

## Öffentliches Recht

### Standort: Verkehrszeichen

### Problem: Bekanntgabe, Erkennbarkeit

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 25.11.2004  
5 A 850/03 (NWVBL 2005, 176)

#### **Problemdarstellung:**

In der Entscheidung des OVG NRW ging es um die Frage, welche Anforderungen an die Erkennbarkeit eines Verkehrszeichens zu stellen sind. Ist es für den Verkehrsteilnehmer nicht erkennbar, ist es nämlich nicht wirksam geworden, kann mithin auch nicht als Grundlage für die Ahndung von Verstößen (Bußgelder oder wie hier Abschleppen mit anschließendem Kostenbescheid) herangezogen werden. Das Gericht stellt fest, dass

- an die Erkennbarkeit der Verkehrszeichen für den ruhenden Verkehr geringere Anforderungen zu stellen seien als im fließenden Verkehr, weil der Parkende eine eigene Erkundigungs- und Informationspflicht über die bestehenden Parkregelungen habe,
- das Verkehrszeichen nicht nur beim Aufstellen, sondern wegen seiner Eigenschaft als Dauer-VA die ganze Zeit über erkennbar sein müsse und
- eventuelle Unklarheiten über die Erkennbarkeit zu Lasten der Behörde gingen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Verkehrszeichen, die nach heute ganz h.M. Verwaltungsakte in Form von Allgemeinverfügungen darstellen (§ 35 S. 2 VwVfG, vgl. zum Streit über die Rechtsnatur die Vertiefungshinweise), bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Bekanntgabe, § 41 VwVfG. Grundsätzlich bedeutet Bekanntgabe den behördlich veranlassten Zugang beim Betroffenen. Dass dies bei Allgemeinverfügungen nicht möglich ist, liegt auf der Hand. Für diese wird daher häufig auf die öffentliche Bekanntgabe (§ 41 III 2 VwVfG) zurückgegriffen.

Für Verkehrszeichen hatte die Rspr. ursprünglich vertreten, dass sie - ihre Erkennbarkeit, nicht aber tatsächliche Kenntnisnahme vorausgesetzt - dem Verkehrsteilnehmer beim erstmaligen Herannahen bekannt gegeben werden und für ihn solange wirksam bleiben, wie sie fortbestehen. Bei jedem neuen Herannahen sollte es sich dann nur noch um eine sogen. "wiederholende Verfügung" ohne eigenen Regelungscharakter handeln (BVerwGE 27, 181; 59, 221). Mittlerweile geht das BVerwG jedoch im Anschluss an eine Entscheidung des OVG Münster davon aus, dass ein Ver-

kehrszeichen bereits mit dem Aufstellen gegenüber jedermann wirksam wird, also unabhängig vom Herannahen (BVerwGE 102, 316, 318; OVG NRW, NJW 1990, 2385). Hierfür spricht § 45 IV StVO, der eine anderweitige Bekanntgabe zulässt, "sofern die Aufstellung von Verkehrszeichen [...] nicht möglich ist." Offen geblieben ist lediglich die i.d.R. rein akademische Frage, ob es sich dabei um eine besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe nach § 41 III 2 VwVfG handelt oder die StVO das VwVfG insgesamt verdrängt.

Die Unterschiede zwischen alter und jetziger Rechtsprechung zeigen sich insbesondere im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten: Wird das Verkehrszeichen mit Aufstellen bekannt gegeben, lässt sich mit dem Wortlaut des § 70 I VwGO gut vertreten, dass in diesem Moment für jedermann die Widerspruchsfrist beginnt (die mangels Rechtsmittelbelehrung nach § 58 I, II VwGO ein Jahr beträgt). Käme es auf das Herannahen an, würde erst beim erstmaligen Passieren des Verkehrszeichens die Frist beginnen, und zwar für jeden einzelnen Passanten gesondert. Beides ist nicht ideal: Im letzteren Fall würde nie Rechtssicherheit eintreten, im ersteren Fall wird die Rechtsschutzmöglichkeit arg verkürzt. Zieht jemand bspw. in eine neue Stadt um, müsste er (vorbehaltlich §§ 70 II, 60 VwGO) das Halteverbot vor seiner neuen Wohnung trotz unterstellter Rechtswidrigkeit gegen sich gelten lassen, wenn es seit mehr als einem Jahr besteht, obwohl er überhaupt keine Möglichkeit hatte, dieses vor Fristablauf anzufechten, ja auch nur zur Kenntnis zu nehmen. Gegen diese unschöne, von der aber h.M. durchaus gebilligte Konsequenz werden in der Literatur gelegentlich Stimmen laut, die dies mit Art. 19 IV GG für nicht vereinbar halten (z.B. Bitter/Konow, NJW 2001, 1386).

In jedem Fall genügt aber für die Bekanntgabe das Aufstellen auch nach jetziger Rspr. nur dann, wenn ein durchschnittlich sorgfältiger Passant das Verkehrszeichen "mit einem raschen und beiläufigen Blick" (- so wörtlich BVerwGE 102, 316, 318) erkennen konnte. Hierzu sollte man sich merken, dass dies - jedenfalls nach dem vorliegenden Beschluss des OVG NRW - nur für den fließenden Verkehr gilt, während für den ruhenden Verkehr dem Passanten eine Erkundigungspflicht auferlegt wird, an die Erkennbarkeit also deutlich geringere Anforderungen gestellt werden.

**Vertiefungshinweise:**

- Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verkehrszeichen: *VGH Kassel*, RA 1999, 457 = NJW 1999, 2057; *Rinze*, NZV 1999, 399; *Klenke*, NWVBI 1994, 288
- Verkehrszeichen als Verwaltungsakt: *BVerwGE* 27, 181; 59, 221; 92, 32; 97, 214; *BayVGH*, NVwZ 1984, 383; *Prutsch*, JuS 1980, 566
- Verkehrszeichen als Rechtsverordnung: *BayVGH*, NJW 1978, 1988; *Renck*, JuS 1967, 545; *Obermayer*, NJW 1980, 2387
- Klagebefugnis gegen Verkehrszeichen: *BVerwG*, RA 2004, 312 = DVBI 2004, 518

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Die defekte Parkuhr"
- Examenskurs* : "Das mobile Halteverbot"

**Leitsätze:**

**1. Damit straßenverkehrsrechtliche Ge- und Verbote die ihnen zuge dachte Wirkung entfalten können, ist die zuständige Behörde gehalten, die Erkennbarkeit der jeweiligen straßenverkehrsrechtlichen Regelung zu gewährleisten.**

**2. Lässt sich nicht mehr aufklären, ob der Verkehrsteilnehmer bei Aufbringung der gebotenen Sorgfalts- und Informationspflicht das Verkehrszeichen erkennen konnte, geht dies zu Lasten der Behörde, die die Abschleppmaßnahme veranlasst hat und zur Deckung ihres Aufwands Gebühren erhebt.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger ist Halter eines Pkw, den er zur Nachtzeit seitlich einer Toreinfahrt auf der Fahrbahn parkte. Dort befindet sich eine weiße Grenzmarkierung für Halt- und Parkverbote (Zeichen 299), die nach Vortrag des Klägers zum Zeitpunkt des Parkvorgangs auf Grund Abnutzung nur noch in Farbresten vorhanden und daher - was vom Beklagten bestritten wird - bei Dunkelheit nicht mehr erkennbar war. Ein Beamter des Beklagten ließ das Kraftfahrzeug des Klägers am folgenden Morgen abschleppen, da es einen Sattel-schlepper hinderte, durch die Toreinfahrt zu gelangen. Der Eigentümer des angrenzenden Grundstücks überstrich die Grenzmarkierung wenige Wochen nach dem Abschleppvorgang mit weißer Farbe. Der Beklagte setzte gegenüber dem Kläger eine Verwaltungsgebühr für das Abschleppen fest. Die hiergegen nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage wies das VG ab. Die Berufung des Klägers hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Die dem Gebührenbescheid zu Grunde liegende Abschleppmaßnahme war rechtswidrig. Das Kraftfahrzeug des Klägers war verkehrsordnungsgemäß abge-

stellt. Insbesondere lag kein Verstoß gegen ein Halt- oder Parkverbot vor, der das Vorgehen des Beklagten hätte rechtfertigen können.

**I. Verstoß gegen § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO**

Das Parken war nicht unzulässig nach § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO. Danach ist das Parken vor Grundstücksein- und ausfahrten verboten. Das jeweilige Verbot erstreckt sich nach dem Wortlaut der Vorschrift jedoch nicht auf weiteren Straßenraum neben den Ein- bzw. Ausfahrten (vgl. auch Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 35.Aufl., 1999, StVO, § 12 RdNr. 47). Entsprechend dem Zweck dieses Parkverbots, die Anlieger vor Behinderungen in der Benutzung der Einfahrt zu ihrem Grundstück und der Ausfahrt von ihm durch parkende Fahrzeuge zu schützen, genügt es daher grundsätzlich, dass die Fahrbahn in der Breite einer normalen Torausfahrt freigehalten wird (vgl. OLG Karlsruhe, Die Justiz 1979, 237). Verlangen besondere örtliche Gegebenheiten sowie die Art des zu erwartenden Zufahrtverkehrs im Einzelfall die Freihaltung eines längeren Fahrbahnabschnitts, so muss dies für den Verkehrsteilnehmer erkennbar sein (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.).

Das Kraftfahrzeug des Klägers stand nicht unmittelbar vor der Ein- und Ausfahrt, sondern so versetzt, dass für den normalen Straßenverkehr die Zu- und Abfahrt problemlos möglich war. Für den Kläger war jedenfalls bei Außerachtlassung der Grenzmarkierung nicht erkennbar, dass eine weitere Fläche jenseits des durch weiße Streifen markierten Ein- und Ausfahrtbereichs zur Vermeidung von Behinderungen freizuhalten wäre.

**II. Verstoß gegen § 12 Abs. 3 Nr. 8 Buchst. d StVO**

Das Parken war ebenfalls nicht gem. § 12 Abs. 3 Nr. 8 Buchst. d StVO verboten, da es an einer wirksamen Grenzmarkierung für ein Parkverbot (Zeichen 299) fehlte. Offen bleiben kann, ob der Parkverbotsbereich nach § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO wirksam nur durch eine durchgehende Markierung des erweiterten Parkverbotsbereichs - also auch vor der Ein- und Ausfahrt selbst (so BayObLG, VRS 62, 145 f.; siehe auch OLG Köln, VRS 82, 140) oder auch durch eine bloße Markierung der Flächen, um die die Parkverbotszone erweitert werden soll (so OLG Karlsruhe, a.a.O.), gekennzeichnet werden kann.

**1. Erkennbarkeit der Regelung**

Auch wenn keine durchgehende Markierung erforderlich ist, soweit auf andere Weise deutlich wird, welcher Parkverbotsbereich jeweils verlängert wird, so muss die Markierung jedenfalls so beschaffen sein, dass sie für den Verkehrsteilnehmer bei Aufbringen der im Verkehr gebotenen Sorgfalt erkennbar ist. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, dass straßenverkehrsrechtliche Ge- und Verbote so angebracht sein müssen,

dass der sorgfältig handelnde, dem Gebot des § 1 StVO folgende Verkehrsteilnehmer die Anordnung ohne weitere Überlegung eindeutig erfassen kann (vgl. OVG NRW, DÖV 1991, 120 f.).

### 2. Erstreckung auf die gesamte Geltungsdauer

Dieses Erfordernis gilt nicht nur bei der erstmaligen Anbringung. Damit die Ge- und Verbote fortdauernd die ihnen zuge dachte Wirkung entfalten können, ist die zuständige Behörde gehalten, die ausreichende Erkennbarkeit der jeweiligen straßenverkehrsrechtlichen Regelungen zu wahren und zu erhalten. Kommt die zuständige Behörde dem nicht nach, und werden die Regelungen aufgrund Abnutzung oder Witterungseinflüssen derart unkenntlich, dass die Erkennbarkeit im oben beschriebenen Sinne nicht mehr gegeben ist, so verlieren sie ihre Wirksamkeit (vgl. OLG Stuttgart, VRS 95, 441, 442). Dabei sind an die Sichtbarkeit von Verkehrszeichen, die den ruhenden Verkehr betreffen, niedrigere Anforderungen zu stellen als an solche des fließenden Verkehrs. Einen Verkehrsteilnehmer, der sein Kfz abstellt, treffen dementsprechend andere Sorgfalts- und Informationspflichten hinsichtlich der maßgeblichen örtlichen Verkehrsregelungen als einen Teilnehmer am fließenden Verkehr (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 11.6.1997 - 5 A 4278/95).

### 3. Beweislast bei der Behörde

Lässt sich nicht (mehr) aufklären, ob der Verkehrsteilnehmer bei Aufbringen der danach gebotenen Sorgfalts- und Informationspflicht das Verkehrszeichen wahrnehmen und erkennen konnte, gereicht dies der Behörde zum Nachteil, die zum Zwecke der Vollstreckung die Abschleppmaßnahme veranlasst hat und nunmehr zur Deckung ihres Aufwands Gebühren erhebt. Sie trägt die materielle Beweislast dafür, dass die

rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Vollstreckungsmaßnahme erfüllt waren.

So liegt der Fall hier. Der Senat vermag nicht die notwendige Gewissheit zu gewinnen, der Kläger habe die Grenzmarkierung bei Abstellen seines Kfz in der Nacht auch bei Aufbringen der gebotenen Sorgfalt erkennen können. Der Kläger hat vorgetragen, auf der Fahrbahn hätten sich lediglich Farbreste befunden, die er in der Nacht aufgrund der Dunkelheit nicht habe wahrnehmen können. Dagegen hat der die Abschleppmaßnahme veranlassende Beamte des Beklagten erklärt, die Grenzmarkierung sei als solche gut zu erkennen gewesen. Für den Senat ist nicht feststellbar, welche dieser widersprechenden Aussagen richtig ist. Zwar hat der Kläger ein gewichtiges Eigeninteresse, die Erkennbarkeit der Grenzmarkierung zu bestreiten. Indes spricht der Umstand, dass wenige Wochen nach dem hier streitigen Abschleppvorgang ein Nachzeichnen der Grenzmarkierung für nötig befunden wurde, zumindest für einen entsprechenden Erneuerungsbedarf, mag diese Maßnahme auch nicht von der zuständigen Behörde durchgeführt worden sein. Das Gericht hat ebenfalls keinen Grund, an der Glaubwürdigkeit des Beamten der Beklagten zu zweifeln. Freilich beruht dessen Aussage, die Grenzmarkierung sei gut zu erkennen gewesen, nicht auf eigener Wahrnehmung zur Nachtzeit, sondern ausschließlich auf seiner Einschätzung am Morgen. Dabei hat er zwar nach eigenem Bekunden einerseits die Sichtbehinderung aufgrund Dunkelheit bzw. Dämmerung, andererseits die dort vorhandene Straßenbeleuchtung berücksichtigt. Es bleibt jedoch ungewiss, ob der Beamte bei Tageslicht den Einfluss dieser Umstände auf die Erkennbarkeit der Markierung zur Nachtzeit genau abschätzen konnte.

## Standort: Polizei- und Ordnungsrecht

## Problem: Zustandsstörer

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 06.09.2004  
13 A 3802/02 (NWVBL 2005, 177)

### Problemdarstellung:

Im Beschluss des OVG NRW ging es um die Frage, welche Anforderungen an die Inanspruchnahme als Zustandsstörer nach dem Polizei- und Ordnungsrecht der Länder zu stellen sind.

Durchgesetzt hat sich beim Verhaltens- wie beim Zustandsstörer die Theorie der unmittelbaren Verursachung, wonach nur der Letztverantwortliche stört, also der, dessen Verhalten bzw. Sache auf einem imaginären Zeitstrahl bis zum Eintritt der Gefahr den letzten Kausalbeitrag leistet.

Irrelevant sind hingegen Kriterien wie Verschulden oder auch nur Kenntnis von der Gefahr. Das OVG be-

tont ausdrücklich, dass z.B. ein Grundstückseigentümer zur Entsorgung von Kampfstoffen in seinem Boden ebenso verpflichtet werden kann wie der Eigentümer eines Hangs zu Präventionsmaßnahmen gegen einen Erdbeben. Anders liegt es jedoch dann, wenn die Gefahrenquelle nicht - wie in den genannten Beispielen - die Sache selbst ist, sondern diese nur in die Gefahrverursachung verstrickt wird. So kann ein Flughafenbetreiber nicht zu Präventionsmaßnahmen gegen terroristische Anschläge verpflichtet werden, weil diese Gefahr - im Gegensatz zu den Erdbebengefahren im Beispiel zuvor - nicht in dem Grundstück wurzelt. Ebenso lag es im zu entscheidenden Fall, in dem eine Tochter der Deutschen Bahn AG für Schäden verantwortlich gemacht werden sollte, die von in einem Tunnel nistenden Tauben ausgingen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Kausalität zwischen einem Verhalten oder einer Sache und dem Eintritt einer Gefahr ist in allen Bundesländern Voraussetzung für die Inanspruchnahme zur Störungsbeseitigung. Liegt sie nicht vor, bleibt nur ein an enge Voraussetzungen geknüpfter Rückgriff auf den sogen. Nichtstörer, dessen Heranziehung jedoch stets subsidiär zu staatlichem Handeln ist, m.a.W. nur in Betracht kommt, wenn der Staat selbst außerstande ist, eine Gefahr zu bekämpfen.

Die herrschende Theorie der unmittelbaren Verursachung ist grundsätzlich denkbar einfach zu handhaben. Stellt man sich die Frage, wer den letzten Beitrag auf dem Weg zum Eintritt der Gefahr geleistet hat, erhält man als Antwort den Störer. Ausnahmen bilden nur der sogen. Zweckveranlasser und der latente Störer. Beide setzen nur eine mittelbare Vorursache, sind aber trotzdem Störer. Der Zweckveranlasser, weil er das letztlich gefährliche Verhalten will (so die subjektive Theorie) bzw. man hätte vorhersehen können, dass sein Vorverhalten in eine Gefahr mündet (so die objektive Theorie).

Auf den latenten Störer wurde früher bei emittierenden Anlagen zurückgegriffen, bei denen nicht die Emission selbst die Gefahr heraufbeschwor, sondern erst ein weiteres Ereignis (z.B. hinzu kommende Umwelteinflüsse). Heute liegt die Lösung dieser Fälle eher im Immissionsschutzrecht, das die große Mehrzahl von ihnen eigens regelt.

Die Theorie der unmittelbaren Verursachung ist übrigens nicht unbestritten: Eine Mindermeinung vertritt die Theorie der rechtswidrigen Verursachung, wonach Störer ist, wer rechtswidrig handelt, wer also m.a.W. seinen Rechtskreis überschreitet. Diese Theorie vermischt jedoch die Kausalität mit dem dem Polizei- und Ordnungsrecht fremden Kriterium der Rechtswidrigkeit, ja setzt diese Begriffe sogar gleich. Das ist nicht gerechtfertigt, denn hätten die Landesgesetzgeber dies gewollt, hätten sie die Rechtswidrigkeit - wie an zahllosen anderen Stellen im deutschen Recht - in die Normen zu Bestimmung des Störers aufgenommen. Dies wäre auch nicht sinnvoll gewesen, denn auch rechtmäßige Verhaltensweisen müssen unterbunden werden können, wenn sie für andere gefährlich sind. Außerdem bekommt die Theorie der rechtswidrigen Verursachung Probleme bei einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, die in vielen Bundesländern neben die öffentliche Sicherheit tritt. Wer gegen die öffentliche Ordnung verstößt, handelt gerade nicht rechtswidrig, sondern verstößt gegen ungeschriebene, ethisch-moralische Verhaltensgebote, sodass es hier niemals einen Störer geben könnte, wollte man auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens abstellen.

**Vertiefungshinweise:**

Theorie der unmittelbaren Verursachung und Äqui-

valenz: *VGH Kassel*, RA 2000, 12 = NJW 1999, 3650

Theorie der unmittelbaren Verursachung und Adäquanz: *OLG Koblenz*, RA 2003, 678 = DVBl 2003, 1342; *VG Osnabrück*, NdsVBl 2002, 87

Theorie der rechtswidrigen Verursachung: *Pietzker*, DVBl 1984, 457, 459; *Herrmann*, DÖV 1987, 666

Mittelbare Störer: *BGH*, NJW 2000, 2901; *VG Berlin*, RA 2001, 483 = AfP 2001, 437 m.Anm. *Kreile*

**Kursprogramm:**

Examenskurs : "Waffen-SS"

Examenskurs : "Die Vögel"

**Leitsatz:**

**Der Deutschen Bahn kann nicht als Zustandsstörerin aufgegeben werden, gegen das Nisten und Brüten von Tauben in einer Bahnunterführung auf ihre Kosten ein Netz spannen zu lassen.**

**Sachverhalt:**

Nachdem sich der Beklagte seit 1994 zunächst selbst bemüht hatte, der Verschmutzung durch Tauben unter der Bahnunterführung G. in D. Herr zu werden, erließ er gegen die Klägerin, eine Gesellschaft der Deutschen Bahn, unter dem 24.6.1999 eine auf §§ 10, 13 BSeuchG i. V. m. § 18 OBG NRW gestützte Ordnungsverfügung, mit der er der Klägerin aufgab, innerhalb von vier Wochen nach Zustellung der Verfügung an der Bahnunterführung durch das Anbringen einer Netzabspannung "das dauerhafte Ansammeln, Nisten und Brüten von Tauben unter der Brückenkonstruktion zu unterbinden".

Durch Urteil vom 17.7.2002 gab das VG der Klage mit der Begründung statt, die Klägerin könne nicht als Störerin herangezogen werden, weil die Gefahr unmittelbar durch das Verhalten der Tauben ausgelöst werde, für das die Klägerin nicht verantwortlich sei. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:****A. Ermächtigungsgrundlage**

Der Beklagte stützt sich als Eingriffsnorm auf § 13 Abs. 1 BSeuchG. Vom Vorliegen der Voraussetzungen dieser inzwischen durch Regelungen des Infektionsschutzgesetzes vom 20.7.2000 (IfSG) abgelösten, aber auf den vorliegenden Fall einer Anfechtungsklage, bei der in der Regel auf die Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der letzten Verwaltungsentscheidung, hier des Widerspruchsbeseides vom 8.2.2000, abzustellen ist, noch anwendbaren Vorschrift kann zu Gunsten des Beklagten ausgegangen werden, zumal die Parteien hierum nicht streiten.

**B. Störereigenschaft**

Die Berechtigung für die Heranziehung der Klägerin

entnimmt er § 18 Abs. 1 OBG NRW, was grundsätzlich mangels entsprechender Regelung im Bundesseuchengesetz statthaft ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.9.1987 - 3 B 21.87). § 18 OBG NRW regelt die Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen wie folgt: "Geht von einer Sache oder einem Tier eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Eigentümer zu richten. Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind die nachfolgenden Vorschriften entsprechend auf Tiere anzuwenden."

### *I. Theorie der unmittelbaren Verursachung*

§ 18 Abs. 1 OBG ist jedoch keine ausreichende Grundlage für die Inanspruchnahme der Klägerin. Das ergibt sich daraus, dass die Gefahr, die von dem Taubenkot ausgeht, nicht unmittelbar mit dem Zustand des Brückenbauwerks ursächlich in Verbindung steht.

#### *1. Sache selbst als Gefahrenquelle*

Nach der Rechtsprechung besteht allerdings die Haftung eines Grundstückseigentümers als sog. Zustandsstörer wegen der sog. Zustandsverantwortung für ein Grundstück auch dann, wenn die Gefahr von in ein Grundstück eingebrachten Sachen, etwa Kampfmitteln, über die der Eigentümer des Grundstücks schon mangels Kenntnis von ihnen keine Sachherrschaft hat, oder wenn die Gefahr wie Felsbruch von einem Naturereignis ausgeht.

Der Grund ist, dass sich aus der tatsächlichen und rechtlichen Sachherrschaft über das Grundstück wegen der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eine Pflicht ergibt, in Bezug auf dieses Grundstück für Störungsfreiheit zu sorgen (vgl. BVerwG, Buchholz, 402.41, Allg. PolizeiR Nr. 65 betreffend vermutete Kampfmittel, und NJW 1999, 231, betreffend Felsabgänge). In diesen Fällen wird aus der Sachqualität des Grundstücks und der Sachherrschaft über das Grundstück die Unmittelbarkeit der Gefahr in Bezug auf das Grundstück abgeleitet.

#### *2. Gefahrverursachung durch höhere Gewalt oder Dritte*

Ob die Unmittelbarkeit - wie in den vorstehenden Fällen - noch gegeben ist, ist von Fall zu Fall in wertender Betrachtung festzustellen.

Der Zustand einer Sache und die Sachherrschaft über sie können im Verhältnis zu der Gefahr oder dem Schaden auch eine nur entferntere, mittelbare Ursache darstellen; solche mittelbaren Ursachen lösen die polizeiliche Zustandshaftung jedoch nicht aus. So liegt der Fall etwa, wenn die Gefahr oder der Schaden unmittelbar durch eine Missbrauchshandlung eines Dritten ausgelöst wird, mag von der Sache auch ein gewisser Anreiz für diesen Missbrauch ausgehen. Deshalb ist etwa der Betreiber eines Flughafens nicht aus allgemeinen Gründen der Gefahrenabwehr verpflichtet, (auf eigene Kosten) Schutz vor terroristischen Anschlä-

gen zu schaffen (vgl. BVerwG, DÖV 1986, 287). In dem vorstehend zitierten Urteil wird für das Erfordernis einer Unmittelbarkeit als Grund angeführt, ohne diese würde die polizeiliche Zustandshaftung zu einer konturenlosen Billigkeitshaftung, da andere haftungsbeschränkende Kriterien wie Rechtswidrigkeit oder Schuld fehlen. Dem schließt sich der Senat in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil an.

### *II. Subsumtion*

Im Rahmen der wertenden Betrachtung schlägt durch, dass die Verwirklichung der Gefahr von wilden Tieren ausgeht, das Brückenbauwerk aber - anders als in den beiden Fällen der Kampfstoffe und der Felsabgänge - die Gefahr nicht in sich selbst trägt. Um eine tatsächliche Verbindung zu der Brücke herzustellen, muss auf die Nistplätze in dem Brückenbauwerk abgestellt werden, von denen selbst aber ebenfalls keine Gefahr ausgeht. Unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ist die Nähe der Tiere zu dem Brückenbauwerk weiter dadurch relativiert, dass sich zwar die Tiere häufig, aber nicht notwendigerweise dort entleeren. Die fehlende Unmittelbarkeit wird auch dadurch erhellt, dass es im Bereich des Beklagten - aktenkundig - nicht nur unter der fraglichen Brücke (und möglicherweise unter weiteren Brücken) Verunreinigung durch Tauben gibt, sondern auch anderenorts und in Großstädten allgemein eine Taubenplage festzustellen ist (vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9.7.2004, Seite 7 "Neue Hackordnung am Opernplatz"). Das Problem würde sich durch die angeordnete Netzabspannung allenfalls örtlich, aber nicht grundsätzlich verändern. Die Gefahr würde sich nämlich verlagern, da kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass die Verhinderung des Nistens im Bereich der Brücke zu einer insgesamt geringeren Taubenbelastung führen würde. Die Tauben als wilde Tiere würden gegebenenfalls andere Nist- und Brutplätze suchen, und ihren Kot anderenorts abgeben. Zu Gunsten des Beklagten mag allerdings sprechen, dass die Verlagerung der Nester nicht wieder zu einer ähnlichen Konzentration der Tauben und der von ihnen ausgehenden Gefahr führen müsste. Deshalb dürfte das Erfordernis der Eignung der angeordneten Netzabspannung - eine weitere Voraussetzung der Rechtmäßigkeit einer Ordnungsverfügung - nicht wegen der bloßen Vertreibung der Tauben zu anderen Nistplätzen entfallen. Ein indizieller Gesichtspunkt bei der Bewertung der Unmittelbarkeit zwischen Gefahr und Brückenbauwerk bleibt die Verschiebung des Problems trotzdem.

Die fehlende Unmittelbarkeit ergibt sich in Bezug auf das klägerische Brückenbauwerk ferner dadurch, dass nicht die Belästigung durch den von den Tauben abgegebenen Kot schon die Gefahr bildet, sondern erst der Umstand, dass dieser auf der Straße trocknet und als Staub von Menschen eingeatmet werden kann. Hinzu kommt, dass es sich damit zugleich auch um ein

Problem der insoweit nicht ausreichenden Straßenreinigung durch den dafür zuständigen Beklagten handelt. Diese zu dem Umstand, dass die Tauben wilde Tiere sind, hinzukommenden Gesichtspunkte machen den Fall entgegen dem Vorbringen des Beklagten auch unvergleichbar mit der Inanspruchnahme eines Grundstückseigentümers wegen Ratten, die regelmäßig darin besteht, dass ihm das Auslegen von Rattengift auf seinem Grundstück aufgegeben wird. Wenn der Beklagte meint, bei der Auslegung des VG würde § 13 Abs. 1 BSeuchG ins Leere gehen, da grundsätzlich niemand als Störer in Anspruch genommen werden könne, ist dem schon wegen der Fallgruppe der Handlungsstörer nicht zu folgen. Außerdem ist grundsätzlich auch eine Inanspruchnahme eines Grundstückseigentümers als Zustandsstörer nicht ausgeschlossen, wenn die Gefahr und das Grundstück hinreichend eng (unmittelbar) in Beziehung stehen, was z.B. im Zusammenhang mit

Ratten oftmals durch Lagerung von Unrat oder Abfall oder durch sonstige dem Grundstück eigene Anziehungspunkte der Fall ist. Gegebenenfalls kommt ferner eine Inanspruchnahme sogar nicht verantwortlicher Personen nach § 19 OBG NRW in Betracht. Nicht immer, wenn eine Gefahr zu beseitigen ist, muss auch ein anderer in Anspruch genommen werden können. Ein weiterer Anwendungsbereich des § 13 BSeuchG wäre im Übrigen gegeben, wenn sich der Beklagte, nachdem er seit zehn Jahren mit anderen Mitteln versucht, des Taubenproblems Herr zu werden, entschließen würde, die Tiere zu töten, weil die Behörde nach § 13 BSeuchG nämlich wirksam zu handeln hat. Wie auch die Klägerin zutreffend ausgeführt hat, würde ihm dann gegenüber den Regelungen des Tierschutzgesetzes ebenfalls § 13 BSeuchG bzw. die Nachfolgeregelung zur Seite stehen.

### Standort: Wiedereinsetzung

### Problem: Doppelverschulden

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 29.09.2004  
13 A 4479/02 (NWVBL 2005, 196)

#### Problemdarstellung:

Wird eine gesetzliche Frist versäumt, kann nach § 32 VwVfG im verwaltungsbehördlichen Verfahren Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Die Vorschrift setzt jedoch voraus, dass die Fristversäumnis nicht auf ein Verschulden des Antragstellers zurückzuführen ist.

Hiervon gibt es nach der überwiegenden Rechtsprechung, der sich auch das OVG NRW im vorliegenden Beschluss anschließt, eine Ausnahme: Wenn neben dem Antragsteller auch die Behörde ein Verschulden am Fristversäumnis trifft (Doppelverschulden), kann Wiedereinsetzung gewährt werden. "Kann" bedeutet, dass je nach Einzelfall entschieden werden muss, ob der Mitverschuldensanteil der Behörde so gravierend ist, dass angesichts dessen vom Antragsteller nicht mehr in zumutbarer Weise erwartet werden konnte, dass er die Frist wahr.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung wirkt sich in allen Wiedereinsetzungsfällen aus, in denen ein Doppelverschulden in Rede steht. Das OVG betont, dass der hier einschlägige § 32 VwVfG dem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden § 60 VwGO insoweit gleichzustellen sei. § 60 VwGO gilt wegen § 70 II VwGO nicht nur für gerichtliche Rechtsbehelfe, sondern auch für die Widerspruchsfrist.

Hinsichtlich weiterer Probleme zur Wiedereinsetzung sei auf die folgenden Vertiefungshinweise verwiesen.

#### Vertiefungshinweise:

- Keine Wiedereinsetzung in die Frist des § 47 II VwGO möglich: *OVG NRW*, RA 2005, 252 = *NVwZ-RR* 2005, 290; *VGH BW*, *NVwZ-RR* 2001, 201 (offen gelassen)
- Übertriebene Anforderungen an die Wiedereinsetzung: *BVerfG*, RA 2000, 2 = *NJW* 1999, 3701
- Wiedereinsetzung bei Wegfall des Hindernisses während der noch laufenden Frist: *BVerwG*, RA 1999, 416 = *NVwZ-RR* 1999, 472

#### Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Schiefe Schieferplatten"

#### Leitsatz:

**Trifft auch die Behörde für die Versäumung einer Antragsfrist ein Verschulden, so kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren sein.**

#### Sachverhalt:

Die Klägerin beantragte im Mai 1995 die Verlängerung der Zulassung eines Arzneimittels, das erstmals unter dem 18.11.1985 zugelassen worden war. In dem Verlängerungsbescheid der Beklagten vom 23.9.1999 heißt es, die Verlängerung werde für fünf Jahre erteilt. Im Oktober 2000 fragte die Klägerin bei der Beklagten an, ob die Verlängerung bis zum 23.9.2004 oder bis zum 18.11.2005 reiche; sollte die Verlängerung nur bis zum 18.11.2000 gelten, beantrage sie eine erneute Verlängerung und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der dann versäumten Drei-Monats-Frist des § 31 Abs. 3 Satz 1 AMG. Die Beklagte lehnte den Antrag als unzulässig ab. Mit ihrer Klage auf Bescheidung in der Sache hatte die Klägerin

in beiden Instanzen Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Verschulden der Klägerin*

Zwar hat die Klägerin die Drei-Monats-Frist des § 31 Abs. 3 Satz 1 AMG (zur Auslegung des § 31 AMG und zur Fristberechnung vgl. Urt. des Senats v. 27.4.2004 - 13 A 3596/01 -, noch nicht veröffentlicht, Revisionsaktenzeichen: BVerwG 3 C 22.04) versäumt. Dies war nach den Maßstäben des vorstehend genannten Senatsurteils, an denen festgehalten wird, auch schuldhaft.

#### *B. Verschulden der Behörde*

Jedoch hätte die Beklagte den insofern - nach den überzeugenden Feststellungen des angefochtenen Urteils, die die Beklagte hingenommen hat, auch rechtzeitig - gestellten Wiedereinsetzungsantrag positiv bescheiden müssen, was das VG nachgeholt hat und nachholen konnte (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1996, 156). Wie in dem angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt, steht § 31 Abs. 1 Nr. 3 AMG einer Statthaftigkeit der Wiedereinsetzung gem. § 32 Abs. 1 VwVfG nicht entgegen.

#### *I. Zumutbarkeit der Fristwahrung*

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ist dem Betroffenen auf Antrag Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn er ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Unverschuldete Fristversäumung erfordert, dass dem Betroffenen nach den gesamten Umständen kein Vorwurf daraus zu machen ist, dass er die Frist versäumt hat und ihm die Einhaltung der Frist zumutbar war. Es darf also nicht diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen werden, die einem gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Verfahrensbeteiligten geboten und zumutbar ist (vgl. etwa BVerwG, NJW 1990, 3103; NJW 1976, 1332, wo zugleich ausgeführt wird, mit § 60 Abs. 1 VwGO [der § 32 Abs. 1 VwVfG entspricht] könnten Härten aufgefangen werden; die Vorschrift ermögliche, dort zu helfen, wo dazu wegen der konkreten Gegebenheiten Anlass besteht).

#### *II. Faires Verfahren*

Das Kriterium der Zumutbarkeit räumt die Möglichkeit ein, den vom Gesetz nicht geregelten Fall eines

Verschuldens auch der Behörde zu berücksichtigen. Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich ein allgemeines Grundrecht auf ein faires Verfahren. Aus dem Gebot eines fairen Verfahrens folgt u.a., dass ein Gericht aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern, Unklarheiten oder Versäumnissen keine Verfahrensnachteile ableiten darf (vgl. BVerfGE 78, 123, 126). Ausdrücklich hat das BVerfG (Beschluss vom 4.5.2004 - 1 BvR 1892/03, Rz. 11) formuliert: Beruhe eine Fristversäumung auf Fehlern des Gerichts, seien die Anforderungen an eine Wiedereinsetzung "mit besonderer Fairness" zu handhaben. Zwar sind die genannten Entscheidungen des BVerfG jeweils zu gerichtlichen Verfahren ergangen. Da es für den durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kreis aber keine Bedeutung hat, ob er durch überspannte Anforderungen bei Gericht in seinem in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Justizgewährungsanspruch verletzt wird oder ob er sein Anliegen erst gar nicht vor Gericht bringen kann, weil er im Verwaltungsverfahren unfair behandelt wird, und sich Art. 20 Abs. 3 GG auch an die vollziehende Gewalt richtet, sieht sich der Senat nicht gehindert, das vom BVerfG betonte Fairnessgebot bei behördlichen Fehlern auch im Rahmen des § 32 VwVfG zu berücksichtigen (so auch BVerwG, NVwZ 1994, 575).

#### *C. Auswirkungen je nach Einzelfall*

Wie und unter welchen Umständen eine behördliche Mitschuld geeignet ist, ein eigenes Verschulden des Betroffenen zu relativieren, ist von Fall zu Fall in wertender Betrachtung festzustellen. Ob behördliches (Mit-)Verschulden gegebenenfalls die Einhaltung einer Frist unzumutbar macht oder dadurch das Verschulden des Betroffenen überlagert wird oder auf sonstige Weise entfallen lässt, ist eher eine akademische Frage, die keiner Entscheidung bedarf. Das gilt auch für die Möglichkeit, dass sich die Behörde auf das Verschulden des Betroffenen bei ursächlichem eigenen Verschulden nicht berufen darf (so BVerwG, a.a.O.). Jedenfalls ist im vorliegenden Fall das Verschulden der Klägerin in einem solchen Maße durch Umstände aus der Sphäre der (beklagten) Behörde beeinflusst, dass hier die gebotene Fairness schon zu einer Wiedereinsetzung durch die Beklagte selbst hätte führen müssen, sodass die Wiedereinsetzung durch das VG nicht zu beanstanden ist. [...]

**Standort: § 38 VwVfG****Problem: E-Mail und Schriftformerfordernis**

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 17.01.2005  
2 PA 108/05 (NVWZ 2005, 470)

**Problemdarstellung:**

Das OVG Lüneburg verneint im vorliegenden Beschluss die Frage, ob eine E-Mail dem Schriftformerfordernis des § 38 I 1 VwVfG für die wirksame Abgabe einer Zusicherung genügt. Einschränkend weist das Gericht darauf hin, dass dies jedenfalls für solche E-Mails gelte, die nicht mit einer digitalen Signatur versehen sind.

Der Beschluss fügt sich nahtlos in die Linie anderer Gerichtsentscheidungen ein, in denen es um die Frage ging, ob dem herkömmlichen Schriftformerfordernis durch die Verwendung von modernen Kommunikationsmitteln genügt werden kann. Für das Telefax ist dies mittlerweile in § 130 Nr. 6 ZPO, der über § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozess gilt, Gesetz geworden. Für sogen. "Computerfaxe", also solche, die direkt aus dem PC online versendet werden, ohne vorher ausgedruckt und unterschrieben worden zu sein, hat sich die Rspr. in Person des Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte nach langem Hin und Her schließlich dazu durchgerungen, auch diese jedenfalls dann zuzulassen, wenn sie mit einer eingescannten Unterschrift versehen sind (siehe Vertiefungshinweise). Hierzu lässt sich - mit aller Vorsicht - sagen, dass eine E-Mail mit digitaler Signatur von einem solchen Computerfax nicht mehr weit entfernt ist, man also gespannt sein darf, ob sich in dieser Hinsicht die Rspr. weiterhin so konservativ zeigt wie hier das OVG.

**Prüfungsrelevanz:**

Formprobleme lassen sich an vielen Stellen leicht in Examensaufgaben einbinden. Je nach Fallkonstellation verschieben sich Prüfungsstandort und Rechtsfolgen. Die wichtigsten Fälle sind (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

1. Formfehler können sich zum einen auf die *Wirksamkeit* behördlicher Erklärungen auswirken, wenn dies besonders angeordnet ist, wie hier nach § 38 I 1 VwVfG auf die Wirksamkeit der Zusicherung eines Verwaltungsakts oder über §§ 57, 59 I VwVfG i.V.m. 125 BGB beim öffentlich-rechtlichen Vertrag.
2. Beim Verwaltungsakt selbst führt ein Verstoß gegen eine abweichend von § 37 II VwVfG ausnahmsweise erforderliche Schriftform (z.B. im förmlichen Verfahren nach § 69 II VwVfG oder beim Widerspruchsbescheid nach § 73 III VwGO) hingegen grds. nur zur (formellen) *Rechtswidrigkeit* des Verwaltungsakts, die zwar nicht nach § 45 VwVfG heilbar ist, jedoch nach § 46 VwVfG unbeachtlich sein kann.

3. Wenn es um formgebundene Rechtsbehelfe geht, z.B. einen Widerspruch nach § 70 I VwGO oder eine Klageerhebung nach § 81 VwGO, wird auf die Wahrung der Form häufig schon in der *Frist* einzugehen sein, wenn der Rechtsbehelf fristgebunden ist. Denn nur ein formgerecht eingereichter Rechtsbehelf wahrt die Frist. Gibt es keine Fristen, wie z.B. im Regelfall bei Leistungs- und Feststellungsklagen oder Anträgen im vorläufigen Rechtsschutz, muss die Formwahrung bei Problemen in einem eigenen Prüfungspunkt in der Zulässigkeit erörtert werden.

4. Schließlich können auch Mitwirkungsakte des Bürgers formgebunden sein (z.B. Anträge im förmlichen Verwaltungsverfahren nach § 64 VwVfG). In diesen Fällen kommt die Form des Antrags unter den *formellen Voraussetzungen* für einen Anspruch auf das begehrte Verwaltungshandeln zur Sprache.

**Vertiefungshinweise:**

Zulässigkeit des Computerfaxes: *GS-OBG*, RA 2000, 607 = *NJW* 2000, 2340; *BGH*, RA 1999, 15 = *NJW* 1998, 3649; *BSG*, *NJW* 1997, 1254; *Düwell*, *NJW* 2000, 3334; *Schwachheim*, *NJW* 1999, 621

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Ausgespielt"

**Leitsatz:**

**Eine E-Mail ohne digitale Signatur wahrt auf keinen Fall die für eine wirksame Zusicherung erforderliche Schriftform.**

**Sachverhalt:**

Die Ast. begehrt Prozesskostenhilfe für den Rechtsstreit über ihre Zulassung zum Hochschulstudium. Zur Begründung der Erfolgsaussichten eines solchen Prozesses beruft sie sich u.a. auf eine E-Mail der Ag., welcher sie die verbindliche Zusicherung eines Studienplatzes entnehmen will. Der Antrag blieb ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Soweit die Ast. mit ihrer Beschwerde erneut geltend macht, das Internationale Büro der Ag. habe ihr unter dem 6.12.2004 die Zulassung zu dem von ihr angestrebten Studium rechtswirksam zugesichert, kann dies nicht zum Erfolg ihrer Beschwerde führen. Die E-Mail des Internationalen Büros vom 6.12.2004, auf die sich die Ast. beruft, genügt nicht den Anforderungen an eine Zusicherung i.S. des § 38 VwVfG, kann der Ast. also ebenfalls die erstrebte Hochschulzulassung nicht vermitteln, wie dies das VG in dem Beschluss vom 22.12.2004 bereits zutreffend erkannt hat.



*I. E-Mail genügt nicht der Schriftform*

Dies ergibt sich nach Auffassung des Senats bereits daraus, dass die E-Mail nicht dem Schriftformerfordernis des § 38 I 1 VwVfG entspricht. Auch wenn die modernen, insbesondere die elektronischen Kommunikationsformen im Rechtsverkehr eine immer größere Bedeutung gewinnen, bedeutet dies nicht, dass eine schlichte E-Mail dem in § 38 I 1 VwVfG zum Schütze einer Behörde vor übereilten Bindungen angeordneten Schriftformerfordernis genügt.

Hierbei kann der Senat offen lassen, ob unter Schriftform i. S. des § 38 VwVfG nach dem Willen des Gesetzgebers nur ein Papierdokument zu verstehen ist (so Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2004, § 38 Rdnr. 35 a). Denn nach dem Kenntnisstand dieses Prozesskostenhilfeverfahrens erfüllt die fragliche E-Mail vom 6.12.2004 schon deshalb nicht das Schriftformerfordernis i. S. des § 38 I 1 VwVfG, weil nicht erkennbar ist, dass die E-Mail mit elektronischer Signatur versandt worden ist. Ohne die Sicherungen durch eine digitale Signatur kann aber nicht mit der erforderlichen, von dem Schriftformerfordernis des § 38 I 1 VwVfG aber gebotenen Sicherheit festgestellt werden,

ob die betreffende E-Mail vollständig und inhaltlich richtig ist und ob sie tatsächlich von dem in ihr angegebenen Aussteller stammt.

*II. Abgabe einer Zusicherung*

Aber selbst wenn man die Schriftform durch die fragliche E-Mail hier als gewahrt ansehen wollte - auch dies stellt eine selbstständig tragende Erwägung des Beschlusses dar -, könnte die Ast. aus der E-Mail einen Anspruch auf Zulassung zu dem von ihr angestrebten Studium nicht herleiten. Denn der Erklärung fehlt entgegen der Ansicht der Ast. der für eine Zusicherung erforderliche Bindungswille. Wie nämlich die in der E-Mail verwendete Formulierung "voraussichtlich" auch für Außenstehende hinreichend deutlich macht, sollte der Ast. die erstrebte Zulassung zum Studium nicht garantiert, zu ihren Gunsten durch die E-Mail ein entsprechender Anspruch auf Zulassung noch nicht begründet werden. Vielmehr wurde der Ast. eine Zulassung nur in Aussicht gestellt. Dies reicht aber für die Annahme einer Zusicherung nach § 38 VwVfG nicht aus.

**Standort: Berufung**

BVERWG, URTEIL VOM 29.07.2004  
5 C 65.03 (BAYVBL 2005, 283)

**Problemdarstellung:**

Im Berufsrecht der VwGO ist ganz grundsätzlich zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen das VG die Berufung zulässt (§ 124a I bis III VwGO) und denen, in denen das VG sich nicht zur Berufung äußert (§ 124a IV bis VI VwGO). Die theoretisch denkbare dritte Möglichkeit, eine explizite Nichtzulassung, schließt § 124a I 2 VwGO aus.

Hier geht es um den ersten Fall, in dem das VG die Berufung zugelassen hat. Die Entscheidung des BVerwG betrifft die Frage, ob das Oberverwaltungsgericht eine solche Zulassung gebunden ist, oder es eine zugelassene Berufung gleichwohl mangels Vorliegen eines Zulassungsgrundes (§ 124 II Nr. 3, 4 VwGO) als unzulässig "verwerfen" (§ 125 II 1 VwGO) darf. Auf den ersten Blick beantwortet § 124a I 2 VwGO diese Frage eindeutig, denn dort ist die Bindungswirkung ausnahmslos und unbedingt festgeschrieben.

Der VGH Mannheim kam allerdings auf die Idee, dass dies jedenfalls dann nicht gelten könne, wenn ein Einzelrichter nach § 6 VwGO entschieden habe. Denn ein Einzelrichter dürfe nach § 6 I Nr. 1, 2 VwGO nur entscheiden, wenn die Sache weder tatsächliche noch rechtliche Schwierigkeiten aufweise *und* keine grundsätzliche Bedeutung habe. Gerade diese grundsätzliche

**Problem: Bindung des OVG an Zulassung**

Bedeutung sei in § 124 II Nr. 3 VwGO aber als Berufungszulassungsgrund genannt, so dass sich Übertragung auf einen Einzelrichter und Berufungszulassung nach § 124 II Nr. 3 VwGO ausschließen.

Das BVerwG kontert diese Argumentation mit zwei Erwägungen: Zum einen entscheiden unterschiedliche Spruchkörper über die "grundsätzliche Bedeutung", nämlich im Übertragungsbeschluss die Kammer und in der Berufungszulassung der Einzelrichter. Zum anderen werden diese Entscheidungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten getroffen, nämlich am Beginn (Übertragungsbeschluss) bzw. am Ende der Instanz (Berufungszulassung). Ändere sich die Beurteilung der grundsätzlichen Bedeutung im Prozessverlauf, könne - müsse aber nicht - der Einzelrichter nach § 6 III VwGO die Sache an die Kammer zurückübertragen. Dieses Ermessen zeige, dass ein Einzelrichter am Ende der Instanz durchaus mit einer Sache von grundsätzlicher Bedeutung konfrontiert sein könne.

**Prüfungsrelevanz:**

Aus dem Machtwort des BVerwG spricht die deutliche Tendenz, jede Aufweichung des § 124a I 2 VwGO durch die Oberverwaltungsgerichte im Keim zu ersticken. In Examensaufgaben gibt es daher nach wie vor keine Veranlassung, an der Bindungswirkung zu zweifeln. Sollte der Sachverhalt allerdings explizit die hier aufgeworfene Problematik aufgreifen, ist sie selbstverständlich zu erörtern.

Daneben lohnt es sich auf die vom BVerwG in einem Nebensatz ausgesprochene Anmerkung hinzuweisen, dass die Bindungswirkung des § 124a I 2 VwGO sich nur auf die Berufungszulassungsgründe bezieht, nicht hingegen auf die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung wie ihre Statthaftigkeit (nur gegen Urteile i.S.d. § 124 I VwGO), die formelle Beschwer (ungeschriebene allgemeine Prozessvoraussetzung: Tenor entspricht nicht voll dem Antrag), die Postulationsfähigkeit (§ 67 I VwGO), Form und Frist (Monatsfrist für die Einlegung, Zweimonatsfrist für die Begründung, § 124a II 1, III 1 VwGO; das Schriftformerfordernis ergibt sich aus § 124 III VwGO passim).

#### **Vertiefungshinweise:**

Keine Umdeutung der Berufung in Antrag auf Zulassung der Berufung: *BVerwG*, RA 1999, 366 = *NJW* 1999, 641

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Stuckateurgewerbe"

#### **Leitsatz:**

**Das Oberverwaltungsgericht ist an die Zulassung der Berufung durch den Einzelrichter gebunden.**

#### **Sachverhalt:**

Nachdem das Verwaltungsgericht durch einen Einzelrichter nach § 6 VwGO die Berufung zum Oberverwaltungsgericht gem. § 124a I VwGO zugelassen hatte, verwarf dieses die vom Beklagten eingelegte Berufung als unstatthaft. Das BVerwG gab der Revision statt und verwies den Rechtsstreit an das OVG zurück.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist begründet und führt zur Zurückverweisung (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten als nicht statthaft verworfen. Seine Auffassung, die Berufung sei nicht wirksam zugelassen worden, verletzt Bundesrecht. Denn nach § 124 a Abs. 1 Satz 2 VwGO war das Berufungsgericht an die Berufungszulassung durch den Einzelrichter gebunden.

#### **A. Zulassung durch das VG**

Gegen Endurteile, wie hier das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 27.1.2003, steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie von dem Verwaltungsgericht oder dem Oberverwaltungsgericht zugelassen wird (§ 124 Abs. 1 VwGO). Das Verwaltungsgericht lässt die Berufung indem Urteil zu, wenn die Gründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 (grundsätzliche Bedeutung) oder Nr. 4 (Divergenz) vorliegen (§ 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO). Das Oberverwaltungsgericht ist an die Zulassung gebunden (§ 124 a Abs. 1 Satz 2 VwGO).

#### **B. Umfang der Bindungswirkung**

Diese Bindung bezieht sich allerdings nur auf die Zulassung selbst, nicht dagegen auf andere Zulässigkeitsvoraussetzungen wie die Statthaftigkeit der Berufung nur gegen grundsätzlich berufungsfähige Entscheidungen im Sinne von § 124 Abs. 1 VwGO (vgl. dazu BGH, MDR 2003, 41 = *NJW* 2003, 211). Mit § 124 a Abs. 1 Satz 2 VwGO hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Zulassungsentscheidung nicht der Überprüfung durch das Oberverwaltungsgericht unterliegt, sondern dieses bindet (zur Bindung der Revisionszulassung nach § 132 Abs. 3 VwGO vgl. *BVerwGE* 102, 95, 98 f. unter Hinweis auf *BT-Drs.* 11/7030 S. 33).

#### **C. Einzelrichter als Verwaltungsgericht**

Die Bindung des Oberverwaltungsgerichts an die Zulassung der Berufung durch das Verwaltungsgericht sieht auch das Berufungsgericht. Es verneint sie aber im Streitfall zu Unrecht mit der Begründung, der nach § 6 Abs. 1 Satz 1 VwGO bestimmte Einzelrichter sei nicht "Verwaltungsgericht" im Sinne des § 124 a Abs. 1 Satz 1 VwGO.

#### **I. Gleichsetzung von Kammer und Einzelrichter als Spruchkörper**

Denn der Einzelrichter, dem der Rechtsstreit nach § 6 VwGO zur Entscheidung übertragen ist, entscheidet als Verwaltungsgericht. Er ist in § 5 Abs. 3 VwGO neben der Kammer ausdrücklich als Entscheidungsorgan des Verwaltungsgerichts genannt.

#### **II. Kein Widerspruch zu § 124a I 1 VwGO**

Zutreffend stellt das Berufungsgericht zwar heraus, dass die Voraussetzungen für die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter nach § 6 Abs. 1 Satz 1 VwGO, hier: keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, und für die Zulassung der Berufung nach § 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO, hier: grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, gegenläufig sind. Das rechtfertigt aber nicht die Annahmen des Berufungsgerichts, der Gesetzgeber habe die Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters in Fällen grundsätzlicher Bedeutung ausgeschlossen und der Einzelrichter sei an die Bewertung der Kammer, die Rechtssache habe keine grundsätzliche Bedeutung, gebunden. Denn die bezeichneten gegenläufigen Voraussetzungen beziehen sich zwar auf denselben Rechtsstreit, aber auf zwei verschiedene Entscheidungen, die je zu einer anderen Zeit, mit anderer Prüfungsdichte und von anderen Richtern zu treffen sind.

Zwar lässt die Frage, ob eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, nur eine Antwort zu. Die Antwort hängt aber ab vom Erkenntnisstand zur Zeit der Entscheidung und von der Beurteilung des/r entscheidenden Richter(s).

Es entspricht der beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung, wenn die Entscheidung über die Übertragung

auf den Einzelrichter in einem relativ frühen Verfahrensstadium getroffen wird, in dem der Prozessstoff noch nicht umfassend bearbeitet worden ist. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass sich die Beurteilung der grundsätzlichen Bedeutung bei weiterer Durchdringung des Prozessstoffs im Laufe des Prozessverlaufs ändern kann.

Es gehört zum Rechtsleben, dass Rechtsfragen abhängig von der Beurteilung des/r entscheidenden Richter(s) entschieden werden und deshalb unterschiedliche Entscheidungen zu identischen Rechtsfragen ergehen. Dem trägt das Gesetz durch die Möglichkeit einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren und beispielsweise auch einer unterschiedlichen Beurteilung der grundsätzlichen Bedeutung durch Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht Rechnung. Dementsprechend ist es nicht ausgeschlossen, dass die Kammer bei ihrer Entscheidung über die Übertragung in der Beschlussbesetzung mit drei Berufsrichtern eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache verneint und den Rechtsstreit einem ihrer Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung überträgt, dieser aber eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache bejaht und die Berufung in seiner Entscheidung des Rechtsstreits zulässt.

### *III. Keine Bindung des Einzelrichters an Auffassung der übertragenden Kammer*

Die vom Berufungsgericht angenommene Bindung des Einzelrichters an die Bewertung der Kammer im Übertragungsbeschluss, dass die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung habe, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Anders als § 130 Abs. 3 und § 144 Abs. 6 VwGO, die für den Fall der Zurückverweisung eine Bindung an die rechtliche Beurteilung der Rechtsmittelentscheidung regeln, bestimmt § 6 VwGO eine Bindung an die der Übertragungsentscheidung zugrunde liegende rechtliche Beurteilung nicht. Gebunden ist der Einzelrichter an die Entscheidung der Kammer, also die Übertragung des Rechtsstreits auf ihn, nicht jedoch an die dieser Entscheidung zugrunde liegende Beurteilung des Rechtsstreits. Mit der Übertragung geht die Entscheidungsbefugnis für den Rechtsstreit uneingeschränkt auf den Einzelrichter über; er, nicht die ganze Kammer, entscheidet am Ende im Urteil nach seiner aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) auch darüber, ob die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und die Berufung zuzulassen ist.

### *IV. Keine Rückübertragungspflicht bei nachträglich erkannter grundsätzlicher Bedeutung*

Ausgehend von der zutreffenden Erkenntnis, dass es möglich ist, dass die Kammer rechtsfehlerhaft die grundsätzliche Bedeutung der Sache beim Übertragungsbeschluss verkannt hat, sieht das Berufungsgericht ungeachtet der von ihm vertretenen Bindung des Einzelrichters an die Bewertung durch die Kammer (fehlende grundsätzliche Bedeutung) die Möglichkeit, dass der Einzelrichter entgegen der Einschätzung der Kammer zur Auffassung gelangt, dass die Sache grundsätzliche Bedeutung aufweise. Zu Unrecht verneint es jedoch die Befugnis des Einzelrichters, die Berufung zuzulassen, mit der Begründung, in diesem Fall liege eine wesentliche Änderung der Prozesslage im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 1 VwGO vor mit der Folge, dass das durch § 6 Abs. 3 Satz 1 VwGO eingeräumte Ermessen auf null reduziert und der Einzelrichter zur Rückübertragung verpflichtet sei.

Zum einen darf der Einzelrichter die Sache, wenn er ihre grundsätzliche Bedeutung bejaht, nur dann nach § 6 Abs. 3 Satz 1 VwGO auf die Kammer zurückübertragen, wenn sich aus einer wesentlichen Änderung der Prozesslage ergibt, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, also nicht schon dann, wenn er sie anders als die Kammer als grundsätzlich ansieht (BGH, MDR 2004, 49 = NJW 2003, 2900 zu dem insoweit vergleichbaren § 526 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann deshalb in der von der Kammer abweichenden Beurteilung der grundsätzlichen Bedeutung durch den Einzelrichter nicht selbst eine wesentliche Änderung der Prozesslage gesehen werden. Eine Beurteilung der grundsätzlichen Bedeutung, die sich aus einer wesentlichen Änderung der Prozesslage "ergibt", kann nicht selbst die vorausgesetzte wesentliche Änderung sein. [...]

Zum anderen verpflichtet § 6 Abs. 3 Satz 1 VwGO den Einzelrichter nicht zur Rückübertragung, sondern räumt ihm, anders als § 6 Abs. 1 Satz 1 VwGO für die Übertragung selbst (soll übertragen), ein nicht intendiertes Ermessen (kann zurückübertragen) ein. Wenn der Einzelrichter aber bei grundsätzlicher Bedeutung nicht zurückübertragen muss, sondern kann, lässt das Gesetz die Entscheidung des Einzelrichters auch in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung zu.

## Zivilrecht

**Standort: § 847 BGB a. F.**

**Problem: Schmerzensgeld wegen Anwaltsverschuldens**

KG, URTEIL VOM 17.01.2005  
12 U 302 / 03 (NJW 2005, 1284)

**Problemdarstellung:**

Die in diesem Verfahren Bekl. war die Strafverteidigerin des Kl. In einem Strafverfahren wegen Handels mit Betäubungsmitteln. Der Kl. bat die Bekl. u. a. deshalb um Rat, weil der Hauptverhandlungstermin mit einer Reise des Kl. in seine Heimat Ghana, während derer auch seine Hochzeit stattfinden sollte, kollidierte.

Obwohl schon frühzeitig auf dieses Problem aufmerksam gemacht, versäumte es die Bekl. zunächst, bei Gericht eine entsprechende Terminsverlegung zu beantragen. Als der Kl. kurz vor seiner Abreise bei der Bekl. nachfragte, hielt diese ihn gleichwohl nicht von seiner Reise ab. Das kurzfristig bei Gericht eingereichte Ersuchen um Terminsverlegung blieb erfolglos, weshalb gegen den im Hauptverhandlungstermin fehlenden hiesigen Kl. gem. § 230 II StPO Haftbefehl erging und dieser nach seiner Rückkehr nach Deutschland bis zum nächsten Hauptverhandlungstermin insgesamt 76 Tage in Untersuchungshaft verbrachte.

Das KG nahm in diesem Fall eine schuldhaft Verletzung der anwaltlichen Pflichten der Bekl., die zu einer Freiheitsentziehung des Kl. geführt habe, an und sprach dem Kl. das begehrte Schmerzensgeld auf der Basis des § 847 BGB a. F. (vgl. § 253 II BGB n. F., der einen Schmerzensgeldanspruch nunmehr auch auf der Basis vertraglicher Ersatzansprüche - etwa wegen Schlechterfüllung des mit dem Rechtsanwalt geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags - ermöglicht) zu. Es kürzte dieses jedoch verglichen mit der seitens des Kl. angestrebten Höhe von rund 19.000,- € erheblich, da es ihm vorwarf, sich erst kurz vor seiner Abreise wieder um die Terminsverlegung gekümmert und trotz der negativen Antwort die Reise durchgeführt zu haben.

**Prüfungsrelevanz:**

Natürlich zählen die Rechtsgrundlagen und besonderen Rechtsprobleme der Gewährung von Schmerzensgeld zum examensrelevanten Zivilrecht. Diesbezüglich ist hier etwa darauf hinzuweisen, dass ein Mitverschulden des Geschädigten i. S. d. § 254 BGB, wie es das KG auch im zu entscheidenden Fall angenommen hat, nicht zu einer quotalen Kürzung des Schmerzensgeldanspruches führt, sondern lediglich zu den Be-

messungsfaktoren zählt, die bei der Ermittlung der im konkreten Einzelfall "billigen Entschädigung in Geld" zu berücksichtigen sind (vgl. Palandt-Heinrichs, § 253 Rz. 17, 30).

Für die anwaltliche Berufspraxis wirft dieser Fall dagegen die interessante Frage auf, inwieweit derartige Inanspruchnahmen durch die bestehende Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt sind. Findet sich in den zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen die nicht seltene Formulierung, der zufolge Versicherungsschutz für den Fall besteht, dass der Versicherungsnehmer "wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit [...] begangenen Verstoßes von einem anderen [...] für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.", sind erhebliche Zweifel angebracht, da das Schmerzensgeld expressis verbis den Schaden "..., der nicht Vermögensschaden ist, ..." (vgl. § 253 II BGB) ausgleichen soll.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Schadensersatzpflicht des Rechtsanwalts nach Prozessverlust aufgrund eines Beratungsfehlers: *BGH*, RA 2001, 27 = NJW 2000, 3560

Zum Erfüllungsort für die Gebührenforderung des Rechtsanwalts: *BGH*, RA 2004, 109 = NJW 2004, 54

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die Verfolgung"

*Examenskurs* : "Der geschädigte Kollege"

**Leitsatz:**

**Versäumt es der Strafverteidiger - trotz entsprechender Absprache und Auftrags des angeklagten Mandanten - einen Antrag auf Verlegung des Termins zur Hauptverhandlung zu stellen und den Mandanten kurz vor dessen Reiseantritt zur Hochzeit in seinem Heimatland über das Risiko einer Verhaftung bei Versäumung des Termins aufzuklären, und gerät der Mandant daraufhin in Haft, so steht dem Mandanten gegen den Anwalt nach § 253 II BGB (§ 847 BGB a. F.) ein Anspruch auf angemessenes Schmerzensgeld wegen der erlittenen Freiheitsentziehung zu; bei der Bemessung der Höhe ist gegebenenfalls das Mitverschulden des Mandanten nach § 254 I BGB anspruchsmindernd zu berücksichtigen.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt von der Bekl. die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes wegen erlittener Untersuchungshaft in Höhe von (76 Tagen x 500,00 DM/Tag = 38.000,00 DM =) 19.429 ,09 Euro sowie Schadensersatz in Höhe von 543,50 Euro (= 1.060,00 DM: entgangener Verdienst an 53 Werktagen zu je 20,00 DM) und Freistellung von Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 279,16 Euro (= 546,00 DM). Der Kl., nach seinen Angaben ghanaesischer Staatsbürger, beauftragte die Bekl. mit seiner Verteidigung in einem gegen ihn geführten Strafverfahren wegen Handels mit Betäubungsmitteln. Nachdem in dem Verfahren Hauptverhandlungstermin für den 25.08.2000 anberaumt worden war, suchte er die Bekl. im Mai 2000 auf und beauftragte diese mit seiner Verteidigung. In diesem Zusammenhang wies der Kl. die Bekl. an, Terminverlegung zu beantragen, weil er, der Kl., im letzten Drittel des Monats August 2000 nach Ghana fahren wollte, um dort seine damalige Lebensgefährtin und heutige Ehefrau A zu ehelichen. Die Ehefrau des Kl. ist 1987 zur Rechtsanwalts- und Notargehilfin ausgebildet worden, hat in dem Beruf jedoch nicht gearbeitet. Ein bis zwei Tage vor der Abreise des Kl. erkundigte sich die Zeugin A im Auftrag des Kl. telefonisch bei der Bekl. nach der Terminverlegung. Nach Durchsicht ihrer Unterlagen stellte die Bekl. fest, dass sie den Verlegungsantrag nicht gestellt hatte. Der Inhalt des Gesprächs im Weiteren ist zwischen den Parteien streitig. Es existiert ein Gesprächsvermerk, welcher mit dem Datum des 20.08.2000 versehen ist. Planungsgemäß reiste der Kl. am 21. oder 22.08.2000 nach Ghana. Am Abend des 22.08.2000 beantragte die Bekl. per Fax die Verlegung des Hauptverhandlungstermins. Es existiert ein Vermerk des zuständigen Richters beim AG vom 23.08.2000, in dem es heißt:

„Ladung des Angeklagten erfolgte bereits am 20.05.2000. Antritt einer Urlaubsreise in Kenntnis der Ladung stellt keine Entschuldigung dar! Über § 230 II StPO wird im Hauptverhandlungstermin entschieden, sofern der Angekl. tatsächlich ausbleibt.“

Im Anschluss an den Hauptverhandlungstermin am 25.08.2000 erließ das AG gem. § 230 II StPO gegen den Kl. Untersuchungshaft. Zur Begründung ist ausgeführt:

„Der Angekl. ist trotz ordnungsgemäßer Ladung, ohne sein Ausbleiben genügend entschuldigt zu haben, zur heutigen Hauptverhandlung nicht erschienen. Durch das Schreiben der Verteidigerin vom 22.08.2000 ist das Ausbleiben des Angekl. nicht ausreichend entschuldigt. Dieser konnte nicht darauf vertrauen, dass auf Grund der Mitteilung seiner Reiseplanung an seine Verteidigerin der Hauptverhandlungstermin zwingend verlegt werden würde, solange ihm das Gericht nicht eine Terminverlegung mitteilt. Angesichts der erheblichen Anklagevorwürfe wäre ihm zumutbar gewesen, seine Auslandsreise zu verschieben oder zu unterbre-

chen (...)“

Der Kl. wurde nach der Rückkehr aus Ghana am 09.09.2000 am 22.09.2000 verhaftet und inhaftiert. Im Hauptverhandlungstermin am 08.12.2000 wurde das Verfahren ausgesetzt und der Haftbefehl aufgehoben. Der Kl. ließ die Bekl. mit Schreiben vom 02.01.2001 unter Fristsetzung bis zum 17.01.2001 auffordern, an ihn in Höhe der Klageforderung Schmerzensgeld und Schadensersatz zu leisten. Mit rechtskräftigem Urteil vom 11.10.2002 wurde der Kl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt. Die Vollstreckung der Strafe ist zur Bewährung ausgesetzt, die Bewährungszeit auf drei Jahre festgesetzt. Der Kl. ist der Ansicht, er habe sich auf Grund Verschuldens der Bekl. 76 Tage in Untersuchungshaft befunden, weil die Bekl. ihre anwaltlichen Sorgfaltspflichten vernachlässigt habe, indem sie vergaß, rechtzeitig eine Terminverlegung zu beantragen, ihm versichert habe, er könne unbesorgt nach Ghana fahren und ihn nicht über das Risiko einer unentschuldigten Abwesenheit und die Möglichkeit des Erlasses eines Haftbefehls aufgeklärt habe.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. wurde die Bekl. zur Zahlung von 7.000,00 Euro Schmerzensgeld verurteilt.

**Aus den Gründen:**

Die Bekl. ist gem. § 823 I BGB, § 847 BGB a. F. verpflichtet, dem Kl. für die erlittene Haft ein angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von 7.000,00 Euro zu zahlen.

**A. Verursachung einer Freiheitsentziehung zu Lasten des Kl. durch die Bekl.**

Entgegen der Ansicht des LG war das fahrlässige Verhalten der Bekl. ursächlich für die Verletzung der persönlichen Fortbewegungsfreiheit des Kl., einem absoluten Rechtsgut i. S. von § 823 I BGB. Die erlittene Freiheitsentziehung in der Zeit vom 22.09. bis zum 08.12.2000 beruht zwar unmittelbar auf dem Haftbefehl des AG Berlin vom 28.08.2000. Das Verhalten der Bekl. war aber mittelbare Ursache der Freiheitsentziehung.

**I. Verletzung der anwaltlichen Sorgfalt durch die Bekl.**

Die Bekl. hat es entgegen ihren anwaltlichen Pflichten versäumt, trotz des dahin gehenden Auftrags des Kl. vom 22.05.2000, einen Verlegungsantrag in Bezug auf den am 25.08.2000 terminierten Termin zur Hauptverhandlung zu stellen. Die Bekl. hat es entgegen ihren anwaltlichen Pflichten weiterhin unterlassen, den Kl. in dem Telefonat kurz vor Reiseantritt über das Risiko eines Haftbefehls bei Versäumung des Termins aufzuklären. Dass diese Aufklärung nicht stattgefunden hat, ergibt sich aus der eigenen Einlassung der Bekl. in ihrer Anhörung vor dem LG. Entgegen der

Ansicht des LG war die Bekl. aber gerade zu einer solchen Aufklärung verpflichtet. Der in der Ladung enthaltene Hinweis („Wenn sie ohne genügende Entschuldigung ausbleiben, ist ihre Vorführung anzuordnen oder ein Haftbefehl zu erlassen.“) ändert hieran nichts. Unabhängig von der Frage seiner Deutschkenntnisse konnte der Kl. diesem Hinweis nicht entnehmen, wie groß für ihn das Risiko der Anordnung einer länger andauernden Untersuchungshaft tatsächlich war. Auch konnte er diesem Hinweis nicht entnehmen, unter welchen Voraussetzungen er lediglich mit einer Vorführung rechnen musste. Im Übrigen hat die Bekl. selbst den Hinweis in der Ladung durch ihre ausdrückliche Warnung vor den zu erwartenden erheblichen Kosten gegenüber dem Kl. relativiert.

## *II. (Mit-) Ursächlichkeit des pflichtwidrigen Unterlassens für die Inhaftierung des Kl.*

Das vorstehend dargelegte Unterlassen war auch mitursächlich für die Verhaftung des Kl. nach dessen Rückkehr aus seiner Heimat. Hätte die Bekl. entsprechend der Auftragserteilung noch im Mai 2000 eine Verlegung des Termins zur Hauptverhandlung beantragt, so wäre der Termin entweder verlegt worden oder der Bekl. hätte im Falle einer Ablehnung des Verlegungsantrags ausreichend Zeit gehabt, seine Reise- und Hochzeitspläne den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen. Hätte die Bekl. den Kl. in dem Telefongespräch kurz vor Reiseantritt konkret über das Risiko einer Verhaftung und einer sich daran anschließenden längeren Haftzeit informiert, so hätte der Kl. eine kurzfristige Absage seiner Reise veranlassen können. Umstände, aus denen geschlossen werden könnte, dass er die Reise trotz einer entsprechenden Aufklärung angetreten hätte, hat die Bekl. nicht dargelegt. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Bekl. ergibt sich dies insbesondere nicht aus dem Umstand, dass der Kl. seine Reise trotz der Hinweise der Bekl. auf die im Falle einer Versäumung der Hauptverhandlung zu tragenden erheblichen Kosten angetreten hat. Auf Grund der unvollständigen Aufklärung durch die Bekl. stellte sich dem Kl. nach dem Telefonat folgende Frage: Sollte er erhebliche Kosten dadurch verursachen, dass er die Reise und die Hochzeit in seinem Heimatland kurzfristig absagt oder sollte er Reise und Hochzeit wie geplant durchführen und die Kosten der geplatzen Hauptverhandlung in Kauf nehmen? Aus dem Umstand, dass er sich nach dem Telefonat für einen Reiseantritt und die Hinnahme von Verfahrensmehrkosten entschied, kann aber nicht geschlossen werden, dass er auch dann gefahren wäre,

wenn ihm bewusst gewesen wäre, dass er nach seiner Rückkehr für einen längeren Zeitraum in Haft kommen könnte. Es mag sein, dass der Kläger zusätzliche Kosten bewusst in Kauf genommen hat, um die Hochzeit in seiner Heimat nicht absagen zu müssen. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass er freiwillig auch eine länger andauernde Untersuchungshaft hingenommen hätte, um Reise und Hochzeit nicht verschieben zu müssen.

## *B. Rechtswidrigkeit und Verschulden*

Umstände, aus denen sich ergeben könnte, dass der Bekl. Fahrlässigkeit nicht vorzuwerfen ist, hat diese nicht dargelegt. Die Rechtsgutverletzungen durch die Bekl. waren auch rechtswidrig. Die Verletzung eines gem. § 823 I BGB absolut geschützten Rechts indiziert die Rechtswidrigkeit des Unterlassens, soweit - wie vorliegend - eine Pflicht zum Handeln bestand.

## *C. Zur Bemessung des dem Kl. gem. § 847 BGB a. F. zustehenden Schmerzensgeldes*

Dem Kl. steht nach § 847 BGB a. F. eine Geldentschädigung für den zugefügten immateriellen Schaden wegen der erlittenen Freiheitsentziehung zu. Das Schmerzensgeld hat im Wesentlichen zwei Funktionen. Es soll den durch die Rechtsverletzung erlittenen Schaden ausgleichen und darüber hinaus auch zu einer wirklichen Genugtuung des Verletzten führen (BGHZ [GS] 18, 149 = NJW 1955, 1675). Für die konkrete Höhe des Schmerzensgeldanspruchs war hier das konkrete Maß an Lebensbeeinträchtigung des Kl. während der 76 Tage dauernden Untersuchungshaft zu berücksichtigen. Während dieser Zeit hatte er keinen normalen Kontakt zu seiner Umgebung, insbesondere zu seiner Frau. Daneben erlitt der Kl. die üblichen Belastungen seines Rufs im Freundes- und Familienkreis sowie in der Öffentlichkeit. Auf der anderen Seite war gem. § 254 I BGB das erhebliche Mitverschulden des Kl. anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Der Kl. hat seine Inhaftierung dadurch selbst schuldhaft mit verursacht, dass er es unterlassen hat, in der Zeit vom Juni bis Mitte August 2000 bei der Bekl. nach dem Stand der Terminverlegung zu fragen. Dem Kl. ist auch vorzuwerfen, dass er die Reise in sein Heimatland angetreten hat, obwohl ihm kurz vor Reiseantritt bekannt geworden war, dass der Hauptverhandlungstermin nicht verlegt worden war. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erscheint dem Senat ein Schmerzensgeld in Höhe von 7.000,00 Euro als angemessener Ausgleich und angemessene Genugtuung für den Kl.

**Standort: Sachenrecht****Problem: Gutgläubiger Erwerb eines KfZ**

BGH, URTEIL VOM 09.02.2005  
VIII ZR 82 / 03 (NJW 2005, 1365)

**Problemdarstellung:**

Die hier auf Erlösherausgabe klagende Leasinggesellschaft erwirbt im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes regelmäßig Kraftfahrzeuge von erheblichem Wert - insbesondere LKW -, um diese im Wege des Finanzierungsleasing an ihre Kunden weiterzugeben. Der liefernde Vertragshändler des hier streitgegenständlichen LKW hatte diesen unter Eigentumsvorbehalt vom beklagten Importeur erworben, der Kraftfahrzeugbrief war bei einer Bank hinterlegt. Der Händler leitete den von der Kl. erhaltenen Kaufpreis nicht an die Bekl. weiter, weshalb auch der Brief in Gewahrsam der Bank verblieb. Als die Leasingnehmerin der Kl. den Wagen dann an die Bekl. zurückgab und diese ihn - unter Aushändigung des KfZ-Briefes - an einen Dritten weiterveräußerte, stellte die Kl. sich auf den Standpunkt, hier sei ihr von dem Vertragshändler der Bekl. erworbenes Eigentum veräußert worden und verlangte die Herausgabe des Veräußerungserlöses.

Der BGH verneinte allerdings den Eigentumserwerb der Kl., der aufgrund des fehlenden Eigentums des Vertragshändlers ohnehin nur im Wege des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten denkbar gewesen wäre. Auch unter Berücksichtigung des § 366 I HGB, der im kaufmännischen Verkehr auch den guten Glauben in eine Verfügungsermächtigung des Veräußerers i. S. d. § 185 I BGB nach Maßgabe der §§ 932 ff BGB schützt, sei von der Bösgläubigkeit der Kl. auszugehen, da diese die geschäftsmäßigen Gepflogenheiten zwischen der Bekl. und deren Vertragshändlern in jedem Fall habe kennen müssen und daher angesichts des ihr nicht ausgehändigten KfZ-Briefes nicht von einer Verfügungsbefugnis des Vertragshändlers der Bekl. ausgehen können.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Regelungen des Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen in den §§ 929 ff BGB einschließlich derjenigen zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 932 ff BGB gehören selbstverständlich zum unverzichtbaren Rüstzeug eines jeden Examenkandidaten. Das vorliegende Urteil verdeutlicht noch einmal, dass die §§ 932 ff BGB in ihrem direkten Anwendungsbereich ausschließlich den guten Glauben in das Eigentum des Veräußerers an der Sache schützen. Der gute Glaube an das Bestehen einer auf anderem Wege herzuleitenden Verfügungsbefugnis - etwa einer Ermächtigung nach § 185 I BGB - wird nur geschützt, wenn die Anwendbarkeit der §§ 932 ff BGB aus-

drücklich - wie eben in § 366 I HGB - angeordnet wird.

Ferner wird deutlich, dass der Erhalt des KfZ-Briefes keinesfalls Voraussetzung für den endgültigen Eigentumserwerb am Fahrzeug ist; es ist gem. § 952 II BGB analog vielmehr der jeweilige Fahrzeugeigentümer automatisch auch Eigentümer des Briefes ("Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier", vgl. Palandt-Bassenge, § 952 Rz. 4, 7). Der KfZ-Brief ist jedoch von entscheidender Bedeutung im Rahmen des § 932 II BGB, da seine Nichtvorlage in verschiedenen Fallkonstellationen, insbesondere bei Gebrauchtwagenveräußerungen unter Privatleuten (vgl. zu den Einzelheiten Palandt-Bassenge, § 932 Rz. 13, 13a), zur Bösgläubigkeit des Erwerbers führt, so wie es hier - für den Erwerb eines Neufahrzeugs vom Händler allerdings untypisch und nur durch die zu berücksichtigenden Branchenkenntnisse der Kl. zu erklären - ebenfalls angenommen wurde.

**Vertiefungshinweise:**

Grundlegende Darstellung der Systematik der §§ 932 ff BGB: *Zeranski*, JuS 2002, 341 ff

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Stibizki"
- Examenskurs* : "Der Eigentümerwettlauf"
- Assessorkurs* : "Seniorenzentrum"

**Leitsatz:**

**Eine gewerbliche Leasinggesellschaft, zu deren üblichen Geschäften die Finanzierung von Lastkraftwagen mit einem erheblichen wirtschaftlichen Wert gehört, erwirbt beim Kauf eines solchen Fahrzeugs von einem Vertragshändler des Herstellers nicht gutgläubig das Eigentum an dem Fahrzeug, wenn der Vertragshändler den Kraftfahrzeugbrief nicht übergibt und die Leasinggesellschaft auf Grund ihrer zahlreichen einschlägigen Geschäfte weiß oder wissen müsste, dass sich der Hersteller das Eigentum an dem Fahrzeug bis zur vollständigen Weiterleitung des Kaufpreises an ihn vorbehält, dass er die Verfügungsbefugnis der Händler entsprechend einschränkt und dass er den Kraftfahrzeugbrief zur Verhinderung eines gutgläubigen Eigentumserwerbs durch Dritte zurückhält oder zum Zwecke des Dokumenteninkassos einem Treuhänder überlässt.**

**Sachverhalt:**

Die Kl., eine Finanzierungs- und Leasinggesellschaft, kaufte im März 2000 von der Firma G-GmbH (fortan:

G) einen Lastkraftwagen V. Die Firma G war eine Vertragshändlerin der Bekl., die diese Fahrzeuge in Deutschland vertreibt. Der Lastkraftwagen wurde am 30.03.2000 an die Leasingnehmerin der Kl., die Firma S-GmbH & Co. KG (fortan: S), ausgeliefert. In den AGB des Händlervertrags zwischen der Bekl. und der Firma G war ein Eigentumsvorbehalt zu Gunsten der Bekl. bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises durch die Firma G bzw. deren Kunden vereinbart. Ferner wurde die Zustimmung der Bekl. für die Übereignung und Auslieferung von Fahrzeugen durch die Firma G an deren Kunden von der Zahlung des Kaufpreises an die Bekl. abhängig gemacht. Die Kraftfahrzeugbriefe für die jeweiligen Fahrzeuge wurden - wie auch hier - von der Sparkasse B auf Grund eines von dieser mit der Bekl. abgeschlossenen Rahmenabkommens treuhänderisch bis zur Überweisung des Kaufpreises verwahrt. Am 10.03.2000 übersandte die Kl. der Firma G zur Begleichung des zu finanzierenden Kaufpreises einen Scheck über 143.750,00 DM. In dem Begleitschreiben der Kl. heißt es:

„Von unserem V-Scheck wollen Sie bitte nur Gebrauch machen Zug um Zug gegen Übersendung des Kfz-Briefs.“

Die Firma G löste den Scheck am 29.03.2000 ein, leitete den Scheckbetrag jedoch nicht an die Bekl. weiter. Am 19.04.2000 kündigte die Bekl. den Händlervertrag mit der Firma G, da Letztere in erhebliche Zahlungsschwierigkeiten geraten war. Der Kraftfahrzeugbrief für den von der Kl. gekauften Lastkraftwagen befand sich zu diesem Zeitpunkt noch bei der Sparkasse B und wurde später an die Bekl. zurückgegeben. Die Firma S zahlte bis Juli 2000 die vereinbarten Leasingraten an die Kl. Im Verlauf des Rechtsstreits gab der Insolvenzverwalter der Firma S am 23.04.2001 das Fahrzeug an die Bekl. zurück. Diese veräußerte den Lastkraftwagen an einen Dritten, der auch den Kraftfahrzeugbrief erhielt. Mit der Klage hat die Kl. zunächst Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefs für den gekauften Lastkraftwagen Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrags von 50.000,00 DM, den die Firma G an die Kl. zurückgezahlt hätte, sowie Schadensersatz verlangt.

Das LG hat dem Herausgabebegehren der Kl. entsprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Bekl. hat hiergegen Berufung eingelegt mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung. Die Kl. hat ebenfalls Berufung eingelegt und von der Bekl. nach der Veräußerung des Fahrzeugs Herausgabe des erzielten Erlöses unter Anrechnung der Zahlung der Firma G sowie Schadensersatz in Höhe der ihr entgangenen Leasingraten der Firma S für die Zeit von August 2000 bis April 2001 verlangt. Insgesamt hat sie zuletzt Zahlung von 98.750,00 DM = 50.490,07 Euro nebst Zinsen begehrt. Das BerGer. hat das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Die - zugelassene - Revision der Kl. hiergegen hatte keinen Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

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

Zur Begründung hat das BerGer unter Hinweis auf eine frühere Entscheidung in einem gleichgelagerten Fall (OLG-Report 1997, 121) ausgeführt:

Der Kl. stehe ein Zahlungsanspruch nach § 816 I 1 BGB nicht zu, denn die Veräußerung des Fahrzeugs durch die Bekl. sei keine Verfügung eines Nichtberechtigten gewesen. Die Kl. habe von der Firma G das Eigentum an dem Fahrzeug nicht erwerben können. Auch ein gutgläubiger Erwerb der Kl. nach § 932 BGB und § 366 HGB scheide aus, denn die Kl. habe nicht in gutem Glauben gehandelt. Beim Verkauf von Kraftfahrzeugen spiele der Kraftfahrzeugbrief eine entscheidende Rolle. Er vermittele den Rechtsschein des Eigentums, zumindest aber der Verfügungsbefugnis über das Fahrzeug. Zwar könne eine Privatperson beim Neuwagenkauf im regulären Geschäftsverkehr in aller Regel darauf vertrauen, dass der Händler berechtigt sei, das Fahrzeug gegen vollständige Bezahlung zu überlassen. Anders sei dies jedoch im kaufmännischen Geschäftsverkehr, insbesondere bei Massengeschäften. Zu dem üblichen Geschäft der Kl. gehöre die Finanzierung von Lastkraftwagen mit einem erheblichen wirtschaftlichen Wert. Die Kl. müsse deshalb die üblichen vertraglichen Absprachen zwischen Händler und Hersteller kennen. Anderenfalls begründe dies allein den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit. Insbesondere müsse die Kl. damit vertraut sein, dass die Bekl. als Herstellerin zur Sicherung ihres Eigentums regelmäßig einen Eigentumsvorbehalt vereinbare, so dass der Händler erst mit Weiterleitung des vollständigen Kaufpreises Eigentum an der Kaufsache erwerben könne. Um einen gutgläubigen Eigentumserwerb durch Dritte zu verhindern, werde der Hersteller den Kraftfahrzeugbrief üblicherweise zurückhalten oder im Wege des Dokumenteninkassos einem Treuhänder überlassen, da der Brief eine der wenigen werthaltigen Sicherheiten für das Fahrzeug sei. Diese Sicherungsinteressen der Bekl. hätten der Kl. bei gehöriger Sorgfalt nicht verborgen bleiben können. Ein Anspruch auf Ersatz der seitens der Firma S ausgebliebenen Leasingraten stehe der Kl. ebenso wenig zu. Da sie kein Eigentum an dem Lastkraftwagen erworben habe, habe ein Anspruch auf Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefs gegenüber der Bekl. nicht bestanden.

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

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Das BerGer. hat zutreffend entschieden, dass die von der Kl. zuletzt geltend gemachten Zahlungsansprüche aus §§ 816 I und 286 I BGB (gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB in der bis zum 01.01.2002 geltenden Fassung, im Folgenden: a. F.) in Höhe von insgesamt 98.750,00 DM = 50.490,07 Euro unbegründet sind.



*1. Kein Erlösherausgabeanspruch gem. § 816 I 1 BGB mangels Verfügung eines Nichtberechtigten*

Ein Anspruch der Kl. auf Herausgabe des Veräußerungserlöses aus § 816 I 1 BGB würde voraussetzen, dass die Bekl. bei der Veräußerung und anschließenden Übereignung des Lastkraftwagens an einen Dritten als Nichtberechtigte gehandelt hätte. Dies ist nicht der Fall.

*1. Keine Verfügungsberechtigung der Firma G bei Veräußerung des LKW an den die Kl.*

Die Bekl. war seinerzeit noch Eigentümerin des Fahrzeugs. Sie hat ihr Eigentum insbesondere nicht auf Grund der zwischenzeitlichen Veräußerung des Lastkraftwagens durch die Firma G an die Kl. verloren. Die Firma G ist wegen des Eigentumsvorbehalts der Bekl. mangels Zahlung des Kaufpreises nicht Eigentümerin des Fahrzeugs geworden. Die Bekl. hat der Firma G auch keine unbeschränkte Befugnis eingeräumt, das Eigentum an dem Fahrzeug im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs an einen Käufer zu übertragen. Vielmehr durfte die Firma G nur bei Zahlung des Kaufpreises an die Bekl. über den Lastkraftwagen verfügen. Daher konnte die Kl. das Eigentum ihrerseits nur erwerben, wenn sie im Hinblick auf das Eigentum der Firma G an dem Fahrzeug (§ 932 II BGB) oder deren Verfügungsbefugnis hierüber (§ 366 I HGB) gutgläubig gewesen wäre. Beides hat das BerGer. zu Recht verneint.

*2. Keine Gutgläubigkeit der Kl. hinsichtlich des Eigentums der Firma G gem. § 932 I 1, II BGB*

Soweit das BerGer. nicht von einem guten Glauben der Kl. an das Eigentum der Firma G ausgegangen ist, erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken.

*3. Keine Gutgläubigkeit der Kl. hinsichtlich der Verfügungsbefugnis der Firma G gem. § 366 I HGB i. V. m. § 932 II BGB*

Die Revision wendet sich allein dagegen, dass das BerGer. einen Eigentumserwerb infolge Gutgläubigkeit in Bezug auf die Verfügungsbefugnis der Firma G mit der Begründung abgelehnt hat, der Kl. sei deren Fehlen infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben (§ 366 HGB, § 932 II BGB). Damit hat sie indessen keinen Erfolg.

*a. Grobe Fahrlässigkeit der Kl. wegen fehlender Vorlage des KfZ-Briefes*

Unter grober Fahrlässigkeit wird im Allgemeinen ein Handeln verstanden, bei dem die erforderliche Sorgfalt den gesamten Umständen nach in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (Senat, BGHZ 77, 274 [276] = NJW 1980, 2245). Ob dem Erwerber einer Sache

grobe Fahrlässigkeit anzulasten ist, ist im Wesentlichen Tatfrage, die einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur insoweit unterliegt, als Verstöße gegen § 286 ZPO, Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen (Senat, BGHZ 77, 274 = NJW 1980, 2245; BGH, NJW 1994, 2022 [unter II 3 b]). Ein solcher Fehler ist hier weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Nach der vom BerGer. zutreffend wiedergegebenen Rechtsprechung des BGH handelt der Erwerber eines Gebrauchtwagens in der Regel grob fahrlässig, wenn er sich nicht den Kraftfahrzeugbrief zeigen lässt, der nach § 25 IV 2 StVZO zur Sicherung des Eigentums oder anderer Rechte am Fahrzeug bei jeder Befassung der Zulassungsbehörde mit dem Fahrzeug, besonders bei Meldungen über den Eigentumswechsel (§ 27 III StVZO), vorzulegen ist und dadurch den Eigentümer oder sonst dinglich am Kraftfahrzeug Berechtigten vor Verfügungen Nichtberechtigter schützen soll. Bei dem hier gegebenen Erwerb eines Neufahrzeugs von einem autorisierten und nicht als unzuverlässig erkannten Kraftfahrzeughändler ist das Fehlen des Briefes dagegen nicht ungewöhnlich, etwa weil der Brief zunächst noch ausgefertigt werden muss (BGHZ 30, 374 [380] = NJW 1960, 34; NJW 1996, 314 = WM 1996, 172 [unter II 1 a u. b]; NJW 1996, 2226 = WM 1996, 1318 [unter II 2 a]; ferner Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rz. 178, 1792, jew. m. w. N.). Letzteres gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Auch beim Kauf eines Neufahrzeugs kann dem Erwerber nach den Umständen des Einzelfalls der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Händlers fehlen (vgl. Senat, WM 1965, 1136 [unter III 2]; ferner Quack, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 932 Rz. 83). So ist es hier.

Das BerGer. hat unangegriffen festgestellt, dass sich die Bekl. gegenüber ihren Vertragshändlern regelmäßig das Eigentum an den von ihr vertriebenen Lastkraftwagen bis zur vollständigen Weiterleitung des Kaufpreises vorbehält, dass sie die Verfügungsbefugnis der Händler entsprechend einschränkt und dass sie üblicherweise zur Verhinderung eines gutgläubigen Eigentumserwerbs durch Dritte den Kraftfahrzeugbrief zurückhält oder zum Zwecke des Dokumenteninkassos einem Treuhänder überlässt. Weiter hat das BerGer. unangegriffen festgestellt, dass die Kl. als gewerbliche Leasinggeberin in großer Stückzahl teure Wirtschaftsgüter kauft und dass zu ihrem üblichen Geschäft auch die Finanzierung von Lastkraftwagen mit einem erheblichen wirtschaftlichen Wert gehört. Unter diesen Umständen ist die tatrichterliche Annahme des BerGer. nicht zu beanstanden, der Kl. müssten die Gepflogenheiten der diesbezüglichen Geschäftsabwicklung bekannt sein und ihr sei grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen, wenn sie die üblichen vertraglichen Absprachen zwischen Händler und Hersteller nicht gekannt und dementsprechend bei der Zahlung des Kaufpreises an die Firma G nicht beachtet habe.

*b. Keine Vergleichbarkeit der Geschäfte der Kl. mit gelegentlichem Erwerb eines Neufahrzeugs*

Ohne Erfolg beruft sich die Revision demgegenüber darauf, für die Anwendung des § 366 I HGB bleibe kein Raum, wenn der Käufer eines Neuwagens wegen des üblichen Eigentumsvorbehalts des Herstellers nicht auf die Verfügungsbefugnis des Händlers vertrauen dürfe. Die Revision verkennt insoweit, dass die Verneinung eines gutgläubigen Eigentumserwerbs auf den vom BerGer. festgestellten besonderen Umständen des vorliegenden Falls beruht. Danach hat es sich nicht um den gelegentlichen Erwerb eines Lastkraftwagens gehandelt, sondern war die im gewerblichen Leasinggeschäft tätige Kl. - anders als der Käufer bei einem „normalen“ Neuwagenkauf - auf Grund ihrer zahlreichen einschlägigen Geschäfte ohne weiteres in der Lage, sich genaue Kenntnis von den üblichen Vereinbarungen der Bekl. mit deren Vertragshändlern zu verschaffen. Hat sie sich gegebenenfalls dieser Kenntnis verschlossen, hat sie in einem unverständlich hohen Maße gegen die gebotene Sorgfalt gehandelt.

*c. Möglichkeiten der Kl., auf den zu erkennenden Eigentumsvorbehalt der Bekl. zu reagieren*

Der Kl. wäre es auch ohne Schwierigkeiten möglich

gewesen, dem durch das Dokumenteninkasso gesicherten Eigentumsvorbehalt der Bekl. Rechnung zu tragen. Dazu hätte sie den Kaufpreis lediglich etwa unter Einschaltung einer Treuhänderin, gegebenenfalls auch der von der Bekl. bereits eingesetzten Sparkasse, Zug um Zug gegen die Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefs zahlen müssen. Soweit die Revision dagegen meint, die Kl. habe dem Sicherungsinteresse der Bekl. bereits dadurch entsprochen, dass sie der Firma G mit Schreiben vom 10.03.2000 zur Auflage gemacht habe, über den beigefügten Verrechnungsscheck nur Zug um Zug gegen Übersendung des Kraftfahrzeugbriefs zu verfügen, ist das nicht richtig. Diese Auflage war nicht gesichert. Damit hat die Kl. lediglich auf die Vertragstreue der Firma G vertraut. Dieses Vertrauen schützt § 366 I HGB jedoch nicht.

*II. Kein Schadensersatzanspruch gem. § 286 BGB a. F. mangels durchsetzbaren Anspruchs der Kl.*

Damit ist auch dem von der Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus § 286 I BGB a. F. auf Zahlung der von der Firma S nicht erbrachten Leasingraten die Grundlage entzogen.

**Standort: Kaufrecht**

**Problem: Bedeutung der Beschaffenheit “fabrikneu”**

BGH, URTEIL VOM 12.01.2005  
VIII ZR 109 / 04 (NJW 2005, 1422)

**Problemdarstellung:**

Der BGH hatte in diesem Revisionsfall über die Frage zu entscheiden, ob ein PKW, der im Rahmen einer sog. Tageszulassung bereits kurz auf den Händler zugelassen war, ohne von diesem benutzt worden zu sein, noch als “fabrikneu” verkauft werden kann.

Hiergegen könnte einerseits sprechen, dass allein durch die Kurzzulassung bei einer späteren Weiterveräußerung nicht mehr von einem Fahrzeug “aus 1. Hand” gesprochen werden und dieses sich negativ auf den Wiederverkaufswert auswirken könnte. Zudem könnten sich die durch die erste Zulassung in Lauf gesetzten Fristen etwa für die zeitlich begrenzte Herstellergarantie, die nach § 29 StVZO regelmäßig durchzuführende Hauptuntersuchung oder die Möglichkeit, im Schadensfall von der Vollkaskoversicherung den Fahrzeugneuwert erstattet zu bekommen, negativ für den Käufer auswirken.

Solange die Verkürzung dieser Fristen aber kein nennenswertes Gewicht hat (nicht länger als ca. 2 Wochen) und die weiteren Voraussetzungen der durch den BGH in zahlreichen Entscheidungen dem Begriff “fabrikneu” beigemessenen Bedeutung vorliegen, steht allein eine Tageszulassung der Bezeichnung des PKW

als “fabrikneu” diesem Urteil zufolge nicht entgegen.

**Prüfungsrelevanz:**

Wieder einmal gilt, dass die vorliegende Entscheidung trotz Anwendbarkeit des BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung auf den konkreten Fall auch unter Geltung des neuen Schuldrechts von uneingeschränkter Aktualität ist. Nunmehr ist die Diskussion um die Bezeichnung “fabrikneu” etwa im Rahmen der Prüfung eines Sachmangels gem. § 434 I 1 BGB denkbar. Ferner ist zwar die Kategorie der zugesicherten Eigenschaft aus dem Kaufrecht verschwunden, noch immer kommt eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers einer mangelhaften Kaufsache jedoch auch ohne vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten in Betracht, wenn der Verkäufer den Mangel schon aufgrund einer nicht eingehaltenen Garantie zu vertreten hat (vgl. § 276 I 1 BGB). Von einer garantierten Beschaffenheit “fabrikneu” dürfte der BGH nach Übertragung seiner bisherigen Rechtsprechung auf das neue Recht mithin grundsätzlich immer dann ausgehen, wenn ein KfZ-Händler einen Neuwagen verkauft.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Bedeutung der Zusicherung “fabrikneu”: BGH, RA 2003, 687 = NJW 2003, 2824; RA 2000, 473 =

NJW 2000, 2018

Zur Berechnung der Nutzungsvergütung bei Rückabwicklung eines PKW-Kaufes: *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 507 = NJW 2003, 1950

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Das gebrauchte Cabrio"  
 *Examenskurs*: "Augen auf beim Golf- und Mustangkauf"  
 *Assessorkurs* : "Der versicherte PKW"

**Leitsatz:**

**Zur Frage, ob ein unbenutztes Kraftfahrzeug nach einer Tages- oder Kurzzulassung auf den Autohändler noch die zugesicherte Eigenschaft "fabrikneu" hat.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt von den Bekl. aus abgetretenem Recht seiner Leasinggeberin die Rückzahlung des Kaufpreises für einen Pkw. Am 03.07.2001 erwarb die R-GmbH & Co. OHG von der Bekl. zu 1 den Pkw R 1,2 16 V fünftürig, den der Kl. an diesem Tag ausgesucht und mit Vertrag vom 03.07.2001 von der R-GmbH & Co. OHG geleast hatte. Das als Neuwagen mit einem erheblichen Preisnachlass gegenüber dem Listenpreis angebotene Fahrzeug war von der Bekl. zu 1, ohne es im Straßenverkehr zu benutzen, im Wege der so genannten Tageszulassung/Kurzzeitzulassung für ein Wochenende, nämlich vom 28.06.2001 bis 02.07.2001, auf sich zugelassen, am 02.07.2001 stillgelegt und am 09.07.2001 auf den Kl. zugelassen worden. Die Parteien streiten darum, ob ein Pkw mit Kurzzulassung noch als "Neuwagen" anzusehen ist. Der Kl. hat behauptet, das Fahrzeug sei als Neuwagen ohne Hinweis auf die Tageszulassung verkauft worden; der deutliche Preisnachlass sei mit einer Werbe-/Rabattaktion begründet worden. Die Bekl. haben behauptet, auf dem Verkaufsschild habe sich der Hinweis auf die Tageszulassung befunden, ihr Verkäufer habe ebenfalls darauf hingewiesen. Mit seiner Klage nimmt der Kl. die Bekl. auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 12.423,04 Euro abzüglich 621,15 Euro für mit dem Fahrzeug zurückgelegte 10.000 Kilometer, insgesamt auf 11.801,89 Euro, in Anspruch und begehrt Feststellung, dass sich die Bekl. zu 1 in Annahmeverzug befindet.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die zugelassene Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. hat ausgeführt:

Dem Kl. stehe kein Wandelungs- oder Schadensersatzanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigen-

schaft gem. §§ 462, 463, 459 II BGB a. F. zu. Das tatsächliche Vorbringen des Kl. zu den Kaufumständen als wahr unterstellt, komme es allein darauf an, ob einem als Neuwagen verkauften Kraftfahrzeug diese Eigenschaft fehle, wenn es eine Tages-/ Kurzzulassung aufweise. Das sei zu verneinen. Soweit mit der Erstzulassung die Fristen für eine Neuwertentschädigung im Rahmen einer Vollkaskoversicherung, für die Hauptuntersuchung als auch für die Abgassonderuntersuchung und die Herstellergarantie zu laufen begonnen haben sollten, seien diese verkürzten Fristen jedenfalls in den Fällen zu vernachlässigen und unerheblich, in denen der Verkauf - wie hier - kurze Zeit nach der Tageszulassung erfolgt sei, weil die Verkürzung sich dann nur auf wenige Tage beschränkt habe. Soweit der Kl. die Auffassung vertrete, bei einer Tageszulassung werde das Fahrzeug im wirtschaftlichen Wert gemindert, die Zahl der Halter bzw. Vorbesitzer spiele bei dem Verkauf eines Gebrauchtwagens eine erhebliche Rolle, bei zwei Vorbesitzern sei das Fahrzeug im wirtschaftlichen Wert gemindert, weil es bei einem Weiterverkauf nicht mehr als Fahrzeug aus erster Hand bezeichnet werden könne, erscheine dies zweifelhaft, denn mittlerweile sei allgemein bekannt, was eine Tages- oder Kurzzulassung bedeute; entscheidend sei allein, dass das Fahrzeug nicht gefahren, also vom Händler in keiner Weise, insbesondere nicht als Vorführwagen, genutzt worden und deshalb technisch ohnehin ein Neuwagen sei.

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

Die Ausführungen des BerGer. halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Zu Recht hat das BerGer. einen Wandelungs- oder Schadensersatzanspruch des Kl. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gem. §§ 462, 463, 465, 459 II BGB a. F. verneint.

**I. Vorliegen der Eigenschaftszusicherung "fabrikneu"**

Auf das vor dem 01.01.2002 entstandene Schuldverhältnis der Parteien sind die Vorschriften des BGB in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung anwendbar (Art. 229 § 5 EGBGB). Zu Recht geht das BerGer. von einer Zusicherung der Bekl. aus, dass das von ihr verkaufte Auto fabrikneu sei. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats liegt im Verkauf eines Neuwagens durch einen Kfz-Händler grundsätzlich die Zusicherung, dass das verkaufte Fahrzeug die Eigenschaft hat, "fabrikneu" zu sein (NJW 2004, 160 [unter II 1]; NJW 2003, 2824 [unter II 1]; NJW 2000, 2018 [unter II 2]; NJW 1980, 2127 [unter II 3]).

**II. Bedeutung der Eigenschaft "fabrikneu" nach der Rechtsprechung**

Entgegen der Auffassung der Revision ist auch nicht zu beanstanden, dass das BerGer. den Pkw als fabrikneu angesehen hat. Nach der Rechtsprechung des

erkennenden Senats ist ein unbenutztes Kraftfahrzeug fabrikneu, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, wenn es keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate liegen (NJW 2004, 160 [unter II 3]).

### 1. Sinn und Zweck sog. "Tageszulassungen"

Tageszulassungen sind eine besondere Form des Neuwagengeschäfts. Der Kunde erwirbt auch in diesen Fällen ein fabrikneues Fahrzeug (ebenso u. a. Westermann, in: Münch-Komm, § 434 Rz. 57; a. A. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rz. 203; OLG Dresden, NJW 1999, 1036). Die kurzfristige Zulassung auf den Händler dient, anders als bei so genannten Vorführwagen, nicht der Nutzung des Fahrzeugs. Tageszulassungen erfolgen im Absatzinteresse beider Seiten. Der Händler kommt durch die Steigerung der Abnahmemenge in den Genuss höherer Prämien, die er, ohne den Beschränkungen des damals noch geltenden Rabattgesetzes zu unterliegen, an den Endkunden weitergeben kann. Der Hersteller wird in die Lage versetzt, gezielt zu bestimmten Stichtagen mit höheren Zulassungszahlen zu werben (Senat, NJW 1996, 2302 [unter B II 1 b]). Das ist dem potenziellen Autokäufer bewusst, der weiß, dass eine Tageszulassung aus den genannten Gründen nur rein formal erfolgt, ohne dass sich die Beschaffenheit des Fahrzeugs als Neufahrzeug dadurch ändert, es insbesondere nicht benutzt worden ist (vgl. BGH, NJW 2000, 2821 [unter II 2 b aa]).

### 2. Keine Gefahr geminderten Wiederverkaufswerts

Die Annahme der Revision, der Käufer eines wenige Tage zugelassenen Fahrzeugs erziele bei der Weiterveräußerung in der Regel einen geringeren Erlös als der Käufer eines nur auf sich zugelassenen Kraftwagens, findet in der allgemeinen Lebenserfahrung keine Stütze. Entscheidend ist für den durchschnittlich informierten und verständigen Autokäufer, dass er ein unbenutztes Neufahrzeug erwirbt (vgl. BGH, NJW 2000, 2821 [unter II 2 b bb]). Dies kann er bei einem Weiterverkauf im Allgemeinen durch Vorlage des Kaufvertrags auch nachweisen, so dass die von der Revision befürchtete Benachteiligung des Käufers, der ein Neufahrzeug mit einer nur wenige Tage umfassenden Zulassung erworben hat, als verhältnismäßig gering einzuschätzen ist (BGH, NJW 2000, 2821 [unter II 2 b bb]; vgl. auch EuGH, Slg. 1992, I-131 Rz. 14).

### 3. Keine nennenswerte Verkürzung der Fristen für Neuwertentschädigung, Herstellergarantie u. ä.

Schließlich ist das BerGer. auch zutreffend der Auffassung, dass die durch die Erstzulassung bedingte Verkürzung der Herstellergarantie und der Fristen für eine Neuwertentschädigung im Rahmen einer Vollkaskoversicherung als auch für die nach § 29 StVZO vorgeschriebene Fahrzeuguntersuchung nicht von wesentlicher Bedeutung ist, wenn der Verkauf - wie hier - kurze Zeit nach der Erstzulassung erfolgt ist, sich auf nur wenige Tage beschränkt und die Herstellergarantie um nicht mehr als zwei Wochen verkürzt ist (vgl. auch BGH, NJW 1999, 3267 [unter II 3]).

## Standort: § 138 I BGB

## Problem: Kauf eines Radarwarngeräts

BGH, URTEIL VOM 23.02.2005  
VIII ZR 129 / 04 (NJW 2005, 1490)

### Problemdarstellung:

§ 23 I b StVO den Betrieb und das betriebsbereite Mitführen von Radarwarngeräten in Kraftfahrzeugen. Der BGH hat nun in diesem Fall entschieden, dass schon der Erwerb eines solchen für den Einsatz im deutschen Straßenverkehr vorgesehenen Gerätes, den § 23 I b StVO nicht ausdrücklich verbietet, als unmittelbare Vorbereitung eines ordnungswidrigen und dem Interesse des Gemeinwohls zuwiderlaufenden Verhaltens rechtlich zu missbilligen und der Kaufvertrag gem. § 138 I BGB als nichtig anzusehen ist. Dem hieraus resultierenden Anspruch der auf Kaufpreisrückzahlung klagenden Käuferin aus § 812 I 1. Fall BGB (condictio indebiti) hielt der BGH jedoch den Ausschlussgrund des § 817 S. 2 BGB entgegen, der trotz seines missverständlichen Wortlautes nicht nur dem Anspruch aus § 817 S. 1 BGB, sondern einer jeden Leistungskondition gegenüber angewandt werden kann

(vgl. Palandt-Sprau, § 817 Rz. 1).

### Prüfungsrelevanz:

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge gehört ebenso zum klassischen Examensstoff, wie die Kenntnis der wichtigsten Fallgruppen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 I BGB. Die vorliegende Entscheidung stellt zudem die Bedeutung des § 817 S. 2 BGB noch einmal heraus, wonach derjenige, der sich selbst außerhalb der Rechtsordnung stellt, im Falle des Scheiterns des entsprechenden Geschäfts keinen Schutz der Rechtsordnung in Gestalt eines Rückforderungsanspruches aus dem Bereicherungsrecht erwarten kann. Da dies insbesondere im Falle der Vorleistung eines Vertragspartners leicht zu harten Ergebnissen führen kann (der Vorleistende kann weder Erfüllung des wichtigen Geschäfts, noch Rückgewähr der von ihm erbrachten Leistung verlangen), ist die Vorschrift rechtspolitisch nicht unumstritten. Gleichwohl hat der BGH hier - an-

ders als in der vollkommen missratenen "Schwarzarbeiterentscheidung" (NJW 1990, 2542) - der Versuchung widerstanden, das über § 817 S. 2 BGB gefundene Ergebnis unter Heranziehung des § 242 BGB zu korrigieren, um dem anderen Vertragspartner aus dem sittenwidrigen - bzw. verbotenen - Geschäft angeblich verbliebene Vorteile abschöpfen zu können.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Verstoß der "Ehegattenbürgschaft" gegen § 138 I BGB vgl. zuletzt *BGH*, RA 2005, 241 = NJW 2005, 971

Zur Darlegungs- und Beweislast für die Rechtsgrundlosigkeit einer Leistung: *BGH*, RA 2003, 297 = NJW 2003, 1039

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Drum prüfe, wer für Papi bürgt..."

*Examenskurs* : "Schwarzarbeit"

**Leitsätze:**

**Ein Kaufvertrag über den Erwerb eines Radarwarngeräts ist sittenwidrig, wenn der Kauf nach dem für beide Parteien erkennbaren Vertragszweck auf eine Verwendung des Radarwarngeräts im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet ist. Ein Anspruch auf Rückabwicklung eines solchen Vertrags steht dem Käufer nicht zu.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. erwarb von der Bekl. am 05.12.2002 ein Radarwarngerät mit einer Basis-Codierung für Deutschland zu einem Preis von 1.059,08 Euro. Sie verlangt die Rückabwicklung des Kaufvertrags mit der Begründung, das Gerät funktioniere nicht; es habe an verschiedenen polizeilichen Radarmessstellen im Bundesgebiet kein Warnsignal abgegeben.

Das AG hat die Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Radarwarngeräts verurteilt. Auf die Berufung der Bekl. hat das LG die Klage abgewiesen. Die zugelassene Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. hat ausgeführt:

Die Kl. habe zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 I 1 BGB. Denn der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei sittenwidrig und daher gem. § 138 I BGB nichtig. Der Kauf eines Radarwarngeräts, das unter Verstoß gegen § 23 I b StVO dazu eingesetzt werden solle, sich bußgeldbewehrten Geschwindigkeitskontrollen da-

durch wirksam zu entziehen, dass deren Standorte rechtzeitig vorher angezeigt werden, verstoße gegen die guten Sitten. Das Radarwarngerät habe nach dem von der Kl. vorgesehenen Einsatz einzig dem Zweck gedient, vor Einrichtungen der Geschwindigkeitsüberwachung zu warnen und damit ein ordnungswidriges Verhalten zu fördern. Einem solchen Rechtsgeschäft, das den Interessen der Gemeinschaft an der Einhaltung der zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer angeordneten Geschwindigkeitsbeschränkungen zuwiderlaufe, sei die rechtliche Anerkennung zu versagen. Der Rückforderung des Kaufpreises nach § 812 I 1 BGB stehe jedoch § 817 S. 2 BGB entgegen. Beide Parteien hätten durch den Abschluss des Vertrags gegen die guten Sitten verstoßen. Auch wenn die Bekl. gewusst habe, dass die Kaufverträge über die von ihr angebotenen Radarwarngeräte wegen Sittenwidrigkeit unwirksam seien und sie in Kenntnis dessen unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB wirtschaftlichen Vorteil aus den Verträgen ziehe, führe dies nicht zu einem Ausschluss der Vorschrift. Die Kl. sei als Verwenderin des Geräts von dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit des Geschäfts in gleicher Weise betroffen. Zwar schließe die Vorschrift die Rückforderung grundsätzlich nur bei einem vorsätzlichen Sittenverstoß aus. Indes stehe es vorsätzlichem Verhalten gleich, wenn sich der Leistende der Einsicht in die Sittenwidrigkeit leichtfertig verschließe. Die Kl. habe den mit dem Erwerb des Geräts verfolgten Zweck und damit die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände gekannt. Darauf, ob sie selbst daraus den Schluss auf die Sittenwidrigkeit gezogen habe, komme es nicht an.

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

Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision der Kl. zurückzuweisen ist.

**I. Nichtigkeit des Kaufvertrages über ein Radarwarngerät gem. § 138 I BGB**

Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag gem. § 138 I BGB nichtig ist, weil er gegen die guten Sitten verstößt. Verträge über den Kauf von Radarwarngeräten werden in der Rechtsprechung und im Schrifttum nahezu einhellig als sittenwidrig angesehen (LG Bonn, NJW 1998, 2681; LG München I, NJW-RR 1997, 307; LG Stuttgart, NJW-RR 2004, 57; AG Neukölln, NJW 1995, 2173; Möller, NZV 2000, 115 [117]; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 138 Rz. 42; Schneider, MDR 2000, 189 [191]; Staudinger/Sack, BGB, Neubearb. 2003, § 138 Rz. 495; a. A. LG München I, NJW 1999, 2600). Dies ist jedenfalls dann zutreffend, wenn der Kauf - wie im vorliegenden Fall - nach dem für beide Parteien erkennbaren Vertragszweck auf eine Verwendung des Radarwarngeräts im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet ist.

### 1. Sittenwidrigkeit auch aus Widerspruch zum Gemeinwohl ableitbar

Sittenwidrig können nach der Rechtsprechung auch Geschäfte sein, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder die in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen (Senat, NJW 1990, 567 [unter B I 1 a bb], insoweit in BGHZ 109, 314, nicht abgedr.). Voraussetzung dafür ist, dass alle an dem Geschäft Beteiligten sittenwidrig handeln, also die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, kennen oder sich zumindest ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen (Senat, NJW 1990, 567 [unter B I 1 a bb]; NJW 1992, 310 [unter I 1 a]). Die Sittenwidrigkeit kann sich auch aus den Begleitumständen des Geschäfts, insbesondere den zu Grunde liegenden Motiven und den verfolgten Zwecken ergeben (vgl. zur Förderung einer Straftat BGH, NJW-RR 1990, 750 = WM 1990, 799 [unter 1]; DB 1971, 39; NJW-RR 1990, 1521 = WM 1990, 1324 [unter II 1 b]).

### 2. Radarwarngerät läuft Gemeinwohlinteresse an der Sicherheit im Straßenverkehr zuwider

Der vorliegende Kaufvertrag verstößt nach diesen Grundsätzen gegen die guten Sitten, weil er, wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, auf die Begehung eines ordnungswidrigen Verhaltens im Straßenverkehr gerichtet ist, das im Interesse der Verkehrssicherheit in Deutschland verboten ist. Einem solchen Rechtsgeschäft, das - für beide Seiten erkennbar - dem Gemeinwohlinteresse an der Sicherheit im Straßenverkehr zuwiderläuft, ist die rechtliche Anerkennung zu versagen.

#### a. Verbot des § 23 I b StVO und Normzweck

Nach der am 01.01.2002 in Kraft getretenen Vorschrift des § 23 I b StVO ist es dem Führer eines Kraftfahrzeugs untersagt, ein technisches Gerät zu betreiben oder betriebsbereit mitzuführen, das dafür bestimmt ist, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören (Satz 1); nach Satz 2 der Vorschrift gilt dies insbesondere für Geräte zur Anzeige oder Störung von Geschwindigkeitsmessungen (Radarwarn- oder Laserstörgeräte). Der vorsätzliche oder fahrlässige Verstoß gegen diese Bestimmung ist gem. § 49 I Nr. 22 StVO ordnungswidrig i. S. d. § 24 StVG und kann mit einer Geldbuße und der Anordnung eines Fahrverbots geahndet werden (§§ 24 II, 25 StVG).

Dieses Verbot zur Verwendung technischer Einrichtungen in Kraftfahrzeugen, die dazu bestimmt sind, die Verkehrsüberwachung zu beeinträchtigen, dient der Erhöhung der Verkehrssicherheit (BR-Dr 751/01, S. 5). Die Neuregelung soll zur Sicherung einer erfolgreichen Bekämpfung von Geschwindigkeitsverstößen und anderen Verkehrszuwiderhandlungen beitragen und verhindern, dass sich Kraftfahrer durch technische Vorkehrungen im Kraftfahrzeug Maßnahmen der Verkehrsüberwachung entziehen können (BR-Dr 751/01,

S. 5). Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Verwendung eines Radarwarngeräts geeignet ist, die präventive Wirkung drohender Geschwindigkeitskontrollen zu unterlaufen und dadurch risikolose Geschwindigkeitsübertretungen mit erhöhten Gefahren für Leib und Leben Dritter zu fördern.

#### b. Kauf des Radarwarngeräts unmittelbare Vorbereitungshandlung für Verstoß gegen § 23 I b StVO

Der Kauf eines Radarwarngeräts, das - wie im vorliegenden Fall - auf Grund seiner Codierung zum Einsatz im deutschen Straßenverkehr bestimmt ist, dient der Begehung eines nach § 23 I b StVO ordnungswidrigen Verhaltens, durch das Geschwindigkeitskontrollen unterlaufen und Geschwindigkeitsübertretungen mit den damit verbundenen Gefahren für Leib und Leben Dritter begünstigt werden. Ein solches Rechtsgeschäft, das letztlich darauf gerichtet ist, die Sicherheit im Straßenverkehr zu beeinträchtigen, verstößt gegen die guten Sitten und ist deshalb von der Rechtsordnung nicht zu billigen (§ 138 I BGB). Zwar untersagt § 23 I b StVO nicht schon den Erwerb eines Radarwarngeräts, sondern erst dessen Betrieb oder betriebsbereites Mitführen im Kraftfahrzeug. Jedoch ist der Erwerb des Geräts eine unmittelbare Vorbereitungshandlung für dessen Betrieb, wenn das Gerät - wie im vorliegenden Fall - für den Betrieb im deutschen Straßenverkehr erworben wird. Deshalb ist bereits ein solcher Erwerb rechtlich zu missbilligen.

Eine andere Bewertung folgt nicht aus dem Umstand, dass Kraftfahrzeugführer gelegentlich auch im Rundfunk vor "Radarfallen" und "Blitzern" gewarnt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob gegen diese Praxis rechtliche Bedenken bestehen (krit. hierzu Albrecht, NZV 2001, 247 [250]). Durch die Bekanntgabe des Standorts einzelner Geschwindigkeitskontrollen im Rundfunk läuft die Verbotsnorm des § 23 I b StVO nicht ins Leere. Denn dadurch wird dem Fahrzeugführer - anders als durch ein mitgeführtes Radarwarngerät - jedenfalls nicht das Gefühl vermittelt, er könne jederzeit und überall eine Radarkontrolle rechtzeitig erkennen und deshalb insoweit risikolos die Geschwindigkeit überschreiten (LG Bonn, NJW 1998, 2681; Möller, NZV 2000, 117; vgl. auch Albrecht, NZV 2001, 250).

### II. *Condictio indebiti* gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen

Das BerGer. hat auch zu Recht angenommen, dass die Kl. den zur Erfüllung des nichtigen Vertrags geleisteten Kaufpreis nicht gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen kann. Der Rückforderungsanspruch ist nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen, weil - wie dargelegt - beiden Parteien ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt (vgl. auch LG Bonn, NJW 1998, 2682; LG München I, NJW-RR 1997, 307; Möller, NZV 2000, 117; Schneider, MDR 2000, 191; anders

LG Stuttgart, NJW-RR 2004, 57; LG München I, NJW 1999, 2600 [2601]).

*1. Anwendungsvoraussetzungen des § 817 S.2 BGB in subjektiver Hinsicht*

Entgegen der Auffassung der Revision hat das BerGer. die subjektiven Anforderungen an die Erfüllung dieses Ausnahmetatbestands nicht verkannt. Zwar schließt § 817 S. 2 BGB die Rückforderung grundsätzlich nur bei einem bewussten Sittenverstoß aus; jedoch steht es vorsätzlichem Handeln gleich, wenn der Leistende sich der Einsicht in die Sittenwidrigkeit seines Handelns leichtfertig verschließt (Senat, NJW 1992, 310 [unter II 1]). Dass diese Voraussetzung bei der Kl. vorlag, hat das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt; dies wird von der Revision auch nicht angegriffen.

*2. Keine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)*

Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend,

der Rückforderungsausschluss nach § 817 S. 2 BGB sei im vorliegenden Fall mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vereinbar. Der Ausschluss des Rückforderungsanspruchs der Kl. ist auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Bekl. infolge der Anwendung des § 817 S. 2 BGB aus dem sittenwidrigen Vertrieb von Radarwarngeräten wirtschaftliche Vorteile zieht, nicht unbillig. Denn die Kl. handelte ebenfalls sittenwidrig und steht dem verbotenen Verhalten noch näher als die Bekl., weil sie das Radarwarngerät zu dem Zweck erwarb, es entgegen dem Verbot des § 23 I b StVO zu verwenden. Beide Parteien verdienen daher im Hinblick auf das sittenwidrige Geschäft nicht den Schutz der Rechtsordnung. Es hat deshalb dabei zu bleiben, dass die in § 817 S. 2 BGB geregelte Rechtsschutzverweigerung grundsätzlich die Vertragspartei trifft, die aus dem sittenwidrigen Geschäft Ansprüche herleitet.

**Standort: BGB-AT**

**Problem: Grundstückserwerb eines Minderjährigen**

BGH, BESCHLUSS VOM 03.02.2005  
V ZB 44 / 04 (NJW 2005, 1430)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall wollte ein Großvater ihm gehörende Grundstücke seinen Enkeln übertragen, von denen einer jedoch minderjährig war. Da die Grundstücke verpachtet waren, schien auf der Hand zu liegen, dass dieser Minderjährige die Auflassungserklärung gem. §§ 873, 925 BGB nicht selbst abgeben konnte, da er gem. §§ 593 b, 566 BGB die Rechte, vor allem aber die Pflichten des Veräußerers aus dem bestehenden (Land-) Pachtvertrag mit seinem Eigentumserwerb übernehmen müsste. Die Erklärung des Minderjährigen wäre demzufolge nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. d. § 107 BGB.

Die Beteiligten sahen dies trotzdem anders und argumentierten mit dem lebenslangen Nießbrauchsrecht, welches sich der Großvater an dem Grundstück vorbehalten wollte, verbunden mit seiner Verpflichtung, auch außergewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen zu finanzieren und sonstige außerordentliche Lasten der Grundstücke zu tragen. Der Nießbrauch i. S. d. §§ 1030 ff BGB verleiht dem Berechtigten ein dingliches Nutzungsrecht an der betreffenden Sache (vgl. § 1030 I BGB) mit der Folge, dass er diese Sache vermieten / verpachten kann und Partei des entsprechenden Vertrages wird. Veräußert ein Eigentümer eines vermieteten / verpachteten Grundstücks dieses unter Nießbrauchsvorbehalt, so bleibt er dementsprechend Vermieter / Verpächter (vgl. Palandt-Bassenge, § 1030 Rz. 5).

Der BGH geht in dem vorliegenden Beschluss gleich-

wohl von der Einwilligungsbefähigung des Grundenerwerbs aus und begründet dies im Wesentlichen damit, dass bei bereits bestehender Vermietung / Verpachtung des Grundstücks zum Erwerbszeitpunkt die hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Minderjährige infolge der Beendigung des Nießbrauches sodann Vermieter oder Verpächter mit allen daran anknüpfenden Rechtsnachteilen wird.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Problematik der Einwilligungsbefähigung von Rechtsgeschäften beschränkt Geschäftsfähiger gem. § 107 BGB sollte im Rahmen der Examensvorbereitung nicht unterschätzt werden, weil es sich hier "nur" um ein Problem des BGB-AT handelt. Das häufige Auftauchen dieses Problems auch in der jüngsten Rechtsprechung des BGH und die hierbei - teilweise infolge scheinbar minimal anders gelagerter Sachverhalte - erzielten unterschiedlichen Ergebnisse (vgl. 0Vertiefungshinweise) zeigen, dass § 107 BGB nach wie vor eine schwierig zu handhabende Vorschrift ist.

**Vertiefungshinweise:**

Lediglich rechtlich vorteilhafter Erwerb eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks: *BGH*, RA 2005, 211 = NJW 2005, 415

Veräußerung des Grundstücks einer GbR, an der ein Minderjähriger beteiligt ist: *OLG Koblenz*, RA 2003, 364 = NJW 2003, 1401

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Der ratsuchende Onkel"

<input type="checkbox"/> <i>Examenskurs</i> : "Familiengeschichten"
---

**Leitsätze:**

- 1. Im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren folgt die Beschwerdeberechtigung eines Beteiligten nicht allein daraus, dass das Grundbuchamt die Vornahme der beantragten Eintragung abgelehnt oder im Wege der Zwischenverfügung von der vorherigen Beseitigung bestimmter Eintragungshindernisse abhängig gemacht hat; hinzukommen muss vielmehr, dass der Beschwerdeführer antragsberechtigt ist.**
- 2. Hat das Beschwerdegericht die Erstbeschwerde eines Beteiligten als zulässig behandelt und in der Sache negativ beschieden, obwohl sie mangels Antragsberechtigung als unzulässig hätte verworfen werden müssen, ist seine weitere Beschwerde zulässig, jedoch mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird.**
- 3. Ein auf den Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. d. § 107 BGB, auch wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem zu übertragenden Grundstück vorbehalten hat.**

**Sachverhalt:**

Der Bet. zu 1 ist Eigentümer mehrerer landwirtschaftlicher Grundstücke, die er verpachtet hat. Mit notariellem Vertrag vom 22.12.2003 überließ er diese Grundstücke unter gleichzeitiger Erklärung der Auflassung seinen Enkelkindern, den Bet. zu 2 bis 4 zu gleichen Teilen. Er behielt sich jedoch den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem übertragenen Grundbesitz vor. Insoweit wurde bestimmt, dass der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen Lasten der Grundstücke zu tragen hat. Mit gleicher Urkunde bewilligten die Bet. zu 2 bis 4 die Eintragung eines nachrangigen Nießbrauchsrechts mit entsprechendem Inhalt zu Gunsten ihrer Mutter, der Bet. zu 5, in das Grundbuch.

Die von dem Urkundsnotar im Namen der Bet. gestellten Anträge auf Eigentumsumschreibung und Eintragung des Nießbrauchsrechts zu Gunsten des Bet. zu 1 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 11.03.2004 beanstandet, weil die Schenkung der verpachteten Grundstücke für den minderjährigen Bet. zu 4 nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Es hat den Bet. aufgegeben, binnen bestimmter Frist einen Ergänzungspfleger bestellen zu lassen. Die dagegen gerichteten Beschwerden der Bet. sind erfolglos geblieben. Das OLG Frankfurt a. M. möchte auch die weiteren Beschwerden zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des OLG Celle vom 16.02.2001 (OLG-Report 2001, 159 = MDR 2001, 931) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung

vorgelegt. Der BGH hat die weiteren Beschwerden gegen den Beschluss des LG Gießen zurückgewiesen, die weitere Beschwerde der Bet. zu 5 mit der Maßgabe, dass ihre Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG - Grundbuchamt - vom 11.03.2004 als unzulässig verworfen wird.

**Aus den Gründen:****A. Statthaftigkeit der Vorlage an den BGH gem. § 79 II GBO**

Die Vorlage ist gem. § 79 II GBO statthaft. Das vorliegende Gericht meint, der Erwerb eines verpachteten Grundstücks sei für einen Minderjährigen wegen des damit verbundenen Eintritts in den von dem Veräußerer geschlossenen Pachtvertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Dies gelte auch dann, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem Grundstück vorbehalten habe. In diesem Fall trete der Minderjährige bereits mit dem Eigentumserwerb, wenn auch nur für eine juristische Sekunde, in den bestehenden Pachtvertrag ein. Darüber hinaus träfen ihn die Pflichten aus dem Pachtverhältnis jedenfalls mit Beendigung des Nießbrauchs. Der zwischen den Bet. geschlossene Überlassungsvertrag bedürfe deshalb der Genehmigung durch einen an die Stelle der rechtlich verhinderten Eltern tretenden Ergänzungspfleger. Demgegenüber vertritt das OLG Celle in seiner auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung vom 16.02.2001 die Ansicht, die Übertragung eines mit einem Nießbrauch belasteten, vermieteten Grundstücks sei mit keinen rechtlichen Nachteilen für den minderjährigen Erwerber verbunden, so dass er die Auflassung selbst wirksam erklären könne. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage. Die unterschiedlich beantwortete Frage, ob ein Minderjähriger durch seine auf den Erwerb des Eigentums an einem nießbrauchbelasteten, vermieteten oder verpachteten Grundstück gerichtete Willenserklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil i. S. v. § 107 BGB erlangt, ist für die dem Grundbuchamt nach § 20 GBO obliegende Prüfung einer rechtswirksam erklärten Auflassung (vgl. Senat, BGHZ 78, 28 [31] = NJW 1981, 109; Bauer/v.Oefele, GBO, AT I Rz. 145; Kuntze, GrundbuchR, 5. Aufl., Einl. C Rz. 68) von Bedeutung. Damit geht es um die Auslegung des Grundbuchrecht betreffender Vorschriften i. S. v. § 79 II GBO, worunter alle bei der Entscheidung über einen gestellten Eintragungsantrag angewendeten oder zu Unrecht außer Acht gelassenen sachlich-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu verstehen sind, sofern sie - wie hier - auf bundesrechtlicher Grundlage beruhen (Senat, BGHZ 151, 116 [119]).

**B. Weitere Beschwerden der Bet. zulässig, aber unbegründet**

Die weiteren Beschwerden sind zulässig (§§ 78, 80 GBO). Die Beschwerdebefugnis der Bet. folgt aus der



Zurückweisung ihrer Erstbeschwerden (vgl. Senat, BGHZ 151, 116 [121] = NJW 2002, 2461; NJW 1994, 1158). Dies gilt auch, soweit die Erstbeschwerde der Bet. zu 5 an sich als unzulässig hätte verworfen werden müssen (vgl. BayObLGZ 1993, 253 [255]; Meikel/Streck, GrundbuchR, 9. Aufl., § 78 Rz. 10). In der Sache selbst haben die weiteren Beschwerden jedoch keinen Erfolg.

#### *I. Unzulässigkeit der Erstbeschwerde der Bet. zu 5*

Die weitere Beschwerde der Bet. zu 5 ist bereits deshalb unbegründet, weil ihre Erstbeschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 11.03.2004 mangels Beschwerdeberechtigung unzulässig ist.

Im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren folgt die Beschwerdeberechtigung nicht allein daraus, dass das Grundbuchamt die Vornahme der beantragten Eintragung abgelehnt oder im Wege einer Zwischenverfügung von der vorherigen Beseitigung bestimmter Eintragungshindernisse abhängig gemacht hat. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Bf. antragsberechtigt ist (BayObLG, MittBayNot 1994, 39 [40]; OLG Hamm, FGPrax 1995, 14 [15]; Meikel/Streck, § 71 Rz. 118). Dies setzt gem. § 13 I 2 GBO voraus, dass die Rechtsstellung des Ast. durch die beantragte Eintragung eine unmittelbare Verbesserung oder Verschlechterung erfährt (Demharter, GBO, 24. Aufl., § 13 Rz. 47; § 13 Rz. 55; Meikel/Böttcher, § 13 Rz. 35). Für die Bet. zu 5 ist jedoch eine solche unmittelbare Veränderung ihrer dinglichen Rechtsstellung weder mit der Eintragung des Nießbrauchs für den Bet. zu 1 noch mit der Eigentumsumschreibung auf die Bet. zu 2 bis 4 verbunden. Insoweit ist sie mithin nicht antragsberechtigt und deshalb nicht beschwerdebefugt. Da das BeschwGer. ihre Beschwerde gleichwohl als zulässig behandelt und in der Sache negativ beschieden hat, ist ihre weitere Beschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird (vgl. Demharter, § 80 Rz. 20; Meikel/Streck, § 80 Rz. 31).

#### *II. Erstbeschwerden der Bet. zu 1 bis 4 zulässig, aber unbegründet*

Die weiteren Beschwerden der Bet. zu 1 bis 4 sind ebenfalls unbegründet. Die im Rahmen des Überlassungsvertrags vom 22.12.2003 erklärte Auflassung (§ 925 BGB) führt zu rechtlichen Nachteilen für den minderjährigen Bet. zu 4 und ist deshalb schwebend unwirksam (§§ 107, 108 I BGB). Ohne die von dem Grundbuchamt verlangte Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger darf die beantragte Eigentumsumschreibung nicht vorgenommen werden (§ 20 GBO).

#### *1. Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks wegen der damit verbundenen persönlichen Verpflichtungen grundsätzlich rechtlich nachteilhaft i.*

#### *S. v. § 107 BGB*

Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (Senat, BGHZ 78, 28 [33] = NJW 1981, 109; NJW 2005, 415 = WM 2005, 144 [146], z. Veröff. in BGHZ vorgesehen). Eine solche persönliche Haftung ist mit dem Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks verbunden. Gemäß §§ 566 I, 581 II, 593 b BGB tritt der Erwerber mit dem Eigentumsübergang (Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 566 Rz. 26) in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Miet- oder Pachtverhältnis ein. Er ist daher nicht nur zu der Überlassung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks verpflichtet (§§ 535 I, 581 I, 585 II BGB); vielmehr können ihn insbesondere auch Schadensersatz- und Aufwendungsersatzpflichten (§§ 536a, 581 II, 586 II BGB) sowie die Pflicht zur Rückgewähr einer von dem Mieter oder Pächter geleisteten Sicherheit (§§ 566 a, 581 II, 593 b BGB) treffen. Hierbei handelt es sich nicht um typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile, die bei der Anwendung des § 107 BGB von vornherein außer Betracht bleiben könnten (so jedoch Stürner, AcP 173 [1973], 402 [431, 448]; Jerschke, DNotZ 1982, 459 [473]; Stutz, MittRhNotK 1993, 205 [211], für unbebaute verpachtete Grundstücke). Anders als die mit dem Grundstückserwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung laufender öffentlicher Lasten (vgl. Senat, NJW 2005, 415 = WM 2005, 144 [147]) sind die aus dem Eintritt in ein Miet- oder Pachtverhältnis resultierenden Pflichten ihrem Umfang nach nicht begrenzt. Ihre wirtschaftliche Bedeutung hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Ob die von ihnen ausgehenden Gefahren für das Vermögen des Minderjährigen im Hinblick auf die mit dem Grundstückserwerb verbundenen Vorteile hingenommen werden können, lässt sich deshalb nicht abstrakt beurteilen, sondern erfordert eine entsprechende einzelfallbezogene Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter. Mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung (OLG Oldenburg, NJW-RR 1988, 839; OLG Karlsruhe, OLG-Report 2000, 259 [260]; Rpfleger 2003, 579; BayObLG, NJW 2003, 1129) und Literatur (Wendtland, in: Bamberger/Roth, BGB, § 107 Rz. 8; Jauernig/Jauernig, BGB, 11. Aufl., § 107 Rz. 4; Schmitt, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 107 Rz. 48; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 107 Rz. 4; Staudinger/Peschel-Gutzeit, Neubearb. 2002, § 1629 Rz. 233; Feller, DNotZ 1989, 66 [74]; Lange, NJW 1955, 1339 [1341]) ist deshalb davon auszugehen, dass der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

## 2. Keine abweichende Beurteilung aufgrund des Nießbrauchs zugunsten des Voreigentümers

Dies gilt auch dann, wenn sich der Veräußerer - wie hier - den Nießbrauch an dem zu übertragenden Grundstück vorbehalten hat (OLG Karlsruhe, OLG-Report 2000, 259 [260]; Rpfleger 2003, 579; Bay-ObLG NJW 2003, 1129). Selbst wenn man entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts annimmt, dass die Veräußerung in diesem Fall die miet- oder pachtrechtlichen Beziehungen zunächst unberührt lässt, der frühere Eigentümer also als Nießbraucher Vermieter oder Verpächter in dem unverändert fortbestehenden Miet- oder Pachtverhältnis bleibt (BFH, NJW 1989, 3175 [3176]; Schmidt-Futterer/Gather, MietR., 8. Aufl., § 567 Rz. 11; Staudinger/Emmerich, 2003, § 567 Rz. 13; a. A. BayObLG, Rpfleger 2003, 579; offen gelassen von Senat, NJW 1983, 1780 [1781]), tritt der minderjährige Erwerber jedenfalls mit der Beendigung des Nießbrauchs, hier also mit dem Tod des Bet. zu 1, entsprechend § 1056 I BGB in die Pflichten aus dem dann noch bestehenden Miet- oder Pachtvertrag ein (Staudinger/Emmerich, § 567 Rz. 13). Die damit begründete persönliche Haftung des Minderjährigen ist nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil es sich, wie das OLG Celle (MDR 2001, 931 [932]) meint, um einen mittelbaren Rechtsnachteil handelt, der *nicht* aus der Eigentümerstellung als solcher resultiert. Tatsächlich ist die Belastung mit miet- oder pachtvertraglichen Pflichten eine Folge des dinglichen Erwerbsgeschäfts. Dass sie von dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien nicht umfasst sein muss, sondern kraft gesetzlicher Anordnung eintritt, ist im Hinblick auf den von § 107 BGB verfolgten Schutzzweck ohne Belang (vgl. Senat, NJW 2005, 415). Unerheblich ist auch, dass im Zeitpunkt der Erklärung der Auflassung noch nicht feststeht, ob und wann der minderjährige Erwerber in den von dem Übergeber geschlossenen Miet- oder Pachtvertrag eintreten wird. Zwar genügt die bloß theoretische Möglichkeit einer zukünftigen Belastung nicht, um einen Rechtsnachteil i. S. v. § 107 BGB annehmen zu können (Senat, NJW 2005, 415). Deshalb ist die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt nicht bereits deshalb rechtlich nachteilig, weil eine in Zukunft erfolgende Vermietung oder Verpachtung durch den Nießbraucher nicht ausgeschlossen werden kann. Ist das Grundstück dagegen bereits im Zeitpunkt der Auflassung vermietet oder verpachtet, besteht die hinreichend konkrete Möglichkeit, dass der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag belastet werden kann. Dies genügt, um einen Rechtsnachteil anzunehmen (OLG Karlsruhe, OLG-Report 2000, 259 [260]). Insoweit gilt nichts anderes als bei einer Schenkung unter Rücktrittsvorbehalt, die nach allgemeiner Ansicht

rechtlich nachteilig ist, weil der Minderjährige im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts zum Wertersatz oder Schadensersatz, insbesondere wegen einer zwischenzeitlichen Verschlechterung des zurück zu gewährenden Gegenstands, verpflichtet sein kann (Bay-ObLG, Rpfleger 1974, 309 [310]; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288 [290]; OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; ZMR 2004, 189 [191]; OLG Celle, MDR 2001, 931 [932]; Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78 [82 f.]; Bestelmeyer, Rpfleger 2004, 162).

## 3. Bestellung eines Ergänzungspflegers, da Eltern des Bet. zu 4 von der Vertretung ausgeschlossen

Wegen der mit dem Eigentumserwerb verbundenen Rechtsnachteile konnte der minderjährige Bet. zu 4 die Auflassung nicht selbst wirksam erklären. Die nach §§ 107, 108 I BGB erforderliche Genehmigung der von ihm abgegebenen Auflassungserklärung können die Eltern des Bet. zu 4 nicht erteilen, weil seine Mutter als Tochter des Bet. zu 1 gem. §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 Halbs. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist und sich dieses Vertretungsverbot auch auf den Vater des Bet. zu 4 erstreckt (vgl. BGH, NJW 1972, 1708). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1795 I Nr. 1 letzter Halbs. BGB. Zwar ist der der Eigentumsübertragung zu Grunde liegende Schenkungsvertrag (§ 516 I BGB) für den Bet. zu 4 lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass die Auflassung ausschließlich der Erfüllung einer durch das schuldrechtliche Grundgeschäft wirksam begründeten Verbindlichkeit dient. Gleichwohl sind die Eltern des Bet. zu 4 daran gehindert, die Auflassung für diesen zu erklären oder die von ihm selbst erklärte Auflassung zu genehmigen, weil die in § 1795 I Nr. 1 letzter Halbs. BGB normierte Ausnahme von dem Vertretungsverbot unter Berücksichtigung des Zwecks der §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 erster Halbs. BGB, Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen der Eltern zu vermeiden (Palandt/Diederichsen, § 1629 Rz. 20), nicht gilt, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führt. Denn in diesem Fall trifft die § 1795 I letzter Halbs. BGB zu Grunde liegende Annahme, dass es bei der bloßen Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit zu keiner Interessenkollision kommen kann (Erman/Holzhauser, BGB, 11. Aufl., § 1795 Rz. 10; vgl. auch Kern, JA 1990, 281 [282], zu § 181 letzter Halbs. BGB) nicht zu, so dass es bei dem grundsätzlichen Vertretungsverbot bleiben muss. Damit bedarf es, wie von dem Grundbuchamt verlangt, einer Genehmigung der Auflassung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger (§ 1909 I BGB).

**Strafrecht****Standort: Art. 1 GG, § 244 II StPO****Problem: Menschenwürde von Zeugen**

BGH, BESCHLUSS VOM 11.01.2005  
1 STR 498/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Das Landgericht war aufgrund des ermittelten Sachverhalts davon ausgegangen, dass der Angeklagte die Nebenklägerin, die seine romantischen Annäherungsversuche zurückgewiesen hatte, da sie lesbisch war, vergewaltigt hatte. Der Einlassung des Angeklagten, der Geschlechtsverkehr sei einverständlich vorgenommen worden und die Nebenklägerin unterhalte außerdem weitere sexuelle Kontakte zu Männern, war das Landgericht nicht gefolgt und hatte diesen wegen Vergewaltigung (§ 177 StGB) verurteilt. Die gegen das Urteil eingelegte Revision des Angeklagten wies der BGH zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Da es im vorliegenden Fall ausschließlich um strafprozessuale Probleme geht, dürfte eine Bedeutung dieser Entscheidung eher im zweiten Staatsexamen gegeben sein; wegen des Bezugs zu den Grundrechten von Zeugen könnte jedoch eine Diskussion der vorliegenden Probleme im ersten Examen immerhin in einer öffentlich-rechtlichen Prüfung erfolgen.

Zunächst streift der BGH die Frage, ob die Gewährung von Akteneinsicht an den Anwalt des Verletzten gem. § 406 e StPO in einem Revisionsverfahren auch dann noch gerügt werden kann, wenn sie gem. § 406 e IV 1 StPO von der Staatsanwaltschaft gewährt worden war und der deshalb gem. § 406 e IV 2 StPO zulässige Antrag des Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung nicht gestellt worden ist. Im Rahmen einer Revision ist es durchaus möglich, dass der Revisionsführer eine Verfahrensrüge verwirkt (und deshalb einen Fehler in einem Revisionsverfahren nicht mehr geltend machen kann, vgl. Meyer-Goßner, § 337 Rn. 47). Zwar wird eine Rüge grundsätzlich nicht schon allein deshalb verwirkt, weil der Angeklagte den Fehler nicht unverzüglich rügt (OLG Hamm, VRS 14, 370). Jedoch ist eine Verfahrensrüge im Rahmen der Revision in der Regel präkludiert, wenn die fehlerhafte Maßnahme eine Entscheidung des Vorsitzenden war und der Angeklagte nicht gem. § 238 II StPO eine Entscheidung des Gerichts beantragt hat (BGHSt 4, 364; Meyer-

Goßner, § 238 Rn. 22). Ob eine solche Verwirkung auch dann eintritt, wenn der Angeklagte das Rechtsmittel des § 406 e IV 2 StPO gegen eine Gewährung der Akteneinsicht an den Rechtsanwalt des Verletzten nicht einlegt, hat der BGH in diesem Fall jedoch offen gelassen, da die Verfahrensrüge sowieso unbegründet wäre.

Ausführliche Anmerkungen macht der BGH zu der Rüge des Angeklagten, das Tatsachengericht habe - insb. da sich als Beweismittel vor allem die Aussage der Nebenklägerin und die des Angeklagten gegenüber ständen - zur Aufklärung der Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin insb. weitere Ermittlungen anstellen müssen zu deren sexuellen Vorleben und Gewohnheiten wie auch zur Frage einer bestehenden Alkoholsucht. Gem. § 244 II StPO muss das Gericht grundsätzlich alle Beweismittel zur Aufklärung des Sachverhaltes ausschöpfen. Der BGH betont jedoch ausdrücklich, dass auch das Ziel des Strafprozesses - die Wahrheitsfindung - nicht ohne weiteres einen Eingriff in die Menschenwürde einer Zeugin rechtfertige. Beweiserhebungen bzgl. des Privat- und Intimlebens seien nur dann statthaft, wenn sie für die Wahrheitsfindung unerlässlich seien. Dies betreffe sowohl die Einholung von Sachverständigengutachten als auch andere Beweismittel, insb. Zeugenvernehmungen. Im vorliegenden Fall stellt der BGH klar, dass die vorliegenden Beweismittel ausreichen, damit das Gericht zu der Überzeugung kommen konnte, die Einlassung des Angeklagten, er habe ein Verhältnis mit der Nebenklägerin gehabt, sei nur eine Schutzbehauptung. Deshalb war es nicht erforderlich, die vom Angeklagten beantragten weiteren Beweise, die die Behauptung der Nebenklägerin, dass ein solches Verhältnis gerade nicht bestanden habe, widerlegen sollten, überhaupt zu erheben. Diese Beweismittel hätten nämlich eine Ausforschung des Intimlebens der Nebenklägerin bewirkt, was schließlich den Eindruck hätte erwecken können, dass Gegenstand des Strafverfahrens gar nicht die Verfehlungen des Angeklagten, sondern der Lebenswandel der Nebenklägerin sei. Um dies zu vermeiden, sei es richtig gewesen, diese Beweise nicht zu erheben.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Verwirken von Verfahrensrügen: *BGH*, NSStZ-RR 2003, 2; *OLG Hamm*, VRS 14, 370; 20, 68; *Dor-*

nach, NStZ 1995, 61; Ebert, StV 1997, 273

☐ Zum Umfang der Aufklärungspflicht i.S.v. § 244 I StPO: BGH, StV 2002, 350; NStZ 1994, 247; 2005, 44

### **Leitsatz:**

**Auch im Rahmen der vorrangigen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung ist auf die Achtung der menschlichen Würde eines Zeugen Bedacht zu nehmen. Beweiserhebungen zu dessen Privat- und Intimleben sind nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Unerlässlichkeit statthaft. Dies ist bei der Leitung eines Sachverständigen ebenso zu berücksichtigen wie bei der Zulassung von Fragen und bei der Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme.**

### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte gab der im selben Haus wie er wohnhaften Nebenklägerin im Oktober 2001 einen Zettel, auf den er "Ich liebe Sie von ganzem Herzen, wollen Sie mit mir gehen?" geschrieben hatte. Die gleichgeschlechtlich orientierte Nebenklägerin, die seit Jahren keine sexuellen Kontakte zu einem Mann gehabt hatte, hatte nicht reagiert und auch der Angeklagte war hierauf zunächst nicht zurückgekommen. Am 7. Dezember 2001 ließ ihn die Nebenklägerin in ihre Wohnung, weil er angeblich mit ihr reden wollte und sie glaubte, die ganze Angelegenheit ausräumen zu können. In der Wohnung bedrohte er sie mit einem Messer, schlug sie und vergewaltigte sie.

Noch am Tattag wurden Spermaspuren des Angeklagten in der Scheide der Nebenklägerin gesichert. Der Angeklagte wollte zwar "glauben machen", diese Spur stamme von einem anderen Mann, räumte aber doch Geschlechtsverkehr ein und gab an, er hätte seit Monaten ein Verhältnis mit der Nebenklägerin gehabt. Mit der Anzeige räche sie sich dafür, dass er nicht für sie seine Familie verlasse. Die Strafkammer hat die Behauptung eines schon länger bestehenden Verhältnisses als Erfindung bewertet, wegen deszettels ebenso wie deshalb, weil ihm weder ihr Vorname noch die über 20 cm langen Narben unter ihren Brüsten bekannt waren.

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Entscheidung des Landgerichts*

[Die Strafkammer] hat [den Angeklagten] wegen Vergewaltigung zu drei Jahren Freiheitsstrafe und zur Zahlung eines der Höhe nach noch nicht festgesetztes Schmerzensgeldes verurteilt. Die auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

#### *II. Entscheidung des BGH*

Über die durch die Erwidern der Revision nicht entkräfteten Darlegungen des Generalbundesanwalts hinaus bemerkt der Senat:

##### *1. Zur Rüge des Fehlens einer weiteren Begutachtung der Nebenklägerin*

Da die Nebenklägerin es abgelehnt hat, sich (nochmals) begutachten zu lassen, geht das hierauf bezogene Revisionsvorbringen ins Leere; die beantragte Begutachtung wäre unzulässig gewesen (st. Rspr. vgl. BGHSt 13, 394, 398; 14, 21, 23).

##### *2. Zur Rüge der Verletzung von § 406 e StPO*

Die Revision rügt eine Verletzung von "§§ 406 e, 337 StPO", weil die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren dem Rechtsanwalt der Nebenklägerin Akteneinsicht gewährt hat. Später hat sich herausgestellt, dass die Nebenklägerin einigen auch als Zeugen gehörten Mitbewohnern Einsicht zumindest in Teile dieser Akten verschafft hat.

##### *a. Zum Fehlen eines Rechtsmittels des Angeklagten gem. §§ 406 e IV 2, 161 a III 2-4 StPO*

Hätte (erst) der Strafkammervorsitzende die Akteneinsicht gewährt (§ 406 e Abs. 4 Satz 1, 2. Halbsatz StPO), wäre eine hierauf gestützte Verfahrensrüge unstatthaft, ohne dass es auf weiteres ankäme (§ 406 e Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz StPO i. V. m. § 336 Satz 2 StPO; vgl. Hilger in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 406e Rdn. 17; anders wohl Velten in SK-StPO § 406 e Rdn. 20). Hier hat gemäß § 406 e Abs. 4 Satz 1, 1. Halbsatz StPO die Staatsanwaltschaft entschieden. Der Beschuldigte hat (offenbar), aus welchen Gründen auch immer (etwa zunächst versagtes rechtliches Gehör kann nachgeholt werden, vgl. BGH NStZ 1991, 95), den zulässigen Rechtsbehelf nicht ergriffen. Dieser hätte zu einer nicht anfechtbaren richterlichen Entscheidung geführt, § 406 Abs. 4 Satz 2 StPO i. V. m. § 161a Abs. 3 Sätze 2 bis 4 StPO.

Es kann aber offen bleiben, welchen Einfluss dieser Verfahrensgang auf die Statthaftigkeit der Rüge hat, da sie hier auf keinen Fall Erfolg haben kann.

##### *b. Zur Möglichkeit der Versagung der Akteneinsicht*

Wenn überhaupt, hätte hier Akteneinsicht gemäß § 406 e Abs. 2 Satz 2 StPO versagt werden können. Hinsichtlich der Frage nach einer etwaigen Gefährdung des Untersuchungszwecks besteht ein weiterer Entscheidungsspielraum (Hilger aaO Rdn. 12). Die danach gebotene (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) Mitteilung, ob und gegebenenfalls wie der Staatsanwalt seine Entscheidung begründet hat (vgl. § 406e Abs. 4 Satz 4 StPO) fehlt aber ebenso wie die Mitteilung des konkreten

Ermittlungsstands bei Erteilung der Akteneinsicht. Nur dann könnte beurteilt werden, ob eine Gefährdung des Untersuchungszwecks überhaupt in Betracht zu ziehen gewesen wäre. Auch zu der Frage, ob und warum zu diesem Zeitpunkt schon mit einer Weitergabe von Akten zu rechnen war (vgl. LG Bielefeld wistra 1995, 118, 120 m. w. N.), äußert sich die Revision nicht.

### *c. Zum Fehlen der Voraussetzungen für ein Beweisverwertungsverbot*

Unabhängig davon würde selbst ein in diesem Zusammenhang unterlaufener Verfahrensverstöß zu keinem Beweisverwertungsverbot führen (so aber Velten aaO Rdn. 13; offen gelassen bei Hilger aaO Rdn. 18), da ein Beweisverwertungsverbot regelmäßig einen rechtswidrigen Beweiserhebungsakt voraussetzt. Die Gewährung von Akteneinsicht stellt aber keine Beweiserhebung dar (vgl. Stöckel in KMR § 406e Rdn. 18). Aktenkenntnis, im übrigen auch wenn sie auf zu Recht gewährte Akteneinsicht zurückgeht, ist erforderlichenfalls bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (vgl. Stöckel aaO). Dabei spricht es offensichtlich nicht für die inhaltliche Unrichtigkeit einer Aussage, wenn der Zeuge nach Akteneinsicht seine bereits aktenkundige Aussage wiederholt. Die Aussagen der übrigen in Rede stehenden Zeugen haben für die zentrale Frage nach Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit des Geschlechtsverkehrs ohnehin eine allenfalls sehr untergeordnete Bedeutung. Sie sollten zahlreiche vom Angeklagten behauptete Details zum Zustandekommen seines näheren Kontaktes mit der Nebenklägerin bestätigen, haben aber keine seiner Behauptungen auch nur ansatzweise bestätigt. So hatte er behauptet, die Nebenklägerin habe ihm etwa sieben Monate vor der Tat im April 2001 im Hof angesprochen; sie habe damals im Hof mit ihrem Sohn Federball gespielt, er (der Angeklagte) habe dort zur gleichen Zeit mit dem Hausmeister Holz gehackt. All dies erwies sich als zweifelsfrei falsch, weil der Sohn zu jener Zeit Soldat in M. war und der Hausmeister im ganzen ersten Halbjahr 2001 schwer erkrankt war. Soweit für all dies das genannte Geschehen im Zusammenhang mit der Akteneinsicht überhaupt von Bedeutung sein kann, hat es die Strafkammer in gebotenen Umfang gewürdigt. [...]

### *3. Zur Rüge der falschen Beweiswürdigung bei "Aussage gegen Aussage"*

Soweit die Revision zur Sachrüge ausführt, die Beweiswürdigung werde den Anforderungen bei "Aussage gegen Aussage" nicht gerecht, ist verkannt, dass diese vom Fehlen sonstiger Erkenntnisse gekennzeichnete Konstellation (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 2004, 635, 636) nicht vorliegt. Es gibt nämlich, z. B. mit dem Zettel, den Spermaspuren und den Narben

eine Reihe von Indizien, die die Strafkammer in die Würdigung der zentralen Aussagen des Angeklagten einbeziehen konnte. Rechtsfehler sind dabei nicht ersichtlich; praktisch jede Behauptung des Angeklagten hat sich als falsch erwiesen.

### *4. Zur Annahme eines minder schweren Falles gem. § 177 V StGB*

Die Strafkammer ist von einem minder schweren Fall i. S. d. § 177 Abs. 5 StGB ausgegangen. Diese Annahme, die sich zumindest nicht aufdrängt, ist nicht fallbezogen konkret begründet. Es wäre auch zulässig gewesen, bei der Strafzumessung die ebenso ehrenrührige wie haltlose Behauptung des Angeklagten zu berücksichtigen, die Nebenklägerin sei eine Gelegenheitsprostituierte, (vgl. nur BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 14, 19 jew. m. w. N.), zumal sie mit seinem Verteidigungsvorbringen - Geschlechtsverkehr im Rahmen einer Beziehung; Anzeige weil er seine Familie nicht verlassen wollte - in keinem erkennbaren Zusammenhang steht. Zumindest wäre dies zu erörtern gewesen. All dies hat den Angeklagten aber nur begünstigt.

### *5. Zur Gewährung von Prozesskostenhilfe für den Adhäsionsantrag*

Das Vorbringen, der Adhäsionsantrag sei wegen Pfandlosigkeit des Angeklagten eine i. S. d. § 114 ZPO mutwillige Rechtsverfolgung, Prozesskostenhilfe hätte daher (gemäß § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO) nicht gewährt werden dürfen, geht ins Leere. Die gemäß § 404 Abs. 5 Satz 3, 2. Halbsatz StPO unanfechtbare Entscheidung hierüber ist gemäß § 406a Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 336 Satz 2 StPO im Revisionsverfahren nicht zu überprüfen. So wäre es im Ergebnis auch in einem Zivilprozess, § 119 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

### *6. Zur Anfechtung der Kostenentscheidung durch die Revision*

Die Revision bemängelt die Kostenentscheidung, (wohl nur) hinsichtlich der Adhäsionsentscheidung. Diese erstmals in der Revisionsbegründung vom 7. Mai 2004 (dort S. 87) enthaltenen, wenig spezifizierten Ausführungen können auf sich beruhen, weil sie verspätet sind. Einwände gegen die Kostenentscheidung wären im Rahmen einer zusätzlich zur Revision einzulegenden sofortigen Beschwerde (§ 464 Abs. 3 StPO, hier i. V. m. § 472a Abs. 1 StPO) innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist (§ 311 Abs. 2 StPO) anzubringen gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2003 - 1 StR 357/02 m. w. N.).

### *III. Zur Erforderlichkeit der Achtung der Menschenwürde von Zeugen*

Der Senat sieht Anlass zu folgendem Hinweis:

Angesichts der Bedeutung der Aussage der Nebenklägerin für die Erweislichkeit eines schweren Verbrechens hat sich die Strafkammer zu Recht eingehend mit dieser Aussage auseinandergesetzt. Auch im Rahmen seiner vorrangigen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung hat das Gericht (ebenso wie auch die Ermittlungsbehörden) jedoch auf die Achtung der menschlichen Würde eines Zeugen, wie sie sich letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, Bedacht zu nehmen (vgl. nur BGHSt 48, 372 m. w. N.). "Aufgabe eines sozialen Rechtsstaates ist es nicht allein, darauf zu achten, dass die Straftat aufgeklärt und Schuld oder Unschuld in einem rechtsstaatlichen Verfahren festgestellt werden, sondern auch, dass die Belange des Opfers gewahrt werden" (so die Materialien zum OpferRRG vom 24. Juni 2004, BGBl. I 1354 ff., BTDrucks. 15/1976 S. 7 Abschnitt A II vor 1.). Die besondere Bedeutung dieser Grundsätze wird auch in dem Rahmenbeschluss der Europäischen Union über die Stellung des Opfers im Strafverfahren vom 15. März 2001 (vgl. ABl. der Europäischen Gemeinschaft vom 22. März 2001, L 82/1 ff.) hervorgehoben, auf den die Materialien zum OpferRRG hinweisen (vgl. BTDrucks. 15/1976 und 15/2536 jeweils S. 1 Abschnitt A). In diesem Rahmenbeschluss wird unter anderem "das Recht auf eine Behandlung unter Achtung der Würde des Opfers" und dessen Recht "in den verschiedenen Phasen des Verfahrens geschützt zu werden" (vor Artikel 1, Abschnitt 8) betont. Dementsprechend heißt es in dem genannten Rahmenbeschluss weiter, dass sich die Mitgliedsstaaten "weiterhin nach Kräften (bemühen), um zu gewährleisten, dass das Opfer während des Verfahrens mit der gebührenden Achtung seiner persönlichen Würde behandelt wird" (Art. 2 Abs. 1 Satz 2) und dass die Mitgliedsstaaten "die gebotenen Maßnahmen (ergreifen), damit ihre Behörden Opfer nur in dem für das Strafverfahren erforderlichen Umfang befragen" (Art. 3 Abs. 2). Aus alledem folgt etwa, dass Erörterungen und Beweiserhebungen zu Privat- und insbesondere auch Intimleben eines Zeugen, die zu dem Verfahrensgegenstand in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen, nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Unerlässlichkeit statthaft sind. Dies ist bei der Leitung der Tätigkeit eines Sachverständigen (§ 77 StPO) ebenso zu berücksichtigen, wie bei der Zulassung von Fragen (§§ 68a, 241 Abs. 2 StPO) und vor allem bei der Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme (§ 244 Abs. 2 bis 4 StPO). Der Grundsatz, dass eine ausufernde Aufklärung nicht geboten ist (vgl. hierzu Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 244 Rdn. 13 m. w. N.), hat in dem in Rede stehenden Zusammenhang besonderes Gewicht.

### *1. Zur Ermittlung der Aussagetüchtigkeit und Glaubhaftigkeit der Aussagen der Nebenklägerin*

Die Strafkammer hat sich zur Aussagetüchtigkeit und zur Glaubhaftigkeit der Aussagen der Nebenklägerin psychiatrisch beraten lassen.

#### *a. Zur Ermittlung der Aussagetüchtigkeit der Nebenklägerin*

"Aussagetüchtigkeit" bedeutet die Fähigkeit eines Menschen zu einer richtigen und vollständigen Aussage (vgl. nur Schumacher in StV 2003, 641). Der Richter, der glaubt, hierüber ohne sachverständige Hilfe nicht befinden zu können, ist freilich in seiner Entscheidung frei, ob er einen Psychiater oder einen Psychologen beauftragt (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 4 m. w. N.). Psychiatrische Beratung wird aber nur dann angezeigt sein, wenn die Zeugentüchtigkeit dadurch in Frage gestellt ist, dass der Zeuge an einer geistigen Erkrankung leidet oder sonst Hinweise darauf vorliegen, dass die Zeugentüchtigkeit durch aktuelle psychopathologische Ursachen beschränkt sein kann (vgl. BGH StV 2002, 293 m. w. N.). Ob für eine entsprechende Überprüfung überhaupt Anhaltspunkte bestehen, hat der Richter (im Ermittlungsverfahren der Staatsanwalt) zu entscheiden, der dem Sachverständigen die konkreten Gründe für die Notwendigkeit einer Begutachtung verdeutlichen sollte. Nur so kann vermieden werden, dass, wie hier, der Sachverständige zwar zum Ergebnis kommt, es gebe keinen psychisch auffälligen Befund, er aber gleichwohl eingehend untersucht und erörtert, ob die Nebenklägerin psychotisch, schwachsinnig oder sonst ernsthaft gestört sein könnte. Ebenso wenig ist angezeigt, im Hinblick auf eine mögliche Einschränkung der Aussagetüchtigkeit durch Alkoholismus, über Jahre zurück den nicht immer unproblematischen Umgang der Nebenklägerin mit Alkohol in allen Details und auch allen Peinlichkeiten - bis hin zur Frage eines Zusammenhangs zwischen Alkoholismus und dem zwar unaufgeräumten aber doch hygienisch einwandfreien Zustand ihrer Wohnung - zu ermitteln und auch sachverständig bewerten zu lassen, nur um dann zu dem Ergebnis zu kommen, jeder Zusammenhang zwischen Alkohol und der Aussage sei ausgeschlossen.

#### *b. Zur Ermittlung der Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin*

Bei der Prüfung der Glaubhaftigkeit der Aussage im übrigen ist letztlich nicht zwischen allgemeiner Glaubwürdigkeit und spezieller Glaubwürdigkeit unterscheiden (vgl. schon BGH StV 1994, 64 m. w. N.; eingehend Boetticher in NJW Sonderheft für G. Schäfer 8, 12 m. w. N.); dementsprechend steht weniger die Frage nach einer allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeu-

gen im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft (sein "Leumund") im Vordergrund, sondern vorrangig um die Analyse des Aussageinhalts, d. h. um eine methodische Beurteilung, ob auf ein bestimmtes Geschehen bezogene Angaben einem tatsächlichen Erleben des Zeugen entsprechen (vgl. BGHSt 45, 164; StV 2002, 639, 640). Scharfe Abgrenzungen sind nicht immer möglich, sondern richten sich nach den Umständen des Einzelfalles. So kann früheres Verhalten v  
o  
r allem dann durchaus Schlussfolgerungen zulassen, wenn die entsprechenden Lebenssituationen mit der jetzigen vergleichbar sind. Fehlverhalten der Nebenklägerin bei oder nach der Beendigung privater Beziehungen könnte dann also etwa hier von Bedeutung sein, wenn auch hier die Beendigung einer privaten Beziehung im Raum stünde (vgl. etwa Maiwald in AK-StPO § 261 Rdn. 24). Dies ist jedoch, wie die Erheblichkeit jeder anderen Hilfstatsache, vorab zu klären. Es erscheint nicht angezeigt, vergleichbar der Frage nach dem Alkoholismus, mit Hilfe zahlreicher Zeugen die Beendigung einer Reihe von privater Beziehungen genauestens nachzuzeichnen, Fehlreaktionen und Fehlverhalten der Nebenklägerin dabei in allen Einzelheiten zum Gegenstand der Beweisaufnahme (und teilweise auch Begutachtung) zu machen, nur um dann zu dem Ergebnis zu kommen, all dies sei gleichgültig, weil es keinerlei Anhaltspunkte dafür gebe, dass zwischen dem Angeklagten und der Nebenklägerin je irgendeine Beziehung bestanden hätte.

### 2. Zur fehlenden Ermittlung bzgl. weiterer sexueller Kontakte der Nebenklägerin

Noch weniger zu erkennen ist die Notwendigkeit, so, wie geschehen, eingehend - ohne dass sich im übrigen irgend ein Anhaltspunkt ergeben hätte - etwa darüber Beweis zu erheben, ob die Nebenklägerin mit den für das Haus zuständigen Briefträgern und (oder) Kaminkehrern Geschlechtsverkehr gehabt hat. Selbst wenn dies, sei es auch gegen Geld, so gewesen wäre und sie

nicht bereit gewesen wäre, dies zuzugeben, hätte es vor solchen Beweisaufnahmen eingehender Überlegung bedurft, ob sich dies überhaupt auf die Entscheidung auswirken könnte. Von selbst versteht sich dies hier nicht. Für die ähnlich intensiv (und mit vergleichbarem Ergebnis) geprüfte Frage, ob die vor Jahren gegen die Nebenklägerin anonym vorgebrachte Beschuldigung einer Frau, die Nebenklägerin habe mit ihr eine zunehmend von Gewalt geprägte sexuelle Beziehung gehabt und der damals minderjährige Sohn der Nebenklägerin sei einbezogen gewesen, entgegen den damaligen polizeilichen Ermittlungen nicht doch einen wahren Kern haben könne, gilt nichts anderes.

### 3. Zur Weigerung der Nebenklägerin, eine zweite Begutachtung durchführen zu lassen

Die Nebenklägerin war nicht bereit, sich nochmals begutachten zu lassen (vgl. oben II. 1.). Die - unbeschadet aller rechtlichen Einzelheiten jedenfalls nicht wünschenswerte - Weitergabe der Akten durch die Nebenklägerin an ihr Umfeld (vgl. oben II. 2. vor a.) nach den eingehenden Ermittlungen in diesem Umfeld zu ihrem Privatleben deutet in ähnliche Richtung. Es liegt nahe, dass es sich bei alledem um Gegenreaktionen der Nebenklägerin darauf handelt, dass bei ihr der Eindruck erweckt wurde, nicht die Frage, ob sie Opfer einer Straftat wurde, stehe im Mittelpunkt des Verfahrens, sondern Ausforschung und Bewertung ihres Lebens ("erste lesbische Erfahrungen ca. 1985") mit all seinen Stärken ("Übersiedlung aus der DDR bewältigt") und Schwächen ("episodischer Alkoholmissbrauch").

Auch wenn vorliegend weder ein Nutzen weiterer Begutachtung noch eine Beeinträchtigung des Werts wesentlicher Aussagen erkennbar ist, wird durch das aufgezeigte Verhalten der Nebenklägerin im Verfahren doch deutlich, dass durch Art und Umfang der sie betreffenden Überprüfungen in der Tendenz selbst das Ziel der Wahrheitsermittlung eher gefährdet als gefördert wurde.

## Standort: § 260 III StPO

## Problem: Verhältnis Einstellung und Freispruch

BGH, URTEIL VOM 16.02.2005  
5 STR 14/04 (NJW 2005, 1287)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war in den 70er Jahren Kommandeur einer Spezialeinheit der DDR. Das spätere Opfer hatte bereits mehrfach zuvor an der deutsch-deutschen Grenze die seitens der DDR aufgestellten Minen abgebaut und die Führung der DDR, die das Vorhandensein solcher Minenfallen stets geleugnet hatte, dadurch politisch in Bedrängnis gebracht. Der Angeklagte er-

hielt deshalb den Befehl, das Opfer bei einer weiteren entsprechenden Aktion festzunehmen oder zu "vernichten". Als das Opfer wieder versuchte, Sprengfallen auf dem Gebiet der DDR abzubauen oder auszulösen, lauerten ihm der Angeklagte und mehrere Angehörige seiner Einheit auf. Das Opfer wurde jedoch auf die verborgenen Soldaten aufmerksam und schoss auf diese. Im Laufe des folgenden Schusswechsels wurde das Opfer dann getötet. Das Landgericht hatte das Verfahren gem. § 260 III StPO wegen Verjährung des verwirklichten Delikts der Aufforderung zur Begehung

eines Mordes (§ 227 I StGB-DDR i.V.m. § 112 StGB-DDR) eingestellt. Der BGH hob dieses Urteil auf und sprach den Angeklagten frei.

**Prüfungsrelevanz:**

Wegen der erheblichen politischen Bedeutung der damaligen Vorgänge, wegen der darin enthaltenen interessanten materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme und weil die meisten Prüfer einer Generation entstammen, für die der innerdeutsche Konflikt und die damit verbundenen individuellen Dramen Teil des Alltags waren, ist zu erwarten, dass Konstellationen wie die vorliegende durchaus Gegenstand von Prüfungsaufgaben, insb. in mündlichen Prüfungen sein werden. Der vorliegende Fall ist allerdings dadurch gekennzeichnet, dass der Schwerpunkt der Probleme nicht im materiell-rechtlichen, sondern im prozessualen Bereich liegen, was ihn eher für eine Verwertung im 2. Staatsexamen privilegiert.

Da die Handlung des Angeklagten auf dem Gebiet der DDR erfolgte, setzt eine Verurteilung voraus, dass sein Verhalten überhaupt nach dem Recht der DDR strafbar war (Art. 315 Abs. 1 EGStGB i.V.m. § 2 StGB).

Eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beteiligung an einem Mord nach DDR-Strafrecht (§ 112 StGB-DDR) hatte das Landgericht abgelehnt, da sich die DDR-Soldaten, die das Opfer erschossen hatten, wegen der von diesem zuerst abgefeuerten Schüsse in einer Notwehrlage befunden hätten (oder zumindest in einem entsprechenden Erlaubnistatbestandsirrtum), so dass die Tötung des Opfers keinen strafbaren Mord darstellte. Da jedoch nicht geplant war, dass das Opfer zuerst schießen und die Soldaten in eine Notwehrlage bringen würde, hat das Landgericht zwar eine Strafbarkeit wegen Aufforderung zur Begehung eines Mordes (§ 227 I StGB-DDR i.V. mit § 112 StGB-DDR) angenommen; diese ist jedoch mittlerweile verjährt.

Vom Landgericht nicht geprüft wurde, ob vielleicht nach BRD-Strafrecht eine Tat gegeben war, die noch nicht verjährt wäre. Das Strafrecht der BRD ist auf den vorliegenden Fall anwendbar, da insb. das Opfer Bürger der BRD war (§ 7 I StGB). Der BGH prüft insofern das Vorliegen einer versuchten Anstiftung zum Mord (§§ 30 I, 211 StGB), die auch gem. § 78 II StGB nicht verjähren würde. Eine solche lehnte der BGH jedoch ab, da der Angeklagte sich keine Verwirklichung von Mordmerkmalen durch die handelnden Soldaten vorgesetzt habe. Die vom Angeklagten verwirklichte versuchte Anstiftung zum Totschlag (§§ 30 I, 212 StGB) hingegen ist verjährt.

Das Landgericht hatte das Verfahren gem. § 260 III StGB eingestellt, da die vom Angeklagten tatsächlich begangenen Delikte sämtlich verjährt waren. Der BGH

hingegen sprach den Angeklagten frei, da die schwereren der angeklagten Delikte nicht nachgewiesen werden konnten und der Freispruch insofern Vorrang habe bzgl. der Einstellung wegen der Verjährung der - nachweisbaren - minder schweren Delikte. Dies entspricht nicht nur ständiger Rechtsprechung, sondern auch der herrschenden Literatur (BGHSt 1, 231; Meyer-Goßner, § 260 Rn. 46).

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Strafbarkeit von Angehörigen der Nationalen Volksarmee der DDR wegen Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze: *BGHSt* 39, 353; 40, 218, *BGH*, *NJW* 1993, 141; 1993, 1932; 1194, 2703; 2000, 443; 2003, 522; *LG Berlin*, *NJ* 2000, 608

☐ Zum Verhältnis von Freispruch und Verfahrenseinstellung: *BGHSt* 1, 231, 235; 7, 256, 261; 13, 268; *BGH*, *NSStZ* 985, 495; *KG*, *DAR* 2004, 459

**Leitsatz:**

**Befehl zur Tötung eines Demonteurs von Selbstschussanlagen an der innerdeutschen Grenze.**

**Sachverhalt:**

Zur Perfektionierung der am 13. August 1961 begonnenen Absperrmaßnahmen hatte die Regierung der DDR im Herbst 1961 damit begonnen, weite Teile der innerdeutschen Grenze mit Minensperren zu versehen, um Flüchtlinge noch wirksamer von einer Flucht in die Bundesrepublik Deutschland abzuhalten. Nachdem anfangs hierzu Erdminen installiert worden waren, wurden zur Erhöhung der Wirksamkeit dieser Minensperren ab 1970 zunächst vereinzelt, ab Anfang 1972 systematisch bis zu ihrem Abbau ab dem Jahre 1983 Splittermine des Typs SM-70 als sogenannte Anlage 501 zur Grenzsicherung installiert. Dabei handelte es sich um Selbstschussanlagen, die auf der der DDR zugekehrten Seite des Metallgitterzauns angebracht waren und bei Belastung von verspannten Drähten auf mechanisch-elektrischem Weg eine Detonation auslösten. Darauf breitete sich eine kegelförmige Salve von etwa 90 scharfkantigen Metallsplintern parallel zum Metallgitterzaun aus, wobei die kinetische Energie ausreichte, um Menschen mit Sicherheit schwer zu verletzen oder auch zu töten. Viele Flüchtlinge erlitten durch diese Minen schwerste Verletzungen oder wurden getötet. Die Regierung der DDR bestritt damals die Existenz derartiger Anlagen.

G, der im Alter von 17 Jahren in der DDR wegen "Diversions im schweren Fall, staatsgefährdender Gewaltakte, staatsgefährdender Propaganda sowie Hetze im schweren Fall" zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt, nach Verbüßung von neun Jahren und zehn Monaten



dieser Strafe von der Bundesregierung "freigekauft" und 1971 in die Bundesrepublik Deutschland entlassen worden war, sann, geprägt von den in der DDR herrschenden unmenschlichen Haftbedingungen, darauf, die DDR durch Präsentation der Selbstschussanlagen in der Weltöffentlichkeit bloßzustellen. In Verfolgung dieses Ziels montierte G in der Nacht zum 1. April 1976 und in der Nacht zum 23. April 1976 jeweils in der Nähe zum späteren Tatort eine Splittermine ab. Die abgebauten Splitterminen präsentierte G verschiedenen Behörden der Bundesrepublik Deutschland, zwei Zeitschriften und der "Arbeitsgemeinschaft 13. August". Diese Vorgänge versetzten die Dienststellen der DDR bis hin zur ministeriellen Spitze in helle Aufregung. Die DDR, die 1972 den Grundlagenvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen und 1975 an der Konferenz in Helsinki teilgenommen hatte und um internationale Anerkennung bemüht war, war durch den Abbau und die Verbringung der Minen in die Bundesrepublik Deutschland in aller Welt bloßgestellt und der Lüge überführt. Deshalb sollten weitere derartige Aktionen mit allen Mitteln unterbunden und der oder die Täter unter allen Umständen ein für allemal ausgeschaltet werden. Spätestens durch einen am 16. April 1976 in dem Magazin "Der Spiegel" erschienenen Artikel wurde dem Ministerium für Staatssicherheit der DDR bekannt, dass es G war, der in der Nacht zum 1. April 1976 die erste der beiden Minen abgebaut hatte. Spätestens daraufhin gab der Minister für Staatssicherheit Mielke den Befehl, weitere Minendemontagen um jeden Preis zu verhindern und G bei einem neuerlichen Versuch, eine Mine SM-70 abzubauen, nicht nur möglichst festzunehmen, sondern ihn ein für allemal endgültig auszuschalten und, wenn eine Festnahme, die vorrangig bezweckt war, um Informationen über mögliche Mittäter, Hintermänner oder Auftraggeber zu erhalten, nicht möglich sein würde, G keinesfalls entkommen zu lassen, sondern ihn notfalls zu "vernichten", also zu töten. Die Einzelheiten der Umsetzung dieser Anordnung überließ Mielke seinen Untergebenen.

Der Angeklagte war Kompaniechef einer speziellen Einsatzkompanie des Ministerium für Staatssicherheit. Deren Hauptaufgabe bestand in der "Wahrnehmung politisch-operativer und operativ-militärischer Einsätze", insbesondere an der innerdeutschen Grenze. Die Kompanie wurde vor allem in sogenannten "provokationsgefährdeten Abschnitten" der Grenze eingesetzt, so bei Fahnenfluchten, zur Beobachtung innerhalb und außerhalb militärischer Objekte in den Streitkräften, zu Fotodokumentationen an der Grenze, bei spektakulären Grenzzwischenfällen oder zur Beseitigung von "pioniertechnischen Anlagen" an der Grenze, wobei häufig in dem der Grenzbefestigung vorgelagerten,

aber noch zur DDR gehörenden - als "feindwärts" bezeichneten - Gelände, etwa bei Schleusungsmaßnahmen, unter konspirativen Bedingungen Öffnungen im Metallgitterzaun geschaffen werden mussten.

Die Kompanie wurde konspirativ geführt. Jeder Angehörige dieser Einheit, als "Kämpfer" bezeichnet, hatte zur Tarnung einen Decknamen und eine individuelle Legende. Die Einsatzkompanie galt nach außen als selbständige Einheit der Grenztruppen, war wie eine solche uniformiert, strukturiert und bewaffnet, jedoch in Wahrheit der Abteilung Äußere Abwehr, einer Unterabteilung der Abteilung I des Ministeriums für Staatssicherheit, unterstellt. Deren Leiter war der rechtskräftig - aus tatsächlichen Gründen mangels effektiver Mitwirkung an dem Tötungsbefehl - freigesprochene Mitangeklagte He. Leiter der Hauptabteilung I des Ministeriums für Staatssicherheit und damit unmittelbarer Vorgesetzter He s war Generalleutnant Kl. Die Hauptabteilung I war direkt dem Stellvertreter des Ministers Mielke unterstellt.

Während im Ministerium für Staatssicherheit noch die vorhandenen Unterlagen über G ausgewertet wurden, erhielt man dort Kenntnis vom zweiten Minenabbau, der in der Nacht zum 23. April 1976 erfolgt war. Namentlich aufgrund eines Hinweises ging man davon aus, dass wiederum G gehandelt habe und dass er vorhabe, im gleichen Bereich der Grenze weitere Minen abzubauen. Generalleutnant Kl berichtete dem Minister Mielke und beauftragte den Oberstleutnant T, den Leiter des Bereichs Abwehr der Hauptabteilung I im Grenzkommando Nord, mit der Leitung des "Einsatzes SM-70". Hierbei gab Kl die von Mielke erteilte Weisung weiter, G bei einem neuerlichen Versuch, eine Mine abzubauen, unter allen Umständen möglichst festzunehmen und - wenn dies nicht gelingen sollte - ihn keinesfalls entkommen zu lassen, sondern ihn dann gegebenenfalls zu "vernichten". Die Befehlskette verlief mithin vom Minister Mielke über Generalleutnant Kl an Oberstleutnant T. Letzterer war damit nach dem im Ministerium für Staatssicherheit geltenden Prinzip der Einzelleitung am Ort verantwortlich für diesen Einsatz und hatte dort das Kommando.

Am 24. April 1976 erteilte der frühere Mitangeklagte He - auf Anordnung Kl s - dem Angeklagten S den Befehl, mit von ihm auszuwählenden Kräften seiner Einsatzkompanie sofort zum Grenzregiment 6 nach Schönberg zu Oberstleutnant T zu fahren, um dort entsprechend dem vorgegebenen Einsatzziel, "Grenzprovokationen" unter allen Umständen zu verhindern und den oder die Täter unbedingt festzunehmen und - wenn dies nicht gelingen würde - diese notfalls zu töten, sofort zum Einsatz zu kommen. Der Angeklagte wurde auch in groben Zügen darüber informiert, dass im Sicherheitsabschnitt XII des Grenzregiments 6 zu-

vor Splitterminen SM-70 abgebaut und entwendet worden waren und dass mit Hilfe der Einsatzkompanie "feindwärts" ein Hinterhalt angelegt werden sollte. Ob ihm dabei auch der Name G genannt wurde, hat das Landgericht nicht feststellen können. Die vom Minister Mielke gegebene Anordnung wurde dem Angeklagten im Kern vom früheren Mitangeklagten He als Zielvorgabe mitgeteilt. Der Angeklagte wählte daraufhin aus seiner Einsatzkompanie die nach seiner Einschätzung für das vorgegebene Einsatzziel am besten geeigneten elf "Kämpfer" aus und begab sich mit ihnen sogleich nach Schönberg. Jeder "Kämpfer" war mit einer Maschinenpistole der Marke "Kalaschnikow" ausgerüstet, die Gruppe zudem mit zwei leichten Maschinengewehren.

Noch am 24. April 1976 fanden zunächst eine Ortsbesichtigung des in Betracht kommenden Grenzabschnitts, an der auch der Angeklagte teilnahm, sowie eine anschließende Besprechung, an der sowohl der Angeklagte als auch Oberstleutnant T teilnahmen, statt. Bei dieser Besprechung wurden die Maßnahmen festgelegt, die getroffen werden sollten, um den von Minister Mielke über Generalleutnant Kl an Oberstleutnant T gegebenen Befehl zu erfüllen. Die bei dieser Besprechung beschlossenen Maßnahmen wurden Grundlage des folgenden Einsatzes am Ort. Dies war der "Große Grenzknick" bei der Grenzsäule 231 der Bundesrepublik Deutschland. Hier verlief die Grenze in einem rechten Winkel, dessen inneres Viertel - südöstlich - zur DDR gehörte. Gegenüber der im Westen und Norden verlaufenden Grenze war der Metallgitterzaun mit den Selbstschussanlagen um 30 Meter rückwärts gebaut, so dass sich vor diesem Zaun ein 30 Meter breiter Streifen von DDR-Gebiet erstreckte. Man rechnete damit, dass G in den nächsten Tagen wieder versuchen würde, mit Hilfe einer Anlegeleiter an eine Mine heranzukommen, um diese abzubauen.

Man rechnete mit zwei bis drei Begleitern G s und einer Bewaffnung aller Personen. Deshalb sollte "feindwärts" des Metallgitterzauns ein Hinterhalt gelegt werden, um G dort zu überraschen, festzunehmen und an einer eventuellen Flucht zurück auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland zu hindern, wobei als letzte Möglichkeit seine Tötung ins Auge gefasst war. Sollte die Staatsgrenze der DDR durch "provokatorische Handlungen" an den "pionier-technischen Anlagen" verletzt oder sollten diese sichtbar angegriffen werden, waren die Personen festzunehmen; die Schusswaffe war anzuwenden, wenn keine andere Möglichkeit zur Realisierung der vorgenannten Zielstellung vorhanden sein würde. Die Feuerführung sollte parallel zur Staatsgrenze erfolgen.

Der Angeklagte akzeptierte bei dieser Besprechung das vorgegebene Ziel "festzunehmen bzw. zu vernich-

ten", also gegebenenfalls "zu töten". Als Chef der Einsatzkompanie hatte er bei der Besprechung einen gewichtigen und für die Ausgestaltung der Einzelheiten des Einsatzes maßgeblichen Einfluss, wenngleich Oberstleutnant T den Einsatz am Ort leitete. Der Angeklagte war am Ort der "Mann der Praxis", der seinen Sachverstand einbrachte und wusste, wie man am besten Hinterhalte legte. Er brachte bei der Besprechung auch eigene Verbesserungsvorschläge ein. Wie in der Besprechung beauftragt, rekrutierte er aus seiner Einsatzkompanie einen weiteren Zugführer und sieben weitere "Kämpfer".

In einer "Information" vom 25. April 1976 teilte Oberstleutnant T dem Generalleutnant Kl das Ergebnis der Beratung vom Vortage mit. Auch darin ist die "Festnahme bzw. Vernichtung der Täter" genannt. Kl war mit diesen Maßnahmen einverstanden. Der Angeklagte diktierte am 25. April 1976 einen internen "Maßnahmeplan", der zu Dokumentationszwecken gefertigt wurde und den am Ort eingesetzten "Kämpfern" nicht im Wortlaut mitgeteilt wurde. Darin ist als Einsatzziel benannt, "den oder die Täter festzunehmen bzw. zu vernichten". Ferner heißt es dort: "Die Anwendung der Schusswaffe erfolgt, wenn keine andere Möglichkeit zur Realisierung der vorgenannten Zielstellung vorhanden ist. Die Feuerführung erfolgt parallel zur Staatsgrenze." Am 26. April 1976 verdichteten sich die Hinweise, dass ein neuerlicher Versuch G s, im relevanten Grenzbereich erneut eine Splittermine abzubauen, unmittelbar bevorstand. Oberstleutnant T sandte daraufhin an Generalleutnant Kl zwei chiffrierte Telegramme, in denen die "Festnahme oder Vernichtung des zu erwartenden Täters" als Ziel der Operation genannt ist.

G beobachtete am 29. April 1976 nachmittags in der Nähe der Grenzsäule 231 das Gelände mit einem Fernglas und wurde dabei von Mitarbeitern des Ministeriums für Staatssicherheit beobachtet und fotografiert. In der Tatnacht zum 1. Mai 1976, einer dunklen Neumondnacht, waren die Splitterminen im Bereich des Grenzknickes abgeschaltet, um eine Gefährdung der "Kämpfer" auszuschließen. Der Metallgitterzaun war "freundwärts" durch zwei am Grenzknick angebrachte Scheinwerfer erleuchtet, die parallel zum Zaun ausgerichtet waren und den "freundwärts" befindlichen Geländestreifen am Zaun erleuchteten. Das vorgelagerte Gelände lag völlig im Dunkeln. "Feindwärts" des Zaunes, etwa fünf Meter von diesem entfernt, lagen vier Mitglieder der Einsatzkompanie im Gras, nämlich die Zeugen L, R, Wi und Li. "Freundwärts" waren zahlreiche Kräfte eingesetzt, die über einen zentralen Führungspunkt durch eine Telefonverbindung mit Oberstleutnant T verbunden waren.

G hatte zwei Helfer gewonnen, um mit ihnen zum dritten Mal eine Splittermine abzubauen, die Zeugen Lie und U. Sie begaben sich zu dritt am 30. April 1976 gegen 22.30 Uhr zur Grenzsäule 231. Alle drei waren mit scharfen Schusswaffen ausgerüstet, G und Lie jeweils mit einer geladenen Pistole, U mit einer geladenen abgesägten Schrotflinte. G führte ferner diverses Werkzeug zum Abbau einer Mine mit und war mit einem langen schwarzen Mantel bekleidet. Alle drei hatten sich ihre Gesichter, Hände und Turnschuhe mit Schuhcreme geschwärzt.

Bei Beobachtung der Grenzsicherungsanlagen fiel ihnen als Veränderung auf, dass Scheinwerfer installiert worden waren, die das Gelände hinter dem Zaun ausleuchteten, während das vorgelagerte Gelände zwischen Grenze und Zaun völlig im Dunkeln lag. U wollte zudem verdächtige Geräusche wie ein metallisches Klicken oder Schritte gehört haben. Lie und U konnten mit der Äußerung ihrer Bedenken angesichts der ihnen "unheimlich" erscheinenden Situation G nicht zur Aufgabe des Plans, sondern lediglich zu dessen Modifizierung bewegen. G hatte nunmehr die Idee, die Mine an der Ecke des Zaunes - statt sie abzubauen - wenigstens zu zünden, um der DDR zu signalisieren, "dass er wieder einmal zugeschlagen" habe. Damit, dass sich in dem DDR-Gelände vor dem Zaun Grenzposten aufhalten oder dort gar einen Hinterhalt gelegt haben würden, rechnete keiner der drei Männer. Lie und U postierten sich in der Nähe zur Grenzsäule 231, voneinander getrennt. Zwischen G und ihnen war abgesprochen, daß sie beide beim Erscheinen von Grenzsoldaten "Halt! Grenzschutz!" oder etwas ähnliches rufen und notfalls G s Rückzug durch den Einsatz ihrer Waffen sichern sollten. G schlich sich nun gebückt auf den Grenzknick und die Ecke des Zaunes zu. "Da man wegen der zuvor wahrgenommenen Geräusche Argwohn geschöpft hatte" und das Vorhaben nun wegen der Nähe zum Zaun ganz besonders gefährlich wurde, zog G seine durchgeladene Pistole hervor.

Der Zeuge Li, der seine Maschinenpistole befehlswidrig neben sich gelegt hatte, möglicherweise zwischenzeitlich auch eingeschlafen war, bemerkte als erster der "feindwärts" eingesetzten Posten den G, der sich in gebückter Haltung bis auf etwa fünf bis zehn Meter der Ecke des Metallgitterzaunes genähert hatte. Li griff daraufhin nach seiner abgelegten Maschinenpistole, wobei er ein metallisches Geräusch, möglicherweise durch Anstoßen der Waffe gegen einen Stein, verursachte. Das Landgericht hat nicht ausschließen können, daß G das metallische Geräusch, dessen Ursache nur wenige Meter entfernt war, wahrnahm und ihm nun klar war, dass er in einen Hinterhalt der Grenzposten geraten war. Das Landgericht hat weiterhin nicht ausschließen können, dass G in dieser Situa-

tion jedenfalls als erster mindestens einen, nicht ausschließbar aber auch einen zweiten Schuss in Richtung des Geräusches und damit der Posten abgab. Wie weiterhin nicht ausschließbar, werteten die vier "feindwärts" eingesetzten Posten diesen Schuss - möglicherweise auch zwei Schüsse - G s als Angriff auf ihr Leben; sie schossen daraufhin zurück. Als erster schoss - nahezu zur gleichen Zeit wie G - Li mit seiner Maschinenpistole auf G, wobei der zeitliche Abstand so gering war, dass sich die Schussgeräusche der Pistole und der Maschinenpistole akustisch überlagerten. Auch die drei anderen Posten eröffneten nun sofort das Feuer auf G. Alle vier schossen mit Dauerfeuer.

G wurde noch in aufrechter oder gebückter Haltung von drei Kugeln im Oberkörper getroffen, wobei ein Geschoss Herz, Lunge und Rückenmark durchschlug, was zum Zusammenbruch des Kreislaufs und zum Herztod führte, so dass G sofort zusammensackte. Danach gaben die vier Posten weitere, mehrere Sekunden dauernde Feuerstöße in Richtung des liegenden G ab, der von zahlreichen Schüssen getroffen wurde. Nach dieser ersten Schussfolge trat eine kurze Pause ein. Ein Scheinwerfer an der Ecke des Zaunes wurde auf das vorgelagerte Gelände geschwenkt.

Bei Beginn der Schießerei waren Lie und U aus Angst, selbst beschossen zu werden, in das Hinterland geflüchtet. Lie trat dabei auf einen Ast und verursachte ein knackendes Geräusch. Das Landgericht hat nicht ausschließen können, dass der Posten L dieses Knacken wahrnahm und befürchtete, auf westlichem Gebiet könnten sich bewaffnete Komplizen G s befinden. Möglicherweise rief L, um im Scheinwerferlicht nicht selbst ein leichtes Ziel abzugeben und ein freies Schußfeld zu haben: "Licht aus! Weg da vorne!" Währenddessen hatte U den Eindruck, von Seiten der DDR kämen zwei Scheinwerfer, die er für Autoscheinwerfer hielt, auf ihn zu. Er gab daher mit der abgesägten Schrotflinte einen Schuss in Richtung dieser vermeintlichen Autoscheinwerfer ab. Möglicherweise als Reaktion auf diesen Schuss gab der Posten L in Richtung des Standorts U s einen oder zwei kurze Feuerstöße ab. Mehrere Geschosse schlugen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland im Baumwerk ein. Lie und U flüchteten. Sofort nach dem Tatgeschehen setzten von höchster Stelle angeordnete Vertuschungsmaßnahmen des Ministeriums für Staatssicherheit ein. Insbesondere wurde die Leiche G s anonym obduziert. Alle Schützen wurden mit einem Orden ausgezeichnet, den sie jedoch nicht tragen durften.

### *Aus den Gründen:*

#### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Die zugelassene Anklage wirft dem Angeklagten einen

Totschlag vor: er habe in der Zeit vom 26. bis 30. April 1976 - gemeinschaftlich und durch andere handelnd - die Tötung des G an der innerdeutschen Grenze organisiert und herbeigeführt. Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil das Verfahren gegen den Angeklagten wegen eingetretener Verfolgungsverjährung eingestellt. Die hiergegen gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft bleibt ohne Erfolg, soweit das Rechtsmittel zuungunsten des Angeklagten eingelegt ist, führt vielmehr nach § 301 StPO zur Änderung des angefochtenen Urteils dahin, dass der Angeklagte freigesprochen wird.

[...] Das Landgericht hat das festgestellte Geschehen im wesentlichen folgendermaßen rechtlich gewürdigt: Es ist sowohl hinsichtlich der ersten als auch hinsichtlich der zweiten Schussfolge der DDR-Schützen zur Annahme von Notwehr gelangt, weil zum ersten Handlungsteil nicht auszuschließen sei, dass G als erster schoss, und die zweite Schussfolge eine Reaktion auf den Schuss des Zeugen U gewesen sei. Deshalb hat das Landgericht unter dem Gesichtspunkt der "überholenden Kausalität" angenommen, dass eine vom Angeklagten nicht geplante Kausalkette in Gang gesetzt worden sei, weshalb ein vollendetes Tötungsdelikt (Mord nach § 112 StGB-DDR) nicht vorliege. Der Angeklagte habe lediglich eine erfolglose Aufforderung zur Begehung eines Mordes (nach § 227 Abs. 1 i.V. mit § 112 StGB-DDR) begangen. Da die Verfolgung dieses Deliktes verjährt sei, sei das Verfahren nach § 260 Abs. 3 StPO einzustellen. Eine etwa fortbestehende Verfolgbarkeit der Tat nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland ist im Urteil nicht erörtert.

## II. Entscheidung des BGH

Die Revision der Staatsanwaltschaft führt allein zu einer Änderung des Urteils zugunsten des Angeklagten.

### 1. Zur Sachrüge zu Gunsten des Angeklagten

Das angefochtene Urteil enthält keinen sachlichrechtlichen Fehler zum Vorteil des Angeklagten, soweit es die Beweiswürdigung und die Subsumtion der getroffenen Feststellungen unter das sachliche Recht betrifft.

#### a. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

Die Beweiswürdigung ist rechtsfehlerfrei.

Namentlich geht die Einzelbeanstandung der Beschwerdeführerin fehl: Die sachlichrechtlichen Einwände gehen allein dahin, dass die Feststellung, der Zeuge U habe nach der ersten Schussfolge mit der abgesägten Schrotflinte einen Schuss in Richtung der Scheinwerfer abgegeben, einzig auf die Bekundungen dieses Zeugen gestützt wird, während sich aus der

schriftlichen Erklärung des Zeugen L, die dieser als Beschuldigter in dem Verfahren vor dem Landgericht Schwerin unter dem 9. November 1999 abgegeben hat, die Wahrnehmung eines solchen Schusses nicht ergebe. Der Zeuge U hat einen solchen von ihm abgegebenen Schuss kontinuierlich - in der polizeilichen Vernehmung vom 1. Mai 1976, in der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung vom 20. Oktober 1992 sowie in der Hauptverhandlung - und jeweils detailreich geschildert. Es begründet keinen sachlichrechtlichen Fehler, dass das Landgericht diesem substantiierten Eingeständnis des Schützen U gefolgt ist, ohne in diesem Zusammenhang darauf Bezug zu nehmen, dass der Zeuge L diesen Schuss in einer früheren Erklärung nicht geschildert hat. Soweit die Revision darüber hinaus an das Protokoll der landgerichtlichen Hauptverhandlung anknüpft, ist dies - angesichts der allein erhobenen Sachrüge - unbeachtlich.

#### b. Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts

Auch die rechtliche Würdigung enthält keinen Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten.

*aa. Zur Strafbarkeit des Angeklagten nach DDR-Recht*  
Das gilt zunächst für die Würdigung nach dem Recht der DDR.

Eine Strafbarkeit des Angeklagten würde (auch) voraussetzen, dass er sich mit der in der DDR begangenen Tat nach dem dort zur Tatzeit geltenden Recht strafbar gemacht hätte (§ 2 StGB i.V. mit Art. 315 Abs. 1 EStGB).

Eine Beteiligung an einem Tötungsdelikt gegen G oder seine Begleiter in Form der Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe liegt nach den Feststellungen nicht vor: die vier Schützen schossen zunächst - nicht ausschließbar - in der ersten Schussfolge als Reaktion auf den einen Schuss oder die zwei von G möglicherweise zuerst auf sie selbst abgegebenen Schüsse. Die in der zweiten Schussfolge von L in Richtung des Standorts U s abgegebenen Schüsse waren - nicht ausschließbar - eine Reaktion auf den Schuss U s mit der Schrotflinte. Danach kann in allen Schüssen der DDR-Schützen, weil in Notwehr nach § 17 Abs. 1 StGB-DDR begangen, "keine Straftat" gefunden werden. Dies hat zur Folge, dass der Angeklagte an diesen Taten weder als Täter (§ 22 Abs. 1 StGB-DDR), noch als Mittäter (§ 22 Abs. 2 Nr. 2 StGB-DDR), noch als Anstifter (§ 22 Abs. 2 Nr. 1 StGB-DDR) oder als Gehilfe (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 StGB-DDR) beteiligt sein kann.

Vielmehr liegt im Verhalten des Angeklagten lediglich eine erfolglose Aufforderung zur Begehung eines Mordes nach § 227 Abs. 1 i.V. mit § 112 StGB-DDR. Es sei angemerkt, dass das Landgericht Schwerin unter dem Gesichtspunkt der Notwehr oder der Putativnot-

wehr drei der Schützen vom Vorwurf des versuchten Mordes rechtskräftig (vgl. BGH, Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO vom 24. April 2001 - 4 StR 410/00) freigesprochen hat, nachdem das Verfahren gegen den vierten Schützen nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden war.

Die Tat des Angeklagten war nicht gerechtfertigt. Zur Tatzeit war der Schusswaffengebrauch der hier tätig gewordenen speziellen Einsatzkompanie des Ministeriums für Staatssicherheit allein durch die vom Minister für Staatssicherheit erlassene Ordnung über den Gebrauch von Schusswaffen für die Angehörigen des Ministeriums für Staatssicherheit - Schusswaffengebrauchsordnung - vom 5. Februar 1976 geregelt. Diese entsprach in den hier in Betracht kommenden Teilen nahezu gleichlautend der für die regelmäßig den Dienst an der Grenze versehenen Grenztruppen geltenden Dienstvorschrift DV 018/0/008 "Einsatz der Grenztruppen zur Sicherung der Staatsgrenze - Grenzkompanie" vom 5. August 1974. Diese allein internen Verwaltungsvorschriften waren schon als solche nicht geeignet, vorsätzliches tödliches Schießen an der innerdeutschen Grenze zu rechtfertigen. Entsprechend hat der Senat bereits im Urteil BGHSt 39, 353, 366 f. - zu der "Vorschrift über die Organisation und Führung der Grenzsicherung in der Grenzkompanie" (DV - 30/10) vom 8. Februar 1964 - entschieden.

Eine anderweitige Rechtfertigung ergibt sich aus dem Recht der DDR nicht. Vielmehr gilt folgendes: Die Staatspraxis der DDR, die die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen durch Schusswaffen, insbesondere auch durch Selbstschussanlagen und Minen zur Vermeidung einer Flucht aus der DDR in Kauf nahm, war wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte nicht geeignet, die Täter zu rechtfertigen (BGHSt 40, 218, 232 m.w.N.). Diese für die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen entwickelten Grundsätze müssen auch auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, in dem versucht wurde, eine Selbstschussanlage zu demontieren. Wenngleich es hier nicht um die Verhinderung einer Flucht aus der DDR im Einzelfall geht, steht das Tun des Angeklagten im Gesamtzusammenhang der Sicherung der eben beschriebenen Staatspraxis der DDR. Es muss daher der entsprechenden rechtlichen Bewertung unterfallen.

Die Verfolgung des Deliktes nach § 227 Abs. 1 i.V. mit § 112 StGB-DDR, das mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht war und für das nach § 82 Abs. 1 Nr. 2 StGB-DDR eine Verjährungsfrist von fünf Jahren galt, ist jedoch mit Ablauf des 2. Oktober 2000 verjährt (§ 315a Abs. 2 EGStGB i.d.F. des 3. Verjährungsgesetzes vom 22. Dezember 1997, BGBl I 3223).

Gleichzeitig ist die absolute Verjährung eingetreten (§ 78c Abs. 3 Satz 2 StGB i.V. mit Art. 315a Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz EGStGB).

*bb. Zur fehlenden Prüfung der Strafbarkeit des Angeklagten nach BRD-Recht*

Auch begründet es keinen durchgreifenden Rechtsfehler, dass das Landgericht nicht erörtert hat, ob die Tat im Hinblick auf einen etwaigen Strafanspruch der Bundesrepublik Deutschland noch geahndet werden kann. Im Ausgangspunkt zutreffend hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass ein Strafanspruch der Bundesrepublik Deutschland entstanden ist, der möglicherweise nicht verjährt sei. Indes greift dieser Gesichtspunkt im Ergebnis nicht durch.

*(1) Zur Anwendbarkeit des Strafrechts der BRD*

Allerdings findet auf die Tat das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland schon deshalb Anwendung, weil das Tatopfer ein Bürger der Bundesrepublik Deutschland sein sollte (§ 7 Abs. 1 StGB). Danach kommt es auf die weiterhin vom Generalbundesanwalt angestellte Erwägung im Ergebnis nicht an, dass sich die Anwendung des Strafrechts der Bundesrepublik Deutschland auch aus §§ 3, 9 Abs. 1 StGB etwa daraus ergeben könnte, dass der Angeklagte die Vorstellung gehabt hätte, es würde über die Grenze der DDR hinaus geschossen werden, so dass der Tatort (auch) in der Bundesrepublik Deutschland liegen sollte. Hierzu ist zu bemerken: Es liegt fern, dass der Angeklagte mit der Möglichkeit rechnete, die Tötung G s oder seiner Helfer würde auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erfolgen. Vor dem Metallgitterzaun lag ein 30 Meter breiter zum Territorium der DDR gehöriger Geländestreifen. Die Planung ging dahin, G und seine Begleiter unmittelbar vor dem Zaun, also auf dem Gelände der DDR zu stellen. Dabei wollte man - offenbar zur Vermeidung politischer Komplikationen - Schüsse auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vermeiden. So wurde schon in der Besprechung am 24. April 1976 beschlossen, dass die Feuerführung parallel zur Staatsgrenze erfolgen sollte. Ebenso heißt es im "Maßnahmeplan" vom 26. April 1976: "Die Feuerführung erfolgt parallel zur Staatsgrenze". Dass schließlich gleichwohl Schüsse auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschlugen, kann einen entsprechenden Vorsatz des Angeklagten nicht näherliegend erscheinen lassen.

*(2) Zum Fehlen einer verfolgbaren Straftat nach dem Recht der BRD*

Eine nach dem Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland strafbare Tat wäre hier nur dann noch verfolgbar, wenn es sich um eine versuchte Anstiftung

zu einem Mord (§ 30 Abs. 1 i.V. mit § 211 StGB) handeln würde (§ 78 Abs. 2 StGB). Indes ergibt sich aus den Feststellungen die versuchte Anstiftung zu einem Mord, zu dessen Begründung allein das Merkmal der Heimtücke in Betracht kommt, nicht.

Heimtückisch handelt, wer eine zum Zeitpunkt des Angriffs bestehende Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt (Tröndle/ Fischer, StGB 52. Aufl. § 211 Rdn. 16 m.N. der st. Rspr.). Jedoch entfällt die Arglosigkeit des Opfers dann, wenn es im Tatzeitpunkt mit einem schweren oder doch erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet (BGHSt 33, 363, 365; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13, 27, 29; BGH NStZ-RR 2004, 14, 15). So liegt es hier. G und seine Helfer, die nach dem vorangegangenen zweimaligen Abbau von Minen eine höchste Wachsamkeit der DDR-Organen voraussetzen, rechneten - auf realer Grundlage und konkret - mit einem Angriff, als sie sich zu dritt scharf bewaffnet und mit geschwärtzten Gesichtern, Händen und Turnschuhen der Grenze näherten. Ihre Skepsis steigerte sich, als U "verdächtige Geräusche wie ein metallisches Klicken oder Schritte gehört haben wollte". Daher hebt das Landgericht zu Recht ausdrücklich hervor, dass sie "Argwohn" hegten, gar als G gebückt mit gezogener und durchgeladener Pistole auf den Grenznick zuschlich. Nichts spricht für hiervon abweichende Vorstellungen des Angeklagten bei seinen Befehlen. Die Verfolgung wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag (§ 30 Abs. 1 i.V. mit § 212 StGB) ist verjährt. Die am 30. April 1976 beginnende Verjährungsfrist von 20 Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB) endete am 29. April 1996. Diejenigen Vorschriften, die die Verjährung von nach dem Strafrecht der DDR begangenen Straftaten ergänzend regeln, berühren den nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland entstandenen Strafanspruch nicht, dessen Verjährung unter keinem Gesichtspunkt gehemmt ist. Die erste etwa unterbrechungstaugliche Handlung erfolgte mit der Bekanntgabe der Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen den Angeklagten am 8. Juli 1996 (Sachakten Bd. V Bl. 464 ff.).

## 2. Zur Erforderlichkeit der Freisprechung des Angeklagten

Die Überprüfung des angefochtenen Urteils nach §

301 StPO führt jedoch zur Freisprechung des Angeklagten.

### a. Zum Fehlen von Fehlern des Landgerichts

Allerdings hat das Landgericht ohne einen den Angeklagten benachteiligenden sachlichrechtlichen Fehler zu den getroffenen Feststellungen und zu der rechtlichen Würdigung gefunden. Dabei hat es insbesondere die Planungen und organisatorischen Vorkehrungen der Organe der DDR und die dazu beitragenden Handlungen des Angeklagten rechtsfehlerfrei festgestellt. Namentlich ist es dabei ohne Rechtsfehler zu der Feststellung gelangt, dass die beteiligten Führungskräfte der DDR einschließlich des Angeklagten die - in den Dokumenten hinter dem Wort "vernichten" kaum verborgene - Tötung G s und seiner Helfer für den Fall geplant hatten, dass diese Personen nicht würden festgenommen werden können (vgl. BVerfGE 95, 96, 139; BGHSt 40, 218, 223 f. und 241, 242).

### b. Zum Vorrang des Freispruchs vor der Einstellung

Indes war nicht, wie geschehen, das Verfahren einzustellen, sondern auf Freispruch zu erkennen. Dies holt der Senat - mit der geänderten Kostenfolge nach § 467 Abs. 1 StPO (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2004 - 3 StR 126/04) - nach.

Kann bei Tateinheitlichem oder sonst rechtlichem Zusammentreffen eines schwereren und eines leichteren Tatvorwurfs der schwerere nicht nachgewiesen werden und ist der leichtere wegen Vorliegens eines unbehebaren Verfahrenshindernisses nicht mehr verfolgbar, so hat die Sachentscheidung Vorrang vor der Verfahrensentscheidung, weil der schwerer wiegende Vorwurf den Urteilsausspruch bestimmt (st. Rspr.: BGHSt 1, 231, 235; 7, 256, 261 und 13, 268; BGH, Beschluss vom 4. Mai 2004 - 3 StR 126/04; ebenso schon RGSt 66, 51; zustimmend das Schrifttum: Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 260 Rdn. 103).

So liegt es hier. Die dem Angeklagten durch die Anklage vorgeworfene vorsätzliche Tötung G s, Mord nach § 112 StGB-DDR, Totschlag nach § 212 StGB, die nicht verjährt wäre (vgl. nur BGHSt 42, 332, 336 m.w.N.), konnte nicht festgestellt werden. Die allein festgestellte erfolglose Aufforderung zur Begehung einer Tat nach § 227 Abs. 1 i.V. mit § 112 StGB-DDR ist verjährt.

**Standort: § 211 StGB****Problem: Mordmerkmale**

BGH, URTEIL VOM 22.04.2005

2 STR 310/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

In dem vorliegenden Fall, der in der Presse als "Kannibalen-Fall" großes Aufsehen erregt hat, hatte der Angeklagte, der seit langem dadurch sexuell erregt wurde, dass er sich vorstellte, einen anderen Mann zu "schlachten", ihn auszuweiden und sich sein Fleisch einzuverleiben, sich dazu entschlossen, diese Fantasien nunmehr in die Tat umzusetzen. Er suchte über das Internet Kontakte zu Männern, die sich als Opfer für ein entsprechendes Vorhaben zur Verfügung stellen würden. Es meldete sich auch das spätere Opfer, den die Vorstellung sexuelle erregte, sich den Penis amputieren zu lassen. Ob er nach diesem Akt, von dem er sich ein "ultimatives Hochgefühl" versprach, weiterleben würde oder nicht, war ihm egal, so dass die Ziele der beiden durchaus kompatibel erschienen. Nach entsprechender Vereinbarung besuchte das Opfer des Angeklagten, der den anderen, der zwischendurch doch Bedenken bekam, dazu überredete, das Vorhaben umzusetzen. Nach der erfolgten Penisamputation wurde das Opfer bewusstlos, woraufhin der Angeklagte es tötete und zerlegte. Den gesamten Vorgang nahm der Angeklagte auf Video auf. Später aß er Teile des Fleisches und benutzte die Videos zur Selbstbefriedigung. Das Landgericht Kassel hatte den Angeklagten wegen Totschlags verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da das Vorliegen von Mordmerkmalen vom LG nicht hinreichend geprüft worden sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Insb. wegen seiner großen Beachtung in der Öffentlichkeit wird der vorliegende Fall mit Sicherheit zum Gegenstand zahlreicher Prüfungsaufgaben, insb. in mündlichen Prüfungen werden. Allenfalls aufgrund des etwas "ekeligen" Charakters des Sachverhaltes könnte Zurückhaltung erfolgen, denn die rechtlichen Probleme sind überaus interessant und - da es um Tötungsdelikte geht - auch klassischer Prüfungsstoff.

Der BGH diskutiert im vorliegenden Fall insb. das Mordmerkmal "zur Befriedigung des Geschlechtstriebs". Die Formulierung "zur Befriedigung" macht klar, dass hier ein finaler Zusammenhang zwischen der Tötung des Opfers und der vom Täter erstrebten geschlechtlichen Befriedigung erforderlich ist (BGHSt 19, 101; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 7); weiter wird verlangt, dass der Getöte selbst Objekt der Sinneslust des Täters ist und der Täter nicht etwa einen Menschen

tötet, um mit einem Dritten sexuell verkehren zu können (Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 7). In der Vergangenheit war dementsprechend ein Mord "zur Befriedigung des Geschlechtstriebs" insb. dann angenommen worden, wenn der Täter sich durch den Tötungsakt selbst sexuelle Befriedigung verschaffen, sich nach der Tötung an der Leiche vergehen will oder der Tod des Opfers als Folge einer Vergewaltigung zumindest billigend in Kauf nimmt. Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit, dass der Täter sich die Befriedigung nicht aus dem oder im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Tötungsakt verschaffen wollte, sondern sich später die Aufzeichnung der Tötung ansehen und sich dabei selbst befriedigen wollte. Ein Teil der Literatur fordert für ein Handeln "zur Befriedigung des Geschlechtstriebs" i.S.v. § 211 StGB stets einen engen raum-zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Tötungsakt und der (angestrebten) Triebbefriedigung (LK-Jähnke, § 211 Rn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, S. 42) und würde deshalb hier das Mordmerkmal verneinen. Der BGH spricht sich in der vorliegenden Entscheidung gegen diesen Lösungsansatz aus und lässt auch einen mittelbaren Zusammenhang genügen, sofern nur der Getötete Objekt der Lust des Täters bleibt.

Auch spricht der BGH im vorliegenden Fall das Mordmerkmal "um eine andere Straftat zu ermöglichen" an. Hierbei diskutiert er insb., ob eine Störung der Totenruhe (§ 168 I StGB) als zu ermöglichende Straftat in Betracht kommt. Ein "beschimpfender Unfug" i.S.v. § 168 I 2. Fall StGB an der Leiche des Opfers bestehe grundsätzlich darin, dass der Angeklagte den Getöteten nach der Tötung zerlegte und verspeiste. Der BGH diskutiert dann, ob die vorher hierzu erteilte Zustimmung des Opfers vielleicht als rechtfertigende Einwilligung oder als tatbestandsausschließendes Einverständnis in die Tathandlung zu berücksichtigen sei. Er betont jedoch - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vgl. KG, NJW 1990, 782; Tröndle/Fischer, § 168 Rn. 2; Roxin, JuS 1976, 505) -, dass § 168 StGB neben dem postmortalen Achtungsanspruch des Toten, auf den dieser u.U. verzichten könnte, jedenfalls auch noch das Pietätsgefühl der Allgemeinheit schützt. Da dieses kein disponibles Rechtsgut darstelle, sei i.R.v. § 168 StGB sowohl ein Einverständnis als auch eine Einwilligung ausgeschlossen.

Der Angeklagte hatte mit seiner Revision gerügt, dass sein Verhalten eine Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) darstelle. Bei Vorliegen des § 216 StGB ist jedoch nicht nur eine Strafbarkeit wegen Totschlags, sondern auch eine solche wegen Mordes ausgeschlossen (BGHSt 2, 258; Schönke/Schröder-Eser, § 216 Rn. 2). Der BGH lehnte jedoch den Tatbestand des § 216

StGB (ebenso wie das LG) ab, da der Angeklagte nicht durch das Tötungsverlangen des Opfers zur Tat "bestimmt" worden sei. Dieses Merkmal setze voraus, dass der Todeswunsch des Opfers das handlungsleitende Motiv des Täters bei der Tötung darstelle. Der BGH zieht hierbei insb. eine Parallele zu den subjektiven Mordmerkmalen, die auch nur dann angenommen werden, wenn sie handlungsleitend sind (BGH, NJW 1981, 932). Im vorliegenden Fall stelle ein Tötungsverlangen des Opfers jedoch bereits deshalb kein handlungsleitendes Motiv dar, weil das Opfer gar nicht unbedingt sterben wollte, sondern primär die Penisamputation wünschte und der Angeklagte auch nicht durch einen entsprechenden Wunsch des Opfers zu der Tat bestimmt worden war, sondern seine eigenen sexuellen Fantasien ausleben wollte.

In strafprozessualer Hinsicht erwähnenswert sind die Ausführungen des BGH zur Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch das Revisionsgericht. Zwar enthält das vorliegende Urteil insofern nichts Neues, denn der BGH führt nur die bisherige Rechtsprechung fort, dass die Beweiswürdigung grundsätzlich dem Tatsachengericht obliegt und vom Revisionsgericht allenfalls darauf überprüft werden kann, ob sie in sich widersprüchlich oder lückenhaft ist oder gegen die Gesetze der Logik oder die Lebenserfahrung verstößt (BGHSt 10, 208; BGH, StV 1986, 421; Meyer-Goßner, § 337 Rn. 26 ff.). Bemerkenswert ist jedoch, dass der BGH davon ausgeht, dass das Urteil des Landgerichts einen solchen revisiblen Fehler enthalte, indem das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung etwas voraussetze, das eigentlich erst bewiesen werden müsse.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch das Revisionsgericht: *BGH*, JR 1957, 386; *NStZ* 1983, 277; 1984, 180; *Pelz*, *NStZ* 1993, 362; *Schäfer*, *StV* 1995, 545

Zum Mordmerkmal "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes": *BGH*, *StV* 1992, 259; *NStZ-RR* 2004, 8; *Eser*, *NStZ* 1983, 434; *Mitsch*, *JuS* 1996, 123; *Otto*, *Jura* 1994, 144

Zu den Voraussetzungen des § 216 StGB: *BGH*, *JZ* 1987, 474; *Fink*, *NStZ* 1989, 559; *Herzberg*, *NStZ* 2004, 1; *Krock*, *KritJ* 1995, 60

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Bote des Todes"

#### **Leitsätze:**

**1. Das Mordmerkmal "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes" liegt auch dann vor, wenn der Tä-**

**ter diese Befriedigung erst bei der späteren Betrachtung der Bild-Ton-Aufzeichnung (Video) vom Tötungsakt und dem Umgang mit der Leiche finden will.**

**2. Rechtsgut des § 168 Abs. 1 StGB ist nicht nur der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten, sondern auch das Pietätsgefühl der Allgemeinheit. Das Einverständnis des Tatopfers in beschimpfenden Unfug an seiner Leiche ist deshalb nicht geeignet, die Strafbarkeit entfallen zu lassen.**

#### **Sachverhalt:**

In der Vorstellung des Angeklagten entstanden kurz vor Einsetzen der Pubertät Phantasien, in denen er sein Ziel, eine Person für immer bei sich zu haben und an sich zu binden, dadurch zu realisieren suchte, dass er diese Person sich einverleibte. Zielobjekt seiner Vorstellung war hierbei jeweils eine jüngere männliche Person. Angelehnt an Hausschlachtungen, die der Angeklagte miterlebt hatte, malte er sich aus, wie er als Schlachter eine Person durch Abstechen tötete und dann - was er als besonderen Moment betrachtete - den Bauchraum aufschlitze und das Objekt nach seiner Vorstellung ausweidete, um es dann zu verspeisen. Mit Einsetzen der Pubertät verband der Angeklagte mit diesen Phantasien einen Lustgewinn, was zur Folge hatte, dass er diese Phantasien zur Erregung während des Onanierens einsetzte und auch hierbei das Aufschlitzen und Ausweiden des Bauchraums als Höhepunkt erlebte. In der Regel gelangte er in seiner Phantasie nicht mehr bis zum Verzehren des Fleisches der geschlachteten Person, da er vorher seinen sexuellen Höhepunkt erreichte. Ungefähr ab 1999 beschäftigte sich der Angeklagte über das Internet immer stärker mit dem Thema Kannibalismus. Er stieß dabei auch auf eine Schlachtleitung für den menschlichen Körper. Schließlich begann er, über Internetforen Männer zum Schlachten und Verspeisen zu suchen. In seinem Haus in W. richtete der Angeklagte einen "Schlachtraum" ein. Nach mehreren nicht im Sinne des Angeklagten zielführenden Internetkontakten stieß er Anfang Februar 2001 im Internet auf das spätere Opfer B. B litt an einer progredienten Form des sexuellen Masochismus. Er knüpfte die Vorstellung des höchsten Lustempfindens an eine Penisamputation. Der dabei erwartete sexuelle Höhepunkt besetzte das Bewusstsein des B dermaßen, dass danach für ihn nichts mehr eine Rolle spielen sollte und sein Tod dem erwarteten "ultimativen Hochgefühl" folgen konnte. Die natürliche Einsichts- und Willensfähigkeit des B war durch seine krankhafte seelische Störung in Form des extremen sexuellen Masochismus dergestalt eingeschränkt, dass er die Tragweite seines späteren Entschlusses, sich töten und schlachten zu lassen, nicht



vollends rational überblickte.

Zwischen dem Angeklagten und B entwickelte sich ein reger E-Mail-Verkehr. Darin schilderte B seine sexuelle Präferenz der Penisamputation; der Angeklagte erläuterte seine Vorstellungen. Beide zeigten Bereitschaft, auf die jeweiligen Interessen des anderen einzugehen. Dem Angeklagten war es nach seinen Angaben wichtig, sich eine sympathische Person einzuverleiben und somit eine untrennbare Bindung herzustellen. Dies war für ihn ebenso eine Bedingung für das Schlachten und Einverleiben, wie der Umstand, dass sich der zu Schlachtende freiwillig zur Verfügung stellte. Am 9. März 2001 reiste B mit dem Zug nach K., wo ihn der Angeklagte abholte. Man kam überein, das Vorhaben bereits an diesem Tage durchzuführen. Als bald nach dem Eintreffen im Haus des Angeklagten kam es im Schlachtraum zu sexuellen Handlungen. Der Angeklagte biss B hierbei an verschiedenen Körperstellen, vor allem am Penis. Dabei ging er jedoch - da er selbst sein Lustempfinden nicht an diese Handlungen knüpfte - zögerlich und gehemmt vor. B beschloß daraufhin, nach B. zurückzukehren, ohne sein Vorhaben ausgeführt zu haben. Nach einem Überredungsversuch, der vergeblich verlief, brachte der Angeklagte B schließlich am Nachmittag des gleichen Tages zum Bahnhof zurück. Dort besann sich B aber doch eines anderen. Mit Hilfe des Angeklagten sollte die Abtrennung seines Penis wenigstens mit einem Messer realisiert werden. Beide kehrten zum Haus zurück und begaben sich in den Schlachtraum.

Gegen 18.30 Uhr sagte B dann dem Angeklagten, dass dieser ihm jetzt den Penis abschneiden möge, was beim zweiten Versuch auch gelang. Der Angeklagte verband die Wunde des B, um zu verhindern, dass dieser aufgrund des Blutverlustes sofort ohnmächtig würde. Das ultimative Hochgefühl, welches B sich von der Penisamputation versprach, stellte sich allerdings nicht ein. Dennoch blieb B bei seinem Entschluß, dass dies für ihn der finale Akt sein sollte und der Angeklagte ihn hernach spurlos beseitigen könne. Er untersagte dem Angeklagten, einen Notarzt zu rufen. In den folgenden Stunden bereitete B sich auf das Sterben vor. Er erklärte dem Angeklagten, dass er ihn abstechen solle, sobald er bewusstlos geworden sei. Die irreversible Bewusstlosigkeit trat bei B gegen 4.00 Uhr morgens ein. Der Angeklagte legte B daraufhin auf die Schlachtbank und installierte eine Videokamera so, dass sie das nun folgende Geschehen aufzeichnen konnte. Er hatte dabei vor, die Filmaufnahmen zu bearbeiten, (jedenfalls Teile daraus) an Kontaktpersonen im Internet zu versenden sowie gegebenenfalls weitere potentielle Schlachtopfer mit der Vorführung des Videos zu locken. B lebte zu diesem Zeitpunkt noch. Der Angeklagte kommentierte dies mit den Worten: "Dein

Puls rast". Nach mehrfachem Zögern setzte er dem Opfer zwei tödliche Halsstiche. Sexuell war er bei der Tötung nicht erregt. In der Folgezeit zerlegte der Angeklagte die Leiche des B entsprechend der Schlachtleitung aus dem Internet. Auch dies nahm er auf Video auf. Seine einzelnen Handlungen kommentierte er dabei immer wieder, z.T. mit abfälligen Bemerkungen über die Fleischkonsistenz.

Am 12. März 2001 nahm der Angeklagte zum ersten Mal Fleisch vom Körper des B in gebratener Form zu sich. Nach der Mahlzeit schaute er sich den von ihm aufgezeichneten Videofilm mindestens einmal an und onanierte dabei.

Auch in der Folgezeit suchte der Angeklagte immer wieder - wenn auch vergeblich - weitere Opfer für ein Schlachten. Meist waren diese jedoch lediglich an einem Rollenspiel interessiert. Auch wenn sie sich bereits in seinem Schlachtraum befanden und zum Schlachten mit den Füßen nach oben aufgehängt waren, ließ der Angeklagte sofort von weiterem Tun ab, wenn sie dies wünschten. Aus dem Video gewonnene Fotografien übersandte der Angeklagte zweifach an eine weitere Person per E-Mail.

Bei dem Angeklagten liegt eine schwere andere seelische Abartigkeit in Form einer Persönlichkeitsstörung mit schizoiden Zügen vor, die verbunden ist mit einer sexuellen Einengung auf den Fetisch Männerfleisch. Der Angeklagte war jedoch weder in seiner Einsichtsfähigkeit noch in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Prozessgeschichte*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Gleichzeitig hat es die Einziehung des Computerterminals Siemens Scenic 600 und einer Videokamera angeordnet.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, die die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet und eine Verurteilung wegen Mordes erstrebt. Sie wird nur hinsichtlich der Sachrüge vom Generalbundesanwalt vertreten.

Die Revision des Angeklagten rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Er erstrebt eine Verurteilung wegen Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), hilfsweise die Bejahung eines minder schweren Falls des Totschlags (§ 213 StGB). Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat auf die Sachrüge hin Erfolg. Die Revision des Angeklagten ist unbegründet.

Das Landgericht hat sowohl die Voraussetzungen für eine Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) als auch das Vorliegen von Mordmerkmalen, insbesondere der

Mordmerkmale der "Mordlust", "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes", "niedrige Beweggründe" und "zur Ermöglichung einer anderen Straftat" abgelehnt und den Angeklagten wegen Totschlags verurteilt. Die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB hat es verneint. Ebensowenig hat es einen minder schweren Fall im Sinne des § 213 StGB angenommen.

## *II. Zur Revision der Staatsanwaltschaft*

Die Revision der Staatsanwaltschaft führt schon mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils, eines Eingehens auf die Verfahrensrügen bedarf es daher nicht.

Die Verurteilung des Angeklagten (nur) wegen Totschlags begegnet durchgreifenden Bedenken.

### *1. Zur Verneinung des Mordmerkmals "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes"*

Die der Verneinung des Mordmerkmals "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes" zugrunde liegende Beweiswürdigung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Hierauf beruht das Urteil, zumal Inhalt und Reichweite dieses Mordmerkmals von der Strafkammer nicht zutreffend erfasst worden sind.

#### *a. Zur Fehlerhaftigkeit der Beweiswürdigung des Landgerichts*

Die Beweiswürdigung hinsichtlich des von der Strafkammer festgestellten Zweckes der Videoaufzeichnung ist rechtsfehlerhaft, da ein Verstoß gegen Denkgesetze vorliegt. Ein solcher ist u. a. dann gegeben, wenn etwas vorausgesetzt wird, was es erst zu beweisen gilt (BGH, Beschl. vom 3. September 1992 - 1 StR 559/92; BGH, Urt. vom 29. Juli 1998 - 1 StR 152/98, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 1999, 42; BGH, Beschl. vom 23. Oktober 2001 - 1 StR 415/01, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2002, 161). Die Kammer führt zwar aus, der Angeklagte habe selbst eingeräumt, sich das Video am 12. März 2001 angeschaut und hierbei onaniert zu haben. Sie meint jedoch, nicht die Überzeugung gewinnen zu können, dass der Angeklagte öfter als das eingestandene eine Mal das Video zum Zweck der sexuellen Befriedigung betrachtet habe, obwohl der Angeklagte um die mit den Schlachtpantasien verbundene sexuelle Erregung wusste. Zur Begründung führt die Kammer sodann aus, gegen eine Zweckbestimmung der Videoaufzeichnung zur Selbstbefriedigung spreche, dass diese mit großem Aufwand gefertigte Aufzeichnung "nur zur einmaligen Onanie gedient hätte, was nicht lebensnah nachvollziehbar erscheint, wenn der vorrangige Zweck der Videoaufzeichnung die Selbstbefriedigung gewesen sein sollte". Damit setzt das Landgericht aber etwas als bewiesen voraus (nämlich einen einmaligen, gleichsam zufälligen und nicht von Anfang an beab-

sichtigten Einsatz des Videos zu Zwecken der Selbstbefriedigung), was erst noch Gegenstand der Beweiswürdigung sein soll.

Rechtsfehlerhaft, insbesondere lückenhaft, ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Kammer die entsprechende Einlassung des Angeklagten als nicht zu widerlegen zugrunde gelegt hat, obwohl die als Zeugen vernommenen Vernehmungsbeamten ausgesagt haben, dass sich der Angeklagte die Videoaufzeichnung nach ihrem Eindruck aus der Beschuldigtenvernehmung öfter angesehen habe und die Kammer dies sogar für "naheliegend" hält. Entlastende Angaben eines Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine (ausreichenden) Beweise gibt, darf der Richter nicht ohne weiteres als unwiderlegt seinem Urteil zugrunde legen. Er muss sich vielmehr aufgrund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung bilden (BGH NStZ 2000, 86; Schoreit in KK 5. Aufl. § 261 Rdn. 28). Eine solche Gesamtwürdigung hat die Kammer nur lückenhaft vorgenommen. Die im Urteil wiedergegebene Passage der Beschuldigtenvernehmung, wonach der Angeklagte "die eigentliche Tötung" sich "höchstens zweimal" angesehen haben will, spricht eher dafür, dass der Angeklagte sich die übrigen Abschnitte des Videos, namentlich das Öffnen des Bauchraums und den Zerlegungsvorgang, öfter angeschaut hat.

In diesem Zusammenhang lässt das Urteil eine Auseinandersetzung mit der Tatsache vermissen, dass der Angeklagte seit seiner Jugend auf kannibalistisch/fetischistisch ausgerichtete Phantasien zur Stimulierung und Befriedigung seines Geschlechtstriebes fixiert war. Ebenso wenig findet der Umstand, dass die filmische Dokumentation der Tötung und Zerlegung des Tatopfers den Angeklagten nahezu unbegrenzt in die Lage versetzte, das reale Erleben bei Bedarf zu reproduzieren, erkennbar Berücksichtigung bei der Würdigung der Indizien.

#### *b. Zu den Anforderungen des Mordmerkmals "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes"*

Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Kammer bei rechtsfehlerfreier Würdigung der Beweise zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass der Angeklagte tötete, um sich später bei der Betrachtung des Videos sexuell zu befriedigen. Dies würde aber zur Annahme des Mordmerkmals "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes" führen.

Dieses Mordmerkmal liegt vor, wenn der Täter das Töten als Mittel zur Befriedigung des Geschlechtstriebes benutzen will. Ob die erstrebte sexuelle Befriedigung erreicht wird, ist ohne Belang (BGH NStZ 1982, 464; vgl. auch: BGH NStZ 2001, 598, 599; OGHSt 2,

337, 339). Eine Tötung mit dieser Zielrichtung reicht zur Erfüllung des Mordmerkmals aus. Nach den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fallgestaltungen tötet zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, wer sich durch den Tötungsakt selbst sexuelle Befriedigung verschaffen oder sich nach der Tötung in nekrophiler Weise an der Leiche vergehen will (BGHSt 7, 353, 354; BGH Urt. vom 7. Oktober 1981 - 2 StR 356/81; OGHSt 2, 337, 339). Ebenso ist dieses Mordmerkmal bejaht worden, wenn der Tod des Opfers als Folge einer Vergewaltigung zumindest billigend in Kauf genommen wird (BGHSt 19, 101, 105; BGH NStZ-RR 2004, 8; BGH NStZ 1982, 464).

Will der Täter die Befriedigung des Geschlechtstriebes erst bei der späteren Betrachtung des Videos vom Tötungsakt und dem Umgang mit der Leiche finden, so erfüllt dieses Motiv das Mordmerkmal ebenfalls. Der Wortlaut des Gesetzes enthält keine Begrenzung auf die bisher entschiedenen Fallgestaltungen. Das Gesetz sieht vielmehr die Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes als besonders verwerflich an, weil der Täter das Leben eines Menschen der Befriedigung seiner Geschlechtslust unterordnet (BGHSt 19, 101, 105). Das hätte der Angeklagte - gesetzt den Fall es lässt sich feststellen, dass die Videoaufzeichnung als Stimulans zur Vornahme späterer sexueller Handlungen dienen sollte - getan, weil die Tötung seines Opfers notwendig war für die Aufzeichnung und spätere Wiedergabe des Schlachtvorgangs.

Unerheblich ist, daß die sexuelle Befriedigung vermittelt durch die Betrachtung des Videos, womöglich erst erhebliche Zeit nach der Tat, erreicht wird. Das Mordmerkmal ist erfüllt, wenn die im Gesetz enthaltene Zweck-Mittel-Relation vorliegt. Es reicht aus, wenn der Täter die Tötung als Mittel zur Erlangung seiner sexuellen Befriedigung ansieht. Ein darüber hinausgehender unmittelbarer zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen der Tötung eines Menschen und dem Zweck der Triebbefriedigung, wie er in der Literatur teilweise gefordert wird (vgl. Jähnke in LK 11. Aufl. § 211 Rdn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald Strafrecht BT 1. Teilband 9. Aufl. S. 42), lässt sich aus dem Gesetz nicht als Voraussetzung herleiten. Den von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fallgestaltungen ist gemeinsam, dass der Getötete selbst Bezugsobjekt der Sinneslust des Täters ist (Horn in SK-StGB [April 2000] § 211 Rdn. 11; Mitsch JuS 1996, 121, 123; Otto Jura 1994, 141, 144) und dass seine Tötung zur Erreichung der sexuellen Befriedigung notwendig ist. Solches trifft aber auch auf das dem Angeklagten angelastete Tatgeschehen zu. Durch diese Definition ist dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) hinreichend Rechnung getragen.

### *c. Hinweis an den neuen Tatrichter*

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der neue Tatrichter zu prüfen haben wird, ob der Angeklagte seine sexuelle Befriedigung nicht bereits bei dem Schlachtvorgang selbst erlangen wollte. Die seit seiner Pubertät bestehenden sexuellen Phantasien des Angeklagten und seine fetischistische Fixierung auf das Fleisch junger Männer legen dies nahe. Dass der Angeklagte beim Tötungsakt oder dem nachfolgenden Schlachten womöglich tatsächlich nicht sexuell erregt war (ihm dieser selbst sogar zuwider war), steht dem nicht entgegen; denn das Mordmerkmal setzt ein Erreichen des Ziels der geschlechtlichen Befriedigung nicht voraus. Eine Absicht zur Befriedigung des Geschlechtstriebes ist ebenfalls nicht erforderlich, sondern es reicht, wenn der Täter dies "gegebenenfalls" will (BGHSt 19, 101, 105).

Angesichts der vom Angeklagten eingestandenen Phantasien bei der Selbstbefriedigung sowie auch im Hinblick auf Äußerungen des Angeklagten im Internet-Chat drängt sich zudem die Prüfung auf, ob der Angeklagte die durch die Schlachtung gewonnenen Eindrücke (unabhängig von einer Videoaufzeichnung) zur Erzeugung stimulierender Phantasien bei der Selbstbefriedigung einsetzen wollte. Im Internet-Chat hatte der Angeklagte u. a. geäußert, dass er zwar beim Schlachten selbst keine sexuellen Manipulationen an sich vornehmen wolle, wohl aber bei dem Gedanken daran, der ihn "aufgeile" und "stimuliere". Auch die festgestellte Persönlichkeitsstruktur mit schizoiden Zügen, die sich unter anderem in einer übermäßigen Vorliebe für Phantasie ausdrückt, deutet darauf hin.

### *2. Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe*

Gegebenenfalls wird der neue Tatrichter auch das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe zu prüfen haben.

### *3. Zur Verneinung des Mordmerkmals "zur Ermöglichung einer anderen Straftat"*

Das Landgericht hat auch das Mordmerkmal "zur Ermöglichung einer anderen Straftat" nur unzureichend geprüft. Zum einen begegnet bereits die Ablehnung dieses Mordmerkmals unter dem Gesichtspunkt der Ermöglichung einer Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zum anderen hat es das Landgericht versäumt, weitere Straftatbestände als "andere Straftat" im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB in Betracht zu ziehen.

### *a. § 168 StGB als zu ermöglichende Straftat*

Nach § 168 StGB wird u. a. derjenige bestraft, der an dem Körper oder an Teilen des Körpers eines verstorbenen Menschen "beschimpfenden Unfug" verübt. Der

Angeklagte hat sein Opfer getötet, um es nach dem Todeseintritt zu schlachten. Das Schlachten stellt eine andere Straftat, nämlich eine Störung der Totenruhe (§ 168 Abs. 1 2. Alt. StGB), dar. Der Angeklagte wollte an dem Körper eines verstorbenen Menschen beschimpfenden Unfug verüben und hat B zu diesem Zwecke getötet.

In der Rechtsprechung und in der Literatur wird "Unfug" als "grobe Ungebühr" (Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 9 S. 399) oder als eine rohe Gesinnung zeigende, grob ungehörige Handlung definiert (RGSt 39, 155, 157; RGSt 42 145, 146; Hörnle in MünchKomm § 168 Rdn. 20). Dass das Schlachten, d. h. Ausweiden und Zerlegen, eines getöteten Menschen vor laufender Kamera, dessen körperliche Beschaffenheit dabei auch noch zumindest zum Teil herabsetzend kommentiert wird, eine grob ungehörige, eine rohe Gesinnung zeigende bzw. eine grob ungebührliche Handlung darstellt, bedarf keiner näheren Erläuterung.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss hinzukommen, dass die geschilderte Behandlung "beschimpfend", also höhnend oder herabsetzend ist. Wann dies der Fall ist, richtet sich danach, welches Rechtsgut durch die Vorschrift geschützt wird. Zutreffend werden vornehmlich zwei Rechtsgüter als von § 168 Abs. 1 2. Alt. StGB geschützt angesehen: das Pietätsgefühl der Allgemeinheit und der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten (KG Berlin NJW 1990, 782, 783; Czerner ZStW 115 [2003], 91, 97; Dippel in LK 11. Aufl. § 168 Rdn. 2; vgl. auch BGH NStZ 1981, 300). Dass die Vorschrift jedenfalls auch ein Rechtsgut der Allgemeinheit schützt und nicht etwa nur ein Individualrechtsgut, zeigt sich bereits an ihrer systematischen Verankerung im Kontext der dem Schutz des öffentlichen Friedens dienenden Strafnormen. Andernfalls wäre § 168 Abs. 1 2. Alt. StGB eher als eine Art "tätliches" Verunglimpfen des Andenkens Verstorbener im Abschnitt über die Beleidigungsdelikte einzuordnen gewesen (vgl. Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 168 Rdn. 2). Dies war nicht gewollt, wie die Gesetzgebungsmaterialien, wonach das "religiöse Gefühl" (Drucksachen des Norddeutschen Reichstages, 1. Legislaturperiode, Nr. 5, S. 98), bzw. das Pietätsempfinden (E 1962, BT-Drucks. IV/650, Begr. zu § 191 S. 346) geschützt sein sollte, belegen.

Geht es um den postmortalen Achtungsanspruch, ist dementsprechend ein beschimpfender Charakter gegeben, wenn der Täter dem Toten seine Verachtung bezeigen will und sich des beschimpfenden Charakters seiner Handlung bewusst ist (BGH NStZ 1981, 300; RGSt 39, 155, 157; RGSt 42, 145, 146; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 9 S. 399, 400). Geht es hingegen um das Pietätsgefühl der All-

gemeinheit, so kommt es darauf an, ob der Täter dem Menschsein seine Verachtung bezeigen bzw. die Menschenwürde als Rechtsgut an sich missachten will. Denn die Vorstellungen der Allgemeinheit hinsichtlich des Umgangs mit Toten gründen letztlich in dem Bewusstsein der jedem Menschen zukommenden und über den Tod hinauswirkenden Würde (BVerfG NJW 2001, 2957, 2959; BVerfGE 30, 173, 196; vgl. Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 168 Rdn. 2; Hörnle in MünchKomm § 168 Rdn. 2). Die Würde des Menschen verbietet es, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen (BVerfGE 87, 209, 228). Im Bewusstsein der Allgemeinheit stellt aber das Schlachten eines Menschen vor laufender Kamera, womöglich gar, um Material für spätere sexuelle Handlungen zu gewinnen, eine menschenunwürdige Behandlung dar, die die Würde des Menschen als Gattungswesen missachtet.

Ob der Angeklagte hier gegenüber dem Opfer seine Verachtung bezeigen wollte, oder ob - wie die Kammer meint - das Einverständnis des Tatopfers den beschimpfenden Charakter im Hinblick auf seinen postmortalen Achtungsanspruch entfallen lässt, kann daher genauso dahinstehen, wie die Frage, ob das Einverständnis des Getöteten überhaupt wirksam war (vgl. dazu BGHSt 49, 166 ff.) und ob der Angeklagte eine eventuelle Unwirksamkeit erkennen konnte. Jedenfalls war das Einverständnis des Opfers nicht geeignet, die Tatbestandsmäßigkeit auch hinsichtlich des geschützten Rechtsguts der Allgemeinheit entfallen zu lassen, da das Opfer hierüber, was aber erforderlich gewesen wäre (vgl. BGHSt 5, 66, 68; BGH NJW 1992, 250), nicht verfügen konnte.

Sind mehrere Rechtsgüter, die einen einwilligungsfähig, die anderen nicht, durch eine Strafnorm geschützt, so könnte ein Einverständnis allenfalls dann die Tatbestandsmäßigkeit bzw. eine Einwilligung allenfalls dann die Rechtswidrigkeit entfallen lassen, wenn das nichteinwilligungsfähige Rechtsgut so unbedeutend erscheint, dass es außer Betracht bleiben dürfte (BGHSt 5, 66, 68). Das ist hier aber hinsichtlich des Pietätsgefühls der Allgemeinheit, welches im Hinblick auf die systematische Einordnung der Norm sogar eher als vorrangig angesehen werden kann, nicht der Fall.

Die Strafkammer hat sich - auf der Grundlage ihrer unzutreffenden rechtlichen Bewertung, dass das Einverständnis des Tatopfers die Verletzung seines postmortalen Achtungsanspruchs hindere und damit dem Handeln des Angeklagten insgesamt den beschimpfenden Charakter nehme - nicht damit auseinandergesetzt, dass der beschimpfende Charakter seines Handelns

jedenfalls gegenüber dem weiteren Rechtsgut der Allgemeinheit unberührt bleibt und sich der Angeklagte auch dessen bewusst war. Nach den Feststellungen sollten das Video bzw. dessen Derivate auch anderen Personen zugänglich gemacht werden. Es liegt auch nahe, dass der Angeklagte bei der Tötung wusste, dass er durch sein nachfolgendes Handeln das Pietätsgefühl der Allgemeinheit verletzen würde. Er ging ausweislich der Urteilsgründe selbst davon aus, dass das Schlachten und Verzehren von Menschenfleisch gegen ein gesellschaftliches Tabu verstößt. Danach war er sich der für den Unrechtsvorwurf relevanten Umstände bewusst und hat sich über die von ihm erkannten Grenzen bewusst hinweggesetzt. Seine für sich selbst möglicherweise vorgenommene anderweitige Bewertung stellt demgegenüber nur einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum dar.

Schon deshalb hat das Landgericht das Mordmerkmal der Tötung, um eine andere Straftat zu ermöglichen, rechtsfehlerhaft verneint.

*b. §§ 131, 184 a StGB als zu ermöglichende Straftaten*

Das Landgericht hat weiter nicht geprüft, ob die Tötung des B nicht auch zur Ermöglichung einer nach § 131 StGB (Verherrlichende oder verharmlosende Gewaltdarstellung) oder § 184 Abs. 3 StGB aF (§ 184 a StGB nF, Verbreitung gewaltpornographischer Schriften) strafbaren Handlung diene. Die in dem Handeln des Angeklagten zum Ausdruck gebrachte Missachtung gegenüber der Würde des Menschen als solcher und die geplante Verwendung des Videos oder seiner Derivate zur Darbietung im Internet oder gegenüber anderen Schlachtwilligen legen dies bezüglich § 131 StGB nahe. Die Erörterung des Tatbestandes der Verbreitung gewaltpornographischer Schriften drängt sich im Hinblick auf den im Urteil durchgehend zum Ausdruck gebrachten sexuellen Bezug des Schlachtungsvorgangs auf. Diese Prüfung wird der neue Tatrichter vorzunehmen haben.

*III. Zur Revision des Angeklagten*

Die Revision des Angeklagten ist unbegründet i. S. v. § 349 Abs. 2 StPO. Einer Erörterung bedarf insoweit auf die Sachrüge hin allein der Tatbestand des § 216 Abs. 1 StGB.

Die Kammer hat rechtsfehlerfrei die Voraussetzungen für eine Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) verneint, weil das Verlangen des Opfers für den Angeklagten bereits nicht handlungsleitend war. Das wäre

aber erforderlich gewesen (Schneider in MünchKomm § 216 Rdn. 26; vgl. auch: Horn in SK 6. Aufl. § 216 Rdn. 5; Jähnke in LK 11. Aufl. § 216 Rdn. 8; Neumann in NK [13. Lieferung] § 216 Rdn. 16; a.A. Arzt/Weber Strafrecht BT [2000] S. 88). “Bestimmen” i. S. v. § 216 Abs. 1 StGB setzt mehr voraus, als die bloße Einwilligung des Opfers. Es muss dadurch im Täter der Entschluss zur Tat hervorgerufen werden. Die außerordentliche Strafmilderung des § 216 StGB ist nur dann zu rechtfertigen, wenn das “Bestimmen” auch tatsächlich handlungsleitend war (Jähnke in LK 11. Aufl. § 211 Rdn. 8), ebenso wie sich umgekehrt die Strafschärfung etwa des Mordes aus Habgier gegenüber dem Totschlag nur rechtfertigen lässt, wenn das entsprechende, zum Mordmerkmal führende Motiv handlungsleitend war (vgl. BGH NJW 1981, 932, 933). Im vorliegenden Fall war es aber der Angeklagte, der aus eigenem Antrieb zur Tötung bereite Opfer gesucht hat und B ist lediglich darauf eingegangen, um das von ihm erstrebte Ziel einer Penisamputation zu verwirklichen. Keineswegs ging es dem B darum, selbst getötet zu werden. Ihm kam es nur auf die Penisamputation an. Aufgrund des hiervon erwarteten “ultimativen Hochgefühls” war für ihn das darauf folgende Geschehen “irrelevant” und der Tod “konnte” folgen. Es war zudem der Angeklagte, der, als B bereits wieder abreisen wollte, einen (zunächst) vergeblichen Überredungsversuch zum Weitermachen unternahm. Schon danach ist nicht davon auszugehen, dass ein für den Angeklagten handlungsleitender Todeswunsch des B vorlag. Es handelte sich insoweit lediglich um ein Zugeständnis des Opfers an den Angeklagten, dem es im übrigen allein auf das formale Einverständnis des Opfers ankam. Der Wunsch des B nach Beginn des Tatgeschehens, dass kein Notarzt herbeigerufen werden und der Angeklagte ihn abstechen sollte, sobald er das Bewusstsein verloren hatte, kann nur als Ausführung der bereits vorher zwischen Täter und Opfer getroffenen gegenseitigen Vereinbarung verstanden werden, die beiden Beteiligten dazu dienen sollte, jeweils ausschließlich die eigenen Interessen zu verwirklichen. Schon deshalb weist die Verneinung der Voraussetzungen des § 216 StGB durch den Tatrichter keinen Rechtsfehler auf. Darauf, ob der Angeklagte, von dessen voller Schuldfähigkeit das Landgericht ohne Rechtsfehler ausgegangen ist, ohnehin die Unwirksamkeit der “Einwilligung” des Tatopfers in seine Tötung erkannt hat, kommt es danach nicht an.

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Unvollständiger Bauantrag

BAYVGH, URTEIL VOM 02.07.2004  
1 B 02.1006 (BAYVBL 2005, 304)

#### Problemdarstellung:

Die vorliegende Entscheidung des BayVGH stellt eine Kombination von Problemen aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht und dem Baurecht dar. Im Einzelnen:

1. Nach § 36 II 2 BauGB wird das Einvernehmen der Gemeinde mit einem Bauvorhaben fingiert, wenn sie es nicht innerhalb von 2 Monaten nach Anfrage verweigert. Streitig ist, ob diese Fiktion auch eintritt, wenn die der Gemeinde zur Prüfung vorgelegten Unterlagen unvollständig waren. Entgegen der ganz h.M. bejaht dies der VGH nach Auslegung der Norm. Die Gemeinde müsse den Antragsteller (Bauherrn) auf die Unvollständigkeit hinweisen, um dieser Folge zu entgehen, und zwar selbst dann, wenn der Inhalt so spärlich sei, dass die Vorlage überhaupt nicht prüffähig sei. Selbst eine inhaltlich unrichtige Anfrage löse die Fiktionswirkung aus, wenn der Gemeinde die Unrichtigkeit bekannt gewesen sei.

2. Ebenso Streitig ist, ob ein rechtswidriger Verwaltungsakt nach § 49 VwVfG widerrufen werden kann, obwohl § 49 VwVfG seinem Wortlaut nach ja nur für rechtmäßige Verwaltungsakte gilt. Hier folgt der VGH der ganz h.M., die dies im Wege eines erst-Recht-Schlusses bejaht.

3. Der Widerruf war von der Behörde "hilfsweise" erklärt worden, so dass zu klären war, ob ein Verwaltungsakt überhaupt "hilfsweise" erlassen werden kann. Der VGH versteht eine solche Erklärung als (zulässige) Nebenbestimmung in Form einer Bedingung, § 36 II Nr. 2 VwVfG.

4. Schließlich deutet das Gericht den (zunächst rechtswidrigen) Widerruf nach § 49 VwVfG noch in eine (dann rechtmäßige) Rücknahme nach § 48 VwVfG um. Ob diese Möglichkeit, die in § 47 VwVfG vorgesehen ist, auch den Gerichten eröffnet ist, ist umstritten, wird von der wohl h.M., der auch der VGH folgt, aber bejaht.

5. Am Rande geht es um die Frage, worauf sich der Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheids bezieht, wenn der Antragsteller (Bauherr) nicht näher ausführt, welche Frage er vorbeschrieben haben will. Der VGH meint, dass dann die gesamte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens Gegenstand des Vorbescheidsverfahrens sei.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Fall eignet sich ideal für eine Examensklausur, weil er zwei prüfungsrelevante Bereiche - Baurecht und Verwaltungsrecht AT - miteinander verknüpft. Er verhält sich zudem zum Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, dem baurechtlichen Thema zur Zeit, über das die RA in immer neuen Fallkonstellationen berichtet hat (vgl. Vertiefungshinweise).

Die hier vom VGH begründete Mindermeinung, dass ein Einvernehmen nach § 36 II 2 BauGB auch bei unvollständigen oder gar unrichtigen Bauunterlagen fingiert werden könne, ist mit Vorsicht zu genießen. Das BVerwG hat dies explizit anders entschieden. Zudem mag es sein, dass - worauf der VGH maßgeblich abstellt - weder der Wortlaut der Norm noch die Motive ausdrücklich einen vollständigen und inhaltlich richtigen Antrag fordern; es steht aber auch nirgends, dass er unvollständig oder unrichtig sein darf. Warum ein Bauherr, der seine Unterlagen nicht in Ordnung hat, durch die Fiktion des § 36 II 2 BauGB begünstigt werden soll, leuchtet nicht recht ein. Jedenfalls ist aber zur Kenntnis zu nehmen, dass diese Frage aktuell umstritten ist, und selbstverständlich ist auch die Auffassung des VGH vertretbar.

#### Vertiefungshinweise:

Keine Fiktion des Einvernehmens bei nicht vollständigem Antrag: *BVerwG*, NVwZ 1997, 900; *VGH BW*, BRS 60 Nr. 157; *BauR* 2003, 1534; *NdsOVG*, NVwZ 1999, 1003, 1004; *SächsOVG*, *SächsVBl.* 2003, 64

Weitere aktuelle Entscheidungen zum Einvernehmen nach § 36 BauGB: *BVerwG*, RA 2005, 81 = NVwZ 2005, 83; *BayVGH*, RA 2005, 140 = NVwZ-RR 2005, 56; RA 2003, 280 = *BayVBl* 2003, 210; RA 2001, 313 = NVwZ-RR 2001, 364

Zum Verhältnis von Rücknahme und Widerruf: *BVerwG*, RA 2005, 254 = NVwZ-RR 2005, 341; *DVBl* 1990, 304; *VGH BW*, RA 2002, 565 = NVwZ-RR 2002, 621; *Frohn*, *Jura* 1993, 393

Umdeutung eines Verwaltungsakts durch das Gericht: *BVerwG*, RA 2001, 61 = *BayVBl* 2001, 56

#### Kursprogramm:

Examenskurs : "Stipendium"

Examenskurs : "Das Einvernehmen nehmen"

Examenskurs : "Die Eissporthalle"

**Leitsätze:**

- 1. Die Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB tritt auch bei einem wegen unvollständiger Bauvorlagen nicht prüffähigen Antrag ein, wenn die Gemeinde den Bauherrn nicht vor dem Ablauf der Zwei-Monats-Frist auf den Mangel hingewiesen hat.**
- 2. Gegenstand eines Antrags auf einen Bauvorbescheid ist im Zweifel die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der Erschließung.**
- 3. Ein auf den Widerspruch eines Dritten durch Abhilfebescheid (§ 72 VwGO) aufgehobener Verwaltungsakt kann hilfsweise widerrufen werden.**
- 4. Ein Widerruf kann in eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft umgedeutet werden.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger K beantragte beim zuständigen Landratsamt L im Sommer 1999 die Erteilung eines Bauvorbescheids für ein Bauvorhaben im Außenbereich der kleinen bayerischen Gemeinde G, mit dem er zur Eigennutzung eine *dritte* Wohneinheit in seinen bereits zwei Wohnungen umfassenden Gebäudekomplex einfügen wollte. Da er sich hierfür eine Begünstigung nach § 35 IV 1 Nr. 5c BauGB erhoffte, der ausdrücklich nur für "höchstens zwei" Wohnungen gilt, sprach K in seinem Antrag unrichtig stets von einer "zweiten Wohneinheit". Sein Antrag enthielt keinerlei Angaben zur Frage der Abwasserbeseitigung, und ihm ließ sich auch nicht explizit entnehmen, welche Frage er genau vorbeschrieben haben wollte.

L übersandte die Anfrage des K an G zwecks Prüfung und Erteilung des Einvernehmens. Bei G gingen die Unterlagen am 13.8.99 ein. Unter dem 3.12.1999 verweigerte G, der das wahre Ausmaß des Bauvorhabens mit drei statt zwei Wohnungen trotz des irreführenden Antrags bereits bekannt war, das Einvernehmen gegenüber L. Gleichwohl erteilte L dem K am 1.3.2000 einen positiven Bauvorbescheid, weil die Verweigerung des Einvernehmens der G verspätet gewesen sei. Gegen den Bauvorbescheid legte G Widerspruch ein. K gab während des laufenden Widerspruchsverfahrens die ursprüngliche Eigennutzungsabsicht auf und bot ab Sommer 2001 das Grundstück zum Verkauf an.

Dem Widerspruch der G half L schließlich mit Bescheid vom 1.8.2001 ab, wobei es ferner hilfsweise den Bauvorbescheid des K mit Wirkung für die Zukunft - formell ordnungsgemäß - nach Art. 49 Bay-VwVfG widerrief.

Hat L rechtmäßig gehandelt, indem es dem Widerspruch der G abhalf, hilfsweise den Bauvorbescheid widerrief?

*[Bearbeitervermerk: Unterstellen Sie, dass eine Gefährdung öffentlicher Interessen durch den Bauvor-*

*bescheid auch ohne den hilfsweise ausgesprochenen Widerruf nicht besteht.]*

**Lösung:****A. Rechtmäßigkeit der Abhilfe**

Die Abhilfeentscheidung (§ 72 VwGO) des L ist rechtmäßig, soweit der Widerspruch der G zulässig und begründet war. Fraglich ist zunächst die Zulässigkeit.

**I. Verwaltungsrechtsweg**

Das Widerspruchsverfahren ist in §§ 68 ff. VwGO geregelt. Zur Zulässigkeit des Widerspruchs gehört zunächst die Anwendbarkeit dieser Normen, also die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, für die keine abdrängenden Sonderzuweisungen existieren.

Der K erteilte, streitgegenständliche Bauvorbescheid ist ein Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG, mithin eine typisch öffentlich-rechtliche Handlungsform. Daher ist der Streitgegenstand dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Inhaltlich geht es nicht um Verfassungsrecht, sondern um Bauplanungsrecht nach dem BauGB, und abdrängende Sonderregelungen sind nicht ersichtlich. Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

**II. Statthaftigkeit**

Ein Widerspruch ist statthaft, sofern er Sachentscheidungsvoraussetzung für eine spätere Klage ist. Dies ist bei der Anfechtungsklage nach § 68 I 1 VwGO der Fall, die sich gegen einen belastenden Verwaltungsakt richtet, § 42 I, 1. Fall VwGO. Der Bauvorbescheid des K ist ein die G drittbelastender Verwaltungsakt, der von dieser mittels Anfechtungsklage angegriffen werden könnte. Ausnahmefälle nach § 68 I 2 VwGO greifen hier nicht ein, so dass es bei der Statthaftigkeit des Widerspruchs bleibt.

**III. Widerspruchsbefugnis**

G müsste Widerspruchsbefugigt sein. Analog § 42 II VwGO besteht ein Interesse daran, zur Entlastung des Behörden Popularwidersprüche auszuschließen. Deshalb müsste G geltend machen, durch den angegriffenen Bauvorbescheid in ihren Rechten verletzt zu sein.

*[Anm.: Grds. genügt für die Widerspruchsbefugnis jede Form der Beschwer, wie § 70 I VwGO verdeutlicht, der vom "Beschwerten" spricht. Dazu zählt wegen § 68 I 1 VwGO auch die Zweckwidrigkeit, sofern die entsprechende Ermessensnorm zumindest auch den Interessen des Widerspruchsführers dient (vgl. nur Schoch, Übung im Öffentlichen Recht I, Fall 6, unter A.III.). Diese Alternative ist vom VGH, der in der vorliegenden Entscheidung allein auf die mögliche Beschwer durch rechtswidrige Erteilung des Bauvorbe-*

*scheidts trotz verweigerten Einvernehmens abgestellt hat, nicht erwähnt worden.]*

Als verletztes Recht der G kommt hier § 36 I BauGB in Betracht, der seinerseits Ausdruck der Selbstverwaltungsautonomie der G in Gestalt der Planungshoheit aus Art. 28 II GG ist. Der Bauvorbescheid ist erteilt worden, obwohl G ihr Einvernehmen verweigert hatte. Der VGH hält eine Verletzung des § 36 I BauGB aber gleichwohl nicht für möglich, weil das Einvernehmen zuvor bereits nach § 36 II 2 BauGB fingiert worden sei:

#### *1. Fiktion nach Ablauf von 2 Monaten*

“Das Einvernehmen zu dem am 13.8.1999 bei G eingegangenen Vorbescheidsantrag gilt seit dem 14.10.1999 als erteilt, weil G weder vor Ablauf der Frist gegenüber dem Kläger geltend gemacht hat, dass die Bauvorlagen nicht prüffähig seien, noch gegenüber dem Kläger oder L das Einvernehmen fristgerecht versagt hat. G hat das Einvernehmen vielmehr erst mit dem am 3.12.1999 bei L eingegangenen Beschluss des Bauausschusses vom 16.11.1999 verweigert.”

#### *2. Trotz Unvollständigkeit der Bauunterlagen*

“Die Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB ist trotz Unvollständigkeit der Bauvorlagen eingetreten, weil G den Kläger vor dem Ablauf der Zwei-Monats-Frist nicht auf den Mangel hingewiesen hat. Unabhängig davon ist die Einvernehmensfiktion jedenfalls deshalb eingetreten, weil der Antrag trotz seiner Unvollständigkeit prüffähig war.”

#### *a. Unvollständigkeit*

“Der Vorbescheidsantrag (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BayBO) war unvollständig, weil er keine Angaben zur Abwasserbeseitigung enthielt, obwohl der Kläger die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der Frage der Erschließung geprüft haben wollte.”

#### *(1). Nicht nur Voraussetzungen des § 35 IV 1 Nr. 5 BauGB zu prüfen*

“Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass Gegenstand des Antrags nur die Frage der Begünstigung des Vorhabens gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB sei, ist unzutreffend. Gegen diese Auffassung spricht schon, dass ein auf die Prüfung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB beschränkter Vorbescheidsantrag unzulässig wäre. Diese Frage betrifft nämlich nicht einen abtrennbaren Ausschnitt aus dem Genehmigungsmaßstab der Baugenehmigung (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 BayBO, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 2 Tatbestandsvoraussetzung 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 BauGB), sondern nur die Frage, ob dem Vorhaben entgegengehalten werden kann, dass es den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht, die natürliche Ei-

genart der Landschaft beeinträchtigt oder die Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lässt (§ 35 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 BauGB). Die Prüfung einzelner öffentlicher Belange kann aber nicht zum Gegenstand eines Vorbescheidsantrags gemacht werden.”

#### *(2). Vielmehr bauplanungsrechtliche Zulässigkeit insgesamt fraglich*

“Die Auffassung des Verwaltungsgerichts widerspricht außerdem dem erkennbaren Willen des Klägers. Dessen Ziel war ein Vorbescheid, der feststellt, dass das Vorhaben städtebaulich zulässig ist (§ 35 Abs. 2 Tatbestandsvoraussetzung 1 BauGB) und dass die Erschließung gesichert ist (§ 35 Abs. 2 Tatbestandsvoraussetzung 2 BauGB). Gegenstand eines Antrags auf Bauvorbescheid ist nämlich im Zweifel die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der Erschließung. [...] Lässt ein Vorbescheidsantrag nicht klar erkennen, in welchem Umfang die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit geprüft werden soll, dann ist im Zweifel anzunehmen, dass Gegenstand des Vorbescheids „die bodenrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens“ (vgl. § 42 Abs. 6 und 7 BauGB) einschließlich der Frage der Erschließung sein soll. Ein Bauherr will nämlich mit dem Vorbescheid im Regelfall eine gesicherte Rechtsstellung erlangen, die von einer nachträglich erlassenen Veränderungssperre (§ 14 Abs. 3 BauGB) und einem nachträglich erlassenen Bebauungsplan unberührt bleibt (BVerwGE 69, 1, 3; BGH, BauR 1986, 319, 321) und die ihm im Falle eines Widerrufs des Vorbescheids wegen Änderung oder Aufhebung der bisher zulässigen Nutzung nicht nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gemäß Art. 49 Abs. 6 BayVwVfG, sondern einen Entschädigungsanspruch nach Enteignungsgrundsätzen (§ 42 Abs. 2, 4 und 6 BauGB) vermittelt (Bielenberg/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 42 RdNr. 108). Der Bauherr will auch erreichen, dass ihm im Fall einer rechtswidrigen Ablehnung des Antrags nach Maßgabe des § 42 Abs. 7 BauGB ein planungsschadenrechtlicher Entschädigungsanspruch zusteht. Diese Voraussetzungen erfüllt aber nur ein Vorbescheid, der als “Bebauungsgenehmigung” die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens abschließend, also einschließlich der Sicherung der Erschließung, feststellt (BayVGH, BayVBl. 2000, 314 mit ablehnender Anmerkung von Jäde; Lemmel, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 3. Aufl., § 14 RdNr. 24).”

Ohne Angaben zur Abwasserentsorgung ist die Sicherung der Erschließung aber nicht überprüfbar. Mithin waren die vorgelegten Unterlagen unvollständig.

#### *b. Unschädlichkeit*

“Die Einvernehmensfiktion ist trotz der Unvollständigkeit des Antrags eingetreten, weil G den Kläger vor



dem Ablauf der Zwei-Monats-Frist nicht auf den Mangel hingewiesen hat.

Nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird; dem Ersuchen gegenüber der Gemeinde steht die Einreichung des Antrags bei der Gemeinde gleich, wenn sie - wie in Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayVO - nach Landesrecht vorgeschrieben ist."

*aa. Herrschende Meinung: Keine Fiktion*

"Überwiegend wird angenommen, dass die Fiktionsfrist bei einem unvollständigen Antrag nicht zu laufen beginnt (BVerwG, BayVBl. 1997, 376; VGH BW, BauR 2003, 1534, 1535; NdsOVG, NVwZ 1999, 1003, 1004; SächsOVG, SächsVBl. 2003, 64; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 36 RdNr. 8 und 39; Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § 36 RdNr. 43). Das soll selbst dann gelten, wenn der Gemeinde die für die planungsrechtliche Prüfung maßgeblichen Umstände bekannt sind, wenn der Antrag also trotz der Unvollständigkeit "prüffähig" ist."

*bb. Abweichende Ansicht des VGH*

"Dieser Auffassung folgt der Senat nicht. Die Fiktionsfrist beginnt auch bei einem unvollständigen Antrag zu laufen (vgl. Jäde, Gemeinde und Baugesuch, 2.Aufl., RdNr. 95; vgl. auch BVerwG, NJW 1980, 1120 zum Anlaufen der "Verschweigungsfrist" des § 19 Abs. 4 Satz 3 BBauG 1960). Die Fiktionswirkung tritt aber dann nicht ein, wenn die Gemeinde den Bauherrn vor Ablauf der Frist auf den Mangel seines Antrags hinweist. Für diese Auslegung sprechen der Wortlaut der Vorschrift, die Gesetzesbegründung und der Zweck der Einvernehmensfiktion. Die Belange der Gemeinde werden auch bei dieser Auslegung gewahrt."

*(1). Auslegung des § 36 II 2 BauGB*

*(a). Gesetzeswortlaut*

"Der Gesetzeswortlaut legt die Auffassung nahe, dass die Frist auch bei einem unvollständigen Antrag mit dem Eingang bei der Gemeinde zu laufen beginnt. Die Vorschrift stellt allein auf den Zeitpunkt des Eingangs ab. Sie enthält hinsichtlich des Fristbeginns keine Einschränkungen."

*(b). Historisch*

"Die Gesetzesbegründung bestätigt dieses Wortverständnis. Die Fristenregelung des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist durch das Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionen im Städtebaurecht vom 6.7.1979 (BGBl. I, S. 949) in das BBauG eingefügt worden, um Investitionshemmnisse abzubauen und die Verfahren zur Genehmigung von

Vorhaben zu beschleunigen. Der Fristenregelung sollte dadurch "praktische Wirksamkeit" verschafft werden, dass "bei Verschweigen der Gemeinde innerhalb der Frist" das Einvernehmen als erteilt gelten soll (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/2451, S. 13). In der Begründung zur Einfügung der Einvernehmensfiktion wird klargestellt, dass durch diese Regelung das Genehmigungsverfahren beschleunigt werden soll und dass die Frist "mit dem Eingang des Ersuchens bei der Gemeinde" beginnen soll (BT-Drs. 8/2451, S. 24). Die Gesetzesbegründung enthält keine Hinweise auf Einschränkungen für den Fristbeginn. Das Gesetz über das BauGB vom 8.12.1986 (BGBl. I, S. 2191) hat diese Fristenregelung unverändert übernommen."

*(c). Teleologisch*

"Halbsatz 2 der Vorschrift ist durch das Investitions-erleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 22.4.1993 (BGBl. I, S. 466) eingefügt worden. Zweck der Vorschrift ist, innerhalb der Frist klare Verhältnisse über die Einvernehmenserklärung der Gemeinde zu schaffen (BVerwG, BayVBl. 1997, 376; NdsOVG, NVwZ 1999, 1003, 1004; VGH BW, BauR 2003, 1534, 1536; Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, S. 189). Die Regelung dient zwar auch öffentlichen Interessen, in erster Linie aber dem Interesse des Bauherrn an einer beschleunigten Behandlung seines Antrags. Ohne diese Regelung könnte die Gemeinde durch ein Schweigen über das Einvernehmen das Genehmigungsverfahren verzögern. Der Bauherr soll darauf vertrauen dürfen, dass spätestens nach Ablauf von zwei Monaten ab Eingang seines Antrags bei der Gemeinde Klarheit über die Erteilung des Einvernehmens besteht. Aus diesem Grund kann die Frist nicht verlängert werden und gegen ihre Versäumung keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden (BayVGH, BayVBl. 2001, 242 = NVwZ-RR 2001, 364). Das Einvernehmen kann grundsätzlich nicht zurückgenommen werden. Es kann auch weder widerrufen noch im Rahmen einer Klage der Gemeinde gegen die Baugenehmigung beseitigt werden (Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § 36 RdNr. 44). Von diesem Gesetzesziel wird mit der Einschränkung, dass ein unvollständiger Antrag die Fiktionsfrist nicht in Gang setzt, stärker abgewichen als dies zum Schutz der Gemeinde erforderlich ist. Das gilt vor allem dann, wenn der Antrag trotz seiner Unvollständigkeit für die Gemeinde prüffähig ist oder wenn der Bauherr die mangelnde Prüffähigkeit nicht erkennen kann. Klare Verhältnisse zum Einvernehmen der Gemeinde setzen klare Kriterien über den Beginn der Frist voraus."

*(2). Keine unverhältnismäßigen Nachteile für die Gemeinden*

"Die Auffassung, dass auch ein nicht vollständiger und sogar ein nicht - in vollem Umfang - prüffähiger An-

trag die Frist beginnen lässt, führt nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Interessen der Gemeinde. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass für die orts- und sachnahe Gemeinde im Regelfall zwei Monate ausreichen, um die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu beurteilen. Reicht diese Zeit ausnahmsweise nicht aus, dann kann die Gemeinde das Einvernehmen zunächst innerhalb der Frist verweigern und es nach Abschluss der Prüfung doch noch erteilen.

Auch wenn die Einvernehmensfiktion eingetreten ist, sind der Gemeinde nicht alle Möglichkeiten genommen. Erkennt sie nachträglich, dass das Vorhaben planungsrechtlich unzulässig ist, kann sie ihren Standpunkt, solange der Vorbescheid oder die Baugenehmigung noch nicht erteilt ist, der Bauaufsichtsbehörde vortragen, die dies bei ihrer eigenständigen Prüfung der planungsrechtlichen Zulässigkeit in aller Regel in besonderer Weise berücksichtigen wird (vgl. BVerwG, BayVBl. 1997, 376 = NVwZ 1997, 900, 901). Außerdem hindert das Einvernehmen die Gemeinde grundsätzlich nicht, vor der Erteilung des Vorbescheids oder der Baugenehmigung noch eine dem Vorhaben widersprechende Bauleitplanung zu betreiben und sie durch einen Antrag auf Zurückstellung des Baugesuchs (§ 15 BauGB) oder eine Veränderungssperre (§ 14 BauGB) zu sichern (vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 858)."

### (3). Ausnahme bei Nachfrage der Gemeinde

"Bei einem nicht prüffähigen Antrag, der als solcher im Allgemeinen rasch zu erkennen ist, hat die Gemeinde nach bayerischem Recht zudem die Befugnis, vom Bauherrn eine Ergänzung oder Berichtigung zu verlangen (Art. 67 Abs. 1 Satz 3, Art. 75 Abs. 2 BayVO). Maßgebend ist dabei nicht die Vollständigkeit, sondern die Prüffähigkeit des Antrags. Die Bauaufsichtsbehörde soll nach § 1 Abs. 3 BauVorlVO auf Bauvorlagen oder einzelne Angaben in Bauvorlagen sowie auf bautechnische Nachweise verzichten, soweit sie zur Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens nicht erforderlich sind. Diese Vorschrift gilt für die Gemeinde bei der Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit entsprechend. Die Gemeinde soll nicht Angaben zu Umständen nachfordern, die ihr bereits bekannt sind.

Fordert die Gemeinde den Bauherrn innerhalb der Fiktionsfrist auf, bestimmte Angaben nachzureichen oder zu berichtigen, so stellt dies gegenüber der Versagung des Einvernehmens ein Weniger dar. Die Aufforderung hat aber wie die Versagung des Einvernehmens die Wirkung, dass die Fiktionsfrist nicht abläuft. Mit dem Eingang der angeforderten Unterlagen bei der Gemeinde beginnt eine neue Frist zu laufen.

Nach diesem Maßstab ist die Fiktionswirkung mit Ablauf des 13.10. 1999 unabhängig davon eingetreten, ob der Antrag prüffähig war. G hat nämlich innerhalb der Frist gegenüber dem Kläger nicht geltend gemacht,

dass er das Vorhaben aufgrund des Antrags nicht planungsrechtlich beurteilen könne."

### 3. Trotz Unrichtigkeit der Bauunterlagen

#### a. Unrichtigkeit

"Dem Eintritt der Fiktionswirkung steht auch nicht entgegen, dass der Vorbescheidsantrag unrichtige Angaben enthält. Ein Bauherr, der in seinem Antrag in einer für die Gemeinde nicht ohne weiteres erkennbaren Weise Tatsachen, die für die planungsrechtliche Beurteilung seines Vorhabens erheblich sind, unrichtig angibt, verdient grundsätzlich nicht den Schutz der Einvernehmensfiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB. Es kann offen bleiben, ob ein solcher Antrag schon die Fiktionsfrist nicht in Gang setzt oder ob, wofür mehr spricht, in diesem Fall das - erteilte oder fingierte - Einvernehmen ausnahmsweise zurückgenommen werden kann."

#### b. Ohne Folgen bei Kenntnis der Gemeinde

Falsche Angaben bleiben aber ohne Folgen, wenn der Gemeinde der richtige Sachverhalt bekannt ist. Die Angabe, dass es bei dem Vorhaben um die Errichtung einer zweiten Wohneinheit gehe, ist unrichtig. Tatsächlich handelt es sich um die Errichtung einer dritten Wohneinheit, weil sich in dem Wohnhaus des Klägers bereits zwei Wohnungen befinden. Die Unrichtigkeit betrifft auch eine entscheidungserhebliche Frage. § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB begünstigt nämlich nur die Erweiterung eines Wohngebäudes "auf bis zu höchstens zwei Wohnungen", nicht aber die Errichtung einer dritten Wohnung. Dieser Mangel war jedoch für G ohne Bedeutung, weil ihr die richtige Zahl der Wohnungen schon beim Eingang des Antrags bekannt war."

#### 4. Ergebnis

Mit der demzufolge eingetretenen Fiktionswirkung des § 36 II 2 BauGB ist eine Verletzung der G in ihrem Recht aus der in § 36 I BauGB verkörperten Planungshoheit ausgeschlossen. Andere subjektiv-öffentliche Rechte der G sind nicht ersichtlich. Mithin war ihr Widerspruch mangels Widerspruchsbefugnis unzulässig. L hätte ihm nicht abhelfen dürfen, die Abhilfeentscheidung war rechtswidrig.

#### B. Rechtmäßigkeit des hilfsweisen Widerrufs

Fraglich ist, ob der hilfsweise erklärte Widerruf rechtmäßig ist.

##### I. Hilfsweise

Dann müsste eine hilfsweise Aufhebung eines Verwaltungsakts zunächst überhaupt zulässig sein. Der VGH sieht hierin kein Problem:

"Die Widerrufsentscheidung ist nicht schon deshalb rechtswidrig, weil sie hilfsweise ergangen ist. Ein

hilfsweise zu einem anderen Verwaltungsakt erlassener Verwaltungsakt ist rechtstechnisch eine Regelung mit einer aufschiebenden Bedingung (Art. 43 Abs. 1 Satz 2, Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG). Der Verwaltungsakt wird mit seiner Bekanntgabe äußerlich wirksam (Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG). Inhaltlich wird er wirksam, wenn der hauptsächlich erlassene Verwaltungsakt (in einem weiten Sinn verstanden) "wegfällt". Es gibt keinen Rechtssatz, der hilfsweise erlassene Regelungen - sei es den Erlass eines Verwaltungsakts oder die Aufrechterhaltung der ursprünglichen Fassung eines nachträglich geänderten Verwaltungsakts (vgl. hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 44 RdNr. 1) - ausschließt."

## II. Voraussetzungen

Ein belastender Verwaltungsakt wie der Widerruf eines Bauvorbescheids darf nur erlassen werden, wenn er auf einer Ermächtigungsgrundlage beruht, deren formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVwVfG in Betracht. Die zwischenzeitlich aufgegebene Eigennutzungsabsicht des K könnte einen nachträglichen Versagungsgrund im Sinne dieser Vorschrift darstellen.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit ist laut Sachverhalt gegeben.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

#### a. Tatbestand des § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

Nach Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVwVfG darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

#### aa. Rechtmäßiger Verwaltungsakt

"Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVwVfG ist auf den Vorbescheid anwendbar, obwohl dieser rechtswidrig war. Die Widerrufsvorschrift des Art. 49 BayVwVfG ist nach ihrem Zweck auch und erst recht auf rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte anwendbar (BVerwG, NVwZ 1987, 498, 499; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 49 RdNr. 6 m.w.N.). Somit ist für den Widerruf unerheblich, dass der Vorbescheid rechtswidrig war." [...]

#### bb. Nachträglicher Versagungsgrund

"Nachträglich eingetretene Tatsachen, die das Landratsamt berechtigen würden, den Vorbescheid nicht zu

erlassen, liegen darin, dass der Kläger die Absicht, das Gebäude für sich oder seine Familie zu nutzen, aufgegeben hat. Der Kläger hat das Anwesen ab Juni 2001 durch Anzeigen in Zeitungen und im Internet sowie durch ein auf dem Grundstück aufgestelltes Schild zum Verkauf angeboten. [...] Mit der Aufgabe der Selbstnutzungsabsicht ist eine Voraussetzung für die Begünstigung des Vorhabens entfallen (vgl. § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5c BauGB)."

#### cc. Gefährdung öffentlicher Interessen

Schließlich müsste ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet werden, Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVwVfG a.E. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn die für den Widerruf sprechenden öffentlichen Interessen - unter Berücksichtigung der Interessen des Betroffenen am Fortbestand seiner durch den Verwaltungsakt erlangten Rechtsposition - mehr Gewicht haben als das allgemeine Interesse, einer neuen Sach- oder Rechtslage - auch durch Aufhebung ihr nicht mehr entsprechender Verwaltungsakte - Geltung zu verschaffen.

Laut Sachverhalt soll ein solches gesteigertes öffentliches Interesse nicht vorliegen.

[Anm.: Der VGH hatte das öffentliche Interesse im Originalfall nach ausführlicher Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalls bejaht und die nun folgenden Ausführungen nur hilfsweise gemacht.]

#### b. Umdeutung in Rücknahme

Es kommt jedoch eine Umdeutung des Widerrufs nach Art. 49 BayVwVfG in eine Rücknahme nach Art. 48 BayVwVfG in Betracht. Diese würde zur Rechtmäßigkeit der Aufhebung führen, wenn sie zulässig wäre und die Voraussetzungen für eine Rücknahme vorlägen.

#### aa. Zulässigkeit der Umdeutung

"Nach Art. 47 Abs. 1 BayVwVfG kann ein fehlerhafter Verwaltungsakt in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden, wenn er auf das gleiche Ziel gerichtet ist, von der erlassenden Behörde in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig hätte erlassen werden können und wenn die Voraussetzungen für dessen Erlass erfüllt sind.

Die Umdeutungsvoraussetzungen liegen vor. [...] Die Rücknahme eines Bauvorbescheids ist nicht generell ausgeschlossen (Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG). Der Widerruf und die Rücknahme des Vorbescheids sind auf das gleiche Ziel, nämlich die Aufhebung des Vorbescheids, gerichtet (Art. 47 Abs. 1 BayVwVfG). Beide Entscheidungen sind Ermessensentscheidungen (Art. 47 Abs. 3 BayVwVfG). Die Umdeutung des Widerrufs in eine Rücknahme widerspricht nicht der erkennbaren Absicht des Landratsamts (Art. 47 Abs. 2 Satz 1 Alternative 1 BayVwVfG). Die Tatsache, dass das Landratsamt den Vorbescheid nicht nur im Wege

der Abhilfe (§ 72 VwGO) aufgehoben, sondern ihn zusätzlich hilfsweise widerrufen hat, zeigt, dass es den Vorbescheid auf jeden Fall - auf welche rechtlich zulässige Weise auch immer - aufheben wollte. Eine Umdeutung des Widerrufs in eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft (Art. 48 Abs. 1 Satz 1 Alternative 1 BayVwVfG) hat für den Kläger keine ungünstigeren Rechtsfolgen als ein Widerruf (Art. 47 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 BayVwVfG)."

*[Anm.: Im Originalfall stellte sich das weitere Problem, ob diese Umdeutung durch das Gericht vorgenommen werden darf, obwohl sich § 47 VwVfG (bzw. im Fall der gleichlautende Art. 47 BAYVwVfG) an die Behörde wendet. Dies ist sehr streitig, wurde aber vom VGH bejaht:*

*"Zuständig zur Umdeutung ist nach dem Zweck der Regelung die Stelle, die mit dem fehlerhaften Verwaltungsakt befasst ist. Ein Verwaltungsakt, der Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens ist, kann deshalb auch vom Gericht umgedeutet werden (BVerwG, NVwZ 1984, 645; BVerwGE 110, 111, 114 m.w.N.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 47 RdNr. 10; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl., § 47 RdNr. 35a; Jörg Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 113 RdNr. 23; a.A. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 RdNr. 22; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., RdNr. 79). Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2.12.1987 (NVwZ 1988, 942, 943), dass eine Umdeutung eines Widerrufs in eine Rücknahme durch das Gericht unzulässig sei, weil es an einer behördlichen Betätigung des Rücknahmeermessens fehle, ist unzutreffend. Die Um-*

*deutung stellt keinen Verwaltungsakt dar, durch den der fehlerhafte Verwaltungsakt aufgrund einer Ermessensentscheidung der Behörde geändert wird. Zwar bestimmt Art. 47 Abs. 1 BayVwVfG, dass ein fehlerhafter Verwaltungsakt in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden "kann". Mit diesem Wortlaut eröffnet die Vorschrift für den Rechtsanwender aber kein Umdeutungsermessen, sondern eine Umdeutungsbefugnis mit einer Umdeutungspflicht. Die Umdeutung ist ein Erkenntnisakt, kein Entscheidungsakt (BVerwG, BayVBl. 1984, 217)."*

*bb. Voraussetzungen der Rücknahme*

"Die Rücknahmevoraussetzungen des Art. 48 BayVwVfG liegen vor. Der Vorbescheid war, wie bereits dargelegt, rechtswidrig. Der Bescheid vom 1.8.2001 wahrt die Jahresfrist des Art. 48 Abs. 4 Satz 1 BayVwVfG. Ein Vertrauensschutz durch Bestandschutz kommt nicht in Betracht (Art. 48 Abs. 3 BayVwVfG), weil der Vorbescheid keine Geldleistung oder Sachleistung betrifft (Art. 48 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG)."

*[Anm.: Auf die weithin vertretene Meinung, dass ein solcher Bestandsschutz in den Fällen des § 48 III VwVfG dennoch im Ermessen zu prüfen sei - vgl hierzu nur OVG NRW, RA 2005, 84 = NWVBl 2005, 71 m.w.N. - geht der VGH überhaupt nicht ein, obwohl der Sachverhalt hierzu Anlass geboten hätte.]*

Mithin hat L mit dem hilfsweise erklärten, in eine Rücknahme umzudeutenden Widerruf rechtmäßig gehandelt.

## Standort: § 138 I BGB

## Problem: Sittenwidrigkeit einer Globalzession

BGH, URTEIL VOM 14.07.2004  
XII ZR 257 / 01 (NJW 2005, 1192)

### Problemdarstellung:

Die Kl. hatte sich hier im Rahmen der Vermietung von Baumaschinen an die Bekl. - bzw. an ihre Kundin, deren Vermögen die Bekl. nunmehr im Rahmen des Gesamtvollstreckungsverfahrens verwaltete - zur Sicherung ihrer Mietforderungen bestehende und künftige Werklohnforderungen der Schuldnerin gegen deren Kunden abtreten lassen. Als dann der Sicherungsfall eintrat, berief die Bekl. sich auf eine zeitlich vorausgegangene Globalzession zugunsten ihrer kreditgebenden Bank und verweigerte bereits die Auskünfte, derer die Kl. zur Geltendmachung der vermeintlich abgetretenen Forderungen bedurft hätte.

Die Kl. zog daraufhin die Rechtsprechung des BGH heran, wonach eine derartige Globalzession wegen

Verstoßes gegen § 138 I BGB / § 307 I BGB nichtig sei, wenn sie nicht solche Forderungen, die im Rahmen eines branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalts eines Warenlieferanten an diesen abgetreten zu werden pflegen, von vornherein ausklammert.

Der BGH erteilte dieser Argumentation jedoch eine Absage und verwies darauf, dass die Kl. als Vermieterin von Baumaschinen kein mit dem Warenlieferanten vergleichbares Sicherheitsbedürfnis habe. Letzterer drohe bei Scheitern des verlängerten Eigentumsvorbehalts den Substanzwert der gelieferten Ware ersatzlos zu verlieren, während der Kl. lediglich temporär die Nutzungsmöglichkeit der Mietsache - nicht jedoch die Sache selbst - verloren zu gehen droht. Die Sittenwidrigkeit der Globalzession zugunsten des Geldkreditgebers bei Kollision mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt des Warenkreditgebers beruhe jedoch gerade auf der Annahme, dass die Globalzession dem

Sicherungsgeber die Möglichkeit nehme, auf das besondere Sicherheitsbedürfnis des Warenlieferanten Rücksicht nehmen zu können.

**Prüfungsrelevanz:**

Die verschiedenen Möglichkeiten der Forderungssicherung und ihre rechtliche Beurteilung, hierbei insbesondere die Kontrolle, inwieweit sich in dem Sicherungsgeschäft ein eigensüchtiges Interesse des Sicherungsnehmers auf Kosten seines Vertragspartners sowie auf Kosten möglicher anderer Gläubiger niederschlägt, sind ebenso prüfungs- wie praxisrelevant. Neben der Kontrolle von Bürgschaftsverträgen gem. § 138 I BGB / §§ 305 ff BGB bildet im Bereich der Realsicherheiten die Rechtsprechung zur Frage der Übersicherung bei Übertragung von Sach- oder Forderungsmehrheiten sowie die hier relevante Problematik der Kollision mehrerer Sicherungsgeschäfte zugunsten verschiedener Gläubiger einen klaren Schwerpunkt. Fundierte Kenntnisse auch der neuesten Rechtsprechungsentwicklungen sind in diesem Bereich somit unverzichtbar.

**Vertiefungshinweise:**

Unwirksamkeit formularmäßiger Globalbürgschaften ohne Beschränkung auf die "Anlassforderung": *BGH*, RA 2000, 135 = *WM* 2000, 64

Stützen eines Zurückbehaltungsrechts auf einen sicherungshalber abgetretenen Gegenanspruch: *BGH*, RA 2000, 80 = *NJW* 2000, 278

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die Globalzession der Bank"

*Assessorkurs* : "Ärger mit den Akten"

**Leitsätze:**

**1. Zur Kollision einer Globalzession zu Gunsten einer Bank mit einer zeitlich nachfolgenden Globalzession zu Gunsten des Vermieters von Baumaschinen.**

**2. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit einer Globalzession bei Kollision mit einem zeitlich nachfolgenden verlängerten Eigentumsvorbehalt eines Warenkreditgebers kann nicht auf die Kollision einer Globalzession zu Gunsten einer Bank mit einer späteren Globalzession zu Gunsten eines Vermieters von Baumaschinen übertragen werden. (Leitsatz 2 der Redaktion)**

**Sachverhalt:**

Die Kl. macht gegen die Bekl. als Verwalterin in dem am 11.05.1998 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der I- und T-GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) Auskunfts- und Zahlungsansprüche aus behaupteten Sicherungsabtretungen gel-

tend. Die Kl. vermietete an die im Baugewerbe tätige Schuldnerin Baumaschinen, die diese bei der Errichtung von Bauvorhaben einsetzte. Gemäß Nr. I 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl., deren Vereinbarung zwischen den Parteien streitig ist, tritt der Mieter in Höhe der Mietforderung seine bestehenden und künftigen Werklohnforderungen gegenüber Bauherren /Auftraggebern sicherungshalber an die Kl. ab. Aus Mietverträgen in der Zeit von Juni 1996 bis November 1997 stehen noch Mietforderungen offen. Die Bekl. verweigerte die von der Kl. verlangte Auskunft und Zahlung im Hinblick auf eine zeitlich frühere Globalzession der Schuldnerin an die I-Bank des Landes Brandenburg (im Folgenden: I-Bank) vom 23.12.1994, mit der die Schuldnerin sämtliche aus ihrem Geschäftsbetrieb entstandenen und entstehenden Forderungen zur Sicherung von Darlehensansprüchen abgetreten hatte. Ausgenommen hiervon waren dem verlängerten Eigentumsvorbehalt von Lieferanten unterliegende Forderungen, die erst in dem Zeitpunkt an die I-Bank abgetreten sein sollten, in dem sie nicht mehr durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst wurden. Die Kl. ist der Ansicht, die Globalzession zu Gunsten der I-Bank sei gem. § 138 BGB bzw. § 307 I BGB nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zur Kollision einer Globalzession mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt, die auch auf den vorliegenden Fall der Kollision einer Globalzession mit Sicherungsabtretungen im Rahmen von Vermietungen anwendbar seien, unwirksam.

Hat die Kl. die geltend gemachten Auskunfts- und Zahlungsansprüche gegen die Bekl. ?

*[Anm.: Der Fall ist nach aktuell geltendem Recht zu lösen. Es ist davon auszugehen, dass die Bekl. hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche passiv legitimiert ist. Weitere Besonderheiten, die sich aus der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der I- und T-GmbH (Schuldnerin) ergeben könnten, sind außer Betracht zu lassen.]*

**Lösung:**

*A. Auskunftsanspruch des Zessionars im Falle einer (Sicherungs-) Abtretung gem. § 402 BGB*

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Erteilung der zur Geltendmachung der Werklohnforderungen gegen die Kunden der Schuldnerin erforderlichen Auskünfte gem. § 402 BGB haben. Der Auskunftsanspruch des § 402 BGB ist an die Abtretung einer Forderung geknüpft, wenngleich die Pflichten des Zedenten im Rahmen des der Abtretung zugrundeliegenden Kausalgeschäfts auch abweichend ausgestaltet werden können (Palandt-Heinrichs, § 402 Rz. 1).

*I. Wirksame Abtretung*

Anspruchsvoraussetzung ist somit zunächst das Vorliegen einer wirksamen Forderungsabtretung gem. § 398 BGB zugunsten der Kl. Voraussetzung hierfür ist eine die abgetretenen Forderungen hinreichend bestimmbar bezeichnende, wirksame, grundsätzlich formfrei mögliche Einigung zwischen den Parteien sowie die Berechtigung des Zedenten, mithin seine Forderungsinhaberschaft.

*1. Einigung*

Die erforderliche Einigung i. S. d. § 398 BGB könnte dadurch zustande gekommen sein, dass Nr. I 6 der AGBen der Kl. zur Sicherung der der Kl. zustehenden Mietforderungen die Abtretung bestehender und künftiger Werklohnforderungen der Schuldnerin gegenüber deren Bauherrn/Auftraggebern vorsah. Allerdings ist die wirksame Einbeziehung dieser Geschäftsbedingungen in die vertraglichen Beziehungen zwischen der Kl. und der Schuldnerin streitig geblieben, so dass nicht klar ist, ob auf den Inhalt dieser AGB-Klausel abgestellt werden kann.

Dieses kann im Ergebnis allerdings auch dahinstehen, wenn eine Abtretung zugunsten der Kl. jedenfalls an der Verfügungsberechtigung der Schuldnerin scheitert.

*2. Berechtigung*

Ein Fehlen der zur Abtretung grundsätzlich berechtigenden Forderungsinhaberschaft der Schuldnerin könnte sich daraus ergeben, dass diese ihre Werklohnforderungen bereits im Rahmen der am 23.12.1994 vereinbarten Globalzession aller bestehenden und künftig entstehenden Forderungen aus ihrem Gewerbebetrieb an die I-Bank abgetreten hat.

*a. Behandlung der Kollision zweier Abtretungen der identischen Forderung*

Da sich beide Abtretungen auf die hier streitgegenständlichen Werklohnforderungen der Schuldnerin beziehen, ist zunächst fraglich, wie eine derartige Kollision zweier Abtretungen identischer Forderungen zu lösen ist.

*aa. 1. Ansicht: Teilungsprinzip*

Einerseits könnten die abgetretenen Forderungen auf die beteiligten Zessionare dem Verhältnis ihrer Forderungen, die durch die Abtretung gesichert werden sollen, entsprechend aufgeteilt werden (so etwa Beuthien, BB 1971, 375).

Demzufolge könnte die Abtretung zugunsten der Kl. wenigstens zum Teil greifen, weshalb auch ein Auskunftsanspruch gem. § 402 BGB - die Geltung von Nr. I 6 der AGBen der Kl. vorausgesetzt - bestünde.

*bb. 2. Ansicht: Prioritätsprinzip*

Unter Bezugnahme auf die gesetzliche Wertung des § 185 II 2 BGB statuiert die ganz h. M. jedoch das sog.

Prioritätsprinzip:

*aaa. Grundsatz*

“Bei mehrfacher Abtretung derselben Forderung führt grundsätzlich die zeitlich frühere zum Rechtsübergang. Das gilt sowohl für die Abtretung bestehender als auch für die Abtretung künftiger Forderungen (Prioritätsprinzip: BGHZ 30, 149 [151] = NJW 1959, 1533; BGHZ 32, 361 [363 ff.] = NJW 1960, 1716; BGHZ 104, 123 [126] = NJW 1988, 3203; BGHZ 104, 351 [353] = NJW 1989, 458; Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl. [2001], § 96 Rz. 177 ff.)”

Demzufolge käme ein Auskunftsanspruch der Kl. gem. § 402 BGB schon deshalb nicht in Betracht, weil sie die streitgegenständlichen Werklohnforderungen aufgrund der zeitlich vorangegangenen Globalzession zugunsten der I-Bank überhaupt nicht wirksam erwerben konnte.

*bbb. Korrektur durch die Lehre von der Verleitung zum Vertragsbruch*

Fraglich ist aber, ob dieses Ergebnis korrigiert werden muss, weil anderenfalls der Schuldnerin von vornherein die Möglichkeit genommen worden wäre, ihre Werklohnforderungen zur Absicherung der Mietforderungen der Kl. an diese abzutreten. Soweit der Kl. auf diesem Wege die Möglichkeit genommen wäre, in redlicher Weise branchenübliche und für den Fortbestand ihres Geschäftes unverzichtbare Geschäfte zu tätigen, könnte dies zur Nichtigkeit der Globalzession gem. § 138 I BGB führen.

*(1.) Nichtigkeit der Globalzession bei Kollision mit verlängertem Eigentumsvorbehalt*

Für den Fall der Kollision einer Globalzession mit einer Sicherungsabtretung im Rahmen eines branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalts zugunsten eines Warenkreditgebers entspricht die Anwendbarkeit des § 138 I BGB inzwischen gefestigter Rechtsprechung:

“Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist eine zur Sicherung eines Kredits vereinbarte Globalzession künftiger Kundenforderungen an eine Bank in der Regel sittenwidrig und damit nichtig, wenn sie nach dem Willen der Vertragsparteien auch solche Forderungen umfassen soll, die der Schuldner seinen Lieferanten auf Grund verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten muss und abtritt (BGHZ 30, 149 [153] = NJW 1959, 1533; BGHZ 55, 34 [35] = NJW 1971, 372; BGHZ 72, 308 [310] = NJW 1979, 365; BGHZ 98, 303 [314] = NJW 1987, 487; BGH, NJW 1983, 2502 [2504]; NJW 1991, 2144 [2147]; NJW 1995, 1668 [1669]; NJW 1999, 940 = NZI 1999, 76; NJW 1999, 2588 [2589]). Diese Rechtsprechung beruht auf der Annahme, dass der Zedent, dem Ware branchenüblich ausschließlich unter verlängertem Eigentumsvorbehalt

geliefert wird, durch den Globalzessionar zur Täuschung und zum Vertragsbruch gegenüber seinem Lieferanten verleitet wird, weil er bei Offenlegung der Globalzession keine Ware mehr ohne Zahlung erhalten und damit wirtschaftlich in eine Zwangslage geraten würde (BGHZ 55, 34 [36] = NJW 1971, 372; BGHZ 98, 303 [315] = NJW 1987, 487).“

*(2.) Zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Sicherungsabtretung zugunsten der Kl.*

Fraglich ist indes, ob diese Rechtsprechung auch auf die Kollision der Globalzession mit der hier vorliegenden Sicherungsabtretung zugunsten der Kl. in ihrer Eigenschaft als Vermieterin von Baumaschinen übertragbar ist.

“Entgegen der Auffassung der Revision kann [...] die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit einer Globalzession bei Kollision mit einem zeitlich nachfolgenden verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht auf die hier bestehende Kollision zwischen einer Globalzession zu Gunsten einer Bank und einer zeitlich nachfolgenden Globalzession zu Gunsten des Vermieters von Baumaschinen übertragen werden, weil die zu Grunde liegenden Lebenssachverhalte nicht vergleichbar sind. [...]

Eine vergleichbare Zwangslage des Zedenten ist bei der hier vorliegenden Kollision [...] nicht gegeben.

Die Fälle des verlängerten Eigentumsvorbehalts zeichnen sich dadurch aus, dass der Vorbehaltskäufer seine künftige Forderung aus der Verwertung und/oder Weiterveräußerung der jeweiligen gelieferten Ware an den Vorbehaltsverkäufer als Ersatz dafür abtritt, dass dieser sein vorbehaltenes Eigentum an der Ware infolge der dem Vorbehaltskäufer erlaubten Weiterverwertung verliert. Diese Vorausabtretung hat somit den Sinn, dem Vorbehaltseigentümer den in seiner Sache verkörperten Wert weiter zu sichern, und zwar über den zum Verlust seines Eigentums führenden Verwertungsakt hinaus. Dabei ist der Vorbehaltseigentümer allerdings auf den konkreten Anspruch aus der Verwertung der jeweils veräußerten Sache beschränkt. Anders ist dies beim Globalzessionar, der im Sicherungsfall nach seiner Wahl auf ein ganzes Bündel von im Voraus abgetretenen Forderungen zurückgreifen kann, ohne dass ein direkter Zusammenhang zwischen der Leistung des Sicherungsnehmers und den sicherungshalber übertragenen Forderungen des Sicherungsgebers besteht. Im Falle einer wirksamen früheren Globalzession zu Gunsten eines Dritten würde daher der Vorbehaltseigentümer nicht nur sein Vorbehaltseigentum, sondern auch die (verlängerte) Sicherheit in Form der dafür abgetretenen Forderung verlieren, also einen endgültigen Substanzverlust erleiden, ohne sich an anderen Forderungen des Zedenten schadlos halten zu können.

Dieses im Vergleich zum Globalzessionar sich ergebende besondere Schutzbedürfnis des Vorbehaltseigen-

tümers hat auch Rückwirkungen auf die Lage des Zedenten. Verschweigt dieser eine zeitlich frühere Globalzession, begeht er dem Vorbehaltseigentümer gegenüber eine grobe Vertragsverletzung, weil er dessen Eigentum bzw. den darin verkörperten Wert gefährdet, unter Umständen sogar vernichtet. Legt er sie offen, muss er gerade wegen dieser Gefährdungssituation damit rechnen, dass der Vorbehaltseigentümer (gegebenfalls auch andere Lieferanten) ihm künftig keine Ware mehr zur Weiterverwertung liefert, so dass er sein für ihn notwendiges wirtschaftliches Betätigungsfeld einbüßt. Der Zedent befindet sich somit in einer Zwangslage, die auch aus dem besonderen Schutzbedürfnis des Vorbehaltseigentümers und dem sich daraus ergebenden besonderen Pflichten- und Treueverhältnis des Zedenten seinem Lieferanten gegenüber herrührt. Daher fordert die Rechtsprechung von einem zeitlich früheren Globalzessionar (meist der kreditgebenden Bank), der diese Zwangslage seines Zedenten schon bei Vereinbarung der Globalzession kennt oder kennen muss, eine entsprechende Rücksichtnahme, widrigenfalls die Globalzession als sittenwidrig eingestuft werden kann.

Von einer vergleichbaren Zwangslage eines Mieters von Baumaschinen, die ihren Grund ebenfalls in einem besonderen Schutzbedürfnis des Vermieters und entsprechenden Treuepflichten des Mieters haben müsste, kann hier [...] nicht ausgegangen werden. Anders als dem Vorbehaltseigentümer, dem der endgültige Substanz- bzw. Wertverlust der Sache droht, kann dem Vermieter lediglich temporär die Nutzung der Mietsache verloren gehen. Die Mietsache selbst bleibt ihm erhalten. Der Vermieter einer Sache ist daher weniger schutzwürdig als der Vorbehaltseigentümer (vgl. auch Thöne, WUB I F 4. 2.02, 420). Es ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BerGer. hieraus auf eine geringere Reflexwirkung zu Lasten des Mieters schließt und seine Zwangslage (im Verhältnis zum Vermieter) als weniger knebelnd einstuft, vielmehr davon ausgeht, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass der Mieter auch im Falle einer Offenlegung der zeitlich früheren Globalzession weiter die Möglichkeit behält, die benötigten Baumaschinen zu mieten oder zu leihen. Hinzu kommt, dass sich - anders als beim Zusammentreffen einer Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts einerseits mit einer Globalzession andererseits - hier zwei nach Art und Umfang gleichartige Globalzessionen (zu Gunsten der Bank und zu Gunsten des Vermieters) gegenüberstehen. Auch die Interessenlage der beiden Globalzessionare ist gleichartig. Damit aber ergibt sich kein Unterschied zu dem Normalfall, dass von zwei miteinander konkurrierenden Abtretungen nach dem Prioritätsgrundsatz lediglich die zeitlich frühere zum Rechtsübergang führen kann.“

*ccc. Zwischenergebnis zum Prioritätsprinzip*

Da mithin kein Anlass zur Korrektur des Prioritätsprinzips mittels der Lehre von der Verleitung vom Vertragsbruch besteht, würde sich die Globalzession zugunsten der I-Bank vom 23.12.1994 - das Vorliegen der weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen unterstellt - nach herrschender Auffassung gegenüber der zeitlich nachfolgenden Abtretung zugunsten der Kl. durchsetzen.

*cc. Stellungnahme*

Der herrschenden Auffassung soll hier auch gefolgt werden, da sie - im Unterschied zum Teilungsprinzip - in § 185 II 2 BGB eine Stütze im Gesetz findet und zudem durch die Ergänzung mittels der Lehre von der Verleitung zum Vertragsbruch auch zu interessengerechten Ergebnissen kommt.

Somit geht die Abtretung der Werklohnforderungen an die Kl. ins Leere, soweit die Globalzession zugunsten der I-Bank vom 23.12.1994 auch im Übrigen wirksam ist.

*[Anmerkung: Auf die Darstellung des Surrogationsprinzips, wonach die Abtretung von Forderungen aus der Verwertung von unter verlängertem Eigentumsvorbehalt gelieferter Ware sich stets gegenüber der Globalzession zugunsten der Bank durchsetzen soll, weil der Lieferant der verwerteten Ware den hierdurch erzielten Forderungen näher stehe, wurde hier verzichtet. Dieser Vorschlag zielt auf die spezielle Konstellation des Zusammentreffens von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt ab und wird zudem in weiten Teilen des Schrifttums als überholt eingestuft, vgl. Palandt-Heinrichs, § 398 Rz. 24; Jauernig-Stürner, § 398 Rz. 19; jew. m. w. N.).*

*b. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Globalzession vom 23.12.1994 im Übrigen*

Auch die Abtretung zugunsten der I-Bank am 23.12.1994 setzt eine Einigung i. S. d. § 398 BGB voraus, welche die abgetretenen Forderungen hinreichend bestimmbar bezeichnet und auch im übrigen wirksam ist. Ferner müsste die Schuldnerin am 23.12.1994 noch Berechtigte gewesen sein.

*aa. Einigung*

Mit der I-Bank hat die Schuldnerin sich sicherungshalber 1994 auf die Abtretung aller aus ihrem Geschäftsbetrieb entstandenen und künftig entstehenden Forderung geeinigt.

Diese Einigung genügt dem Bestimmbarkeitserfordernis, da die Forderungen nach Gläubigerin, künftigen Schuldnern - den Kunden der Schuldnerin - und Rechtsgrund - Geschäfte im Rahmen des Bauunternehmens der Schuldnerin - so genau umschrieben sind, dass ihre Zuordnung zu der Globalzession zum Zeitpunkt ihrer Entstehung problemlos möglich ist. Weite-

re Anforderungen dürfen an die Bestimmbarkeit der Globalzession nicht gestellt werden, da dieses Rechtsinstitut als Kreditsicherungsmittel sonst nicht mehr praktikabel wäre (vgl. Palandt-Heinrichs, § 398 Rz. 14).

Die weite Umschreibung der von der Abtretung erfassten Forderungen der Schuldnerin wirft indes die Frage auf, ob eine derart weitgehende Absicherung unabhängig davon, dass gegenüber der Kl. durch sie keine der Situation gegenüber einem Vorbehaltsverkäufer vergleichbare Zwangslage der Schuldnerin geschaffen wird, noch mit den guten Sitten vereinbar ist oder doch einen Verstoß gegen § 138 I BGB begründet.

“Der Globalzessionsvertrag vom 23.12.1994 genügt auch den Anforderungen, die die Rechtsprechung an den Vorrang der Rechte aus dem verlängerten Eigentumsvorbehalt stellt, um die Sittenwidrigkeit der Globalzession auszuschließen (BGHZ 72, 308 = NJW 1979, 365; BGH, NJW 1991, 2144; NJW 1999, 2588; NJW 1999, 940 = NZI 1999, 76). Er sieht die Abtretung von Forderungen, die einem verlängerten Eigentumsvorbehalt eines Lieferanten der Schuldnerin unterliegen, erst nach Erlöschen des verlängerten Eigentumsvorbehalts vor und stellt damit dessen Vorrang mit dinglicher Wirkung sicher.

Anhaltspunkte dafür, dass die Globalzession aus anderen Gründen sittenwidrig sein oder gegen § 307 I BGB verstoßen könnte, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.”

*bb. Berechtigung*

Mangels anderweitiger vorausgegangener Abtretungen war die Schuldnerin am 23.12.1994 auch noch Forderungsinhaberin und damit zur Abtretung berechtigt. Die Globalzession war mithin voll wirksam und verdrängt dem Prioritätsprinzip zufolge die zeitlich nachfolgende Abtretung zugunsten der Kl.

*II. Zwischenergebnis*

Mangels wirksamer Abtretung hat die Kl. gegen die Bekl. keinen Auskunftsanspruch gem. § 402 BGB.

*B. Zahlungsansprüche der Kl.*

Zahlungsansprüche der Kl. könnten sich aus § 535 II BGB infolge der für die Zeit von Juni 1996 bis November 1997 noch offenstehenden Mietforderungen ergeben.

Vorliegend macht die Kl. jedoch Zahlungsansprüche aus der Sicherungsabtretung der Werklohnforderungen der Schuldnerin gem. Nr. I 6 ihrer AGBen geltend. Diese könnten sich einerseits aus der näheren Ausgestaltung der Abtretung als sog. “Stille Zession” ergeben, wonach die Schuldnerin im Außenverhältnis zu ihren Vertragspartnern zur Geltendmachung der Forderungen berechtigt bliebe, die eingezogenen Beträge aber an die Kl. abzuführen hätte (vgl. Hierzu Palandt-Heinrichs, § 398 Rz. 21), im Falle einer unberechtigten



Einziehung der Gelder durch die Schuldnerin dagegen aus § 816 II BGB.

Im Einzelnen kann dies jedoch dahinstehen, da in beiden Fällen eine wirksame Abtretung der Werklohnforderungen an die Kl. unverzichtbare Anspruchsvor-

aussetzung ist. Eine solche ist dem unter A. erzielten Ergebnis zufolge aber nicht gegeben, so dass die Kl. auch keine Zahlungsansprüche gegen die Bekl. geltend machen kann.

### Standort: § 222 StGB

### Problem: Sorgfaltspflichten bei Brandgefahr

BGH, URTEIL VOM 01.02.2005

1 STR 422/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagte hatte, nachdem sie und mehrere Gäste im Wohnzimmer ihrer Wohnung getrunken und zahlreiche Zigaretten geraucht hatten, ihre drei und vier Jahre alten Kinder allein in der Wohnung zurückgelassen. Wohl aufgrund heruntergefallener Zigarettenasche oder einer noch glimmenden Zigarettenkippe war es zu einem Schwelbrand in der Wohnung gekommen, an dessen Folgen die Kinder verstarben. Das Landgericht München hatte die Angeklagte vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) und fahrlässigen Brandstiftung (§ 306 StGB) freigesprochen, da der Angeklagten keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen und nicht auszuschließen sei, dass der Tod der Kinder auch dann erfolgt wäre, wenn die Angeklagte diese nicht allein in der Wohnung zurückgelassen, sondern sich selbst zum Schlafen hingelegt hätte. Der BGH hob dieses Urteil auf.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der im vorliegenden Fall zentrale Tatbestand der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) spielt im Examen häufig eine Rolle, wenn auch meist nicht als zentrales Problem. Die hier weiter anzusprechenden Probleme der Verwirklichung unechter Unterlassungsdelikte, insb. die Voraussetzungen der Garantenstellung, stellen in beiden Examen Standardwissen dar.

Zentrales Element des Tatbestandes der fahrlässigen Tötung ist - wie bei anderen Fahrlässigkeitsdelikten auch - die Sorgfaltspflichtverletzung des Täters. In der Vergangenheit ist teilweise versucht worden, eine abstrakte, allgemeine Sorgfaltspflicht zu definieren, oft mit der Formulierung, dass es stets pflichtwidrig sei, wenn der Täter sich auf Handlungen einlasse, deren Gefahren er nicht gewachsen sei oder deren Risiken nicht erkennbar oder beherrschbar seien (BGHSt 38, 151; 43, 311). Mittlerweile hat sich aber wohl die Erkenntnis durchgesetzt, dass es schwer, wenn nicht sogar unmöglich ist, unabhängig von der eingetretenen Rechtsgutverletzung und der konkreten Handlungssituation abstrakte Sorgfaltsanforderungen zu formulieren (Tröndle/Fischer, § 15 Rn. 16; MüKo (StGB)-Duttge, § 15 Rn. 87 ff.). Der pauschale Verweis auf

das Zivilrecht, das (in § 276 BGB) bestimmt, dass derjenige fahrlässig handelt, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, ist auch stets dann wenig hilfreich, wenn konkrete Sorgfaltsmaßstäbe nicht ausdrücklich geregelt sind (Joecks, § 15 Rn. 68). Im vorliegenden Fall prüft der BGH deshalb ganz konkret die Sorgfaltsanforderungen, die eine Mutter treffen, die weiß, dass ihre Kinder sich in einer Wohnung aufhalten, in deren Wohnzimmer erhebliche Mengen an Zigaretten konsumiert worden sind und kommt zu dem Schluss, dass dann das Wohnzimmer gründlich auf potenzielle Brandquellen zu untersuchen ist.

Eine weitere Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen eines fahrlässigen Erfolgsdelikts ist der sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Dieser ist gegeben, wenn gerade die Sorgfaltspflichtverletzung des Täters den Erfolg herbeigeführt hat, d.h. wenn der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre (sog. rechtmäßiges oder pflichtgemäßes Alternativverhalten, vgl. BGH, NStZ 1986, 217; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 129, 173 ff.). Das Landgericht hatte den Pflichtwidrigkeitszusammenhang im vorliegenden Fall mit der Begründung angelehnt, dass das Feuer auch dann ausgebrochen und die Kinder gestorben wären, wenn die Mutter nicht die Wohnung verlassen, sondern sich zum Schlafen hingelegt hätte. Der BGH lehnte diese Argumentation ab und verwies darauf, dass die Pflichtverletzung der Täterin, deren Kausalität für den Tod der Opfer zu prüfen sei, nicht in dem Verlassen der Wohnung bestehe, sondern darin, das Wohnzimmer nicht auf mögliche Brandherde zu kontrollieren. Wäre sie nur zu Hause geblieben und hätte sich schlafen gelegt ohne diese Kontrolle durchzuführen, so wäre dies immer noch ein pflichtwidriges (und kein pflichtgemäßes) Verhalten gewesen.

Anzusprechen war im vorliegenden Fall auch die Frage nach der Abgrenzung zwischen aktiven Tun und Unterlassen. Diese ist besonders wichtig, da ein Unterlassen gem. § 13 I StGB nur dann eine Strafbarkeit begründet, wenn der Täter verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden (sog. Garantenstellung); außerdem besteht bei einem strafbaren Unterlassen (anders als beim aktiven Tun) die Möglichkeit, gem. § 13 II StGB die Strafe zu mildern. Der BGH nimmt - ebenso wie die herrschende Literatur - die Abgrenzung danach vor, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf einem akti-

ven Tun oder einem Unterlassen liegt (BGHSt 6, 59; Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 3).

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen: *BGH*, NStZ 1999, 607; *Brammsen*, GA 2002, 193; *Kargl*, GA 1999, 459; *Sieber*, JZ 1983, 431; *Stein*, JR 1999, 265

Zur Garantenstellung wegen Inhaberschaft einer Wohnung: *BGHSt* 30, 391; *BGH*, NStZ-RR 2003, 153; *Küpper*, JA 1983, 471; *Reus/Vogel*, MDR 1990, 869; *Stoffers*, Jura 1993, 17

Zu den Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt, insb. zum Schutz von Menschenleben: *BGHSt* 43, 311; *BGH*, NStZ 2003, 657; *Meurer*, JR 1992, 38

Zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang: *BGHSt* 11, 1; 30, 228; 33, 61; *BGH*, JR 1989, 282; *OLG Köln*, NZV 1989, 319; *Ranft*, NJW 1984, 1425; *Schatz*, NStZ 2003, 581

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Bienenstich"

Examenskurs: "Radfahrer"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Im Rahmen von §§ 222, 306 d StGB ist bei vorliegender Erfolgsabwendungspflicht nicht entscheidend, ob die Pflichtwidrigkeit in einem aktiven Tun liegt oder in einem Unterlassen begründet ist. Der Erfolg einer fahrlässigen Tötung kann genauso wie der einer fahrlässigen Brandstiftung durch ein pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt werden.**

**2. Für die Entscheidung der Frage, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, kommt es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an.**

**3. Wird der Umgang mit Feuer und sei es auch nur in Form von entzündeten Zigaretten und glimmender Asche zugelassen, erfordert es die allgemein bekannte Gefahr, die sich in dem achtlosen Umgang mit Feuer und Zigarettenresten verwirklichen kann, dass ein Übergreifen auf Papier und sonstige leicht entflammbare Materialien verhindert oder jedenfalls auf ein Minimum reduziert wird.**

#### **Sachverhalt:**

Die A empfing im Wohnzimmer ihrer Wohnung mehrere Gäste, die gemeinsam mit ihr zahlreiche Zigaretten rauchten und Alkohol tranken. Ihre Kinder, der vier Jahre neun Monate alte Sohn S und die drei Jahre zehn Monate alte Tochter T, schliefen im benachbarten Kinderzimmer. Zwischen 20.30 Uhr und 20.45 Uhr verließ die Angeklagte mit einem der Gäste die Wohnung und suchte eine Gaststätte auf. Kurze Zeit später verließen zwei weitere Gäste die Wohnung. Gegen

22.00 Uhr folgte die letzte Besucherin, nachdem sie sich vergewissert hatte, dass beide Kinder in ihrem Bett fest schliefen. S war zu diesem Zeitpunkt an Windpocken erkrankt und hatte Fieber. Gegen 23.30 Uhr kehrte A in die Wohnung zurück, verließ jedoch die Wohnung kurz darauf wieder und ließ die Kinder unbeaufsichtigt zurück. A unterließ es, hierbei das Wohnzimmer auf feuergefährliche Gegenstände, insbesondere auf heruntergefallene brennende oder glimmende Zigarettenreste zu untersuchen. Auf der Couch im Wohnzimmer hinterließ sie in unordentlichem Zustand unter anderem ein Feuerzeug, Papier, eine Zeitschrift, ein Kissen und ein Kleidungsstück.

Während der Abwesenheit der A entwickelte sich einen auf die Couch gefallenen glimmenden Zigarettenrest oder durch heruntergefallene Zigarettenglut ein Schwelbrand. Im Wohnzimmer entstanden direkte Brandschäden an der Couch, den Fenstern, Wänden und Deckenbalken; sämtliche Zimmer der Wohnung wurden stark verrußt. Als A gegen 4.45 Uhr mit ihren Gästen in die Wohnung zurückkehrte, fand sie die Kinder aufgrund des durch den Schwelbrand freigesetzten Kohlenmonoxyds und Cyanids bewusstlos vor. Beide Kinder verstarben durch Vergiftung bei gleichzeitigem Sauerstoffmangel.

Strafbarkeit der A?

[Anm.: §§ 306 ff. StGB sind nicht zu prüfen.]

#### **Lösung:**

*A. Strafbarkeit der A wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen zum Nachteil des S gem. §§ 222, 13 I StGB*

A könnte sich dadurch, dass sie die Wohnung für einen längeren Zeitraum verließ, ohne vorher das Wohnzimmer auf feuergefährliche Gegenstände und mögliche Brandherde zu untersuchen, wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen zum Nachteil des S gem. §§ 222, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *1. Tatbestand*

##### *a. Eintritt des tatbestandlichen Erfolges*

S ist tot. Der tatbestandliche Erfolg des § 222 StGB - Tod eines Menschen - ist somit eingetreten.

##### *b. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung*

A dürfte die zur Abwendung des Erfolges - des Todes des S - gebotene Handlung nicht vorgenommen haben. Fraglich ist im vorliegenden Fall zunächst, ob der A ein Unterlassen vorzuwerfen ist (insb. dass sie die unordentliche und deshalb besonders brandgefährliche Wohnung nicht auf mögliche Brandherde, z.B. durch

heruntergefallene Zigarettenreste, untersuchte), oder ein aktives Tun (das Verlassen der Wohnung).

Hierzu der BGH: "Für die Entscheidung der Frage, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, kommt es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an. Darüber hat der Tatrichter in wertender Würdigung zu entscheiden (vgl. dazu BGH NStZ 1999, 607). [...] Sollte die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer unter Beachtung der vorstehenden Maßstäbe zu einem Pflichtenverstoß der Angeklagten kommen, wird sie im Hinblick auf eine nach § 13 Abs. 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB mögliche Strafraumverschiebung zu entscheiden haben, ob das Verhalten der Angeklagten ein aktives Tun oder ein Unterlassen darstellt. Dafür wird sie abzuwägen haben, dass das Verlassen der Wohnung für sich genommen unschädlich gewesen wäre, wenn sie es nicht unterlassen hätte, für eine durchgehende Aufsicht der Kinder in ihrer Abwesenheit zu sorgen oder zumindest die Gefahrenquelle zu beseitigen (vgl. BGH NStZ 1999, 607)."

Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt somit auf einem Unterlassen. A hat die zur Anwendung des Todes des S durch einen Schwelbrand gebotenen Handlungen - die Wohnung auf mögliche Brandherde zu untersuchen oder eine durchgehende Aufsicht für die Kinder zu organisieren - nicht vorgenommen.

#### *c. Physisch-reale Möglichkeit der Handlungsvornahme*

Da eine unmögliche Handlung vom Täter nicht verlangt werden kann, setzt die Bestrafung wegen eines (unechten) Unterlassungsdeliktens stets voraus, dass der Täter die physisch-reale Möglichkeit hatte, die gebotene Handlung vorzunehmen (BGHSt 6, 57; Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 14). A müsste also auch die physisch-reale Möglichkeit gehabt haben, die Wohnung auf Brandherde zu untersuchen oder eine durchgehende Aufsicht für die Kinder zu organisieren.

A wäre es möglich gewesen, die Wohnung, insb. das Wohnzimmer, in dem vorher in erheblichem Maße geraucht worden war, auf mögliche Brandgefahren hin zu untersuchen. Auch hätte sie, selbst wenn sich sonst niemand bereits erklärt hätte, auf die Kinder aufzupassen, eine Aufsicht organisieren können, indem sie selbst bei ihren Kindern geblieben wäre, was ihr auch möglich gewesen wäre, da sie keine Pflicht traf, die Wohnung zu verlassen. A hatte somit die Möglichkeit der Handlungsvornahme.

#### *d. Kausalität*

Das Unterlassen der A müsste auch kausal für den Tod des S gewesen sein.

Ein Unterlassen ist kausal für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit entfiel (sog. "hypothetische Kausalität", BGH, NStZ 2000, 583; Wessels/Beulke, AT, Rn. 711).

Hätte A die Wohnung auf mögliche Brandherde hin untersucht und diese beseitigt, wäre es gar nicht erst zu einem Schwelbrand gekommen und S wäre nicht an dessen Folgen gestorben. Wenn sie eine Aufsicht für die Kinder organisiert hätte, wäre der Schwelbrand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit rechtzeitig entdeckt und das Leben der Kinder gerettet worden. Das Unterlassen der A war somit kausal für den Tod des S.

#### *e. Garantenstellung*

Gem. § 13 I StGB setzt eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdeliktens voraus, dass der Täter "dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt", d.h. Täter kann nur derjenige sein, der als Garant für das Ausbleiben des Erfolgs verantwortlich ist (sog. Garantenstellung; BGHSt 16, 155; Tröndle/Fischer, 13 Rn. 4 f.).

##### *aa. Garantenstellung der A aus Gesetz*

Eine Garantenstellung der A zum Schutze des Lebens des S könnte sich zunächst aus Gesetz ergeben.

Gem. §§ 1626 I, 1631 I BGB hat A die Pflicht, für ihren Sohn S zu sorgen, insb. diesen vor körperlichen Schäden zu bewahren. Hieraus ergibt sich auch eine strafbewehrte Garantenstellung zum Schutze des S (BGHSt 7, 268; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn. 18). A war also (Beschützer-) Garant für das Leben des Opfers S.

##### *bb. Garantenstellung der A aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz)*

Eine Garantenstellung des Täters entsteht auch dann, wenn dieser durch ein pflichtwidriges Vorverhalten die Gefahr für den Eintritt eines Schadenserfolges geschaffen hat (BGH, StV 2001, 616; Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 11 ff.).

En solches pflichtwidriges Vorverhalten wäre insb. dann gegeben, wenn die Asche, die den Schwelbrand auslöste, von der Zigarette der A selbst stammen würde und diese die Asche aus Unachtsamkeit fallen ließ. Dies lässt sich jedoch dem Sachverhalt nicht entnehmen, so dass zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon ausgegangen werden muss, dass die den Brand auslösende Glut von einem der Gäste stammte. Auch ein pflichtwidriges Vorverhalten in der Weise, dass A ihre Gäste nicht darauf hingewiesen hätte, beim Rauchen auf herabfallende Asche aufzupassen oder ihnen nicht genügend Aschenbecher oder andere Aschmöglichkeiten zur Verfügung gestellt hätte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Eine Garantenstellung der A aus Ingerenz ist somit nicht gegeben.

*cc. Garantenstellung der A aus Sachherrschaft*

Eine Garantenstellung der A könnte sich außerdem noch daraus ergeben, dass sie die Mieterin der Wohnung ist, in der der Schwelbrand entstand, der zum Tode des S führte.

Zwar ist anerkannt, dass eine Verantwortung für Sachen dazu führen kann, dass z.B. der Mieter einer Wohnung die Garantenstellung dafür innehat, dass andere nicht durch aus seiner Wohnung stammende Gefahrenquellen geschädigt werden (BGH, NStZ-RR 2003, 153). Dies ist jedoch keine allgemeine Pflicht. Eine entsprechende Garantenstellung trifft den Wohnungsinhaber nur, wenn besondere Umstände hinzukommen, die eine Rechtspflicht zum Handeln begründen, insb. weil die Wohnung aufgrund ihrer Lage oder Beschaffenheit eine besondere Gefahrenquelle darstellt (BGHSt 30, 391; LK-Jescheck, § 13 Rn. 44).

Hier ergibt es sich nicht, dass die Wohnung der A aus besonderen Umständen, z.B. weil dort eine besonders große Unordnung herrschte, in erheblich erhöhtem Umfang brandgefährlich gewesen wäre. Somit lässt sich aus der bloßen Stellung der A als Mieterin und Inhaberin der Wohnung keine Garantenstellung ableiten.

Eine Garantenstellung der A ist somit (aus §§ 1626 I, 1631 I BGB) gegeben.

*f. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs*

A müsste objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt haben und der konkrete Erfolg (Tod des S) sowie der wesentliche Kausalverlauf müssten objektiv vorhersehbar gewesen sein.

Hierzu der BGH: "Die Strafkammer [des Landgerichts] hat die Angeklagte aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen freigesprochen, weil ihr [...] keine Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten vorzuwerfen sei. Ihr sei nicht nachzuweisen, dass sie Zigarettenglut habe fallen lassen und hierdurch den Schwelbrand verursacht habe; auch bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Angeklagte beobachtet habe, einer ihrer Gäste habe Zigarettenglut oder einen glimmenden Zigarettenrest fallengelassen. Demnach habe sie keine Veranlassung gehabt, vor dem Verlassen der Wohnung die auf der Couch liegenden Textilien, Papiere, Zeitungen etc. auf Zigarettenglut oder glimmende Zigarettenreste zu untersuchen. [...] Zu Recht gehen die Staatsanwaltschaft und der Generalbundesanwalt davon aus, das Landgericht habe unzutreffende Anforderungen an die der Angeklagten auferlegten Sorgfaltspflichten gestellt.

Pflichtwidrig im Sinne einer fahrlässigen Tatbestandsverwirklichung handelt, wer objektiv gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt, die gerade dem Schutz des beein-

trächtigten Rechtsguts dient und zu einer Rechtsgutverletzung führt, die der Täter nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten hätte vermeiden können (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl., § 15 Rdn. 12 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGH). Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt bestimmen sich nach den Anforderungen, die bei objektiver Betrachtung einer Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind (BGH NStZ 2003, 657, 658). Im Rahmen der Vorwerfbarkeit ist bei vorliegender Erfolgsabwendungspflicht nicht entscheidend, ob die Pflichtwidrigkeit in einem aktiven Tun liegt oder in einem Unterlassen begründet ist. Der Erfolg einer fahrlässigen Tötung kann genauso wie der einer fahrlässigen Brandstiftung (vgl. dazu Schönke/Schröder-Heine, StGB 26. Aufl., § 306d Rdn. 4) durch ein pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt werden. [...]

Die rechtliche Wertung der Strafkammer, die Angeklagte habe 'weder aufgrund eigenen vorangegangenen Verhaltens noch aufgrund ihr bekannter Unachtsamkeiten Dritter mit restlicher Glut im Bereich der Couch rechnen' müssen, wird von den Feststellungen nicht getragen. Die Angeklagte ist vielmehr den Anforderungen nicht gerecht geworden, die in der konkreten Situation an sie zu stellen waren.

Die Angeklagte, die selbst Raucherin ist, gestattete ihren Gästen, in ihrer Wohnung zu rauchen. Sie ließ die beiden Kinder zumindest in der Zeit zwischen kurz nach 23.30 Uhr und 4.45 Uhr unbeaufsichtigt in der Wohnung, ohne zuvor die unordentlich auf der Couch befindlichen Zeitschriften, Papiere und Kleidungsstücke beseitigt zu haben. Wird der Umgang mit Feuer und sei es auch nur in Form von entzündeten Zigaretten und glimmender Asche zugelassen, erfordert es die allgemein und auch der Angeklagten bekannte Gefahr, die sich in dem achtlosen Umgang mit Feuer und Zigarettenresten verwirklichen kann, dass ein Übergreifen auf Papier und sonstige leicht entflammbare Materialien verhindert oder jedenfalls auf ein Minimum reduziert wird. Diese schon allgemein bestehende Sorgfaltspflicht war aufgrund der hier vorliegenden Umstände besonders gesteigert. Fünf in der Wohnung anwesende Personen hatten zahlreiche Zigaretten geraucht. Die Angeklagte und die Gäste hatten beim Rauchen über Stunden hinweg Alkohol getrunken. Eine Vielzahl von Zigarettenstummeln befand sich auf dem vor der Couch stehenden Glastisch in einem Aschenbecher und in einem Unterteiler. Auf der Couch befanden sich leicht entzündbare Materialien, unter anderem ein Feuerzeug, Papier, eine Zeitschrift, ein Kissen und ein Kleidungsstück. Diese waren zudem in einem unordentlichen Zustand zurückgelassen worden. Hier kommt hinzu, dass die beiden Kinder der Angeklagten noch sehr klein waren und zusätzlich der

Sohn der Angeklagten wegen der Windpocken krank im Bett lag. Angesichts der sich aus diesen Umständen ergebenden gesteigerten Sorgfaltspflicht brauchte der Senat nicht zu entscheiden, ob generell eine Pflichtverletzung schon dann anzunehmen ist, wenn Eltern ihre sich im Kleinkindalter befindenden Kinder über längere Zeit ohne Aufsicht in der Wohnung zurücklassen.

Die Annahme der Strafkammer, das Risiko einer Brandentstehung sei 'unter den gegebenen Umständen eine objektiv fern liegende Möglichkeit', trifft deshalb nicht zu. Unzutreffend ist auch die Annahme der Strafkammer, die Angeklagte habe 'mangels erkennbarer entgegenstehender Anhaltspunkte ... nicht mit etwa noch herumliegenden Glutresten rechnen' müssen. Nach den Feststellungen lagen hier sehr wohl auch für die Angeklagte erkennbare entgegenstehende Anhaltspunkte vor. Deshalb war es geboten, jedenfalls vor einem längeren Verlassen des Raumes, eine Kontrolle auf noch glimmende Zigarettenreste vorzunehmen. Diesen Anforderungen und Notwendigkeiten ist die Angeklagte nicht gerecht geworden."

A hat also bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs sorgfaltspflichtwidrig gehandelt.

#### g. Objektive Zurechnung

Der Tod des S müsste A auch zuzurechnen sein.

#### aa. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zunächst müsste der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben sein, d.h. der tatbestandliche Erfolg müsste gerade eine Folge der Pflichtverletzung des Täters sein, was nicht der Fall wäre, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre (BGHSt 33, 61; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 174).

Hier wäre es denkbar, den Pflichtwidrigkeitszusammenhang mit der Begründung zu verneinen, dass selbst wenn A die Kinder nicht allein gelassen sondern in der Wohnung geblieben wäre und sich schlafen gelegt hätte, das Feuer trotzdem von der (schlafenden) A unbemerkt ausgebrochen wäre und zum Tode des S geführt hätte. Entgegen dieser - auch von Landgericht aufgeworfenen Überlegung - sieht der BGH den Pflichtwidrigkeitszusammenhang jedoch als gegeben an: "Schließlich hält die Auffassung des Landgerichts rechtlicher Prüfung nicht stand, der Angeklagten sei ihr Pflichtenverstoß nicht vorzuwerfen, weil nicht ausschließbar das Brandereignis und der Tod der beiden Kinder auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wären. Das Landgericht hat insoweit nicht bedacht, dass die Pflicht zur sorgfältigen Nachschau hinsichtlich glimmender Zigarettenglut nicht nur bei dem Verlassen der Wohnung, über mehrere Stunden besteht,

sondern auch bei einer nicht nur ganz kurzzeitigen Abwesenheit vom Gefahrenbereich. Die Angeklagte wäre nicht nur beim Verlassen der Wohnung verpflichtet gewesen, den Gefahrenherd im Wohnzimmer zu beseitigen, sondern auch dann, wenn sie sich in der Nacht zum Schlafen gelegt hätte."

Jedenfalls dann, wenn A ihre Pflicht zur Kontrolle des Wohnzimmers auf mögliche Brandherde (s.o.) erfüllt hätte, wäre also der Tod des S mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden.

#### bb. Schutzzweckzusammenhang

Eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes setzt weiter voraus, dass es (zumindest auch) Sinn und Zweck der verletzten Sorgfaltspflicht ist, den tatbestandlichen Erfolg zu verhindern (BGHSt 33, 61; Erb, Jus 1994, 453 ff.).

Sinn und Zweck der von A verletzten Pflicht, das Wohnzimmer auf mögliche Brandherde hin zu untersuchen, ist es natürlich vor allem, die sich in der Wohnung aufhaltenden Personen vor möglichen Schäden durch ein entstehendes Feuer zu schützen. Der Schutzzweckzusammenhang ist somit gegeben.

#### 2. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

#### 3. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

Im Rahmen des Fahrlässigkeitsdeliktes erfordert die Schuld des Täters insb. die subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs (sog. Fahrlässigkeitsschuldvorwurf), d.h. der Täterin müsste es auch nach Ihren persönlichen Fähigkeiten und ihrem Erkenntnishorizont möglich gewesen sein, die Sorgfaltspflichtwidrigkeit ihres Verhaltens und die sich daraus ergebenden Folgen zu erkennen (Tröndle/Fischer, § 15 Rn. 17 mwN).

Der BGH sieht dies als gegeben an: "Nach den bisherigen Feststellungen bedarf es keiner näheren Erörterung, dass der Angeklagten die Gefährlichkeit des Zigarettenrauchens in geschlossenen Räumen allgemein und bei unsachgemäßem Umgang mit der Zigarettenglut und den Ascherückständen mit den möglichen Folgen eines Wohnungsbrands einschließlich des Todes von Wohnungsbewohnern bekannt und daher für sie voraussehbar waren."

Da Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, hat A somit schuldhaft gehandelt.

#### 4. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 222, 13 I StGB.

B. Strafbarkeit der A wegen fahrlässiger Tötung durch

**Unterlassen zum Nachteil der T gem. §§ 222, 13 I StGB**

Aus demselben Grund hat sich A auch wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen zum Nachteil der T gem. §§ 222, 13 I StGB strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit der A wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 229, 13 I StGB**

Da jede (fahrlässige) Tötung stets eine (fahrlässige) Körperverletzung des Opfers als notwendiges Durchgangsstadium enthält (Lackner/Kühl, § 212 Rn. 7), hat A auch jeweils eine fahrlässige Körperverletzung zum Nachteil von S und T verwirklicht. Diese Delikte tre-

ten jedoch als subsidiär hinter die entsprechenden Taten gem. § 222 StGB zurück (BGHSt 16, 122; Schönke/Schröder-Eser, § 222 Rn. 6).

**E. Ergebnis**

A ist strafbar wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen in zwei Fällen. Da die Delikte zwar durch dasselbe Verhalten begangen wurden, aber unterschiedliche Opfer betreffen, bleiben sie nebeneinander in Tateinheit bestehen. A ist also strafbar gem. §§ 222, 13 I; 222, 13 I; 52 StGB.

**IMPRESSUM**

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

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Wiefelspütz, Dieter: "Das Parlamentsbeteiligungsgesetz vom 18.3.2005"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2005, 496 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Das Parlamentsbeteiligungsgesetz regelt die Mitwirkung des Deutschen Bundestages an bewaffneten Einsätzen der Bundeswehr im Ausland. Es geht zurück auf die im Urteil des BVerfG vom 12.7.1994 (BVerfGE 90, 286) entwickelten Grundsätze, die der Autor umfassend und ausblickend darstellt.

<b>Autor/Titel:</b>	Henrichs, Axel: "Staatlicher Einsatz von Videotechnik"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBl 2005, 289 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag befasst sich nicht, wie der weit gefasste Titel vermuten lässt, mit allen denkbaren Einsätzen staatlicher Videotechnik, sondern lediglich mit der Überwachung von öffentlichen Plätzen. Diese werden im Hinblick auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit untersucht, wobei die Prüfung von Grundrechten den weitaus größten Raum einnimmt. Eine Übersicht über die in den Ländern bestehenden Regelungen rundet den Beitrag ab.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schur, Wolfgang: "Grundprobleme der Wirkungsweise von Akzessorietätsprinzip und Sicherungsabrede"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2005, 361 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Während bei den gesetzlich ausgestalteten akzessorischen Sicherungsrechten Bürgschaft, Hypothek und Pfand (vgl. die Aufzählung in § 401 BGB; zudem existiert das akzessorische <i>Sicherungsmittel</i> der Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB) die Verbindung zwischen Bestand und Inhaberschaft des Sicherungsrechtes einerseits mit Existenz und Inhaberschaft der gesicherten Forderung andererseits gesetzlich fixiert ist, sind die weiteren durch Rechtsprechung und -praxis entwickelten Sicherungsrechte - insbes. das Sicherungseigentum, §§ 929, 930 BGB, zunächst abstrakt von der zu sichernden Forderung zu betrachten. Die entsprechende Verbindung wird lediglich auf schuldrechtlicher Ebene durch den Sicherungsvertrag, §§ 311, 241 BGB, hergestellt. Der Autor zeigt diese Unterschiede und ihre Auswirkungen anhand der Fragen des Entstehens der Sicherungsrechte, ihres Erlöschens sowie der Möglichkeiten ihrer Übertragung anschaulich auf.

<b>Autor/Titel:</b>	Schmelz, Christoph: "Der Sicherungsgeberausgleich - Eine rechtliche Problemskizze"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2005, 421 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Dieser kurze Lernbeitrag eignet sich als Ergänzung der Lektüre des zuvor angegebenen Aufsatzes von Schur, da er sich nunmehr mit der Frage des Innenausgleiches mehrerer Sicherungsgeber untereinander befasst und hierbei insbesondere das Verhältnis der dinglichen Sicherungsgeber zu einem Bürgen, der sich für die identische Forderung verbürgt hat, beleuchtet. Die Entstehung des Problems eines "Wettlaufes der Sicherungsgeber" und die unterschiedlichen Lösungsvorschläge werden kurz und prägnant dargestellt.

<b>Autor/Titel:</b>	Gröschler, Peter: "Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 1601 (Heft 23)
<b>Inhalt:</b>	Durch den Verweis des § 437 Nr. 3 BGB auf die Schadensersatzansprüche des allgemeinen Leistungsstörungenrechts für den Fall der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache entsteht - im Unterschied zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung - eine Haftung des Verkäufers für jegliche dem Käufer infolge des Mangels entstandenen Schäden grundsätzlich schon im Falle einfacher Fahrlässigkeit. Da gem. § 276 II BGB fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, wirft dies die Frage auf, inwieweit ein Verkäufer nach objektiven Maßstäben verpflichtet ist, die Sache, deren Verkauf er beabsichtigt, zuvor auf Mängel zu untersuchen. Weiter ist fraglich, inwieweit eine Aufklärungspflicht bezüglich unterschiedlicher Mängel dem Kaufinteressenten gegenüber besteht. Der Autor stellt sich hier aktuellen Tendenzen, die zu einer Überdehnung der Verkäuferpflichten führen und diesen - der doch eigentlich die Kaufsache anpreisen will - verpflichten würden, eine Listen aller in Betracht kommenden Nachteile aufzustellen, entgegen.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Börner, René: "Zum Stand der Zueignungsdogmatik in den §§ 242, 246 StGB"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 389 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Seit dem Wegfall des Tatbestandsmerkmals "in Besitz oder Gewahrsam" im Rahmen des § 246 I StGB ist die Zueignung das zentrale Element dieses Delikts geworden. Umso mehr erlangt die Frage Bedeutung, was denn hierunter überhaupt zu verstehen ist. Der Verfasser stellt die klassischen Zueignungstheorien, die zu § 242 StGB entwickelt wurden, gegenüber, destilliert daraus die zentralen Fallgruppen der Zueignung und versucht, die gefundenen Ergebnisse auf § 246 StGB zu projizieren. Zu einem griffigen oder überzeugenden Ergebnis gelangt jedoch auch er nicht.

<b>Autor/Titel:</b>	Rönnau, Thomas: "'Der Lösegeldbote' - Täter- oder Opfergehilfe bei der Erpressung?"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2005, 481 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Bedient sich das Opfer einer Erpressung einer Hilfsperson, um die Übergabe des Lösegeldes zu bewerkstelligen, so stellt sich grundsätzlich die Frage, ob dieser Bote sich nicht vielleicht seinerseits wegen Beihilfe zur Erpressung strafbar macht, da er deren Vollendung schließlich fördert. Dass dies nicht das richtige Ergebnis sein kann, leuchtet ein; die Straflosigkeit des Boten dogmatisch zu begründen ist allerdings gar nicht so einfach. Der Autor beleuchtet verschiedene denkbare Lösungsansätze und entscheidet sich schließlich für das Vorliegen einer rechtfertigenden Einwilligung des Opfers.

<b>Autor/Titel:</b>	Walter, Tonio: "Zur Lehre von den Konkurrenzen: die Gesetzeskonkurrenz"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2005, 468 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	In dem Abschluss der Trilogie zu den Konkurrenzen (die ersten Teile waren in JA 2004, 133 und JA 2004, 572) befasst sich der Autor mit der Gesetzeskonkurrenz, also den Fallgruppen, in denen ein Delikt hinter ein anderes zurücktritt (auch: Konkurrenzen im engeren Sinne). Hierbei lässt er zwar eine deutliche Unterscheidung zwischen Tateinheit und -mehrheit vermissen, stellt die einzelnen Fallgruppen jedoch übersichtlich dar. Wie die ersten beiden Teile dieser Aufsatzreihe beinhaltet auch dieser in konzentrierter Form alles Wesentliche, was es zu den Konkurrenzen zu wissen gibt.