

## Öffentliches Recht

### Standort: Grundrechte

### Problem: Präventive Telefonüberwachung

BVERFG, URTEIL VOM 27.07.2005

1 BvR 668/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Das BVerfG erklärt in dem vorliegenden, auf eine Verfassungsbeschwerde hin ergangenen Urteil § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 NdsSOG für verfassungswidrig. Die Normen erlaubten der Polizei in Niedersachsen, personenbezogene Daten durch Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu erheben, zu speichern und zu verwenden, um Straftaten vorbeugen und Vorsorge für die effektive Verfolgung von Straftaten treffen zu können. Dabei geht das BVerfG auf mehrere bedeutsame Fragen ein:

1. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ist u.a. gem. § 90 I BVerfGG die Beschwerdebefugnis erforderlich, die neben der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung voraussetzt, dass der Beschwerdeführer (Bf.) selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist. Besonders die unmittelbare Betroffenheit ist bei Gesetzesverfassungsbeschwerden problematisch, wenn - wie hier - das Gesetz noch eines Ausführungsaktes bedarf, um es in der Person des Bf. zu einem Grundrechtseingriff kommen zu lassen, es also nicht "self-executing" wirkt. Das BVerfG lässt solche Verfassungsbeschwerden aber ausnahmsweise dann zu, wenn der Bürger sich gegen den Ausführungsakt selbst nicht wehren kann, etwa weil er - wie hier das Abhören der Telefone - heimlich geschieht.

2. In der Begründetheit geht das BVerfG zunächst auf das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG ein, das bekanntlich auch für den hier einschlägigen Art. 10 GG gilt. Es führt aus, dass ein Änderungsgesetz jedenfalls dann selbst das einzuschränkende Grundrecht zitieren müsse, wenn mit der Änderung eine Ausweitung der staatlichen Befugnisse (bzw. anders herum formuliert ein zusätzlicher Eingriff in das Grundrecht) verbunden sei. In einem solchen Fall genüge es nicht, dass schon das geänderte Gesetz ein Zitat enthalte, weil dieses sich eben nicht auf den zusätzlichen Eingriff beziehe und daher die Warnfunktion des Zitiergebots jedenfalls in Bezug auf diesen zusätzlichen Eingriff nicht erfüllen könne.

3. Sodann wird die Gesetzgebungskompetenz des Landes untersucht. Das BVerfG bejaht diese, soweit es um die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten, also Prävention geht. Soweit im NdsSOG allerdings die Rede

von der Vorsorge für die effektive Verfolgung von Straftaten ist, ordnet das BVerfG diese der repressiven Seite zu, die in der StPO, also im Bundesrecht, abschließend geregelt sei. Da der Bund von seiner Kompetenz aus Art. 72 II, 74 I Nr. 1 GG abschließenden Gebrauch gemacht habe, bleibe für das Land keine Lücke i.S.d. Art. 72 I GG. Dieser Teil des NdsSOG war also schon wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Landes verfassungswidrig.

4. Einen breiten Raum widmet das BVerfG dem Bestimmtheitsgrundsatz, den es hier nicht Art. 20 III GG, sondern - einer neuen Tendenz folgend (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]) - dem Grundrecht selbst entnimmt: Dieses fordere die hinreichende Bestimmtheit der Schranke, damit der Bürger erkennen könne, was er dürfe und was nicht. Das Gericht überprüft sodann diverse generalklauselartige Begriffe kritisch auf ihre Bestimmtheit.

5. In materieller Hinsicht schlägt das BVerfG die Brücke zu seinem Urteil betreffend den großen Lauschangriff nach §§ 100c ff. StPO, über das die RA ausführlich berichtet hat (BVerfG, RA 2004, 153 und 280 = NJW 2004, 999). Dort war u.a. bemängelt worden, dass die in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) eingreifenden Gesetze dem absoluten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht hinreichend Rechnung trugen und daher verfassungswidrig waren. Diese Rechtsprechung überträgt das BVerfG nun auf Art. 10 GG. Danach darf auch beim Abhören von Telefonaten die nach Art. 1 I GG schrankenlose Menschenwürde auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 I GG nicht angetastet werden. Das zu Eingriffen in Art. 10 GG ermächtigende Gesetz muss daher Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung vorsehen. Dies ist im angegriffenen § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 NdsSOG nicht geschehen, so dass die Norm insgesamt verfassungswidrig ist.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil streift viele im Grundrechtsbereich relevante Probleme wie Gesetzgebungskompetenz, Zitiergebot, Bestimmtheitsgrundsatz, Beschwerdebefugnis und Verhältnismäßigkeit und eignet sich daher hervorragend für Examensaufgaben. Beachtet werden sollte, dass das BVerfG das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG explizit in der formellen Verfassungsmäßigkeit prüft,

während man die übrigen Regelungen des Art. 19 GG - also das Verbot des Einzelfallgesetzes nach Art. 19 I 1 GG und die Unantastbarkeit des Wesensgehalts nach Art. 19 II GG - eher einer Inhaltskontrolle, also der materiellen Verfassungsmäßigkeit zuordnen würde.

Beachtung sollte ferner finden, dass das BVerfG die Grundrechte aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) und Art. 5 I 1 GG (Meinungsfreiheit) für subsidiär zu Art. 10 GG hält, sofern es um die Überwachung der "mit Mitteln der Telekommunikation geäußerten Meinungen" (zu Deutsch: Telefonieren) geht.

Zu den materiellen Ausführungen hinsichtlich des unantastbaren Schutzes individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung ist festzuhalten, dass das BVerfG diesen unantastbaren Kernbereich erneut - wie schon im Urteil zum großen Lauschangriff - zwar Art. 1 I GG entnimmt, die Menschenwürde aber nicht als eigenes Grundrecht prüft, sondern hierauf inzidenter in der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in ein anderes Freiheitsgrundrecht (dort Art. 13 GG, hier Art. 10 GG) eingeht.

Es wird ausgeführt, ein Eingriff in diesen Kernbereich sei unter keinen Umständen zulässig. Blicke es bei diesem absoluten Schutz, müsste die Polizei die Abhöranlagen tatsächlich abschalten, wenn etwa der potenzielle Bombenleger Anstalten macht, seiner Ehefrau am Telefon Details eines geplanten Attentats zu verraten. Vor dieser Konsequenz schreckt offenbar auch das BVerfG zurück, das sich ein "Hintertürchen" offen hält, indem es formuliert: "Verfassungsrechtlich hinzunehmen ist [das Risiko eines Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung] allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lässt. Hinzu müssen Vorkehrungen kommen, die sichern, dass die Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet werden dürfen, sondern unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist."

#### **Vertiefungshinweise:**

- Urteil des BVerfG zum "großen Lauschangriff": BVerfG, RA 2004, 153 und 280 = NJW 2004, 999
- Zur präventiven Überwachung von Telekommunikation: Huber, NJW 2005, 2260
- Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des "G 10": BVerfG, RA 1999, 411 = BVerfGE 93, 181
- Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Träger des Fernmeldegeheimnisses: BVerfG, RA 2003, 333 = BVerfGE 107, 299; Kugelman, NJW 2003, 1777

#### **Leitsätze:**

**1. Führt die Änderung eines Gesetzes zu neuen Grundrechtseinschränkungen, ist das betroffene Grundrecht im Änderungsgesetz auch dann gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG zu benennen, wenn das geänderte Gesetz bereits eine Zitiervorschrift im Sinne dieser Bestimmung enthält.**

**2. Der Bundesgesetzgeber hat abschließend von seiner Gesetzgebungsbefugnis aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Gebrauch gemacht, die Verfolgung von Straftaten durch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung zu regeln. Die Länder sind deshalb nicht befugt, die Polizei zur Telekommunikationsüberwachung zum Zwecke der Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten zu ermächtigen.**

**3. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit von gesetzlichen Ermächtigungen zur Verhütung und zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten durch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung.**

#### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich unmittelbar gegen § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds.SOG) und damit gegen die darin enthaltene Ermächtigung der Polizei, personenbezogene Daten durch Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu erheben.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Seine Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

##### **A. Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Der Beschwerdeführer ist durch die angegriffenen Vorschriften unmittelbar (I.) sowie selbst und gegenwärtig (II.) in seinen Grundrechten betroffen (vgl. BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [305 ff.]).

##### **I. Unmittelbare Betroffenheit**

Eine Verfassungsbeschwerde kann sich ausnahmsweise unmittelbar gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz richten, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann, weil er keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt (vgl. BVerfGE 30, 1 [16 f.]; 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.]). Gleiches gilt, soweit eine nachträgliche Bekanntgabe zwar vorgesehen ist, von ihr aber aufgrund weitreichender Ausnahmetatbestände auch langfristig abgesehen werden kann. Unter diesen Umständen ist effektiver fachgerichtlicher Rechtsschutz ebenfalls nicht gewährleistet (vgl. BVerfGE 109, 279 [307]; LVerfG MV, LKV 2000, S. 345 [346]).

Die Datenerhebung durch Überwachung der Telekommunikation gemäß § 33a Nds.SOG erfolgt heimlich. Der Betroffene erfährt weder vor noch während der Durchführung von der Maßnahme, so dass zu diesem Zeitpunkt kein fachgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Der Umstand, dass § 30 Abs. 4 Nds.SOG eine Unterrichtung vorsieht, sobald dies ohne Gefährdung der Maßnahme möglich ist, steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen. Eine zeitnahe Kenntnis von der Maßnahme und eine daran anknüpfende Möglichkeit zur Überprüfung im gerichtlichen Verfahren sind nicht gewährleistet, weil § 30 Abs. 5 Nds.SOG umfangreiche Ausnahmetatbestände enthält. Nach dieser Vorschrift unterbleibt die Benachrichtigung, solange Zwecke der Verfolgung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit entgegenstehen (Nr. 1), wenn zur Durchführung der Unterrichtung in unverhältnismäßiger Weise weitere Daten über die betroffene Person erhoben werden müssten (Nr. 2) oder solange durch das Bekanntwerden der Datenerhebung Leib, Leben, Freiheit oder ähnlich schutzwürdige Belange einer Person oder die weitere Verwendung einer Vertrauensperson oder der weitere Einsatz einer Verdeckten Ermittlerin oder eines Verdeckten Ermittlers gefährdet werden (Nr. 3). Insbesondere durch Nummer 3 kann die Mitteilung an die Betroffenen auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen sein.

### *II. Eigene, gegenwärtige Betroffenheit*

Der Beschwerdeführer ist durch die angegriffenen Vorschriften auch selbst und gegenwärtig betroffen. Erfolgt die konkrete Beeinträchtigung - wie hier - zwar erst durch die Vollziehung des angegriffenen Gesetzes, erlangt der Betroffene jedoch in der Regel keine Kenntnis von den Vollzugsakten, reicht es für die Möglichkeit der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit aus, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. BVerfGE 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]; 109, 279 [307 f.]). Der geforderte Grad der Wahrscheinlichkeit wird davon beeinflusst, welche Möglichkeit der Beschwerdeführer hat, seine Betroffenheit darzulegen. So ist bedeutsam, ob die Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Personenkreis zielt oder ob sie eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann. Darlegungen, durch die sich der Beschwerdeführer selbst einer Straftat bezichtigen müsste, dürfen zum Beleg der eigenen gegenwärtigen Betroffenheit nicht verlangt werden (vgl. BVerfGE 109, 279 [308]). Im Hinblick darauf genügen die Darlegungen des Beschwerdeführers zum Nachweis seiner persönlichen und gegenwärtigen Betroffenheit. Betroffener einer Überwachung ist jeder, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die Maßnahme eingegriffen wird, auch wenn er

nicht Zielperson der Anordnung ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [308]). Die Möglichkeit, Objekt einer Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung aufgrund der angegriffenen Regelung zu werden, besteht praktisch für jedermann. Sie kann nicht nur den möglichen Straftäter selbst oder dessen Kontakt- und Begleitpersonen erfassen, sondern auch Personen, die mit den Adressaten der Maßnahme über Telekommunikationseinrichtungen in Verbindung stehen.

### *B. Begründetheit.*

Die angegriffenen Regelungen des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG sind mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb nichtig.

#### *I. Allgemeines Persönlichkeitsrecht*

Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung ist im Hinblick auf die geltend gemachte Freiheitseinschränkung Art. 10 GG. Das allgemein aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht auf informationelle Selbstbestimmung tritt hinter die speziellere Gewährleistung aus Art. 10 GG zurück, soweit die Schutzbereiche sich überschneiden (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 110, 33 [53]).

#### *II. Meinungsfreiheit*

Das Gleiche gilt für die Gewährleistung der freien Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG, soweit der Eingriff in der staatlichen Wahrnehmung und gegebenenfalls Verarbeitung der mit Mitteln der Telekommunikation geäußerten Meinungen liegt. Darauf aber beschränkt sich die Rüge des Beschwerdeführers.

#### *III. Fernmeldegeheimnis*

Die Regelungen des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG ermächtigen zu Eingriffen in das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG. Die Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses durch die angegriffenen Normen genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht; denn sie sind in formeller Hinsicht verfassungswidrig und verstoßen auch gegen materielles Verfassungsrecht.

##### *1. Schutzbereich betroffen*

Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses umfasst den Kommunikationsinhalt und die Kommunikationsumstände. Die öffentliche Gewalt soll grundsätzlich nicht die Möglichkeit haben, sich Kenntnis vom Inhalt der über Fernmeldeanlagen abgewickelten mündlichen oder schriftlichen Information zu verschaffen. Dabei bezieht sich der Grundrechtsschutz auf alle mittels der Fernmeldetechnik ausgetauschten Informationen (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [37]; 107, 299 [313]; 110, 33 [52 f.]). In den Schutzbereich fällt auch die Erlangung der Kenntnis, ob, wann, wie oft und zwischen welchen Personen Telekommunikation stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE

67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.]). Die freie Kommunikation, die Art. 10 GG sichert, leidet, wenn zu befürchten ist, dass der Staat entsprechende Kenntnisse verwertet (vgl. BVerfGE 65, 1 [42 f.]; 93, 181 [188]; 100, 313 [359]). Daher erstreckt sich die Schutzwirkung des Art. 10 GG auch auf den Informations- und Datenverarbeitungsprozess, der sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließt und in dem Gebrauch von den erlangten Kenntnissen gemacht wird (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 110, 33 [68 f.]).

## 2. Eingriff

Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt vor. Aufgrund der angegriffenen Normen können sich staatliche Stellen ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis von dem Inhalt und den Umständen eines fernmelde-technisch vermittelten Kommunikationsvorgangs verschaffen (vgl. BVerfGE 100, 313 [366]; 107, 299 [313]). Nach § 33a Abs. 2 Nds.SOG können Inhalte der Telekommunikation - auch soweit sie innerhalb des Telekommunikationsnetzes in Datenspeichern abgelegt sind - ebenso erfasst werden wie die Verbindungsdaten und die Standortkennung von Mobilfunk-einrichtungen. Die Vielzahl der im Rahmen der modernen Telekommunikation erfassbaren Daten führt zu einer besonderen Intensität der mit den verschiedenen Überwachungsmaßnahmen verbundenen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis (vgl. BVerfGE 107, 299 [318 f.] - zu Verbindungsdaten).

Zusätzliche Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 GG können dadurch begründet werden, dass die erhobenen Daten unter den Voraussetzungen der §§ 38 ff. Nds.SOG auch zu anderen Zwecken als dem ursprünglichen Erhebungszweck verarbeitet und übermittelt werden können (vgl. BVerfGE 110, 33 [68 f.]).

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

### a. Formelle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

Die Regelungen des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG sind formell verfassungswidrig. Der niedersächsische Gesetzgeber hat gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen. Darüber hinaus hat er seine Gesetzgebungskompetenz überschritten, soweit nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG die Telekommunikationsüberwachung zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten vorgesehen ist.

#### aa. Zitiergebot

Im Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes vom 11. Dezember 2003 (Nds.GVBl S. 414) fehlt der nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG erforderliche Hinweis auf die Einschränkung des Art. 10 Abs. 1 GG.

### (1). Anforderungen an den Gesetzgeber

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels benennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Das Grundrecht auf Wahrung des Fernmeldegeheimnisses wird durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt und steht nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG unter einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Das Zitiergebot findet Anwendung auf Grundrechte, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen (vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.]), also auch auf das Fernmeldegeheimnis. Die Verletzung des Zitiergebots bewirkt die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes (vgl. BVerfGE 5, 13 [15 f.]).

### (2). Funktion des Zitiergebots

Das Zitiergebot erfüllt eine Warn- und Besinnungsfunktion (vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.]). Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vornimmt, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt (vgl. BVerfGE 5, 13 [16]; 85, 386 [404]). Die ausdrückliche Benennung erleichtert es auch, die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs in öffentlicher Debatte zu klären. Diese Warn- und Besinnungsfunktion betrifft nicht nur eine erstmalige Grundrechtseinschränkung, sondern wird bei jeder Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen bedeutsam, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt.

### (3). Besonderheiten bei Änderungsgesetzen

Der gesetzliche Hinweis auf die Grundrechtseinschränkung war vorliegend nicht entbehrlich. Zwar enthielt bereits § 10 NGefAG einen Hinweis auf die Einschränkung des Art. 10 Abs. 1 GG, der auch im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung unverändert fortgilt. Die Benennung des eingeschränkten Grundrechts im fortgeltenden Gesetz reichte aber nicht aus, da mit § 33a Nds.SOG eine deutlich erweiterte Eingriffsgrundlage für eine präventive Telekommunikationsüberwachung durch die Polizei geschaffen wurde (vgl. LTDrucks 15/240, S. 15).

### (4). Motive unbeachtlich

Das Zitiererfordernis entfällt nicht im Hinblick auf den Hinweis in der Gesetzesbegründung (LT-Drucks 15/240, S. 15), der Gesetzgeber sei sich der Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses durch § 33a Nds.SOG bewusst gewesen und davon ausgegangen, dass dem Zitiergebot durch die bestehende Regelung des § 10 NGefAG (jetzt § 10 Nds.SOG) entsprochen werde. Ein bloßer Hinweis in der Gesetzesbegründung genügt dem Formerfordernis des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nicht. Im Übrigen ist die im Gesetzentwurf ur-

sprünglich vorgesehene Regelung später nach Befassung des Landtagsausschusses für Inneres und Sport deutlich verschärft und die Zitierproblematik ist in den Gesetzesmaterialien nicht erneut thematisiert worden.

*(5). Rechtsfolgen*

Allerdings bleibt die Nichtbeachtung des Zitiergebots für die Wirksamkeit des angegriffenen Gesetzes ohne Konsequenzen. Das Bundesverfassungsgericht hatte bisher nicht geklärt, ob es in den Fällen, in denen das ändernde Gesetz zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt oder ermächtigt, den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG genügt, wenn das geänderte Gesetz bereits eine Zitiervorschrift im Sinne dieser Bestimmung enthält. In der Folge hat sich hierzu eine unterschiedliche Praxis in der Gesetzgebung herausgebildet. Aus Gründen der Rechtssicherheit führt die Nichtbeachtung des Zitiergebots erst bei solchen grundrechtseinschränkenden Änderungsgesetzen zur Nichtigkeit, die nach dem Zeitpunkt der Verkündung dieser Entscheidung beschlossen werden.

*bb. Gesetzgebungskompetenz*

Das Land Niedersachsen hatte nur für einen Teil der angegriffenen Regelungen eine Gesetzgebungskompetenz.

*(1). Grundsatz*

Nach Art. 70 Abs. 1 GG verfügen die Länder über das Recht der Gesetzgebung, soweit die Gesetzgebungsbefugnis nicht dem Bund zugewiesen ist.

*(2). Ausnahmen*

Zwar ist die präventive Telekommunikationsüberwachung nicht der ausschließlichen Kompetenz des Bundes nach Art. 73 Nr. 7 GG zuzuordnen und stellt die Verhütung von Straftaten eine landesrechtliche Aufgabe der Gefahrenabwehr dar. § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG ist aber mit den Vorschriften des Grundgesetzes zur Gesetzgebungsbefugnis insofern nicht vereinbar, als die Telekommunikationsüberwachung auch zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten ermöglicht wird. Dieser Sachbereich ist der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Art. 72, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen. Jedenfalls für den Bereich der Telekommunikationsüberwachung hat der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungsbefugnis abschließend Gebrauch gemacht.

*(a). Ausschließliche Bundeskompetenz*

Eine Zuständigkeit des Bundes für Maßnahmen im Bereich der Telekommunikationsüberwachung folgt nicht aus Art. 73 Nr. 7 GG. Die ausschließliche Zuweisung der Gesetzgebungsbefugnis für die Telekommunikation betrifft die technische Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur und der Informationsübermittlung, nicht aber Regelungen, die auf

die übermittelten Inhalte oder die Art der Nutzung der Telekommunikation ausgerichtet sind. Bei den Regelungen über die Telekommunikationsüberwachung in § 33a Nds.SOG geht es nicht vorrangig um technische Fragen der Datenübermittlung, sondern um den Zugriff auf Informationen. [...]

*(b). Konkurrierende Bundeskompetenz*

*(aa). Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*

Für die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten besteht keine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (gerichtliches Verfahren unter Einschluss des Strafverfahrens). Das Tatbestandsmerkmal der Verhütung von Straftaten erfasst Maßnahmen, die drohende Rechtsgutverletzungen von vornherein und in einem Stadium verhindern sollen, in dem es noch nicht zu strafwürdigem Unrecht gekommen ist. Derartige Maßnahmen sind allenfalls insoweit der Bundeskompetenz zuzuordnen, als sie zu einem von ihr erfassten Sachbereich in einem notwendigen Zusammenhang stehen, insbesondere für den wirksamen Vollzug der Bundesregelung erforderlich sind (vgl. BVerfGE 109, 190 [215]). Das ist bei den hier zu beurteilenden Bestimmungen des niedersächsischen Gesetzes nicht der Fall.

*(bb). Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten*

Die Telekommunikationsüberwachung ist allerdings nicht auf die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten beschränkt, sondern sieht in § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG die "Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten" als eigenständiges Tatbestandsmerkmal vor. Die Vorsorge für die Verfolgung noch gar nicht begangener, sondern in ungewisser Zukunft bevorstehender Straftaten gehört zum gerichtlichen Verfahren. Von der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG normierten konkurrierenden Gesetzgebung zur Strafverfolgung hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der Telekommunikationsüberwachung abschließend Gebrauch gemacht, so dass die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG von der Gesetzgebung ausgeschlossen sind.

*(aaa). Zuordnung zum repressiven Bereich (Strafverfolgung)*

Das niedersächsische Recht hat die Verfolgungsvorsorge als eigenständige Aufgabe mit der Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung geregelt. Das Gesetz trennt ausdrücklich zwischen der Vorsorge für die Verfolgung und der Verhütung einer Straftat. Danach können die Maßnahmen gemäß § 33a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 Nds.SOG auch ergriffen werden, wenn die Verhütung einer Straftat nicht oder nicht mehr im Raum steht. Die Vorsorge für die spätere Verfolgung von Straftaten ist kompetenzmäßig dem "gerichtlichen Verfahren" im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen. Die gesetzliche Ermächtigung bezweckt die

Sicherung von Beweisen für ein künftiges Strafverfahren.

Allerdings fehlt es im Zeitpunkt der Überwachungsmaßnahme, anders als für die Strafverfolgung im herkömmlichen Sinne, an einer bereits begangenen Straftat. Die Verfolgungsvorsorge erfolgt in zeitlicher Hinsicht präventiv, betrifft aber gegenständlich das repressiv ausgerichtete Strafverfahren. Die Daten werden zu dem Zweck der Verfolgung einer in der Zukunft möglicherweise verwirklichten konkreten Straftat und damit letztlich nur zur Verwertung in einem künftigen Strafverfahren, also zur Strafverfolgung, erhoben. Dabei knüpft die Ermächtigung zur Erhebung personenbezogener Daten in § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG an das erwartete Handeln von Personen an, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden. Eine Verwertung der erhobenen Daten für diesen Zweck kommt erst in Betracht, wenn tatsächlich eine Straftat begangen wurde und daraus strafprozessuale Konsequenzen gezogen werden. Die der Verfolgungsvorsorge zugeordneten Daten und Informationen sind insofern dazu bestimmt, in ungewisser Zukunft in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren einzufließen. Es geht – jenseits eines konkreten Anfangsverdachts (vgl. LTDrucks 15/240, S. 16) – um die Beweisbeschaffung zur Verwendung in künftigen Strafverfahren, nicht um eine präventive Datenerhebung zur Verhütung von Straftaten. Eine solche Verfolgungsvorsorge gehört zum gerichtlichen Verfahren im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

Sowohl im gerichtlichen Hauptverfahren als auch im vorgelagerten Ermittlungsverfahren geht es um die Aufklärung eines konkreten Straftatverdachts gegen einen konkreten Beschuldigten. Dies bedeutet indes nicht, dass erst nach Vorliegen eines Anfangsverdachts die Zuordnung zum gerichtlichen Verfahren erfolgen kann (so aber Gärditz, Strafprozess und Prävention, 2003, S. 328, 331, 359, 429). Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG enthält keine Einschränkungen dahingehend, dass vorsorgende Maßnahmen, die sich auf die Durchführung künftiger Strafverfahren beziehen, von der Zuweisung zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nicht erfasst sein sollen (vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, BVerfGE 103, 21 [30]). Die Ungewissheit, ob die zur Strafverfolgung vorsorglich gespeicherten Daten für diesen Zweck später benötigt werden, kann sich bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme auswirken, steht aber der Zuordnung der Regelungen zur Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren nicht entgegen.

*(bbb). Abschließende Regelung im Bundesrecht*

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG in abschließender Weise Gebrauch gemacht. Inwieweit bundesgesetzliche Regelungen er-

schöpfend sind, kann nicht allgemein, sondern nur anhand der einschlägigen Bestimmungen und des jeweiligen Sachbereichs festgestellt werden (vgl. BVerfGE 109, 190 [229]). Es ist in erster Linie auf das Bundesgesetz selbst, sodann auf den hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner auf die Gesetzgebungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien abzustellen (vgl. BVerfGE 98, 265 [300 f.]). Der Bund macht von seiner Kompetenz nicht nur dann Gebrauch, wenn er eine Regelung getroffen hat. Vielmehr kann auch das absichtsvolle Unterlassen eine Sperrwirkung für die Länder erzeugen (vgl. BVerfGE 32, 319 [327 f.]; 98, 265 [300]). Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich ein Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz für unzureichend hält (vgl. BVerfGE 32, 319 [327]; 36, 193 [211 f.]; 36, 314 [320]; 85, 134 [147]; 98, 265 [300]; 109, 190 [230]). [...]

Der Bundesgesetzgeber hat mit der Regelung der Telekommunikationsüberwachung in der Strafprozessordnung eine abschließende Regelung getroffen. Die bestehenden Vorschriften lassen insbesondere eine konzeptionelle Entscheidung gegen zusätzliche, in das erweiterte Vorfeld einer Straftat verlagerte Maßnahmen erkennen. Dieser Entscheidung widersprechen die angegriffenen Regelungen [wird ausgeführt].

*b. Materielle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes*

Die angegriffenen Normen sind auch in materieller Hinsicht nicht mit der Verfassung vereinbar. Sie sind nicht hinreichend bestimmt und genügen nicht den Anforderungen, die der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an die Angemessenheit eines grundrechtsbeschränkenden Gesetzes im Sinne des Art. 10 Abs. 1 Satz 2 GG stellt. Ferner fehlen im Gesetz Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.

*aa. Bestimmtheitsgebot*

§ 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG entsprechen nicht dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit.

*(1). Herleitung*

Grundlage des Bestimmtheitsgebots ist vorliegend Art. 10 GG selbst (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]). Das Gebot soll sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]). Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfGE 100, 313 [359 f., 372]; 110, 33 [53]).

*(2). Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm*

Anhand der gesetzlichen Regelung muss der Betroffene die Rechtslage so erkennen können, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen sich, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert (vgl. BVerfGE 83, 130 [145]; 86, 288 [311]; 108, 52 [75]; 110, 33 [53]). Für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen verlangt das Bestimmtheitsgebot zwar nicht, dass die konkrete Maßnahme vorhersehbar ist, wohl aber, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist. Hinreichend bestimmte Voraussetzungen des staatlichen Eingriffs - und damit der ihn begrenzenden Maßstäbe - kommen auch Personen zugute, denen die konkreten Handlungsvoraussetzungen nicht bekannt sein können, weil sie den Anlass nicht geschaffen haben und eher zufällig betroffen sind.

*(3). Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes*

Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen ferner dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen (vgl. BVerfGE 56, 1 [12]; 110, 33 [54]). Dies setzt voraus, dass hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden. Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein (vgl. BVerfGE 78, 214 [226]). Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzte Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates sichern und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll. Dieser Aspekt der Bindung der Verwaltung ist bei einer Überwachungsmaßnahme besonders wichtig, da der Betroffene von ihr nichts weiß und daher keine Möglichkeit hat, in einem vorgeschalteten Verfahren Einfluss auf das eingreifende Verhalten der Verwaltung zu nehmen. Der Schutz durch begrenzte Maßstäbe erhält zusätzlich besondere Bedeutung dadurch, dass auch betroffene Dritte - hier die anderen Telekommunikationsteilnehmer, gegebenenfalls auch Kontakt- und Begleitpersonen - mit einer staatlichen Überwachung nicht rechnen und sich deshalb vor einem Einblick in ihren Privatbereich nicht schützen können (vgl. BVerfGE 110, 33 [54]). Darüber hinaus sollen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit die Gerichte in die Lage versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren. Das gilt auch, wenn das Gericht schon vor Ergreifen der Maßnahme oder bei ihrem weiteren Vollzug zur Kontrolle der Verwaltung eingeschaltet wird (vgl. BVerfGE 110, 33 [54 f.]).

*(4). Besonderheiten bei der Verhinderung künftiger**Straftaten*

Bei der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten oder bei ihrer Verhütung kann nicht an dieselben Kriterien angeknüpft werden, die für die Gefahrenabwehr oder die Verfolgung begangener Straftaten entwickelt worden sind. Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen, setzen eine konkrete Gefahrenlage voraus. Die Strafverfolgung knüpft an den Verdacht einer schon verwirklichten Straftat an. Solche Bezüge fehlen, soweit die Aufgabe darin besteht, im Vorfeld der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Vorsorge im Hinblick auf in der Zukunft eventuell zu erwartende Straftaten zu treffen. Deshalb müssen hier die Bestimmtheitsanforderungen spezifisch an dieser Vorfeldsituation ausgerichtet werden.

Bei der Vorverlagerung des Eingriffs in eine Phase, in der sich die Konturen eines Straftatbestandes noch nicht abzeichnen, besteht das Risiko, dass der Eingriff an ein nur durch relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Straftaten gekennzeichnetes, in der Bedeutung der beobachteten Einzelheiten noch schwer fassbares und unterschiedlich deutbares Geschehen anknüpft. Sachverhaltsfeststellung und Prognose sind mit vorgreiflichen Einschätzungen über das weitere Geschehen, ebenso wie über die erst noch bevorstehende strafrechtliche Relevanz der festgestellten Tatsachen verknüpft (vgl. BVerfGE 110, 33 [59]). Da der Eingriff sich auf mögliche zukünftige Aktivitäten bezieht, kann er sich häufig nur auf Tatsachen stützen, bei denen noch offen ist, ob sie sich zu einer Rechtsgutverletzung weiterentwickeln (vgl. BVerfGE 110, 33 [59]). Die Situation der Vorfeldermittlung ist insofern durch eine hohe Ambivalenz der potenziellen Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die Indizien oder einzelne beobachtete Tätigkeiten können in harmlosen, strafrechtlich unerheblichen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat führt.

Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so hat er die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist. Die Norm muss handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthalten, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist (vgl. BVerfGE 110, 33 [56]).

*(5). Subsumtion*

§ 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG genügt diesen Anforderungen nicht. Die Regelungen verlangen keinen konkreten, in der Entwicklung begriffenen Vorgang

oder dessen Planung (vgl. dazu BVerfGE 110, 33 [56, 57, 58]), aber auch keine konkreten Vorbereitungs-handlungen, wie sie etwa in § 23a Abs. 2 und 3 des Zollfahndungsdienstgesetzes (ZFDG) in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 vom 21. Dezember 2004 (BGBl I S. 3603) umschrieben sind. Es genügt die auf Tatsachen gegründete, nicht näher konkretisierte Möglichkeit, dass jemand irgendwann in Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird. Eine derart weite Ermächtigung wird dem Bestimmtheitsgebot nicht gerecht. Dies betrifft sowohl die Anknüpfung an Tatsachen, die die Annahme der Begehung von Straftaten erheblicher Bedeutung rechtfertigen (§ 33a Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 2 Nr. 10 Nds.SOG), als auch den Begriff der Kontakt- und Begleitpersonen (§ 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG). Das Erfordernis richterlicher Anordnung der Maßnahme beseitigt die Bestimmtheitsdefizite nicht.

(a). *“Tatsache”*

Der in § 33a Abs. 1 Nr. 2 Nds.SOG verwendete Begriff der "Tatsache" ist isoliert betrachtet allerdings hinreichend bestimmt (vgl. BVerfGE 110, 33 [61]). Er nimmt eine Abgrenzung zu bloßen Vermutungen und allgemeinen Erfahrungssätzen vor, die für sich allein gerade nicht ausreichen sollen. Dennoch genügt das Tatbestandsmerkmal in seiner Bezugnahme auf eine künftige Straftatenbegehung den Bestimmtheitsanforderungen nicht.

Es sind vielfältige Anknüpfungen denkbar, die nach hypothetischem Kausalverlauf in der Straftatenbegehung eines potenziellen Täters (so die Begriffswahl bei J. Ipsen, NdsVBl 2003, S. 281 [285]) münden können. Weder hinsichtlich möglicher Indikatoren und des Grads der Wahrscheinlichkeit eines solchen Ablaufs noch in zeitlicher Hinsicht sieht das Gesetz Beschränkungen vor. Die im Vorfeld künftiger Straftaten bestehenden Schwierigkeiten der Abgrenzung eines harmlosen von dem in eine Straftatenbegehung mündenden Verhaltens werden in der Ermächtigung nicht durch einschränkende Tatbestandsmerkmale bewältigt. Die Bestimmung der Voraussetzungen und Grenzen des Eingriffs obliegt vielmehr der Polizei. Sie entscheidet ohne nähere gesetzliche Vorgaben über die Grenzen der Freiheit des Bürgers und muss sich die Maßstäbe dafür selbst zurechtlegen. Sie wird insoweit gewissermaßen tatbestandsergänzend tätig. Die Schaffung eingriffsbeschränkender Maßstäbe ist aber Aufgabe des Gesetzgebers.

(b). *“Straftaten von erheblicher Bedeutung”*

Die Unbestimmtheit und das damit einhergehende Risiko der Fehlprognose werden nicht durch die Ausrichtung auf "Straftaten von erheblicher Bedeutung"

vermindert. Dieses Tatbestandsmerkmal bietet keine Anhaltspunkte dafür, wann ein Verhalten auf die künftige Begehung solcher Straftaten hindeutet. Die vom Gesetz in Bezug genommenen Straftatbestände sind in diesem Stadium, in dem der künftige Geschehensablauf noch offen ist, ohnehin nur wenig geeignet, den maßgeblichen Sachverhalt so einzugrenzen, dass er Indizien für eine zukünftige Straftatenbegehung bietet. Darüber hinaus ist die Bezugnahme auf die Begehung von "Straftaten von erheblicher Bedeutung" selbst nicht hinreichend bestimmt.

Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung ist in § 2 Nr. 10 Nds.SOG legal definiert und hinreichend bestimmt, soweit konkrete Straftatbestände benannt sind. Die zusätzliche Einbeziehung aller Vergehen, die mit einem der ausdrücklich genannten "nach dem geschützten Rechtsgut und der Strafandrohung" vergleichbar sind (Buchstabe b), genügt den Bestimmtheitsanforderungen jedoch nicht. Insbesondere wird nicht deutlich, wie aus der Bezugnahme auf das Rechtsgut einerseits und den Strafrahmen andererseits eine Vergleichbarkeit hinsichtlich der Erheblichkeit der weiteren Straftaten erschlossen werden soll.

(c). *“Kontakt- und Begleitpersonen”*

Nicht hinreichend bestimmt ist ferner die Regelung in § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG, die zur Überwachung der Telekommunikation bei Kontakt- und Begleitpersonen ermächtigt, soweit dies unerlässlich ist.

Die Bezugnahme in § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG auf den in Nummer 2 genannten Personenkreis bewirkt, dass die dort bestehenden Bestimmtheitsdefizite es auch erschweren, die Tatbestandsvoraussetzungen für Überwachungsmaßnahmen gegenüber Kontakt- oder Begleitpersonen einzugrenzen. Hinzu kommen Unklarheiten, die mit dem Begriff der Kontakt- und Begleitperson selbst verbunden sind. Die Legaldefinition in § 2 Nr. 11 Nds.SOG meint nicht etwa potenzielle Tatbeteiligte, sondern jede Person, "die mit einer anderen Person, von der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird, in einer Weise in Verbindung steht, die erwarten lässt, dass durch sie Hinweise über die angenommene Straftat gewonnen werden können". Zu der Unsicherheit, wer als potenzieller Straftäter in Betracht kommt, tritt des Weiteren also die Unklarheit, wer mit ihm schon im Vorfeld künftiger Straftaten so in Verbindung steht, dass Hinweise über die angenommene Straftat gewonnen werden können.

Eine restriktive Auslegung des Begriffs der Kontakt- und Begleitperson vermag dieses Bestimmtheitsdefizit im Bereich der Vorfeldaktivitäten nicht hinreichend zu beseitigen. Zwar gibt es Versuche, den Begriff durch eine nähere Qualifizierung des Kontakts zwischen dem Straftäter und der anderen Person zu konkretisieren. So wird etwa gefordert, dass entweder nähere persönliche oder geschäftliche Beziehungen zu der eigentli-



chen Zielperson bestehen müssen oder der Kontakt über einen längeren Zeitraum unterhalten oder aber unter konspirativen Umständen hergestellt oder gepflegt wird, während äußerlich flüchtige oder zufällige Alltagskontakte nicht ausreichen sollen (vgl. Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, LKV 1996, S. 273 [284] zu § 39 Abs. 1 Nr. 3 SächsPolG). Geht es um die Anknüpfung an zukünftiges Verhalten eines nur potenziellen Straftäters, fällt es allerdings schwer, derartige Kontakte auf bestimmte Straftaten zu beziehen. Im Übrigen ist es in rechtsstaatlicher Hinsicht bedenklich, im Wesentlichen darauf zu vertrauen, dass eine unbestimmte Eingriffsermächtigung durch Auslegung seitens der Behörde, deren Verhalten gerade beschränkt werden soll, in gebotener Weise eingengt wird. Hier muss der Gesetzgeber selbst Verantwortung übernehmen, der ausweislich der Gesetzesbegründung (vgl. LTDruks 15/240, S. 18) konkretisierende Einengungen aber gerade nicht beabsichtigt hat. Vielmehr soll die Erhebung von Daten schon dann in Betracht kommen, wenn diese "von Relevanz für den Kontakt und demnach für die Verhinderung der betreffenden Straftaten sind".

*(d). "Unerlässlich"*

Das Bestimmtheitsdefizit wird auch nicht durch die Anforderungen in § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG behoben, dass die Datenerhebung bei der Kontakt- und Begleitperson zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat "unerlässlich" sein muss. Es fehlt ein handhabbarer Maßstab für die Prüfung, ob eine Überwachungsmaßnahme zur Vorsorge für die Verfolgung oder die Verhütung einer Straftat eines anderen unerlässlich ist, wenn es sich um ein Verhalten im Vorfeld der Begehung einer künftigen Straftat handelt und damit regelmäßig noch nicht absehbar ist, ob bei späteren Maßnahmen der Verhütung oder Verfolgung andere hinreichende Aufklärungsmöglichkeiten bestehen werden.

*(e). Erfordernis richterlicher Anordnung*

Das Erfordernis einer richterlichen Anordnung der Überwachungsmaßnahme nach § 33a Abs. 3 Nds.SOG gleicht die Bestimmtheitsdefizite nicht aus. Grundsätzlich können zwar ausfüllungsbedürftige materielle Normen rechtsstaatlich eher tragbar sein, wenn durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrolliertes Verfahren dafür gesorgt wird, dass die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe angemessen angewandt werden (vgl. BVerfGE 110, 33 [67 f.]). Das aber setzt voraus, dass der Richter Anhaltspunkte im Gesetz vorfindet. Die vorliegend angegriffenen Normen bieten dem Richter ebenso wenig einen Maßstab für die Prognoseentscheidung wie der Polizei selbst. Seine Prüfung des behördlichen Antrags trägt ohne tatbestandliche Konkretisierung die Unwägbarkeiten der Vorfeldermittlung in

gleicher Weise wie die Behördenentscheidung in sich.

*bb. Verhältnismäßigkeit i.e.S.*

Die Ermächtigung zur Überwachung der Telekommunikation zwecks Vorsorge für die Verfolgung und die Verhütung der in Bezug genommenen Straftaten genügt darüber hinaus auch nicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit dürfen nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Zwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person führen zwar dazu, dass der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte hinzunehmen hat, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen. Der Gesetzgeber muss aber zwischen Allgemein- und Individualinteressen einen angemessenen Ausgleich herstellen. Dabei spielt auf grundrechtlicher Seite eine Rolle, unter welchen Voraussetzungen welche und wie viele Grundrechtsträger wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Maßgebend sind also insbesondere die Gestaltung der Einschreitschwellen, die Zahl der Betroffenen und die Intensität der Beeinträchtigungen. Im Bereich der Telekommunikationsüberwachung ist von Bedeutung, ob die Betroffenen als Personen anonym bleiben, welche Informationen erfasst werden können und welche Nachteile den Grundrechtsträgern aufgrund der Überwachungsmaßnahme drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden. Auf Seiten der mit dem Eingriff verfolgten Zwecke ist das Gewicht der Ziele und Belange maßgeblich, denen die Telekommunikationsüberwachung dient. Es hängt unter anderem davon ab, wie bedeutsam die Rechtsgüter sind, die mit Hilfe der Maßnahme geschützt werden sollen, und wie wahrscheinlich der Eintritt einer Rechtsgutverletzung ist (vgl. BVerfGE 100, 313 [375 f.]).

*(1). Intensität des Eingriffs*

bb) Die Überwachung der Telekommunikation auf der Grundlage des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG ermöglicht einen schwerwiegenden Eingriff in das Fernmeldegeheimnis.

Nach § 33a Abs. 2 Nr. 1 bis 3 Nds.SOG können Kommunikationsinhalte, Verbindungsdaten und Standortkennung Gegenstand der Datenerhebung sein. Ziel sämtlicher Maßnahmen ist die Erhebung auf konkrete Personen bezogener Daten. Diese lassen Einblicke insbesondere in das Kommunikationsverhalten, das soziale Umfeld sowie persönliche Angelegenheiten und Gewohnheiten zu. Zudem wird die Freiheit der Bürger mittelbar beeinträchtigt, weil die Furcht vor Überwachung unbefangene Telekommunikation verhindern kann. Der Zugriff auf den Inhalt der Telekommunikation (§ 33a Abs. 2 Nr. 1 Nds.SOG) ermöglicht die Erfassung der Gespräche. Erfasst werden die übermittelten Informationen, die ausgesprochenen Gedanken

sowie die Art der Interaktionen am Telefon. Möglich wird der Zugriff auf Bilder und Zeichen sowie auf Inhalte, die aufgrund neuer Kommunikationsformen (vgl. LTDruks 15/240, S. 18) wie etwa E-Mail über das Internet ausgetauscht werden. Die Erhebung der Verbindungsdaten der Telekommunikation (§ 33a Abs. 2 Nr. 2 Nds.SOG) und die Standortkennung (§ 33a Abs. 2 Nr. 3 Nds.SOG) betreffen zunächst zwar nur die technische Abwicklung des Telekommunikationsvorgangs. Der Eingriff wiegt aber ebenfalls schwer. Verbindungsdaten lassen erhebliche Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten zu (vgl. BVerfGE 107, 299 [318 ff.]). Die Standortkennung eingeschalteter Mobilfunkendeinrichtungen kann zur Erstellung eines Bewegungsbildes führen, über das gegebenenfalls auf Gewohnheiten der betroffenen Personen oder auf Abweichungen hiervon geschlossen werden kann.

Grundrechtlich bedeutsam ist ferner die große Streubreite der Eingriffe. Das Abhören und die Aufzeichnung der Gesprächsinhalte und die Erhebung der Verbindungsdaten können eine große Zahl von Personen treffen. Erfasst sind nicht nur die potenziellen Straftäter, sondern alle, mit denen diese in dem betreffenden Zeitraum Telekommunikationsverbindungen nutzen. Dazu können Personen gehören, die in keiner Beziehung zu einer möglicherweise zu verhütenden oder später zu verfolgenden Straftat stehen, wie etwa Kontakt- und Begleitpersonen (§ 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG) oder gänzlich unbeteiligte Dritte (§ 33a Abs. 2 Satz 3 Nds.SOG).

Zur Intensivierung des Eingriffs trägt außerdem bei, dass die Betroffenen den Überwachungsmaßnahmen in einer Situation vermeintlicher Vertraulichkeit ausgesetzt werden (vgl. BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321]). Ahnungslosigkeit besteht insbesondere bei Kontakt- und Begleitpersonen oder sonstigen Dritten, von denen nicht angenommen wird, dass sie selbst die in Zukunft erwarteten Straftaten begehen werden.

Eingriffe dieser Art bergen darüber hinaus hohe Risiken für die Rechte der Betroffenen auch deshalb in sich, weil diese gegen die Maßnahmen frühestens dann mit rechtlichen Mitteln vorgehen können, wenn sie bereits vollzogen sind, und dies auch nur, wenn sie darüber informiert werden oder auf andere Weise Kenntnis erlangen (vgl. BVerfGE 107, 299 [321]). Bei Maßnahmen der Vorfeldermittlung ist aufgrund der Ungewissheit, ob und wann Straftaten begangen werden, regelmäßig mit einer längeren Zeitdauer bis zur Unterrichtung zu rechnen als bei sonstigen Überwachungsmaßnahmen. Dies wird durch die in § 30 Abs. 4 Satz 3 und Abs. 5 Nds.SOG enthaltenen großzügigen Regelungen über die Zurückstellung der Benachrichtigung verdeutlicht. Durch eine erst spät erfolgende Mitteilung wird auch die in Art. 19 Abs. 4 GG enthaltene Garantie effektiven Rechtsschutzes berührt. Kann gegen einen Eingriff nicht in angemessener Zeit Rechts-

schutz begehrt und können seine Folgen dadurch gegebenenfalls nicht zügig beseitigt werden, erhöht dies zusätzlich die Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung.

Die Eingriffsschwere wird noch weiter durch die Möglichkeit der Behörden verstärkt, die erhobenen Daten - wie in § 38 Abs. 1 Satz 2 Nds.SOG vorgesehen - allgemein zu Zwecken der Gefahrenabwehr und nach § 39 Nds.SOG zu weiteren Zwecken zu speichern, zu verändern oder zu nutzen. Die Verwertung in anderen Zusammenhängen ist ein eigenständiger Eingriff (vgl. BVerfGE 110, 33 [68 f.]).

Die Datenerhebung im Vorfeld der Begehung von Straftaten kann wegen der fehlenden Begrenzung auf eine konkret in der Verwirklichung begriffene oder schon begangene Straftat vielfältig nutzbare Informationen ergeben. Die Bindung an den Zweck, den das zur Kenntnisnahme ermächtigende Gesetz festgelegt hat (zum Grundsatz der Zweckbindung siehe BVerfGE 100, 313 [360 f.]), wird bei der weiteren Verwertung der erlangten Informationen praktisch kaum durchzuführen sein. Die Möglichkeit der Verwendung der erhobenen Daten zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken erhöht damit die Schwere des Eingriffs schon in der Phase der Erhebung. [...]

#### (2). *Schutzzweck der Norm*

Die Datenerhebung dient einem legitimen öffentlichen Zweck, nämlich der Verhütung und Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung. Das Gewicht dieses Belangs ist insbesondere von dem durch die Norm geschützten Rechtsgut und der Intensität seiner Gefährdung abhängig. Dabei hat die der Sicherung des Rechtsfriedens dienende Verfolgung neben der Verhütung einer Straftat ein eigenständiges Gewicht (vgl. BVerfGE 107, 104 [118]).

Soweit eine Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung der Verfolgung schon begangener Straftaten dient, muss sie sich auf eine hinreichende Tatsachenbasis, insbesondere einen konkreten Tatverdacht, und, soweit Dritte betroffen sind, hinreichend sichere tatsächliche Anhaltspunkte für deren Beziehung zu dem Tatverdächtigen gründen (so zum Nachrichtemittler BVerfGE 107, 299 [321]). Die praktischen Möglichkeiten, solche Anhaltspunkte zu ermitteln, sind im Hinblick auf künftig lediglich erwartete Straftaten grundsätzlich schwächer. Leidet die Ermächtigung zudem - wie § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG - an dem Mangel hinreichender Normenbestimmtheit und Normenklarheit hinsichtlich der geforderten Tatsachenbasis (siehe oben C II 3 a), wirkt sich dies auch auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne aus (vgl. BVerfGE 110, 33 [55]). In solchen Fällen lassen sich das den Eingriff rechtfertigende Schutzgut und die Art seiner Gefährdung dem Gesetz nicht in einer Weise entnehmen, die eine nachvollziehbare Abwägung mit der Schwere des Eingriffs erlaubt.

Je ungenauer die Ziele einer Ermächtigung und die Anforderungen an die tatsächlichen Voraussetzungen einer Maßnahme gesetzlich umschrieben sind, umso größer ist das Risiko unangemessener Maßnahmen im Einzelfall. Da bei der Abwägung der Rang des Schutzguts und die Einschätzung der Intensität der ihm drohenden Gefahr bedeutsam sind, bedarf es hinreichender Anhaltspunkte für die genaue Bestimmung des gefährdeten Guts, aber auch hinreichender tatsächlicher Grundlagen für die Annahme einer dieses Schutzgut gefährdenden Handlung (vgl. BVerfGE 110, 33 [55]; siehe ferner BVerfGE 100, 313 [392]). Unklarheiten über das konkret gefährdete Rechtsgut und die dieses möglicherweise gefährdende Handlung bergen das Risiko in sich, dass die rechtsstaatliche Begrenzungsfunktion des Abwägungsgebots verfehlt wird.

Für die Strafverfolgung und die Gefahrenabwehr hat die Rechtsprechung Abwägungsgrundsätze entwickelt, die auch im Vorfeldbereich bedeutsam sind. Je gewichtiger das gefährdete Rechtsgut ist und je weitreichender es durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt würde oder beeinträchtigt worden ist, desto geringere Anforderungen dürfen an den Grad der Wahrscheinlichkeit gestellt werden, mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung geschlossen werden kann, und desto weniger fundierend dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die auf die Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts schließen lassen (vgl. BVerfGE 100, 313 [392]; siehe auch BVerfGE 110, 33 [55, 60]). Allerdings muss stets gewährleistet bleiben, dass Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen haben. Bei einem geringen Gewicht des gefährdeten Rechtsguts steigen die Anforderungen an die Prognosesicherheit sowohl hinsichtlich des Grads der Gefährdung als auch hinsichtlich ihrer Intensität.

Im Bereich der Vorfeldermittlung wird der Grad der Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutverletzung aufgrund der fehlenden Nähe der bekannten Tatsachen zu einer konkreten Straftat regelmäßig geringer sein als bei Maßnahmen zur Gefahrenabwehr oder zur Verfolgung konkreter Straftaten. Knüpft das Gesetz nicht einmal an Planungs- oder sonstige Vorbereitungshandlungen an - wie in der früheren Regelung des § 39 Abs. 2 AWG oder jetzt in § 23a Abs. 2 und 3 ZFdG -, sondern begnügt es sich mit nicht näher eingegrenzten Tatsachen, die die Annahme einer künftigen Straftat rechtfertigen, steigen die Anforderungen an das Gewicht des Schutzguts und die Gefährlichkeit der erwarteten Verletzungshandlung weiter. Der schwere Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis kann bei einer derart weiten und offenen Umschreibung der Voraussetzungen der Vorsorge für die Verfolgung und der Verhütung künftiger Straftaten nur dann als angemessen bewertet werden, wenn der zu schützende Gemeinwohlbelang allgemein sowie im konkreten Fall überragend wichtig ist.

### (3). *Abwägung*

Den Anforderungen an den Rang des geschützten Rechtsguts und an die tatsächlichen Anhaltspunkte seiner Gefährdung ist der Gesetzgeber nicht gerecht geworden.

#### (a). *Straftaten von erheblicher Bedeutung wahllos und zu weit gefasst*

Das vom Gesetzgeber gewählte Tatbestandsmerkmal der "Straftaten von erheblicher Bedeutung" trägt den Anforderungen an das besondere Gewicht des zu verfolgenden Rechtsguts nicht Rechnung. Den in § 2 Nr. 10 Nds.SOG aufgeführten Straftaten ist schon kein auf die Besonderheiten der Telekommunikationsüberwachung im Vorfeld zugeschnittenes gesetzgeberisches Konzept zu entnehmen, das sich auf den Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter bezieht und beschränkt. Dieser Mangel setzt sich fort, soweit § 2 Nr. 10 Nds.SOG in Buchstabe b nicht näher aufgeführte Vergehen einbezieht, die nach dem geschützten Rechtsgut und der Strafandrohung den enumerativ aufgezählten Vergehen vergleichbar sind.

Der Grund für die nicht an den besonderen Anforderungen einer Telekommunikationsüberwachung orientierte Auswahl der Straftaten und für das Fehlen eines darauf bezogenen Konzepts erschließt sich bei Betrachtung der Entstehungsgeschichte der Vorschriften zur präventiven Telekommunikationsüberwachung. Die Bezugnahme auf die allgemeine Definition der "Straftaten von erheblicher Bedeutung" war in dem ursprünglichen Gesetzentwurf (LT-Drucks 15/240, S. 14) nicht enthalten, sondern erfolgte auf Empfehlung des Landtagsausschusses für Inneres und Sport (LT-Drucks 15/599, S. 9 f.). Dadurch wurde der im Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1998 (Nds.GVBl S. 101) enthaltene Katalog des § 2 Nr. 10 in Bezug genommen, der überall dort maßgebend ist, wo der Begriff der Straftaten von erheblicher Bedeutung im Polizeigesetz genutzt wird. Eine Begründung dafür, dass die angeführten Straftaten auch den besonderen Anforderungen einer Telekommunikationsüberwachung gerecht werden, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Die fehlende Ausrichtung des Katalogs auf die Telekommunikationsüberwachung dürfte beispielsweise erklärlich machen, dass das Verbreiten oder das öffentliche Verwenden eines Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation (§ 86a StGB) in dem Katalog enthalten ist, obwohl nicht erkennbar ist, inwieweit eine Telekommunikationsüberwachung ein erforderliches und angemessenes Mittel zur Verhütung oder Verfolgung dieser öffentlich begangenen Straftat sein kann.

Es ist ausgeschlossen, den in Bezug genommenen Straftatenkatalog einengend so auszulegen, dass nur Strafrechtsnormen zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter als Anlass für eine Telekommunikations-

überwachung ausreichen. Das Defizit an Normenklarheit würde dadurch verschärft. Auch kann der Begriff der Straftaten von erheblicher Bedeutung nicht als ein zusätzliches, die Bezugnahme auf die Straftatbestände des Katalogs ergänzend beschränkendes Merkmal ausgelegt werden, etwa dahingehend, dass die Straftat nicht nur allgemein, sondern auch im konkreten Fall, etwa aufgrund des Grads der Bedrohung für die Allgemeinheit, besonderes Gewicht haben muss (dazu vgl. BVerfGE 107, 299 [322]). Dem Wortlaut des § 33a Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 2 Nr. 10 Nds.SOG nach handelt es sich um einen Oberbegriff für die aufgezählten Straftaten, nicht aber um ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal.

Ebenfalls ist es ausgeschlossen, Einengungen mit Rücksicht darauf vorzunehmen, dass die Regelung im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus geschaffen worden ist (vgl. LTDrucks 15/240, S. 16; zur Problematik vgl. BVerfGE 109, 279 [338 ff.]). Dieses gesetzgeberische Ziel hat im Wortlaut der Ermächtigung oder in der Typik der aufgeführten Delikte keinen Ausdruck gefunden.

*(b). Prognoseentscheidung nicht ausreichend eingengt*

§ 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG wird den Anforderungen an die nähere Umschreibung der für die Prognose und die Abwägung nutzbaren Tatsachen ebenfalls nicht gerecht. Die oben erfolgte Prüfung des Bestimmtheitsgebots hat ergeben, dass der Ermächtigung Einengungen hinsichtlich der Anhaltspunkte für die Begehung zukünftiger Straftaten, für die Intensität der Gefährdung oder für den Grad der Wahrscheinlichkeit eines auf eine Straftat hindeutenden Ablaufs nicht zu entnehmen sind. Auch wird kein Maßstab für die Abwägung im Einzelfall vorgegeben, ob die tatsächlichen Anhaltspunkte angesichts des Gewichts des gefährdeten Rechtsguts ausreichen.

Die oben sowohl im Hinblick auf den potenziellen Straftäter selbst als auch auf den Begriff der Kontakt- und Begleitperson aufgeführten Bestimmtheitsmängel wirken sich auch auf die Prüfung der Angemessenheit der Maßnahme nach § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG aus. Nicht normiert ist insbesondere, welcher Art die Hinweise sind, die durch die Kontakt- und Begleitperson über die Straftat gewonnen werden können, oder welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit eine an der künftigen Tat voraussichtlich unbeteiligte Person beim Telekommunikationsverkehr überwacht werden kann. Der Norm fehlen Anhaltspunkte für die abwägende Prüfung, ob die Schwere der zu erwartenden Straftat eine Telekommunikationsüberwachung dieses Personenkreises rechtfertigt. [...]

*(c). Absoluter Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht gewährt*

Die Ermächtigung zur Überwachung der Telekommunikation zwecks Vorsorge für die Verhütung und Verfolgung der in Bezug genommenen Straftaten lässt es ferner an hinreichenden Vorkehrungen dafür fehlen, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Erfassung der Kommunikationsinhalte (§ 33a Abs. 2 Nr. 1 Nds.SOG) personenbezogene Daten betroffen sind, die sich auf den Kernbereich höchstpersönlicher Lebensgestaltung (zu ihm vgl. BVerfGE 109, 279 [311 ff.]) beziehen. Ob eine personenbezogene Kommunikation diesem Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, in welcher Art und Intensität sie aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BVerfGE 80, 367 [374]; 109, 279 [314]). Nicht zu diesem Kernbereich gehören Kommunikationsinhalte, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, wie etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten (vgl. BVerfGE 80, 367 [375]; 109, 279 [319]).

*(aa). Übertragung der Rechtsprechung zu Art. 13 GG auf Art. 10 GG*

Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistet die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation und schützt damit zugleich die Würde des Menschen (vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 110, 33 [53]). Der Schutz ist allerdings anders ausgestaltet als der des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG. Aufgrund des besonders engen Bezugs dieses Grundrechts zur Menschenwürde gewährt Art. 13 GG einen absoluten Schutz des Verhaltens in den Wohnräumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt (vgl. BVerfGE 109, 279 [313 f.]). Für sie benötigt jeder Mensch ein räumliches Substrat, in dem er für sich sein und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei entfalten, also die Wohnung bei Bedarf als "letztes Refugium" zur Wahrung seiner Menschenwürde nutzen kann (vgl. BVerfGE 109, 279 [314]).

Die Bürger sind zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung. Dementsprechend normiert Art. 10 Abs. 1 GG anders als Art. 13 GG keine spezifischen Eingriffsvoraussetzungen, sondern verweist nur implizit auf die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen. Die nach Art. 1 Abs. 1 GG stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde fordert auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Bestehen im konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte erfasst, die zu diesem Kernbereich

zählen, ist sie nicht zu rechtfertigen und muss unterbleiben.

Da bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung oder bei ihrer Durchführung aber nicht sicher vorhersehbar ist, welchen Inhalt die Gespräche haben werden, ist das Risiko nicht auszuschließen, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst. Verfassungsrechtlich hinzunehmen ist dieses Risiko allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lässt. Hinzu müssen Vorkehrungen kommen, die sichern,

dass die Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet werden dürfen, sondern unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist.

*(bb). Subsumtion*

An derartigen Regelungen aber fehlt es im Gesetz. Die Regelungen des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds.SOG sind danach mit Art. 10 GG unvereinbar und nichtig. Hinreichende Möglichkeiten einer einengenden Auslegung zur Vermeidung des Verfassungsverstößes bestehen nicht. Eine Rechtfertigung, die Normen auch nur teilweise weiterhin anzuwenden, ist nicht erkennbar.

## Standort: Verwaltungsverfahren

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 08.04.2005  
10 B 2730/04 (NJW 2005, 2246)

### Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte die Frage zu entscheiden, ob ein Verwaltungsakt allein deshalb rechtswidrig sein kann, weil in ihm ein fremdsprachiger Begriff - hier: "Showroom" - vorkommt.

Anknüpfungspunkte sind die §§ 23 und 37 I VwVfG, also die Amtssprache und der Bestimmtheitsgrundsatz. Beide wären im Prüfungsaufbau in der formellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zu prüfen. Das Gericht ist der Auffassung, dass die Amtssprache Deutsch jedenfalls auch die Verwendung solcher Begriffe zulässt, für die es keine gängige deutsche Übersetzung gibt. Die hinreichende Bestimmtheit sei gewahrt, wenn jedenfalls dem Empfänger klar sein muss, was gemeint ist. Beides war hier der Fall.

### Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss ist eine Randnotiz wert, weil er zeigt, dass die formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts auch abseits der allgemein bekannten, immer wieder vorkommenden Examensklassiker wie der Anhörung nach § 28 I VwVfG oder des Grundsatzes der Formfreiheit nach § 37 II VwVfG interessante Probleme zu bieten hat.

### Vertiefungshinweise:

- Verwendung der deutschen Sprache in Rechtsbehelfsbelehrungen: *FG Hamburg*, EFG 2004, 164
- Deutsch als Gerichtssprache: *BGH*, GRUR 2004, 407; NJW 1982, 532; NJW 1984, 2050; *Gengen*, JA 2004, 388

### Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Le coq est mort"

## Problem: Amtssprache Deutsch

### Leitsätze:

**Die nach § 23 I NWVwVfG für Behörden verbindliche Amtssprache umfasst die deutsche Umgangssprache und die Fachsprache; die Verwendung fremdsprachiger Begriffe der Fachsprache (hier: "Showroom") ist zulässig, wenn diese Begriffe in einem Fachgebiet allgemein geläufig sind, wenn sich eine einheitliche und bedeutungsgleiche deutsche Übersetzung (noch) nicht herausgebildet hat oder wenn auch dem (nur) deutsch sprechenden Fachmann ihre Bedeutung ohne weiteres klar ist.**

### Sachverhalt:

Die angegriffene Ordnungsverfügung untersagt der Ast. die Nutzung der Räumlichkeiten im zweiten und dritten Obergeschoss eines Gebäudes als "Showroom". Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte keinen Erfolg.

### Aus den Gründen:

Mit dieser Formulierung verstößt die Ordnungsverfügung weder gegen § 37 I NWVwVfG noch gegen § 23 I NWVwVfG.

#### A. Bestimmtheit

Nach § 37 I NWVwVfG muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Für den Adressaten einer Bauordnungsverfügung muss zweifelsfrei erkennbar sein, welches Verhalten von ihm verlangt wird; ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liegt vor, wenn der Inhalt des Verwaltungsakts auch durch Auslegung - maßgeblich ist der Empfängerhorizont - nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 37 Rdnrn. 10 ff. m.w.N.).

Daran gemessen ist die hier angegriffene Ordnungsverfügung nicht zu beanstanden. Für die Ast. ist zweifelsfrei erkennbar, welche Nutzung sie in den betroffenen Räumlichkeiten weiterführen darf (Büronutzung) und welche sie zu unterlassen hat (Nutzung als Show-

room). Was unter einem Showroom zu verstehen ist, ist - entgegen der Auffassung der Beschwerde - für die Ast. als Adressatin des Verwaltungsakts unmissverständlich erkennbar. Der Begriff ist in der textlichen Festsetzung Nr.3.1.2 des Bebauungsplans Nr. 5379/47 - der Ast. mitgeteilt durch Anhörungsschreiben vom 21.5.2003 - definiert als "eine Nutzung von Büro- oder Geschäftsräumen zu Ausstellungs- und Verkaufszwecken, soweit die Verkäufe über den täglichen Bedarf des Gebiets hinausgehen". Dass es andere Möglichkeiten geben mag, den Begriff "Showroom" zu definieren, und dass es sich bei diesem Begriff nicht um einen eingeführten baurechtlichen Fachbegriff handeln mag, spielt keine Rolle; für die Ast. als Adressatin der Ordnungsverfügung war nach Zugang des Anhörungsschreibens eindeutig, welches Verständnis die Behörde dem Begriff in der angekündigten Ordnungsverfügung zu Grunde legen würde, so dass es ihr ohne weiteres zumutbar gewesen wäre, sich die Begriffsbestimmung in der Fassung der textlichen Festsetzung Nr. 3.1.2 des genannten Bebauungsplans zu beschaffen.

Im Übrigen ergibt sich aus dem Schriftwechsel im Verwaltungsverfahren sowie aus einschlägigen und nicht nur allgemein zugänglichen, sondern in der Branche der Ast. auch allgemein bekannten Publikationen, dass es sich bei dem Begriff "Showroom" um einen in der Modebranche gängigen Fachbegriff mit hinreichend klaren Konturen handelt [wird ausgeführt].

#### B. Amtssprache

Die Ordnungsverfügung verstößt mit der Verwendung des Begriffs "Showroom" auch nicht gegen § 23 I NWVwVfG. Nach dieser Vorschrift darf und muss sich die Behörde in dem von ihr ausgehenden Schriftverkehr des Deutschen als Amtssprache bedienen.

Dies umfasst die deutsche Umgangssprache und die Fachsprache; die Verwendung fremdsprachiger Begriffe der Fachsprache ist möglich, wenn diese Begriffe in einem Fachgebiet allgemein geläufig sind, wenn sich eine einheitliche und bedeutungsgleiche deutsche Übersetzung (noch) nicht herausgebildet hat oder wenn dem (nur) deutsch sprechenden Fachmann ihre Bedeutung ohne weiteres klar ist (vgl. BPatG, Beschluss vom 15.10.2004 - 10 W 31/04 für Begriffe wie "Setup", "Cancel", "WLAN"; BPatGE 9, 6).

Hiervon ausgehend verstößt die Verwendung des Begriffs "Showroom" in der angegriffenen Ordnungsverfügung nicht gegen § 23 I NWVwVfG. Vielmehr ist die Ordnungsverfügung in deutscher Sprache unter zulässiger Verwendung eines englischsprachigen Fachbegriffs abgefasst. Der Begriff "Showroom" ist für die Ast. als Unternehmen der Modebranche offenkundig, und wie sich auch aus dem Verwaltungsverfahren ergibt - ein in der Modebranche eingeführter Begriff, über dessen Inhalt Klarheit besteht, der jedoch in einer bedeutungsgleichen deutschen Fassung bisher nicht existiert. Dies ergibt sich auch aus der vorwiegend im Internet dokumentierten und öffentlich geführten Diskussion [es folgen Hinweise auf Fundstellen im Internet]; der Begriff ist daher als Fachbegriff verwendungsfähig, insbesondere nicht missverständlich. Dass er mit möglicherweise abweichenden Bedeutungsnuancen auch in anderen Branchen - Autohandel, Handel mit Musikinstrumenten - Verwendung findet und dort insbesondere den Kontakt des Händlers zum Endabnehmer betrifft, steht seiner hier ersichtlich gemeinten Einstufung als Fachbegriff der Modebranche nicht entgegen. Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen auch fremdsprachliche amtliche Äußerungen - insbesondere in der Form eines Verwaltungsakts - zulässig sein können, bedarf vor diesem Hintergrund keiner näheren Prüfung.

### Standort: Verwaltungsrecht

### Problem: Behördenbegriff

BGH, URTEIL VOM 10.02.2005  
III ZR 294/04 (NWVBL 2005, 265)

#### Problemdarstellung:

Der BGH hält in der vorliegenden Entscheidung eine von der öffentlichen Hand beherrschte GmbH für eine "Behörde" im Sinne des Landespresserechts, die zu Auskunftsansprüchen verpflichtet ist. Dies ist bemerkenswert, denn eine GmbH ist zum einen ein Privatrechtssubjekt, während eine Behörde eine öffentlich-rechtliche Einrichtung ist, und zum anderen eine juristische Person, also ein Rechtsträger, während Behörden gerade nicht selbst rechtsfähig sind, sondern für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts handeln. An vielen Stellen des öffentlichen Rechts

wird explizit zwischen Rechtsträger und Behörde unterschieden, vgl. nur § 78 I 1 Nr. 1 und 2 VwGO zum Beklagten bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Es gibt aber auch andere Stellen, an denen der Gesetzgeber nicht zwischen Rechtsträgern und Behörden unterscheidet, ja teilweise sogar Rechtsträger als Behörden bezeichnet (vgl. z.B. § 3 OBG NRW, wo die *Gemeinde* - gem. § 1 GO NRW eine Gebietskörperschaft und damit als juristische Person des öffentlichen Rechts Rechtsträger - als örtliche Ordnungsbehörde bezeichnet wird).

Die vorliegende Entscheidung zeigt einmal mehr, dass der Staat sich seinen gesetzlichen Bindungen nicht durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform entziehen kann ("keine Flucht ins Privatrecht").

**Prüfungsrelevanz:**

Die unterschiedlichen Behördenbegriffe müssen sicher beherrscht werden, damit bei Bedarf unter sie subsumiert werden kann. Die Wichtigsten seien daher kurz festgehalten:

1. Im Presserecht sind nach dem vorliegenden BGH-Urteil "Behörden" alle Stellen zu verstehen, die staatliche Aufgaben erledigen, mögen sie auch juristische Personen des Privatrechts sein, solange sie staatlich beherrscht werden.
2. Im VwVfG des Bundes und der Länder gilt der jeweils in § 1 VwVfG legal definierte Behördenbegriff. Behörde ist danach jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.
3. In der VwGO wird der Behördenbegriff zwar verwendet (vgl. nur §§ 61, 78 VwGO), aber nicht definiert. Er ist daher streitig (vgl. nur den Aufsatz von Klenke aus den Vertiefungshinweisen). Vielfach wird aber in Anlehnung an den Behördenbegriff des VwVfG formuliert, dass Behörde i.S.d. VwGO alle Stellen seien, die "durch organisationsrechtliche Rechtssätze gebildet, vom Wechsel der Amtsinhaber unabhängig und dazu berufen sind, für den Staat Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen" (so Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 61 Anm. 8).
4. In anderen Rechtsgebieten können sich eigene Legaldefinitionen des Behördenbegriffs finden, so z.B. in § 11 I Nr. 7 StGB, wo sogar Gerichte als Behörden bezeichnet werden.

**Vertiefungshinweise:**

- Juristische Person des Zivilrechts als "Behörde": OVG Saarlouis, AfP 1998, 426, 427; Köhler, NJW 2005, 2337 (zu diesem Fall)
- Zu den verschiedenen Behördenbegriffen: Klenke, NWVB1 2004, 85 [87 f.]

**Leitsatz:**

**Der Auskunftspflicht nach § 4 I NdsPresseG (bzw. den entsprechenden Bestimmungen in den Pressegesetzen der anderen Bundesländer) unterliegen auch Betriebe der kommunalen Daseinsvorsorge, die in Form von Gesellschaften mit beschränkter Haftung geführt werden, aber unter beherrschendem Einfluss der öffentlichen Hand stehen.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger zu 1, der Bund der Steuerzahler Niedersachsen und Bremen e.V., ist Herausgeber der Zeitschrift "BdSt-Nachrichten Niedersachsen und Bremen", der Landesbeilage zur Mitgliederzeitschrift des Bundes der Steuerzahler "Der Steuerzahler". Die Landesbeilage erscheint alle zwei Monate in einer Auflage von 50.000 Exemplaren. Der Kläger zu 2 ist der ver-

antwortliche Redakteur der Landesbeilage. Die Kläger sehen deren Aufgabe darin, sich kritisch mit Vorgängen der öffentlichen Finanzen und der öffentlichen Haushaltswirtschaft auseinander zu setzen.

Die Beklagte ist eine GmbH, die Aufgaben der kommunalen Energieversorgung wahrnimmt. An ihrem Stammkapital von insgesamt 6.805.700 € sind die Bückeburger Bäder GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt Bückeburg ist, mit einem Kapitalanteil von 3.575.300 €, die Wirtschaftsbetriebe Stadt-hagen GmbH mit einem Kapitalanteil von 1.799.300 €, die Elektrizitätswerk Minden-Ravensberg GmbH (EMR) mit einem Kapitalanteil von 1.087.400 € und die Stadt Obernkirchen mit einem Kapitalanteil von 343.700 € beteiligt. Die Kapitalanteile der Gesellschafterin EMR werden ihrerseits zu 50,65 % von der E.ON Energie AG gehalten.

Nach Presseberichten über eine angebliche Vervielfachung der Sitzungsgelder des Aufsichtsrats der Beklagten begehren die Kläger, gestützt auf § 4 des Niedersächsischen Pressegesetzes (NdsPresseG), mit der vorliegenden Klage von der Beklagten Auskunft.

**Aus den Gründen:**

Den Klägern steht nach § 4 Abs. 1 NdsPresseG der mit der Klage geltend gemachte Auskunftsanspruch gegen die Beklagte zu.

**A. Anspruchsgrundlage**

Nach dieser Vorschrift sind Behörden verpflichtet, den Vertretern der Presse, zu denen insbesondere (auch) Herausgeber und Redakteure gehören können (Löffler/Wenzel, Presserecht, 4. Aufl. 1997 § 4 LPresseG Rn. 42, 43; Soehring, Presserecht, 3. Aufl. 2000 Rn. 4.10), die für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienenden Auskünfte zu erteilen. Dieser Informationsanspruch soll der Presse die Wahrnehmung ihrer Aufgabe im Rahmen der demokratischen Meinungs- und Willensbildung dadurch ermöglichen, dass sie umfassend und wahrheitsgetreu Informationen über Geschehnisse von öffentlichem Interesse erhält und dadurch in die Lage versetzt wird, die Öffentlichkeit entsprechend zu unterrichten (vgl. VG des Saarlandes, AfP 1997, 837, 839; OVG des Saarlandes, AfP 1998, 426, 427). Auf diese Weise kann der Staatsbürger zutreffende und umfassende Informationen über tatsächliche Vorgänge und Verhältnisse, Missstände, Meinungen und Gefahren erhalten, die ihm sonst verborgen bleiben würden, die aber Bedeutung für eine abgewogene Beurteilung der für seine Meinungsbildung essenziellen Fragen haben können. Erst diese für eine möglichst unverfälschte Erkenntnis notwendige Übersicht über Tatsachen und Meinungen, Absichten und Erklärungen ermöglicht eine eigene Willensbildung und damit die Teilnahme am demokratischen Entscheidungsprozess überhaupt (vgl. BVerfGE 20, 162, 174; 83, 238, 295; 97, 228, 257). Die Vorschrift

des § 4 NdsPresseG weist daher enge Bezüge nicht nur zur Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern auch zur Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und zu Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG auf. Hieran müssen sich die Auslegung des Art. 4 Abs. 1 NdsPresseG und insbesondere auch die Grundsätze zur Bestimmung des im konkreten Falle Auskunftspflichtigen orientieren.

### *B. Behördenbegriff*

Unter diesem Gesichtspunkt ist den Landespressegesetzen ein eigenständiger Behördenbegriff zu Eigen, der auch juristische Personen wie eine GmbH erfasst, deren die öffentliche Hand sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedient. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich die GmbH vollständig - unmittelbar oder mittelbar - in öffentlicher (kommunaler) Hand befindet. Es reicht aus, dass die GmbH von der öffentlichen Hand beherrscht wird (im Ergebnis wohl ebenso Löffler/Wenzel a.a.O. Rn. 57; Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 4. Aufl. 2000, Kap. 19 Rn. 10; Meier, NZG 1999, 196, 197; Endter, Der Städtetag 1998, 780, 781).

### *I. Funktionell-teleologische Bestimmung*

Der Behördenbegriff des Presserechts ist nicht organisatorisch-verwaltungstechnisch, sondern funktionell-teleologisch zu begreifen. Sinn und Zweck des § 4 NdsPresseG ist es, der Presse die ihr durch Art. 5 GG garantierte und in § 3 NdsPresseG manifestierte Funktion im Rahmen der demokratischen Meinungs- und Willensbildung zu gewährleisten und es ihr so zu ermöglichen, ihre Informationen über Geschehnisse von öffentlichem Interesse umfassend und wahrheitsgetreu zu erhalten. Die Berichterstattung der Presse über Vorgänge im staatlichen Bereich beschränkt sich nicht lediglich auf die staatliche Eingriffsverwaltung, die typische Form staatlichen Handelns. Vielmehr nimmt die Verwaltung eine Fülle sonstiger Aufgaben gerade im Bereich der Leistungsverwaltung wahr. Überall dort, wo zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben öffentliche Mittel eingesetzt werden, von deren konkreter Verwendung Kenntnis zu erlangen ein berechtigtes öffentliches Interesse besteht, wird auch ein Informationsbedürfnis der Presse und der Bevölkerung begründet. Auf dieses Bedürfnis hat es keinen Einfluss, ob sich die Exekutive zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Einzelfall einer privatrechtlichen Organisationsform bedient (VG des Saarlandes a.a.O.).

## *II. Subsumtion*

### *1. Öffentliche Aufgabe*

Als eine der Wasser- und Energieversorgung dienende Gesellschaft erfüllt die Beklagte Aufgaben der Daseinsvorsorge. Die Daseinsvorsorge ist Gegenstand der Leistungsverwaltung zur Schaffung und Unterhaltung

öffentlicher Einrichtungen und stellt einen Schwerpunkt der kommunalen Tätigkeit zum Wohle der Gemeindebewohner dar, wobei die Gemeinden das Recht haben, im örtlichen Bereich Aufgaben der Daseinsvorsorge eigenverantwortlich aufzunehmen und niederzulegen (Endter a.a.O. S. 781; Waechter, Kommunalrecht 2. Aufl. Rn. 104). Dieses kommunale Selbstverwaltungsrecht wird durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützt. Unter den Begriff der Daseinsvorsorge sind alle zur Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bürger erforderlichen Leistungen der Verwaltung zu fassen (Meier a.a.O. S. 196; Köhler, BayVBl. 2001, 1, 6). Traditionell gehören gerade die Strom-, Gas- und Wasserversorgung zu den typischen kommunalen Aufgaben (vgl. BVerfG, NJW 1990, 1783; BGH, NJW 2004, 693; BGHZ 91, 84, 86).

### *2. Beherrschung der GmbH durch die öffentliche Hand*

Zwar ist die Beklagte als GmbH mit eigener Rechtspersönlichkeit rechtlich, organisatorisch und rechnungsmäßig gegenüber den sie tragenden Kommunen verselbstständigt. Es handelt sich auch um eine Gesellschaft, an der nicht nur unmittelbar oder mittelbar Gemeinden beteiligt sind. Gleichwohl wird sie faktisch von der öffentlichen Hand beherrscht. Der Anteil der Bückeburger Bäder GmbH, die zu 100% in kommunaler Hand liegt, am Gesellschaftsvermögen der Beklagten beträgt 53 %, der der Wirtschaftsbetriebe Stadthagen GmbH 26 %, der der EMR 16 % und der der Stadt Obernkirchen 5 %. Selbst wenn die privatrechtliche E.ON AG Mehrheitsgesellschafterin der EMR ist, ergibt sich, dass der Einfluss der öffentlichen Hand auf die Beklagte insgesamt wenigstens bei über 70, wenn nicht sogar bei über 80 % liegt. Der bestimmende Einfluss der öffentlichen Hand wird auch an der Zusammensetzung des 15-köpfigen Aufsichtsrats der Beklagten deutlich, dem laut Gesellschaftsvertrag umfassende Befugnisse zukommen. So sind die Hauptverwaltungsbeamten der Städte Bückeburg, Stadthagen und Obernkirchen kraft Amtes Mitglied. Vier weitere Aufsichtsratsmitglieder werden vom Rat der Stadt Bückeburg und drei weitere vom Rat der Stadt Stadthagen entsandt. Der Vorsitz im Aufsichtsrat soll alternierend von Vertretern der Städte Bückeburg und Stadthagen wahrgenommen werden. [...]

### *3. Kein Wertungswiderspruch zum GG*

Die hier vorgenommene Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 4 Abs. 1 NdsPresseG verstößt weder gegen Art. 72 GG noch führt sie zu einer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Schlechterstellung der Beklagten gegenüber konkurrierenden "privaten" Gesellschaften.

#### *a. Gesetzgebungskompetenz*

Das Gesellschaftsrecht ist Teil der konkurrierenden



Gesetzgebung des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder in diesem Bereich die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthält keine Vorschriften, die sich mit der Beteiligung der öffentlichen Hand an der Gesellschaft befassen. Eine ausdrückliche Regelung einer Auskunftsverpflichtung findet sich nur in § 51 a GmbHG. Weder diese, allein das Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern betreffende, noch andere Bestimmungen des Gesetzes stehen einer Auskunftspflicht im Sinne des § 4 Abs. 1 NdsPresseG entgegen.

#### *b. Rechte der privaten Minderheitsgesellschafter*

Da die Beklagte bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben unter richtungsweisendem Einfluss der öffentlichen Hand steht, ist sie nicht in jeder Hinsicht mit einem Unternehmen (völlig oder überwiegend) in privater Hand zu vergleichen. Deswegen ist es gerechtfertigt, die Beklagte Auskunftspflichten zu unterwerfen, denen ihre etwaigen privat beherrschten Mitbewerber nicht unterliegen. Soweit bei "gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften", wie hier, auch "private (Minderheits-)Gesellschafter" von der Auskunftspflicht tangiert werden, haben deren private Interessen - vorbehaltlich eines Auskunftsverweigerungsrechts (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 NdsPresseG) - hinter den überwiegenden öffentlichen Interessen zurückzutreten.

### **Standort: Verwaltungsvollstreckung**

### **Problem: Abschleppen trotz Hinweiszettels**

OVG HAMBURG, URTEIL VOM 22.02.2005  
3 B F 25/02 (NJW 2005, 2247)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es erneut um die Frage, ob und wann ein verbotswidrig abgestellter Pkw abgeschleppt werden darf, wenn sich hinter der Windschutzscheibe ein Zettel mit Daten des Fahrers wie Aufenthaltsort, Mobilfunk- oder Festnetznummer usw. findet.

Das OVG Hamburg hatte hierzu entscheiden, dass ein für alle Fälle abstrakt vorformulierter Zettel nicht zur Kontaktaufnahme (in der Entscheidung: Anruf bei hinterlassener Mobilfunknummer) verpflichtet, weil die Erfolgsaussichten einer solchen für die Ordnungskräfte nicht abschätzbar seien. Sei der Zettel aber erkennbar für den konkreten Einzelfall abgefasst und lasse er erkennen, dass sich der Fahrer in unmittelbarer Nähe aufhalte, müsse aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und der Effektivität eine Kontaktaufnahme versucht und fünf Minuten zugewartet werden, bevor der Abschleppvorgang eingeleitet werde.

Das BVerwG hatte diese Entscheidung in der Revisionsinstanz aufgehoben. Es ist der Ansicht, es müsse niemals angerufen werden. Aus Gründen der Generalprävention müsse immer sofort abgeschleppt werden können, da die Deutschen sonst ein Volk von Falschparkern mit Zetteln zur Kontaktaufnahme hinter der Windschutzscheibe würden.

Diese Entscheidung hat dem BVerwG bereits in der Literatur heftige Kritik eingebracht. Es könne nicht sein, dass im Einzelfall aus generalpräventiven Gründen unverhältnismäßig gehandelt werden dürfe. Wenn eine Kontaktaufnahme wie z.B. ein kurzer Anruf das einfachere, schnellere und kostengünstigere Mittel sei, müsse es versucht werden.

Mit der vorliegenden Entscheidung schlägt das OVG

Hamburg nun zurück. Es hält nicht nur an seiner Rechtsauffassung fest, sondern verteidigt sie ausführlich gegen das BVerwG, ohne zugleich offen zu widersprechen: Das BVerwG hatte die generalpräventiven Aspekte als entscheidendes Argument für das sofortige Abschleppen im Rahmen der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit) der Abschleppmaßnahme angesehen. Das OVG hingegen prüft im Rahmen der fehlenden Androhung des Zwangsmittels, ob diese entbehrlich gewesen ist. Dies ist nach hamburgischem Landesrecht nur möglich, wenn keine andere Möglichkeit als die Anwendung von Verwaltungszwang zur Abwehr der Gefahr bestand. Jedenfalls in diesem Rahmen - anderweitige Möglichkeit zur Gefahrenabwehr - sei aber für generalpräventive Erwägungen kein Raum.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die RA hat über diese Problematik bereits ausführlich berichtet. Dass Abschleppfälle die vielleicht am häufigsten vorkommenden Examensaufgaben überhaupt sind, dürfte allgemein bekannt sein. Gerade wenn sich in einem solchen Bereich neue Konstellationen ergeben und/oder sich ein Streit in der Rechtsprechung entwickelt, müssen diese bis in die Details bekannt sein, weil die sichere Prognose gestellt werden kann, dass sie in Examensaufgaben eingebaut werden.

Neu an dieser Entscheidung ist, dass das OVG die Alternative der Kontaktaufnahme nicht mehr bei der Verhältnismäßigkeit, sondern schon bei der Entbehrlichkeit der Androhung des Zwangsmittels prüft. Hier ist für die Rechtsanwender aus anderen Bundesländern Vorsicht geboten, denn nicht überall findet sich eine mit dem Hamburgischen Landesrecht identische Regelung. Das Polizei- und Ordnungsrecht der übrigen Bundesländer sowie das VwVG des Bundes enthalten zwar ausnahmslos auch Regelungen, nach denen eine Androhung des Zwangsmittels entbehrlich sein kann.

Dort ist aber nicht zwangsläufig davon die Rede, dass - wie in Hamburg - "eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auf andere Weise nicht beseitigt werden kann". Häufig genügt es einfach, dass "die Umstände die Androhung nicht zuließen" (so z.B. in § 63 I 5 VwVG NRW). Oft findet sich auch die Formulierung, die sofortige Anwendung des Zwangsmittels müsse "notwendig" sein (so z.B. in §§ 13 I i.V.m. 6 II VwVG des Bundes).

Bisher ist die Alternative der Kontaktaufnahme jedenfalls immer in der Verhältnismäßigkeit diskutiert worden. Solange sich in Bundesländern mit von Hamburg abweichenden gesetzlichen Regelungen nicht eine dem OVG Hamburg vergleichbare Rspr. herausbildet, dürfte diese daher jedenfalls im Regelfall nach wie vor der sichere Hafen für die Ansiedlung des Problems sein. Allerdings schließt sich das OVG insofern nunmehr dem BVerwG an, dass dort generalpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein können (a.A. aber nach wie vor Literaturstimmen).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Ausgangsentscheidung des *OVG Hamburg*: OVG Hamburg, RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647
- Revisionsurteil des BVerwG: *BVerwG*, RA 2002, 689 = NJW 2002, 2122
- Literatur: *Schwabe*, DVBl 2002, 1561; ders., NJW 2002, 652

#### **Kursprogramm:**

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

#### **Leitsätze:**

**1. Eine Störung der öffentlichen Sicherheit durch verbotswidriges Parken eines Kraftfahrzeugs kann nicht schon deshalb auf andere Weise als durch das Abschleppen des Fahrzeugs beseitigt werden, weil in dem Fahrzeug ein Hinweiszettel mit einer Telefonnummer und/oder einer Anschrift des Fahrers ausliegt, der den einschreitenden Polizeibediensteten veranlassen soll, vor der Anordnung des Abschleppens mit dem Fahrer Kontakt aufzunehmen und ihm Gelegenheit zum eigenhändigen Wegfahren des Fahrzeugs zu geben. Der Verpflichtung des Polizeibediensteten zu einem Nachforschungsversuch stehen auch dann im Regelfall die ungewissen Erfolgsaussichten und nicht absehbare weitere Verzögerungen entgegen (vgl. BVerwG, NJW 2002, 2122).**

**2. Der Polizeibedienstete kann nach den Umständen des Einzelfalls zu einem Nachforschungsversuch verpflichtet sein. Der Hinweis auf den Aufenthalt des Fahrers unter einer bestimmten Anschrift im unmittelbaren Nahbereich des Abstellorts des**

**Fahrzeugs genügt dazu nur, wenn zugleich erkennbar gemacht ist, dass der Fahrer aktuell an dem angegebenen Ort erreichbar ist. Einen solchen aktuellen zeitlichen Situationsbezug liefert ein Hinweiszettel nicht, der für eine Vielzahl von Situationen verbotswidrigen Parkens passt (Fortführung von OVG Hamburg, NJW 2001, 3647).**

**3. Für die Beantwortung der Frage, ob die Beseitigung der Störung der öffentlichen Sicherheit durch verbotswidriges Parken auf andere Weise als durch ein Abschleppen des Fahrzeugs im Wege der Ersatzvornahme oder der unmittelbaren Ausführung möglich ist, darf nicht auf generalpräventive Gesichtspunkte abgestellt werden (Abgrenzung zu BVerwG, NJW 2002, 2122).**

#### **Sachverhalt:**

Am 24.2.2000 ordnete die Bekl. das Abschleppen des verbotswidrig geparkten Pkw der Kl. an, obwohl sich in dem Pkw unter der Windschutzscheibe ein deutlich sichtbarer Hinweiszettel befand, aus dem hervorging, dass die Kl. in etwa 30 Metern Entfernung im Gebäude G-Straße 92 a anzutreffen gewesen sei und den Pkw sofort hätte entfernen können. Eine Kontaktaufnahme wurde nicht versucht.

Zu einem Abschleppen des Fahrzeugs kam es nicht mehr, weil die Kl. während der Vorbereitung des Abschleppens vor Ort erschien und es selbst entfernte. Die mit dem Abschleppen beauftragte Firma C stellte der Bekl. daraufhin für den abgebrochenen Abschleppvorgang einen Betrag von 81,20 DM in Rechnung. Mit Bescheid vom 21.3.2000 setzte die Bekl. gegenüber der Kl. Kosten in Höhe von 152,10 DM fest. Die Kl. erhob gegen diesen Bescheid ohne Erfolg Widerspruch. Daraufhin hat die Kl. Klage erhoben. Das VG gab der Klage statt. Die Berufung der Bekl. hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung der Bekl. ist begründet. Das angefochtene Urteil des VG ist abzuändern und die Klage abzuweisen. Der Bescheid vom 21.3.2000 in Gestalt des Widerspruchbescheids vom 4.1.2001 ist rechtmäßig und verletzt die Kl. deshalb nicht in ihren Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

#### **A. Ermächtigungsgrundlage**

Ermächtigungsgrundlage für die von der Bekl. verfügte Heranziehung der Kl. zur Erstattung der Kosten hinsichtlich des hier streitgegenständlichen abgebrochenen Abschleppvorgangs ist § 19 I HbgVwVG i.V. mit § 1 II HbgVVKO. Soweit der Gesetzgeber in § 19 I 4 HbgVwVG nunmehr auch die Erhebung von (Abschlepp-)Kosten nach dem Gebührengesetz vorsieht, ist dies für den vorliegenden Fall unerheblich, da die Bekl. hier (der Rechtslage zum Zeitpunkt des Widerspruchbescheids entsprechend) keine Gebühr festge-

setzt hat, sondern die ihr entstandenen Kosten als Kosten der Ersatzvornahme erstattet bekommen will.

### B. Tatbestand

Nach § 19 I 1 HbgVwVG sind die Kosten der Ersatzvornahme vom Pflichtigen zu erstatten. Die Voraussetzungen dieser Norm sind erfüllt.

#### I. Rechtmäßigkeit des Abschleppens

Die Bekl. ist gegenüber der Kl. als Pflichtiger im Wege einer (rechtmäßigen) Ersatzvornahme vorgegangen.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Die Anordnung, das Fahrzeug der Kl. abzuschleppen, war nach §§ 14 lit. a, 18 I lit. c, 27 und 15 I HbgVwVG als Anordnung einer Ersatzvornahme rechtmäßig.

#### 2. Tatbestand

##### a. Grundverwaltungsakt

Bei der Anordnung der Abschleppmaßnahme ist die Bekl. verwaltungsvollstreckungsrechtlich im Wege der Ersatzvornahme (und nicht polizeirechtlich im Wege der unmittelbaren Ausführung) vorgegangen. Denn die Bekl. wollte damit das der Kl. gegenüber durch Verwaltungsakt angeordnete Gebot, ihr (zum Teil) im Bereich einer absoluten Halteverbotszone abgestelltes Fahrzeug von dort sofort zu entfernen, vollstrecken. Das dort aufgestellte Verkehrszeichen 283 begründete nämlich nicht allein das Verbot, an der dadurch ausgewiesenen Stelle zu halten und zu parken (§§ 12 I Nr. 6 lit. a, II, 41 I 1 Nr. 8 StVO), sondern enthielt zugleich das Handlungsgebot an die Kl., ihr verbotswidrig abgestelltes Fahrzeug sofort wieder aus dem Halteverbot zu entfernen (vgl. BVerwG, NJW 1978, 656; NVwZ 1988, 623). [...]

##### b. Vollstreckbarkeit

Einem Rechtsbehelf gegen das durch Verkehrszeichen angeordnete Wegfahrgebot wäre keine aufschiebende Wirkung beigelegt (§ 18 I lit. c HbgVwVG) gewesen. Denn solche von Verkehrszeichen ausgehende Gebote stehen den unaufschiebbaren Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten gleich und sind entsprechend § 80 II Nr. 2 VwGO kraft Gesetzes sofort vollziehbar (vgl. BVerwG, NJW 1978, 656; NVwZ 1988 623).

##### c. Entbehrlichkeit der Androhung

Einer Fristsetzung und des Hinweises auf die Anwendung von Zwangsmitteln (§ 18 II HbgVwVG) bedurfte es gem. § 27 HbgVwVG vor der Abschleppanordnung nicht. Nach dieser Norm kann bei der Ersatzvornahme (u.a.) von der Bestimmung des § 18 HbgVwVG abgewichen werden, wenn eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auf andere Weise nicht beseitigt werden kann.

##### aa. Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Diese Voraussetzungen waren hier erfüllt. Mit dem Abstellen des Fahrzeugs an der betreffenden Stelle war wegen des Verstoßes gegen §§ 12 I Nr. 6 lit. a, II, 41 I 1 Nr. 8 StVO eine Störung der öffentlichen Sicherheit eingetreten, die wegen der Nichtbefolgung des Wegfahrgebots fort dauerte.

##### bb. Keine anderweitige Möglichkeit zur Gefahrenabwehr

Eine Möglichkeit i.S. des § 27 Alt. 1 HbgVwVG, diese Störung auf andere Weise als durch die Anwendung von Zwangsmitteln zu beseitigen, bestand nicht. Insbesondere brauchte die Bekl. hier nicht - wie dies nach der Ansicht der Kl. geboten gewesen wäre - zu versuchen, über die auf dem als Anlage Kl. vorgelegten Hinweiszettel enthaltenen Angaben von Anschrift und Festnetztelefonnummer mit der Kl. in Kontakt zu treten, um ihr unter Hinweis auf eine sonst einzuleitende Abschleppmaßnahme (verbunden mit dem Setzen einer Frist von wenigen Minuten) Gelegenheit zu geben, das Fahrzeug selbst wegzufahren. [...] Denn diese Angaben waren nicht geeignet, den Zeugen S zu der Annahme zu veranlassen, dass ein solcher Kontaktversuch eine (genügend aussichtsreiche) „andere Weise“ (vgl. § 27 HbgVwVG) der Störungsbeseitigung darstellte.

##### (1). Wiederholung der bisherigen Rspr. des OVG

Das BerGer. lässt sich bei dieser Bewertung von den folgenden, im Wesentlichen bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. OVG Hamburg, NJW 2001, 3647) entwickelten Grundsätzen leiten:

##### (a). Offensichtliche Erreichbarkeit verpflichtet zur Nachforschung

Hat sich der Fahrer von dem verbotswidrig geparkten Fahrzeug entfernt und steht er deshalb nicht unmittelbar wie jemand, der sich in Ruf- oder Sichtweite seines Fahrzeugs aufhält, zur Störungsbeseitigung zur Verfügung, sind grundsätzlich keine Ermittlungen nach dem Verbleib des polizeirechtlich Verantwortlichen veranlasst, weil deren Erfolg zweifelhaft ist und zu nicht abzusehenden weiteren Verzögerungen führt (vgl. BVerwG, NJW 2002, 2122; Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 3; VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 23 [25]; VGH München, NJW 2001, 1960 [1961]). Kann allerdings der Fahrer (nach den in der jeweiligen Situation für den einschreitenden Polizeibediensteten erkennbaren Umständen) mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne Schwierigkeiten und ohne Verzögerung festgestellt und zur Beseitigung des verbotswidrigen Parkens veranlasst werden, so ist eine Rechtswidrigkeit einer gleichwohl angeordneten Abschleppmaßnahme in Betracht zu ziehen (vgl. BVerwG, ZfS 2003, 98 = VRS 103 [2002], 309 [310]; NJW 1990, 931).

Dies wird zum Beispiel in Frage kommen, wenn die

erkennbaren Umstände der betreffenden Situation schon aus sich heraus darauf hindeuteten, dass der Fahrer sich - aktuell - in unmittelbarer Nähe des Fahrzeugs befindet und dort sofort erreichbar ist. Daran zu denken ist - ohne dass das BerGer. insoweit in jeder Hinsicht generalisierbare Regeln aufstellen könnte - etwa bei einem offensichtlichen Entladungsvorgang eines Lieferwagens direkt vor einem (geöffneten) Geschäft oder Restaurant, oder bei eindeutigen Hinweisen von Passanten, der Fahrer habe soeben das Fahrzeug abgestellt und sich in ein benachbartes Gebäude begeben, in dem er auf eine (von dem Passanten genannte) bestimmte Art und Weise sofort erreichbar sei. Eine solche Situation kann auch bestehen, wenn etwa ein als solcher erkennbarer Firmenwagen direkt vor dem Gebäude der betreffenden (in ihrer Größe überschaubaren) Firma abgestellt ist und der Polizeibediens-tete zu einem Zeitpunkt einschreitet, der - offensichtlich oder, nach lebensnäher Betrachtung, jedenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit - in die Geschäftszeiten dieser Firma fällt.

*(b). Ungewisse Erfolgsaussichten verpflichten nicht zur Nachforschung*

Sprechen die äußerlich erkennbaren Umstände in der betreffenden Situation dagegen nicht in der zuletzt genannten Weise aus sich heraus für die sofortige Erreichbarkeit des Fahrers in unmittelbarer Nähe des Fahrzeugs, sondern soll erst durch die Angabe einer Telefonnummer und/oder einer Adresse auf einem in dem Fahrzeug hinterlassenen Hinweiszettel die Möglichkeit einer Kontaktaufnahme mit dem Fahrer nahe gelegt werden, so ist nicht ohne weiteres anzunehmen, dass dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit ohne Schwierigkeiten und ohne Verzögerung festgestellt und zur eigenhändigen Umsetzung des Fahrzeugs veranlasst werden kann. Einer Verpflichtung des Polizeibediens-teten zu einem solchermaßen veranlassten Nachforschungsversuch stehen vielmehr im Regelfall die ungewissen Erfolgsaussichten und nicht absehbare weitere Verzögerungen entgegen (vgl. BVerwG, ZfS 2003, 98 = VRS 103 [2002], 309; NJW 2002, 2122; Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 3).

*(c). Konkrete Hinweise können auch zur Nachforschung verpflichten*

Jedoch können im Einzelfall auch derartige Angaben auf einem in dem Fahrzeug, hinterlassenen Hinweiszettel eine Verpflichtung des Polizeibediens-teten begründen, vor der Abschleppanordnung einen Versuch zu unternehmen, den Fahrer zu erreichen, um ihn (ggf. unter Setzung einer sehr knappen Frist) zunächst zur eigenhändigen Umsetzung des Fahrzeugs aufzufordern. Dies setzt nach der Auffassung des BerGer. (vgl. bereits OVG Hamburg, NJW 2001, 3647 [3648 f.]) allerdings voraus, dass sich aus dem jeweiligen Hinweis ergibt, dass der Fahrer sich nach dem Abstellen

des Fahrzeugs an einen im unmittelbaren Nahbereich gelegenen Ort begeben hat und dass dieser Hinweis mit einem erkennbaren Bezug zu der von dem Polizeibediens-teten vorgefundenen Situation eingesetzt worden ist [...]. Kommt nach den dargestellten Umständen eine Pflicht des Polizeibediens-teten in Betracht, einem derartigen Hinweis nachzugehen, so setzt dies außerdem voraus, dass damit ein unzumutbarer Aufwand nicht verbunden ist. So wird ihm dabei im Hinblick auf einen in Betracht kommenden Versuch, den Fahrer an dem angegebenen Ort aufzusuchen, kein übermäßiger Einsatz - etwa der Versuch, den Verantwortlichen in größerer Entfernung oder im oberen Stockwerk eines mehrgeschossigen Hauses aufzusuchen - abzuverlangen sein. Die insoweit erforderliche Wertung ist aus der Sicht des eingesetzten Polizeibediens-teten zu treffen und unterliegt in vollem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Eine solche Unzumutbarkeit ergibt sich - nach der Auffassung des BerGer. - allerdings nicht schon dann, wenn ein Versuch in Betracht kommt, den Fahrer über eine auf der Nachricht angegebene Telefonnummer zu erreichen, der Polizeibediens-tete einen Telefonanruf aber nicht selbst über ein tragbares Telefon vornehmen, sondern einen telefonischen Kontakt nur über seine Wache, zu der er Verbindung per Funk hält, herstellen kann.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass eine solche Vorgehensweise im Wesentlichen dem Ablauf bei der Anforderung eines Abschleppfahrzeugs entspricht. Anders wird es aber etwa zu beurteilen sein, wenn in einer Vielzahl von verbotswidrig geparkten und gleichermaßen störenden Fahrzeugen jeweils Zettel mit den Telefonnummern der Fahrer ausgelegt sind und der Versuch, sämtliche Fahrer anzurufen, einen unzumutbaren Gesamtaufwand darstellen würde oder wenn Gefahr im Verzug im Einzelfall ein unverzügliches Einschreiten erfordert.

Ist nach diesen Grundsätzen im Einzelfall ein Versuch veranlasst, den Fahrer zu erreichen, so ist der damit für die Bekl. verbundene Aufwand nach der Auffassung des BerGer. hinzunehmen. Dabei verkennt das BerGer. nicht, dass ein solcher Ablauf mit einigem Aufwand für die Bekl. verbunden sein kann. Doch ist nicht ersichtlich, dass dies die Bekl. unter Kosten- oder Zeitgesichtspunkten überfordern oder bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nachhaltig beeinträchtigen würde. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass es keinesfalls geboten erscheint, mehr als einen Anruf- oder Klingelversuch zur Benachrichtigung des Verantwortlichen zu unternehmen; das Risiko der Nichterreichbarkeit hat generell der Störer zu tragen. Auch dürfte sich der für die "Erfolgskontrolle" am Abschlepport anfallende zusätzliche Zeitaufwand bei einer Gesamtbetrachtung der in Frage kommenden Einzelfälle in Grenzen halten: In der Regel wird dem Verantwortlichen zur Einlösung seiner Zusage, das Fahrzeug zu entfernen, ein Zeitraum von fünf Minuten zuzubilligen sein. Dieser

zusätzliche Aufwand wird - im Erfolgsfall - dadurch aufgewogen, dass die Belastung des Polizeipflichtigen mit den Kosten der unmittelbaren Ausführung sowie der damit verbundene Verwaltungsaufwand entfallen, und dass die Störung im Idealfall nicht nur schneller als im Wege der Ersatzvornahme (oder ggf. der unmittelbaren Ausführung) beseitigt wird, sondern auch mit deutlich geringeren Beeinträchtigungen für Anwohner und andere Verkehrsteilnehmer, wie sie mit einem Abschleppensatz häufig verbunden sind.

### (2). *Verteidigung gegen das BVerwG*

Soweit die Bekl. (unter Bezugnahme auf BVerwG, NJW 2002, 2122) vorträgt, eine rechtmäßige Abschlepppraxis dürfe auch spezial- und generalpräventive Zwecke verfolgen, ohne damit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu verstoßen, soweit die Behörden die Erfahrung machten, dass Verkehrsteilnehmer zunehmend dazu übergangen, mit Hilfe von Hinweiszetteln unter Inkaufnahme von Bußgeldern, aber in Erwartung eines hieraus folgenden Abschleppschutzes Verkehrsverstöße zu begehen, die andere Verkehrsteilnehmer behinderten, steht dies den vorgenannten, für das BerGer. maßgeblichen Grundsätzen nicht entgegen.

Diese Grundsätze beziehen sich nicht auf den bei belastenden Maßnahmen generell zu beachtenden (bundesverfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern auf allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen, nämlich auf die in § 27 HbgVwVG geregelte Ersatzvornahme ohne vorherigen diesbezüglichen Hinweis mit Fristsetzung (§ 18 II HbgVwVG) für die eigenhändige Befolgung des Wegfahrgebots (für die polizeirechtliche Anwendung von Zwangsmitteln im Wege der unmittelbaren Ausführung nach § 7 I HbgSOG dürfte nichts anderes gelten). In diesem Zusammenhang bleibt für die Verfolgung spezial- und generalpräventiver Zwecke kein Raum. Die aus § 27 HbgVwVG folgende Möglichkeit, von dem an sich nach § 18 II HbgVwVG gebotenen Hinweis auf die Möglichkeit der Ersatzvornahme mit Fristsetzung abzusehen, setzt (in der hier interessierenden Tatbestandsalternative) voraus, dass "eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auf andere Weise nicht beseitigt werden kann". § 27 HbgVwVG erlaubt dagegen (bei einer bestehenden Möglichkeit, die Störung auf andere Weise zu beseitigen) nicht den Verzicht auf die Einhaltung dieser allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, wenn dies "abschreckend wirkt".

### (3). *Subsumtion*

Die Anwendung der vorgenannten Grundsätze auf den hier vorliegenden Sachverhalt führt zu dem Ergebnis, dass der Zeuge S gem. § 27 HbgVwVG nicht dazu verpflichtet war, vor der Anordnung des Abschleppens zu versuchen, die Kl. über die auf dem Hinweiszettel angegebene Adresse oder über die dort genannte Tele-

fonnummer zu erreichen, um sie dann (im Falle ihrer Erreichbarkeit) nach § 18 II HbgVwVG unter Hinweis auf die Möglichkeit des Abschleppens und unter Setzung einer kurzen Frist aufzufordern, ihr Fahrzeug selbst zu entfernen. [...] Auf dem Hinweiszettel, den die Kl. in ihrem Fahrzeug hinterlassen hatte, [war] zwar mit der „G-Straße 92 a“ ein von dem Fahrzeug aus gesehen in unmittelbarer Nähe gelegener Aufenthaltsort des Fahrers angegeben; jedoch war dieser Hinweiszettel nicht schon deshalb geeignet, den erforderlichen Situationsbezug herzustellen. Er enthielt nicht die notwendigen Angaben, um dem Zeugen S den Eindruck vermitteln zu können, dass dieser Hinweis konkret für die seinerzeit vorliegende Situation gegeben worden wäre. Vielmehr handelte es sich, wie auch das VG zutreffend festgestellt hat, um einen - in der näheren Umgebung des Wohnhauses der Kl. - universell einsetzbaren Vordruck, dessen Verwendung in dieser Form auf einen routinemäßigen Gebrauch schließen ließ. Zusätzliche Angaben, die den erforderlichen Situationsbezug hätten herstellen können, wie etwa Datum und Uhrzeit, enthielt der Zettel nicht; es hieß darauf lediglich, die Fahrerin sei "jetzt" erreichbar. Somit war es dem Zeugen S nicht möglich, den Hinweis bezüglich seiner Aktualität einzuordnen. Daran ändert auch der im Berufungsverfahren von der Kl. hervor gehobene Umstand nichts, dass der Hinweiszettel seinerzeit auf dem Armaturenbrett überstehend zum Lenkrad ausgelegt worden sei, denn auch auf diese Weise lässt sich ein Hinweiszettel in jeglicher Situation benutzen. Damit war der Hinweiszettel nicht geeignet, dem Zeugen S einen zuverlässigen Rückschluss darauf zu vermitteln, dass die Kl. an dem angegebenen Ort „G-Straße 92 a“ und unter der auf dem Zettel genannten Festnetznummer aktuell erreichbar und damit zur umgehenden eigenhändigen Beseitigung der von ihr verursachten Störung imstande war. [...]

### d. *Verhältnismäßigkeit*

Die Anordnung der Abschleppmaßnahme verstieß auch nicht gegen den (bundesverfassungsrechtlichen) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.

Nach der-Rechtsprechung des BVerwG, der das BerGer. folgt, ist über die vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen hinaus zu prüfen, ob die Abschleppmaßnahme nach den Umständen des Einzelfalls verhältnismäßig ist (BVerwG, ZfS 2003, 98; NJW 2002, 2122 m.w.N.). Auch ein verbotswidrig parkendes Fahrzeug darf danach nur abgeschleppt werden, wenn diese Maßnahme zur Gefahrenbeseitigung geeignet und erforderlich ist, sie der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne entspricht und (also) dem betroffenen Fahrzeugführer zumutbar ist. Die "Leitlinien" dieser Rechtsprechung hat das BVerwG in seinem Beschluss vom 18. 2. 2002 wie folgt zusammengefasst:

*aa. Rechtsprechung des BVerwG*

„In inhaltlicher Übereinstimmung mit früherer Rechtsprechung des zuvor zuständigen 7. Senats des BVerwG (vgl. insb. BVerwG, NJW 1990, 931; NVwZ 1988, 623) hat der beschließende Senat in seinem Urteil vom 14.5.1992 (BVerwGE 90, 189 [1931 = NJW 1993, 870) zum bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch nach Landesrecht durchgeführte Abschleppmaßnahmen beherrscht, zusammenfassend dargelegt, dass zwar auf der einen Seite ein bloßer Verstoß etwa gegen das Verbot des Gehweg-Parkens allein nicht ohne weiteres eine Abschleppmaßnahme rechtfertigt und auch allein eine Berufung auf eine bloße Vorbildwirkung des fehlerhaften Verhaltens und auf den Gesichtspunkt der Generalprävention nicht ausreichend ist, auf der anderen Seite aber nicht zweifelhaft sein kann, dass regelmäßig ein Abschleppen verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge im Falle der Behinderung von anderen Verkehrsteilnehmern geboten erscheint. Letzteres kann - ohne Beschränkung auf diese Fallgruppen - etwa der Fall sein beim Verstellen des gesamten Bürgersteigs oder einem Hineinragen des Fahrzeugs in die Fahrbahn, bei Funktionsbeeinträchtigungen einer Fußgängerzone oder beim rechtswidrigen Parken auf einem Schwerbehindertenparkplatz, in Feuerwehranfahrzonen oder - selbstverständlich - auch bei einem Abschleppen zur Verhinderung von Straftaten. Für alle diese und weitere Abschlepp-Fälle gilt, dass die Nachteile, die mit einer Abschleppmaßnahme für den Betroffenen verbunden sind, nicht außer Verhältnis zu dem bezweckten Erfolg (im vorliegenden Zusammenhang vor allem: Fortfall von Behinderungen oder Belästigungen

von anderen Verkehrsteilnehmern) stehen dürfen, was sich auf Grund einer Abwägung der wesentlichen Umstände des Einzelfalls beurteilt (vgl. Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 3, S. 1). Im Beschluss vom 1.12.2000 (VRS 101, 239) hat der beschließende Senat aus dem vorstehenden Befund die Leitlinie entwickelt, dass Abschleppmaßnahmen auch ohne konkrete Behinderungen zwar nicht ausgeschlossen sind, aber naturgemäß die gegenläufigen Interessen ein größeres Gewicht bekommen.“

*bb. Subsumtion*

Nach diesen Maßstäben war die Anordnung der Bekl., das Fahrzeug der Kl. abschleppen zu lassen, unter Würdigung der Umstände des vorliegenden Falls verhältnismäßig [wird ausgeführt].

*II. Erstattungsfähigkeit der Kosten*

Die Erstattungsforderung ist auch der Höhe nach rechtmäßig. Gemäß § 19 I 2 HbgVwVG waren die Kosten nach den Aufwendungen der Bekl. festzusetzen. Die erstattungsfähigen Aufwendungen bestehen aus dem Betrag von 81,20 DM, den der Abschleppunternehmer in Rechnung gestellt hat, und pauschalierten eigenen Personalaufwendungen der Bekl. in Höhe von 57 DM (vgl. § 1 II 2 lit. b HbgVwVG i.d.F. der VO v. 2.12.1997). Der auf diese Summe erhobene Gemeinkostenzuschlag in Höhe von 10% beruht auf § 77 III lit. a HbgVwVG i.V. mit § 1 II 1 HbgVwVG. Der sich daraus errechnende Gesamtbetrag von 152,02 DM war, wie geschehen, gem. § 76 III 1 HbgVwVG (in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden F.) auf 152, 10 DM aufzurunden.

**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.

## Zivilrecht

### Standort: Verjährung

### Problem: Wirkung eines Widerrufsvergleichs

BGH, URTEIL VOM 04.05.2005  
VIII ZR 93/04 (NJW 2005, 2004)

#### **Problemdarstellung:**

Der Klassiker der seitens des Wohnungsmieters bei Auszug nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen bildete hier zwar den Anlass, keineswegs aber den rechtlichen Schwerpunkt der durch den BGH zu entscheidenden Streitigkeit. Vielmehr erwies sich als problematisch, dass der Kl., dessen Rechtserwerb an der durch die Bekl. bewohnten Wohnung sich erst nach Beendigung des Mietverhältnisses durch Grundbucheintragung vollendet hatte - der Kl. war also zu keinem Zeitpunkt gem. § 566 I BGB Vermieter der Bekl. -, ursprünglich den Schadensersatzanspruch aus § 326 I BGB a. F. (nach neuem Recht wäre auf §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 1 BGB abzustellen) als eigenen eingeklagt hatte. Erst nachdem die Bekl. einen bereits geschlossenen Widerrufsvergleich im letzten Moment widerrufen hatte, trug der Kl. eine Abtretung des Anspruchs durch die frühere Vermieterin an ihn vor und konnte die Abtretung auch belegen.

Der eingeklagte Anspruch wäre zu diesem Zeitpunkt eigentlich bereits gem. § 548 I BGB verjährt gewesen. Hiervor bewahrte den Kl. aber die Einstufung des abgeschlossenen Vergleichs als verjährungshemmende Verhandlungen im Sinne des § 203 S. 1 BGB mit der Folge, dass Verjährung gem. § 203 S. 2 BGB frühestens drei Monate nach dem Ende der Verhandlungen - dieses setzte die Bekl. durch den Widerruf des Vergleichs - eintreten konnte.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung bietet noch weit mehr interessante Aspekte, als sich dies in obiger Problemdarstellung skizzieren ließ. So wird etwa auf die aktuelle Rechtsprechungsentwicklung zum Beginn der kurzen Verjährung des § 548 BGB eingegangen (vgl. dazu auch den nachstehenden Vertiefungshinweis), der Begriff der Klageänderung i. S. d. § 263 ZPO wird erläutert (Änderung des Streitgegenstandes), auf den Fall des Wechsels von der Geltendmachung einer eigenen Forderung zur Verfolgung eines abgetretenen Rechts angewandt und von der Situation der Klage des zur Forderungseinziehung ermächtigten Zedenten im Falle einer stillen Sicherungszession abgegrenzt. Es werden demzufolge gleich mehrere prüfungsrelevante The-

mengebiete angesprochen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Beginn der Verjährung gem. § 548 BGB mit Rückgabe der Mietsache: *BGH*, RA 2005, 206 = NJW 2005, 739
- Verjährungsverzicht lässt Verjährungshemmung unberührt: *BGH*, RA 2004, 388 = NJW 2004, 1654

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"
- Assessorkurs*: "Spätes Kommen"

#### **Leitsatz:**

**Durch einen im Rahmen der gerichtlichen Güteverhandlung geschlossenen Widerrufsvergleich der Parteien wird die Verjährung eines von dem Vergleich erfassten Schadensersatzanspruches gemäß § 203 Satz 1 BGB bis zur Erklärung des Widerrufs gehemmt.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bekl. war Mieterin einer Wohnung in dem Haus K.-Straße in B. Nach dem Mietvertrag vom 31.12.1970 hatte sie die Schönheitsreparaturen vorzunehmen. Durch Kaufvertrag vom 26.09.2001 erwarb der Kl. die Wohnung von der damaligen Eigentümerin, der L.-Handelsgesellschaft mbH. Mit Schreiben vom 23.04.2002 an die Hausverwaltung kündigte die Bekl. das Mietverhältnis zum 31.07.2002. Mit weiterem Schreiben vom 26.05.2002 lehnte die Bekl. gegenüber der Bevollmächtigten des Kl. die Ausführung von Schönheitsreparaturen ab. Am 10.07.2002 übergab der Sohn der Bekl. die Wohnungsschlüssel an die Bevollmächtigte des Kl.

Mit der am 13.09.2002 zugestellten Klage hat der Kl. in der Eigenschaft als Wohnungseigentümer die Bekl. auf Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen und wegen Mietausfalls in Anspruch genommen. Insgesamt hat er Zahlung von 13.244,95 € nebst Zinsen verlangt. Darüber hinaus hat er die Feststellung begehrt, dass ihm die Bekl. sämtliche weiteren Schäden aufgrund der Übergabe der Wohnung in einem nicht vertragsgemäßen Zustand zu ersetzen habe. Am 09.10.2002 ist der Kl. im Grundbuch als Wohnungseigentümer eingetragen worden. Dies ist der Bekl. am 21.10.2002 durch Einsicht eines ihrer Pro-

zessbevollmächtigten in das Grundbuch bekannt geworden. In der Güteverhandlung vor dem Amtsgericht am 28.11.2002 haben die Parteien einen Widerrufsvergleich geschlossen, wonach die Beklagte 10.000,00 € in zwei Raten an den Kläger zahlt. Weiter heißt es in dem protokollierten Vergleich unter Nr. 2:

“Die Parteien sind sich dahin einig, dass mit Abschluss dieses Vergleichs sämtliche gegenseitigen Ansprüche abgegolten sind betreffend das Wohnverhältnis über die Wohnung K.-Str. in B. mit Ausnahme etwaiger Betriebs- und Heizkosten.”

Die Bekl. hat den Vergleich am 15.01.2003, dem letzten Tag der vereinbarten Widerrufsfrist, widerrufen. Anschließend hat sie geltend gemacht, dass der streitige Schadensersatzanspruch dem Kläger nicht zustehe, da dieser erst am 09.10.2002 und damit nach Ende des Mietverhältnisses und Entstehung des streitigen Schadensersatzanspruchs Eigentümer der Wohnung geworden sei. Daraufhin hat der Kl. mit Schriftsatz vom 28.02.2003, der dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. im Termin zur mündlichen Verhandlung am 06.03.2003 übergeben worden ist, unter Vorlage einer schriftlichen Bestätigung der Voreigentümerin der Wohnung behauptet, diese habe ihm bereits im Juni 2002 sämtliche aus dem Mietvertrag über die verkaufte Wohnung vom 31.12.1970 ab dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung am 01.07.2002 entstehenden Forderungen abgetreten. Die Bekl. hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Amtsgericht hat der Klage hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wegen unterlassener Schönheitsreparaturen in Höhe von 10.168,86 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Bekl. mit der vom Landgericht zugelassenen Revision, mit der sie weiterhin die vollständige Abweisung der Klage erstrebt.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist nicht begründet.

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

Das BerGer., dessen Entscheidung in GE 2004, 626 abgedruckt ist, hat ausgeführt:

Der in der Berufungsinstanz allein noch streitgegenständliche Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 326 I BGB wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen sei nicht gemäß § 548 BGB n.F. verjährt. Die Hemmung der Verjährung sei nicht bereits mit der Klageerhebung, sondern erst aufgrund des am 06.03.2003 zugestellten Schriftsatzes vom 28.02.2003 eingetreten. Denn die Geltendmachung eines abgetretenen statt eines eigenen Rechts stelle eine Klageänderung dar. Die Verjährung werde aber nur in Bezug auf den zunächst rechtshängigen Streitgegenstand gehemmt. Die Verjährungsfrist sei nicht bereits seit der Schlüssel-

rückgabe am 10.07.2002 oder dem Ende des Mietvertrages am 31.07.2002 gelaufen, sondern seit dem 13.09.2002. Denn wenn eine Fristsetzung aufgrund einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners - hier Schreiben der Beklagten vom 26.05.2002 - entbehrlich sei, bedürfe es einer Ablehnungserklärung des Schuldners (richtig: Gläubigers), durch die erst der Schadensersatzanspruch bei gleichzeitigem Untergang des Erfüllungsanspruchs (§ 326 I 2 Halbs. 2 BGB) entstehe. Der Beginn der Verjährungsfrist für einen Anspruch könne indes nicht vor dessen Entstehen liegen. Durch § 548 BGB n.F. sei insoweit keine Änderung eingetreten. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass die Regelung eine § 198 BGB a.F. vorrangige Sonderregelung sei, sei im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gekommen. Zwar sei § 198 BGB aufgehoben worden. Die Neufassung der Verjährungsvorschriften enthalte in § 200 BGB jedoch eine gleichlautende Regelung. Die Verjährung sei auch aus einem weiteren Grund nicht eingetreten. Die Parteien hätten vor Ablauf der Verjährungsfrist, die frühestens mit Rückgabe der Schlüssel am 10.07.2002 begonnen habe, am 28.11.2002 Verhandlungen über den Anspruch gemäß § 203 BGB n.F. aufgenommen, indem sie einen Vergleich mit einer Widerrufsmöglichkeit bis zum 15.01.2003 geschlossen hätten. Mit ihrem Widerruf am 15.01.2003 habe die Bekl. die Fortsetzung der Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB n.F. abgelehnt. Demzufolge habe die Verjährungsfrist jedenfalls nicht vor dem Ablauf von weiteren drei Monaten, das heißt nicht vor dem 15.04.2003 geendet.

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

Diese Ausführungen halten mit der in zweiter Linie gegebenen Begründung der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der von dem Kl. - zuletzt gemäß § 398 BGB aus abgetretenem Recht der L.-Handelsgesellschaft mbH - gegen die Bekl. geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen aus § 326 I BGB (in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, im folgenden: a.F.) in der bereits in der Berufungsinstanz nicht mehr streitigen Höhe von 10.168,86 € nicht nach § 548 BGB verjährt ist.

##### *I. Anwendbarkeit des alten Schuldrechts sowie des neuen Verjährungsrechts*

§ 326 I BGB a.F. ist hier gemäß Art. 229 § 5 EGBGB noch anzuwenden, da das Mietverhältnis zwischen der L.-Handelsgesellschaft mbH und der Bekl. vor dem 01.01.2002 entstanden und vor dem 01.01.2003 beendet worden ist. Die in der Revisionsinstanz allein noch streitige Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus § 326 I BGB a.F. ist dagegen gemäß Art. 229 § 6 I 1 EGBGB nach den seit dem 01.01.2002 geltenden Ver-



jährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen. Diese finden gemäß der genannten Überleitungsbestimmung auf die am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Erst recht gilt das für Ansprüche, die - wie der hier in Rede stehende Schadensersatzanspruch - vor dem 01.01.2002 noch nicht entstanden und auch noch nicht verjährt sind (Senatsurteil vom 19.01.2005 - VIII ZR 114/04, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, NJW 2005, 739 unter II 2 b).

## II. Verjährungsbeginn mit Schlüsselübergabe am 10.07.2002

Demgemäß hat das BerGer. hier zutreffend die Verjährungsregelung des § 548 BGB herangezogen. Nach deren Absatz I Satz 1 verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, zu denen auch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der vertraglich geschuldeten Schönheitsreparaturen aus § 326 I BGB a.F. gehört, in sechs Monaten. Nach Absatz I Satz 2 der Vorschrift beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden hat, gilt das entgegen der Auffassung des BerGer. angesichts des ebenfalls anzuwendenden § 200 S. 1 BGB - anders als nach §§ 558 II, 198 BGB a.F. (vgl. dazu BGHZ 107, 179, 184; 138, 49, 51; BGH, Urteil vom 17.03.1999 - XII ZR 101/97, WM 1999, 1136 [unter 6]; ferner KG (RE) NJW-RR 1997, 392) - auch dann, wenn die genannten Ersatzansprüche erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen, weil mit § 548 I 2 BGB im Sinne des § 200 S. 1 BGB ein anderer Verjährungsbeginn als der der Entstehung des Anspruchs bestimmt worden ist (Senatsurteil vom 19.01.2005, aaO unter II 3). Hier hat die Verjährung daher bereits mit der Rückgabe der Wohnungsschlüssel durch den Sohn der Bekl. an die Bevollmächtigte des Kl. am 10.07.2002 begonnen. In diesem Zeitpunkt hat der Kl. die Wohnung im Sinne des § 548 I 2 BGB zurückerhalten. Zum einen liegt in der Rückgabe der Wohnungsschlüssel die erforderliche vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe der Bekl. als Mieterin; zum anderen ist der Kl. in die Lage versetzt worden, sich durch die nunmehr erworbene unmittelbare Sachherrschaft ungestört ein Bild von dem Zustand der Wohnung zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.2003 - XII ZR 68/00, WM 2004, 537 unter II 3 a m. w. N.). Der Kl. war zwar nicht Vermieter, da er erst am 09.10.2002 im Grundbuch als Wohnungseigentümer eingetragen wurde und deswegen zu keinem Zeitpunkt nach § 566 BGB anstelle der L.-Handelsgesellschaft mbH in das zum 31.07.2002 gekündigte Mietverhältnis mit der Bekl. eingetreten ist. Die Übergabe der Wohnungsschlüssel an ihn beziehungsweise seine Bevollmächtigte erfolgte jedoch ersichtlich mit Einwilligung der Vermieterin, die dem Kl. ausweislich

ihrer Bestätigung vom 26.02.2003 bereits im Juni 2002 sämtliche aus dem Mietverhältnis mit der Bekl. ab dem Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung am 01.07.2002 entstehenden Forderungen abgetreten hatte.

## III. Keine Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung am 13.09.2002

Die mithin gemäß §§ 548 I 2, 200 S. 1, 187 I, 188 II 1 BGB regulär mit Ablauf des 10.01.2003 eintretende Verjährung des vom Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist nach der zutreffenden Ansicht des BerGer. nicht schon durch die Erhebung der Klage am 13.09.2002 gemäß §§ 204 I Nr. 1, 209 BGB gehemmt worden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterbricht die Erhebung der Klage nach § 209 I BGB a.F. die Verjährung nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur für den streitgegenständlichen prozessualen Anspruch (Senatsurteil BGHZ 104, 6, 12; BGHZ 132, 240, 243; Urteil vom 17.10.1995 - VI ZR 246/94, WM 1996, 125 = NJW 1996, 117 [unter II 2 a]; Urteil vom 23.03.1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065 = NJW 1999, 2110 [unter II 2], jew. m. w. N.). Für die nach neuem Recht an die Stelle der Unterbrechung getretene Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung nach § 204 I Nr. 1 BGB gilt nichts anderes (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 204 Rz. 13). Danach ist hier durch die Erhebung der Klage keine Hemmung der Verjährung des in Rede stehenden Schadensersatzanspruchs aus § 326 I BGB a.F. eingetreten. Der Kl. verfolgt diesen Anspruch gemäß dem Schriftsatz vom 28.02.2003 nach § 398 BGB aus abgetretenem Recht der L.-Handelsgesellschaft mbH, die ihm nach den unangegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen die Forderung im Juni 2002 übertragen hatte. In der Klageschrift hat er den Anspruch dagegen zunächst - zu Unrecht, weil er mangels Eintragung noch nicht nach § 566 BGB anstelle der L.-Handelsgesellschaft mbH in den Mietvertrag mit der Bekl. eingetreten war (vgl. oben unter B. II.) - aus eigenem Recht als neuer Wohnungseigentümer geltend gemacht. Damit hatte die ursprüngliche Klage einen anderen Streitgegenstand. In dem Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen aus abgetretenem Recht liegt wegen der Änderung des dazu vorgetragenen Lebenssachverhalts ein Wechsel des Streitgegenstandes im Sinne einer Klageänderung nach § 263 ZPO (BGH, Urteil vom 17.10.1995, aaO [unter II 2 c aa]; Urteil vom 25.02.1999 - III ZR 53/98, WM 1999, 704 [unter 3]; Musielak/Foerste, ZPO, 4. Aufl., § 263 Rz. 3; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 263 Rz. 7; MünchKomm/Lüke, ZPO, 2. Aufl., § 263 Rz. 16; ferner BVerfGE 54, 117, 127 f.; anders BGH, Urteil vom 23.03.1999, aaO [unter II 2 für den Sonderfall einer stillen Sicherungszession, bei der der Zedent aufgrund der ihm eingeräumten Einziehungsermächti-

gung grundsätzlich die an den Sicherungszessionar abgetretene Forderung geltend macht, auch wenn er Zahlung an sich verlangt]).

#### *IV. Hemmung der Verjährung durch Abschluss des Widerrufsvergleichs vom 28.11.2002*

Die Verjährung des von dem Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist jedoch nach der ebenfalls zutreffenden Ansicht des BerGer. vor ihrer Vollendung am 10.01.2003 gemäß § 203 S. 1 BGB durch den im Rahmen der gerichtlichen Güteverhandlung geschlossenen Widerrufsvergleich der Parteien vom 28.11.2002 gehemmt worden. Dadurch sind die Parteien in Verhandlungen über den Anspruch eingetreten. Dem steht nicht entgegen, dass der von dem Kl. zuletzt aus abgetretenem Recht der L.-Handelsgesellschaft mbH verfolgte Anspruch gemäß den vorstehenden Ausführungen nicht Streitgegenstand der ursprünglich erhobenen und zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses noch nicht geänderten Klage gewesen ist. Ungeachtet dessen erfasst der Vergleich auch diesen Anspruch. Das ergibt eine Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann, da sie das BerGer. unterlassen hat und dazu keine weiteren Feststellungen erforderlich sind. Nach Nr. 2 des Vergleichs sind sich die Parteien darüber einig, "dass mit Abschluss dieses Vergleichs sämtliche gegenseitigen Ansprüche abgegolten sind betreffend das Wohnverhältnis über die Wohnung K.-Str. in B. mit Ausnahme etwaiger Betriebs- und Heizkosten." Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Abgeltungsklausel haben die Parteien sämtliche Ansprüche betreffend das Wohnverhältnis der Bekl. mit Ausnahme der hier nicht in Rede stehenden Betriebs- und Heizkosten zum Gegenstand des Vergleichs gemacht. Zu den von

dem Vergleich erfassten Ansprüchen gehört danach nicht nur der vom Kl. mit der ursprünglichen Klage geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus eigenem Recht, sondern auch der von ihm zuletzt verfolgte Schadensersatzanspruch aus abgetretenem Recht, da dieser ebenfalls das Wohnverhältnis der Bekl. und sogar den nämlichen Schaden betrifft. Das erscheint auch insoweit unbedenklich, als der Bekl. beziehungsweise ihrem Prozessbevollmächtigten bei Abschluss des Widerrufsvergleichs durch vorherige Einsicht in das Grundbuch bekannt war, dass der Kl. darin erst am 09.10.2002 als Eigentümer der Wohnung eingetragen worden war.

#### *V. Verjährungseintritt frühestens 3 Monate nach Ende der Hemmung, § 203 S. 2 BGB*

Die aufgrund des Widerrufsvergleichs vom 28.11.2002 schwebenden Verhandlungen der Parteien sind durch den Widerruf der Bekl. im Schriftsatz vom 15.01.2003, der dem Prozessbevollmächtigten des Kl. am 28.01.2003 zugestellt worden ist, beendet worden, da die Bekl. mit dem Widerruf die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert hat. Zu diesem Zeitpunkt hat die Hemmung der Verjährung nach § 203 S. 1 BGB geendet. Gemäß § 203 S. 2 BGB tritt die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. Zuvor und damit in unverjährter Zeit hat der Kl. mit Schriftsatz vom 28.02.2003, der dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. im Termin zur mündlichen Verhandlung am 06.03.2003 durch Übergabe zugestellt worden ist, den Schadensersatzanspruch aus abgetretenem Recht der L.-Handelsgesellschaft mbH gerichtlich geltend gemacht.

### **Standort: § 313 BGB**

### **Problem: Geschäftsgrundlage eines Behandlungsvertrags**

BGH, URTEIL VOM 28.04.2005  
III ZR 351 / 04 (NJW 2005, 2069)

#### **Problemdarstellung:**

Die Bekl. wurde hier auf Zahlung der Kosten für zwei stationäre Krankenhausbehandlungen ihrer Tochter in Anspruch genommen. In einem Fall hatte die Bekl. ihre Tochter selbst in Behandlung gegeben, ein rundes Jahr später war es ihr damaliger Ehemann, der den Krankenhausaufenthalt der gemeinsamen Tochter veranlasste. In beiden Fällen stellte sich später heraus, dass entgegen der Annahme der Bekl. wie auch des Krankenhauspersonals keine wirksame Krankenversicherung des Ehemannes der bekl. Bestand - und damit auch keine Familienversicherung, welche für die Behandlung der Tochter hätte aufkommen müssen.

Die Haftung der Bekl. für die Kosten der ersten - selbst veranlassten - Behandlung nahm der BGH hier an, indem er den mit dem Krankenträger geschlos-

senen Behandlungsvertrag, der eigentlich davon ausging, dass keine Kosten für die Bekl. anfallen sollten, wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage dahingehend anpasste, dass dann eben die Bekl. selbst die nach den geltenden Pflegesätzen zu bestimmende Vergütung zu entrichten haben. Jedenfalls dem Grunde nach ging der erkennende Senat zudem von einer Haftung auch für die Kosten des zweiten stationären Aufenthalts, welche durch den damals noch nicht von der Bekl. getrennt lebenden Ehemann veranlasst worden war, gem. § 1357 I 2 BGB aus.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Von einer kurzen Beleuchtung der Rechtsverhältnisse zwischen (Kassen-) Patient, Krankenträger und Krankenkasse über das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage - seit 01.01.2002 gesetzlich kodifiziert in § 313 BGB n. F. - bis hin zu der Ehwirkung des § 1357 BGB und der dortigen Beurteilung der an-

gemessenen Bedarfsdeckung der konkret betroffenen Familie bietet dieses Urteil einen Querschnitt durch verschiedenste Themengebiete des BGB, denen Prüfungsrelevanz nicht abgesprochen werden kann bzw. im hohen Maße (§ 313 BGB) bescheinigt werden muss. Insbesondere die Erörterung der subjektiven Störung der Geschäftsgrundlage (gemeinsamer Irrtum über die dem Vertragsschluss zugrundeliegenden Umstände, vgl. § 313 II BGB n. F.) nach dem vorherigen (vergeblichen) Versuch, das bestehende Problem mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157, 242 BGB in den Griff zu bekommen, ist äußerst lehrreich.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage für Grundstückserwerb von Schwiegereltern: *BGH*, RA 2003, 166 = *NJW* 2003, 510
- Zum Anspruch auf Anpassung einer Staffelmietvereinbarung wegen Störung der Geschäftsgrundlage: *BGH*, RA 2002, 541 = *NJW* 2002, 2384

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Verkalkuliert"
- Examenskurs*: "Der verkaufte Hausrat"
- Assessorkurs*: "Der schiefe Haussegen"

#### **Leitsätze:**

**1. Haben der Krankenhausträger und der Patient (hier: die Mutter des minderjährigen Patienten) die gemeinsame Vorstellung, dass eine gesetzliche Krankenversicherung bestehe, die die Kosten des Krankenhausaufenthalts übernehme, und stellt sich dies als Irrtum heraus, dann fehlt dem zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten (hier: der Mutter des minderjährigen Patienten) geschlossenen Behandlungsvertrag die Geschäftsgrundlage.**

**2. Die bei Fehlen der Geschäftsgrundlage gebotene Anpassung des zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten (hier: der Mutter des Patienten) geschlossenen Behandlungsvertrages führt dazu, dass der Krankenhausträger die nach Maßgabe der §§ 10 ff BPfIV zu ermittelnde Vergütung für die allgemeinen Krankenhausleistungen von dem Patienten (hier: von der Mutter des Patienten) fordern kann.**

#### **Sachverhalt:**

Die klagende Stadt ist Trägerin eines Krankenhauses, in dem S. - P. H., die Tochter der Bekl. und ihres früheren Ehemannes S. H., stationär behandelt wurde. Am 05.03.1999 brachte die Bekl. ihre Tochter zur stationären Behandlung in das Krankenhaus der Kl. Bei der Aufnahme gab sie an, für ihre Tochter bestehe Versicherungsschutz durch die AOK L.; Versicherter

sei ihr Ehemann, der Dachdecker S. H. Ferner unterschrieb die Bekl. einen "Aufnahme-Antrag", in dem es unter anderem hieß:

"Ich beantrage für meine Person/für den oben bezeichneten Patienten die Gewährung der Regelleistung im Krankenhaus. [...] Ich erkenne hiermit die Allgemeinen Vertragsbedingungen und die Hausordnung für die Patienten sowie den Pflegekostentarif in der jeweils gültigen Fassung an."

§ 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Kl. bestimmt, dass ein Kassenpatient, der Leistungen des Krankenhauses in Anspruch nimmt, die nicht durch die Kostenübernahme einer Krankenkasse gedeckt sind, als Selbstzahler zur Entrichtung des Entgelts für diese Leistungen verpflichtet ist. Nach der vorgenannten, bis zum 19.03.1999 dauernden stationären Behandlung war die Tochter der Bekl. nochmals, nämlich vom 19.02.2000 bis zum 20.03.2000, im Krankenhaus der Kl. Bei diesem Krankenhausaufenthalt hatte der damalige Ehemann der Bekl. das Kind eingeliefert. Die AOK L. übernahm die Kosten dieser stationären Behandlungen nicht, weil der Ehemann der Bekl. zur fraglichen Zeit nicht versichert war und damit auch keine Familienversicherung für die gemeinsame Tochter S. - P. bestand. Das Krankenhaus stellte der Bekl. daraufhin für die stationäre Behandlung der Tochter in der Zeit vom 05. bis 19.03.1999 9.124,02 DM (= 4.665,04 €) und für die stationäre Behandlung vom 19.02.2000 bis zum 20.03.2000 weitere 20.202,39 DM (= 10.329,32 €), insgesamt also 14.994,36 €, in Rechnung. Dieser Betrag nebst Zinsen wird mit der Klage geltend gemacht. Die Kl. trägt vor, die Tochter der Bekl. sei aufgrund eines am 05.03.1999 mit der Bekl. geschlossenen Behandlungsvertrages im Krankenhaus der Kl. aufgenommen worden. Für die bis zum 19.03.1999 dauernde stationäre Behandlung könne sie nach dem Behandlungsvertrag und nach ihren Allgemeinen Vertragsbedingungen von der Bekl. das Entgelt beanspruchen, nachdem sich herausgestellt habe, dass für deren Tochter keine gesetzliche Krankenversicherung bestanden habe. Für die Kosten der von dem damaligen Ehemann der Beklagten veranlassten stationären Behandlung der Tochter im Jahr 2000 hafte die Bekl. nach § 1357 BGB.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das BerGer. hat sie abgewiesen. Mit der von dem BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Zahlungsbegehren weiter.

#### **Aus den Gründen:**

Die Klage ist begründet, soweit die Kl. Zahlung von 4.665,04 € nebst Zinsen begehrt. Im übrigen führt die Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

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

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Bezüglich der Behandlung der Tochter der Bekl. in der Zeit vom 05. bis zum 19.03.1999 sei ein entgeltlicher Behandlungsvertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Ein etwaiger Behandlungsvertrag des Kassenpatienten mit dem Krankenhaus habe jedenfalls nicht zum Inhalt gehabt, dass der Patient - über die gesetzlich vorgeschriebene Selbstbeteiligung hinaus - ein Entgelt für die stationäre Behandlung zu zahlen habe. Denn mit der Angabe der gesetzlichen Krankenversicherung gebe der Patient - wie hier die Bekl. als Mutter der Patientin - unmissverständlich zu erkennen, dass er sich nicht persönlich zu einer Zahlung verpflichten wolle. Aus dem von der Bekl. unterschriebenen "Aufnahme-Antrag" ergebe sich nichts anderes. Auf § 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen könne die Kl. ihre Entgeltforderung nicht stützen. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen seien nicht wirksam in einen etwaigen Behandlungsvertrag der Parteien einbezogen worden (§ 2 I Nr. 2 AGBG); zudem habe es sich bei § 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen um eine überraschende und deshalb nach § 3 AGBG nichtige Klausel gehandelt. Zu einer Zahlungsverpflichtung der Bekl. führe ferner nicht eine ergänzende Vertragsauslegung. Bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen könne ein Wille der Parteien, wonach bei fehlendem Versicherungsschutz die Bekl. die Krankenhauskosten zu tragen habe, nicht ermittelt werden. Zwar habe im Behandlungsvertrag möglicherweise eine Regelungslücke bestanden. Die Parteien hätten sich nicht über den Fall verständigt, dass ein Versicherungsverhältnis nicht bestehe. Diesbezüglich sei indes auszuschließen, dass sich die Bekl. bereitgefunden hätte, eine Zahlungsverpflichtung zu übernehmen. Denn sie sei mangels eigener Einkünfte nicht zahlungsfähig gewesen. Dass die Kl. aus einer solchen vertraglichen Verpflichtung den Ehemann der Bekl. nach § 1357 BGB hätte in Anspruch nehmen können, sei unerheblich. Die Bekl. müsse nicht gemäß § 1357 I BGB für die Kosten der von ihrem damaligen Ehemann veranlassten Behandlung ihrer Tochter (19.02.2000 bis 20.03.2000) eintreten. Diese Mithaftung entfalle nämlich schon dann, wenn der in Anspruch genommene Ehegatte, wie hier die Bekl., nicht über die erforderlichen Mittel verfüge, um den - im Streitfall durch die stationäre Behandlung des gemeinsamen Kindes verursachten - Sonderbedarf zu bestreiten. Auch ein Anspruch der Kl. auf Aufwandsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 670 BGB) scheide aus.

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

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

#### *I. Vergütungsanspruch der Kl. für die erste Behandlung im März 1999*

Die Kl. kann von der Bekl. für die Behandlung von

deren Tochter im März 1999 eine Vergütung in Höhe von 4.665,04 € beanspruchen (§ 611 I BGB).

#### *1. Behandlungsvertrag ohne Zahlungspflichten des Kassenpatienten*

Wie das BerGer. im Ansatz zu Recht ausgeführt hat, ging der Wille der Parteien dahin, einen für die Bekl. nicht mit Zahlungspflichten verbundenen (privatrechtlichen) Vertrag über die stationäre Behandlung von deren Tochter zu schließen. Die Parteien gingen nach den Feststellungen des BerGer. davon aus, die Tochter der Bekl. werde als Kassenpatientin in das Krankenhaus der Kl. aufgenommen. In einem solchen Fall besteht ein Vergütungsanspruch des Krankenträgers unmittelbar und ausschließlich gegen die gesetzliche Krankenkasse. Das gilt unbeschadet dessen, dass neben dieses öffentlich-rechtliche "Abrechnungsverhältnis" ein "Behandlungsverhältnis" zwischen dem Patienten und dem Krankenhaus tritt, das auf einem privatrechtlichen Vertrag (§ 611 BGB) beruht. Dementsprechend richtete sich schon das "Angebot" der Kl. von vornherein auf die stationäre Behandlung ohne Kostenbelastung - nach den Modifizierungen des Sozialrechts - für die Patientin und die diese einliefernde Beklagte (vgl. BGHZ 89, 250, 258; BGH, Urteil vom 09.05.2000 - VI ZR 173/99 - NJW 2000, 3429 f; s. auch Senat, BGHZ 140, 102, 110; BSGE 70, 20, 22 f. und BSG, NJW-RR 1998, 273, 274).

#### *2. Subsidiäre Haftung der Bekl. für die Behandlungskosten nicht vereinbart*

Die Parteien haben keine subsidiäre Haftung der Bekl. ausbedungen für den Fall, dass - entgegen ihrer gemeinsamen Annahme - gesetzlicher Krankenversicherungsschutz für die Tochter der Bekl. nicht besteht.

##### *a. Keine subsidiäre Haftung aufgrund § 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Kl.*

Eine solche Haftung kann nicht § 8 Abs. 3 der - in dem schriftlichen "Aufnahme-Antrag" der Bekl. in Bezug genommenen - Allgemeinen Vertragsbedingungen der Kl. entnommen werden. In der von der Kl. nur dem Wortlaut nach mitgeteilten Klausel heißt es, ein Kassenpatient, der Leistungen des Krankenhauses in Anspruch nehme, die nicht durch die Kostenübernahme einer Krankenkasse gedeckt seien, sei als Selbstzahler zur Entrichtung eines Entgelts für diese Leistungen verpflichtet. Der Senat kann diese Bestimmung selbst auslegen, weil das BerGer. deren Inhalt nicht hinreichend geprüft hat und weitere Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind. Die Prüfung ergibt, dass offenbleibt, ob § 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen überhaupt die vorliegende Sachverhaltsgestaltung betrifft. Die Revisionserwiderung macht mit Recht geltend, die Klausel scheine den - hier nicht gegebenen - Fall zu regeln, dass vom Kassenpatienten Wahlleistungen oder sonstige, von vorn-

herein nicht im GKV-Leistungs-Katalog enthaltene Behandlungen oder Leistungen in Anspruch genommen würden; § 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen bestimme nicht darüber hinaus die Vergütungspflicht eines Patienten, der - in der irrümlichen Annahme, gesetzlich versichert zu sein - sich als Kassenpatient in stationäre Behandlung begeben und die üblichen Leistungen für gesetzlich Versicherte erhalten habe.

Der Wortlaut des § 8 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen lässt ein solches Verständnis zu. Von ihm ist nach der Unklarheitenregel (§ 5 AGBG i.V.m. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB [jetzt: § 305c II BGB]) zu Lasten der Verwenderin der AGB, d.h. der Kl., auszugehen.

#### *b. Keine subsidiäre Haftung der Bekl. aufgrund ergänzender Vertragsauslegung*

Eine ergänzende Vertragsauslegung, wonach die Bekl. eine (subsidiäre) Haftung für die Krankenhausbehandlung ihrer Tochter trifft, hätte eine Regelungslücke - eine planwidrige Unvollständigkeit - vorausgesetzt (vgl. BGHZ 127, 138, 142). Eine solche dürfte im Streitfall indes - was das BerGer. offengelassen hat und damit der Feststellungsbefugnis des Senats unterliegt - nicht vorliegen. Die Parteien haben die Frage, ob die Bekl. für die Kosten der stationären Behandlung ihrer Tochter aufkommen muss, geregelt; nämlich in dem Sinne, dass die Tochter der Bekl. im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Versorgung - mit Kostenausgleich im Verhältnis der Kl. und der zuständigen AOK - behandelt und die Bekl. nicht in Anspruch genommen werden sollte. Dass die Parteien dabei von falschen Voraussetzungen ausgingen, ändert nichts daran, dass sie diesen Punkt - den Ausschluss einer Zahlungspflicht der Bekl. - tatsächlich geregelt haben.

#### *3. Vertragsanpassung wegen fehlender Geschäftsgrundlage*

Das BerGer. hat jedoch nicht berücksichtigt, dass dem privatrechtlichen "Behandlungsverhältnis", das zwischen den Parteien bestand, die Geschäftsgrundlage fehlte und die deshalb gebotene Vertragsanpassung zu einem Zahlungsanspruch der Kl. gegen die Bekl. führt. Geschäftsgrundlage sind die gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragspartner, die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhoben worden sind, die beim Abschluss aber zutage getreten sind, oder die dem Geschäftspartner erkennbaren oder von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandensein und dem künftigen Eintritt oder Nicht-eintritt bestimmter Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut (st. Rspr., z.B. BGHZ 25, 390, 392; 40, 334, 335 f; 61, 153, 160; [Senat] 84, 1, 8 f; 120, 10, 23; BGH, Urteile vom 26.10.1999 - X ZR 54/97 - NJW-RR 2000, 1219 und vom 15.11.2000

- VIII ZR 324/99 - NJW 2001, 1204, 1205).

#### *a. Abschluss eines Dienstvertrags zugunsten Dritter zwischen der Kl. und der Bekl.*

Zwischen der Kl. und der Bekl. kam - jedenfalls konkludent - mit der von der Bekl. gewünschten Behandlung ihrer Tochter im Krankenhaus der Kl. ein von der Bekl. im eigenen Namen geschlossener Vertrag über die stationäre Behandlung ihrer Tochter zustande (§§ 611, 328 BGB; vgl. BGHZ 89, 263, 266; 106, 153, 161; BGB-RGRK/Nüßgens, 12. Aufl. 1989, § 823 Anh. II Rz. 7; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht 9. Aufl. 2002, Rz. 10; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 40 Rz. 8; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rz. 81 und 563).

#### *b. Gemeinschaftlicher Irrtum über das Bestehen des Versicherungsschutzes*

Bei Abschluss des Behandlungsvertrages hatten die Parteien gemeinsam die Vorstellung, die AOK L. werde die Kosten des Krankenhausaufenthalts der Tochter der Bekl. übernehmen, weil die Tochter über den damaligen Ehemann der Bekl. familienversichert sei; das stellte sich als Irrtum heraus. Ein solcher gemeinschaftlicher Irrtum ist ein typischer Fall des Fehlens der Geschäftsgrundlage (vgl. BGHZ 58, 355, 361 f; 123, 76, 82; Staudinger/J. Schmidt, BGB, 13. Bearb. 1995, § 242 Rz. 370; s. auch § 313 II BGB n.F.).

#### *c. Anpassung des Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben*

Fehlte aber dem von den Parteien geschlossenen Behandlungsvertrag die Geschäftsgrundlage, dann hat eine Anpassung des Vertragsinhalts nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter umfassender Abwägung der beiderseitigen Interessen zu erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.1999 aaO S. 1220; s. auch § 313 I BGB n.F.). Eine solche Vertragsanpassung führt hier dazu, dass die Kl. die Vergütung für die stationäre Behandlung von der Bekl. fordern kann.

#### *aa. Sicherstellung des Versicherungsschutzes dem Risikobereich des Patienten zuzuordnen*

Die Bekl. trug das Risiko, dass das von ihr zur stationären Behandlung gebrachte Kind krankenversichert war. Es ist nicht Sache des Krankenträgers, für den Versicherungsschutz des Patienten Sorge zu tragen. Der Patient (bzw. bei Minderjährigen deren Eltern) hat hierzu im eigenen Interesse das Nötige zu veranlassen und den Krankenträger zutreffend zu unterrichten. Er weiß in der Regel, ob und bei wem eine Krankenversicherung besteht; Zweifel kann er gewöhnlich ohne Schwierigkeiten durch eine Anfrage bei der Krankenkasse ausräumen. Besteht kein Versicherungsschutz, kann der Patient gegebenenfalls durch die Inanspruchnahme von Sozialhilfe für Kosten-

deckung sorgen. Umgekehrt hat der Krankenhausträger in der Regel keinen Einblick in die persönlichen und sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse sowie in die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Patienten. Dem Krankenhausträger, der täglich eine Vielzahl von Aufnahmen - teilweise unter Notfallbedingungen - zu bewältigen hat, ist es schon aus praktischen Gründen kaum möglich, die Angaben des Patienten bezüglich der Krankenversicherung jeweils vor Beginn der Behandlung zu überprüfen. Vielmehr darf er grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Patient ihm gegenüber zutreffende Angaben macht. Zwar holt bei den Kassenpatienten meist das Krankenhaus die Kostenübernahme der Krankenkasse für den Patienten ein. Diese, ersichtlich durch Gründe der Vereinfachung verursachte Übung, berührt die vorbeschriebene Risikoüberweisung an den Patienten jedoch nicht. Auch kann es einem Krankenhausträger nicht angesonnen werden, sich ohne konkreten Anlass mit der Einkommens- und Vermögenslage eines eingelieferten Patienten zu befassen, um vorsorglich abzuklären, ob eigene Leistungsansprüche gegen den zuständigen Sozialhilfeträger wegen der Behandlung des - mittellosen - Patienten in Betracht kommen (§ 121 BSHG; jetzt § 25 SGB XII; siehe dazu das zur Veröffentlichung vorgesehene Senatsurteil vom 10.02.2005 - III ZR 330/04).

*bb. Festlegung des Behandlungsentgelts nach Maßgabe der §§ 10 ff BPflV*

Die Vertragsanpassung hat den gesetzlichen Vorgaben zu folgen. Die Kl. war gehalten, für ihre allgemeinen Krankenhausleistungen das nach Maßgabe der §§ 10 ff BPflV zu ermittelnde Entgelt zu fordern. Von den danach zugrunde zu legenden Pflegesätzen durfte sie nicht abweichen; insbesondere war eine Differenzierung nach der Einkommens- und Vermögenslage des Patienten nicht zulässig (vgl. § 17 I 1 KHG; Dietz/Bofinger, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung und Folgerecht [Stand August 1997], § 17 KHG, Erl. I 4 und [Stand Mai 1998] § 10 BPflV, Erl. 2). Dieses staatliche Preisrecht lässt keinen Raum für - ansonsten bei der Vertragsanpassung gebotene - Zumutbarkeitserwägungen. Im Zuge der Vertragsanpassung ist die Bekl. daher verpflichtet, für die von ihr veranlasste Behandlung ihrer Tochter den einheitlichen Pflegesatz zu entrichten.

*II. Mögliche Haftung der Bekl. auch für die 2. Behandlung ihrer Tochter*

Auch wegen der von dem Ehemann der Bekl. veranlassten stationären Behandlung (19.02.2000 bis 20.03.2000) der gemeinsamen Tochter kommt entgegen der Auffassung des BerGer. eine Haftung der Bekl. in Betracht.

*1. Grundsätzlich gemeinsame Haftung der Eltern aus*

*Vertrag über stationäre Behandlung eines minderjährigen Kindes*

Wird ein minderjähriges Kind zur stationären Behandlung eingeliefert, dann wird der Behandlungsvertrag in der Regel zwischen den Eltern und dem Krankenhausträger als Vertrag zugunsten des Kindes zustande kommen (§§ 611, 328 BGB; s. oben unter B. I. 3. a. m.w.N.). Aus einem solchen Behandlungsvertrag werden, soweit sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt, beide Eltern berechtigt und verpflichtet; es kommt grundsätzlich nicht darauf an, wer das Kind zur Aufnahme in die stationäre Behandlung begleitet hat. Das BerGer. hat diesen, von der Kl. allerdings bisher auch nicht geltend gemachten, Gesichtspunkt nicht geprüft. Die Kl. erhält insoweit Gelegenheit zu neuem Sachvortrag. Das BerGer. wird gegebenenfalls festzustellen haben, ob der Ehemann der Bekl. einen Behandlungsvertrag zugunsten der gemeinsamen Tochter im eigenen Namen und im Namen der Bekl. (§ 164 BGB) schloss. Die Bekl. könnte aus einem solchen - gegebenenfalls nach den vorgenannten Grundsätzen angepassten - Vertrag unmittelbar haften, und zwar als Gesamtschuldnerin mit ihrem damaligen Ehemann.

*2. Mithaftung der Bekl. gem. § 1357 I 2 BGB möglich*

Auf der Grundlage der bisher von dem BerGer. getroffenen Feststellungen kann jedenfalls ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. gemäß §§ 611, 1357 I BGB wegen der von dem Ehemann der Beklagten veranlassten Krankenhausbehandlung nicht verneint werden.

*a. Zur Beurteilung der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs i. S. d. § 1357 BGB*

Nach § 1357 I BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie zu besorgen. Die hier zu beurteilende stationäre Behandlung der Tochter der Bekl. und ihres Ehemannes, die medizinisch geboten war und ohne Inanspruchnahme von Sonderleistungen erfolgte, gehörte grundsätzlich zum angemessenen Unterhalt der Familie (BGHZ 116, 184, 186 f). Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt. Die auf dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.06.1976 (BGBl. I S. 1421) beruhende Fassung der Vorschrift knüpft nicht mehr an die nach früherem Recht bestehende Pflicht der Frau an, den Haushalt in eigener Verantwortung zu führen (§ 1356 I 1 BGB a.F.), und an die ihr dementsprechend eingeräumte Befugnis, Geschäfte innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Vielmehr ist mit Rücksicht darauf, dass die Aufgabenverteilung in der ehelichen Gemeinschaft den Partnern selbst überlassen und das Leitbild der sogenannten Hausfrauenehe aufgegeben worden ist, die Rechtsmacht zur Verpflichtung auch des Partners an die "angemessene

Deckung des Lebensbedarfs der Familie" gebunden worden. Der Bundesgerichtshof hat hierzu entschieden, wie weit der Lebensbedarf der Familie reiche, bestimme sich familienindividuell nach den Verhältnissen der Ehegatten. Da die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dem Vertragspartner allerdings häufig verborgen bleiben, ist entscheidend auf den Lebenszuschnitt der Familie abzustellen, wie er nach außen in Erscheinung tritt. Darüber hinaus ist die Einbindung des § 1357 BGB in das Unterhaltsrecht zusammenlebender Ehegatten (§§ 1360, 1360a BGB) zu beachten. Zu den Umständen, die bei der Anwendung des § 1357 BGB von Bedeutung sein können, gehören daher auch die wirtschaftlichen Verhältnisse in ihrem Bezug zu den Kosten, die durch die jeweils in Rede stehende Geschäftsbesorgung ausgelöst werden. Auch insoweit ist die Sicht eines objektiven Beobachters nach dem Erscheinungsbild der Ehegatten, wie es für Dritte allgemein offenliegt, entscheidend (vgl. BGHZ 94, 1, 5 f.; 116, 184, 188 f.; Senatsurteil vom 11.03.2004 - III ZR 213/03 - NJW 2004, 1593, 1594).

*b. Im konkreten Fall Einkünfte des damaligen Ehemannes der Bekl. aus Arbeitsverhältnis zu beachten*

Diese Grundsätze hat das BerGer. nicht hinreichend berücksichtigt, indem es allein auf die Mittellosigkeit der Bekl. abgestellt hat. Es kam darauf an, ob nach dem äußeren Erscheinungsbild die Kosten der - wie die Kl. betont, unaufschiebbaren - Krankenhausbehandlung der gemeinsamen Tochter noch im Rahmen der damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie der Bekl. standen; denn die Eheleute lebten damals nicht getrennt (vgl. BGHZ 116 aaO; Senatsurteil vom 11.03.2004 aaO). Das ist in dem von dem BerGer. zitierten Urteil des Oberlandesgerichts Köln, NJW-RR 1999, 733 missverstanden worden. Dass die Kosten

der Krankenhausbehandlung außer Verhältnis zu dem Lebenszuschnitt der Familie standen, kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden. Nach dem Berufungsurteil hat die Bekl. bei ihrer Vernehmung als Partei ausgesagt, ihr Ehemann sei als Lkw-Fahrer beschäftigt gewesen, als sie ihre Tochter zum Krankenhaus gebracht habe. Ihr damaliger Ehemann hat als Zeuge bestätigt, in der fraglichen Zeit ständig als Arbeitnehmer tätig gewesen zu sein. Das BerGer. wird diesbezüglich noch Feststellungen zu treffen haben. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die grundsätzlich als Geschäft im Sinne des § 1357 I 1 BGB anzusehende Krankenhausbehandlung der gemeinsamen Tochter ausnahmsweise deshalb nicht zu einer Mithaftung der beklagten Ehefrau nach Satz 2 dieser Bestimmung führt, weil die wirtschaftlichen Familienverhältnisse als ein Umstand zu bewerten sind, aus dem sich etwas anderes ergibt, liegt bei der Bekl.

*c. Jedenfalls keine Haftung der Bekl. aus GoA*

Sollte sich nach der neuen Berufungsverhandlung ergeben, dass die Bekl. nicht nach § 1357 I BGB haftet, scheidet auch eine Inanspruchnahme nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag aus. Ob und inwieweit sich aus Rechtsgeschäften eines Ehegatten wegen des diesem Geschäft zugrundeliegenden "Familienbezugs bzw. -interesses" eine Mithaftung des anderen Ehegatten ergibt, beantwortet sich vorrangig nach § 1357 I BGB. Die sich aus dieser - in erster Linie haftungserweiternden - Vorschrift ergebenden Haftungseinschränkungen dürfen nicht über eine Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 670 BGB) zu Lasten des anderen Ehegatten überspielt werden.

## Standort: Schadensrecht

## Problem: Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs

BGH, URTEIL VOM 01.03.2005  
VI ZR 91/04 (NJW 2005, 2220)

### **Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit verlangte der klagende Unfallgeschädigte restlichen Schadensersatz i. H. v. 1.497,52 €. Diesen Betrag hatte ihm die Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers vorenthalten, indem sie vom gutachterlich festgestellten "Bruttowiederbeschaffungswert" seines PKW die vollen 16 % Umsatzsteuer abzog und lediglich einen geschätzten Differenzsteuerbetrag von 268,00 € auskehrte. Tatsächlich hatte der Kl. für seinen schwer beschädigten VW Passat einen differenzbesteuerten Audi A 4 erworben.

Der BGH stellte jedoch klar, dass im Rahmen einer konkreten Schadensabrechnung nach tatsächlich erfolgter Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs der Geschä-

digte den vollen seitens des Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungswert (abzüglich des etwaigen Restwertes des Altfahrzeugs) verlangen kann, soweit er diesen Betrag tatsächlich aufwenden musste. Inwieweit der Sachverständige bei der Angabe des Wiederbeschaffungswertes von den vollen 16 % Umsatzsteuer, einem differenzbesteuerten Fahrzeug oder gar einem Erwerb von Privaten ausgegangen ist, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant.

### **Prüfungsrelevanz:**

Dass Streitigkeiten über die korrekte Abrechnung eines infolge Verkehrsunfalls zu ersetzenden Schadens ausgesprochen häufig vorkommen und die vorliegende Entscheidung daher von großer Praxisrelevanz ist, bedarf wohl kaum näherer Erläuterung.

Im Rahmen der Examensvorbereitung bietet das Urteil

auch dann interessanten Lesestoff, wenn man nicht beabsichtigt, sich mit den steuerrechtlichen Hintergründen wie etwa der Differenzbesteuerung nach § 25 a UStG näher auseinanderzusetzen. Es zeigt Sinn und Zweck des mit Wirkung zum 01.08.2002 eingeführten § 249 II 2 BGB auf und grenzt dessen Anwendungsbereich ein, wobei wichtige Unterschiede zwischen abstrakter (bzw. fiktiver; vgl. zur Terminologie Palandt/Heinrichs, § 249 Rz. 14) und konkreter Schadensberechnung deutlich herausgestellt werden.

#### **Vertiefungshinweise:**

Reparaturaufwand von bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswertes nur nach KfZ-Reparatur, die Integritätsinteresse entspricht: *BGH*, RA 2005, 267 = NJW 2005, 1108

Zur Ersatzfähigkeit der Umsatzsteuer bei fiktiver Schadensabrechnung: *BGH*, RA 2004, 451 = NJW 2004, 1943

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

*Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

#### **Leitsätze:**

**Erwirbt der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug zu einem Preis, der dem in einem Sachverständigengutachten ausgewiesenen Brutto-Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Kraftfahrzeuges entspricht oder diesen übersteigt, kann er im Wege konkreter Schadensabrechnung die Kosten der Ersatzbeschaffung bis zur Höhe des Brutto-Wiederbeschaffungswertes des unfallbeschädigten Kraftfahrzeuges - unter Abzug des Restwertes - ersetzt verlangen. Auf die Frage, ob und in welcher Höhe in dem im Gutachten ausgewiesenen Brutto-Wiederbeschaffungswert Umsatzsteuer enthalten ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (Abgrenzung zu den Senatsurteilen vom 20.04.2004 - VI ZR 109/03 - BGHZ 158, 388 und vom 18.05.2004 - VI ZR 267/03 - VersR 2004, 927).**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. nimmt die Bekl. auf restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall vom 31.08.2002 in Anspruch, bei dem die Bekl. zu 1 mit ihrem bei der Bekl. zu 2 haftpflichtversicherten Pkw das Fahrzeug des Kl., einen vier Jahre alten Passat TDI Trendline, erheblich beschädigte. Die volle Haftung der Bekl. steht außer Streit. Ein vom Kl. in Auftrag gegebenes Sachverständigen-gutachten gelangte zu einem "Wiederbeschaffungswert incl. MwSt" des Fahrzeugs von 12.800,00 € und zu einem Restwert von 5.000,00 €. Der nicht vorsteuerabzugsberechtigte Kl. erwarb bei einem gewerblichen Kfz-Händler ein im Sinne des §

25a UStG differenzbesteuertes Ersatzfahrzeug, einen fünf Jahre alten Audi A 4 TDI zum Preis von 13.400,00 €. Die Bekl. zu 2 zahlte an den Kl. lediglich einen Betrag von 6.034,48 €, wobei sie den Netto-Wiederbeschaffungswert aus dem Sachverständigengutachten unter Zugrundelegung des Regelmehrwertsteuersatzes im Sinne des § 10 UStG von 16 % errechnete (12.800,00 € - 1.765,52 € = 11.034,48 €) und hiervon den Restwert in Abzug brachte. Darüber hinaus zahlte sie weitere 268 € als bei dem Erwerb des Ersatzfahrzeugs tatsächlich angefallene, mit 2 % des Verkaufspreises geschätzte Differenz-Umsatzsteuer im Sinne des § 25a UStG.

Der Kl. verlangt Schadensersatz in Höhe des gesamten - um den Restwert gekürzten - Brutto-Wiederbeschaffungswertes laut Sachverständigengutachten und hat die Bekl. auf Zahlung des Restbetrages in Höhe von 1.497,52 € verklagt.

Das Amtsgericht hat die in dem differenzbesteuerten Kaufpreis für das Ersatzfahrzeug enthaltene Umsatzsteuer ausgehend von einer von ihm geschätzten Händlerspanne von 25 % mit 462,07 € errechnet und dem Kl. insoweit weitere 194,07 € zuerkannt. Auf die Berufung des Kl. hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und dem Kl. den gesamten Restbetrag von 1.497,52 € nebst Zinsen zugesprochen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision begehren die Bekl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

#### **Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. hat offengelassen, ob bei der Ermittlung des Netto-Wiederbeschaffungswertes von dem im Sachverständigengutachten ausgewiesenen "Wiederbeschaffungswert incl. Umsatzsteuer" ein Regelsteuersatz von 16 % oder nur die - zum Teil auf 2 % des Verkaufspreises geschätzte - geringere Differenzsteuer zu berücksichtigen oder ob je nach Alter und Typ des Fahrzeugs hinsichtlich des vom Wiederbeschaffungswert in Abzug zu bringenden Umsatzsteuersatzes zu differenzieren sei. In aller Regel habe es nämlich auf den Endverkaufspreis, den der private Käufer bei einem gewerblichen Händler für einen Pkw zu zahlen habe, keinen Einfluss, ob er ein regelbesteuertes Fahrzeug oder aber ein differenzbesteuertes Fahrzeug kaufe. Denn der Markt für private Käufer orientiere sich am Endpreis incl. Umsatzsteuer - in welcher Höhe auch immer -, dem sogenannten Händler-Brutto-Verkaufspreis für das Fahrzeug und nicht an dem Nettopreis. Daher könne im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass der vom Sachverständigen in seinem Gutachten mit 12.800,00 € bezifferte Wiederbeschaffungswert incl. Mehrwertsteuer sowohl den Wiederbeschaffungswert für ein regelbesteuertes Kfz wie auch für ein differenzbesteuertes Fahrzeug wiederge-



be. Da aus § 249 BGB nur entnommen werden könne, dass sich der Wiederbeschaffungswert nach dem Wert richte, den der Geschädigte aufwenden müsse, um ein gleichwertiges, gebrauchtes Fahrzeug auf dem Gebrauchtwagenmarkt unter Aufwendung von Umsatzsteuer bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler zu erwerben, müsse es dem Geschädigten überlassen bleiben, ob er als Ersatz für sein beschädigtes Fahrzeug ein regelbesteuertes oder aber ein differenzbesteuertes Fahrzeug bei einem Gebrauchtwagenhändler erwerbe. Dem Geschädigten sei daher der gesamte vom Sachverständigen ermittelte Wiederbeschaffungswert incl. Mehrwertsteuer zu ersetzen, wenn er, wie im vorliegenden Fall, ein vergleichbares Fahrzeug bei einem Händler unter Aufwendung von Umsatzsteuer zu einem gleichen oder höheren Preis erwerbe. Denn dann sei die zur Wiederbeschaffung erforderliche Umsatzsteuer - zumindest in Form der Differenzbesteuerung - "in entsprechender Höhe des Wiederbeschaffungswertes incl. Umsatzsteuer tatsächlich angefallen". Dem Kl. sei daher über die erstinstanzlich zuerkannten 194,07 € ein weiterer Betrag von 1.303,45 € zuzuerkennen, so dass sich insgesamt ein Betrag in Höhe von 1.497,52 € ergebe.

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

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

#### *I. Grundregeln für die Anwendung des § 249 II 2 BGB n. F. bei fiktiver Schadensabrechnung auf Gutachtenbasis*

Da das schädigende Ereignis nach dem 31.07.2002 eingetreten ist, bestimmt sich die Ersatzpflicht der Bekl. gemäß Art. 229 § 8 I EGBGB nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl. I 2674). Nach dieser gesetzlichen Neuregelung schließt der bei der Beschädigung einer Sache zur Wiederherstellung erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist (§ 249 II 2 BGB). Dies gilt auch im Falle eines wirtschaftlichen Totalschadens (vgl. Senatsurteile vom 20.04.2004 - VI ZR 109/03 - BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943 und vom 18.05.2004 - VI ZR 267/03 - VersR 2004, 927). Will der Geschädigte demnach seinen Schaden fiktiv auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens abrechnen, ist von einem dort angegebenen Brutto-Wiederbeschaffungswert eine darin enthaltene Mehrwertsteuer abzuziehen. Weist das Sachverständigengutachten - in solchen Fällen - lediglich pauschal einen Brutto-Wiederbeschaffungswert aus, so besteht für den Tatrichter grundsätzlich Veranlassung zu klären, ob solche Fahrzeuge üblicherweise auf dem Gebrauchtwagenmarkt nach § 10 UStG regelbesteuert oder nach § 25a UStG differenzbesteuert oder von Privat und

damit umsatzsteuerfrei angeboten werden (vgl. Senatsurteil vom 20.04.2004 - VI ZR 109/03 - aaO, S. 1945 m. w. N.).

#### *II. Konkrete Schadensabrechnung nach erfolgter Ersatzbeschaffung im vorliegenden Fall*

Hiervon unterscheidet sich der vorliegende Fall, in dem der Kl. ein Ersatzfahrzeug beschafft hat und seinen Schaden konkret auf Basis dieser Ersatzbeschaffung abrechnet (zur Differenzierung zwischen fiktiver und konkreter Schadensabrechnung vgl. auch Senatsurteile vom 15.02.2005 - VI ZR 70/04 - und - VI ZR 172/04 -, jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).

#### *1. Ersatz des zur Herstellung des Ursprungszustandes erforderlichen Betrages nur, soweit dieser tatsächlich aufgewandt*

Durch die gesetzliche Neuregelung des § 249 II 2 BGB wollte der Gesetzgeber nichts an der Möglichkeit des Geschädigten ändern, den für die Herstellung erforderlichen Geldbetrag stets und insoweit zu verlangen, als er zur Herstellung des ursprünglichen Zustandes tatsächlich angefallen ist (vgl. BT-Dr 14/7752 S. 22). Lediglich bei der fiktiven Schadensabrechnung nach einer Beschädigung von Sachen soll sich nach der Absicht des Gesetzgebers deren Umfang mindern, indem die fiktive Umsatzsteuer als zu ersetzender Schadensposten entfällt. Umsatzsteuer kann mithin nur noch dann ersetzt verlangt werden, wenn und soweit sie zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung auch tatsächlich anfällt, d.h. wenn und soweit sie der Geschädigte zur Wiederherstellung aus seinem Vermögen aufgewendet oder er sich hierzu verpflichtet hat. Sie soll hingegen nicht mehr ersetzt verlangt werden können, wenn und soweit sie nur fiktiv bleibt, weil es zu einer umsatzsteuerpflichtigen Reparatur oder Ersatzbeschaffung bei einem Fachbetrieb oder einem anderen umsatzsteuerpflichtigen Unternehmer im Sinne des § 2 UStG nicht mehr kommt. Wird eine gleichwertige Sache als Ersatz beschafft und fällt dafür Umsatzsteuer an, so ist die Umsatzsteuer im angefallenen Umfang zu ersetzen. Fällt für die Beschaffung einer gleichwertigen Ersatzsache - etwa beim Kauf von Privat - keine Umsatzsteuer an, ist sie auch nicht zu ersetzen (vgl. BT-Dr 14/7752 S. 23).

#### *2. Dem Kl. für seine Ersatzbeschaffung zu erstattende Beträge*

Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht - wie in den Senatsurteilen vom 20.04.2004 - VI ZR 109/03 - und vom 18.05.2004 - VI ZR 267/03 - (aaO) - um den Ersatz fiktiver Umsatzsteuer, sondern um den Ersatz des tatsächlich für die Ersatzbeschaffung aufgewendeten Betrages, allerdings begrenzt auf den Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Fahrzeuges.

*a. Volle Ersatzfähigkeit des vom Sachverständigen ermittelten Bruttowiederbeschaffungswertes bei Kauf eines gleichartigen Fahrzeugs*

Hätte der Geschädigte ein völlig gleichartiges und gleichwertiges Fahrzeug entweder differenzbesteuert oder von Privat ohne Umsatzsteuer zu dem vom Sachverständigen genannten (Brutto-) Wiederbeschaffungswert erworben, würde eine Kürzung dieses Betrages um eine "fiktive Mehrwertsteuer" von 16 % im Rahmen der konkreten Schadensabrechnung der originären Funktion des Schadensersatzes widersprechen, die in der Wiederherstellung des früheren Zustandes liegt, und den Geschädigten schlechter stellen, als er vor dem Schadensereignis gestanden hat. Stellt der Geschädigte durch eine konkrete Ersatzbeschaffung eines gleichartigen Fahrzeugs zu dem vom Sachverständigen genannten (Brutto-) Wiederbeschaffungswert wirtschaftlich den Zustand wieder her, der vor dem Unfallereignis bestand, so kann er nach § 249 BGB den tatsächlich hierfür aufgewendeten Betrag unabhängig davon ersetzt verlangen, ob in ihm die Regelumsatzsteuer im Sinne des § 10 UStG, eine Differenzsteuer im Sinne des § 25a UStG oder gar keine Umsatzsteuer enthalten ist (vgl. etwa Huber, Das neue Schadensrecht, Rz. 297; Pamer, Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rz. 119, 144; a.A. Hess, ZfS 2002, 367, 369; Eggert, ZAP 2002, Fach 9, 647 [651], die bei einem Erwerb von einem Privaten die Kappung der im Sachverständigengutachten ausgewiesenen Mehrwertsteuer für unvermeidbar ansehen).

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist in den Fällen, in denen der Geschädigte gemäß § 249 II 1 BGB die Schadensbehebung selbst in die Hand nimmt, der zur Wiederherstellung erforderliche Aufwand nach der besonderen Situation zu bemessen, in der sich der Geschädigte befindet. Es ist also Rücksicht auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen (vgl. Senatsurteile BGHZ 66, 239, 245 [248 f.]; 115, 364 [369]; 155, 1, [5] und vom 07.12.2004 - VI ZR 119/04 - VersR 2005, 381). Im Rahmen dieser "subjektbezogenen Schadensbetrachtung" kann es dem Geschädigten nicht zum Nachteil gereichen, wenn er bei der konkreten Ersatzbeschaffung auf dem Gebrauchtwagenmarkt von den umsatzsteuerrechtlich möglichen verschiedenen Erwerbsmöglichkeiten nicht gerade diejenige realisiert, die der Sachverständige - für die fiktive Schadensabrechnung - als die statistisch wahrscheinlichste bezeichnet hat. Er genügt vielmehr seiner Verpflichtung zur Geringhaltung des Schadens, wenn er sich beim Erwerb an dem vom Sachverständigen genannten (Brutto-) Wiederbeschaffungswert als Endpreis für das auf dem Gebrauchtwagenmarkt gehandelte Fahrzeug orientiert, zumal das BerGer. im vorliegenden Fall - von der Revision unangegriffen - festgestellt hat, dass die unterschiedliche steuerliche Behandlung in aller

Regel auf den Endverkaufspreis für den privaten Käufer auf dem Gebrauchtwagenmarkt keinen Einfluss hat.

*b. Keine abweichende Beurteilung bei Anschaffung eines anderen - teureren - Fahrzeugs*

Etwas anderes kann aus schadensrechtlichen Gesichtspunkten im Rahmen einer (wirtschaftlichen) Naturalrestitution i. S. d. § 249 BGB durch Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges (vgl. Senatsurteile vom 20.04.2004 - VI ZR 109/03 - und vom 18.05.2004 - VI ZR 267/03 - aaO) auch dann nicht gelten, wenn sich der Geschädigte - etwa weil er auf dem örtlichen Gebrauchtwagenmarkt kein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug gefunden hat - ein (etwas) teureres Ersatzfahrzeug anschafft, wie im vorliegenden Fall statt des beschädigten vier Jahre alten Passat TDI Trendline zum (Brutto-) Wiederbeschaffungswert von 12.800,00 € einen fünf Jahre alten Audi A 4 TDI zum Preis von 13.400,00 €. Auch in diesem Fall hat der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung tatsächlich mindestens den Betrag aufgewendet, den der Sachverständige als erforderlich für die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Erwerb eines gleichartigen Fahrzeuges ermittelt hat und den der Geschädigte in diesem Fall - wie oben ausgeführt - unabhängig von einem darin enthaltenen Umsatzsteueranteil im Rahmen einer konkreten Schadensabrechnung jedenfalls hätte ersetzt verlangen können. Es ist unter Berücksichtigung einer subjektbezogenen Schadensbetrachtung kein Grund ersichtlich, den Geschädigten schlechter zu stellen, weil er entweder kein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug auf dem für ihn maßgebenden Gebrauchtwagenmarkt gefunden hat oder aber weil er aus Anlass des Unfalls einen an sich erst für später geplanten Erwerb eines anderen oder eines Neufahrzeugs vorgezogen hat, zumal es im Einzelfall auch schwierig sein dürfte zu beurteilen, welche Fahrzeuge im Rahmen einer Ersatzbeschaffung nach Typ, Motorisierung und Ausstattung als gleichartig zu betrachten sind.

*3. Im ermittelten Bruttowiederbeschaffungswert enthaltener Steueranteil bei konkreter Schadensabrechnung nach Ersatzbeschaffung unbeachtlich*

Erwirbt mithin der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug zu einem Preis, der dem in einem Sachverständigengutachten ausgewiesenen (Brutto-) Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Fahrzeuges entspricht oder diesen übersteigt, kann er im Wege konkreter Schadensabrechnung die Kosten der Ersatzbeschaffung bis zur Höhe des (Brutto-) Wiederbeschaffungswertes des unfallbeschädigten Fahrzeuges - unter Abzug des Restwertes - ersetzt verlangen. Auf die Frage, ob und in welcher Höhe in dem im Gutachten ausgewiesenen (Brutto-) Wiederbeschaffungswert Umsatzsteuer enthalten ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

**Standort: Mietrecht****Problem: Bemessungsgrundlage der Mietminderung**

BGH, URTEIL VOM 06.04.2005  
XII ZR 225 / 03 (NJW 2005, 1713)

**Problemdarstellung:**

Der BGH hatte sich in diesem Rechtsstreit mit der seit Jahren umstrittenen Frage zu befassen, wie die im Falle eines Mangels gem. § 536 I BGB automatisch eintretende Minderung der an den Vermieter gem. § 535 II BGB zu entrichtenden Miete genau zu berechnen ist. Er musste entscheiden, ob hierzu lediglich die Nettomiete heranzuziehen ist, ob zumindest die Nebenkosten, die von dem vorliegenden Mangel betroffen sind, ebenfalls zu kürzen sind, ob die Bruttokaltmiete (Miete ohne Heizkosten) oder gar die vollständige Bruttomiete inklusive aller Nebenkosten Berechnungsgrundlage sein soll. Diese Entscheidung wurde zusätzlich dadurch erschwert, dass in der Praxis höchst unterschiedliche Formen der Mietvereinbarung anzutreffen sind. Diese reichen von der Inklusivmiete zur generellen Abdeckung aller Leistungen des Vermieters über die Differenzierung zwischen Nettomiete und - nicht periodisch abzurechnender - Nebenkostenpauschale bis zu der wohl häufigsten Form einer monatliche Vorauszahlung auf die anfallenden Betriebskosten und jährlicher Abrechnung hierüber gem. § 556 III BGB. Indem der BGH für alle diese Fälle die vollständige Bruttomiete zur Berechnungsgrundlage der Mietminderung erklärt hat, hat er eine ebenso praktikable wie mieterfreundliche und daher begrüßenswerte Entscheidung getroffen.

**Prüfungsrelevanz:**

In der jüngsten Vergangenheit ist eine Fülle von BGH-Entscheidungen zum Mietrecht mit erheblicher praktischer Bedeutung zu verzeichnen, beachten Sie nur die nachstehenden Vertiefungshinweise. Es besteht daher insbesondere in mündlichen Examensprüfungen eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit, dass diese Rechtsprechungsentwicklung in einem praktisch immens wichtigen Rechtsgebiet thematisiert wird und Kenntnisse hierzu erwartet werden.

**Vertiefungshinweise:**

- Formularmäßiger, befristeter Ausschluss der ordentlichen Kündigung bei Wohnraummiete möglich: *BGH*, RA 2004, 697 = NJW 2004, 3117
- Beginn der Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters mit Rückgabe der Mietsache: *BGH*, RA 2005, 206 = NJW 2005, 739
- Zur Entlassung eines Mitmieters aus dem Vertrag: *BGH*, RA 2005, 426 = NJW 2005, 1715

**Kursprogramm:**

- Examenkurs: "Hubschrauberleasing"

**Leitsätze:**

**Bemessungsgrundlage der Minderung nach §536 BGB ist die Bruttomiete (Mietzins einschließlich aller Nebenkosten). Dabei ist unerheblich, ob die Nebenkosten als Pauschale oder Vorauszahlung geschuldet werden.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten, ob und in welchem Umfang der Bekl. zur Minderung der Miete aus einem gewerblichen Mietverhältnis berechtigt ist. Die Kl. vermietete mit schriftlichem Vertrag vom 24.06.1999 an den Bekl. Geschäftsräume zu einer Miete von monatlich 950,88 DM zuzüglich einer Betriebskostenvorauszahlung von 199,12 DM. Der Bekl. hat sich auf Mängel berufen und die Mietzahlung reduziert. Die Kl. erkennt die Minderung nicht an und macht mit ihrer Klage unter anderem die aufgelaufenen Rückstände geltend. Das Landgericht hat den Bekl. unter teilweiser Klageabweisung zur Zahlung von 1.713,46 € verurteilt. Dabei ist es von einer Minderung der Gesamtmiete (Bruttomiete) in Höhe von 10 % für die Monate Juni bis August sowie Oktober 2001 und von 20 % für die Monate November 2001 bis Juni 2002 ausgegangen. Die Berufung, mit der die Kl. nur noch die Minderung angegriffen hat, ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich die Kl. mit der vom Kammergericht zugelassenen Revision.

**Aus den Gründen:**

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

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

Das Kammergericht, dessen Urteil in WuM 2004, 17 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die Feuchtigkeitsschäden seien erhebliche Mängel der Mietsache im Sinne des - für den Zeitraum Juli bis August 2001 gemäß Art. 229 § 3 EGBGB hier noch geltenden - § 537 I BGB a.F. und - für den Zeitraum ab Oktober 2001 - des § 536 I BGB. Die nach einem Wassereintrich entstandenen Schäden einschließlich des darauf beruhenden Schimmelbefalls seien auf den vorgelegten Fotos deutlich zu erkennen. Es handele sich nicht nur um einen unerheblichen ästhetisch-kosmetischen Mangel. Es müssten 15 m<sup>2</sup> Tapete und 3 m<sup>2</sup> Putz beseitigt werden. Zusammen mit den unstrittigen Schäden am Fußboden seien 10 % Minderung gerechtfertigt. Eine weitere Beeinträchtigung ergebe sich aus einem Defekt der Regenrinne. Der gesamte auf der Dachfläche angesammelte Regen werde durch die beschädigte Stelle

vor den Eingangsbereich der Büroräume geleitet mit der Folge, dass es an Regentagen nicht möglich sei, die Räume zu betreten und zu verlassen, ohne sich die Kleidung erheblich zu verschmutzen. Durch den Mangel werde der Regen gebündelt vor die Eingangstür der Büroräume geleitet. Dies rechtfertige eine weitere Minderung von 10 %.

Zu Recht sei das Landgericht bei seiner Minderungsberechnung von der Bruttomiete ausgegangen. Als Ausgangspunkt für die Herabsetzung der Miete kämen die Nettomiete (Mietzins ohne Nebenkosten), die Bruttomiete (Mietzins mit allen Nebenkosten) oder die Bruttokaltmiete (Mietzins mit allen Nebenkosten ohne Heizkosten) in Betracht. Sofern Nebenkosten in eine Mietminderung einbezogen würden, ergebe sich das weitere Problem, ob dies gleichmäßig geschehen solle, oder ob eine Berücksichtigung nur der Nebenkosten geboten sei, die von dem die Minderung begründenden Mangel betroffen seien. Im Gesetz sei lediglich von der Herabsetzung der Miete die Rede. Von einer Legaldefinition der Miete habe der Gesetzgeber abgesehen und die Lösung der Rechtspraxis überlassen. Maßgebend sei die Bruttomiete, also die Einbeziehung sämtlicher Nebenkosten. Aus § 536 I 1 BGB ergebe sich, dass der Mieter von der Entrichtung der Miete vollständig befreit sei, solange die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch infolge des Mangels aufgehoben sei. In diesem Falle müsse der Mieter nichts, auch keine Nebenkosten zahlen. Im Hinblick darauf lasse sich nicht überzeugend begründen, dass bei einer nur teilweisen Aufhebung der Tauglichkeit die Nebenkosten ganz oder teilweise weiter zu zahlen seien. Beide Fälle habe der Gesetzgeber in unmittelbarem Zusammenhang geregelt und dabei das Wort "Miete" gewählt. Durch die Mietminderung solle das von den Parteien festgelegte Äquivalenzverhältnis wieder hergestellt werden. Bei dieser Äquivalenzbetrachtung lasse sich die Nettomiete nicht sinnvoll von den Nebenkosten trennen. Der Mieter zahle, um die Räume im Rahmen des vertraglich gestatteten Gebrauchs entsprechend ihrer Ausstattung und ihrer technischen Möglichkeiten zu nutzen. Die Nebenkosten dienten diesem Zweck. Sie ermöglichten und erleichterten die Raumnutzung. Eine beschränkte Nutzungsmöglichkeit bewirke, dass auch die auf volle Funktionsfähigkeit der Räume gerichteten Nebenkostenzahlungen ihren Zweck nicht voll erreichen könnten. Eine nach einzelnen Nebenkostenpositionen differenzierende Sichtweise sei äußerst unpraktikabel. Der Mieter müsste im einzelnen erläutern, welche Nebenkostenposition betroffen sei und warum. Er müsste nach dem Grad der Betroffenheit für jede Position eine gesonderte Minderungsquote benennen und daraus unter Einbeziehung der anteilig herabgesetzten Nebenkostenmiete eine Gesamtminderung errechnen. Die damit verbundenen Belastungen bei der gerichtlichen Durchsetzung einer Mietminderung lägen für jeden

Mietrechtspraktiker auf der Hand; auch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes hindere, dieser Auffassung zu folgen.

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

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

#### *I. Keine Unerheblichkeit der Mängel der Mieträume i. S. d. § 536 I 3 BGB*

Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass der Wassereintrich im Jalousienbereich die Mietsache nur unerheblich beeinträchtige. Bei der Frage, ob die Tauglichkeit der Mietsache nur unerheblich gemindert ist, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der dem Tatrichter einen im Revisionsverfahren nur eingeschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffnet. Als unerheblich ist ein Fehler insbesondere dann anzusehen, wenn er leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann, so dass die Geltendmachung einer Minderung gegen Treu und Glauben verstoße (Senatsurteil vom 30.06.2004 - XII ZR 251/02 - BGH Report 2004, 1615, 1616). Danach ist die angegriffene Entscheidung nicht zu beanstanden. Ohne revisiblen Rechtsfehler durfte das BerGer. davon ausgehen, dass die Erneuerung von 15 m<sup>2</sup> Tapete und 3 m<sup>2</sup> Putz die Grenze der Unerheblichkeit überschritten hat. Entgegen der Auffassung der Revision bedurfte dies keiner näheren Begründung. Auch soweit das BerGer. wegen der defekten Regenrückhaltevorrichtung des Gebäudes eine Minderung in Höhe von 10 % angenommen hat, vermag die Revision keinen Erfolg zu haben. Nach den Feststellungen des BerGer. wurde dadurch an insgesamt 196 Tagen der Regen nicht nur nicht abgeleitet, sondern sogar "gebündelt" vor die Eingangstür der Büroräume geleitet. Die gegen diese Feststellungen erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO). Mit der Bewertung dieses Mangels in Höhe von 10 % hat das BerGer. seinen tatrichterlichen Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

#### *II. Bruttomiete Berechnungsgrundlage für die Mietminderung*

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das BerGer. habe bei der Berechnung der Minderung nicht die Bruttomiete zugrunde legen dürfen.

#### *1. Streitstand zur Berechnung der Minderung*

Von welchem Betrag bei der Errechnung der Minderung auszugehen ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (Nachweise bei Schmidt-Futterer/Eisen Schmid, Mietrecht, 8. Aufl. § 536 Rz. 324-327; Staudinger/Emmerich, BGB (2003), § 536 Rz. 55). Nach Auffassung des BerGer. (ebenso OLG Düsseldorf, WuM 1994, 324; OLG Hamm, OLGR 1996, 76 f.;

OLG Frankfurt, WuM 1986, 19; Stornel, WuM 2002, 244) errechnet sich die Mietminderung aus der Bruttomiete (Mietzins einschließlich aller Nebenkosten). Eine andere Auffassung vertritt die Ansicht, dass die Mietminderung allein aus der Nettomiete (Mietzins ohne Nebenkosten) zu berechnen sei (OLG Koblenz, ZMR 2002, 744). Eine dritte Auffassung meint, dass die Bruttokaltmiete (Mietzins mit allen Nebenkosten außer Heizkosten) maßgebend für die Berechnung der Mietminderung sei (KG 8. Zivilsenat, GE 2002, 930). Weiter wird die Auffassung vertreten, dass die Nebenkosten bei der Minderung nur erfasst werden, wenn die jeweilige Nebenleistung durch den Mangel beeinträchtigt werde (OLG Düsseldorf, WuM 1994, 324). Emmerich (Miete, 8. Aufl. § 536 Rz. 32 a. E.) geht davon aus, dass das Gericht im Rahmen seines Schätzungsermessens (§ 287 ZPO) gleichermaßen von der Brutto- wie von der Nettomiete ausgehen könne, wenn ihm dies angemessen erscheine. Einigkeit besteht lediglich, dass dann, wenn Mieter und Vermieter eine Inklusivmiete, also eine Bruttomiete, vereinbaren, die im Mietpreis kalkulatorisch enthaltenen Betriebskosten mit zur Miete zählen.

## 2. Stellungnahme des erkennenden Senats

Nach § 536 BGB wird der Mieter, wenn ein Mangel die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, von der Entrichtung der Miete befreit, bei bloßer Minderung der Tauglichkeit hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Ausgangspunkt für die Berechnung der Minderung ist somit die vom Mieter zu zahlende Miete. Was darunter zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Schon nach früherem Recht war die Frage umstritten (vgl. Staudinger/Emmerich, aaO). Das Mietrechtsreformgesetz hat diese Unsicherheit nicht beseitigt. Im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 14/4553, S. 19) hatte es in § 556 I BGB noch geheißen: "Die Miete umfasst die Grundmiete und den Betrag für Betriebskosten im Sinne des § 27 II. BV". Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hatte jedoch Bedenken, dass eine Legaldefinition Streitfragen, die für die Minderung bestehen, zwar klären könnte, in anderen Bereichen aber neue Streitfragen aufwerfen würde. Er gab § 556 I BGB die jetzt Gesetz gewordene Fassung (Nachweise bei Haas, Das neue Mietrecht - Mietrechtsreformgesetz, S. 156). Danach lässt das Gesetz - wie bisher - alle Interpretationsmöglichkeiten zu (Stornel, aaO, 246). Die Vielzahl vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten einerseits und die Fülle unterschiedlicher Minderungsfälle andererseits machen es schwer, einen einheitlichen Maßstab zu finden. Für jede Auffassung lassen sich Fälle finden, die die Vorzüge der jeweiligen Variante herausstellen, aber auch solche, die ihre Schwächen deutlich machen. Der Senat schließt sich der Auffassung des BerGer. an. Für sie sprechen systematische, teleologische und nicht zuletzt rechtspraktische Gesichtspunkte.

### a. Betriebskosten i. S. d. § 556 BGB Teil der Miete

Der Gesetzgeber hat in § 556 BGB klargestellt, dass Betriebskosten vereinbart werden können. Da § 556 BGB zum Unterkapitel "Vereinbarungen über die Miete" gehört, sind Betriebskosten jedenfalls nach der Systematik des Gesetzes als Bestandteil der Miete anzusehen (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO Rz. 329).

### b. Minderung zur Wahrung der Äquivalenz von (Gesamt-) Leistung und (Gesamt-) Gegenleistung

Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips. Zutreffend weist das BerGer. darauf hin, dass durch die Mietminderung das von den Vertragsparteien festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen den Leistungen des Vermieters - der Bereitstellung einer im Vertragssinne nutzbaren Mietsache - und der Leistung des Mieters - der Mietzahlung - bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werde. Für eine reduzierte Vermieterleistung soll der Mieter auch nur reduziert leisten müssen. Die Leistung des Vermieters besteht in der Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache. Das umfasst alles, was erforderlich ist, um die vertragsgemäße Nutzung sicherzustellen. Neben der bloßen Überlassung der Mietsache gehören dazu Nebenleistungen, ohne deren Erfüllung ein vertragsgemäßer Gebrauch nicht denkbar ist. Dazu zählen mangels abweichender Vereinbarung unter anderem auch die Versorgung mit Energie, Wasser und Heizung sowie die Entsorgung etwa von Müll. Die Vermieterleistung lässt sich nicht in eine Fülle von isolierten Einzelleistungen zerlegen, die gleichsam um die Raumüberlassung (Überlassung der Mietsache) herumgruppiert sind. Vielmehr sind sie mit dieser unlösbar vernetzt; es handelt sich um eine komplexe Leistung (Stornel, aaO 246).

Die vom Mieter zu erbringenden Leistungsentgelte (Grundmiete und Nebenkosten) sind die Gegenleistung für die vom Vermieter geschuldete Gesamtleistung. Der Mieter zahlt nicht etwa isoliert jede Nebenleistung, sondern ein Gesamtentgelt. Daran ändert entgegen der Auffassung der Revision der Umstand nichts, dass die Höhe der Mietnebenkosten in der Regel, zumindest wenn die Nebenkosten abgerechnet werden müssen, nicht durch Parteivereinbarung, sondern einseitig durch Dritte und bei den verbrauchsabhängigen Leistungen durch den Verbrauch seitens des Mieters festgelegt werden. Auch wenn der Vermieter die Höhe der Nebenleistungen nur beschränkt beeinflussen kann, so hat er sich doch zur uneingeschränkten Erbringung der Nebenleistungen verpflichtet. Dementsprechend besteht auch die Gegenleistung des Mieters in einer einheitlichen Leistung, unabhängig davon, wie die Nebenkosten im einzelnen gemäß der vertraglichen Vereinbarung zu bezahlen sind. Daraus ergibt sich, dass ein Mangel der Haupt- oder einer Nebenleistung stets ein Mangel der geschuldeten Gesamt-

leistung ist mit der Folge, dass die dafür geschuldete gesamte Gegenleistung (Bruttomiete) gemindert werden muss, um die Äquivalenz wieder herzustellen.

*c. Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen § 536 I 1 und 2 BGB*

Zutreffend weist das BerGer. darauf hin, dass ein Ansatz der Nettomiete zu Wertungswidersprüchen führen könnte. Nach der gesetzlichen Regelung des § 536 BGB ist der Mieter von der Entrichtung der Miete vollständig befreit, solange die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch infolge eines Mangels aufgehoben ist. Dass der Mieter in diesem Falle keine Nebenkosten vorauszahlen muss, darüber besteht Einigkeit (Sternel, aaO 246; Staudinger/Emmerich, aaO Rz. 54); es wäre kaum nachvollziehbar, müsste der Mieter, obwohl er die Mietsache nicht nutzen kann, weiterhin die Nebenkosten vorauszahlen. Besteht aber bei 100-prozentiger Nutzungsbeeinträchtigung überhaupt keine Verpflichtung zur Zahlung von Nebenkosten, so wäre es nicht verständlich, bei geringerer, nicht vollständiger Nutzungsbeeinträchtigung die Nebenkosten nicht entsprechend herabzusetzen. Nach der gesetzlichen Regelung wird der Mieter nämlich von der Entrichtung der "Miete" befreit, bei Minderung der Tauglichkeit soll die "Miete" lediglich herabgesetzt werden (§ 536 I 2 BGB). Es ist schon kein ausreichender Grund ersichtlich, in zwei aufeinanderfolgenden, inhaltlich dasselbe Problem regelnden Sätzen - wobei es sich nur um einen graduellen Unterschied handelt - den Begriff Miete einmal als Bruttomiete und im anderen Fall als Nettomiete anzusehen. Erst recht ist davon Abstand zu nehmen, wenn dies zu schwerlich nachvollziehbaren Wertungswidersprüchen führen würde.

*d. Vermeidung interessenswidriger Ergebnisse in Abhängigkeit von der vereinbarten Mietstruktur*

Schließlich ließe sich bei Zugrundelegung der Nettomiete ein einheitlicher Maßstab für alle Formen der Nebenkostenzahlung (Inklusivmiete, Grundmiete mit Nebenkostenpauschale, Grundmiete und abrechenbare Nebenkostenvorauszahlung) nur schwer erreichen, so dass die Höhe der Minderung letztlich von der vereinbarten Mietstruktur abhinge. Es besteht nämlich Einigkeit, dass bei Vereinbarung einer Inklusivmiete (Bruttomiete) der Ansatz der Nettomiete kein geeigneter Maßstab für die Minderung ist (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO Rz. 329), weil die nicht gesondert ausgewiesenen Nebenkosten nur mit Schwierigkeiten festgestellt werden können und deshalb von der Bruttomiete ausgegangen werden muss. Würde bei Vereinbarung einer Nettomiete in Verbindung mit einer (nicht abzurechnenden) Pauschale entgegen der hier vertretenen Auffassung von der Nettomiete ausgegangen, so hätte es der Vermieter in der Hand, durch

Vereinbarung einer niedrigeren Grundmiete und einer hohen Nebenkostenpauschale die Minderung zum Nachteil des Mieters zu beeinflussen. Dies wollte der Gesetzgeber aber - zumindest für den Bereich des Wohnraummietrechts - gerade ausschließen (vgl. § 536 IV BGB).

*e. Berücksichtigung nur der vom Mangel betroffenen Nebenkosten zu unpraktikabel*

Aus den unter aa) bis dd) genannten Erwägungen verbietet sich auch die - vermittelnde - Lösung, von der Nettomiete auszugehen und die Nebenkosten nur dann herabzusetzen, wenn der Mangel einen Bereich der Vermieterleistung betrifft, für den die Nebenkosten zu leisten sind. Darüber hinaus weist das BerGer. zutreffend darauf hin, dass diese Lösung wenig praktikabel ist, weil sie den Mieter mit einem erheblichen Darlegungs- und Berechnungsaufwand belaste. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Minderung automatisch eintritt, müsste der Mieter nämlich diejenigen Anknüpfungstatsachen darlegen, die Grundlage für die Ermittlung der Minderungsquote sind. Er hätte im einzelnen vorzutragen, welche Nebenleistung vom jeweiligen Mangel betroffen ist und welcher Teilbetrag aus dem Gesamtbetrag der Nebenkosten auf die vom Mangel betroffene Nebenleistung entfällt. Das wäre mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, falls die Nebenkosten im Mietvertrag nicht aufgeschlüsselt sind. Liegen mehrere Mängel vor, die unterschiedliche Nebenleistungen betreffen, würde sich der erforderliche Aufwand noch erhöhen. Im Anschluss daran wäre die Gesamtminderung zu errechnen. Bei in diesem Bereich nicht selten streitigem Vortrag müsste Beweis erhoben werden. Auch unter Berücksichtigung von § 287 ZPO würde das zu erheblichen Belastungen der Tatgerichte führen. Demgegenüber sollte die Mietrechtsreform das Streitpotential verringern und auch einen Beitrag zur Entlastung der Gerichte leisten (BT-Drucks. 14/4553 S. 34).

*f. Frage kann nicht dem jeweiligen Tatrichter überlassen bleiben*

Aus den zuletzt genannten Gründen ist auch der Auffassung von Emmerich (aaO § 538 Rz. 32), dem Tatrichter jeweils die Entscheidung zu überlassen, welchen Maßstab er anwenden will, nicht zu folgen. Zwar könnte der Tatrichter durch Auswahl der ihm am geeignetsten erscheinenden Methode im Einzelfall zu einer angemessenen Herabsetzung kommen. Die Parteien müssten aber ihren Vortrag an der vom Gericht jeweils ins Auge gefassten Methode ausrichten. Die heute bestehende Rechtszersplitterung, die sogar innerhalb einzelner Gerichte besteht (vgl. Anmerkung Schach, GE 2002, 500 m.w.N.), würde dadurch noch weiter vergrößert.

**Strafrecht****Standort: § 211 StGB****Problem: Rechtsfolgenlösung**

BGH, URTEIL VOM 10.05.2005

1 STR 30/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der aus Anatolien stammende, den Wertvorstellungen seiner Heimat verhaftete Angeklagte, hatte das Opfer von den Augen von dessen 11jährigen Sohn erschossen, weil er davon ausging, dass das Opfer ein Verhältnis mit der Ehefrau des Angeklagten habe. Zu dieser Vermutung war der Angeklagte gelangt, weil ihm vor einigen Jahren eine Bekannte erzählt hatte, seine Frau habe in seiner Abwesenheit Tee mit dem Opfer getrunken. Zudem war der Angeklagte einige Wochen vor der Tat im Treppenhaus seines Wohnhauses mit dem Opfer zusammengestoßen und hatte später im Wohnzimmer seiner Wohnung zwei benutzte Teetassen gesehen. Das Landgericht Tübingen hatte den Angeklagten wegen Mordes aus Heimtücke verurteilt, über eine analoge Anwendung von § 49 I Nr. 1 StGB aber nur eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt (sog. "Rechtsfolgenlösung"). Der BGH hob das Urteil auf, da für eine Anwendung der von ihm entwickelten Rechtsfolgenlösung im vorliegenden Fall kein Raum sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Tötungsdelikte sind häufig Prüfungsstoff in beiden Examen und gerade die spezifischen Probleme des § 211 StGB stellen deshalb Standardwissen dar.

In der Praxis erweist sich häufig die Rechtsfolge des § 211 StGB als problematisch: Anders als bei allen anderen Straftaten des deutschen Strafrechts, die stets einen Strafraum eröffnen und so dem Gericht die Möglichkeit bieten, Besonderheiten des Einzelfalles auf Strafzumessungsebene Rechnung zu tragen, ist als Rechtsfolge des Mordes stets zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen, ohne die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer Strafzumessung oder der Annahme eines minder schweren Falles.

Um dennoch eine verfassungskonforme Anwendung von § 211 StGB zu gewährleisten, besteht deshalb Einigkeit darüber, dass die Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen sind (BVerfGE 45, 187; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 2 mwN). Trotzdem sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an das Vorliegen des Mordmerkmals der Heimtücke stellt, relativ gering. Der BGH nimmt eine heimtückische Tötung bereits dann an, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosig-

keit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGHSt 2, 251; 11, 139; 18, 37). Die herrschende Literatur hingegen verlangt anstelle von oder zusätzlich zu den Kriterien der Rechtsprechung einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch des Täters, was natürlich voraussetzt, dass zwischen Täter und Opfer vor der Tat ein Vertrauensverhältnis bestand (SK-Horn, § 211 Rn. 32 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN). Der BGH hat dies jedoch stets abgelehnt, da die Literatur den Anwendungsbereich des Heimtückemordes zu sehr einschränke und insb. klassische Fälle der heimtückischen Tötung (sog. "Heckenschützenfälle") nicht mehr unter § 211 StGB fallen würden, weil Täter und Opfer sich dort regelmäßig nicht kennen würden und deshalb auch kein Vertrauensverhältnis bestehen könne.

Da der BGH somit sehr viel eher zum Vorliegen eines Heimtückemordes kommt als die Literatur, hat der Große Strafsenat zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse bei der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafen vorgeschlagen, in bestimmten außergewöhnlichen Fällen nicht die in § 211 I StGB eigentlich zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, sondern die Strafe über § 49 I Nr. 1 StGB analog zu mildern (sog. "Rechtsfolgenlösung", vgl. BGHSt 30, 105). Diese Anregung ist von der Rechtsprechung aufgegriffen worden und hat teilweise auch in der Literatur Anklang gefunden (Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn. 20 f.). Kritisiert worden ist an dieser Rechtsprechung insb. die Entscheidung des BGH, die Rechtsfolgenlösung nur beim Heimtückemord und nicht auch beim Vorliegen anderer Mordmerkmale anzuwenden (vgl. BGHSt 42, 301). Während teilweise eine Ausweitung dieser Lösung auch auf andere Mordmerkmale gefordert wird (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 20 f.), wird andererseits in der Rechtsfolgenlösung als solcher auch eine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gesehen und statt der Rechtsfolgen- eine tatbestandsbezogene Lösung, insb. durch eine weitere Restriktion des Mordmerkmals der Heimtücke, gefordert (Bruns, JR 1983, 28; Spindel, StV 1984, 46).

Im vorliegenden Fall führt der BGH aus, dass auf die Rechtsfolgenlösung nicht voreilig ausgewichen werden darf, sondern nur in solchen - außergewöhnlichen - Fällen, in denen die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe trotz Vorliegen eines (Heimtücke-) Mordes unverhältnismäßig wäre. Der BGH betont

hierbei ausdrücklich, dass durch die Rechtsfolgenlösung nicht ein minder schwerer Fall des Mordes (entsprechend § 213 StGB) geschaffen werden sollte.

Der BGH deutet im vorliegenden Fall zwar an, dass die Tatsache, dass der Angeklagte noch den Wertvorstellungen seiner anatolischen Heimat anhing, obwohl er bereits seit geraumer Zeit in der Bundesrepublik lebte, durchaus bei der Prüfung des Vorliegens eines außergewöhnlichen Falles i.S.d. Rechtsfolgenlösung Berücksichtigung finden könnte. Die Anwendung der Rechtsfolgenlösung lehnte der BGH hier dann jedoch ab, da es letztlich "nur" (unbegründete) Eifersucht in Verbindung mit allgemeinen Minderwertigkeitskomplexen gewesen sei, die den Angeklagten zur Tat getrieben hatte. Da dieser außerdem das Opfer vor den Augen von dessen 11jährigen Sohn getötet hatte, reichten die außergewöhnlichen Umstände im vorliegenden Fall nicht aus, um die Anwendung der Rechtsfolgenlösung zu rechtfertigen.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Rechtsfolgenlösung des BGH i.R.v. § 211 StGB: BGHSt 30, 105; 41, 72; BGH, NStZ-RR 2004, 294 (= RA 2004, 587); Küper, JuS 2000, 740; Meurer, NJW 2000, 2936; Mitsch, JuS 1996, 121; Otto, Jura 1994, 191;

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs:* "Enttäuschte Liebe"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Auf die vom Großen Senat für Strafsachen im Wege verfassungskonformer Rechtsanwendung (vgl. BGHSt 30, 105) eröffnete Möglichkeit, anstatt der an sich verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine Strafe aus dem in analoger Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestimmten Strafraumen zuzumessen (sog. "Rechtsfolgenlösung"), darf nicht voreilig ausgewichen werden. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemilderter Schuld unverhältnismäßig wäre. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen.**

**2. Im Regelfall ist für eine heimtückisch begangene Tötung auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen. Die Anerkennung der sog. "Rechtsfolgenlösung" ist kein allgemeiner Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle des Mordes.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte, der aus Anatolien stammt, erschoss in den Mittagsstunden des 24. August 2002 seinen Landsmann Y, der mit dem Bruder der Ehefrau des Angeklagten an einem Stehtisch eines Imbiss in der Ortsmitte von D. stand, sich unterhielt und Tee trank. Der Angeklagte ging zielstrebig auf die beiden Männer zu, nahm in einer Entfernung von mindestens zwei, höchstens vier Metern seine Hand aus der Tasche, wie wenn er die Anwesenden begrüßen wollte. Er zog jedoch eine in seiner Hosentasche verborgene Pistole heraus und gab sodann mit gestrecktem Arm, die Pistole in Augenhöhe haltend, auf den Kopf des Y zielend, in dichter Folge zwei Schüsse ab, sodann ohne Unterbrechung in Richtung auf den zu Boden sinkenden Y zwei weitere Schüsse schräg nach unten, bevor sich die fünfte Patrone in der Pistole verklemmte. Y verstarb im Niedersinken an den Folgen des ersten Schusses unmittelbar vor den Augen seines ebenfalls anwesenden 11jährigen Sohnes.

Zu seinem Motiv erklärte der Angeklagte, vor einigen Jahren habe eine ihm bekannte Frau gesagt, seine - des Angeklagten - Frau habe mit Y Tee getrunken, während er - der Angeklagte - bei der Arbeit gewesen sei. Vor einigen Wochen, als er von der Arbeit nach Hause gekommen sei, sei Y aus der Wohnung gelaufen, habe ihn dabei weggeschubst, aber kein Wort gesprochen. In der Wohnung hätten auf dem Tisch zwei Teegläser gestanden. Er sei sich sicher, dass seine Frau und Y ein Verhältnis hätten. Der Angeklagte erklärte zum Tattag, "sein Kopf sei nicht mehr an seinem Platz, er vergesse sehr viel, seit er krank sei". Schließlich erklärte er zu seinem Motiv, es handele sich um eine Sache der Ehre.

#### **Aus den Gründen:**

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

##### *1. Ausführungen des Landgerichts bzgl. der Schuldfähigkeit des Angeklagten und der Verwirklichung von Mordmerkmalen*

Die Strafkammer hat eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit trotz des vom psychiatrischen Sachverständigen geäußerten Verdachts einer anhaltenden Störung der Erlebnisverarbeitung in Form einer "überwertigen Idee" einer eifersüchtigen Fehlentwicklung ausgeschlossen und die Tat rechtlich als Heimtückemord gemäß § 211 StGB angesehen. Der Angeklagte habe sich Y, der zu keinem Zeitpunkt mit einer Tötlichkeit, nicht einmal mit einer Beleidigung, rechnete und sich arglos mit seinem Bekannten vor dem Imbiss unterhalten habe, im Bewusstsein dieser Situation genähert und auf ihn aus kurzer Entfernung geschossen, um ihn zu töten. Ein Handeln aus niedrigen Beweggründen sei nicht feststellbar. Zwar habe der Angeklagte die Tat um seiner Ehre Willen began-



gen, eine weitere sichere Aufklärung der Motivation sei nicht möglich gewesen. Es komme "lediglich als Motiv ernsthaft in Betracht, dass der Angeklagte subjektiv aufgrund einer überwertigen Idee von einem ehewidrigen Verhältnis zwischen seiner Ehefrau und Y überzeugt" gewesen sei. Bei dieser Sachlage sei ein Handeln des Angeklagten aus niedrigen Beweggründen nicht feststellbar.

## 2. Ausführungen des Landgerichts bzgl. der Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe bei § 211 StGB (sog. "Rechtsfolgenlösung")

Die Strafkammer hat anstelle der zu verhängenden lebenslänglichen Freiheitsstrafe wegen Vorliegens außergewöhnlicher Umstände die Strafe dem entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemilderten Strafrahmen entnommen. Dabei sei sich die Kammer bewusst gewesen, dass die hier gegebene Konstellation von den Situationen abweiche, die der Große Senat, aber eben nur beispielhaft und nicht abschließend, für die Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 StGB aufgeführt habe, und dass nicht jeder Entlastungsfaktor, der etwa nach § 213 StGB zur Annahme eines minder schweren Falles zu führen vermag, ausreiche.

Den Charakter der außergewöhnlichen Umstände bekomme die Tat durch die überwertige Idee von einem Verhältnis zwischen seiner Ehefrau und Y, wie sie sich gerade bei diesem Angeklagten entwickelt und ausgeprägt habe. Diese Idee habe sich beim Angeklagten so verfestigt und zugespitzt, dass sich seine Gesundheit in einem mehrwöchigen Zeitraum vor der Tat massiv verschlechtert habe. Neben den bereits vorhandenen Herzerkrankungen habe sich die Zuckerkrankheit des Angeklagten für ihn in hohem Maße ungünstig und damit belastend entwickelt. Er sei mehrere Wochen krank geschrieben, habe dann sogar im Juli zwei Wochen Urlaub genommen, um sich nicht erneut krank schreiben lassen zu müssen, was seiner eigenen Arbeitseinstellung widersprochen habe. Der Angeklagte habe sich somit damals in einer gesundheitlichen Krise, und damit auch in einer persönlichen Krise befunden, indem er seine Männlichkeit - seinen Mann zu stehen zuhause und im Beruf - bedroht gesehen habe; denn er sei mit der Zuckerkrankheit und ihrer Behandlung nicht fertig geworden und habe sein Leben und seine Arbeit nicht mehr in der bisherigen Form fortführen können. Die damit verbundene Verunsicherung seiner männlichen Rolle habe - zumindest nicht ausschließbar - zu einer persönlichen Krise geführt, bei der er - wie der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend zur Psychodynamik ausgeführt habe - die Verunsicherungen projektiv nach außen verlagert haben könnte. Der Sachverständige habe erläutert, dass die tatsächlich erlebte Abnahme der eigenen männlichen Leistungsfähigkeit psychodynamisch die neurotisch-konfliktvolle Eifersucht auf den vermeintlichen Nebenbuhler verschärft haben könnte. Der Ange-

klagte habe aufgrund seiner Herkunft und Prägung praktisch auch kaum eine Möglichkeit gehabt, Abstand zu der überwertigen Idee zu gewinnen. Er stamme aus einem Land, in dem die Rolle des Mannes besonders hervorgehoben sei und in dem die überkommenen Regeln des Zusammenlebens weiterhin gelten.

Bis heute habe der Angeklagte sich nicht von diesen Wertvorstellungen distanziert. Es sei ihm infolge dieses Werte- und Familiengefüges nicht möglich, sich über persönliche Probleme, gerade auch im familiären Bereich, mit Dritten auszutauschen, weder mit seiner Frau noch im Kreis der Verwandtschaft oder der Kollegen, wie dies ein Arbeitskollege und die Personal-sachbearbeiterin des Arbeitgebers bestätigt hätten. Diese mangelnde Kommunikationsfähigkeit resultiere aus der Herkunft des Angeklagten; danach sei es ihm als Mann nicht möglich, mit anderen beispielsweise über mögliche "Verhältnisse", gar sexueller Art, zu reden; ihm werde eine Distanzierung zu seiner Gedankenwelt dadurch erschwert, dass er, wie der Sachverständige erläuterte, zwar keinesfalls schwachsinnig, aber doch eine einfach strukturierte Persönlichkeit mit nicht hoher Intelligenz sei.

Auf der anderen Seite habe die Kammer nicht übersehen, dass die Familie des Opfers, die Ehefrau und drei Kinder, bis heute massiv unter der Tat leide: Die Ehefrau des Opfers habe glaubhaft berichtet, dass bis heute alle drei Kinder, die zur Tatzeit 17, 14 und 11 Jahre alt waren, mit ihr nur in einem Zimmer schlafen könnten und sowohl der Sohn, der Augenzeuge der Tat sein musste, als auch eine Tochter noch heute in psychologischer Betreuung seien.

## II. Entscheidung des BGH

Die Wertung der Strafkammer, dies seien außergewöhnliche Umstände, aufgrund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

### 1. Zu den Voraussetzungen für die Anwendung der Rechtsfolgenlösung

Die vom Großen Senat des Bundesgerichtshofs (BGHSt 30, 105) entwickelte Rechtsfolgenlösung trägt dem Umstand Rechnung, dass das Mordmerkmal der Heimtücke auch in Fällen erfüllt sein kann, bei denen die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe wegen des sonstigen Gepräges der Tat das aus dem Grundgesetz abzuleitende Verbot unverhältnismäßigen staatlichen Strafens verletzen würde. Eine abschließende Definition oder eine Aufzählung der außergewöhnlichen Umstände, die in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der lebenslangen Freiheitsstrafe führen können, hat der Große Senat für Strafsachen für unmöglich gehalten, jedoch auf beispielhaft in Betracht kommende Fallkonstellationen hingewiesen. Dazu gehören in großer Verzweiflung begangene oder aus gerechtem Zorn auf Grund einer schweren

Provokation verübte Taten, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben. Allerdings reicht nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB Berücksichtigung finden würde, zur Annahme der Unverhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe aus.

Auf die vom Großen Senat für Strafsachen im Wege verfassungskonformer Rechtsanwendung eröffnete Möglichkeit, anstatt der an sich verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine Strafe aus dem in analoger Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestimmten Strafrahmen zuzumessen, darf nicht voreilig ausgewichen werden (BGH NStZ 2005, 154; NStZ 2003, 482; 484; NStZ 1984, 20). Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemilderter Schuld unverhältnismäßig wäre (vgl. BGH NStZ 1982, 69). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen (BGH NStZ 1982, 69; BGH NStZ 1984, 20; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 2 und 3). Der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen hat nichts daran geändert, dass im Regelfall für eine heimtückisch begangene Tötung auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen ist. Durch die Entscheidung wurde nicht allgemein ein Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle eingeführt. Die in dem Beschluss entwickelten Grundsätze für die Anwendung des gemilderten Strafrahmens betreffen nur solche Fälle, in denen das Täterverschulden soviel geringer ist, dass die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe das verfassungsrechtliche Gebot schuldangemessenen Strafens missachten würde. Es müssen schuld mindernde Umstände besonderer Art vorliegen, die in ihrer Gewichtung gesetzlichen Milderungsgründen vergleichbar sind (vgl. BGH NStZ 1984, 20).

## 2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für die Anwendung der Rechtsfolgenlösung im vorliegenden Fall

Wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, wird das angefochtene Urteil den von BGHSt 30, 105 aufgestellten Maßstäben nicht gerecht.

Das Landgericht hat die von ihm festgestellten objektiven Tatumstände nicht ausreichend in seine Gesamtwürdigung zum Vorliegen von außergewöhnlichen schuld mindernden Umständen einbezogen, sondern hat überwiegend auf die durch die Herkunft und die persönliche Situation geprägte "überwertige Idee" des Angeklagten über das ehewidrige Verhältnis zwischen

seiner Frau und Y abgestellt. Es hat in seiner Gesamtwürdigung auch nicht zureichend die normativen Anforderungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigt, sondern sich an den Anschauungen und Werten des Angeklagten orientiert, der die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt (vgl. BGH NStZ 2002, 369 m. w. Nachw.). Die Strafkammer hat sich aufgrund der Aussagen der Zeugen aus der Verwandtschaft des Opfers sowie der Aussage der Ehefrau des Angeklagten selbst davon überzeugt, dass zwischen ihr und Y kein ehewidriges Verhältnis bestand. Sie hatte dem

Angeklagten keinen Anlass zur Eifersucht gegeben, sondern allenfalls gegen die Vorstellung verstoßen, der Kontakt von anderen Männern zu seiner Frau müsse über ihn laufen. Der Angeklagte holte somit aus objektiv nichtigem Anlass seine Pistole aus dem Keller und entschloß sich, Y in einem Akt der Selbstjustiz zu erschießen, wenn er ihn, wie vermutet, am Imbissstand antreffen würde. Die Tatausführung selbst glich nach der Darstellung des mit dem Tatopfer zusammenstehenden Zeugen einer "Hinrichtung" vor den Augen von dessen 11jährigem Sohn und dessen gleichaltrigem Freund. Angesichts dieses Aktes von Selbstjustiz und der festgestellten objektiven Tatumstände kann von außergewöhnlichen Schuldmilderungsgründen, die zu einer Strafrahmenverschiebung führen können, nicht ausgegangen werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Angeklagte aufgrund seines Lebenszuschnitts und seiner intellektuellen Fähigkeiten in seinen Ehrvorstellungen und Traditionen seiner anatolischen Heimat befangen war, von denen er sich trotz seines langjährigen Aufenthalts in Deutschland nicht hat lösen können.

## 3. Zur Verneinung des Mordmerkmals der "niedrigen Beweggründe"

Keinen Rechtsfehler sieht der Senat allerdings darin, dass das Landgericht neben dem Mordmerkmal der "Heimtücke" nicht auch das Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe" angenommen hat, obwohl der Angeklagte glaubte, zu einem von langer Hand vorbereiteten Akt der Selbstjustiz berechtigt gewesen zu sein. Die Frage, ob eine Tötung aus "niedrigen Beweggründen" erfolgte, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, bei der die Tatmotive insgesamt zu berücksichtigen sind; dabei steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das Revisionsgericht nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 21; Maatz/Wahl, FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens des BGH S. 531, 552; jeweils m. w. Nachw.). Im Hinblick auf die vom Landgericht festgestellte persönliche Krise und seiner "überwertigen Idee" von einem ehewidrigen Verhältnis seiner Ehefrau ist es revisionsrechtlich noch hinnehmbar, dass das Landge-

richt die Verurteilung nicht auch auf das Mordmerkmal der Tötung aus sonst "niedrigen Beweggründen" gestützt hat (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 32), wenn auch eine andere tatrichterliche Wertung möglich gewesen wäre.

#### 4. Zurückverweisung

Die Sache bedarf zum Strafausspruch neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat macht entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an ein anderes Landgericht zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO).

### Standort: § 259 StGB

### Problem: Taugliche Vortat

BGH, BESCHLUSS VOM 22.02.2005  
4 STR 453/04 (NSTZ 2005, 447)

#### Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten Fahrzeuge ins Ausland verschifft, die größtenteils gestohlen worden waren. Sie hatten sich insoweit dahingehend eingelassen, dass sie bei einem Großteil der Fahrzeuge davon ausgegangen seien, dass diese von ihren Eigentümern bei der Polizei als gestohlen gemeldet (und dann an sie weitergegeben) worden seien. Das Landgericht Essen hatte die Angeklagten wegen gewerbsmäßiger Hehlerei (§§ 259, 260 StGB) verurteilt und sich mit deren Einlassung nicht weiter auseinandergesetzt, da die Vortat zwar ein Diebstahl gewesen sei, wovon die Angeklagten nach ihren eigenen Angaben zwar nichts wussten, sie sich aber einen Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) bzw. Betrug (§ 263 StGB) zum Nachteil der Versicherung als Vortat vorgestellt hätten. Auch diese Delikte seien taugliche Vortaten für eine Hehlerei und ein Irrtum des Hehlers über die genaue Art der Vortat sei im Rahmen von §§ 259, 260 StGB unbeachtlich, da die Hehlerei keine präzise Kenntnis von der Vortat erfordere. Der BGH hob dieses Urteil auf, da Versicherungsmissbrauch und -betrug keine tauglichen Vortaten für eine Hehlerei seien und deshalb der Irrtum der Angeklagten durchaus Relevanz besitzen könne.

#### Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand der Hehlerei (§ 259 StGB) ebenso wie die Qualifikation der Gewerbsmäßigen Hehlerei (§ 260 StGB) sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, wenn auch seltener alleiniger Mittelpunkt.

Im vorliegenden Fall stellt sich dem BGH vor allen Dingen die Frage, welches Delikt als Vortat für eine (qualifizierte) Hehlerei in Frage kommt. Der Wortlaut des § 259 I StGB ist insofern recht weit und fordert nur "eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat". Insofern herrscht Einigkeit, dass die Vortat nicht unbedingt ein Vermögensdelikt im engeren Sinne (Diebstahl, Betrug, Erpressung, Raub, Untreue) sein muss, sondern dass jede Tat als Vortat geeignet ist, die sich gegen fremdes Vermögen richtet und eine rechtswidrige Vermögenslage schafft (BGHSt 27, 46; Tröndle/Fischer, § 259 Rn. 3 f. mwN). Gerade die letztere Voraussetzung, dass bereits durch

die Vortat eine rechtswidrige Vermögenslage geschaffen worden sein muss, ist insb. angesichts des Schutzzwecks des § 259 I StGB von entscheidender Bedeutung. Strafgrund der Hehlerei ist nämlich die Perpetuierung (d.h. Aufrechterhaltung und Vertiefung) der - vom Vortäter geschaffenen - rechtswidrigen Besitz- und Vermögenslage (BGHSt 7, 137; Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn. 1 mwN). Damit eine solche Perpetuierung überhaupt denkbar ist, muss also bereits durch die Vortat eine rechtswidrige Besitz- und Vermögenslage geschaffen worden sein.

Und aus diesem Grunde kommt der BGH im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) gegenüber der Versicherung nicht als Vortaten für eine Hehlerei in Betracht kommen. Denn in diesen Fällen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Vortäter die versicherte Sache (meist ein Fahrzeug oder ein Kunstobjekt), deren Eigentümer (und rechtmäßiger Besitzer) er selber ist, beiseite schafft und bei der Versicherung eine Schadensmeldung einreicht, in der er wahrheitswidrig behauptet, die Sache sei gestohlen worden, wird keine rechtswidrige Besitzlage geschaffen. Der Täter der Vortat verliert das Besitzrecht, das er als Eigentümer hat, nämlich nicht dadurch, dass er die Sache bei seiner Versicherung als gestohlen meldet. Somit ist auch nach der (wahrheitswidrigen) Meldung des Diebstahls und auch noch nach der Auszahlung der Versicherungssumme immer noch der Eigentümer und dinglich Berechtigte und somit rechtmäßiger Besitzer der Sache, sodass eine rechtswidrige Besitz- und Vermögenslage bzgl. der als gestohlenen gemeldeten Sache nicht entsteht. Damit ist diese aber auch kein taugliches Tatobjekt für eine Hehlerei, denn wenn durch die Vortat gar keine rechtswidrige Besitzlage an der versicherten Sache geschaffen wurde, dann ist es auch nicht denkbar, dass eine rechtswidrige Besitzlage durch einen anderen im Rahmen der Hehlerei perpetuiert wird.

#### Vertiefungshinweise:

- Zur tauglichen Vortat i.R.v. § 259 StGB: BGHSt 33, 44; BGH, NSTZ 1999, 351; Heinrich, JZ 1994, 938; Rudolphi, JA 1981, 3; Sippel, NSTZ 1985, 349;
- Zum Vorsatz des Hehlers bzgl. der Vortat: BGH, NSTZ 1992, 84; NSTZ-RR 2000, 106;

**Kursprogramm:**
 **Examenskurs:** "Eine Hand wäscht die andere"
**Leitsatz (der Redaktion):**

**Versicherungsbetrug und Versicherungsmissbrauch kommen als Vortaten für eine Hehlerei nicht in Betracht.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte A und der Mitangeklagte T erwarben hochwertige Fahrzeuge und organisierten gemeinschaftlich in 16 Fällen, der Angeklagte darüber hinaus in zwei weiteren Fällen, deren Verschiffung in Staaten der Golfregion für dort ansässige Käufer. Diese Fahrzeuge waren zuvor von Vortätern überwiegend verwendet, in einem Fall (Fall II. 16) unterschlagen worden; in zwei Fällen handelte es sich um Fahrzeuge, die bei der Polizei "als gestohlen gemeldet" worden waren (Fälle II. 7 und 23). Der Angeklagte und der Mitangeklagte wussten zum Teil, dass die von ihnen erworbenen Fahrzeuge gestohlen waren (Fälle II. 1, 3, 6, 10, 11, 14 und 15), im übrigen war ihnen klar, dass es sich um Fahrzeuge handelte, die "aus Straftaten erlangt" waren.

Der Angeklagte und der Mitangeklagte hatten sich zu den Tatvorwürfen u.a. dahin eingelassen, sie seien jedenfalls "bei einem Großteil" der Fahrzeuge davon ausgegangen, dass es sich um von den Eigentümern als gestohlen gemeldete Fahrzeuge und damit bei den Vortaten um "bloßen Versicherungsbetrug" gehandelt habe. Das Landgericht hat eine Auseinandersetzung mit dieser Einlassung für entbehrlich gehalten, da auch ein Versicherungsbetrug eine Vortat im Sinne des § 259 StGB sein könne und der Täter der Hehlerei nicht wissen müsse, aus welcher konkreten Vortat die Sache stamme.

**Aus den Gründen:***I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten A wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in 18 Fällen (Fälle II. 1 bis 16, 18 und 23) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Der Mitangeklagte T, der keine Revision eingelegt hat, wurde als Mittäter des Angeklagten in den Fällen II. 1 bis 7, 9 bis 16 und 18 wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in 16 Fällen sowie wegen Beihilfe zur gewerbsmäßigen Hehlerei zweier weiterer Mitangeklagter (Fall II. 21) ebenfalls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachbeschwerde Erfolg. Die Feststellungen zum objektiven Tatbestand der Hehlerei beruhen auf einer nicht tragfähigen Beweisgrundlage. Die Strafkammer hat außerdem die Voraussetzungen, die an eine Vortat im Sinne des § 259 StGB zu stellen sind, verkannt.

*II. Entscheidung des BGH**1. Zu den Feststellungen bzgl. der Vortaten*

Die Feststellungen der Strafkammer zu den Vortaten im Sinne des § 259 StGB begegnen bereits in objektiver Hinsicht durchgreiflichen rechtlichen Bedenken.

*a. Unzureichende Feststellungen bzgl. der Annahme von Diebstählen als Vortaten*

In den Fällen, in denen die Strafkammer davon ausgegangen ist, die Fahrzeuge entstammten entweder Diebstählen beziehungsweise einer Unterschlagung, ist den Urteilsgründen eine tragfähige Beweisgrundlage für diese Feststellungen nicht zu entnehmen. Der Angeklagte und der Mitangeklagte haben sich zu den Vortaten nicht geständig eingelassen, vielmehr pauschal und ohne konkrete Fälle zu bezeichnen behauptet, "bei einem Großteil" der Vortaten vom Vorliegen von Versicherungsbetrugstaten der Fahrzeugseigentümer ausgegangen zu sein. Darüber hinausgehende Beweise hat die Strafkammer zu den Vortaten nach dem Inhalt der Urteilsgründe nicht erhoben. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, wie das Landgericht zu den diesbezüglichen Feststellungen gelangt ist.

*b. Versicherungsmissbrauch und -betrug keine tauglichen Vortaten für Hehlerei*

Die den Fällen II. 7 und 23 zugrundeliegende Feststellung, es habe sich bei den Fahrzeugen jeweils um solche gehandelt, die bei der Polizei "als gestohlen gemeldet" gewesen seien, belegt einen Diebstahl als Vortat im Sinne des § 259 StGB nicht. Anlass für die Diebstahlsanzeigen können ebenso ein Versicherungsbetrug oder ein Versicherungsmissbrauch des jeweiligen Versicherungsnehmers gewesen sein. Diese Taten kämen jedoch - entgegen der Auffassung der Strafkammer - als Vortaten des Hehlereitattbestandes nicht in Betracht.

Dieser setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Vortat fremdes Vermögen verletzt und zu einer rechtswidrigen Besitzlage geführt hat (vgl. Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 259 Rdn. 3 und 4 m.w.Nachw.). Weder durch einen Versicherungsbetrug (§ 263 StGB) noch durch einen Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) wird eine solche rechtswidrige Besitzlage hinsichtlich der versicherten Sache geschaffen. Die betrügerische Geltendmachung eines Versicherungsschadens durch den Eigentümer als Versicherungsnehmer führt ebensowenig wie ein Versicherungsmissbrauch zu einer Änderung der bestehenden Eigentumslage bzw. zu einer rechtswidrigen Besitzlage am Fahrzeug. Vielmehr kann der Versicherungsnehmer trotz Begehung einer der vorgenannten Straftaten weiterhin als Berechtigter über die versicherte Sache verfügen (vgl. BGHR StGB § 259 Abs. 1 Vortat 5).

*2. Zu den Feststellungen bzgl. des Vorsatzes der Ange-*

*klagen*

Aus den zuletzt dargelegten Gründen halten auch die Feststellungen zur subjektiven Tatseite rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Strafkammer durfte eine Erörterung der Einlassung des Angeklagten und seines Mittäters zu ihrer Vorstellung über die Herkunft der Fahrzeuge nicht dahingestellt sein lassen. Wären der Angeklagte und sein Mittäter ihrer Einlassung entsprechend bei dem Erwerb der Fahrzeuge davon ausgegangen, diese seien mit Wissen und Willen der Eigentümer als Versicherungsnehmer entweder nach Vortäuschung einer Entwendung oder um später eine solche Entwendung vorzutäuschen, verschoben worden, hät-

ten sie sich eine rechtswidrige Besitzlage hinsichtlich der von ihnen erworbenen Fahrzeuge nicht vorgestellt. Der subjektive Tatbestand des § 259 StGB wäre dann nicht erfüllt.

### 3. Aufhebung ; Erstreckung der Aufhebung auf T

Das Urteil unterliegt deshalb insgesamt der Aufhebung. Die auf die Revision des Angeklagten zu beachtenden Rechtsfehler führen gemäß § 357 StPO auch zur Aufhebung des Urteils, soweit der Mitangeklagte T wegen gewerbsmäßiger Hehlerei als Mittäter des Angeklagten verurteilt worden ist.

## Standort: § 263 StGB

## Problem: Betrug im Lastschriftverfahren

BGH, URTEIL VOM 15.06.2005

2 STR 30/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte bei einer Bank ein Firmenkonto eingerichtet. Weil er überschuldet war, wandte er sich an eine Bekannte, die ihm Dritte als Darlehensgeber für hoch verzinsten Darlehen vermittelte. Die Darlehen wurden in der Weise gewährt, dass die Darlehensgeber dem Angeklagten eine Einzugsermächtigung für ihre Konten erteilte, so dass der Angeklagte die Darlehen im Wege des Lastschriftverfahrens einziehen konnte. Als er das erste Darlehen (erwartungsgemäß) bei Fälligkeit nicht zurückzahlen konnte, ließ er sich weitere Darlehen vermitteln, die er zur Deckung des ersten Darlehens benutzte (der BGH kreiert hierfür in Anlehnung an die vergleichbare Verhaltensweisen im Wechsel- und Scheckrecht beschriebenen Begriffe der Wechsel- und Scheckkreiterei die Bezeichnung "Lastschriftreiterei"). Irgendwann widerriefen jedoch die Darlehensgeber die erteilten Einzugsermächtigungen, was dazu führte, dass die Bank des Angeklagten die über die Lastschrift eingezogenen Beträge an die Banken der Darlehensgeber zurückzahlen musste. Nachdem das Konto des Angeklagten entsprechend belastet worden war, wies dieses einen Sollstand von fast 140.000 € auf, den der vermögenslose Angeklagte nicht ausgleichen konnte. Die Staatsanwaltschaft hatte den Angeklagten wegen Betrugs (§ 263 I StGB) zum Nachteil seiner Bank angeklagt. Das Landgericht Hanau lehnte jedoch eine Verurteilung ab, da der Angeklagte weder eine tatbestandsmäßige Täuschungshandlung vorgenommen noch einen entsprechenden Vorsatz gehabt habe. Der BGH hob den Freispruch auf.

### Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und hier ganz besonders der Tatbestand des Betruges (§ 263 I StGB) stellen in beiden Examen einen absoluten Standardstoff dar, bei dem von den Prüfern auch in erheblichem Maße Detail-

kenntnis erwartet wird, so dass die vorliegende Entscheidung als besonders examensrelevant bewertet werden muss. Auch in zivilrechtlicher Hinsicht ist sie sehr interessant, da der BGH die Vorgänge und Besonderheiten des Lastschriftverfahrens detailliert und nachvollziehbar darstellt.

Im Lastschriftverfahren zieht der Gläubiger, der eine entsprechende Vollmacht von seinem Schuldner erhalten hat - die sog. Einzugsermächtigung - über seine Hausbank von der kontoführenden Bank des Schuldners den geschuldeten Betrag ein. Widerruft der Schuldner allerdings die Einzugsermächtigung, dann ist die Bank des Gläubigers wegen bankinterner Abreden verpflichtet, den Betrag zurückzubuchen und belastet das Konto des Gläubigers entsprechend. Dies ist problematisch, wenn das Gläubigerkonto im Zeitpunkt der Rückbuchung keine entsprechende Deckung aufweist und kann einen Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB begründen, wenn der Gläubiger vermögenslos ist und so das Soll auf seinem Konto nicht wird ausgleichen können.

Die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, hat deshalb in der Vergangenheit dann einen Betrug zum Nachteil der Hausbank des Gläubigers angenommen, wenn der Täter Lastschriften über fingierte (also tatsächlich nicht bestehende) Forderungen vorlegte, da in diesem Fall klar sei, dass der "Schuldner" der Lastschrift widersprechen werde. Der Täter täuscht dann darüber, dass ein Widerruf nicht erfolgen werde und darüber, dass er solvent sei und im Falle eines Widerrufs das entstehende Soll ausgleichen könne, was auch - zumindest wenn der Täter tatsächlich vermögenslos ist - zu einem Vermögensschaden bei der Bank des Täters und somit zu einem Betrug führt (LG Oldenburg NJW 1980, 1176, 1177; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rdn. 30; Tröndle/Fischer, § 263 Rdn. 14 a; a. A.: Soyka, NSTZ 2004, 538).

Der BGH weitet diese Rechtsprechung im vorliegenden Fall aus: Ein Betrug sei nicht nur dann möglich, wenn der Täter fingierte Forderungen einziehe, son-

dern auch dann, wenn die vom Täter über das Lastschriftverfahren eingezogene Forderung tatsächlich bestehe, der Täter aber dennoch über seine Solvenz und darüber täusche, dass ein Widerruf nicht erfolgen werde. Im vorliegenden Fall sei es aber wegen der vom Täter vorgenommenen Lastschrifltreiterei klar gewesen, dass (früher oder später) einer der Darlehensgeber die erteilte Einzugsermächtigung widerrufen werde, sodass aufgrund der Insolvenz des Angeklagten auch hier ein Betrug nahe liege.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Betrug im Zusammenhang mit Lastschriftverfahren: *OLG Hamm*, NJW 1977, 1834; *LG Oldenburg*, NJW 1980, 1176; *Altenhain*, JZ 1997, 752; *Putzo*, NJW 1978, 689; *Rossa*, CR 1997, 223; *Soyka*, NStZ 2004, 538;

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Das Lastschriftverfahren stellt ein Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs dar, das im Gegensatz zur Giroüberweisung nicht vom Zahlenden sondern vom Zahlungsempfänger in Gang gesetzt wird. Zahlungsempfänger ist der Gläubiger, der den "Lastschriftauftrag" seinem kontoführenden Kreditinstitut zum Einzug hereingibt. Zahlungspflichtiger ist der Schuldner, von dessen Konto der Lastschriftbetrag eingezogen werden soll. Erste Inkassostelle ist das Kreditinstitut, das als kontoführendes Institut des Gläubigers diesen zum Lastschriftverfahren zugelassen hat (Gläubigerbank). Zahlstelle ist das Kreditinstitut des Schuldners, das dessen Konto mit dem Lastschriftbetrag belastet (Schuldnerbank). Einzugsermächtigung ist die vom Schuldner seinem Gläubiger grundsätzlich schriftlich erteilte "Ermächtigung", Forderungen im Lastschriftwege einzuziehen.**

**2. Bei Lastschriften, die als Einzugsermächtigungen gekennzeichnet sind, haftet die erste Inkassostelle der Zahlstelle für jeden Schaden, der dieser durch unberechtigt eingereichte Lastschriften entsteht. Die erste Inkassostelle ist verpflichtet, nicht eingelöste bzw. wegen Widerspruchs des Zahlungspflichtigen zurückgegebene Lastschriften zurückzunehmen und wieder zu vergüten; sie darf diese Lastschrift nicht erneut zum Einzug geben .**

**3. Zwischen dem Zahlungsempfänger und seiner Bank (erste Inkassostelle) wird formularmäßig eine Vereinbarung über den Einzug von Forderungen durch Lastschriften getroffen, derzufolge das Lastschriftverfahren nur dazu dient, fällige Forderungen, für deren Geltendmachung nicht die Vorlage einer Urkunde erforderlich ist, mittels Lastschrift einzuziehen. Nach dieser Vereinbarung werden nicht Lastschriften zurückbelastet, für die der Zahlungspflichtige nach Belastung des Einzugsbetrages**

**auf seinem Konto Wiedergutschrift verlangt, weil er die Belastung des Einzugsbetrages nicht anerkennt, insb. indem er eine Lastschriftermächtigung widerruft.**

**4. Aufgrund dieser vertraglichen Verpflichtungen ergibt sich beim Lastschrifteinzugsermächtigungsverfahren ein Schadensrisiko der ersten Inkassostelle, wenn der Zahlungspflichtige binnen sechs Wochen seiner Belastung widerspricht und die erste Inkassostelle keinen (realisierbaren) Anspruch gegen weitere Beteiligte hat. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Konto ihres Kunden, des Zahlungsempfängers, keine Deckung aufweist und er nicht mehr in der Lage ist, seiner Zahlungsverpflichtung nachzukommen.**

**5. Ein Betrug zum Nachteil der ersten Inkassostelle ist gegeben, wenn der Zahlungsempfänger Lastschriften einreicht, denen nur fingierte Forderungen zu Grunde liegen und die erste Inkassostelle dadurch sowohl darüber getäuscht wird, dass kein Widerruf erfolgen wird als auch darüber, dass der - ansonsten zahlungsunfähige - Zahlungsempfänger solvent ist. Ein Betrug gegenüber der ersten Inkassostelle kommt aber nicht nur bei fingierten Forderungen in Betracht, sondern grundsätzlich dann, wenn sie sowohl darüber getäuscht wird, dass die Lastschriften nicht widerrufen werden als auch darüber, dass der Zahlungsempfänger im Zeitpunkt der Rückrechnungslastschriften seiner Bank zahlungsunfähig ist.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte arbeitete zur Tatzeit für die Firma S, einem Kurierdienst in F., als Subunternehmer und erledigte dabei europaweite Warenauslieferungs-Touren. Am 7. April 2003 eröffnete er bei der V-Bank ein Firmenkonto und schloss eine sogenannte "Vereinbarung über den Einzug von Forderungen durch Lastschriften".

Im Mai oder Juni 2003 wandte sich der in der Regel überschuldete Angeklagte, weil der Druck seiner Gläubiger zunahm, an eine Frau G, die ihm schon einmal ein Darlehen über 15.000 € vermittelt hatte. Frau G hatte Personen zur Hand, die bereit waren, Gelder kurzfristig gegen einen sehr hohen Zinsertrag darlehensweise zu investieren. Diese Personen waren damit einverstanden, dass das von ihnen zu diesem Zwecke zur Verfügung zu stellende Geld im Wege des Lastschriftverfahrens und einer zu erteilenden Einzugsermächtigung von dem Zahlungsempfänger eingezogen und anschließend von diesem verwendet werden sollte. Im Innenverhältnis zu den Investoren benötigte Frau G - "möglicherweise als Sicherheit" (nähere Feststellungen dazu hat das Landgericht nicht getroffen) - Forderungen, die sie im Wege des Forderungskaufs (Factoring) zunächst ihrerseits zu erwerben hatte. Deshalb forderte sie den Angeklagten auf, Scheinrechnun-

gen über von diesem nicht erbrachte Leistungen zu erstellen, damit sie diese vorgeblichen Forderungen im Wege des Factoring für sich "ankaufen" konnte. Dem kam der Angeklagte nach. Durch Vermittlung von Frau G erhielt der Angeklagte einen Antrag auf Abschluss eines Factoring-Vertrages, den er unterschrieben zurücksandte, sowie Lastschriften mit den entsprechenden schriftlichen Einzugsermächtigungen der - ihm persönlich unbekannt - Investoren und Darlehensgeber. Die Lastschriften reichte der Angeklagte dann jeweils bei der V-Bank ein, die eine entsprechende Gutschrift auf seinem Konto veranlasste, worüber der Angeklagte verfügen konnte und tatsächlich auch verfügte. Er ging dabei entsprechend der tatsächlichen Sachlage davon aus, dass der zahlungspflichtige Ermächtigungsgeber ihm kurzfristig ein Darlehen zur Verfügung stellen wollte und deshalb auch mit der Einziehung und Verwendung des Geldes einverstanden wäre. Mit einem Widerruf der Lastschrift rechnete er nach Ansicht des Landgerichts nicht und konnte damit auch nicht rechnen.

Der Angeklagte reichte am 7. Juli 2003 eine Lastschrift über 15.000 € ein (Fall 1 der Anklage) und überwies, als er das Geld von der V-Bank zur Verfügung gestellt erhalten hatte, an Frau G die dieser vertraglich versprochenen Provisionen und Gebühren in Höhe von 4.050 €. Zu einem Widerruf der Lastschrift durch den Geldgeber kam es nicht. Als die Rückzahlung des Darlehens anstand, war der Angeklagte dazu nicht in der Lage und ließ sich von Frau G weitere Darlehen vermitteln. Diese verlangte wiederum von ihm eine Scheinrechnung und übermittelte erneut einen Antrag auf Abschluss eines Factoring-Vertrages über einen fingierten Rechnungsbetrag sowie Lastschriften und Einzugsermächtigungen von zwei privaten Investoren über 19.000 € und 3.000 €. Der Angeklagte legte die Lastschriften am 4. August 2003 der V.-Bank vor (Fall 2 der Anklage), entrichtete an Frau G die zuvor ausbedungenen Gebühren und Provisionen und zahlte von dem Rest das erste Darlehen zurück. Zu einem Widerruf der Lastschriften, mit dem der Angeklagte auch nicht gerechnet hatte, kam es ebenfalls nicht. Zur Rückzahlung dieses Darlehens vermittelte Frau G dem Angeklagten auf die geschilderte Weise Darlehen über 36.000 € (zwei Investoren). Die diesbezüglichen Lastschriften legte der Angeklagte am 5. September 2003 der V-Bank vor (Fall 3 der Anklage). Auch in diesem Fall erfolgte kein Widerruf der Lastschriften. In der Folge kam es zu weiteren Darlehensgeschäften in der vorbeschriebenen Weise wie folgt: am 8. Oktober 2003 Lastschriften über insgesamt 51.000 € (4 Investoren; Fall 4 der Anklage); am 5. November 2003 Lastschriften über insgesamt 70.000 € (4 Investoren; Fall 5 der Anklage); am 5. Dezember 2003 Lastschriften über insgesamt 103.000 € (6 Investoren; Fall 6 der Anklage); am 7. Januar 2004 Lastschriften über insgesamt 140.000 €

(6 Investoren; Fall 7 der Anklage); am 2. Februar 2004 Lastschriften über insgesamt 75.000 € (5 Investoren; Fall 8 der Anklage).

In den ersten sechs Fällen überwies der Angeklagte im Zeitpunkt der Fälligkeit der Darlehen jeweils die erhaltene Darlehenssumme an den betreffenden Darlehensgeber. Die von Frau G vom Angeklagten erhaltenen Gebühren und Provisionen betragen insgesamt 107.750 €.

Anfang Februar 2004 widerriefen die Darlehensgeber in den Fällen 7 und 8 der Anklage die Einzugsermächtigungen bzw. es wurden Lastschriften nicht angenommen. Dies führte dazu, dass das Konto des Angeklagten bei der V-Bank mit einem Sollsaldo in Höhe von insgesamt 145.358 € belastet wurde. Abzüglich eines Guthabens in Höhe von 5.659,74 € entstand der V-Bank ein Gesamtschaden in Höhe von 139.698,26 €, der vom Angeklagten nicht ausgeglichen werden konnte, weil er zahlungsunfähig ist.

Diesen Betrag nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 9. Februar 2004 hat die V-Bank im vorliegenden Verfahren im Wege der Adhäsionsklage gegen den Angeklagten geltend gemacht.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Entscheidung des Landgerichts*

##### *I. Prozessgeschichte und Rechtsmittel*

Die Staatsanwaltschaft hat dem Angeklagten vorgeworfen, durch acht selbstständige Handlungen jeweils einen Betrug zum Nachteil der V-Bank begangen zu haben, indem er als Teilnehmer an dem Lastschriftverfahren in acht Fällen Lastschriften Dritter vorlegte und sich die Beträge hat gutschreiben lassen, obwohl er damit rechnete, daß die Lastschriften - letztlich zum finanziellen Nachteil der V-Bank - in offener Frist widerrufen werden würden.

Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen und von einer Entscheidung über den Adhäsionsantrag abgesehen; letzteres ist nicht angefochten.

Gegen den Freispruch richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, mit der sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge in vollem Umfang Erfolg. Eines Eingehens auf die Verfahrensrüge bedarf es daher nicht.

##### *II. Rechtsauffassung des Landgerichts*

[...] Die Kammer ist der Ansicht, ein Betrug sei nur dann gegeben, wenn Lastschriften über fingierte Forderungen ausgestellt und der jeweiligen Bank zur Gutschrift vorgelegt werden, weil dann vorgetäuscht werde, es käme nicht zu einem fristgerechten Widerruf. Im vorliegenden Fall lägen aber keine fingierten Forderungen zugrunde sondern echte Darlehensansprüche, so dass die Bank nicht über einen etwaigen Widerruf getäuscht werde. Der Angeklagte sei selbst davon aus-

gegangen, die Darlehen zurückzahlen zu können, wie es in den Fällen 1 bis 6 der Anklage auch geschehen sei. Der Angeklagte habe die Bank daher nicht getäuscht und auch keinen entsprechenden Betrugsvorsatz gehabt.

Die Kammer meint, dem Angeklagten sei nicht zu widerlegen, dass er nicht mit einem Widerruf der Lastschriften gerechnet habe. Dies gelte auch für die Fälle 7 und 8 der Anklage, da Frau G ihm überraschend mitgeteilt habe, die Geldgeber hätten sich plötzlich zurückgezogen.

### *B. Entscheidung des BGH*

Das angefochtene Urteil ist, soweit der Angeklagte freigesprochen wurde, auf die Sachrüge der staatsanwaltschaftlichen Revision hin aufzuheben.

Der Tatrichter hat rechtsfehlerhaft eine Täuschungshandlung gegenüber der V-Bank verneint (B II.) und dementsprechend auch einen Betrugsvorsatz des Angeklagten rechtlich unzutreffend nicht festgestellt (B III.).

Die Urteilsausführungen des Landgerichts lassen besorgen, dass nur dann ein Betrug zu Lasten der V-Bank angenommen werden könne, wenn den Lastschriften fingierte Forderungen zugrunde liegen. Dies trifft nicht zu.

### *I. Zu den Grundzügen des Lastschriftverfahrens*

Zur Beurteilung der Frage, ob im vorliegenden Fall ein Betrug in Betracht kommt, sind die Grundzüge des Lastschriftverfahrens heranzuziehen.

#### *1. Inhalt und maßgebliche Terminologien des Lastschriftverfahrens*

Das Lastschriftverfahren stellt ein Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs dar, das im Gegensatz zur Giroüberweisung nicht vom Zahlenden sondern vom Zahlungsempfänger in Gang gesetzt wird (vgl. Canaris, BankvertragsR in Staub HGB Großkommentar 4. Aufl. Rdn. 528 ff.).

Zahlungsempfänger ist der Gläubiger, der den "Lastschriftauftrag" seinem kontoführenden Kreditinstitut zum Einzug hereingibt. Zahlungspflichtiger ist der Schuldner, von dessen Konto der Lastschriftbetrag eingezogen werden soll. Erste Inkassostelle ist das Kreditinstitut, das als kontoführendes Institut des Gläubigers diesen zum Lastschriftverfahren zugelassen hat (Gläubigerbank). Zahlstelle ist das Kreditinstitut des Schuldners, das dessen Konto mit dem Lastschriftbetrag belastet (Schuldnerbank). Einzugsermächtigung ist die vom Schuldner seinem Gläubiger grundsätzlich schriftlich erteilte "Ermächtigung", Forderungen im Lastschriftwege einzuziehen. Rücklastschriften sind Lastschriften, die nicht eingelöst wurden bzw. denen, soweit als Einzugsermächtigungs-Lastschriften gekennzeichnet, vom Schuldner widersprochen wurde. Rückrechnungslastschriften sind Lastschriften, mit

denen die Zahlstelle das Konto der ersten Inkassostelle aufgrund der im Lastschriftabkommen enthaltenen Ermächtigung bei Vorliegen von Rücklastschriften belastet (vgl. hierzu im einzelnen van Gelder in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 56 Rdn. 17-24).

#### *2. Rechtliche Grundlagen des Lastschriftverfahrens*

Das Lastschriftverfahren richtet sich nach dem "Abkommen über den Lastschriftverkehr", das zwischen den Spitzenverbänden des Kreditgewerbes vereinbart wurde. Das Lastschriftabkommen (LSA vom 12. Dezember 1995; vgl. van Gelder aaO Anhang zu §§ 56-59) trifft unter anderem folgende Regelungen:

Im Rahmen des Lastschriftverfahrens wird zugunsten des Zahlungsempfängers über sein Kreditinstitut (erste Inkassostelle) von dem Konto des Zahlungspflichtigen bei demselben oder einem anderen Kreditinstitut (Zahlstelle) der sich aus der Lastschrift ergebende Betrag eingezogen und zwar aufgrund einer Einzugsermächtigung (LSA I Nr. 1). Die erste Inkassostelle nimmt Aufträge zum Einzug fälliger Forderungen, für deren Geltendmachung nicht die Vorlage einer Urkunde erforderlich ist, mittels Lastschrift herein [LSA I Nr. 2 (1)]. Bei Lastschriften, die als Einzugsermächtigungen gekennzeichnet sind, haftet die erste Inkassostelle der Zahlstelle für jeden Schaden, der dieser durch unberechtigt eingereichte Lastschriften entsteht (LSA I Nr. 5). Lastschriften sind zahlbar, wenn sie bei der Zahlstelle eingehen (LSA I Nr. 6). Die erste Inkassostelle ist - auch bei Verletzung dieses Abkommens und unbeschadet etwaiger Schadensersatzansprüche - verpflichtet, nicht eingelöste bzw. wegen Widerspruchs des Zahlungspflichtigen zurückgegebene Lastschriften [...] zurückzunehmen und wieder zu vergüten; sie darf diese Lastschrift nicht erneut zum Einzug geben (LSA II Nr. 3). Lastschriften, die als Einzugsermächtigungslastschriften gekennzeichnet sind, kann die Zahlstelle auch zurückgeben und deren Wiedervergütung verlangen, wenn der Zahlungspflichtige der Belastung widerspricht. Die Zahlstelle hat unverzüglich, nachdem sie von dem Widerspruch Kenntnis erlangt hat, die Lastschrift ... zurückzurechnen (LSA III Nr. 1). Die Rückgabe und Rückrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Zahlungspflichtige nicht binnen sechs Wochen nach Belastung widerspricht. Schadensersatzansprüche im Sinne der Regelung im Abschnitt I Nr. 5 bleiben hiervon unberührt (LSA III Nr. 2). Dieses Abkommen begründet Rechte und Pflichten nur zwischen den beteiligten Kreditinstituten (LSA IV Nr. 1).

#### *3. Zweck des Lastschriftverfahrens*

Zwischen dem Zahlungsempfänger und seiner Bank (erste Inkassostelle) wird formularmäßig eine Vereinbarung über den Einzug von Forderungen durch Lastschriften getroffen (vgl. van Gelder aaO Anhang 2 zu



§§ 56-59), nach deren Nr. 1 das Lastschriftverfahren nur dazu dient, fällige Forderungen, für deren Geltendmachung nicht die Vorlage einer Urkunde erforderlich ist, mittels Lastschrift einzuziehen. Nach Nr. 7 (betreffend das Einzugsermächtigungsverfahren) werden nicht eingelöste Lastschriften mit der Einreichungswertstellung zurückbelastet; dies gilt auch für die Rückbelastung von Lastschriften, für die der Zahlungspflichtige nach Belastung des Einzugsbetrages auf seinem Konto Wiedergutschrift verlangt, weil er die Belastung des Einzugsbetrages nicht anerkennt.

#### 4. Schadensrisiko der ersten Inkassostelle

Aufgrund dieser im einzelnen dargestellten vertraglichen Verpflichtungen ergibt sich beim Lastschrifteinzugsermächtigungsverfahren ein Schadensrisiko der ersten Inkassostelle, wenn der Zahlungspflichtige binnen sechs Wochen seiner Belastung widerspricht und die erste Inkassostelle keinen (realisierbaren) Anspruch gegen weitere Beteiligte hat. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Konto ihres Kunden, des Zahlungsempfängers, keine Deckung aufweist und er nicht mehr in der Lage ist, seiner Zahlungsverpflichtung nachzukommen.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 144, 349 ff.) ist die Möglichkeit des Schuldners zum Widerruf gegen Belastungen seines Kontos aufgrund Einzugsermächtigungslastschriften nicht befristet und endet erst durch Genehmigung gegenüber der Zahlstelle. Hierdurch mindert sich das entsprechende Schadensrisiko der ersten Inkassostelle nicht; das LSA ist auch nicht entsprechend geändert worden.

Ob etwaige Gegenansprüche der ersten Inkassostelle gegenüber dem Zahlungspflichtigen und/oder der Zahlstelle (vgl. hierzu auch BGH NJW 1979, 2145 ff.) eine andere Beurteilung erfordern würden, kann für Fälle wie den vorliegenden, in dem sich den getroffenen Feststellungen hierzu nichts entnehmen lässt, offen bleiben.

#### 5. Zum Vorliegen eines Betrugs im Zusammenhang mit dem Lastschriftverfahren

In Rechtsprechung und Literatur wird Betrug zum Nachteil der ersten Inkassostelle angenommen, wenn der Zahlungsempfänger Lastschriften einreicht, denen nur fingierte Forderungen zugrundeliegen und die erste Inkassostelle dadurch sowohl darüber getäuscht wird, dass kein Widerruf erfolgen wird als auch darüber, dass der - ansonsten zahlungsunfähige - Zahlungsempfänger solvent ist (vgl. dazu u.a. OLG Hamm NJW 1977, 1834, 1836; LG Oldenburg NJW 1980, 1176, 1177; Putzo NJW 1978, 689 f.; Cramer in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 30; Lackner/Kühl StGB 25. Aufl. § 263 Rdn. 11; Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 263 Rdn. 14 a; anderer, im Ergebnis unzutreffender Ansicht Soyka NSStZ 2004,

538, der allerdings zu Recht darauf hinweist, dass weder die Täuschung über den Nichtwiderruf noch über die Solvenz des Zahlungsempfängers allein zur Annahme eines Betruges ausreicht, da nur dann bei der ersten Inkassostelle ein Schaden eintritt, wenn sowohl widerrufen wird als auch ein Anspruch gegenüber dem Zahlungsempfänger nicht realisierbar ist).

Ein Betrug gegenüber der ersten Inkassostelle kommt aber nicht nur bei fingierten Forderungen in Betracht, sondern grundsätzlich dann, wenn sie sowohl darüber getäuscht wird, dass die Lastschriften nicht widerrufen werden als auch darüber, dass der Zahlungsempfänger im Zeitpunkt der Rückrechnungslastschriften seiner Bank zahlungsunfähig ist.

Dies liegt bei "Lastschrifttreiterei" mit dem Ziel der Kreditbeschaffung auf der Hand, weil die erste Inkassostelle darüber getäuscht wird, dass der Lastschrifteinreichung nicht (zum Beispiel) ein übliches Umsatzgeschäft, sondern ein kurzfristiges Darlehen mit einem deutlich erhöhten Risiko des Widerrufs zu Grunde liegt. Denn das Lastschriftverfahren dient als Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs nicht der Kreditbeschaffung. So wie die Verwendung von Scheck und Scheckkarte zur Kreditbeschaffung in der Regel als zweckwidrige, zumindest ungewöhnliche Benutzung angesehen (vgl. BGHZ 64, 79, 84) und die Hingabe von eurocheques mit dem Ziel, Darlehen auf Kosten der Bank zurückzuzahlen, als funktional atypische Verwendungsart der Scheckkarte gewertet wird (vgl. BGHZ 83, 28), so ist die "Lastschrifttreiterei" mit dem Ziel der Kreditbeschaffung - letztlich zum Nachteil der ersten Inkassobank - mit dem Wesen des Lastschriftverfahrens nicht zu vereinbaren. Den Zahlungsempfänger trifft aufgrund seiner vertraglichen Vereinbarung mit seiner Bank in diesen Fällen eine Aufklärungspflicht, wenn die Lastschriften funktional atypisch verwendet werden. Legt er die Lastschriften ohne entsprechende Angaben seiner Bank zur Gutschrift vor, täuscht er diese konkludent darüber, dass die Lastschrift hier entgegen ihrem Zweck nicht lediglich Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist.

Dementsprechend hat der Angestellte der ersten Inkassobank, der dem Konto des Zahlungsempfängers den Lastschriftbetrag gutschreibt, bei Vorlage der Lastschrift mit der entsprechenden Einzugsermächtigung die Vorstellung, dass seiner Bank durch die Gutschrift letztlich kein Schaden entsteht, sei es weil die Lastschrift nicht widerrufen wird, sei es weil die Bank - bei einem etwaigen Widerruf - den Betrag beim Zahlungsempfänger unschwer einziehen kann. Wird er kumulativ darüber getäuscht und trifft er durch den bei ihm hierdurch erregten Irrtum die Vermögensverfügung, die dann später zum Schaden der Bank führt, ist bei entsprechender Bereicherungsabsicht und Betrugsvorsatz ein Betrug zum Nachteil der ersten Inkassostelle gegeben.

## II. Zum vorliegenden Fall

Diese Grundsätze hat der Tatrichter hier nicht zutreffend erkannt.

### 1. Zum Fehlen entscheidungserheblicher Feststellungen

Zwar geht die Strafkammer zu Recht davon aus, dass ein Betrug zum Nachteil der ersten Inkassostelle nahe liegt, wenn sie darüber getäuscht wird, dass nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit einem Widerruf der Lastschrift nicht zu rechnen sein wird, obwohl die Beteiligten bereits ins Auge gefasst hatten, vor Fristablauf einen Widerruf zu erklären, nachdem die zunächst erhaltene Liquidität zum Nachteil der auszahlenden Bank von ihrem - in Wirklichkeit zahlungsunfähigen - Kunden (dem Zahlungsempfänger) verwendet wurde. Die Annahme eines solchen Betruges drängt sich auf, wenn die Lastschriften über fingierte Forderungen ausgestellt wurden, da dann ein entsprechender Widerruf zu erwarten war, und wenn das Konto des Zahlungsempfängers keine Deckung aufweist. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kommt ein solcher Betrug aber auch dann - wie oben ausgeführt - in Betracht, wenn den Lastschriften "echte" Forderungen zugrundeliegen. Entscheidend ist, ob mit einem Widerruf der Lastschrift zu rechnen ist und ob die Bank sich gegebenenfalls an ihrem Kunden (Zahlungsempfänger) schadlos halten kann, zum Beispiel weil sein Konto entsprechende Deckung aufweist. Die Frage des Zugrundeliegens einer fingierten oder einer echten Forderung ist nur ein Indiz für die Wahrscheinlichkeit eines Widerrufs und für die Täuschungsabsicht.

Da der Angeklagte im vorliegenden Fall nach den Feststellungen des Landgerichts in der Regel überschuldet und zahlungsunfähig war, kam es für die Vermögensgefährdung bzw. den Vermögensschaden der ersten Inkassostelle entscheidend darauf an, ob mit einem Widerruf der Lastschriften zu rechnen war.

Die hierfür erforderlichen Feststellungen und Gesamtwürdigung aller erheblichen Umstände hat die Kammer rechtsfehlerhaft nicht getroffen bzw. nicht vorgenommen, da sie sich ersichtlich mit dem jeweiligen Bestehen einer fälligen (Darlehens-)Forderung begnügte und im übrigen darauf abstellte, dass in den ersten sechs Fällen tatsächlich nicht widerrufen wurde.

### 2. Zur Wahrscheinlichkeit des Widerrufs der Lastschriften

Die Kammer hätte aber in ihre Überlegung gewichtige Umstände einbeziehen müssen, die einen Widerruf der Lastschriften nahelegten:

Die Darlehen wurden so kurzfristig gewährt, dass sie jeweils innerhalb der Frist von sechs Wochen, in denen nach damals im Geschäftsleben üblicher Ansicht Widerruf erklärt werden konnte, fällig wurden. Dies deutet darauf hin, dass gezielt ein fristgerechter Wider-

ruf durch die Schuldner der Forderung als Sicherungsinstrument bezweckt war.

Für die kurzfristigen Darlehen waren - ohne dass dies die Kammer würdigt - sehr hohe Zinsen zu bezahlen, so dass ein - zudem ein an sich zahlungsunfähiger - Gläubiger, der Zahlungspflicht schwerlich nachkommen konnte, wodurch sich die Wahrscheinlichkeit eines Widerrufs erhöht. Frau G erhielt allein im Falle 1 der Anklage (Darlehen über 15.000 €) Provisionen und Gebühren in Höhe von 4.050 €; insgesamt betrugen ihre Gebühren und Provisionen über 100.000 € (UA S. 8). Sowohl die hohen Zinsen als auch die hohen Gebühren und Provisionen führen zwangsläufig dazu, dass der zahlungsunfähige Angeklagte immer sehr kurzfristig neue Darlehensgeber mit immer wesentlich höheren Darlehen vermittelt bekommen musste, um einen die V-Bank schädigenden Widerruf der Lastschriften zu verhindern. Da der Angeklagte die Darlehensgeber persönlich gar nicht kannte und wegen der Vermittlung auf Frau G angewiesen war, die sich ihre Tätigkeit teuer vergüten ließ, und immer mehr Darlehensgeber in kurzfristiger Zeit gefunden werden mussten, war die Wahrscheinlichkeit des Widerrufs der Lastschriften ab einem gewissen Zeitpunkt genauso hoch wie beim Zugrundelegen einer nur fingierten Forderung.

Aber auch von Anfang an lag bei diesen - nach Art eines Schneeballsystems anwachsenden - Darlehen eine konkrete Vermögensgefährdung der V-Bank vor. Denn es bestand von vornherein die nahe liegende Möglichkeit, dass schon der erste kurzfristige Darlehensgeber seine Lastschrift widerrufen würde, da der zahlungsunfähige Angeklagte keinen weiteren Darlehensgeber finden würde. Zudem konnte dieses Verfahren der Bank auffallen, so dass nachfolgende Lastschriften nicht eingelöst würden mit der Folge, dass frühere Lastschriften mangels Darlehensrückzahlung widerrufen würden. Der Tatrichter selbst weist hierzu - ohne dies näher darzulegen - darauf hin, dass in den Fällen 7 und 8 der

Anklage Lastschriften auch nicht mehr angenommen wurden.

Das Verfahren diene ersichtlich nur der Kreditbeschaffung des Angeklagten, der "Provisionen- und Gebührenschniderei" der Frau G und der hohen Zinsbefriedigung der Darlehensgeber, alles zum Nachteil der ersten Inkassostelle, die sich an das Lastschriftabkommen zu halten hatte.

Der Umstand, dass nach den Feststellungen des Tatrichters Frau G im Innenverhältnis zu den Darlehensgebern den Nachweis von ihr im Wege des Forderungskaufs (Factoring) zustehende Forderungen benötigte, besagt für den vorliegenden Fall zunächst nichts, zumal da der Tatrichter hierzu keinerlei konkrete Feststellungen getroffen hat. Sollten diese - angeblichen - Forderungen dazu gedient haben, zu verschleiern, dass den Lastschriften kurzfristige (mit einer Laufzeit von

weniger als sechs Wochen) Darlehen statt Forderungen über erbrachte Leistungen zugrundelagen, spräche dies ebenfalls erheblich für einen Missbrauch des Lastschriftinzugsermächtigungsverfahrens zum Nachteil der V-Bank. Dies gilt um so mehr, als diese durch die nicht als Darlehen erkennbaren Lastschriften über die grundsätzliche Solvenz des Angeklagten getäuscht wurde und auch deshalb die Lastschriften überhaupt zur Gutschrift brachte. Denn sie ging erkennbar davon aus, dass es sich um Zahlungen für vom Angeklagten erbrachte Leistungen handelte.

Bereits nach den bisher vom Landgericht getroffenen Feststellungen liegt hier objektiv ein Betrug zum Nachteil der V-Bank sehr nahe.

### *III. Zur Verneinung des subjektiven Tatbestandes durch das Landgericht*

Auch die Verneinung eines Betrugsvorsatzes des Angeklagten begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Das Landgericht hat sich zum einen bereits den Blick für die Beurteilung der subjektiven Tatseite dadurch verstellt, dass es dem Vorliegen einer fälligen Forderung zu großes Gewicht beigemessen hat. Zum anderen ist die Strafkammer rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, "dem Angeklagten (sei) nicht zu widerlegen, dass die Widerrufserklärungen der Lastschriften in den Fällen 7 und 8 Anfang Februar 2004 für ihn unvorhersehbar erfolgten".

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 (st. Rspr. vgl. u.a. Senatsurteil vom 22. April 2005 - 2 StR 310/04 m.w.N.). Diese Gesamtwürdigung fehlt hier genauso wie diejenige zum objektiven Tatbestand. Die oben (II. 1.) angeführten Umstände hätten zur Annahme gedrängt, dass der zahlungsunfähige Angeklagte sehr wohl zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Lastschriften widerrufen werden

und der V-Bank ein entsprechender Schaden verbleibt, da er selbst keinen Ausgleich schaffen konnte. Hinzu kommt hier noch, dass dem Angeklagten - mag dieser auch in rechtlichen und finanziellen Dingen wenig bewandert sein - auffallen musste, dass von ihm das Erstellen von Scheinrechnungen über von ihm nicht erbrachte Leistungen verlangt wurde. Weiter konnte der Angeklagte, zumal da er die Darlehensgeber gar nicht kannte, nicht ohne weiteres davon ausgehen, er werde die sehr schnell und sehr hoch anwachsenden Darlehensverpflichtungen auf Dauer erfüllen können. Die Feststellung des Tatrichters, für den Angeklagten sei ein Widerruf der Lastschrift nicht vorhersehbar gewesen, entbehrt einer tragfähigen Grundlage.

Die Einlassung des Angeklagten, er habe an ein dauerhaft funktionierendes System geglaubt, durfte der Tatrichter daher nicht als unwiderlegbar zur Verneinung des Betrugsvorsatzes zu Grunde legen.

### *IV. Aufhebung und Zurückverweisung*

Die rechtsfehlerhafte Verneinung sowohl der objektiven als auch der subjektiven Voraussetzungen des Betrugs führt zur Aufhebung des Freispruchs mit den zugehörigen Feststellungen. Die Sache war an eine andere Wirtschaftsstrafkammer (§ 74 c GVG) des Landgerichts zurückzuverweisen, da der Senat nicht ausschließen kann, dass ein neuer Tatrichter Feststellungen treffen kann, die zu einer Verurteilung führen.

Dieser wird zu beachten haben, dass ein Betrug des Angeklagten bereits bei Eröffnung des Firmenkontos mit Abschluss der "Vereinbarung über den Einzug von Forderungen durch Lastschriften" am 7. April 2003 in Betracht kommt, wenn neue Feststellungen ergeben, dass er schon zu diesem Zeitpunkt "Lastschriftreiterei" zum Nachteil der ersten Inkassostelle vorhatte. In diesem Falle läge eine - schadensgleiche - konkrete Vermögensgefährdung seiner Bank bereits im April 2003 vor und die später erfolgten Gutschriften hätten nur der Schadensvertiefung gedient. Man hätte dann materiell-rechtlich von einer einheitlichen Tat auszugehen (vgl. auch BGHSt 47, 160, 168), die hier auch verfahrensrechtlich (§ 264 StPO) eine Tat darstellt und damit von der Anklage umfasst ist.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Europäischer Haftbefehl**

BVERFG, URTEIL VOM 18.07.2005  
- 2 BvR 2236/04 - (NJW 2005, 2289)

**Problemdarstellung:**

Mit Gesetz vom 21.7.2004 hatte der Bund den Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zum Europäischen Haftbefehl in nationales Recht umgesetzt. Durch dieses Gesetz (BGBl I 2004, 1748 ff.) wurde das Gesetz zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) dahingehend geändert, dass bei Vorliegen eines Europäischen Haftbefehls unter bestimmten Voraussetzungen auch die Auslieferung deutscher Staatsbürger an einen anderen Mitgliedsstaat der EU möglich wurde. Die Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung war nach dem IRG unanfechtbar.

Das BVerfG hat nun entschieden, dass dieses Gesetz nichtig ist, weil es unverhältnismäßig in die durch Art. 16 II 1 GG garantierte Auslieferungsfreiheit eingreife und zudem gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG verstoße.

Zum Verstoß gegen die Auslieferungsfreiheit führte das BVerfG aus, dass das Auslieferungsverbot des Art. 16 II 1 GG Rechtssicherheit und Vertrauensschutz für deutsche Staatsbürger begründe. Wer als Deutscher in Deutschland eine Straftat begehe, müsse grundsätzlich nicht mit einer Auslieferung an eine andere Staatsgewalt rechnen. Zwar könne die Auslieferungsfreiheit gemäß Art. 16 II 2 GG durch Gesetz eingeschränkt werden; das Gesetz zum Europäischen Haftbefehl greife aber unverhältnismäßig in die Auslieferungsfreiheit deutscher Staatsangehöriger ein, verstoße also gegen die Schranken-Schranke des Art. 20 III GG. Der Gesetzgeber hätte die im Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Gemeinschaft enthaltenen Spielräume für die Umsetzung in nationales Recht in einer grundrechtsschonenderen Weise umsetzen können und müssen. Insbesondere seien die im Rahmenbeschluss zugelassenen Ausnahmen von der Auslieferungspflicht im Gesetz nicht aufgegriffen worden, wie beispielsweise die Möglichkeit, die Auslieferung eines Deutschen an einen anderen EG-Mitgliedsstaat zu verweigern, wenn es um Straftaten geht, die in Deutschland begangen worden sind oder wegen derer auch in Deutschland ein Verfahren laufe. Dieser "Inlandsbezug" begründe im Gegensatz zu Taten mit reinem Auslandsbezug eine besondere Schutzwürdigkeit des Betroffenen, der das Gesetz überhaupt nicht Rechnung

trage.

Dass die Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung nach dem IRG unanfechtbar war, verstieß zudem gegen die in Art. 19 IV GG enthaltene Rechtsweggarantie. Denn bei der Entscheidung seien auch Rechte des Betroffenen zu berücksichtigen. Geschehe dies nicht oder nicht ausreichend, müsse der Betroffene dies richterlich überprüfen lassen können.

Der Entscheidung des BVerfG waren drei Sondervoten beigefügt. Richter Broß trug die Entscheidung zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung mit. Richterin Lübke-Wolff wollte das Gesetz für eine Übergangsfrist in Kraft lassen, weil durch die Nichtigkeitserklärung ein Vakuum entstehe, dass auch in unproblematischen Fällen eine Auslieferung verhindere. Richter Gerhardt schließlich hielt das Gesetz insgesamt für verfassungsgemäß.

**Prüfungsrelevanz:**

Der europarechtliche Hintergrund der Entscheidung sei noch ein wenig beleuchtet:

1. Das deutsche Gesetz zum Europäischen Haftbefehl setzt einen Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union in innerstaatliches Recht um. Die Handlungsform des Rahmenbeschlusses wurde erst mit dem Vertrag von Amsterdam 1997 in Art. 34 II b des EU-Vertrages aufgenommen. Sie ist der Richtlinie nach Art. 234 EG nachempfunden und hat Vieles mit ihr gemeinsam: Beide sind für die Mitgliedsstaaten hinsichtlich des vorgegebenen Zieles verbindlich, beide entfalten aber keine unmittelbare Wirkung gegenüber dem Bürger, sondern bedürfen eines Umsetzungsaktes in nationales Recht, und beide überlassen den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung die Wahl der Mittel (vgl. Art. 234 EG einerseits und Art. 34 II b EU andererseits). Der größte Unterschied zwischen beiden liegt in der unmittelbaren Wirkung. Grundsätzlich entfalten beide eine solche wie erwähnt nicht. Für Richtlinien bejaht der EuGH aber in st.Rspr. ausnahmsweise dann eine unmittelbare Wirkung im Verhältnis des Bürgers zum Staat, wenn der Staat die Umsetzungsfrist verstreichen lässt. Eine solche Rechtsfortbildung ist bei Rahmenbeschlüssen hingegen gem. Art. 34 II b Satz 3 des EU-Vertrages explizit ausgeschlossen. Mit dieser Klausel wurde der Rahmenbeschluss quasi "EuGH-fest" gemacht. Spitze Zungen behaupten, dass diese Ausschlussklausel überhaupt erst der Grund für die Erfindung des Rahmenbeschlusses war, um die von

den Mitgliedsstaaten ungeliebte EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien umgehen zu können.

2. In seiner "Solange"-Rechtsprechung räumt das BVerfG den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht jedenfalls solange ein, wie auf europäischer Ebene ein dem Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz existiert. Diese in der Entscheidung zur Bananenmarkt-VO jüngst noch einmal bestätigte Rspr. (vgl. Vertiefungshinweise) schließt es aus, Akte der öffentlichen Gewalt in Deutschland an Grundrechten des GG zu messen, wenn und soweit sie auf Gemeinschaftsrecht beruhen oder Gemeinschaftsrecht in nationales Recht umsetzen. Denn Gemeinschaftsrecht hat ja Vorrang vor nationalem Recht, und damit auch vor den nationalen Grundrechten.

Beim Gesetz zum Europäischen Haftbefehl handelte es sich um einen solchen Umsetzungsakt (s.o.). Die Bundesregierung hatte deshalb im Rahmen der mündlichen Verhandlung über die Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz vortragen lassen, der Beschwerdeführer sei schon nicht beschwerdebefugt (§ 90 I BVerfGG), weil eine Verletzung seiner Grundrechte gar nicht möglich erscheine; diese seien vielmehr nachrangig zu der gemeinschaftsrechtlich (durch den erwähnten Rahmenbeschluss des Rates i.V.m. Art. 34 II b EU) zwingenden Vorgabe, die Auslieferung Deutscher an andere EU-Mitgliedsstaaten bei Vorliegen eines europäischen Haftbefehls zu ermöglichen.

Dieser Argumentation hat sich das BVerfG offensichtlich nicht angeschlossen, leider ohne ein Wort dazu zu verlieren, wie sich die vorliegende Entscheidung mit seiner "Solange"-Rechtsprechung vereinbaren lässt. Die Zulässigkeit der Vb. wird im Urteil - obwohl explizit gerügt - überhaupt nicht geprüft. Sie kann deshalb auch nicht Gegenstand der nachfolgenden Falllösung sein. Lediglich in der Begründetheit finden sich einige dünne Sätze, die eine Erklärung geben könnten:

a. Das BVerfG differenziert zwischen Akten des Gemeinschaftsrechts, die es dem Europarecht als eigener Rechtsordnung zuordnet, und Akten des Unionsrechts, die dem Völkerrecht zuzuordnen seien. Der hier umgesetzte Rahmenbeschluss des Rates beruht auf Art. 34 II b EU, ist also dem *Unionsrecht* zuzuordnen. Die "Solange"-Rechtsprechung bezieht sich hingegen auf das Verhältnis von *Gemeinschaftsrecht* zum nationalen Recht. Man könnte das BVerfG also so verstehen, dass aus diesem Grund die vorliegende Entscheidung mit der "Solange"-Problematik nichts zu tun habe. Eine gewagte Aussage, wenn man bedenkt, dass es sich bei den Europäischen Gemeinschaften um die erste Säule der Europäischen Union handelt, es mit dem Rat ein Organ der Europäischen Gemeinschaft ist, das solche Rahmenbeschlüsse erlässt, durch ihn ausschließlich das Recht der Mitgliedsstaaten der EG geregelt wird usw. Auf all dies geht das BVerfG nicht ein.

b. Weiter heißt es, bei der Umsetzung von Unionsrecht in deutsches Recht müsse insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedenfalls insoweit gewahrt werden, als dem Gesetzgeber durch das Unionsrecht ein *Spielraum* eröffnet werde. Dies ist bei der Umsetzung von Rahmenbeschlüssen nach Art. 34 II b EU der Fall. Zumindest innerhalb dieses Spielraums - im Gegensatz zum zwingend vorgegebenen Ziel - bleibt also offenbar Raum für die Anwendung des GG. Allerdings gibt es einen solchen Umsetzungsspielraum auch bei einer Richtlinie nach Art. 234 EG, wo das BVerfG nationales Recht nach seiner "Solange"-Rechtsprechung gegenwärtig für subsidiär hält. Ob das BVerfG hieran weiter festhält oder nicht, bleibt offen. Bei der Entscheidung zur Bananenmarkt-VO stellte sich diese Frage übrigens nicht, weil eine Verordnung unmittelbar gilt (Art. 234 EG), also nicht umgesetzt werden muss und keinen Spielraum eröffnet.

#### Vertiefungshinweise:

Vorläufige Rechtsschutzentscheidung der BVerfG in dieser Sache: *BVerfG*, EuGRZ 2004, 667

Zum Europäischen Haftbefehl: *OLG Stuttgart*, NJW 2005, 1522; *OLG Karlsruhe*, NJW 2005, 1206; *OLG Braunschweig*, NJW 2005, 1138; *Hackner*, NSTZ 2005, 311

Verhältnis des Europarechts zum nationalen Recht: *BVerfG*, RA 2000, 433 = *BVerfGE* 102, 147 (Bananenmarkt-VO); *BVerfGE* 73, 339 (Solange II)

Zum Unterschied von Unions- und Gemeinschaftsrecht: *BVerfGE* 89, 155 [196]

#### Leitsätze:

**1. Art. 16 GG gewährleistet als Grundrecht mit seinem Ausbürgerungs- und Auslieferungsverbot die besondere Verbindung der Bürger zu der von ihnen getragenen freiheitlichen Rechtsordnung. Der Beziehung des Bürgers zu einem freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen entspricht es, dass der Bürger von dieser Vereinigung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann.**

**2. Die in der "Dritten Säule" der Europäischen Union praktizierte Zusammenarbeit einer begrenzten gegenseitigen Anerkennung ist ein auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten (Art. 23 Abs. 1 GG) schonender Weg, um die nationale Identität und Staatlichkeit in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum zu wahren.**

**3. Der Gesetzgeber war beim Erlass des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl verpflichtet, das Ziel des Rahmenbeschlusses so umzusetzen, dass die Einschränkung des Grundrechts auf Auslieferungsfreiheit verhältnismäßig ist. Insbesondere hat der Gesetzgeber über die Beachtung der Wesens-**

gehaltsgarantie hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG schonend erfolgt. Dabei muss er beachten, dass mit dem Auslieferungsverbot gerade auch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für den von einer Auslieferung betroffenen Deutschen gewahrt werden sollen.

**4. Das Vertrauen des Verfolgten in die eigene Rechtsordnung ist von Art. 16 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungsersuchen zu Grunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug hat.**

#### *Sachverhalt:*

Gegen den Beschwerdeführer, der sich in Deutschland aufhält und die deutsche und die syrische Staatsangehörigkeit besitzt, besteht ein Europäischer Haftbefehl, den ein spanisches Gericht erlassen hat. Ihm wird die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung und Terrorismus vorgeworfen. Als eine Schlüsselfigur im europäischen Teil des Terrornetzwerks Al-Qaida soll er das Netzwerk u.a. in Spanien im Bereich der Finanzen und der Kontaktpflege zwischen seinen Mitgliedern unterstützt haben.

Ein erstes Auslieferungsersuchen Spaniens wurde im September 2003 unter Hinweis auf die deutsche Staatsbürgerschaft des Bf. abgelehnt. Im Oktober 2004 – nach dem Inkrafttreten des deutschen Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (Europäisches Haftbefehlgesetz (EuHbG), BGBl I S. 1748) - wurde das Auslieferungsverfahren aber wieder aufgenommen. Das OLG Hamburg erließ zunächst Haftbefehl gegen den Beschwerdeführer und ordnete die vorläufige Auslieferungshaft an. Mit Beschluss vom 23. November 2004 erklärte es die Auslieferung des Beschwerdeführers für zulässig. Die Justizbehörde Hamburg bewilligte daraufhin am 24. November 2004 die Auslieferung des Beschwerdeführers. Diese Entscheidung ist nach § 74a IRG unanfechtbar.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts vom 23. November 2004, mit dem seine Auslieferung für zulässig erklärt wurde, sowie gegen die Bewilligungsentscheidung der Justizbehörde Hamburg vom 24. November 2004. Er fühlt sich u.a. in seinem Grundrecht aus Art. 16 II 1 GG verletzt.

Zu Recht?

#### *Lösung:*

Art. 16 II 1 GG ist verletzt, sofern ein nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegt.

#### *A. Schutzbereich betroffen*

#### *I. Personaler Schutzbereich*

Der Beschwerdeführer besitzt die deutsche Staatsbürgerschaft, ist als "Deutscher" i.S.d. Art. 16 II 1 GG.

#### *II. Sachlicher Schutzbereich*

"Die Auslieferung als traditionelles Institut der internationalen strafrechtlichen Zusammenarbeit von Staaten ist als Grundrechtseingriff dadurch gekennzeichnet, dass eine Person auf Ersuchen zwangsweise aus dem Bereich der inländischen Hoheitsgewalt entfernt und einer ausländischen Hoheitsgewalt überstellt wird (vgl. BVerfGE 10, 136 [139]), damit ein dort betriebenes Strafverfahren abgeschlossen oder eine dort verhängte Strafe vollstreckt werden kann (vgl. BVerfGE 29, 183 [192]). [...] Der Zweck des Freiheitsrechts auf Auslieferungsschutz liegt nicht darin, den Betroffenen einer gerechten Bestrafung zu entziehen (BVerfGE 29, 183 [193]). Vielmehr sollen Bürger nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden. Jeder Staatsangehörige soll - soweit er sich im Staatsgebiet aufhält - vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen bewahrt werden (vgl. BVerfGE 29, 183 [193]). [...] Damit das Auslieferungsverbot aber nicht zu einem Freibrief für kriminelles Handeln eigener Staatsangehöriger im Ausland wird und um der mit dem Schutzversprechen einhergehenden Verantwortung für deren Handeln gerecht zu werden, erstreckt sich die Strafgewalt der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich auch auf Straftaten im Ausland (vgl. §§ 5 ff. StGB und § 1 VStGB), so dass regelmäßig eine Verfolgung von Straftaten, die Deutsche im Ausland begangen haben, möglich ist."

Der Bf. soll zum Zwecke der Strafverfolgung von Deutschland nach Spanien überstellt werden. Damit liegt eine Auslieferung im vorgenannten Sinne vor.

#### *B. Eingriff*

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt bei jeder spürbaren Beeinträchtigung vor, die nicht lediglich in einer Bagatelle besteht. Die angegriffenen Entscheidungen ermöglichen erst die Auslieferung des Bf. an Spanien und damit seine Entfernung aus der ihm vertrauten deutschen Rechtsordnung. Mithin liegt ein Eingriff vor.

#### *C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Der Eingriff ist gerechtfertigt, sofern er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

#### *I. Schranken*

*1. Qualifizierter Gesetzesvorbehalt des Art. 16 II 2 GG*  
"Der Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG ist ausschließlich unter

den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt. Das Grundgesetz gestattet seit Inkrafttreten von Art. 1 des 47. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. November 2000 (BGBl I S. 1633) unter bestimmten Voraussetzungen die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einen internationalen Gerichtshof. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG erlaubt als qualifizierter Gesetzesvorbehalt eine Auslieferung Deutscher nur, "soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind. Diese Voraussetzung für eine Auslieferung ist nicht nur die Wiederholung der ohnehin für Grundrechtseinschränkungen nicht verfügbaren Geltung des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vielmehr handelt es sich um eine auf den ersuchenden Mitgliedstaat und den Internationalen Gerichtshof bezogene Erwartung im Sinne einer Strukturentsprechung, wie sie auch Art. 23 Abs. 1 GG formuliert. Der die Auslieferung Deutscher erlaubende Gesetzgeber muss insoweit prüfen, ob diese rechtsstaatlichen Voraussetzungen von den ersuchenden Stellen erfüllt werden."

## 2. Verfassungsmäßigkeit

Diese Schranke müsste aber ihrerseits verfassungsgemäß sein. Das BVerfG überlegt kurz, ob mit Art. 16 II 2 GG nicht verfassungswidriges Verfassungsrecht geschaffen worden ist, verwirft diesen Gedanken aber am Ende:

"Eine Änderung des Grundgesetzes wäre unzulässig, wenn sie die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG überschritte. Die Auslieferung Deutscher verstößt, jedenfalls bei Beachtung der verfassungsrechtlichen Bindungen, nicht gegen die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze. Weder wird durch eine rechtsstaatlichen Grundsätzen gehorchende Auslieferung Deutscher deren Menschenwürde verletzt noch werden dadurch die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG angetastet (vgl. bereits BVerfGE 4, 299 [303 f.]; 29, 183 [193])."

### a. Völkerrechtliche Verpflichtungen

"Die Auslieferung auch eigener Staatsangehöriger entspricht einer allgemeinen überstaatlichen und völkerrechtlichen Entwicklung, gegen die das völkerrechtsfreundliche Grundgesetz keine unübersteigbaren Hürden errichtet. Die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitglied der Vereinten Nationen verpflichtet, die Resolutionen des Sicherheitsrates nach Kapitel VII der Satzung grundsätzlich zu befolgen und umzusetzen [...]. Die beiden Resolutionen 827 und 955 des Sicherheitsrates [...] sehen die Auslieferung eigener Staatsangehöriger vor, weil regelmäßig erst dadurch die beabsichtigte internationale Strafverfolgung von mutmaßlichen Kriegsverbrechern ermöglicht wird. [...] Als Mitgliedstaat der Europäischen Union ist Deutschland weitere Verpflichtungen eingegangen. Mit der Ratifi-

kation der Verträge von Amsterdam und von Nizza hat sich die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, an dem Auf- und Ausbau des "Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" teilzunehmen. Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten erfolgt im Bereich der – intergouvernementalen – "dritten Säule" des Rechts der Europäischen Union. Art. 31 Abs. 1 lit. b EU sieht in diesem Zusammenhang vor, auch die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern. Die Europäische Union verfolgt damit das Ziel, den Prozess des Zusammenwachsens und die Öffnung der Grenzen für Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital mit einer besseren Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden zu verbinden. Dies soll durch eine weitere Verrechtlichung der Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander erreicht werden, also unter anderem durch einen Verzicht der mitgliedstaatlichen Regierungen auf ihr im herkömmlichen Rechtsverkehr der Staaten untereinander übliches politisches Ermessen, wie es gerade im Auslieferungsrecht - in Deutschland im Rahmen der Bewilligung - besteht."

### b. Keine Einschränkung des Demokratieprinzips

Die Möglichkeit der Einschränkung des bislang absolut geltenden Auslieferungsverbots Deutscher führt auch nicht zu einer Entstaatlichung der vom Grundgesetz verfassten Rechtsordnung, die wegen der unantastbaren Grundsätze des Art. 20 GG der Dispositionsfreiheit des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen wäre (vgl. BVerfGE 89, 155 [182 ff.]). Insbesondere wird damit das Institut der Staatsbürgerschaft weder aufgegeben noch substantiell entwertet oder durch eine europäische Unionsbürgerschaft ersetzt, so dass deren Bedeutung für das Demokratieprinzip des Grundgesetzes hier keiner Erörterung bedarf."

### 3. Konkretisierung der Schranke

Der Bundesgesetzgeber hat Art. 16 II 2 GG durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (Europäisches Haftbefehlgesetz (EuHbG), BGBl I S. 1748) konkretisiert. Mit diesem Gesetz wurde das bereits bestehende Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen - IRG - (BGBl I 1982, S. 2071) dergestalt erweitert, dass nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Auslieferung deutscher Staatsbürger an einen Mitgliedsstaat der Europäischen Union möglich ist.

### II. Eingriff von Schranke gedeckt

Um den Eingriff decken zu können, müssen diese Normen und ihre Anwendung auf den Fall des Beschwerdeführers aber ihrerseits im Übrigen verfassungsgemäß sein. In formeller Hinsicht besteht an der Verfassungsmäßigkeit des EuHbG kein Zweifel. Fraglich ist jedoch, ob es auch in materieller Hinsicht verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig ist.

### 1. Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ab. Fraglich ist, ob er angesichts der Vorgaben des Rahmenbeschlusses des Rates zum Europäischen Haftbefehl überhaupt Anwendung finden kann. Das BVerfG bejaht dies:

“Der Gesetzgeber war jedenfalls verpflichtet, die Umsetzungsspielräume, die der Rahmenbeschluss den Mitgliedstaaten belässt, in einer grundrechtsschonenden Weise auszufüllen. Eine im Vergleich zur Umsetzung von Richtlinienrecht der Europäischen Gemeinschaft besondere Verantwortung für die verfassungsgemäße Umsetzung ergibt sich auch aus dem Umstand, dass es sich um Maßnahmen aus dem Bereich der "dritten Säule" der Europäischen Union handelt. Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 13. Juni 2002 ist ein sekundärer Unionsrechtsakt, der die Zielvorgabe des EU-Vertrages rechtlich ausfüllt. Der Rahmenbeschluss ist nach Art. 34 Abs. 2 lit. b EU im Hinblick auf das "zu erreichende Ziel" verbindlich. Die unionsrechtliche Handlungsform ist zwar in ihrer Konzeption der Richtlinie des supranationalen Gemeinschaftsrechts nachgebildet, weicht jedoch in mehrfacher Hinsicht von dieser Sekundärrechtsquelle ab. Ein Rahmenbeschluss ist nicht unmittelbar wirksam (Art. 34 Abs. 1 lit. b EU), er bleibt für seine innerstaatliche Gültigkeit darauf angewiesen, dass er von den Mitgliedstaaten in das nationale Recht umgesetzt wird. Mit dem in den EU-Vertrag aufgenommenen Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit wollten die Mitgliedstaaten insbesondere verhindern, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien auch auf den Rahmenbeschluss erstreckt wird. Als Handlungsform des Unionsrechts steht der Rahmenbeschluss außerhalb der supranationalen Entscheidungsstruktur des Gemeinschaftsrechts. Das Unionsrecht ist trotz des fortgeschrittenen Integrationsstandes weiterhin eine Teilrechtsordnung, die bewusst dem Völkerrecht zugeordnet ist. So muss ein Rahmenbeschluss einstimmig vom Rat gefasst werden, er bedarf der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, und die Umsetzung ist nicht gerichtlich durchsetzbar.”

### 2. Verhältnismäßigkeit des EuHbG

“Der Gesetzgeber war beim Erlass des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss verpflichtet, das Ziel des Rahmenbeschlusses so umzusetzen, dass die dabei unumgängliche Einschränkung des Grundrechts auf Auslieferungsfreiheit verhältnismäßig ist. Insbesondere hat der Gesetzgeber über die Beachtung der Wesensgehaltsgarantie hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG schonend erfolgt. Dabei muss er beachten, dass

mit dem Auslieferungsverbot gerade auch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für den von einer Auslieferung betroffenen Deutschen gewahrt werden sollen. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist wesentliche Voraussetzung für Freiheit, das heißt für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seine Umsetzung. In dieser Hinsicht verlangt bereits das Rechtsstaatsprinzip, dass der Grundrechtsberechtigte sich darauf verlassen können, dass sein dem jeweils geltenden Recht entsprechendes Verhalten nicht nachträglich als rechtswidrig qualifiziert wird (vgl. zur zeitlichen Komponente der Anwendung von Rechtsvorschriften BVerfGE 45, 142 [167 f.]; 63, 343 [357]).”

#### a. Legitimer Zweck

Legitimer Zweck des Gesetzes ist es, europaweit eine effektive Strafverfolgung zu ermöglichen. Ferner soll der Verpflichtung genügt werden, die hinsichtlich ihrer Zielsetzung verbindliche Vorgabe des Rahmenbeschlusses des Rates umzusetzen.

#### b. Geeignetheit

Die Vorschriften des EuHbG sind hierzu auch geeignet, weil sie mit der Möglichkeit, auch deutsche Staatsbürger unter bestimmten Voraussetzungen an andere Mitgliedsstaaten der EG auszuliefern, diesen Zweck zumindest fördern. Die zuständigen Stellen in diesen Ländern hätten sonst keine Möglichkeit, Strafverfolgung gegen deutsche Staatsbürger zu betreiben, die sich in Deutschland aufhalten.

#### c. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit setzt voraus, dass der Gesetzgeber sich unter gleich effektiven Mitteln zur Zweckerreichung des mildesten Mittels bedient hat. Eine andere Möglichkeit, den gesetzgeberischen Zweck bei gleicher Effektivität zu erreichen, ist aber nicht ersichtlich.

#### d. Angemessenheit

In der Angemessenheit unterscheidet das BVerfG elementar zwischen Straftaten mit und ohne Inlandsbezug. Bei ersteren sei ein bei weitem höheres Schutzniveau erforderlich als bei letzteren. Es erkennt aber auch eine Grauzone, in der eine Einzelfallabwägung möglich bleiben müsse:

#### aa. Inlandsbezug

“Das Vertrauen des Verfolgten in die eigene Rechtsordnung ist von Art. 16 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegende Handlung ganz oder teilweise auf deutschem Staatsgebiet, auf deutschen Schiffen und Luftfahrzeugen oder an Orten unter deutscher Hoheitsgewalt begangen wurde. Straftatvorwürfe mit einem insofern maßgeblichen Inlandsbezug sind bei tatver-



dächtigen deutschen Staatsangehörigen prinzipiell im Inland durch deutsche Strafermittlungsbehörden aufzuklären. [...] Wer als Deutscher im eigenen Rechtsraum eine Tat begeht, muss grundsätzlich nicht mit einer Auslieferung an eine andere Staatsgewalt rechnen. Wäre dies anders, so geriete eine so beschaffene Einschränkung des Schutzes vor Auslieferung bereits in die Nähe des Wesengehalts des Grundrechts. Für den Verfolgten bedeutet die Überstellung in eine andere, auch in eine durch die europäische Integration näher gerückte, mitgliedstaatliche Rechtsordnung nicht nur eine verfahrensrechtliche Schlechterstellung, die in Sprachhindernissen, kulturellen Unterschieden sowie andersartigem Prozessrecht und Verteidigungsmöglichkeiten liegen kann. Sie bindet ihn auch im Ergebnis an ein materielles Strafrecht, das er demokratisch mitzugestalten nicht in der Lage war, das er - anders als das deutsche Strafrecht - nicht kennen muss und das ihm in vielen Fällen wegen mangelnder Vertrautheit der jeweiligen nationalen öffentlichen Kontexte auch keine hinreichend sichere Parallelwertung in der Laiensphäre erlaubt."

#### *bb. Auslandsbezug*

"Anders fällt die Beurteilung aus, wenn die vorgeworfene Tat einen maßgeblichen Auslandsbezug hat. Wer in einer anderen Rechtsordnung handelt, muss damit rechnen, auch hier zur Verantwortung gezogen zu werden. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn die Tat handlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union begangen wurde und der Erfolg dort eingetreten ist. Der Umstand, dass es dem Verfolgten nach Begehung einer Tat möglicherweise gelingt, in seinen Heimatstaat zu fliehen, ist insoweit nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Der Auslandsbezug ist auch und gerade dann anzunehmen, wenn die Tat von vornherein eine typische grenzüberschreitende Dimension hat und eine entsprechende Schwere aufweist, wie beim internationalen Terrorismus oder beim organisierten Drogen- oder Menschenhandel; wer sich in solche verbrecherische Strukturen einbindet, kann sich auf den Schutz der Staatsangehörigkeit vor Auslieferung nicht in vollem Umfang berufen."

#### *cc. Grauzone*

"Während in den genannten Fallgestaltungen das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung in aller Regel vorgezeichnet ist, bedarf es der konkreten Abwägung im Einzelfall, wenn ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt worden, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist. In diesen Fällen werden insbesondere das Gewicht des Tatvorwurfs und die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung mit den grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums ver-

bundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen sein."

#### *dd. Subsumtion*

"Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird das Europäische Haftbefehlsgesetz nicht gerecht. Der vom Gesetz eingeschlagene Weg zur Erreichung der Ziele des Rahmenbeschlusses greift unverhältnismäßig in die Auslieferungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 2 GG ein. Der Gesetzgeber hat es versäumt, den grundrechtlich besonders geschützten Belangen deutscher Staatsangehöriger bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses hinreichend Rechnung zu tragen. [...] Der Gesetzgeber hätte eine grundrechtsschonendere Umsetzung wählen können, ohne gegen die bindenden Ziele des Rahmenbeschlusses zu verstoßen, denn der Rahmenbeschluss enthält Ausnahmemöglichkeiten, die es der Bundesrepublik Deutschland ermöglichen, den aus Art. 16 Abs. 2 GG folgenden grundrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen.

Art. 4 Nr. 7 des Rahmenbeschlusses des Rates erlaubt es den vollstreckenden Justizbehörden der Mitgliedstaaten, die Vollstreckung des Haftbefehls zu verweigern, wenn er zum einen sich auf Straftaten erstreckt, die nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates ganz oder zum Teil in dessen Hoheitsgebiet oder an einem gleichgestellten Ort begangen worden sind (Art. 4 Nr. 7 lit. a) oder wenn der Haftbefehl sich zum anderen auf Straftaten erstreckt, die außerhalb des Ausstellungsmitgliedstaates begangen wurden und die Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitgliedstaates die Verfolgung von außerhalb seines Hoheitsgebiets begangenen Straftaten gleicher Art nicht zulassen (Art. 4 Nr. 7 lit. b). Jedenfalls bei Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug in dem dargelegten Sinn musste der Gesetzgeber die tatbestandliche Möglichkeit und die Rechtspflicht schaffen, die Auslieferung Deutscher zu verweigern. [...]

Die Ausschöpfung dieser durch das Rahmenrecht vorgegebenen Spielräume bei der Umsetzung in das nationale Recht hätte einen Verstoß des Europäischen Haftbefehlsgesetzes gegen das Grundrecht auf Auslieferungsschutz und die insoweit anwendbaren rechtsstaatlichen Grundsätze vermieden. Auf die zum Schutz der betroffenen Grundrechte gebotene Ausschöpfung dieses Rahmens insoweit zu verzichten, war der Gesetzgeber nicht befugt, auch nicht unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit. Der Gesetzgeber hat die ihm von Art. 16 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip aufgebundene Abwägung zwischen dem grenzüberschreitenden europäischen Strafverfolgungsinteresse und den aus dem Statusrecht als Deutscher folgenden Schutzanspruch verfehlt. Er hat bereits den durch den besonderen Gesetzesvorbehalt des Art. 16 Abs. 2 GG erteilten Abwägungsauftrag nicht gesehen, ihn jedenfalls in der Sache nicht durch ein ausreichendes Maß an Auslieferungs-

schutz ausgeführt.”

### III. Ergebnis

Das EuHbG ist unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig und nichtig. Es kann die Schranke des Art. 16 II 2 GG mithin auch nicht konkretisieren. Folglich ist der Eingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Bf. ist in Art. 16 II 1 GG verletzt.

[Anm.: Das BVerfG hat in seiner Originalentscheidung darüber hinaus festgestellt, dass die fehlende Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung in einem Verfahren betreffend die Auslieferung in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach dem achten Teil des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (vgl. §§ 78 ff. IRG) gegen Art. 19 IV

GG verstößt. Die gerichtliche Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung im Auslieferungsverfahren wurde zwar bisher von Rspr. und Lit. überwiegend abgelehnt, weil die außen- und allgemeinpolitischen Aspekte, die mit einer solchen Bewilligungsentscheidung zusammenhängen, zum justizfreien Kernbereich der Exekutive gehören sollten. Diese Ansicht könne aber - so das BVerfG - keinen Bestand haben, weil die Bewilligungsentscheidung in das Grundrecht aus Art. 16 II 1 GG eingreife. Jedenfalls Grundrechtseingriffe müssen gerichtlich überprüfbar sein. Art. 19 IV GG gewährte gerichtlichen Rechtsschutz zwar nicht absolut, sondern nur, soweit ein Rechtsakt in subjektive Rechte des Betroffenen eingreife; gerade die Grundrechte seien aber subjektive Rechte in diesem Sinne.]

## Standort: Sachenrecht

## Problem: Eigentum am Sparbuch

BGH, URTEIL VOM 25.04.2005  
II ZR 103/03 (NJW 2005, 2222)

### Problemdarstellung:

Die Parteien stritten hier um die Herausgabe eines Sparbuches. Das entsprechende Konto hatte der Kl. bei der Sparkasse eröffnet, sein zwischenzeitlich verstorbener Vater hatte allerdings 60.000,- DM eingezahlt und das Sparbuch an sich genommen. Nach dem Tod des Vaters verweigerte nun dessen Witwe dem Kl. die Herausgabe des Buches mit der Begründung, dieses gehöre zum Nachlass, der beiden Parteien zur Hälfte zustehe.

Der BGH gab dem Herausgabeverlangen des Kl. in letzter Instanz statt, ohne dass es dabei auf seine behauptete, aber noch nicht endgültig geklärte Stellung als Alleinerbe seines Vaters angekommen wäre. Da er Gläubiger des durch seinen Vater "aufgefüllten" Guthabens bei der Sparkasse war, ergab sich seine Eigentümerstellung an dem Sparbuch von Anfang an gem. § 952 BGB, so dass dieses Eigentum nicht in den Nachlass des verstorbenen Vaters fiel.

### Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall behandelt die oft schwierige Frage der richtigen Zuordnung von Sparguthaben (rechtlich werden diese von der h. M. als unregelmäßige Verwahrungsverträge eingeordnet mit der Folge, dass gem. § 700 I BGB Darlehensrecht Anwendung findet, vgl. Palandt/Sprau, § 700 Rz. 1) zu den Vermögensmassen der Beteiligten. Nicht selten entzündet sich hierüber Streit nach dem Tod eines (vermeintlichen) Kontoinhabers, während sich die rechtliche Lösung der streitigen Fragen dann häufig fast vollständig außerhalb des Erbrechts abspielt, beispielhaft sei hier nur

die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall gem. §§ 328, 331 BGB genannt.

Auch hier ergab sich bei genauerem Hinsehen, dass sich die Zuordnung des Guthabens und gem. § 952 BGB mit ihm des Eigentums am streitgegenständlichen Sparbuch zum Vermögen des Anspruchstellers bereits aus den Umständen bei Kontoeröffnung herleiten ließ. Die zwischen den Parteien streitige Erbfolge war für das Herausgabebegehren des Kl. mithin ohne Belang.

Um diese Grenzziehung herauszustellen, soll die Fallbearbeitung dem Bearbeitervermerk zufolge beschränkt werden. Eine weitere Prüfung insbesondere der Besitzschutzvorschriften der §§ 861, 1007 BGB hätte ansonsten zur Folge, dass die sich aufgrund der Veerblichkeit des Besitzes gem. § 857 BGB und der hier noch unklaren Erbfolge ergebenden Schwierigkeiten erheblichen Raum einnehmen würden, was ihrer tatsächlich eher geringen Bedeutung nicht entspreche.

### Vertiefungshinweise:

Klausur zur Rechtsnatur des Sparbuchs: *Hadding*, JuS 2003, 154 ff

Klausur zum Erbscheinsverfahren: *Everts*, JuS 2003, 902 ff

### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Stibizki"

*Examenskurs*: "Das Sparbuch auf den Todesfall"

*Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

### Leitsatz:

**Wenn ein Dritter ohne jeden Vorbehalt auf ein Sparkonto, das ein anderer in seiner Gegenwart bei einem Geldinstitut eröffnet hat, eine Einzahlung**

**vornimmt, ist der Kontoinhaber hinsichtlich der Spareinlage Gläubiger des Geldinstituts und als solcher Eigentümer auch des für das Konto ausgestellten Sparbuchs.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Herausgabe eines Sparbuchs in Anspruch. Der Kl. ist der Sohn, die Bekl. die Witwe des am 03.07.2001 verstorbenen E. M.

Der Kl. eröffnete am 23.05.2000 bei der T.-Sparkasse in H.-L. auf seinen Namen ein Sparkonto mit der Nr. 3033043597 und unterzeichnete auf einem Formular des Geldinstituts eine "Verfügung zugunsten Dritter für den Todesfall" zugunsten seines in der Sparkasse mit anwesenden Vaters. Auch dieser unterzeichnete die Verfügung mit. Danach sollten die Rechte aus dem Sparkonto im Falle des Todes des Kl. auf seinen Vater übergehen.

Der Vater des Kl. zahlte auf das Sparkonto 60.000,00 DM ein. Er nahm das über das Guthaben ausgestellte Sparbuch an sich und bewahrte es bei sich in einem Safe auf. Eine Kontovollmacht ließ er sich aber nicht ausstellen. Nach Aussage des Zeugen Dr. D fürchtete er lediglich, der Kl. werde das auf 5 Jahre bei jährlich steigendem Zinssatz angelegte Geld vorzeitig abheben, da der Kl. mit seinem Geld nicht zurechtkomme.

Nach dem Tode seines Vaters forderte der Kl. die Bekl. vergeblich zur Herausgabe des Sparbuchs auf. Die Bekl. behauptet, ihr verstorbener Ehemann habe gewollt, dass das Sparbuch in den Nachlass falle, an dem beide Parteien zur Hälfte beteiligt seien. Der Kl. ist der Ansicht, testamentarischer Alleinerbe seines Vaters zu sein. Er hat einen entsprechenden Erbschein beantragt, die Bekl. hat seinem Antrag widersprochen. Das Erbscheinsverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Kann der Kl. von der Bekl. Herausgabe des Sparbuches verlangen ?

*[Bearbeitervermerk: Ansprüche aus §§ 861, 1007, 823, 812 BGB sind nicht zu prüfen.]*

**Lösung:**

**A. Anspruch auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 2018 BGB**

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 2018 BGB gegen die Bekl. haben. Dann müsste der Kl. der wahre Erbe seines am 03.07.2001 verstorbenen Vaters sein. Die Bekl. müsste auf Grund eines angemessenen Erbrechts einen zum Nachlass gehörenden Gegenstand besitzen.

**I. Kl. wahrer Erbe**

Der Kl. geht nach eigenen Angaben davon aus, testamentarischer Alleinerbe zu sein. Die Bekl. bestreitet dies allerdings, sie geht von einer Miterbengemein-

schaft mit dem Kl. aus. Da der Kl. also jedenfalls Miterbe ist, ist fraglich, ob dies für die Geltendmachung eines Anspruches aus § 2018 BGB gegen die Bekl. bereits ausreicht.

Macht ein Miterbe den Erbschaftsherausgabeanspruch nach § 2018 BGB geltend, so kann er gem. § 2039 BGB nur Herausgabe der Sache an alle Miterben oder Hinterlegung für alle Mitglieder der Miterbengemeinschaft verlangen (Palandt/Edenhofer, § 2018 Rz. 3). Schuldner des Anspruches aus § 2018 BGB kann ebenfalls ein Miterbe sein, der sich an Nachlassgegenständen Rechte anmaßt, die ihm in diesem Umfang nicht zustehen. Der sog. "Miterben-Schuldner" muss ebenfalls gem. § 2039 BGB an alle Miterben leisten (Palandt/Edenhofer, § 2018 Rz. 5, § 2039 Rz. 13).

Im Falle einer Miterbengemeinschaft zwischen dem Kl. und der Bekl. könnte der Kl. demzufolge allenfalls die Einräumung einer dem mit Eintritt der Erbschaft nach § 857 BGB bereits entstandenen Mitbesitz an dem Sparbuch entsprechenden Sachherrschaft von der Bekl. verlangen. Er verlangt jedoch uneingeschränkt Herausgabe an sich, also die Einräumung des alleinigen unmittelbaren Besitzes. Dieses kann er nur, wenn er tatsächlich Alleinerbe seines Vaters ist, was nicht feststeht. Der Nachweis der Erbenstellung, der auch durch Vorlage eines entsprechenden Erbscheins erfolgen kann, obliegt dem Anspruchsteller (Palandt/Edenhofer, § 2018, Rz. 18). Da dieser nicht geführt ist, kann von der notwendigen Stellung des Kl. als Alleinerbe nicht ausgegangen werden.

**II. Ergebnis**

Ein Anspruch des Kl. gegen die Bekl. auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 2018 BGB besteht nicht.

*[Anm.: Es wäre verfehlt, die Erbenstellung des Kl. hier als unerheblich zu betrachten und den Anspruch aus § 2018 BGB abzulehnen, indem man schon hier feststellt, dass das Sparguthaben und damit das hieran gem. § 952 BGB gebundene Eigentum am Sparbuch überhaupt nicht in den Nachlass gefallen sind. Jedenfalls war der Verstorbene Besitzer des Sparbuches. Der Anspruch aus § 2018 BGB kann aber auch auf Herausgabe von Sachen gerichtet sein, die nicht im Eigentum des Erblassers, sondern nur in seinem Besitz standen (Palandt/Edenhofer, § 2018 Rz. 9).]*

**B. Anspruch auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 695 BGB i. V. m. §§ 1922, 1967 I, 2058 BGB**

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 695 BGB i. V. m. §§ 1922, 1967 I, 2058 BGB haben.

Dann müsste zwischen dem Kl. und seinem Vater, der das Sparbuch unmittelbar nach der Kontoeröffnung an sich nahm, ein Verwahrungsvertrag bestanden haben. Wenn dann die Bekl. jedenfalls Miterbin ihres verstorbenen Ehemanns geworden ist, könnte die bestehende

Miterbengemeinschaft gem. §§ 1922, 1967 I BGB in die Pflichten aus diesem Vertrag eingerückt sein und die Bekl. auf Grund der gesamtschuldnerischen Haftung für Nachlassverbindlichkeiten gem. § 2058 BGB ggfs. auf Herausgabe in Anspruch genommen werden. Über die Inbesitznahme des Sparbuches durch den Vater des Kl. ist jedoch nur bekannt, dass dieser eine verfrühte Abhebung des auf 5 Jahre angelegten Betrages verhindern wollte. Abreden zwischen dem Kl. und seinem Vater, die zur Annahme eines Verwahrungsvertrags führen könnten, sind darüber hinaus nicht bekannt.

Zudem leugnet der Kl. auch gerade die Eigenschaft der Bekl. als Miterbin, so dass von ihrer vertraglichen Herausgabepflicht hier nicht ausgegangen werden kann.

### *C. Anspruch auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 985 BGB*

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Herausgabe des Sparbuches gem. § 985 BGB haben.

#### *I. Eigentum des Klägers*

Dann müsste der Kläger Eigentümer des Sparbuches sein.

#### *1. Anwendung des § 952 BGB auf das Sparbuch*

Das Sparbuch ist qualifiziertes Inhaberpapier i. S. d. § 808 BGB mit der Folge, dass das Eigentum an dem Sparbuch sich gem. § 952 BGB nach der Inhaberschaft der dort verbrieften Forderung richtet ("Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier", vgl. Palandt/Sprau, § 808 Rz. 2 und Palandt/Bassenge, § 952 Rz. 2). Demnach ist maßgeblich, ob der Kl. Gläubiger des bei der T.-Sparkasse bestehenden Sparguthabens ist.

#### *2. Kl. Gläubiger der T.-Sparkasse*

"Für die Frage der Gläubigerstellung kommt es darauf an, wer nach dem erkennbaren Willen des die Kontoeröffnung beantragenden Kunden Gläubiger der Bank werden soll (BGH, WM 1975, 1200; NJW 1994, 931; vgl. auch BGHZ 21, 148, 150; BGH, NJW-RR 1990, 178). Das war nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien der Kl. Danach hat dieser nämlich selbst mit der Sparkasse den Kontoeröffnungsvertrag geschlossen und das Konto auf seinen Namen eröffnet. Auf dieses - eindeutig dem Kl. zugeordnete - Konto Nr. 3033043597 hat der Vater 60.000,00 DM eingezahlt, und zwar ohne jeden Vorbehalt dahin, dass es sich um "sein Geld" handele oder dass er über die Verwendung des Geldes bestimmen wolle; er hat sich nicht einmal eine Vollmacht für das Konto einräumen lassen. Dieses Verhalten des einzahlenden Vaters durfte und musste die Sparkasse angesichts der Kontoeröffnung durch den Kl. dahin verstehen, dass letzterer auch nach dem Willen des Vaters ihr Gläubiger sein sollte. Demgemäß ist der Kl. in der für den Fall seines Vorverster-

bens zugunsten des Vaters getroffenen Verfügung auch ausdrücklich als Gläubiger des bei der Sparkasse eröffneten Kontos Nr. 3033043597 bezeichnet worden. Die Verfügung hat außer dem Kl. und einem Mitarbeiter der Sparkasse auch der Vater des Kl. als Begünstigter unterschrieben. Dass der Vater das Sparbuch an sich nahm, gibt zu einer anderen rechtlichen Würdigung keine Veranlassung. Dieser Handlung kommt, zumal sie nicht näher begründet wurde, weder die Bedeutung einer Abtretung der Forderung gegen die Sparkasse durch den Kl. an seinen Vater zu, noch muss sie dahin verstanden werden, dass der Vater sich die Entscheidung über die Verwendung des auf das Konto des Kl. gezahlten Geldes vorbehalten wollte. Vielmehr durfte der Kl. - wie auch die Sparkasse, falls einer ihrer Mitarbeiter den Vorgang beobachtet haben sollte -, unter den gegebenen Umständen davon ausgehen, dass der Vater das Sparbuch lediglich sicher verwahren wollte. Tatsächlich lag dem Vater, wie die Vernehmung des Zeugen Dr. D. [...] ergeben hat, daran, eine vorzeitige Abhebung des Guthabens - es war ein Sparvertrag über fünf Jahre mit jährlich steigendem Zinssatz geschlossen worden - durch den Sohn zu verhindern, "der mit den ihm zur Verfügung stehenden Geldbeträgen nicht auskomme". Die Gläubigerstellung des Kl. wurde durch das Verhalten seines Vaters damit nicht in Frage gestellt."

Somit ist der Kläger von Anfang an Gläubiger der gegen die T.-Sparkasse bestehenden Guthabensforderung und damit auch alleiniger Eigentümer des Sparbuches. Auf seine Eigenschaft als Allein- oder Miterbe seines verstorbenen Vaters kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

#### *II. Besitz der Bekl.*

Die Bekl. müsste das Sparbuch in Besitz haben.

Da ursprünglich der Vater des Kl. das Sparbuch in Besitz hatte, ist dieser Besitz mit dem Tod des Vaters gem. § 857 BGB auf den oder die Erben übergegangen. Die tatsächliche Sachherrschaft (sog. "Verkehrsbesitz", vgl. Palandt/Bassenge, § 857 Rz. 4) wird allerdings unstreitig von der Bekl. allein ausgeübt.

#### *III. Kein Recht der Bekl. zum Besitz, § 986 BGB*

Der Bekl. dürfte schließlich dem Kl. gegenüber kein Besitzrecht an dem Sparbuch i. S. d. § 986 BGB zustehen.

Ein solches Besitzrecht könnte allenfalls dadurch entstanden sein, dass zwischen dem Kl. und seinem Vater, der das Sparbuch seinerzeit an sich genommen hatte, ein Verwahrungsvertrag i. S. d. §§ 688 ff BGB zustandegekommen ist. Die hieraus resultierenden Rechte und Pflichten könnten dann gem. § 1922 BGB auf eine Miterbengemeinschaft unter Beteiligung der Bekl. übergegangen sein (vgl. bereits oben, B.). Selbst dann wäre aber zu beachten, dass der Hinterleger nach § 695 BGB jederzeit Rückgabe der Sache vom Ver-

wahrer fordern kann, so dass auch hierauf ein Besitzrecht der Bekl. nicht gestützt werden könnte.

#### IV. Ergebnis

“Als Gläubiger der Sparkasse ist der Kl. Eigentümer

des für sein Konto ausgestellten Sparbuchs, § 952 BGB. Er kann daher gemäß § 985 BGB Herausgabe des Buches von der Bekl. verlangen, die es in Besitz hat.”

### Standort: § 252 StGB

### Problem: Beutesicherungsabsicht

OLG KÖLN, URTEIL VOM 18.01.2005  
8 Ss 446/04 (NSTZ 2005, 448)

#### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war in ein Nonnenwohnheim eingebrochen, um die dort lebenden Schwestern zu bestehlen. Nachdem er einige Schlafräume durchsucht und mehrere Geldbörsen eingesteckt hatte, hörte er auf dem Flur Stimmen und fürchtete entdeckt zu werden. Er entschloss sich, die sich nähernden Nonnen zu überraschen, stürzte aus einer Tür und rannte zwei Nonnen nieder. Amts- und Landgericht hatten den Angeklagten insbesondere wegen räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) verurteilt. Hiergegen wandte sich die Revision des Angeklagten, die das OLG Köln jedoch als unbegründet verwarf.

#### Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind besonders häufig Gegenstand von Examensaufgaben. Hierbei kommt neben dem Betrug von allem dem Diebstahl und verwandten Delikten (§§ 249 I, 252 StGB) eine herausragende Rolle zu.

Der vorliegende Fall gibt Anlass, auf die Unterschiede zwischen Raub (§ 249 I StGB) und räuberischem Diebstahl (§ 252 StGB) einzugehen. Beide Tatbestände setzen voraus, dass der Täter neben der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale des Diebstahls (vorsätzliche Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung) ein qualifiziertes Nötigungsmittel (auch “Raubmittel”, nämlich Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben) anwendet. Der wesentliche Unterschied besteht in der Beziehung zwischen den beiden Handlungen. Ein Raub setzt nämlich nach ganz herrschender Meinung einen Finalzusammenhang zwischen der Anwendung des Raubmittels und der Wegnahme voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel anwenden, um die Wegnahme zu ermöglichen (BGH, NSTZ 2003, 431; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 6). Beim räuberischen Diebstahl hingegen muss der Täter das Raubmittel anwenden, “um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten” (sog. Beuteerhaltungs- oder -sicherungsabsicht). Daraus ergibt sich folgende grundlegende Abgrenzung: Wendet der Täter das Raubmittel vor Vollendung der Wegnahme an, so kann davon ausgegangen werden, dass dies

der Ermöglichung der Wegnahme dient (und somit ein Raub in Betracht kommt). Wird das Raubmittel erst nach vollendeter Wegnahme angewandt, kann die Raubmittelanwendung nicht mehr der Ermöglichung der Wegnahme dienen (denn diese hat ja bereits stattgefunden), sondern nur der Beutesicherung, so dass grds. der Tatbestand des § 252 StGB eröffnet ist.

Im vorliegenden Fall befasst sich der BGH vor allem mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht davon ausgehen kann, dass ein Dieb, der nach Vollendung der Wegnahme ein Raubmittel anwendet, dies in Beutesicherungsabsicht tut und nicht z.B. um seine Ergreifung zu verhindern. Hierbei stellt das OLG Köln in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung darauf ab, ob der Täter die Möglichkeit gehabt hätte, die Beute vor der Anwendung des Raubmittels ohne wesentliche Verringerung seiner Fluchtchancen abzulegen. In diesem Fall könne dann davon ausgegangen werden, dass es dem Täter bei der nachfolgenden Raubmittelanwendung zumindest auch darauf angekommen sei, die Beute zu sichern, was für § 252 StGB ausreiche.

#### Vertiefungshinweise:

Zur Beutesicherungsabsicht i.S.v. § 252 StGB: *BGH*, NSTZ 1984, 454; *StV* 1987, 196; *JZ* 1988, 471; *StraFo* 1999, 1000; *KG Berlin*, *StV* 2004, 67; *Dreher*, *MDR* 1979, 529; *Kratsch*, *JR* 1988, 397; *Küper*, *JZ* 2001, 730; *Perron*, *JR* 1991, 384;

#### Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Der Rembrandt-Liebhaber”  
 *Examenskurs*: “Tod in der Fußgängerzone”

#### Leitsatz:

**Ergreift der Täter unter Mitnahme der Beute die Flucht, obwohl er die Möglichkeit hatte, sich ihrer zu entledigen, so rechtfertigt dies den Schluss, er habe bei der hierbei erfolgten Gewaltanwendung auch in Beuteerhaltungsabsicht gehandelt.**

#### Sachverhalt (vereinfacht):

A hatte die Absicht, sein Einkommen durch Diebstähle aufzubessern. Zu diesem Zweck begab er sich zum Schwesternwohnheim eines Klosters. Nachdem er mittels eines Schraubenziehers ein Fenster im Erdgeschoss aufgebrochen hatte, dort eingestiegen war

und eine weitere ins Treppenhaus führende abgeschlossene Tür aufgebrochen hatte, begab er sich in die 1. Etage und durchsuchte dort 5 Zimmer, die den Schwestern als Wohnraum dienten. Insgesamt entwendete er hieraus ein großes Portemonnaie mit ca. 900 € und 4 weitere mit unterschiedlichem Inhalt. Die größere Geldbörse steckte er in seine Hosentasche, die übrigen 4 in seine Jacke. Als die Schwester N aus der Messe kam und ihr Zimmer aufsuchen wollte, fiel ihr auf, dass die Türen zu den Zimmern offen standen. Sie rief deshalb die Schwestern C und M hinzu. Als sie noch auf dem Flur standen, bemerkte A sie aus einem der Zimmer durch einen Türspalt. Er entschloss sich daher, die Schwestern zu überraschen und mit seiner Beute zu fliehen. Mit lautem Gebrüll stürmte er auf den Flur und rannte 2 Schwestern um, so dass beide zu Fall kamen. Beim Herausstürmen rechnete er zumindest mit der Möglichkeit, die hinter der Tür stehenden Schwestern umzurennen und nahm dies billigend in Kauf, um mit der Beute fliehen zu können. Nachdem er auf dem Weg zur Treppe gestolpert war, von Schwester C am Kragen gepackt und auch von der inzwischen zu Hilfe geeilten Schwester M festgehalten wurde, gelang es ihm, sich aus dem Griff der Schwestern zu lösen. Daraufhin ließen die Schwestern ihn laufen.

Strafbarkeit des A?

*[Bearbeitervermerk: Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. Straftaten des 17. und 18. Abschnitts sowie §§ 244, 246, 250 StGB sind nicht zu prüfen.]*

### **Lösung:**

#### *A. Raub gem. § 249 I StGB*

Dadurch, dass A die Geldbörsen einsteckte und dann zwei Nonnen umrannte, um mit der Beute fliehen zu können, könnte er sich wegen Raubes gem. § 249 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Raubmittel*

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

Gedroht hat A hier nicht. Das Umrennen der Nonnen könnte jedoch eine Anwendung von Gewalt gegen eine Person darstellen. Gewalt gegen eine Person i.S.v. § 249 I StGB ist der körperlich wirkende Zwang gegen einen Menschen, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu brechen oder zu verhindern (BGH, NStZ 1982, 114; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 4).

Durch das Umrennen hat A körperlich wirkenden Zwang gegen die Nonnen angewandt. Er tat dies auch, um den erwarteten Widerstand gegen die Wegnahme

der Geldbörsen zu verhindern. A hat also Gewalt gegen eine Person angewandt und sich somit eines in § 249 I StGB genannten Raubmittels bedient.

##### *2. Fremde bewegliche Sachen*

Bei den von A eingesteckten Geldbörsen und den darin befindlichen Geldscheinen und Münzen müsste es sich um für A fremde, bewegliche Sachen handeln.

Die Geldbörsen und die darin enthaltenen Scheine und Münzen stellen bewegliche Sachen dar.

Fremd i.S.v. § 242 I StGB ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 5). Da die Geldbörsen und das darin enthaltene Geld im Eigentum der Nonnen standen, waren sie für A fremd.

##### *3. Wegnahme*

A müsste die Sachen weggenommen haben. Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.

##### *a. Fremder Gewahrsam*

Es müsste zunächst aus Sicht des A fremder Gewahrsam an den Geldbörsen und deren Inhalt bestanden haben.

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

Solange sich die Geldbörsen in den Zimmern der jeweiligen Eigentümerinnen befanden, konnten diese - auch wenn sie sich gerade nicht in unmittelbarer Nähe der Gegenstände aufhielten - doch jederzeit auf die Sachen zugreifen, so dass ihrer Einwirkung auf die Sachen keine Hindernisse entgegenstanden und sie deshalb die tatsächliche Sachherrschaft besaßen (vgl. RGSt 60, 272; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 25). Auch hatten die Nonnen einen generellen Herrschaftswillen bzgl. aller Sachen in ihren jeweiligen Schlafzimmern, so dass auch der erforderliche Herrschaftswille gegeben ist und somit Gewahrsam der Nonnen an den Geldbörsen samt Inhalt bestand.

##### *b. Begründung neuen Gewahrsams*

A müsste neuen Gewahrsam an den Geldbörsen begründet haben.

Der Täter hat dann neuen Gewahrsam an der Sache begründet, wenn er die Herrschaft über sie derart erlangt hat, dass er diese ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann. (OLG Celle; MDR 1968, 777; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 38). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter die Sache in seine Kleidung steckt (BGH, MDR/D

1967, 896). Im Moment des Einsteckens begründet der Täter grundsätzlich eine sog. "Gewahrsamsenklaue". Fraglich ist jedoch, ob der Täter auch dann eine Gewahrsamsenklaue (und damit neuen Gewahrsam) auch dann begründet, wenn er das Tatobjekt einsteckt, während er sich in einer fremden Herrschaftssphäre befindet, die er aber nicht rechtmäßig betreten hat (wie z.B. ein Kaufhaus), sondern durch einen Einbruch.

#### *aa. 1. Meinung*

Nach einer Auffassung begründet der Täter eines Einbruchsdiebstahls beim Einbrechen in eine Privatwohnung neuen Gewahrsam an den gestohlenen Gegenständen erst mit deren Verlassen; die Schaffung einer Gewahrsamsenklaue soll in diesem Fall ausgeschlossen sein (BGH, JR 1963, 466; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 39). Nach dieser Auffassung hat A durch das Einstecken der Geldbörsen noch keinen neuen Gewahrsam an diesen begründet.

#### *bb. 2. Meinung*

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass auch der Täter, der bei einem Einbruchdiebstahl in eine fremde Wohnung einen kleinen Gegenstand einsteckt, wie auch in anderen Fällen bereits hierdurch eine Gewahrsamsenklaue schafft und so neuen Gewahrsam begründet (BGH, MDR 1967, 896; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 20 mwN). Nach dieser Meinung hat A bereits durch das Einstecken der Geldbörsen neuen Gewahrsam an diesen begründet.

#### *cc. Stellungnahme*

Für die ersten Meinung spricht, dass bei einem Täter, der in einem Supermarkt fremde Sachen in einer Tasche mit sich herumträgt, der Verdacht einer rechtswidrigen Erlangung dieser Sachen nicht so nahe liegt wie bei einem solchen, der in einer fremden Wohnung gestellt wird, die er unberechtigterweise betreten hat. Trotzdem ändert dies nichts daran, dass die Sachherrschaft einer Person, die handliche Sachen in der Kleidung oder in einem mitgebrachten Behältnis mit sich führt, sehr stark ist, ungeachtet dessen, wo sie sich gerade befindet und ob sie diesen Ort rechtmäßig oder bereits durch eine rechtswidrige Handlung betreten hat. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass § 127 I StPO dem Opfer, dass den Einbrecher nachts auf frischer Tat in der Wohnung stellt, zwar das Recht gibt, diesen festzuhalten, nicht jedoch, ihn zu durchsuchen, was auch vor Augen führt, dass die Sachherrschaft des Täters trotz der gegen ihn sprechenden Gesamtumstände stark genug ist, um die Begründung neuen Gewahrsams in jedem Fall annehmen zu lassen. Der letztgenannten Meinung ist somit zu folgen. A hat somit bereits durch das Einstecken der Geldbörsen neuen Gewahrsam begründet.

#### *c. Gewahrsamsbruch*

A müsste den fremden Gewahrsam gebrochen haben. Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er gegen oder ohne den Willen des Opfers aufgehoben wird (Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 16).

Da bei einem Raub grds. ein entgegenstehender Wille des Opfers durch die Anwendung des Raubmittels überwunden wird und somit die Feststellung eines Handelns gegen den Willen des Opfers problematisch erscheint, ist streitig, nach welchen Kriterien der Gewahrsamsbruch und damit die Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist. Während die Rechtsprechung insofern auf das äußere Erscheinungsbild abstellt (vgl. BGHSt 7, 255; 14, 387), beurteilt die Literatur das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB nach der inneren Willensrichtung des Opfers und nimmt eine solche an, wenn das Opfer glaubt, dass der Täter den Gewahrsam auch ohne Mitwirkung des Opfers erlangen könne (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2 mwN).

Nach beiden Auffassungen ist jedoch eindeutig eine Wegnahme gegeben, wenn das Opfer - wie hier - von der Begründung neuen Gewahrsams durch den Täter nichts bemerkt. A hat die Geldbörsen samt Inhalt weggenommen.

#### *4. Vorsatz*

A hat auch mit dem gem. § 15 StGB erforderlichen Vorsatz gehandelt.

#### *5. Finalzusammenhang*

Ein Raub setzt einen Finalzusammenhang zwischen Anwendung des Raubmittels und Wegnahme voraus, das heißt, der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (BGH, NSTz 1999, 510; Lackner/Kühl, § 249 Rn. 4 mwN). Der Finalzusammenhang muss somit jedenfalls dann ausscheiden, wenn der Täter das Raubmittel erst nach Vollendung der Wegnahme einsetzt, da dies dann nicht mehr ihrer Ermöglichung dienen kann.

Im vorliegenden Fall hat A das Raubmittel - Gewalt gegen eine Person durch Umrennen der Nonnen - erst eingesetzt, nachdem er die Wegnahme an den Geldbörsen bereits dadurch vollendet hatte, dass er diese eingesteckt hatte (s.o.). Ein Finalzusammenhang zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme scheidet somit aus.

#### *II. Ergebnis*

A hat sich nicht gem. § 249 I StGB strafbar gemacht

#### *B. Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I StGB*

Dadurch, dass A die Geldbörsen einsteckte, könnte er sich jedoch wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand*

Bei Geldbörsen und Geld handelte es sich um für A fremde, bewegliche Sachen. Er hat diese Sachen auch durch das Einstecken weggenommen. A handelte auch vorsätzlich (s.o.).

*4. Absicht rechtswidriger Zueignung*

A müsste mit der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

Dazu müsste A zunächst Zueignungsabsicht gehabt haben, d.h. er müsste die Absicht gehabt haben, die weggenommenen Sachen selbst oder den darin verkörperten Sachwert zumindest vorübergehend seinem Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (Aneignungsabsicht) und den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungswille) (BGHSt 1, 262; 16, 190; Lackner, Kühl, § 242 Rn. 21).

A hatte die Absicht, das in den Geldbörsen enthaltene Geld für sich auszugeben, so dass er dieses seinem Vermögen einverleiben wollte. Außerdem hatte er nicht vor, das Geld jemals an die rechtmäßigen Eigentümerinnen zurückgelangen zu lassen, so dass er diese auf Dauer enteignen wollte. A hatte somit in Zueignungsabsicht gehandelt.

Die von A beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

Die vom Täter beabsichtigte Zueignung ist dann rechtswidrig i.S.v. § 242 I StGB, wenn der Täter (und bei einer Drittzueignungsabsicht auch der Dritte) keinen durchsetzbaren Anspruch auf eine Zueignung des Tatobjekts hat (BGHSt 17, 87; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 50). Ein Anspruch des A auf Übereignung der Geldbörsen bzw. des darin enthaltenen Geldes ist nicht ersichtlich. Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, muss dies auch vom Vorsatz des Täters umfasst sein (BGH, NJW 1990, 2832; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 28). A wusste auch, dass er keinen Anspruch auf eine Zueignung der weggenommenen Sachen hatte, so dass auch diese Voraussetzung gegeben ist.

*II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

*III. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I StGB*

Es könnte sich bei dem Diebstahl des A um einen solchen in einem besonders schweren Fall gem. § 243 I StGB handeln.

*1. § 243 I 2 Nr. 1 StGB*

A könnte das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Dies wäre insb. der Fall, wenn er zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum eingebrochen oder eingestiegen wäre.

Umschlossener Raum i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB ist

ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und (zumindest teilweise) künstliche Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens Unbefugter hat (BGH, StV 1983, 149; Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 4). Diese Voraussetzungen erfüllt das Schwesternwohnheim. Einbrechen ist das gewaltsame Öffnen der den Zutritt verwehrenden Umschließung (RGSt 13, 200; Lackner/Kühl, § 243 Rn. 10). Da A ein Fenster mit einem Schraubenzieher aufgebrochen hatte, hat er die Umschließung gewaltsam beseitigt. Da A die Räumlichkeit auch auf einem nicht zum Betreten vorgesehenen Weg betrat, ist er dort auch eingestiegen (vgl. BGH, NSTZ 2000, 143; Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 6 mwN). A wusste, dass er in einen umschlossenen Raum einbrach und tat dies auch zur Ausführung des Diebstahls. Die Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 1 liegen somit vor.

*2. § 243 I 2 Nr. 2 StGB*

A könnte außerdem eine Sache gestohlen haben, die durch ein verschlossenes Behältnis gegen Wegnahme besonders gesichert war.

Dann müssten die - verschlossenen - Zimmer der Nonnen verschlossene Behältnisse darstellen. Behältnis i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 StGB ist ein Raumgebilde, das - gerade anders als der umschlossene Raum i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB - nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden (BGHSt 1, 163; Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 14). Da die Zimmer jedoch dazu bestimmt waren, von Menschen betreten zu werden, kommen sie nicht als Behältnisse i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 StGB in Betracht.

*3. § 243 I 2 Nr. 3 StGB*

A könnte gewerbsmäßig gestohlen haben.

Gewerbsmäßig i.S.v. § 243 I 2 Nr. 3 StGB stiehlt, wer sich aus der wiederholten Begehung von Diebstählen eine erhebliche Einnahmequelle verschaffen will (Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 18). A wollte sein Einkommen durch Diebstähle aufbessern, so dass davon ausgegangen werden kann, dass er die zukünftige Begehung weiterer Diebstähle beabsichtigte und sich hierdurch auch erhebliche Einnahmen versprach. A handelte somit gewerbsmäßig. Dass die vorliegende Tat der erste von A begangene Diebstahl war, schließt die Gewerbsmäßigkeit nicht aus (LK-Ruß, § 243 Rn. 21; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 31; a.A.: NK-Kindhäuser, § 243 Rn. 35).

*4. Keine geringwertige Sache (§ 243 II StGB)*

Ein besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 1 - 6 StGB ist ausgeschlossen, wenn es sich bei dem Tatobjekt objektiv und subjektiv um eine geringwertige Sache handelt, wobei die Grenze der Geringwertigkeit wohl bei ca. 50,00 € anzusetzen ist (OLG Hamm, StV 2003, 672; Lackner/Kühl, § 243 Rn. 4, § 248 a Rn. 3). Bei mehreren gleichzeitig gestohlenen Sachen ist de-



ren Gesamtwert anzusetzen (OLG Düsseldorf, NJW 1987, 1958; Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 24). Der Wert des von A gestohlenen Bargeldes betrug mehrere hundert Euro, so dass sich die Tat nicht i.S.v. § 243 II StGB auf eine geringwertige Sache bezieht.

#### IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 3 StGB.

#### C. Hausfriedensbruchs gem. § 123 I StGB

Die Zimmer, aus denen A die Geldbörsen entwendete, dienten den Nonnen als Wohnräume, so dass es sich um Wohnungen i.S.v. § 123 I StGB handelte. Da er diese ohne Willen der Bewohnerinnen betreten hat, ist er dort auch eingedrungen (vgl. Amelung, NStZ 1985, 457; Tröndle/Fischer, § 123 Rn. 14). A handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, auch der gem. § 123 II StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

A hat sich somit gem. § 123 I StGB strafbar gemacht.

#### D. Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB

Es ist davon auszugehen, dass durch das Aufbrechen mit dem Schraubenzieher das Fenster und die ins Treppenhaus führende Tür, also für A fremde Sachen, beschädigt worden sind. Da A insofern auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft handelte und der gem. § 303 c StGB erforderliche Strafantrag gestellt ist, hat A sich auch gem. § 303 I StGB strafbar gemacht.

#### E. Räuberischer Diebstahls gem. § 252 StGB

A könnte sich außerdem dadurch, dass er die Nonnen umrannte, um mit seiner Beute fliehen zu können, wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Taugliche Vortat

A müsste zunächst eine taugliche Vortat begangen haben. Gem. § 252 StGB muss der Täter sich "bei einem Diebstahl" befinden, so dass der Diebstahl als Vortat offensichtlich in Betracht kommt.

A hat durch das Mitnehmen der Geldbörsen einen Diebstahl (in einem besonders schweren Fall) begangen (s.o.), so dass eine taugliche Vortat gegeben ist.

##### 2. Auf frischer Tat betroffen

A müsste bei dieser Vortat auf frischer Tat betroffen worden sein. Hierzu der BGH:

"Der Täter wird 'bei' einem Diebstahl betroffen, wenn diese Tat zwar vollendet, aber noch nicht beendet ist (BGHR Entscheidungen StGB § 252 frische Tat 3 Gründe; BGHSt 22, 227, 230; 28, 224; BGHR StGB § 252 frische Tat 1 und 2). Ein Diebstahl ist abgeschlossen und damit beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an der Beute gefestigt und gesichert hat (BGHSt

8, 390, 391; 20, 194, 196; BGHR StGB § 252 frische Tat 2; LK- Heimann-Trosien 9. Aufl., § 242 Rn 80). Von den Umständen des Einzelfalles hängt es ab, wann eine ausreichende Sicherung in diesem Sinne erreicht ist. Das wird in der Regel nicht der Fall sein, solange der Täter seine Absicht, sich alsbald mit der Beute zu entfernen, noch nicht verwirklicht hat, sondern sich z. B. auf dem Tatgrundstück, also im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Bestohlenen befindet (BGHR aaO) [wie es bei dem Angeklagten der Fall war]. [...] Der Angeklagte war von den Schwestern i. S. d. § 252 StGB auf frischer Tat betroffen worden. Denn das bedeutet nicht mehr als das bewusste oder unbewusste, geplante oder zufällige raumzeitliche Zusammentreffen einer Person mit dem Dieb alsbald nach der Vollendung des Diebstahls. Jemand kann im reinen Wortsinn einen Dieb betreffen, ohne dass ihm dessen Anwesenheit bewusst wird (vgl. BGHSt 26, 95)."

A ist also von den Nonnen auf frischer Tat betroffen worden.

##### 3. Raubmittel

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

A hat dadurch, dass er die Nonnen umrannte, Gewalt gegen eine Person angewandt (s.o.).

##### 4. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich

##### 5. Beutesicherungsabsicht

Zu der gem. § 252 StGB erforderlichen Beutesicherungsabsicht macht der BGH die folgenden Ausführungen: "Der subjektive Tatbestand des § 252 StGB setzt Vorsatz voraus, der sich auf den Diebstahl und die Nötigungshandlung bezieht; ferner muss der Täter in Besitzerhaltungsabsicht handeln, was bedeutet, dass die Gewaltanwendung oder Drohung zum Ziel haben muss, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten (vgl. S/S- Eser 26. Aufl., § 252 Rn 7; Tröndle/Fischer 52. Aufl., § 252 Rn 9). Dafür reicht es nicht aus, dass der Täter sich nur der Ergreifung entziehen will, während es andererseits allgemeiner Auffassung entspricht, dass die in dieser Vorschrift geforderte Absicht, 'sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten', nicht der einzige Beweggrund des Täters für die Gewaltanwendung oder den Einsatz des Nötigungsmittels sein muss (vgl. BGHSt 13, 64, 65; 16, 1, 4; 26, 95, 97; BGH NStZ 1984, 454, 455). Tatbestandsmäßig i. S. d. § 252 StGB handelt daher auch, wer gleichzeitig das Diebesgut verteidigen und sich der Strafverfolgung entziehen will (vgl. BGH NStZ 2000, 530; NStZ-RR 2004, 299).

Allerdings kann aus einer Flucht unter Mitnahme der Beute nicht ohne weiteres auf eine Beuteerhaltungs-

absicht geschlossen werden (vgl. OLG Zweibrücken JR 1991, 383 f.; SenE v. 25. 5. 2004, aa0).

Die Erwägungen, mit denen die Strafkammer sich davon überzeugt hat, dass es dem Angeklagten auch darauf ankam, sich im Besitz der Beute zu erhalten, sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie sind weder lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar noch beinhalten sie Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze.

Gegenüber der Einlassung des Angeklagten, er habe bei der Flucht gar nicht mehr an seine Beute gedacht, ist angeführt worden, er habe die 5 Geldbörsen erst kurz vor dem Entschluss zur Flucht an sich gebracht und in seiner Kleidung verstaut: Er habe den Eindruck eines geistig regen, kühl und überlegt handelnden Mannes hinterlassen, dem die Kammer nicht abnehme, dass er das Ziel seiner Fahrt in die Eifel, nämlich die Erlangung von Beute zur Aufbesserung seiner finanziellen Situation, plötzlich aus den Augen verloren habe. Aus früheren Verurteilungen ergebe sich, dass ihm die Tatsituation und insbesondere das Betroffenwerden auf frischer Tat nicht unbekannt gewesen sei. Irgendeine Panikreaktion sei daher auszuschließen, zumal von den überwiegend betagten Ordensschwestern kein ernstzunehmender Widerstand zu erwarten war. Schließlich hat die Kammer als Argument für die Beuteerhaltungsabsicht des Angeklagten angeführt, dass er andernfalls genug Zeit gehabt hätte, sich ihrer vor dem Hinausstürmen aus dem Zimmer zu entledigen und sich so seine Flucht zu erleichtern. Insbesondere die letzte Erwägung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Soweit in der Rechtsprechung der tatrichterliche Rückschluss aus der Mitnahme der Beute bei der Flucht auf die Beuteerhaltungsabsicht als rechtsfehlerhaft beanstandet worden ist, handelte es sich immer um Fälle, in denen der Täter nicht die Möglichkeit hatte, sich ohne Gefährdung seiner Fluchtchancen der Beute zu entledigen. So etwa in dem Fall BGH MDR 1987, 154, wo sich die Beute in dem Pkw befand, mit dem die Täter in großer Eile die Flucht ergriffen, nachdem sie sich gewaltsam gegen den Polizeibeamten zur Wehr gesetzt hatten, der sie als Diebe erkannt hatte und festhalten wollte. Auch in den Fällen der Senatsentscheidungen vom 25.05.2004 (aaO) und 08.10.2004 (8 Ss 393/04) verhielt es sich so, dass die Angeklagten jeweils keine Möglichkeit hatten, die gestohlenen Sachen aus der Kleidung hervorzuholen und wegzulegen, ohne dadurch die Fluchtchancen zu schmälern, weil sie schon festgehalten wurden und sich nur unter Überwindung eines bereits geleisteten Widerstands die Flucht ermöglichen konnten (vgl. weiter OLG Zweibrücken aaO; OLG Naumburg Beschl. v. 12.06.1999 - 2 Ss 155/99) Eine entsprechende Situation lag im vorliegenden Fall erst vor, als der Angeklagte gestolpert war, von 2 Schwestern festgehalten wurde und sich unter Fuchteln mit den Armen aus deren Griff lösen

konnte. Darauf hat die Strafkammer aber nicht abgestellt und daraus nichts bzgl. der Beuteerhaltungsabsicht hergeleitet.

Andererseits ist der Rückschluss von der Flucht mit Beute auf die Absicht der Beuteerhaltung immer dann revisionsgerichtlich unbeanstandet geblieben, wenn der Täter ohne Gefährdung seiner Flucht die Möglichkeit hatte, die Beute zurückzulassen (so in BGHSt 13, 64, wo der Angeklagte in einem Personalraum 2 Geldbörsen entwendet hatte, als er von einer Angestellten überrascht wurde. Oder in der SenE v. 09.08.2002 - Ss 310/02, wo der Angeklagte ein gestohlenen Hemd nur lose unter der offenen Jacke eingeklemmt versteckt hielt und es ohne weiteres fallen lassen konnte).

Hier ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass der Angeklagte vor dem Herausstürmen aus dem Zimmer, in dem er noch nicht entdeckt worden war, die 5 Geldbörsen ablegen konnte. Das ist nach allem, was dem Urteil zu dieser Situation zu entnehmen ist, nicht zu beanstanden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ihm das den geplanten Überraschungscoup erschwert oder unmöglich gemacht hätte. Denn es spricht nichts dafür, dass das Ablegen der 5 Geldbörsen einen erheblichen Zeitaufwand erfordert hätte. Ob es ihm die Flucht sogar erleichtert hätte, wie die Strafkammer meint, kann daneben dahinstehen: Entscheidend ist, dass die gegebene Möglichkeit zur Beuteentledigung nicht genutzt wurde."

A hat also mit der erforderlichen Beutesicherungsabsicht gehandelt.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. Er ist strafbar gem. § 252 StGB.

### F. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung durch einen Einbruch werden grundsätzlich vom Einbruchsdiebstahl (§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB) konsumiert, da das Unrecht des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung durch das Einbrechen in dem des Einbruchsdiebstahls regelmäßig enthalten ist (BGH, NStZ 1998, 91; Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 30 mwN; a.A. (Tateinheit): BGH, NStZ 2001, 642). Da jedoch der Diebstahl (in einem besonders schweren Fall) vorliegend hinter § 252 StGB zurücktritt (Schönke/Schröder-Eser, § 252 Rn. 13 mwN) und der räuberische Diebstahls das Unrecht der §§ 123 I, 303 I StGB nicht (regelmäßig) mit enthält, leben Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung wieder auf. Da es sich beim Hausfriedensbruch um ein Dauerdelikt handelt (BGHSt 36, 257; Tröndle/Fischer, § 123 Rn. 45) und somit nicht nur § 303 I StGB durch dieselbe Handlung begangen wurde wie (das unmittelbare Ansetzen zu) § 123 I StGB, sondern auch § 252 StGB, stehen alle Delikte zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB). A ist somit strafbar gem. §§ 252, 123 I, 303 I, 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Ipsen, Jörn: "Zur Regierung verurteilt?"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 2201 (Heft 31)
<b>Inhalt:</b>	Kein Thema beschäftigt die Öffentlichkeit gegenwärtig mehr als die bevorstehenden Bundestagswahlen, die durch die Vertrauensfrage von Bundeskanzler Schröder und die anschließende Auflösung des Bundestages durch Bundespräsident Köhler herbeigeführt wurden. Das BVerfG wird in Kürze über hiergegen anhängige Organstreitverfahren entscheiden. Allein deshalb ist dieses Thema gegenwärtig auch für die juristischen Staatsexamina in seiner Bedeutung kaum zu überschätzen. Der Beitrag von Ipsen beschäftigt sich mit allen verfassungsrechtlichen Problemen des Art. 68 GG. Er tritt i.E. für die Zulässigkeit des von Schröder und Köhler gewählten Verfahrens ein.

<b>Autor/Titel:</b>	Terhechte, Jörg Philipp: "Die vorzeitige Bundestagsauflösung als verfassungsrechtliches Problem"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 512 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag befasst mit den selben Fragen wie der zuvor empfohlene Aufsatz von Ipsen, nimmt aber den gegenteiligen Standpunkt ein. Der Autor sieht einen Missbrauch der Vertrauensfrage durch Bundeskanzler Schröder und empfiehlt, ein Selbstauflösungsrecht in das Grundgesetz aufzunehmen. Der Aufsatz von Terhechte ist etwas breiter angelegt als der von Ipsen, denn er geht auch auf das konstruktive Misstrauensvotum nach Art. 67 GG und die Möglichkeit einer Bundestagsauflösung über Art. 63 GG ein.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Lorenz, Stephan: "Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 1889 (Heft 27)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor gibt einen Überblick über die im Rahmen der praktischen Anwendung sowie der wissenschaftlichen Durchdringung des neuen Rechts entstandenen Problemschwerpunkte. Hierbei geht er natürlich auf Klassiker wie etwa die Ersatzfähigkeit des mangelbedingten Betriebsausfallsschadens oder den Bezugspunkt des Vertretenmüssens in den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen des Leistungsstörungenrechts ein. Auch in der jüngeren Vergangenheit entstandene Streitigkeiten, etwa bezüglich der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung beim "Stückkauf" oder um die Frage der Anrechnung ersparter Aufwendungen nach einer eigenmächtigen Mangelbeseitigung durch den Käufer / Besteller eines Werkes auf die Gegenleistung werden erörtert.

<b>Autor/Titel:</b>	Keilmann, Annette: "Vorsicht ! - Zum Gehalt des § 311 II, III BGB"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2005, 500 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Lernbeitrag hat die Kodifizierung des Rechtsinstituts der culpa in contrahendo (= c.i.c.) zum Inhalt. Die Autorin weist daraufhin hin, dass der sehr weit gefasste Wortlaut insbesondere von § 311 II Nr. 3, III BGB nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass es dem Gesetzgeber eigentlich nur darum ging, die bislang durch die Rechtsprechung entwickelten Anwendungsfälle der c.i.c. nunmehr gesetzlich zu verankern. Die Kenntnis dieser Fallgruppen - etwa derjenigen zur nunmehr in § 311 III BGB angesprochenen "Sachwalterhaftung" - ist daher unerlässlich, um eine Überdehnung des Anwendungsbereichs des § 311 II, III BGB zu verhindern.

<b>Autor/Titel:</b>	Röthel, Anne / Sparmann, Ingo: "Besitz und Besitzschutz"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2005, 456 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Beitrag stellt die unterschiedlichen Arten des Besitzschutzes vor, insbesondere stellt er den possessorischen Besitzschutz gem. §§ 858 ff BGB den auf Besitzerlangung gerichteten petitorischen Herausgabeansprüchen des Sachenrechts und den schuldrechtlichen Besitzherausgabeansprüchen gegenüber. Es werden auch Hinweise zur Handhabung der verschiedenen Anspruchsgrundlage in der Klausur, insbesondere zur hier sinnvoller Weise einzuhaltenden Prüfungsreihenfolge gegeben.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Grünwald, Anette: "Zur Strafbarkeit eines Mordes durch Unterlassen - erläutert an den sog. tatbezogenen Mordmerkmalen der 2. Gruppe"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 519 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Gem. § 13 I StGB kann eine vom Gesetz eigentlich als Begehungsdelikt ausgestaltete Straftat auch als (sog. unechtes) Unterlassungsdelikt begangen werden, "wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht". Gerade bei den objektiven Mordmerkmalen, die in erhöhtem Maße auf ein bestimmtes Handeln abstellen, ist problematisch, ob der Täter einer Tötung durch Unterlassen diese auch verwirklichen kann. Die Verfasserin stellt hierzu - differenzierend nach den verschiedenen objektiven Mordmerkmalen - die Rechtsprechung und sonstigen Auffassungen dar und meldet berechtigte Kritik an. Einen überzeugenden neuen Ansatz findet sie allerdings auch nicht.

<b>Autor/Titel:</b>	Schlösser, Jan: "Der 'Bundesliga-Wettskandal' - Aspekte einer strafrechtlichen Bewertung"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2005, 423 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Wenig hat die Gemüter der Deutschen in der letzten Zeit mehr bewegt als der Wettskandal um den Bundesliga-Schiedsrichter Robert Hoyzer. Auch in mündlichen Prüfungen ist dieses Thema - nicht zuletzt, da viele Prüfer sicher Fußballfans sind - angesprochen worden. In diesem Aufsatz wird nun die Strafbarkeit insbesondere des Schiedsrichters geprüft, wobei der Verfasser zu dem Ergebnis kommt, dass sich der Schiedsrichter wegen Betruges gegenüber dem DFB strafbar gemacht hat. Auch für Nicht-Sportfreunde lesenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Kubiciel, Michael: "Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2005, 353 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Da der sog. Treubruchstatbestand des § 266 I 2. Fall StGB beim Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht dem Wortlaut nach grundsätzlich jede schädigende Pflichtverletzung als Tathandlung ausreichen lässt, stellt sich die Frage, ob es angesichts der Möglichkeit der zivilrechtlichen Sanktion eines solchen Verhaltens über die Schadensersatzpflicht gem. §§ 280 ff. StGB einer so weitreichenden Strafdrohung bedarf. Der Verfasser bemüht sich im Bereich des Gesellschaftsrechts, in dem entsprechende Verhaltensweisen besonders naheliegend sind, nicht nur die bisherigen Einschränkungsversuche zu systematisieren, sondern über die Bestimmung des typischen Unrechts solchen Verhaltens auch eigene zur tatbestandlichen Reduktion taugliche Kriterien zu entwickeln.