmäßigkeitskontrolle, die er ordnungsgemäß durchzuführen hat, in ihrem ganzen Umfang wahrzunehmen. Insbesondere wenn eine Maßnahme allgemeiner Geltung wie die im vorliegenden Fall angefochtenen Vorschriften im Rahmen einer solchen Klage in Frage gestellt wird, erstreckt sich die Kontrolle des Gemeinschaftsrichters nicht auf sämtliche Faktoren, die die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme beeinträchtigen könnten, sondern beschränkt sich darauf, die hinreichend qualifizierten Verstöße gegen Rechtsnormen zu sanktionieren, deren Zweck es ist, dem Einzelnen Rechte zu verleihen (Urteil des Gerichtshofes vom 4. Juli 2000 in der Rechtssache C-352/98 P, Bergaderm und Goupil/Kommission, Slg. 2000, I-5291, Randnrn. 41 bis 43, und Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2001 in der Rechtssache T-155/99, Dieckmann &

Hansen/Kommission, Slg. 2001, II-3143, Randnrn. 42 und 43; vgl. außerdem für einen nicht hinreichend qualifizierten Verstoß Urteil des Gerichtshofes vom 19. Mai 1992 in den Rechtssachen C-104/89 und C-37/90, Mulder u. a./Rat und Kommission, Slg. 1992, I-3061, Randnrn. 18 und 19, und für einen Fall, in dem die angeführte Norm nicht bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, Urteil des Gerichts vom 6. Dezember 2001 in der Rechtssache T-196/99, Area Cova u. a./Rat und Kommission, Slg. 2001, II-3597, Randnr. 43).

Nach alledem ist festzustellen, dass im Licht der Artikel 6 und 13 EMRK sowie des Artikels 47 der Charta der Grundrechte nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass die Verfahren nach Artikel 234 EG einerseits und nach den Artikeln 235 EG und 288 Absatz 2 EG andererseits den Rechtsbürgern ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gewährleisten, das es ihnen ermöglichen würde, die Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsvorschriften allgemeiner Geltung zu bestreiten, die ihre Rechtsposition unmittelbar beeinträchtigen.

II. Keine Kompetenz zur Schaffung neuer Rechtsschutzmöglichkeiten über den EG-Vertrag hinaus

Freilich kann ein solcher Umstand keine Änderung des Rechtsschutzsystems gestatten, das der Vertrag geschaffen hat und das den Gemeinschaftsrichter mit der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe betraut. Keinesfalls ermöglicht er es, die von einer natürlichen oder juristischen Person erhobene Nichtigkeitsklage, die nicht die Voraussetzungen des Artikels 230 Absatz 4 EG erfüllt, für zulässig zu erklären (Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 12. Oktober 2000 in der Rechtssache C-300/00 P [R], Federación de Cofradías de Pescadores u. a./Rat, Slg. 2000, I-8797, Randnr. 37).

III. Extensive Auslegung der "individuellen Betroffenheit"

Doch gibt es, wie Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Unión de Pequeños Agricultores/Rat (zitiert oben in Randnr. 45, Nr. 59) ausgeführt hat, kein zwingendes Argument für die These, dass der Begriff der individuell betroffenen Person im Sinne von Artikel 230 Absatz 4 EG es verlangt, dass ein Einzelner, der eine Maßnahme allgemeiner Geltung anfechten möchte, in ähnlicher Weise individualisiert ist wie ein Adressat. Unter diesen Umständen ist es in Anbetracht der Tatsache, dass der EG-Vertrag ein vollständiges Rechtsschutzsystem geschaffen hat, das den Gemeinschaftsrichter mit der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe betraut (oben in Randnr. 41 zitiertes Urteil Les Verts/Parlament, Randnr. 23), angebracht, die bisherige enge Auslegung des Begriffes der individuell betroffenen Person im Sinne von Artikel 230 Absatz 4

EG zu überdenken.

Demnach ist, um einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz der Einzelnen zu gewährleisten, eine natürliche oder juristische Person als von einer allgemein geltenden Gemeinschaftsbestimmung, die sie unmittelbar betrifft, individuell betroffen anzusehen, wenn diese Bestimmung ihre Rechtsposition unzweifelhaft und gegenwärtig beeinträchtigt, indem sie ihre Rechte einschränkt oder ihr Pflichten auferlegt. Die Zahl und die Lage anderer Personen, deren Rechtsposition durch die Bestimmung ebenfalls beeinträchtigt wird oder werden kann, sind insoweit keine relevanten Gesichtspunkte. [...]

B. Vorbringen der Kommission in der Revision

(23) Die Kommission trägt vor, die vom Gericht im angefochtenen Urteil vorgenommene Auslegung des Begriffes der individuell betroffenen Person sei so weit, dass sie die Voraussetzung der individuellen Betroffenheit im Sinne von Artikel 230 Absatz 4 EG praktisch aufhebe. Das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf mit einem allgemeinen Klagerecht des Einzelnen in Streitigkeiten, in denen es um die Nichtigerklärung von Rechtsakten allgemeiner Geltung gehe, verwechselt habe, denn das Fehlen eines solchen allgemeinen Klagerechts bedeute nicht, dass es keinen wirksamen Rechtsbehelf gebe. Es sei falsch, wie es das Gericht in Randnummer 47 des angefochtenen Urteils getan habe, den Schluss zu ziehen, dass nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass das im Vertrag vorgesehene gerichtliche System den Rechtsbürgern ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gewährleiste, das es ihnen ermögliche, die Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsvorschriften allgemeiner Geltung zu bestreiten, die ihre Rechtsposition unmittelbar beeinträchtigten, und es daher angebracht sei, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage zugunsten des Einzelnen dadurch zu erweitern, dass die in ständiger Rechtsprechung vertretene Auslegung des Begriffes der individuell betroffenen Person im Sinne von Artikel 230 Absatz 4 EG überdacht werde.

(24) Die Kommission führt dazu aus, dass in den meisten Mitgliedstaaten das Recht des Einzelnen, Klage auf Nichtigerklärung eines Rechtsakts allgemeiner Geltung zu erheben, in unterschiedlicher Weise eingeschränkt sei. Häufig sei die Nichtigkeitsklage gegen ein Gesetz entweder gar nicht möglich oder aber durch die Art der Klagegründe, die geltend gemacht werden könnten, oder die Voraussetzungen, die für die Klagebefugnis gälten, eingeschränkt. In einigen Mitgliedstaaten existiere nicht einmal ein allgemeines Klagerecht Einzelner gegen normative Akte der Verwaltungsbehörden. Solche Systeme seien aber in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte niemals beanstandet worden. [...]

C. Entscheidung des EuGH

I. Gebot effektiven Rechtsschutzes zu beachten

(29) Es ist daran zu erinnern, dass der Einzelne die Möglichkeit haben muss, einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch zu nehmen, die er aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleitet, wobei das Recht auf einen derartigen Schutz zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben. Dieses Recht ist auch in den Artikeln 6 und 13 EMRK verankert (vgl. u. a. Urteile vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 18, und vom 25. Juli 2002 in der Rechtssache C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Slg. 2002, I-6677, Randnr. 39).

II. Abschließender Charakter des EGV

(30) Der EG-Vertrag hat mit den Artikeln 230 EG und 241 EG auf der einen und Artikel 234 EG auf der anderen Seite ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren, das die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe gewährleisten soll, geschaffen und mit dieser Kontrolle den Gemeinschaftsrichter betraut. In diesem System haben natürliche oder juristische Personen, die wegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Artikels 230 Absatz 4 EG Gemeinschaftshandlungen allgemeiner Geltung nicht unmittelbar anfechten können, die Möglichkeit, je nach den Umständen des Falles die Ungültigkeit solcher Handlungen entweder inzident nach Artikel 241 EG vor dem Gemeinschaftsrichter oder aber vor den nationalen Gerichten geltend zu machen und diese Gerichte, die nicht selbst die Ungültigkeit der genannten Handlungen feststellen können, zu veranlassen, dem Gerichtshof insoweit Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen (Urteil Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Randnr. 40).

(31) Es ist somit Sache der Mitgliedstaaten, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann (Urteil Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Randnr. 41).

(32) In diesem Rahmen haben die nationalen Gerichte gemäß dem in Artikel 10 EG aufgestellten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die nationalen Verfahrensvorschriften über die Einlegung von Rechtsbehelfen möglichst so auszulegen und anzuwenden, dass natürliche und juristische Personen die Rechtmäßigkeit jeder nationalen Entscheidung oder anderen Maßnahme, mit der eine Gemeinschaftshandlung allgemeiner Geltung auf sie angewandt wird, gerichtlich anfechten und sich dabei auf die Ungültigkeit dieser Handlung berufen können (Urteil Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Randnr. 42).

(33) Eine Nichtigkeitsklage vor dem Gemeinschaftsrichter steht jedoch einem Einzelnen, der sich gegen eine Handlung mit allgemeiner Geltung wie eine Verordnung wendet, die ihn nicht in ähnlicher Weise individualisiert wie einen Adressaten, auch dann nicht offen, wenn nach einer konkreten Prüfung der nationalen Verfahrensvorschriften durch diesen Richter dargetan werden könnte, dass diese Vorschriften es dem Einzelnen nicht gestatten, eine Klage zu erheben, mit der er die Gültigkeit der streitigen Gemeinschaftshandlung in Frage stellen kann. Denn eine solche Regelung würde es in jedem Einzelfall erforderlich machen, dass der Gemeinschaftsrichter das nationale Verfahrensrecht prüft und auslegt, was seine Zuständigkeit im Rahmen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftshandlungen überschreiten würde (Urteil Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Randnrn. 37 und 43).

(34) Daher ist eine Nichtigkeitsklage vor dem Gemeinschaftsrichter jedenfalls auch dann nicht möglich, wenn sich ergäbe, dass der Einzelne nach den nationalen Verfahrensvorschriften die Gültigkeit der beanstandeten Gemeinschaftshandlung erst in Frage stellen kann, wenn er gegen diese Handlung verstoßen hat.

III. Keine extensive Auslegung der "individuellen Betroffenheit"

(35) Die Tatsache, dass die Verordnung Nr. 1162/2001 im vorliegenden Fall unmittelbar, d.h. ohne Tätigwerden der nationalen Behörden, gilt, bedeutet als solche nicht, dass ein von der Verordnung unmittelbar betroffener Wirtschaftsteilnehmer deren Gültigkeit erst dann in Zweifel ziehen kann, wenn er gegen sie verstoßen hat. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass ein nationales Rechtssystem einem Einzelnen, der von einer allgemeinen normativen Handlung des nationalen Rechts, die nicht unmittelbar gerichtlich angefochten werden kann, unmittelbar betroffen ist, die Möglichkeit eröffnet, bei den nationalen Behörden eine mit dieser Handlung zusammenhängende Maßnahme zu beantragen, die vor dem nationalen Gericht angefochten werden kann, so dass dieser Einzelne die fragliche

Handlung mittelbar beanstanden kann. Ebenso ist nicht auszuschließen, dass ein nationales Rechtssystem einem von der Verordnung Nr. 1162/2001 unmittelbar betroffenen Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit eröffnet, bei den nationalen Behörden eine sich auf diese Verordnung beziehende Maßnahme zu beantragen, die vor dem nationalen Gericht angefochten werden kann, so dass ein solcher Wirtschaftsteilnehmer die fragliche Verordnung mittelbar beanstanden kann.

(36) Zwar ist die Voraussetzung, dass eine natürliche oder juristische Person nur dann Klage gegen eine Verordnung erheben kann, wenn sie nicht nur unmittelbar, sondern auch individuell betroffen ist, im Licht des Grundsatzes eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes unter Berücksichtigung der verschiedenen Umstände, die einen Kläger individualisieren können, auszulegen; doch kann eine solche Auslegung nicht zum Wegfall der fraglichen Voraussetzung, die ausdrücklich im Vertrag vorgesehen ist, führen. Andernfalls würden die Gemeinschaftsgerichte die ihnen durch den Vertrag verliehenen Befugnisse überschreiten (Urteil Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Randnr. 44).

(37) Dies ist aber bei der Auslegung dieser Voraussetzung in Randnummer 51 des angefochtenen Urteils der Fall, wonach eine natürliche oder juristische Person als von einer allgemein geltenden Gemeinschaftsbestimmung, die sie unmittelbar betrifft, individuell betroffen anzusehen ist, wenn diese Bestimmung ihre Rechtsposition unzweifelhaft und gegenwärtig beeinträchtigt, indem sie ihre Rechte einschränkt oder ihr Pflichten auferlegt.

(38) Eine derartige Auslegung läuft nämlich im Wesentlichen darauf hinaus, dass die Voraussetzung der individuellen Betroffenheit, wie sie in Artikel 230 Absatz 4 EG vorgesehen ist, verfälscht wird.

(39) Aus dem Vorstehenden folgt, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat. Der zweite Rechtsmittelgrund ist daher für begründet zu erklären. [...]

Standort: Versammlungsrecht

Problem: Volksverhetzendes Versammlungsmotto

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.08.2003
1 BvQ 6/04 (DVBL 2004, 697)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und wann eine Versammlung allein wegen ihres Versammlungsmottos als volksverhetzend verboten werden darf. Grds. ist das BVerfG der Ansicht, dass vor einem Verbot nach § 15 I VersG als milderes Mittel Auflagen erlassen werden müssten, sofern dies möglich sei. Es könne einer Versammlung aber nicht durch Auflagen vorgeschrieben werden, ihr Versammlungs-

motto zu ändern, weil die Aussage einer Versammlung - also das, wofür sie eintrete - zum unantastbaren Kernbereich der Versammlungsfreiheit gehöre, über den allein der Veranstalter disponieren könne. Sei das gewählte Motto volksverhetzend, komme daher nur ein Verbot in Betracht.

Im vorliegenden Fall kam hinzu, dass der Veranstalter sein Motto unter dem Eindruck des Verbots in eine nicht mehr volksverhetzende Variante geändert hatte. Das BVerfG lässt halbherzige Versuche aber nicht gelten. Wer einmal ein Motto gewählt und verbreitet habe, dürfe sich nicht mit einer Änderung desselben zu-

frieden geben, sondern müsse aktiv die Verbreitung des ursprünglichen Mottos eindämmen. Da der Veranstalter hier nichts dergleichen unternommen, sondern insbes. im Internet weiter die Verbreitung des ursprünglichen Mottos auf ihm zurechenbaren Seiten geduldet hatte, änderte sich nach Ansicht des BVerfG auch nichts an der Gefahrenprognose und damit an der Rechtfertigung des Verbots.

Prüfungsrelevanz:

Zwischen dem 1. Senat des BVerfG und dem 5. Senat des OVG Münster schwelt seit langem ein offenbar nicht zu schlichtender Streit über das Verbot von rechtsgerichteten Versammlungen im Hinblick auf die öffentliche Ordnung. Die RA hat hierüber bereits ausführlich berichtet (vgl. Vertiefungshinweise).

Das *BVerfG* sieht jede Versammlung, unabhängig von ihrer Zielrichtung, als von Art. 8 GG geschützt an. Da ein Verbot die stärkste Form des Eingriffs und die Versammlungsfreiheit in einer Demokratie besonders wichtig sei, legt es an ein Versammlungsverbot nach § 15 VersG besonders strenge Maßstäbe an. Die recht unbestimmte "öffentliche Ordnung" scheidet danach als Verbotgrund grds. aus, weil sie die jeweils herrschende Anschauung schützt, die Versammlungsfreiheit aber auch und gerade ein Minderheitenrecht sei. Bei der "öffentlichen Sicherheit" ergebe sich aus dem Merkmal der "unmittelbaren" Gefährdung ein gesteigerter Wahrscheinlichkeitsgrad, der nicht nur - wie allgemein im Polizei- und Ordnungsrecht - die hinreichende, sondern eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit eines Störungseintritts erfordere. Zudem müsse vor einem Verbot geprüft werden, ob dieser Gefahr nicht mit Auflagen begegnet werden könne; ein Verbot sei nur als "ultima ratio" zulässig.

Das *OVG NRW* spricht rechtsgerichteten Versammlungen hingegen von vornherein den Schutz des Art. 8 GG ab. Wer gegen die Verfassung und deren Werteordnung kämpfe, könne sich zum Schutz dieses Kampfes nicht auf die Verfassung berufen. Folglich sieht das OVG auch keine Notwendigkeit, Verbote solcher Versammlungen besonders strengen Voraussetzungen zu unterwerfen. Ganz im Gegenteil, die öffentliche Ordnung genüge hierzu völlig. Die entsprechenden Ausführungen des OVG zu diesem Fall sind am Ende der Entscheidungsgründe des BVerfG als Anmerkung wiedergegeben.

Dieser Streit zieht sich in den letzten Jahren wie ein roter Faden durch die Rspr. und Lit. zum Versammlungsverbot. Er ist im § 15 VersG bei dem jeweiligen Merkmal zu erörtern und sollte daher jedem Examenkandidaten geläufig sein. Das OVG hatte auch in dem hier streitgegenständlichen Verfahren in seinem Beschluss ausführlich dazu Stellung genommen, dass allein der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bereits das Verbot rechtfertige, dann aber - sicherheits-

halber und in Kenntnis der a.A. des BVerfG - auch noch unter die öffentliche Sicherheit (§ 130 StGB als geschriebenes Recht) subsumiert. Das BVerfG, sichtlich des Streitens müde, würdigt die Ausführungen des OVG NRW zur öffentlichen Ordnung nur noch eines kurzen, nur dem kundigen Leser verständlichen Satzes: "Tragfähig ist unter den vom Oberverwaltungsgericht genannten Begründungen nur die, dass die geplante Versammlung gegen die strafrechtliche Bestimmung des § 130 Abs. 1 StGB (Volksverhetzung) und damit gegen die öffentliche Sicherheit im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG verstoße" (...und nicht etwa gegen die öffentliche Ordnung, möchte man ergänzen).

Vertiefungshinweise:

Aktives Einschreiten gegen unzutreffende Wiedergabe des Anliegens einer Versammlung: *BVerfG*, NJW 2000, 3051

Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

Examenskurs : "Rechtes Verhalten"

Examenskurs : "Der anachronistische Zug"

Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das inhaltliche Anliegen einer Versammlung darf durch behördliche Auflagen oder gerichtliche Maßgaben nicht verändert werden.

2. Wird eine Versammlung wegen ihrer inhaltlichen Aussage verboten, scheidet der Erlass von Auflagen daher als milderer Alternativmittel aus.

3. Ändert der Veranstalter ein als volksverhetzend (§ 130 StGB) eingestuftes Veranstaltungsmotto, kann er dadurch einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nur dann noch entgegen wirken, wenn er aktiv gegen eine weitere Verwendung seines ursprünglichen Anliegens vorgeht.

Sachverhalt:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung betrifft die versammlungsbehördlich angeordnete sofortige Vollziehung eines Versammlungsverbots.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2003 meldete der Antragsteller bei der Versammlungsbehörde für den 13. und 20. März 2004 die Durchführung zweier Aufzüge mit Kundgebungen in Bochum unter dem Motto an: "Stoppt den Synagogenbau - 4 Millionen fürs Volk!".

Mit Bescheid vom 30. Januar 2004 verbot die Versammlungsbehörde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung der Versammlung so-

wie jede Ersatzveranstaltung an diesem oder einem anderen Tag innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Versammlungsbehörde. In dem Bescheid heißt es unter anderem: Die angemeldeten Versammlungen seien zu verbieten, weil nach gegenwärtiger Kenntnislage die öffentliche Ordnung unmittelbar und erheblich gefährdet sei. Nur durch ein versammlungsrechtliches Verbot könne die Menschenwürde, insbesondere die der jüdischen Mitbürger, hinreichend geschützt werden. Die Thematik der geplanten Versammlung sei geeignet, eine spezifische Provokationswirkung zu entfalten. In der Nacht von dem 9. auf den 10. November 1938 - der so genannten Reichspogromnacht - sei die jüdische Synagoge in Bochum bis auf die Grundmauern niedergebrannt worden. Der geplante Neubau der zerstörten Synagoge in Bochum stehe bildhaft für eine deutliche Abwendung gegenüber der in der NS-Zeit in Deutschland begangenen Verbrechen. Eine Synagoge sei ein Symbol des praktizierten jüdischen Glaubens. Durch die gewählte Formulierung des Versammlungsthemas werde bei der Bevölkerung der Eindruck erweckt, Juden seien nicht Teil unserer Gesellschaft und damit des Volkes.

Der Antragsteller erhob gegen die Verbotsverfügung Widerspruch und stellte mit Erfolg beim Verwaltungsgericht Gelsenkirchen einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Das Oberverwaltungsgericht änderte auf die Beschwerde des Antragsgegners den Beschluss des Verwaltungsgerichts ab und lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ab. Seine Entscheidung stützt es insbesondere auf die Einschätzung, dass die geplante Versammlung ausweislich ihres Mottos und des Textes des Versammlungsaufrufs den Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB erfülle und somit eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliege.

In seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG tritt der Antragsteller den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts entgegen und legt insbesondere dar, es ginge nicht um die Verhinderung des Baus einer Synagoge in Bochum als solcher, sondern um den Einsatz von 4 Millionen Euro Steuergeldern für diesen Zweck. Mit Schriftsatz vom 9. März 2004 hat die Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers mitgeteilt, dass der Antragsteller das Versammlungsmotto geändert habe in "Keine Steuermittel für den Synagogenbau! In Bochum soll eine Synagoge gebaut werden. Wir sagen nein!". Der Text des Versammlungsaufrufs bleibe im Wesentlichen gleich. Am Ende heiße es jetzt: "Wir fordern: 4 Millionen Euro für die Allgemeinheit".

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung (§ 32 Abs. 1 BVerfGG) lie-

gen nicht vor. Die gebotene Beurteilung und Abwägung der Folgen, die im Falle des Erfolgs oder Misserfolgs des Antrags eintreten, führen im vorliegenden Verfahren zu einem Überwiegen derjenigen Gründe, die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechen.

A. Abwägungsgrundlage

Im Zuge der nach § 32 Abs. 1 BVerfGG gebotenen Folgenabwägung legt das Bundesverfassungsgericht seiner Entscheidung in aller Regel die Tatsachenfeststellungen und Tatsachenwürdigungen in den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde (vgl. hierzu etwa BVerfGE 34, 211 <216>; 36, 37 <40>). Anderes gilt nur dann, wenn die getroffenen Tatsachenfeststellungen offensichtlich fehlsam sind oder die Tatsachenwürdigung unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechtsnorm offensichtlich nicht trägt.

B. Volksverhetzung als Verbotsgrund

Tragfähig ist unter den vom Oberverwaltungsgericht genannten Begründungen nur die, dass die geplante Versammlung gegen die strafrechtliche Bestimmung des § 130 Abs. 1 StGB (Volksverhetzung) und damit gegen die öffentliche Sicherheit im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG verstoße. Dem liegt eine Tatsachenwürdigung zu Grunde, die jedenfalls nicht offensichtlich fehlsam ist. Verbleibende Zweifel sind gegebenenfalls im Hauptsacheverfahren zu klären.

I. Ausführungen des OVG

Das Oberverwaltungsgericht führt im Zuge der strafrechtlichen Subsumtion aus, dass das Versammlungsmotto die in Deutschland lebenden Mitbürger jüdischen Glaubens in böswilliger und verächtlich machender Weise als nicht zum "Volk" gehörend aus der staatlichen Gemeinschaft ausgrenze. Es verletze dadurch in eklatanter Weise den sozialen Wert- und Achtungsanspruch der deutschen Juden und damit deren Menschenwürde. Es störe damit zugleich das friedliche Miteinander von Juden und Nicht-Juden in Deutschland. Das Versammlungsmotto richte sich in hetzerischer Weise gegen eine Glaubensgemeinschaft, die durch ihre Verfolgung im "Dritten Reich" besonders gekennzeichnet sei. Zwar lasse sich dem Versammlungsmotto auch eine finanzpolitische Forderung des Inhalts entnehmen, den Neubau der Synagoge jedenfalls nicht mit Steuermitteln zu unterstützen. Diese Lesart nehme dem Aufruf jedoch nicht ihren aggressiven und hetzerischen Charakter und verändere nicht das Ziel der Ausgrenzung der in Deutschland lebenden jüdischen Mitbürger mit volksverhetzender Intention. Dem Antragsteller gehe es darum, dass die geplante Synagoge überhaupt nicht gebaut werden solle, wie der weitere Text des Versammlungsaufrufs belege ("In Bochum soll eine Synagoge gebaut werden. Wir sagen Nein!").

II. Auflagen als milderes Mittel zum Verbot

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die weitere Annahme des Oberverwaltungsgerichts, dass beschränkende Auflagen als milderes Mittel vorliegend ausscheiden. Solche Auflagen können die Modalitäten der Durchführung der Versammlung betreffen. Das inhaltliche Anliegen einer Versammlung darf durch behördliche Auflagen oder gerichtliche Maßgaben aber nicht verändert werden. Es ist vielmehr Sache des Veranstalters, sein Selbstbestimmungsrecht über das Anliegen einer Versammlung zu nutzen. Dabei kann er rechtliche Bedenken gegen die vorgesehenen Inhalte aufgreifen und gegebenenfalls selbst Veränderungen vornehmen, um einen Verstoß der Versammlung gegen die öffentliche Sicherheit auszuschließen.

C. Änderung des Veranstaltungsmottos

Die zwischenzeitlich erfolgte Veränderung des Versammlungsmottos und -aufrufs gibt keinen Anlass, die Gefahrenlage anders einzuschätzen. Zwar dürfte das dem Bundesverfassungsgericht mit Schriftsatz vom 9. März 2004 übermittelte Versammlungsmotto in Verbindung mit dem Versammlungsaufruf nicht mehr den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllen. Die rechtliche Würdigung des zu erwartenden Versammlungsgeschehens kann jedoch nicht davon absehen, dass der alte Versammlungsaufruf mit dem alten Versammlungsmotto weiterhin in Veröffentlichungen enthalten ist, die dem Antragsteller direkt zuzurechnen sind oder die ihm erkennbar auf die von ihm geplante Versammlung verweisen, ohne dass er den dort enthaltenen Angaben entgegentritt. Der Antragsteller muss einkalkulieren, dass Aufrufe Einfluss auf die Teilnehmerschaft einer Versammlung und das erwartbare Verhalten der Versammlungsteilnehmer haben, und gegebenenfalls deutliche Signale setzen, um dem Eindruck entgegenzuwirken, sein Anliegen werde in den Aufrufen zutreffend wiedergegeben (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 2000, S. 3051 <3053>). Daran fehlt es vorliegend. So ist schon der auf der Internetseite des Antragstellers veröffentlichte Flugblattaufruf [...] inhaltlich unverändert geblieben. Gleiches gilt für die Internetseite [...], auf der unter der Rubrik "Termine" zur Demonstration des Antragstellers unter dem alten Motto aufgerufen wird. Auf Grund solcher Veröffentlichungen besteht weiterhin Anlass für die Besorgnis, die geplante Versammlung werde die in diesen Aufrufen enthaltenen Inhalte verfolgen. Diese aber hat das Oberverwaltungsgericht als Volksverhetzung bewertet, ohne dass dies im verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren als offensichtlich fehlsam beanstandet werden kann.

D. Ergebnis

Für die im Zuge einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 BVerfGG zu treffende Folgenabwägung gibt es nach alledem keinen Spielraum. Das öffentliche Inter-

esse an dem Verbot der Versammlung überwiegt das Interesse des Antragstellers an deren Durchführung. Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

[Anm.: Das OVG NRW hielt in seinem Beschluss vom 02.03.2004 - 5 B 392/04 - auch die "öffentliche Ordnung" für ausreichend, um das Verbot zu rechtfertigen. Das BVerfG erteilte diesen Ausführungen - insbesondere auch dem nachstehenden Versuch, dem BVerfG eine Ausnahme von seiner abweichenden Ansicht bei Provokation Dritter unterzuschreiben, allerdings eine Absage. Aus den Gründen des Beschlusses des OVG:

"[...] Unabhängig davon ist bei Durchführung der angemeldeten Versammlungen - wie vom Antragsgegner herangezogen - auch eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung gegeben, die - selbständig tragend - das ausgesprochene Versammlungsverbot rechtfertigt.

Nach der Rechtsprechung des beschließenden Senats lässt sich eine rechtsextremistische Ideologie wie der Nationalsozialismus unter dem Grundgesetz nicht - auch nicht mit den Mitteln des Demonstrationsrechts - legitimieren; der aus der Werteordnung des Grundgesetzes ableitbaren verfassungsimmanenten Beschränkung ist auch unterhalb der Schwelle strafrechtlicher und verfassungsgerichtlicher Verbots- und Verwirkungsentscheidungen Rechnung zu tragen. Wie oben ausgeführt, laufen die angemeldeten Versammlungen grundgesetzlichen Wertvorstellungen, die zentraler Ausdruck der Abkehr vom Nationalsozialismus sind, zuwider; der unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Ordnung kann nicht im Auflagenwege begegnet werden.

Aber auch bei Anlegung der von der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vertretenen Maßstäbe konnte der Antragsgegner die Versammlungen wegen unmittelbarer Gefährdung der öffentlichen Ordnung verbieten.

Zwar scheidet nach der Rechtsprechung der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts ein Rückgriff auf § 15 VersammlG zur Unterbindung bestimmter Inhalte der kollektiven Meinungskundgabe aus. Ein solcher Rückgriff ist jedoch möglich, wenn mit der Versammlung eine Provokation besonderer Art und Intensität verbunden ist. Der Antragsgegner hat den angemeldeten Versammlungen eine solche spezifische Provokationswirkung zu Recht beigemessen. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der beschließende Senat auf die zutreffenden Ausführungen in der angegriffenen Verbotsverfügung Bezug. Der Antragsgegner hat insbesondere deutlich gemacht und bei seinem Verbot darauf abgestellt, dass infolge der spezifischen Provokationswirkung über die daraus resultierende allgemeine Entrüstung vordringlich in

den Blick zu nehmen ist, dass die Menschenwürde der in Deutschland lebenden Juden verletzt und eine Grundrechtsgrenze überschritten ist.

Das Motto der angemeldeten Versammlungen "Stoppt den Synagogenbau - 4 Millionen fürs Volk" stellt den sozialen Geltungsanspruch der in Deutschland lebenden Juden in Abrede. Es grenzt sie in entwürdigender Weise aus. Das Motto erschöpft sich dabei nicht in der Forderung, eine finanzielle Beteiligung von Stadt und Land zu verhindern. Es zielt vielmehr darauf, den Bau einer Synagoge auch bei Eigenfinanzierung durch die jüdische Gemeinde zu verhindern. Diese Ausgrenzung erweist sich dabei um so größer und aggressiver, als die rechtsextreme NPD mit hetzerischen Umschreibungen wie "jüdischer Prunkbau auf Kosten des deutschen Steuerzahlers" oder "Sonderregelungen für Minderheiten" erkennbar an die in der Geschichte beispiellose Ausgrenzung der Juden anknüpft.

Die spezifische, eine Grundrechtsgrenze überschreitende Provokationswirkung des Versammlungsmottos rechtfertigt es, die Durchführung der angemeldeten Versammlungen zu unterbinden. Eine Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, die mit bindender Wirkung das Verbot einer Versammlung ausschließt, wenn (nur) die öffentliche Ordnung in Rede steht, besteht nicht. Ein Versammlungsverbot ist vielmehr nur "im Allgemeinen" bei einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht gerechtfertigt.

Der hier festzustellenden spezifischen Provokationswirkung kann auch nicht mittels Auflagen begegnet werden, ohne den Charakter der angemeldeten Versammlungen erheblich zu verändern. Denn die spezifische Provokationswirkung ergibt sich - wie dargelegt - wesentlich aus dem gewählten Thema der Veranstaltung."

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. |

Zivilrecht

Standort: Mietrecht

Problem: Abwälzung von Schönheitsreparaturen

BGH, URTEIL VOM 28.04.2004
VIII ZR 230 / 03 (NJW 2004, 2087)

Problemdarstellung:

Die Bekl. wurde in diesem Fall auf Zahlung rückständiger Miete und Schadensersatz wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen in Anspruch genommen, nachdem sie ihre Mietwohnung unter Missachtung der geltenden Kündigungsfrist und unrenoviert verlassen hatte. Ihre Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen war in dem abgeschlossenen Formularmietvertrag vorgesehen, verbunden mit einem Fristenplan, wann die Maßnahmen während der Mietdauer "im Allgemeinen" durchzuführen seien. Hiermit verbunden war ihre grundsätzliche Verpflichtung, "spätestens bis Ende des Mietverhältnisses" alle nach Grad der Abnutzung und Beschädigung erforderlichen Arbeiten durchzuführen. Die Bekl. konnte sich mit ihrer Ansicht, diese Kombination von Renovierungspflichten - noch dazu bei Überlassung einer bei Mietbeginn unrenovierten Wohnung - könne durch einen Formularvertrag nicht wirksam vereinbart werden, im Ergebnis nicht durchsetzen.

Prüfungsrelevanz:

Bezüglich einer Streitigkeit zwischen Vermieter und Mieter über den ordnungsgemäßen Zustand der nach Mietende zu übergebenden Räumlichkeiten von einem Klassiker aus Ausbildung und Praxis zu sprechen, wäre wohl noch untertrieben. Gleichwohl zeigt diese Entscheidung eindrucksvoll auf, dass bei der Behandlung derartiger Probleme ein vorschnelles Zurückgreifen auf Auswendiggelerntes keinesfalls die sorgfältige Prüfung des Einzelfalles ersetzen darf. Dies beginnt mit dem Auffinden der richtigen Anspruchsgrundlage gegen den renovierungsmüden Mieter, welche sich bei Verwendung des vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Mustermietvertrages von 1976 in § 7 III 4 dieses Vertrages findet, bei Verwendung anderer Vertragstypen mangels expliziter Regelung dagegen dem allgemeinen Schuldrecht, idR. den §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB zu entnehmen ist. Auch die Überprüfung formularmäßiger Abwälzungen von Schönheitsreparaturen auf den Mieter am Maßstab des § 307 BGB (= § 9 AGBG a. F.) führt keinesfalls zu immer gleichen Ergebnissen, wie etwa die hier nachzulesende Differenzierung zwischen eingeschränkten und unbedingten Endrenovierungsklauseln aufzeigt. Aufgrund der Viel-

falt möglicher Fallgestaltungen ist deshalb davon auszugehen, dass das Thema "Schönheitsreparaturen" Studenten ebenso wie Referendaren noch lange erhalten bleiben wird.

Vertiefungshinweise:

- Zum Inhalt der vertraglichen Rückgabepflicht des Mieters gem. § 546 BGB: *BGH*, RA 2002, 717 = *NJW* 2002, 3234
- Zum Schadensersatzanspruch des Mieters nach mangelbedingter fristloser Kündigung und Anmietung von Ersatzräumen: *BGH*, RA 2000, 570 = *NJW* 2000, 2342

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"
- Assessorkurs*: "Probleme einer Witwe"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG (§ 307 BGB) bei der Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter.

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 08.09.1982 mieteten die Bekl. und ihr inzwischen verstorbener Ehemann von der Kl. eine Wohnung in einem Mehrfamilienhaus. Am 02.05.1985 erneuerten die Parteien den Mietvertrag unter Verwendung des vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Mustermietvertrags aus dem Jahre 1976. Für Schönheitsreparaturen enthält der Vertrag - anders als der ursprüngliche Mietvertrag, der keine derartige Bestimmung aufwies - folgende Klauseln:

"§ 7. Schönheitsreparaturen. (1) Die Schönheitsreparaturen während der Mietdauer übernimmt auf eigene Kosten der Mieter."

Zu dem Wort „Schönheitsreparaturen“ in § 7 I findet sich in einer Fußnote folgende Erläuterung:

„Im Allgemeinen werden Schönheitsreparaturen in den Mieträumen in folgenden Zeitabständen erforderlich sein: in Küchen, Bädern und Duschen alle drei Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle fünf Jahre, in anderen Nebenräumen alle sieben Jahre.“

Weiter heißt es im Vertrag:

"§ 7. (3) Hat der Mieter die Schönheitsreparaturen

übernommen, so hat er spätestens bis Ende des Mietverhältnisses alle bis dahin je nach dem Grad der Abnutzung oder Beschädigung erforderlichen Arbeiten auszuführen, soweit nicht der neue Mieter sie auf seine Kosten - ohne Berücksichtigung im Mietpreis - übernimmt oder dem Vermieter die Kosten erstattet. ..."

Mit Schreiben vom 26.02.2001 kündigte die Bekl. das Mietverhältnis zum 15. 6. 2001. Daraufhin teilte die Kl. der Bekl. mit, dass sie auf die Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von zwölf Monaten bestche und dass noch Schönheitsreparaturen durchzuführen seien. Dennoch zog die Bekl. am 15. 6. 2001 aus der unrenovierten Wohnung aus. Die Miete für die Folgemonate zahlte sie nicht mehr. Zur Feststellung des Renovierungsbedarfs der Wohnung schaltete die Kl. einen Architekten ein, der in einem Gutachten vom 22.08.2001 eine Vielzahl von Mängeln, Schäden und unterlassenen Renovierungsmaßnahmen auflistete. Der Aufforderung der Kl., die aufgeführten Mängel usw. bis zum 14.09.2001 zu beseitigen, kam die Bekl. nicht nach. In einem weiteren Gutachten ermittelte der Sachverständige die Kosten für die Durchführung der gesamten Renovierungsarbeiten mit 17.659,55 DM. Mit ihrer Klage hat die Kl. von der Bekl. Bezahlung der Miete bis zum 28.02.2002 sowie Schadensersatz wegen der unterlassenen Renovierungsarbeiten, insgesamt 13.734,28 Euro, verlangt.

Das AG hat der Klage hinsichtlich der Miete in vollem Umfang sowie bezüglich des Schadensersatzes teilweise, und zwar in Höhe von 6.042,93 Euro wegen unterlassener Schönheitsreparaturen zuzüglich anteiliger Gutachterskosten von 286,41 Euro, insgesamt somit in Höhe von 6.329,34 Euro stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das LG die Klage auch hinsichtlich des vom AG zugesprochenen Schadensersatzes abgewiesen, die Revision in diesem Punkt jedoch zugelassen; die Anschlussberufung der Kl. hat es zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgte die Kl. ihren Schadensersatzanspruch weiter.

Die Revision hatte insoweit Erfolg, als die Klage auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 6.329,34 Euro abgewiesen worden ist; im Umfang der Aufhebung wurde die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

Die formularmäßige Abwälzung der nach dem Gesetz (§ 536 BGB a. F., jetzt § 535 I 2 BGB) dem Vermieter obliegenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist grundsätzlich unbedenklich und benachteiligt den Mieter nicht unangemessen i. S. des § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) (st. Rspr. des Senats seit BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480). Das zieht auch das LG nicht in Zweifel. Die Regelung über Schönheitsreparaturen in § 7 Mietvertrag stellt entgegen den Ausführungen des Berufungsurteils auch keine unwirksame Bedarfsklausel dar. Die Bestimmungen in den Absätzen 1 und 3 des § 7 enthalten sowohl bei getrennter Betrachtung

als auch bei einer Zusammenschau eine hinreichend klare Aussage über den Zeitpunkt und Umfang der Renovierungspflicht des Mieters.

A. Keine Unwirksamkeit von § 7 I des Vertrages wegen fehlender Transparenz

Die Bedenken des LG gegen die Formulierung des § 7 I sind nicht begründet. Die Klausel ist jedenfalls deshalb hinreichend transparent, weil in der Fußnote in einem Fristenplan die „im Allgemeinen“ angemessenen zeitlichen Abstände für die erforderlichen Renovierungsarbeiten in den verschiedenen Räumen einer Wohnung festgelegt werden. Das Verständnis der im Zusammenhang, also einschließlich der Fußnote zu lesenden Renovierungsklausel überfordert den Mieter nicht. Soweit durch den Ausdruck „im Allgemeinen“ ein Auslegungsspielraum bleibt, ist dies mit Rücksicht auf die von den Lebensgewohnheiten eines Mieters abhängige Abnutzung einer Wohnung und die Schwierigkeiten einer genaueren Formulierung sachgerecht und hinnehmbar (vgl. dazu Senat, NJW 1998, 3114 = NZM 1998, 710 = WM 1998, 2145 [unter III 3]).

B. Keine Unwirksamkeit aufgrund der Endrenovierungsklausel des § 7 III

Die Klarheit der Renovierungsklausel des § 7 I wird, anders als das LG meint, auch nicht durch die Bestimmung des § 7 III über die bei Beendigung des Mietverhältnisses vom Mieter vorzunehmenden Schönheitsreparaturen beeinträchtigt. Die - eingeschränkte - Endrenovierungsklausel des § 7 III ergänzt die Bestimmung in § 7 I über die turnusgemäß durchzuführenden Renovierungsmaßnahmen (Senat, BGHZ 105, 71 [77 f.] = NJW 1988, 2790); sie ist deshalb im Zusammenhang mit der Regelung des Absatzes 1 und insbesondere mit dem dortigen erläuternden Fristenplan zu lesen. Daraus folgt unmissverständlich, dass der Mieter bei Ende des Mietverhältnisses nicht unbedingt und ohne Rücksicht auf die seit Mietbeginn oder der letzten Renovierung verstrichenen Fristen eine vollständige Endrenovierung der Wohnung vorzunehmen hat; eine solche formularmäßige Bestimmung wäre, wie der Senat wiederholt entschieden hat (zuletzt Senat, NJW 2003, 2234 = NZM 2003, 594 [unter II 1]; NJW 2003, 3192 = NZM 2003, 755 [unter III 2]), wegen der aus dem „Summierungeffekt“ folgenden unangemessenen Benachteiligung des Mieters unwirksam. Vielmehr ist der Mieter zu Schönheitsreparaturen nur insoweit verpflichtet, als nach dem Abnutzungszustand unter Berücksichtigung des Fristenplans des § 7 I hierfür ein Bedürfnis besteht. Eine solche eingeschränkte Renovierungspflicht berücksichtigt in angemessener und ausgewogener Weise sowohl die Belange des Mieters, von einer starren, über den eigenen Abnutzungszeitraum hinausreichenden Renovierungslast verschont zu bleiben, als auch das Interesse des Vermieters an der Erlangung einer rechtlich und wirt-

schaftlich als Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung anzusehenden Leistung des Mieters (vgl. dazu z. B. Senat, BGHZ 105, 71 [79]).

C. Endrenovierungspflicht aus dem vorliegenden Vertrag nur bei Verstreichenlassen der Fristen des § 7 I

Dementsprechend ist nach der Rechtsprechung des Senats eine formularmäßige Abgeltungsklausel, die den Mieter zur Zahlung eines seit Mietbeginn oder der letzten turnusmäßigen Schönheitsreparatur verflossenen Zeitraums entsprechenden prozentualen Anteils an den geschätzten Renovierungskosten verpflichtet, als unbedenklich und mit § 9 AGBG vereinbar anzusehen (BGHZ 105, 71 [77ff.] = NJW 1988, 2790; ebenso Langenberg, in: Schmidt-Futterer, MietR, 8. Aufl., § 538 Rz. 182 ff.; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 9 Rz. M 69). Eine solche zeitanteilige Quote der Renovierungslast scheidet im vorliegenden Fall allerdings aus, weil § 7 III 1 ausdrücklich nur davon spricht, der Mieter habe „die erforderlichen Arbeiten auszuführen“. Dieser eindeutige Wortlaut lässt eine ergänzende Auslegung in dem Sinne, dass der Mieter bei einer noch nicht abgelaufenen Renovierungsfrist einen anteiligen Kostenbeitrag zu leisten habe, nicht zu. Ebenso wenig kommt aber auch eine anteilige Erfüllung der Verpflichtung zur Durchführung der erforderlichen Arbeiten in Betracht, weil diese Arbeiten schon aus praktischen Gründen - wenn überhaupt - in den einzelnen Räumen nur vollständig ausgeführt werden können. In diesem Sinne ist die Klausel nach ihrem Sinn und Zweck und nach ihrem Wortlaut aber auch nicht zu verstehen.

Aus dem Zusammenhang mit dem Fristenplan des § 7 I des Vertrags und der Formulierung „spätestens bei Ende des Mietverhältnisses“ in § 7 III 1 folgt, dass die Verpflichtung zur Endrenovierung nur dann eingreifen soll, wenn zuvor die Fristen für die turnusmäßigen Schönheitsreparaturen „unerledigt“ abgelaufen sind. Dadurch unterscheidet sich diese Klausel von der unbedingten Endrenovierungspflicht, die einer rechtlichen Prüfung nach § 9 AGBG, wie oben unter B. ausgeführt, nicht standhält. Auch der erkennbare Sinn und Zweck der Klausel bestätigt diese Auslegung: Wenn der Mieter - aus welchen Gründen auch immer - schon nicht die turnusmäßigen Erhaltungsarbeiten vornimmt, soll er jedenfalls bei Beendigung des Mietverhältnisses seine vertragliche Renovierungspflicht erfüllen; andernfalls würde er entgegen den mit dem Vermieter getroffenen Vereinbarungen ungerechtfertigt bereichert und dem Vermieter entginge ein Teil des kalkulierten Entgelts für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung. Das soll durch die Bestimmung des § 7 III 1 verhindert werden.

D. Wirksamkeit der Klausel selbst bei Übergabe einer bei Mietbeginn unrenovierten Wohnung

Ist § 7 III 1 mithin - entgegen der Auffassung des LG -

dahin auszulegen, dass die Pflicht zur Endrenovierung nicht unabhängig von den in Absatz 1 genannten Fristen, sondern erst nach deren Ablauf besteht, wird der Mieter hierdurch nicht i. S. d. § 9 AGBG (§ 307 BGB) unangemessen benachteiligt (ebenso OLG Bremen, NJW 1983, 689 = GE 1982, 1085 = WuM 1982, 317; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rz. 163).

Der Wirksamkeit der vorliegenden Endrenovierungsklausel steht schließlich auch nicht der Umstand entgegen, dass der ursprüngliche Mietvertrag der Parteien vom 08.09.1982 eine Verpflichtung der Bekl. zur Vornahme der Schönheitsreparaturen nicht enthalten hat. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des LG zutrifft, dass die Rechtslage im Hinblick auf den Abschluss eines neuen Mietvertrags mit (erstmaliger) Schönheitsreparaturklausel am 02.05.1985 so zu beurteilen ist, als ob der Bekl. bei Beginn des Mietverhältnisses eine unrenovierte Wohnung übergeben worden wäre. Auch wenn man hiervon ausgeht, folgt daraus nicht eine unangemessene Benachteiligung der Bekl. und die Unwirksamkeit des § 7 III. In seinem Rechtsentscheid vom 01.07.1987 (BGHZ 101, 253 [264 ff.] = NJW 1987, 2564) hat der Senat ausgesprochen, dass bei Vermietung einer bei Vertragsbeginn nicht renovierten Wohnung die formularmäßige Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach Maßgabe eines Fristenplans jedenfalls dann wirksam ist, wenn die Renovierungsfristen (erst) mit dem Anfang des Mietverhältnisses zu laufen beginnen. Letzteres hat er für die dort zu beurteilende Klausel bejaht, weil die turnusmäßigen Schönheitsreparaturen „während der Mietzeit ... nach Maßgabe des Fristenplans“ auszuführen waren und sich weder aus dieser Formulierung noch aus dem Fristenplan Anhaltspunkte dafür ergaben, dass diese Fristen auch einen vorvertraglichen Abnutzungszeitraum miteinbeziehen sollten (BGHZ 101, 253 [265] = NJW 1987, 2564; ebenso Rechtsentscheid in BGHZ 105, 71 [84 f.] = NJW 1988, 2790). Diese Erwägungen treffen auch für den vorliegenden Fall zu. § 7 I des Vertrags spricht von den „Schönheitsreparaturen während der Mietdauer“; ist, dem BerGer. folgend, der Beginn der Mietdauer mit dem Abschluss des neuen Mietvertrags am 02.05.1985 gleichzusetzen, muss dies mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch für den Beginn der in diesem Vertrag erstmals vereinbarten Renovierungsfristen gelten. Dann aber greifen die Bedenken des BerGer., die Bekl. sei zur Renovierung auch hinsichtlich solcher Abnutzungszeiträume, die vor dem Beginn des (neuen) Mietverhältnisses lagen, verpflichtet gewesen und dadurch unangemessen benachteiligt worden, nicht durch.

E. Ergebnis

Sind nach alledem die formularmäßigen Klauseln über die Verpflichtung der Bekl. zur Durchführung der Schönheitsreparaturen während und nach Beendigung

des Mietverhältnisses in § 7 I und III wirksam, so kann der Anspruch der Kl. auf Schadensersatz wegen Ver-

letzung dieser Pflicht (§ 7 III 4) dem Grunde nach nicht verneint werden.

Standort: Berufung

Problem: Prüfungspflicht des Berufungsgerichts

BGH, URTEIL VOM 12.03.2004
V ZR 257 / 03 (NJW 2004, 1876)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatte im vorliegenden Fall von der Bekl. eine Dachgeschosswohnung zum Preis von 440.000,00 DM gekauft. Der erhoffte Ausblick auf den Taunus blieb ihr allerdings verwehrt, nachdem ihrer Wohnung gegenüber ein viergeschossiges Gebäude errichtet wurde, welches genau diese Aussicht verstellte. Die Kl. nahm die Bekl. deshalb auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (c.i.c., nunmehr §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB) in Anspruch. Sie stützte diesen Anspruch auf die Behauptung, die für die Bekl. die Vertragsverhandlungen führende Zeugin Dr. L habe seinerzeit versichert, es sei gegenüber nur eine zweigeschossige Bebauung geplant. Das LG hat die Klage abgewiesen, obwohl der von der Kl. benannte Zeuge W ihre Angaben bestätigt hatte. Die Aussage des Zeugen wurde durch das LG aber als unglaubhaft erachtet. Jedenfalls im Ergebnis schloss das BerGer. sich dieser Würdigung an.

Mit ihrer Revision hat die Kl. zumindest schon die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache zur Neuverhandlung an das BerGer. erreicht.

Prüfungsrelevanz:

Das Rechtsmittelrecht kann insbesondere ReferendarInnen als Prüfungsthema begegnen. Hierbei stellen sich eine Vielzahl prozessualer Fragen, die bezüglich der Berufungsinstanz etwa dadurch aufgeworfen wurden, dass der Gesetzgeber im Zuge der am 01.01.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform die Funktion der Berufung als zweite Tatsacheninstanz ganz erheblich eingeschränkt hat. §§ 513 I, 529 ZPO verdeutlichen, dass das Berufungsgericht in erster Linie das erstinstanzliche Urteil auf Rechts- oder sogenannte Tatsachenfehler überprüfen soll. Neuer Tatsachenvortrag kann in der zweiten Instanz nur unter den strengen Voraussetzungen der §§ 531 II, 530, 525, 296 ZPO Beachtung finden.

Hinsichtlich der Fehlerkontrolle bereitet die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfehlern zuweilen Schwierigkeiten, weil konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen i. S. d. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO nicht selten Verfahrens- und damit zugleich Rechtsfehler i. S. d. §§ 513 I, 546 ZPO sind. In diesem Zusammenhang tauchen sodann Fragen nach

den Anforderungen an eine Berufungsbegründung auf, die diese Fehler gem. § 520 III 2 Nr. 2, 3 ZPO rügen muss.

Zu diesen komplexen und miteinander verwobenen Fragestellungen äußert sich die vorliegende Entscheidung ausführlich, was sie zur vertieften Behandlung des Rechtsmittelrechts ausgesprochen lesenswert macht.

Vertiefungshinweise:

- Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz: *Schnauder*, JuS 2002, 68
- Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH: *Gaier*, NJW 2004, 2041

Kursprogramm:

- Assessorkurs*: "Ein englisches Teeservice"

Leitsätze:

- 1. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts begründen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind.**
- 2. Ist eine Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht geboten, so beurteilt sich die Frage, ob und inwieweit das Berufungsgericht zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme verpflichtet ist, nach denselben Grundsätzen wie aus der Zeit vor Geltung des Zivilprozessreformgesetzes.**
- 3. Wird in der Berufungsbegründung gerügt, das erstinstanzliche Gericht habe Parteivorbringen übergangen, so ist eine genaue Bezeichnung unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Vorinstanz nicht erforderlich.**
- 4. Auch bei einem Verfahrensfehler des erstinstanzlichen Gerichts obliegt dem Berufungsgericht nach Maßgabe des § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO die tatsächliche Inhaltskontrolle des erstinstanzlichen Urteils ungeachtet einer entsprechenden Berufungsrüge.**
- 5. Für schriftsätzlich angekündigtes Vorbringen kommt dem Urteilstatbestand keine negative Beweiskraft zu.**

Sachverhalt:

Die Bekl. war von der Stadt O. beauftragt, auf einem ehemaligen Kasernengelände gelegene Grundstücke

und Wohnungen zu vermarkten. Mit notariellem Vertrag vom 08.07.1999 verkaufte sie eine durch Ausbau des Dachgeschosses eines Hauses noch zu errichtende Wohnung zum Preis von 444.000,00 DM an die Kl. Dem Vertragsschluss vorausgegangen waren Verhandlungen zwischen einer Mitarbeiterin der Bekl., der Zeugin Dr. L, und der Kl., die von ihrem Bekannten, dem Zeugen Rechtsanwalt W, begleitet wurde. Nach den Behauptungen der Kl. erklärte Dr. L während der Verhandlungen, auf dem der künftigen Dachgeschosswohnung gegenüberliegenden Grundstück der Bekl. solle ein lediglich zweigeschossiges Gebäude errichtet werden, so dass die Sicht aus der Wohnung auf den Taunus uneingeschränkt erhalten bleibe. Tatsächlich war bereits zu diesem Zeitpunkt der - zwischenzeitlich begonnene - Bau eines viergeschossigen Wohn- und Geschäftshauses durch einen Investor geplant, wovon die Kl. erst nach Bezug der Wohnung Kenntnis erhielt. Die mehr als zweigeschossige Nachbarbebauung, so hat die Kl. behauptet, habe zu einem um 20% geminderten Wert der Wohnung geführt. Sie verlangt daher Schadensersatz in Höhe von 20% des Kaufpreises sowie entsprechend geminderter Erwerbskosten und nimmt die Bekl. im vorliegenden Rechtsstreit auf Zahlung von 47.613,80 Euro in Anspruch.

Das LG hat die Klage nach Vernehmung des Zeugen W und der Zeugin Dr. L über den Inhalt der Vertragsverhandlungen abgewiesen. Mit ihrer Berufung hat sich die Kl. gegen die Beweiswürdigung des LG gewandt und insbesondere gerügt, dass das LG die Zeugen nicht gehört habe, die sie zur Erschütterung der Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin Dr. L benannt habe. Die Berufung der Kl. ist erfolglos geblieben. Die vom OLG zugelassene Revision der Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hält die Klage auf der Grundlage der in erster Instanz getroffenen Feststellungen für unbegründet.

Die von der Kl. behaupteten Falschangaben der Zeugin Dr. L zur zweigeschossigen Bebauung des gegenüberliegenden Grundstücks seien nicht bewiesen. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen, die gem. § 529 I Nr. 1 ZPO erneute Feststellungen in der Berufungsinstanz gebieten könnten, habe die Kl. nicht aufgezeigt. Die von dem Eingangsgericht vorgenommene Beweiswürdigung unterliege zwar gewissen Zweifeln, sei im Ergebnis jedoch zutreffend. Soweit die Kl. das Übergehen erstinstanzlicher Beweisangebote gerügt habe, betreffe dies einen nicht von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangel, der gem. § 529 II 1 ZPO nur dann Zweifel i. S. v. § 529 I Nr. 1 ZPO begründen könne, wenn er nach

Maßgabe des § 520 III ZPO in der Berufungsbegründung ordnungsgemäß geltend gemacht worden sei. Diesen Anforderungen entspreche die von der Kl. erhobene Verfahrensrüge nicht, weil es an einer konkreten Bezeichnung der angebotenen Zeugen und der Angabe des genauen Aktenfundorts der jeweiligen Beweisangebote fehle.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

I. Materiell-rechtlicher Ansatzpunkt: Haftung der Bekl. wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ("c.i.c.")

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ansatz des BerGer. Für den Fall, dass - wie die Kl. behauptet - die für die Bekl. handelnde Zeugin Dr. L im Rahmen der Vertragsverhandlungen unzutreffende Angaben zu der geplanten Bebauung des gegenüberliegenden Grundstücks gemacht haben sollte, wären die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss erfüllt (vgl. Senat, NJW-RR 1997, 144 [145]; NJW 1998, 302). Die Gewährleistungsvorschriften des hier weiterhin anwendbaren früheren Rechts (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) sind nicht einschlägig und stehen mithin einer Haftung der Bekl. wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nicht entgegen. Der Umstand, dass der gegenwärtige oder zukünftige Eigentümer eines benachbarten Grundstücks zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht den Willen hat, dieses entsprechend den baurechtlichen Möglichkeiten zu bebauen, stellt keine Eigenschaft des veräußerten Objekts, deren Fehlen als Sachmangel qualifiziert werden könnte (BGH, NJW 1993, 1323 [1324]), dar.

II. Konkrete Zweifel an der Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen des Eingangsgerichts i. S. d. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO

Hingegen rügt die Revision mit Erfolg, dass das BerGer. erneute Feststellungen zu dem zwischen den Parteien streitigen Inhalt der Vertragsverhandlungen unter Verletzung des Verfahrensrechts abgelehnt hat. Auch nach neuem Recht unterliegen Berufungsurteile auf entsprechende Verfahrensrüge hinsichtlich der vollständigen Berücksichtigung des Streitstoffs und der Beweisangebote der Überprüfung durch das RevGer. (Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsbd., § 546 Rz. 15). Dies führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass sich konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit des von dem Eingangsgericht zu Grunde gelegten Sachverhalts, die nach § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO erneute Feststellungen des BerGer. gebieten, sowohl aus Fehlern der Beweiswürdigung im erstinstanzlichen Urteil (1.) als auch aus dem Übergehen erstinstanzlichen Vorbringens der Kl. (2.) ergeben.

1. Verfahrensfehler des Eingangsgerichts als konkreter Anhaltspunkt i. S. d. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO

Nach § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO ist das BerGer. an die von dem erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche hiernach die Bindung des BerGer. an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (vgl. Begr. zum RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Dr 14/4722, S. 100; Rimmelpacher, NJW 2002, 1897 [1901]; Stackmann, NJW 2003, 169 [171]).

a. Fehlerhafte Beweiswürdigung des Eingangsgerichts

Ein solcher Verfahrensfehler liegt namentlich vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 I ZPO entwickelt worden sind (Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 529 Rz. 21; Musielak/Ball, ZPO, 3. Aufl., § 529 Rz. 8). Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (BGH, NJW 1987, 1557 [1558]; Senat, NJW 1999, 3481 [3482]). Ein Verstoß gegen Denkgesetze liegt unter anderem dann vor, wenn Umständen Indizwirkungen zuerkannt werden, die sie nicht haben können, oder wenn die Ambivalenz von Indiztatsachen nicht erkannt wird (BGH, NJW 1991, 1894 [1895]; NJW 1997, 2757 [2759]).

aa. Würdigung der Aussage des Zeugen W als unglaubhaft

Hieran gemessen, ist die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil zumindest insoweit fehlerhaft, als es um die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen W geht. Dessen Bekundungen hat das Gericht erster Instanz vor allem deshalb für unglaubhaft gehalten, weil der Zeuge die angebliche Zusicherung der Zeugin Dr. L, das gegenüberliegende Grundstück werde nur zweigeschossig bebaut, nicht überprüft und sich insbesondere bei der Stadt O. nicht nach dem Bestand und dem Inhalt eines etwaigen Bebauungsplans erkundigt habe. Diesem Umstand kommt indes die ihm vom Gericht zuerkannte Indizwirkung nicht zu. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund für den Zeugen W, der an den Vertragsverhandlungen nicht als beauftragter Rechtsanwalt, sondern allein wegen seiner Bekanntschaft mit der Kl. teilgenommen hatte, Anlass bestehen konnte, Erkundigungen zu den Äußerungen der Zeugin Dr. L einzuholen. Zudem ist das herangezogene Indiz auch auf Grund seiner Ambi-

valenz nicht geeignet, die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen W in Frage zu stellen. Selbst für die Kl. gab es nämlich keine Veranlassung, die von der Zeugin Dr. L erteilten Auskünfte zu überprüfen, wenn sie auf deren Richtigkeit vertraute. Dass die Angaben der Zeugin einen für den Vertragswillen der Kl. bedeutsamen Punkt betrafen, steht dieser Möglichkeit nicht entgegen. Das Unterbleiben von Nachforschungen lässt deshalb nicht ohne weiteres darauf schließen, dass die Zeugin Dr. L eine zweigeschossige Nachbarbebauung nicht zugesagt hat. Vielmehr lässt dieser Umstand auch den Schluss zu, die Kl. habe sich ebenso wie der Zeuge W auf eine derartige Zusage verlassen.

bb. Bedeutung dieses Fehlers für die Tatsachenfeststellung insgesamt

Geht das Eingangsgericht - wie hier - auf Grund einer fehlerhaften Beweiswürdigung von der Nichterweislichkeit einer entscheidungserheblichen Tatsachenbehauptung aus, so bestehen konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen (Hannich/Meyer-Seitz, § 513 Rz. 13, § 529 Rz. 35). Hierbei genügt es, wenn nur ein tragendes Element der erstinstanzlichen Beweiswürdigung in seiner Aussagekraft geschmälert wird (Hannich/Meyer-Seitz, § 529 Rz. 32), weil bereits dann die Unrichtigkeit oder Lückenhaftigkeit der getroffenen Feststellungen als Folge der konkreten Anhaltspunkte nicht ausgeschlossen werden kann (Rimmelpacher, NJW 2002, 1897 [1902]). So liegt der Fall auch hier. Ausweislich seiner Ausführungen zur Beweiswürdigung ist das erstinstanzliche Gericht nur deshalb zu dem Ergebnis der Nichterweislichkeit unzutreffender Angaben der Zeugin Dr. L gelangt, weil es Anlass gesehen hat, an der Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Zeugen W zumindest zu zweifeln. Können diese Bedenken ausgeräumt werden, so ist es möglich, dass der Tatrichter die Aussage des Zeugen W als glaubhaft ansieht. Da die Beweiswürdigung dann auch zu einem anderen Ergebnis führen kann, besteht die nicht nur theoretische Möglichkeit eines anderen Beweisergebnisses. In solcher Situation sind erneute oder auch erstmalige (Musiellak/Ball, § 529 Rz. 12) neue Tatsachenfeststellungen durch das BerGer. gem. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO geboten (vgl. Ber. des Rechtsausschusses, BT-Dr 14/6036, S. 123; Hannich/Meyer-Seitz, § 529 Rz. 36, Rimmelpacher, in: MünchKomm-ZPO, § 529, Rz. 24; Musielak/Ball, § 529 Rz. 11).

b. Kein Übergehen dieses Fehlers wegen "im Ergebnis richtiger" Beweiswürdigung

Entgegen der Auffassung des BerGer. lässt sich weder das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte noch die Erforderlichkeit erneuter Feststellungen mit der Erwägung verneinen, das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweiswürdigung unterliege zwar „gewissen Zweifeln“,

sei aber aus anderen Gründen richtig. Zu dieser Schlussfolgerung konnte das BerGer. nur auf Grund einer eigenständigen Würdigung der in erster Instanz erhobenen Beweise gelangen. Dies stellt jedoch, worauf die Revision zutreffend hinweist, der Sache nach eine erneute Tatsachenfeststellung dar, die aber nach § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte und das Gebotensein nochmaliger Feststellungen gerade voraussetzt.

c. Fehlerhafte Beweiswürdigung auch des BerGer.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht deshalb als richtig dar (§ 561 ZPO), weil das BerGer. die Voraussetzungen einer nach § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO gebotenen erneuten Tatsachenfeststellung zwar - fehlerhaft - verneint, eine solche aber doch vorgenommen hat. Die Tatsachenfeststellung in dem Berufungsurteil leidet nämlich ebenfalls an einem Verfahrensmangel und kann deshalb keinen Bestand haben. Das BerGer. stützt seine Auffassung, die von der Kl. behauptete Zusicherung einer zweigeschossigen Bebauung des Nachbargrundstücks sei nicht erwiesen, darauf, dass beide Zeugen ein persönliches Interesse am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits hätten. Damit stellt das BerGer. die Glaubwürdigkeit der Zeugen in Frage, was - wie die Revision zu Recht rügt - nur auf Grund deren nochmaliger Vernehmung zulässig gewesen wäre, nachdem das erstinstanzliche Gericht beide Zeugen als glaubwürdig angesehen hat. Es hat sich mit der fehlenden Glaubwürdigkeit der Zeugen W und Dr. L nur insoweit befasst, als es angesichts der sich widersprechenden Aussagen erwogen hat, einer von beiden Zeugen müsse gelogen haben. Zu einer Aufklärung hat sich das erstinstanzliche Gericht jedoch außer Stande gesehen, seine Bedenken hinsichtlich der Glaubwürdigkeit daher nicht weiterverfolgt und seine weiteren Ausführungen auf die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen beschränkt. Die Frage, ob und inwieweit das BerGer. zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme verpflichtet ist, wenn die Voraussetzungen für eine erneute Tatsachenfeststellung vorliegen, beantwortet sich nach den von der Rechtsprechung zum bisherigen Recht entwickelten Grundsätzen (Musielak/ Huber, § 398 Rz. 5; Musielak/Ball, § 529 Rz. 13). Es verbleibt mithin dabei, dass das BerGer. bei pflichtgemäßer Ausübung des ihm durch §§ 525 S. 1, 398 I ZPO eingeräumten Ermessens einen bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals vernehmen muss, wenn es dessen Glaubwürdigkeit abweichend vom Erstrichter beurteilen will (vgl. BGH, NJW 1997, 466; NJW 1998, 2222 [2223] m.w. Nachw.).

2. Übergehen erstinstanzlichen Vorbringens der Kl.

Zweifel an der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ergeben sich zudem daraus, dass das Eingangsgericht die unter Beweis gestellte Behauptung der Kl. nicht berücksichtigt hat, die Zeu-

gin Dr. L habe auch anderen Interessenten eine lediglich zweigeschossige Bebauung des Nachbargrundstücks zugesagt. Träfe diese Behauptung zu, so wäre sie geeignet, die Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin Dr. L, sie habe die Kl. ebenso wie alle übrigen Interessenten auf die geplante viergeschossige Bebauung hingewiesen, in Frage zu stellen. Besteht mithin unter Zugrundelegung der von der Kl. behaupteten Tatsache zumindest die Möglichkeit eines anderen Beweisergebnisses, so ist gem. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO eine erneute Tatsachenfeststellung geboten. Entgegen der Auffassung des BerGer. ist hierfür eine den formalen Anforderungen des Revisionsrechts genügende Berufungsrüge selbst dann nicht Voraussetzung, wenn - wie hier - zugleich auch ein Verfahrensfehler des Erstrichters vorliegt. Insoweit stellt das BerGer., was die Revision mit Erfolg geltend macht, zum einen zu hohe Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit einer Verfahrensrüge gem. § 520 III 2 Nr. 2 ZPO (a.) und verkennt zum anderen auch die Bedeutung des § 529 II 1 ZPO (b.).

a. Anforderungen an eine Verfahrensrüge gem. § 520 III 2 Nr. 2 ZPO

Das BerGer. überspannt die inhaltlichen Anforderungen an die Berufungsbegründung, soweit es die Ordnungsmäßigkeit der von der Kl. gem. § 520 III 2 Nr. 2 ZPO erhobenen Berufungsrüge mit der Begründung verneint, es fehle an der erforderlichen namentlichen Benennung der in erster Instanz angebotenen Zeugen und an der Angabe des Aktenfundorts der jeweiligen Beweisangebote.

aa. Rüge der Beweiswürdigung zunächst Anwendungsfall des § 520 III 2 Nr. 3 ZPO

Wendet sich der Berufungskl. - wie hier - gegen die Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil, so greift er, gestützt auf den Berufungsgrund des § 513 I Alt. 2 ZPO, die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen mit dem Ziel einer erneuten Feststellung durch das BerGer. an. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Berufung muss er deshalb gem. § 520 III 2 Nr. 3 ZPO die Voraussetzungen darlegen, unter denen nach § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO die Bindung des BerGer. an die vom Eingangsgericht getroffenen Feststellungen entfällt (BGH, NJW 2003, 2531 [2532]). Dies hat die Kl. bereits dadurch getan, dass sie die Feststellungen des Erstrichters unter Hinweis auf ein bereits in erster Instanz vorgelegtes Beschwerdeschreiben mehrerer Wohnungseigentümer angegriffen und ihre Behauptung wiederholt hat, die Zeugin Dr. L habe auch anderen Interessenten eine lediglich zweigeschossige Bebauung des Nachbargrundstücks zugesagt. Da dieses Vorbringen die Glaubhaftigkeit der inhaltlich widersprechenden Aussage der Zeugin in Frage stellen kann und in dem mit der Berufung angefochtenen Urteil nicht berücksichtigt worden ist, sind nach der Berufungsbe-

gründung konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an den erstinstanzlich getroffenen Feststellungen mit der Folge gegeben, dass das BerGer. insoweit nicht mehr gebunden ist. Auf die von der Kl. angebotenen Zeugen wäre es erst angekommen, wenn die vom BerGer. vorzunehmende Prüfung ergeben hätte, dass die Behauptung der Kl. von der Bekl. wirksam bestritten worden war.

bb. Keine strengeren Anforderungen im Rahmen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO

Nichts anderes folgt aus § 520 III 2 Nr. 2 ZPO, falls diese Regelung für Angriffe gegen Tatsachenfeststellungen auf Grund von Verfahrensfehlern - zusätzlich - anwendbar sein sollte (befürwortend Fellner, MDR 2003, 721 [722]; abl. Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, § 520 Rz. 40). Hieraus ergeben sich im Ergebnis keine weitergehenden Anforderungen an den notwendigen Inhalt der Berufungsbegründung. Die ohnehin erforderliche Darlegung der in § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO bestimmten Voraussetzungen reicht nämlich im Fall eines Verfahrensmangels auch für die nach § 520 III 2 Nr. 2 ZPO gebotene Darlegung einer entscheidungskausalen Rechtsverletzung aus. Insbesondere muss der Berufungskl. zur Darlegung der Entscheidungserheblichkeit des geltend gemachten Verfahrensfehlers lediglich aufzeigen, dass das Eingangsgericht ohne den Verfahrensverstoß möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre (Musielak/Ball, § 520 Rz. 33).

cc. Keine Übertragbarkeit der zu § 551 III 1 Nr. 2 lit. b ZPO entwickelten Grundsätze auf die Berufungsinstanz

Entgegen der Ansicht des BerGer. lassen sich strengere formale Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht daraus herleiten, dass ein Revisionskläger, der gem. 551 III 1 Nr. 2 lit. b ZPO ein verfahrensfehlerhaftes Übergehen von Tatsachenbehauptungen oder Beweisangeboten rügen will, diese unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Vorinstanzen genau bezeichnen muss (vgl. dazu BGHZ 14, 205 [209 f.] = NJW 1954, 1522; BAG, ZIP 1983, 605 [606]; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 554 Rz. 13; Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, § 551 Rz. 21; Musielak/Ball, § 551 Rz. 11). Dieses revisionsrechtliche Erfordernis ist auf das Berufungsverfahren nicht übertragbar (a. A. Musielak/Ball, § 520 Rz. 32; Ball, WÜM 2002, 296 [299]; wohl auch Stackmann, NJW 2003, 169 [171 f.]). Es findet seine Rechtfertigung in der durch § 559 I ZPO allein für das Revisionsverfahren angeordneten Beschränkung des Prozessstoffs. Danach kann aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll nicht ersichtliches Parteivorbringen nur über eine Nichtberücksichtigungsrüge zur Beurteilungsgrundlage des RevGer. werden (vgl. Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, § 559 Rz. 3, 7). Diese Rüge

muss so konkret sein, dass keine Zweifel an dem vom RevGer. zu Grunde zu legenden Tatsachenstoff verbleiben. Das Berufungsverfahren kennt hingegen keine § 559 I ZPO vergleichbare Bestimmung. Eine entsprechende Anwendung der revisionsrechtlichen Regelung scheidet an den unterschiedlichen Funktionen der Rechtsmittel (Gaier, NJW 2004, 110 [111]; a. A. Grunsky, NJW 2002, 800 [801]; Rimmelspacher, NJW 2002, 1897 [1901]). Anders als im Revisionsverfahren ist das angefochtene Urteil nicht nur auf Rechtsfehler hin zu überprüfen, vielmehr gehört es gem. § 513 I ZPO zu den Aufgaben der Berufung, das Urteil der Vorinstanz auch auf konkrete Anhaltspunkte für Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Tatsachenfeststellungen zu prüfen und etwaige Fehler zu beseitigen (Begr. z. RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Dr 14/4722, S. 64; Hannich/Meyer-Seitz, § 513 Rz. 1, 7, 12f.). Fehlt es mithin an einer begrenzenden Regelung, so gelangt mit einem zulässigen Rechtsmittel grundsätzlich der gesamte - wie noch auszuführen sein wird, aus den Akten ersichtliche - Prozessstoff der ersten Instanz ohne weiteres in die Berufungsinstanz (Barth, NJW 2002, 1702 [1703]; Gaier, NJW, 2004, 110 [112]). Damit steht auch der von dem BerGer. zu berücksichtigende Tatsachenstoff fest, weshalb es einer Nichtberücksichtigungsrüge und der für sie geltenden formalen Anforderungen nicht bedarf.

b. Tatsachenkontrolle durch das BerGer. unabhängig von einer Berufungsrüge

Zudem hat das BerGer. nicht berücksichtigt, dass die ihm nach Maßgabe des § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO obliegende Kontrolle der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage des erstinstanzlichen Urteils im Fall eines - wie hier - zulässigen Rechtsmittels ungeachtet einer entsprechenden Berufungsrüge besteht.

aa. Keine Einschränkung des Prüfungsumfangs des BerGer. durch § 520 III 2 Nr. 3 ZPO

Eine Bindung des BerGer. an solche Zweifel begründende Umstände, die in der Berufungsbegründung dargelegt sind, folgt insbesondere nicht aus § 520 III 2 Nr. 3 ZPO. Danach müssen zwar konkrete Anhaltspunkte i. S. d. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO in der Berufungsbegründung bezeichnet werden. Auf solche Umstände wird die Überprüfung durch das BerGer. allerdings nicht beschränkt, sondern lediglich eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels geregelt (§ 522 I 1 ZPO). Die Notwendigkeit einer Rüge lässt sich dem Wortlaut anderer Gesetzesvorschriften ebenso wenig entnehmen. Sie entspricht auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Nach den Gesetzesmaterialien hat das BerGer. Zweifeln an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen selbst dann nachzugehen, wenn es sie unabhängig vom Parteivortrag auf Grund lediglich bei ihm gerichtskun-

diger Tatsachen gewonnen hat (Begr. z. RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Dr 14/4722, S. 100). Damit kann und muss das BerGer. erst recht konkrete Anhaltspunkte berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn das Übergehen dieses Vortrags von dem Berufungskläger nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden ist (Zöller/Gummer/Heßle, ZPO, 24. Aufl., § 529 Rz. 12). Bemerkte das BerGer. etwa anlässlich der Prüfung sonstiger Berufungsrügen, dass das Eingangsgericht eine für die Beweiswürdigung bedeutsame Tatsache oder ein erhebliches Beweisangebot übergangen hat, dann bestehen auch ohne dahin gehende Rüge konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die das BerGer. gem. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO zu einer erneuten Tatsachenfeststellung verpflichten (a. A. Rimmelspacher, NJW Sonderh. z. 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2003, S. 11, 16).

bb. Kein eingeschränkter Prüfungsumfang bei Tatsachenfehler, der durch rügepflichtigen Verfahrensfehler verursacht wurde

Dem steht nicht entgegen, dass das erstinstanzliche Gericht hier Parteivorbringen übergangen hat und darin ein Verfahrensfehler in Gestalt der Versagung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) oder des Verstoßes gegen § 286 I ZPO (vgl. BGH, NJW 2000, 2024 [2026]) zu sehen ist. Zwar prüft das BerGer. einen Mangel des Verfahrens - soweit er nicht von Amts wegen berücksichtigt werden muss - gem. § 529 II 1 ZPO nur dann, wenn er gem. § 520 III 2 Nr. 2 ZPO in der Berufungsbegründung gerügt worden ist. Hierdurch wird jedoch die durch § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO geregelte tatsächliche Inhaltskontrolle des BerGer. entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, § 520 Rz. 53, § 529 Rz. 14, 38; ders., NJW 2002, 1897 [1902]; ders., NJW-Sonderh. z. 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, S. 11, 15; Musielak/Ball, § 529 Rz. 9, 23; Hinz, NZM 2001, 601 [605]; Gehrlein, MDR 2003, 421 [428]) nicht eingeschränkt (Hannich/Meyer-Seitz, § 513 Rz. 8, § 529 Rz. 27, 43; Zöller/Gummer/Heßler, § 529 Rz. 12; Vorwerk, NJW-Sonderh. z. 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, S. 4, 6; Gaier, NJW 2004, 110 [112]). Von der Aufgabe des BerGer., konkreten Anhaltspunkten ungeachtet einer Berufungsrüge nachzugehen, macht das Gesetz keine Ausnahme, wenn sich - was ohnehin die weitaus praktischste Fallgestaltung darstellen dürfte - konkrete Anhaltspunkte i. S. d. § 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO aus Verfahrensfehlern des Erstrichters bei der Feststellung des Sachverhalts ergeben. Dies zeigt sich an der Systematik des § 529 ZPO, der mit seinen Absätzen klar zwischen den Aufgaben des BerGer. bei der Überprüfung des angefochtenen Urteils in tatsächlicher und in rechtlicher

Hinsicht trennt (Hannich/Meyer-Seitz, § 513 Rz. 8, § 529 Rz. 27, 43). Für die tatsächliche Inhaltskontrolle ist ausschließlich § 529 I ZPO maßgebend, eine Vermischung mit der in § 529 II ZPO geregelten Rechtsfehlerkontrolle darf mithin selbst dann nicht stattfinden, wenn die fehlerhaften Tatsachenfeststellungen im erstinstanzlichen Urteil auf einem Verfahrensmangel beruhen.

cc. Zur Erwähnung übergangenen Parteivorbringens im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils

Das BerGer. ist an der Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens nicht deshalb gehindert gewesen, weil dieser Vortrag weder durch eine Darstellung im Tatbestand noch durch eine § 313 II 2 ZPO genügende Bezugnahme (vgl. BGH, LM § 295 ZPO Nr. 9) in dem erstinstanzlichen Urteil Erwähnung gefunden hat.

Die auf § 314 ZPO gestützte Annahme, dass nicht erwähnte Angriffs- und Verteidigungsmittel auch tatsächlich unterblieben sind (negative Beweiskraft des Tatbestands), wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das Parteivorbringen in dem Urteilstatbestand vollständig wiedergegeben werden müsste. Nur dann könnte nämlich von dem Fehlen einer Darstellung auf das Fehlen entsprechenden Vortrags geschlossen werden. Eine vollständige Wiedergabe des Parteivorbringens kann aber nicht mehr zu den Funktionen des Urteilstatbestands zählen, nachdem sich das Gesetz in § 313 II ZPO mit einer "knappen" Darstellung nur des „wesentlichen Inhalts“ der vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel begnügt (Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, § 559 Rz. 7; Musielak/Ball, § 529 Rz. 7, § 559 Rz. 17; ders., in: Festschr. f. Geiß, 2000, S. 3, 20; Fischer, DRiZ 1994, 461 [462 f.]; Crückeberg, MDR 2003, 199 [200]; Gaier, NJW 2004, 110 [111]; Rixecker, NJW 2004, 705 [708]; a. A. Rimmelspacher, NJW-Sonderh. z. 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, S. 11, 13). Dies hängt eng zusammen mit der Aufgabe der ursprünglichen Konzeption des Zivilprozesses als eines rein mündlichen Verfahrens, nach der mündlicher Vortrag weder durch ein Verlesen noch durch eine Bezugnahme auf Schriftsätze ersetzt werden konnte (§ 128 III 1 CPO 1877/§ 137 III 1 CPO 1900). Wurde hiernach ausschließlich das mündlich Vorgetragene zum Prozessstoff, so konnte dieser nicht durch den Inhalt der Schriftsätze, sondern allein durch den - tunlichst vollständigen - Urteilstatbestand nachgewiesen werden. Insbesondere seit der gänzlichen Aufgabe des Bezugnahmeverbots durch die Neufassung des § 137 III 1 ZPO (RGBl I 1924, 135) stehen indessen die vorbereitenden Schriftsätze ebenfalls zum Nachweis des Parteivorbringens zur Verfügung. Da mit der Antragstellung und der mündlichen Verhandlung im Zweifel eine Bezugnahme der Parteien auf den Inhalt der zur Vorbereitung vorgelegten Schriftstücke verbunden ist (BGH, NJW RR 2002, 381 m. w. Nachw.), ergibt sich der Prozessstoff auch aus dem Inhalt der

Gerichtsakten. Der BGH hat bereits vor dem Hintergrund dieser Überlegung - wenn auch ohne ausdrückliche Aufgabe der Rechtsprechung zur negativen Beweiskraft - auf entsprechende Revisionsrüge Vorbringen berücksichtigt, das im Tatbestand nicht erwähnt war (BGH, NJW 1992, 2148 [2149]; NJW-RR 1996, 379; vgl. auch NJW-RR 2002, 381). Allein mit dem Hinweis auf die negative Beweiskraft des Urteilstatbestands kann mithin Parteivorbringen, das sich aus den vorbereitenden Schriftsätzen ergibt, in den Rechtsmittelverfahren nicht unberücksichtigt bleiben. Hingegen bleibt die negative Beweiskraft für solche Angriffs- und Verteidigungsmittel von Bedeutung, die in der mündlichen Verhandlung ohne vorherige Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz vorgebracht werden (Ball, in Festschr. f. Geiß, 2000, S. 3, 20).

Allerdings hat die Rechtsprechung bisher dem Urteilstatbestand auf Grund des § 314 ZPO auch negative Beweiskraft hinsichtlich des mündlichen Parteivorbringens beigelegt. Danach soll der Tatbestand nicht nur Beweis dafür erbringen, dass das, was in ihm als Parteivortrag wiedergegeben wird, tatsächlich vorgebracht worden ist, sondern auch beweisen, dass von den Parteien nichts behauptet worden ist, was nicht aus dem Tatbestand ersichtlich ist (Senat, NJW 1984, 2463, insoweit in BGHZ 91, 282 nicht abgedr.; BGH, NJW 1981, 1848; NJW 1983, 885 [886] m. w. Nachw.; NJW-RR 1990, 1269). Dieser bereits vom RG (RGZ 4, 418 [420]; JW 1887, 38; JW 1896, 72; JW 1897, 52 [53]) vertretenen Auffassung ist das BVerwG beigetreten (BVerwG, Beschl. v. 13. 4.1989, 1 B 21/89 m. w. Nachw.). Gleichwohl bedarf es hier weder einer Vorlage an den GS (Z) (§ 132 GVG) noch an den GmS-OGB (§ 2 RsprEinhG). Beide Vorlagen

setzen voraus, dass die Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfrage für die Entscheidung des konkreten Falls nach Auffassung des vorlegenden Senats erforderlich wird, das vorlegende Gericht also bei Befolgung der abweichenden Ansicht zu einem anderen Ergebnis gelangen würde (BGH, NJW 2000, 1185, zu § 132 GVG; GmS-OGB, BGHZ 88, 353 [357] = NJW 1984, 1027, zu § 2 RsprEinhG). An diesem Erfordernis fehlt es; denn das angefochtene Urteil ist bereits deshalb aufzuheben und die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen, weil sich konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit des zu Grunde gelegten Sachverhalts aus den bereits erörterten Fehlern der Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil ergeben.

C. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer. gem. § 563 I ZPO

Nach alledem war die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I ZPO). Das BerGer. wird zunächst die gebotenen Feststellungen zum Inhalt der geführten Vertragsverhandlungen nachholen müssen. Sollte danach von dem Vorliegen der Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs auszugehen sein, wären weitergehende Feststellungen zur Schadenshöhe erforderlich. Da die Kl. an dem geschlossenen Vertrag festhalten will, wäre als ersatzfähiger Schaden der Betrag anzusetzen, um den die Kl. die Dachgeschosswohnung im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben der Zeugin Dr. L zu teuer erworben hat (vgl. Senat, NJW 2001, 2875 [2877] m. w. Nachw.).

Standort: Kaufrecht

Problem: Gewährleistungsausschluss

BGH, URTEIL VOM 13.02.2004
V ZR 225 / 03 (NJW 2004, 1873)

Problemdarstellung:

Die Kl. haben sich hier beim Kauf eines Einfamilienhauses von den Bekl. auf einen Ausschluss der Sachmängelgewährleistung eingelassen. Als sie dann bei Einzug Feuchtigkeitsschäden feststellten und ihnen ein Privatgutachter bescheinigte, diese Schäden seien auf Abweichungen der baulichen Ausführung des Hauses von den genehmigten Plänen sowie auf generelle Baumängel zurückzuführen, nahmen die Kl. gleichwohl die Bekl. in Anspruch. Zwar verlangten sie keine Gewährleistung, stellten sich aber auf den Standpunkt, aus dem geschlossenen Vertrag lasse sich ein Anspruch auf Abtretung der Gewährleistungsrechte ableiten, die den Bekl. gegenüber den Erbauern des Hauses zustünden, von denen die Bekl. das Anwesen 9 Jahre

zuvor erworben hatten. Dieser Rechtsauffassung blieb in letzter Instanz der Erfolg versagt.

Prüfungsrelevanz:

Gewährleistungsausschlüsse sowie ihre Auslegung und Reichweite im Einzelfall zählen zu den klassischen Examensproblemen, die in immer wieder neuem Gewand auftauchen. Im vorliegenden Fall schienen die Kl. sich auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1996 berufen zu können, in welcher dem Käufer eines Grundstückes, welches sich anschließend als schadstoffverunreinigt herausstellte, ein vergleichbarer Abtretungsanspruch eingeräumt wurde. Der BGH stellte nunmehr allerdings heraus, dass die damals ermittelten Bodenverunreinigungen über das gewöhnliche Mängelrisiko, das ein Käufer mit einem Gewährleistungsausschluss auf sich nehme, hinausgingen. Genau dies sei bei den hier in Rede stehenden Feuchtigkeitsschä-

den dagegen nicht der Fall, so dass mangels besonderer anderer Anhaltspunkte eine ergänzende Vertragsauslegung wie von den Kl. vertreten nicht vorgenommen werden könne.

Mit ihren Ausführungen zum Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung berührt die Entscheidung mithin einen zweiten für die Examensvorbereitung wichtigen Themenkreis.

Vertiefungshinweise:

Zur gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Versacher eines einheitlichen Baumangels: *BGH*, RA 2003, 749 = *NJW* 2003, 2980

Zur Auslegung des Werkvertrages mit einem Architekten über die Bauplanung: *BGH*, RA 2003, 90 = *NJW* 2003, 287

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das gebrauchte Cabrio"

Examenskurs: "Hubschrauberleasing"

Assessorkurs: "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsatz:

Beim Weiterverkauf eines Grundstücks unter Gewährleistungsausschluss ist für eine Verpflichtung zur Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Erstverkäufer im Wege ergänzender Vertragsauslegung nur dann Raum, wenn besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Gewährleistungsausschluss dem Zweitkäufer Ansprüche gegen den Erstverkäufer nicht vorenthalten sowie den Erstkäufer wegen etwaiger Mängel nicht abschließend entlasten und vor unvorhersehbaren Rückwirkungen einer Inanspruchnahme des Erstverkäufers schützen sollte.

Sachverhalt:

Die Kl. erwarben im Mai 2001 von den Bkl. ein Grundstück unter Ausschluss der Sachmängelgewährleistung. Das darauf befindliche Einfamilienhaus hatten diese von einem Architektenehepaar (nachfolgend: Erstverkäufer) errichten lassen und 1992 gemeinsam mit dem Grundstück erworben. Bei Bezug des Hauses im September 2001 stellten die Kl. Feuchtigkeitsschäden im Kellergeschoss fest. Sie behaupten unter Vorlage eines Privatgutachtens, diese beruhten darauf, dass wesentliche Bauteile des Hauses abweichend von den genehmigten Plänen und zudem fehlerhaft ausgeführt worden seien. Die Mängel müssten zwar nicht den Bkl., wohl aber den Erstverkäufern bekannt gewesen sein. Daher stünden den Bkl. unverjährte Gewährleistungsansprüche gegen die Erstverkäufer zu.

Die auf Abtretung dieser Ansprüche sowie Herausgabe einer Kopie des Kaufvertrags mit den Erstverkäufern gerichtete Klage ist vor dem LG erfolglos geblieben.

Auf die Berufung der Kl. sind die Bkl. im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt worden. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision erstreben die Bkl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; sie führte zur Aufhebung des OLG-Urteils und Klageabweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint, ein Anspruch der Kl. auf Abtretung der den Bkl. gegen die Erstverkäufer zustehenden Ansprüche folge aus einer ergänzenden Auslegung des Kaufvertrags. Die Parteien hätten bei dessen Abschluss nicht bedacht, dass Mängel vorhanden sein könnten, für die die Erstverkäufer noch einstehen müssten. Bei Einbeziehung dieses Aspekts hätten sich die Bkl. nach Treu und Glauben auf eine Abtretung ihrer Gewährleistungsansprüche einlassen müssen. Ob die behaupteten Mängel tatsächlich vorlägen, könne dahinstehen. Da die vertragliche Regelungslücke lediglich die Möglichkeit betreffe, dass Mängel aufträten, die Ansprüche gegen die Erstverkäufer begründeten, seien die Bkl. schon dann zur Abtretung verpflichtet, wenn diese Möglichkeit ernsthaft bestehe; hiervon sei nach dem Vorbringen der Kl. auszugehen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

I. Revisionsrechtliche Prüfung der Vertragsauslegung durch das BerGer.

Zwar gehört die ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich in den Bereich tatrichterlicher Feststellungen und ist deshalb revisionsrechtlich nur darauf nachprüfbar, ob das BerGer. Auslegungs- und Ergänzungsregeln oder Denk- oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Umstände unbeachtet gelassen hat (Senat, *BGHZ* 111, 110 [115] = *NJW* 1990, 1723; *NJW* 1998, 1219 [1220]; *BGH*, *NJW* 2002, 2310 = *WM* 2002, 1229 [1230]). Ein solcher Rechtsfehler ist dem BerGer. aber unterlaufen.

I. Mängel innerhalb des "allgemeinen Mängelrisikos"

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das BerGer. die Voraussetzungen, unter denen der Senat mit Urteil vom 20. 12. 1996 (*NJW* 1997, 652) eine Verpflichtung zur Abtretung etwaiger Gewährleistungsansprüche des Verkäufers gegen den Erstverkäufer im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen hat, nicht für gegeben hält. Denn anders als in dem der Senatentscheidung zu Grunde liegenden Fall geht es hier nicht um ein das „allgemeine Mängelrisiko“ übersteigendes „zusätzliches Risiko“ einer Bodenbelastung durch Schadstoffe, das zu regeln die Parteien nicht bedacht haben. Fehlerfrei geht das BerGer. vielmehr

davon aus, dass die Qualität der behaupteten Mängel den Rahmen des von den Parteien erwarteten und geregelten Risikos nicht übersteigt.

2. Fehlen einer vertraglichen Regelung führt nicht automatisch zu planwidriger Unvollständigkeit

Dem BerGer. ist dagegen nicht auch darin zu folgen, aus dem Umstand, dass keine der Parteien vorgetragen habe, eine mögliche Haftung der Erstverkäufer sei Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen, könne auf eine Regelungslücke des Vertrags geschlossen werden. Fehlender Vortrag indiziert ebenso wenig eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit (vgl. BGHZ 127, 138 [142] = NJW 1994, 3287) wie die Tatsache, dass der Vertrag für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält. Von einer planwidrigen Unvollständigkeit kann nur gesprochen werden, wenn der Vertrag auf Grund einer an objektiven Maßstäben orientierten Bewertung des Inhalts der getroffenen Vereinbarung und der daraus abgeleiteten Rechtsfolge (Senat, NJW 1998, 1219) eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zu Grunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen (vgl. BGHZ 90, 69 [74] = NJW 1984, 1177; BGHZ 77, 301 [304] = NJW 1980, 2347; Staudinger/Roth, BGB, 2003, § 157 Rz. 15). Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien mit der getroffenen Regelung ein bestimmtes Ziel erreichen wollten, dies aber wegen der Lückenhaftigkeit des Vereinbarten nicht gelungen ist (Senat, NJW-RR 2004, 554). Hingegen darf die ergänzende Vertragsauslegung nicht herangezogen werden, um einem Vertrag aus Billigkeitsgründen einen zusätzlichen Regelungsgehalt zu verschaffen, den die Parteien objektiv nicht vereinbaren wollten (BGHZ 77, 301 [304] = NJW 1980, 2347; BGHZ 40, 91 [103] = NJW 1963, 2071).

3. "Regelungsplan" eines Grundstückskaufvertrages

Bei einem Grundstückskaufvertrag ist das Regelungskonzept der Vertragsschließenden meist auf den Leistungsaustausch und darauf gerichtet, die Haftung des Verkäufers für mögliche Sachmängel zu begrenzen. Bestimmungen zur Haftung Dritter und der Abtretung etwaiger Ansprüche gegen sie sind zur Verwirklichung dieser Ziele in der Regel nicht erforderlich. Haben die Parteien die Gewährleistung für ein bebautes Grundstück - wie hier - ausgeschlossen, so wird damit das „allgemeine Mängelrisiko“ auf den Käufer verlagert. Der Verkäufer soll wegen für möglich gehaltener Mängel nach Gefahrübergang nicht mehr in Anspruch genommen werden können, die Angelegenheit insoweit für ihn „erledigt“ sein. Dieses Regelungskonzept schließt zwar eine Abtretung von Gewährleistungsansprüchen des Verkäufers gegen den Erstverkäufer nicht aus, erfordert es aber auch nicht in dem Sinne, dass das Fehlen der Abtretung die Regelung lücken-

haft sein ließe. Von einer Lücke kann nur dann gesprochen werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Verlagerung des allgemeinen Mängelrisikos auf den Käufer diesem Ansprüche gegen den Erstverkäufer nicht vorenthalten und den Verkäufer nicht abschließend wegen etwaiger Mängel entlasten sollte. Einen solchen Anhaltspunkt hat der Senat in der Entscheidung vom 20. 12. 1996 (NJW 1997, 652) in dem bei Vertragsabschluss nicht für möglich gehaltenen zusätzlichen Risiko einer Bodenbelastung durch Schadstoffe gesehen.

Einen vergleichbaren tatsächlichen Anhaltspunkt gibt es hier jedoch nicht. Allein die rechtliche Überlegung, dass die Rechtsstellung des Käufers nicht schwächer als möglich ausgestaltet und der Erstverkäufer nicht begünstigt werden dürfe, genügt als Billigkeitserwägung nicht zur Begründung einer Regelungslücke. Sie berücksichtigt nicht das berechnete Interesse des Verkäufers, über eine Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Erstverkäufer selbst entscheiden zu können, vor unvorhersehbaren Rückwirkungen einer Inanspruchnahme des Erstverkäufers durch den Zweitkäufer verschont zu bleiben und nicht in Rechtsstreitigkeiten zwischen beiden einbezogen zu werden. In diesem Zusammenhang kann hier nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Bekl. nach den Feststellungen des BerGer. vorgerichtlich zu einer Zession nur bereit erklärt haben, sofern sie selbst abschließend von einer Inanspruchnahme freigestellt werden, weil dieses Verhalten Rückschlüsse auf ihren tatsächlichen Willen bei Vertragsschluss zulässt. Widerstreiten aber in Bezug auf eine mögliche Inanspruchnahme des Erstverkäufers durch den Zweitkäufer die Interessen von Zweitkäufer und Zweitverkäufer, so kann auf Grund einer an objektiven Maßstäben orientierten Bewertung des Inhalts der getroffenen Vereinbarung ohne weitere Anhaltspunkte nicht auf eine Lückenhaftigkeit des Vereinbarten geschlossen werden. Damit scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus mit der Folge, dass es bei der gesetzlichen Regelung verbleibt.

II. Kein gesetzlicher Abtretungsanspruch aus § 281 BGB a. F.

Nach den hier maßgeblichen, in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anwendbaren gesetzlichen Vorschriften des BGB (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) sind die Bekl., wie auch das BerGer. nicht verkennt, zu einer Abtretung etwaiger Ansprüche gegen die Erstverkäufer nicht verpflichtet. Eine solche Verpflichtung folgt insbesondere nicht aus § 281 BGB a. F. Bei einem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorhandenen Mangel der Kaufsache liegt, ungeachtet der Frage, ob behebbare Mängel überhaupt geeignet sind, eine (Teil-)Unmöglichkeit zu begründen (vgl. dazu Staudinger/Honsell, BGB, 1995 Vorb. zu §§ 459 ff. Rz. 19; Westermann, in: MünchKomm, 3.

Aufl., § 459 Rz. 3; Erman/Battes, BGB, 10. Aufl., § 281 Rz. 6), jedenfalls kein Fall der - von § 281 BGB a. F. allein erfassten - nachträglichen Unmöglichkeit vor (vgl. Staudinger/Honsell, Vorb. zu §§ 459 ff., Rz. 25). Demgemäß stellt sich -anders als bei einer nachträglichen Verschlechterung der Kaufsache - nach Gefahrübergang auch nicht die Frage, ob ein einmal begründeter, zu den allgemeinen Bestimmungen über Leistungsstörungen zählender Anspruch aus § 281 BGB neben den Regeln über die Sachmängelgewährleistung fortbestehen kann (offen gelassen von Senat, BGHZ 114, 34 [37] = NJW 1961, 1675). Vielmehr verbleibt es bei dem vom BGH in ständiger Rechtsprechung angewandten Grundsatz, dass die Vorschriften über

die Sachmängelgewährleistung beim Kauf nach Gefahrübergang als besondere und abschließende Regelung die allgemeinen Bestimmungen über Leistungsstörungen ausschließen (vgl. Senat, BGHZ 113, 232 [235] = NJW 1991, 1048; BGHZ 60, 319 [320] = NJW 1973, 1234; BGHZ 10, 242 [248 f.] = NJW 1953, 1505).

III. Endergebnis

Da eine Grundlage für die verlangte Abtretung somit, fehlt, war das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Kl. gegen das klageabweisende Urteil erster Instanz zurückzuweisen.

Standort: Schadensrecht

Problem: Erstattung von Umsatzsteuer

BGH, URTEIL VOM 20.04.2004
VI ZR 109 / 03 (NJW 2004, 1943)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über das Schadensersatzverlangen eines Verkehrsunfallgeschädigten zu entscheiden, mit dem dieser von der KfZ-Haftpflichtversicherung seines Unfallgegners (vgl. zu diesem Direktanspruch § 3 Nr. 1 PflVG) Ersatz des Mehrwertsteuerbetrages verlangte, der laut Sachverständigengutachten bei der Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges angefallen wäre. Tatsächlich hatte der Kl., an dessen Altfahrzeug wirtschaftlicher Totalschaden entstanden war, auf eine solche Ersatzbeschaffung verzichtet. Die beklagte Versicherung, deren Haftung dem Grunde nach unstrittig war, verwies auf die seit dem 01.08.2002 geltende Regelung des § 249 II 2 BGB und vertrat die Ansicht, dass diese Regelung nicht nur im Falle der Reparatur einer beschädigten Sache, sondern auch der Ersatzbeschaffung für eine völlig zerstörte Sache Anwendung finden müsse. Diese Auffassung wurde durch das Revisionsurteil des BGH bestätigt.

Prüfungsrelevanz:

Die am meisten beachtete Veränderung durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 war selbstverständlich die Neuregelung des Schmerzensgeldanspruches durch die Streichung des § 847 BGB a. F. und die Neueinführung des § 253 II BGB n. F. (vgl. außerdem § 11 S.2 StVG, § 6 S. 2 HPfVG und § 8 S. 2 ProdHaftG). In der Praxis von weitreichender Bedeutung war allerdings auch die Einführung des § 249 II 2 BGB, der fortan die bislang weit verbreitete Übung verhindern soll, wonach Unfallgeschädigte auf der Basis eines eingeholten Sachverständigengutachtens ihren Schaden berechneten und dabei auch Mehrwertsteuerbeträge abrechneten, die tatsächlich nicht angefallen waren,

weil auf die Reparatur des Unfallfahrzeugs verzichtet wurde. Wie die vorliegende Entscheidung klarstellt, gilt die Beschränkung der Ersatzfähigkeit von Mehrwertsteuer auf die tatsächlich angefallenen Beträge auch für den Fall der Ersatzbeschaffung nach der völligen Zerstörung einer Sache des Anspruchstellers. Die Kenntnis dieser Rechtsprechung dürfte wegen ihrer hohen Praxisbedeutung in beiden juristischen Staatsexamina erwartet werden.

Vertiefungshinweise:

- Die Reform des Schadensersatzrechts: *Däubler*, JuS 2002, 625
- Die Erstattung der Mehrwertsteuer bei wirtschaftlichem Totalschaden: *Heinrich*, NJW 2004, 1916
- Zur Ersatzfähigkeit des vollen Mehrwertsteuerbetrages gem. § 10 UStG gegenüber dem Differenz-Mehrwertsteuerbetrag gem. § 25 a UStG: *BGH*, NJW 2004, 2086

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skate-Board"
- Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsatz:

Im Falle eines wirtschaftlichen Totalschadens an einem Kraftfahrzeug hat der Geschädigte einen Anspruch auf Ersatz von Umsatzsteuer nur, wenn er eine Ersatzbeschaffung vorgenommen oder - ungeachtet der Unwirtschaftlichkeit einer Instandsetzung - sein beschädigtes Fahrzeug repariert hat und wenn tatsächlich Umsatzsteuer angefallen ist.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl. als Haftpflichtversicherer auf Grund eines Verkehrsunfalls vom 30.08.2002 auf Ersatz restlichen Fahrzeugschadens in Anspruch. Die

volle Haftung der Bekl. steht außer Streit. An dem Fahrzeug des Kl. entstand wirtschaftlicher Totalschaden. In einem vorprozessual eingeholten Gutachten ermittelte ein Sachverständiger den Wiederbeschaffungswert mit 9.913,79 Euro netto und 11.500 Euro brutto, den Restwert mit 2.672,41 Euro netto und 3.100,00 Euro brutto. Die Bekl. hat den Nettowiederbeschaffungswert um den Bruttorestwert gekürzt und 6.814,00 Euro ersetzt. Der Kl., der kein Ersatzfahrzeug angeschafft hat, hat die Zahlung weiterer 1.586,00 Euro begehrt. Er verlangt auch die Zahlung des auf den Wiederbeschaffungswert entfallenden Mehrwertsteuerbetrags.

Das AG hat der Klage nur teilweise stattgegeben. Es hat von dem Nettowiederbeschaffungswert den Netto-restwert abgesetzt und dem Kl. weitere 427,38 Euro zugesprochen. Dessen Berufung hat das LG zurückgewiesen. Die vom BerGer. zugelassene Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Auffassung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, der weitergehende Anspruch des Kl. sei unbegründet, weil Mehrwertsteuer nicht angefallen sei. § 249 II 2 BGB sei auch im Falle des wirtschaftlichen Totalschadens an einem Kraftfahrzeug anzuwenden, denn die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs sei eine Form der Wiederherstellung (Naturalrestitution).

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

I. Anwendbarkeit von § 249 II 2 BGB n. F. auch bei wirtschaftlichem Totalschaden

Da das schädigende Ereignis nach dem 31. 7. 2002 eingetreten ist, bestimmt sich die Ersatzpflicht der Bekl. gern. Art. 229 § 8 I EGBGB nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19. 7. 2002 (BGBl I, 2674). Nach dieser gesetzlichen Neuregelung schließt der bei der Beschädigung einer Sache zur Wiederherstellung erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist (§ 249 II 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision ist dem BerGer. darin zu folgen, dass diese Norm auch bei einem wirtschaftlichen Totalschaden Anwendung findet. Deshalb besteht in solchen Fällen ein Anspruch auf Ersatz von Umsatzsteuer nur, wenn der Geschädigte eine Ersatzbeschaffung vorgenommen oder - ungeachtet der Unwirtschaftlichkeit einer Instandsetzung - sein beschädigtes Fahrzeug repariert hat und wenn tatsächlich Umsatzsteuer angefallen ist.

1. Grundsätzlicher Inhalt der Schadensersatzpflicht: Totalreparation des nach der Differenzmethode zu ermittelnden Schadens

Art und Umfang des vom Schädiger zu leistenden Ersatzes bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Wie der erkennende Senat wiederholt ausgeführt hat, beschränkt sich das schadensersatzrechtliche Ziel der Restitution nicht auf eine Wiederherstellung der beschädigten Sache; es besteht in umfassender Weise darin, einen Zustand herzustellen, der wirtschaftlich gesehen der ohne das Schadensereignis bestehenden (hypothetischen) Lage entspricht. Dieses Ziel kann bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs in der Regel auch dadurch erreicht werden, dass der Geschädigte ein (gleichwertiges) Ersatzfahrzeug erwirbt (st. Rspr., vgl. Senatsurteil BGHZ 143, 189 [193] = NJW 2000, 800 m. w. Nachw.).

2. Keine Abweichung von diesen Grundsätzen im Anwendungsbereich des § 249 II 2 BGB n. F.

Der Wortlaut von § 249 II 2 BGB n. F. gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Der Vorschrift ist nicht zu entnehmen, dass sie nur bei einer Wiederherstellung der beschädigten Sache, nicht aber im Falle einer Ersatzbeschaffung Anwendung finden soll. Gegenteiliges kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass in dieser Norm von der „Beschädigung einer Sache“ die Rede ist. Die Verwendung dieses Begriffs dient vielmehr - ebenso wie schon in § 249 S. 2 BGB a. F. - allein dazu, Art und Umfang des bei einer Sachsubstanzverletzung zu leistenden Schadensersatzes von der Schadensersatzverpflichtung abzugrenzen, die wegen der Verletzung einer Person besteht.

3. Begründung des Gesetzgebers zu § 249 II 2 BGB n. F.

Gegen eine Abkehr von der bisherigen rechtlichen Einordnung der Ersatzbeschaffung spricht vor allem der aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche Wille des Gesetzgebers. Dieser hat die von der Rechtsprechung vorgenommene Konkretisierung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 249 BGB a. F. im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich gebilligt und zur Grundlage der Neuregelung gemacht. In der Gesetzesbegründung wird nach dem Hinweis, die Neuregelung beschränke sich auf die Restitutionsfälle des § 249 BGB, ausgeführt: „§ 249 BGB wird von der Rechtsprechung (BGHZ 92, 85 [87f.] = NJW 1984, 2282) - unabhängig davon, ob es sich um die Beschädigung eines Kfz oder einer anderen Sache handelt - immer dann herangezogen, wenn eine Herstellung der beschädigten Sache selbst oder die Beschaffung einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache möglich ist. Hier erhält der Geschädigte das Integritätsinteresse ersetzt, das heißt er erhält die für die Herstellung erforderlichen Kosten (Staudinger/Schiemann, BGB, § 249 Rz. 211). § 251 BGB wird von der Rechtsprechung (BGHZ 92, 85 =

NJW 1984, 2282) nur in den seltenen Fällen herangezogen, in denen die Sache zerstört und auch die Beschaffung einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist" (BT-Dr 14/7752, S. 13). Im Weiteren stellt der Gesetzgeber klar, dass die für die Reparatur einer beschädigten Sache bestimmten Grundsätze auch für den Fall gelten, dass die Wiederherstellung durch Ersatzbeschaffung erfolgt. Es heißt nämlich: „Der Geschädigte kann auch wie bisher auf eine Reparatur oder Ersatzbeschaffung der beschädigten Sache ganz verzichten und stattdessen den hierfür erforderlichen Geldbetrag verlangen. In diesem Fall erhält er jedoch - entgegen der bisherigen Rechtslage - nicht mehr den vollen, sondern den um die Umsatzsteuer reduzierten Geldbetrag. Dies gilt sowohl für den Fall, dass sich der erforderliche Geldbetrag nach den fiktiven Reparaturkosten richtet, als auch für den Fall, dass er sich nach den fiktiven Kosten für die Beschaffung einer gleichwertigen Ersatzsache richtet, weil die Reparaturkosten die Ersatzbeschaffungskosten unverhältnismäßig übersteigen würden" (BT-Dr 14/7752, S. 23 f.).

4. *Kein zwingender Zusammenhang zwischen wirtschaftlichem Totalschaden und dem Anfallen von Umsatzsteuer*

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, im Falle eines wirtschaftlichen Totalschadens habe der Geschädigte gerade keine Möglichkeit, über die Vornahme einer Reparatur zu entscheiden, sondern sei im Regelfall auf eine Ersatzbeschaffung angewiesen, bei der regelmäßig Mehrwertsteuer anfalle; dadurch unterscheide sich die Sachlage wesentlich von derjenigen bei Reparaturwürdigkeit des beschädigten Kraftfahrzeugs. Die Revision verkennt, dass der Geschädigte auch bei einem wirtschaftlichen Totalschaden nicht darauf angewiesen ist, ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft vorzunehmen. Es steht ihm frei, gänzlich auf eine Ersatzbeschaffung zu verzichten oder ein Ersatzfahrzeug von einer Privatperson zu erwerben. Hierbei fällt jeweils keine Umsatzsteuer an. Erhielte er gleichwohl fiktive Umsatzsteuer auf den Nettoschadensbetrag, so käme es nach der gesetzlichen Wertung (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 13) zu einer Überkompensation, die § 249 II 2 BGB gerade verhindern soll. Beschafft der Geschädigte sich hingegen ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug und fällt dabei Umsatzsteuer an, so steht ihm insoweit ein Erstattungsanspruch zu.

5. *Möglichkeit der Nachforderung von Umsatzsteuer bei späterer Ersatzbeschaffung*

Vergeblich sucht die Revision ihre Auffassung auf die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes zu stützen. Sie meint, dieser widerspreche es, wenn der Geschädigte die Mehrwertsteuer nur deshalb nicht erhalte, weil er die Ersatzbeschaffung nicht zum Zeitpunkt der

Schadensregulierung vornimmt. Dieser Gesichtspunkt greift jedoch nicht, denn der Geschädigte ist nicht zwingend mit einer Nachforderung ausgeschlossen, wenn er nach zunächst auf Gutachtenbasis erfolgter Abrechnung später eine Ersatzbeschaffung vornimmt und nunmehr Umsatzsteuer anfällt. Der vorliegende Fall nötigt nicht zu näheren Ausführungen über ein solches Nachforderungsrecht. Jedenfalls ist ein Verzicht des Geschädigten auf eine Nachforderung in seinem zunächst gestellten Schadensersatzverlangen regelmäßig nicht zu sehen (vgl. Senat, NJW 1997, 3019 = VersR 1998, 122; s. auch Staudinger/Schiemann, 13. Bearb. [1995], § 249 Rz. 226 a. E.; Heß, ZfS 2002, 367; ders., NZV 2004, 1 [3]; Lang/Stahl/Suchomel, NZV 2003, 441 [447]; Scbirmer, DAR 2004, 21 [23]; a. A. wohl Lemcke, r+s 2002, 265 [272]).

Einer Nachforderungsbefugnis des Geschädigten stünde nicht entgegen, dass sie dem Haftpflichtversicherer die Schadensregulierung insoweit erschweren könnte, als er nach einer Abrechnung auf Gutachtenbasis den Schadensfall möglicherweise bis zur Vollendung der Verjährung nicht abschließen kann. Das wäre nämlich nur eine wirtschaftliche Folge des Gesetzes, die in den Fällen der Reparaturwürdigkeit der beschädigten Sache in gleicher Weise besteht wie beim Eintritt eines wirtschaftlichen Totalschadens und die der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 249 II 2 BGB in Kauf genommen hat. Sie würde den Versicherer nicht unangemessen belasten, zumal ihm die durch § 249 II 2 BGB geschaffene Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auch einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Vorteil verschafft.

6. *Zwischenergebnis*

Aus allen diesen Gründen teilt der erkennende Senat die von den Instanzgerichten und im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung, dass § 249 II 2 BGB auch auf die Fälle wirtschaftlichen Totalschadens an einem Kraftfahrzeug anzuwenden ist (vgl. LG Rottweil, DAR 2003, 422; LG Hildesheim, NJW 2003, 3355; LG Magdeburg, NZV 2003, 536; LG Bochum, NJW 2004, 235; Huber, in: Anwaltkomm. Schuldrecht, § 249 Rz. 105; Geigel/Haag, Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl., Kap. 5 Rz. 14 f.; Hentschel, NZV 2002, 433 [443]; Heß, ZfS 2002, 367 [369f.]; ders., NZV 2004, 1 [5]; Lemcke, r+s 2003, 441 [443]; Riedmeyer, DAR 2003, 159; Wagner, NJW 2002, 2049 [2058]; a. A. AG Hameln, NZV 2003, 538 m. Anm. Zemlin; Zemlin, NJW 2003, 1225; wohl auch Karczewski, VersR 2001, 1070 [1075]; differenzierend: Greger, NZV 2002, 385 [387]).

II. *Zur Höhe des abgezogenen Steuerbetrages*

Die Revision bleibt auch insoweit ohne Erfolg, als sie die Höhe des in Abzug gebrachten Mehrwertsteuerbetrags angreift.

1. Prüfungsumfang des Revisionsgerichtes

Feststellungen zur Schadenshöhe sind in erster Linie dem Tatrichter vorbehalten. Einer Überprüfung seiner Schadensschätzung durch das RevGer. sind enge Grenzen gezogen; es hat nur zu prüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht gelassen worden sind (st. Rspr; vgl. Senatsurteile BGHZ 102, 322 [330] = NJW 1988, 1835; NJW 2004, 358 = VersR 2004, 75 [77], jew. m. w. Nachw.). Einen solchen Rechtsfehler lässt das Berufungsurteil nicht erkennen.

2. Detaillierte Angaben des Sachverständigengutachtens als Tatsachengrundlage

Das BerGer. hat sich zwar nicht ausdrücklich mit der Höhe des Mehrwertsteuerbetrags befasst. Seine Entscheidung nimmt jedoch in zulässiger Weise Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils, aus denen hervorgeht, dass der Kl. seine Schadensberechnung auf die von einem Sachverständigen vorprozessual ermittelten Wertansätze gestützt hat. Dieser Vortrag ist in den Tatsacheninstanzen unstreitig geblieben und war deshalb der tatrichterlichen Schadensschätzung zu Grunde zu legen. Zweifel hinsichtlich der Höhe der in Abzug zu bringenden Mehrwertsteuer hätten nur dann bestanden, wenn das Gutachten - wie es früherer Übung der Sachverständigen entsprach - lediglich einen Wiederbeschaffungswert einschließlich Mehrwertsteuer ausgewiesen hätte. In

diesem Fall hätte fraglich sein können, in welchem Umfang der angegebene Wiederbeschaffungswert Mehrwertsteuer enthält (vgl. Heß, NZV 2004, 1 [6]). Vorliegend hat der Sachverständige den Wiederbeschaffungswert jedoch sowohl mit dem Netto- als auch mit dem Bruttopreis angegeben. Ein Vergleich beider Beträge zeigt, dass der Sachverständige seiner Bewertung einen Mehrwertsteueranteil von 16% zu Grunde gelegt hat. Einen höheren Nettowiederbeschaffungswert hat der Kl. nicht vorgetragen. Bei dieser Sachlage hatte das BerGer. - entgegen der Auffassung der Revision - keine Veranlassung zu klären, mit welchem Umsatzsteueranteil Kraftfahrzeuge wie das des Kl. auf dem Gebrauchtwagenmarkt gehandelt werden. Für den Streitfall kam es deshalb nicht darauf an, ob solche Fahrzeuge üblicherweise nach § 10 UStG regelbesteuerter, nach § 25 a UStG differenzbesteuert oder von Privat und damit umsatzsteuerfrei angeboten werden (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 24; s. auch LG Magdeburg, NZV 2003, 536; LG Oldenburg, NJW 2003, 3494; LG Bochum, NJW 2004, 235; AG Brandenburg, NZV 2003, 389; AG Papenburg, NJW 2003, 2617; AG Erkelenz, NJW 2003, 2617; AG Essen, NZV 2003, 535; Heß, NZV 2004, 1 [4ff.]; Schirmer, DAR 2004, 22). Mangels entsprechenden Sachvortrags hatte das BerGer. entgegen der Auffassung der Revision auch nicht der Frage nachzugehen, ob der Sachverständige in seinem Gutachten von einem Händlereinkaufs- oder einem Händlerverkaufspreis ausgegangen ist.

Standort: Kaufrecht**Problem: Entbehrlichkeit der Nacherfüllungsfrist**

OLG NAUMBURG, URTEIL VOM 24.02.2004
11 U 94 / 03 (NJW 2004, 2022)

Problemdarstellung:

Der Bekl. hatte hier dem Kl. nach vorheriger Besichtigung durch notariellen Vertrag vom 18.07.2002 ein unstreitig renovierungsbedürftiges Einfamilienhaus für 25.000,00 Euro verkauft, das zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses vermietet war. Als der Kl. sich am 12.09.2002 zwecks Übergabe auf dem Grundstück einfand, musste er feststellen, dass die Mieter vor dem Verlassen des Hauses wichtige Bestandteile und Zubehörstücke (insbes. Nachtspeicheröfen, Stromzähler, neuwertige Kunststofffenster) ausgebaut und mitgenommen, dafür allerdings Unmengen an Müll und Bauschutt hinterlassen hatten. Zur weiteren Empörung des Kl. bot der Bekl. ihm lediglich eine im einzelnen zwischen den Parteien streitige Kostenbeteiligung bezüglich der Müllbeseitigung an, lehnte eine Verantwortung für den Grundstückszustand im übrigen aber ab.

Gleichwohl leitete der Bekl. sodann die Zwangsvollstreckung gegen den Kl. wegen des nicht gezahlten Kaufpreises aus der notariellen Kaufvertragsurkunde ein, wogegen dieser sich mittels der Vollstreckungsabwehrklage wehrte, vgl. §§ 794 I Nr. 5, 795 S. 1, 797 IV, V, 767 I ZPO. Er stützte diese auf eine Anfechtung des Kaufvertrages gem. §§ 123 I Alt. 1, 142 I BGB, bzw. auf einen Rücktritt von diesem Vertrag. Erst in zweiter Instanz war dieser Klage Erfolg beschieden.

Prüfungsrelevanz:

Die Vollstreckungsabwehrklage ist ein klassischer vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelf, dessen Kenntnis auch im Rahmen des Pflichtstoffes des 1. Staatsexamens bereits erwartet wird. Grund für die Beliebtheit des § 767 ZPO bei Justizprüfungsämtern ist die Möglichkeit, vollstreckungsrechtliche Fragestellungen mit materiell-rechtlichen Problemen im Rahmen einer Aufgabenstellung verbinden zu können. Der Schwerpunkt der vorliegenden Entscheidung liegt denn auch bei der materiell-rechtlichen Frage, ob dem

Kl. aufgrund des vorgefundenen Grundstückszustandes sowie der diesbezüglichen Einlassungen des Bekl. ein sofortiges Rücktrittsrecht ohne vorherige Nacherfüllungsfrist einzuräumen war.

Wenn der Entscheidung des OLG Naumburg im Ergebnis durchaus zuzustimmen ist, so sollte die nachstehende Entscheidung keinesfalls unkritisch gelesen werden, da sich diverse Unsauberkeiten finden, die sich ein Student oder Referendar im Examensfall besser nicht leisten sollte. Insbesondere werden Entbehrlichkeitsgründe für die gem. § 323 I BGB an sich erforderliche Nachfrist (§§ 440 S. 1, 323 II Nr. 1 BGB) in bunter Mixtur mit anderen Vorschriften zitiert, um dann in den Entscheidungsgründen letztlich auf § 242 BGB (!) abzustellen. Auch die Reihenfolge der Ausführungen in den Entscheidungsgründen, die sich zunächst mit der Entbehrlichkeit der Nachfrist befassen, dann die Frage aufwerfen, woher das Rücktrittsrecht des Klägers herzuleiten sei, um schließlich - nachdem dieses offen gelassen wurde - den Sachmangelbegriff des § 434 BGB zu erörtern, erscheint recht eigenwillig.

Vertiefungshinweise:

- Zum Erfordernis der Nachfrist im Werkvertragsrecht: *BGH*, RA 2003, 370 = *NJW* 2003, 1526
- Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Das neue Kaufrecht: *Schubel*, *JuS* 2002, 313
- Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs: *Oechler*, *NJW* 2004, 1825

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das gebrauchte Cabrio"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"

Leitsätze:

1. Auch nach dem modernisierten Schuldrecht bedarf es für den Rücktritt vom Vertrag keiner Nacherfüllungsfrist, wenn dies von vornherein sinnlos erscheint, weil der Schuldner bereits zuvor fehlende Erfüllungsbereitschaft zum Ausdruck gebracht hat.

2. Sucht der Verkäufer ein offensichtlich mit mehreren Mängeln behaftetes Grundstück zu übergeben und stellt er auf die Rüge eines Mangels durch den Erwerber lediglich die Beteiligung an den Beseitigungskosten in Aussicht, kann der Käufer sogleich vom Vertrag zurücktreten.

Sachverhalt:

In einem Zeitungsinserat bot der Bekl. ein „Garten Grundstück mit Einfamilienhaus“ an. Das Grundstück ist 422 qm groß. Der Kl. besichtigte das Anwesen Mitte Juni 2002 in Begleitung der Zeugin J. Das Haus war bewohnt und machte auf den Kl. insgesamt einen dem

Alter angemessenen Eindruck. In § 3 IV des Grundstückskaufvertrags vom 18.07.2002 heißt es:

„Das Haus ist vermietet. Das Mietverhältnis ist dem Käufer bekannt. Die Vertragsparteien wurden vom Notarvertreter darauf hingewiesen, dass gem. § 566 BGB der Käufer die rechtliche Stellung als Vermieter erst mit Umschreibung des Eigentums erlangt. Eine anderweitige Regelung wird von den Vertragsparteien nicht gewünscht.“

Die Übergabe des Kaufgegenstands sollte am Tag der vollständigen Kaufpreiszahlung erfolgen. Den Zustand des Objekts, wie er sich am 12.09.2002 darstellte, hat der Kl. fotografisch festgehalten. Das Haus wies kein Schloss auf und stand, wie das Grundstück insgesamt, offen. Die bei der Besichtigung durch den Kl. vorhandenen Nachtspeicheröfen waren ausgebaut, so dass ein Beheizen nicht mehr möglich war. Der Stromzähler und damit die Versorgung mit Elektroenergie fehlten. Die Gartenpforte war ausgebaut und nicht mehr vorhanden. Der Hof und der Garten zeigten sich voll mit hinterlassenem oder auf das Grundstück verbrachtem Müll, insbesondere Bauschutt und Asbestplatten. Der Kl. hat behauptet, er sei am Tag der geplanten Übergabe über den Zustand des Objekts empört gewesen. Hierauf habe der Bekl. erklärt, der Kl. solle sich wegen des Mülls an die Müllabfuhr wenden. Die Schlüssel für das eingebaute Schloss habe der Kl. in Empfang nehmen sollen, was von ihm abgelehnt worden sei. Der Bekl. habe die Schlüssel deshalb nachfolgend einfach in den Briefkasten des Kl. geworfen. Im Einzelnen seien die bei der Besichtigung vorhandenen neuen Kunststoffenster bis auf das Wohn- und das Kinderzimmer ausgebaut und durch alte, verschlissene ersetzt worden. Die noch vorhandenen Kunststoffenster habe man offenbar nicht herausbekommen, bei dem Versuch des Ausbaus aber beschädigt. Im gesamten Wohngebäude und im Nebengelass seien Unmengen von Müll vorgefunden worden. Am Haus selbst hätten sich massive Feuchtigkeiterscheinungen und Schimmelbefall gezeigt. Sämtliche Fußböden seien verrottet und teilweise verfault gewesen. Der Fußboden der ersten Etage habe ein großes Loch aufgewiesen, in dem Ratten hausten. Neuwertige Elektroleitungen und -schalter, einschließlich der Hofbeleuchtung seien entfernt worden. Insgesamt habe sich dem Kl. ein deutlich anderer Zustand als zum Zeitpunkt der Besichtigung gezeigt.

Das LG hat die Vollstreckungsabwehrklage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zum Erlöschen des Kaufpreisanspruches gem. §§ 142 I, 123 I Alt. 1 BGB

I. Entscheidung des LG in 1. Instanz

Das LG hat ausgeführt, zu den Voraussetzungen der

Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sei nicht hinreichend vorgetragen. Dass der Kl. durch Täuschung zum Abschluss des Vertrags bewegt worden sei, könne nicht ersehen werden. Der Kl. stelle nicht dar, in welcher Weise sich der Bekl. (wahrheitswidrig) zur Objektbeschaffenheit geäußert habe. Die enttäuschte Vorstellung des Kl. sei, nachdem er das Objekt besichtigt habe, unerheblich. Arglistiges Verschweigen durch den Bekl. werde nicht vorgebracht. Der Kl. habe ersichtlich nichts zu erfragen versucht, so dass der Zustand des Objekts vom Bekl. als bekannt vorauszusetzen gewesen sei.

II. Entscheidung des OLG in der Berufungsinstanz

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Sie beruhen auf Rechtsverletzungen i. S. v. §§ 513 I Alt. 1, 546 ZPO, ja sogar auf der Verletzung des Rechts des Kl., vor den Gerichten rechtliches Gehör zu finden (Art. 103 I GG).

Die Berufung weist zutreffend darauf hin, dass es dem Kl. mit der Anfechtung nicht darum ging, belogen worden zu sein. Vielmehr stellt das gesamte erstinstanzliche Vorbringen auf ein Unterlassen gebotener Aufklärung, also ein arglistiges Verschweigen ab. Dies hat das LG anscheinend nur bedingt zur Kenntnis genommen. Ansonsten ließe sich die Urteilsbegründung nicht erklären. Ein arglistiges Verschweigen setzt keine Frage des Käufers, sondern lediglich voraus, dass der Verkäufer den Fehler kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH, NJW-RR 2003, 989 m. w. Nachw.). Unter diesen Umständen musste der Kl. ungefragt aufgeklärt werden. Allein die vom LG selbst als oberflächlich angesehene Besichtigung des Grundstücks war in keiner Weise geeignet, den Bekl. von notwendigen Hinweisen zu befreien, zumal der Kl. Mängel rügt, die damals noch nicht vorlagen oder von ihm nicht zu erkennen waren. Hierzu hat der Kl. in erster Instanz ausführlich vorgetragen und Beweis angeboten. Damit sieht er sich übergangen.

B. Zum Erlöschen des Kaufpreisanspruches gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB

Im Ergebnis kommt es für die Vollstreckungsabwehrklage des Kl. nach §§ 767 I, 795 S. 1, 797 IV, 794 I 1 Nr. 5 ZPO nicht auf die Anfechtung nach §§ 123 I, 142 I BGB an. Der Grundstückskauf ist unabhängig davon durch den ebenfalls erklärten Rücktritt des Kl. in ein Abwicklungsverhältnis gewandelt, so dass ein zu vollstreckender Kaufpreisanspruch von 25.000,00 Euro nicht mehr besteht. Dies folgt zumindest aus §§ 437 Nr. 2, 440 S. 1, 323 I, II Nr. 1, 242, 346 ff., 434 I 1 u. 2, 433 I 1 BGB, ohne dass es darauf ankommt, ob der Bekl. dem Kl. das Grundstück i. S. v. § 446 S. 1

BGB übergeben hat.

I. Entscheidung des LG in 1. Instanz

Das LG hat ein Rücktrittsrecht des Kl. verneint, weil der Käufer dem Bekl. keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung sei nicht ersichtlich. Da der Bekl. den vorgefundenen Zustand nicht zu vertreten habe, bestehe kein Anlass, dem Kl. ein sofortiges Rücktrittsrecht zuzubilligen.

II. Entscheidung des OLG in der Berufungsinstanz

Auch dies beruht auf einer Rechtsverletzung i. S. v. §§ 513 I Alt. 1, 546 ZPO, weil die Ansicht des LG, es sei von keiner ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung auszugehen, den vorgetragene und dabei im Wesentlichen unstreitig gebliebenen Sachverhalt nicht ausschöpft (§§ 286 I 1, 138 III ZPO) und zudem § 242 BGB übersieht.

I. Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen

Der Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung vor dem LG zugestanden, das Grundstück sei von den Mietern voll mit Müll und Bauschutt zurückgelassen worden. Ebenso wenig sind die Fotos des Kl. inhaltlich und von der zeitlichen Einordnung in Frage gestellt, so dass das Grundstück bei der Übergabe / dem Übergaberversuch, wie dargestellt, ausgesehen hat. Danach hat der Bekl. dem Kl. ein Grundstück angeboten, das offenbar über längere Zeit dem Zugriff Dritter ausgesetzt, nicht geräumt oder zur Ablagerung von Müll genutzt war und sich insgesamt in einem verwahrlosten Zustand befand. Dass dies nicht der vertraglich vereinbarten bzw. vorausgesetzten Beschaffenheit i. S. von §§ 433 I 2, 434 I 1 u. 2 BGB entsprach, zieht selbst der Bekl. nicht ernsthaft in Zweifel. Die Tatsache, dass der Kl. auf dem Grundstück möglicherweise Abriss- und Bauarbeiten durchführen wollte, gestattete dem Bekl. keinesfalls, das Grundstück in derart bedauerndem Zustand zu übergeben (vgl. unten c.). Erklärt der Bekl. angesichts dessen lediglich, sich an den Kosten beteiligen zu wollen, und lehnt er eine weitergehende „Mitwirkung“, insbesondere die eigenständige Beseitigung des Mülls ab, so vermittelt dies ernsthaft und endgültig, dass der Bekl. nicht bereit ist, den Vertrag zu erfüllen. Es war in keiner Weise Angelegenheit des Kl., für die Beräumung des Grundstücks zu sorgen. In diesem Zusammenhang ist es daher unerheblich, wenn die Berufungsbegründung nunmehr das erstinstanzliche Vorbringen dadurch „aufwertet“, dass aus dem Satz „Die Beräumung selbst sollte allerdings vom Kl. vorgenommen werden“ die Formulierung „wobei der Müll selbst vom Kl. auf Kosten des Bekl. beseitigt werden sollte“ wird. Im Übrigen handelt es sich bei dem Einschub „auf Kosten des Bekl.“ um neues Vorbringen, das nur unter eingeschränkten, hier nicht vorliegenden Voraussetzungen im Beru-

fungsrechtszug zulässig ist (§§ 513 I Alt. 2, 529 I Nr. 2, 531 II 1 ZPO).

a. Entbehrlichkeit der Nachfrist

Allein der Müll mag für ein aus dem Verhalten des Bekl. herzuleitendes sofortiges Rücktrittsrecht des Kl. noch unerheblich i. S. von § 323 V 2 BGB sein. Hinzu kommt allerdings der insgesamt fotografisch dokumentierte heruntergekommene Grundstückszustand, wie er zwischen den Parteien jedenfalls im Umfang der fehlenden Elektrizität, des Nichtverschlossenseins auch des Gebäudes, der fotografisch belegten stark beschädigten Sanitäreinrichtungen, der fehlenden Gartenpforte (gleich wer sie entfernt hatte) und der nicht vorhandenen Heizung unstreitig ist. So war das Grundstück ohne vorausgegangene Mängelbeseitigung nicht vertragsgerecht, weder zu Wohn- noch zu Sanierungszwecken, selbst wenn dies mit einem Gebäudeabriss einherging (vgl. unten c.). Zur Herstellung des geschuldeten Zustands musste der Kl. dem Bekl. nicht noch einmal durch gesonderte Nacherfüllungsfrist Gelegenheit geben. Durch seine ablehnende Haltung zur Müllentsorgung hatte der Bekl. ausreichend zum Ausdruck gebracht, er werde sich keinesfalls bereit finden, die darüber hinausgehenden weitaus aufwändigeren Mängelbeseitigungsarbeiten auszuführen bzw. ausführen zu lassen. Unter solchen Umständen ist es jeher anerkannt, dass der Gläubiger über § 242 BGB keine Frist setzen muss, weil diese Maßnahme von vornherein erfolg- und sinnlos erscheint (Dauner-Lieb, in: AnwKomm-BGB, § 281 Rz. 19 m. w. Nachw.). Im Übrigen hat der BGH mehrfach zutreffend ausgesprochen, dass ein ohne die Durchführung der geschuldeten Schönheitsreparaturen ausziehender Mieter fehlenden Erfüllungswillen hinreichend dokumentiert (BGH, NJW 1991, 2416 [2417]; NJW 1998, 1303). Nichts anderes kann gelten, wenn der Verkäufer ein offensichtlich sachmängelbehaftetes Grundstück an den Käufer zu übergeben sucht, wie es der Bekl. getan hat. Unter solchen Umständen kann jeder Käufer davon ausgehen, dass der Verkäufer nicht bereit ist, noch irgendetwas am Kaufgegenstand zu korrigieren.

b. Gefahrübergang durch Übergabe gem. § 446 BGB

Ob es dem Bekl. tatsächlich gelang, dem Kl. am 12.09.2002 das Grundstück zu übergeben, kann offen bleiben. Bis zum Gefahrübergang gelten die §§ 280, 281, 284, 323 BGB unmittelbar. Nach Gefahrübergang wird hierauf durch die §§ 437-442 BGB verwiesen. Selbst wenn die Gefahr übergegangen wäre, ergäbe sich das Rücktrittsrecht des Kl. aus §§ 437 Nr. 2, 433 I 2, 434 I 1 u. 2, 440, 323 I, II Nr. 1 BGB. Die Abnahme des Grundstücks hindert den Kl. in diesem Fall nicht daran, gestützt auf Sachmängel vom Vertrag zurückzutreten (BGH, NJW 2003, 1316). § 464 BGB a. F. ist ersatzlos entfallen. Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind jetzt nur noch dann ausgeschlossen,

wenn er den Mangel bei Vertragsabschluss kannte (§ 442 I 1 BGB), oder eingeschränkt, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb (§ 442 I 2 BGB). Beides stellt sich hier nicht, weil sich der Kl. auf Mängel bezieht, die zwischen Vertragsabschluss und Gefahrübergang eingetreten sind. Deshalb kommt es auch auf den vertraglichen Gewährleistungsausschluss nicht an. Dieser greift für nach Vertragsabschluss eingetretene Mängel im Zweifel nicht ein (BGH, NJW 2003, 1316).

Die vom Bekl. für sich in Anspruch genommene Übergabe führt so lediglich zu einer anderen Beweislastverteilung. Es ist in diesem Fall der Kl., der die Mangelhaftigkeit des Grundstücks darlegen und beweisen muss. Dass der Kaufgegenstand nach Vertragsabschluss weitergehend mangelhaft geworden ist, lässt sich aber bereits dem unstreitigen Tatsachenvortrag der Parteien entnehmen.

c. Zum Sachmangelbegriff des § 434 BGB

Nach § 434 I 1 BGB ist eine Sache frei von Mängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien ist nicht ersichtlich. Vor allem die vom Bekl. vorgetragene Abrissgrundeigenschaft lässt sich den getroffenen Absprachen nicht entnehmen. Die Umstände und der Inhalt der Vertragsurkunde sprechen vielmehr dagegen.

Der Bekl. hat ein Gartengrundstück mit Einfamilienhaus angeboten. An dieser Sicht des Kaufgegenstands hat sich nach dem Wortlaut des Grundstückskaufvertrags nichts geändert. Noch im notariellen Vertrag wird das Haus als vermietet beschrieben und der Bekl. trägt selbst vor, dem Kl. sei die Sanierungsbedürftigkeit des Gebäudes bekannt gewesen, was sich im Kaufpreis niedergeschlagen habe. Dann kann der Abriss nicht zum Vertragsinhalt geworden, sein. Andernfalls hätte das Gebäude keinen Kaufpreiseinfluss gehabt, was nach der Kaufpreishöhe (422 qm in W. für 25.000,00 Euro) und dem Vorbringen des Bekl. gerade der Fall war. Außerdem hätte der Bekl. für die Abriss- und Entsorgungskosten weitergehende Preisabschläge hinnehmen müssen. Hiernach hat sich der Bekl. die nach seinem Sachvortrag vom Kl. geäußerte Vorstellung, hier könne nur noch abgerissen werden, nicht so zu Eigen gemacht, dass sie zum Vertragsinhalt erhoben wurde, selbst wenn man sich bei Vertragsabschluss darüber einig war, wie die Berufung neu i. S. v. §§ 529 I Nr. 2, 531 II 1 ZPO vorträgt. Nicht alles, worüber man sich einig sei, wird Inhalt des Grundstückskaufvertrags. Hinzukommen muss vielmehr der übereinstimmende Wille, diese Einigung dem auf Kauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Willen zuzuordnen. Hieran fehlt es nach dem Inhalt der notariellen Urkunde und dem Vorbringen des Bekl. Es blieb allein beim Kl., darüber zu entscheiden, wie er das gekaufte Grundstück verwenden wollte.

Der vom Bekl. geschuldete Zustand definiert sich aus der vertraglich vorausgesetzten Nutzung zur Vermietung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB), womit das Gebäude bzw. das Grundstück im Allgemeinen, wenn auch auf Grund einiger Unzulänglichkeiten bescheidenen Wohnbedürfnissen genügen musste. Diese Beschaffenheit wies das Grundstück am 12.09.2002 nicht auf, was sich insgesamt als Mangel darstellt, der dem Kl. den Rücktritt vom Vertrag gestattete (§ 437 Nr. 2 BGB), ohne dass es auf ein Verschulden des Bekl. ankäme (Palandt/Putzo, BGB, 63. Aufl., § 433 Rz. 21, §

437 Rz. 22). Der Verkäufer haftet auch für Sachmängel, die nach Kaufvertragsabschluss entstanden sind und bei Gefahrübergang noch bestehen (Palandt/Putzo, § 434 Rz. 8).

2. Rückabwicklungsschuldverhältnis infolge des Rücktritts

Der Rücktritt führt zu einem Abwicklungsverhältnis. Dem Bekl. steht kein Kaufpreisanspruch aus dem notariellen Vertrag zu. Er darf deswegen nicht mehr aus der Urkunde vollstrecken (§ 767 I ZPO).

*Strafrecht***Standort: § 306 a I Nr. 1 StGB****Problem: Entwidmung**

BGH, URTEIL VOM 22.04.2004
3 STR 428/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte, um die Versicherungssumme zu kassieren, das Mehrfamilienhaus, das er mit seiner Ehefrau, der gemeinsamen Tochter, der Familie seines Bruders und einer Studentin bewohnte, in Brand gesetzt. Seiner Frau hatte er vorher von seinem Vorhaben berichtet, so dass diese insb. Gelegenheit dazu hatte, Wertsachen fortzuschaffen. Ob er auch die anderen Bewohner gewarnt hatte, ließ sich nicht feststellen; er hatte jedoch vor der Brandlegung kontrolliert, dass sich niemand im Haus befand. Das LG Itzehoe hatte den Angeklagten insb. wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306 a I Nr. 1 StGB verurteilt; der BGH hob diese Verurteilung auf, da nicht auszuschließen sei, dass es sich bei dem Haus im Zeitpunkt der Tat nicht mehr um ein Wohngebäude handelte.

Prüfungsrelevanz:

Die Brandstiftungsdelikte stellen sowohl wegen ihrer praktischen Relevanz als auch wegen der zahlreichen spezifischen Probleme und der Möglichkeit, sie mit Vermögensdelikten (insb. §§ 263, 265 StGB) zu kombinieren, in beiden Examen einen sehr beliebten Prüfungsstoff dar.

Eine zentrale Frage des vorliegenden Urteils ist die nach dem Vorliegen eines Wohngebäudes i.S.v. § 306 a I Nr. 1 StGB. Diese Vorschrift setzt insofern nur voraus, dass das Gebäude "der Wohnung von Menschen dient"; es ist also nicht erforderlich, dass es dazu bestimmt und/oder geeignet ist, zur Wohnung von Menschen zu dienen, sondern nur, dass es tatsächlich hierzu dient, also in diesem Sinne genutzt wird (BGH, NStZ 1992, 541; 1994, 130; Tröndle/Fischer, § 306 a Rn. 4). Da die Eigenschaft als Wohngebäude also ein rein tatsächliches Verhältnis bezeichnet, kann sie somit auch durch ein tatsächliches Verhalten wieder aufgehoben werden, z.B. dadurch, dass der einzige Bewohner das Gebäude in Brand setzt oder einen entsprechenden Auftrag erteilt (sog. "Entwidmung", BGH, NStZ 1994, 130; StV 2001, 576; Schönke/Schröder-Heine, § 306 a Rn. 5 mwN). Jedoch muss die Entwidmung durch alle Bewohner erfolgen, eine Vertretung ist insofern grundsätzlich nicht möglich (BGH, NJW 1988, 1276; wistra 1993, 21; Tröndle/Fischer, § 306 a Rn. 4); Eltern können allerdings die

Wohnbestimmung (gem. § 1631 BGB) auch für ihre minderjährigen Kinder aufgeben (BGH, NStZ 1992, 541; 1999, 32).

Eine streitige Frage, mit der sich der BGH im vorliegenden Fall nicht auseinander setzen musste (da die vorliegenden Feststellungen des Landgerichts nicht ausreichen, um beurteilen zu können, ob es sich bei dem Haus überhaupt noch um ein Wohngebäude handelte) ist, ob der Tatbestand des § 306 a I Nr. 1 StGB in den Fällen teleologisch zu reduzieren ist, in denen sich der Täter vor der Brandlegung vergewissert, dass sich keine Menschen in dem Gebäude aufhalten. Während Teile der Literatur dies im Hinblick auf den hohen Strafrahmen des § 306 a I Nr. 1 StGB bejahen (Jocke, § 306 a Rn. 12 ff.; Geppert, Jura 1998, 601; Koriath, JA 1999, 298; Wolters, JR 1999, 209), lässt die Gegenauffassung im Hinblick auf den Charakter des § 306 a I StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt eine entsprechende Reduktion des Tatbestandes - wenn überhaupt - nur bei einräumigen Hütten und anderen leicht überschaubaren Räumlichkeiten (BGHSt 26, 124; Tröndle/Fischer, § 306 a Rn. 2 mwN).

Schließlich befasst sich der BGH mit der prozessualen Frage, wann durch die unzureichende Begründung eines Beschlusses gem. § 171 b GVG über den Ausschluss der Öffentlichkeit eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes (§ 169 GVG) gegeben ist, die gem. § 338 Nr. 6 StPO einen absoluten Revisionsgrund darstellt. Der Beschluss, durch den die Öffentlichkeit gem. § 171 b GVG ausgeschlossen wird, ist gem. § 174 I 3 GVG zu begründen. Während insofern eine komplett fehlende Begründung grundsätzlich einen absoluten Revisionsgrund i.S.v. § 338 Nr. 6 StPO darstellt (BGH, StV 1981, 3; NstZ 1982, 169), betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung, dass eine zwar vorhandene, aber bloß formelhafte Begründung jedenfalls dann keinen Revisionsgrund darstellt, wenn Grund und Umfang der Ausschließung für alle Anwesenden (z.B. wg. eines vorhergehenden Antrags auf Ausschließung) auf der Hand liegen (so auch BGHSt 45, 117).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Entwidmung von Wohnungen i.R.v. § 306 a I Nr. 1 StGB: BGHSt 10, 215; 16, 394; 26, 122; wistra 1994, 21; Radtke, ZStW 110, 866

☐ Zur teleologischen Reduktion von § 306 a I Nr. 1 StGB: BGHSt 26, 124; NJW 1982, 2329; NStZ 1999,

34; *Geppert*, Jura 1998, 601; *Koriath*, JA 1999, 298; *Rengier*, JuS 1998, 399; *Wolters*, JR 1999, 209

□ Zur Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes durch Fehler des Ausschlussbeschlusses: *BGH*, NJW 1979, 276; 1980, 2088; *StV* 1981, 3; 1985, 223; *NStZ* 1982, 169; *NStZ-RR* 1999, 263; *Miebach*, DRiZ 1977, 271

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Feuerfalle"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nicht jede formale Verletzung der Vorschriften über die Begründung des Beschlusses über den Ausschluss der Öffentlichkeit - etwa eine formelhafte Begründung, die lediglich aus dem Zitat der angewendeten Vorschriften besteht - stellt einen absoluten Revisionsgrund i.S.v. § 338 Nr. 6 StPO dar.

2. Die Zweckbestimmung eines Gebäudes als Wohnung von Menschen im Sinne von § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt, wenn sie von allen Bewohnern aufgegeben wird („Entwidmung“). Dies bedarf keines formalen Aktes und kann auch in einem Einverständnis mit der Brandlegung bestehen.

3. Das unfreiwillige Verlassen des Gebäudes allein, gegebenenfalls unter Mitnahme von Habe, reicht zur Aufgabe der Zweckbestimmung, als Wohnung von Menschen zu dienen, nicht aus.

Sachverhalt:

Der Angeklagte J hatte den Entschluss gefasst, ein ursprünglich in seinem Eigentum stehendes und später im Zusammenhang mit einem Konkurs auf seine Ehefrau, die Mitangeklagte H, übertragenes Mehrfamilienhaus mit insgesamt drei Wohnungen in Brand zu setzen, um die Versicherungssummen einer Feuer- und einer Hausratversicherung zu erlangen. Das Mehrfamilienhaus wurde von beiden Angeklagten mit ihrer Tochter, der Familie des Bruders des Angeklagten sowie einer Studentin bewohnt. Der Angeklagte unterrichtete seine Ehefrau von seinem Vorhaben und ermöglichte ihr, diverse Habe in Sicherheit zu bringen. Darüber hinaus vergewisserte er sich, dass auch die anderen Hausbewohner in der Tatnacht nicht im Hause sein würden. Ob er dazu die vorgenannten Personen von der geplanten Brandlegung unterrichtete und diese somit ebenfalls Gelegenheit hatten, wertvolle Gegenstände wegzuschaffen, hat das Landgericht nicht mit Sicherheit feststellen können. Der Angeklagte setzte sodann das Mehrfamilienhaus in Brand und beantragte mit seiner Ehefrau Versicherungsleistungen.

Der Brandversicherer leistete insgesamt rd. 295.000 DM; dagegen zahlte der Hausratversicherer lediglich einen Vorschuss von 10.000 DM und lehnte weitere Zahlungen auf die geltend gemachte Summe von rd.

163.000 DM ab.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten J wegen besonders schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit zwei Fällen des Betruges zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und die Angeklagte H wegen Betruges in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten auf Bewährung verurteilt.

Der Angeklagte J rügt die Verletzung der Vorschriften über das Verfahren beim Ausschluß der Öffentlichkeit. Mit der Sachrüge wendet er sich insbesondere gegen die Verurteilung wegen Brandstiftung; insoweit hat sein Rechtsmittel Erfolg. Die Angeklagte H erhebt die gleiche Verfahrensrüge und die allgemeine Sachrüge; ihre Revision ist unbegründet. Die Staatsanwaltschaft hat ihr Rechtsmittel auf den Strafausspruch gegen den Angeklagten J beschränkt und beanstandet insbesondere die Verhängung einer unter dem gesetzlichen Strafrahmen des § 306 b Abs. 2 StGB liegenden Freiheitsstrafe; die Revision hat Erfolg. [...]

II. Verurteilung des Angeklagten J

1. Revision des Angeklagten

a. Verfahrensrüge

Die auf § 338 Nr. 6 StPO gestützte Rüge, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens seien verletzt, weil das Landgericht die Öffentlichkeit bei der Vernehmung der Zeugin S mit unzureichender Begründung ausgeschlossen habe, hat keinen Erfolg.

Ausweislich des Sitzungsprotokolls hatte der die Zeugin begleitende Rechtsanwalt für die Beantwortung einer Frage beantragt, die Öffentlichkeit auszuschließen. Die Strafkammer fasste daraufhin folgenden Beschluss: "Die Öffentlichkeit wird gemäß § 171 b Abs. 1 und 2 GVG ausgeschlossen". Zwar ist der Revision zuzugeben, dass dieser Beschluss der Begründungspflicht nach § 174 Abs. 1 Satz 3 GVG nicht genügt, da weder der konkrete Ausschließungsgrund, noch der Vernehmungskomplex, für den der Ausschluss erfolgen soll, hinreichend bezeichnet ist. Dies führt hier jedoch nicht zur Aufhebung, weil beides im Zusammenhang mit dem sich aus dem Protokoll ergebenden Antrag des Zeugenbevollmächtigten und der angegebenen Gesetzesvorschrift für alle Verfahrensbeteiligten sowie die im Gerichtssaal anwesenden Zuhörer auf der Hand lag, zumal der Ausschluss in den Fällen des § 171 b Abs. 2 GVG nicht im Ermessen des Gerichts steht, sondern zwingend anzuordnen ist. Denn nicht jede formale Verletzung der Begründungsvorschriften stellt einen absoluten Revisionsgrund dar (vgl. *BGHSt* 45, 117, 120, 121 und den dort zitierten Beschluss des Senats vom 12. November 1998 - 3 ARs 13/98; ferner

BGH, Beschl. vom 26. Juli 2001 - 3 StR 239/01).

b. Sachrüge

Soweit das Landgericht den Angeklagten wegen besonders schwerer Brandstiftung nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB verurteilt hat, ist nur unzureichend geprüft, ob das Gebäude im Tatzeitpunkt noch der Wohnung von Menschen diene. Bei der rechtlichen Würdigung hat es hierzu lediglich ausgeführt, in dem Mehrfamilienhaus hätten der Angeklagte und seine Ehefrau gewohnt. Die Strafkammer hat dabei ersichtlich nicht bedacht, dass eine Zweckbestimmung als Wohnraum dann nicht mehr vorliegt, wenn sie durch die Bewohner aufgegeben worden ist (st. Rspr.; vgl. BGHSt 16, 394, 395; 26, 121, 122; BGH NJW 1988, 1276).

Dies liegt für die Person des Angeklagten J selbst auf der Hand und für seine Ehefrau zumindest nahe, da sie über das Vorhaben informiert war, wertvolle Habe entfernte und das Gebäude zur geplanten Tatzeit mit der gemeinsamen Tochter verließ. Denn die Aufgabe als Wohnung bedarf keines formalen Aktes und kann auch in einem Einverständnis mit der Brandlegung enthalten sein (vgl. BGH NStZ 1992, 541; 1994, 130). Auch bei den übrigen Bewohnern erscheint es nach Sachlage nicht ausgeschlossen, dass sie ihr Einverständnis zur Brandlegung erklärt und damit den Wohnzweck des Hauses aufgegeben hatten. Dass das Landgericht nicht mit Sicherheit feststellen können, dass sie unterrichtet waren und ebenfalls Gelegenheit hatten, wertvolle Gegenstände wegzubringen, lässt dies wenigstens für möglich erscheinen.

Dieser Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Schuldspruchs nur wegen besonders schwerer Brandstiftung, während er wegen der beiden abgeurteilten Fälle des Betrugs bestehen bleiben kann. Dieser Teilaufhebung steht nicht entgegen, dass das Landgericht Tateinheit zwischen Brandstiftung und Betrug angenommen hat, denn dies war fehlerhaft. Allein der Umstand, dass die zunächst vorgenommene Brandlegung die Voraussetzungen für den später zu begehenden Betrug gegenüber den Versicherungsunternehmen schaffen soll, genügt nicht für die Annahme von Tateinheit (st. Rspr.; vgl. BGHSt 11, 398, 399; 45, 211, 213). Da somit bei zutreffender rechtlicher Wertung Tatmehrheit zwischen der Brandstiftung und den beiden Betrugsfällen gegeben ist, kann die Teilaufhebung allein auf das Brandstiftungsgeschehen beschränkt werden und der Schuldspruch wegen der gesonderten Taten des Betrugs bestehen bleiben (vgl. Kuckein in KK 5. Aufl. § 353 Rdn. 12 aE).

Da das Landgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Einzelstrafen wegen Betrugs gebildet hat, muss der Strafausspruch insgesamt aufgehoben werden. Die getroffenen Feststellungen zum Brandgeschehen, mit Ausnahme derjenigen zum Einverständnis der übrigen Bewohner, sind jedoch von die-

sem Rechtsfehler nicht betroffen und können aufrechterhalten werden.

Der neue Tatrichter wird insoweit zu prüfen haben, ob alle Bewohner ihr Einverständnis zur Brandlegung gegeben und damit den Wohnzweck aufgegeben hatten. Das unfreiwillige Verlassen des Gebäudes, gegebenenfalls unter Mitnahme von Habe, wird dazu nicht ausreichen (aA wohl Heine in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 306 a Rdn. 5).

2. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft beanstandet zu Recht, dass die Strafkammer zwar die Voraussetzungen eines Verbrechens der besonders schweren Brandstiftung nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB bejaht, aber gleichwohl die gesetzliche Mindeststrafe des § 306 b Abs. 2 StGB von fünf Jahren Freiheitsstrafe unterschritten und lediglich eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verhängt hat.

Gemäß Art. 97 Abs. 1 GG sind die Richter dem Gesetz unterworfen. Es steht daher nicht in ihrem Belieben, von den gesetzlich vorgesehenen Strafrahmen abzuweichen, wenn das Gesetz hierfür keine Möglichkeit bietet. Eine solche lag hier nicht vor. Im übrigen ist die von der Strafkammer für ihre abweichende Entscheidung gegebene Begründung - über ihre grundsätzliche Gesetzeswidrigkeit hinaus - nicht tragfähig. Insbesondere der Umstand, dass die Strafkammer in Vorgesprächen eine Freiheitsstrafe zwischen drei und vier Jahren "signalisiert" hatte, rechtfertigt nicht das Abweichen von der Verhängung einer gesetzlich vorgesehenen oder sonst schuldangemessenen Strafe. Sollte sich die erste Einschätzung als unzutreffend oder wie hier als rechtlich nicht haltbar erweisen, so kann es zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung geboten sein, auf die nunmehr veränderte Beurteilung hinzuweisen und so dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, seine Verteidigung entsprechend darauf einzurichten.

Auch eine der sogenannten Rechtsfolgenlösung des Großen Senats für Strafsachen zur Verhängung der absoluten lebenslangen Strafe in besonders gelagerten Fällen des Heimtückemordes (BGHSt 30, 105 ff.) entsprechende Konstellation lag nicht vor. Dass der Strafrahmen des § 306 b Abs. 2 StGB in einem Fall wie hier in verfassungswidriger Weise den Grundsatz schuldangemessenen Strafens verletzen würde, nimmt die Strafkammer ersichtlich nicht an.

III. Verurteilung der Angeklagten H

Die von der Angeklagten ebenfalls erhobene Öffentlichkeitsrüge bleibt aus den unter Abschnitt II. 1. a. genannten Gründen ohne Erfolg. Im übrigen hat die Nachprüfung des Urteils auf Grund der allgemeinen Sachrüge keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

Standort: § 316 StGB**Problem: Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum**

OLG ZWEIBRÜCKEN, BESCHLUSS VOM 27.01.2004
1 Ss 242/03 (STV 2004, 322)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der am Vorabend Cannabis konsumiert hatte, wurde von einer Polizeistreife wegen eines Verstoßes gegen die Gurtpflicht angehalten. Dort stellte man ein auffälliges Verhalten fest und ließ dem Angeklagten eine Blutprobe entnehmen, die einen THC-Gehalt aufwies. Gegen den Angeklagten wurde daraufhin wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) eine Geldbuße verhängt und ihm wurde die Fahrerlaubnis entzogen. Das OLG Zweibrücken hob diese Verurteilung auf, da dem Angeklagten nicht nachzuweisen sei, dass er im Tatzeitpunkt tatsächlich infolge des Drogenkonsums fahruntüchtig gewesen sei.

Prüfungsrelevanz:

Während für die Frage der Fahruntüchtigkeit nach dem Konsum von Alkohol fest Grenzwerte anerkannt sind, deren Kenntnis in beiden Examen vorausgesetzt wird (bei Kraftfahrzeugen sog. "relative" Fahruntüchtigkeit ab 0,3 ‰, sog. "absolute" Fahruntüchtigkeit ab 1,1 ‰; vgl. den Überblick bei Tröndle/Fischer, § 316 Rn. 5 ff.), stellt die Feststellung der Fahruntüchtigkeit nach dem Genuss anderer berauschender Mittel als Alkohol nicht nur ein juristisches, sondern im Wesentlichen ein medizinisches Problem dar, das allerdings vor allem die Praxis betrifft und deshalb eher im zweiten Examen Relevanz erlangen dürfte.

Beim Konsum anderer berauschender Mittel als Alkohol fehlt es an Erfahrungswissen, das es erlauben würde, "absolute" Grenzen für eine Fahruntüchtigkeit zu ermitteln (z.B. ein bestimmter THC-Gehalt nach Cannabis-Konsum, der es mit Sicherheit erlauben würde, davon auszugehen, dass der Täter nicht mehr in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen). Daher muss aufgrund von Anknüpfungstatsachen wie z.B. Ausfallerscheinungen die Fahruntüchtigkeit des Täters im Einzelfall nachgewiesen werden: es gibt also beim Drogenkonsum lediglich eine sog. "relative" Fahruntüchtigkeit (BGHSt 44, 219; OLG Zweibrücken, NStZ 2002, 95). Hierfür ist zwar nicht zwingend ein Fahrfehler erforderlich; die Fahruntüchtigkeit des Täters kann sich insb. auch aus seinem Verhalten im Rahmen der Verkehrskontrolle ergeben (OLG Frankfurt, NStZ-RR 2002, 17 f.). Die Feststellung der Fahruntüchtigkeit nach dem Konsum von Drogen setzt jedoch nach ständiger Rechtsprechung Auffälligkeiten voraus, die auf eine wesentliche Einschränkung der Wahrnehmungs- und/oder Koordinationsfähigkeit schließen lassen wie z.B. mangelnde Ansprechbarkeit, Unfähigkeit

zu koordinierter Bewegung oder extrem verlangsamte Reaktionen (BGHSt 44, 219). "Allgemeine" Merkmale des Drogenkonsums wie etwa gerötete Augen, erweiterte Pupillen oder unsichere Motorik hingegen reichen für die Annahme einer Fahruntüchtigkeit nicht aus (OLG Düsseldorf, NJW 1994, 2428; OLG Frankfurt, NstZ-RR 2002, 17 f.).

Diese Rechtsprechung bestätigt das OLG Zweibrücken in der vorliegenden Entscheidung, indem es die Feststellungen des Tatsachengerichtes als unzureichend für die Annahme einer Fahruntüchtigkeit des Angeklagten infolge des nachgewiesenen Drogenkonsums erachtete.

Vertiefungshinweise:

Zur Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum: *BGHSt* 44, 219; *NStZ* 2001, 173; *OLG Zweibrücken*, *NStZ* 2002, 95; *Bode*, *BA* 2002, 7; *Kauert*, *BA* 2002, 102; *Schreiber*, *NJW* 1999, 1770;

Kursprogramm:

Assessorkurs : "Sommer"

Leitsatz:

Zu den Voraussetzungen der (relativen) Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum.

Sachverhalt:

Das AG hat festgestellt, dass der Angeklagte am 01.02.2003 gegen 16.18 Uhr mit einem Pkw die R.-Straße in L. befuhr, obwohl er infolge der Einnahme von Betäubungsmitteln (zwei "Tüten Haschisch") am Tage zuvor zwischen 22 und 24 Uhr zum sicheren Führen des Fahrzeugs nicht mehr in der Lage gewesen sei und er dies bei gehöriger Sorgfalt auch hätte erkennen müssen. Zum Nachweis der Fahruntüchtigkeit verweist das AG auf die Bekundungen zweier Polizeibeamten, die den Angeklagten wegen eines Verstoßes gegen die Gurtpflicht einer Verkehrskontrolle unterzogen hatten. Dabei sei aufgefallen, dass er deutlich nach Alkohol gerochen, sich unsicher und nervös gezeigt habe. Ständig habe er sich der Kontrolle entziehen und seine ursprüngliche Absicht, sich einen Döner zu kaufen, fortsetzen wollen. Die Augen des Angeklagten seien stark gerötet gewesen, weshalb er einem Alkohol- und Drogentest unterzogen worden sei. Die ihm entnommene Blutprobe habe einen Blutalkoholgehalt von 0,1 ‰ und einen THC-Gehalt von 0,95 ng/mL erbracht. Von den Polizeibeamten durchgeführte Tests hätten weitere Auffälligkeiten wie starkes Zittern des Standbeines, Flattern der Augenlider und Zittern der Hand bei Fingerspreizung gezeigt. Bei einer Zeitabschätzung von

30 Sekunden mit geschlossenen Augenlidern habe er die Augen bereits nach 18 Sekunden wieder geöffnet. Die Pupillen des Angeklagten hätten auf Anleuchten mit einer Augenlampe sehr träge reagiert; sie seien bei Raumbeleuchtung etwa 6 mm groß gewesen.

Die von dem zur Entnahme der Blutprobe hinzugezogenen Arzt durchgeführten Untersuchungen erbrachten nach den Feststellungen des Urteils, der Angeklagte habe sich bei Gangproben; der Finger-Finger und Nasen-Finger-Probe als sicher erwiesen, seine Sprache und Bewusstsein seien klar, das Verhalten beherrscht und die Stimmung unauffällig gewesen. Lediglich der Denkablauf sei sprunghaft und ein leichter Tremor als Ausfluss einer leichten Alkoholisierung festzustellen gewesen.

Zudem stellt das Urteil auf das Gutachten des medizinischen Sachverständigen Prof. Dr. R ab, welches von einem Drogenkonsum (Cannabis) am Vorabend des Tatgeschehens gegen 22.00 Uhr und damit 18 Stunden vor dem Vorfall ausgeht. In den Feststellungen heißt es hierzu: "Die Ergebnisse (Blutprobe) waren bei Cannabis positiv, bei sonstigen Drogen negativ und bei THC zeigten die Werte 0,95 ng/mL, bei Hydroxy-THC 0,9 ng/mL und bei der THC-Carbonsäure 56 ng/mL. Nach dem Konsum von Cannabis sei grundsätzlich mit einer Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit zu rechnen, wobei jedoch nach so lang zurückliegendem Konsum möglicherweise die Situation eine andere sei. Aufgrund der vom Angekl. zum Zeitpunkt der Verkehrskontrolle und auch unmittelbar danach gezeigten Reaktionen sei jedoch selbst dann, wenn der Angeklagte wahrheitsgemäß angegeben habe, dass der Cannabis-Konsum schon am Abend des Vortages stattgefunden habe, von einem komplexen Bild psycho-/physischer Leistungsmängel auszugehen, die den Angeklagten am sicheren Führen eines Fahrzeugs gehindert hätten. Insoweit sei auch an den im Rauschgiftbereich bekannten Effekt des Flashbacks zu denken. Der Angeklagte habe einen gesteigerten Bewegungsdrang gehabt, äußerste Unruhe gezeigt und seine Motorik sei überdreht gewesen. Sein Denkablauf sei sprunghaft gewesen, insbesondere sein ständiger Drang, weiterhin den in seinem Plan vorgesehenen Ankauf des Döners doch noch durchzuführen, spreche für ein typisches Erscheinungsbild nach Cannabis-Konsum, das nicht nur die Wahrnehmungsfähigkeit, sondern auch die Reaktionsfähigkeit stark herabgesetzt hätte. Sämtliche festgestellten Auffälligkeiten würden für eine Fahruntauglichkeit sprechen, auch wenn die Fahrweise des Angeklagten, auf die sich noch das OLG in seinem Urteil v. 14.02.2003 bezogen habe, nicht habe überprüft werden können. Nach den von den beiden Polizeibeamten festgestellten körperlichen Funktionen des Angeklagten habe im übrigen eine äußerst starke Sehbeeinträchtigung bestanden, da die Pupillen auf eine Blendwirkung nicht hätten reagieren können. Allein dieser Umstand, der zu einem

stark verschwommenen Sehen geführt habe, führe schon zur Fahruntauglichkeit."

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Amtsgerichts; Rechtsmittel

Das AG hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr (§§ 316 Abs. 1, Abs. 2 StGB, 1, 105 JGG) zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 20 € verurteilt, ihm die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperrfrist für die Wiedererteilung von drei Monaten angeordnet.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Angekl., mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt [...]

II. Entscheidung des OLG

Die Sachrüge führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils in der Weise, dass es lediglich bei der Ahndung mit einer Geldbuße (§ 24 a Abs. 2 und 3 StVG) und einem einmonatigen Fahrverbot (§ 25 Abs. 1 S. 2 StVG) verbleibt.

I. Keine Fahruntüchtigkeit des Angeklagten

Diese Feststellungen tragen eine Verurteilung wegen eines Vergehens nach § 316 StGB nicht, da sie eine Fahruntüchtigkeit des Angeklagten nicht belegen.

Da ein der alkoholischen Beeinträchtigung entsprechender messbarer Grenzwert für eine absolute Fahruntüchtigkeit infolge Drogenkonsums nach derzeitigen medizinischen Erkenntnissen nicht zur Verfügung steht, war das AG darauf angewiesen, anhand von Indizien auf eine Beeinträchtigung des Angeklagten zu schließen, die, um dem Tatbestand des § 316 Abs. 1 StGB zu genügen, eine relative Fahruntüchtigkeit belegen. Relative Fahruntüchtigkeit liegt nach dem Konsum von Betäubungsmitteln erst vor, wenn Umstände erkennbar sind, die über die allgemeine Drogenwirkung hinaus den sicheren Schluss zulassen, dass der Konsument in der konkreten Verkehrssituation fahrunsicher gewesen ist (vgl. BGHSt 31, 42, 44 ff.; BGHSt 44, 219 [= StV 1999, 19]; OLG Köln, NJW 1990, 2945, 2946; OLG Düsseldorf NZV 1999, 174, 175). Die verkehrsspezifischen Untauglichkeitsindizien müssen also nicht lediglich eine allgemeine Drogenenthemmung erkennen lassen, sondern sich unmittelbar auf die Beeinträchtigung der Fahreignung beziehen. Insbesondere kommen deshalb als Ausfallerscheinungen direkte Defizite im Fahrverhalten selbst in Betracht, z. B. eine auffällige, riskante, besonders sorglose und leichtsinnige Fahrweise (Senat, StV 2003, 624). Solche Indizien standen dem AG nicht zur Verfügung, da die Fahrweise des Angeklagten offensichtlich völlig unauffällig gewesen ist und die ihm gegenüber durchgeführte Verkehrskontrolle allein wegen einer Verletzung der Gurtpflicht erfolgte.

a. Verhalten des Angeklagten nicht ausreichend für Annahme von Fahruntüchtigkeit

Es ist allerdings - entsprechend der Situation bei alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit - nicht unabdingbar, dass das Fahrverhalten selbst die Unsicherheit erkennen lässt. Vielmehr kann die Beeinträchtigung auch aus einem Leistungsverhalten nach der Tat abgeleitet werden, das sichere Rückschlüsse auf mangelnde Fahrtüchtigkeit - so z. B. schwerwiegende Einschränkungen der Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit, zulässt (BGHSt 44, 219, 225 ff.). Diesen Weg versuchte das AG mit Unterstützung des Sachverständigen zu gehen. Die hierzu getroffenen Feststellungen reichen jedoch nicht aus. Der aufgrund der Angaben der Polizeibeamten angenommene gesteigerte Bewegungsdrang, die äußere Unruhe, die übersteigerte Motorik und Sprunghaftigkeit im Denkablauf können zwar Auswirkungen des Drogenkonsums sein; sie bilden für sich genommen jedoch keine hinreichenden Anzeichen für eine Fahruntüchtigkeit: Dies muss im vorliegenden Falle um so mehr gelten, als den Feststellungen des Urteils keine Umstände zu entnehmen sind, die die aufgeführten Anzeichen für Drogenkonsum verlässlich belegen. Die Sprunghaftigkeit im Denkablauf bzw. der gesteigerte Bewegungsdrang werden nach den Feststellungen des Urteils allein darauf gestützt, dass der Angeklagte weiterhin seinem ursprünglichen Ansinnen, einen Döner zu kaufen, auch während der laufenden Polizeikontrolle hat nachkommen wollen. In diesem Verhalten des Angeklagten können sich in gleicher Weise die Auswirkungen des Alkohol- oder Drogenkonsums als auch der Unwille gegen die polizeiliche Maßnahme gezeigt haben, indem der Angeklagte sich der Verkehrskontrolle und den damit möglicherweise verbundenen Weiterungen hat entziehen wollen. Selbst wenn dieses Verhalten den Einfluss von Drogen erkennen ließe, so kann daraus allein die Fahruntüchtigkeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit hergeleitet werden. Sie läge nur dann vor, wenn sich diese psychische Auffälligkeit in dem Maße auf die Fahrweise projizieren ließe, dass daraus auf mangelhafte Reaktion, fehlende Koordination, beeinträchtigte Sehfähigkeit, Orientierungslosigkeit, Verlust des Gleichgewichtssinnes und ähnliche Mängel geschlossen werden könnte, die eine Beherrschung des Fahrzeugs im öffentlichen Verkehr nicht mehr gewährleisten (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; Senat a.a.O.). Diesen Nachweis leisten die auf den Angaben der Polizeibeamten beruhenden vorangeführten Kriterien nicht. Sie leisten dies im übrigen auch deshalb nicht, weil sie in weiten Teilen in Widerspruch stehen zu den Erhebungen des die Blutentnahme durchführenden Arztes, der den Angeklagten bei Gleichgewichts- und Orientierungstests (Gehen, Finger-Finger und Nasen-Fingerprobe) als 'durchweg sicher bezeichnete, seine Sprache und sein Bewusstsein als klar und sein Verhalten als beherrscht und in der Stimmung unauffällig

beurteilte. Mit dem aufgezeigten Widerspruch und seiner Bedeutung für die Beurteilung einer möglichen Fahruntüchtigkeit hätte sich das Urteil zumindest auseinandersetzen müssen.

b. Medizinisches Gutachten nicht ausreichend für Annahme von Fahruntüchtigkeit

Den Nachweis der Fahruntüchtigkeit des Angeklagten leistet auch nicht das medizinische Gutachten. Auch der Sachverständige hat, ohne Auseinandersetzung mit den vorbeschriebenen ärztlichen Feststellungen, den Versuch unternommen, allein aus den seitens der Polizeibeamten geschilderten Umständen (absolute) Fahruntüchtigkeit abzuleiten. Dies vermag nicht zu überzeugen. Schon die Tatsache, dass der Drogenkonsum nach den Feststellungen des Urteils bereits ca. 16 -18 Stunden zurücklag und bei dem Angeklagten ein THC-Gehalt unter 1 ng/mL gemessen wurde, gibt ohne nähere Ausführungen im Urteil dazu, wie sich ein möglicher Abbau der Drogenwirkung gestaltet und wie sich dies auf eine mögliche Fahrtüchtigkeit des Angeklagten ausgewirkt haben könnte, zu Bedenken Anlass. Allein der Hinweis auf die Möglichkeit eines "Flashback" (zur Bedeutung vgl. Pschyrembel; Klinisches Wörterbuch, 259. A., 5. 531) - für dessen Vorliegen keine Umstände dargetan sind - reicht nicht aus. Die von den Polizeibeamten geschilderte Sprunghaftigkeit im Denkablauf, der übersteigerte Bewegungsdrang und die Umtrieblichkeit des Angeklagten, die auch vom Sachverständigen letztlich aus dem Bestreben des Angekl. hergeleitet werden, sich einen Döner zu kaufen, ist ein völlig untauglicher Umstand für die Beantwortung der Frage, ab welchem Ausmaß der Konsum von Cannabis zur Fahruntüchtigkeit i. S. d. § 316 StGB führt.

Mit dieser Auffassung glaubt sich der Senat nicht in Widerspruch mit den wissenschaftlichen Erhebungen des vom Tatgericht gehörten Sachverständigen Prof. Dr. R. In dessen Phänomenologie zu den Akutwirkungen von Partydrogen bei Diskothekenbesuchern werden Auffälligkeiten der Sprache, des Denkablaufs, des Verhaltens und der Stimmung, Gleichgewichtsauffälligkeiten, Beeinträchtigungen des Kurzzeitempfindens u. ä. Parameter nur beschränkte Aussagekraft für Ausmaß und Umfang einer Drogenbeeinflussung zuerkannt (vgl. Hecker/Röhrich/Neis/Rittner, Blutalkohol 2003, S. 85, 96 ff.). Als aussagekräftige Parameter werden dagegen die Messung des Drehnystagmus und die Weitung der Pupillen mit verzögerter oder ausbleibender Hell-/Dunkel-Adaption anhand eines sog. "P/I-Indexes" angeführt; diese sind hier entweder gar nicht (Drehnystagmus) oder (Pupillenweite, P/I Index, Pupillenschließreflex) völlig unzureichend - offensichtlich im Wege der Schätzung - durch Polizeibeamte erhoben worden, so dass auch diese Parameter - unabhängig von ihrer generellen naturwissenschaftlichen Validität - keinen Rückschluss auf die Fahruntüchtig-

keit des Angeklagten zulassen. Dem der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverständigengutachten fehlt es insoweit schon an den erforderlichen Anknüpfungstatsachen. Somit vermag der Senat nicht nachzuzuziehen, aufgrund welcher konkreter Feststellungen der Sachverständige und mit ihm das Gericht zu der Feststellung hat gelangen können, bei dem Angeklagten habe eine äußerst starke Sehbeeinträchtigung bestanden, die für sich betrachtet schon die Fahruntüchtigkeit bedinge. Der Senat braucht deshalb hier nicht die Frage zu beantworten, ob und unter welchen Umständen und ab welcher Messgrenze eine ordnungsgemäß bestimmte Pupillenerweiterung mit verzögerter oder gar ausbleibender Hell-/Dunkel-Adaption nach naturwissenschaftlich-medizinischen Erkenntnissen Rückschlüsse auf die Seh- und Wahrnehmungsfähigkeit und damit auf eine mögliche Fahruntüchtigkeit eines Angekl. überhaupt zulässt.

2. Aufhebung der Verurteilung wegen § 316 StGB; Sanktionierung wegen Ordnungswidrigkeit

Die Verurteilung wegen eines Vergehens gem. § 316 StGB kann deshalb keinen Bestand haben. Nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Konsum von Betäubungsmitteln, die mit Sicherheit THC enthalten

haben und damit der Anlagenliste zum StVG unterliegen, hat sich der Angeklagte jedoch eines fahrlässigen Verstoßes gegen § 24 a Abs. 2 StVG schuldig gemacht. Da von einer neuen Beweisaufnahme keine weiteren entscheidungserheblichen Tatsachen zu erwarten sind, kann der Senat nach §§ 82 Abs. 1, 79 Abs. 4 OWiG in der Sache selbst entscheiden (vgl. Göhler OWiG 13. A., § 82 Rdnr.16 m. w. N.).

Die Bemessung der Sanktionen für die fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeit folgt Nr. 242 BKatVO, da nach den Feststellungen: des angefochtenen Urteils keine Umstände ersichtlich sind, die eine Ermäßigung oder Erhöhung der Regelgeldbuße von 250 € oder ein Absehen von einem einmonatigen Fahrverbot rechtfertigen würden. Den Entscheidungsgründen kann entnommen werden, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten die Zahlung einer Buße in dieser Höhe ermöglichen. Eine Überprüfung der Auswirkungen des Fahrverbots erübrigt sich, da dieses sich infolge der Anrechnung der bisherigen Dauer der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis nicht mehr auswirkt (§ 450 Abs. 2 StPO); aus demselben Grund unterbleibt auch die Einräumung der Abgabefrist gem. § 25 Abs. 2 a StVG.

Standort: §§ 261, 337 StPO

Problem: Überprüfung der Beweiswürdigung

BGH, URTEIL VOM 30.03.2004

1 STR 354/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das LG Waldshut hatte den Angeklagten bereits 1997 vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen. Der BGH hatte den Freispruch auf die Revision der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägerin hin aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Das LG sprach den Angeklagten erneut frei, da es sich aufgrund der vorliegenden Beweismittel nicht von dessen Schuld überzeugen konnte. Mit der vorliegenden Entscheidung hebt der BGH das Urteil des Landgerichts erneut auf und verwies diesmal an ein anderes LG zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die im vorliegenden Urteil angesprochene Frage der Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung in der Revision hat ausschließlich im zweiten Examen Prüfungsrelevanz, dort stellt sie jedoch ein beliebtes Problem dar.

Gem. § 261 StPO entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme und somit über die Frage nach Schuld und Strafe des Täters nach dem Ergebnis seiner freien Überzeugung. Um die Freiheit der Überzeugungsbildung des Tatrichters nicht ein-

zuzuschränken, geht die Rechtsprechung davon aus, dass es in einem Revisionsverfahren unzulässig ist, dass das Revisionsgericht die Beweiswürdigung des Tatrichters durch eine eigene ersetzt (BGHSt 10, 208; 29, 18). Das Revisionsgericht kann allerdings die Beweiswürdigung des Tatrichters dahingehend überprüfen, ob sie rechtsfehlerhaft ist. Rechtsfehlerhaft ist eine Beweiswürdigung insb. dann, wenn sie in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, wenn sie gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit stellt (BGH, NStZ 1983, 277; 1984, 180; 1988, 212). Eine solche rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung stellt einen sachlich-rechtlichen Mangel des Urteils dar (BGHSt 14, 162; 15, 1). Im vorliegenden Fall vermochte der BGH insb. aufgrund der fehlerhaften Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" (das Tatgericht hatte den Grundsatz jeweils auf einzelne Indizien bezogene und nicht auf die Gesamtschau) sowie aufgrund überzogener Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Überzeugung der Richter solche Rechtsfehler feststellen und hob deshalb das Urteil auf.

Am Rande erwähnt der BGH auch die Frage des Strafklageverbrauchs durch einen Freispruch (vgl. zum Strafklageverbrauch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 171 ff.). Gem. Art. 103 III GG darf

niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden ("ne bis in idem"). Das bedeutet, dass eine Straftat, die bereits einmal abgeurteilt worden ist, nicht Gegenstand einer zweiten Sachentscheidung eines Strafgerichts sein darf; durch das rechtskräftige erste Urteil ist die Strafklage verbraucht (BVerfGE 23, 191; BGHSt 20, 292). Dem Wortlaut des Art. 103 III GG folgend wäre somit ein Strafklageverbrauch durch einen Freispruch nicht zwingend, da im Falle einer zweiten Verhandlung nach einem Freispruch ja nicht eine doppelte Bestrafung droht (denn im ersten Verfahren wurde der Angeklagte ja nicht bestraft). Jedoch ist § 103 III GG verfassungskonform so auszulegen, dass diese Vorschrift nicht nur eine doppelte Bestrafung, sondern bereits eine doppelte Strafverfolgung verbietet, so dass jede Sachentscheidung des Gerichts - auch ein Freispruch - der Durchführung eines weiteren Strafverfahrens bzgl. derselben Tat entgegensteht (BVerfGE 12, 62; BGHSt 2, 375; Meyer-Goßner, Einl. Rn. 171).

Dass die Rechtskraft eines Urteils und der sich daraus ergebende Strafklageverbrauch sich aber nur auf die Entscheidung selbst beziehen und grundsätzlich nicht auf die Entscheidungsgründe und die festgestellten Tatsachen, betont der BGH im vorliegenden Urteil in Fortführung seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung (BGHZ 13, 279; NJW 19832, 1239; JR 1998, 117).

Vertiefungshinweise:

Zur Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung im Revisionsverfahren: *BGHSt* 10, 208; 29, 18; *StV* 1981, 114; 1983, 267; *Pelz*, *NStZ* 1993, 362; *Schmidt*, *JR* 1957, 386;

Zum Strafklageverbrauch: *BVerfG*, *NJW* 1968, 982; *BGHSt* 20, 292; 28, 119; *Gillmeister*, *NStZ* 1989, 3; *Puppe*, *JR* 1986, 205; *Roxin*, *JZ* 1988, 260; *Schlüchter*, *JZ* 1991, 1059;

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Maus"

Assessorkurs: "Lamm"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; kann er die erforderliche Gewissheit nicht gewinnen und zieht er die hiernach gebotene Konsequenz und spricht frei, so hat das Revisionsgericht dies regelmäßig hinzunehmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Revisionsgericht die Beweisergebnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Ein Urteil kann indes dann keinen Bestand haben, wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist. Dies ist etwa der Fall, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen

gen nicht berücksichtigt oder naheliegende Schlussfolgerungen nicht erörtert, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt worden sind.

2. Der Tatrichter ist gehalten, sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen. Eine Beweiswürdigung, die über schwerwiegende Verdachtsmomente ohne Erörterung hinweggeht, ist rechtsfehlerhaft.

3. Liegen mehrere Beweisanzeichen vor, so genügt es nicht, sie jeweils einzeln abzuhandeln. Auf solche einzelnen Indizien ist der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht isoliert anzuwenden. Das einzelne Beweisanzeichen ist vielmehr mit allen anderen Indizien in eine Gesamtwürdigung einzustellen. Erst die Würdigung des gesamten Beweisstoffes entscheidet letztlich darüber, ob der Richter die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten und den sie tragenden Feststellungen gewinnt. Auch wenn keine der Indizien für sich allein zum Nachweis der Täterschaft des Angeklagten ausreichen würde, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtheit dem Tatrichter die entsprechende Überzeugung vermitteln können

4. Für die Beantwortung der Schuldfrage kommt es allein darauf an, ob der Tatrichter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangen kann oder nicht. Der Begriff der Überzeugung schließt die Möglichkeit eines anderen, auch gegenteiligen Sachverhalts nicht aus; vielmehr gehört es gerade zu ihrem Wesen, dass sie sehr häufig objektiv möglichen Zweifel ausgesetzt bleibt.

5. Ein rechtskräftiger Freispruch verbraucht die Strafklage und steht fortan einer Sanktionierung wegen der nämlichen Tat entgegen. Eine Tatsachenbindung gehört aber nicht zum Wesen der Rechtskraft.

Sachverhalt:

Der erkennende Senat des BGH hatte bereits mit Urteil vom 29. September 1998 - 1 StR 416/98 - das erste in dieser Sache ergangene Urteil des Landgerichts vom 28. November 1997 auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägerin hin aufgehoben, soweit der Angeklagte von dem jetzt noch in Rede stehenden Tatvorwurf freigesprochen worden war. In der ersten Hauptverhandlung hatte sich das Landgericht nicht davon überzeugt, dass der Angeklagte gemeinsam mit einem unbekanntem Mittäter namens J die Zeugin S am 19. August 1996 gegen 20.30 Uhr in der Parkanlage hinter dem Sch.-Gymnasium in Bad Sä. überfallen habe, wobei beide Täter abwechselnd

jeweils den Oral- und Vaginalverkehr erzwungen hätten (Anklage vom 13. April 1997). In einer mit diesem Verfahren verbundenen weiteren Anklage war dem Angeklagten darüber hinaus vorgeworfen worden, an einem nicht näher feststellbaren Tag in der zweiten Augushälfte 1996 wiederum mit einem unbekanntem Mittäter namens J und ebenfalls im Sch.-Park in Bad Sä. eine weitere, allerdings unbekannt gebliebene Frau zum Geschlechtsverkehr gezwungen zu haben. Diese hatte sich später anonym bei einer Frauenberatungsstelle gemeldet, war danach aber nicht mehr in Erscheinung getreten. Auch von diesem Tatvorwurf hat das Landgericht den Angeklagten mit seinem ersten Urteil vom 28. November 1997 freigesprochen. Insofern ist jenes Urteil rechtskräftig.

Hinsichtlich des Vorwurfs der Vergewaltigung zum Nachteil der Zeugin S konnte das Landgericht seinerzeit Zweifel nicht überwinden, ob der Angeklagte bei seinem früheren, später widerrufenen Geständnis diejenige Tat geschildert habe, welche der Zeugin widerfahren sei. Auch die Identifizierung des Angeklagten durch die Zeugin sei nicht verlässlich genug, um Unstimmigkeiten zwischen den Tatschilderungen der Zeugin und des Angeklagten in seiner früheren geständigen Einlassung vernachlässigen zu können.

Das Landgericht hat sich auch in der erneuten Hauptverhandlung nicht davon zu überzeugen vermocht, dass es der Angeklagte war, der die Zeugin S mit einem unbekanntem Mittäter vergewaltigt hat. Zwar sei die Zeugin S, wie von ihr geschildert, Opfer einer Vergewaltigung geworden; es lasse sich jedoch nicht feststellen, dass der Angeklagte die Tat begangen habe. Das später widerrufenen Geständnis des Angeklagten im Ermittlungsverfahren beziehe sich zwar wahrscheinlich auf eine tatsächlich verübte Tat, obwohl dies nicht als völlig zwingend erscheine. Es bestünden aber erhebliche Zweifel an der Identität der von dem Angeklagten einerseits und der Zeugin andererseits jeweils geschilderten Tatabläufe. Unterschiede hätten sich bei den Angaben hinsichtlich des Ausgangspunkts der Tat und der Gehrichtung des Opfers, dessen Kleidung und Haarfarbe, der Kleidung der Täter, des Tatorts und der Ausübung von Oralverkehr ergeben. Diese Abweichungen könnten auch nicht mit der Überlegung relativiert werden, dass die Begehung zweier vergleichbarer Vergewaltigungstaten durch jeweils zwei (andere) Täter in Bad Sä. in kurzem zeitlichem Abstand wenig wahrscheinlich sei.

Die Strafkammer konnte sich von der Täterschaft des Angeklagten auch nicht aufgrund seiner Identifizierung als Täter durch die Zeugin S überzeugen. Die Identifizierung bei der Wahllichtbildvorlage sei aufgrund von Unsicherheiten bei der Beschreibung der Barttracht des Angeklagten nicht sicher gewesen. Auch in der Hauptverhandlung hätten sich Unsicherheiten in bezug auf die Barttracht und die Lage der Narbe im Gesicht des Angeklagten ergeben.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten erneut vom Vorwurf der Vergewaltigung zum Nachteil der Nebenklägerin S freigesprochen. Hiergegen richtet sich die Revision der Nebenklägerin. Diese beanstandet die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

Das freisprechende Urteil hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Es weist im wesentlichen die gleichen rechtlichen Fehler bei der Beweiswürdigung auf wie das seinerzeit aufgehobene erste landgerichtliche Urteil. Die Beweiswürdigung leidet wiederum unter Erörterungsmängeln, beachtet nicht in jeder Hinsicht die für sie geltenden Maßgaben und überspannt die an die tatrichterliche Überzeugungsbildung zu stellenden Anforderungen.

1. Zur Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tatrichters durch das Revisionsgericht

Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; kann er die erforderliche Gewissheit nicht gewinnen und zieht er die hiernach gebotene Konsequenz und spricht frei, so hat das Revisionsgericht dies regelmäßig hinzunehmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Revisionsgericht die Beweisergebnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Ein Urteil kann indes dann keinen Bestand haben, wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist. Dies ist etwa der Fall, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht berücksichtigt oder naheliegende Schlussfolgerungen nicht erörtert, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt worden sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH wistra 1999, 338, 339; NJW 2002, 2188, 2189). Der Tatrichter ist gehalten, sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen. Eine Beweiswürdigung, die über schwerwiegende Verdachtsmomente ohne Erörterung hinweggeht, ist rechtsfehlerhaft (BGH NStZ 2002, 656, 657). Liegen mehrere Beweisanzeichen vor, so genügt es nicht, sie jeweils einzeln abzuhandeln. Auf solche einzelnen Indizien ist der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht isoliert anzuwenden. Das einzelne Beweisanzeichen ist vielmehr mit allen anderen Indizien in eine Gesamtwürdigung einzustellen. Erst die Würdigung des gesamten Beweisstoffes entscheidet letztlich darüber, ob der Richter die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten und den sie tragenden Feststellungen gewinnt. Auch wenn keine der Indizien Tatsachen für sich

allein zum Nachweis der Täterschaft des Angeklagten ausreichen würde, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtheit dem Tatrichter die entsprechende Überzeugung vermitteln können (BGH NStZ-RR 2000, 45).

2. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. der Angaben der Zeugin S

Die Strafkammer musste ihrer Beweiswürdigung die Aussage der Zeugin S zugrunde legen und prüfen, ob diese glaubhaft ist und ob die Zeugin den Angeklagten überzeugungskräftig als Täter identifiziert hat. Dabei hat die Kammer jedoch nicht hinreichend bedacht, dass der Zweifelssatz nicht schon auf das einzelne Indiz, sondern erst bei der abschließenden Überzeugungsbildung aufgrund der gesamten Beweislage anzuwenden ist. Bereits vor der Gesamtschau aller Beweise hat das Landgericht hier wesentliche Beweisanzeichen für die Täteridentifikation - wie die Lage der Narbe, die Barttracht, den Geruch und weitere Identifizierungsmerkmale - jeweils einzeln unter Zugrundelegung des Zweifelssatzes als "nicht völlig zwingend" und deshalb nicht überzeugend erachtet. Das lässt besorgen, dass es bei der Gesamtwürdigung solche Indizien nicht hinreichend einbezogen hat, denen es für sich gesehen keinen "zwingenden" Beweiswert beigemessen hat. Darüber hinaus hat es einzelne Beweisanzeichen und naheliegende Möglichkeiten nicht erschöpfend oder überhaupt nicht erörtert.

a. Zur Würdigung der Angaben der Zeugin zur Narbe des Täters

Die Strafkammer hat sich zur Identifizierung des Angeklagten durch die Zeugin S mit dem Beweisanzeichen der Narbe befasst, dabei aber die Angaben der Zeugin zur Lage der Narbe im Gesicht eines der Täter und das tatsächliche Vorhandensein einer Narbe unter dem linken Auge des Angeklagten nicht erschöpfend gewürdigt.

Das Landgericht sieht in dem Umstand, daß ein Tatopfer einen Täter an einer Narbe wieder erkennt, grundsätzlich ein starkes Indiz für die Richtigkeit der Identifizierung; das gelte unabhängig von etwaigen Abweichungen hinsichtlich deren genauer Lage. Es hält den Wert der Wiedererkennung hier aber deshalb für gemindert, weil die Zeugin auch nach der Gegenüberstellung mit dem Angeklagten bei der fehlerhaften Beschreibung der Lage der Narbe geblieben ist und darauf beharrt hat, diese habe sich über dem linken Auge befunden. In diesem Zusammenhang lässt es allerdings unberücksichtigt, dass die Zeugin den Angeklagten in der Hauptverhandlung "zu 100 %" identifiziert hat. Zudem erörtert es nicht, welche Bedeutung der Aussage der Zeugin zur Lage der Narbe gerade vor dem Hintergrund zukommt, dass diese bei ihrer Beschreibung insoweit auch später blieb, obwohl sie spätestens nach der ersten Gegenüberstellung in der

Hauptverhandlung im November 1997 naheliegenderweise die tatsächliche Lage der Narbe unter dem linken Auge gekannt haben müsste. Wenn die Zeugin dennoch den Täter mit einer über dem Auge liegenden Narbe beschrieben hat, liegt die Erklärung nahe, dass sie diese aus ihrer Erinnerung beschrieben hat, die jedoch nicht in jeder Hinsicht verlässlich war. Dabei war zu bedenken, dass die beiden Täter die liegende Zeugin auch kopfseitig von oben festgehalten haben. Wie dem Senat aus der Befassung mit dem ersten, aufgehobenen Urteil des Landgerichts bekannt ist, war dort festgestellt, dass sich die Zeugin inzwischen (damals, in jener Hauptverhandlung) nicht mehr sicher war, wo am Auge des Täters sich die Narbe genau befunden habe. Diese Besonderheiten hätte die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer in ihre Bewertung einbeziehen müssen.

b. Zur Würdigung der Angaben der Zeugin zur Barttracht des Täters

Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist auch hinsichtlich des Beweisanzeichens der Barttracht unvollständig und wird den Anforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung nicht vollends gerecht.

Die Zeugin S hat auch in der erneuten Beweisaufnahme gleichbleibend bestätigt, dass einer der Täter - ihres Erachtens der Angeklagte - keinen Bart getragen habe. Daneben hat sie aber den unbekanntem Mittäter mit einem leicht an den Mundwinkeln herabwachsenden Schnurrbart beschrieben. Der Angeklagte hatte im Rahmen seines (später widerrufenen) Geständnisses angegeben, daß er zur Tatzeit zumindest einen Oberlippenbart getragen habe, welcher sicher an den Seiten etwas länger ausgeprägt gewesen sei. Danach hat die Zeugin einem der Täter einen Bart zugeordnet, der nach der Form der Barttracht des Angeklagten zur Tatzeit entsprechen konnte. Die Möglichkeit, dass die Zeugin den von ihr tatsächlich erwähnten Bart versehentlich dem falschen Täter zugeordnet haben könnte, wird vom Landgericht als spekulativ bezeichnet, ohne die besondere Anspannung der Zeugin in der Tatsituation und den Umstand zu würdigen, dass sie aus der Erinnerung zwei Täter zu beschreiben hatte, denen sie bestimmte Merkmale zuordnen musste.

c. Zur Würdigung der weiteren Angaben der Zeugin zu besonderen Kennzeichen des Täters

Darüber hinaus setzt sich das Landgericht wie im ersten Urteil mit dem besonderen Merkmal der Stimme des Angeklagten nicht hinreichend auseinander, obwohl die Zeugin die Stimme des entsprechenden Täters als näselnd beschrieben hat. Auch fehlt eine Erörterung der Sprache des Angeklagten im Hinblick auf den von der Zeugin beschriebenen "fehlenden Dialekt". Gerade diese Umstände können nicht aufgrund einer nach Ansicht des Landgerichts methodisch unzulänglichen früheren Wahllichtbildvorlage wieder-

erkannt werden. Dies gilt auch für den von der Zeugin erstmals als Wiedererkennungsmerkmal erwähnten Geruch des Angeklagten. Das Urteil enthält keine Angaben zu den konkreten Abständen zwischen dem Angeklagten und der Zeugin in der jetzigen Hauptverhandlung und damit den Geruchswahrnehmungsmöglichkeiten. Weiter fehlt eine Würdigung im Hinblick auf Alter, Größe und Haarfarbe des Angeklagten. Schließlich wird nicht darauf eingegangen, inwieweit die Zeugin den Angeklagten anhand der Augen wiedererkannt haben will. In dem ersten, aufgehobenen Urteil ist von einem hängenden Augenlid die Rede, einem Merkmal, mit dem sich das Tatgericht damals fehlerhaft nicht auseinandergesetzt hatte. Nunmehr wird dieser Umstand vom Landgericht ebenso wie die Gesichtsform nicht einmal mehr erwähnt. Das Urteil läßt schließlich eine Auseinandersetzung mit der beschriebenen erheblichen Alkoholisierung des Täters vermissen, während im ersten Urteil immerhin noch die insoweit übereinstimmenden Angaben von Angeklagtem und Zeugin festgestellt worden waren. Auch dies wäre als Indiz im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen gewesen.

d. Zur Würdigung der Aussage der Zeugin S im Hinblick auf die Veröffentlichung der Täterbeschreibung in der Zeitung

Überdies ist die Annahme des Landgerichts nicht tragfähig, die Identifizierungsleistung der Zeugin verliere deswegen an Wert, weil sich der Angeklagte seinerzeit aufgrund der von der Zeugin gegebenen, in der Zeitung abgedruckten Täterbeschreibung nach deren Lektüre gestellt habe. Es liegt nahe, dass ein Zeuge eine Person als Täter identifiziert, die er zuvor beschrieben hat und die der Beschreibung entspricht, und zwar unabhängig davon, ob diese sich selbst gestellt hat oder nicht. Dies kann sogar ein Hinweis auf die Verlässlichkeit der Identifizierung sein. Sollte die Strafkammer hingegen gemeint haben, ein etwaiges Wissen des Identifizierungszeugen um die Selbstgestaltung könne die Identifizierungsleistung beeinflussen, hätte dies klar zum Ausdruck gebracht und begründet werden müssen.

3. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. der Aussage des Angeklagten

Auch die Würdigung der Einlassung des Angeklagten leidet unter Erörterungsmängeln und ist deshalb nicht tragfähig.

a. Zur Würdigung des Motivs den Angeklagten für den Widerruf seines Geständnisses

Der Senat hatte beanstandet, dass das Motiv des Angeklagten für den Widerruf seines bei mehreren Vernehmungen wiederholten Geständnisses nicht genügend gewürdigt worden sei. Die Schilderung der zeitlichen Abläufe und näheren Umstände des Widerrufs hat er

als nicht ausreichend erachtet. Im ersten Urteil hatte das Landgericht als Grund für den Widerruf erwähnt, der Angeklagte habe mit einer Freiheitsstrafe von etwa drei Jahren gerechnet.

Nachdem sein Anwalt ihm dann aber gesagt habe, dass ihn eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren erwarte, sei ihm das doch zuviel gewesen. Das jetzige Urteil erwähnt diese Umstände nicht mehr. Die Strafkammer führt aus, es sei nicht völlig unwahrscheinlich, dass sich der Angeklagte aufgrund seiner traumatischen sexuellen Erfahrungen mit seinem Vater in eine Opferrolle hineingesteigert haben könnte, aufgrund deren er dann ein solches Geständnis unabhängig von seinem tatsächlichen Wahrheitsgehalt abgelegt haben könnte, um - wie er erklärt hat - seinem Vater "eins auszuwischen". Diese Erklärung des Angeklagten für sein widerrufenes Geständnis, dem "Vater eins auszuwischen", mag, auch wenn das eher fern liegt, möglicherweise geeignet sein, das - dann falsche - Geständnis gegenüber der Polizei zu erklären, nicht ohne weiteres jedoch das zuvor nach Lektüre des Presseartikels gegenüber der Zeugin St. abgegebene. Das hätte der Erörterung bedurft.

b. Zur Würdigung der Qualität des Geständnisses des Angeklagten

Das Landgericht würdigt bei der Prüfung des Wahrheitsgehalts der früheren geständigen Einlassung des Angeklagten nicht ausreichend deren Aussagequalität. Auch ein frei erfundenes Geständnis, um dem Vater "eins auszuwischen", birgt die Gefahr der fehlenden Konstanz insbesondere dann, wenn das Tatgeschehen so genau wie hier beschrieben worden ist. Eine Erklärung dafür, warum das widerrufenes Geständnis des Angeklagten durch Beständigkeit und Detailtreue auch in Nebensächlichkeiten gekennzeichnet ist, führt die Strafkammer nicht an. Sie geht daran vorbei, dass sich der Angeklagte das Geständnis sehr spontan überlegt haben muss, wenn er nach dem Lesen des Zeitungsartikels mit der Täterbeschreibung noch am selben Tag zunächst gegenüber der Zeugin St die Tat eingestanden und sich in der Nacht der Polizei gestellt hat. Dies hätte der näheren Bewertung bedurft.

c. Zur Würdigung des angegebenen Alibis des Angeklagten

Die Beweiswürdigung zum Aufenthalt des Angeklagten zum Tatzeitpunkt ist nicht tragfähig. Zwar nimmt das Landgericht nicht an, der Angeklagte habe ein Alibi nachweisen können, weil er am Spätnachmittag des 19. August 1996 persönlich bei seinem Arbeitgeber gekündigt habe. Das Landgericht hält es aber "für sehr unwahrscheinlich", dass sich der Angeklagte danach noch nach Bad Sä. begeben und dort die Vergewaltigung begangen habe. Es konnte jedoch keine Feststellungen dazu treffen, wann genau und wo der Zeuge L den Angeklagten nach dem Besuch des Arbeitgebers

mit dem Fahrzeug abgesetzt hat. Dieser hat sich nur noch daran erinnert, dass die Fahrt zum Arbeitgeber zwischen 17.00 Uhr und 20.00 Uhr stattgefunden und der Angeklagte sich dort ca. ein bis eineinhalb Stunden aufgehalten habe. Da die Tat gegen 20.30 Uhr geschehen sein soll, konnte aus diesen Angaben keine tragfähige Folgerung auf die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einer anschließenden Vergewaltigung in Bad Sä. gezogen werden.

d. Zu den Anforderungen an die richterliche Überzeugung von der Schuld des Angeklagten

Indem das Landgericht es als nicht "völlig zwingend" erachtet, dass das Geständnis der Wahrheit entspreche und der Angeklagte auch an der Tat zum Nachteil der Zeugin S beteiligt gewesen sei, hat es den Grundsatz der freien Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft angewandt: Für die Beantwortung der Schuldfrage kommt es allein darauf an, ob der Tatrichter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangen kann oder nicht. Der Begriff der Überzeugung schließt die Möglichkeit eines anderen, auch gegenteiligen Sachverhalts nicht aus; vielmehr gehört es gerade zu ihrem Wesen, dass sie sehr häufig objektiv möglichen Zweifel ausgesetzt bleibt. Der Tatrichter ist aber nicht gehindert, an sich mögliche, wenn auch nicht zwingende Folgerungen aus bestimmten Tatsachen zu ziehen. Sie müssen allerdings tragfähig sein (BGHSt 10, 208, 209 f.; 41, 376, 380; BGH, Urt. v. 4. September 2003 - 3 StR 224/03). Da das Landgericht auch im Blick auf andere Beweismomente an sich mögliche Schlüsse als "nicht völlig zwingend" bewertet oder Beweisanzeichen als "kein zwingendes Indiz" charakterisiert, steht angesichts der hier vorliegenden besonderen Umstände zu besorgen, dass es die Anforderungen an die Überzeugungsbildung überspannt haben könnte.

4. Zur fehlenden Würdigung der Möglichkeit eines tatsächlichen Geschehens als Grundlage für das Geständnis des Angeklagten

Das Landgericht hat eine naheliegende Möglichkeit nicht ausdrücklich gewürdigt, die sich aus der Zusammenschau des widerrufenen Geständnisses des Angeklagten und der Aussage der Zeugin S ergibt. Diese erklärt möglicherweise die von der Strafkammer hervorgehobenen Differenzen zwischen den beiden Tatschilderungen und kann ihnen den beweisermindernden Wert hinsichtlich der Bekundungen der Zeugin weitgehend nehmen.

Die Strafkammer hat offen gelassen, ob dem später widerrufenen Geständnis des Angeklagten ein wirkliches Ereignis zugrunde liegt. Einerseits hält sie es für wahrscheinlich, dass das Geständnis wegen der Detailliertheit und Konstanz der Angaben über einen längeren Zeitraum und mehrere Vernehmungen hinweg der Wahrheit entspreche. Sachverständig beraten führt sie andererseits aus, es sei nicht völlig unwahrscheinlich,

dass der Angeklagte ein solches Geständnis "unabhängig von seinem Wahrheitsgehalt abgelegt" haben könnte. Wie bereits im ersten, aufgehobenen Urteil ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass das widerriefene Geständnis des Angeklagten deshalb fragwürdig sei, weil es in wesentlichen Punkten von den Angaben der Geschädigten abweiche. Insbesondere habe der Angeklagte den Ausgangspunkt, von dem aus und die Gehrichtung, in welcher er und sein Mittäter das Opfer verfolgten, anders als die Zeugin beschrieben. Differenzen bestünden darüber hinaus hinsichtlich der Schilderung der Kleidung des Opfers und der Täter sowie des Tathergangs in seinen Einzelheiten. Das Geständnis des Angeklagten wäre jedoch nur dann ohne jeden Beweiswert, wenn davon auszugehen wäre, dass es erfunden war. Liegt ihm hingegen ein wahrer, wenn auch nicht der angeklagte Sachverhalt zugrunde, bestünde zwischen den Angaben der Zeugin hinsichtlich des Tathergangs und der geständigen Einlassung des Angeklagten möglicherweise kein wirklicher Widerspruch, weil beide dann verschiedene, aber reale Geschehensabläufe beschrieben haben könnten. Die vom Landgericht hervorgehobenen Differenzen hinsichtlich der Schilderungen etwa zur Kleidung des Opfers (Hose oder Rock, roter Slip) verlören dann weitgehend ihre Bedeutung für die Würdigung der Aussage der Zeugin S und deren Wiedererkennung des Angeklagten. Das Landgericht hätte sich deshalb die Frage vorlegen müssen, ob das später widerrufenen, aber detailreiche und von Konstanz gekennzeichnete Geständnis des Angeklagten zwar eine andere Tat betraf, er aber dennoch auch die - von ihm dann nicht gestandene - Tat zum Nachteil der Zeugin S begangen hat. Es hätte in Betracht ziehen müssen, ob der Angeklagte aufgrund der veröffentlichten Täterbeschreibung nach Begehung einer zweiten Tat zunächst nach seiner Gestellung nur Anlass sehen konnte, lediglich eine der Taten zu gestehen. Auf diese Möglichkeit könnte hindeuten, dass innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums an demselben Ort zwei Vergewaltigungen mit derselben Vorgehensweise von jeweils zwei Tätern begangen worden sein könnten.

Dabei hätte jeweils einer der Täter nach den insoweit übereinstimmenden Angaben sowohl der Zeugin als auch des Angeklagten eine Tätowierung mit dem Motiv einer Spinne aufgewiesen. Der zweite Täter, der die Tat zum Nachteil der Zeugin S mit begangen hat, hätte dann ebenso wie der Angeklagte, der die Tat zum Nachteil des unbekanntem Opfers gestanden und beschrieben hätte, eine Narbe am Auge. Würde das Landgericht also beide Schilderungen - das frühere Geständnis des Angeklagten, aber auch die Tatschilderung der Zeugin S - unter diesen Umständen für nicht widersprüchlich und für glaubhaft halten, müsste es sich fragen, ob es sich auf solcher Grundlage davon überzeugen kann, daß der Angeklagte auch die von ihm nicht gestandene Tat zum Nachteil der Nebenklä-

gerin begangen hat. Die Abweichungen in den Tatschilderungen könnten dann nicht mehr gegen eine solche Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten im Fall zum Nachteil der Nebenklägerin ins Feld geführt werden. Der Identifizierungsleistung der Zeugin käme dann für die Wiedererkennung in der Hauptverhandlung und auch in bezug auf die Wahllichtbildvorlage möglicherweise ein höherer Beweiswert zu.

Dass der Angeklagte von dem Vorwurf der zweiten Vergewaltigung zum Nachteil des unbekanntes Opfers rechtskräftig freigesprochen ist, hindert nicht dessen Erörterung und etwaige indizielle Bewertung im Blick auf den noch in Rede stehenden Anklagevorwurf. Der rechtskräftige Freispruch verbraucht die Strafklage und steht fortan einer Sanktionierung wegen der nämlichen Tat entgegen. Eine Tatsachenbindung gehört

aber nicht zum Wesen der Rechtskraft (vgl. BGHSt 43, 106, 108 f.; Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. Einl. Rdn. 170, 188).

III. Zum Beruhen des Urteils auf den festgestellten Mängeln

Auf diesen sachlich-rechtlich erheblichen Beweiswürdigungsmängeln kann das Urteil beruhen. Es ist nicht auszuschließen, dass das Landgericht bei ihrer Vermeidung die Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten gewonnen hätte.

IV. Zurückverweisung

Die Sache muss somit neu verhandelt und entschieden werden. Der Senat verweist sie an ein anderes Landgericht zurück (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO; vgl. im übrigen Bd. III Bl. 713 ff. der Strafakten).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Versammlungs- und Straßenrecht

VG BERLIN, BESCHLUSS VOM 23.12.2003
1 A 361/03 (NVwZ 2004, 761)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatten die zuständigen Behörden es dem ASt. versagt, zum Zwecke eines kollektiven, mehrmonatigen Hungerstreiks ein Zelt auf öffentlichem Straßengrund aufzustellen. Hiergegen wendete sich der ASt. im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, wobei er im Hauptantrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen das Verbot, im Hilfsantrag nach § 123 I VwGO die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen des Zeltes begehrte.

Der Fall ist wegen seiner Kombination aus Versammlungs- und Straßenrecht besonders interessant. Eine den Schutz des Art. 8 GG genießende Versammlung kann nicht eine nach dem Straßen- und Wegerecht der Länder erlaubnispflichtige Sondernutzung sein, sondern ist stets erlaubnisfreier Gemeingebrauch. Der Fall lag hier insoweit auf der Kippe, als das VG den eigentlichen Hungerstreik durchaus als Versammlung einstufte, das Aufstellen des Zeltes aber als "Nebengeschehen" trotzdem für erlaubnispflichtig hielt. Auf eine Erlaubnis hatte der ASt. im Hilfsantrag allerdings keinen Anspruch, da das Nächtigen auf öffentlichem Grund nach dem Straßenrecht des Landes Berlin verboten ist.

Prüfungsrelevanz:

Spätestens seit der Diskussion um die Versammlungseigenschaft der "Loveparade" und ähnlicher Veranstaltungen besitzt die hier angesprochene Problematik erhebliche Examensrelevanz. Sie verdeutlicht, dass die vordergründige Diskussion um die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 GG in der Sache besonders im Straßen- und Wegerecht Auswirkungen hat.

Zu beachten ist, dass das Versammlungsgesetz nach ganz h.M., der auch das VG folgt, für öffentliche Versammlungen *lex specialis* zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der Länder, aber auch zum Straßen- und Wegerecht des Bundes und der Länder ist. Die Ermächtigungsgrundlage für ein Einschreiten gegen die ungenehmigte Sondernutzung einer Straße durch eine Versammlung (hier also das Aufstellen des Zeltes durch die Hungerstreikenden) war daher nicht

im BerlStrG, sondern im VersG zu suchen. Dessen § 15, der für öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel gilt, schützt allerdings u.a. die öffentliche Sicherheit, die wiederum die gesamte Rechtsordnung umfasst. Zu dieser gehört auch das Straßen- und Wegerecht, sodass die dortigen Vorschriften über Gemeingebrauch und Sondernutzung inzidenter doch noch zum Tragen kommen. Dieses Zusammenspiel von Versammlungs- und Straßenrecht ist typisch für viele derartige Fallkonstellationen und sollte unbedingt beherrscht werden.

Vertiefungshinweise:

Zum Versammlungsbegriff bei "Loveparade" und dergleichen: *BVerfG*, NJW 2001, 2459; *VG Hamburg*, RA 2000, 450; *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274; *Deger*, NJW 1997, 923; *Kniesel*, NJW 2000, 2857

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Der anachronistische Zug"
- Examenskurs* : "Waffen-SS"
- Assessorkurs* : "Fieser Verein"
- Assessorkurs* : "Die störende Wahlwerbung"

Leitsätze:

- 1. Das Aufstellen eines Zeltes zur Durchführung eines mehrmonatigen Hungerstreiks auf öffentlichem Straßenland ist für eine kollektive Meinungskundgabe nicht zwingend erforderlich und damit nicht vom Versammlungsgrundrecht abgedeckt.**
- 2. Das Versammlungsgrundrecht gibt dem Einzelnen keinen Anspruch gegen den Staat, möglichst optimale Rahmenbedingungen für die Durchführung seiner Versammlung zu schaffen.**

Sachverhalt:

Der ASt. beabsichtigt, in der Zeit vom 18.12.2003 bis zum 27.2.2004 auf dem Alexanderplatz die Durchführung eines öffentlichen Solidaritätshungerstreiks mit 20 Teilnehmern. Zwei der Hungerstreikenden sollen sich dabei in einem Glaskasten aufhalten, der Rest der Teilnehmer soll rund um die Uhr in einem Zelt lagern. Thema der Aktion sind die Haftbedingungen in der Türkei. Mit Bescheid vom 19.12.2003, versehen mit einer formell ordnungsgemäßen Anordnung der sofortigen Vollziehung, untersagte der Ag. zu 1, der Polizei-

präsident in Berlin, dem ASt. das Aufstellen des Zeltes. Wer sich unter freiem Himmel versammele, setze sich zwangsläufig der herrschenden Witterung aus und könne aus dem Versammlungsgrundrecht keinen Anspruch auf die Aufstellung eines Regenschutzes ableiten. Insoweit hat der Ast. Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist. Der Ag. zu 2, das Bezirksamt Mitte, hat die vom Ast. begehrte Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen des Zeltes mit Bescheid vom 22.12.2003 abgelehnt. Der Sondernutzungserlaubnis stehe der Versagungsgrund des § 11 II 2 Nr. 3 BerlStrG, wonach das Nächtigen und Lagern auf öffentlichem Straßenland unerwünscht sei, zwingend entgegen. Im Rahmen der Interessenabwägung gebiete auch das Versammlungsrecht nicht, der beabsichtigten Meinungskundgabe gegenüber der Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs den Vorzug zu geben.

Der Ast. beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid vom 19.12.2003 wiederherzustellen, hilfsweise die Behörde zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen des Zeltes zu verpflichten.

Mit Erfolg?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass der ASt. Deutscher ist. Der Fall ist nach den folgenden Vorschriften des BerlStrG gelöst, kann aber auf jedes andere Landesrecht übertragen werden, da die übrigen Länder entsprechende Vorschriften erlassen haben:]

§ 10 Eigentum und Gemeingebrauch

(1) Das Eigentum an öffentlichen Straßen ist Privateigentum, das durch die Bestimmung der Straße für den Gemeingebrauch beschränkt ist.

(2) Der Gebrauch der öffentlichen Straßen ist jedem im Rahmen der Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch) gestattet. Auf die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs besteht kein Rechtsanspruch. Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt.

§ 11 Sondernutzung

(1) Jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, ist eine Sondernutzung und bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften der Erlaubnis der Straßenbaubehörde.

(2) Die Erlaubnis nach Absatz 1 ist zu versagen, wenn öffentliche Interessen der Sondernutzung entgegenstehen und diesen nicht durch Nebenbestimmungen Genüge getan werden kann. Ein öffentliches Interesse ist insbesondere dann gegeben, wenn

1. die Sondernutzung den Gemeingebrauch nicht unerheblich einschränken würde,

2. von der Sondernutzung schädliche Umwelteinwirkungen ausgehen würden,

3. städtebauliche oder sonstige öffentliche Belange beeinträchtigt würden; dies ist auch anzunehmen beim Nächtigen, Lagern und beim Niederlassen zum Alkoholverzehr außerhalb zugelassener Schankflächen,

4. Straßenbaumaßnahmen oder Versorgungsanlagen beeinträchtigt oder gefährdet würden.]

Lösung:

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

A. Hauptantrag

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist über § 40 I 1 VwGO eröffnet, da über Vorschriften des Versammlungs- und Straßenrechts, namentlich die §§ 15 VersG und 10, 11 BerlStrG gestritten wird. Diese sind sämtlich öffentlich-rechtlicher Natur, da sie zwingend eine Behörde und damit einen Hoheitsträger als Zuordnungssubjekt haben, und geben der Streitigkeit auf diese Weise ihren öffentlich-rechtlichen Charakter. Dass diese nichtverfassungsrechtlicher Art ist, unterliegt keinem Zweifel.

2. Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit des Antrags richtet sich nach §§ 88, 122 VwGO, also nach dem Antragsbegehren. Im Hauptantrag geht es um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des ASt. gegen den Bescheid des Ag. vom 19.12.2003. Hierzu dient § 80 V 1, 2. Fall VwGO. Hat die Behörde - wie hier - die sofortige Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet, besteht für den Betroffenen auf diese Weise die Möglichkeit, die ursprünglich nach § 80 I VwGO bestehende aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs wiederherstellen zu lassen. Ein Antrag nach § 123 I VwGO kommt demgegenüber schon deshalb nicht in Betracht, weil dieser gem. § 123 V VwGO hinter § 80 V 1 VwGO zurückträte.

3. Antragsbefugnis

Besondere Sachentscheidungsvoraussetzung eines solchen Antrags ist zur Vermeidung von Popularanträgen eine Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO, der zumindest die Möglichkeit einer Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte des ASt. fordert. Der ASt. ist hier als Adressat des belastenden Verwaltungsakts, mit dem ihm das beabsichtigte Aufstellen des Zeltes sofort vollziehbar untersagt wurde, zumindest möglicherweise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt. Darüber hinaus kommt eine Verletzung

seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG in Betracht.

4. Antragsgegner

Der Antragsgegner richtet sich nach dem Beklagten der Hauptsache. Hier wäre eine Anfechtungsklage durchzuführen, die sich gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als Rechtsträger des Polizeipräsidenten von Berlin richtete, wobei zur Bezeichnung des Rechtsträgers die Angabe der Behörde genügt, § 78 I Nr. 1 VwGO a.E.

5. Allg. Rechtsschutzinteresse

Das allgemeine Rechtsschutzinteresse setzt im Rahmen des § 80 V VwGO voraus, dass ein nicht offensichtlich unzulässiger Widerspruch ohne aufschiebende Wirkung eingelegt wurde. Dies ist hier mit dem noch nicht beschiedenen Widerspruch des ASt. der Fall.

Der Antrag ist damit zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO ist begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist oder sich im Rahmen einer summarischen Interessenabwägung ergibt, dass das Suspensivinteresse des ASt. das Vollzugsinteresse der vom Ag. repräsentierten Allgemeinheit überwiegt.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung muss von einer nach § 80 II Nr. 4 VwGO zuständigen Behörde erlassen und ordnungsgemäß begründet werden. Laut Sachverhalt bestehen insoweit keine Bedenken.

2. Interessenabwägung

Wesentliches Indiz für das Überwiegen des Suspensivinteresses ist die Erfolgsaussicht in der Hauptsache. Lässt sich im Rahmen der im vorläufigen Rechtsschutz allein möglichen summarischen Prüfung feststellen, dass der der Vollziehungsanordnung zugrunde liegende Verwaltungsakt rechtswidrig war, überwiegt das Interesse des ASt. an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen diesen.

a. Rechtswidrigkeit des VA

Fraglich ist also zunächst, ob das Verbot, ein Zelt für die Abhaltung des Hungerstreiks aufzustellen, rechtmäßig oder rechtswidrig war. Die Rechtmäßigkeit eines belastenden Verwaltungsakts setzt nach dem aus Art. 20 III GG ableitbaren Gesetzesvorbehalt voraus, dass er durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist, d.h. eine solche existiert und sie in formell und materiell ordnungsgemäßer Weise angewendet wurde.

aa. Ermächtigungsgrundlage

Das VG Berlin erblickt im Versammlungsrecht ein für diesen Fall abschließendes Regelungswerk, aus dem auch die Ermächtigungsgrundlage zu entnehmen sei: "Das Verbot zum Aufbau eines Zeltes im Bescheid vom 19.12.2003, sofern keine Erlaubnis nach dem Straßen- bzw. dem Straßenverkehrsrecht vorliegt, beruht auf § 15 I VersG. Danach kann eine Versammlung oder ein Aufzug von der zuständigen Behörde verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Veranstaltung unmittelbar gefährdet ist. [...] Die §§ 14, 15 VersG bilden ein in sich geschlossenes und abschließendes Regelungswerk, mit dem sichergestellt wird, dass die zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs notwendigen Maßnahmen getroffen werden können (BVerwGE 82, 34 [38] = NVwZ 1989, 872)."

[Anm.: Außerhalb von Versammlungen kann gegen die ohne Erlaubnis betriebene Sondernutzung einer Straße i.d.R. nach den in den straßen- und wegerechtlichen Gesetzen der Länder enthaltenen Vorschriften eingeschritten werden, in Berlin bspw. nach § 11 VII StrG.]

bb. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Sachverhalt bietet keinen Anlass, an der formellen Rechtmäßigkeit des Bescheids zu zweifeln.

cc. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht muss der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

(1). Tatbestand

(a). Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel
§ 15 I VersG ist, wie der gesamte III. Abschnitt des VersG, nur auf öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel anwendbar. Eine Versammlung ist die Zusammenkunft einer Mehrheit von Personen zu einem gemeinsamen Zweck, wobei streitig ist, wie viele Personen dies genau sein müssen und welche Anforderungen an den gemeinsamen Zweck zu stellen sind. Hier wollen sich ca. 20 Personen zum Zweck eines Hungerstreiks zusammenfinden, mit dem sie auf die menschenunwürdigen Haftbedingungen von Strafgefangenen in der Türkei aufmerksam machen wollen. Nach allg.M. genügen jedenfalls 3 Personen für eine Versammlung, sodass ca. 20 Personen ohne weiteres ausreichen, und auch nach dem engsten aller Versammlungsbegriffe, der stets eine öffentlich-politische Meinungskundgabe als gemeinsamen Zweck fordert, läge hier eine Versammlung vor, denn Menschenrechtsverletzungen in der Türkei sind ein Politikum

von öffentlichem Interesse. Den erwähnten Streitigkeiten muss also nicht weiter nachgegangen werden.

Die Versammlung findet auf einer Straße in Berlin, also auch unter freiem Himmel statt, und ist öffentlich, da der Kreis der Zutrittsberechtigten nicht von vornherein durch Einladungen, Anmeldungen o.ä. limitiert ist, sondern vielmehr jedermann die Möglichkeit haben soll, hinzutreten.

(b). Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

Eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit liegt vor, wenn eines der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt werden wird. Hier gibt es keinerlei Anlass daran zu zweifeln, dass der Ast. das Zelt zur Abhaltung des Hungerstreiks aufgestellt hätte. Fraglich ist jedoch, ob damit überhaupt ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit tangiert ist.

(aa). Versammlung als Gemeingebrauch

Eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit könnte sich aus einem Verstoß gegen straßenrechtliche Vorschriften ergeben. Nach § 11 I BerlStrG bedarf die Sondernutzung einer öffentlichen Straße der Erlaubnis; eine Sondernutzung ohne Erlaubnis ist m.a.W. untersagt. Von dieser ist der erlaubnisfreie Gemeingebrauch zu unterscheiden, der nach § 10 BerlStrG jedermann gestattet ist. Fraglich ist also, ob das Aufstellen des Zeltes Gemeingebrauch oder Sondernutzung ist. Gemeingebrauch läge vor, wenn es sich bei der Aufstellung des Zeltes noch um die Ausübung der Versammlungsfreiheit handelte, denn die Nutzung öffentlicher Verkehrsflächen ist der Mehrzahl aller Versammlungen unter freiem Himmel immanent und ihre Erlaubnisfreiheit wurde vom Gesetzgeber zum Schutz des Art. 8 GG bewusst in Kauf genommen (vgl. nur VGH Kassel, NJW 1988, 2125; Ott/Wächtler, VersG, § 15 Rz. 31). Das VG Berlin erkennt diese Konfliktlage:

“Der Schutz der öffentlichen Sicherheit i.S. von § 15 VersG umfasst die gesamte Rechtsordnung (vgl. BVerwGE 64, 55 [58f.] = NJW 1982, 1008) und damit etwa auch die straßenrechtlichen Vorschriften. Die Anforderungen des Straßenrechts bilden einen geradezu typischen Konfliktbereich im Spannungsfeld zwischen Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit (so zum Straßenverkehrsrecht BVerwGE 82, 34 [38] = NVwZ 1989, 872). Der Ausgleich zwischen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Versammlungsfreiheit und der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht im Rahmen eines vorgeschalteten Erlaubnisverfahrens, sondern allein nach Maßgabe des § 15 VersG erfolgen. Hieraus folgt, dass die Versammlungsbehörde auf dieser Grundlage „Nebengeschehen“, das nicht funktional der Verwirklichung des Versammlungsgrundrechts

dient, untersagen kann und muss (Kanter, NVwZ 2001, 1239 [1241]).”

(bb). “Nebengeschehen” als Sondernutzung

Das VG Berlin hält das Aufstellen des Zeltes nicht mehr für Ausübung der Versammlungsfreiheit, sondern ein als (unzulässige) Sondernutzung einzustufendes “Nebengeschehen”:

“Der Aufbau des Zeltes [ist] nach Überzeugung der Kammer nicht als Versammlungsbestandteil anzusehen. Eine Versammlung ist eine Zusammenkunft einer Mehrheit von Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Art. 8 GG und die Vorschriften des Versammlungsgesetzes zielen darauf ab, das ungehinderte Zusammenkommen mit anderen Personen zum Zweck der gemeinsamen Meinungsbildung und Meinungsäußerung (kollektive Aussage) zu schützen (BVerwGE 82, 34 [39] = NVwZ 1989, 872; st.Rspr. der Kammer). Grundsätzlich sind die Beteiligten zwar berechtigt, selbst darüber zu bestimmen, was sie zum Gegenstand öffentlicher Meinungsbildung machen und welcher Formen der kommunikativen Einwirkung sie sich bedienen wollen (BVerfG, NJW 2001, 2459 [2461]). Im Einzelfall kann es auch durchaus möglich sein, mittels eines oder mehrerer Zelte eine kollektive Aussage zu treffen (OVG Münster, NVwZ-RR 1992, 360 - Roma-Zeltlager). Einem solchen Zweck dient das Zelt, das der Ast. aufzustellen beabsichtigt, unter den hier festzustellenden Gegebenheiten aber nicht. Denn es ist für einen objektiven Betrachter nach außen hin „neutral“, so dass sich hieraus kein auf die kollektive Meinungsäußerung bzw. Meinungsbildung gerichteter Zweck entnehmen lässt (ähnlich VG Karlsruhe, Urteil vom 14.2.2001 - 4 K 3227/00). Vielmehr dient es ganz überwiegend der Unterbringung der Teilnehmer der Aktion und dem Schutz vor den winterlichen Wetterbedingungen. Die dem Zelt vom Ast. nunmehr zugeschriebene Symbolisierung des bisher in der Türkei praktizierten Gruppen-Strafvollzugs vermag die Kammer daher nicht zu erkennen. Entgegen der Ansicht des Ast. ist das Zelt daher nicht wesensnotwendig, um den in Aussicht genommenen Hungerstreik durchzuführen; er ist vielmehr auch ohne diese Vorkehrungen jedenfalls denkbar. Letztlich läuft das Begehren des Ast. darauf hinaus, möglichst optimale Rahmenbedingungen für die Durchführung seiner Versammlung zu schaffen; das Versammlungsgrundrecht gibt dem Einzelnen aber keinen derartigen Anspruch gegen den Staat (vgl. Beschluss der Kammer vom 22.12.2000 - 1 A 423/00). Wer sich nicht in geschlossenen Räumen, sondern unter freiem Himmel versammelt, setzt sich zwangsläufig der jeweils herrschenden Witterung aus und kann nicht aus dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit ein Recht zur Aufstellung eines Pavillons und von Zelten als Regenschutz ableiten (Beschluss der Kammer vom 29.5.1996 - 1 A 171/96). Da der Ast. die demnach nach § 11 I BerlStrG erforderliche Son-

demernutzungserlaubnis für das Aufstellen eines Zeltes auf öffentlichem Straßenland weder besitzt noch - wie noch zu zeigen ist - einen Anspruch hierauf hat, handelt er ordnungswidrig, wenn er derartige Aufbauten dennoch benutzt."

Demnach ist der Tatbestand des § 15 I VersG erfüllt.

(2). Rechtsfolge

§ 15 I VersG eröffnet der Behörde ein Ermessen, dass auf Ermessensfehler hin überprüft werden kann, § 114 VwGO. Solche sind hier jedoch nicht ersichtlich, sodass die Auflage insgesamt rechtmäßig ist.

In der Hauptsache wird der ASt. daher aller Voraussicht nach unterliegen.

b. Weitere Interessenabwägung

Streitig ist, ob bereits dieser Umstand genügt, um den Antrag abzulehnen, oder ob das überwiegende Vollzugsinteresse nicht, wie die wohl h.M. vertritt, besonders festgestellt werden muss. Zu welcher Ansicht das VG tendiert, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Jedenfalls gibt es sich mit einem knappen Begründungssatz zufrieden:

"Diesen Verstoß zu verhindern verfolgt die in Streit stehende Auflage, deren sofortige Vollziehung auch im öffentlichen Interesse zur Verhinderung des ansonsten eintretenden rechtswidrigen Zustands geboten ist."

[Anm.: In der Lösung einer Examensaufgabe dürfte der bloße Hinweis auf den ansonsten eintretenden rechtswidrigen Zustand nicht genügen, denn dieser träte immer ein, wenn gegen einen rechtmäßigen VA aufschiebende Wirkung angeordnet würde. Fordert man aber mit der h.M. bei § 80 II Nr. 4 VwGO auch für diesen Fall ein besonderes Vollziehungsinteresse, weil die Rechtmäßigkeit eines VA (nur) seinen Erlass, nicht aber automatisch seine sofortige Vollziehbarkeit rechtfertigt, genügt dieser Umstand gerade nicht. Vielmehr müsste einzelfallbezogen argumentiert werden, warum nun gerade dieses Zelt ab sofort nicht aufgestellt werden durfte. Hier hätte etwa auf die negative Vorbildwirkung, die Störung des Gemeingebrauchs der Passanten infolge des durch das Zelt bereiteten Hindernisses o.ä. abgestellt werden können.]

Nach alledem überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse das private Aussetzungsinteresse des ASt. Der Hauptantrag ist somit unbegründet.

B. Hilfsantrag

Ist der Hauptantrag unbegründet, tritt die auflösende Bedingung seines Misserfolges, unter welcher der Hilfsantrag innerprozessual steht, nicht ein. Über diesen ist mithin zu entscheiden.

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist auch für den Hilfsantrag nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, da sich die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nach § 11 BerlStrG richtet, also einer öffentlich-rechtlichen Norm, die der gesamten Streitigkeit ihre öffentlich-rechtliche Natur verleiht.

2. Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit des Antrags richtet sich nach §§ 88, 122 VwGO, also nach dem Antragsbegehren. Im Hilfsantrag begehrt der ASt. die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis. Gem. § 123 V VwGO ist vorrangig nach der Statthaftigkeit eines Antrags nach §§ 80 V, 80a VwGO zu fragen. Hier steht jedoch nicht der Vollzug eines belastenden VA, sondern die Erteilung eines begünstigenden VA in Rede, sodass § 123 I VwGO einschlägig ist.

3. Antragsbefugnis

Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und damit zumindest möglich, dass der ASt. einen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis aus § 11 I, II BerlStrG haben könnte. Er ist daher auch antragsbefugt analog § 42 II VwGO.

4. Antragsgegner

Der Antragsgegner richtet sich wiederum nach dem in der Hauptsache. In dieser wäre eine Verpflichtungsklage zu erheben, die gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin zu richten wäre, wobei zu dessen Bezeichnung wiederum die Angabe des Bezirksamts Mitte genügt, § 78 I Nr. 1 VwGO a.E.

5. Allg. Rechtsschutzinteresse

Als im Vergleich zum gerichtlichen Antrag einfacherer und schnellerer Weg zur Erlangung der Erlaubnis kommt nur die Stellung eines Antrags bei der Behörde in Betracht. Dies ist geschehen, jedoch fruchtlos geblieben, sodass der ASt. auch ein schützenswertes Interesse an der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes hat.

Der Antrag ist mithin zulässig. Er kann analog § 44 VwGO zusammen mit dem Hauptantrag entschieden werden, da die Voraussetzungen einer objektiven Antragshäufung vorliegen.

II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit der ASt. einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat, §§ 123 III VwGO i.V.m. 920 II, 294 ZPO. Fraglich ist also zunächst das Bestehen eines Anspruchs auf die begehrte Erlaubnis.

1. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt nur § 11 I, II BerlStrG in Betracht. Dieser formuliert zwar nur die Notwendigkeit einer Erlaubnis, nicht jedoch einen Anspruch darauf. Gleichwohl besteht in Rspr. und Lit. Einigkeit, dass das Straßen- und Wegerecht der Länder zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Sondernutzungserlaubniserteilung gewährt. Dieser Ansicht ist auch das VG:

“Die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, derer [der ASt.] nach den obigen Ausführungen für das Aufstellen eines Zeltens bedarf, weil es sich hierbei nicht um Gemeingebrauch handelt, [steht] im Ermessen der Straßenbaubehörde (§ 11 I BerlStrG).”

2. Tatbestand

Anspruchsvoraussetzung ist allerdings, dass kein Ver-

sagungsgrund vorliegt. Solche sind insbesondere in § 11 II BerlStrG normiert. Das VG subsumiert unter § 11 II 1, 2 Nr. 3 BerlStrG:

“§ 11 II 1, 2 Nr. 3 BerlStrG bestimmt indes, dass die Erlaubnis zwingend zu versagen ist, wenn öffentliche Interessen der Sondernutzung entgegen stehen, wozu auch das Lagern und Nächtigen auf öffentlichem Straßenland zählt. Darum geht es dem ASt. mit der bis Februar rund um die Uhr geplanten Daueraktion. Selbst wenn der Behörde ein Resteressen bliebe, gebietet jedenfalls das Grundrecht aus Art. 8 GG [...] aus den o.g. Gründen keine Ermessensreduktion auf null.”

Mithin hat der ASt. schon keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Auch der Hilfsantrag ist daher unbegründet.

Standort: Zivilrecht

Problem: Wohnflächenabweichung als Mietmangel

BGH, URTEIL VOM 24.03.2004
VIII ZR 295 / 03 (NJW 2004, 1947)

Problemdarstellung:

Die Bekl. mieteten in diesem Fall von den Kl. ein Reihenhaus. Im Vertrag wurde die Wohnfläche dieses Hauses ausdrücklich mit 126,45 qm angegeben. Im Dezember 2002 ergab dann eine Nachmessung, dass lediglich 106 qm Wohnfläche vorhanden waren. Daraufhin kürzten die Bekl. für den Monat Februar 2003 die Monatsmiete, welche laut Vertrag 682,57 Euro zzgl. Nebenkostenvorauszahlung i. H. v. 58,80 Euro betragen sollte, um 87,57 Euro. Für die Monate März 2003 bis Mai 2003 zahlten sie überhaupt keine Miete mehr und stützten dies auf eine Aufrechnung mit Rückzahlungsansprüchen wegen in der Vergangenheit zu viel gezahlter Miete. Nach zwischenzeitlicher Beendigung des Mietverhältnisses verlangten die Kl. nun Zahlung rückständiger Mieten i. H. v. insgesamt 2.311,68 Euro.

Maßgeblich für die Erfolgsaussichten dieser Klage war in erster Linie die Frage, ob es sich bei der festgestellten Wohnflächenabweichung um einen Mangel der Mietsache gem. § 536 I 1 BGB handelt. Geht man davon aus, so reduziert sich der Mietzahlungsanspruch der Kl. aus § 535 II BGB gem. § 536 I 2 BGB automatisch in dem Verhältnis, in dem die Tauglichkeit der Mietsache für den vertragsgemäßen Gebrauch durch den Mangel gemindert ist. Soweit für zurückliegende Zeiträume die volle Miete entrichtet wurde, kommt demzufolge ein Rückzahlungsanspruch der Mieter gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB in Betracht, der bezüglich aktueller Mietansprüche grundsätzlich zu einer Aufrechnungslage i. S. d. § 387 BGB führen kann.

Prüfungsrelevanz:

Auch das mietrechtliche Gewährleistungsrecht zählt zu den absolut examensrelevanten Gebieten des Besonderen Schuldrechts. Probleme bereitet Klausurverfassern hier häufig die Tatsache, dass dieses Gewährleistungsrecht nicht - wie im Kauf- und Werkvertragsrecht geschehen - durch die Schuldrechtsmodernisierung eng mit dem Allgemeinen Schuldrecht verzahnt wurde. Insbesondere bezüglich der Rechtsnatur der Minderung führt das Mietrecht eine Art “Eigenleben”, da es sich bei § 536 I BGB weder um einen Anspruch noch um ein Gestaltungsrecht des Mieters handelt, sondern vielmehr um eine rechtsvernichtende Einwendung, welche den Mietzahlungsanspruch des § 535 II BGB bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ganz oder teilweise erlöschen lässt, ohne dass es weiterer Handlungen oder Erklärungen des Mieters bedürfte (vgl. statt vieler Palandt/Weidenkaff, § 536 Rz. 1) . Dieser Rechtsnatur der Mietminderung ist im Prüfungsaufbau des Anspruches aus § 535 II BGB Rechnung zu tragen, was bis in das 2. Staatsexamen hinein eine häufige Fehlerquelle darstellt.

Nimmt der Mieter einen festgestellten Mangel wie vorliegend zum Anlass, gegenüber dem (verbliebenen) Mietanspruch aus § 535 II BGB mit Kondiktionsansprüchen wegen in der Vergangenheit zuviel gezahlter Miete aufzurechnen, so ist mit der Aufrechnung gem. §§ 387 ff BGB ein weiteres examensrelevantes Thema aus dem Bereich des Allgemeinen Schuldrechts eröffnet.

Vertiefungshinweise:

Zur Verwirkung des Rechts des Mieters zur mangelbedingten außerordentlichen Kündigung: *BGH, RA*

2000, 682 = NJW 2000, 2663

Zur Verbindung einer Räumungsklage mit der Klage auf künftige Zahlung von Nutzungsentschädigung gem. § 546 a BGB n. F.: *BGH*, RA 2003, 367 = NJW 2003, 1395

Zur Prozessaufrechnung mit internationaler Forderung: *BGH*, RA 2002, 474 = NJW 2002, 2182

Zum maßgeblichen Erledigungszeitpunkt bei Bestehen der Aufrechnungslage vor Rechtshängigkeit: *BGH*, RA 2003, 690 = NJW 2003, 3134

Kursprogramm:

Examenskurs: "Geschäftshaus"

Examenskurs: "Mieser Klebstoff"

Assessorkurs: "Ärger mit den Akten"

Assessorkurs: "Die gepfändete Mietzinsforderung"

Leitsätze:

Weist eine gemietete Wohnung eine Wohnfläche auf, die mehr als 10% unter der im Mietvertrag angegebenen Fläche liegt, stellt dieser Umstand grundsätzlich einen Mangel der Mietsache i. S. d. § 536 I 1 BGB dar, der den Mieter zur Minderung der Miete berechtigt. Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, bedarf es nicht.

Sachverhalt:

Die Bekl. mieteten von den Kl. für die Zeit vom 01.02.2001 bis zum 31.05.2003 nach Besichtigung der Räumlichkeiten ein Reihenhaus.

Im Mietvertrag heißt es in § 1: „Die Wohnfläche wird mit 126,45 Quadratmetern vereinbart“.

Die monatliche Miete betrug zunächst 1.300,00 DM, ab dem 01.02.2002 682,57 Euro. Die monatliche Nebenkostenvorauszahlung belief sich auf 58,80 Euro. Nach § 5 Mietvertrag erfolgte die Abrechnung der Betriebskosten nach dem Verhältnis der Wohnfläche. Die Bekl. entrichteten für Februar 2003 eine um 87,57 Euro geminderte Miete, für die Monate März 2003 bis Mai 2003 wurde keine Miete gezahlt. Zur Begründung gaben die Bekl. an, eine Nachmessung der Räumlichkeiten im Dezember 2002 habe ergeben, dass die Gesamtfläche des Reihenhauses entgegen der Angaben im Mietvertrag nur 106 qm betrage. Damit ständen ihnen Rückforderungsansprüche jedenfalls in Höhe der einbehaltenen Miete zu, mit denen die Aufrechnung erklärt werde.

Mit der Klage verlangten die Kl. Zahlung der Mietrückstände für Februar bis Mai 2003 in Höhe von insgesamt 2.311,68 Euro.

Hat die zulässige Klage Erfolg ?

[Bearbeitervermerk: Sollten sie einen Mangel der Mietsache annehmen, so ist davon auszugehen, dass die seitens der Bekl. gekürzten Beträge der Bedeutung des Mangels entsprechen und den Bekl. keine Berechnungsfehler unterlaufen sind.]

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, wenn die Kl. den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung rückständiger Miete für die Monate Februar bis Mai 2003 i. H. v. 2.311,68 Euro gem. § 535 II BGB haben.

A. Anspruch entstanden

I. Wirksamer Mietvertrag

Dies setzt zunächst einen wirksamen Mietvertrag voraus, durch den die Bekl. sich zur Mietzahlung i. H. v. monatlich 682,57 Euro verpflichtet haben.

Ein entsprechender Vertrag lag hier vor. Hinweise auf eine mögliche Unwirksamkeit dieses Vertrages fehlen, insbesondere kann trotz des Schriftformerfordernisses des § 550 S. 1 BGB dahinstehen, ob die Vertragsurkunde den Anforderungen des § 126 I, II BGB genügt. Rechtsfolge eines Formverstößes ist hier nicht etwa die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 125 S. 1 BGB, sondern die Fiktion eines voll wirksamen Vertrages, der auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde und frühestens zum Ablauf des ersten Vertragsjahres gekündigt werden kann (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 550 Rz. 13).

II. Fälligkeit, § 556 b I BGB

Weiter müsste der Anspruch auf die Mietzahlungen für die Monate Februar bis Mai 2003 fällig sein.

Gem. § 556 b I BGB wird mangels einer abweichenden Vereinbarung die für Wohnraum zu zahlende Miete zu Beginn, spätestens zum dritten Werktag der Zeitabschnitte fällig, für welche die Miete zu entrichten ist. Da die fraglichen Monate hier bereits abgelaufen sind, ist der Anspruch der Kl. auch fällig, der geltend gemachte Zahlungsanspruch besteht mithin dem Grunde nach.

[Anm.: Da im vorliegenden Fall sowohl auf Vermieter- als auch auf Mieterseite mehrere Personen standen, könnte eine Klausur dadurch erweitert werden, dass zwischen den Parteien - was hier nicht der Fall war - streitig ist, inwieweit die einzelnen Vermieter zur Geltendmachung des Anspruches aus § 535 II BGB berechtigt sind, und inwieweit die einzelnen Mieter für die Zahlung der Mieten haften. Bei Personenmehrheit auf der Vermieterseite ist hinsichtlich des Anspruches aus § 535 II BGB grundsätzlich von Mitgliäuberschaft i. S. d. § 432 BGB auszugehen; mehrere Mieter haften für die Mietzahlung grundsätzlich als Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 421 ff BGB (vgl. Zu den Einzelheiten Palandt/Weidenkaff, §

535 Rz. 7).]

B. Anspruch erloschen

Dem Anspruch auf Mietzahlung könnten aber rechtsvernichtende Einwendungen der Bekl. entgegenstehen.

I. Mietminderung gem. § 536 I 2 BGB

Der Anspruch könnte zunächst gem. § 536 I 2 BGB teilweise erloschen sein. Dann müsste das gemietete Reihenhaus einen Mangel aufweisen, der die Tauglichkeit des Hauses für den vertraglichen Gebrauch mindert.

1. Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Mietsache von der vertraglichen Soll-Beschaffenheit

Ein solcher Mangel setzt zunächst voraus, dass der tatsächliche Zustand der Mietsache zum Nachteil des Mieters vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht (sog. Subjektiver Fehlerbegriff, vgl. Palandt/Weidenkaff, § 536 Rz. 16). Dies könnte hier der Fall sein, wenn vertraglich eine Wohnfläche des Hauses von 126,45 qm vereinbart war, das Haus aber tatsächlich nur eine Fläche von 106 qm aufwies.

a. Feststellung der tatsächlichen Wohnfläche

„Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. als tatsächliche Größe des gemieteten Reihenhauses eine Fläche von 106 qm zu Grunde gelegt. Die Bekl. haben das Wohnhaus unter Berücksichtigung der vorhandenen Dachschrägen und einer hälftigen Anrechnung des überdachten Teils der Terrasse ausmessen lassen, dabei wurde die Wohnfläche mit 106 qm errechnet. Den Vortrag der Bekl. zur tatsächlichen Größe des Objekts haben die Kl. nicht angegriffen. Allerdings weist die Revision darauf hin, dass der Begriff der „Wohnfläche“ auslegungsbedürftig und nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht eindeutig ist (BGH, NJW 1991, 912 = WM 1991, 519 [unter II 4]; BGHZ 146, 250 = NJW 2001, 818 = NZM 2001, 204 = WM 2001, 482 [unter II 2]). Sie meint, die Parteien hätten sich mit der Formulierung im Mietvertrag „die Wohnfläche wird mit 126,45 Quadratmetern vereinbart“ auf einen bestimmten Berechnungsmodus verständigt, der zu einer Wohnfläche von 126,45 qm führe.

Für diese Annahme fehlt es jedoch nach den Darlegungen des LG an Anhaltspunkten. Danach haben die Kl. einen konkreten Tatsachenvortrag, wie es zu einer solchen Abrede gekommen sein soll, nicht erbracht; gegen das Vorbringen der Kl. spreche ihr eigener Hinweis, man habe die Größenangaben aus vorherigen Verträgen des Voreigentümers des Hauses übernommen. Diese Erwägungen des BerGer. sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Übergangenen Sachvortrag der Kl., wonach sich die Vertragspartner insbesondere auf eine Einbeziehung der beiden als Hobby- und Fitnessräume nutzbaren Kellerräume in die Wohnflächenberechnung geeinigt hätten, vermag die

Revision nicht aufzuzeigen.“

b. Zur grundsätzlichen Eignung der Flächenabweichung zur Begründung eines Sachmangels

„Weist eine gemietete Wohnung tatsächlich eine Wohnfläche auf, die erheblich unter der im Mietvertrag angegebenen Fläche liegt, so kann dieser Umstand einen Mangel der Mietsache nach § 536 I 1 BGB und einen Fehler nach § 537 I 1 BGB a. F. darstellen (OLG Dresden, NJW-RR 1998, 512 = NZM 1998, 184 = MDR 1998, 643; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 586 = NZM 2002, 218; KG, GE 2002, 257; OLG Frankfurt a. M., NZM 2003, 431 = GE 2003, 184; Kraemer, in: Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rz. 1359f.; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, MietR, 8. Aufl., § 536 Rz. 44; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 536 Rz. 22; Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Aufl., § 536 Rz. 22; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 536 Rz. 38, 39; einschr. Lammel, WohnraummietR, 2. Aufl., § 536 Rz. 49; a. A. Herrlein/Kandelhard, MietR, 2. Aufl., § 536 Rz. 30). Die vereinbarte Fläche ist Teil der vertraglich festgelegten Sollbeschaffenheit der Mietsache. Zwar kann eine vertragliche Vereinbarung der Mietfläche den Sinn haben, die wahre Größe dem Streit zu entziehen und die Wohnfläche unabhängig von den tatsächlichen Umständen verbindlich festzulegen. Hierfür fehlt es jedoch - wie bereits ausgeführt - an Anhaltspunkten.“

Eine negative Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Mieträume von der vertraglich festgelegten Soll-Beschaffenheit ist mithin festzustellen.

2. Minderung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch

Weiter müsste aber die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufgrund des Mangels aufgehoben oder - im Falle des § 536 I 2 BGB - zumindest gemindert sein. § 536 I 3 BGB stellt klar, dass eine nur unerhebliche Tauglichkeitsminderung unbeachtlich ist. Fraglich ist, ob die bloße Wohnflächenabweichung eines im übrigen intakten Hauses für die Annahme eines erheblichen Mangels ohne weiteres ausreicht.

[Anm.: Auch an § 536 I 3 BGB zeigt sich, dass die Gewährleistungsregeln des Mietrechts nicht mit denen des Kauf- und Werkvertragsrechts harmonisiert wurden. In Abweichung zu § 459 I 2 BGB a. F. verzichtet der Gesetzgeber in § 434 BGB n. F. auf das Erfordernis der Erheblichkeit der Minderung der Gebrauchstauglichkeit, der Verkäufer hat nunmehr grundsätzlich auch für „Bagatellmängel“ einzustehen. Aus einer Unerheblichkeit eines Sachmangels kann lediglich der Entfall oder die Einschränkung einzelner Gewährleistungsrechte des Käufers folgen, vgl. §§ 281 I 3, 323 V 2, 439 III BGB. Im Mietrecht kann die Unerheblichkeit

der Minderung der Gebrauchstauglichkeit nur bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft i. S. d. § 536 II BGB - eine weitere Terminologie, die aus dem Kauf- und Werkvertragsrecht gestrichen wurde - unberücksichtigt bleiben (Palandt/Weidenkaff, § 536 Rz. 17).]

a. Grundsätzlich keine zusätzliche Darlegungspflicht des Mieters bei erheblicher Flächenabweichung

“Umstritten ist, ob der Mieter zusätzlich darlegen muss, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist (dafür OLG Dresden, NJW-RR 1998; 512 = NZM 1998, 184 = MDR 1998, 643; LG Berlin, NZM 1999, 412; LG Düsseldorf, NZM 2000, 278 = DWV 1999, 153; LG Freiburg, WuM 1988, 263; LG Kleve, WuM 1988, 13; LG Würzburg, WuM 1984, 213; Feuerlein, GE 2002, 1110; dagegen OLG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 586 = NZM 2002, 218; OLG Frankfurt a. M., NZM 2003, 431 = GE 2003, 184 [bei 25 % Abweichung]; LG Köln, NZM 2003, 278 = ZMR 2003, 429; Kraemer, WuM 2000, 515 [522]; ders., NZM 1999, 156, u. NZM 2000, 1121; Blank, WuM 1998, 467; Pauly, WuM 1998, 469; Emmerich/Sonnenschein, § 536 Rz. 22; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rz. 44; für Gewerberaum: Schul/Wichert, ZMR 2002, 633 [638]). Dies ist nicht erforderlich. Bei einem erheblichen Flächenmangel spricht bereits eine tatsächliche Vermutung für eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, die der Mieter nicht gesondert belegen muss. Zwar ist der Gegenmeinung zuzugeben, dass für den Mieter in erster Linie der bei der Besichtigung gewonnene Eindruck von der Wohnung, ihrer Lage, ihres Zuschnitts und der Zimmeraufteilung maßgeblich ist. Sie verkennt jedoch, dass die vereinbarte Fläche ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Wohnung ist (Blank, WuM 1998, 467 [469]). So wird bereits bei der Inserierung in aller Regel die Wohnungsgröße der angebotenen Wohnung angegeben, um Interessenten eine Vergleichbarkeit verschiedener Wohnungen zu erleichtern und um die Miete pro Quadratmeter errechnen zu können. Hat ein Wohnungssuchender mehrere Wohnungen, deren Mietzins und Ausstattung ähnlich sind, zur Auswahl, wird er sich in vielen Fällen für die größere Wohnung entscheiden. Während des Mietverhältnisses ist die Wohnfläche in aller Regel - so auch im vorliegenden Fall - Berechnungsgrundlage für die Verteilung von Betriebskosten und deren Erhöhung (vgl. §§ 6 II 2 Nrn. 1 u. 2, 7 I 2, 8 I, 9 a I HeizkostenVO, § 556 a I 1 BGB). Ebenso ist die Wohnungsgröße ein Faktor bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens nach § 558 II BGB und § 2 I 1 Nr. 2 MHRG.

Schon aus diesen Gründen kann dem Mieter durch die Angabe einer überhöhten Wohnfläche im Mietvertrag ein unmittelbarer wirtschaftlicher Schaden entstehen;

dies ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er möglicherweise nachträglich eine Neuberechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der geringeren Wohnfläche verlangen kann. Liegt die tatsächliche Wohnfläche erheblich unter der vertraglich vereinbarten, so ist auch die Tauglichkeit der Wohnung gemindert, ohne dass es auf einen Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Mieters durch die Flächenabweichung ankommt. Denn die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch setzt voraus, dass die Wohnung mit der vertraglich vereinbarten Größe nutzbar ist (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 586 = NZM 2002, 218; LG Köln, NZM 2003, 278 = ZMR 2003, 429; Kraemer, NZM 1999, 156 [161]). Auch ist unerheblich, wenn dem Mieter - wie hier den Bekl. vor der Nachmessung im Dezember 2002 - die geringere Wohnfläche nicht aufgefallen ist.”

b. Zur Erheblichkeit einer Flächenabweichung, die zusätzlichen Vortrag des Mieters entbehrlich macht

“Ein abweichendes Flächenmaß ist i. S. d. § 536 I 3 BGB und des § 537 I 2 BGB a. F. dann erheblich, wenn die tatsächliche Fläche um mehr als 10% hinter der vertraglich vereinbarten Größe zurückbleibt (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 586 = NZM 2002, 218; KG, GE 2002, 257; Emmerich/Sonnenschein, § 536 Rz. 22; Kinne, GE 2003, 100, jew. m. w. Nachw.). Ein zur Minderung berechtigender Sachmangel wird auch bei einem Vertrag über den Kauf oder die Errichtung eines Hauses bzw. einer Eigentumswohnung im Falle einer Unterschreitung der vereinbarten Wohnfläche von mehr als 10% anerkannt (BGH, NJW 1997, 2874 [unter II 2; vgl. auch NZBau 2004, 269]). Gründe für eine andere Bemessung der Wesentlichkeitsgrenze im Mietrecht liegen nicht vor (Blank, WuM 1998, 467 [468]; Kraemer, NZM 1999, 156 [158]). Die Revision bringt zwar zutreffend vor, dass bei einem Wohnungskauf die Größe für die mit dem Kauf bezweckte Wertschöpfung anders als im Mietrecht von Bedeutung ist. Dies rechtfertigt es jedoch - wie ausgeführt - nicht, eine Flächenabweichung von mehr als 10% für die Tauglichkeitsminderung nach § 536 I 3 BGB (§ 537 I 2 BGB a. F.) noch als unerheblich anzusehen. Für den Mieter ist die tatsächliche Wohnungsgröße ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Wohnung und für die Beurteilung der Höhe des geforderten Mietpreises.”

3. Zur Höhe des Minderungsbetrages

“Der Höhe nach ist die Minderung entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gerechtfertigt (Kraemer, NZM 1999, 156 [161]). Die Berechnung des BerGer. wird von der Revision nicht angegriffen und ist auch sonst nicht zu beanstanden.”

4. Zwischenergebnis

Der Anspruch der Kläger gem. § 535 II BGB auf Miet-

zahlung für die Monate Februar bis Mai 2003 ist mithin i. H. v. monatlich 87,57 Euro gem. § 536 I 2 BGB erloschen.

II. Erlöschen des Anspruchs gem. § 389 BGB

Der verbliebene Anspruch der Kläger auf Mietzahlung für die Monate März bis Mai 2003 könnte gem. § 389 BGB erloschen sein, wenn die Bekl. diesem gegenüber wirksam mit eigenen Gegenansprüchen wegen zuvor zuviel gezahlter Miete aufgerechnet haben.

[Anm.: In einer Examensklausur bestünde hier die Möglichkeit, die Aufgabenstellung um zahlreiche Probleme der Prozessaufrechnung zu erweitern. Da derartige Schwierigkeiten im vorliegenden Fall aber nicht gegeben waren, wird auf die obigen Vertiefungshinweise verwiesen und die Aufrechnung im Folgenden nur knapp dargestellt. Der Prüfungsaufbau der Aufrechnung entspricht der im 1. Staatsexamen üblichen Aufbauweise. Referendare seien darauf hingewiesen, dass in der Praxis die Überprüfung der Aufrechnungslage i. S. d. § 387 BGB stets den Abschluss der Prüfung bildet.]

1. Aufrechnungslage gem. § 387 BGB

Eine Aufrechnungslage setzt gem. § 387 BGB voraus, dass dem erfüllbaren Hauptanspruch des Gläubigers ein fälliger und gem. § 390 BGB auch durchsetzbarer, gleichartiger Anspruch des Schuldners gegenübersteht. Dann müsste dem Mietzahlungsanspruch der Kl. ein Zahlungsanspruch der Bekl. gegenüberstehen.

Ein solcher besteht hier gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB, da das gemietete Reihenhaus von Anfang an eine zu geringe Wohnfläche aufwies, so dass der Mietanspruch der Kl. während der gesamten Mietdauer teilweise erloschen war. Der Differenzbetrag zwischen der tatsächlichen und der vertraglich vereinbarten Miete wurde mithin ohne rechtlichen Grund durch die Bekl. an die Kl. geleistet und kann gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB kondiziert werden. Dieser Anspruch ist auch fällig und

durchsetzbar.

2. Aufrechnungserklärung gem. § 388 BGB

Die Bekl. haben bereits vorprozessual die gem. § 388 BGB erforderliche Aufrechnungserklärung abgegeben.

3. Keine Aufrechnungsverbote gem. §§ 390 ff BGB

Es sind weder gesetzliche noch rechtsgeschäftliche Aufrechnungsverbote ersichtlich, so dass die Aufrechnung durchgreift.

[Anm.: Auch hier besteht die Möglichkeit der Erweiterung der Aufgabenstellung durch Aufnahme eines rechtsgeschäftlichen Aufrechnungsverbotes in den Mietvertrag, welches sodann auf seine Wirksamkeit zu überprüfen wäre. Unbeschadet einer möglichen Prüfung derartiger Aufrechnungsverbote am Maßstab der §§ 305 ff BGB (bea. insbes. § 309 Nr. 3 BGB) ist dann auf die Vorschrift des § 556 b II BGB zu achten, derzufolge einem Mieter von Wohnraum die Aufrechnungsmöglichkeit in Fällen wie dem vorliegenden keinesfalls vollständig genommen werden kann.]

C. Endergebnis

“Zu Recht hat das BerGer. den Kl. die geltend gemachte Restmiete von 87,57 Euro für den Monat Februar 2003 versagt und gegen die begründete Mietzinsforderung für die Monate März bis Mai 2003 von jeweils 635,03 Euro, insgesamt 1.905,09 Euro, die Aufrechnung der Bekl. wegen überzahlter Mieten in den Monaten Februar 2001 bis Januar 2003 durchgreifen lassen. Das BerGer. hat mit Rücksicht auf eine Grundfläche des Mietobjekts von nur 106 qm zutreffend das Vorhandensein eines Mangels bejaht. Die Bekl. können daher die vertraglich geschuldete Miete mindern und Rückzahlung der insoweit in der Vergangenheit zuviel gezahlten Miete verlangen mit der Folge, dass ihnen gegen die Klageforderung aufrechenbare Gegenansprüche in gleicher Höhe zustehen.”

Die Klage war mithin unbegründet.

Standort: § 315 b StGB

Problem: Begriff des Straßenverkehrs

BGH, URTEIL VOM 04.03.2004

4 STR 377/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte auf einem Betriebsgelände seine Ehefrau mit einem Pkw überfahren, wobei er ihren Tod billigend in Kauf nahm. Neben einem versuchten Mord und einer gefährlichen Körperverletzung hatte das LG Nürnberg ihn insb. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b I Nr. 3 StGB) verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung insofern auf, da die Feststellungen des Landgerichts nicht belegten,

dass es sich bei dem Betriebsgelände um Straßenverkehr i.S.v. § 315 b StGB handele.

Prüfungsrelevanz:

§ 315 b StGB ist eine im Examen besonders beliebte Vorschrift. Insbesondere Kenntnisse zur problematischen Abgrenzung der §§ 315 b und c StGB werden insofern als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. hierzu BGH, StraFo 2003, 215 (= RA 2003, 327)). Auch die vom BGH angerissene Problemkreise der niedrigen Beweggründe bei § 211 StGB und des hinterlistigen Überfalls i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB stellen in bei-

den Examen absolutes Standardwissen dar.

“Öffentlicher Straßenverkehr” i.S.v. §§ 315 b ff. StGB ist der der Fortbewegung dienende Verkehr von Fahrzeugen und Fußgängern auf Wegen und Plätzen, die jedermann oder wenigstens einer allgemein bestimmten Gruppe von Benutzern - wenn auch nur vorübergehend oder gegen Gebühr - zur Verfügung stehen (BGHSt 22, 365; NZV 1998, 418; Tröndle/Fischer, § 315 b Rn. 3 mwN). Wichtig ist insofern insb., dass die Fläche grundsätzlich jedem (potentiellen) Nutzer zur Verfügung stehen muss. Ein Kasernen- oder Betriebsgelände etwa, das nur nach einer vorherigen Kontrolle und auch dann nur durch Berechtigte betreten werden kann, gehört nicht zum öffentlichen Straßenverkehr (OLG Celle, NJW 1958, 1739; OLG Bremen, MDR 1980, 421). Diese Kriterien für das Vorliegen von öffentlichem Straßenverkehr legt der BGH auch im vorliegenden Fall an.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Begriff des “Straßenverkehrs” i.S.v. §§ 315 b ff. StGB: *BGHSt* 4, 189; 14, 384; 22, 365; *Hentschel*, JR 1992, 300; *Horn/Hoyer*, JZ 1987, 967; *Hünnekens/Schulte*, BB 1997, 533;

☐ Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB: *BGH*, NJW 1995, 602; *StV* 1997, 565; 1998, 131; *Fabricius*, *StV* 1996, 209; *Jähneke*, MDR 1980, 709; *Otto*, Jura 2003, 617; *Schüler-Springorum*, NSStZ 1983, 433;

☐ Zum hinterlistigen Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB: *BGH*, NSStZ-RR 1996, 101; NSStZ 2004, 93; *Bohnert*, GA 78, 353; *Hirsch*, ZStW 1983, 140; *Lampe*, ZStW 83, 177; *Wolters*, JuS 1998, 583;

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: “Garage”

Leitsatz:

Auf einem Werksgelände findet kein Straßenverkehr im Sinne von § 315 b StGB statt, wenn der Zutritt lediglich Werksangehörigen und Personen mit individuell erteilter Erlaubnis möglich ist.

Sachverhalt:

Die im Jahre 1981 zwischen dem A und dem späteren Tatopfer O geschlossene Ehe verlief zunehmend problematisch, weil A größere Geldbeträge verspielte und seine Ehefrau O gelegentlich schlug. Anfang 2002 verstärkten sich die Spannungen, weil O nicht bereit war, erneute Spielschulden des A, gegebenenfalls durch den Verkauf einer ihr gehörenden Wohnung in der Türkei, zu begleichen. Für den 21. Februar 2002 hatte sie einen Termin bei einem Rechtsanwalt vereinbart, bei dem über eine Scheidung gesprochen werden sollte. A war verärgert, dass O ernsthaft die Trennung be-

trieb. In der Nacht vom 19. Februar zum 20. Februar 2002 schlug er der O an der gemeinsamen Arbeitsstätte während eines Streits mehrfach ins Gesicht, so dass ihre Lippe blutete. Während der folgenden Nachtschicht beschimpfte er sie erneut lautstark; außerdem trank er drei bis vier Flaschen Bier. Als er nach dem Ende der Arbeitsschicht um 6.00 Uhr mit dem gemeinsamen Kraftfahrzeug, einem Mercedes 190 E, auf dem Betriebsgelände in Richtung Ausfahrt fuhr, sah er O, die auf dem Weg zum Bus die von ihm benutzte Fahrbahn in diagonaler Richtung überqueren wollte und ihn dabei nicht wahrnahm. Bei dem Betriebsgelände, auf dem sich sowohl A als auch O befanden, handelt es sich um einen weitläufigen Bereich, der jedoch nur über eine Zufahrt zu erreichen ist, die von einem Tor versperrt wird, das ein Pförtner bedient. Zugang zu dem Gelände erhalten nur Mitarbeiter, die einen entsprechenden Dienstaussweis vorzeigen oder Besucher nach Ausstellung eines Besuchspasses. Der leicht alkoholisierte A - seine Blutalkoholkonzentration betrug um 7.10 Uhr 1,05 ‰ - entschloss sich spontan, die O für ihr Verhalten zu bestrafen und sie mit dem Auto anzufahren. Er erkannte, dass dies zu tödlichen Verletzungen führen könnte, nahm den Tod der O jedoch billigend in Kauf, weil er nicht bereit war, die Trennungsabsicht seiner Frau hinzunehmen. A war bewusst, dass O nicht mit einem Angriff rechnete. Er beschleunigte das Fahrzeug stark und fuhr mit aufheulendem Motor von hinten auf seine Ehefrau zu. Mit einer Geschwindigkeit von mindestens 35 km/h traf das Fahrzeug auf das Opfer, das über die Motorhaube auf die Fahrbahn geworfen wurde. O erlitt unter anderem einen Verrenkungsbruch des linken Oberarms, der die Einsetzung einer Endoprothese des Schultergelenks erforderlich machte, und eine vordere Beckenringfraktur; sie war bis Anfang 2003 arbeitsunfähig. Nach der Kollision hielt A an. Er begab sich zu seiner am Boden liegenden Ehefrau, die bereits von hilfsbereiten Arbeitskollegen umringt war, und sagte zu ihr: “Siehst Du, das hast Du jetzt davon”; anschließend trank er noch etwas Bier. Inzwischen haben sich der in Untersuchungshaft befindliche A und O, die ihm die Tat verziehen hat, wieder ausgesöhnt.

Strafbarkeit des A?

[*Bearbeitervermerk*: §§ 315 c, 316 StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. *Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB durch das Überfahren der O*
A könnte sich dadurch, dass er die O mit seinem Auto überfuhr, wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da O nicht verstorben ist, ist der Mord nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt sich aus dessen Verbrechenscharakter (§§ 211 I, 12 I, 23 I StGB).

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Mordes gehabt haben.

Der Tatentschluss umfasst den Willen zur Verwirklichung der objektiven und das Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale; er entspricht somit dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

1. Bzgl. der Tötung der O

A müsste zunächst Tatentschluss zur Tötung der O gehabt haben.

A hatte es billigend in Kauf genommen, der O durch das Überfahren mit dem Auto tödliche Verletzungen zuzufügen und sie so zu töten; A hatte somit Tatentschluss zur Tötung der O. Der BGH führt hierzu aus: "Das vom Landgericht festgestellte Tatmotiv, wonach der Angeklagte seine Ehefrau für ihre ernsthafte Trennungs- und Scheidungsabsicht 'abstrafen' wollte, steht - entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers - unter den gegebenen Umständen einem bedingten Tötungsvorsatz nicht notwendig entgegen (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 39, 40)."

2. Bzgl. heimtückischer Tötung

A könnte weiterhin Tatentschluss gehabt haben, die O heimtückisch zu töten.

Wann eine Tötung heimtückisch ist, ist streitig.

a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung setzt eine heimtückische Tötung voraus, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung ausnutzt (BGHSt 2, 251; 11, 139; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 23 mwN). Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der unmittelbaren Tatsituation keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (BGHSt 18, 88). Werhlos ist, wer auf Grund der Arglosigkeit keine oder nur verringerte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302).

A wusste, dass O auf dem Betriebsgelände nicht mit einem Angriff des A rechnete und sich deshalb gegen einen solchen nicht zur Wehr setzen könnte. Dies wollte er auch in feindlicher Willensrichtung zur Tötung der O ausnutzen. A hatte also Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung.

b. 2. Meinung

Die herrschende Lehre verlangt (statt der genannten Kriterien oder zusätzlich dazu) für eine heimtückische

Tötung einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch, da die Heimtücke ein "tückisches", also hinterhältig-verschlagenes Vorgehen voraussetze (Küper, JuS 2000, 740; Miehe, JuS 1996, 1000, Kargl, StraFo 2001, 365).

Da jedoch das von A anvisierte Opfer O seine Ehefrau war, so dass zwischen Täter und Opfer ein Vertrauensverhältnis und sogar eine gegenseitige Beistandspflicht bestand (vgl. § 1353 BGB), was A auch wusste, stellte sich A auch Umstände vor, nach denen die Tötung der O einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch darstellen würde. Auch nach dieser Auffassung hatte A also Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung der O

c. Zwischenergebnis

Nach allen Auffassungen hatte A Tatentschluss bzgl. einer heimtückischen Tötung der O. Eine Streitentscheidung ist somit entbehrlich.

3. Niedrige Beweggründe

A könnte auch aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Die Beweggründe des Täters sind dann niedrig i.S.v. § 211 StGB, wenn sie sittlich auf tiefster Stufe stehen und besonders verachtenswert sind (BGHSt 42, 226; NStZ-RR 2000, 168; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 9 mwN). Gerade wenn es sich - wie im vorliegenden Fall - um eine Spontantat handelt, sind besonders hohe Anforderungen an die Annahme niedriger Beweggründe zu stellen (BGH, NStZ 2001, 87; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 12).

Grund für die versuchte Tötung der O durch A war dessen Enttäuschung über die Weigerung der O, durch den Verkauf des Hauses seine Spielschulden zu begleichen, was er als Fehlen der gebotenen Unterstützung eines Ehemannes durch seine Frau ansah, für das er sie abstrafen wollte sowie deren Trennungs- und Scheidungsabsicht. Da die Enttäuschung des A und der daraus resultierende Entschluss, die O zu bestrafen, zwar schwer nachzuvollziehen sind, jedoch kein eindeutig niedriges Tatmotiv darstellen und außerdem der Charakter der Tat als Spontantat sowie die Alkoholisierung des A eher gegen die Annahme niedriger Beweggründe sprechen, ist dieses Mordmerkmal abzulehnen. Dieses Ergebnis wird auch durch den BGH angedeutet: "Sollte der neue Tatrichter wiederum zur Annahme eines versuchten Tötungsdelikts kommen, wird er aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Angeklagten maßgeblichen Faktoren (vgl. BGHSt 35, 116, 127; BGH StV 1996, 211, 212) zu prüfen haben, ob das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe gegeben ist. Dabei wird er zu bedenken haben, dass es stets besonders sorgfältiger Prüfung bedarf, wenn sich eine Tat plötzlich aus einer Situation heraus entwickelt (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 11 m.w.N.) und/oder vor dem Hintergrund einer ge-

scheiterten Partnerbeziehung begangen wurde (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 211 Rdn. 11 a m.w.N.). Jedenfalls ist es nicht ohne weiteres nachvollziehbar, wenn einerseits die Handlungsweise des Angeklagten in Anbetracht der Vorgeschichte als 'normalpsychologisch nachvollziehbar' bezeichnet, andererseits das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe angenommen wird.

Dagegen erscheint es eher fernliegend, dass der Angeklagte, der seit 1980 in Deutschland lebt und mittlerweile deutscher Staatsangehöriger ist, eine mögliche besondere Verwerflichkeit seiner Motive deswegen nicht erkannt haben könnte, weil er - wie die Revision meint - archaischen Wertvorstellungen eines Teils der türkischen Gesellschaft über Ehe und Familie verhaftet sei (vgl. auch BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 29, 41; BGH, Beschluss vom 24. April 2001 - 1 StR 122/01 - und Urteil vom 28. Januar 2004 - 2 StR 452/03)."

III. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A müsste auch unmittelbar zur Begehung der Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.

Der Täter setzt dann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll und deshalb aus seiner Sicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet ist (BGHSt 31, 178; StV 1997, 241; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598; Roxin, JuS 1979, 1).

In dem Zeitpunkt, in dem A auf die O losfuhr, waren aus seiner Sicht keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich, um O zu töten und das durch § 211 StGB geschützte Rechtsgut (Leben der O) auch bereits konkret gefährdet, so dass A auch unmittelbar angesetzt hat.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt (§ 24 I StGB)

Anhaltspunkte für einen Rücktritt des A sind nicht ersichtlich, da es ihm insb. wegen der hinzutretenden Kollegen gar nicht möglich gewesen wäre, einen weiteren Angriff auf das Leben der O durchzuführen (sog. "fehlgeschlagener" Versuch).

VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB durch das Überfahren der O

A könnte sich durch das Überfahren der O außerdem wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I,

224 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts (§ 223 I StGB) verwirklicht haben. Dazu müsste er die O körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 14, 269; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3). Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGHSt 36, 1; Lackner/Kühl, § 223 Rn. 5).

Durch das Überfahren mit dem Auto, also eine üble und unangemessene Behandlung hat A der O insb. Frakturen des Oberarmes und des Beckenrings zugefügt, was nicht nur ihre körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigte, sondern auch pathologische Zustände darstellen. A hat die O somit körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

a. Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 I Nr. 2 StGB)

A könnte mit dem Auto ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift ist jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 1999, 616; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 9).

Ein Pkw, wie ihn der A benutzte, ist selbstverständlich dazu geeignet, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, wenn man damit - wie im vorliegenden Fall - einen Menschen überfährt. A hat also die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

b. Hinterlistiger Überfall (§ 224 I Nr. 3 StGB)

Das Überfahren der O könnte auch einen hinterlistigen Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB darstellen. Der BGH stellt hierzu fest:

"Die Annahme, der Angeklagte habe die Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) begangen, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Hinterlist setzt voraus, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf die Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen (vgl. BGHR StGB § 223 a Abs. 1 Hinterlist 1 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 15. Juli 2003 - 1 StR 249/03); es reicht

nicht aus, wenn der Täter für den Angriff lediglich das Überraschungsmoment ausnutzt.“

Im vorliegenden Fall hatte A jedoch lediglich das Überraschungsmoment ausgenutzt und seine wahren Absichten nicht planmäßig verdeckt. Das Verhalten des A stellt somit keinen hinterlistigen Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB dar.

c. Lebensgefährdende Behandlung (§ 224 I Nr. 5 StGB)

Das Überfahren der O könnte schließlich auch eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

Im Rahmen von § 224 I Nr. 5 StGB ist streitig, ob die hierfür erforderliche lebensgefährdende Behandlung lediglich eine Handlung voraussetzt, die generell dazu geeignet ist, das Opfer zu töten (abstrakte Lebensgefahr, so BGH, NstZ-RR 1997, 67; LK-Lilie, § 224 Rn. 36; Geerds, Jura 1988, 46) oder ob eine konkrete Lebensgefahr eintreten muss (so Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 12; NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27; Schröder, JZ 1967, 522). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da das Überrollen eines Fußgängers mit einem Pkw stets eine konkrete Lebensgefahr begründet (vgl. BGH, VRS 14, 286), so dass hier unstreitig eine lebensgefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist.

3. Vorsatz

A müsste sowohl bzgl. des Grunddelikts als auch bzgl. der qualifizierenden Umstände vorsätzlich gehandelt haben.

In dem Vorsatz des A zur Tötung der O (s.o.) ist der Körperverletzungsvorsatz als “wesensgleiches Minus” enthalten (so die ganz herrschende Einheitstheorie, vgl. BGHSt 41, 14; NJW 2001, 980; Lackner/Kühl, § 212 Rn. 8 mwN). Auch wollte A ein gefährliches Werkzeug verwenden und die O einer lebensgefährdenden Behandlung unterziehen, so dass sich sein Vorsatz auch auf die Verwirklichung der qualifizierenden Elemente erstreckt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB.

C. Strafbarkeit des A wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 3 StGB durch das Überfahren der O

A könnte sich schließlich durch das Überfahren der O wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Der Tatbestand des § 315 b StGB setzt voraus, dass

der Täter in den Straßenverkehr “eingreift” und dadurch die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt, d.h. eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift ist von vornherein ausgeschlossen, wenn die Handlungen des Täters keine Auswirkungen im (öffentlichen) Straßenverkehr haben, da sie dann das Schutzgut des § 315 b StGB - die Sicherheit des Straßenverkehrs - nicht betreffen. Da die Auswirkungen des Überfahrens der O lediglich auf dem Betriebsgelände spürbar sind, stellt sich die Frage, ob dieses noch zum öffentlichen Straßenverkehr i.S.v. § 315 b StGB gehört. Hierzu der BGH:

“Der Begriff des Straßenverkehrs im Sinne des § 315 b StGB, der dem des StVG, der StVO und der StVZO entspricht (vgl. König in LK-StGB 11. Aufl. § 315 b Rdn. 6), bezieht sich auf Vorgänge im öffentlichen Verkehrsraum. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Verkehrsraum dann öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird (vgl. BGHSt 16, 7, 9 f.; BGH VRS 12, 414, 415 f.; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Straßenverkehr 1; vgl. auch Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Aufl. § 1 StVO Rdn. 13 bis 16 m.w.N.; Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 315 b Rdn. 3 m.w.N.). Umfasst werden demnach nicht nur Verkehrsflächen, die nach dem Wegerecht des Bundes und der Länder dem allgemeinen Straßenverkehr gewidmet sind, sondern auch solche, deren Benutzung durch eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte größere Personengruppe ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse am Straßengrund oder auf eine verwaltungsrechtliche Widmung durch den Berechtigten ausdrücklich oder faktisch zugelassen wird.

Dabei nimmt es der Verkehrsfläche nicht den Charakter der Öffentlichkeit, wenn für die Zufahrt mit Fahrzeugen eine Parkerlaubnis oder für die Nutzung ein Entgelt verlangt wird (vgl. König aaO Rdn. 6, 7 m.w.N.). Für die Beurteilung, ob eine auf einem Betriebsgelände gelegene Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehrsraum zuzurechnen ist, kommt den äußeren Gegebenheiten, die einen Rückschluss auf das Vorhandensein und den Umfang der Gestattung bzw. Duldung des allgemeinen Verkehrs durch den Verfügungsberechtigten zulassen, maßgebliche Bedeutung zu. So kann sich etwa aus einer entsprechenden Beschreibung als “Privat-/Werksgelände”, einer Einfriedung des Geländes und einer Zugangsbeschränkung in Gestalt einer Einlasskontrolle ergeben, dass der Verfügungsberechtigte die Allgemeinheit von der Benutzung des Geländes ausschließen will (vgl. Hünnekens/Schulte, Öffentlicher Verkehr auf Betriebs- und Werksgelände, BB 1997, 533, 534 f.; 537/538). Wenn aufgrund solcher Maßnahmen nur einem beschränkten Personenkreis wie den Betriebsangehörigen (vgl. OLG

Braunschweig VRS 27, 458 - Parkplatz einer Fabrik -), wie mit einem besonderen Ausweis ausgestatteten Personen (vgl. BGH NJW 1963, 152 - städtischer Großmarkt -) oder wie individuell zugelassenen Lieferanten und Abholern (vgl. OLG Köln VersR 2002, 1117 - Produktionsstätte für Baustoffe -), Zutritt zu dem Betriebsgelände gewährt wird, handelt es sich um eine nicht öffentliche Verkehrsfläche. In diesen Fällen ist der Kreis der Berechtigten so eng umschrieben, dass er 'deutlich aus einer unbestimmten Vielheit möglicher Benutzer ausgesondert ist' (vgl. BGHSt 16, 7, 11). Ist dagegen ein Betriebsgelände der Allgemeinheit, d.h. einem nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreis, zugänglich, sind die darauf befindlichen Verkehrsflächen öffentlicher Verkehrsraum im Sinne des § 315 b StGB."

Im vorliegenden Fall war der Zugang zu dem Betriebsgelände nur einem kleinen Personenkreis eröffnet, der darüber hinaus auch zunächst eine Einlasskontrolle durchlaufen musste, um auf das Betriebsgelände zu gelangen, so dass die Allgemeinheit von der Benutzung des Geländes ausgeschlossen sein sollte. Das Betriebsgelände stellt somit keinen öffentlichen Ver-

kehrsraum und deshalb auch keinen Straßenverkehr i.S.v. § 315 b StGB dar.

Da die Handlung des A somit den Straßenverkehr nicht betrifft, kann auch keine "Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs" i.S.v. § 315 b StGB vorliegen, so dass der Tatbestand der Norm nicht verwirklicht ist.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 315 b I Nr. 3 StGB.

D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Den versuchten Mord und die gefährliche Körperverletzung hat A durch dieselbe Handlung (Überfahren der O) verwirklicht. Aus Klarstellungsgründen bleiben die vollendete (gefährliche) Körperverletzung und das versuchte Tötungsdelikt nebeneinander bestehen (BGHSt 44, 196; Kudlich, JA 1999, 452; Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 23).

A ist also strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I; 223 I, 224 I Nr. 2, 5; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Gusy, Christoph: "Lauschangriff und Grundgesetz" |
| Fundstelle: | JuS 2004, 457 (Heft 6) |
| Inhalt: | Der Beitrag bespricht das Urteil des BVerfG zum sogen. "Großen Lauschangriff", auf das in der RA (2004, 153 ff. und 280 ff.) bereits ausführlich hingewiesen wurde. Eine weitere, allerdings eher repetierende als kommentierende Urteilsanmerkung von Sachs findet sich im selben Heft, S. 522 ff. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Schoch, Friedrich: "Das verwaltungsbehördliche Ermessen" |
| Fundstelle: | Jura 2004, 462 (Heft 7) |
| Inhalt: | Die Ermessensprüfung gehört zum festen Bestandteil fast jeder verwaltungsrechtlichen Klausur. Der Beitrag konzentriert sich - nach einer kurzen Einführung in den Begriff und die Funktionen des Ermessens sowie die verschiedenen Ermessensarten - auf die Grundlagen der Ermessensfehlerlehre und gibt anschauliche Beispiele aus der Rechtsprechung. Auch die Ermessensreduzierung auf null und der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung werden behandelt. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang: "Die Erledigung der Hauptsache im Verwaltungsprozess" |
| Fundstelle: | JuS 2004, 489 (Heft 6) |
| Inhalt: | Dieser Aufsatz wendet sich in erster Linie an Referendare, denn im Assessorexamen gehört die Erledigung der Hauptsache und die Frage, welche weitere Prüfung sich dieser anschließen muss, zu den "Klassikern" des Prüfungsrechts. Es handelt sich um einen Fortsetzungsbeitrag, dessen Ziel es ist, das Thema erschöpfend zu behandeln. Die unterschiedlichen Prozesssituationen (im vorliegenden ersten Teil die übereinstimmende, vollständige Erledigung) werden mit anschaulichen Beispielfällen angereichert. |

Zivilrecht

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Mankowski, Peter: "Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen" |
| Fundstelle: | NJW 2004, 1901 (Heft 27) |
| Inhalt: | Die zunehmende Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs, insbesondere der Vertragsschlüsse unter Einsatz modernster Kommunikationselektronik, macht es erforderlich, die über 100 Jahre alten Regelungen des BGB-AT über den Austausch von Willenserklärungen und das Zustandekommen von Verträgen in zeitgemäßer Form auszulegen und zur Anwendung zu bringen. Der Autor nimmt sich dieses Problems an und präsentiert entsprechende Lösungsvorschläge. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Klerx, Oliver: "Haftung der GbR-Gesellschafter für Delikte wegen Vertrauens in die Rechtsform?" |
| Fundstelle: | NJW 2004, 1907 (Heft 27) |
| Inhalt: | Wie schon die Literaturlauswertungen vergangener Ausgaben der RA gezeigt haben, ist die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Haftung der Gesellschafter einer GbR für deren Verbindlichkeiten nach wie vor Gegenstand einer lebhaften, zum Teil sogar hitzigen Diskussion in der Literatur. Der Autor dieses Beitrages konzentriert sich auf die Mithaftung für deliktische Verbindlichkeiten und entwickelt eine anhand der verschiedenen Erscheinungsformen der GbR differenzierende Lösung. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Graf v. Westphalen, Friedrich: "AGB-Recht im Jahr 2003" |
| Fundstelle: | NJW 2004, 1993 (Heft 28) |
| Inhalt: | Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, geregelt in den §§ 305 ff BGB, ist seit jeher klassische Prüfungsmaterie in beiden juristischen Staatsexamina. Allerdings existiert zu diesem Themenbereich, insbesondere zur Generalklausel des § 307 BGB (§ 9 AGBG a. F.), eine solche Vielzahl von Rechtsprechung, dass die Kenntnis jeder einzelnen, möglicherweise wichtigen Entscheidung ohne Hilfestellung kaum zu erreichen ist. Der Autor liefert daher einen sehr hilfreichen Überblick über jüngste Entwicklungen der - insbesondere höchstrichterlichen - Rechtsprechung zu den §§ 305 ff BGB. |

| | |
|---------------------|---|
| 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: | Schneider, Hendrik: "Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?" |
| Fundstelle: | NStZ 2004, 312 (Heft 6) |
| Inhalt: | Die Frage, ob und wann sog. "neutrale" Handlungen, d.h. Handlungen, die eigentlich sozialüblich sind, eine strafbare Beihilfe darstellen können, wenn sie eine Straftat fördern, gehört zu den klassischen Problemstellungen im Rahmen von § 27 StGB. Der Verfasser präsentiert die hierzu vertretenen Auffassungen und schlägt vor, den Schwerpunkt der Lösung dieser Frage in den prozessualen Bereich zu legen. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Verrel, Torsten: "(Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?" |
| Fundstelle: | NStZ 2004, 309 (Heft 6) |
| Inhalt: | Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Eventualvorsatz bzgl. der Tötung eines Menschen grds. voraussetzt, dass der Täter eine "Hemmschwelle" überwinde. Der Verfasser präsentiert die insofern einschlägigen Entscheidungen, kritisiert die teilweise schwer nachvollziehbaren Auswüchse dieser Theorie und zeigt Verbesserungsmöglichkeiten auf. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Walter, Tonio: "Zur Lehre von den Konkurrenzen: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit" |
| Fundstelle: | JA 2004, 572 (Heft 7) |
| Inhalt: | Fortsetzung der in JA 2004, 133 begonnenen Serie von Aufsätzen des Verfassers zu den Konkurrenzen. Nach dem im ersten Aufsatz gegebenen allgemeinen Überblick über die Prüfung von Konkurrenzen im Gutachten beschäftigt sich der Autor in diesem Artikel mit den verschiedenen Konstellationen von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, also der ersten Stufe der Konkurrenzprüfung. Hierbei stellt er übersichtlich und in verständlicher Weise die verschiedenen Fallgruppen dar. |