

Öffentliches Recht

Standort: Kommunalrecht

Problem: Wirtschaftliche Betätigung

VG GIEßEN, BESCHLUSS VOM 14.10.2004
8 G 3009/04 (NVwZ-RR 2004, 201)

Problemdarstellung:

Das VG Gießen hatte im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO darüber zu entscheiden, ob ein privater Konkurrent sich gegen die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde wehren kann. Voraussetzung dafür ist ein entsprechender Anspruch, also ein subjektives Recht des privaten Konkurrenten. Die Gemeindeordnungen der Länder enthalten Regelungen über die Zulässigkeit solcher wirtschaftlichen Betätigungen der Gemeinden (hier: § 121 HessGO). Streitig ist, ob diese zugunsten der privaten Konkurrenz Drittschutz entfalten.

1. Anknüpfungspunkt ist zunächst die vielen Gemeindeordnungen immanente sogen. "Subsidiaritätsklausel", nach der Gemeinden sich nur wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn private Unternehmen den selben Zweck nicht besser und wirtschaftlicher verfolgen können. Hier ist sehr Streitig, ob eine solche Klausel die Privatunternehmen schützt, oder nur die Gemeinde selbst vor verlustreichen wirtschaftlichen Abenteuern bewahren soll. Während die verwaltungsgerichtliche Rspr. nahezu geschlossen Drittschutz verneint, ist die Literatur wohl mehrheitlich dafür. Im Zeitpunkt der Entscheidung existierte in Hessen aber keine solche Subsidiaritätsklausel.

2. Das OVG Münster hat in einer Aufsehen erregenden Entscheidung (RA 2003, 651 = NWVBl 2003, 462) für das Land NRW entschieden, dass sich aus dem Erfordernis eines "öffentlichen Zwecks" für die wirtschaftliche Betätigung Drittschutz zugunsten der örtlichen Wirtschaftsbetriebe ergeben soll. Ein solches Erfordernis besteht auch in Hessen, § 121 I 1 Nr. 1 HessGO. Das VG bezeichnet diese Ansicht aber als "Mindermeinung", ohne das Urteil des OVG NRW zu erwähnen. Diese Einschätzung ist zumindest in NRW nicht zutreffend, zumal der dortige § 107 V GO NRW die mittelständische Wirtschaft und das Handwerk explizit erwähnt. Das vom VG vorgebrachte Gegenargument, bei der Beurteilung des Vorliegens eines "öffentlichen Zwecks" habe die Gemeinde eine Einschätzungsprärogative, überzeugt ebenfalls nicht, denn dies ist eine Frage des Umfangs, nicht des Bestehens des Rechts. Das OVG ließ folgerichtig in seinem Fall den Abwehranspruch des Konkurrenten an der weiten Aus-

legung des "öffentlichen Zwecks" scheitern, nicht am Nichtbestehen eines Abwehrrechts.

Prüfungsrelevanz:

Im Kommunalrecht gibt es kaum ein Thema, das sich gegenwärtig vergleichbarer Beliebtheit erfreut. Die RA hat hierüber auch schon mehrfach berichtet. Die Praxis spült einfach immer wieder Fälle an die Oberfläche, weil die Gemeinden auf der verzweifelten Suche nach neuen Einkommensquellen die wirtschaftliche Betätigung für sich entdecken. Dass dies der örtlichen Wirtschaft nicht genehm ist und diese sich mit Rechtsbehelfen - üblicherweise im vorläufigen Rechtsschutz - zur Wehr setzt, liegt auf der Hand.

Der Abwehranspruch wird übrigens ganz überwiegend nicht unmittelbar aus der jeweiligen Norm der Gemeindeordnung abgeleitet, wie das VG es anscheinend vertritt, denn diese Normen sind allesamt schon ihrem Wortlaut nach keine Anspruchsgrundlagen. Dafür müssen vielmehr die gewohnheitsrechtlich anerkannten Institute des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs bzw. des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs herhalten, je nach dem, ob die Störungsquelle beseitigt (FBA) oder nur das störende Verhalten unterbunden werden soll (Unterlassungsanspruch). Der Examenskandidat tut gut daran, seine Prüfung über diese Anspruchsgrundlagen einzuleiten. Sie setzen beide einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht voraus. Ein solches Recht könnte dann aus der landesrechtlichen Vorschrift über die wirtschaftliche Betätigung folgen, wobei dies sowohl für den "öffentlichen Zweck" als auch für die Subsidiaritätsklausel Streitig ist (s.o.). Ferner kommen Grundrechte (Art. 12, 14 GG) in Betracht, die allerdings außerhalb eines Verdrängungswettbewerbs nicht vor Konkurrenz schützen, wie das VG knapp aber zutreffend ausführt.

Vertiefungshinweise:

□ Aktuelle Beiträge zum Drittschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden: *Faber*, DVBl. 2003, 761; *Schink*, NVwZ 2002, 129; *Marin*, JZ 2002, 819

□ Aus der Rechtsprechung: *OVG NRW*, RA 2004, 756 = DVBl 2004, 1568; RA 2003, 651 = NWVBl 2003, 462; *OLG Karlsruhe*, RA 2001, 386 = VBIBW 2001, 234; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1470; RA 2002, 145 = NVwZ 2002, 248 (wohl überholt durch *BGH*,

RA 2002, 381 = JuS 2003, 958 m. Anm. Warneke); BGH, DVBl. 2003, 267

Kursprogramm:

Examenskurs: "Brot für M"

Leitsatz:

Ein subjektives Recht, einer Gemeinde eine wirtschaftliche Betätigung (hier: auf dem Gebiet der Abfallentsorgung) zu untersagen, steht einem privaten Konkurrenten jedenfalls dann nicht zur Seite, wenn in der Kommunalverfassung ein so genanntes Subsidiaritätsprinzip nicht verankert ist.

Sachverhalt:

Die Ast. ist eine Kommanditgesellschaft, die Entsorgungsdienstleistungen anbietet. Durch Vertrag vom 16.6./24.6.94 übernahm sie für den Bereich der Beigel., der Gemeinde E.-Stadt, die Aufgabe des Einsammelns und Beförderns von Abfällen. Dieser Vertrag wurde auf die Dauer von 10 Jahren, beginnend ab 1.4.94 abgeschlossen. Unter dem 7.4., 28.4. und 5.5.95 schlossen die Ast. und die Beigel. einen weiteren Vertrag, nach dem die Ast. ab 1.5.95 die Einsammlung und die Beförderung des Bioabfalls aus dem Bereich der Beigel. zur Entsorgungsstelle übernahm. Dieser Vertrag lief am 31.3.04 aus und wurde nicht verlängert. Mit einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung über die Übertragung von Aufgaben der Abfalleinsammlung vom 31.3.04 verpflichtete sich die Ag., die Stadt C., ab 1.4.04 die Entsorgung des Hausmülls auf dem Gebiet der Beigel. zu übernehmen. Namentlich wurden der Ag. von der Beigel. folgende Zuständigkeiten übertragen: Jährliche Erstellung eines Abfuhrplans, Einsammlung und Transport der Fraktionen Restmüll, Biomüll, Altpapier und Sperrmüll. Ein Entgelt soll die Ag. danach ausschließlich auf Basis der Selbstkostenerstattung erhalten.

Der Antrag der Ast. auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ag. mit dem Ziel, einen Wettbewerb im Bereich des Abfallrechts zu unterlassen, der das Gebiet der Ag. überschreite, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig.

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist hier gem. § 40 I VwGO gegeben, da sich die Ast. kommunalverfassungsrechtlicher Ansprüche berührt und insoweit der Ag. auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage nichtverfassungsrechtlicher Art die Abfallentsorgung im Bereich der Beigel. untersagen möchte.

II. Rechtsschutzinteresse

Eine Erledigung des Rechtsstreits ist nicht eingetreten. Denn durch ihren Antrag geht es der Ast. darum, der Ag. umfassend die Zusammenarbeit mit der Beigel. hinsichtlich der Abfallentsorgung zu untersagen.

B. Begründetheit

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

I. Voraussetzungen

Gem. § 123 I VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Ast. vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt demgemäß das Vorliegen eines Anordnungsgrundes und eines Anordnungsanspruchs voraus.

II. Anordnungsanspruch

Die Ast. hat einen Anordnungsanspruch jedoch nicht glaubhaft gemacht. Sie kann sich nicht auf ein subjektives öffentliches Recht berufen, der Ag. zu untersagen, mit der Beigel. hinsichtlich der Abfallentsorgung weiterhin zusammenzuarbeiten, insbesondere für die Beigel. jährlich einen Abfuhrplan zu erstellen und die Einsammlung und den Transport der Fraktionen Restmüll, Biomüll, Altpapier und Sperrmüll vorzunehmen. Ein solches Recht steht ihr nicht zur Seite.

1. Subjektives Recht aus § 121 HessGO

Entgegen der Ansicht der Ast. folgt ein entsprechendes subjektiv-öffentliches Recht insbesondere nicht aus § 121 I Hessische Gemeindeordnung - HessGO. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt und dieser Zweck durch das Unternehmen wirtschaftlich erfüllt werden kann und 2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussetzlichen Bedarf steht."

a. Wirtschaftliche Betätigung

Das Fehlen eines Anordnungsanspruchs der Ast. ergibt sich noch nicht aus der Art des von der Ag. unterhaltenen Betriebs. Zwar gelten gem. § 121 I 1 Nr. 2 HessGO dabei Einrichtungen der Abfallbeseitigung nicht

als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde i. S. der §§ 121 ff. HessGO. Die dort aufgeführten Betriebe werden vom Gesetzgeber nämlich für besonders förderungswürdig gehalten und sollen nur mit Einschränkungen unter die §§ 121 ff. HessGO fallen (vgl. Cosson, DVBl 1999, 891 [893]). Ob vorliegend der Tatbestand dieser Ausnahmeregelung gegeben ist, kann aber offen bleiben. Denn auf jeden Fall steht der Ast ein subjektives Recht hinsichtlich des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens nicht zur Seite, weil die Vorschrift des § 121 I HessGO nämlich keinen Drittschutz entfaltet.

b. Kein subjektives Recht

Die drittschützende Wirkung einer Vorschrift des öffentlichen Rechts beurteilt sich danach, ob diese ausschließlich objektiv-rechtlichen Charakter hat und nur dem öffentlichen Interesse dient oder ob sie - zumindest auch - dem Schutz von Individualinteressen dienen soll (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1999, 208). Die Norm des § 121 I HessGO dient ausschließlich öffentlichen Interessen und nicht Interessen Einzelner.

aa. Wortlaut

Bereits seinem Wortlaut nach ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit § 121 I HessGO Rechtspositionen Einzelner oder einzelner Unternehmen zu schützen beabsichtigte. Denn solche privaten Unternehmen werden in dieser Vorschrift noch nicht einmal als Schutzobjekt aufgeführt oder mittelbar benannt. Damit fehlt es normativ an individualisierenden Tatbestandsmerkmalen, denen sich - als notwendige Voraussetzung für die Gewährung von Drittschutz - überhaupt ein einschlägiger, sich von der Allgemeinheit unterscheidender Personenkreis entnehmen ließe (vgl. dazu BVerwGE 117, 93 [99]; 94, 151 [158]; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., [2003], § 42 Rdnr. 84), der wettbewerbsbezogen geschützt werden soll.

bb. Teleologie

Auch bei einer an Sinn und Zweck orientierten Auslegung ist der Vorschrift ein Drittschutz nicht zu entnehmen. Bei solchen Normen, die die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen regeln, handelt es sich um einen Teil des objektiven Verhaltensrechts für die Gemeinden, aus dem der von der öffentlichen Konkurrenz betroffene Private grundsätzlich keine Abwehr- oder Unterlassungsansprüche herleiten kann (vgl. Meyer, Der Landkreis, 2003, S. 29).

cc. Subsidiaritätsklausel nicht vorhanden

Die Kommunalrechtsordnungen der einzelnen Bundesländer - und damit auch die hessische Gemeindeordnung - sind in Bezug auf die Frage, ob ihre jeweiligen Normen über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde Drittschutz vermitteln, zunächst danach zu

unterscheiden, ob und inwieweit sie eine Subsidiaritätsklausel enthalten (vgl. Zeiss, NZBau 2003, 475f.). Dabei hat der jeweilige Kommunalverfassungsgeber Raum für unterschiedliche Regelungen. Für die Frage, ob eine Vorschrift des Gemeindefortschrittsrechts Drittschutz vermittelt, ist folglich an den Inhalt der spezifischen Norm selbst anzuknüpfen (vgl. Schlacke, JA 2002, 48 [50]). Enthält eine (landesrechtliche) Kommunalrechtsordnung eine solche Subsidiaritätsklausel - und damit ein Nachrangigkeitsprinzip für gewerbliches wirtschaftliches Tätigwerden - wird von einer in der Literatur im Vordringen befindlichen Ansicht ein subjektives Recht eines privaten Konkurrenten bejaht (vgl. etwa Schliesky, JA 1998, 930 [932] m. w. Nachw.), wobei allerdings differenziert wird, ob eine echte oder eine unechte Subsidiaritätsklausel normiert wurde (vgl. Schmid, ZKF 2001, 242 [244 f.]). Bei einer echten Subsidiaritätsklausel ist die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune nur dann statthaft, wenn der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen Privaten erfüllt werden kann, während eine unechte Subsidiaritätsklausel eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde dagegen auch dann zulässt, wenn der öffentliche Zweck durch den Dritten besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.

Der hessische Kommunalverfassungsgeber hat bislang jedoch davon abgesehen, das Subsidiaritätsprinzip in der Gemeindeordnung zu verankern, so dass bereits deshalb kein Drittschutz abgeleitet werden kann. Vielmehr hat es der Hessische Gesetzgeber bei einer Regelung belassen, die lediglich die Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde normiert und damit bewusst auf die Einführung eines solchen Nachrangigkeitsprinzips verzichtet (vgl. Schneider/Dreßler/Lull, HessGO, Stand: Dez. 2003, § 121 Rdnr. 6, S. 11). Hierfür lassen sich auch rechtspolitische Gründe anführen. Ansonsten blieben der Gemeinde nämlich nur die unrentierlichen Aufgaben übrig, die keinen Gewinn abwürfen und deshalb nicht das Interesse von Privatunternehmen weckten (vgl. VGH Kassel, GewArch 2004, 483).

dd. Öffentlicher Zweck als Anknüpfungspunkt

Nach einer Mindermeinung soll das Subsidiaritätsprinzip aber auch in solchen Fällen gelten, in denen es nicht ausdrücklich in dem entsprechenden Gesetz normiert wurde, da ein kommunales Wirtschaften, dessen Ergebnis besser und effizienter durch einen Privaten erreicht werden könne, nicht geeignet sei, das Wohl der Gemeindeeinwohner zu fördern und somit nicht durch einen öffentlichen Zweck zu legitimieren sei (vgl. Pünder, DVBl 1997, 1353 [1359]). Die ausdrückliche Normierung des Subsidiaritätsprinzips in der Kommunalverfassung sei deshalb nicht erforderlich, weil das Merkmal der Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck auch dem Schutz der privaten Konkurrenz diene (vgl. Faber, DVBl 2003, 761 [764]).

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Zwecks dient nicht den Interessen der Privatwirtschaft, sondern dem Selbstschutz der Kommunen vor wirtschaftlicher Überforderung. Die Bedeutung der Regelung über die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen besteht ausschließlich darin, öffentliche Belange zu wahren und einer Konfliktsituation vorzubeugen, wie sie aus einem ungehemmten Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft entstehen könnte (vgl. VGH Mannheim, NJW 1995, 274). Hierdurch wird aber gerade kein individualisierter Personenkreis begünstigt (vgl. auch Köhler, BayVBl 2000, 1 [10]). Überdies besteht für die Frage, ob und inwieweit eine Gemeinde wirtschaftlich tätig werden möchte, eine Einschätzungsprärogative der Kommune, die gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann und sich auch deshalb nicht als drittschützend erweist (vgl. Pagenkopf, GewArch 2000, 177 [180], der von einem "Prognose- und Beurteilungsspielraum der Gemeinde" spricht).

ee. Alternative Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Normen über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden sind ferner nicht deswegen per se drittschützend, weil der private Konkurrent durch die ordentliche Gerichtsbarkeit keinen hinreichenden Rechtsschutz erreichen könnte. So vermögen private Mitbewerber wettbewerbsrechtlich Rechtsschutz gegen kommunale Unternehmen zu suchen (vgl. hierzu auch Püttner (Hrsg.), in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 1984, S. 50 [69 f.]). Auch im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die Ast. insoweit Rechtsschutz zu finden vermochte. Denn durch den Beschluss des OLG Frankfurt (NZBau 2004, 692) wurde (zu Gunsten der Ast.) festgestellt, dass die zwischen der Ag. und der Beigel. geschlossene öffentlich-rechtliche Vereinbarung vom 31.3.04 über die Übertragung von Aufgaben der Abfalleinsammlung nichtig ist.

ff. Verfassungsrechtliche Wettbewerbsneutralität

Das Subsidiaritätsprinzip ergibt sich überdies nicht aus einem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz (vgl. VGH Kassel, GewArch 2004, 483; Schneider/Dreßler/Lull, § 121 Rdnr. 6, S. 11 m. w. Nachw.). Denn das Grundgesetz ist durch eine wirtschaftspolitische Neutralität gekennzeichnet, der sich kein Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem entnehmen lässt (BVerwG, GewArch 1972, 201 [203]; Faber, DVBl 2003, 761 [763]). Schon deswegen kann der Verfassung nicht entnommen werden, dass einfach-gesetzliche Regelungen über die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen restriktiv auszulegen sind.

2. Subjektives Recht aus geplanter Subsidiaritätsklausel

Etwas anderes folgt auch nicht aus Nr. 30 des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze vom 6.7.2004 (LT Dr 16/2463, S. 16), der in Bezug auf § 121 HessGO die Einführung einer Subsidiaritätsklausel vorschlägt, selbst wenn in der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 15) offensichtlich darauf abgestellt wird, mittels dieser Neuregelung solle diese Vorschrift als Schutznorm ausgestaltet werden und Drittschutz vermitteln. Durch diesen Gesetzentwurf ergibt sich keine normative Vorwirkung zu Gunsten der Ast., da er im Zeitpunkt der Entscheidung in dieser Sache noch nicht in Kraft getreten ist.

Allerdings ist einzuräumen, dass sich die wirtschaftlichen Unternehmen der Städte und Gemeinden in der jüngsten Vergangenheit immer neue Betätigungsfelder erschließen (vgl. Schink, NVwZ 2002, 129), und es damit private Konkurrenz immer schwieriger haben könnte zu bestehen. Daraus lässt sich - mangels normativer Vorgaben - aber ebenfalls nicht der Schluss ziehen, der Landesgesetzgeber habe von dieser Entwicklung betroffenen privaten Unternehmen durch die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in der Kommunalverfassung automatisch einen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch vermittelt.

3. Subjektives Recht aus Grundrechten

Die Ast. kann sich zur Begründung ihres Begehrens schließlich nicht mit Erfolg auf die Grundrechte aus Art. 12 I GG oder Art. 14 I GG berufen.

a. Art. 12 GG

Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG schützt nämlich nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand. Durch dieses Grundrecht wird der Privatwirtschaft nicht die Ausschließlichkeit des wirtschaftlichen Handelns garantiert (vgl. BVerwG, NJW 1995, 2938; GewArch 1972, 201 [203]).

b. Art. 14 GG

Das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG schützt ebenfalls nicht vor dem Auftreten neuer Konkurrenz, es sei denn, diese erlange durch behördliches Handeln eine Monopolstellung (vgl. BVerwG, NJW 1995, 2938; GewArch 1972, 201 [203]; VGH Kassel, NVwZ 1996, 816 = GewArch 1996, 233; VGH Mannheim, VBIBW 1995, 99). Dass die Ag. vorliegend durch eine behördliche Maßnahme eine Monopolstellung erlangt, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Standort: Baurecht**Problem: Drittschutz gegen nicht genehmigte Vorhaben**

VG GIEßEN, BESCHLUSS VOM 12.08.2004
 1 G 3087/04 (NVwZ-RR 2005, 166)
 VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 21.01.2004
 26 B 02.873 (NVwZ-RR 2005, 56)

Problemdarstellung:

Die folgenden Entscheidungen des VG Gießen und des BayVGH beschäftigen sich mit dem Rechtsschutz Dritter gegen ein ohne Baugenehmigung errichtetes Bauwerk. Das Problem besteht in diesen Fällen darin, dass in Ermangelung einer Baugenehmigung diese nicht mit Widerspruch oder Anfechtungsklage angefochten werden kann.

Wie das VG Gießen in der ersten Entscheidung richtig feststellt, bleibt dem Nachbarn daher nur eine Klage gegen die Bauaufsichtsbehörde auf Einschreiten (Abriß, Stilllegung, Nutzungsuntersagung) gegen den Bauherrn. In der Hauptsache ist dies eine Verpflichtungsklage, im vorläufigen Rechtsschutz ein Antrag nach § 123 I 2 VwGO. Das VG meint mit der wohl h.M., dass sich in diesen Fällen - die tatbestandlichen Voraussetzungen unterstellt - das Entschließungsermessen der Bauaufsichtsbehörde über ein Einschreiten auf null reduziere, weil der Nachbar eines ohne Genehmigung errichteten Bauwerks sonst schlechter stünde als der Nachbar eines mit Genehmigung errichteten Bauwerks, wo die Aufhebung der Genehmigung ja auch *zwingende* Folge des erfolgreichen Rechtsbehelfs (Widerspruch / Anfechtungsklage) ist, §§ 72, 113 I 1 VwGO.

Im Fall des BayVGH hatte eine kleine *Gemeinde* auf bauaufsichtliches Einschreiten geklagt, weil die Baugenehmigungsbehörde, die zu Unrecht von der Genehmigungsfreiheit des Umbaus eines vorhandenen, baurechtswidrigen Bauwerks ausgegangen war, sie nicht um ihr Einvernehmen nach § 36 I BauGB ersucht hatte. Besonders interessant war, dass die Bauaufsichtsbehörde auch noch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Bauherrn darüber geschlossen hatte, dass das Bauwerk unter bestimmten Voraussetzungen nicht abgerissen werden müsse.

Der BayVGH überträgt zunächst die Unzulässigkeit der Erteilung einer Baugenehmigung ohne gemeindliches Einvernehmen (§ 36 I BauGB) überzeugend auf die Fälle, in denen die Bauaufsichtsbehörde § 36 BauGB dadurch umgeht, dass sie erst gar keine Baugenehmigung erteilt (und deshalb wegen des Einvernehmens bei der Gemeinde erst gar nicht anfragt), etwa weil sie das Vorhaben irrig für genehmigungsfrei hält oder mutwillig handelt. Diese Fallgruppe wiederum überträgt der BayVGH unter Rückgriff auf Sinn und Zweck des § 36 BauGB und die Unzulässigkeit eines

Vertrags zu Lasten Dritter auf die Fälle, in denen der genehmigungsfreie Fortbestand in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zugestanden wird. Dieses Ergebnis hätte das Gericht indes einfacher haben können: Wenn man mit ihm davon ausgeht, dass ohne gemeindliches Einvernehmen auch kein genehmigungsfreier Fortbestand eines genehmigungspflichtigen Gebäudes möglich ist, ergibt sich schon aus dem Gesetz, dass dann auch kein solcher Vertrag ohne Einvernehmen der Gemeinde geschlossen werden darf, § 58 II VwVfG.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem des Drittrechtsschutzes gegen ohne Baugenehmigung errichtete Bauwerke ist mindestens so interessant wie der Drittrechtsschutz gegen Baugenehmigungen. Folgendes bleibt für diese Fälle nach den vorliegenden Entscheidungen festzuhalten:

- Der Rechtsschutz des Dritten läuft über eine Verpflichtungsklage (§ 42 I, 2. Fall VwGO) auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen das Bauwerk, wobei im vorläufigen Rechtsschutz ein Antrag nach § 123 I 2 VwGO zu stellen ist,

- ein solcher Anspruch setzt die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des Dritten voraus; § 36 I BauGB bzw. die darin geschützte Planungshoheit stellen ein solches Recht der Gemeinde dar; nicht drittschützend zugunsten des Bürgers sind hingegen die Vorschriften über die Genehmigungspflicht eines Vorhabens,

- das grds. bestehende Entschließungsermessen der Bauaufsichtsbehörde wird bei der Verletzung einer drittschützenden Norm in aller Regel auf null reduziert sein, so dass eingeschritten werden muss (das VG spricht sogar von einem "intendierten Ermessen" des Gesetzgebers).

Nicht empfohlen werden kann dem Examenskandidaten hingegen, den kaum noch nachvollziehbaren Duktus der Entscheidung des VG Gießen zu übernehmen, in der z.B. nicht zwischen Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags unterschieden und die Rechtsfolge (Ermessensreduzierung) vor dem Tatbestand geprüft wird, wobei der Tatbestand zu allem Überfluss auch noch verneint wird, sodass es der Ausführungen zur Ermessensreduzierung überhaupt nicht mehr bedurft hätte.

Vertiefungshinweise:

□ Ermessen bei Klage auf bauaufsichtliches Einschreiten: *BVerwG*, BRS 36 Nr. 93; *NVwZ* 1995, 272; *BRS* 52 Nr. 159; *OVG Weimar*, *BauR* 1999, 164; *NVwZ-RR* 2000, 578; *BayVGH*, *BayVBl* 1982, 51; *OVG NRW*, *NJW* 1984, 1577

Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB: Konrad, JA 2001, 588; Hellermann, Jura 2002, 589; Horn, NVwZ 2002, 406

Rechtsschutz einer Gemeinde bei der Klage eines Eigentümers gegen eine Beseitigungsanordnung: BVerwG, NVwZ 2000, 1048

Kursprogramm:

Examenskurs : "Garagenterrasse"

Examenskurs : "Das illegale Wochenendhaus"

**1. Teil: Beschluss des VG Gießen vom 12.08.2004
(1 G 3087/04)**

Leitsätze:

1. Zur Zulassung eines Bestattungsinstituts (Pietät) durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB [nur Leitsatz].

2. Zum Eilrechtsschutz des Nachbarn nach § 123 VwGO gegen ein der Genehmigungsfreistellung nach § 56 HessBauO unterfallendes Vorhaben.

Sachverhalt:

Der Ast. ist Eigentümer des Grundstücks G. in der Gemarkung H., das mit einem Wohnhaus und mit einer Garage bebaut ist. Die Beigel. ist Eigentümerin des Grundstücks I. in der Gemarkung H. (Baugrundstück). Für das Baugrundstück besteht der am 27.5.2004 von der Stadtverordnetenversammlung der Stadt H. beschlossene und am 24.6.2004 ortsüblich bekannt gemachte Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB. Er setzt für das Baugrundstück "Allgemeines Wohngebiet" (WA), offene Bauweise, zwei Vollgeschosse, Grundflächenzahl 0,4, Geschossflächenzahl 0,8 sowie eine Baugrenze für die Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses „J" mit zwei Wohnungen sowie mit Büro-, Lager- und Ausstellungsflächen für die von der Familie der Beigel. betriebene Pietät fest. Im Rahmen der Aufstellung erhob der Ast. keine Bedenken gegen diesen Bebauungsplan.

Mit der „Mitteilung baugenehmigungsfreier Vorhaben nach § 56 HessBauO" vom 21.6.2004 reichte die Beigel. bei der Stadt H. die erforderlichen Bauvorlagen für die Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses mit Garagen (drei Stellplätze), Carport (zwei Stellplätze) und zwei Stellplätzen mit jeweils einer Wohnung im Erd- und im Dachgeschoss sowie mit einem Werkstattraum (für die Fertigstellung der Särge), einem Vorbereitungsraum (für das Waschen und das Ankleiden der Toten), Lagerräumen und einem Aufbewahrungsraum (Kühlraum für die Aufbewahrung von Toten) und diversen kleinen Nebenräumen (Heizung pp.) für die (seit etwa zwanzig Jahren durch die Familie der Beigel. betriebene) Pietät mit einem Betriebspersonal von drei bis vier Personen im Untergeschoss sowie mit einem Ausstellungsraum und einem Büroraum im

Obergeschoss ein. Zugleich leitete sie eine Zweitausfertigung an die Bauaufsichtsbehörde des Ag. Mit den Bauarbeiten sollte Anfang August 2004 begonnen werden.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.7.2004 legte der Ast. beim Ag. "Einspruch gegen die Erteilung der Baugenehmigung" ein. Sein Antrag auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 2 VwGO auf Verpflichtung des Ag., gegenüber der Beigel. bezüglich deren Bauvorhaben „J" die Baueinstellung anzuordnen, ist zulässig, aber unbegründet.

A. Rechtsschutzmöglichkeiten des Nachbarn gegen genehmigungsfreie Vorhaben

Anders als bei den Fällen, in denen der Bauherr eine Baugenehmigung erteilt wurde (vgl. die §§ 54, 57, 58, 64 HessBauO), kann der Nachbar bei - hier nach § 56 HessBauO - baugenehmigungsfreien Vorhaben keinen Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 HessVwVfG) mit Widerspruch (§ 68 VwGO) und Anfechtungsklage (§ 42 I VwGO) anfechten sowie die verwaltungsgerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs (§ 80 a III VwGO, § 212 a BauGB) und ggf. als Sicherungsmaßnahme für diese Anordnung die Baueinstellung (§ 80 a III i. V mit § 80 a I Nr. 2 a. E. VwGO) erreichen. Da es in den Fällen der Genehmigungsfreistellung nach § 56 HessBauO keinen angreifbaren Verwaltungsakt gibt, kann der Nachbar nur bei der Bauaufsichtsbehörde eine Baueinstellung nach § 71 HessBauO beantragen und bei Erfolglosigkeit die Verpflichtung der Bauaufsichtsbehörde im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zum Erlass einer solchen Baueinstellungsanordnung begehren (vgl. Hornmann, HessBauO, § 56 Rdnrn. 120 ff.).

B. Gebundener Anspruch oder Ermessen?

Durch die Einführung der Genehmigungsfreistellung nach § 56 HessBauO ist das bisher für die ihm unterfallenden baulichen Anlagen weitgehend bestehende Baugenehmigungsverfahren nach den §§ 62 ff. HessBauO 1993 abgelöst worden. Durch die Einführung dieser Genehmigungsfreistellung wurde jedoch nicht eine fehlende bodenrechtliche bzw. nachbarrechtliche Relevanz der § 56 HessBauO unterfallenden baulichen Anlagen zum Ausdruck gebracht, wie dies für die in Anlage 2 zu § 55 HessBauO aufgeführten Vorhaben typisch ist. Die bauplanungsrechtliche Relevanz kommt vielmehr nachhaltig dadurch zum Ausdruck, dass es sich nach § 56 II Nrn. 1 und 2 HessBauO um Vorhaben handeln muss, die im Geltungsbereich eines qualifizierten oder vorhabenbezogenen Bebauungsplans liegen und in Übereinstimmung mit den Festsetzungen desselben realisiert werden sollen. Deshalb

muss die der Bauaufsichtsbehörde in § 71 S. 1 Hess-BauO eingeräumte Befugnis zur Verhinderung des Baubeginns und zur Einstellung einer bereits begonnenen Bauausführung als Ausgleich für das fehlende präventive Baugenehmigungsverfahren verstanden werden.

Im Fall der Durchführung des Baugenehmigungsverfahrens hat es aber der von dem Bauvorhaben betroffene Nachbar in der Hand, im Wege des Widerspruchs (§ 68 VwGO) und der Anfechtungsklage (§ 42 I VwGO) die Baugenehmigung zu beseitigen und nach § 80 a III VwGO ihre Ausnutzbarkeit zu verhindern, sofern diese nachbarschützende Vorschriften (Abwehrrechte) verletzt, ohne dass weitere zusätzliche Bedingungen erfüllt sein müssen. Diese kompensatorische Funktion kann § 71 S. 1 HessBauO im Hinblick auf die Interessen der Nachbarn nur dann erfüllen, wenn keine zu hohen Anforderungen an die Ermessensreduzierung auf Null gestellt werden (grdl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 490; Hornmann, § 56 Rdnr. 142; vgl. auch VGH München, NVwZ 1997, 923). Dies wird dadurch bestätigt, dass es die Gemeinde mit einer Erklärung nach § 56 II Nr. 5 HessBauO - hier wurde sie nicht abgegeben - in der Hand hat, dass ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt werden muss (vgl. VG München, NVwZ 1997, 928; Hornmann, § 56 Rdnr. 142).

C. Statthafter Antrag im vorläufigen Rechtsschutz

Die Sicherungsanordnung nach § 123 12 VwGO dient der Sicherung eines gefährdeten Rechts, das dem Ast. (Nachbarn) zustehen muss, und zu dessen Gunsten die Anordnung ergehen soll (Anordnungsanspruch). Sicherungsfähig sind alle Ansprüche, die Gegenstand einer Verpflichtungsklage sein können. Dazu zählt der Anspruch auf behördliches Einschreiten. Befugnisnorm (Ermächtigungsgrundlage) für die geforderte bauaufsichtliche Baueinstellung ist § 71 S. 1 HessBauO. Nach dieser (abschließenden) Vorschrift kann die (nach § 52 I Nr. 1, 112 HessBauO i. V. mit der Aufgabenzuweisungsnorm des § 53 II 1 HessBauO zuständige untere) Bauaufsichtsbehörde, wenn bauliche Anlagen oder andere Anlagen oder Einrichtungen nach § 1 12 HessBauO im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert, abgebrochen oder beseitigt werden, die Einstellung der Arbeiten anordnen. Ein Streitiges Rechtsverhältnis i. S. des § 123 12 VwGO (vgl. Hornmann, § 56 Rdnr. 123 m. w. Nachw.) wurde mit dem Schreiben des Ast. vom 22.7.04 an den Ag., mit dem er sinngemäß ein bauaufsichtsbehördliches Einschreiten des Ag. begehrt hat, und nachdem das diesbezügliche Gespräch mit der Unteren Bauaufsichtsbehörde des Ag. vom 30.7.04 erfolglos geblieben ist, begründet.

I. Anordnungsgrund

Der Anordnungsgrund i. S. des § 123 I 2 VwGO ist

auf Grund des Beginns der Bauarbeiten gegeben, da die Gefahr besteht, dass die nachbarlichen Abwehrrechte durchzusetzen ganz erheblich erschwert wird.

II. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch i. S. des § 123 12 VwGO besteht jedoch nicht.

Ein solcher Anspruch auf Tätigwerden der Behörde - hier nach § 71 S. 1 HessBauO (s. o.) - besteht nur, wenn die Voraussetzung für eine Pflicht zum Einschreiten, nämlich eine Ermessensreduzierung auf Null, gegeben ist, und wenn die jeweilige Rechtsvorschrift des materiellen Rechts nach ihrem aus dem Gesamtzusammenhang der Allgemeininteressen zu erschließenden Sinn und Zweck nicht lediglich Allgemeininteressen, sondern auch solche des betroffenen Einzelnen wahrt, d.h. ihm ein Abwehrrecht vermittelt und somit nachbarschützend ist (vgl. VGH Kassel, BauR 2000, 873; NVwZ 2000, 694 = BauR 2000, 1162; Hornspann, § 56 Rdnr. 131 ff.).

1. Ermessensreduzierung

Eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge des Anspruchs des Nachbarn auf Baueinstellung ist gegeben, wenn er in formellen und/oder materiellen Abwehrrechten verletzt ist. Dies ergibt sich aus den nachstehenden Überlegungen:

Nach § 40 HessVwVfG hat die Bauaufsichtsbehörde das ihr solchermaßen eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens (vgl. § 114 S. 1 VwGO) einzuhalten. Folglich hat sich die Ermessensausübung der Bauaufsichtsbehörde nach der in § 71 HessBauO niedergelegten übergeordneten Aufgabe zu richten, nicht erst nach Abschluss der Bauarbeiten auf ein wegen Verstoßes gegen die bauordnungsrechtlichen Bestimmungen über das einzuhaltende Verfahren und/oder gegen materielles Recht illegales Bauvorhaben, sondern sogleich zu reagieren. Dies bringt die Formulierung der tatbestandlichen Voraussetzung für die Baueinstellungsanordnung "werden bauliche Anlagen oder andere Anlagen oder Einrichtungen nach § 1 I 2 HessBauO im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert, abgebrochen oder beseitigt" unmissverständlich zum Ausdruck. Dem der Behörde für Baueinstellungsanordnungen in § 71 HessBauO eingeräumten Ermessen ist somit die Tendenz eigen, die im öffentlichen Interesse grundsätzlich gebotene Pflicht zum Einschreiten zu verwirklichen (sog. intendiertes Ermessen oder Regeleressen).

Es besteht kein Unterschied zur Ermessensbetätigung beim Nutzungsverbot nach § 72 1 2 HessBauO, denn es geht wie dort regelmäßig um die Beachtung formellen Baurechts. Beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 71 HessBauO ist die Bauaufsichtsbehörde grundsätzlich zum Einschreiten ver-

pflichtet. Das behördliche Ermessen wird durch § 71 S. 1 HessBauO nur eröffnet, um in Ausnahmefällen zu ermöglichen, von dem an sich gebotenen Einschreiten abzusehen, wenn dies nach den konkreten Umständen opportun ist. Ausnahmen können insbesondere für Bagatellfälle oder unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit (§§ 3 13, 4 HessSOG) gelten. An die Ermessensausübung und deren Begründung sind regelmäßig nur geringe Anforderungen zu stellen.

2. Subjektives Recht des Ast.

Hier fehlt es jedoch an der Verletzung eines Abwehrrechtes des Ast. Ein durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO schützbare Abwehrrecht des Dritten besteht nur, wenn ein Vorhaben gegen Vorschriften des öffentlichen Rechts verstößt und die Voraussetzungen für eine Abweichung, Ausnahme oder Befreiung nicht vorliegen und die verletzten Vorschriften auch zum Schutz des Nachbarn zu dienen bestimmt, also nachbarschützend sind und durch das rechtswidrige Vorhaben eine tatsächliche Beeinträchtigung des Nachbarn hinsichtlich der durch die Vorschriften geschützten nachbarlichen Belange eintritt (st. Rspr.; vgl. z.B. VGH Kassel, DVBl 1992, 780; HSGZ 1993, 22 m. w. Nachw.; vgl. auch Hornmann, § 72 Rdnrn. 197 f.).

a. Genehmigungspflichten nicht drittschützend

Der Hinweis des Ast., die Voraussetzungen für das Genehmigungsverfahren nach § 56 HessBauO hätten nicht vorgelegen, ist unzutreffend und greift nicht. Denn selbst aus dem Umstand, dass Gemeinde (und Bauaufsichtsbehörde) unzutreffend von einer Genehmigungsverteilung nach § 56 HessBauO ausgegangen sind, kann der Nachbar nichts für sich herleiten. Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen über die Genehmigungsverteilung nach § 56 HessBauO (und über die Baugenehmigungsfreiheit nach § 55 HessBauO sowie auf Grund des § 80 IV 1 Nr. 1 HessBauO) begründen keinen Drittschutz (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1997, 89 - zur Bauvorlagenverordnung; OVG Münster, NVwZ 2003, 361 - zum Verhältnis des vereinfachten Genehmigungsverfahrens nach § 19 BImSchG zu dem regulären Genehmigungsverfahren nach den §§ 10 ff. BImSchG; Hornmann, § 56 Rdnr. 135). Entgegen der Auffassung des Ast. bedurfte das Vorhaben nach den §§ 4 ff. BImSchG i. V mit der 4. BImSchV auch keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

b. Bauplanungsrecht

Ein Abwehrrecht aus bauordnungsrechtlichen [sic!] Bestimmungen besteht ebenfalls nicht. Das Vorhaben der Beigel. (§ 29 I BauGB) liegt im Geltungsbereich des vorgenannten vorhabenbezogenen Bebauungsplans i. S. des § 12 BauGB. Das Vorhaben der Beigel. ist nach § 30 II BauGB zulässig, da es diesem Bebau-

ungsplan nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist [wird ausgeführt].

2. Teil: Urteil des BayVG vom 21.01.2004 (26 B 02.873)

Leitsatz:

1. Zum Recht einer Gemeinde, sich gegen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Baugenehmigungsbehörde und einem Bauherrn über den Nichtabriss eines Gebäudes zur Wehr zu setzen.

2. Zum Anspruch einer Gemeinde auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen ein nicht genehmigtes Gebäude.

Sachverhalt:

Die Beigel. sind Eigentümer des im Außenbereich gelegenen Grundstücks Flur X. der Gemarkung H., das mit einem während des zweiten Weltkrieges errichteten Gebäudes bebaut war. Im Oktober 1996 beantragten sie die Erteilung eines Vorbescheids zu der Frage, ob das schwammbefallene Gebäude abgerissen und an seiner Stelle ein Neubau errichtet werden darf. Nachdem das Landratsamt formlos mitgeteilt hatte, dass ein Ersatzbau nicht genehmigt werden könne, wandten sich die Beigel. an den Petitionsausschuss des Bayerischen Landtages. Dieser erklärte die Eingabe mit der Maßgabe als erledigt, dass ein Konzept für die Sanierung erarbeitet werde. Das dem Landratsamt im September 1998 vorgelegte Sanierungskonzept sah vor, dass zwei Drittel der Bausubstanz erhalten werden soll. Bei einer Besichtigung stellte das Landratsamt jedoch fest, dass mindestens 70% der Bausubstanz neu errichtet worden ist. Daraufhin stellte das Landratsamt die Bauarbeiten ein. Die Beigel. brachten vor, erst bei Durchführung der Arbeiten habe sich gezeigt, dass eine Sanierung verschiedener Bauteile nicht mehr möglich sei. Nach weiteren Verhandlungen mit dem Landratsamt schlossen der Bekl. und die Beigel. am 6. 4. 2000 einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, in welchem sich der Beigel. verpflichtete, von der Beseitigung des Gebäudes abzusehen. Die Beigel. verpflichteten sich, bestimmte Rückbaumaßnahmen durchzuführen und das Gebäude ausschließlich als Wochenendhaus zu nutzen. Die Kl. vertrat gegenüber dem Bekl. die Auffassung, der Vertrag hätte nicht ohne ihre Mitwirkung abgeschlossen werden dürfen. Ihrer auf Verpflichtung des Bekl. zur Anordnung der Beseitigung gerichteten Klage gab das VG statt. Die vom VGH zugelassene Berufung der Beigel. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Berufung ist zulässig. Die Beigel. sind berufungs-

befugt, denn sie werden durch das angefochtene Urteil formell und materiell beschwert.

B. Begründetheit

Die Berufung ist aber unbegründet. Das angefochtene Urteil hält einer rechtlichen Überprüfung stand. Das VG hat den Bekl. zu Recht verpflichtet, die Beseitigung anzuordnen. Das hat das VG im angefochtenen Urteil ausführlich im Einzelnen ohne Rechtsfehler dargelegt. [...] Die Verpflichtungsklage der Kl. mit dem in der mündlichen Verhandlung am 21. 2. 2001 gestellten Antrag, den Bekl. zu verpflichten, die vollständige Beseitigung des Gebäudes der Beigel. anzuordnen, ist zulässig und begründet.

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit

Die Verpflichtungsklage in der Form der Untätigkeitsklage ist zulässig. Die Umstellung von der zunächst erhobenen Feststellungsklage auf die Verpflichtungsklage ist eine Klageänderung i. S. des § 91 I VwGO. Das VG hat die Änderung mit zutreffenden Erwägungen für sachdienlich gehalten. Insoweit wird auf die Ausführungen des VG im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

2. Allg. Rechtsschutzinteresse

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, dass die Kl. möglicherweise zunächst keinen förmlichen Antrag auf Einschreiten bei dem Landratsamt gestellt hat. Es ist fraglich, ob es eines solchen Antrags vor Klageerhebung überhaupt bedurft hätte. Immerhin hat der VGH einen Antrag einer Gemeinde auf Einschreiten nicht für erforderlich gehalten für den Fall, dass das Landratsamt eine Beseitigungsanordnung wegen eines Verstoßes gegen das Planungsrecht erlassen hat, diese aber auf Klage des Betr. vom VG aufgehoben worden ist und sich die Gemeinde gegen die Aufhebung mit der Berufung wendet (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2000, 345 = BauR 2000, 90 = NuR 2000, 639; bestätigt BVerwG, NVwZ 2000, 1048 [1050] = BauR 2001, 227 = BayVB12001, 22 ff.). Dieses Ergebnis wurde aus der hoheitlichen Mitverantwortung der Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit gefolgert. Die Gemeinde habe als Hoheitsträgerin insoweit eine stärkere Rechtsstellung als ein Nachbar bei einem Verstoß gegen nachbarschützende Vorschriften, der einen Anspruch auf Einschreiten im Klagewege erst dann geltend machen kann, wenn er zuvor bei der Behörde einen Antrag auf Einschreiten gestellt hat (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2000, 345 = NuR 2000, 639 = BauR 2000, 90). Ob diese Grundsätze für die vorliegende Fallgestaltung übertragen lassen, braucht jedoch nicht entschieden werden. Denn nach ihrem unbestritten gebliebenem Vorbringen hat die Kl. mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 2. und

24.7.2001 einen solchen Antrag stellen lassen, über den der Bekl. bis heute nicht entschieden hat.

II. Begründetheit

Die Klage hat Erfolg, weil der Bekl. gegenüber den Beigel. zum Einschreiten befugt ist und die Kl. eine Entscheidung des Bekl. zu ihren Gunsten verlangen kann.

1. Ermächtigung des Bekl. zum Einschreiten gegen den Bauherrn

Der Bekl. ist befugt, gegen die Beigel. bauaufsichtlich einzuschreiten.

a. Formelle und materielle Illegalität des Gebäudes

Das Vorhaben ist rechtswidrig und kann nachträglich nicht genehmigt werden. Damit liegen die Voraussetzungen des Art. 80 S. 1 BayBauO für ein bauaufsichtliches Einschreiten in der Form des Erlasses einer Beseitigungsanordnung vor. Das hat das VG mit zutreffenden Erwägungen im Einzelnen dargelegt. Hierauf wird Bezug genommen.

b. Keine Duldungspflicht aus öffentl.-rechtl. Vertrag

Einem Einschreiten steht der vom Bekl. mit den Beigel. geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag nicht entgegen.

aa. Ohne Einvernehmen keine Baugenehmigung

Erteilt die Baugenehmigungsbehörde eine Baugenehmigung ohne das gem. § 36 I 1 BauGB erforderliche Einvernehmen der Gemeinde, hat deren Klage gegen die Baugenehmigung allein wegen des fehlenden Einvernehmens Erfolg, ohne dass es noch darauf ankommt, ob die Baugenehmigung im Übrigen rechtmäßig ist (st. Rspr., vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 878 = UPR 1992, 262; sowie die Nachweise bei Söfker, in: Ernst/Zinkhahn/Bielenberg, BauGB, Stand: 1.10.2003, § 36 Rdnr. 47). Dieses Ergebnis wird mit dem Sicherungszweck des § 36 BauGB begründet. Das (formelle) gemeindliche Beteiligungsrecht und die Planungshoheit sollen geschützt werden. Die Kompetenz der Baugenehmigungsbehörde zur positiven Entscheidung über den Bauantrag ist von vornherein an das Einvernehmen der Gemeinde gebunden. Allein wegen der fehlenden Entscheidungskompetenz der Baugenehmigungsbehörde für den Fall der Nichtbeteiligung der Gemeinde ist eine ohne erforderliches Einvernehmen der Gemeinde erteilte Baugenehmigung auf deren Klage ohne Überprüfung der materiellen Rechtslage aufzuheben.

bb. Ohne Einvernehmen keine Genehmigungsfreiheit

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn die Baugenehmigungsbehörde rechtsirrig die Baugenehmigungsfreiheit eines Vorhabens annimmt und aus diesem Grund ein Baugenehmigungsverfahren unter

Beteiligung der Gemeinde nicht einleitet. Denn vom Sinn und Zweck der Beteiligungsregelung des § 36 BauGB stellt es aus der Sicht der Gemeinde keinen Unterschied dar, ob die Baugenehmigungsbehörde sich rechtswidrig über ein ausdrücklich versagtes Einvernehmen hinwegsetzt und gleichwohl eine Baugenehmigung erteilt, oder ob sie rechtsirrig die Baugenehmigungsfreiheit eines Vorhabens annimmt und aus diesem Grund die vorgeschriebene Beteiligung der Gemeinde unterlässt. Wird in einem solchen Fall das Vorhaben verwirklicht, so kann die Planungshoheit der Gemeinde hierdurch ebenso beeinträchtigt sein wie im Fall einer ohne Einvernehmen erteilten und verwirklichten Baugenehmigung. Müsste die Gemeinde die Verwirklichung eines zu Unrecht als genehmigungsfrei beurteilten Vorhabens sanktionslos hinnehmen, drohte ihrer Planungshoheit in gleicher Weise Gefahr, durch rechtswidriges Verhalten der Bauaufsichtsbehörde unterlaufen zu werden wie im Fall eines ausdrücklich verweigerten Einvernehmens. Angesichts dieser als gleich zu beurteilenden Interessenlage wird angenommen, dass der Gemeinde auch im Fall der rechtswidrigen Nichtdurchführung eines erforderlichen Baugenehmigungsverfahrens grundsätzlich das Recht zusteht, sich dagegen auch im Klageweg gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zur Wehr zu setzen (so: BVerwG, NVwZ 1992, 878 unter Hinweis auf BVerwGE 31, 263 [265]).

cc. Ohne Einvernehmen kein Vertrag

Im Hinblick auf die Interessenlage der Gemeinde kann für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Baugenehmigungsbehörde und Bauherrn, der - wie hier - die Belassung eines Gebäudes im Außenbereich zum Gegenstand hat, und an dem die Gemeinde nicht beteiligt worden ist, im Ergebnis nichts anderes gelten. Denn der Inhalt des Vertrages kommt bezogen auf die Planungshoheit der Gemeinde einer förmlichen Genehmigung gleich. Aus der Sicht der Gemeinde kann es keinen Unterschied machen, ob sie das Vorhandensein eines Gebäudes im Außenbereich wegen einer von der Baugenehmigungsbehörde ohne ihr Einvernehmen erteilten Baugenehmigung oder deshalb hinnehmen muss, weil sich die Bauaufsichtsbehörde gegenüber dem Bauherrn zu einer Belassung verpflichtet hat. Für die Gemeinde stellt sich ein solcher Vertrag, der ohne ihre Mitwirkung geschlossen wird, als eine Umgehung ihrer Rechte aus § 36 BauGB dar. Der öffentlich-rechtliche Vertrag erweist sich als Vertrag zu Lasten der nicht bet. Gemeinde. Ebenso wie die Baugenehmigungsbehörde mangels Kompetenz gehindert ist, eine Baugenehmigung ohne das nach § 36 BauGB erforderliche Einvernehmen zu erteilen, fehlt ihr die sachliche Kompetenz zum Abschluss eines solchen Umgehungsvertrages. Ein gleichwohl geschlossener Vertrag vermag daher die Mitwirkungsrechte und die Mitverantwortung der Gemeinde nicht

zu Gunsten des Bauherrn zu suspendieren. Deshalb kann der zwischen dem Bekl. und den Beigel. geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag nicht die Wirkung haben, dass ein bauaufsichtliches Einschreiten gegenüber den Beigel. zu Lasten der Gemeinde ausgeschlossen ist.

2. Anspruch der Gemeinde auf Einschreiten

Die Kl. kann vom Bekl. verlangen, dass dieser gegen das Vorhaben der Beigel. einschreitet.

a. Tatbestand

Verletzt die Baugenehmigungsbehörde - wie hier - die Mitwirkungsbefugnis der Gemeinde i. S. des § 36 BauGB und wird daher ein Vorhaben eines privaten Bauherrn ohne das erforderliche Einvernehmen verwirklicht, gleichgültig, ob bauaufsichtlich genehmigt oder - wie hier - „nur“ geduldet, so kann das nicht folgenlos bleiben. Bei einer Rechtsverletzung kann im Regelfall verlangt werden, dass der Zustand wieder hergestellt wird, der bestanden hätte, wäre das Recht beachtet worden. Die in ihrer Planungshoheit verletzte Gemeinde hat allerdings nicht selbst die gesetzliche Befugnis, einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Diese Befugnis ist gem. Art. 80 BayBauO der Bauaufsichtsbehörde unter den dort normierten Voraussetzungen zugewiesen. Die Gemeinde kann und muss sich daher zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände an die Bauaufsichtsbehörde wenden. Das hat die Kl. hier - allerdings erfolglos - getan.

b. Rechtsfolge

aa. Grundsätzlich Ermessen

Die Entscheidung, ob und in welcher Form die Bauaufsichtsbehörde gegen baurechtswidrige Zustände einschreitet, steht zwar in deren Ermessen. Jedoch hat die Kl. zumindest ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durch die Bauaufsichtsbehörde. Andernfalls bliebe eine Missachtung der ihr vom Bundesgesetzgeber eingeräumten Rechtsstellung letztlich sanktionslos, was der Zielsetzung des Art. 28 II GG nicht entsprechen würde (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 878).

bb. Ermessensreduktion auf null im Lichte der Planungshoheit

Im vorliegenden Fall ist das Ermessen des Bekl., ob und wie er gegen das Vorhaben der Beigel. einschreitet, auf Null reduziert, weil - erstens - nur mit der Beseitigung des Vorhabens rechtmäßige Zustände (bezogen auf die Planungshoheit der Kl.) wiederhergestellt werden können und - zweitens - einer Beseitigung keine Vertrauensgesichtspunkte entgegen stehen. [...] Eine Verletzung der Planungshoheit kann in aller Regel - so auch hier - nur dadurch ausgeglichen werden, dass der rechtswidrige Zustand, also das Vorhaben der Bei-

gel. beseitigt wird. Umstände, die in Abweichung dieser Regel eine andere Entscheidung rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Das Interesse der Kl. an der Beseitigung des ihre Planungshoheit beeinträchtigenden

den Zustandes ist höher zu bewerten als das Interesse der Beigel. an der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes [wird ausgeführt].

Standort: Verwaltungsrecht AT

Problem: VA-Befugnis unter Hoheitsträgern

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 22.01.2004
4 CS 03.2236 (BAYVBL 2005, 183)

Problemdarstellung:

Erlässt ein Hoheitsträger gegenüber einem Bürger einen belastenden Verwaltungsakt, muss er hierzu gesetzlich ermächtigt sein, denn die Belastung greift in Grundrechte (mindestens Art. 2 I GG) ein, und nach der sogen. "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG löst die Grundrechtsrelevanz den Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG aus. Danach darf die an Recht und Gesetz gebundene Verwaltung nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln. Der Grundrechtseingriff besteht dabei nicht nur in der eigentlichen Regelung, sondern bereits darin, dass überhaupt durch Verwaltungsakt gehandelt worden ist, denn hierdurch verschafft sich die Behörde selbst einen vollstreckbaren Titel. Die Klageobliegenheit verschiebt sich zu Lasten des Bürgers. Deshalb muss die Behörde nicht nur zum Erlass der belastenden Rechtsfolge, sondern auch zum Erlass des Verwaltungsakts ermächtigt sein (sogen. "VA-Befugnis").

Dies ist gegenüber dem Bürger in aller Regel unproblematisch, denn wenn die Ermächtigungsgrundlage die VA-Befugnis nicht explizit enthält (wie z.B. § 49a I 2 VwVfG), kann der Erlass eines VA als im Subordinationsverhältnis zwischen Bürger und Staat gewohnheitsrechtlich anerkannte, klassische Handlungsform der Verwaltung aus der Sachermächtigung mit abgeleitet werden.

Dies klappt aber nicht im Verhältnis von Hoheitsträgern untereinander, denn diese stehen nicht im Subordinationsverhältnis zueinander. Zwar gelten in diesem Verhältnis weder die Grundrechte noch (jedenfalls ohne weiteres) der Gesetzesvorbehalt, aber einer VA-Befugnis bedarf es trotzdem, denn jeder Hoheitsträger hat einen eigenen Zuständigkeitsbereich, in den ein anderer Hoheitsträger nicht ohne gesetzliche Grundlage eingreifen darf. Deshalb darf - so der BayVGH in der vorliegenden Entscheidung - ein Verwaltungsakt unter Hoheitsträgern nur erlassen werden, wenn hierfür eine explizite Ermächtigung existiert. Ist eine solche nicht vorhanden, ist der VA allein wegen der gewählten Handlungsform - also unabhängig von seinem Inhalt - rechtswidrig.

Prüfungsrelevanz:

Auf den ersten Blick überrascht, dass unter Hoheits-

trägern überhaupt Verwaltungsakte erlassen werden können, denn diese müssen ja nach § 35 S. 1 VwVfG per definitionem Außenwirkung entfalten. Allerdings gibt es eine Reihe von Fällen, in denen auch unter Hoheitsträgern Verwaltungsakte möglich sind, etwa bei Übergriffen in die Selbstverwaltungsautonomie der Landkreise und Gemeinden. So verhielt es sich auch hier.

In einem ähnlich gelagerten Fall hatte das OVG NRW kürzlich (RA 2004, 367 = NVwZ-RR 2004, 317) entschieden, dass § 49a VwVfG auch unter Hoheitsträgern anwendbar ist, der - wie erwähnt - in Abs. 1 Satz 2 auch zum Erlass eines VA ermächtigt.

Vertiefungshinweise:

- Zur "VA-Befugnis" von Beliehenen: BayVGH, BayVBl 1989, 596
- Keine "VA"-Befugnis unter Hoheitsträgern ohne ausdrückliche Regelung: BayVGH, BayVBl 1990, 51

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Die defekte Parkuhr"

Leitsatz:

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus einer Zweckvereinbarung zwischen den beteiligten Kommunen durch Verwaltungsakt bedarf einer besonderen Rechtsgrundlage.

Sachverhalt:

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Festsetzung der Betriebskostenumlage für eine Gemeinschaftskläranlage im Verhältnis mehrerer Gemeinden untereinander durch Bescheid.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Auf der Grundlage der im Beschwerdeverfahren seitens des Antragsgegners dargelegten Gründe (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) besteht im Rahmen der vom Verwaltungsgerichtshof zu treffenden Entscheidung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO - in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht - ein überwiegendes Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Geltendmachung der Nachforderung auf die Betriebskostenumlage durch Verwaltungsakt im Bescheid vom 5.11.2002.

A. Erfordernis einer VA-Befugnis

Zutreffend ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Geltendmachung einer Forderung durch Verwaltungsakt allein mit Blick auf diese Handlungsform, die durch behördliche Titelverschaffung und Vollstreckungsbefugnis gekennzeichnet ist (Selbsttitulierung), einer Rechtsgrundlage bedarf.

I. Im Verhältnis Staat - Bürger

Dieser im Staat-Bürger-Verhältnis als Ausfluss des Gesetzesvorbehalts geltende Grundsatz (vgl. BVerwGE 50, 171, 172 für die Durchsetzung vertraglich begründeter Pflichten) erweist sich in der Praxis zumeist als unproblematisch, da eine materiell-gesetzliche Rechtsgrundlage für die Verwaltung (Eingriffsermächtigung) sich fast immer als Befugnisnorm auslegen lässt, die auch die Geltendmachung durch Verwaltungsakt als behördliches Handlungsformenprivileg mit umfasst.

II. Im Verhältnis Staat - Staat

Das Erfordernis einer Verwaltungsakts-Befugnis gilt auch im Verhältnis öffentlicher Träger untereinander,

ist allerdings hier Konsequenz der autonomen und gegeneinander abgegrenzten Kompetenzfelder verselbstständigter Verwaltungsträger (vgl. BayVGH vom 12.7.1989, BayVB1 1990, 51).

Im Verhältnis von Antragsgegner und Antragstellerin als gleichrangigen und damit im Ausgangspunkt gleichberechtigten Kommunen bedarf es daher einer besonderen Rechtsgrundlage für die Geltendmachung der Nachforderung auf die Betriebskostenumlage durch Verwaltungsakt.

B. Subsumtion

Zu Recht hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass dem Kommunalabgabengesetz sowie dem Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit keine einschlägige Norm oder ein entsprechender ungeschriebener Grundsatz zu entnehmen ist. Nicht zu beanstanden ist auch seine Auslegung der geschlossenen Zweckvereinbarung vom 4.11.1975, die sowohl in den einzelnen vom Verwaltungsgericht beleuchteten Regelungen als auch in ihrer Gesamtkonzeption deutlich koordinationsrechtlich geprägt ist. [...]

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 Frank Bollmeyer (<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: AGB-Recht****Problem: Haftungsausschluss bei Autowaschanlagen**

BGH, URTEIL VOM 30.11.2004
X ZR 133 / 03 (NJW 2005, 422)

Problemdarstellung:

Der Kl. beehrte in diesem Fall Schadensersatz für Beschädigungen an den Außenspiegeln seines PKW, die im Anschluss an zwei Waschvorgänge in der Autowaschanlage der Bekl. aufgetreten waren. Dem standen die AGBen der Bekl. entgegen, wonach eine Haftung für die Beschädigung von an der Karosserie angebrachten Außenteilen sowie für Folgeschäden nur bei grobem Verschulden des Anlagebetreibers in Betracht kommen sollte.

Der BGH versagt in der vorliegenden Entscheidung derartigen Klauseln wegen Verstoßes gegen § 9 I AGBG a. F. = § 307 I BGB allerdings die Wirksamkeit. Er begründet dies mit der berechtigten Erwartung des Kunden, der sein Fahrzeug dem Anlagenbetreiber anvertraut, dass er dieses unbeschädigt zurückerhalten bzw. im Falle schuldhaft verursachter Schäden Ersatz erhalten werde. Dass diese Erwartung gerechtfertigt sei, führt der BGH darauf zurück, dass allein der Betreiber der Waschanlage die von ihr ausgehenden Gefahren beherrschen und durch geeignete Maßnahmen ausschließen bzw. minimieren könne.

Prüfungsrelevanz:

Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, dessen auf die Inhaltskontrolle entsprechender Klauseln im konkreten Streitfall zweier Vertragspartner bezogener Teil durch die Schuldrechtsmodernisierung in die §§ 305 ff BGB aufgenommen wurde (vgl. ergänzend die Regelungen des Unterlassungsklagengesetzes, UklaG, Schö. 105), taucht in zahlreichen Varianten immer wieder in Examensarbeiten auf. Selbstverständlich ist es praktisch unmöglich, die gerade zu der Generalklausel des § 9 I AGBG / § 307 I BGB zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung in jedem Detail auswendig zu kennen. Bestimmte klassische Konstellationen sollten aber gleichwohl geläufig sein, und hierzu dürfte inzwischen auch die durch dieses Urteil behandelte Frage der Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen durch Autowaschanlagenbetreiber zählen.

Vertiefungshinweise:

Formulärmäßiger Gewährleistungsausschluss für

anfängliche Mängel einer Mietsache: *BGH*, RA 2002, 741 = *NJW* 2002, 3232

Formulärmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit im Bürgschaftsvertrag: *BGH*, RA 2003, 393 = *NJW* 2003, 1521

Formulärmäßige Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter: *BGH*, RA 2004, 439 = *NJW* 2004, 2087

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

Examenskurs: "Eine gründliche Autowäsche"

Leitsätze (der Redaktion):

1. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Betreibers einer Autowaschanlage sind folgende Klauseln wegen unangemessener Benachteiligung der Kunden nach § 9 I AGBG (jetzt § 307 I BGB) unwirksam:

(1) Eine Haftung für die Beschädigung der außen an der Karosserie angebrachten Teile, wie zum Beispiel Zierleisten, Spiegel, Antennen, sowie dadurch verursachte Lack- und Schrammschäden, bleibt ausgeschlossen, es sei denn, dass den Waschanlagenunternehmer eine Haftung aus grobem Verschulden trifft.

(2) Folgeschäden werden nicht ersetzt, es sei denn, dass den Waschanlagenunternehmer eine Haftung aus grobem Verschulden trifft.

2. Mit der Formulierung, die Berufung wende sich gegen das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts, lässt das Berufungsurteil den Inhalt der Berufungsanträge hinreichend deutlich erkennen.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die bekl. Gesellschaft, die eine Autowaschanlage betreibt, auf Schadensersatz wegen behaupteter Beschädigung seines Kfz durch zwei Waschvorgänge in Anspruch. Der Kl. war seit Jahren Kunde der Bekl. Am 13.10.2000 benutzte er deren Waschanlage mit seinem Mercedes Benz S 500 L. Dieses Modell hat zwei seitliche Außenspiegel, die elektrisch nach hinten, das heißt in Richtung des Fahrzeughecks, angeklappt und wieder nach vorn aufgeklappt werden können. Beim Einfahren in die Waschstraße waren die Spiegel unstreitig äußerlich unbeschädigt. Nach Been-

digung des Waschvorgangs zeigte der Kl. der Bekl. an, dass der rechte Seitenspiegel im Gelenk beschädigt war und dass die Fensterscheibe und die Zierleiste der Beifahrertür im Drehradius des angeklappten Spiegels gelegene Kratzer aufwies. Die Bekl. nahm diese Schäden auf und meldete sie ihrer Betriebshaftpflichtversicherung. Der Kl. ließ die beschädigten Fahrzeugteile erneuern. Nach der Reparatur am 23.10.2000 benutzte er die Waschanlage der Bekl. erneut. Anschließend meldete er ein gleichartiges Schadensbild wie beim ersten Mal und ließ den Schaden wiederum reparieren. Der Kl. hat behauptet, sein Fahrzeug sei vor den beiden Reinigungsvorgängen gänzlich unbeschädigt gewesen. Er sei mit angeklappten Spiegeln in die Waschstraße eingefahren. Die Beschädigungen seien durch den Waschvorgang verursacht worden. Der Spiegel sei beide Male von der Karosserie abgerissen und nur noch durch die Kabel gehalten worden; er sei nicht, wie die Bekl. behaupte, nach dem Waschvorgang abgeklappt und lediglich nicht mehr aufklappbar gewesen. Der Kl. verlangte die Reparaturkosten von zweimal 1.928,44 DM, den Nutzungsausfall für die Reparaturdauer von jeweils zwei Tagen (195,00 DM/Tag) und eine allgemeine Unkostenpauschale von 40,00 DM ersetzt, insgesamt also 4676,88 DM. Die Bekl., deren Haftpflichtversicherung die Deckung ablehnte, hat die Zahlung mit der Begründung verweigert, es sei unmöglich, dass der Schaden durch einen Fehler der Waschanlage verursacht worden sei. Das AG hat die Klage abgewiesen, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Außenspiegel beide Male schon vor dem Waschvorgang äußerlich nicht erkennbar im Gelenk beschädigt gewesen sei. Das LG hat die Berufung des Kl. wegen der in den AGB der Bekl. enthaltenen Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zurückgewiesen, hat aber im Hinblick darauf, dass die Wirksamkeit einer derartigen AGB-Klausel umstritten sei, die Revision zugelassen. Diese hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Hinreichend genaue Wiedergabe der Berufungsanträge im Berufungsurteil

Nicht begründet ist allerdings die Verfahrensrüge der Revision, dass das Berufungsurteil die Berufungsanträge nicht wiedergebe. Die die Abfassung von Berufungsurteilen erleichternde Vorschrift des § 540 I ZPO, wonach das Urteil an Stelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen nur die Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit einer Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen und eine kurze Begründung für die Abänderung, Aufhebung oder Bestätigung der angefochtenen Entscheidung zu enthalten braucht, bezieht sich nicht auf die Berufungsanträge. Diese muss das Ber-

Ger. in sein Urteil aufnehmen. Sie brauchen allerdings nicht wörtlich wiedergegeben zu werden, sondern es kann genügen, dass aus den Ausführungen des BerGer. sinngemäß deutlich wird, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel und was der Berufungsbeklagte im Berufungsverfahren erstrebt hat (BGH, NJW 2004, 1389 [unter II 2]; NZM 2004, 379). Hier lässt das Berufungsurteil den Inhalt der Berufungsanträge - noch - erkennen. Es heißt darin, dass die Berufung sich gegen das klageabweisende Urteil des AG wende. Diese knappe Formulierung ist mit Rücksicht auf die Tatsache, dass, wenn der Kl. Berufung einlegt, dieser zu meist seinen vom erstinstanzlichen Richter abgewiesenen Klageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt, dahin zu verstehen, dass der Kl. seine Berufung nicht beschränkt hat.

Der Ansicht der Revision, dass sich aus den Gründen des Berufungsurteils der Umfang der Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils nicht ergebe, kann daher nicht gefolgt werden. Auch der Inhalt des Berufungsantrags der Bekl. kann aus dem Berufungsurteil erschlossen werden. Aus dem Umstand, dass das BerGer. ein streitiges Urteil, also kein Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil erlassen hat, geht hervor, dass die Bekl. die Zurückweisung der kl. Berufung beantragt hat.

B. Kein Ausschluss der Ansprüche des Kl. durch die AGB der Bekl.

Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des BerGer., dass dem Kl. wegen der in den AGB der Bekl. enthaltenen Haftungsbeschränkungs-klauseln kein Schadensersatzanspruch zusteht. Die Klauseln sind unwirksam.

I. Keine Bindung an die Beweiswürdigung des AG

Das BerGer. hätte einen Schadensersatzanspruch allerdings im Ergebnis gleichwohl zu Recht verneint (§ 561 ZPO), wenn es an die Beweiswürdigung des Erstrichters, dass eine Beschädigung der Spiegel durch den Waschvorgang nicht erwiesen sei, gebunden wäre. Davon kann im Revisionsverfahren jedoch nicht ausgegangen werden.

1. Mögliche Anspruchsgrundlagen für das Schadensersatzbegehren des Kl.

Der Anspruch des Kl. setzt voraus, dass die Spiegel erst durch den Waschvorgang beschädigt wurden. Nach dem auf das vorliegende Vertragsverhältnis anzuwendenden Schuldrecht des BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (a. F.) kommt als vertraglicher Schadensersatzanspruch ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung in Betracht, der einen schuldhaften Verstoß gegen Vertragspflichten voraussetzt. Eine weitere, konkurrierende Anspruchsgrundlage würde sich aus unerlaubter Handlung ergeben, falls ein Verrichtungsgehilfe der Bekl. das im Eigentum des Kl. stehende Fahrzeug schuldhaft beschädigt hätte (§§

823, 831 BGB) Als objektive Pflichtverletzung kommt nur ein Verstoß gegen die sich aus dem Werkvertrag über die Reinigung des Fahrzeugs ergebende Nebenpflicht (Schutzpflicht) des Waschanlagenbetreibers in Frage, das Fahrzeug vor Beschädigungen beim Waschvorgang zu bewahren. Diese Pflicht hätte die Bekl. objektiv verletzt - wie sie auch das Eigentum des Kl. an den Spiegeln verletzt hätte -, wenn die Beschädigung des Seitenspiegels, die ihrerseits zu den weiteren Schäden an Fensterscheibe und Zierleiste führte, jeweils infolge eines von ihr zu verantwortenden Umstands durch den Waschvorgang verursacht worden wäre (OLG Hamburg, DAR 1984, 260; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG III, 2. Aufl., S.32.3-22 ff. Rz.7; Padeck, VersR 1989, 541 [556]). Falls dies hingegen nicht der Fall war, sondern die Spiegel etwa einen äußerlich nicht erkennbaren Vorschaden hatten, scheiden ein vertraglicher Schadensersatzanspruch insgesamt und ein deliktischer Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Spiegel aus. Ein deliktischer Ersatzanspruch wegen der Kratzer an Fenster und Zierleiste würde mangels eines Verschuldens der Bekl. ebenfalls entfallen.

2. Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen Aufgabe der Instanzgerichte

Die Frage, ob das BerGer. an die Beweiswürdigung des Erstrichters gebunden ist, dass eine Beschädigung der Spiegel durch den Waschvorgang nicht bewiesen sei, muss im Revisionsverfahren offen bleiben. § 529 I Nr. 1 ZPO in der seit 01.01.2002 geltenden und auf den vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung besagt, dass das BerGer. seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen hat, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Auch die Feststellung des Erstgerichts, eine bestimmte Tatsachenbehauptung treffe nicht zu, stellt eine festgestellte Tatsache i. S. d. § 529 I Nr. 1 ZPO dar, und zwar auch dann, wenn sich der Erstrichter durch die Beweisaufnahme von der Richtigkeit der Behauptung nicht überzeugen konnte und deshalb eine Beweislastentscheidung getroffen hat (Hannich/ Meyer-Seitz [Hrsg.], ZPO-Reform 2002, § 529 Rz. 22; Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 529 Rz. 5).

Hier hat das BerGer. seine Bindung dahingestellt sein lassen. In einer solchen Situation muss das RevGer., so es für die Entscheidung auf die betreffende Feststellung ankommt, die Sache in der Regel an das BerGer. zurückverweisen (vgl. Senat, NJW-RR 2005, 172 [unter II 3]). Denn die Prüfung, ob Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstrichterlichen Feststellungen bestehen und ob sie durch konkrete Anhaltspunkte begründet sind, obliegt grundsätzlich dem

BerGer., weil es dabei nicht nur um Rechts-, sondern auch um Tatsachenfragen geht. Solange das BerGer. über seine Bindung noch nicht entschieden hat, ist daher im Revisionsverfahren, auch wenn der Erstrichter eine gegenteilige Feststellung getroffen hat, von dem Sachverhalt auszugehen, den der Revisionsführer behauptet. Das ist hier die Beschädigung der Spiegel durch den Waschvorgang.

II. Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen bei Heranziehung des Klägervortrags

Dann aber sind die gesetzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Kl. wegen positiver Vertragsverletzung erfüllt. Denn das neben der objektiven Pflichtverletzung erforderliche Verschulden der Bekl. wird nach § 282 BGB a. F. vermutet, wonach dem Schuldner der Entlastungsbeweis obliegt, dass er die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat. Das BerGer. hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Bekl. diesen Entlastungsbeweis erbracht hat. Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 BGB), wobei von Gesetzes wegen einfache (leichte) Fahrlässigkeit genügt. Das BerGer. hat lediglich grobe Fahrlässigkeit der Bekl. verneint. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Ansicht, gegen die insbesondere hinsichtlich der Beweislast, die das BerGer. ersichtlich entgegen § 282 BGB a. F. dem Kl. aufgebürdet hat, Bedenken bestehen (§ 559 II ZPO), der rechtlichen Überprüfung standhält. Denn das BerGer. hat jedenfalls offen gelassen, ob die Bekl. leicht fahrlässig gehandelt hat. Einfache Fahrlässigkeit ist daher im Revisionsverfahren zu Gunsten des Kl. zu unterstellen.

III. Inhaltskontrolle der AGB-Klauseln der Bekl.

Der Schadensersatzanspruch des Kl. scheidet nicht daran, dass die AGB der Bekl. eine Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit enthalten. Denn entgegen der Ansicht des BerGer. halten die Freizeichnungsklauseln der Inhaltskontrolle nach § 9 I AGBG (jetzt § 307 I BGB) nicht stand. Sie sind daher unwirksam.

1. Inhalt der Klauseln

Die AGB der Bekl., die unstreitig durch deutlichen Aushang Vertragsbestandteil geworden sind (§ 2 I Nr. 1 AGBG; jetzt: § 305 II Nr. 1 BGB), enthalten unter anderem folgende Klauseln:

“3. Der Waschanlagenunternehmer haftet dem Benutzer auf Ersatz etwaiger Schäden, soweit diese auf Umständen beruhen, die er durch Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte abwenden können.

4. Bei Eintritt eines Schadens durch den Waschvorgang in der Waschanlage haftet der Waschanlagenunternehmer für den unmittelbaren Schaden. Folgeschäden werden nicht ersetzt, es sei denn, dass den Waschanlagenunternehmer eine Haftung aus grobem

Verschulden trifft.

5. Eine Haftung für die Beschädigung der außen an der Karosserie angebrachten Teile, wie zum Beispiel Zierleisten, Spiegel, Antennen, sowie dadurch verursachte Lack- und Schrammschäden, bleibt ausgeschlossen, es sei denn, dass den Waschanlagenunternehmer eine Haftung aus grobem Verschulden trifft.“

Die Klausel Nr. 5 der AGB enthält eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobes Verschulden, die gegenständlich auf unmittelbare Schäden an außen an der Karosserie angebrachten Teilen sowie dadurch verursachte Lack- und Schrammschäden begrenzt ist. Daneben hat sich die Bekl. mit der Klausel Nr. 4 II der AGB für sämtliche Folgeschäden, unabhängig von der Art des unmittelbaren Schadens, ebenfalls von einfacher Fahrlässigkeit freigezeichnet.

2. Streit um die Wirksamkeit derartiger Klauseln

Die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln dieses Inhalts für den Betrieb von Autowaschanlagen ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Die überwiegende Meinung hält sie für unwirksam (aus der Rspr. vgl. nur KG, NJW-RR 1991, 698; OLG Hamburg, DAR 1984, 260; aus der Lit. Erman/Roloff, BGB, 11. Aufl., § 307 Rz. 62; v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG, Rz. 193, 219; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Rz. 4, 6; Basedow, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2003], § 307 Rz. 109; Padeck, VersR 1989, 541 [552f.]; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 307 Rz. 76; Staudinger/Coester, BGB, 1998, § 9 AGBG Rz. 319 ff.; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rz. 149f.). Nach anderer Ansicht sind derartige Klauseln wirksam (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 153; OLG Bamberg, NJW 1984, 929; OLG Düsseldorf, WM 1980, 1128). Der BGH hat sich zu dieser Frage noch nicht geäußert.

3. Stellungnahme des erkennenden Senats

Der erkennende Senat tritt der überwiegenden Meinung in der Literatur bei. Wenn der Betreiber einer Autowaschanlage seine Haftung für durch leichte Fahrlässigkeit herbeigeführte Beschädigungen des Fahrzeugs ausschließt, so liegt darin, auch wenn die Freizeichnung gegenständlich auf die besonders gefährdeten, außen an der Karosserie angebrachten Zubehörteile wie Scheibenwischer, Spiegel und Antennen beschränkt ist, eine unangemessene Benachteiligung der Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben (§ 307 I BGB). Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen in diesem Sinne, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGHZ 143, 103 [113] = NJW 2000, 1110; st. Rspr.). Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle von AGB

bestehen in der Korrektur eines Zustands, der dadurch entstanden ist, dass der Kunde mit dem Verwender keine Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Abänderung der AGB geführt hat. Eine Klausel in AGB ist deshalb dann als unangemessen zu bewerten, wenn sie von derjenigen Vertragsvereinbarung abweicht, zu der die Parteien gelangt wären, wenn sie über den streitigen Punkt verhandelt hätten (Basedow, in: MünchKomm, § 307 Rz. 37).

Bei Anlegung dieses Maßstabs erscheint ein vom Betreiber einer Autowaschanlage vorgenommener allgemeiner Haftungsausschluss für durch einfache Fahrlässigkeit herbeigeführte Beschädigungen des Fahrzeugs unangemessen, auch wenn er gegenständlich auf Außenteile beschränkt ist. Denn ein solcher Haftungsausschluss widerspricht dem berechtigten Vertrauen des Kunden darauf, dass sein Fahrzeug so, wie es ist, also mitsamt den außen angebrachten Teilen, unbeschädigt aus dem Waschvorgang hervorgehen wird, und seiner korrespondierenden Erwartung, dass er Schadensersatz erhalten wird, sollte doch einmal ein Schaden auftreten und dieser vom Waschanlagenbetreiber verschuldet sein. Dabei erwartet der Kunde Schadensersatz immer dann, wenn der Betreiber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, also auch bei einfacher Fahrlässigkeit. Diese Erwartung ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Risikobeherrschung gerechtfertigt, der für die Beurteilung der Angemessenheit einer Haftungsbeschränkung wichtig ist.

Die Frage, ob und in welchem Maße die Verwirklichung des Risikos besser durch den Kunden oder besser durch den Verwender durch zumutbares eigenes Handeln verhindert werden kann, ist im vorliegenden Fall zu Lasten des Anlagenbetreibers zu beantworten, da nur er Schadensprävention betreiben kann, zum Beispiel durch ständige Wartung, Kontrolle und Überwachung der Anlage und durch sorgfältige Auswahl des Bedienungspersonals, während der Kunde sein Fahrzeug der Obhut des Betreibers überantwortet, ohne die weiteren Vorgänge selbst beeinflussen zu können (KG, NJW-RR 1991, 698; OLG Hamburg, DAR 1984, 260; Padeck, VersR 1989, 541 [547, 552]). Der Betreiber hat es auch in der Hand, bestimmte Fahrzeugmodelle, die er für schadensanfällig hält, von der Benutzung seiner Anlage auszuschließen und dadurch sein Risiko zu verringern.

4. Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses auch bezüglich typischer Folgeschäden

Die Bewertung des Haftungsausschlusses für einfache Fahrlässigkeit als unangemessene Benachteiligung umfasst auch jedenfalls solche Folgeschäden, die, wie der hier geltend gemachte durch die Reparatur entstandene Nutzungsausfall und die Unkostenpauschale, vorhersehbar und typisch sind. Insoweit ist ein Grund für die unterschiedliche Behandlung von unmittelbaren

und Folgeschäden nicht ersichtlich (OLG Hamburg, DAR 1984, 260; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, Rz. 6; Staudinger/Coester, § 9 AGBG Rz. 321; Pa-deck, VersR 1989, 541 [553]; weitergehend - ohne Beschränkung auf typische Folgeschäden - KG, NJW-RR 1991, 698; Erman/Roloff, § 307 Rz. 109; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 Rz. 150).

5. Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils

Da nach alledem ein Schadensersatzanspruch des Kl. Nicht auszuschließen ist, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben.

C. Zurückverweisung an das BerGer. zwecks weiterer Tatsachenfeststellung

Die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen, weil weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind. Das BerGer. wird über seine Bindung an die vom Erstrichter festgestellte Tatsache, dass die Ursächlichkeit des Waschvorgangs für die Beschädigung der Spiegel nicht erwiesen sei, und/oder über die Frage zu entscheiden haben, ob im Falle der Beschädigung durch den Waschvorgang der Bekl. ein Verschulden zur Last fällt.

Standort: Familienrecht

Problem: Verwertbarkeit heimlicher DNA-Analysen

BGH, URTEIL VOM 12.01.2005
XII ZR 227 / 03 (NJW 2005, 497)

Problemdarstellung:

Der Kl. dieses Rechtsstreits hatte bereits im Jahre 2001 versucht, seine Vaterschaft der am 03.10.1994 geborenen Bekl. anzufechten, damals gestützt auf ein medizinisches Gutachten, das ihm eine nur eingeschränkte Zeugungsfähigkeit attestierte. Nachdem diese Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen worden war, legte er nun ein Privatgutachten vor, wonach eine DNA-Analyse zweier Speichelproben seine Eigenschaft als Vater der Bekl. mit 100%-iger Sicherheit ausschließen sollte. Er gab an, sich den Speichel der Bekl. verschafft zu haben, indem er einen von ihr ausgespuckten Kaugummi an sich nahm.

Der Kl. scheiterte auch mit dieser zweiten Anfechtungsklage. Nach Auffassung des BGH stand ihrer Zulässigkeit zwar nicht die Rechtskraft des ersten Urteils aus dem Jahre 2001 entgegen, da es sich bei der DNA-Analyse um einen anderen Lebenssachverhalt - und damit Streitgegenstand - handelte, als bei der 2001 erörterten verminderten Zeugungsfähigkeit des Kl. Der erkennende Senat lehnte aber die gerichtliche Verwertung der DNA-Analyse ab, da diese ohne Zustimmung der Bekl. bzw. ihrer gesetzlichen Vertreterin durchgeführt worden war und somit deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzte.

Prüfungsrelevanz:

Anfang des Jahres 2005 wurde in den Medien der Plan der Bundesjustizministerin Brigitte Zypries, heimlich durchgeführte Vaterschaftstests künftig unter Strafe zu stellen, kontrovers diskutiert. In diesen zeitlichen Kontext fiel auch die vorliegende Entscheidung des BGH, die sich wohlgekannt nur mit der gerichtlichen Verwertbarkeit derartiger Tests nach geltendem Recht befasst. Da der Zusammenhang mit der öffentlichen Diskussion des Themas "heimliche Vaterschaftstests" aber auf Hand liegt, bietet sich das Urteil für eine

Erörterung insbesondere im Rahmen einer mündlichen Prüfung durchaus an, ohne dass es sich hierbei unbedingt um eine familienrechtliche Wahlfachprüfung handeln müsste. Bekanntlich legen viele Prüfer auch Wert darauf, dass Examenskandidaten Interesse an derartigen Themen zeigen und sich hierzu eine juristisch fundierte Meinung bilden können. Hinzu kommt, dass auch die kurzen Ausführungen des Gerichts zur Frage der entgegenstehenden Rechtskraft des Urteils aus dem Jahre 2001 einen geeigneten zivilprozessualen Einstieg für die Besprechung dieser Entscheidung bilden.

Vertiefungshinweise:

- Unterhaltspflicht gegenüber einem ungewollten Kind als Schaden: *BGH*, RA 2000, 382 = *NJW* 2000, 1782
- Beweisverwertungsverbot bezüglich eines heimlich mitgehörten Telefonats: *BGH*, RA 2003, 429 = *NJW* 2003, 1727

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Hausverwaltung"
- Examenskurs* : "Das Ende"

Leitsätze (Leitsatz 2 der Redaktion):

1. Zur Frage der Verwertbarkeit einer heimlich eingeholten DNA-Analyse im Vaterschaftsanfechtungsverfahren.
2. Eine heimlich durchgeführte DNA-Vaterschaftsanalyse ist rechtswidrig und im Vaterschaftsanfechtungsverfahren gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters nicht verwertbar. Dies gilt insbesondere für die Heranziehung der Analyse zur Begründung von Zweifeln an der Vaterschaft i. S. d. § 1600 b BGB.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt im Wege erneuter Anfechtungsklage die Feststellung, nicht der Vater der am 03.10.1994

geborenen Bekl. zu sein. Mit Urkunde der Stadt S. vom 20.10.1994 hatten der Kl. die Vaterschaft anerkannt und das Jugendamt der Stadt S. als gesetzlicher Vertreter der Bekl. diesem Anerkenntnis zugestimmt. Eine im Jahre 2001 erhobene Vaterschaftsanfechtungsklage, die der Kl. auf ein Gutachten über seine verminderte Zeugungsfähigkeit gestützt hatte, war abgewiesen und die dagegen eingelegte Berufung des Kl. durch rechtskräftiges Urteil des OLG Celle vom 09.08.2002 (15 UF 42/02) zurückgewiesen worden. Seine erneute Anfechtungsklage stützt der Kl. auf das Ergebnis einer DNA-Vaterschaftsanalyse, die er ohne Kenntnis und ohne Einverständnis der allein sorgeberechtigten Mutter der Bekl. am 21.10.2002 in Auftrag gegeben hatte. Nach dem Privatgutachten vom 01.11.2002 ist mit hundertprozentiger Sicherheit ausgeschlossen, dass der Spender der einen Probe der Vater des Spenders (oder der Spenderin) der zweiten Probe ist. Insoweit behauptet der Kl., Grundlage der Untersuchung sei zum einen sein eigener Speichel, zum anderen ein von der Bekl. benutztes Kaugummi gewesen. Die gesetzliche Vertreterin der Bekl. widerspricht der Verwertung des Gutachtens.

Das AG wies die Anfechtungsklage des Kl. ab. Das OLG Celle (NJW 2004, 449 = FamRZ 2004, 481) wies die dagegen gerichtete Berufung des Kl. zurück. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein ursprüngliches Begehren weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit der erneuten Anfechtungsklage

Die Vorinstanzen haben die erneute Anfechtungsklage für zulässig erachtet, weil ihr insbesondere die Rechtskraft des zwischen den Parteien, ergangenen früheren Urteils vom 09.08.2002 nicht entgegenstehe. Denn die Rechtskraft jenes Urteils erstreckte sich allein darauf, dass die dem Kl. 2001 attestierte verminderte Zeugungsfähigkeit nicht geeignet sei, den für die Erhebung einer Anfechtungsklage erforderlichen Anfangsverdacht zu begründen, während es sich nunmehr bei dem außergerichtlich eingeholten DNA-Gutachten, demzufolge der Kl. von der Vaterschaft ausgeschlossen sei, um einen anderen, neuen Lebenssachverhalt handele.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. Senat, NJW 1998, 2976 = FamRZ 1998, 955 [956 a.E.], und NJW 2003, 585 = FPR 2003, 135 = FamRZ 2003, 155 [156]) und wird von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen.

B. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. verneint, wie auch schon das AG, die Schlüssigkeit der Anfechtungsklage. Das außergerichtlich eingeholte DNA-Gutachten sei nämlich nicht geeignet, den hierfür erforderlichen Anfangsverdacht,

das Kind stamme nicht von ihm, zu begründen. Abgesehen davon, dass das Gutachten keine Feststellungen dazu enthalte, von wem das untersuchte genetische Material stamme, könne das Ergebnis dieser Untersuchung aus prozessualen Gründen im Anfechtungsverfahren nicht verwertet werden, weil das untersuchte Material, soweit es von der Bekl. stammt, ohne deren Zustimmung bzw. der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreterin und damit in rechtswidriger Weise erlangt sei. Denn die heimliche DNA-Analyse des genetischen Materials eines anderen verletze dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht in seiner Ausformung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I GG). Dem stehe zwar ein Recht des Kl. auf Kenntnis des Bestehens oder Nichtbestehens seiner Vaterschaft gegenüber. Die Abwägung dieser beiden gegenläufigen Grundrechtspositionen ergebe aber nicht, dass das Grundrecht der Bekl. auf informationelle Selbstbestimmung dahinter zurückstehen müsse.

C. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält den Angriffen der Revision stand.

Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senat, NJW 1998, 2976 = FamRZ 1998, 955 [956 a. E.], und NJW 2003, 585 = FPR 2003, 135 = FamRZ 2003, 155 [156]) reicht das bloße Vorbringen des Kl., er sei nicht der Vater des Kindes und ein gerichtliches Sachverständigen Gutachten werde seine Vaterschaft ausschließen, für eine Vaterschaftsanfechtungsklage nicht aus. Vielmehr muss der Kl. Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes von dem als Vater geltenden Kl. zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fern liegend erscheinen zu lassen.

Daran fehlt es, ohne dass es hier schon einer Entscheidung bedarf, welche Anforderungen an die Umstände, mit denen ein Anfangsverdacht zu begründen ist, im Einzelnen gegebenenfalls weiterhin zu stellen sind.

I. Kein Anfangsverdacht schon wegen verweigerter Genehmigung der DNA-Analyse

Entgegen der Auffassung der Revision begründet nicht schon die Weigerung der Mutter und gesetzlichen Vertreterin der Bekl., die Einholung des DNA-Gutachtens nachträglich zu genehmigen und in seine Verwertung einzuwilligen, als solche einen die Anfechtungsklage schlüssig machenden Anfangsverdacht. Sie stellt auch keine Beweisvereitelung dar. Insbesondere vermag der Senat sich nicht der von Mutschler (FamRZ 2003, 74 [76 a. E.]) vertretenen Ansicht anzuschließen, allein die Weigerung der Mutter oder des Kindes, auf Bitten des (gesetzlichen) Vaters an einer DNA-Begutachtung mitzuwirken, könne je nach den Umständen des Falls einen ausreichenden Anfangsverdacht der Nichtvaterschaft begründen. Denn ein solches Verhalten ist Ausfluss des negativen informationellen Selbstbestim-

mungsrechts. Dieses würde ausgehöhlt, wenn die Weigerung, an einer außergerichtlichen Begutachtung mitzuwirken, die Vaterschaftsanfechtungsklage eröffnen würde, mit der Folge, dass die Informationen, die dieses Grundrecht schützen will, immer dann im Rahmen einer gerichtlichen Beweisaufnahme preisgegeben werden müssten, wenn dies dem Willen des Betroffenen zuwiderläuft und die freiwillige Preisgabe deshalb zuvor abgelehnt wurde.

Erst recht kann hier die Weigerung der gesetzlichen Vertreterin der Bekl., der Verwertung bereits rechtswidrig erlangter Informationen nachträglich zuzustimmen, nicht als ein die Anfechtungsklage eröffnender Umstand angesehen werden. Denn wenn das Gesetz eine Verpflichtung, Untersuchungen zum Zwecke der Feststellung der Abstammung zu dulden, nur unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht, kann ihre Verweigerung nicht dazu herangezogen werden, diese Voraussetzungen zu bejahen.

II. Kein Anfangsverdacht aufgrund der heimlich eingeholten DNA-Analyse

Auch die Vorlage eines heimlich eingeholten DNA-Gutachtens ist zur Darlegung solcher Umstände nicht geeignet.

1. Fehlende Feststellungen zur Herkunft der Speichelproben unbeachtlich

Insoweit kommt es auf die Rüge der Revision nicht an, das BerGer. habe verfahrensfehlerhaft versäumt, den angebotenen Zeugenbeweis dafür zu erheben, dass eine der der Gutachterin vorgelegten Speichelproben von einem von der Bekl. ausgespuckten Kaugummi und damit von ihr stamme.

Des Gleichen kommt es auch nicht auf die weitere Rüge an, das BerGer. habe seine Entscheidung nicht auf den erstmals im Berufungsurteil erwähnten zusätzlichen Gesichtspunkt stützen dürfen, es sei auch nicht nachgewiesen, dass die zweite Speichelprobe vom Kl. stamme, ohne zuvor gem. § 139 II ZPO auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen zu haben.

Denn auch dann, wenn feststünde, dass die Gutachterin genetisches Material der beiden Parteien untersucht hat, ist dieses Gutachten aus den vom BerGer. zutreffend dargelegten Gründen nicht nur als Beweismittel, sondern auch als Parteivortrag im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nicht verwertbar und daher unbeachtlich.

2. Informationsinteresse von Vater und Kind nicht notwendig identisch

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das BerGer. sei zu Unrecht von einer Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts der Bekl. ausgegangen, weil auch diese ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung ihrer Abstammung habe, das sich somit mit dem Interesse des Kl. decke. Die Bekl. hat zwar

ebenfalls ein grundgesetzlich geschütztes Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung; die Entscheidung darüber, ob sie dieses Recht wahrnehmen und ein entsprechendes Interesse geltend machen will, bleibt aber ihr allein bzw. ihrer gesetzlichen Vertreterin überlassen, zumal ihr Interesse auch dann schutzwürdig ist, wenn es dahin geht, ihren gesetzlichen Status als Kind des Kl. gerade nicht in Frage stellen zu lassen. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung schließt nämlich auch das Recht auf Unkenntnis ein (vgl. Bohnert, FPR 2002, 383 [389]).

Soweit die Revision geltend macht, mit ihrer Weigerung verfolge die gesetzliche Vertreterin der Bekl. nicht deren Interessen, sondern nur ihr höchst egoistisches Eigeninteresse, ist dies schon revisionsrechtlich als neuer Sachvortrag unbeachtlich.

3. Abwägung zwischen dem Recht der Bekl. auf informationelle Selbstbestimmung und dem Informationsinteresse des Kl.

Auch die vom BerGer. vorgenommene Abwägung, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Bekl. hier nicht hinter dem Interesse des Kl. an der Feststellung seiner Nichtvaterschaft zurückstehen müsse, hält der revisionsrechtlichen Prüfung stand.

a. Gesetzliche Grundlagen und Stellenwert des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Jede Untersuchung und Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters greift in das durch Art. 2 I i. V m. Art. 1 I GG verbürgte Persönlichkeitsrecht, hier in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, ein. Dieses darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen, als es zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2320 [2321]). Welcher Stellenwert diesem Grundrecht beizumessen ist, ergibt sich beispielsweise aus der gesetzlichen Einschränkung des § 81 g StPO i. V m. § 2 des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes (DNA-IFG v. 07.09.1998, BGBI I, 2646), die eine Feststellung und Speicherung des DNA-Identifizierungsmusters eines verurteilten Straftäters nur zulässt, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sind. Diesem Schutz des Grundrechts eines jeden Menschen, die Untersuchung seines Genoms grundsätzlich von seiner Zustimmung abhängig zu machen, dienen auch Art. 5 der Allgemeinen Erklärung zum menschlichen Genom und zu den Menschenrechten (UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights vom 11.11.1997;) Art. II-68 der Verfassung der Europäischen Union (ABIEU Nr. C 310 v. 16.12.2004, S. 43); Art. 8 EMRK und, soweit es sich

um das Recht eines Kindes handelt, Art. 8 I und 16 der UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989 (BGBl II 1992, 121).

b. Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Lichte betroffener Grundrechte

Dies ist auch bei der Verwertung von Beweisen oder Kenntnissen im gerichtlichen Verfahren zu beachten, gleichgültig, ob es sich um einen Strafprozess oder Zivilprozess handelt. Denn der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob von der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Einzelfall Grundrechte berührt werden. Trifft dies zu, dann hat er diese Vorschriften im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden (vgl. BVerfG, NJW 1991, 2411 m. w. N.) und darf dies nicht als praxisfern (vgl. Huber, FamRZ 2004, 825 [826]) oder als Ausfluss einer "verfassungsrechtlichen Überhöhung" (vgl. Spickhoff, FamRZ 2003, 1581) abtun.

So dürfen etwa rechtswidrig erlangte Kenntnisse aus dem heimlichen Mithören eines Telefonats nur ganz ausnahmsweise in einem gerichtlichen Verfahren verwertet werden, etwa dann, wenn sich der Beweisführer in einer notwehrähnlichen Situation befindet oder erpresserischen Drohungen oder einem kriminellen Angriff auf seine berufliche Existenz auf andere Weise nicht begegnen kann. Demgegenüber reicht allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, nicht aus (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3619 [3624]; BGH, NJW 2003, 1727 [1728]).

Demgemäß ist eine ohne Wissen des Betroffenen vorgenommene DNA-Analyse beispielsweise auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht geeignet, eine Verdachtskündigung zu rechtfertigen, sondern unterliegt einem Verwertungsverbot (vgl. VGH Mannheim, NJW 2001, 1082; vgl. auch EuGH, NJW 1994, 3005: Aufhebung einer Entscheidung, soweit sie auf einem anlässlich einer Einstellungsuntersuchung ohne Einwilligung vorgenommenen Lymphozytentest beruht).

c. Verstoß heimlicher DNA-Analysen gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Dies führt dazu, dass heimlich veranlasste DNA-Vaterschaftsanalysen rechtswidrig (vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 64. Aufl., Einf. vor § 1591 Rz. 11) und im Vaterschaftsanfechtungsverfahren gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters nicht verwertbar sind (vgl. Bohnert, FPR 2002, 383 [389]; Musielak/Foerste, ZPO, 4. Aufl., § 286 Rz. 7), und zwar auch nicht zur schlüssigen Darlegung von Zweifeln an der Vaterschaft i. S. d. § 1600 b BGB (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 286 Rz. 15 b a. E.; i. E. ebenso OLG Köln, NJW-RR 2004, 1081), weil auch dies einen erneuten Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht und die informationelle Selbstbestimmung des Kindes bedeuten würde (vgl. Rittner/Rittner, NJW 2002, 1745 [1751]).

d. Vergleich mit der Behandlung heimlicher DNA-Analysen im Ausland

Dieser Auffassung entsprechen offenbar auch Überlegungen der Bundesregierung, heimliche Vaterschaftsgutachten im Rahmen eines künftigen Gendiagnostikgesetzes (Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen) insgesamt zu verbieten (Nachw. bei Staudinger/Rauscher, BGB, 2004, Einl. zu §§ 1589 ff. Rz. 113 a. E.).

Derartige Bestrebungen sind auch außerhalb der Bundesrepublik Deutschland festzustellen, ohne dass die nachstehend angeführten Beispiele Anspruch auf Vollständigkeit erheben:

In Belgien zielen mehrere Gesetzesinitiativen darauf ab, private DNA-Analysen auf Veranlassung des Vaters und/oder der Mutter zuzulassen, dies jedoch nur innerhalb des ersten Lebensjahres des Kindes, sowie auf Betreiben des Kindes innerhalb einer Frist von vier Jahren nach Eintritt seiner Volljährigkeit; im Übrigen sollen private Analysen unzulässig sein (vgl. z. B. Art. 5, 6 und 16 der Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, Chambre des Représentants de Belgique Dokument Nr. 51 0066/001); in Frankreich sind außergerichtliche DNA-Analysen ohne Zustimmung des Betroffenen untersagt (vgl. Art. 16-11 Code Civil, Art. 145-15 und Art. 14 520 des Code de la Santé publique, eingefügt durch Gesetz Nr. 94-654 v. 29.07.1994 Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal, i. V. m. Art. 226-28 Code Pénal); in Großbritannien sind DNA-Analysen ohne Zustimmung des Betroffenen verboten (section 45 Human Tissue Act 2004); in Kanada (Provinz Quebec) bedürfen DNA-Analysen grundsätzlich der Zustimmung des Betroffenen und unterliegen andernfalls vor Gericht dem Verwertungsverbot des Art. 2858 Code Civil du Québec (vgl. Obadia, L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation, McGill Law Journal 2000, 483 [502, 507]); in der Schweiz sollen außergerichtliche DNA-Analysen ohne Zustimmung des Betroffenen untersagt werden (vgl. Art. 5, 6, 32, 34 und 36 des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen GUMG v. 08.10.2004 Bundesblatt 2004, 5483; Ablauf der Referendumsfrist: 27.01.2005).

e. Zurücktreten des aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG herzuleitenden Informationsinteresses des Vaters

Dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Kindes steht auch ein ebenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitendes Recht des Vaters oder Scheinvaters auf Kenntnis seiner Vaterschaft (vgl. BVerfG, NJW 2003, 2151 = FPR 2003, 471 = FamRZ 2003, 816 [820 unter - C I 3 c]; vgl. auch Senat, NJW 1999, 1632 = FamRZ 1999, 716) nicht ent-

gegen. Dieses ist nicht als höherwertig anzusehen (vgl. Rittner/Rittner, NJW 2002, 1745 [1749]; einschränkend Erman/Holzhauser, BGB, 11. Aufl., § 1600 b Rz. 8; a. A. Reichelt/Schmidt/Schmidtke, FamRZ 1995, 777 [779 unter B I b]; Staudinger/Rauscher, Einl. zu §§ 1589 ff. Rz. 116). Das zeigt sich schon daran, dass seine Durchsetzung im Vaterschaftsanfechtungsverfahren unter anderem durch die gesetzliche Fristenregelung des § 1600 b BGB wesentlich eingeschränkt ist, während das aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Kindes folgende Recht, der Erhebung oder Verwertung genetischer Daten zu widersprechen, demgegenüber keiner zeitlichen Schranke unterworfen ist. Auch hat der Gesetzgeber sich bei der Kindschaftsrechtsreform im Jahre 1997 dagegen entschieden, in jedem Fall die biologische Abstammung eines Kindes zu klären, und stattdessen hingegen angenommen, dass die biologische Vaterschaft zu Gun-

ten, des Kindeswohls unter anderem dann in den Hintergrund tritt, wenn ein Kind auf Grund seiner Geburt in die Ehe der Mutter bereits in einem Familienverband aufwächst (vgl. Rittner/Rittner, NJW 2002, 1745 [1749]).

Zudem verleiht das Recht auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft oder Nichtvaterschaft selbst dann, wenn es dem Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gleichzustellen wäre, noch kein Recht auf Verschaffung solcher Kenntnis (vgl. Senat, BGHZ 156, 153 [164 f. m. N.] = NJW 2003, 3708 = FPR 2004, 111).

Das Interesse des Vaters oder Scheinvaters, sich Gewissheit über seine Vaterschaft zu verschaffen, kann auch dann nicht als höherrangig angesehen werden, wenn es der Abwehr zivilrechtlicher Ansprüche, denen er als gesetzlicher Vater ausgesetzt ist, dienen soll.

Standort: Zivilprozessrecht

Problem: Versäumtes Güteverfahren

BGH, URTEIL VOM 23.11.2004
VI ZR 336 /03 (NJW 2005, 437)

Problemdarstellung:

Durch das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999 wurde § 15 a EGZPO neu in das Gesetz eingefügt. Die Vorschrift enthält die Ermächtigung der Landesgesetzgeber, die Zulässigkeit der Klageerhebung in bestimmten Streitigkeiten davon abhängig zu machen, dass die Parteien zuvor einen vergeblichen Versuch zur gütlichen Streitbeilegung unternommen haben. Von dieser Ermächtigung haben unter anderem die Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen (GüSchlG NW), Hessen (GüSchlG Hess), Bayern (BaySchlG) und dem Saarland (SaarlSchlG) Gebrauch gemacht (vgl. den Abdruck dieser und weiterer Landesgesetze im Schö.-Ergänzungsband, 104 ff).

Der BGH hatte nun die seitdem umstrittene Frage zu entscheiden, ob ein Kläger, der die Durchführung eines solchen Verfahrens versäumt hat, dieses bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung nachholen kann. Er verneint dies mit dem Hinweis, dass nur mit der konsequenten Abweisung aller unter Missachtung des § 15 a EGZPO und der einschlägigen Landesgesetze erhobenen Klagen das Normziel - eine deutliche Entlastung der Gerichte durch Beilegung zahlreicher Streitigkeiten von geringer Bedeutung im vorprozessualen Stadium - erreicht werden kann. Dem hiervon betroffenen Kläger bleibt es zwar unbenommen, nach erfolglosem Schlichtungsversuch die Klage ein zweites Mal zu erheben, er hat aber in jedem Fall die negative Kostenfolge der Abweisung oder ggfs. Rücknahme der ersten Klage zu tragen.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Revisionsentscheidung klingt bereits an, dass kurz nach Inkrafttreten des § 15 a EGZPO das Bewusstsein der betroffenen Parteien und auch das der Anwaltschaft für das Erfordernis des vorprozessualen Schlichtungsversuches ausgesprochen schwach ausgeprägt war, so dass unter Missachtung des § 15 a EGZPO erhobene Klagen nicht selten waren. Diese wurden häufig seitens der Gerichte zunächst auch zugestellt, allerdings inklusive richterlichem Hinweis auf die Unzulässigkeit gem. § 15 a EGZPO.

Der BGH hat nun einerseits klargestellt, dass eine Nachholung der Schlichtung bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht in Betracht kommt, andererseits den Amtsgerichten den Hinweis gegeben, derartige Klagen erst gar nicht zuzustellen. Für die praktische Handhabung des § 15 a EGZPO - auch bereits im Rahmen der Referendarausbildung - ist die Entscheidung deshalb ausgesprochen bedeutsam. Sie gehört darüber hinaus aber auch zur vollständigen Kenntnis der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage bereits in der ersten juristischen Staatsprüfung.

Vertiefungshinweise:

- Zum Verbot der doppelten Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO: BGH, RA 2002, 29 = NJW 2001, 3713
- Zivilrechtlicher Aktenvortrag mit § 15 a EGZPO-Problemik: v. Hartz/Streiter, JuS 2002, 380

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Versehen"
- Assessorkurs: "Ein Hundeleben"

Leitsätze:

Ist durch Landesrecht ein obligatorisches Güteverfahren vorgeschrieben, so muss der Einigungsversuch der Klageerhebung vorausgehen. Er kann nicht nach der Klageerhebung nachgeholt werden. Eine ohne den Einigungsversuch erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen.

Sachverhalt:

Die Bekl. war 1999 Mieterin in einem Wohnhaus des Kl. Dieser nahm sie mit der Behauptung, sie habe ihn bei einem körperlichen Angriff im September 1999 verletzt, auf Zahlung von Schmerzensgeld und Ersatz materiellen Schadens in Anspruch. Er hat deshalb im September 2002 Klage beim AG St. Wendel (Saarland) eingereicht. Das AG hat den Streitwert der Klage von den Parteien unbeanstandet auf 545,36 Euro festgesetzt. Ein Schlichtungsverfahren nach §§ 37 a ff. SaarlSchlichtungsG vom 21.02.2001 (ABl, S. 532) ist vor Klageerhebung nicht durchgeführt worden. Ein Antrag des Kl., gem. § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens zwecks Nachholung des Schlichtungsverfahrens anzuordnen, blieb ohne Erfolg. Der Kl. ließ ein klageabweisendes Versäumnisurteil gegen sich ergehen. Mit der Einspruchsschrift legte er die Bescheinigung einer anerkannten Schiedsperson über die Erfolglosigkeit eines Sühneversuchs vor.

Das AG hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten, weil die Klage mangels eines der Klageerhebung vorangegangenen Schlichtungsverfahrens unzulässig sei. Das LG hat in dem angefochtenen Urteil die vom AG zugelassene Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Die - zugelassene - Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:**A. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Das BerGer. ist der Auffassung, das nach dem Landesschlichtungsgesetz obligatorische Schlichtungsverfahren könne nicht nach Klageerhebung nachgeholt werden.

Der allgemeine Grundsatz, dass die Prozessvoraussetzungen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachholbar seien, gelte insoweit nicht. Nach Sinn und Zweck des Verfahrens und der Gesetzesbegründung zu § 15 a EGZPO müsse der Einigungsversuch der Klageerhebung zwingend vorausgehen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Eine Klage, deren Zulässigkeit nach § 15 a EGZPO und dem dazu bestehenden Landesrecht die Durchführung eines Güteversuchs vor einer Schlichtungsstelle voraussetzt, ist nur dann zulässig, wenn das Schlichtungsverfahren der Klageerhebung vorausgegangen ist. Seine Nachholung bis zum letzten Termin

zur mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz führt nicht zur Zulässigkeit der Klage.

I. § 15 a EGZPO als maßgebliches Bundesrecht gem. § 545 I ZPO

Der BGH darf über diese Frage entscheiden. Die Voraussetzungen des § 545 I ZPO liegen vor. Nach § 15 a EGZPO kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass in bestimmten Fällen die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die vorliegend zu klärende Streitfrage betrifft die Auslegung dieser Norm, also von Bundesrecht. Dass sich der Geltungsbereich des saarländischen Landesschlichtungsgesetzes nicht über einen OLG-Bezirk hinaus erstreckt, ist schon deshalb ohne Bedeutung.

Im Übrigen beruhen die Vorschriften der von einzelnen Bundesländern erlassenen Landesschlichtungsgesetze (vgl. den Abdruck bei Prütting, Außergerichtliche Streitschlichtung, S. 251 ff.; Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, 22. Aufl., Anh. § 15 a EGZPO), soweit es um die Zulässigkeitsperre geht, einheitlich auf der Vorgabe des § 15 a EGZPO und stimmen insoweit überein. Auch danach sind die Voraussetzungen des § 545 I ZPO zu bejahen (vgl. BGHZ 34, 375 [377 f.] = NJW 1961, 1157; BGH, NJW-RR 1988, 1021; LM H. 2/1998 § 549 ZPO Nr. 120 = VersR 1997, 1540).

II. Auf § 15 a EGZPO beruhende Regelungen des SaarlSchlichtungsG

Nach § 37a I Nr. 1 SaarlSchlichtungsG ist, wenn die Parteien im Saarland wohnen, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem AG über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 600,00 Euro nicht übersteigt, eine Klage erst zulässig, nachdem von einer in § 37 b genannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen (Schlichtungsverfahren). Die Annahme der Vorinstanzen, dass danach im vorliegenden Fall ein Schlichtungsverfahren zwingend durchzuführen war, stellt die Revision nicht in Frage. Für eine Unrichtigkeit dieser Annahme ist auch nichts ersichtlich.

III. Streit um den Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens

Die Frage, ob das obligatorische Schlichtungsverfahren der Klageerhebung zwingend vorausgehen muss, wird unterschiedlich beantwortet.

Sie wird teilweise bejaht (LG Ellwangen, NJW-RR 2002, 936 = NZM 2002, 408; LG Karlsruhe, Justiz 2003, 265; AG München, NJW-RR 2003, 515 = NZM 2003, 280; AG Nürnberg, NJW 2001, 3489 = NZM 2001, 1046; NJW-RR 2002, 430 = NZM 2002, 144; MDR 2002, 1189; AG Rosenheim, NJW 2001, 2030; AG Wuppertal, ZInsO 2002, 91; Jenkel, Der Streitschlichtungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung in

Zivilsachen, S. 252 f.; Beunings, AnwBl 2004, 82 [84]; Fricke, VersR 2000, 1194 [1195]; Kothe/Anger, BadWürttSchlichtungsG, § 1 Rz. 40; Schläger, ZMR 2000, 504 [506]; Schwarzmann/Walz, Bay-SchlichtungsG, Art. 1 Rz. 4; Stichelbrock, JZ 2002, 633 [636 f.]; Wesche, MDR 2003, 1029 [1032 Fußn. 36.]; Wetekamp, NZM 2001, 614 [616]).

Abweichend davon wird die Ansicht vertreten, eine Nachholung des Schlichtungsverfahrens während des Rechtsstreits führe zur Zulässigkeit der Klage (OLG Hamm, MDR 2003, 387; AG Königstein; NJW 2003, 1954 [1955]; Wolf, in: MünchKomm-ZPO, Aktualisierungsbd., 2. Aufl., § 15a EGZPO Rz. 4; Zöller/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 15 a EGZPO Rz.25; Prütting/Krafka, Rz.223; Prütting/Schmidt, Rz. 105 ff.; Reiß, Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung, 2003, S. 24 f.; Friedrich, NJW 2002, 798 [799]; ders., NJW 2003, 3534; Heßler, MittBayNot 2000, Sonderh. zu Ausg. 4, S. 7; Mankowski, EWiR 2002, 347 [348]; Schmidt, DAR 2001, 481 [486]; Unberath, JR 2001, 355 [356f.]).

Vereinzelt wird sogar vertreten, auf die Durchführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens könne vollends verzichtet werden, wenn eine Streitschlichtung offenkundig ergebnislos wäre (LG München II, NJW-RR 2003, 355).

IV. Auffassung des erkennenden Senats

Der erkennende Senat folgt der erstgenannten Auffassung.

1. Wortlaut des § 15 a EGZPO

Dafür spricht der Wortlaut des § 15 a EGZPO. Danach kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem die Streitschlichtung versucht worden ist. Diesen Wortlaut haben die Landesschlichtungsgesetze übernommen, so auch der hier einschlägige § 37a SaarlSchlichtungsG. Durch den Wortlaut wird zum Ausdruck gebracht, dass die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nicht nur besondere Prozessvoraussetzung sein soll, die (erst) zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen muss, sondern dass schon die Erhebung der Klage nur dann zulässig ist, wenn das Schlichtungsverfahren bereits durchgeführt wurde. Die Erhebung der Klage erfolgt nach § 253 I ZPO durch Zustellung der Klageschrift. Das Schlichtungsverfahren muss also vor diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden haben.

2. Historische Auslegung des § 15 a EGZPO

Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. In dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 04.05.1999 heißt es zu § 15 a EGZPO (BT-Dr 14/980, S. 6):

„Ist durch Landesrecht ein obligatorisches Güteverfahren vorgeschrieben, so muss der Einigungsversuch der

Klageerhebung vorausgehen. Eine ohne diesen Versuch erhobene Klage ist unzulässig. Nach Absatz 1 Satz 2 muss der Kl. die von einer Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über den erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einreichen. Hat dieser Versuch vor Einreichung der Klage stattgefunden, so kann die Bescheinigung bis zur Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit der Klage nachgereicht werden. Dagegen kann - wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig ergibt - der Einigungsversuch selbst nicht nachgeholt werden.“

3. Teleologische Auslegung des § 15 a EGZPO

Auch Sinn und Zweck des obligatorischen Schlichtungsverfahrens sprechen für diese Auslegung. In der Gesetzesbegründung zu § 15 a EGZPO (BT-Dr 14/980, S. 5) ist dazu ausgeführt, angesichts des ständig steigenden Geschäftsanfalls bei den Gerichten sei es notwendig, Institutionen zu fördern, die im Vorfeld der Gerichte Konflikte beilegen. Neben einer Entlastung der Justiz werde durch eine Inanspruchnahme von Schlichtungsstellen erreicht, dass Konflikte rascher und kostengünstiger bereinigt werden könnten. Durch die Öffnungsklausel werde den Ländern, in denen ein hinreichendes Netz von Gütestellen bestehe oder in kurzer Zeit geschaffen werden könne, ermöglicht, ohne Mitwirken des Bundes zu versuchen, den Arbeitsanfall bei ihren Gerichten zu vermindern.

Diese Zielsetzung kann nur erreicht werden, wenn die Verfahrensvorschrift des § 15 a EGZPO konsequent derart ausgelegt wird, dass die Rechtsuchenden und die Anwaltschaft in den durch Landesgesetz vorgegebenen Fällen vor Anrufung der Gerichte auch tatsächlich den Weg zu den Schlichtungsstellen beschreiten müssen. Könnte ein Schlichtungsversuch noch nach Klageerhebung problemlos nachgeholt werden, ohne dass Rechtsnachteile befürchtet werden müssten, so wären die vom Gesetzgeber angestrebten Zwecke kaum zu verwirklichen. Das Vorgehen der Rechtsuchenden wäre dann vielfach schon von vornherein auf ein paralleles Vorgehen abgestellt mit dem festen Willen, eine Schlichtung scheitern zu lassen. Das obligatorische Schlichtungsverfahren könnte sich auf diesem Hintergrund im Bewusstsein der Rechtsuchenden und der Anwaltschaft kaum als dem gerichtlichen Verfahren zwingend vorgeschaltete Institution etablieren. Die Frage, ob der jeweilige Streitfall zu den Fällen gehört, bei denen zwingend zunächst die Schlichtung versucht werden muss, würde vielfach nur nachlässig geprüft, weil ohnehin nichts passieren könnte. Wäre aber erst einmal Klage erhoben, so könnte kaum erwartet werden, dass ein ausschließlich zum Zwecke der Herbeiführung der Zulässigkeit eingeleitetes Schlichtungsverfahren von dem ernsthaften Willen der Beteiligten getragen wäre, das bereits kostenträchtig eingeleitete Klageverfahren nicht fortzusetzen.

4. Keine entgegenstehende Gesichtspunkte der Prozessökonomie

Aus diesen Gründen überzeugt der Hinweis der Gegenmeinung auf den Gesichtspunkt der Prozessökonomie nicht. Prozessökonomische Überlegungen dürfen sich angesichts der aufgezeigten Problemlage nicht nur auf den gerichtlichen Prozess beziehen. Sicher erscheint es auf den ersten Blick wenig sinnvoll, eine Klage abzuweisen, wenn diese nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens sogleich wieder erhoben werden kann. Prozessökonomische Überlegungen müssen im vorliegenden Zusammenhang aber die vom Gesetzgeber angestrebte Neuregelung des Verfahrensgangs unter Einschluss des zwingend vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens in den Blick nehmen. Bei dieser Sichtweise erweist sich die Zulassung einer Nachholung des Verfahrens als nachgerade kontraproduktiv und damit ersichtlich nicht prozessökonomisch.

Dass es, insbesondere in einer Übergangszeit, vermehrt zu Klageabweisungen kommen kann, weil das Bewusstsein von der Notwendigkeit eines vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens noch nicht ausreichend verbreitet ist, muss hingenommen werden. Dem können die Gerichte im Übrigen vorbeugen, indem sie in den einschlägigen Verfahrensarten eingereichte Klagen nicht ohne Prüfung der Zulässigkeit zustellen, sondern den Kl. auf die Unzulässigkeit der Klage bereits nach deren Eingang hinweisen und eine Klagerücknah-

me, die auch schon vor Klagezustellung erklärt werden kann (Zöller/Greger, § 269 Rz. 8 a ff.; vgl. Auch BGH, NJW 2004, 1530), anregen. Damit lassen sich die Kosten denkbar gering halten.

Der teilweise von der Gegenmeinung erhobene Einwand, es sei nicht einzusehen, warum die in § 15 a EGZPO geregelte Prozessvoraussetzung als nicht nachholbar und damit anders behandelt werden sollte als andere Prozessvoraussetzungen, überzeugt ebenfalls nicht. Aus dem allgemeinen Zivilprozessrecht lässt sich kein Grundsatz herleiten, der den Gesetzgeber hindern könnte, aus wohlwogeneren Gründen bereits die Zulässigkeit der Klageerhebung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen.

V. Bestätigung der Urteile der Vorinstanzen

Im vorliegenden Fall erweisen sich die Aufrechterhaltung des klageabweisenden Versäumnisurteils und die Zurückweisung der dagegen eingelegten Berufung demnach als richtig. Der Kl. kann sein Klagebegehren, nachdem das Schiedsverfahren nunmehr durchgeführt ist, nur mit einer neuen Klage verfolgen (vgl. dazu Jenkel, S. 253 ff.). Ob - wozu in den Instanzen vorgetragen worden ist - der Anspruch inzwischen verjährt ist, ist hier nicht zu prüfen. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte nicht abweichend entschieden werden.

Standort: Schuldrecht-AT

Problem: Voraussetzungen des Schuldnerverzugs

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 22.09.2004
14 U 173/03 (NJW 2005, 515)

Problemdarstellung:

Die Bekl. wurde hier seitens des Klägers zunächst aus einer Gebrauchtwagengarantie in Anspruch genommen, nachdem dass durch den Kl. erworbene Fahrzeug einen Motorschaden erlitten hatte. Der seitens der Bekl. mit der Begutachtung des PKW beauftragte Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass Ursache des Schadens der Defekt eines nicht von der Garantie der Bekl. erfassten Einbauteils sei, weshalb die Bekl. ihre Leistung verweigerte. Im anschließenden Prozess erwies sich die Aussage des Sachverständigen als schuldhaft falsche Begutachtung, weshalb die Bekl. den Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten anerkannte.

Nunmehr nahm der Kl. die Bekl. auf Ersatz der durch die Verzögerung der Erfüllung der Garantie verursachten Schäden in Anspruch. Das OLG Karlsruhe sprach ihm auch diesen Anspruch dem Grunde nach zu. Es ging von einer schuldhaften Nichtleistung der Bekl. aus, da diese sich die schuldhaft falsche Begutachtung des von ihr beauftragten Sachverständigen nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil spricht mit den Voraussetzungen des Schuldnerverzuges nach § 286 BGB - auf den konkreten Fall waren noch die §§ 284, 285 BGB a. F. anzuwenden, ohne dass dies hier inhaltliche Auswirkungen nach sich zieht - sowie mit den Anforderungen an eine Zurechnung des Verschuldens eines Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB examensrelevante Fragen des allgemeinen Schuldrechts an, die in jedem Fall sicher beherrscht werden sollten. Es zeigt, dass für die Frage, welche Personen jeweils zu den Erfüllungsgehilfen i. S. d. § 278 BGB zu zählen sind, die Abgrenzung des Pflichtenprogramms des Schuldners aus dem jeweiligen Schuldverhältnis von entscheidender Bedeutung ist. Die Einordnung eines wegen fehlender eigener Kenntnisse beauftragten Sachverständigen in den Anwendungsbereich des § 278 BGB zeigt zudem, dass der Erfüllungsgehilfe keineswegs den Weisungen des Schuldners unterliegen muss. Insoweit sind Verwechslungen mit Verrichtungsgehilfen i. S. d. § 831 BGB zu vermeiden (vgl. Palandt/Heinrichs, § 278 Rz. 7), obwohl Letztgenannte durchaus im Rahmen schuldrechtlicher Sonderverbindungen zugleich die Rolle eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB einnehmen können.

Vertiefungshinweise:

- Schuldnerverzug ist kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. d. § 256 ZPO: *BGH*, RA 2000, 567 = *NJW* 2000, 2280
- Zum Annahmeverzug des Bauherrn bei verzögerter Fertigstellung des Gewerkes eines Vorunternehmers: *BGH*, RA 2003, 530 = *NJW* 2003, 1601
- Zur Reichweite der Wissenszurechnung nach § 166 I BGB: *BGH*, RA 2001, 149 = *NJW* 2001, 359

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Scherbenhaufen"
- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"
- Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"
- Assessorkurs*: "Die Maklerprovision"

Leitsätze:

- 1. Beauftragt der Schuldner einen technischen Sachverständigen mit der für die Beurteilung seiner Leistungspflicht erforderlichen Aufklärung des Sachverhalts, so bedient er sich des Gutachters bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit.**
- 2. Erstattet der vom Schuldner zur Beurteilung seiner Leistungspflicht beauftragte Sachverständige schuldhaft ein falsches Gutachten, so hat der Schuldner die darauf beruhende Nichtleistung zu vertreten und gerät in Verzug.**

Sachverhalt:

Mit der Begründung, sie habe seinen Anspruch aus einem Garantievertrag verspätet erfüllt, verlangt der Kl. von der Bekl. Ersatz des ihm daraus entstandenen Verzugsschadens. Im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Gebrauchtwagens an den Kl. hatte die Verkäuferin mit der Bekl. zu Gunsten des Kl. einen Garantievertrag abgeschlossen. Die Garantiebedingungen der Bekl. waren Vertragsbestandteil. Der Garantievertrag gab dem Kl. bei innerhalb der Garantiezeit auftretenden und zur Funktionsunfähigkeit führenden Fehlern bestimmter - in den Garantiebedingungen abschließend aufgeführter - Bauteile des Fahrzeugs einen Anspruch gegen die Bekl. auf Durchführung der Reparatur beim Verkäufer oder - bei Reparatur in einer Fremdwerkstatt - auf Erstattung der Reparaturkosten. Am 17.03.2000 - innerhalb der Garantiezeit - trat an dem Fahrzeug ein Motorschaden auf. Die vom Kl. daraufhin aus der von ihr übernommenen Garantie in Anspruch genommene Bekl. beauftragte die D-AG mit der Feststellung der Schadensursache. In dem vom D-Gutachter erstellten Kurzgutachten vom 03.04.2000 heißt es, der Motorschaden beruhe auf einem Bruch der - im Katalog der von der Garantie umfassten Bauteile nicht aufgeführten - Umlenkrolle. Mit Schreiben vom 12.05.2000 teilte die Bekl. dies dem Kl.-Vertreter mit. Die unter dem 11.07.2000 schriftlich erfolgte

Aufforderung, bis zum 26.07.2000 Zustimmung zur fachgerechten Reparatur unter vollständiger Übernahme der sich gemäß Kostenvoranschlag auf 7.612,01 DM belaufenden Kosten zu erteilen, wies die Bekl. gegenüber dem Kl.-Vertreter mit Schreiben vom 19.07.2000 zurück. Daraufhin verklagte der Kl. die Bekl. beim AG Freiburg auf Zahlung von 7.612,01 DM. Der vom AG bestellte Sachverständige kam zum Ergebnis, dass das von der Bekl. eingeholte Gutachten des D-Sachverständigen falsch gewesen sei. Ursache des Motorschadens sei nicht ein Defekt der Umlenkrolle, sondern ein solcher der - im Katalog der von der Garantie umfassten Bauteile aufgeführten - Spannrolle gewesen. Hierauf erkannte die Bekl. den mit der Klage geltend gemachten Anspruch an. Am 02.07.2002 erging Anerkenntnisurteil, am 10.07.2002 hat die Bekl. bezahlt. Mit der jetzigen Klage macht der Kl. den ihm durch die verzögerte Zahlung entstandenen und der Höhe nach streitigen Schaden geltend.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. führte zur Aufhebung und zur Zurückweisung der Sache an das LG.

Aus den Gründen:

Der geltend gemachte Anspruch ist dem Grunde nach gegeben, der Höhe nach aber noch nicht entscheidungsreif.

A. Vorliegen des Schuldnerverzugs der Bekl.

Entgegen der Auffassung des LG ist die Bekl. mit ihrer sich aus der Garantievereinbarung ergebenden Leistungspflicht in Verzug geraten.

I. Fälliger durchsetzbarer Anspruch und (entbehrliche) Mahnung

Mit Eintritt des Garantiefalls war ein gegen die Bekl. gerichteter fälliger Anspruch des Kl. auf Erbringung der vereinbarten Garantieleistungen entstanden. Dieser ging auf die erforderlich gewordene "fachgerechte Reparatur durch Ersatz oder Instandsetzung des Bauteils" (§ 1 Nr. 2 I S. 1 der Garantiebedingungen) bzw. - wenn die Reparatur nicht durch die Werkstatt des Verkäufers durchgeführt wird - Erstattung der Lohn- und Materialkosten in näher bezeichnetem Umfang (§ 6 Nr. 2 I S. 1 der Garantiebedingungen). Sollte - wie im hier zu entscheidenden Fall - die Reparatur nicht in der Verkäufer-Werkstatt erfolgen, konnte der Kl. demgemäß von der Bekl. Zusage der Kostenerstattung nach durchgeführter Reparatur verlangen. Dadurch, dass die Bekl. Kostenerstattung nicht innerhalb der vom Kl. gesetzten Frist zugesagt, sondern sie ernsthaft und endgültig verweigert hat, kam sie - Verschulden vorausgesetzt - in Verzug (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl. [2002], § 284 Rz. 35 m. w. N.).

II. Schuldhaftige Nichtleistung

Die Leistungsverweigerung erfolgte auch schuldhaft (§

285 BGB a. F., dem entspricht § 286 IV BGB n. F.). Dass die Bekl. sich auf das falsche Gutachten des von ihr zur Ermittlung ihrer Leistungspflicht eingeschalteten Sachverständigen verlassen hat, geht zu ihren Lasten.

1. Pflicht des Schuldners, sich Gewissheit über seine Leistungspflicht zu verschaffen

Der Schuldner muss beurteilen, ob er dem an ihn gerichteten Begehren des Gläubigers nachzukommen hat oder nicht. Dabei kann ihn ein auf seine Leistungspflicht bezogener Rechts- oder Tatsachenirrtum nur dann von den Folgen des Verzugs freistellen, wenn er unverschuldet ist. An die diesbezüglichen Sorgfaltspflichten des Schuldners sind indessen strenge Anforderungen zu stellen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, NVersZ 2000, 565 = VersR 2001, 885 [886]). Der Schuldner, der wegen Fehlens der erforderlichen Kenntnisse nicht beurteilen kann, ob die tatsächlichen und/oder rechtlichen Voraussetzungen einer Leistungspflicht vorliegen, muss einen einschlägig Sachkundigen einschalten (vgl. - für den Fall fehlender Rechtskenntnisse - Staudinger/Löwisch, BGB, Neubearb. 2004, § 286 Rz. 146).

2. Sachkundige Auskunftspersonen des Schuldners als Erfüllungsgehilfen i. S. d. § 278 BGB

Der Umstand, dass der Schuldner sich sachverständig beraten lassen, genügt für sich allein allerdings nicht, um ein Verschulden zu verneinen (OLG Düsseldorf, NVersZ 2000, 565). Eine Versicherung - Entsprechendes gilt für den Garantiegeber - mag sich zwar auf übereinstimmende Auskünfte mit dem Sachverhalt bereits befasst gewesener sachkundiger Personen (also nicht von ihr selbst eingeschalteter Sachverständiger) verlassen dürfen (OLG Düsseldorf, NVersZ 2000, 565 = VersR 2001, 885; Staudinger/Löwisch, § 286 Rz. 162). Beauftragt dagegen der Schuldner - wie hier - einen Sachverständigen mit der für die Beurteilung seiner Leistungspflicht erforderlichen Aufklärung des Sachverhalts, so geht es zu Lasten des Schuldners, wenn das Gutachten des Sachverständigen falsch ist (Staudinger/Löwisch, § 286 Rz. 162, für die falsche Rechtsauskunft eines vom Schuldner zur Beurteilung der Rechtslage eingeschalteten Rechtskundigen; für das falsche Gutachten eines mit der Klärung des Sachverhalts beauftragten technischen Sachverständigen gilt nichts anderes). Die Zurechenbarkeit ergibt sich aus § 278 BGB, denn der Schuldner bedient sich des

Beraters bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (BAG, ZIP 1987, 1339 [1341]; OLG Hamburg, Wohnungseigentümer 1994, 149 [151]; Staudinger/Löwisch, § 286 Rz. 163), wozu eben auch die entsprechende Willensbildung und die Feststellung der hierfür maßgeblichen Umstände gehört.

Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich daran, dass eine Verneinung der Zurechenbarkeit schuldhaft fehlerhafter (Rechtsfragen oder Tatsachen betreffender) Gutachten zu einer ungerechtfertigten Privilegierung der Auskunftsperson führen würde, die dem Schuldner sonst mangels eines bei diesem eingetretenen Schadens nicht haften müsste (Staudinger/Löwisch, § 286 Rz. 163).

Dass im hier zu entscheidenden Fall die Erstattung des falschen Gutachtens durch den D-Sachverständigen schuldhaft erfolgt ist, steht außer Frage und wird auch von der Bekl. nicht in Zweifel gezogen.

B. Verzögerungsschaden des Kl.

Infolge des Verzugs ist dem Kl. ein Schaden entstanden, den der Bekl. gem. § 286 I BGB a. F. zu ersetzen hat. Ersatzfähig ist jedenfalls der Nutzungsausfall, denn unstreitig konnte der Pkw wegen des nicht reparierten Motorschadens nicht genutzt werden, und daran, dass zumindest in der ersten Zeit nach Vertragsabschluss seitens des Kl. ein Nutzungswille gegeben war, bestehen keine vernünftigen Zweifel. Nach Vortrag des Kl. hat er weiteren Schaden durch vergeblich aufgewendete Haftpflicht- und Kaskoprämienzahlungen sowie dadurch erlitten, dass das Fahrzeug infolge überlanger Verweildauer in unrepariertem Zustand an Wert verloren hat.

Ob der Nutzungswille des Kl. während des gesamten von ihm behaupteten Zeitraums vorhanden war, inwieweit die übrigen vom Kl. behaupteten und von der Bekl. bestrittenen Schadenspositionen bestehen und ob dem Kl., wie die Bekl. behauptet, ein Mitverschulden an der Schadensentstehung vorzuwerfen ist, braucht in diesem Verfahrensstadium nicht entschieden zu werden. Ein Verzugschaden, für den die Bekl. einzustehen hat, würde dadurch nur verringert, nicht aber völlig ausgeschlossen. Damit sind die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils gegeben. Die Feststellungen zur Schadenshöhe sind entsprechend dem Antrag des Kl. zur Wahrung des Interesses der Parteien an einem umfassenden Instanzenzug dem LG zu überlassen (§ 538 II Nr. 4 ZPO).

*Strafrecht***Standort: § 24 I StGB****Problem: Beendeter und unbeendeter Versuch**

BGH, URTEIL VOM 25.11.2004

4 STR 326/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte würgte das Opfer, seine ehemalige Lebensgefährtin, um diese zu töten, wurde jedoch von einem Zeugen daran gehindert. Daraufhin ging er in den Keller, holte ein Messer und fügte der Angegriffenen lebensgefährliche Verletzungen zu. Als diese floh, setzte er ihm nach, nahm jedoch von weiteren Angriffen Abstand als er sah, dass sie bereits so schwer verletzt war, dass innere Organe durch die Schnittwunden nach außen quollen.

Das Landgericht Bochum hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen einer einheitlichen gefährlichen Körperverletzung verurteilt. Es hatte beiden Angriffe daneben als einen (einheitlichen) Tötungsversuch gewertet, von dem der Angeklagte aber durch das Aufgeben der weiteren Tatausführung gem. § 24 I 1. Fall StGB strafbefreiend zurückgetreten sei. Der BGH hob diese Entscheidung auf, da sowohl die Annahme einer einheitlichen Tat als auch eines unbeendeten Versuchs rechtsfehlerhaft seien.

Prüfungsrelevanz:

Während die Prüfung von Konkurrenzen normalerweise allenfalls in Hausarbeiten einer ausführlicheren Erörterung bedarf, sind die vom BGH angesprochenen Probleme des Rücktritts vom Versuch (insb. die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch) als Standardprobleme zu werten, deren Kenntnis unerlässlich ist.

Der BGH befasst sich zunächst mit der Frage nach den Voraussetzungen einer natürlichen Handlungseinheit.

Eine einheitliche Tat im materiell-rechtlichen Sinne (§ 52 StGB) setzt voraus, dass der Täter verschiedene Strafgesetze (oder dasselbe mehrmals) durch "dieselbe Handlung" verletzt hat. Insofern erhält natürlich die Frage danach, was als "dieselbe" Handlung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, entscheidende Bedeutung (vgl. hierzu den Überblick bei Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 52 ff. Rn. 12 ff.). "Dieselbe" Handlung i.S.v. § 52 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Täter durch eine Handlung im natürlichen Sinne, also einer einzigen auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhenden Körperbewegung, mehrere Strafgesetze verletzt (z.B.: der Schuss mit einer Pistole

durchschlägt eine Fensterscheibe und verletzt dann einen anderen: Sachbeschädigung und (gefährliche) Körperverletzung in Tateinheit). Es ist jedoch (insb. nach der Rechtsprechung, vgl. BGHSt 4, 219; NSTZ 1997, 276) auch möglich, mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer sog. natürlichen Handlungseinheit zusammenzufassen. Diese soll dann gegeben sein, wenn mehrere Handlungen im natürlichen Sinne auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhen und raum-zeitlich so eng verbunden sind, dass sich das Geschehen auch objektiv als einheitliches Tun darstellt (BGH, NSTZ 1999, 38; 2000, 30). Diese Voraussetzungen hatte das Landgericht bejaht, das es (in dubio pro reo) davon ausgegangen war, dass der Angeklagte seinen Tötungsvorsatz während des gesamten Geschehens nicht aufgegeben hatte, so dass ein einheitlicher Willensentschluss anzunehmen sei. Der BGH entschied jedoch gegen eine natürliche Handlungseinheit: während er sich zu den entsprechenden subjektiven Voraussetzungen gar nicht äußerte, stellte er fest, dass das Eingreifen des Zeugen, der den Angeklagten daran hinderte, seinen ursprünglichen Plan (das Opfer zu erwürgen) durchzuführen, jedenfalls zu einer Zäsur führte, so dass sich das Geschehen nicht mehr als einheitliches Tun darstellte und somit von einer Tatmehrheit (§ 53 StGB) auszugehen sei.

Weiter verhält sich das vorliegende BGH-Urteil zu den Anforderungen an einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 I StGB. Beim Rücktritt des Einzeltäters gem. § 24 I StGB ist zu unterscheiden zwischen dem unbeendeten und dem beendetem Versuch (beim Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts wird diese Differenzierung von der herrschenden Meinung für entbehrlich gehalten (vgl. BGH, NSTZ 2003, 252; Kudlich/Hannich, StV 1998, 370)). Während beim unbeendeten Versuch das freiwillige Aufgeben der weiteren Tatausführung, also ein bloßes Unterlassen, für einen Rücktritt ausreichend ist (§ 24 I 1. Fall StGB), ist es für einen Rücktritt vom beendetem Versuch erforderlich, dass der Täter freiwillig eine gegenläufige Kausalkette in Gang setzt, die den Erfolgseintritt verhindert, also aktiv tätig wird. Ob ein Versuch beendet oder unbeendet ist, richtet sich nach der Tätervorstellung: beendet ist der Versuch, wenn der Täter glaubt, er habe bereits alles seinerseits zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan, unbeendet, wenn er glaubt, es seien weitere Handlungen erforderlich, um den Tatbestand zu verwirklichen (BGH,

StV 1982, 70; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 14 mwN). Der BGH betont im vorliegenden Fall, dass der Versuch nicht erst dann beendet ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für sicher hält, sondern bereits dann, wenn er die nahe liegende Möglichkeit erkennt, dass seine bisherigen Handlungen ausreichend sind, um den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen.

Der BGH stellt klar, dass eine Änderung der Tätervorstellung auch eine Änderung der Einordnung des Versuchs als beendet oder unbeendet bewirken kann, jedenfalls sofern sie unmittelbar nach Ausführung des letzten Teilakts erfolgt (sog. "Korrektur des Rücktrittshorizonts"). Insofern ist es leicht nachvollziehbar, dass ein zunächst unbeendeter Versuch somit zu einem beendeten Versuch werden kann, wenn der Täter, der zunächst glaubte, seine Handlungen reichten für die Tatbestandsverwirklichung nicht aus, dann jedoch - ohne weitere Handlungen vorzunehmen - erkennt, dass sie das doch tun. Tatsächlich hält der BGH es aber auch umgekehrt für möglich, dass ein beendeter Versuch wieder zum unbeendeten werden kann, wenn der Täter zunächst glaubt hatte, alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben, dann jedoch erkennt, dass seine Handlungen hierfür doch nicht ausreichen (BGHSt 36, 226).

Vertiefungshinweise:

Zu den Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit: *BGHSt* 10, 129; 22, 67; *BGH*, *NStZ* 1996, 432; 1999, 38; 2000, 30; *Beulke/Satzger*, *NStZ* 1996, 432; *Schulz*, *ZUR* 1994, 26; *Sowada*, *NZV* 1995, 465

Zur Abgrenzung unbeendeter und beendeter Versuch: *BGHSt* 14, 79; 22, 332; *BGH*, *StV* 1982, 70; *Herzberg*, *NJW* 1986, 2471; *Krauß*, *JuS* 1981, 885; *von Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109, 34

Zur Korrektur des Rücktrittshorizonts: *BGHSt* 36, 226; 39, 227; *BGH*, *NStZ* 1998, 614; 1999, 449; 2002, 427; *Jäger*, *NStZ* 1999, 608; *Otto*, *Jura* 1992, 429; *Puppe*, *JR* 2000, 72; *Ranft*, *JZ* 1989, 1128

Kursprogramm:

Examenskurs: "Argentinien"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine natürliche Handlungseinheit und damit eine Tat im materiellrechtlichen Sinne liegt bei einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen nach nur dann vor, wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun er-

scheint. Auch für die Beurteilung einzelner Versuchshandlungen als eine natürliche Handlungseinheit ist eine solche Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Dabei begründet der Wechsel eines Angriffsmittels nicht ohne weiteres eine die Annahme einer Handlungseinheit ausschließende Zäsur. Eine tatbestandliche Handlungseinheit endet jedoch mit dem Fehlschlagen des Versuchs.

2. Ein beendeter Versuch im Sinne des § 24 I 1 2. Fall StGB, der für die Straffreiheit Gegenmaßnahmen des Täters zur Erfolgsabwendung verlangt, liegt bei Tötungsdelikten nicht erst bei Kenntnis vom sicheren Todesverlauf, sondern schon dann vor, wenn der Täter die naheliegende Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt, selbst wenn er ihn nunmehr weder will noch billigt. Dies gilt auch dann, wenn der Täter bei unverändert fortbestehender Handlungsmöglichkeit mit einem tödlichen Ausgang zunächst noch nicht gerechnet hat, unmittelbar darauf jedoch erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat.

Sachverhalt:

Der Angeklagte wollte mit Hilfe des Zeugen R seine persönlichen Sachen aus der Wohnung der Nebenklägerin, seiner früheren Lebensgefährtin, holen. Hierbei kam es zum Streit mit der Nebenklägerin. Als sie erklärte, sie habe eine sexuelle Beziehung zu einem anderen Mann, wurde der Angeklagte "ausbruchartig zunehmend aggressiver". Er zerstörte Einrichtungsgegenstände und bedrohte die Nebenklägerin mit einem Messer. Nach einer Rangelei mit dem Zeugen R, der versuchte, den Angeklagten zurückzuhalten, verfolgte der Angeklagte die in das Schlafzimmer geflüchtete Nebenklägerin. Dort würgte er sie "mindestens 6 oder 7 Sekunden" lang, um sie zu töten. Der Zeuge R riss den Angeklagten schließlich von der Nebenklägerin weg.

Nachdem der Zeuge den Angeklagten von der Nebenklägerin getrennt hatte, machte der Angeklagte den Festnetzanschluss der Nebenklägerin unbrauchbar, nahm das Mobiltelefon an sich, um zu verhindern, dass die Nebenklägerin die Polizei anrief, und verließ mit dem Zeugen R die im 7. Stockwerk des Hauses gelegene Wohnung. Im Hausflur kniete der Angeklagte einige Minuten zusammengekauert und weinend auf dem Boden. Der Zeuge R und der Angeklagte fuhren dann mit dem Fahrstuhl ins Erdgeschoss. Dort erklärte der Angeklagte dem Zeugen, er brauche seine Ruhe und wolle für sich allein sein.

Sodann ging der Angeklagte in den Keller des Hauses, holte aus einem Kellerraum ein Messer mit 20 cm Klinglänge, fuhr mit dem Fahrstuhl hinauf in den 7. Stock und trat die Tür zur Wohnung der Nebenklägerin ein. Die Nebenklägerin war inzwischen in eine ein Halbgeschoss tiefer gelegene Wohnung geflüchtet und hatte mit der Mutter des Angeklagten und der Polizei

telefoniert.

Der Angeklagte, der möglicherweise im Flur die Stimme der Nebenklägerin gehört hatte, drang in die Wohnung ein und griff die Nebenklägerin - "immer noch" in Tötungsabsicht - mit dem Messer an. Er versetzte ihr einen mehrere Zentimeter tiefen Stich in den linken Brustkorb, der die Lunge verletzte und zu starken inneren Blutungen führte. Der Angeklagte entriss der Nebenklägerin den gemeinsamen Sohn Leon, den diese noch auf ihrem rechten Arm trug, warf ihn auf ein Sofa und versetzte der Nebenklägerin einen Stich in die linke Unterbauchseite, der zu einer 5 bis 6 cm großen äußeren Verletzung und einer zweifachen Durchtrennung des Dünndarms führte. Ohne notärztliche Versorgung wäre die Nebenklägerin binnen weniger Stunden an den Folgen der beiden Stichverletzungen durch Verbluten verstorben.

Dem Zeugen R, der dem Angeklagten nachgeeilt war, gelang es, diesen nach einem Gerangel, in dessen Verlauf die Nebenklägerin weitere, geringfügigere Verletzungen erlitt, vorübergehend zu Boden zu bringen. Die Nebenklägerin flüchtete aus der Wohnung, ging über die Treppe zwei Stockwerke tiefer. Dort setzte sie sich, durch die Verletzungen geschwächt, zu Boden und bat eine vorbeikommende Hausbewohnerin um Hilfe. Als der Angeklagte, der sich inzwischen von dem Zeugen R hatte losreißen können, mit dem Messer in der Hand hinzukam, bat die Nebenklägerin ihn flehentlich, er möge doch endlich aufhören, es sei genug. Dabei zeigte sie ihm ihre Bauchwunde, aus der Darmschlingen hervorquollen. Der Angeklagte gab nunmehr sein Vorhaben, die Nebenklägerin zu töten, auf, flüchtete mit seinem Sohn Leon, den er der Nebenklägerin entriss, in das 7. Stockwerk, von dort auf das vor dem Haus stehende Baugerüst und drohte, mit seinem Sohn hinunterzuspringen, falls die Polizei eingreife.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung und wegen Geiselnahme zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich die Nebenklägerin mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision. Sie beanstandet die Verurteilung des Angeklagten wegen einer zu ihrem Nachteil begangenen gefährlichen Körperverletzung und erstrebt insoweit eine Verurteilung wegen versuchten Mordes in zwei Fällen.

Das entgegen dem auf Aufhebung des gesamten Urteils gerichteten Revisionsantrag nach der Revisionsbegründung auf die Anfechtung der Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung beschränkte (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 3; Kuckein in KK-StPO 5. Aufl. § 344 Rdn. 5 m.w.N.) und demgemäß zulässige Rechtsmittel (§ 400 Abs. 1 StPO) hat Erfolg.

Nach Auffassung des Landgerichts hat sich der Angeklagte durch die mit Tötungsvorsatz ausgeführten Verletzungshandlungen einer "tateinheitlich begangenen" gefährlichen Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB) schuldig gemacht. Zwar liege ein "deutlicher zeitlicher Abstand" zwischen dem Würgen und dem Messerangriff auf die Nebenklägerin. Es sei aber nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, dass der Angeklagte den einmal gefassten Tötungsvorsatz zwischenzeitlich aufgegeben und einen neuen Tatentschluss für den Angriff mit dem Messer gefasst habe. Da der Angeklagte sich schließlich entfernt habe, obwohl es für ihn ein leichtes gewesen sei, weitere Verletzungshandlungen mit Tötungsvorsatz auszuführen, sei er mit strafbefreiender Wirkung von dem versuchten Totschlag zurückgetreten. Zu seinen Gunsten sei von einem unbeendeten Versuch auszugehen, weil nicht aufklärbar sei, ob der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt habe erkennen können, dass er zur Vollendung der Tat alles Erforderliche getan hatte, mithin die Verletzungen der Nebenklägerin "sicher zum Tode geführt hätten".

II. Entscheidung des BGH

Sowohl die Annahme nur einer Tat im Rechtssinne zum Nachteil der Nebenklägerin als auch die Annahme eines unbeendeten Totschlagsversuchs begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Zum Vorliegen einer Tatmehrheit

Dass der Angeklagte seinen einmal gefassten Tötungsvorsatz während des mehraktigen Tatgeschehens nicht aufgegeben hat, vermag auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen die Annahme nur einer Tat im Rechtssinne nicht zu rechtfertigen.

a. Zu den Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit

Eine natürliche Handlungseinheit und damit eine Tat im materiellrechtlichen Sinne liegt bei einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen nach der Rechtsprechung vielmehr nur dann vor, wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint (vgl. BGHSt 41, 368; BGHSt 43, 381, 387; BGH NStE Nr. 39 zu § 24 StGB, jeweils m. w. N.). Auch für die Beurteilung einzelner Versuchshandlungen als eine natürliche Handlungseinheit ist eine solche Gesamtbetrachtung vorzunehmen (st. Rspr., vgl. BGHSt 40, 75, 76). Dabei begründet der Wechsel eines Angriffsmittels nicht ohne weiteres eine die Annahme einer Handlungseinheit ausschließende Zäsur (vgl. BGHSt 40, 75, 77; 41, 368, 369). Eine tatbestandliche

Handlungseinheit endet jedoch mit dem Fehlschlagen des Versuchs (vgl. BGHSt 41, 268, 269; 44, 91, 94). Ein solcher Fehlschlag, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt (vgl. BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 228), liegt vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHSt 41, 368, 369; BGH NSTZ-RR 2002, 168), so dass ein erneutes Ansetzen notwendig ist, um zu dem gewünschten Ziel zu gelangen (vgl. BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369).

b. Zum Fehlen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Nach diesen Grundsätzen legen die bisherigen Feststellungen - unbeschadet des fortbestehenden Tötungsvorsatzes - die Annahme zweier Taten im Rechtssinne nahe, durch die sich der Angeklagte jeweils des versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung schuldig gemacht hat: Objektiv hat der Geschehensablauf durch das massive Eingreifen des Zeugen R, das schließlich zur Beendigung des für die Nebenklägerin lebensgefährdenden Würgens und dazu führte, dass der Angeklagte die Wohnung der Nebenklägerin mit dem Zeugen verließ, eine Zäsur erfahren. War der Angeklagte durch das Eingreifen des Zeugen gehindert, die Nebenklägerin weiter zu würgen oder den angestrebten Taterfolg ohne zeitliche Zäsur mit anderen bereitstehenden Mitteln - etwa dem zuvor zur Drohung eingesetzten Messer - herbeizuführen, so war der Versuch, die Nebenklägerin in deren Wohnung zu töten, fehlgeschlagen. War der Versuch, die Nebenklägerin durch Würgen zu töten, fehlgeschlagen, kommt ein strafbefreiender Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 StGB nur hinsichtlich des zweiten, mittels eines Messers begangenen Totschlagsversuchs in Betracht.

2. Zum Vorliegen eines beendeten Versuchs

Die Erwägungen, mit denen das Landgericht insoweit die Annahme eines unbeendeten, durch bloße Aufgabe der weiteren Tatausführung rücktrittsfähigen Versuchs im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB begründet hat, beruhen jedoch auf einem unzutreffenden Ansatz zur Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch.

Ein beendeter Versuch im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB, der für die Straffreiheit Gegenmaßnahmen des Täters zur Erfolgsabwendung verlangt, liegt entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht erst bei Kenntnis vom sicheren Todesverlauf (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, beendeter 4), sondern schon dann vor, wenn der Täter die naheliegende

Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt, selbst wenn er ihn nunmehr weder will noch billigt (BGHSt 31, 170, 177; 33, 295, 300). Die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die den Erfolgseintritt nach der Lebenserfahrung nahe legen, reicht aus. Sie liegt bei gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen, insbesondere bei tief in den Brust- oder Bauchraum eingedrungenen Messerstichen, deren Wirkungen der Täter, wie hier, wahrgenommen hat, auf der Hand (BGHSt 39, 221, 231 m.w.N.; vgl. auch BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, beendeter 8; BGHR aaO Versuch, unbeendeter 13; BGH NSTZ 1993, 279 f.; BGH, Urt. vom 2. Juli 1997 - 2 StR 248/97). Dies gilt auch dann, wenn der Täter bei unverändert fortbestehender Handlungsmöglichkeit mit einem tödlichen Ausgang zunächst noch nicht gerechnet hat, unmittelbar darauf jedoch erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat (BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, beendeter 12). Unbeachtlich ist deshalb, ob der Angeklagte, weil die Nebenklägerin flüchten konnte, zunächst weitere Verletzungshandlungen für erforderlich gehalten hat und er eine umfassende Kenntnis der Umstände, die nach der Lebenserfahrung den Erfolgseintritt nahe legen, erst erlangte, als ihm die nunmehr am Boden sitzende Nebenklägerin ihre Bauchverletzung zeigte, aus der Darmschlingen hervorquollen.

Ein beendeter Versuch wäre im übrigen auch dann anzunehmen, wenn sich der Angeklagte bei Aufgabe der weiteren Tatausführung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns gemacht hätte (vgl. BGHSt 40, 304, 306). Auch hiermit hätte sich das Landgericht vor einer Anwendung des Zweifelsatzes auseinander setzen müssen, denn dieser greift erst nach abgeschlossener Würdigung aller Umstände ein (vgl. BGH, Urt. vom 2. Februar 1997 - 2 StR 248/97).

3. Aufhebung und Zurückverweisung

Die Verurteilung des Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung hat daher keinen Bestand. Die insoweit gebotene Aufhebung des Urteils hat die Aufhebung auch des Ausspruchs über die Gesamtstrafe zur Folge.

Da die Sache in diesem Umfang neu zu verhandeln und entscheiden ist, bedürfen die weiteren von der Revision gegen das Urteil erhobenen Einwendungen keiner Erörterung, zumal die Ausführungen der Revision zu den Mordmerkmalen der Heimtücke, der Mordlust und der Grausamkeit in den Urteilsgründen keine Stütze finden und nach den bisherigen Feststellungen die Annahme niedriger Beweggründe fern liegt.

Standort: § 266 StGB**Problem: Pflichtverletzung**

BGH, URTEIL VOM 09.12.2004

4 STR 294/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Nach der Widervereinigung leistete die Gemeinde W. ihrer Partnergemeinde S. in Mecklenburg-Vorpommern dadurch Hilfe, dass sie den Verwaltungsjuristen A freistellte, damit dieser als Angestellter der Gemeinde W. in S. den Aufbau einer kommunalen Selbstverwaltung organisierte. Hierbei übernahm die Gemeinde W. die Entlohnung des A; nach einer Phase unentgeltlicher Überlassung zahlte die Gemeinde S. ab 1993 an W. die Bezüge, die A von W. erhalten hätte, wenn er dort weiter verbeamtet geblieben wäre. Für den Fall, dass S. kein Interesse an einer Weiterbeschäftigung des A hätte, waren Regelungen getroffen, dass A dann wieder bei W. in einer seiner früheren Tätigkeit entsprechenden Funktion beschäftigt würde.

Nach einem lokalen Skandal in S. schlug der Angeklagte, der damalige Oberbürgermeister von S., dem damals 59jährigen A vor, die politische Verantwortung zu übernehmen und seine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand zu beantragen. A war hiermit grundsätzlich einverstanden, wollte jedoch bis zum Erreichen des normalen Rentenalters (65 Jahre) nicht auf sein volles Gehalt verzichten. Da auch W. den A nicht wieder einstellen wollte und A für den Fall seiner Entlassung mit einem arbeitsgerichtlichen Streit gedroht hatte, traf der Angeklagte als Vertreter von S. zusammen mit dem Oberbürgermeister von W. und A eine Vereinbarung, nach der W. die Bezüge an A zahlen sollte, die seiner Rente entsprächen (ca. 75 % der vollen Bezüge) und die fehlenden 25 % für den Zeitraum bis zum 65. Lebensjahr des A durch eine einmalige Entschädigungszahlung der S. in Höhe von 175.000 DM ausgeglichen werden sollten.

Wegen dieser Vereinbarung war dem Angeklagten Untreue (§ 266 StGB) zum Nachteil der S. vorgeworfen worden. Das Landgericht hatte diesen jedoch freigesprochen. Der BGH bestätigte den Freispruch.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte stellen in strafrechtlichen Examensaufgaben stets einen besonders beliebten Themenbereich dar und § 266 StGB ist wegen der vielen tatbestandsspezifischen Probleme - aber auch wegen zahlreicher Parallelen zum Tatbestand des Betrugs (§ 263 StGB) - insofern ein dankbarer Anknüpfungspunkt.

Vorliegend befasst sich der BGH schwerpunktmäßig mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein pflichtwidriges Verhalten i.S.v. § 266 I StGB angenommen werden kann. Diese Voraussetzung ergibt

sich - auch wenn sie i.d.R. nicht als eigenes Tatbestandsmerkmal geprüft wird - für beiden Varianten des Untreuetatbestandes: beim Missbrauchstatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB) ist sie Teil der Prüfung des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Ein Missbrauch setzt nämlich die Verletzung der im Innenverhältnis bestehenden Pflichten voraus (BGH, NSStZ 2001, 432; Lackner/Kühl, § 266 Rn. 6 mwN). Beim Treuebruchstatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB) besteht das strafbare Verhalten gerade in der Pflichtverletzung, also dem Verstoß gegen spezifische Treuepflichten (OLG Hamm, NSStZ-RR 2000, 236; Franzheim, StV 1986, 409). Für jeden Fall der Untreue ist also von entscheidender Bedeutung, ob der Täter Treuepflichten verletzt hat. Deshalb kommt der Bestimmung des Umfangs pflichtgemäßen Handelns i.R.v. § 266 I StGB besondere Bedeutung zu (vgl. auch die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 39 ff.).

Die Anforderungen an pflichtgemäßes Handeln ergeben sich natürlich vor allem aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, so dass bei jedem Fall grundsätzlich andere Maßstäbe anzulegen sind. Im vorliegenden Fall war der Angeklagte hauptamtlicher Bürgermeister einer Gemeinde in Mecklenburg-Vorpommern, so dass sich die Frage stellt, wie die Vermögensbetreuungspflichten eines Amtsträgers ausgestaltet sind (in Examensaufgaben keine ganz seltene Konstellation). Dieser ist verpflichtet, die Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu führen (vgl. § 43 I 1 KV M-V). Insofern stellt der BGH klar, dass es eine Pflichtverletzung darstellt, wenn der Täter aus dem zu betreuenden Vermögen Zahlungen leistet, ohne dass ein entsprechender Anspruch besteht. Nach ausführlicher Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen kommt der BGH allerdings zu dem Schluss, dass das Rechtsverhältnis zwischen S. und A nach den Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) als Arbeitsverhältnis gewertet worden wäre, so dass bei einem arbeitsgerichtlichen Prozess - dessen Durchführung A bereits angekündigt hatte - vielleicht noch höhere Zahlungen zu erbringen gewesen wären als diese über die entsprechende Vereinbarung geleistet wurden. Deshalb sei eine Pflichtverletzung nicht festzustellen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht i.R.v. § 266 I StGB, insb. bei Hoheitsträgern: *BGHSt* 40, 287; 43, 293; 44, 376; *BGH*, *wistra* 1993, 61; *NSStZ* 1998, 91; *NJW* 2003, 2179; *BayObLG*, *JR* 1989, 299; *Fabricius*, *NSStZ* 1993, 414; *Haft*, *NJW* 1996, 238; *Lesch*, *ZRP* 2002, 159; *Nettesheim*, *BayVBl* 1989, 161; *Neye*, *NSStZ* 1981, 369; *Weber*, *BayVBl* 1989,

1661; Wolf, KJ 2000, 531

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die kommunalen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind als rechtliche Steuerungsnormen dazu bestimmt, einen äußeren Begrenzungsrahmen für den gemeindlichen Entfaltungs- und Gestaltungsspielraum dahin gehend zu bilden, solche Maßnahmen zu verhindern, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar sind. Den darin enthaltenen Grundsatz, dass der Staat nichts "verschenken" darf, müssen alle staatlichen und kommunalen Stellen beachten, unabhängig davon, auf welcher Grundlage sie tätig werden. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz führt zur Nichtigkeit von Verträgen, die eine Zuwendung an Private ohne Gegenleistung zum Gegenstand haben und unter keinem Gesichtspunkt als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt angesehen werden können. Strafrechtlich gilt insoweit kein anderer Maßstab.

2. Eine strafrechtlich relevante pflichtwidrige Schädigung der zu betreuenden Haushaltsmittel kommt insbesondere in Betracht, wenn ohne entsprechende Gegenleistung Zahlungen erfolgen, auf die im Rahmen vertraglich geregelter Rechtsverhältnisse ersichtlich kein Anspruch bestand. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn in einem Rechtsstreit, der durch die Zahlung vermieden wurde, möglicherweise eine Verpflichtung zu einer höheren Zahlung festgestellt worden wäre.

Sachverhalt:

Nach der Wiedervereinigung wurde die Stadt S. von der Stadt W. im Rahmen ihrer bestehenden Städtepartnerschaft durch Entsendung von Personal unterstützt. Hierzu gehörte insbesondere der Verwaltungsjurist A, der im Jahr 1988 bei der Stadt W. vom Beamten- ins Angestelltenverhältnis gewechselt war, um in leitender Funktion aufgrund eines "Privatdienstvertrages" eine höhere, der Besoldungsgruppe B 4 BBesG entsprechende Vergütung beziehen zu können. Die Stadt W. vereinbarte am 16. bzw. 14. November 1990 in einem Vertrag mit ihrer Partnerstadt einerseits sowie im Wege einer Änderung des Dienstvertrags mit A andererseits, dass dieser von der Stadt W. beurlaubt und auf unbestimmte Zeit zum Aufbau einer funktionsfähigen kommunalen Selbstverwaltung nach S. entsandt werde. Gemäß diesen Vereinbarungen war

die Stadt gegenüber A, der die Funktion eines stellvertretenden Dezernenten für das Haupt-, Personal-, Presse-, Rechnungsprüfungs-, Wirtschaftsförderungs- und Rechtsamt sowie das Frauenbüro unter besonderer Berücksichtigung der Wahrnehmung der Aufgaben der Organisations- und Hauptverwaltung übernehmen sollte, zwar weisungsbefugt; seine Rechtsstellung sollte sich jedoch weiterhin aus dem entsprechend geänderten "Privatdienstvertrag" mit der Stadt W. ergeben, die die ihm zustehenden vertraglichen Ansprüche, insbesondere geldwerter Art, unter jeglicher Freistellung der Stadt S. erfüllen sollte. Folglich bestellte die Stadt S. den seit 1. Dezember 1990 dort zunächst nur als Berater des Oberbürgermeisters tätigen A am 17. Januar 1991 zum Hauptamtsleiter, wobei ihm die ansonsten nicht vorgesehene Sonderstellung eines stellvertretenden Dezernenten übertragen wurde, während die Stadt W. wie bisher seine Vergütung entsprechend der Besoldungsgruppe B 4 BBesG nebst Nebenleistungen zahlte.

Bis Dezember 1992 - ein Jahr länger, als zunächst vereinbart - wurde der Verwaltungsjurist der Partnerstadt unentgeltlich überlassen. In der Folgezeit mußte die Stadt S. vertragsgemäß an die Stadt W. die jeweils nach den geltenden gesetzlichen oder tariflichen Bestimmungen maßgeblichen Bezüge erstatten, die an Herrn A gezahlt würden, wenn er dort in leitender Funktion (mindestens als Leiter des Haupt- und Organisationsamtes) in einem Anstellungsverhältnis zur Stadt S. stehen würde, was der gegenüber B 4 deutlich niedrigeren Besoldungsgruppe A 15 BBesG zuzüglich eines Pensionsbeitrages von 30 Prozent entsprach.

Keinen Gebrauch machten die Stadt S. und A von der in den Verträgen ebenfalls vorgesehenen Möglichkeit, dass A in den Dienst der Stadt S. übertrat, wobei die Stadt W. auch in diesem Fall die Differenz zwischen den niedrigeren Bezügen As von der Stadt S. und der bisher mit der Stadt W. vereinbarten Vergütung übernommen hätte. Gleiches hätte für die Versorgungsbezüge gegolten. Die Beendigung der Tätigkeit As bei der Stadt war in der Vereinbarung zwischen den Partnerstädten in § 6 wie folgt geregelt: "Sollte die Stadt S. Herrn A nicht in ihren Dienst übernehmen, behält sich die Stadt W. vor, diese Vereinbarung im Einvernehmen mit der Stadt S. aufzuheben und Herrn A zur Wiederaufnahme der Dienstgeschäfte bei der Stadt W. zurückzurufen. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Stadt S. auf die Beratungstätigkeit von Herrn A verzichtet oder dieser die Beendigung der Beratungstätigkeit begehrt."

Dementsprechend war § 1e der Änderung des "Privatdienstvertrages" zwischen der Stadt W. und A gefasst: "Endet die Beurlaubung dadurch, dass die Stadt S. Herrn A nicht in ihren Dienst übernimmt oder auf seine Beratungstätigkeit verzichtet, wird Herr A wieder bei der Stadt W. in einer dann festzulegenden seiner

bisherigen Tätigkeit und derzeitigen Vergütung adäquaten Funktion verwendet." 1995 zeigten sich bei einem von A als Hauptamtsleiter eingeführten Datenverarbeitungsprogramm gravierende Mängel, die zu hohen Einnahmeverlusten bei der Stadt und zu massiver öffentlicher Kritik an der Stadtverwaltung führten. Der Angeklagte als Oberbürgermeister hielt den Hauptamtsleiter aus fachlichen und gesundheitlichen Gründen für nicht mehr geeignet, die Situation zu beherrschen. Er schlug daher im September 1995 dem inzwischen 59jährigen A vor, dieser möge die politische Verantwortung für die aufgetretenen Pannen übernehmen und im Hinblick auf seine angeschlagene Gesundheit seine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand beantragen. A war hierzu aber nur bereit, wenn er finanziell keinen Nachteil gegenüber einer weiteren Beschäftigung erleiden würde. Er hatte inzwischen seinen Wohnsitz nach S. verlegt und wollte nicht nach W. zurückkehren, zumal er wusste, dass dort seine frühere Tätigkeit, bei der er die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt hatte, durchaus als problematisch angesehen worden war. Der Angeklagte ließ Ende 1995 durch das Personalamt der Stadt errechnen, dass die Stadt S. bei Weiterbeschäftigung A s jährlich ca. 140.000 DM, bis zu dessen 65. Lebensjahren also 700.000 DM aufzuwenden hätte, während die Differenz zwischen einer Vergütung nach B 4 BBesG und dem Ruhegehalt im Falle einer vorzeitigen Pensionierung jährlich 35.000 DM betragen würde, so dass zum Ausgleich dieser Differenz für fünf Jahre bis zum Erreichen des regulären Pensionsalters eine Abfindung in Höhe von 175.000 DM erforderlich würde.

Die gesundheitlichen Schwierigkeiten As steigerten sich in der Folgezeit aufgrund der beruflichen Stresssituation. Der Angeklagte teilte im März 1996 A schriftlich mit, dass er nicht mehr gewillt sei, die von diesem offenbarten Schwächen bei der Arbeitsleistung zu akzeptieren. Schon Anfang 1996 hatte der Angeklagte in einem Telefongespräch mit dem Stadtdirektor der Stadt W. die Frage der Weiterbeschäftigung As angesprochen. Hierbei wurde deutlich, dass eine Rückkehr As von Seiten der Stadt W. nicht erwünscht war. Der Angeklagte sah zwar die Möglichkeit, den Vertrag mit der Stadt W. über die Überlassung von A zu kündigen. Dann müsste dieser jedoch, wie ihm der Angeklagte in einem Schreiben vom 1. April 1996 mitteilte, darauf eingestellt sein, "in W. Dienst zu tun", wobei jedoch derzeit dort - wie ihm seitens der Stadt W. mitgeteilt worden sei - keine adäquate Einsatzmöglichkeit für ihn bestünde. Eine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand würde hingegen von den Städten W. und S. ohne weitere Verzögerung akzeptiert werden, wobei die Stadt W. im Versorgungsfalle 75 % seiner derzeitigen Bezüge zahlen würde. Für diesen Fall sicherte der Angeklagte dem A zu, dass die Stadt S. die restlichen 25 % (bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres) - insgesamt 175.000 DM - an ihn zahlen

werde, wobei er dann das Hauptamt in seinem damaligen Bestand nicht weiterführen, sondern in Teilbereichen umorganisieren wollte.

Mit Schreiben vom 24. Juni 1996 beantragte A beim Oberstadtdirektor der Stadt W. unter Hinweis auf eine ihm ärztlich bescheinigte Erschöpfungsdepression seine Versetzung in den Ruhestand zum 1. August 1996. Diesem Antrag wurde mit Bescheid vom 3. Juli 1996 entsprochen. Am 23. Juli 1996 unterzeichnete der Angeklagte als Oberbürgermeister eine Vereinbarung der beteiligten Städte "zur Vermeidung von Auseinandersetzungen im Rahmen des Verfahrens zur Versetzung von Herrn Klaus A in den Ruhestand", nach der die Stadt S. eine Ausgleichsregelung mit A treffen sollte, während die Stadt W., die diese vergleichsweise Einigung ihrerseits am 4. September 1996 unterschriftlich bestätigte, sämtliche Versorgungslasten tragen und keine Rechte aus der nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Beschäftigung von Herrn A als Hauptamtsleiter herleiten sollte. Am 23. August 1996 unterzeichneten der Angeklagte, sein Stellvertreter und A eine entsprechende Vereinbarung zwischen letzterem und der Stadt, wonach dessen Tätigkeit für die Stadtverwaltung zum 31. Juli 1996 ende und er zum Ausgleich für die mit dem vorzeitigen Ausscheiden verbundenen Nachteile eine Entschädigung in Höhe von 175.000 DM brutto erhalte, womit sämtliche Ansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis mit der Stadt S. abgegolten seien.

Der durch die Presseberichterstattung über diesen Vorfall aufmerksam gewordene Präsident des Landesrechnungshofs wies den Angeklagten Ende August 1996 schriftlich darauf hin, dass es nach seiner Auffassung für die Gewährung einer Abfindung an A keine Rechtsgrundlage gäbe und die äußerst angespannte finanzielle Situation der Stadt S. auch keine Zahlung als freiwillige Leistung erlaube. Er bat ihn daher Mitte September 1996 nachdrücklich, auf rechtswidriges Verwaltungshandeln zu verzichten. Dennoch ließ der Angeklagte am 18. Oktober 1996 den Betrag von 175.000 DM an A auszahlen. Seine Entscheidung begründete der Angeklagte am 27. September 1996 gegenüber dem Innenministerium, das ihn mit Schreiben vom 21. August 1996 darum gebeten hatte, damit, dass der gewährte Betrag auch ausweislich einer von ihm eingeholten Stellungnahme des Kommunalen Arbeitgeberverbands vom 5. September 1996 angemessen sei, A sich gegen die Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit hätte widersetzen können, was mit erheblichen zeitlichen und finanziellen Risiken verbunden gewesen wäre, und durch seine Beratertätigkeit seit 1990 "ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden (sei), der es sowohl gegenüber der Stadt W. (als auch) gegenüber A persönlich verbiete, die sich hier ergebende Problematik auf diese beiden Vertragspartner zu übertragen." Der Oberstadtdirektor von W. habe zu erkennen gegeben, dass man dies auch

nicht akzeptieren werde.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Die Strafkammer hat den Angeklagten vom Vorwurf der Untreue aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Er habe sich nicht pflichtwidrig verhalten, als er als Oberbürgermeister der Stadt S. dem dortigen Hauptamtsleiter für die Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses eine Abfindung gewährte. Mit ihrer hiergegen gerichteten Revision erstrebt die Staatsanwaltschaft die Aufhebung des freisprechenden Urteils. Das auf die Sachrüge gestützte Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat keinen Erfolg.

Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten nicht als pflichtwidrig bewertet, da dieser bei der hier allein maßgeblichen Vereinbarung vom 23. August 1996 unter angemessener Berücksichtigung der Belange der Stadt S. den ihm als Oberbürgermeister im Rahmen der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eröffneten Beurteilungsspielraum noch nicht überschritten habe. Er habe die "Interessenslage aller Beteiligten sowie die Rechtslage" berücksichtigen müssen. Sein Bestreben, die Städtepartnerschaft nicht dadurch zu belasten, dass er die Stadt W. vor ein schwer lösbares Personalproblem stellte, sei dabei ein vertretbarer Aspekt. Das bisherige faktische Verhalten der Stadt S. ließe nur den Rückschluss auf eine Weiterbeschäftigung As bis zum Erreichen seines Pensionsalters zu. Als Äquivalent zu dem vertraglich von der Stadt W. übertragenen Leistungsbestimmungsrecht als Arbeitgeber hätte die Stadt S. auch "die Pflicht, ein schutzwürdiges Vertrauen der anderen Partei z. B. in die Kontinuität der bisherigen Gestaltung der Rechtsbeziehung nicht zu enttäuschen." Insoweit hätte A nach fünf Jahren Tätigkeit in den Diensten der Stadt S. ein schutzwürdiges Vertrauen in seine Weiterbeschäftigung erlangt. Wegen dieses einmaligen Einzelfalls, der sich aus der einzigartigen Situation der Wiedervereinigung und der daraus resultierenden Aufbauhilfe ergeben habe, hätte es auch nicht aus grundsätzlichen Erwägungen heraus einer gerichtlichen Klärung bedurft, die mehrere Jahre hätte dauern können, wobei offen geblieben wäre, ob die Stadt S. nicht die errechneten 700.000 DM bis zur Pensionierung As hätte zahlen müssen.

II. Entscheidung des BGH

Dieser Würdigung ist im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung, zuzustimmen.

1. Keine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I StGB

Die dem Angeklagten als hauptamtlichen Bürgermeister (§ 37 Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern in der Fassung vom 18. Februar 1994 [KV M-V]) der Stadt S. obliegende

Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 34 m.w.N.) hat er nicht verletzt.

a. Zum Inhalt der Sorgfaltspflichten des Angeklagten

Ihm oblag es gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 KV M-V die Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu führen. Diese Grundsätze sind - wie die Strafkammer zutreffend gesehen hat - als rechtliche Steuerungsnormen dazu bestimmt, einen äußeren Begrenzungsrahmen für den gemeindlichen Entfaltungs- und Gestaltungsspielraum dahin gehend zu bilden, solche Maßnahmen zu verhindern, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar sind (OVG Rheinland-Pfalz DVBl. 1980, 767, 768; vgl. auch BVerwGE 59, 249, 252 f.; OVG Münster ZMR 1981, 224; OVG NRW DÖV 1991, 611 f.). Den darin enthaltenen Grundsatz, dass der Staat nichts "verschenken" darf (BGHZ 47, 30, 39 f. m.w.N.), müssen alle staatlichen und kommunalen Stellen beachten, unabhängig davon, auf welcher Grundlage sie tätig werden. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz führt zur Nichtigkeit von Verträgen, die eine Zuwendung an Private ohne Gegenleistung zum Gegenstand haben und unter keinem Gesichtspunkt als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt angesehen werden können (BGH Urt. v. 17. September 2004 - V ZR 339/03 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Strafrechtlich gilt insoweit kein anderer Maßstab (vgl. BGH NJW 1999, 1489, 1490).

b. Zur Pflichtverletzung durch Zahlungen ohne zugrunde liegenden Anspruch

Eine strafrechtlich relevante pflichtwidrige Schädigung der zu betreuenden Haushaltswirtschaft kommt insbesondere in Betracht, wenn ohne entsprechende Gegenleistung Zahlungen erfolgen, auf die im Rahmen vertraglich geregelter Rechtsverhältnisse ersichtlich kein Anspruch bestand (vgl. BGH NSTZ-RR 2002, 237 f.). So verhält es sich hier jedoch nicht; denn der Angeklagte musste bei der vergleichweisen Einigung mit A und der Stadt W. im Jahr 1996 damit rechnen, dass in dem von A bereits angedrohten Arbeitsrechtsstreit möglicherweise ein Arbeitsverhältnis zwischen A und der Stadt S. festgestellt worden wäre und diese daher höhere Zahlungen als die gewährte Abfindung ohne adäquate Gegenleistung an ihn hätte erbringen müssen. Im Jahr 1996 bestand das Risiko, dass bei einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung ein - gesetzlich fingiertes - Arbeitsverhältnis mit der Stadt S. gemäß Art. 1 § 1 Abs. 2, § 13 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in den bis zum 31. März 1997 geltenden Fassungen (AÜG aF) der Bekanntmachung vom 14. Juni 1985 (BGBl I 1069) bzw. der Änderung durch das Ge-

setz vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 2353, 2362) bejaht worden wäre.

aa. Zum Vorliegen eines Arbeitnehmerverhältnisses gem. Art. 1 § 1 AÜG a.F.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Art. 1 § 1 AÜG aF auf die Überlassung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung bei einem öffentlichen Arbeitgeber anwendbar (vgl. BAG Urt. v. 26. Juli 1984, EzAÜG Nr. 170). Auch wenn die Überlassung des Arbeitnehmers A an die Stadt S. seitens der Stadt W. nicht gewerbsmäßig im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG aF erfolgt war, lag jedenfalls eine vertraglich unbefristete, tatsächlich mehrjährige Überlassung zur Arbeitsleistung in der Betriebsorganisation der Stadt S. unter ihrem ausschließlichen Weisungsrecht vor (vgl. BAGE 29, 7, 10, 12 f.; 80, 46, 51 f. = AP Nr. 19 zu § 1 AÜG), die die Sechs- bzw. Neunmonatsfrist des Art. 1 § 1 Abs. 2 Alt. 3, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF bei weitem überschritt. Nach Art. 1 § 1 Abs. 2 Alt. 3 AÜG aF wurde vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden und die Dauer der Überlassung im Einzelfall die genannte Frist i.S. des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF übersteigt. Das Bundesarbeitsgericht hatte im Jahr 1990 für eine befristete, aber mehrfach verlängerte, mehrjährige Abordnung eines nach BAT vergüteten Angestellten an ein Bundesministerium entschieden, dass die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung der Vermutung einer Arbeitnehmervermittlung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF unterfällt, die allerdings widerlegbar ist (BAGE 65, 43 = NZA 1991, 268). Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1994 im Falle der Gestellung eines angestellten Lehrers durch einen eingetragenen Verein an das Bundesamt für Zivildienst bestätigt (BAGE 77, 32 = NZA 1995, 465; vgl. ferner auch BAGE 91, 200 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG mit Anm. Urban). Umgekehrt war Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, etwa ein Bundesland oder eine Kommune, ihren Arbeitnehmer einem Dritten, insbesondere einem anderen Dienstherren, unter Übertragung des Weisungsrechts nicht gewerbsmäßig überließ (vgl. Blanke Der Personalrat 1996, 49, 57 f.; ders. in Blanke/Trümner, Handbuch Privatisierung, 1998, Rdn. 924; Becker/Wulfgramm, Kommentar zum AÜG, 3. Aufl. [1985] Einleitung Rdn. 35; Düwell in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht 1. Aufl. [1997] Abschn. 4.5 Rdn. 420; so später auch BAG Urt. v. 28. Juni 2000 - 7 AZR 45/99, BB 2001, 98 f.; Raufuß, Der Gestellungsvertrag, Diss. 2000, S. 24 f.).

bb. Zur Widerlegbarkeit der Vermutung des Art. 1 § 1 AÜG a.F.

Die gesetzliche Vermutung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 Alt.

3 AÜG aF konnte zwar nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Fällen nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung im Einzelfall widerlegt werden, wenn nach der gesamten Gestaltung und Durchführung der vertraglichen Beziehungen mittels einer wertenden Gesamtbetrachtung davon auszugehen war, dass der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses auch noch nach Ablauf der nach Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF maßgeblichen Überlassungsfristen im Verhältnis zum überlassenden Arbeitgeber lag. Danach kam es insbesondere darauf an, ob die Überlassung nur "vorübergehend" (vgl. § 12 BAT, § 17 BRRG, § 29 LBG NRW) erfolgt war. Nahm der überlassene Arbeitnehmer beim Entleiher Daueraufgaben wahr, die bei einer Direktanstellung des

Arbeitnehmers eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Dauer der jeweiligen Überlassung sachlich nicht rechtfertigen könnten, so sprach dies jedoch regelmäßig für eine Schwerpunktverlagerung des Arbeitsverhältnisses (BAG NZA 1991, 269, 272, 273).

Eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung war im Falle As danach eher unwahrscheinlich. Dies gilt zumindest für den Beschäftigungszeitraum ab Dezember 1992, der der anfänglich auf ein Jahr befristeten, dann auf zwei Jahre verlängerten unentgeltlichen Überlassung folgte und für den die Verträge vorsahen, dass A entweder im Einvernehmen mit der Stadt S. zur Wiederaufnahme der Dienstgeschäfte bei der Stadt W. zurückgerufen, in ein Dienstverhältnis zur Stadt S. übertreten oder aber - wie geschehen - dieser unbefristet gegen Zahlung des oben genannten Erstattungsbetrags überlassen werden sollte. A hatte weiterhin die planmäßige Stelle des Hauptamtleiters der Stadt S. inne, ohne dass in den folgenden drei Jahren seine Rückkehr nach W. im Raume stand. Dies wird auch daraus deutlich, dass die Stadt W. in der Folgezeit keine offene Stelle für den hochdotierten Verwaltungsjuristen freihielt und dieser im Jahr 1994 mit Wissen der beteiligten Dienststellen sein Haus in W. verkaufte und in S. ein eigenes Haus bezog. Der grundsätzlich beachtliche Umstand, dass die Stadt W. ihrem Angestellten A besonderen Bestandsschutz (vgl. hierzu BAG aaO; Kokemoor NZA 2000, 1077, 1082) in der Form gewährte, dass sie ihm weiterhin ein höheres Gehalt zahlte, als er im Falle des Arbeitgeberwechsels beamtenrechtlich oder tariflich von der Stadt S. erhalten hätte, kam demgegenüber nur geringeres Gewicht zu, da die Stadt W. nach den vertraglichen Regelungen vom November 1990 für den Ausgleich des Differenzbetrages - auch hinsichtlich der Versorgungsbezüge - selbst dann aufkommen wollte, wenn A vereinbarungsgemäß in den Dienst der Stadt S. übertreten wäre.

cc. Zur Anwendbarkeit von Art. 1 § 1 AÜG a.F. auf nichtgewerbliche Arbeitnehmerüberlassung

Zwar hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1997 die Anwendung des Art. 1 § 1 Abs. 2, § 13 AÜG aF auf

die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in spezialgesetzlich geregelten Fällen der Verwaltungshilfe nach § 5 Abs. 5 AsylVerfG (BAGE 85, 234 = AP Nr. 23 zu AÜG § 1) oder im Rahmen der Zusammenarbeit von öffentlicher und freier Jugendhilfe nach dem SGB VIII (BAGE 86, 113 = AP Nr. 1 zu SGB VIII § 2) wieder eingeschränkt (zu Sonderregelungen im Öffentlichen Dienst s. Düwell aaO 2. Aufl. [2000] Abschn. 4.5 Rdn. 76a ff., 415, 420). Der erkennende Senat braucht hier jedoch nicht zu entscheiden, ob und gegebenenfalls inwieweit eine entsprechende Einschränkung aus den Regelungen über die personelle Aufbauhilfe für die Länder und Gemeinden im Beitrittsgebiet zur Bewältigung einer außergewöhnlichen Situation nach der deutschen Wiedervereinigung (vgl. Art. 15 des Einigungsvertrages; Ziffer 7 des Beschlusses der Ministerpräsidentenkonferenz am 28. Februar 1991 zur Verwaltungshilfe für die neuen Länder und deren Finanzierung, GVBl. NRW 1991, 239; § 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 des Gesetzes vom 18. Dezember 1991 zur Regelung der Zuweisungen des Landes Nordrhein-Westfalen an die Gemeinden und Gemeindeverbände und zur Regelung des interkommunalen Ausgleichs der finanziellen Beteiligung der Gemeinden am Solidarbeitrag zur Deutschen Einheit im Haushaltsjahr 1992, GVBl. NRW 1991, 577, 580; bzw. die entsprechenden Gesetze für die Haushaltsjahre 1993 [GVBl. NRW 1992, 561] und 1994 [GVBl. NRW 1993, 1006]) auch für die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im kommunalen Bereich (vgl. hierzu Hoesch DtZ 1992, 139, 140; Meyer-Hesemann VerwArch 82 [1991], 578, 583, 586 f.) gerechtfertigt gewesen wäre. Denn dem Angeklagten kann es jedenfalls nicht als Pflichtwidrigkeit angelastet werden, bei seiner Risikoabwägung im Jahr 1996 im Einklang mit der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 1 § 1 AÜG (aF), nach der verwaltungs- oder haushaltsrechtliche Gesichtspunkte auf die arbeitsrechtliche Beurteilung keinen Einfluss haben sollten (BAG NZA 1995, 465, 466), von dem Bestehen eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses zwischen A und der Stadt S. ausgegangen zu sein, dessen Aufhebung grundsätzlich die Zahlung einer Abfindung rechtfertigte.

dd. Zu den Rechtsfolgen der Vermutung gem. Art. 1 § 1 AÜG a.F.

Bei nicht zu widerlegender gesetzlicher Vermutung einer Arbeitsvermittlung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF war Art. 1 § 13 AÜG aF anwendbar, der erst durch Art. 63 Arbeitsförderungs-Reformgesetz vom 24. März 1997 (BGBl I 594, 714 f.) mit Wirkung zum 1. April 1997 gestrichen wurde. Danach konnten die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber eines Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, wenn dieses

Arbeitsverhältnis auf einer entgegen § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) ausgeübten Arbeitsvermittlung beruhte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 29, 7, 12 f.; 91, 200, 204 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG m.w.N.) begründete Art. 1 § 13 in Verbindung mit Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenen Arbeitnehmer und dem Entleiher - hier also zwischen A und der Stadt S. In diesem Fall musste der Angeklagte daher damit rechnen, dass A, der bereits angekündigt hatte, sich der Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses mit der Stadt S. im Wege eines Arbeitsgerichtsstreits zu widersetzen, in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht nur der Bestandschutz aus einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, sondern zudem ein Vergütungsanspruch gegen die Stadt S., der der Besoldungsgruppe B 4 BBesG zuzüglich Nebenleistungen und Versorgung entsprach, zugesprochen würde. Denn der in Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung entsprechend (vgl. BAG NZA 1989, 358, 359 f.; 1995, 465, 467; BAG Urt. v. 13. März 2003 – 3 AZR 160/02, AP Nr. 5 zu § 13 AÜG; Schüren AÜG 1. Aufl. [1994] § 13 Rdn. 39 f. m.w.N.) angewandte Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG aF bestimmte, dass der Leiharbeiter gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt hat. Aus dem gegebenenfalls nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF und § 4 AFG i. d. F. des BeschFG v. 26. April 1985 (BGBl I 710, 713) nichtigen Überlassungsvertrag (vgl. Düwell aaO [2. Aufl.] Rdn. 323; Schüren aaO Rdn. 118) vom 16. November 1990 hätte zudem die Stadt S. keinen Anspruch gegen die Stadt W. auf Freistellung von arbeitsrechtlichen Verbindlichkeiten gegenüber A herleiten können.

c. Keine Pflichtverletzung durch fehlende Weiterbeschäftigung des A

Eine Pflichtverletzung kann schließlich auch nicht darin gesehen werden, dass sich der Angeklagte, der als Oberbürgermeister für Personalentscheidungen nach § 22 Abs. 5 Satz 2 KV M-V i.V.m. §§ 11 Abs. 4, 6 Abs. 5 der Hauptsatzung der Stadt S. vom 20. Dezember 1994 zuständig war (vgl. Gentner in Darso/Gentner/Glaser/Meyer, Schweriner Kommentierung der KV M-V, 1. Aufl. [1995] § 22 Rdn. 24, 26) und insoweit einen Ermessensspielraum hatte, gegen eine Weiterbeschäftigung As entschied. Bedenken begegnet zwar die Erwägung des Landgerichts, das Ziel des Angeklagten, eine Trennung von A möglichst zeitnah herbeizuführen, sei auch angesichts des "politisch dringende(n) Handlungsbedarf(s)" nicht zu beanstanden. Jedoch ist der Umstand, dass der Angeklagte A seit Herbst 1995 aus fachlichen und gesundheitlichen Gründen nicht mehr für geeignet hielt, die Situation als Hauptamtsleiter zu beherrschen, und sich diese Situation im Jahr 1996 sogar noch verschärfte, ein - gerade

mit Blick auf seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Stadt S. - rechtlich nicht zu beanstandender Grund, sich von dem Angestellten in dieser leitenden Position gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung alsbald zu trennen.

2. Keine Pflichtverletzung wegen Höhe der Abfindung
Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen begründet auch die Höhe der gewährten Abfindung nicht den Untreuetatbestand. Zwar dürfen nicht - auch nicht aus Gründen der Fürsorgepflicht - Zuwendungen an Bedienstete im öffentlichen Dienst bestehende gesetzliche Regelungen außer Acht lassen oder über gesetzlich festgelegte Ansprüche hinausgehen (vgl. BGH NJW 1991, 990, 991; vgl. auch LG Berlin wistra 1996, 72 zur unzulässigen Abfindungsvereinbarung mit gekündigten Arbeitnehmern; BayObLG JR 1989, 299 zur beamtenrechtswidrigen Urlaubsabgeltung zugunsten eines Bürgermeisters). Der Angeklagte war jedoch angesichts der hier sehr schwierigen, für die Stadt S. mit erheblichen Risiken behafteten Rechtslage im Rahmen der vergleichswisen Einigung, die nicht nur den Aufhebungsvertrag vom 23. August 1996 mit A, sondern vor allem auch die damit zeitlich und inhaltlich verknüpfte Übereinkunft mit dessen Vertragsarbeitgeberin, der Stadt W., vom 23. Juli bzw. 4. September

1996 umfasste, weder gesetzlich noch tariflich gebunden, sondern bei seiner Ermessensentscheidung nur dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unterworfen. Er durfte daher in diesem Zusammenhang berücksichtigen, dass bei Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen A und der Stadt S. diese möglicherweise in der Folgezeit verpflichtet gewesen wäre, an A Bezüge zu zahlen, die diejenigen der Besoldungsgruppe B 4 BBesG entsprachen. Auch durfte der Angeklagte dem Umstand Rechnung tragen, dass nach der getroffenen Gesamtregelung die Stadt W. sämtliche mit der Versetzung As in den Ruhestand verbundenen Versorgungslasten übernahm und insoweit die Stadt S. von weiteren Zahlungspflichten befreite. Zudem wurde durch die Einigung eine ansonsten drohende Streitigkeit mit der Partnerstadt W. vermieden. In Anbetracht dieser Umstände ist die Höhe der gezahlten Abfindung, die sich im Bereich der Höchstgrenze des hier nicht bindenden § 10 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG bewegte, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, zumal auch die vom Angeklagten beim Kommunalen Arbeitgeberverband eingeholte Stellungnahme vom 5. September 1996 ergeben hatte, dass "eine Summe von 168.000 DM als Untergrenze einer üblichen Abfindung" anzusehen sei.

Standort: § 338 Nr. 6 StPO

Problem: Absprachen außerhalb der Verhandlung

BGH, URTEIL VOM 19.08.2004
3 STR 380/03 (NJW 2005, 519)

Problemdarstellung:

In einem Verfahren wegen gewerblichen Bandenbetrugs (§ 263 V StGB) hatte das Gericht einem der Angeklagten im Gegenzug für die Ableistung eines umfassenden Geständnisses zugesagt, eine Freiheitsstrafe von maximal 4 Jahren gegen ihn zu verhängen. Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung erörtert. Darüber hinaus hatte das Gericht (so jedenfalls der Vortrag des Revisionsführers) in einem Vorgespräch weiter zugesagt, sich im Urteil für eine sog. "Halbstrafenregelung" (d.h. die Möglichkeit, gem. § 57 II StGB bereits nach Verbüßung der Hälfte der Strafe (Normalfall: zwei Drittel, vgl. § 57 I StGB) den Rest der Strafe zur Bewährung auszusetzen) aussprechen zu wollen. Dies war in der Hauptverhandlung nicht erwähnt worden. Deshalb hatte einer der anderen Mitangeklagten gegen dieses Urteil Revision eingelegt, mit der er insb. die Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit (§ 338 Nr. 6 StPO) rügte. Der BGH wies diese Revision zurück.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich der Absprachen im Straf-

prozess stellen im 2. Staatsexamen einen beliebten Stoff dar; im 1. Examen werden insofern - wegen der hohen praktischen Bedeutung dieser Konstellationen - (insb. von Kandidaten mit dem entsprechenden Wahlfach) zumindest Grundkenntnisse verlangt.

Obwohl eine Verfahrensbeendigung durch eine Absprache der am Prozess beteiligten Parteien in der StPO nicht ausdrücklich vorgesehen ist, geht der BGH von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Absprache aus (BGHSt 43, 195; vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 119 ff.). Diese Absprache kann sich jedoch stets nur auf die Strafzumessung beziehen. Vereinbarungen über den Schuldpruch sind unzulässig, da die materiell-rechtliche Bewertung eines Sachverhalts der Verständigung der Parteien nicht zugänglich ist (BGHSt 43, 195, 204). Weiter darf das Gericht keine bestimmte Strafe, sondern nur eine Strafobergrenze zusagen, die schuldangemessen sein muss. Auch darf das Gericht den Angeklagten nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis drängen (ob es einen Rechtsmittelverzicht zum Teil der Absprache machen darf, darüber entscheidet gegenwärtig der Große Strafsenat des BGH, vgl. BGH, NJW 2004, 1335 (= RA 2004, 43); StV 2004, 115 (= RA 2004, 203)). Schließlich muss die Verständigung unter Mitwirkung

aller Verfahrensbeteiligten in der (öffentlichen) Hauptverhandlung stattfinden und protokolliert werden. Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung hat der BGH jedoch ausdrücklich für zulässig erklärt (BGHSt 43, 195, 206).

Die Verletzung der Grundsätze über die Öffentlichkeit der Verhandlung stellt gem. § 338 Nr. 6 StPO einen absoluten Revisionsgrund dar, d.h. das Urteil ist ohne weitere Prüfung des Beruhens aufzuheben.

Der BGH betont jedoch, dass der vom Revisionsführer gerügte Sachverhalt keine Verfahrensfehler erkennen lasse. Dass bei den Vorgesprächen die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, stelle keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes dar, da diese Vorgespräche nicht Teil der Hauptverhandlung seien und nur diese gem. § 169 GVG öffentlich sei. Auch sei der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht verletzt, wenn nur ein Teil des Inhalts der Vorgespräche in der Hauptverhandlung wiederholt und protokolliert worden sei: der Öffentlichkeitsgrundsatz verpflichte ein Gericht im Falle einer Absprache nur dazu, deren Vorliegen in der Hauptverhandlung zu erörtern, nicht jedoch die entsprechenden Vorgespräche in sämtlichen Details wiederzugeben. Tue es das nicht, so könne dies zwar zur Unwirksamkeit der entsprechenden Absprache führen, stelle aber keinen Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO dar. Schließlich sah der BGH auch keine Verletzung des Rechtes des Revisionsführers auf ein faires Verfahren (Art. 20 III GG, Art. 6 I 1 MRK). Dieser Grundsatz könne allenfalls verletzt sein, wenn der Revisionsführer über die Absprache zwischen dem Gericht und seinem Mitangeklagten gar nicht unterrichtet worden wäre, so dass er seine Verteidigung nicht entsprechend hätte anpassen können, nicht jedoch, wenn er - wie im vorliegenden Fall - nur nicht über alle Details der Absprache informiert worden sei.

Vertiefungshinweise:

□ Zu Absprachen im Strafverfahren: *BGHSt* 37, 99; 42, 46; 43, 195; 45, 51; *BGH*, *NJW* 2001, 2642; *Baier*, *NStZ* 2000, 160; *Böttcher*, *JR* 1991, 116; *Eisenberg*, *NStZ* 2001, 556; *Fahl*, *JA* 1997, 272; *Kintzi*, *JR* 1997, 77; *Lemke*, *NJ* 1998, 41; *Satzger*, *JA* 1998, 98; *Schöch*, *NJW* 2004, 3462; *Vogl*, *NJ* 1999, 493; *Weider*, *StV* 1991, 241; *Zschockelt*, *NStZ* 1996, 449

□ Zu § 338 Nr. 6 StPO: *BGHSt* 4, 279; 21, 72; 28, 341; *BGH*, *NStZ* 1993, 450; *Beck*, *NJW* 1966, 1976; *Stürner*, *JZ* 1972, 666

Leitsatz:

Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO wird weder durch den Umstand, dass Gespräche über eine Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden, noch dadurch begründet, dass das Ergebnis dieser Verständigung nicht in die öffentliche Hauptverhandlung eingeführt wird.

Sachverhalt:

Im Hauptverhandlungstermin am 27.11.2002 sagte das Gericht dem Mitangeklagten B für den Fall einer umfangreichen geständigen Einlassung zu, gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von höchstens vier Jahren zu verhängen. Nach dem Vorbringen der Revision in der Begründung vom 08.08.2003 hatten die Berufsrichter bei dem vorausgehenden Vorgespräch vom 14.11.2002, das außerhalb der Hauptverhandlung geführt worden war, dem Mitangeklagten B darüber hinaus "in Aussicht gestellt, sich im Urteil für eine Halbstrafenregelung aussprechen zu wollen". Dass ein derartiges Gespräch stattgefunden hat, ist - bislang - nicht bewiesen. In den vorgelegten anwaltlichen Erklärungen des Verteidigers des Mitangeklagten B, Rechtsanwalt Dr. M, vom 02.10.2003 und vom 23.06.2004 sowie in dessen Schreiben vom 07.08.2003 an Rechtsanwalt Ö wird zwar ausführlich über den Inhalt der Vorgespräche berichtet, über eine solche Empfehlung findet sich darin jedoch nichts. Gleiches gilt für die eingeholten dienstlichen Erklärungen der Berufsrichter und des Staatsanwalts G, die auch zum Inhalt der Vorgespräche Stellung nehmen sollten. Erst in einer kurz vor der Revisionshauptverhandlung nachgereichten Erklärung des Rechtsanwalts Dr. M vom 21.07.2004 wurde ausgeführt, dass eine entsprechende Zusage durch die Berufsrichter abgegeben worden sei. Der Bf. meint, dadurch, dass das Gericht die - in dieser Erklärung behauptete - Zusage einer "Halbstrafenempfehlung" nicht in die Hauptverhandlung eingeführt habe, sei der Öffentlichkeitsgrundsatz verletzt.

Aus den Gründen:

I. Verfahrensgeschichte

Das LG hat den Angeklagten D und den Mitangeklagten S wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in fünf Fällen und wegen Betrugs verurteilt. Es hat gegen den Angeklagten D unter Einbeziehung von zwei Einzel Freiheitsstrafen von je sechs Monaten aus einer früheren Verurteilung eine Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verhängt. Die Revision des Angeklagten D rügte die Verletzung formellen und sachlichen Rechts. Der Mitangeklagte S hat, ebenso wie die früher nach Verfahrensabtrennung abgeurteilten Mitangeklagten B und A, kein Rechtsmittel eingelegt. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

II. Zur Rüge der Verletzung von § 338 Nr. 6 StPO bzgl. B

Die Rüge der Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens nach § 338 Nr. 6 StPO im Hinblick auf verfahrensbeendende Gespräche mit dem Mitangeklagten B ist unbegründet. [...]

1. Vorgespräche nicht Teil der Hauptverhandlung

Dieser absolute Revisionsgrund ist nur gegeben, wenn

bei einer mündlichen Verhandlung die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt sind. Unter mündlicher Verhandlung ist die Hauptverhandlung im Sinne des 6. Abschnitts des Zweiten Buchs der Strafprozessordnung - §§ 226 bis 275 StPO - zu verstehen (vgl. Wickern, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 169 GVG Rdnr. 7). Die behaupteten Vorgespräche über eine "Halbstrafenempfehlung" wurden jedoch von den Beteiligten bewusst außerhalb der Hauptverhandlung geführt und waren somit nicht Teil der Hauptverhandlung. Ein zum absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO führender Verstoß gegen § 169 GVG liegt schon deshalb nicht vor (BGHSt 42, 46 [47] = NJW 1996, 1763 = NStZ 1996, 448; aus BGHSt 45, 51 = NJW 1999, 2449, ergibt sich entgegen der Auffassung des Revisionsführers nichts anderes).

2. Zur Erforderlichkeit der Einbeziehung von Verständigungsgesprächen in die Hauptverhandlung und den Folgen eines entsprechenden Verstoßes

Auch die grundlegende Entscheidung des 4. Strafsenats zur Verständigung im Strafverfahren (BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31) gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Dort wird zwar ausgeführt, dass eine Verständigung zwischen dem Gericht und den anderen Verfahrensbeteiligten, welche die Einlassung des Angeklagten und die Höhe der Strafe zum Gegenstand hatte, ungeachtet zulässiger Vorgespräche in öffentlicher Hauptverhandlung zu erfolgen habe und das Ergebnis, da es sich um einen wesentlichen Verfahrensvorgang handele, im Protokoll festzuhalten sei; anderenfalls sei der Öffentlichkeitsgrundsatz verletzt (BGHSt 43, 195 [205 ff.] = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31). Damit wird jedoch nur deutlich gemacht, dass solche Absprachen, denen durchaus Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (BGHSt 43, 195 [206] = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31) vorausgegangen sein dürfen, transparent gemacht werden müssen und in die Hauptverhandlung einzuführen sind. Dieser Auffassung hat sich auch der Senat angeschlossen (vgl. BGH, NJW 2001, 2642 = NStZ 2001, 555). Aus ihr folgt jedoch nicht, dass anderenfalls die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt sind und der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO gegeben ist. Vielmehr leidet dann die Verfahrensweise, die zur Verständigung geführt hat, an einem Mangel, der etwa zur Unwirksamkeit der Absprache führen (vgl. BGH, NJW 2001, 2642 = NStZ 2001, 555; BGHSt 45, 51 [56] = NJW 1999, 2449) oder von der an den Vorgesprächen etwa nicht beteiligten Seite zum Gegenstand von Ablehnungsgesuchen gemacht werden kann (BGHSt 42, 46 [48]).

3. Kein Verstoß gegen § 338 Nr. 6 StPO in anderen Fällen von Maßnahmen außerhalb der Hauptverhandlung

Ein solcher - hier von der Revision behaupteter -

Verfahrensmangel ist nicht anders zu beurteilen als andere Konstellationen, in denen Vorgänge, die außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben, prozessordnungswidrig nicht in diese eingeführt worden sind. Solche vergleichbaren Vorgänge sind vielfältig vorstellbar und etwa gegeben, wenn der Richter einen Hinweis auf die Veränderung der Rechtslage nur telefonisch, nicht aber entgegen § 265 I StPO in der Hauptverhandlung gibt, wenn er Beweisstoff außerhalb der Hauptverhandlung zur Kenntnis nimmt, zum Beispiel einen privaten Augenschein durchführt, einen Sachverständigen telefonisch befragt, Urkunden liest u. a., aber die Beweismittel nicht in die Hauptverhandlung einführt und entgegen § 261 StPO gleichwohl sein Urteil darauf gründet. In diesen und anderen vergleichbaren Fällen ist zwar Verfahrensrecht verletzt und der Bestand des Urteils grundsätzlich gefährdet. Der absolute Revisionsgrund der Verletzung der Öffentlichkeit greift aber, wie auch die Revision einräumt, nicht ein.

Von diesen Gestaltungen unterscheidet sich der Fall, dass der Inhalt einer Verständigung nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist, nicht so wesentlich, dass diese Unterlassung einen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz i. S. des § 338 Nr. 6 StPO begründen könnte. Die Annahme eines solchen Verstoßes rechtfertigt sich auch nicht aus dem Einfluss, den eine Verständigung auf das weitere Verfahren haben darf. Dieser ist nicht so erheblich, dass von einer weiteren Hauptverhandlung praktisch nicht mehr gesprochen werden kann und der eigentliche Verfahrensabschluss in der Absprache zu sehen ist. Denn das Gericht bleibt auch bei dieser Verfahrensgestaltung verpflichtet, die Richtigkeit des Geständnisses zu überprüfen, die zutreffende rechtliche Würdigung vorzunehmen und ungeachtet einer Höchststrafenvereinbarung sicherzustellen, dass das später ergehende Urteil materiell-rechtlich zutreffend und unter Berücksichtigung aller Umstände vertretbar ist (BGHSt 43, 195 [208] = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31).

III. Zur Rüge der Verletzung von § 338 Nr. 6 StPO bzgl. des Angeklagten S

Die entsprechende Rüge der Verletzung der Öffentlichkeit im Hinblick auf eine Verständigung mit dem Mitangeklagten S ist - abgesehen davon, dass eine Absprache mit dem Gericht nicht erwiesen ist, wie der Revisionsführer nach der Einholung dienstlicher Erklärungen eingeräumt hat -, aus den gleichen Gründen unbegründet. Soweit nunmehr nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist darauf abgestellt wird, dass der Staatsanwalt die Zusage gegeben habe, bei einem Geständnis mit seinem Antrag über ein bestimmtes Strafmaß nicht hinaus zu gehen, und diese Zusage nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden sei, gelten die [oben genannten] Grundsätze erst recht. Auf die Frage, ob der Bf. damit nach Fristablauf die Zielrich-

tung der Rüge geändert hat und ob dies zulässig war, kommt es daher nicht mehr an.

IV. Zur Rüge der Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens bzgl. des Angeklagten D

Die Rüge der Verletzung des fairen Verfahrens, weil sich der Angeklagte D mangels entsprechender Hinweise des Gerichts in seiner Verteidigung nicht auf die Verständigung mit den Mitangeklagten B und S habe einstellen können, ist nicht begründet: die Absprache mit dem Angeklagten B ist in ihrem wesentlichen Inhalt in Gegenwart des Angeklagten D erfolgt. Dass das Gericht den Angeklagten D auf die - behauptete - Zusage einer Halbstrafenempfehlung mit dem Mitangeklagten B nicht ausdrücklich hingewiesen hat, vermag

bei dieser Sachlage die Verletzung des fairen Verfahrens nicht zu begründen, da ohnehin offenkundig war, dass die Aussage dieses Mitangeklagten in Verbindung mit einer Absprache erfolgte. Hinsichtlich des Mitangeklagten S ist eine Absprache unter Beteiligung des Gerichts nicht erwiesen. Soweit es um Gespräche mit dem Staatsanwalt G über ein Höchstmaß für seinen Antrag geht, hat dieser selbst den Angeklagten D darauf hingewiesen, dass es Gespräche von ihm mit allen Angeklagten gegeben habe. Angesichts der Verfahrensumstände war somit dem Angeklagten D klar, dass dessen nunmehrige Aussagebereitschaft auf ein Gespräch zur Verfahrensbeendigung zurückzuführen war.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Art. 10, 13, 19 IV GG**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 04.02.2005
2 BvR 308/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte über die Verfassungsmäßigkeit einer Wohnungsdurchsuchung und der Beschlagnahme eines Mobiltelefons zu entscheiden, das bei der Durchsuchung gefunden wurde und dessen Daten anschließend ausgelesen wurden.

Im Hinblick auf die Durchsuchung macht das Gericht interessante Ausführungen zu der Frage, wann es wegen Gefahr im Verzug keines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses bedarf, Art. 13 II GG. Selbst wenn eine solche Eile bestehe, dürfe diese keinesfalls von der Polizei selbst verursacht worden sein.

Bei der Beschlagnahme des Mobiltelefons war zu klären, ob auch nach Abschluss der Maßnahme (das Mobiltelefon war dem Beschwerdeführer zwischenzeitlich wieder ausgehändigt worden) noch eine gerichtliche Überprüfung möglich sein müsse. Das Landgericht hatte dies in letzter Instanz mangels Rechtsschutzinteresses verneint. Das BVerfG sieht hierin einen Verstoß gegen Art. 19 IV GG. Wenn eine Maßnahme intensiv in Grundrechte eingreife - hierzu gehöre auch das Auslesen von Mobilfunkdaten -, müsse eine gerichtliche Kontrolle jedenfalls dann auch noch nachträglich möglich sein, wenn der Betroffene faktisch keine Möglichkeit habe, die Maßnahme im Vorfeld oder während ihrer Fortdauer mit Rechtsbehelfen anzugreifen.

Am interessantesten sind aber die Ausführungen zu Art. 10 GG. Nach §§ 100g, 100h StPO kann unter strengen Voraussetzungen ein Telekommunikationsdienstleister verpflichtet werden, die Telefonverbindungen eines Beschuldigten offen zu legen. Diese Maßnahme ist nach § 100g II StPO subsidiär zu anderen Erkenntnisquellen, wie hier zur Beschlagnahme eines Mobiltelefons beim Beschuldigten (Teilnehmer) selbst, dessen Karte ausgelesen werden und so auch Aufschluss über die geführten Gespräche geben kann. Das BVerfG meint nun, dass diese Alternativmaßnahmen, obwohl selbst auf anderen Vorschriften (hier: § 98 StPO) beruhend, auch den strengen Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO genügen müssten, um nicht gegen Art. 10 GG zu verstoßen, weil die Eingriffsintensität für den Betroffenen identisch sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung verbindet drei Grundrechte (Art. 10,

13 und 19 IV GG) in einem Fall und eignet sich daher hervorragend für Examensaufgaben. Der Fall lässt sich natürlich nicht nur - wie hier - öffentlich-rechtlich in eine Verfassungsbeschwerde einkleiden. Ebenso spannend wäre z.B. eine strafprozessuale Aufgabe, in der über einen Antrag nach § 98 II StPO auf Gewährung von Rechtsschutz gegen die erledigte Durchsuchung und Beschlagnahme zu entscheiden ist. Hier wäre zu erkennen, dass die Beschlagnahme eines Mobiltelefons eines Beschuldigten nicht - wie es auf den ersten Blick scheint - nur an § 98 StPO zu messen ist, sondern wegen ihrer Auswirkungen auf Art. 10 GG auch an §§ 100g, 100h StPO, wenn die Beschlagnahme nur dazu dient, an die Telefondaten des Beschuldigten zu kommen. Dies ist schon deshalb besonders wichtig, weil § 100g I StPO wesentlich strengere Voraussetzungen enthält als § 98 I StPO (z.B. Verdacht einer besonders schweren Straftat). Anders wäre es, wenn das Mobiltelefon aus anderen Gründen beschlagnahmt wird, etwa um Spuren zu sichern. Dann wäre Art. 10 GG nicht betroffen, und für ein Telefon gelten nur die Voraussetzungen des § 98 II StPO wie für jeden anderen Gegenstand auch.

Vertiefungshinweise:

- Auskunft über Telefonverbindungen zum Zweck der Strafverfolgung: *BVerfG*, RA 2003, 333 = NJW 2003, 1787; *Kugelman*, NJW 2003, 1777
- Form einer Durchsuchungsanordnung: *BVerfG*, RA 1999, 236 = StV 1999, 519

Sachverhalt:

Die Polizei ermittelte in einer Serie von Fahrzeugdiebstählen. Am 12. Juni 2003 wurde vor dem Haus, in dem der Beschwerdeführer (Bf.) eine von 15 Wohnungen bewohnte, ein Fahrzeug aufgefunden, das mit einem gestohlenen Kennzeichen versehen war. Ein anderer Bewohner des Hauses gab der Polizei auf Befragen an, der Bf. habe das Fahrzeug vor dem Haus abgestellt. Daraufhin suchten Polizeibeamte gegen 17.00 Uhr den Bf. auf, der eine Verbindung zu dem Fahrzeug abtritt. Die Polizisten befragten eine weitere Hausbewohnerin, die eine Beschreibung eines bei dem Fahrzeug gesehenen Mannes gab, die dem Aussehen des Bf. entsprach. Gegen 19.00 Uhr suchten die Polizeibeamten erneut den Bf. auf. Sie durchsuchten dessen Wohnung und nahmen ein aufgefundenes Mobiltelefon des Bf. in Beschlagnahme, um Gespräche zu ermit-

keln, die der Bf. möglicherweise mit Mittätern nach dem ersten Aufsuchen durch die Polizei geführt haben könnte. Dieses Geschehen dokumentierte ein Polizeibeamter in einem Vermerk, der als Anlage zur Festnahmeanzeige zu den Akten genommen wurde. Der Bf. wurde noch am selben Tag wieder entlassen. Die Polizei las die in dem Mobiltelefon und der SIM-Karte gespeicherten Daten, behielt die Datenaufzeichnung bei den Akten und gab das Gerät am 16. Juni 2003 dem Bf. zurück. Der Tatverdacht bestätigte sich nicht. Hiergegen beschränkt der Bf. zunächst den Rechtsweg. Das Landgericht erklärte in letzter Instanz die Durchsuchung für rechtmäßig. Eine Entscheidung über die Beschlagnahme des Mobiltelefons komme gar nicht mehr in Betracht, da mit dessen Herausgabe an den Bf. das Rechtsschutzbedürfnis entfallen sei. Eine nachträgliche Feststellung sei nicht möglich, da es sich nicht um einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff handle. Gegen diesen Beschluss des LG erhob der Bf. Verfassungsbeschwerde (Vb.).

Ist diese begründet?

Lösung:

Die Vb. ist begründet, soweit der Bf. durch den angegriffenen Beschluss des LG in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt ist. Diesbezüglich ist zwischen der Entscheidung über die Durchsuchung und der über die Beschlagnahme zu differenzieren.

A. Entscheidung über die Durchsuchung der Wohnung

Das LG hat die Durchsuchung der Wohnung des Bf. für verfassungsgemäß gehalten. Sie könnte den Bf. jedoch in Art. 13 I GG verletzen. Dann wäre auch die sie bestätigende Entscheidung des LG verfassungswidrig. Art 13 I GG ist verletzt, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

Art. 13 Abs. 1 GG gewährt einen räumlich geschützten Bereich der Privatsphäre, in dem jedermann das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 51, 97 [107]; 103, 142 [150 f.]).

Die Wohnung des Bf. stellt ein solches Refugium dar, der Schutzbereich ist betroffen.

II. Eingriff

Eine Wohnungsdurchsuchung greift in die grundrechtlich geschützte persönliche Lebenssphäre schwerwiegend ein.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, sofern die Schranken des Grundrechts ihn decken.

1. Schranken

Das BVerfG nimmt zunächst zu den Schrankenanforderungen Stellung, die Art. 13 II GG an Durchsuchungen stellt:

“Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Der persönlich und sachlich unabhängige, strikt dem Gesetz unterworfenen Richter kann die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren (vgl. BVerfGE 103, 142 [151]). Deshalb muss die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder deren Hilfsbeamte bei Gefahr im Verzug (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO), durch die ein schnelles, situationsgerechtes Handeln der Ermittlungsbehörden ermöglicht werden soll, nach Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG die Ausnahme neben der Regel richterlicher Anordnung bleiben (vgl. BVerfGE 103, 142 [153, 158]). Daraus folgen, soweit es für den hier zu entscheidenden Fall von Interesse ist, für das Verfahren der Wohnungsdurchsuchung zweierlei Anforderungen:”

a. Erreichbarkeit des Richters muss gewährleistet sein

“Die Landesjustiz- und die Gerichtsverwaltungen und die Ermittlungsrichter haben sicherzustellen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Sie müssen die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle der Wohnungsdurchsuchungen schaffen. Dazu gehört die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters - bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden, uneingeschränkt und während der Nachtzeit (§ 104 Abs. 3 StPO) jedenfalls bei einem praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf (vgl. BVerfGE 103, 142 [152, 156]; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Dezember 2003 - 2 BvR 1481/02 -, NJW 2004, S. 1442).”

b. Keine von der Polizei selbst verschuldete Eile

“Polizei und Staatsanwaltschaft müssen bei ihrem Vorgehen im Ermittlungsverfahren den Ausnahmecharakter der nichtrichterlichen Durchsuchungsanordnung beachten und gegebenenfalls die nachträgliche gerichtliche Prüfung der Durchsuchungsvoraussetzungen ermöglichen. Sie dürfen die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters nicht unterlaufen, indem sie so lange zuwarten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlustes eingetreten ist. Selbst herbeigeführte tatsächliche Voraussetzungen können die Gefahr im Verzuge und die Eilkompetenz nicht begründen. Der Durchsuchung muss in aller Regel der Versuch vorausgehen, einen Ermittlungsrichter zu erreichen und bei dessen Uner-

reichbarkeit einen Staatsanwalt (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO). Diese Bemühungen werden nicht durch den abstrakten Hinweis verzichtbar, eine richterliche Entscheidung oder die Entschließung eines Staatsanwalts seien zur maßgeblichen Zeit gewöhnlicherweise nicht mehr zu erlangen. Die handelnden Beamten, möglichst der - vorrangig verantwortliche - Staatsanwalt, haben die Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel und die tatsächlichen Umstände, auf die die Gefahr des Beweismittelverlustes gestützt wird, sowie die Bemühungen, einen Ermittlungsrichter oder bei seiner Unerreichbarkeit einen Staatsanwalt zu erreichen, in einem vor der Durchsuchung oder unverzüglich danach gefertigten Vermerk vollständig zu dokumentieren. So kann die vollständige gerichtliche Nachprüfung der Annahme von Gefahr im Verzuge gewährleistet werden (vgl. BVerfGE 103, 142 [155, 156, 159 f.).“

2. Eingriff von Schranken gedeckt

In §§ 102, 105 StPO werden die qualifizierten Voraussetzungen des Art. 13 II GG an das zur Durchsuchung ermächtigende Gesetz in verfassungskonformer Weise konkretisiert. Fraglich ist jedoch, ob die Anwendung dieser Normen auf den Fall des Bf. den o.g. verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt.

a. Richterliche Anordnung

Die grundsätzlich erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung lag hier nicht vor.

b. Gefahr im Verzug

Das BVerfG kommt zu dem Ergebnis, dass die o.g. strengen Voraussetzungen für eine Durchsuchung ohne richterliche Anordnung bei Gefahr im Verzug hier nicht vorlagen:

“Die Polizeibeamten wurden gegen 17.00 Uhr auf den von einem Zeugen benannten Bf. aufmerksam, suchten diesen auf, ließen ihn dann aber allein und unbeobachtet in seiner Wohnung zurück. Gegen 19.00 Uhr begaben sie sich erneut zur Wohnung des Bf. und durchsuchten sie. Es ist kein Grund erkennbar, der dagegen gesprochen haben könnte, vor der Durchsuchung einen Staatsanwalt zu veranlassen, bei einem Ermittlungsrichter einen Durchsuchungsbeschluss zu beantragen. Zwischen 17.00 Uhr und 19.00 Uhr musste wenigstens ein richterlicher Bereitschaftsdienst zur Verfügung stehen. Ob für den Bezirk des Amtsgerichts Bonn entsprechende Vorkehrungen getroffen waren, braucht hier nicht geprüft zu werden, denn die Polizeibeamten haben nicht einmal den Versuch unternommen, einen richterlichen Beschluss zu erwirken. Dem nach der Durchsuchung angefertigten Vermerk in der Anlage zur Festnahmeanzeige ist nicht einmal zu entnehmen, ob sich die Polizeibeamten bewusst waren, vom Regelfall einer vorherigen richterlichen Prüfung der Durchsuchungsvoraussetzungen abzuweichen. Es fin-

den sich keine Erwägungen zur besonderen Dringlichkeit der Durchsuchung und ebenso keine Erörterung zu den Gründen, die gegen den Versuch gesprochen haben könnten, vor dem zweiten Aufsuchen des Bf. einen Staatsanwalt oder, wenn dieser nicht erreichbar sein sollte, direkt den Ermittlungsrichter zu erreichen.“

Mithin war die Durchsuchung nicht von der Schranke des Art. 13 II GG gedeckt. Sie und damit auch die sie bestätigende Entscheidung des LG verletzt den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG. Die Vb. ist insoweit begründet.

B. Entscheidung über die Beschlagnahme des Mobiltelefons

I. Art. 19 IV GG

Das LG hat sich mit der Beschlagnahme des Mobiltelefons inhaltlich nicht auseinander gesetzt. Vielmehr hat es gemeint, dem Antrag des Bf. habe das Rechtsschutzbedürfnis gefehlt, weil das Telefon ihm bereits zurückgegeben worden sei und es sich bei der Beschlagnahme nicht um einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff handele. Damit hat es dem Bf. Rechtsschutz verweigert. Fraglich ist, ob dies gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verstößt.

1. Allg. Rechtsschutzinteresse nach Erledigung

Das BVerfG nimmt zum Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung erledigter Realakte wie folgt Stellung:

a. Grundsätzlich Wiederholungsgefahr erforderlich

“Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) ist es vereinbar, ein Rechtsschutzinteresse nur solange als gegeben anzusehen, wie eine gegenwärtige Beschwer ausgeräumt, einer Wiederholungsgefahr begegnet oder eine fortwirkende Beeinträchtigung beseitigt werden kann.“

b. Ausnahmen

“Darüber hinaus ist aber zu verlangen, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe gerichtlich geklärt werden können, wenn deren direkte Belastung sich auf eine Zeitspanne beschränkt, in der der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in dem von der maßgeblichen Prozessordnung vorgesehenen Verfahren kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 96, 27 [39 f.]). Auf diese Weise ist die nachträgliche gerichtliche und verfassungsgerichtliche Überprüfung eröffnet gegenüber Anordnungen einer Wohnungsdurchsuchung (Art. 13 Abs. 1 und 2 GG) (vgl. BVerfGE 96, 27 [40]) und einer Freiheitsentziehung (Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 2 und 3 GG) (vgl. BVerfGE 104, 220 [233]), gegenüber der besonders einschneidenden Art und Weise der Durchführung einer Freiheitsentziehung, wenn eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder objektive Willkür in Frage stehen (Beschlüs-

se der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Februar 2002 - 2 BvR 553/01 -, NJW 2002, S. 2699 [2700], vom 13. März 2002 - 2 BvR 261/01 -, NJW 2002, S. 2700 [2701] und vom 8. April 2004 - 2 BvR 1811/03 -, NStZ-RR 2004, S. 252 [253]) und auch gegenüber der Anordnung einer Auskunft über die Telekommunikation. Dieser letztgenannte Fall betrifft zwar ein Grundrecht, das nicht bereits im Grundgesetz selbst mit einem Richtervorbehalt versehen ist (Art. 10 Abs. 2 GG). Indes deuten der hohe Rang der Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 GG, die mit der Gewährleistung eines privaten, vor der Öffentlichkeit und der öffentlichen Gewalt verborgenen Austauschs von Nachrichten, Gedanken und Meinungen die Würde des denkenden und freiheitlich handelnden Menschen wahren (vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 100, 313 [358 f.]; Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 - 1 BvF 3/92 -, NJW 2004, S. 2213 [2215]), und der einfachgesetzliche Richtervorbehalt (§§ 100b Abs. 1, 100h Abs. 1 Satz 3, 100i Abs. 4 Satz 1 StPO) auf einen schwerwiegenden Eingriff hin, so dass auch hier die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle offen stehen muss (vgl. BVerfGE 107, 299 [337 f.])."

2. Subsumtion

Dieser Kontrolle hat sich das Landgericht verschlossen, indem es den auf die Überprüfung der Beschlagnahme des Mobiltelefons gerichteten Antrag des Bf. als unzulässig angesehen hat. Damit ist der Bf. in Art. 19 IV GG verletzt.

II. Art. 10 GG

Die Entscheidung des LG könnte zudem gegen Art. 10 GG verstoßen, wenn in der Beschlagnahme des Mobiltelefons eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) liegt.

I. Schutzbereich betroffen

"Die in einem Mobiltelefon oder auf der eingelegten SIM-Karte gespeicherten Daten geben Auskunft über Einzelheiten der abgegangenen, angenommenen und zwar empfangenen, aber nicht angenommenen Anrufe. Festgehalten werden üblicherweise die Zeit des Vorgangs und die Rufnummer des anderen Anschlusses, soweit ihre Übermittlung nicht technisch oder durch eine von dem Gegenüber vorgenommene Einstellung ausgeschlossen ist. Die Information, ob, wann und wie oft zwischen Fernmeldeanschlüssen Fernmeldeverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist, gehört zu den durch Art. 10 Abs. 1 GG gegen staatliche Kenntnisnahme abgeschirmten Kommunikationsumständen. Auch insoweit darf der Staat grundsätzlich keine Kenntnis beanspruchen, damit die Nutzung des Kommunikationsmediums in allem vertraulich möglich ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396];

100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.]; Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 - 1 BvF 3/92 -, NJW 2004, S. 2213 [2215]).

II. Eingriff

Indem sich die Polizeibeamten durch die Beschlagnahme des Mobiltelefons und das Auslesen der Daten Kenntnis von diesen vertraulichen Informationen verschafft haben, haben sie den Schutzbereich verkürzt und damit in diesen eingegriffen.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

1. Schranken

a. Qualifizierter Gesetzesvorbehalt

"Ermächtigungen zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG bedürfen nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG einer gesetzlichen Grundlage, die den Anlass, den Zweck und die Grenzen des Eingriffs bereichsspezifisch, präzise und normenklar festlegt, damit der betroffene Bürger sich darauf einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können (vgl. BVerfGE 100, 313 [359 f.]; Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 - 1 BvF 3/92 -, NJW 2004, S. 2213 [2215])."

b. Konkretisierung

"Die Kenntnisnahme von Telekommunikationsverbindungsdaten regeln die §§ 100g und 100h StPO. Der Eingriffszweck muss in der Ermittlung einer Straftat von erheblicher Bedeutung liegen (§§ 100g Abs. 1 Satz 1, 100a Satz 1 StPO). Durch richterlichen Beschluss, der bei Gefahr im Verzuge durch eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ersetzt werden kann (§§ 100h Abs. 1 Satz 3, 100b Abs. 1 StPO), können die geschäftsmäßigen Telekommunikationsdienstleister zur Auskunft über die Verbindungsdaten verpflichtet werden."

c. Ausweitung auf sonstige Maßnahmen

Im vorliegenden Fall sind aber nicht die Telekommunikationsdienstleister zur Auskunft über die Verbindungsdaten verpflichtet worden. Vielmehr wurde ein Mobiltelefon beim Nutzer beschlagnahmt und die Verbindungsdaten wurden ausgelesen. Trotzdem geht das BVerfG davon aus, dass auch solche, nach § 100g Abs. 2 StPO vorrangig zu treffende Maßnahmen den Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO genügen müssen, wenn sie den selben Zweck verfolgen, also zur Erlangung von Kenntnis über die Telefonverbin-

dungen dienen sollen:

“Mit dieser Subsidiaritätsklausel [des § 100g II StPO] lockert das Gesetz aber nicht die Anforderungen, die die §§ 100g und 100h StPO an die erzwungene Offenbarung der Verbindungsdaten stellen. Es wäre mit dem sich aus Art. 10 Abs. 2 GG ergebenden Erfordernis nach einer bereichsspezifischen, präzisen und normenklaren Begrenzung des Eingriffs nicht vereinbar, wenn die Ermittlungsbehörden auf eine andere Zwangsmaßnahme zurückgreifen könnten, an die geringere Anforderungen in Bezug auf das Anordnungsverfahren gestellt sind, um zum gleichen Ziel zu gelangen, nämlich dem unfreiwilligen Offenbaren der durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützten Daten. § 100g Abs. 2 StPO kann daher so verstanden werden, dass ein Auskunftsverlangen unzulässig ist, wenn der fragliche Sachverhalt, etwa der Aufenthaltsort des Beschuldigten, durch andere Ermittlungsmaßnahmen, die nicht auf Telekommunikationsverbindungsdaten zugreifen, aufzuklären ist. Wird aber anders als durch ein Auskunftsverlangen auf Verbindungsdaten zugegriffen, die der Betroffene vor der Kenntnisnahme durch die Ermittlungsbehörden in seinem privaten Bereich verborgen hält, so stellt § 100g Abs. 2 StPO nicht von den Beschränkungen frei, von denen ein Auskunftsverlangen abhängt.

Die auf Art. 10 Abs. 2 GG beruhende Begrenzungsfunktion der §§ 100g und 100h StPO verbietet den Ermittlungsbehörden die Umgehung der dort geregelten materiellen und verfahrensmäßigen Schranken durch die Wahl einer anderen Zwangsmaßnahme, die solchen Schranken nicht unterliegt. Besteht die begründete Vermutung, dass die den Ermittlungen dienlichen Verbindungsdaten bei dem Beschuldigten aufgezeichnet oder gespeichert sind, etwa in Einzelverbindungsdaten nachweisen der Rechnungen des Telekommunikationsdienstleisters oder in elektronischen Speichern der Kommunikationsgeräte, so darf eine Beschlagnahme

me dieser Datenträger, der Rechnungen und Geräte, nur unter den Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO erfolgen. Die durch Beschlagnahme bei dem Beschuldigten und Auswertung der beschlagnahmten Datenträger erzwungene Offenbarung von Verbindungsdaten ist daher ebenfalls auf Ermittlungsverfahren beschränkt, die sich auf Straftaten von erheblicher Bedeutung richten. Sie bedarf eines richterlichen Beschlusses, der bei Gefahr im Verzuge durch eine Anordnung der Staatsanwaltschaft, nicht aber der Polizei ersetzt werden kann.”

2. Eingriff gedeckt

Das Landgericht hat bei seinen Ausführungen zu einem über die Beendigung der Maßnahme hinausreichenden Rechtsschutzbedürfnis ausschließlich auf § 98 Abs. 2 StPO verwiesen. Es ist sich der Berührung des Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 GG durch die Beschlagnahme des Telefons und das Auslesen und Aufzeichnen der in dem Gerät gespeicherten Verbindungsdaten und der daraus folgenden Anforderungen an den Eingriff (Art. 10 Abs. 2 GG) offensichtlich nicht bewusst geworden. Im übrigen lagen hier weder eine richterliche Anordnung noch eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf Gefahr im Verzug vor. Die Entscheidung steht also auch nicht im Einklang mit Art. 10 GG. Die Vb. ist nach alledem auch bzgl. der Entscheidung über die Beschlagnahme des Mobiltelefons begründet.

C. Ergebnis

Das BVerfG wird den Beschluss insgesamt aufheben (§ 95 Abs. 2 BVerfGG) und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG), das so die Gelegenheit erhält, unter Beachtung der Auffassung des BVerfG erstmals über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme und erneut über die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung zu entscheiden.

Standort: Verbrauchsgüterkauf

Problem: Umgehung durch Agenturgeschäfte

BGH, URTEIL VOM 26.01.2005

VIII ZR 175 / 04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte in diesem Fall im Geschäftslokal eines Gebrauchtwagenhändlers einen gebrauchten PKW erworben. In dem zugrundeliegenden Kaufvertrag war ein formularmäßiger Ausschluss der Sachmängelgewährleistung enthalten, darüber hinaus war als Verkäufer nicht der Händler angegeben, sondern eine dritte Privatperson. Der Mitarbeiter des Händlers unterzeichnete den Vertrag mit dem Kürzel “i. A.”.

Als der Wagen kurz nach Lieferung Mängel zeigte, stand der Kl. vor dem Problem, dass dem vertraglichen Gewährleistungsausschluss die Wirksamkeit nur ver-

sagt werden konnte, wenn tatsächlich der Händler und nicht der angegebene Privatmann als Verkäufer einzustufen ist, vgl. § 475 I 1 BGB. Er versuchte dies bis in die Revisionsinstanz insbesondere mit der Argumentation herzuleiten, die Angabe des dritten Privatmannes sowie das Auftreten des Händlers lediglich als dessen Stellvertreter sei nur erfolgt, um sich die Möglichkeit eines wirksamen Gewährleistungsausschlusses zu erschleichen. Wegen Verstoßes gegen das Umgehungsverbot des § 475 I 2 BGB müsse sich der Bkl. deshalb behandeln lassen, als habe er den Wagen im Rahmen eines Eigengeschäfts veräußert.

Der BGH stellte hierzu klar, dass derartige Agenturgeschäfte zwar als Umgehungsgeschäfte i. S. d. § 475 I 2 BGB einzuordnen sein können, jedoch nicht gene-

rell, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände, die auf die missbräuchliche Ausnutzung der Möglichkeit sogenannter Agenturverträge hindeuten. Derartige Umstände vermochte der erkennende Senat im vorliegenden Fall nicht zu erkennen.

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende Urteil betrifft zunächst das zweifellos hochgradig examensrelevante Verbrauchsgüterkaufrecht und die Frage der richtigen Einordnung der Vertragsparteien unter die in den §§ 13, 14 BGB legaldefinierten Begriffe "Verbraucher" und "Unternehmer". Diese Aufgabe kann in Fällen, die auf die mögliche Einschaltung eines Privaten auf der Verkäuferseite nur zum Schein hindeuten, schwieriger sein, als man auf den ersten Blick annehmen mag. Darüber hinaus besteht im Rahmen der klausurmäßigen Bearbeitung eines derartigen Falles Gelegenheit, Kenntnisse im Bereich des BGB-AT nachzuweisen, da zunächst durch eine fachgerechte Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der tatsächliche Verkäufer zu ermitteln ist. Mit der nunmehr in § 311 III BGB enthaltenen Kodifizierung der früheren Rechtsprechung des BGH zur Verantwortlichkeit Dritter für ihr Verschulden bei Vertragsverhandlungen, die sie als künftige Vertragsparteien gar nicht betreffen sollten, wird eine weitere examensrelevante Problematik angesprochen, so dass die Lektüre dieser Entscheidung dringend zu empfehlen ist.

Vertiefungshinweise:

- Zur Einschaltung eines "Strohmannes" bei Abschluss eines (Verbraucher-) Kreditgeschäftes: *BGH*, RA 2002, 479 = *NJW* 2002, 2030
- Zu Agenturgeschäften im Gebrauchtwagenhandel mit kritischer Stellungnahme zu dem durch diese Entscheidung bestätigten Berufungsurteil: *Hofmann*, *JuS* 2005, 8 ff

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das gebrauchte Cabrio"
- Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"
- Assessorkurs*: "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsätze:

Agenturgeschäfte sind im Gebrauchtwagenhandel mit Verbrauchern nicht generell, sondern nur dann als Umgehungsgeschäfte anzusehen, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Gebrauchtwagenhändler als der Verkäufer des Fahrzeugs anzusehen ist. Entscheidende Bedeutung kommt hierbei der Frage zu, ob der Händler oder der als Verkäufer in Erscheinung tretende Fahrzeugeigentümer das wirtschaftliche Risiko des Verkaufs zu tragen hat.

Sachverhalt:

Der Bekl. betreibt unter dem Namen "C" einen Gebrauchtwagenhandel, für den er entsprechend - unter anderem durch In-Verkehr-Bringen von auf den Gebrauchtwagenhandel "C" lautenden Visitenkarten - wirbt. Er hatte von einem Kunden "M. Ma." aus T. einen O. Coupé in Zahlung genommen, ohne Ma. jedoch einen Mindestlös aus dem Weiterverkauf des Wagens zu garantieren. Ein Weiterverkauf unterhalb der Preisvorstellung des Ma. sollte entsprechend nur nach vorheriger Rücksprache durch den Bekl. erfolgen. Das O. Coupé fand sich in der Ausstellung des Bekl. ohne besonderen Hinweis auf dessen Absprachen mit Ma. Der Kl. erwarb am 28.10.2002 in den Geschäftsräumen des Bekl. diesen PKW zu einem Kaufpreis von 14.990,00 Euro. Der unter Verwendung eines Vertragsformulars „Kaufvertrag für den privaten Verkauf eines Kraftfahrzeuges“ des Bekl. erstellte schriftliche Kaufvertrag weist als Verkäufer "M. Ma., W.straße, T.", aus. Weiter heißt es im Vertragstext: "Das Kraftfahrzeug wird unter Ausschluss der Sachmängelhaftung verkauft - soweit nicht nachfolgend eine Garantie übernommen wird. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schadensersatzansprüche aus Sachmängelhaftung, die auf einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers beruhen, sowie bei Körperschäden. [...]"

Der Käufer erhält eine Garantie, gemäß Garantievereinbarung Nr. 44736, aus der alle Garantiebestimmungen ersichtlich sind."

Obwohl ein Mitarbeiter des Bekl. nach Darstellung des Kl. das Coupé während der Vertragsverhandlungen als unfallfrei bezeichnet hatte, wurden bei Vertragsabschluss vorhandene Unfallschäden in das Formular eingetragen. Der bei Vertragsabschluss tätige Mitarbeiter des Bekl. unterzeichnete den Vertrag in der für den Verkäufer vorgesehenen Spalte mit dem Zusatz "i. A."

Der Kl. leistete eine Anzahlung in Höhe von 990,00 Euro. Der Restkaufpreis wurde auf Vermittlung des Bekl. durch die A-Bank finanziert. Der finanzierte Restkaufpreis in Höhe von 14.000,00 Euro wurde, wie im Darlehensvertrag vereinbart, an den Bekl. gezahlt. Bei Abholung des Fahrzeugs am 12.11.2002 unterzeichneten der Kl. und der für den Verkauf zuständige Mitarbeiter des Bekl. ferner eine mit "Verkaufsanzeige/Wartungsvereinbarung" überschriebene, handschriftlich ergänzte Vereinbarung mit der Nr. 44736, aus der hervorgeht, daß die M-GmbH für die Dauer eines Jahres eine Garantie für die wesentlichen Fahrzeugkomponenten übernehme. Mit Schreiben vom 15.11.2002 rechnete der Bekl. den Weiterverkauf sodann mit Ma. ab.

Wenige Wochen nach Übergabe des Fahrzeugs forderte der Kl. den Bekl. vergeblich zur Nachbesserung von Mängeln der Elektronik des Fahrzeugs auf, die nach seiner Behauptung dazu führten, dass das Fahrzeug

liegen blieb und sich nicht mehr starten ließ. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2002 nahm der Kl. hierbei zunächst den Standpunkt ein, es habe ein Agenturgeschäft vorgelegen, so dass ein Kaufvertrag zwischen ihm und Ma. zustande gekommen sei. Der Bekl. lehnte eine Nachbesserung dementsprechend unter Hinweis darauf ab, dass er nicht der Verkäufer des Fahrzeugs sei, sondern den Kauf nur vermittelt habe. Der Kl. erklärte daraufhin gegenüber dem Bekl. den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit der Klage begehrt er die Freistellung von der Darlehensverbindlichkeit gegenüber der A-Bank sowie Ersatz verauslagter Vertrags- und Finanzierungskosten in Höhe von 3.745,23 Euro nebst Zinsen. Er hält nunmehr den Bekl. für den Verkäufer des Fahrzeugs, weil dieser ihn nicht auf eine bloße Vermittlungstätigkeit hingewiesen habe. Er ist ferner der Auffassung, das Agenturgeschäft sei ein Umgehungsgeschäft im Sinne des § 475 I 2 BGB, weil es dem Bekl. nur darum gegangen sei, Gewährleistungsrechte auszuschließen.

Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Lösung:

A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des an den Bekl. geflossenen Kaufpreises gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB haben. Dann müsste der Kl. wirksam von einem mit dem Bekl. geschlossenen Kaufvertrag zurückgetreten sein.

[Anm.: Den Sachverhaltsangaben zufolge verlangt der Kl. von dem Bekl. "Freistellung von der Darlehensverbindlichkeit gegenüber der A-Bank." Diese Freistellung könnte etwa so aussehen, dass der Bekl. den von der Bank erhaltenen Restkaufpreis i. H. v. 14.000,00 Euro an diese zurückzahlt. Bei gekoppelten Verträgen kann die gem. § 346 I BGB geschuldete Rückgewähr erhaltener Leistungen auch an Dritte zu leisten sein (vgl. Palandt/Heinrichs, § 346 Rz. 5). Insofern passt die gewählte Anspruchsgrundlage durchaus zu dem Begehren des Kl.]

I. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Der Kl. hat gegenüber dem Bekl. ausdrücklich den Rücktritt vom Kaufvertrag wegen der angeblichen Elektronikmängel des O. Coupé erklärt.

II. Rücktrittsgrund

Fraglich ist, ob auch ein Rücktrittsgrund gegenüber dem Bekl. vorlag. Dieser könnte sich §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB ergeben, wenn der Bekl. Gewährleistungspflichten aus einem mit dem Kl. geschlossenen Kaufvertrag zu Unrecht nicht nachgekommen ist.

I. Kaufvertrag

Dann müsste zwischen den Parteien ein Kaufvertrag vorliegen. Hier erscheint problematisch, wer tatsächlich als Verkäufer an dem Kaufvertrag bezüglich des O. Coupé vom 28.10.2002 beteiligt war. Insofern kommt einerseits der Bekl. in Betracht, andererseits könnte dieser allerdings auch im Namen und mit Vertretungsmacht des Ma. gehandelt haben, so dass letztgenannter gem. § 164 I BGB als Verkäufer anzusehen wäre.

a. Parteien laut Wortlaut der Vertragsurkunde

"Nach dem Inhalt des schriftlichen Kaufvertrages hat der Kl. das Fahrzeug nicht von dem Bekl., sondern von M. Ma., dessen Name und Anschrift an der dafür vorgesehenen Stelle des Formulars handschriftlich eingetragen sind, gekauft. Der Bekl. selbst erscheint in der Vertragsurkunde weder namentlich noch unter der von ihm im Geschäftsverkehr verwendeten Bezeichnung "C.". Der Mitarbeiter des Bekl., mit dem der Kl. wegen des Fahrzeugkaufs verhandelte, hat die Vertragsurkunde in der für den Verkäufer vorgesehenen Unterschriftenzeile mit dem Zusatz "i.A." unterzeichnet. Der Bekl. ist damit nach dem Vertragsinhalt eindeutig nicht als Verkäufer des Fahrzeugs in Erscheinung getreten.

Daran würde auch eine etwa vorhandene Fehlvorstellung des Kl. nichts ändern. Im übrigen hat auch der Kl. dies ursprünglich so gesehen, wie sich aus seinem an den Bekl. gerichteten Anwaltsschreiben vom 27.12.2002 ergibt. Denn in diesem Schreiben heißt es in bezug auf den Kaufvertrag:

"Es handelt sich hierbei um ein Agenturgeschäft, so dass ein Kaufvertrag zwischen M. S. (= Kl.) und M. Ma. zu Stande kam."

b. Eigengeschäft des Bekl. aufgrund der äußeren Umstände des Vertragsschlusses

Die Auslegung der Vertragserklärungen darf sich allerdings nicht auf deren Wortlaut beschränken. Vielmehr ist gem. §§ 133, 157 BGB der objektive Erklärungsgehalt zu ermitteln, wie er sich aus der Sicht eines verständigen Dritten in der konkreten Situation des Erklärungsempfängers darstellt. Hierbei sind auch die außerhalb der Erklärung selbst liegenden, dem Empfänger aber bekannten Begleitumstände zu beachten (Palandt/Heinrichs, § 133, Rz. 9, 15). Insofern könnte sich hier ein anderes Auslegungsergebnis ergeben, weil der Bekl. als Gebrauchtwagenhändler tätig ist und entsprechend geworben hat, im konkreten Fall den Kl. aber nicht darauf hingewiesen hat, dass er den Verkauf des O. Coupé nur vermitteln wolle.

"In Anbetracht des [...] auch für den Kl. eindeutigen Vertragsinhalts kommt den Begleitumständen, aus denen der Kl. nunmehr ein Eigengeschäft des Bekl. herleiten will, keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Unerheblich ist insbesondere, ob der Kl. bei den Ver-

tragsverhandlungen von dem Bekl. oder dessen Mitarbeiter darauf hingewiesen worden ist, dass der Bekl. den Fahrzeugverkauf nur vermittele. Denn ein ausreichender Hinweis darauf ist unter den hier gegebenen Umständen jedenfalls darin zu sehen, dass die von dem Mitarbeiter des Bekl. handschriftlich ergänzte und dem Kl. sodann zur Unterschrift vorgelegte Vertragsurkunde nicht den Bekl., sondern M. Ma. als Verkäufer des Fahrzeugs bezeichnet. Dasselbe gilt für den von der Revision angeführten Umstand, dass der Bekl. nach eigenen Angaben die auf seinem Betriebsgelände ausgestellten Fahrzeuge so präsentierte, dass für die Kunden nicht erkennbar war, ob der Bekl. als Verkäufer oder nur als Vermittler in Erscheinung treten wollte. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang auf die für das Unternehmen des Bekl. betriebene Werbung und auf von ihm früher verwendete Visitenkarten verweist, lässt sich daraus für die Lösung des Streitfalls schon deswegen nichts herleiten, weil der Kl. nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. nicht vorgetragen hat, dass dadurch bei ihm ein falscher Eindruck von der Geschäftstätigkeit des Bekl. entstanden sei.“

Es bleibt mithin dabei, dass nach dem Inhalt des Vertrages vom 28.10.2002 der Bekl. nicht Verkäufer des streitgegenständlichen PKW ist.

c. Eigengeschäft des Bekl. wegen generellen Verstoßes von Agenturgeschäften gegen § 475 I 2 BGB

Möglicherweise muss der Bekl. sich aber gleichwohl so behandeln lassen, als habe er das O. Coupé selbst verkauft, wenn es sich bei seiner Tätigkeit als Stellvertreter des Privaten Ma. um eine gem. § 475 I 2 BGB unzulässige Umgehung der besonderen Regelungen des Verbrauchsgüterkaufsrechtes handelt. Vereinbarungen, die den Schutz des Verbrauchers - insbesondere die Unabdingbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsregeln gem. § 475 I 1 BGB - beseitigen, sind unwirksam, ohne dass es einer besonderen Umgehungsabsicht der Vertragsschließenden bedürfte (Palandt/Putzo, § 475 Rz. 6, 8). Fraglich ist aber, ob jeder Verkauf eines Gebrauchtfahrzeuges an einen Verbraucher i. S. d. § 13 BGB, bei dem ein Händler lediglich das Geschäft vermittelt bzw. als Stellvertreter des privaten Verkäufers auftritt, als Umgehungsgeschäft i. S. d. § 475 I 2 BGB einzustufen ist.

“Der Revision kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie die Auffassung vertritt, gewerbliche Agenturverträge über den Verkauf von beweglichen Sachen Privater an Verbraucher müssten generell als Umgehungsgeschäfte im Sinne des § 475 I 2 BGB angesehen werden. Das BerGer. weist mit Recht darauf hin, dass diese Auffassung im Gesetz keine Stütze findet. Agenturgeschäfte, insbesondere im Gebrauchtwagenhandel, sind eine seit langem bekannte Erscheinung. Vor Einführung der Differenzbesteuerung (§ 25a UStG) im Jahre 1990 wurden sie vom gewerblichen

Gebrauchtwagenhandel als Gestaltungsmittel genutzt, um beim Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen den Anfall der Umsatzsteuer zu vermeiden. In der Rechtsprechung des erkennenden Senats sind sie als legitimes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anerkannt worden (Urteile vom 05.04.1978 – VIII ZR 83/77, WM 1978, 756 = NJW 1978, 1482, und vom 24.11.1980 – VIII ZR 339/79, WM 1981, 142 = NJW 1981, 388). Auch in der Diskussion um die Neufassung des Kaufrechts im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung ist für den Gebrauchtwagenhandel auf das Agenturgeschäft und die Gefahr einer Umgehung des angestrebten verstärkten Verbraucherschutzes hingewiesen worden (Reinking, DAR 2001, 8, 10). Der in diesem Zusammenhang erhobene Forderung, die Möglichkeit einer Umgehung der strengen Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs durch ein Ausweichen auf Agenturgeschäfte von vornherein zu verhindern (Reinking aaO), ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Das lässt nur den Schluss zu, dass Agenturgeschäfte auch im Bereich des gewerblichen Handels mit gebrauchten Sachen Privater jedenfalls nicht generell als Umgehungsgeschäfte im Sinne des § 475 I 2 BGB angesehen werden können (so jetzt auch Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rz. 976).“

Ein genereller Verstoß von Agenturgeschäften gegen das Umgehungsverbot des § 475 I 2 BGB ist mithin abzulehnen.

d. Verstoß gegen § 475 I 2 BGB aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls

“Nach einer im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung kann jedoch im Einzelfall eine Umgehung des für den Verbrauchsgüterkauf bezweckten Verbraucherschutzes anzunehmen sein, wenn das Agenturgeschäft missbräuchlich dazu eingesetzt wird, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verschleiern (Müller, NJW 2003, 1975, 1978 f.; May, DAR 2004, 557, 561; Hermanns, ZfS 2001, 437, 440; Faust in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 474 Rz. 7; S. Lorenz in Münch.Komm., BGB, 4. Aufl., § 474 Rz. 19, § 475 Rz. 30; Staudinger/Matuschek-Beckmann, BGB [2004], § 475 Rz. 45 ff., 49; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rz. 758; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/ Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kapitel 5 Rz. 455 sowie Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., § 3 Rz. 98, jeweils für den Fall des Weiterverkaufs eines vom Händler in Zahlung genommenen Gebrauchtwagens; anderer Ansicht - generell kein Umgehungscharakter von Agenturgeschäften - Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797; Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 475 Rz. 7; Jauernig/Berger, BGB, 11. Aufl., § 475 Rz. 6; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 200 f.).“

Demzufolge müssten sich im zu entscheidenden Fall Anzeichen für eine solche Verschleierungsabsicht des

Bekl. finden lassen.

aa. Wirtschaftliche Risikoverteilung zwischen Händler und Auftraggeber als entscheidendes Kriterium

“Entscheidende Bedeutung kommt hierbei auch nach Auffassung des Senats der Frage zu, wie bei wirtschaftlicher Betrachtung die Chancen und Risiken des Gebrauchtwagenverkaufs zwischen dem bisherigen Eigentümer des Fahrzeugs und dem Fahrzeughändler verteilt sind (so insbesondere Faust, Matusche-Beckmann und May, jeweils aaO; S. Lorenz, aaO § 475 Rz. 30). Hat der Händler etwa ein Gebrauchtfahrzeug, das er “im Kundenauftrag” weiterveräußert, dergestalt in Zahlung genommen, dass er dem Eigentümer des Fahrzeugs einen bestimmten Mindestverkaufspreis für das Altfahrzeug garantiert und ihm beim Kauf eines Neuwagens den entsprechenden Teil des Kaufpreises für das Neufahrzeug gestundet hat, so ist bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einem Ankauf des Altfahrzeugs durch den Händler auszugehen mit der Folge, dass er beim Weiterverkauf des Gebrauchtwagens als dessen Verkäufer anzusehen ist und das gleichwohl gewählte Agenturgeschäft nach § 475 I 2 BGB keine Anerkennung finden kann. Hat dagegen der Neuwagenkäufer das Risiko des Weiterverkaufs seines bisherigen Fahrzeugs zu tragen, so ist das Agenturgeschäft auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu akzeptieren; ein Umgehungstatbestand ist dann nicht anzunehmen.

Bei Zugrundelegung dieser Kriterien [...] sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Bekl. das wirtschaftliche Risiko des Verkaufs des vom Kl. erworbenen Gebrauchtwagens hätte tragen sollen. Insbesondere fehlt es danach an einer Einstandspflicht des Bekl. für einen bei dem Weiterverkauf zu erzielenden Mindestpreis. Das wirtschaftliche Risiko des Verkaufs lag daher bei dem Verkäufer Ma. . Dafür spricht ferner, dass die Abrechnung des Bekl. mit seinem Auftraggeber Ma. ausweislich der zu den Akten gelangten Ablichtung des Abrechnungsschreibens vom 15.11.2002 erst nach der Abwicklung des Verkaufs an den Kl. erfolgte und dass eine Unterschreitung des mit Ma. vereinbarten Verkaufspreises [...] nur nach Rücksprache mit dem Auftraggeber Ma. zulässig gewesen wäre. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist das BerGer. mithin rechtsfehlerfrei zu der Auffassung gelangt, dass es sich im Streitfall um ein echtes Vermittlungsgeschäft und nicht um einen nur als Agenturgeschäft deklarierten Eigenverkauf des Beklagten gehandelt hat.”

bb. Keine abweichende Beurteilung aufgrund möglicher Informationsdefizite des Käufers

“Zu Unrecht hält die Revision dem BerGer. entgegen, auf die Risikoverteilung zwischen dem Händler und seinem Auftraggeber könne deswegen nicht entscheidend abgestellt werden, weil der Verbraucher in die

Rechtsbeziehung zwischen dem Händler und dessen Auftraggeber keinen Einblick habe. Der vorliegende Rechtsstreit zeigt, dass es dem Tatrichter durchaus möglich ist, in der Gewährleistungsauseinandersetzung zwischen Verbraucher und Händler die dem Agenturgeschäft zugrundeliegenden Absprachen zwischen dem Privatverkäufer des Fahrzeugs und dem Kraftfahrzeughändler “aufzuhellen”. Es trifft auch nicht zu, dass bei Zugrundelegung der Lösung des BerGer. die Gewährleistungsrechte für den Verbraucher nahezu undurchsetzbar würden, weil er sich über die „eigentliche Rechtslage“ und damit über den richtigen Anspruchsgegner keine Klarheit verschaffen könne. Hat der Verbraucher - wie im Streitfall - nach dem Inhalt des Kaufvertrages nicht vom Händler, sondern unter dessen Vermittlung von einem Privatverkäufer gekauft, so ist aus der Sicht des Verbrauchers davon auszugehen, dass Rechte und Ansprüche wegen Mängeln der Kaufsache diesem gegenüber geltend zu machen sind. Stellt sich der Verbraucher dagegen auf den Standpunkt, nicht der Privatverkäufer, sondern der Händler sei in Wahrheit sein Vertragspartner, so ist es an ihm, Tatsachen vorzutragen und unter Beweis zu stellen, die für einen Umgehungstatbestand sprechen. Das Risiko, nur vermutete Tatsachen im Prozess nicht beweisen zu können, kann einer Prozesspartei auch unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht abgenommen werden.”

e. Zwischenergebnis

Somit liegt kein Kaufvertrag zwischen den Parteien des Rechtsstreits vor.

2. Ergebnis

Im Ergebnis fehlt es damit auch an einem Rücktrittsgrund gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB, so dass ein Rückgewähranspruch des Kl. aus § 346 I BGB ausscheidet.

B. Ansprüche des Kl. auf Schadens- bzw. Aufwendungsersatz gem. § 437 Nr. 3 i. V. m. §§ 280 ff BGB

Ansprüche des Kl. auf Schadensersatz oder auf Ersatz von in Erwartung einer ordnungsgemäßen Leistung getätigten Aufwendungen i. S. d. § 284 BGB gem. § 437 Nr. 3 i. V. m. §§ 280 ff BGB scheitern ebenso am Fehlen einer kaufvertraglichen Beziehung zwischen den Parteien des Rechtsstreits.

C. Ansprüche des Kl. wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gem. § 280 I BGB i. V. m. §§ 311 II, III, 241 II BGB

Eine Haftung des Bekl. könnte sich trotz dessen fehlender Einbeziehung in den Kaufvertrag jedoch aus § 280 I i. V. m. § 311 II, III, 241 II BGB ergeben.

Dieses wäre der Fall, wenn der Bekl. bei den Vertragsverhandlungen betreffend den Verkauf des O. Coupé besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch ge-

nommen oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages gehabt hat. In derartigen Fällen kann ein Stellvertreter oder Verhandlungsgelhilfe eines Vertragspartners nach § 311 III BGB, der die frühere Rechtsprechung zum Haftungsinstitut der c.i.c. in derartigen Fällen kodifizieren soll, für etwaige Pflichtverletzungen persönlich haften (vgl. Palandt/Heinrichs, § 311 Rz. 60, speziell zur Haftung des KfZ-Händlers Rz. 66). Voraussetzung für eine derartige Haftung wäre allerdings in jedem Fall eine Pflichtverletzung des Bekl. im Zuge der Vertragsverhandlungen.

“Die Revision vermag keine Pflichtverletzung des Bekl. aufzuzeigen, die zu einer Schadensersatzpflicht aus Verhandlungsverschulden führen könnte. Die vom Kl. behauptete unrichtige mündliche Angabe eines Mitarbeiters des Bekl., das Fahrzeug sei unfallfrei,

kann schon deswegen keine Schadensersatzpflicht des Bekl. auslösen, weil der Kl. jedenfalls durch die ausdrückliche Aufnahme der vorhandenen Unfallschäden in die von ihm anschließend unterschriebene Vertragsurkunde noch vor Abschluss des Kaufvertrages über die tatsächlich vorhandenen Unfallschäden aufgeklärt worden ist. Eine etwa vorausgegangene Verletzung einer den Bekl. treffenden Aufklärungspflicht ist somit zumindest nicht ursächlich für den Vertragsabschluss geworden und kann deshalb auch nicht Grundlage eines Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens sein, den der Kl. im übrigen auch gar nicht geltend macht.”

D. Gesamtergebnis

Da Anhaltspunkte für eine deliktische Haftung des Bekl. nicht vorliegen, bestehen keine Ansprüche des Kl. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

Standort: § 186 StGB

Problem: Ehrverletzende Tatsache

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 25.11.2004
3 Ss 81/04 (NJW 2005, 612)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte Flugblätter verteilt, in denen behauptet wurde, ein ortsansässiger Gynäkologe führe “rechtswidrige” Abtreibungen durch. Sowohl das Amts- als auch das Landgericht hatten dieses Verhalten als Üble Nachrede (§ 186 StGB) gewertet und den Angeklagten zu Geldstrafen verurteilt. Das OLG Karlsruhe hob diese Entscheidung auf und vermochte kein strafwürdiges Verhalten festzustellen.

Prüfungsrelevanz:

Die Straftaten gegen die Ehre (§§ 185 ff. StGB) gehören zwar in den meisten Bundesländern zum Prüfungstoff, sind jedoch nur sehr selten zentraler Gegenstand von Examensaufgaben. Dennoch werden Grundkenntnisse auch dieser Tatbestände als selbstverständlich vorausgesetzt und vor allem in der mündlichen Prüfung gelegentlich abgefragt.

Der vorliegende Fall bietet insbesondere Anlass zu Ausführungen zu den Delikten der Beleidigung (§ 185 StGB) und Üblen Nachrede (§ 186 StGB).

Der Tatbestand der Beleidigung, dessen Voraussetzungen in § 185 StGB selbst eigentlich gar nicht genannt werden (weshalb auch Zweifel an der verfassungsmäßigen Bestimmtheit dieser Vorschrift geäußert worden sind, vgl. BVerfGE 93, 291; Küpper, ZRP 91, 250), setzt eine Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung des Opfers voraus (BGHSt 1, 188; Lackner/Kühl, § 185 Rn. 2 ff.). Diese kann bestehen in der Äußerung eines beleidigenden Werturteils gegenüber dem Opfer selbst oder einem Dritten oder in der Behauptung einer ehrverletzenden unrichtigen Tatsa-

che gegenüber dem Opfer (vgl. BayObLG, NJW 1959, 57; Tröndle/Fischer, § 185 Rn. 5). Da der Täter im vorliegenden Fall die Flugblätter nicht an den genannten Arzt selbst verteilt hatte, war die letzte Möglichkeit nicht zu diskutieren. Ein beleidigendes Werturteil sah das OLG nicht, auch nicht in der Angabe, dass der Gynäkologe “rechtswidrige” Abtreibungen durchführe. Diese Formulierung unterstelle nicht, dass der Arzt sich nicht an geltendes Recht halte, sondern sei nur Ausdruck der Auffassung des Angeklagten, dass Abtreibungen stets gegen ein (Natur-) Recht verstießen. Hierbei beruft sich das OLG insb. auf die Rechtsprechung des BVerfG, das auch den Begriff der “rechtswidrigen” Abtreibung verwendet, selbst wenn Abtreibungen im Einklang mit dem geltenden deutschen Recht stehen (vgl. BVerfG, NJW 1993, 1751). Auch seien die Äußerungen des Angeklagten als Ausübung seines Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I GG) zu sehen, was bewirke, dass eine Strafbarkeit gem. § 185 StGB nur unter erhöhten Anforderungen angenommen werden könne, die der Angeklagte hier nicht erfülle.

Auch eine Strafbarkeit wegen Übler Nachrede (§ 186 StGB) erörtert das OLG. Dieser Tatbestand setzt voraus, dass der Täter eine ehrverletzende unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet. Insofern ist der Tatbestand übrigens identisch mit dem des § 187 StGB; der entscheidende Unterschied besteht darin, dass bei § 186 StGB die Unwahrheit der Tatsache eine objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellt, auf die sich der Vorsatz des Täters nicht beziehen muss (vgl. Tröndle/Fischer, 18 Rn. 13; Schönke/Schröder-Lenckner, § 186 Rn. 10 mwN), wogegen der Täter des § 187 StGB bzgl. der Unwahrheit der Tatsache “wider besseres Wissen” handeln muss, also insofern positive Kenntnis erforderlich ist (BayObLG, JZ 1989, 700; Lackner/

Kühl, § 187 Rn. 1). Das OLG hielt jedoch die vom Angeklagten behauptete Tatsache, der Gynäkologe führe rechtswidrige Abtreibungen durch, nicht für ehrverletzend, da dies keine Auflehnung gegen die Rechtsordnung impliziere sondern im Gegenteil bedeuten könne, dass der Arzt nach gründlicher und gewissenhafter Prüfung allen Für und Widers sich für die Durchführung von Abtreibungen entschieden habe, was ihn aber nicht als weniger ehrenhaften Menschen oder Arzt darstellen lasse.

Vertiefungshinweise:

- Zur Beleidigung durch die Behauptung, ein Arzt führe Abtreibungen durch: *BVerfG*, NJW 1993, 1751; *BGH*, NJW 2000, 3421; *Hartmann*, NStZ 1993, 483;
- Zum zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch bei Behauptung, ein Arzt führe Abtreibungen durch: *BGH*, NJW 2005, 592; *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, 2029;

Leitsatz:

Die wahrheitswidrige Behauptung über einen Frauenarzt, er führe rechtswidrige, wenn auch mit den geltenden gesetzlichen Bestimmungen in Einklang stehende straflose Abtreibungen durch, ist nicht geeignet, diesen Arzt i. S. von § 186 StGB verächtlich zu machen oder ihn in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

Sachverhalt:

A, der entschiedener Gegner von Schwangerschaftsabbrüchen ist, hat in der ersten Hälfte des Jahres 2002 ein Flugblatt erstellt und es am 14.09.2002 in der Innenstadt seiner Heimatstadt verteilen lassen. In diesem Flugblatt wird unter anderem behauptet, der Gynäkologe Dr. X führe in seiner Praxis, deren Anschrift mitgeteilt wird, rechtswidrige Abtreibungen durch. Diese Behauptung ist insoweit unwahr, als Dr. X seit 17 Jahren keine Schwangerschaftsabbrüche mehr in seiner Praxis durchführt. Direkt im Anschluss an die Behauptung der Durchführung rechtswidriger Abtreibungen wird dies dahingehend präzisiert, dass diese Abtreibungen vom deutschen Gesetzgeber erlaubt und nicht unter Strafe gestellt seien. Der insofern erforderliche "Beratungsschein" schütze vor Strafverfolgung, nicht aber vor der Verantwortung vor Gott. Darunter findet sich ein Zitat von Christoph-Wilhelm Hufeland, welches sich mit der Profession des Arztes als "Lebenserhalter" beschäftigt. A zitiert ferner "sinngemäß aus internationalen Strafgesetzen: Mord ist das vorsätzliche 'Zu-Tode-Bringen' eines unschuldigen Menschen!" und stellt fest: "Die Ermordung der Menschen in Auschwitz war rechtswidrig, aber der moralisch verkommene NS-Staat hatte den Mord an den unschuldigen Menschen erlaubt und nicht unter Strafe gestellt".

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Beleidigung gem. § 185 StGB

A könnte sich durch das Verteilen des Flugblattes wegen Beleidigung zum Nachteil des Dr. X gem. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Der Tatbestand des § 185 StGB setzt einen Angriff auf die Ehre eines Ehrträgers, also eines passiv Beleidigungsfähigen, durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung voraus (BGHSt 1, 289; 16, 63; Tröndle/Fischer, § 185 Rn. 1 mwN).

1. Taugliches Opfer (passive Beleidigungsfähigkeit)

Dr. X müsste zunächst überhaupt taugliches Opfer des § 185 StGB, d.h. er müsste passiv beleidigungsfähig sein.

Lebende natürliche Personen sind stets passiv beleidigungsfähig (BGHSt 7, 129; SK-Rudolphi, Vor § 185 Rn. 6 mwN), so dass Dr. X taugliches Opfer des § 185 StGB ist.

2. Missachtungs- oder Nichtachtungskundgabe

Durch das Verteilen des Flugblattes müsste A seine Miss- oder Nichtachtung bzgl. Dr. X kundgetan haben. Insoweit ist zu beachten, dass § 185 StGB grundsätzlich nur herabsetzende Werurteile erfasst; ehrverletzende Tatsachenbehauptungen werden von §§ 186, 187 StGB erfasst und unterfallen § 185 StGB nur, wenn es sich um unwahre Tatsachen handelt und sie gegenüber dem Opfer selbst geäußert werden (Tröndle/Fischer, § 185 Rn. 5; Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 Rn. 6).

Der BGH führt insofern zum vorliegenden Fall aus: "Die Behauptung, Dr. X führe in seiner Praxis Abtreibungen durch, ist unzweifelhaft eine - reine - Tatsachenbehauptung, da sie dem Wahrheitsbeweis uneingeschränkt zugänglich ist (zur Abgrenzung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen vgl. die Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., § 186 Rdnrn. 2 f.). Diese Tatsachenbehauptung wird aber auch nicht dadurch zum Werturteil, dass die Abtreibungen als 'rechtswidrig' bezeichnet werden (ebenso mit zutr. Begr. OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2029 [2032], im Zusammenhang mit einem zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch entsprechender Äußerungen). Die Bewertung eines - ohne Feststellung einer Indikation - nach der Beratungsregelung vorgenommenen Schwangerschaftsabbruchs als 'rechtswidrig' steht insoweit in Einklang mit der Rechtsordnung, als das BVerfG sich der gleichen Terminologie bedient (BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 = NStZ 1993, 483 L), weswegen eine entsprechende Einschätzung

per se nicht ehrenrührig sein kann. Durch die Verwendung des Adjektivs 'rechtswidrig' wird im vorgegebenen Kontext auch für den flüchtigen Leser - wobei offen bleiben kann, ob es hierauf überhaupt ankommt (vgl. hierzu BVerfGE 43, 130 [141] = NJW 1977, 799) - nicht suggeriert, Dr. X führe illegale Abtreibungen durch. Bereits auf der Vorderseite des Flugblatts direkt im Anschluss an die Behauptung der Durchführung rechtswidriger Abtreibungen wird dies nämlich dahingehend präzisiert, dass diese Abtreibungen vom deutschen Gesetzgeber erlaubt und nicht unter Strafe gestellt seien. [...] Auf der linken Seite des Flugblatts werden die Leitsätze vier und 15 der genannten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 28.05.1993 (BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751) betreffend die Rechtswidrigkeit des indikationslosen Schwangerschaftsabbruchs wiedergegeben. Darunter findet sich ein Zitat von Christoph-Wilhelm Hufeland, welches sich mit der Profession des Arztes als 'Lebenserhalter' beschäftigt. Der Angeklagte zitiert ferner 'sinngemäß aus internationalen Strafgesetzen: Mord ist das vorsätzliche 'Zu-Tode-Bringen' eines unschuldigen Menschen!' und stellt fest: 'Die Ermordung der Menschen in Auschwitz war rechtswidrig, aber der moralisch verkommene NS-Staat hatte den Mord an den unschuldigen Menschen erlaubt und nicht unter Strafe gestellt'.

Bereits die Interpretation dieser Äußerungen muss der Bedeutung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung - Art. 5 I 1 GG - gerecht werden (vgl. hierzu BVerfGE 43, 130 [141] = NJW 1977, 779 [800], u. BVerfG, NJW 1999, 2262 [2263] = StraFo 1999, 166 [168]). Der Angeklagte hält offenbar jede Form der Abtreibung für naturrechtswidrig und will eine Änderung - Verschärfung - der geltenden gesetzlichen Regelungen der §§ 218 ff. StGB erreichen. Vor diesem Hintergrund ist die Bezugnahme auf den 'NS-Staat' zu sehen. Hiermit soll erkennbar dem Rechtspositivismus eine Absage erteilt und zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staat trotz Schaffung entsprechender Gesetze nicht die Macht hat, über Recht und Unrecht in einem moralischen, naturrechtlichen Sinne zu entscheiden. Mit Dr. X als Arzt, der - vermeintlich - Abtreibungen durchführt, hat diese Äußerung nichts zu tun. Auch das 'sinngemäße' Zitat aus den 'internationalen Strafgesetzen' beschäftigt sich nicht mit Dr. X, sondern bringt die subjektive Überzeugung des Angeklagten hinsichtlich der allgemeinen Geltung eines auch den menschlichen Embryo umfassenden Tötungsverbots zum Ausdruck.

Anderes gilt für das Zitat von Hufeland insoweit, als drucktechnisch hervorgehoben wird, dass 'der Arzt ... zum gefährlichsten Menschen im Staate' wird, der sich anmaßt, in irgendeiner Form eine Entscheidung gegen das Leben zu fällen und nach dieser Entscheidung zu handeln. Dadurch, dass der Angeklagte vom 'Arzt' spricht, der durch den Beratungsschein vor Strafe ge-

schützt ist, bringt er zum Ausdruck, dass er der Auffassung ist, dass ein 'Arzt', der Abtreibungen vornimmt, diese Bezeichnung nicht verdient. Durch diese Äußerungen will der Angeklagte sicherlich zum Ausdruck bringen, dass er einen Arzt, der Abtreibungen durchführt, gering schätzt. Im Rahmen der Interpretation des strafrechtlichen Beleidigungstatbestands darf aber der Begriff der Beleidigung nicht soweit ausgedehnt werden, dass die Erfordernisse des Ehrschutzes überschritten werden oder für die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit kein Raum bleibt (so ausdr. BVerfG, NJW 1999, 2262 [2263] = StraFo 1999, 166 [168]). Hierbei ist zu beachten, dass die vorliegend in Rede stehenden Äußerungen des Angeklagten im Rahmen eines Beitrags zur politischen Willensbildung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden, fundamentalen Frage, bei der es um den Schutz des Lebensrechts Ungeborener geht, erfolgten. Es besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit darüber, dass in diesen Fällen nach Art. 5 I 1 GG in einer freiheitlichen Demokratie Meinungsäußerungen auch dann toleriert werden müssen, wenn die geäußerte Meinung extrem erscheint (zum Vergleich des Holocaust mit 'Babycaust': BGH, NJW 2000, 3421 = VersR 2000, 1162 [1164]; OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2029 [2032]), wobei letztlich dahinstehen kann, ob die Akzeptanz solcher Äußerungen bereits zum Ausschluss des Beleidigungstatbestands führt oder aber über die Anwendung von § 193 StGB, der als Ausprägung von Art. 5 GG zu verstehen ist (BGHSt 12, 287 [293] = NJW 1959, 636) und eine umfassende Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall verlangt (vgl. nur BVerfG, NJW 1992, 2815; NJW 1999, 2262 [2263]; NJW 2000, 199 [200]; BGHSt 18, 182 [184] = NJW 1963, 665; BGHSt 36, 83 [89] = NJW 1989, 365), den Äußerungen die Rechtswidrigkeit nimmt. Bei Äußerungen im politischen Meinungskampf und in allen Angelegenheiten von öffentlichem Interesse nimmt das BVerfG (vgl. nur BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415) - zu Recht - eine prinzipielle Vermutung zu Gunsten der Meinungsfreiheit an. Abwertende Äußerungen sind in diesem Rahmen angesichts der heutigen Reizüberflutung auch dann hinzunehmen, wenn sie einprägsame und starke Formulierungen enthalten, sofern sie nur im Einzelfall nicht unverhältnismäßig erscheinen (st. Rspr.; BVerfGE 24, 278 [286]), was auch für Äußerungen ad personam gilt (vgl. die Rspr.-Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., § 193 Rdnr. 17).

Einschränkungen erfährt der Vorrang der Meinungsfreiheit allerdings dann, wenn der Angegriffene durch die kritischen Äußerungen in seiner Menschenwürde tangiert wird oder es sich um so genannte 'Schmähekritik' handelt, das heißt um herabsetzende Äußerungen, bei denen es nicht mehr um die Sache geht, sondern die Diffamierung der Person des Angegriffenen im Vordergrund steht (BVerfG, NJW 1991, 1529 [1530])

= AfP 1991, 387 [389]; BVerfGE 93, 266 [284] = NJW 1995, 3303 [3310]; BVerfG, NJW 1999, 2358 [2359]; BGH, NJW 2000, 3421 = VersR 2000, 1162 [1164], u. NJW 2002, 1192 [1194]).

Dr. X wird durch die Bezeichnung als 'Arzt', der zum 'gefährlichsten Menschen im Staate' werden kann, nicht in seiner Menschenwürde beeinträchtigt, noch handelt es sich hierbei um 'Schmähekritik'. Die vorliegenden Formulierungen sind nicht unverhältnismäßig und nicht grob überzogen. Sie halten sich in jeder Hinsicht innerhalb dessen, was im Rahmen der Meinungsfreiheit hingenommen werden muss (sehr viel weitergehend: BGH, NJW 2000, 3421 = VersR 2000, 1162 [1164]; OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2029 [2032]; BGH, NJW 2002, 1192 [1994])."

Die Äußerungen in dem Flugblatt stellen also keine Miss- oder Nichtachtungskundgabe i.S.v. § 185 StGB dar.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 185 StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen Übler Nachrede gem. § 186 StGB

A könnte sich durch das Verteilen des Flugblattes wegen Übler Nachrede zum Nachteil des Dr. X gem. § 186 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Taugliches Opfer

Dr. X ist passiv beleidigungsfähig (s.o.), so dass er taugliches Opfer einer Tat gem. § 186 StGB ist.

2. Tathandlung

A müsste in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet haben.

Behaupten bedeutet, etwas als nach eigener Überzeugung richtig hinstellen (OLG Köln, NJW 1963, 1634; Tröndle/Fischer, § 186 Rn. 8), Verbreiten hingegen ist das Mitteilen einer Tatsache als Gegenstand fremden Wissens (BGHSt 18, 182; Schönke/Schröder-Lenckner, § 186 Rn. 8). A hat in dem Flugblatt erklärt, Dr. X führe rechtswidrige Abtreibungen durch, ohne auf eine fremde Quelle hinzuweisen, so dass er es als nach eigener Überzeugung richtig hingestellt hat. Er hat dies also i.S.v. § 186 behauptet. Auch handelt es sich bei der Behauptung, Dr. X führe rechtswidrige Abtreibungen durch, um eine Tatsache (s.o.). Schließlich behauptete A diese Tatsache gegenüber den Lesern des Flugblattes in Beziehung auf Dr. X, so dass das für § 186 StGB erforderliche Dreiecksverhältnis (vgl. OLG Köln, NJW 1964, 2121; Tröndle/Fischer, § 186 Rn. 10) gegeben ist.

Eine taugliche Tathandlung i.S.v. § 186 StGB liegt somit vor.

3. Ehrverletzende Tatsache

Die von A behauptete Tatsache, Dr. X führe rechtswidrige Abtreibungen durch, müsste weiter geeignet sein, Dr. X verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

Der BGH lehnt dies ab: "Wenn aber nach den bisherigen Ausführungen eine Strafbarkeit nach § 185 StGB ausscheidet, wobei der Wahrheitsgehalt der potenziell ehrverletzenden Äußerungen schon deswegen unerheblich ist, weil - rein - wertende Äußerungen einem Wahrheitsbeweis nicht zugänglich sind, kann es im Folgenden nur noch darauf ankommen, ob die Behauptung, Dr. X führe Abtreibungen durch, als solche ehrverletzend sein kann, wobei - wie oben bereits dargestellt - der Bezeichnung der Abtreibungen als 'rechtswidrig' keine eigenständige Bedeutung zukommt.

Die Strafbarkeit nach § 186 StGB setzt nämlich nicht nur eine unwahre Tatsachenbehauptung voraus - welche nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils insoweit vorliegt, als Dr. X in seiner Praxis in den vergangenen 17 Jahren keine Abtreibungen vorgenommen hat -, sondern diese unwahre Behauptung müsste auch geeignet sein, Dr. X verächtlich zu machen bzw. in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Da es sich bei dieser Eignung um ein Tatbestandsmerkmal handelt, müsste als Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 186 StGB dessen Vorliegen positiv festgestellt werden können.

Zwar entfaltet das vom Angeklagten hergestellte und verbreitete Flugblatt eine gewisse 'Prangerwirkung' (vgl. hierzu BGH, NJW 2003, 2011 [2012] = VersR 2003, 777 [778]; BVerfGE 97, 391 [408] = NJW 1998, 2889 [2892]; BVerfG, NJW 1999, 2358 [2359]; BGH, BGHR BGB § 1004 Abs. 1 Persönlichkeitsrecht 2 = NJW 1994, 124 = ZIP 1993, 1801 [1804]; DtZ 1994, 343 [345] = BGHR, BGB § 823 Abs. 1 Persönlichkeitsrecht 19); hieraus können sich für Dr. X als Arzt und als Privatperson negative Konsequenzen ergeben. Ob er durch das Flugblatt in seinen Rechten - seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht - verletzt ist, und ihm deswegen nach §§ 823, 1004 BGB ein Unterlassungsanspruch zusteht, hat der Senat aber nicht zu entscheiden. Entscheidungserheblich ist vorliegend lediglich die objektive Eignung der Äußerung zur Ehrverletzung. Die Äußerung über Dr. X, er führe Abtreibungen durch, muss geeignet sein, ihn als Person und Arzt in seinem Geltungsanspruch herabzuwürdigen bzw. ihn verächtlich zu machen.

Abtreibungen - die es zu allen Zeiten unter den verschiedensten rechtlichen Bedingungen gegeben hat - sind nicht gänzlich zu verhindern, weil sich schwangere Frauen in besonders belasteten Situationen befinden können, in denen sie unter keinen Umständen bereit sind, ein Kind zur Welt zu bringen. Auf der anderen Seite gebietet die Schutzpflicht für das ungeborene Leben, die Anzahl der vorgenommenen Abbrüche möglichst zu minimieren. Vor diesem Hintergrund

sind die Entscheidung des BVerfG vom 28. 5. 1993 (BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751) und die darauf basierende, derzeit geltende Regelung der §§ 218 ff. StGB zu sehen. Nach diesen Normen kommt der Mitwirkung des den Schwangerschaftsabbruch - freiwillig - vornehmenden Arztes eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Ohne ärztliche Beteiligung ist eine rechtliche Konzeption, die einen möglichst weit reichenden Lebensschutz auch für das ungeborene Kind gewährleisten soll, nicht denkbar. So weist das BVerfG ausdrücklich auf die dem Arzt in einem Schutzkonzept einer Beratungsregelung zukommende elementare Funktion hin (BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 [1762 f.]). Würden alle Ärzte von dem ihnen nach § 12 SchKG zustehenden Recht der Verweigerung der Teilnahme an einem Schwangerschaftsabbruch Gebrauch machen, hätte dies zwangsläufig zur Folge, dass fest zur Abtreibung entschlossene Frauen den Weg in die Illegalität nähmen, was es auf jeden Fall zu verhindern gilt. Dann aber kann das Handeln eines Arztes, der sich - möglicherweise nach langer Gewissensprüfung und unter Hintanstellen eigener, persönlicher Moral- und Wertvorstellungen um der Rechtsgemeinschaft und der Durchsetzung ihrer Grundsätze willen - bereit

erklärt, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, nach objektiver Beurteilung nicht geeignet sein, ihn in der öffentlichen Meinung verachtenswert erscheinen zu lassen.

Der Angeklagte stellt mit keiner Äußerung auf dem Flugblatt in Abrede, dass Dr. X zu der Gruppe solcher Ärzte gehören mag. Eine möglicherweise unehrenhafte Motivation für sein Handeln unterstellt er ihm nicht." Die Tatsachenbehauptung des A ist also nicht geeignet, Dr. X verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 186 StGB

C. Strafbarkeit des A wegen Verleumdung gem. § 187 StGB

Aus demselben Grund wie bei § 186 StGB - kein ehrverletzender Charakter der Tatsachenbehauptung - scheidet auch eine Strafbarkeit gem. § 187 StGB aus.

D. Endergebnis

A ist nicht strafbar.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Franz, Thorsten: "Der Kommunalverfassungsstreit"
Fundstelle:	Jura 2005, 156 (Heft 3)
Inhalt:	Als Kommunalverfassungsstreit wird die gerichtliche Auseinandersetzung zwischen Gemeindeorganen oder Organteilen der selben Gemeinde bezeichnet. Da die VwGO den Organstreit nicht explizit regelt, wirft diese Konstellation viele Fragen zur Klageart, zur Klagebefugnis, zur Beteiligtenfähigkeit u.v.m. auf. Der Autor geht diesen sehr ausführlich und anschaulich nach.

Autor/Titel:	Ehlers, Dirk: "Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle"
Fundstelle:	Jura 2005, 168 (Heft 3)
Inhalt:	Der Autor behandelt den Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO, der im Examen immer wieder anlässlich der Kontrolle von Satzungen nach dem BauGB (§ 47 I Nr. 1 VwGO; Beispiel: Bebauungsplan) oder Landes-Rechtsverordnungen (§ 47 I Nr. 2 VwGO i.V.m. landesrechtlicher Umsetzungsklausel; jüngstes Beispiel: Kampfhundeverordnungen) vorkommt, anhand vieler kleiner Beispielfälle sehr anschaulich und umfassend.

Autor/Titel:	Wernsmann, Rainer: "Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage"
Fundstelle:	DVBl 2005, 276 (Heft 5)
Inhalt:	Die RA hat kürzlich über die ins Wanken gekommene Rechtsprechung des BVerwG zum "Grundsatz der Ämterstabilität" bei der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage berichtet (BVerwG, RA 2004, 165 = DVBl 2004, 317). Der Autor nimmt sich dieses Themas an, stellt die Entwicklung der Rechtsprechung bis zu ihrem aktuellen Stand dar und nimmt eine kritische Bewertung derselben vor.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Röthel, Anne: "Herstellungsverträge und Eigentumsordnung"
Fundstelle:	NJW 2005, 625 (Heft 10)
Inhalt:	Die Autorin nimmt die zum 01.01.2002 in Kraft getretene Neufassung des § 651 BGB, nach der nunmehr jegliche Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen grundsätzlich dem Kaufrecht unterstellt werden, zum Anlass, die Vereinbarkeit der daraus resultierenden Vertragspflichten mit der sachenrechtlichen Zuordnung des erzeugten Produktes zu beleuchten.

Autor/Titel:	Köster, Eva: "Konkurrenzprobleme im neuen Kaufmängelrecht"
Fundstelle:	JURA 2005, 145 (Heft 3)
Inhalt:	Der Aufsatz greift aus dem alten Schuldrecht bekannte Konkurrenzproblematik hinsichtlich des Verhältnisses der Mängelgewährleistungsregeln zum Haftungssystem des allgemeinen Schuldrechts auf und untersucht, inwieweit diese Probleme fortbestehen oder gelöst wurden. Er bietet bei dieser Gelegenheit einen verständlichen Überblick über nach wie vor bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten sowie über unterschiedliche Meinungsstände hinsichtlich der Zuordnung verschiedener Schadensposten zu den neu geschaffenen Anspruchsgrundlagen insbesondere aus §§ 437 Nr. 3 BGB i.V.m. 280 f. BGB.

Autor/Titel:	Clemenz, Susanne: "Das einstweilige Verfügungsverfahren im Arbeitsrecht"
Fundstelle:	NZA 2005, 129 (Heft 3)
Inhalt:	Das Arbeitsrecht zählt in seinen Grundzügen ebenso zum Pflichtstoff der Examensprüfungen, wie Kenntnisse im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilprozess (Arrestverfahren, §§ 916 ff ZPO und einstweilige Verfügungen, §§ 935 ff ZPO). Im Rahmen einer Wahlfachprüfung oder einer Examenshausarbeit ist durchaus eine Verknüpfung dieser Themengebiete möglich, da § 62 II 1 ArbGG die Regelungen der §§ 916 ff ZPO im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren für anwendbar erklärt (vgl. für das Beschlussverfahren § 85 II ArbGG). Da der vorliegende Aufsatz das einstweilige Verfügungsverfahren aus der Sicht der Praxis beleuchtet, empfiehlt er sich besonders für Referendare zur Lektüre, kann aber auch im Falle einer entsprechenden Hausarbeit einen schnellen Zugriff auf diese Materie ermöglichen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Quentin, Andreas: "Kein 'Heimtückemord' bei objektiv gegebener Notwehrlage?"
Fundstelle:	NStZ 2005, 128 (Heft 3)
Inhalt:	Der Autor setzt sich mit einer aktuellen BGH-Entscheidung (NStZ 2003, 425 (= RA 2003, 399; 2005, 129), in der der BGH eine Arglosigkeit des Opfers mit der Begründung verneint hatte, dieses begehe gerade eine Erpressung und müsse deshalb mit einem Angriff des Erpressten rechnen. Der Autor kritisiert diese Rechtsprechung - durchaus nachvollziehbar - indem er ihr vorwirft, dass sie eine erforderliche Tatsachenfeststellung durch eine Fiktion ersetze.

Autor/Titel:	Hofmann, Manfred: "Die Online-Durchsuchung - staatliches 'Hacken' oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?"
Fundstelle:	NStZ 2005, 121 (Heft 3)
Inhalt:	Die Vorbereitung und Durchführung von Straftaten findet heute immer häufiger im Internet statt; außerdem speichern Straftäter die zu Ihrer Überführung erforderlichen Daten immer häufiger selbst auf Rechnern, die an das Internet angeschlossen sind. Insofern gibt es durchaus ein Bedürfnis dafür, online auf Rechner zuzugreifen und deren Datenbestand sichten zu können - die sog. "Online-Durchsuchung". Der Verfasser stellt in diesem Aufsatz nicht nur die Notwendigkeit dieser Maßnahme dar, sondern diskutiert insb. ausführlich verschiedene Ermächtigungsgrundlagen. Sehr lesenswert.

Autor/Titel:	Eisele, Jörg: "Übungshausarbeit Strafrecht: Vetternwirtschaft in Münchhausen"
Fundstelle:	Jura 2005, 204 (Heft 3)
Inhalt:	In dieser Hausarbeit werden neben Amtsdelikten (§§ 331 ff. StGB) vor allem klassische Vermögensdelikte (§§ 263, 266 StGB) im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Gemeinderatsmitgliedern und der Vergabe öffentlicher Aufträge angesprochen, so dass sich durchaus Parallelen zu der in diesem Heft besprochenen BGH-Entscheidung vom 09.12.2004 (Az.: 4 StR 294/04) finden lassen.