

## Öffentliches Recht

### Standort: Versammlungsrecht

### Problem: Vermutete Volksverhetzung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 16.04.2005  
I BvR 808/05 (BAYVBL 2005, 594)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte die Versammlungsbehörde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO eine Versammlung rechtsgerichteter Veranstalter zum 60. Jahrestag des Kriegsendes verboten, weil sie den Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 IV StGB erfülle. § 130 IV StGB setzt voraus, dass öffentlich oder in einer Versammlung (1.) der öffentlichen Frieden (2.) in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch gestört wird, dass (3.) die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt wird.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 V 1 VwGO hatte das VG die aufschiebende Wirkung des vom Veranstalter eingelegten Widerspruchs unter Auflagen wiederhergestellt. Das OVG lehnte den Antrag hingegen in zweiter Instanz insgesamt ab, weil es zum Merkmal der "Störung des öffentlichen Friedens" meinte, dass eine solche zu vermuten sei, wenn die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt werde, m.a.W. das Vorliegen des dritten Tatbestandsmerkmals des § 130 IV StGB auf das Vorliegen des ersten schließen lasse.

Das BVerfG erteilt dieser Ansicht im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG eine deutliche Absage. Eine solche "Vermutung" könne es schon deshalb nicht geben, weil im Strafrecht die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale positiv festgestellt werden müsse, um dem Schuldgrundsatz zu genügen. Darüber hinaus könne auch die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG nicht aufgrund von Vermutungen eingeschränkt werden, sondern nur bei einer konkreten, im Rahmen einer Prognose als wahrscheinlich erkannten Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung besitzt schon allein deshalb Prüfungsrelevanz, weil der in ihr angesprochene § 130 IV StGB erst kürzlich (aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches vom 24.3.2005 - BGBl. I, S. 969 - mit Wirkung zum 01.04.2005) neu gefasst worden ist. Ferner haben Verbote von rechtsgerichteten Versammlungen

in Rechtsprechung, Literatur und Examen ohnehin seit Jahren Konjunktur, wie die lange Liste von Vertiefungshinweisen zu diesem Thema beweist.

Der Fall zeigt darüber hinaus das Zusammenspiel von öffentlichem Recht und Strafrecht. Zu den Schutzgütern der "öffentlichen Sicherheit" i.S.d. § 15 I VersG gehört das geschriebene Recht, das wiederum die Strafgesetze umfasst. Droht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes eines Strafgesetzes, ist auch die öffentliche Sicherheit gefährdet. Dabei ist das Strafgesetz nach seinen eigenen Regeln zu prüfen, d.h. es ist auch in einer öffentlich-rechtlich geprägten Aufgabenstellung inzidenter allen strafrechtlichen Problemen nachzugehen, die sich im objektiven Tatbestand der einschlägigen Norm stellen können. Eine nach eigenen Maßstäben abgewandelte Prüfung, wie sie umgekehrt das Strafrecht bei öffentlich-rechtlichem Einschlag kennt (etwa bei der "Rechtmäßigkeit der Diensthandlung" im § 113 III StGB, vgl. BGHSt 21, 363), ist nicht angezeigt.

Prozessual sei angemerkt, dass § 15 I VersG nur die Versammlungsbehörde (also die Exekutive) zum Erlass von Auflagen ermächtigt, so dass sich die Frage stellt, warum das Verwaltungsgericht (also die Judikative) hier im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens solche selbst erlassen konnte. Die Antwort gibt § 80 V 4 VwGO.

#### **Vertiefungshinweise:**

Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2004, 434 = DVBl 2004, 697; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584; ferner *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777; *Battis/Grigoleit*, NJW 2004, 3459

Zum Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches vom 24.3.2005: *Leist*, NVwZ 2005, 500

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Waffen-SS"

*Assessorkurs* : "Fieser Verein"

#### **Sachverhalt:**

Am 14. Februar 2005 meldete der Beschwerdeführer für den 16. April 2005 eine inhaltlich im Zusammen-

hang mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs am 8. Mai 1945 stehende Demonstration in Seebad-Ahlbeck unter dem Motto an: "1945 bis 2005: 60 Jahre Befreiungslüge - Wir feiern nicht! Wir klagen an! Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen verjähren nicht, trotz künstlich geschaffener aufgezwungener EG-EU-Gebilde". Die Versammlung sollte als "Trauermarsch in Form einer Flüchtlingskolonne" abgehalten werden. Mit Bescheid vom 12. April 2005 verbot die Landrätin des Landkreises Ostvorpommern - die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens - unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung des angemeldeten Aufzugs mit anschließender Kundgebung sowie etwaige Ersatzveranstaltungen unter dem gleichen Motto. Die Versammlung gefährde die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere wegen Verletzung der Straftatbestände der Volksverhetzung (§ 130 StGB) und der Beleidigung (§ 185 StGB).

Der Beschwerdeführer erhob gegen die Verbotsverfügung Widerspruch und stellte beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Das Gericht gab dem Antrag im wesentlichen statt und führte aus, die Verbotsverfügung erweise sich im Rahmen der summarischen rechtlichen Überprüfung als rechtswidrig. Das Motto der Veranstaltung erfülle, wie näher dargelegt wird, weder den Tatbestand der Volksverhetzung noch den der Beleidigung. Das Verwaltungsgericht erließ unter Ziff. 2 seines Beschlusses allerdings Auflagen, und zwar hinsichtlich der Routenführung, des zeitlichen Rahmens der Veranstaltung sowie ihrer Begleitumstände (Begrenzung des Einsatzes von Trommeln, der Verwendung von Fahnen und von Lautsprechern sowie das Verbot der Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen sowie des Tragens von Uniformen als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung).

Die gegen die Auflagen gerichtete Beschwerde des Beschwerdeführers wies das Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern zurück. Auf die ebenfalls erhobene Beschwerde der Landrätin änderte es die Entscheidung des Verwaltungsgerichts und lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Die Veranstaltung sei gemäß § 15 Abs. 1 VersG zu verbieten, da der vorgesehene Inhalt der Kundgebung den Tatbestand des § 130 Abs. 4 StGB in der seit dem 1. April 2005 geltenden Fassung verletze. Dies folge aus einem nach Erlass des Beschlusses des Verwaltungsgerichts im Internet unter dem Versammlungsmotto veröffentlichten Text. Es entspreche dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes, diese Internet-Veröffentlichung im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen. Aus dem Text würde deutlich, dass das Ende der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft bedauert werde, indem es dort heiße: "In Wirklichkeit war der 8. Mai 1945 ein Tag des Elends, der Qual und der Trauer. Deutschland, das deutsche

Volk hatte sechs Jahre im gewaltigsten Krieg aller Zeiten um die Existenz gekämpft". Damit würden sowohl die nationalsozialistische Herrschaft als solche wie auch der von ihr geführte Angriffskrieg gerechtfertigt und gebilligt. Billigen sei grundsätzlich als Gutheißen von unter der NS-Herrschaft begangenen Menschenrechtsverletzungen zu verstehen. Dies treffe auf eine Äußerung zu, die den Tag der Befreiung von dieser Herrschaft als "Tag des Elends, der Qual und der Trauer" bezeichne. Eine Rechtfertigung dieser Menschenrechtsverletzungen liege vor, wenn die NS-Gewalt- und Willkürherrschaft kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen als notwendige Maßnahmen gekennzeichnet würden. Dies sei in der Äußerung "Das deutsche Volk hatte sechs Jahre lang im gewaltigsten Krieg aller Zeiten um die Existenz gekämpft" enthalten. Auch eine Störung des öffentlichen Friedens in einer die Würde der Opfer des Nationalsozialismus verletzenden Weise sei gegeben. Zwar reiche eine abstrakte Gefährdung des öffentlichen Friedens nicht aus, vielmehr müsse eine konkrete Störung vorliegen und die Tathandlungen müssten in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise begangen werden. Dabei werde man in der Regel davon ausgehen können, dass das Billigen, Verherrlichen oder Rechtfertigen der die NS-Gewalt- und Willkürherrschaft kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen den Achtungsanspruch sowie die Menschenwürde der Opfer verletze. Im Hinblick auf diese Vermutungsregel sei von einer unmittelbaren Gefahr auszugehen, weil die Veranstaltung die NS-Gewalt- und Willkürherrschaft kennzeichnende Menschenrechtsverletzungen billige und rechtfertige. Rechtsextremistische Propaganda sei zur Vergiftung des politischen Klimas geeignet. Eine entsprechende Friedensgefährdung hafte derartigen an die Öffentlichkeit gebrachten Äußerungen regelmäßig an. Dies gelte in jedem Fall dann, wenn sie in den zeitlichen Zusammenhang mit dem 60. Jahrestag der Befreiung von dem NS-Regime gestellt würden. Sie tangierten dann nicht nur Würde und Ansehen der Überlebenden sowie insbesondere der Ermordeten und ihrer Angehörigen in einem für das ganze Gemeinwesen unerträglichen Maße. Sie stellten auch sonst eine Gefährdung für ein friedliches Zusammenleben dar. Angesichts der eindeutigen Zielrichtung der niedergelegten Äußerungen komme es nicht mehr darauf an, ob der Beschwerdeführer in den Gesprächen mit der Antragsgegnerin und im bisherigen Verwaltungsstreitverfahren selbst eine andere Überzeugung kundgetan habe.

Der Beschwerdeführer hat Verfassungsbeschwerde erhoben und gleichzeitig beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 12. April 2005 gegen die Verbotsverfügung wieder herzustellen. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die angefochtene Verbotsverfügung und der angefochtene Beschluss des Oberverwaltungsgerichts seien rechts-

widrig und verletzt ihn in seinen Grundrechten aus Art. 8 und Art. 5 GG.

### **Aus den Gründen:**

Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird teilweise stattgegeben.

#### **A. Versammlungsverbot**

##### **I. Prüfungsumfang**

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Der Antrag auf Eilrechtsschutz hat allerdings keinen Erfolg, wenn eine Verfassungsbeschwerde unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (vgl. BVerfGE 88, 169 [171 f.]; 91, 328 [332]). Das ist vorliegend nicht der Fall.

Im Eilrechtsschutzverfahren sind die erkennbaren Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde zu berücksichtigen, wenn - wie hier - aus Anlass eines Versammlungsverbots über einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs zu entscheiden ist und ein Abwarten bis zum Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens oder des Hauptsacheverfahrens den Versammlungszweck mit hoher Wahrscheinlichkeit vereitelte. Ergibt die Prüfung im Eilrechtsschutzverfahren, dass eine Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet wäre, läge in der Nichtgewährung von Rechtsschutz der schwere Nachteil für das gemeine Wohl im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfG, NJW 2004, 2814).

##### **II. Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde**

Die dem Bundesverfassungsgericht im Eilrechtsverfahren allein mögliche vorläufige Prüfung lässt eine Rechtgrundlage für das angesprochene Versammlungsverbot nicht erkennen. Die Argumentationen der Antragsgegnerin und des Oberverwaltungsgerichts sind in rechtlicher Hinsicht offensichtlich nicht tragfähig.

##### **1. Angegriffene Entscheidung des OVG**

Das Oberverwaltungsgericht hat der Beschwerde der Antragsgegnerin gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts stattgegeben, weil die zu Grunde liegende Verfügung eines Verbots der Versammlung gemäß § 15 Abs. 1 VersG rechtmäßig sei. Der Inhalt der beabsichtigten Kundgebung verstoße - wie aus der Internet-Veröffentlichung zu entnehmen sei - gegen § 130 Abs. 4 StGB und damit gegen die öffentliche Sicherheit.

#### **2. Summarische Prüfung des BVerfG**

Diese rechtliche Bewertung ist verfassungsrechtlich nicht haltbar.

##### **a. Volksverhetzung nach § 130 IV VwGO**

Die erst jüngst geschaffene Norm des § 130 Abs. 4 StGB definiert das Schutzgut mit drei Tatbestandsmerkmalen: 1) die Störung des öffentlichen Friedens, und zwar 2) in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise, die dadurch erfolgt, dass 3) die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt wird. Eine Strafbarkeit entfällt schon dann, wenn eines dieser Merkmale nicht erfüllt ist. Dem entsprechend ist bei der Anwendung von § 15 Abs. 1 VersG eine auf diesen Straftatbestand bezogene Gefahr für die öffentliche Sicherheit nur anzunehmen, wenn die erwartete Äußerung alle drei Tatbestandsmerkmale erfüllt. Das Versammlungsverbot ist demgegenüber rechtswidrig, wenn sie auch nur eines der Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt. Vorliegend fehlen jedenfalls Anhaltspunkte für eine bevorstehende Störung des öffentlichen Friedens. Damit kann dahinstehen, ob auch die anderen Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind.

##### **b. Anwendung im Versammlungsrecht**

Zwar sieht das Oberverwaltungsgericht, dass die Störung des öffentlichen Friedens konkret vorliegen muss, also eine abstrakte Gefährdung nicht ausreicht. § 130 Abs. 4 StGB ist strafrechtsdogmatisch als so genanntes echtes Erfolgsdelikt ausgestaltet. Daher setzt eine strafrechtliche Verurteilung auf den Fall bezogene Feststellungen dazu voraus, dass eine Störung des öffentlichen Friedens tatsächlich eingetreten ist. Die im ursprünglichen Gesetzentwurf (BTDrucks 15/4832 vom 15. Februar 2005) noch nicht vorgesehene Normierung als Erfolgsdelikt kommt im Normtext zum Ausdruck und ist in den Materialien der Gesetz gewordenen Fassung eindeutig angesprochen worden (BTDrucks 15/5051 vom 9. März 2005, S. 10, 12). Diese Änderung war nicht zuletzt eine Reaktion auf die in der Expertenanhörung in der 56. Sitzung des Innenausschusses vom 7. März 2005 geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung, die bei einem Äußerungsdelikt eine abstrakte Gefährdung ausreichen ließe. Als Grundlage eines Versammlungsverbots nach § 15 Abs. 1 VersG kommt eine durch die bevorstehende Verwirklichung des § 130 Abs. 4 StGB ausgelöste Gefahr für die öffentliche Sicherheit daher nur in Betracht, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass der öffentliche Frieden tatsächlich gestört werden wird.

##### **c. Insbesondere: Keine Vermutung zulässig**

Das Oberverwaltungsgericht macht diese Bezugnahme auf ein echtes Erfolgsdelikt im Zuge der Anwendung des § 15 Abs. 1 VersG aber dadurch hinfällig, dass es

von einer Vermutung ausgeht: Eine unmittelbare Gefahr einer solchen Friedensstörung sei zu vermuten, wenn die Veranstaltung - wie es das Gericht vorliegend annimmt - die die NS-Gewalt- und Willkürherrschaft kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen billige und rechtfertige. Würde eine solche Konstruktion im Rahmen des Strafrechts angewandt, handelte es sich um eine Vermutungsregelung zu Lasten des Täters.

*aa. Verstoß gegen den Schuldgrundsatz*

Derartige strafbegründende Vermutungsregelungen, die ein objektiv nicht festgestelltes Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes aus einem anderen gesetzlich festgeschriebenen Umstand ableiten und dem Angeklagten die Beweislast überbürden, dass die zu seinen Lasten angenommene Tatsache nicht vorgelegen habe, sind mit dem aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG folgenden strafrechtlichen Schuldgrundsatz nicht vereinbar (vgl. Eser, in: Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 833 [845 f.]; Stuckenberg, Untersuchungen zu Unschuldsvermutung, 1998, S. 91; Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 111). Das geltende Strafrecht kennt solche auf eine Tatbestandsvoraussetzung bezogene Vermutungsregelungen dementsprechend nicht. Ein versammlungsrechtliches Verbot aus Anlass des Bestehens einer Straftat kann nicht auf eine Vermutung gestützt werden, die zur Begründung der Verwirklichung des Straftatbestandes nicht herangezogen werden dürfte. Vielmehr muss der Charakter des § 130 Abs. 4 StGB als Erfolgsdelikt in der Weise berücksichtigt werden, dass bei der versammlungsrechtlichen Prüfung einer Gefahr die Friedensstörung nach den erkennbaren Umständen tatsächlich unmittelbar bevorsteht.

*bb. Verstoß gegen Art. 8 I 1 GG*

Dies entspricht im Übrigen auch versammlungsrechtlichen Grundsätzen. Mit dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit wäre es nicht vereinbar, eine Versammlung zu verbieten, weil der Veranstalter nicht bewiesen hat, eine Äußerung werde nicht zur Verletzung des Rechtsguts - hier des öffentlichen Friedens - führen.

Von diesen Anforderungen abgesehen, hält das Oberverwaltungsgericht sich nicht einmal an seine eigenen Annahmen. Es nimmt dem Antragsteller nämlich die Möglichkeit, dieser Vermutung entgegen zu treten. So soll es nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts

nicht darauf ankommen, ob er in den Gesprächen mit der Antragsgegnerin oder im bisherigen Verwaltungsstreitverfahren eine andere Überzeugung kundgetan habe. Es wird also gar nicht erst geprüft, ob tatsächliche Umstände vorliegen, die geeignet sind, die vom Oberverwaltungsgericht angenommene Vermutung zu entkräften. Hinzu kommt, dass das Oberverwaltungsgericht seine Subsumtion nicht auf die schon in das Verfahren eingeführten Umstände zu Inhalt und Ablauf der Versammlung gestützt hat, sondern auf eine Internet-Veröffentlichung, die es dem Beschwerdeführer zurechnet, ohne dass er Gelegenheit hatte, die Vermutung zu widerlegen.

*B. Auflagen*

Soweit der Beschwerdeführer allerdings uneingeschränkt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs verlangt, war sein Antrag abzulehnen.

*I. Auslegung des Antrags*

Der Antrag ist dahingehend zu verstehen, dass der Beschwerdeführer sich gegen sämtliche im Ausgangsverfahren getroffenen Entscheidungen wendet, mithin auch einstweiligen Rechtsschutz gegen die vom Verwaltungsgericht tenorierten Auflagen begehrt. Zwar bezeichnet er in seiner Begründung ausdrücklich nur die Verbotsverfügung und den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts als verfassungswidrig. Er hatte jedoch gegen die verwaltungsgerichtliche Entscheidung wegen der dort enthaltenen Auflagen Beschwerde eingelegt und verlangt nunmehr uneingeschränkt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs.

*II. Keine schweren Nachteile durch die Auflagen*

Das Bundesverfassungsgericht bezieht in die Entscheidung zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs die Auflagen ein, die das Verwaltungsgericht gemäß § 80 Abs. 5 Satz 4 VwGO vorgesehen hat. Der nach § 32 Abs. 1 BVerfGG voraussetzende "schwere Nachteil" ist hinsichtlich dieser Auflagen nicht erkennbar. Das Grundanliegen des Beschwerdeführers, die angemeldete Demonstration durchzuführen, ist durch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erfüllt. Auch hat er im vorliegenden Verfahren nicht dargelegt, die angegriffenen Auflagen hätten ein solches Gewicht, dass auch insofern eine einstweilige Anordnung zu erlassen sei.

**Standort: Allg. Persönlichkeitsrecht****Problem: Kollision mit Meinungsfreiheit**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 25.10.2005  
1 BvR 1696/98 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Kollidieren zwei Grundrechte, ist nach st.Rspr. des BVerfG ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen nach dem Grundsatz der "praktischen Konkordanz" zu suchen. Dieser besagt, dass nicht nach dem Vorrang des einen oder anderen Grundrechts zu fragen ist, sondern eine Lösung des Interessenkonflikts gefunden werden muss, die beiden Grundrechten ein Maximum an Entfaltungsmöglichkeit belässt.

Ein häufiger Fall derartiger Grundrechtskollision ist die Meinungsfreiheit des einen (Art. 5 I 1, 1. Hs GG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des anderen (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG), wenn ehrverletzende Behauptungen aufgestellt werden. Das BVerfG war in der Vergangenheit schon oft mit derartigen Fällen befasst. Anhand des vorliegenden Falles des ehemaligen Ministerpräsidenten von Brandenburg, Manfred Stolpe, der sich gegen die Behauptung eines CDU-Politikers wehrte, Stolpe habe der Stasi gedient, präzisiert und erweitert das BVerfG seine Rechtsprechung um eine interessante Variante:

1. Für Sanktionen aufgrund von in der Vergangenheit getätigten, mehrdeutigen Äußerungen müssen die Gerichte zur Wahrung der Meinungsfreiheit des Äußernden immer die für ihn günstigste, mildeste Deutungsvariante zugrunde legen. Nur wenn auch diese noch strafbar ist, darf er verurteilt werden. Sobald - anders formuliert - also auch nur eine Deutungsmöglichkeit existiert, die nicht strafbar wäre, darf er nicht verurteilt werden. Gleiches gilt für zivilrechtliche Sanktionen, wie etwa Schadensersatz aus deliktischen Ansprüchen (§ 823 II BGB).

2. Im Fall Stolpe ging es aber nicht um Sanktionen für die Vergangenheit, sondern um einen Unterlassungsanspruch gegen zukünftige Äußerungen, also Prävention und nicht Repression. Der BGH hatte als Fachgericht letzter Instanz die Maßstäbe für repressive Maßnahmen auch auf diese Variante angewendet, die für den Äußernden *günstigste* Deutungsvariante angenommen und auf deren Basis einen Unterlassungsanspruch verneint. Dem tritt das BVerfG offen entgegen. Der Äußernde habe es in der Hand, seine Meinung zu konkretisieren, wenn es um zukünftiges Handeln gehe. Drücke er sich nicht präzise aus, gehe das zu seinen Lasten. Deshalb müsse für zukünftiges Handeln immer die für den Äußernden *ungünstigste* Deutungsvariante zugrunde gelegt werden. Es sei ihm zuzumuten, notfalls auf die unsichere Tatsachengrundlage seiner Behauptung hinzuweisen, wenn er sie denn

weiterhin aufzustellen gedenke.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Unterscheidung zwischen vergangener (Repression) und zukünftiger Äußerungen (Prävention) ist - soweit ersichtlich - bisher in dieser Deutlichkeit nicht formuliert worden. Sie wird künftig in Rechtsprechung und Literatur Einzug halten und besitzt daher hohe Examensrelevanz, zumal das Problem der Grundrechtskollision ohnehin sehr examensrelevant ist.

Auf einige Randaspekte der Entscheidung sei noch hingewiesen:

1. In einem Gutachten hätte schon die Beschwerdebefugnis im Rahmen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (§ 90 I BVerfGG) problematisiert werden müssen. Es handelte sich nämlich um eine Meinungsäußerung unter Privaten, denn weder handelte der Äußernde in amtlicher Eigenschaft, noch wurde Stolpe als Amtsträger angegriffen. Unter Privaten gelten die Grundrechte bekanntlich wegen Art. 1 III GG nicht unmittelbar, so dass fraglich ist, ob die geforderte Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch ein zivilgerichtliches Urteil, das einen Rechtsstreit unter Privaten entscheidet, überhaupt gegeben sein kann. Eine Möglichkeit wäre gewesen, auf die mittelbare Wirkung der Grundrechte unter Privaten über die Generalklauseln des Zivilrechts - hier etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 I BGB oder die Meinungsfreiheit als "berechtigte Interesse" i.S.d. § 193 StGB - abzustellen. Das BVerfG wählt hingegen den Weg über die den Grundrechten immanente Schutzpflicht des Staates. Art. 1 III GG verpflichtet den Staat nicht nur, sich selbst jeder Grundrechtsverletzung zu enthalten, sondern auch zum Schutz der Grundrechte aktiv zu werden. Für die Zivilgerichte bedeute dies u.a., dass sie Unterlassungsansprüche zusprechen müssen, wenn eine Äußerung das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt. Wird eine derartige Klage trotzdem abgewiesen, liegt in der Verletzung der (objektiven) Schutzpflicht zugleich eine Verletzung des (subjektiven) Abwehrrechts des Bürgers, welches die Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG begründet.

2. Bei der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht bleibt das BVerfG auch in Ansehung seiner (neuen) Differenzierung zwischen Repression und Prävention explizit bei der bekannten Unterscheidung zwischen Tatsachen und Werturteilen. Es bestätigt, dass unwahre Tatsachen in aller Regel nicht geäußert werden dürfen. Nimmt man aber - wie hier BVerfG und BGH - eine Tatsachenbehauptung an, hätte vor der Abwägung zwischen Mei-

nungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht geprüft werden müssen, ob die Tatsache überhaupt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt, die ja zunächst nur Werturteile erfasst. Dies ist nach st.Rspr. des BVerfG - von Ausnahmen (z.B. Lügen) abgesehen - jedenfalls dann der Fall, wenn die Tatsache als Grundlage für ein Werturteil dient und/oder untrennbar mit einem solchen verknüpft ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

Allgemeines Persönlichkeitsrecht im Zivilrecht: BVerfG, RA 2004, 537 = NJW 2004, 2371; NJW 1991, 95; NJW 1995, 3303; NJW 2000, 1021; RA 2000, 414 = NJW 2000, 1895; OLG Braunschweig, RA 2001, 85 = NJW 2001, 160

Zur "praktischen Konkordanz" bei Grundrechtskollision: BVerfG, RA 2001, 98 = NJW 2001, 503; VG Gießen, RA 2003, 284 = NJW 2003, 1265

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs : "Die Prinzessin und die Papparazzi"

#### **Leitsatz:**

**Verletzt eine mehrdeutige Meinungsäußerung das Persönlichkeitsrecht eines anderen, scheidet ein Anspruch auf deren zukünftige Unterlassung - anders als eine Verurteilung wegen einer in der Vergangenheit erfolgten Äußerung, etwa zu einer Strafe, zur Leistung von Schadensersatz oder zum Widerruf - nicht allein deshalb aus, weil sie auch eine Deutungsvariante zulässt, die zu keiner Persönlichkeitsbeeinträchtigung führt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer unterhielt in seiner Eigenschaft als Konsistorialpräsident der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg von 1969 bis 1989 Kontakte zum Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR. Im Zusammenhang mit der Volksabstimmung über die Fusion der Länder Berlin und Brandenburg äußerte der seinerzeitige stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU im Berliner Abgeordnetenhaus in einer Fernsehsendung, der Beschwerdeführer habe als „IM-Sekretär“ über 20 Jahre im Dienste der Staatssicherheit gestanden. Die Klage des Beschwerdeführers gegen den CDU-Politiker auf zukünftige Unterlassung dieser Äußerungen wurde in letzter Instanz vom Bundesgerichtshof abgewiesen. Dabei ist das Gericht von einem mehrdeutigen Inhalt der Äußerung ausgegangen. Der Hinweis auf eine Tätigkeit „im Dienst“ des Staatssicherheitsdienstes schließe nicht zwingend die Behauptung ein, der Beschwerdeführer habe auf Grund einer Verpflichtungserklärung im Auftrag des Staatssicherheitsdienstes gearbeitet. Die Äußerung könne vielmehr auch so verstanden werden, dass der Be-

schwerdeführer dem Staatssicherheitsdienst Dienste geleistet habe, in dem er diesem im Rahmen seiner zu ihm bestehenden Kontakte Informationen geliefert habe. Die erforderliche Güterabwägung ergebe, dass das Interesse an der Äußerung überwiege, zumal sich der Beschwerdeführer aus eigenem Entschluss ins Rampenlicht einer öffentlichen Diskussion gestellt habe. Die gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gerichtete Verfassungsbeschwerde war erfolgreich.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. Das Urteil des Bundesgerichtshofs verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

#### **A. Eingriff in den Schutzbereich**

Die Entscheidung berührt den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers.

#### **I. Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt die im Grundgesetz normierten Freiheitsrechte und gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen (vgl. BVerfGE 54, 148 [153]). Der Inhalt dieses Rechts ist nicht allgemein und abschließend umschrieben. Zu den anerkannten Inhalten gehören das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche Ehre (vgl. BVerfGE 54, 148 [153 f.]; 99, 185 [193]). Eine wesentliche Gewährleistung ist der Schutz vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen der Person, insbesondere ihr Bild in der Öffentlichkeit, auszuwirken. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Person insbesondere vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind (vgl. BVerfGE 97, 125 [148 f.]; 99, 185 [193 f.]).

#### **II. Schutzpflicht des Staates**

Der grundrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG bewirkt, dass der Staat gehalten ist, den Einzelnen vor Gefährdungen dieses Rechts durch Dritte zu schützen. Bei der Anwendung der diesem Schutz dienenden zivilrechtlichen Normen haben die Gerichte die grundrechtlichen Maßgaben zu beachten. Verfehlen sie diese, so liegt darin nicht nur eine Verletzung objektiven Verfassungsrechts, sondern auch ein Verstoß gegen die Grundrechte des Betroffenen. Gerichtliche Entscheidungen, die persönlichkeitsrelevante Aussagen zulassen, gegen die sich der Betroffene mit der Begründung wehrt, sie seien falsch, berühren daher das allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. BVerfGE 99,

185 [194 f.]).

### III. Subsumtion

So liegt es hier. Der Bundesgerichtshof verneint den Anspruch des Beschwerdeführers auf Unterlassung der Äußerung, dieser habe als "IM-Sekretär" über 20 Jahre im Dienste der Staatssicherheit gestanden. Die Äußerung ist geeignet, das soziale und politische Ansehen des Beschwerdeführers zu mindern. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs berührt daher dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht.

### B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Durch das Urteil des Bundesgerichtshofs wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers verletzt. Die dem Beschwerdeführer nachteilige Äußerung des Beklagten ist nicht durch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gedeckt.

#### I. Schranke

Zivilrechtliche Grundlage zur Durchsetzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch einen Anspruch auf Unterlassung beeinträchtigender Äußerungen sind § 1004 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 186 StGB. Die Belange der Meinungsfreiheit finden demgegenüber vor allem in § 193 StGB Ausdruck, der bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen eine Verurteilung wegen ehrverletzender Äußerungen ausschließt und - vermittelt über § 823 Abs. 2 BGB, sonst seinem Rechtsgedanken nach - auch im Zivilrecht zur Anwendung kommt (vgl. BVerfGE 99, 185 [195 f.]). Diese Vorschriften tragen dem Umstand Rechnung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht vorbehaltlos gewährleistet ist. Nach Art. 2 Abs. 1 GG wird es durch die verfassungsmäßige Ordnung einschließlich der Rechte anderer beschränkt. Zu diesen Rechten gehört auch die Freiheit der Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

#### II. Schranken-Schranke

Auch diese ist nicht vorbehaltlos garantiert. Sie findet nach Art. 5 Abs. 2 GG ihre Schranken unter anderem in den allgemeinen Gesetzen und in dem Recht der persönlichen Ehre.

### III. Praktische Konkordanz zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit

Bei der Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften müssen die zuständigen Gerichte die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198 [205 ff.]; 85, 1, [13]; stRspr). Die Zivilgerichte verstehen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als einen offenen Tatbestand, bei dem die Feststellung einer rechtswidrigen Verletzung eine ord-

nungsgemäße Abwägung voraussetzt (vgl. BGHZ 45, 296 [307 f.]; 50, 133 [143 f.]; 73, 120 [124]). In Fällen der vorliegenden Art ist eine Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die Äußerung einerseits und der Einbuße an Meinungsfreiheit durch die Untersagung der Äußerung andererseits vorzunehmen. Im Zuge der Abwägung sind die grundrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Maßgebend wird dabei eine Reihe von Prüfungspunkten und Vorzugsregeln, die in der Rechtsprechung entwickelt worden sind, um eine größtmögliche Wahrung der beiderseitigen grundrechtlichen Positionen und Interessen bei der Beurteilung und Entscheidung über Fälle von Meinungsäußerungen zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 61, 1 [8 ff.]; 85, 1 [14 ff.]; 93, 266 [293 ff.]; 99, 185 [196 ff.]). Das Ergebnis dieser Abwägung lässt sich wegen der Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls nicht generell und abstrakt vorausbestimmen.

#### 1. Bei mehrdeutigen Äußerungen

Weichenstellend für die Prüfung einer Grundrechtsverletzung ist die Erfassung des Inhalts der Aussage, insbesondere die Klärung, in welcher Hinsicht sie ihrem objektiven Sinn nach das Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers beeinträchtigt. Maßgeblich für die Deutung ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums hat (vgl. BVerfGE 93, 266 [295]; BGHZ 95, 212 [215]; 132, 13 [19]). Fern liegende Deutungen sind auszuschließen (vgl. BVerfGE 93, 266 [296]). Ist der Sinn unter Zugrundelegung dieses Maßstabs eindeutig, ist er der weiteren Prüfung zu Grunde zu legen. Zeigt sich aber, dass ein unvoreingenommenes und verständiges Publikum die Äußerung als mehrdeutig wahrnimmt oder verstehen erhebliche Teile des Publikums den Inhalt jeweils unterschiedlich, ist bei der weiteren Prüfung von einem mehrdeutigen Inhalt auszugehen.

Vorliegend hat der Bundesgerichtshof Mehrdeutigkeit angenommen. Er hat seiner Entscheidung jedoch die vom Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung von straf- und zivilrechtlichen Sanktionen wegen in der Vergangenheit erfolgter mehrdeutiger Meinungsäußerungen entwickelten Maßstäbe zu Grunde gelegt, ohne zu berücksichtigen, dass sie auf Ansprüche auf Unterlassung zukünftiger Äußerungen nicht in gleicher Weise anwendbar sind. Daher ist schon der Ausgangspunkt der rechtlichen Bewertung verfehlt. Auch die auf dieser Grundlage vom Bundesgerichtshof vorgenommene Abwägung widerspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

#### a. Repression

Das Bundesverfassungsgericht geht bei der Überprü-

fung von straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen wegen in der Vergangenheit erfolgter Meinungsäußerungen von dem Grundsatz aus, dass die Meinungsfreiheit verletzt wird, wenn ein Gericht bei mehrdeutigen Äußerungen die zu einer Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde legt, ohne vorher mit schlüssigen Gründen Deutungen ausgeschlossen zu haben, welche die Sanktion nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. BVerfGE 82, 43 [52]; 93, 266 [295 ff.]; 94, 1 [9]). Lassen Formulierungen oder die Umstände der Äußerung eine nicht das Persönlichkeitsrecht verletzende Deutung zu, so verstößt ein Strafurteil oder ein die Verurteilung zum Schadensersatz, zum Widerruf oder zur Berichtigung aussprechendes zivilgerichtliches Urteil nach dieser Rechtsprechung gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 43, 130 [136]; 93, 266 [296] - zur strafrechtlichen Verurteilung -; BVerfGE 85, 1 [18]; 86, 1 [11 f.] - zur zivilrechtlichen Verurteilung). Müsste der sich Äußernde befürchten, wegen einer Deutung, die den gemeinten Sinn verfehlt, mit staatlichen Sanktionen belegt zu werden, würden über die Beeinträchtigung der individuellen Meinungsfreiheit hinaus negative Auswirkungen auf die generelle Ausübung des Grundrechts der Meinungsfreiheit eintreten. Eine staatliche Sanktion könnte in einem solchen Fall wegen ihrer einschüchternden Wirkung die freie Rede, freie Information und freie Meinungsbildung empfindlich berühren und damit die Meinungsfreiheit in ihrer Substanz treffen (vgl. BVerfGE 43, 130 [136] 54, 129 [136] 94, 1 [9]).

#### *b. Prävention*

Ein gleicher Schutzbedarf für die individuelle Grundrechtsausübung und die Funktionsfähigkeit des Meinungsbildungsprozesses besteht indessen nicht bei gerichtlichen Entscheidungen über die Unterlassung zukünftiger Äußerungen. Hier ist im Rahmen der rechtlichen Zuordnung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz zu berücksichtigen, dass der Äußernde die Möglichkeit hat, sich in der Zukunft eindeutig auszudrücken und damit zugleich klarzustellen, welcher Äußerungsinhalt der rechtlichen Prüfung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu Grunde zu legen ist. An diesen Inhalt werden die für die Abwägung bei Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch Werturteile oder Tatsachenbehauptungen in der Rechtsprechung entwickelten Prüfkriterien und Abwägungsmaßstäbe angelegt. Handelt es sich bei der Äußerung um eine Tatsachenbehauptung, wird entscheidend, ob der Wahrheitsbeweis gelingt. Bei Werturteilen wird maßgebend, ob sie als Schmähung, Formalbeleidigung oder Verletzung der Menschenwürde anzusehen und deshalb zu unterlassen sind oder, wenn dies zu verneinen ist, ob sie im Rahmen einer Abwägung dem Persönlichkeitsschutz vorgehen (vgl. BVerfGE 90, 241 [248 f.]; 93, 266 [293 f.]).

*aa. Eigene Entscheidungsmöglichkeit des Äußernden*  
Ist der Äußernde nicht bereit, der Aussage einen eindeutigen Inhalt zu geben, besteht kein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund, von einer Verurteilung zum Unterlassen nur deshalb abzusehen, weil die Äußerung mehrere Deutungsvarianten zulässt, darunter auch solche, die zu keiner oder nur einer geringeren Persönlichkeitsverletzung führen. Der Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht sind vielmehr alle nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten zu Grunde zu legen, die dieses Recht beeinträchtigen. Dem Äußernden steht es frei, sich in Zukunft eindeutig zu äußern und - wenn eine persönlichkeitsverletzende Deutungsvariante nicht dem von ihm beabsichtigten Sinn entspricht - klarzustellen, wie er seine Aussage versteht. Eine auf Unterlassung zielende Verurteilung des Zivilgerichts kann der Äußernde nach der Rechtsprechung vermeiden, wenn er eine ernsthafte und inhaltlich ausreichende Erklärung abgibt, die mehrdeutige Äußerung, der eine Aussage mit dem persönlichkeitsverletzenden Inhalt entnommen werden kann, nicht oder nur mit geeigneten Klarstellungen zu wiederholen (allgemein zur Abwendung der Verurteilung zur Unterlassung vgl. BGHZ 14, 163 [167]; 78, 9 [20]; BGH, NJW 1994, 1281 [1283]; Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 12 Rn. 20 f.).

#### *bb. Kein Einschüchterungseffekt*

Anders als bei straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen, die nachträglich an eine schon gefallene Äußerung anknüpfen, ist ein den Prozess freier Meinungsäußerung und -bildung beeinträchtigender Einschüchterungseffekt durch diese Anforderungen an den sich Äußernden nicht zu erwarten. Sein Selbstbestimmungsrecht über den Inhalt der Äußerung bleibt gewahrt. Zugleich wird der Schutz des Persönlichkeitsrechts des nachteilig Betroffenen gewährleistet. Der Äußernde kann sein Äußerungsanliegen in freier Selbstbestimmung in einer das Persönlichkeitsrecht nicht verletzenden Art und Weise weiterverfolgen. Sieht er sich dazu nicht in der Lage, trifft er auf die im Persönlichkeitsschutz begründete Schranke der Meinungsäußerungsfreiheit.

#### *c. Subsumtion*

Der Bundesgerichtshof hat der vom Beschwerdeführer und vom Berufungsgericht zu Grunde gelegten Deutungsvariante eine andere gegenübergestellt und die rechtliche Beurteilung der Persönlichkeitsverletzung allein an ihr vorgenommen. Dadurch hat er seine Entscheidung nicht an den für Unterlassungsansprüche maßgebenden Grundsätzen ausgerichtet.

#### *aa. BGH: Für den Äußernden günstigste Deutungsvariante*

Der Beschwerdeführer und das Berufungsgericht ver-



stehen die Aussage des Beklagten als Behauptung, er habe auf Grund einer ausdrücklichen oder konkludenten Verpflichtungserklärung im Auftrag des Staatssicherheitsdienstes gearbeitet und Informationen über Dritte an diesen als "Dienstherrn" zu dessen Nutzen weitergegeben. Der Bundesgerichtshof hält diese Auslegung zwar für vertretbar, hat aber als weitere Deutungsvariante angenommen, die Äußerung enthalte die Aussage, der Beschwerdeführer habe dem Staatssicherheitsdienst Dienste geleistet, indem er diesem im Rahmen seiner zu ihm bestehenden Kontakte entsprechend dessen Erwartungen Informationen über Dritte oder bestimmte Vorgänge geliefert habe; hierbei habe er in Kenntnis dessen, dass diese Informationen dem Staatssicherheitsdienst dienlich, also nützlich gewesen seien, der Sache nach wie ein Beauftragter gehandelt. Dieses Verständnis der Äußerung lasse sich jedenfalls nicht ausschließen.

*bb. BVerfG: Für den Äußernden ungünstigste Deutungsvariante*

Der Bundesgerichtshof hat diese Deutungsvariante in Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht für straf- und zivilrechtliche Sanktionen entwickelten Rechtsprechung auch für den streitgegenständlichen Unterlassungsanspruch zu Grunde gelegt. Damit hat er dem Unterschied zivilrechtlicher Ansprüche auf Unterlassung zukünftiger Äußerungen gegenüber straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen für eine in der Vergangenheit erfolgte Äußerung nicht Rechnung getragen. Der Prüfung hätte die das Persönlichkeitsrecht stärker verletzende Deutungsvariante zu Grunde gelegt werden müssen. Bereits wegen des unzutreffend gewählten Ausgangspunkts sind die hier maßgeblichen verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlt worden. Die unzutreffende Wahl des Ausgangspunkts der Prüfung hat sich zum Nachteil des Beschwerdeführers auf die Abwägung der betroffenen Rechtsgüter ausgewirkt.

*2. Bei Tatsachenbehauptungen*

Diese entspricht auch im Übrigen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in jeder Hinsicht. Die Aussage, der Beschwerdeführer habe als "IM-Sekretär" im Dienste des Staatssicherheitsdienstes gestanden, ist - wie auch der Bundesgerichtshof feststellt - eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung. Da es sich um eine Tatsachenbehauptung handelt, ist sie dem Wahrheitsbeweis zugänglich.

*a. Beweislast beim Äußernden*

Beweisbelastet für die Richtigkeit einer persönlichkeitsverletzenden Tatsachenbehauptung ist nach der fachrichterlichen Rechtsprechung derjenige, der sie aufstellt (vgl. BGHZ 132, 13 [23]). Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 186 StGB, dessen Anwendung im Äußerungsrecht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Für die Verbreitung unwahrer

Tatsachenbehauptungen gibt es in der Regel keinen rechtfertigenden Grund (vgl. BVerfGE 61, 1 [8]; 94, 1 [8]; 99, 185 [197]). Grundsätzlich tritt die Meinungsfreiheit daher bei Tatsachenbehauptungen, die bewusst unwahr oder erwiesenermaßen falsch sind, hinter das Persönlichkeitsrecht zurück (vgl. BVerfGE 85, 1 [17]).

*b. Bei "non liquet" Maßstab des § 193 StGB anzulegen*

Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts ist die Wahrheit oder Unwahrheit im Hinblick auf die von ihm zu Grunde gelegte, dem Beklagten ungünstigere Deutungsvariante nicht feststellbar. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist der Wahrheitsbeweis ebenso wenig für die dem Beklagten günstigere Deutung seiner Äußerung erbracht. Es war somit bei jeder der Deutungsvarianten von einem "non liquet" auszugehen.

Für die Verbreitung von Tatsachenbehauptungen, deren Wahrheitsgehalt nicht endgültig festgestellt werden kann, prüft die Rechtsprechung der Zivilgerichte den Ausgleich zwischen den Anforderungen der Meinungsfreiheit und den Belangen des Persönlichkeitschutzes daran, ob der Äußernde die Anforderungen erfüllt hat, die bei der Verbreitung von Tatsachenbehauptungen ungeklärten Wahrheitsgehalts an eine Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) zu stellen sind (vgl. BGH, NJW 1987, S. 2225 [2226] m.w.N.). Jedenfalls in Fällen, in denen es um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit geht, kann nach dieser Rechtsprechung auch eine möglicherweise unwahre Behauptung demjenigen, der sie aufstellt oder verbreitet, so lange nicht untersagt werden, wie er vor der Aufstellung und Verbreitung seiner Behauptung hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt angestellt hat (vgl. BGHZ 132, 13 [23 f.]).

Gegen die Entwicklung derartiger Pflichten bestehen verfassungsrechtlich keine Einwände, sofern der Umfang dieser Sorgfaltspflichten von den Fachgerichten im Einklang mit den grundgesetzlichen Anforderungen bemessen wird (vgl. BVerfGE 99, 185 [198]). Die Fachgerichte dürfen deshalb einerseits an die Wahrheitspflicht im Interesse der Meinungsfreiheit keine Anforderungen stellen, die die Bereitschaft zum Gebrauch des Grundrechts herabsetzen und so auf die Meinungsfreiheit insgesamt einschnürend wirken können (vgl. BVerfGE 54, 208 [219 f.]; 85, 1 [17]). Sie haben andererseits aber auch zu berücksichtigen, dass die Wahrheitspflicht Ausdruck der Schutzpflicht ist, die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt (vgl. BVerfGE 12, 113 [130]; 99, 185 [198]). Liegt ein schwerwiegender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vor, sind deshalb hohe Anforderungen an die Erfüllung der Sorgfaltspflicht zu stellen (vgl. BGHZ 95, 212 [220]; 132, 13 [24]). Diese sind verletzt, wenn sich der Äußernde selektiv und ohne dass dies für die

Öffentlichkeit erkennbar wäre, allein auf dem Betroffenen nachteilige Anhaltspunkte stützt und hierbei verschweigt, was gegen die Richtigkeit seiner Behauptung spricht (vgl. BVerfGE 12, 113 [130 f.]; BGHZ 31, 308 [318]).

*c. Subsumtion*

Diesen Anforderungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist der Bundesgerichtshof bei der Bemessung des Umfangs der Wahrheits- und Sorgfaltspflicht des Beklagten nicht einmal von seinem eigenen Ausgangspunkt her bei der minder eingriffsintensiven Deutung der in Frage stehenden Äußerung gerecht geworden. Erst recht sind sie nicht bei der vorliegend maßgebenden Deutungsvariante erfüllt.

*aa. Öffentlichkeitsbezug irrelevant*

Zu Unrecht beruft sich der Bundesgerichtshof auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn er meint, der Beschwerdeführer müsse die nicht erwiesene Behauptung schon deshalb auch für die Zukunft hinnehmen, weil diese eine Stellungnahme in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Angelegenheit betreffe. Auch bei solchen Äußerungen sind die schon erwähnten Sorgfaltsanforderungen zur Sicherung des grundrechtlichen Schutzanspruchs zu beachten.

*bb. Eigene Nachforschungsmöglichkeiten irrelevant*

Diese sind vorliegend nicht schon dadurch erfüllt, dass dem Beklagten keine Nachforschungen möglich waren, die über den bereits allgemein bekannten Kenntnisstand hinausführten. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar anerkannt, dass der dem Äußernden neben seiner Wahrheits- und Sorgfaltspflicht obliegenden erweiterten Darlegungslast für ehrenrührige Behauptungen durch den Verweis auf unwidersprochene Pressemitteilungen genügt werden kann (vgl. BVerfGE 85, 1 [21 ff.]). Jedoch gilt dies nur, wenn diese Presseberichte zur Stützung der aufgestellten Behauptung geeignet sind (vgl. BVerfGE 99, 185 [199]). Ist dem Äußernden bekannt, dass die Richtigkeit der verbreiteten Behauptung in Frage gestellt ist, so kann er sich auf diese Berichterstattung nicht stützen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 23. Februar 2000 - 1 BvR 456/95 -, NJW-RR 2000, S. 1209 [1211]). Die Wahrheitspflicht geht somit über die Verpflichtung hinaus, die dem Äußernden offen stehenden Nachforschungsmöglichkeiten auszuschöpfen.

*cc. Vielmehr Möglichkeit zur Kenntlichmachung der unsicheren Tatsachengrundlage entscheidend*

Der Äußernde muss kenntlich machen, wenn von ihm verbreitete Behauptungen durch das Ergebnis seiner Nachforschungen nicht gedeckt sind. Eine nach seinem Kenntnisstand umstrittene oder zweifelhafte Tatsache darf er nicht als feststehend hinstellen (vgl. BVerfGE 12, 113 [130 f.]; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 23. Februar 2000 - 1 BvR 456/95 -, NJW-RR 2000, S. 1209 [1211]; BGHZ 132, 13 [24]).

Vorliegend war die Art der Tätigkeit des Beschwerdeführers im Kontakt mit dem Staatssicherheitsdienst selbst für die vom Bundesgerichtshof gefundene weniger eingriffsintensive Deutungsvariante streitig. Die auch von öffentlichen Stellen verbreiteten Aussagen hierzu waren ebenso wie die Medienberichterstattung kontrovers. Zu beurteilen war nicht die Verbreitung einer konkreten Tatsachenbehauptung auf Grund einer in den Medien unwidersprochen verbreiteten Meldung, sondern die selektive Darstellung allein einer bestimmten Sicht auf die bekannten Tatsachen als zutreffend. Über deren Richtigkeit aber herrschte Streit.

Von dem Äußernden ist im Interesse des Persönlichkeitsschutzes des Betroffenen zu verlangen, dass er dann, wenn er sich eine bestimmte, das Persönlichkeitsrecht verletzende Sicht auf bekannte Tatsachen zu Eigen macht, zum Ausdruck bringt, dass diese Sicht umstritten und der Sachverhalt nicht wirklich aufgeklärt ist. Steht die Wahrheit nicht fest und lässt sie sich auch nicht mit hinreichender Sorgfalt ermitteln, hat der Äußernde jedenfalls Sorgfalt auf die Wiedergabe des Kenntnisstandes zu verwenden. Hiervon war der Beklagte auch nicht schon wegen der durch den Bundesgerichtshof angeführten Erwägung entbunden, der Beschwerdeführer habe sich aus eigenem Entschluss in das Rampenlicht der Öffentlichkeit begeben und der Beklagte habe seine Behauptung nicht etwa ohne jeden Anhaltspunkt aufgestellt, wie die bekannten Indizien über die Kontakte des Beschwerdeführers mit dem Staatssicherheitsdienst zeigten. Es führt nicht zu einer mit der Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede unvereinbaren Überspannung der Wahrheitspflicht des Beklagten, wenn dieser, falls er künftig erneut Stellung nehmen will, offen legen muss, dass eine gesicherte Tatsachengrundlage für die von ihm aufgestellte Behauptung fehlt.

**Standort: Baurecht****Problem: Nicht erforderlicher Bebauungsplan**

BAYVGH, URTEIL VOM 31.03.2004  
I N 01.1157 (BAYVBL 2005, 600)

**Problemdarstellung:**

Gem. Art. 28 II GG genießen die Gemeinden Selbstverwaltungsautonomie. Ein Ausfluss derselben ist ihre Planungshoheit, die u.a. durch die Aufstellung von Bauleitplänen nach § 1 II BauGB ausgeübt wird. § 1 III BauGB bestimmt, dass Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen haben, "soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist". Der BayVGH hatte nun im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 I Nr. 1 VwGO einen Bebauungsplan - nach § 1 II BauGB ein Unterfall des Bauleitplans - zu überprüfen, der nicht geeignet war, das von der Gemeinde mit seinem Erlass angestrebte Ziel zu erreichen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass es deshalb auch nicht "erforderlich" i.S.d. § 1 III BauGB und deshalb unwirksam war.

**Prüfungsrelevanz:**

Von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Bebauungsplans hängen zahllose baurechtliche Rechtsfolgen ab, die hier nur kurz umrissen werden können. Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrages nach § 47 I Nr. 1 VwGO sind nur ein Beispiel. Darüber hinaus richtet sich die *Genehmigungsfähigkeit* eines Vorhabens bauplanungsrechtlich im Geltungsbereich eines (wirksamen) Bebauungsplans nach § 30 BauGB, ansonsten nach §§ 34 oder 35 BauGB. Schon die *Genehmigungspflichtigkeit* bestimmter Vorhaben kann nach Landesrecht davon abhängen, ob ein Bebauungsplan existiert oder nicht (vgl. z.B. § 67 BauO NRW). Es kann also etwa im Rahmen eines Anspruchs auf Erteilung einer Baugenehmigung oder einer Nachbarklage gegen eine solche nötig sein, einen Bebauungsplan inzidenter auf seine Wirksamkeit zu überprüfen.

Zur in den Entscheidungsgründen nicht wiedergegebenen Zulässigkeit des Normenkontrollantrags sei angemerkt, dass der hier einschlägige § 1 III BauGB kein subjektiv-öffentliches Recht Dritter ist und daher für sich genommen keine Antragsbefugnis i.S.d. § 47 II 1 VwGO begründen kann. Anders ist dies nach heute ganz h.M. aber bzgl. der Abwägung privater und öffentlicher Belange i.S.d. § 1 VII VwGO, die hier - wie sich den Entscheidungsgründen am Rande entnehmen lässt - ebenfalls gerügt worden war.

Die im Urteil am Ende enthaltenen Ausführungen zur Differenzierung zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit des Bebauungsplans sind übrigens überholt. Nach dem Wegfall des § 215 a BauGB, der diese Differenzierung enthielt, hat man auch das Prozess-

recht in § 47 V VwGO angepasst, der jetzt generell von "unwirksam" spricht.

**Vertiefungshinweise:**

Normenkontrollanträge gegen Bebauungspläne: *OVG NRW*, RA 2003, 585 = *NVwZ-RR* 2003, 667; *BayVGH*, *NVwZ-RR* 2003, 669

Heilung von Mängeln des Bebauungsplans im ergänzenden Verfahren: *BVerwG*, RA 2001, 123 = *NVwZ* 2001, 203; RA 2000, 371 = *NVwZ* 2000, 676

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Alles nur eine Frage der Form"

**Leitsatz:**

**Ein Bebauungsplan ohne Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung, mit dem auf einem Außenbereichsgrundstück Baurecht für eine nicht privilegierte Wohnbebauung geschaffen werden soll, ist nicht erforderlich (§ 1 Abs. 3 BauGB), weil er als einfacher Bebauungsplan (§ 30 Abs. 3 BauGB) ungeeignet ist, das Planungsziel zu erreichen.**

**Sachverhalt:**

Die Gemeinde beabsichtigte, auf dem Außenbereichsgrundstück Flur Nr. 123 eine nicht privilegierte Wohnbebauung zu ermöglichen. Zu diesem Zweck erließ sie den mit dem Normenkontrollantrag angefochtenen Bebauungsplan, der Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung nicht enthielt. Der VGH gab dem Antrag statt.

**Aus den Gründen:**

[...] Der Antrag ist auch begründet. Der Bebauungsplan ist nicht erforderlich. Der Mangel führt zur Feststellung der Unwirksamkeit. Diese kann nicht auf die unmittelbar betroffenen Festsetzungen beschränkt werden.

**A. Erforderlichkeit des B-Plans**

Der Bebauungsplan ist nicht im Sinn von § 1 Abs. 3 BauGB erforderlich, weil er als einfacher Bebauungsplan (§ 30 Abs. 3 BauGB) das Hauptziel der Planung, auf dem Außenbereichsgrundstück Flur Nr. 123 Baurecht für eine nicht privilegierte Wohnbebauung zu schaffen, nicht erreichen kann.

**I. Ziel der Bauleitplanung**

Nach § 1 Abs. 3 BauGB haben die Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Eine Bauleitplanung, die nicht zu einer geordneten städtebaulichen Entwicklung beitragen kann, weil sie

wegen eines nicht ausräumbaren tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisses nicht vollzogen werden kann, erfüllt diese Voraussetzungen nicht (BVerwGE 45, 309 [312]; 117, 287).

### II. Einfacher B-Plan

Dem Vollzug des Bebauungsplans steht ein solches Hindernis im Wege. Durch die Planung ändert sich nämlich nichts an der Unzulässigkeit der angestrebten Bebauung auf Flur Nr. 123. Da der Bebauungsplan keine Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung enthält, handelt es sich um einen einfachen Bebauungsplan im Sinn von § 30 Abs. 3 BauGB. Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben in seinem Geltungsbereich ist somit nicht allein nach den Festsetzungen, sondern nach diesen in Verbindung mit § 34 oder § 35 BauGB zu beurteilen.

### III. Subsumtion

Nach diesem Maßstab bleibt eine Wohnbebauung auf dem Grundstück Flur Nr.123 trotz des Bebauungsplans unzulässig. Die überplante Teilfläche dieses Grundstücks liegt im Außenbereich. Die planungsrechtliche Zulässigkeit der beiden dort vorgesehenen nicht privilegierten Wohngebäude ist somit auch nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen. Danach können sonstige Vorhaben nur dann im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, weil die Wohnhäuser die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigen würden (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Der Begriff der natürlichen Eigenart der Landschaft umfasst den Schutz des Außenbereichs vor einer wesensfremden Nutzung. Die Nebeneinanderstellung der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege mit der Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft in der genannten Vorschrift verdeutlicht, dass letzterer Belang auch dann verletzt sein kann, wenn die für die Bebauung vorgesehene Fläche keine landschaftlichen Besonderheiten aufweist (BayVGh vom 3.1.2002, Az. 1 B 00.129). Die zur Bebauung vorgesehene Teilfläche der

Flur Nr. 123 wird ebenso wie der Rest dieses Grundstücks und die südwestlich hiervon gelegenen Grundstücke landwirtschaftlich genutzt. Diese Nutzung bestimmt die natürliche Eigenart dieser Flächen. Durch die Bebauung mit zwei Wohnhäusern würde diese Eigenart beeinträchtigt.

### B. Fehlerfolge

#### I. Nichtigkeit oder Unwirksamkeit?

Der Verstoß gegen § 1 Abs. 3 BauGB führt zur Feststellung der Unwirksamkeit (§ 47 Abs. 5 Satz 4 Halbsatz 1 VwGO), weil der Mangel in einem ergänzenden Verfahren nach § 215a Abs. 1 Satz 1 BauGB behoben werden kann. Zwar hat die fehlende Erforderlichkeit im Regelfall die Nichtigkeit zur Folge. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch vom Regelfall insofern, als das angestrebte Planungsziel bei Wahl des geeigneten Planungsmittels, nämlich eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 Abs. 1 BauGB), erreichbar erscheint.

Es ist auch nicht erkennbar, dass der Planung andere nicht ausräumbare Hindernisse entgegenstehen würden. Sollten die gerügten Abwägungsmängel vorliegen, so könnten sie ebenso wie Verstöße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz in einem ergänzenden Verfahren ausgeräumt werden.

#### II. Teil oder gesamter B-Plan?

In räumlicher Hinsicht erstreckt sich die Feststellung der Unwirksamkeit auf das gesamte Plangebiet. Zwar würden die Festsetzungen für die im Innenbereich liegenden Grundstücke entlang des A.-Wegs sowie die Festsetzung einer Fläche für die Landwirtschaft auch für sich alleine eine sinnvolle Regelung darstellen. Jedoch ist sowohl dem Aufstellungsbeschluss als auch der Begründung zu entnehmen, dass die Absicht, am F.-Weg neue Bauflächen auszuweisen, das eigentliche Planungsziel war. Ein Bebauungsplan ohne Regelungen für diese Flächen würde somit nicht dem Planungswillen der Antragsgegnerin entsprechen (vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 205).

## Standort: Gewerberecht

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 08.06.2005  
7 PA 88/05 (NVwZ-RR 2005, 712)  
OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 05.07.2005  
6 B 10673/05 (NVwZ-RR 2005, 713)

### Problemdarstellung:

Die beiden nachstehenden Entscheidungen beschäftigen sich mit den Voraussetzungen, unter denen eine Gatsstättenkonzession verweigert (Fall des OVG Lü-

## Problem: Entzug der Gaststättenkonzession

neburg) oder entzogen werden kann (Fall des OVG Koblenz). Hier wie dort kam es auf die Zuverlässigkeit des Gastwirts i.S.d. § 4 I Nr. 1 GastG an, der für die Verweigerung unmittelbar, für den Konzessionsentzug über § 15 I GastG anwendbar ist. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff bedarf zu seiner Konkretisierung einer in die Zukunft gerichteten Prognose. Das Gaststättenrecht ist kein repressives, sondern präventives Recht. Es soll nicht für vergangene Verfehlungen bestrafen, sondern zukünftige Verfehlungen verhindern. Sowohl

zur Verweigerung einer Konzession als auch für deren Entzug ist daher eine negative Zukunftsprognose erforderlich. Vorkommnisse aus der Vergangenheit können zum Fundament dieser Prognose gemacht werden, sind aber eben nur dann relevant, wenn sich in Zukunft eine Wiederholung abzeichnet.

Im Beschluss des OVG Koblenz vom 5.7.2005 war dies noch relativ einfach zu bejahen, da sich die Unzuverlässigkeit dort aus der Förderung der Prostitution ergab und der Konzessionsinhaber trotz aufgedeckter Verstöße keine Besserung erkennen ließ. Interessant sind dort vor allem die Ausführungen zu der Frage, ob und wann Prostitutionsausübung bzw. deren Förderung überhaupt noch zur Unzuverlässigkeit führen können, seit der Gesetzgeber im "Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten" die Ausübung der Prostitution grds. nicht als sittenwidrig eingestuft hat.

Das OVG Lüneburg hatte es in seinem Beschluss vom 8.6.2005 mit der negativen Zukunftsprognose schon deutlich schwerer. Dem Antragsteller - einem verurteilten Totschläger - durfte nach dem zuvor Gesagten nicht einfach unter Hinweis auf die begangene Tat die Konzession verweigert werden; vielmehr musste dargelegt werden, dass sich dergleichen noch einmal wiederholen könnte. Allerdings meint das Gericht, dass an die Prognose um so geringere Anforderungen gestellt werden dürfen, je schwerer der zu befürchtende Schaden ist. Dieser aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht bekannte Grundsatz führte dazu, dass anstatt der sonst erforderlichen konkreten Wahrscheinlichkeit weiterer Verfehlungen bei Delikten gegen das Leben schon die "nicht ganz unwahrscheinliche" Gefahr einer Wiederholung genügt.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Das Gaststättenrecht wird immer wieder als Aufhänger für Examensklausuren genommen. Der Fehler, bei der Unzuverlässigkeit nach § 4 I Nr. 1 GastG allein auf Vorkommnisse in der Vergangenheit abzustellen, statt in die Zukunft zu blicken, ist von Generationen von Studenten begangen worden. Besonders tückisch sind die Fälle, in denen sich während des laufenden Prozesses über den Entzug der Konzession die Umstände ändern, also etwa ein zunächst dem Trunke ergebener (und daher unzuverlässiger) Gastwirt nunmehr nachweist, dass er nach einer Entziehungskur geheilt ist. Hier stellt sich das zusätzliche Problem, auf welchen Zeitpunkt (letzte Behördenentscheidung oder gerichtliche Entscheidung) es ankommt (vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

Hingewiesen sei noch darauf, dass das GastG keine Ermächtigungsgrundlage für die Schließung der Gaststätte enthält. Diese muss ggf. über § 15 II GewO erfolgen, wenn das nach § 2 GastG erlaubnispflichtige Gaststättengewerbe nach Konzessionsentzug weiter

betrieben wird.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Widerruf einer Gaststättenerlaubnis: *BVerwG*, NVwZ 2003, 603; *VG Gießen*, NVwZ-RR 2005, 245; *BayVGH*, NVwZ-RR 2005, 32

Schließung eines erlaubnispflichtigen Gewerbes: *VG Gießen*, RA 1999, 371 = NJW 1999, 1800

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Ausgespielt"

*Examenskurs* : "Stuckateurgewerbe"

### **1. Teil: Beschluss des OVG Lüneburg vom 08.06.2005 (7 PA 88/05)**

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Eine einmalige Bestrafung wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung kann die gaststättenrechtliche Unzuverlässigkeit begründen.**

#### **Sachverhalt:**

Mit dem angefochtenen Bescheid hatte der Bekl. die beantragte Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft wegen des von dem Kl. am 28.8.2003 begangenen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung versagt. Das LG hatte den Kl. wegen dieser Tat am 7.6.2004 zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt; zu deren Verbüßung befindet er sich seit dem 15.4.2005 in der JVA. Die Beschwerde des Kl. blieb ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Der Senat beurteilt die Erfolgsaussichten der Klage nicht anders als das VG. Die Gaststättenerlaubnis ist gem. § 4 I 1 Nr. 1 GaststG zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Ast. die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Bei der danach im Einzelfall anzustellenden Würdigung muss eine bestimmte Wahrscheinlichkeit für die ordnungswidrige Gewerbeausübung sprechen.

#### **A. Gefahrenprognose nach Gewicht des Schutzguts**

Eine einmalige Bestrafung kann die Annahme der Unzuverlässigkeit begründen, wenn die ihr zu Grunde liegende Tat schwerwiegend ist, denn in Fällen der Gefährdung besonders schutzwürdiger Rechtsgüter, z.B. Leben und Gesundheit, können an die hinreichende Wahrscheinlichkeit geringere Anforderungen gestellt werden als bei Rechtsgütern, die nach der grundgesetzlichen Wertordnung weniger gewichtig sind. Bei besonders schutzwürdigen Rechtsgütern kann eine Verletzung auch dann befürchtet werden, wenn die

Möglichkeit des (erneuten) Eintritts wesentlich geringer erscheint als die Möglichkeit des Ausbleibens. Es reicht aus, dass die Gefahr der Verletzung nicht ganz unwahrscheinlich ist (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, Das GaststättenG, 14. Aufl., § 4 Rdnr. 5).

### *B. Totschlag und schwere Körperverletzung als gewichtige Straftaten*

Gemessen an diesen Voraussetzungen haben die zuständigen Behörden und ihnen folgend das VG die erforderliche Zuverlässigkeit mit Recht nicht feststellen können.

Nach den der Verurteilung durch die Schwurgerichtskammer zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen hatte die Lebensgefährtin des Kl., mit der er einen gemeinsamen Sohn hat, eine freundschaftliche Beziehung zu einem Ausbildungskollegen aufgenommen, die sich zu einer Liebesbeziehung entwickelte. Da verschiedene Versuche des Kl., auf eine Beendigung dieser Beziehung hinzuwirken, ohne Erfolg geblieben waren, griff er den Freund seiner Lebensgefährtin bei einem erneuten Treffen der beiden im Zustand höchster Erregung mit einem Messer und der Absicht an, ihn jedenfalls schwerwiegend zu verletzen, wobei er die Tötung des Angegriffenen billigend in Kauf nahm. Dass die dem Angegriffenen beigebrachten Verletzungen nicht schwerwiegender ausfielen und insbesondere keine inneren Organe betrafen, lag ausschließlich an den Abwehrmaßnahmen des dem Kl. körperlich überlegenen Opfers.

### *C. Prognose*

Zwar mag eine ähnliche Tat relativ unwahrscheinlich sein. Dafür spricht, dass sich der Kl. nach den Feststellungen des Strafgerichts bis zu diesem Ereignis als eine eher gewaltscheuende, ängstliche Person gezeigt hatte und strafrechtlich bis dahin nicht in Erscheinung getreten war. Andererseits zeigt das Tatgeschehen, dass der Kl. im Rahmen einer persönlichen Beziehung außerstande war, sein Verhalten zu kontrollieren und um des angestrebten Ziels willen, seine Lebensgefährtin wieder für sich zu gewinnen, die Tötung des Angegriffenen in Kauf genommen hat.

### *I. "Nicht ganz unwahrscheinliche" Wiederholung genügt*

Es ist nach den Gesamtumständen nicht ganz unwahrscheinlich, dass der Kl. in einer ähnlich gelagerten affektiven Ausnahmesituation zu einer vergleichbaren Spontanat fähig wäre. Eine solche Situation ist im Gaststättengewerbe, welches typischerweise durch intensiven persönlichen Kontakt zu vielen Menschen geprägt ist, und angesichts der offenbar angestrebten Stellvertretung/Mitwirkung der Lebensgefährtin in der Gaststätte nicht ganz fern liegend, so dass eine ähnliche Beziehungs- und Eifersuchtstat gegenüber einem etwaigen Verehrer der Lebensgefährtin nicht ausge-

schlossen werden kann. Damit ist nicht gesagt, dass die gewerberechtliche Beurteilung für den Kl. zu einem späteren Zeitpunkt nicht günstiger ausfallen kann.

### *II. Einzelfallprognose entscheidend*

Der Kl. verweist auch mit seiner Berufung auf die Entscheidung des VGH München (VGH München, NVwZ-RR 2005, 32) nicht auf Umstände, die die Vorinstanz verkannt hat und die zu einer anderen Beurteilung hätten führen müssen. In jenem Verfahren hatte die zuständige Behörde mit Bescheid vom 8.7.2003 die im Jahr 1990 erteilte Reisegewerbekarte im Hinblick auf das gegen den Ast. am 16.7.1993 ergangene Urteil wegen Totschlags, begangen an seiner damaligen Lebenspartnerin, mit dem eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren verhängt worden war, unter Sofortvollzugsanordnung widerrufen. Der VGH München hat die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen diesen Widerruf wiederhergestellt, weil keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Ast. in Zukunft bei Ausübung des Reisegewerbes in ähnlicher Weise erneut straffällig werde. Dieser Fall ist mit dem hier zu beurteilenden nicht vergleichbar.

Der VGH München konnte sich bei seiner Prognose auf den Beschluss der Strafvollstreckungskammer vom 16.5.2000 stützen, mit dem die weitere Vollstreckung der Freiheitsstrafe des Ast. zur Bewährung ausgesetzt worden war. Eine vergleichbare Prognose liegt hier zu Gunsten des Kl. nicht vor. Daran fehlt es auch deshalb, weil in jenem Fall der Ast. sich nach seiner Haftentlassung bis zum Widerruf der Reisegewerbekarte über 3 Jahre im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit, bei der er vielfach mit Menschen zu tun hatte, bewährt hatte.

### *2. Teil: Beschluss des OVG Koblenz vom 05.07.2005 6 B 10673/05*

#### *Leitsätze:*

**1. Die Gewerbeabmeldung stellt keinen Verzicht auf die gaststättenrechtliche Erlaubnis dar, der das Rechtsschutzinteresse an einem Eilverfahren gegen den Widerruf der gaststättenrechtlichen Konzession entfallen lassen würde.**

**2. Der Begriff der Unsittlichkeit i.S. des § 4 I 1 Nr. 1 GaststG muss im Lichte des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten bestimmt werden, welches allerdings den Jugendschutz und eine auf der Ermächtigung des Art. 297 I 1 Nr. 3 EGStGB ergangene Verordnung in keiner Weise relativiert.**

**3. Unter "Ausübung der Prostitution" ist nicht lediglich der Vollzug des Geschlechtsverkehrs oder anderer sexueller Handlungen gegen Entgelt zu verstehen, sondern bereits deren Anbahnung. Deshalb müssen insbesondere die Betreiber von "Animierlokalen" sorgfältig darauf achten, dass entgeltliche sexuelle Kontakte in ihren im Sperr-**

## gebiet gelegenen Gaststättenbetrieben nicht angebahnt werden.

### *Sachverhalt:*

Die Beschwerde der Ast. gegen den Beschluss des VG wurde zurückgewiesen.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zulässigkeit*

Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere fehlt es der Ast. nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Sie hat zwar ihre Schankwirtschaft "T.-Bar" zum 30.4.2005 gewerberechtlich abgemeldet. Einen Verzicht auf Ihre gaststättenrechtliche Erlaubnis, der das Rechtsschutzinteresse entfallen lassen würde (vgl. VGH Mannheim, GewArch 1997, 121), stellt die Gewerbeabmeldung jedoch nicht dar.

#### *B. Begründetheit*

In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Die mit ihr dargelegten Gründe, auf die sich die Prüfung gem. § 146 IV 6 der VwGO beschränkt, führen nicht zu einer Abänderung des angefochtenen Beschlusses.

#### *I. Interessenabwägung*

Wie das VG zutreffend ausgeführt hat, überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der gaststättenrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb der "T-Bar" das Interesse der Ast., von dem Vollzug einstweilen verschont zu bleiben.

#### *II. Erfolg in der Hauptsache als Entscheidungskriterium*

Denn die Widerrufsverfügung der Ag. vom 21.4.2005 erweist sich bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen überschlägigen Prüfung der Sach- und Rechtslage als offensichtlich rechtmäßig.

#### *1. Ermächtigungsgrundlage*

Auf dieser Grundlage ist davon auszugehen, dass i.S. des §§ 15 II, 4 I 1 Nr. 1 des GaststG Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Ast. in der "T-Bar" der Unsittlichkeit Vorschub geleistet hat.

#### *2. Tatbestand*

Dies ist auch künftig zu befürchten, zumal die Ast. in dem von ihr vorgelegten Schreiben an Herrn F. keine Änderung ihrer Betriebsführung angekündigt hat. Vielmehr heißt es in der Beschwerdebegründung, die Ast. wolle "nach erfolgreichem Rechtsstreit die Bar im alten Stile wieder eröffnen".

#### *a. Definition der Unsittlichkeit*

In dem angefochtenen Beschluss ist bereits darauf hingewiesen worden, dass der Begriff der Unsittlichkeit i.S. des § 4 I Nr. 1 GaststG im Lichte des Gesetzes zur

Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten - ProstG - bestimmt werden muss. Dieses Gesetzes stellt nach seiner Begründung (BT-Drs. 14/5958, S. 6) klar, "dass bei entgeltlichen sexuellen Handlungen nicht mehr automatisch von Unsittlichkeit ausgegangen werden kann". Dementsprechend hat das BVerwG in seinem Urteil vom 6.11.2002 (NVwZ 2003, 603 = GewArch 2003, 122) bezüglich eines so genannten Swinger-Clubs ausgeführt, ordnungsrechtliches Ziel des § 4 I 1 Nr. 1 GaststG sei nicht der Schutz vor dem sexuellen Geschehen als solchem oder die Verhinderung der Erzielung von Einkünften daraus, sondern vornehmlich der Schutz vor der ungewollten Konfrontation mit derartigen Vorgängen. Demgemäß übernehme der Staat in diesem Bereich auch keine Verantwortung für ein den Normen des Strafrechts und den sozialemischen Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft nicht zuwiderlaufendes Verhalten Erwachsener in einer Gaststätte, wenn dadurch Gefahren für Dritte durch ungewollte Konfrontation nicht zu besorgen sind. Der Tatbestand der Unsittlichkeit sei - von weiteren Fallgestaltungen abgesehen - dann gegeben, wenn durch ein Verhalten schutzwürdige Belange der Allgemeinheit berührt werden.

#### *b. Rechtsverordnungen nach § 297 I 1 Nr. 3 EGStGB als Bestandteil des Schutzguts*

Zu diesen Belangen gehört - anders als die Ast. meint - die Beachtung der Rechtsverordnung zum Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes für den (ehemaligen) Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz vom 14.8.1986 i.d.F. vom 17.2.2004, die die Ausübung der Prostitution in Gemeinden bis zu 50.000 Einwohnern, zu denen auch die Ag. gehört, verbietet. Diese auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 297 I 1 Nr. 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch - EGStGB - beruhende Verordnung wird durch die dargestellte gesetzliche Verbesserung der rechtlichen Situation Prostituiertener nicht berührt (vgl. hierzu auch BVerwG, NVwZ 2005, 597). Denn diese Rechtsverordnung dient nach wie vor dem Jugendschutz, der durch das ProstG in keiner Weise relativiert wurde. Deshalb kann offen bleiben, ob das mit der Verordnungsermächtigung in Art. 297 I 1 Nr. 3 EGStGB verfolgte Ziel der Bekämpfung der als besonders schwerwiegend empfundenen Missstände der so genannten Gewerbsunzucht (BT-Drs. VI/293, S. 3 ff.) in jeder Hinsicht mit der durch das ProstG eingetretenen Rechtsänderung Schritt hält.

#### *c. "Ausübung der Prostitution"*

Unter "Ausübung der Prostitution" versteht die erwähnte Rechtsverordnung zum Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes nicht lediglich den Vollzug des Geschlechtsverkehrs oder anderer sexueller Handlungen gegen Entgelt, sondern bereits deren Anbahnung (vgl. BGH, NSTZ-RR 1997, 294; BVerwG, NVwZ

1991, 373 = GewArch 1991, 115; Metzner, GaststättenG, 6. Aufl. [2002], § 4 Rdnr. 75). Deshalb müssen Gastwirte innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der genannten Rechtsverordnung nicht nur unterbinden, dass es zu entgeltlichen Sexualkontakten in den gaststättenrechtlich konzessionierten Räumlichkeiten kommt; vielmehr haben insbesondere die Betreiber von "Animierlokalen" sorgfältig darauf zu achten, dass entgeltliche sexuelle Handlungen in ihren im Sperrgebiet gelegenen Gaststättenbetrieben nicht einmal angebahnt werden. Andernfalls leisten sie der Unsittlichkeit Vorschub.

#### *d. Subsumtion*

Aus den Vermerken über die Betriebskontrolle der "T.-Bar" vom 20.4.2005 und den im Beschwerdeverfahren vorgelegten schriftlichen Einlassungen ergeben sich tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Ast. trotz Verbots der Prostitution durch die genannte Rechtsverordnung die Anbahnung entgeltlicher Sexualkontakte in ihrer Gaststätte nicht unterbunden und damit der Unsittlichkeit Vorschub geleistet hat [wird ausgeführt].

### 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> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<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: Schuldrecht

### Problem: Hinweispflichten des Grundstücksmaklers

BGH, URTEIL VOM 22.09.2005  
III ZR 295 / 04 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Die Kl. erwarben eine Jugendstilvilla, in der sie den "Hausbock" (bis 20 mm langer, schwarzer Bockkäfer, der als gefährlicher Schädling einzustufen ist und dessen Larven in trockenem Bauholz fressen) als Mitbewohner antrafen. Im notariellen Grundstückskaufvertrag fand sich zu ihrem Leidwesen ein Gewährleistungsausschluss sowie eine Maklerprovisionsklausel zugunsten der hier Bekl., die den Kaufvertrag vermittelt hatte. Den Kl. war es zunächst gelungen, den Grundstückskaufvertrag im Wege einer notariellen Vergleichsvereinbarung rückgängig zu machen. Nunmehr verlangten sie von der Bekl. auch die Rückzahlung der geleisteten Maklerprovision i. H. v. 51.742,74 €.

Hier kam als Ansatzpunkt zum einen in Betracht, die wirksame Entstehung des Maklerlohnanspruches aus § 652 I 1 BGB mangels wirksamen Abschlusses eines Hauptvertrags in Frage zu stellen. Zwar lässt die einverständliche Aufhebung des Hauptvertrags den Maklerlohn grundsätzlich unberührt, anders liegt dies allerdings, wenn Grund für die Vertragsaufhebung eine anfängliche Unvollkommenheit des Vertragsschlusses war, die eine Vertragspartei genauso gut zum Anlass einer Anfechtung - hier etwa nach § 123 I Fall 1 BGB - hätte nehmen können (vgl. Palandt/Sprau, § 652 Rz. 34). Diesbezüglich war in den Tatsacheninstanzen allerdings nicht der Vortrag der Bekl. geklärt worden, wonach die Kl. nach Kenntniserlangung von dem Holzbockbefall länger als ein Jahr bis zur Geltendmachung ihrer Rechte haben verstreichen lassen, weshalb ihrer Anfechtung § 124 I BGB entgegengestanden hätte.

Beigepflichtet hat der BGH der Rechtsauffassung des BerGer., wonach ein Verkäufermakler, der bei Beurkundung des Hauptvertrages inklusive Provisionsklausel nach § 328 BGB zugegen sei, auch den Vertragspartner seines Kunden auf bekannte Mängel hinweisen müsse, wenn der sich auf einen Gewährleistungsausschluss in Unkenntnis des Mangels einlasse. Einer endgültigen Verurteilung der Bekl. wegen Nichterteilung dieses Hinweises auf Grundlage der c.i.c. (= § 280 I i. V. m. §§ 311 III, 241 II BGB n. F.) stand auch hier ein nicht berücksichtigter Beweisantritt der Bekl. entgegen, die behauptete, der Zeuge, aufgrund dessen

Aussage von ihrer Kenntnis des Mangels ausgegangen wurde, habe die Immobilien verwechselt.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Voraussetzungen des Maklerlohnanspruches, die verschiedenen hiergegen möglichen Einwendungen des Schuldners sowie die Verankerung der Provision in einer Klausel des mit Hilfe des Maklers zustandegebrachten Hauptvertrages sind zum Teil schwierige, gleichwohl - oder gerade deshalb - in Examensklausuren zuweilen auftauchende Rechtsprobleme. Dieses BGH-Urteil ist nicht nur aufgrund der Erörterung dieser speziellen Fragen des Maklerrechts lesenswert. Auch die grundlegenden Ausführungen zur Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen und zur Übertragung eigentlich dem Vertragsgläubiger obliegender Auskunftspflichten auf denjenigen, der im Wege des Vertrags zugunsten Dritter ein Recht erwerben soll, sind ausgesprochen lehrreich.

#### Vertiefungshinweise:

- Zur Reichweite eines Gewährleistungsausschlusses beim Grundstückskauf: *BGH*, RA 2004, 448 = *NJW* 2004, 1873
- Zu vorvertraglichen Hinweispflichten des Verkäufers: *OLG Köln*, RA 2005, 404 = *NJW* 2005, 1666

#### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkaufr"
- Examenskurs*: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"
- Assessorkurs*: "Die Maklerprovision"

#### Leitsatz:

**Der bei der Beurkundung des Hauptvertrags anwesende Makler, für den im Wege des Vertrags zugunsten Dritter ein eigener Provisionsanspruch gegen den Vertragsgegner seines Kunden begründet wird, ist dem Vertragsgegner nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (vgl. jetzt § 311 II BGB) zur Aufklärung verpflichtet, wenn er Kenntnis davon hat, dass sein Kunde bei einem vereinbarten Gewährleistungsausschluss unrichtige Angaben über den Zustand des Vertragsgegenstandes (hier: Hausbockbefall einer alten Jugendstilvilla) macht.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. begehren von der Bekl. Rückzahlung von Maklerlohn. Die Bekl. hatte im Februar 1994 von den Eheleuten Sz. den Auftrag erhalten, für ihr in B. O. gelegenes Hausgrundstück Käufer zu finden. Die Eheleute Sz. hatten das Grundstück im Jahr 1989 für 346.000,- DM im Zwangsversteigerungsverfahren erworben. Die im Jahr 1909 erbaute Jugendstilvilla war, wie auch im Zwangsversteigerungsverfahren angesprochen wurde, seit vielen Jahren vom Hausbock befallen. Die Eheleute Sz. hatten nach dem Erwerb das Gebäude bezogen und mit Hausbock befallene Teile des Gebäudes verdeckt, ohne sie zu sanieren. Die von der Bekl. vermittelten Kl. kauften das Grundstück am 17.06.1994 zu einem Kaufpreis von 1.600.000,- DM. Der damalige Geschäftsführer der Bekl., V., der den Vertragsentwurf kannte, war bei der Beurkundung des Vertrags zugegen.

Der Vertrag enthielt in § 4 einen Gewährleistungsausschluss und die Versicherung, dem Verkäufer sei "vom Vorhandensein geheimer Mängel wie z.B. Schwamm oder Holzbock nichts bekannt".

In § 12 (Maklerprovision) war vereinbart: "Der Vertrag ist auf Nachweis der [Bekl.] zustande gekommen. Der Käufer hält den Verkäufer von der Verpflichtung zur Zahlung der Maklercourtage frei und verpflichtet sich deshalb an den Makler eine Provision in Höhe von 5,5 % des Kaufpreises zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer zu zahlen. Die Provision ist fällig und verdient mit dem Abschluss dieses Vertrages. Dem Makler entsteht ein selbständiger Anspruch aus dem Vertrag gegen den Käufer auf Provisionszahlung." Dementsprechend zahlten die Kl. 101.200,- DM (= 51.742,74 €) an die Bekl. Nachdem die Kl. durch den Zeugen S. im März 1997 auf den Hausbockbefall hingewiesen worden waren, nahmen sie die Verkäufer auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung des Hausgrundstücks in Anspruch. Das Landgericht gab der am 02.02.1998 zugestellten Klage durch Urteil vom 09.04.1999 statt. Die Verkäufer legten Berufung ein, schlossen dann aber mit den Kl. am 28.04.2000 eine notarielle "Vergleichsvereinbarung" ("Wandlungsvertrag mit Auflassung"). Hiernach verpflichteten sich die Verkäufer gegen Rückübertragung des Grundstücks zur Rückzahlung des Kaufpreises, zu Schadensersatz von 95.000,- DM und zur Zurücknahme ihrer Berufung. Mit der Behauptung, dem damaligen Geschäftsführer der Bekl. sei der Hausbockbefall seit 1985 bekannt gewesen, haben die Kl. Rückzahlung des Maklerlohns verlangt. Ihre Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Bekl. die Abweisung der Klage.

**Aus den Gründen:**

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

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

Das BerGer. folgt den Feststellungen des Landgerichts, dass dem damaligen Geschäftsführer der Bekl. der Hausbockbefall bereits im Jahr 1985 bekannt gewesen sei. Denn er habe im Februar 1985 gegenüber dem Zeugen S. anlässlich der notariellen Beurkundung eines Kaufvertrags über eine Motoryacht in Bezug auf das damals als Altenheim genutzte Haus geäußert, der Dachboden habe Bock und man könne das Objekt "günstig schießen". Konkrete Anhaltspunkte für eine Verwechslung des Objekts durch den Zeugen S. bestünden nicht. Auf zwischenzeitliche Sanierungsmaßnahmen durch die Verkäufer, von denen nicht gesprochen worden sei, habe die Bekl. nicht vertrauen dürfen. Die Kl. könnten ihren Anspruch auf ein Verschulden der Bekl. bei Vertragsschluss stützen. Ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis sei durch die im Grundstückskaufvertrag aufgenommene Maklerklausel begründet worden, die als ein Vertrag zugunsten der Bekl. als Dritter gemäß § 328 I BGB anzusehen sei. Aufgrund dieser Rechtsstellung hätten die Bekl. vertragliche Nebenpflichten eines Gläubigers getroffen. Die allgemeine Schutz- und Obhutspflicht des Gläubigers sei hier durch die Pflicht der Bekl. konkretisiert worden, die Kl. angesichts ihrer offenbaren Belehrungsbedürftigkeit und der in der Gewährleistungsklausel des Kaufvertrags hervorgehobenen Bedeutung des Hausbockbefalls über ihre Kenntnisse zu informieren.

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

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

**I. Provisionsklausel des Grundstückskaufvertrags Vertrag zugunsten Dritter i. S. d. § 328 I BGB**

Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des BerGer., dass die in den Kaufvertrag aufgenommene Maklerklausel, mit der die Verkäuferseite von ihrer Provisionspflicht freigestellt und ein selbständiger Anspruch der Bekl. gegen die Kl. als Käufer begründet werden sollte, als ein Vertrag zugunsten der Bekl. als Dritter im Sinn des § 328 I BGB anzusehen ist. Anders als in dem Fall, über den der Senat in BGHZ 138, 170 [172] entschieden hat, fehlt es hier an einer maklervertraglichen Beziehung zwischen den Parteien.

**II. Aufklärungspflicht der Bekl. bei Kenntnis vom Hausbockbefall gegeben**

Das BerGer. legt auch zutreffend zugrunde, dass bei einem Vertrag zugunsten Dritter kein eigenständiges vertragliches Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten besteht. Vielmehr erwirbt der Dritte lediglich ein abgespaltenes Forderungsrecht (vgl. hierzu BGHZ 54, 145 [147]). Aus der Berechtigung des Dritten ergeben sich für diesen allerdings die jeden Gläubiger treffenden Sorgfaltspflichten bei der

Ausübung seiner Rechte. Insofern wird das Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Versprechenden als vertragsähnlich angesehen (vgl. BGHZ 9, 316 [318]). Handelt es sich aber nicht um ein allseitiges Schuldverhältnis zwischen den Parteien, sondern ist der Versprechende im Verhältnis zum Dritten nur Schuldner und der Dritte im Verhältnis zu ihm nur Gläubiger, bedarf es - wie die Revision im Ausgangspunkt richtig sieht - grundsätzlich einer Klärung, ob die Aufklärungspflicht, die das BerGer. als verletzt angesehen hat, als eine solche Gläubigerpflicht einzuordnen ist. Hätten die Kl. der Bekl. den Auftrag erteilt, ihnen die Möglichkeit des Erwerbs eines Hausgrundstücks nachzuweisen oder einen Vertrag hierüber zu vermitteln, würde der Makler, der seinen Kunden nicht über einen ihm bekannten Hausbockbefall informiert, seine Pflichten als Schuldner verletzen. In einer solchen Beziehung stehen die Parteien jedoch nicht, und die Maklerklausel im Kaufvertrag begründet auch keine rechtliche Beziehungen, in denen die Bekl. die Stellung eines Doppelmaklers erlangt (§ 654 BGB). Mag daher im Ansatz davon auszugehen sein, dass die Verletzung von (vorvertraglichen) Aufklärungspflichten, wie sie hier in Rede stehen, typische Schuldnerverpflichtungen eines Maklers betreffen, die ihm gegenüber seinem Kunden obliegen, bestehen gegen die Einordnung als Gläubigerpflicht unter den hier festgestellten Umständen jedoch keine durchgreifenden Bedenken. Der Bekl. war der Vertragsentwurf bekannt. Sie wusste sowohl um den Gewährleistungsausschluss als auch von der Maklerklausel, die ihr einen eigenständigen Provisionsanspruch gegen die Kl. verschaffen sollte. War ihr darüber hinaus, was das BerGer. angenommen hat, der Hausbockbefall bekannt, ohne dass sie darauf vertrauen konnte, der Schaden sei zwischenzeitlich saniert worden, durfte sie - ebenso wie die Verkäufer - nicht durch Stillschweigen an einem Ergebnis mitwirken, das auf eine Täuschung der Kl. über die Beschaffenheit des Hauses und auf die Verschaffung eines der Sache nach nicht gerechtfertigten Provisionsanspruchs hinaus lief. Gerade in der letzteren Beziehung war sie gegenüber den Kl. in ihrer Rechtsstellung als künftige Gläubigerin betroffen.

### *III. Zu Unrecht übergangener Beweisantritt der Bekl. zur Verwechslung der Immobilien durch S.*

Die Revision rügt jedoch mit Recht, dass das BerGer. den Beweisantritt der Bekl. übergangen hat, der Zeuge S. habe bei seiner Vernehmung das hier betroffene Haus mit einem anderen Objekt, dem "D. H.", verwechselt, über das anlässlich des Beurkundungstermins im Februar 1985 gesprochen worden sei.

#### *1. Nicht präkludierter Beweisantritt der Bekl. zur Objektverwechslung bereits in 1. Instanz*

Die Bekl. hat - zunächst ohne Angabe von Beweismitteln - vorgetragen, ihr damaliger Geschäftsführer V.

habe den Zeugen S. auf die Frage, ob er ein sanierungsbedürftiges Objekt im Angebot habe, auf das mit Holzbock befallene und von einer Zwangsversteigerung bedrohte "D. H." hingewiesen und ihm ein Exposé ausgehändigt. In der mündlichen Verhandlung vom 20.08.2003 hat der Geschäftsführer der Bekl. - nach § 141 ZPO persönlich gehört - angegeben, anlässlich des Beurkundungstermins habe der Zeuge S. in Gegenwart des Notars erklärt, er suche in B. O. eine Immobilie zwecks Kapitalanlage. Daraufhin habe er über das "D. H." gesprochen. Nach der Vernehmung des Zeugen S. hat die Bekl. im schriftlichen Verfahren vor Ende der nach § 128 II 2 ZPO gesetzten Frist mit Schriftsatz vom 24.09.2003 durch Benennung des Notars W. als Zeugen unter Beweis gestellt, in Gegenwart des Notars sei dem Zeugen S. nach der Beurkundung ein Exposé für das "D. H." ausgehändigt und über den schlechten Zustand dieses Objekts gesprochen worden. Das Landgericht hat eine Vernehmung der mit Schriftsatz vom 24.09.2003 angebotenen Zeugen sinngemäß mit der Begründung abgelehnt, selbst bei einer Wahrunterstellung der Behauptungen, die nur Randbereiche der Bekundungen des Zeugen S. betreffen, sei der Schluss nicht gerechtfertigt, dass der Zeuge im Kernbereich seiner Aussage die Unwahrheit gesagt habe. Die Bekl. hat ihren Sachvortrag in der Berufungsbegründung wiederholt und beanstandet, das Landgericht habe die Darstellung ihres Geschäftsführers nicht berücksichtigt. In ihrem Schriftsatz vom 20.04.2004 hat sie den Beweisantritt vom 24.09.2003 erneut in Bezug genommen.

#### *2. Ungerechtfertigte Zurückweisung dieser Rüge durch das BerGer.*

Vor diesem Hintergrund durfte das BerGer. über den gestellten Beweisantrag nicht mit der Begründung hinweggehen, es bestünden keine konkreten Anhaltspunkte für eine Verwechslung des Objekts durch den Zeugen S. und das Landgericht habe nicht ergänzend Beweis über solche Indiztatsachen zur Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage erheben müssen, die es selbst nicht für wesentlich gehalten habe. Denn soweit es um die von dem Zeugen S. bekundeten Vorgänge anlässlich des Beurkundungstermins geht, würde eine Wahrunterstellung mit der Aussage des Zeugen S. nur schwer zu vereinbaren sein. Zwar hat der Zeuge S. erklärt, über das hier streitige Objekt sei vor dem Erscheinen des Notars gesprochen worden, während die Bekl. eine Verspätung des Notars zum Termin geleugnet und behauptet hat, das "D. H." sei Gegenstand der gegebenen Informationen gewesen. Ob beide Darstellungen nebeneinander bestehen können oder ob man von der von der Bekl. behaupteten Verwechslung auszugehen hat, kann aber vor einer Vernehmung des von der Bekl. benannten Zeugen nicht hinreichend gewürdigt werden.

### 3. Neuer Beweisantritt zur Vorkenntnis der Kl. zu Recht nicht zugelassen

Die Rüge der Revision, das BerGer. habe auch nicht über den Beweisantritt im Schriftsatz vom 20.04.2004 hinweggehen dürfen, wonach die Kl. bereits vor Abschluss des Kaufvertrags vom 17.06.1994 Kenntnis vom Hausbockbefall gehabt haben sollen, ist hingegen unbegründet. Zu Recht hat das Berufungsgericht dieses - bestrittene - Vorbringen nach § 531 II 1 ZPO nicht zugelassen. Denn in der ersten Instanz war die mangelnde Vorkenntnis der Kl. unstrittig. Auch soweit die Bekl. erstinstanzlich unter Beweis gestellt hat, der Kl. zu 2 habe anlässlich eines geselligen Abends in der Gaststätte "Z. H." Ende 1994/Anfang 1995 geäußert, von seinem Bruder über den Hausbockbefall informiert worden zu sein, ließ sich diesem Vortrag nicht der Zeitpunkt der Kenntniserlangung entnehmen. Der neue Vortrag in zweiter Instanz, der im Übrigen im Schwerpunkt auf ganz andere Vorgänge gestützt wird, kann daher nicht - wie die Revision es für richtig hält - als bloße Ergänzung früheren, rechtzeitigen Vorbringens gewertet werden.

### IV. Zur anfänglichen Unvollkommenheit des Hauptvertrags als weitere Einwendung gegen Makleranspruch

Die angefochtene Entscheidung stellt sich nach dem gegenwärtigen Stand auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Nach der Rechtsprechung des Senats entfällt der Anspruch auf Zahlung des Maklerlohns, wenn die Wandlung des vom Makler nachgewiesenen oder vermittelten Kaufvertrags wegen eines arglistig verschwiegenen Sachmangels erfolgt, sofern infolge derselben Täuschung der Käufer auch zur Anfechtung des Kaufvertrags nach § 123 BGB berechtigt gewesen wäre (vgl. BGH, NJW 2001, 966 [967]). Der Senat hat in jener Entscheidung ausgeführt, aus der Sicht des Maklers sei die Entscheidung des Käufers, ob er wegen eines arglistig verschwiegenen Sachmangels die

Wandlung des Kaufvertrags begehre oder den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechte, zufällig. Es wäre daher willkürlich, hiervon das Bestehen seines Provisionsanspruchs abhängig zu machen. Für die Maklervergütung sei vielmehr allein maßgebend, dass der vermittelte oder nachgewiesene Vertrag wegen des "Makels der Anfechtbarkeit" von Anfang an an einer Unvollkommenheit leide und daran wirtschaftlich auch scheitere, vergleichbar darin denjenigen Fallgestaltungen, in denen die Vertragsparteien den Hauptvertrag mit Rücksicht auf ein Anfechtungsrecht einverständlich wieder aufheben. Eine solche Gleichbehandlung von Gewährleistung und Vertragsanfechtung setze allerdings voraus, dass das Anfechtungsrecht noch bestehe, der Käufer mithin seine Gewährleistungsrechte insbesondere noch innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist des § 124 I BGB geltend gemacht habe.

Die hier getroffenen tatsächlichen Feststellungen genügen nicht, um auf der Grundlage der genannten Entscheidung der Klage zu entsprechen. Zwar legt das landgerichtliche Urteil im Vorprozess der Kl. gegen die Verkäufer die Annahme nahe, dass sie von den Verkäufern arglistig getäuscht worden sind. Dem entspricht auch der zwischen den Kaufvertragsparteien geschlossene notarielle Vergleich, in dem der Kaufvertrag rückabgewickelt wurde und die Verkäufer sich zusätzlich zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet haben. Die Bekl. hat jedoch im anhängigen Verfahren geltend gemacht, die Anfechtungsfrist sei nach Kenntniserlangung der Kl. von dem Mangel bereits abgelaufen gewesen, als sie die Verkäufer auf Wandlung des Kaufvertrags in Anspruch genommen hätten. Insoweit ist ihr Beweisantritt erheblich, die Kl. hätten jedenfalls bereits Ende 1994/Anfang 1995 von dem Mangel Kenntnis gehabt. Die Sache ist daher an das BerGer. zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen nachgeholt werden können.

## Standort: Maklerrecht

## Problem: Voraussetzungen des Provisionsanspruches

BGH, URTEIL VOM 22.09.2005

III ZR 393 / 04 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Schon zum 2. Mal wurde diese auf Zahlung einer Maklerprovision nach § 652 I 1 BGB gerichtete Klage in der Revisionsinstanz vor dem BGH verhandelt und noch immer stehen die Parteien ohne Ergebnis da.

Zunächst hatte die Bekl. sich durch zwei Instanzen erfolgreich mit dem Einwand verteidigt, durch die Maklertätigkeit der Kl. sei nicht ein mit dem ursprünglich angestrebten Hauptvertrag kongruenter Kontrakt zustande gekommen, da das fragliche Grundstück nicht von ihr, sondern von ihrem Vater und ihrem Bruder

gekauft wurde. Nachdem der BGH diesen Einwand als treuwidrig verworfen und die Sache an das BerGer. zurückverwiesen hatte, gab dieses der Provisionsklage ohne weitere Beweisaufnahme statt. Dieses Urteil wurde wiederum aufgehoben und der Rechtsstreit nach § 563 I ZPO zurückverwiesen, da nur feststand, dass die Bekl. auf der Suche nach einer Immobilie bei der Kl. angefragt und an einem von ihr arrangierten Besichtigungstermin teilgenommen hatte. Dann aber könne der Käufer laut BGH nach wie vor davon ausgehen, dass das fragliche Objekt aus dem "Bestand" des Maklers stamme und dieser im Falle eines Vertragsabschlusses vom Verkäufer Provision erhalte. Ohne ausdrückliches Provisionsverlangen oder die Inanspruchnahme weite-

rer Dienste - etwa eine eigens für den Interessenten initiierte Suche nach geeigneten Immobilien - müsse dieser mit einem Provisionsverlangen nicht rechnen.

**Prüfungsrelevanz:**

Was die Bedeutung des Maklervertrages und der im Rahmen des § 652 I BGB klassischen Problemstellungen für die juristischen Staatsexamina betrifft, kann auf die Ausführungen zu der 2. "Maklerentscheidung" des BGH in diesem Heft verwiesen werden. In der jüngsten Vergangenheit ist eine gewisse Häufung von Entscheidungen zu diesem Thema zu beobachten (vgl. etwa auch BGH, RA 2005, 621 = WM 2005, 470), so dass auch eine gewissenhafte Examensvorbereitung diesen Vertragstyp nicht gänzlich unberücksichtigt lassen sollte.

**Vertiefungshinweise:**

- Zum unechten Verflechtungseinwand gegenüber dem Anspruch auf Maklerprovision: *BGH*, RA 2005, 621 = WM 2005, 470
- Zum eindeutigen Provisionsverlangen als Voraussetzung des Maklervertrages: *BGH*, RA 2002, 468 = NJW 2002, 1945

**Kursprogramm:**

- Assessorkurs*: "Jugendstil in Dortmund"

**Leitsätze:**

**Der Kaufinteressent darf auch dann, wenn er sich ohne Bezug auf ein konkretes Angebot an einen Makler wendet, um sich Objekte aus dessen "Bestand" nachweisen zu lassen, mangels einer ausdrücklichen Provisionsforderung des Maklers in der Regel davon ausgehen, diese seien dem Makler bereits vom Verkäufer an die Hand gegeben worden. Anders liegt es nur bei einer weitergehenden Nachfrage von Maklerleistungen, insbesondere bei Erteilung eines eigenen Suchauftrags durch den Kunden.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. betreibt in M. ein Maklerunternehmen. Die Bekl. suchte ein Einfamilienhaus im Süden von M. und setzte sich deshalb am 11.10.2000 telefonisch mit der Kl. in Verbindung. Diese wies die Bekl. auf ein unbebautes Grundstück in P. hin, das die Bekl. anschließend mit einer Mitarbeiterin der Kl. besichtigte. Mit dem Verkauf dieses Objekts hatte die Grundstückseigentümerin den Makler S. beauftragt, der auch die weiteren Gespräche führte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob eine ausdrückliche Provisionsvereinbarung getroffen wurde und ob die Kl. der Bekl. ein Exposé mit dem Hinweis auf eine vom Käufer zu zahlende Maklerprovision übersandt hat. Die Bekl. be-

streitet darüber hinaus die Kausalität der von der Kl. erbrachten Maklerleistungen. Das Grundstück wurde nicht von der Bekl., sondern am 01.06.2001 von ihrem Vater und ihrem Bruder gekauft, um es der Bekl. nach Bebauung als Wohnung zur Verfügung zu stellen. Die Kl. verlangt von der Bekl. eine Maklerprovision in Höhe von 43.058,56 € nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat im ersten Berufungsverfahren die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Auf deren Revision hat der erkennende Senat durch Urteil vom 08.04.2004 - III ZR 20/03 (NJW-RR 2004, 851) das Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das BerGer. zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr der Klage ohne Beweisaufnahme stattgegeben. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

**Aus den Gründen:**

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur erneuten Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

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

Das BerGer. bejaht nunmehr einen Maklerprovisionsanspruch aus § 652 BGB. Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im ersten Revisionsurteil verstoße die Einwendung der Bekl., dass der ursprünglich angestrebte Vertrag nicht mit ihr selbst, sondern mit ihrem Vater und ihrem Bruder abgeschlossen worden sei, gegen Treu und Glauben. Ebenso wenig könne sich die Bekl. darauf berufen, von einer Provisionspflicht nichts gewusst zu haben. Denn selbst wenn ein entsprechender Hinweis durch die Mitarbeiterin der Kl. nicht erfolgt und ein Exposé nicht übergeben worden sein sollte, müsse sie sich entgegenhalten lassen, dass sie sich an die Kl. mit der Bitte um Benennung von zum Verkauf stehenden Einfamilienhäusern gewandt habe. Bei dem Anruf sei ihr bekannt gewesen, dass die Kl. Immobilienmaklerin sei und dass Immobilienmakler für den Nachweis oder die Vermittlung des Objekts im Falle des Kaufs eine Provision verlangten. Die Bekl. habe sich das Objekt von der Kl. zeigen lassen und damit bewusst Maklerdienste entgegengenommen. Nach der Rechtsprechung komme in einem solchen Fall auch dann ein Maklervertrag zustande, wenn nicht ausdrücklich über eine Provisionspflicht gesprochen worden sei. Habe ein Kaufinteressent den Makler nicht wegen eines bestimmten Objekts angesprochen, sondern ihn um Benennung einer Wohnung oder eines Hauses ersucht, bestehe auch keinerlei Vertrauen darauf, dass der Makler nur von dem Verkäufer eine Provision nehme, da dann der Kaufinteressent ein Tätigwerden des Maklers für ihn, den Interessenten, wünsche. Schließlich fehle es auch nicht an der erforderlichen Kausalität zwischen der Objektbenennung gegenüber der Bekl. und dem Kauf des Objekts durch deren Vater und deren Bruder. Zumindest sei eine Mit-

ursächlichkeit gegeben, da ein Verkauf an den Vater und den Bruder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erfolgt wäre, wenn die Kl. das Objekt der Bekl. nicht benannt hätte. Erst hierdurch sei es zu einem Kontakt zwischen der Bekl. und dem Geschäftsführer des Bauträgers gekommen, der es diesem ermöglicht habe, Verbindung mit den späteren Käufern aufzunehmen.

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

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Ansicht des BerGer., zwischen den Parteien sei stillschweigend ein Maklervertrag zustande gekommen, widerspricht zwar entgegen der Revision nicht den bindenden Vorgaben in dem zurückweisenden ersten Revisionsurteil des erkennenden Senats. Der Senat war, da weitere Feststellungen in Betracht kamen, seinerzeit schon revisionsrechtlich nicht in der Lage, in diesem Punkt eine Auslegung der Parteierklärungen selbst vorzunehmen. Die vom BerGer. festgestellten tatsächlichen Umstände rechtfertigen jedoch auch als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung einen konkludenten Vertragsschluss nicht.

### *I. Strenge Anforderungen an Provisionsabrede nach § 652 BGB durch schlüssiges Verhalten*

Allerdings kann eine Provisionsabrede nach § 652 BGB auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten getroffen werden. Die Rechtsprechung stellt hieran indessen strenge Anforderungen. Wer sich an einen Makler wendet, der mit "Angeboten" werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt, erklärt damit noch nicht schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall, dass ein Vertrag über das angebotene Objekt zustande kommt. Der Interessent darf nämlich, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will. Ohne weiteres braucht der Kaufinteressent in einem solchen Fall nicht damit zu rechnen, dass der Makler auch von ihm eine Provision erwartet (BGHZ 95, 393 [395]; BGH, NJW-RR 1986, 1496 [1497] = WM 1986, 1390 [1391]; NJW-RR 1996, 114; NJW-RR 1996, 1459; NJW-RR 1999, 361 [362]; NJW 2002, 817 und NJW 2002, 1945 = ZIP 2002, 1091 [1092]). Auch die Berücksichtigung des Verkaufsobjekts zusammen mit dem Makler reicht für einen schlüssigen Vertragsschluss nicht aus (BGHZ 95, 393 [396 ff]).

### *II. Geltung der strengen Anforderungen auch nach Anfrage des Kunden*

Diese Erwägungen lassen sich nicht auf den Fall, dass die Initiative vom Makler ausgeht und der Kunde Maklerdienste nur hinsichtlich des vom Makler ange-

botenen konkreten Objekts in Anspruch nimmt, beschränken. Sie gelten ebenso, wenn der Makler anlässlich einer Anfrage des Interessenten diesem von sich aus weitere Objekte offeriert (vgl. etwa die BGH, NJW 2002, 1945 zugrunde liegende Fallgestaltung) und darüber hinaus, entgegen einer verbreiteten Meinung, auch dann, wenn der Kunde - wie hier - ohne Bezugnahme auf ein Inserat oder ein sonstiges Einzelangebot des Maklers Kontakt zu diesem aufnimmt, um sich Objekte aus dessen "Bestand" benennen zu lassen. Auch unter diesen Umständen liegt in der Objektangabe letztlich ein vom Makler ausgehendes Angebot, so dass der Interessent, selbst wenn ihm bewusst ist, dass er insoweit Dienste des Maklers entgegennimmt, mangels hinreichender Anhaltspunkte für das Gegenteil damit rechnen darf, die Objekte seien dem Makler schon von dem Verkäufer an die Hand gegeben worden und mit diesem bestehe ein Maklervertrag. Anders liegt es nur bei einer weitergehenden Nachfrage von Maklerdienstleistungen seitens des Kunden, insbesondere bei der Erteilung eines eigenen Suchauftrags (so zutreffend OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1540; OLG Saarbrücken OLG-Report 2004, 420 [421]; Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rz. 132; ders., ZfIR 1997, 505 [507]; Tiekötter, Festschrift für Schwerdtner, 2003, S. 485 [492 ff]; s. auch OLG Celle, OLG-Report 1994, 97; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 693; undifferenziert OLG Düsseldorf, OLG-Report 1996, 49; OLG Hamburg, NJW-RR 1996, 1463 [1464]; OLG Köln, NJW-RR 1987, 1529; abweichend Dehner, Das Maklerrecht, 2001, Rz. 34; ders., NJW 1997, 18 [19]; MünchKomm/Roth, BGB, 4. Aufl., § 652 Rz. 53 mit Fn. 299; Palandt/Sprau, BGB, 64. Aufl., § 652 Rz. 4; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2003, §§ 652, 653 Rz. 6; Zopfs in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 15 Rz. 12). Soweit der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. WM 1971, 1098 [1099]; RDM-Slg A 103 Bl. 36 und WM 1990, 1758 [1759]) eine andere Rechtsauffassung entnommen werden könnte, hält der jetzt für das Maklerrecht allein zuständige erkennende Senat hieran nicht fest.

### *III. Kein eigener Suchauftrag der Bekl.*

Einen Suchauftrag dieser Art hat die Bekl. nach den bisherigen Feststellungen nicht erteilt, sie hat sich vielmehr, wie sie vorträgt, lediglich ein Objekt aus dem Adressenmaterial der Kl. nachweisen lassen wollen. Es kommt daher - sollte der Kl. der Nachweis eines solchen Suchauftrags nicht gelingen - für einen Maklerlohnanspruch nach § 652 BGB auf die Frage an, ob die Kl. die Bekl. unmissverständlich auf eine von ihr im Erfolgsfall zu zahlende Käuferprovision hingewiesen hat. Hierzu hat das BerGer. nichts festgestellt. Mit der gegebenen Begründung kann das angefochtene Urteil deshalb nicht bestehen bleiben.

#### IV. Aufhebung des Berufungsurteils und erneute Rückverweisung

Der Rechtsstreit ist nicht aus anderen Gründen zur Endentscheidung reif (§§ 561, 563 III ZPO). Auch ein Anspruch aus § 354 HGB kommt nicht in Betracht (vgl. BGHZ 95, 393 [398]; BGH, ZIP 2005, 1516). Die von der Revisionsbegründung umgekehrt für sich in Anspruch genommene, vom BerGer. allerdings nicht festgestellte Vereinbarung zwischen dem Makler S. und der Kl. über eine Teilung der Verkäuferprovision wegen der Schwierigkeit, bei derartigen Objekten gegenüber dem Käufer einen Provisionsanspruch durchzusetzen, würde die Kl. im Außenverhältnis zur Bekl. auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht hindern, trotzdem eine Käuferprovision geltend zu machen. Infolgedessen ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache erneut

an das BerGer. zurückzuverweisen, damit es zu dem behaupteten Provisionsverlangen der Kl. die erforderlichen Feststellungen trifft. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass gegen die auf der Senatsrechtsprechung (BGHZ 141, 40 [44 ff.]) beruhende tatrichterliche Wertung, die Maklerdienstleistungen der Kl. seien für den späteren Verkauf des Grundstücks zumindest mitursächlich geworden, keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Auch ein Zeitraum von mehr als einem halben Jahr zwischen dem Nachweis des Objekts und dem Abschluss des Hauptvertrags kann den Umständen nach noch den Schluss auf eine Ursächlichkeit der Maklerleistungen nahe legen, ungeachtet dessen, dass die Kaufvertragsverhandlungen zwischenzeitlich abgebrochen worden waren (vgl. auch Staudinger/Reuter aaO., §§ 652, 653 Rz. 123, 131).

### Standort: Werkvertragsrecht

### Problem: Bauhandwerkersicherung

BGH, URTEIL VOM 22.09.2005

VII ZR 152 / 05 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Die Kl. dieses Rechtsstreites beehrte Zahlung restlichen Werklohns i. H. v. 166.018,17 € für die Errichtung einer Wohnanlage. Die Bekl. hatte das Werk in Auftrag gegeben, dieses allerdings zuvor ihrer Auftraggeberin versprochen, mithin handelte es sich bei der Kl. um eine Sub- bzw. Nachunternehmerin, bei der Bekl. um die Hauptunternehmerin. Nach Abnahme der durch die Kl. errichteten Anlage im August 2001 rügte die Bekl. diverse Mängel und reagierte auf das Verlangen der Kl. nach einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB mit dem Hinweis, sie habe bereits im August 2000 eine seitens ihrer Auftraggeberin gestellte Bürgschaft an die Kl. und ihre damalige Geschäftspartnerin abgetreten. Das BerGer. bestätigte den vollumfänglichen Erfolg der Zahlungsklage und führte aus, die Abtretung der zugunsten der Bekl. gestellten Bürgschaft sei als Sicherheitsleistung i. S. d. § 648a II BGB unzureichend, weshalb die Bekl. auch nicht mit ihren der Werklohnforderung entgegengehaltenen Gewährleistungsrechten gehört werden könne.

Der BGH bestätigte in der Revision die Ansicht des BerGer. zur unzureichenden Sicherheitsleistung, insbesondere, da das akzessorische Sicherungsrecht aus einer Bürgschaft isoliert von der gesicherten Forderung überhaupt nicht abgetreten werden kann (vgl. hierzu auch Palandt/Heinrichs, § 399 Rz. 7). Selbst die Abtretung des gesicherten Werklohnanspruches der Bekl. gegen ihre Auftraggeberin wäre allerdings unzureichend gewesen, da er an Einwendungen dieser Auftraggeberin scheitern könnte. Gleichwohl blieb es der Bekl. unbenommen, dem Werklohnanspruch der Kl. ihre Mängelrechte entgegenzuhalten. Wird eine

Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB nicht fristgerecht gestellt, so führt dies allenfalls zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers (vgl. § 648a I 1 BGB), nicht jedoch zum Verlust der Gewährleistungsrechte des Bestellers.

#### Prüfungsrelevanz:

Der examensrelevante Werkvertrag zeichnet sich insbesondere durch das werkunternehmerische Risiko aus, welches darin begründet liegt, dass der Werkunternehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig ist: Sein Werklohnanspruch wird gem. § 641 I BGB erst nach Abnahme des bereits erstellten Werkes fällig. Zu dieser Abnahme ist der Besteller nach § 640 I 1, 2 BGB nur verpflichtet, wenn das Werk frei von wesentlichen Mängeln ist.

Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB sowie alternativ hierzu (vgl. § 648a IV BGB) für den Unternehmer eines Bauwerkes die Bauhandwerkersicherungshypothek am Baugrundstück gem. § 648 BGB sollen dieses Risiko etwas abfedern. Allerdings zeigt dieser Fall erneut, dass § 648 a BGB dem Werkunternehmer oft nicht nennenswert weiterhilft. Wird die Sicherheitsleistung nicht erbracht, kann er zwar die Arbeiten einstellen; um zu einem fälligen und einrede-freien Werklohnanspruch zu kommen, bleibt es hingegen bei seiner eingangs beschriebenen Vorleistungspflicht.

#### Vertiefungshinweise:

- Keine Einrede gem. § 635 III BGB gegen den Anspruch auf Beseitigung von Mangelfolgeschäden: BGH, RA 2003, 31 = NJW 2002, 3543
- Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Unternehmer, deren fehlerhafte Gewerke zu einem nur einheit-

lich zu beseitigenden Mangel geführt haben: *BGH*, RA 2003, 749 = *NJW* 2003, 2980

Zur (nur geringen) Schutzwirkung des § 648 a BGB für den Werkunternehmer: *Steingröver*, *NJW* 2004, 2490

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

*Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"

**Leitsatz:**

**Verlangt der Unternehmer vom Besteller Sicherheit nach § 648 a BGB, so stellt die Abtretung der durch Bürgschaft gesicherten Werklohnforderung des Bestellers gegen seinen Auftraggeber an den Unternehmer keine hinreichende Sicherheitsleistung dar.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. fordert Restwerklohn. Sie ist Gesamtrechtsnachfolgerin der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "ARGE K.", der sie als frühere Kl. zu 2 zusammen mit der früheren Kl. zu 1 als geschäftsführende Gesellschafterin angehört hatte. Das über das Vermögen der früheren Kl. 1 eröffnete Insolvenzverfahren hat nach dem Gesellschaftsvertrag zur Vollbeendigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "ARGE K." mit der Folge geführt, dass die Kl. Gesamtrechtsnachfolgerin dieser Gesellschaft geworden ist. Dementsprechend hat der Senat das Rubrum berichtigt. Die Bekl. beauftragte die früheren Kl. zu 1 und 2 als "ARGE" durch Generalunternehmervertrag vom 02.07.1999 mit der Errichtung einer Wohnanlage zum Pauschalpreis von 11.950.000,- DM. Die früheren Kl. stellten der Bekl. jeweils hälftig Vertragserfüllungsbürgschaften der Z. AG in Höhe von 6 % des Werklohnanspruchs, die sich ab Gewährleistungsbeginn um 1 % ermäßigen und in Gewährleistungsbürgschaften umwandeln sollten. Im August 2001 wurde die Wohnanlage abgenommen und am 18.10.2001 Schlussrechnung gelegt. Die Bekl. korrigierte diese auf 12.234.839,57 DM. Nachdem die Bekl. mehrere Mängel gerügt hatte, forderten die früheren Kl. die Bekl. am 14.01.2002 auf, bis zum 31.01.2002 als Sicherheit gemäß § 648 a BGB eine Bürgschaft über 300.000,- DM zu stellen. Die Bekl. kam dem nicht nach. Sie verwies statt dessen auf eine von ihr an die früheren Kl. im August 2000 abgetretene Bürgschaft der H.-Bank über einen Betrag von 1 Mio. DM, die sie als Sicherheit von ihrer Auftraggeberin zur Sicherung ihrer Werklohnforderung erhalten hatte. Die Kl. begehrt 324.824,58 DM (= 166.018,17 €); dieser Betrag ergibt sich unstreitig aus der Differenz der korrigierten Schlussrechnung und den geleisteten Abschlagszahlungen. Die Bekl. hat Aufrechnung, Minderung und Leistungsverweigerungsrechte wegen Mängeln eingewandt; sie hat Klageabweisung in Höhe

von 66.884,53 € und im Übrigen eine Zug-um-Zug-Verurteilung gegen Beseitigung gerügter Mängel begehrt. Die Instanzgerichte haben der Klage uneingeschränkt stattgegeben. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Begehren weiter.

**Aus den Gründen:**

Die Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer. Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

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

Nach Auffassung des BerGer., dessen Urteil in *BauR* 2003, 899 abgedruckt ist, ist es der Bekl. verwehrt, gegen die Werklohnforderung Zurückbehaltungsrechte wegen behaupteter Mängel geltend zu machen, wegen streitiger Gegenansprüche aufzurechnen und die Werklohnforderung wegen streitiger Mängel zu mindern, weil sie die geforderte Sicherheit nach § 648 a BGB nicht geleistet habe. Die von ihr an die früheren Kl. abgetretene Bürgschaft, die sie von ihrer Auftraggeberin erhalten habe, stelle keine geeignete Sicherheit im Sinne des § 648 a II BGB dar. Die Bekl. verhalte sich obendrein treuwidrig.

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

Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Die Bekl. ist nicht mit den behaupteten Gegenansprüchen und Mängelrechten, von denen im Revisionsverfahren mangels gegenteiliger Feststellungen auszugehen ist, aus den vom BerGer. angestellten Überlegungen ausgeschlossen.

**I. Abtretung der durch Bürgschaft gesicherten Werklohnforderung des Hauptunternehmers keine hinreichende Sicherheit für Nachunternehmer**

Das BerGer. nimmt zutreffend an, dass die Rechtsvorgängerin der Kl., die "ARGE K.", auch nach Abnahme des Werkes Sicherheit gemäß § 648 a I BGB verlangen konnte, nachdem die Bekl. mit ihrer Aufforderung zur Mängelbeseitigung noch Erfüllung des Vertrages forderte. Richtig ist ferner, dass die "ARGE K." die Beseitigung der behaupteten Mängel verweigern durfte, weil die Bekl. dem berechtigten Sicherheitsverlangen nicht nachgekommen war (*BGHZ* 157, 335). Die "ARGE K." brauchte sich nicht auf die von der Bekl. im August 2000 abgetretene Bürgschaft der H.-Bank als Sicherheit verweisen zu lassen. Zum einen ist die Abtretung der Rechte aus einer Bürgschaft ohne eine Abtretung der Hauptforderung unwirksam (*BGHZ* 115, 177, 180). Zum anderen liegt, sofern die vom BerGer. unterlassene Auslegung der Erklärung der Bekl. eine Abtretung von Hauptforderung und Bürgschaft ergeben sollte, keine ausreichende Sicherheit



nach § 648 a BGB vor. Eine hinreichende Sicherheitsleistung nach den §§ 232 ff. BGB ist nicht gegeben. Gleiches gilt für § 648 a II BGB. Im Sinne dieser Vorschrift muss sich aus einer Garantie oder einem sonstigen Zahlungsverprechen ein unmittelbarer Zahlungsanspruch des Unternehmers gegen das Kreditinstitut oder den Kreditversicherer ergeben (BGHZ 146, 24, 34). Dieser Zahlungsanspruch muss unmittelbar den Werklohnanspruch dieses Unternehmers sichern. Dies ist nicht der Fall, wenn ihm (als Nachunternehmer) der Werklohnanspruch seines Auftraggebers (Hauptunternehmers) gegen dessen Auftraggeber abgetreten wird, auch wenn dieser Anspruch durch eine Bürgschaft im Sinne des § 648 a BGB gesichert ist. Denn in einem solchen Fall könnte der Bürge dem Nachunternehmer Einwendungen entgegensetzen, die der abgetretenen Werklohnforderung entgegenstehen und aus einem Vertragsverhältnis resultieren, an dem der Nachunternehmer nicht als Vertragspartei beteiligt ist und auf das er keinen rechtlichen Einfluss hat. Der Nachunternehmer hätte zudem für seine vertraglichen Ansprüche keine Sicherung mehr, wenn der Auftraggeber des Hauptunternehmers die Forderung anerkennt und der Bürge mit befreiender Wirkung (§ 407 BGB) an den Hauptunternehmer zahlt (vgl. § 648a II BGB). Nach diesen Grundsätzen stellt selbst eine wirksame Abtretung der durch Bürgschaft gesicherten Ansprüche der Bekl. gegen ihre Auftraggeberin von August 2000 keine hinreichende Sicherheit im Sinne von § 648 a II BGB dar.

*II. Bekl. trotz unzureichender Sicherheit nicht mit Gegenrechten ausgeschlossen*  
Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auffassung des Ber-

Ger., der Kl. stehe nach ihrem berechtigten, jedoch vergeblichen Sicherheitsverlangen der Werklohn uneingeschränkt zu. Die Bekl. ist mit ihren Gegenrechten nicht ausgeschlossen. Vielmehr kann sie zunächst, auch wenn sie die geforderte Sicherheit nicht geleistet hat, dem von der Kl. geltend gemachten Anspruch ihr gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten (BGH, BauR 2005, 749 = ZfBR 2005, 360 = NZBau 2005, 280; BGHZ 157, aaO.). Das gilt gleichermaßen für Aufrechnungs- und Minderungsansprüche. Da das BerGer. zu den Voraussetzungen der Gegenrechte keine Feststellungen getroffen hat, ist in der Revisionsinstanz zugunsten der Bekl. von ihrem Bestehen auszugehen.

*III. Gegenrechte der Bekl. auch nicht nach § 242 BGB ausgeschlossen*

Die Erwägungen des BerGer., das Leistungsverweigerungsrecht der Bekl. könne nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein, weil die Bekl. hinreichend durch Bürgschaften gesichert sei, versteht der Senat als nicht tragfähiges obiter dictum, da ansonsten für die Zulassung der Revision, die erkennbar auf den zwischenzeitlich geklärten Fragen zu § 648 a BGB beruht, kein Anlass bestanden hätte. Die Gegenrüge der Kl., nach ihrem Vortrag verhalte sich die Bekl. treuwidrig, weil sie den vertraglich vereinbarten Sicherheitseinbehalt trotz Vorliegens einer Gewährleistungsbürgschaft nicht auszahle, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sofern ein Anspruch auf Auszahlung bestehen sollte, ist es der Kl. unbenommen, ihn geltend zu machen (vgl. BGHZ 148, 151).

## Standort: AGB-Recht

## Problem: Vorbehalt der Lieferung eines Ersatzartikels

BGH, URTEIL VOM 21.09.2005  
VIII ZR 284 / 04 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

### *Problemdarstellung:*

Das hier beklagte Versandhandelsunternehmen behielt sich in den für den betriebenen Internetshop geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, bei Lieferengpässen dem Kunden auch einen anderen als den bestellten, allerdings qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel zuzusenden. Bei Nichtgefallen sollte der Kunde auch diesen binnen 14 Tagen zurückgeben können. Hiergegen wandte sich ein Verbraucherverband mit der Argumentation, die Klausel sei mit §§ 475, 308 Nr. 4, 307 BGB unvereinbar und mache gem. §§ 1, 3 I 1 Nr. 1 UklaG (Schö. Nr. 105) einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung dieser Klausel geltend.

Der BGH gab dem Verbraucherverband in letzter Instanz Recht und argumentierte, die Klausel könne zu-

mindest auch so verstanden werden, dass der Verkäufer sich nach bereits geschlossenem Kaufvertrag das Recht vorbehalte, eine andere als die vereinbarte Ware als vertragsgemäße Leistung zu liefern. Dann aber enthalte die Klausel einen nach § 308 Nr. 4 BGB unzulässigen Änderungsvorbehalt. Sie beinhalte insbesondere eine nach § 475 I BGB beim Verbrauchsgüterkauf unzulässige Abweichung von gesetzlichen Gewährleistungsregeln zu Lasten des Käufers. Nach § 434 III BGB sei eine aliud-Lieferung einem Sachmangel gleichzustellen, weshalb dem Kunden dann die Gewährleistungsrechte des § 437 BGB zustehen müssten, nicht nur ein auf 14 Tage beschränktes Rückgaberecht. Selbst wenn man die Klausel so verstehen wolle, dass die Zusendung eines anderen als des bestellten Artikels nach § 150 II BGB die Ablehnung des Angebots des Kunden in Verbindung mit einem neuen Angebot darstellen solle, so werde dies in der Klausel nicht hinreichend deutlich. Es liege damit ein Verstoß gegen

das Transparenzgebot vor, welches zur Unwirksamkeit der Klausel gem. § 307 I 2, 1 BGB führen müsse.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung lenkt die Aufmerksamkeit zunächst auf das Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz, UklG), welches mit Wirkung ab dem 01.01.2002 insbesondere die zuvor in §§ 13 - 21 AGBG a. F. enthaltenen Regelungen über den Anspruch auf Unterlassung der Verwendung unzulässiger AGB-Klauseln und dessen gerichtliche Durchsetzung aufgenommen hat. Durch den Bezug auf das alte AGBG ist auch der weite Rückbezug des Klagebegehrens auf nach dem 01.04.1977 geschlossene Kaufverträge zu erklären: Am 01.04.1977 ist das AGBG in Kraft getreten, vgl. § 30 S. 1 AGBG a. F. und § 10 Nr. 4 AGBG a. F. als Vorgängernorm des § 308 Nr. 4 BGB n. F.

Zudem befasst sich das Urteil mit der Anwendung der §§ 145 ff BGB auf Vertragsschlüsse unter Verwendung moderner Kommunikationsmittel. Hier irritiert die Aussage etwas, im Versandhandel sei grundsätzlich die Übersendung des bestellten Artikels als konkludente Annahmeerklärung zu verstehen. Dies dürfte nicht dahingehend zu verstehen sein, dass es für das Zustandekommen des Vertrages tatsächlich auch des Zugangs der Ware beim Besteller bedarf. Tatsächlich gilt der Versandhandel als Paradebeispiel für den § 151 BGB, der den Zugang der Annahmeerklärung - nicht diese Erklärung selbst - entbehrlich macht (vgl. Palandt/Heinrichs, § 151 Rz. 1, 4).

### **Vertiefungshinweise:**

Ansprüche gegen den Verkäufer nach Abbruch einer Internet-Auktion: *LG Berlin*, RA 2004, 600 = NJW 2004, 2831

§ 312 d IV Nr. 5 BGB nicht auf ebay-Auktion anwendbar: *BGH*, RA 2004, 775

Unwirksamkeit von Haftungsausschlüssen in den AGBen des Betreibers einer Autowaschanlage: *BGH*, RA 2005, 145 = NJW 2005, 422

### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Das Versehen"

Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Examenskurs: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

### **Leitsatz:**

**Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Versandhandelsunternehmens gegenüber Verbrauchern verwendete Klausel "Sollte ein bestimm-**

**ter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu." ist unter Berücksichtigung der sich daran anschließenden Sätze "Auch diesen können Sie bei Nichtgefallen innerhalb von 14 Tagen zurückgeben. Sollte ein bestellter Artikel oder Ersatzartikel nicht lieferbar sein, sind wir berechtigt, uns von der Vertragspflicht zur Lieferung zu lösen; ..." gemäß §§ 307 I, 308 Nr. 4 BGB unwirksam.**

### **Sachverhalt:**

Der Kl. ist ein Verbraucherverband, der in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UklG) beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen ist. Die Bekl. betreibt ein Versandhandelsunternehmen. Sie unterhält einen "Internetshop" und verwendet hierbei vorformulierte Geschäftsbedingungen (nachstehend: AGBen), die unter anderem folgende Klauseln enthalten:

"3. Gewährleistung ... [Abs. III] Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu. Auch diesen können Sie bei Nichtgefallen innerhalb von 14 Tagen zurückgeben. Sollte ein bestellter Artikel oder Ersatzartikel nicht lieferbar sein, sind wir berechtigt, uns von der Vertragspflicht zur Lieferung zu lösen; wir verpflichten uns gleichzeitig, Sie unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und etwa erhaltene Gegenleistungen unverzüglich zu erstatten."

Der Kl. hat von der Bekl. verlangt, es zu unterlassen, die vorstehend wiedergegebenen Klauseln in Nr. 3 Abs. III S. 1 und S. 3 Halbsatz 1 sowie zwei weitere Klauseln ihrer AGBen in Verbrauchsgüterkaufverträge einzubeziehen und sich auf diese Klauseln bei der Abwicklung derartiger, nach dem 01.04.1977 geschlossener Verträge zu berufen.

Das Landgericht (VuR 2004, 27) hat der Klage hinsichtlich der beiden oben zitierten Klauseln sowie einer weiteren Klausel stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Bekl. hat das Oberlandesgericht die Klage hinsichtlich der Klausel in Nr. 3 Abs. III S. 1 abgewiesen; die weitergehende Berufung der Bekl. hat es zurückgewiesen. Mit seiner vom BerGer. zugelassenen Revision begehrt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### **Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

Die Klausel "Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu" verstoße nicht gegen §§ 475 I, 307, 308 Nr. 4

BGB. Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB könne nur bejaht werden, wenn zwischen dem Verbraucher und der Bekl. bereits vor der Übersendung des Ersatzartikels ein Vertrag über die bestellte Ware geschlossen werde. Der Vertrag komme aber nicht schon aufgrund der Bestellung des Verbrauchers zustande, selbst wenn diese elektronisch bestätigt werde. Im Internethandel liege regelmäßig ein Leistungsversprechen des Verkäufers vor der Zusendung eines Artikels nicht vor. Soweit der Kläger demgegenüber mögliche Fallgestaltungen eines Vertragsschlusses vor der Lieferung der Ware aufzeige, handele es sich um seltene Ausnahmefälle, von denen bei der Bewertung der Klausel nicht auszugehen sei. Auch ein Verstoß gegen § 307 I BGB könne nur bejaht werden, wenn zwischen dem Verbraucher und der Bekl. vor der Lieferung der Ware ein Vertrag zustande komme, was jedoch vor der Annahme durch den Verbraucher nicht der Fall sei. Für die Zulässigkeit der Klausel spreche im übrigen § 241a III BGB, wonach eine Ersatzlieferung nicht als unbestellte Leistung gelte.

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

Die Revision des Kl. ist begründet. Der Kl. kann gemäß §§ 1, 3 I 1 Nr. 1, 4 UKlaG von der Bekl. verlangen, es zu unterlassen, die in Nr. 3 Abs. III S. 1 der AGBen ihres "Internetshops" enthaltene Klausel über die Zusendung eines sogenannten Ersatzartikels in Verbrauchsgüterkaufverträgen (§ 474 I 1 BGB) zu verwenden und sich auf diese Klausel bei der Abwicklung derartiger, nach dem 01.04.1977 geschlossener Kaufverträge zu berufen (vgl. zu letzterem BGHZ 127, 35 [37]; BGH, NJW 2003, 1237 = WM 2003, 425, unter I 2). Entgegen der Auffassung des BerGer. ist die Klausel gemäß § 308 Nr. 4 BGB (dazu nachfolgend unter I.) und nach § 307 I 2 in Verbindung mit S. 1 BGB unwirksam (dazu im weiteren unter II.).

#### *I. Unwirksamkeit der Klausel gem. § 308 Nr. 4 BGB*

Die streitige Klausel ("Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu.") enthält einen gemäß § 308 Nr. 4 BGB unzulässigen Änderungsvorbehalt. Nach dieser Bestimmung ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.

#### *1. Voraussetzungen eines Änderungsvorbehalts i. S. d. § 308 Nr. 4 BGB*

Die Voraussetzungen des § 308 Nr. 4 BGB liegen hier vor. Die in Rede stehende Klausel berechtigt die Bekl., eine versprochene Leistung zu ändern oder von ihr

abzuweichen, weil sie der Bekl. nach der gebotenen objektiven Auslegung das Recht einräumt (dazu sogleich unter a.), dem Kunden einen "Ersatzartikel" als vertragsgemäße Leistung zu übersenden, wenn zuvor ein Kaufvertrag über die vom Verbraucher auf der Internetseite der Beklagten bestellte Ware zustande gekommen ist (dazu anschließend unter b.).

#### *a. Ersatzartikel soll laut Klausel als vertragsgemäße Leistung gelten*

Die Klausel ist, wie der Senat wegen ihrer bundesweiten Verwendung selbst feststellen kann (vgl. BGHZ 139, 190 [198] m.w.N.), dahin auszulegen, dass die Bekl. sich ein vertragliches Recht zur Lieferung eines Ersatzartikels vorbehält. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (st. Rspr., vgl. BGHZ 102, 384 [389 ff] m.w.N.). Der Wortlaut der Klausel ist danach allerdings nicht eindeutig. Einerseits kann die Formulierung, die Bekl. "sende" in Einzelfällen einen Ersatzartikel zu, als bloße Ankündigung verstanden werden. Dafür spricht die abweichende Fassung der Klausel im übernächsten Satz (Nr. 3 Abs. III S. 3 Halbs. 1 der AGBen), wonach die Bekl. ausdrücklich "berechtigt" ist, sich von der "Vertragspflicht zur Lieferung" zu lösen, wenn ein bestellter Artikel oder Ersatzartikel nicht lieferbar sein sollte. Andererseits steht der Wortlaut der Klausel aus der Sicht eines verständigen Kunden der Auslegung nicht entgegen, dass sich die Bekl. das Recht zur Lieferung eines Ersatzartikels als vertragsgemäße Leistung vorbehält. Das folgt aus dem Umstand, dass die Klausel unter der Überschrift "Gewährleistung" steht. Dies legt aus der Sicht des Kunden die Annahme nahe, dass die Bekl. nicht lediglich die Lieferung einer anderen als der bestellten Sache ankündigen will, was im Falle eines vorherigen Vertragsschlusses nach § 434 III BGB eine vertragswidrige Leistung wäre, sondern dass die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Bekl. als vertragsgemäße Leistung gelten soll, die der Kunde nach dem sich anschließenden S. 2 ("auch") nur unter Einhaltung der gemäß Nr. 1 der AGBen für die Lieferung bestellter Artikel geltenden Rückgabefrist von 14 Tagen zurückweisen kann. Im Übrigen hat die Bekl. selbst in dem vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht, die Klausel sei im Sinne einer bloßen Ankündigung zu verstehen. Die Mehrdeutigkeit der Klausel ist durch eine objektive, an ihrem Wortlaut und Regelungszusammenhang sowie den Verständigungsmöglichkeiten der typischerweise angesprochenen Kunden orientierte Auslegung nicht zu beseitigen. Die somit verbleibenden Zweifel gehen gemäß § 305c II

BGB (früher § 5 AGBG) zu Lasten der Bekl. Dies führt jedenfalls im - hier vorliegenden - Verbandsklageverfahren dazu, dass von der sogenannten kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen ist (BGHZ 139, 190 [199]; 158, 149 [155], jeweils m.w.N.). Bei der Prüfung der Wirksamkeit der in Rede stehenden Klausel ist daher die Auslegung zugrunde zu legen, dass die Bekl. sich ein vertragliches Recht zur Lieferung eines Ersatzartikels vorbehält.

*b. Klausel erfasst zumindest auch Zusendung eines Ersatzartikels nach Vertragsschluss*

Aus der Sicht eines verständigen und juristisch nicht vorgebildeten Kunden erfasst die Formularbestimmung auch den Fall, dass vor der Lieferung des Ersatzartikels bereits ein Kaufvertrag über die bestellte Ware abgeschlossen worden ist. Dem Wortlaut der Klausel lässt sich nicht entnehmen, dass der Bekl. lediglich dann ein Recht zur Lieferung eines anderen als des bestellten Artikels zustehen soll, wenn noch kein Kaufvertrag mit dem Kunden zustande gekommen ist. Vielmehr ist das formularmäßig eingeräumte Recht zur Zusendung des Ersatzartikels allein davon abhängig, dass ein bestimmter Artikel nicht lieferbar ist. Hiervon ist auch das BerGer. ausgegangen. Zu Unrecht hat das BerGer. aber bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Klausel die von ihrem Wortlaut erfasste Möglichkeit eines Vertragsschlusses vor der Lieferung unberücksichtigt gelassen. Zwar haben völlig fern liegende Auslegungsmöglichkeiten, von denen eine Gefährdung des Rechtsverkehrs nicht ernsthaft zu befürchten ist, auch im Verbandsklageverfahren außer Betracht zu bleiben (BGHZ 91, 55 [61]; BGH, NJW 1994, 1798 = WM 1994, 1283 unter II 2 b bb m.w.N.). Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Allerdings dürfte die Ansicht der Bekl. zutreffen, dass die Warenpräsentation auf ihrer Internetseite noch kein gemäß § 145 BGB verbindliches Angebot, sondern lediglich eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (*invitatio ad offerendum*) darstellt. In diesem Falle ist das Vertragsangebot in der Warenbestellung des Kunden zu sehen (vgl. BGH, NJW 2005, 976 = WM 2005, 659 unter II A 1). Es mag auch richtig sein, dass im Versandhandel grundsätzlich erst die Übersendung des bestellten Artikels als konkludente Annahmeerklärung zu werten ist. Sendet die Bekl. dem Kunden unter diesen Umständen einen anderen als den bestellten Artikel zu, gilt diese Änderung gemäß § 150 II BGB als Ablehnung der Bestellung verbunden mit einem neuen Antrag der Bekl., einen Kaufvertrag über die von ihr ausgewählte Ware zu schließen. Ein Vertrag über diese geänderte Leistung kommt dann nur zustande, wenn der Kunde das neue Angebot annimmt. Gleichwohl erscheint es nicht als ausgeschlossen, dass in bestimmten Fällen schon vor der Zusendung des bestellten Artikels oder eines Ersatzartikels ein Vertrag zustande kommt. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn die auf der Inter-

netseite der Bekl. vorgesehene Bestätigung der Bestellung, deren Wortlaut das BerGer. nicht festgestellt hat, so formuliert wäre, dass sie aus der Sicht eines verständigen Kunden nicht nur als Bestätigung des Zugangs seines Kaufangebots, sondern als dessen Annahme zu verstehen wäre. Des weiteren zeigt die Revision die durchaus nahe liegende Möglichkeit auf, dass ein Kunde mehrere Artikel bestellt, die Bekl. jedoch lediglich einen Teil der bestellten Ware übersendet und dem Kunden die Lieferung der restlichen Ware für einen späteren Zeitpunkt ankündigt. Eine solche Mitteilung wäre vom objektiven Empfängerhorizont des Kunden aus regelmäßig als rechtsverbindliches Lieferversprechen und demgemäß als Annahme seines Kaufangebots hinsichtlich der bestellten, aber noch nicht gelieferten Artikel zu werten. Dass die Bekl. in Übereinstimmung damit selbst einen Kaufvertragsschluss vor Übersendung der bestellten Ware oder eines Ersatzartikels für möglich hält, ergibt sich aus Nr. 3 Abs. III S. 3 Halbs. 1 der AGBen. Dort heißt es nämlich, dass die Bekl., sollte ein "bestellter Artikel oder Ersatzartikel" nicht lieferbar sein, berechtigt ist, sich "von der Vertragspflicht zur Lieferung" zu lösen.

*2. Unzumutbarkeit des Änderungsvorbehalts i. S. d. § 308 Nr. 4 BGB a. E.*

Der mithin durch die streitige Klausel begründete Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Lieferung eines Ersatzartikels ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Danach ist ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt nur zulässig, wenn er unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Damit wird eine Abwägung zwischen den Interessen des Klauselverwenders an der Möglichkeit einer Änderung seiner Leistung und denen des anderen Vertragsteils an der Unveränderlichkeit der vereinbarten Leistung des Verwenders verlangt. Die Zumutbarkeit einer Leistungsänderungsklausel ist dann zu bejahen, wenn die Interessen des Verwenders die für das jeweilige Geschäft typischen Interessen des anderen Vertragsteils überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Das setzt eine Fassung der Klausel voraus, die nicht zur Rechtfertigung unzumutbarer Änderungen dienen kann, und erfordert im allgemeinen auch, dass für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen besteht (BGHZ 158, 149 [154 f.]). Diesen Anforderungen wird die in Rede stehende Klausel nicht gerecht. Zwar berücksichtigt sie die Interessen des Kunden insoweit, als sich die Bekl. lediglich die Zusendung qualitativ und preislich gleichwertiger Artikel vorbehält. Dies trägt dem Interesse des Kunden, nur die von ihm bestellte Ware als vertragsgemäße Erfüllung (§§ 433 I, 362 I BGB) annehmen zu müssen, jedoch nicht in jedem Falle hinreichend Rechnung. In der Formularbestimmung ist nicht berücksichtigt, dass zahlreiche Artikel - etwa Beklei-

dungsgegenstände - vom Kunden nach seinen individuellen Wünschen und Bedürfnissen ausgewählt werden. Demgegenüber belässt die in der Klausel allein vorgegebene Beschränkung auf gleichwertige Qualität und gleichen Preis der Beklagten einen weiten Spielraum für Abweichungen von der bestellten Ware, die dem Kunden im Einzelfall unzumutbar sein können. Dies trifft etwa für das vom Kl. gebildete Beispiel zu, wonach die Klausel es zulässt, dem Kunden anstelle der bestellten, nicht lieferbaren braunen Schuhe qualitativ und preislich entsprechende schwarze Schuhe zu liefern. Das berechnete Interesse des Kunden, eine solche von der Bestellung abweichende Leistung nicht als vertragsgemäße Erfüllung annehmen zu müssen, wird auch nicht dadurch gewahrt, dass der Kaufvertrag nach Nr. 1 der AGBen auf Probe abgeschlossen und dem Kunden nach Nr. 3 Abs. III S. 2 der AGBen für den ersatzweise gelieferten Gegenstand ein Rückgaberecht innerhalb von 14 Tagen eingeräumt wird. Hierdurch wird der Kunde schlechter gestellt als nach der gesetzlichen Regelung. Gemäß § 434 III BGB steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer - wie im Falle der Zusendung eines Ersatzartikels - eine andere Sache liefert. Der Käufer einer mangelhaften Sache kann nach näherer Maßgabe des § 437 BGB Nacherfüllung, Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, vom Vertrag zurücktreten und den Kaufpreis mindern. Diese Rechte können ohne zeitliche Beschränkung bis zu der durch die Einrede der Verjährung gezogenen Grenze von mindestens zwei Jahren (§ 438 BGB) ausgeübt werden. Dagegen steht dem Kunden nach Nr. 3 Abs. III S. 2 der AGBen im Falle der Lieferung eines Ersatzartikels lediglich ein Rückgaberecht zu, das zudem auf 14 Tage befristet ist. Daraus folgt in Verbindung mit Nr. 1 der AGBen, dass der Kunde nach Ablauf von 14 Tagen nicht mehr einwenden kann, die Ware sei nicht vertragsgemäß, weil der auf Probe geschlossene Kaufvertrag nach Ablauf der Rückgabefrist mit dem hinsichtlich des Ersatzartikels geänderten Inhalt wirksam wird; denn nach Ablauf dieser Frist gilt das Schweigen des Käufers als Billigung der ihm übersandten Ware (§ 454 I 2 BGB in Verbindung mit § 455 S. 2 BGB).

## *II. Verstoß der Klausel gegen das Transparenzgebot gem. § 307 I 1, 2 BGB*

Entgegen der Auffassung des BerGer. ist die streitige Klausel gemäß § 307 I 2 BGB in Verbindung mit S. 1 auch dann unwirksam, wenn die AGBen der Bekl. dahin zu verstehen sein sollten, dass ein Vertrag grundsätzlich nicht vor der Zusendung eines Ersatzartikels zustande kommt. Bei einer solchen Auslegung verstößt

die Klausel gegen das Transparenzgebot, weil sie nicht klar und verständlich ist und den Kunden hierdurch entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

Ein solcher Verstoß liegt unter anderem dann vor, wenn eine Formularbestimmung die Rechtslage unzutreffend darstellt und es dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in ihr getroffene Regelung abzuwehren (st.Rspr. zum früheren § 9 I AGBG, BGHZ 119, 152 [170]; 145, 203 [220 f.], jew. m.w.N.). So liegt es hier. Die Klausel ist - insbesondere im Zusammenhang mit dem nachfolgenden Satz, wonach der Ersatzartikel bei Nichtgefallen innerhalb von 14 Tagen zurückgegeben werden kann - geeignet, bei einem juristisch nicht vorgebildeten Kunden den Eindruck zu erwecken, die Lieferung des Ersatzartikels stelle eine vertragsgemäße Leistung der Bekl. dar, die lediglich durch Ausübung des befristeten Rückgaberechts zurückgewiesen werden könne. Eine solche Klauselgestaltung kann einen rechtsunkundigen Besteller im Einzelfall davon abhalten, die Ware zurückzugeben, wenn die Frist von zwei Wochen abgelaufen ist. Hierzu wäre der Kunde nach der gesetzlichen Regelung jedoch berechtigt, weil es ihm freisteht, ein neues Angebot der Beklagten (§ 150 II BGB) nicht anzunehmen und die ohne vertragliche Grundlage gelieferte Ware ohne Einhaltung einer Frist zurückzugeben. Dies ergibt sich auch aus § 241a I BGB, wonach durch die Lieferung unbestellter Sachen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ein Anspruch gegen diesen nicht begründet wird. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Voraussetzungen des § 241a III BGB nicht gegeben. Danach liegt eine unbestellte Leistung nicht vor, wenn dem Verbraucher statt der bestellten eine nach Qualität und Preis gleichwertige Leistung angeboten und er darauf hingewiesen wird, dass er zur Annahme nicht verpflichtet ist und die Kosten der Rücksendung nicht zu tragen hat. Einen solchen Hinweis enthält die streitige Klausel nicht.

## *III. Teilaufhebung des Berufungsurteils und eigene Sachentscheidung*

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit das BerGer. die Klage hinsichtlich der Klausel in Nr. 3 Abs. III S. 1 der AGBen abgewiesen hat (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif. Daher ist das Berufungsurteil im vorbezeichneten Umfang aufzuheben, und die Berufung der Bekl. gegen das erstinstanzliche Urteil ist insgesamt zurückzuweisen (§ 563 III ZPO).

**Strafrecht****Standort: § 32 StGB****Problem: Erforderlichkeit der Notwehrhandlung**

BGH, URTEIL VOM 25.08.2005  
5 STR 255/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Bruder des Angeklagten wurde nach einem Diskothekenbesuch von einem Dritten mit einem Schlagstock angegriffen. Um seinem Bruder zu helfen, schoss der Angeklagte ohne weitere Vorwarnung mit einer Pistole, deren Herkunft nicht genau geklärt werden konnte, mehrmals auf den Angreifer. Obwohl der Angeklagte auf die Beine des Opfers zielte, traf er dieses aufgrund seiner fehlenden Übung im Umgang mit der Waffe in der Lende und am Ellenbogen und verletzte es lebensgefährlich. Das Landgericht Berlin hatte eine Rechtfertigung des Angeklagten wegen Nothilfe (§ 32 StGB) angenommen und diesen vom Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I StGB) freigesprochen. Der BGH hob den Freispruch auf, da der Angeklagte nicht gerechtfertigt gewesen sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Notwehr (§ 32 StGB), stellen ein immer wiederkehrendes Thema in beiden Examen dar. Nicht nur die klassischen Fragen der Auswirkung von Irrtümern im Rahmen von Rechtfertigungsgründen (die der BGH in der vorliegenden Entscheidung am Rande streift) sind hier regelmäßig zu erörtern, sondern auch Fragen der einzelnen Rechtfertigungsvoraussetzungen.

Im Rahmen einer Notwehr oder Nothilfe ist eine Verteidigungshandlung nur gerechtfertigt, wenn sie erforderlich ist (§ 32 II StGB). Erforderlich ist der Einsatz eines Verteidigungsmittels, wenn dieses zur sofortigen und endgültigen Beendigung des Angriffs geeignet ist und das relativ mildeste Gegenmittel darstellt (BGH, NStZ 2000, 365; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 34). Vor diesem Hintergrund kann auch der Einsatz einer lebensgefährlichen Waffe, insb. einer Schusswaffe, selbst gegenüber einem unbewaffneten Angreifer gerechtfertigt sein (BGH, StV 1996, 146; 1999, 145; Puppe, JZ 1989, 728). Allerdings ist ein solcher grundsätzlich erst nach einer Androhung des Einsatzes der Waffe zulässig, es sei denn, diese verspricht keinen Erfolg oder ist wegen

der konkreten Kampfklage nicht möglich (BGH, NStZ 2002, 140; 2003, 425; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 16 d). Dies bestätigt der BGH im vorliegenden Fall und betont hierbei, dass die Androhung eines (Schuss-) Waffeneinsatzes dem tatsächlichen Einsatz der Waffe nicht nur vorausgehen muss, wenn der Täter mit Tötungsvorsatz handelt, sondern bei jedem (lebens-) gefährlichen Einsatz der Waffe.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung, insb. beim Einsatz von Schusswaffen: *BGHSt* 6, 256 [258]; 42, 99; *BGH*, NStZ 2002, 140; 2003, 425; *Kühl*, StV 1997, 298; *Pelz*, NStZ 1995, 305; *Schröder*, JuS 2000, 235

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der Autofahrer"  
 *Examenskurs*: "Vorbei und dennoch getroffen"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Auch bei heftig bewegtem Tatgeschehens und vehementen Angriffen ist vor Abgabe gezielter Schüsse auf den Körper des Angreifers der Einsatz der Schusswaffe zunächst anzudrohen, insbesondere durch einen Warnschuss. Diese Einschränkung des Notwehrrechts durch Begrenzung der Erforderlichkeit der Verteidigung bezieht sich auf jeglichen gefährlichen Einsatz einer Schusswaffe, nicht etwa nur auf einen mit (mindestens bedingtem) Tötungsvorsatz geführten.**

**Sachverhalt:**

In den frühen Morgenstunden des 13. Mai 2004 verließen die Angeklagten, zwei Brüder, mit zwei Begleitern und zwei Begleiterinnen eine Diskothek am Kurfürstendamm in Berlin, vor der es zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen dem Nebenkläger und A kam. Anlass waren vermutlich die Beziehungen der beiden Männer zu einer der Begleiterinnen. Nach Ende der Auseinandersetzung, in die C und ein weiterer Begleiter möglicherweise schlichtend eingegriffen hatten, holte der Nebenkläger aus seinem Fahrzeug einen Teleskopschlagstock, mit dem er unvermittelt zunächst auf C losging. Er hieb ihm mit dem Totschläger so

kräftig auf den Kopf, dass dieser eine stark blutende Kopfplatzwunde davontrug. Anschließend schlug der Nebenkläger mit dem Totschläger auch auf A ein, der seinem Bruder zu Hilfe eilte.

A, der von einem weiteren Begleiter unterstützt wurde, gelang es schließlich, dem wild um sich schlagenden Nebenkläger den Totschläger zu entwinden; zuvor hatte auch er eine Kopfplatzwunde durch einen Schlag des Nebenklägers erlitten. Eben zu diesem Zeitpunkt, als es A gelang, dem Nebenkläger den Schlagstock zu entwinden, hob C eine erlaubnispflichtige geladene Pistole vom Boden auf. Woher die Waffe stammte, etwa aus dem Pkw des Nebenklägers oder aus dem der Angeklagten, blieb ungeklärt. Da der Nebenkläger mit unverminderter Energie versuchte, A den Schlagstock wieder abzunehmen, gab C, um seinem Bruder zu helfen, in schneller Folge drei oder vier Schüsse ab. Der in der Waffenbenutzung ungeübte Angeklagte traf den Nebenkläger, obgleich er auf seine Beine zielte, im Lendenbereich und am Ellenbogen. Den Tod des Nebenklägers nahm C bei Abgabe der Schüsse nicht billigend in Kauf. Mit dem Begleiter des Bruders flüchteten die Angeklagten anschließend, C unter Mitnahme der Waffe, die er später in die Havel warf. Der Nebenkläger, der drei Steckschüsse im linken Flankenbereich erlitten hatte, überlebte nach mehrstündiger Notoperation. Auch er hatte im Rahmen der Auseinandersetzung eine Kopfplatzwunde davongetragen.

Allein wegen des der Schießerei nachfolgenden Führens der Waffe hat das Schwurgericht den Angeklagten C verurteilt. Die Schussabgabe, mithin auch das Führen der Waffe hierbei, hat es hingegen wegen Nothilfe als gerechtfertigt angesehen. Irgendeine Mitwirkung des Mitangeklagten A an den Schüssen hat das Schwurgericht nicht festgestellt.

### **Aus den Gründen:**

#### *1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Von den Anklagevorwürfen gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung und gemeinschaftlich versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung hat das Schwurgericht die Angeklagten aus tatsächlichen, den Angeklagten C im zweiten Tatkomplex auch aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Allein wegen unerlaubten Führens einer halbautomatischen Kurzwaffe ist der Angeklagte C zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 100 € verurteilt worden; dies betrifft die weitere Tatbegehung nach dem mit der Waffe vorgenommenen, gemäß tatgerichtlicher Auffassung durch Nothilfe gerechtfertigten Angriff auf den Nebenkläger.

Die - vom Generalbundesanwalt vertretene - Revision der Staatsanwaltschaft richtet sich mit der Sachrüge

allein gegen die Freisprechung des Angeklagten C im zweiten Tatkomplex; die Beschwerdeführerin, die insoweit auch die tatgerichtlichen Feststellungen angreift und die Aufhebung des Urteils begehrt, beanstandet die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes und die Verneinung des Tötungsvorsatzes. Die Revisionen des Nebenklägers wenden sich mit der Sachrüge gegen die Freisprechung beider Angeklagter im zweiten Tatkomplex. Die Freisprüche der Angeklagten vom Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung im ersten Tatkomplex sind mithin rechtskräftig.

Hinsichtlich des Angeklagten C haben die Revisionen einen Teilerfolg: Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen war das Tatverhalten dieses Angeklagten im zweiten Tatkomplex nicht gerechtfertigt. Dies führt insoweit zur Aufhebung des Freispruchs und zum Schuldspruch gegen diesen Angeklagten wegen tateinheitlicher gefährlicher Körperverletzung.

Die weitergehenden Revisionen sind unbegründet.

#### *2. Zur Rüge fehlerhafter Feststellungen und der Freisprechung des Angeklagten A*

Die Feststellungen des Schwurgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

##### *a. Zur Verwertung der richterlichen Geständnisse der Angeklagten aus dem Ermittlungsverfahren*

Wie der Gesamtzusammenhang des Urteils ergibt, stehen die richterlichen Geständnisse der Angeklagten, die sich in der Hauptverhandlung nicht eingelassen haben, im Wesentlichen im Einklang mit den getroffenen Feststellungen. Eine nähere Wiedergabe des Inhalts jener Geständnisse war daher nicht unerlässlich.

##### *b. Zu den Feststellungen bzgl. des Tatgeschehens*

Im Übrigen stehen die Feststellungen insgesamt im Einklang mit den Bekundungen mehrerer Augenzeugen, letztlich nicht einmal in wesentlichem Widerspruch zu den Angaben des Nebenklägers. Insbesondere ist die "Kampflage" in dem Moment, als C auf den Nebenkläger schoss, ausreichend geklärt. Das Schwurgericht durfte sich für die Feststellung, dass A zu diesem Zeitpunkt dem Nebenkläger den Totschläger bereits entwunden hatte, maßgeblich auf dessen eigene Angaben, mit denen er seinen Bruder ersichtlich nicht begünstigte, stützen. Gleichwohl dauerte der rechtswidrige Angriff des Nebenklägers auf A, wie sich aus den Beobachtungen der Augenzeugen ergab, zu diesem Zeitpunkt fort. Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Nothilfesituation waren mithin gegeben.

##### *c. Zur Verneinung eines Tötungsvorsatzes bei C*

Auch die Annahme, dass C lediglich mit Verletzungs-

nicht mit Tötungsvorsatz handelte, ist ausreichend belegt. Ein unbeteiligter Zeuge hatte ausdrücklich bestätigt, dass der Schütze lediglich auf die Beine des Nebenklägers gezielt hatte. Den Umstand, dass C ersichtlich nicht bestrebt war, das Leben seines Bruders zu gefährden, und dennoch wiederholt Schüsse in Richtung der bewegten Personengruppe abgab, durfte das Schwurgericht ungeachtet der hohen Lebensgefahrlichkeit dieses Verhaltens ausschlaggebend zur Annahme eines bloßen Verletzungsvorsatzes heranziehen. Sachlichrechtlich fehlerhaft ist diese tatrichterliche Beweiswürdigung nicht; zwingend muss sie nicht sein.

#### *d. Zur Freisprechung des Angeklagten A*

Die Freisprechung des Angeklagten A unterliegt bei dem festgestellten Geschehen keinerlei sachlichrechtlichen Bedenken.

#### *3. Zum Fehlen der Voraussetzungen der Notwehr (§ 32 StGB) bzgl. des Angeklagten C*

Indes fehlt es auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen für die Annahme des Rechtfertigungsgrundes der Nothilfe bezogen auf die Schüsse des Angeklagten C an der Erforderlichkeit solcher Verteidigung (§ 32 Abs. 2 StGB). Ungeachtet des heftig bewegten Tatgeschehens und der Vehemenz der Angriffe des Nebenklägers auch unmittelbar nach seiner Entwaffnung hätte der Angeklagte - insbesondere da die Einwirkungsmöglichkeiten des Nebenklägers zum gegebenen Zeitpunkt nicht mehr derart akut gefährlich waren - vor Abgabe gezielter Schüsse auf den Körper des Nebenklägers den Einsatz der Waffe zunächst androhen müssen, insbesondere etwa durch einen Warnschuss (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 5 und 11, Verhältnismäßigkeit 2).

Diese Einschränkung des Notwehrrechts durch Begrenzung der Erforderlichkeit der Verteidigung bezieht sich auf jeglichen gefährlichen Einsatz einer Schusswaffe, nicht etwa nur auf einen mit (mindestens bedingtem) Tötungsvorsatz geführten. Dass die Abgabe eines zweiten und eines dritten Schusses zur Verteidigung des angegriffenen Bruders nicht erforderlich war, liegt ohnehin auf der Hand. Die Feststellung des Schwurgerichts, der Nebenkläger habe auf die - schnell nacheinander abgegebenen - Schüsse zunächst nicht reagiert, setzt die Annahme mangelnder Erforderlichkeit der Verteidigung in der festgestellten Kampflage nicht durchgreifenden Zweifeln aus. Eine alsbaldige ungehinderte Flucht vom Ort des Geschehens war den angeklagten Brüdern und dem Begleiter unmittelbar nach Abgabe der Schüsse ohne weiteres möglich. Bezogen auf die zuvor gegebene Situation ist auszuschließen, dass ein kurzes Abwarten der Wir-

kung einer Androhung der Schusswaffenverwendung, insbesondere eines Warnschusses, dann auch des ersten Schusses, die Verteidigungssituation von A maßgeblich gefährdet hätte. Anhaltspunkte, dass die Abgabe mehrerer Schüsse auf die Ungeübtheit des Angeklagten C in der Handhabung der Waffe zurückzuführen sein könnte, sind nicht erkennbar.

#### *4. Zur Schuld des Angeklagten C*

Es ist nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe auch nicht ersichtlich, dass C die für die Beurteilung der Erforderlichkeit der Nothilfe herangezogenen maßgeblichen Umstände nicht überschaut hätte. Ferner sind ernstliche Anhaltspunkte für eine schuld-ausschließende Notwehrüberschreitung sowie für einen Ausschluss oder eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten angesichts der getroffenen Feststellungen zu dessen psychischem Zustand während der Auseinandersetzung mit dem Nebenkläger - auch eingedenk einer gewissen Alkoholisierung und eigener Verletzungen - wie angesichts der Feststellungen zu seinem Nachtatverhalten nicht gegeben. Danach sieht sich der Senat nicht gehindert, auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Feststellungen des Schwurgerichts zum Schuldspruch auf gefährliche Körperverletzung, begangen mittels einer Waffe und einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB), durchzuentcheiden. Die Tat ist entgegen der Auffassung des Schwurgerichts nicht gerechtfertigt und auch nicht entschuldigt; sie steht daher mit dem vom Schwurgericht allein ausgeurteilten Vergehen nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. b WaffG - wie angeklagt - in Tateinheit; das Führen der Waffe dauerte von ihrer nicht gerechtfertigten Benutzung bis zu ihrer Entledigung durchgehend an.

Dieser umfassenden Beurteilungsmöglichkeit des Revisionsgerichts bei der vorliegenden Fallgestaltung ist auch die Verteidigung des Angeklagten C in der Revisionshauptverhandlung nicht entgegengetreten; der Verteidiger hat hilfsweise für den Fall, dass den Urteilsfeststellungen eine Rechtfertigung oder Entschuldigung dieses Angeklagten nicht zu entnehmen sei, eine Durchentscheidung auf einen Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung beantragt. Eine - durch Rechtsfehler im angefochtenen Urteil nicht veranlasste - Aufhebung der Feststellungen im Zusammenhang mit der Schießerei allein mit Rücksicht darauf, dass der insoweit freigesprochene Angeklagte C das Urteil in diesem Punkt selbst nicht anfechten konnte, ist bei dieser Sachlage ausnahmsweise nicht veranlasst. Sie zöge die Beseitigung diesen Angeklagten begünstigender, rechtsfehlerfrei getroffener Feststellungen nach sich: So wurde ihm - im Einklang mit seiner früheren eigenen Einlassung - kein Tötungsvor-



satz angelastet und eine Nothilfesituation bei Tatbegehung zugebilligt.

#### 5. Zurückverweisung; Hinweise an den neuen Tatrichter

Für den vom Revisionsgericht erkannten Schuldspruch hat ein neues Tatgericht eine Strafe zu finden. Der Senat verweist die Sache an eine nach § 74 Abs. 1 GVG zuständige Strafkammer zurück. Neben der erneuten Anwendung des § 52 Abs. 6 WaffG wird auch die Annahme eines minder schweren Falles der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 StGB, zweiter Halbsatz) im Blick auf die gegebene Nothilfesituation und eine Parallelwertung zu § 213 StGB, erste Alternative,

nicht fernliegen. Auch wird auf eine in der Tatsituation selbstverständlich gegebene gewisse Einschränkung der Schuldfähigkeit Bedacht zu nehmen sein.

Bei der Straffindung ist das neue Tatgericht an die bislang rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen gebunden. Es kann lediglich ergänzende Feststellungen treffen, die den bisher getroffenen nicht widersprechen. Solche werden namentlich hinsichtlich der Verletzungsfolgen des Nebenklägers in Betracht kommen, eventuell auch für die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten C. [...]

### Standort: § 211 StGB

### Problem: Gemeingefährliche Mittel

BGH, URTEIL VOM 16.08.2005  
4 STR 168/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der Angeklagte war aus Frust über seinen beruflichen Misserfolg, seine Alkoholabhängigkeit und eines Streites mit seiner Lebens- und Geschäftspartnerin in eine "Lebenskrise" geraten und mit seinem Pkw mit einer Geschwindigkeit von über 30 km/h über den belebten Gehweg einer Einkaufsstraße und durch die voll besetzten Terrassen zweier Cafés gefahren, wobei er zahlreiche Menschen zum Teil schwer verletzt hatte. Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten auf Grund dieses Verhaltens insb. wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I StGB) verurteilt, wobei es insbesondere einen Tatentschluss des Angeklagten zur Verwendung gemeingefährlicher Mittel angenommen hatte. Der BGH bestätigte dieses Urteil.

#### Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte und hier insbesondere der Tatbestand des Mordes und die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale stellen in beiden Examen einen sehr beliebten Prüfungsstoff dar.

Schwerpunkt des vorliegenden Falles ist die Prüfung der Voraussetzungen verschiedener Mordmerkmale. Hierbei ist stets zu berücksichtigen, dass der Mord als einziges Delikt des deutschen Strafrechts keinen Strafrahmen eröffnet, was dem Gericht die Möglichkeit bieten würde, Besonderheiten des Einzelfalles auf Strafzumessungsebene Rechnung zu tragen. Statt dessen ist als Rechtsfolge des Mordes zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen, ohne eine gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer Strafmilderung, etwa über die Annahme eines minder schweren Falles. Deshalb besteht Einigkeit darüber, dass, um

eine verfassungskonforme Anwendung des § 211 StGB zu gewährleisten, die Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen sind (BVerfGE 45, 187; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 2 mwN).

Der BGH befasst sich im vorliegenden Fall zunächst mit den Voraussetzungen für die Verwendung "gemeingefährlicher Mittel" i.S.v. § 211 StGB. Eine solche wird von der ganz herrschenden Meinung angenommen, wenn der Täter ein Tatmittel einsetzt, dessen Ausdehnung er nicht kontrollieren kann und das deshalb in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann (BGHSt 38, 353; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 29 mwN). Der BGH stellt in dieser Entscheidung fest, dass diese Voraussetzungen auch gegeben sind, wenn der Täter mit einem Pkw durch eine Menschenmenge bzw. die voll besetzte Terrasse eines Cafés fährt.

Weiter diskutiert der BGH die Voraussetzungen des Mordmerkmals "Heimtücke". Während die Literatur hier größtenteils einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch fordert (vgl. Otto, JR 1991, 383; SK-Horn § 211 Rn. 32 mwN), lässt der BGH für eine heimtückische Tötung die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung genügen (BGHSt 9, 390; 32, 382 [388]). Arglos ist das Opfer, wenn es sich in der konkreten Tatsituation eines Angriffs auf sein Leben von Seiten des Täters nicht versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17 mwN). Das Landgericht Düsseldorf hatte Heimtücke im vorliegenden Fall verneint, da die Opfer nicht arglos gewesen seien; immerhin sei es einigen der Passanten gelungen, sich durch einen Hechtsprung vor dem Auto des Täters in Sicherheit zu bringen, was zeige, dass sie offensichtlich nicht arglos gewesen seien. Der BGH weist darauf hin, dass die Arglosigkeit nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass das (potenzielle) Opfer von dem Angriff erfährt, wenn das Erkennen

der drohenden Gefahr erst so spät erfolgt, dass dem Opfer keine Abwehrmöglichkeit mehr bleibt (BGH, NStZ 2002, 368; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 24 mwN). Trotzdem verneint der BGH die Heimtücke im vorliegenden Fall, da es dem Täter an dem erforderlichen Ausnutzungsbewusstsein fehle (eigentlich ist es bemerkenswert, dass der BGH prüft, ob die Opfer objektiv arglos waren, da es im vorliegenden Fall lediglich um einen versuchten Mord ging und im Rahmen des Versuchs sowieso nur der Tatentschluss des Täters, d.h. dessen Vorstellung, maßgeblich ist).

Schließlich befasst sich der BGH noch mit dem Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe". Solche sind gegeben, wenn die Tatmotive des Täters nach allgemeiner sittlicher Anschauung auf tiefster Stufe stehen und besonders verachtenswert sind (BGH, NStZ-RR 2000, 168; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 9 mwN). Obwohl bei frustrationsbedingter Tötung des unbeteiligten Opfers in der Vergangenheit niedrige Beweggründe angenommen worden sind (vgl. BGHSt 47, 128), verneint der BGH diese in der vorliegenden Entscheidung ohne nähere Begründung.

#### Vertiefungshinweise:

□ Zur Verwendung gemeingefährlicher Mittel i.S.v. § 211 II StGB: BGHSt 34, 13; BGH, NJW 1985, 2477; v. Damwitz, Jura 1997, 569; Horn, JR 1986, 32; Mitsch, JuS 1996, 215; Kargl, StraFo 2001, 365; Renzler, JZ 1993, 364

□ Zur Heimtücke i.S.v. § 211 II StGB: BGHSt 32, 382; BGH, NJW 1991, 1963; NStZ-RR 1999, 234; 2001, 14; Bosch/Schindler, Jura 2000, 77; Eser, JR 1981, 177; Küper, JuS 2000, 740; Schmoller, ZStW 99, 389; Schneider, NStZ 2003, 428

□ Zum Vorliegen niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 II StGB: BGH, NStZ 1999, 129; 2002, 369; NStZ-RR 2003, 147; Kargl, StraFo 2001, 386; Neumann, JR 2002, 471; Saliger, StV 2003, 38

#### Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"

□ Examenskurs: "Die Schwiegermutter"

#### Leitsatz:

**Zum Mordmerkmal "mit gemeingefährlichen Mitteln" beim Einsatz eines Kraftfahrzeugs als Tatwerkzeug.**

#### Sachverhalt:

Der zur Tatzeit 63 Jahre alte Angeklagte hielt sich am Vormittag des 21. Juni 2003 ab etwa 9 Uhr in dem von ihm und seiner Lebensgefährtin betriebenen Lokal "F.

" in der S.straße in D. auf. Er hatte in der vorangegangenen Nacht nur ca. vier Stunden geschlafen und war bereits um 6.30 Uhr aufgestanden. Er war müde und fühlte sich durch den am Vortag genossenen Alkohol immer noch stark beeinträchtigt.

Gleichwohl nahm er im Verlauf des Vormittags bis kurz vor Begehung der Tat weitere alkoholische Getränke zu sich. Wegen seines übermäßigen Alkoholkonsums und seines ungepflegten Aussehens kam es am späteren Vormittag zu einer Auseinandersetzung mit seiner Lebensgefährtin, die ihm deswegen Vorwürfe machte und drohte, ihn noch am selben Abend zu verlassen.

Gegen 14.15 Uhr verließ der Angeklagte das Lokal mit dem Bemerkten, seinen Pkw, einen Chevrolet Camaro, in die Garage fahren zu wollen, obwohl seine Lebensgefährtin ihn gebeten hatte, dies wegen seiner Alkoholisierung zu unterlassen. Er wies zu diesem Zeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 2,22 ‰ auf. Kurz danach bestieg er sein Fahrzeug, das vor dem Lokal am Fahrbahnrand der S.straße in Richtung der quer zur S.straße verlaufenden N.-straße, einer belebten Einkaufsstraße, geparkt war. Er startete den Motor, ließ ihn mehrfach aufheulen und lenkte das Fahrzeug sodann in einer etwa S-förmig verlaufenden, insgesamt 86 m langen Wegstrecke zunächst nach links über die S.straße hinweg auf den gegenüberliegenden Gehweg in den dortigen Terrassenbereich des Eiscafés "D.". Ohne anzuhalten fuhr er, ein Bankgebäude passierend, auf dem Gehweg weiter, überquerte kurz vor Erreichen der N.straße erneut die S.straße und steuerte das Fahrzeug auf den gegenüberliegenden Gehweg in die Außenterrasse des Café "Fl.". Diese durchfuhr er über eine Strecke von ca. 10 m. Anschließend überquerte er die N.-straße und kam nach weiteren 20 m zum Stehen.

Der Angeklagte fuhr "zügig" mit etwa gleich bleibender Geschwindigkeit von max. 34 bis 37 km/h. Die Außenterrassen der beiden Cafés waren zu dieser Zeit voll besetzt, auf den Gehwegen herrschte Fußgängerverkehr. Während der Fahrt kollidierte das Fahrzeug des Angeklagten mit mehreren Gegenständen, unter anderem mit Mobiliar des Eiscafés "D.". Ein 68-jähriger Gast dieses Cafés wurde durch aufgeschleudertes Mobiliar getroffen und verletzt.

Auf der Terrasse des Cafés "Fl." wurden zunächst vier erwachsene Personen und die 7-jährige Nebenklägerin Johanna B. vom Fahrzeug des Angeklagten erfasst oder gestreift und hierdurch verletzt. Schließlich erfasste der Angeklagte mit dem Fahrzeug den an einem Tisch sitzenden 29-jährigen Nebenkläger E, der unter das Fahrzeug gezogen und bis zu dessen Stillstand 20 m mitgeschleift wurde. Der Nebenkläger wurde lebensgefährlich verletzt. Drei weitere Personen konnten

dem Fahrzeug des Angeklagten durch einen rechtzeitigen Sprung zur Seite ausweichen. Bezüglich dieser drei und weiterer Geschädigter hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach § 154 a Abs. 1 StPO beschränkt. Der Angeklagte, der sich aufgrund seines beruflichen Misserfolgs, seiner Alkoholkrankung, seines erheblichen Schlafdefizits und des Konflikts mit seiner Lebensgefährtin in einer "Lebenskrise" befand, lenkte sein Fahrzeug "zur Entladung eines spontanen Aggressionsstaus, der durch eine alkoholbedingte erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit begünstigt war", gezielt in die Menschenmengen auf den Caféterrassen. Die Tötung und Verletzung von Menschen nahm er dabei zumindest billigend in Kauf.

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Prozessgeschichte*

##### *1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (richtig: jeweils in sieben tateinheitlich zusammentreffenden Fällen) und mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Es hat ihm ferner die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperrfrist für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis von fünf Jahren bestimmt. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft, mit denen die Verletzung materiellen Rechts gerügt wird. Der Angeklagte wendet sich mit seinem Rechtsmittel im Wesentlichen gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts zur subjektiven Tatseite. Die Staatsanwaltschaft macht mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Revision in erster Linie geltend, das Landgericht sei zu Unrecht vom Vorliegen lediglich eines einzigen Mordmerkmals ausgegangen und habe das Geschehen rechtsfehlerhaft als natürliche Handlungseinheit gewertet.

##### *2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Von diesen Feststellungen ausgehend hat das Landgericht den Angeklagten des versuchten Mordes (§ 211, 22, 23 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB) in jeweils sieben tateinheitlich zusammentreffenden Fällen sowie in weiterer Tateinheit mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, § 315 Abs. 3 Nr. 1 a StGB) für schuldig befunden. Soweit es den Angeklagten wegen versuchten Mordes verurteilt hat, hat es die Voraussetzungen des Mordmerkmals des Handelns "mit gemeingefährlichen Mitteln" be-

jaht; das Mordmerkmal der "Heimtücke" hat es weder objektiv noch subjektiv als verwirklicht angesehen. Das Vorgehen des Angeklagten hat es insgesamt als einzige Tat im Rechtssinne bewertet, da der Angeklagte aufgrund eines einheitlichen Tatentschlusses, innerhalb weniger Sekunden gehandelt habe und die Taten nicht gegen individuell ausgewählte Tatopfer gerichtet gewesen seien.

#### *II. Entscheidung des BGH*

##### *1. Revision des Angeklagten*

Der Revision des Angeklagten bleibt der Erfolg versagt.

##### *a. Zum Vorliegen eines versuchten Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln*

Es ist sachlichrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Angeklagte wegen versuchten Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln verurteilt worden ist.

Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel zur Tötung einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat (BGHSt 38, 353, 354 m.w.N.). Die Qualifikation hat ihren Grund in der besonderen Rücksichtslosigkeit des Täters, der sein Ziel durch die Schaffung unberechenbarer Gefahren für andere durchzusetzen sucht (BGHSt 34, 13, 14). Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters (vgl. BGHSt 38, 353, 354; Jähnke in LK 11. Aufl. § 211 Rdn. 57). Die Mordqualifikation kann deshalb auch dann erfüllt sein, wenn ein Tötungsmittel eingesetzt wird, das seiner Natur nach, wie hier, nicht gemeingefährlich ist. Maßgeblich ist dann jedoch die Eignung des Mittels zur Gefährdung Dritter in der konkreten Situation (vgl. zum Steinwurf in dichtem Verkehr BGH VRS 63, 119; Jähnke aaO; Schneider in MünchKomm StGB § 211 Rdn. 104; a.A. Horn in SK StGB § 211 Rdn. 50).

Diese an das Mordmerkmal "mit gemeingefährlichen Mitteln" zu stellenden Anforderungen sind nach den getroffenen Feststellungen hier erfüllt. Welche und wie viele Personen durch das mit zügigem Tempo durch die Caféterrassen und über Gehwege gelenkte Fahrzeug gefährdet, verletzt und getötet werden konnten, war für den Angeklagten nicht berechenbar. Er beherrschte den Umfang der Gefährdung nicht. Vielmehr hatte er durch seine unkontrollierte und deshalb für Dritte unberechenbare Fahrt durch Menschenan-

sammlungen hindurch "in besonderer Rücksichtslosigkeit" (BGHSt 38, 353, 354; BGH NJW 1985, 1477, 1478) eine Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl von Personen geschaffen. Er hatte es nicht in der Hand, wie viele Menschen als Repräsentanten der Allgemeinheit (Rengier StV 1986, 405, 407) in den von ihm geschaffenen Gefahrenbereich geraten und durch sein Verhalten gefährdet werden konnten.

Der Fall einer von dem Mordmerkmal tatbestandlich nicht erfassten versuchten "schlichten" Mehrfachtötung liegt hier nicht vor, weil sich die Tat des Angeklagten nicht gegen eine Mehrzahl von ihm individualisierter Opfer richtete (vgl. Schneider in MünchKomm aaO Rdn. 103; Rengier aaO S. 406).

#### *b. Zur Revision des Angeklagten im übrigen*

Auch im übrigen weist die Revision aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

#### *2. Revision der Staatsanwaltschaft*

Das Urteil weist auch keinen Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten auf.

##### *a. Zum Fehlen des Mordmerkmals der Heimtücke*

Die Verneinung des Mordmerkmals der Heimtücke begegnet jedenfalls im Ergebnis keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

##### *aa. Zum Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Heimtücke*

Allerdings ist die rechtliche Bewertung des Landgerichts zur objektiven Seite des Mordmerkmals rechtsfehlerhaft. Die Begründung, die Tatopfer seien nicht arglos gewesen, da sie sich der Gefahrensituation bewusst gewesen seien und versucht hätten, ihr zu entkommen, zeigt, dass das Landgericht einen zu engen Maßstab an die objektiven Voraussetzungen der Heimtücke angelegt hat. Diese können nämlich selbst dann erfüllt sein, wenn die Opfer den Angeklagten jeweils kurz vor der Kollision bemerkt und mit einer Fahrzeugattacke gerechnet haben sollten. Dies schließt die Arglosigkeit eines Opfers nicht von vornherein aus.

Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Täter sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (vgl. BGHSt 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2 m.w.N.). Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSt 32, 382, 384). Aller-

dings kann das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3 und 15).

So liegt der Fall hier. Das Landgericht hat festgestellt, dass den Tatopfern trotz des Erkennens der Gefahr wegen der Unberechenbarkeit der Fahrweise des Angeklagten gerade keine Möglichkeit mehr blieb, der Fahrzeugattacke auszuweichen.

##### *bb. Zum Fehlen der subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke*

Hingegen hält die Verneinung der subjektiven Seite des Mordmerkmals der rechtlichen Überprüfung stand. Die sehr knapp gehaltene Begründung des Landgerichts lässt unter Heranziehung des Gesamtzusammenhangs der Urteilsgründe nicht besorgen, dass hinsichtlich der subjektiven Erfordernisse heimtückischer Begehungsweise wesentliche Umstände nicht berücksichtigt worden sind.

Das Ausnutzungsbewusstsein setzt voraus, dass der Täter die äußeren Umstände der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers wahrgenommen und sie bewusst zur Tatbegehung instrumentalisiert hat (st. Rspr., vgl. die Zusammenfassung bei Schneider in MünchKomm StGB § 211 Rdn. 140 m.N.). Dabei kann Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte (vgl. BGH NJW 1983, 2456; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 26). Andererseits hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen (vgl. BGH StV 1981, 523, 524; BGH NSStZ-RR 2000, 166, 167; BGH, Urteil vom 25. November 2004 - 5 StR 401/04).

Diesen Grundsätzen werden die Urteilsgründe noch gerecht. Das Landgericht hat nicht festzustellen vermocht, dass sich der Angeklagte bereits vor oder bei Verlassen des Lokals mit dem Gedanken zur Tatbegehung trug, sondern es geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass er diesen Entschluss spontan erst bei Fahrtantritt fasste. Ein Motiv für die Tat ist nicht erkennbar geworden.

Das sachverständig beratene Schwurgericht ist vor diesem Hintergrund unter Berücksichtigung der festgestellten "Lebenskrise" des Angeklagten infolge seines beruflichen Misserfolgs, seiner Alkoholerkrankung und seines Konflikts mit seiner Lebens- und Geschäftspartnerin, sowie seiner die Steuerungsfähigkeit erheblich einschränkenden Alkoholisierung zur Tatzeit

und seines Schlafdefizits rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, der Angeklagte habe zur Entladung eines "spontanen Aggressionsstaus" gehandelt. In Anbetracht dieser Umstände ist der Schluss, der Angeklagte habe sich infolge dieser heftigen Gefühlsaufwallung und seiner Enthemmung nicht ausschließbar keine weiteren Gedanken über die Vorstellung der Opfer gemacht, jedenfalls möglich und deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

*b. Zum Fehlen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe*

Dass das Schwurgericht das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe unerörtert gelassen hat, unterliegt ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken.

Zwar kann ein Mord aus niedrigen Beweggründen vorliegen, wenn der Täter einen anderen Menschen zum Objekt seiner Wut und Gereiztheit macht, an deren Entstehung der andere nicht den geringsten Anteil hat (BGH NStZ 1981, 100, 101). Auch ist das Mordmerkmal regelmäßig dann erfüllt, wenn der Täter in dem Bewusstsein handelt, keinen Grund für eine Tötung zu haben oder zu brauchen, oder er bewusst seine frustrationsbedingten Aggressionen an einem unbeteiligten Opfer abreagiert (BGHSt 47, 128). In Anbetracht der dargelegten Feststellungen zur psychischen Verfassung des Angeklagten zur Tatzeit liegt auf der Hand, dass das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe jedenfalls aus subjektiven Gründen ebenfalls ausschied.

*c. Zum Vorliegen einer Tateinheit*

Es ist schließlich sachlichrechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht das Vorgehen des Angeklagten als einzige Tat im Rechtssinne bewertet hat. Nach der Rechtsprechung kann eine natürliche Handlungseinheit ausnahmsweise auch dann vorliegen, wenn es um die Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen geht. Die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit ist in derartigen

Fällen dann gerechtfertigt, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich erschiene (BGH NStZ-RR 2001, 82 m.w.N.).

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Der Angeklagte griff zwar während seiner Fahrt nacheinander Menschen an. Die Feststellungen belegen jedoch entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht, dass der Angeklagte seine Opfer als bestimmte Zielobjekte aus einer Menge heraus erfasste und sie in ihrer Individualität vernichten wollte. Sein Angriff richtete sich vielmehr von vornherein gegen eine nicht individualisierte Personenmehrheit und der Kreis der Opfer war zufällig (vgl. BGH NJW 1985, 1565; BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit, Entschluß, einheitlicher 9). Hinzu kommt, dass der Angeklagte nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen aufgrund eines einheitlichen Tatentschlusses handelte und die Angriffe sich in einem äußerst engen zeitlichen Zusammenhang von nur wenigen Sekunden im Rahmen einer ununterbrochenen Fahrt ereigneten. Die Aufspaltung in Einzeltaten wäre in diesem Fall gekünstelt.

*d. Zum Strafausspruch*

Auch der Strafausspruch ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Senat kann insbesondere ausschließen, dass das Landgericht dem erst am Ende der Beweisaufnahme abgelegten Geständnis des Angeklagten bei Bemessung der Strafe ein zu großes Gewicht beigemessen hat, da sich die Urteilsgründe ausführlich mit dem Einlassungsverhalten des Angeklagten befassen.

Auch liegt die sehr milde Freiheitsstrafe von sechs Jahren noch innerhalb des dem Tatrichter bei der Strafzumessung eingeräumten Beurteilungsspielraums (st. Rspr., vgl. BGHSt 34, 345, 349) und löst sich nach unten noch nicht von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein. [...]

**Standort: § 100 c I StPO**

**Problem: Verwertbarkeit abgehörter Selbstgespräche**

BGH, URTEIL VOM 10.08.2005

1 STR 140/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Im Rahmen der Ermittlungen wegen der Tötung eines Landwirts, der erschlagen worden war, erwirkte die Staatsanwaltschaft einen Beschluss zur Durchführung einer Abhörmaßnahme gem. §§ 100 c, 100 d StPO bzgl. des Krankenzimmers in dem sich der Angeklagte, der einen Arbeitsunfall erlitten hatte, aufhielt. Hierbei wurde auch ein Selbstgespräch des Beschuldigten

aufgezeichnet, in dem dieser sagte: "Ich hätte ihn besser erschießen sollen." Das Landgericht München II hatte diese Äußerung als Indiz für die Begehung der Tat herangezogen und den Angeklagten insb. wegen Mordes (§ 211 StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil mit der Begründung auf, die Aufzeichnung des Selbstgesprächs hätte nicht verwertet werden dürfen.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Zulässigkeit einer Wohnraumüberwachung gem. § 100 c StPO und die Verwertbarkeit der hierdurch er-

zielten Erkenntnissen stellen im 2. Staatsexamen ein Standardproblem dar, bei dem auch die Kenntnis von Detailproblemen als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Auch im ersten Examen sind entsprechende Probleme gelegentlich Gegenstand von strafprozessualen Zusatzfragen, Wahlfach- und Schwerpunktbereichsaufgaben oder werden wegen des Grundrechtsbezuges (insb. Art. 1, 2, 13 GG) in öffentlich-rechtliche Aufgabenstellungen eingearbeitet.

§ 100 c StPO a.F. erlaubte es, das nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abzuhören und aufzuzeichnen, und zwar gem. § 100 c I Nr. 2 StPO a.F. (jetzt: § 100 f II StPO) außerhalb von Wohnungen (sog. "kleiner Lauschangriff") und gem. § 100 c I Nr. 3 StPO a.F. (jetzt: § 100 c StPO) - unter erhöhten Anforderungen - auch innerhalb von Wohnungen (sog. "großer Lauschangriff"). Mit Urteil vom 03.03.2004 (NJW 2004, 999) hat jedoch das BVerfG die Vorschrift des § 100 c I Nr. 3 StPO a.F. (zusammen mit den an diese anknüpfenden Regelungen der §§ 100 d, 100 e, 100 f und 101 StPO) für verfassungswidrig erklärt, da diese der Unantastbarkeit des Kerns privater Lebensgestaltung nicht hinreichend Rechnung tragen würden. Das BVerfG gestattete es, die entsprechenden Vorschriften zunächst - unter verfassungskonformer Auslegung - weiter anzuwenden, setzte dem Gesetzgeber aber eine Frist bis zum 30.06.2005 zur Schaffung eines verfassungsgemäßen Zustandes durch eine Neufassung der entsprechenden Normen.

Zur Umsetzung dieser BVerfG-Entscheidung wurde am 24.06.2005 vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) beschlossen (BGBl. I 2005, 1841). Der hierdurch neu gefasste § 100 c V StPO enthält nunmehr folgende Regelung: "Das Abhören und Aufzeichnen ist unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen sind unverzüglich zu löschen. Erkenntnisse über solche Äußerungen dürfen nicht verwertet werden. [...]"

Die vorliegende Entscheidung ist die erste, in der sich der BGH mit § 100 c StPO in der neuen Fassung befasst.

Der BGH prüft zunächst, ob das Krankenzimmer des Angeklagten, das abgehört wurde, überhaupt eine Wohnung i.S.v. § 100 c StPO darstellt. Hierbei betont der BGH im Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung zu Art. 13 GG, dass der Begriff der Wohnung weit auszulegen ist und alle Räume erfasst, die die Privatheit der Lebensgestaltung ermöglichen sollen

(vgl. BVerfG, NJW 2003, 2669; Meyer-Goßner, § 102 Rn. 7). Hierunter fällt somit auch ein Krankenzimmer, jedenfalls sofern der Patient nicht einer durch medizinische Notwendigkeit oder durch Sicherheitsinteressen begründeten dauerhaften Überwachung bedarf.

Der BGH überlegt dann, ob das Selbstgespräch des Angeklagten auch tatsächlich dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist. In der sog. "Tagebuchentscheidung" (BVerfGE 80, 367) hatte das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der Verwertung einer Tagebuchaufzeichnung des Angeklagten in einem Strafverfahren nicht feststellen können. Dies war entscheidend darauf gestützt worden, dass der Angeklagte seine Gedanken schriftlich niedergelegt hatte. Damit habe er sie aus dem von ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr eines Zugriffs Dritter und somit auch einer Verwertung in einem Strafprozess preisgegeben. Unter Rückgriff auf diese Argumentation kommt der BGH im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass das Selbstgespräch des Angeklagten dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen und deshalb nicht verwertbar ist. Bei einem Selbstgespräch müsse der Sprecher nicht damit rechnen, dass dieses einem Zugriff Dritter eröffnet wird, da es nirgendwo niedergelegt wird und nicht einmal gegenüber einer anderen Person getätigt wurde, so dass es auch nicht über die Zeugenaussage eines Zuhörers in einen Prozess einbezogen werden kann (die es bei einem Selbstgespräch nicht gibt).

#### *Vertiefungshinweise:*

☐ Zur Durchführung von Abhörmaßnahmen gem. § 100 c I Nr. 3 StPO a.F. und der Verwertbarkeit der hierdurch erzielten Erkenntnisse: *BVerfG*, NJW 2004, 999; *Denninger*, ZRP 2004, 101; *Haas*, NJW 2004, 3082; *Ruthig*, GA 2004, 587

#### *Leitsatz:*

**Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich zuzurechnen ist.**

#### *Sachverhalt:*

Der Bruder des Angeklagten hatte im Jahre 1994 mit Erlaubnis des Tatopfers, des Landwirts M, auf dessen Bauernhof in der Nähe des Wohn- und Stallgebäudes eine Holzhütte errichtet, um darin Kraftfahrzeuge zu reparieren. Dort hatte in der Folgezeit der Angeklagte - ohne Erlaubnis des Landwirts - seine "Ranch" für ei-

nen dauerhaften Aufenthalt eingerichtet und ausgebaut. Im Laufe der Zeit hatte er sich mehr und mehr "breit gemacht". Das missfiel dem Landwirt. Sein Vorhaben, den Angeklagten vom Hof zu weisen, brachte er diesem gegenüber aber erst wenige Tage vor der Tat unmissverständlich zum Ausdruck. Darauf reagierte der Angeklagte mit Wut und Hass; er drohte dem Landwirt erregt mit einem Holzknüppel und rief dabei: "Dich erschlag ich noch!". Am 8. Oktober betrat der Angeklagte nach Mitternacht das Wohnzimmer, in dem der Landwirt schlief, und erschlug diesen mit einem massiven kantigen Werkzeug. Die Tatwaffe wurde nicht gefunden.

Die zunächst ergebnislos eingestellten Ermittlungen wurden im Jahre 2003 wieder aufgenommen. Der Angeklagte hatte im Januar 2003 einen Arbeitsunfall erlitten. Anlässlich der Bearbeitung des Arbeitsunfalls fand die Kriminalpolizei im Wohnhaus des Angeklagten einen Schlagstock, der nach der Befragung des Obduzenten als Tatwaffe in Betracht kommen konnte. [...]

Anlässlich der Wiederaufnahme der Ermittlungen wurde neben einer Telekommunikationsüberwachung auch eine auf §§ 100 c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 100 d StPO (in der damals geltenden Fassung) gestützte Abhör- und Aufzeichnung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen richterlich gestattet. Zielobjekt der Abhörmaßnahmen war das Einzelzimmer des Angeklagten in einer Rehabilitationsklinik, wo er sich zur Behandlung der Folgen des Arbeitsunfalls aufhielt. In seinem Einzelzimmer schlief der Angeklagte und er hielt sich darin auf, wenn er nicht an Anwendungen, wie z. B. Massagen etc. teilnehmen musste. Die auf vier Wochen befristete Überwachung begann am 27. November 2003; am 17. Dezember 2003 erfolgte die Festnahme des Angeklagten im Klinikzimmer.

Am fünften Hauptverhandlungstag wurde die Beweisaufnahme geschlossen und der Staatsanwalt stellte den Antrag, den Angeklagten wegen Mordes zu verurteilen. Der Instanzverteidiger des Angeklagten beantragte, den Angeklagten freizusprechen und beantragte im Wege des Hilfsbeweisansatzes das Abhören der im Rahmen der akustischen Raumüberwachung am 17. Dezember 2003 zwischen 14:15 Uhr und 15:00 Uhr (Zeitpunkt der Festnahme) aufgezeichneten "Geräusche und Gespräche". Ziel dieses Antrags war, behauptete verbotene Vernehmungsmethoden der Polizei anlässlich der Festnahme und der daran anschließenden Beschuldigtenvernehmung des Angeklagten zu belegen. Hierbei handelte es sich der Sache nach um einen Freibeweis.

Nach erneutem Eintritt in die Beweisaufnahme wurden am achten Verhandlungstag auf Verfügung des Vorsit-

zenden Aufzeichnungen der Telekommunikation und der Raumgespräche - nicht nur zu dem beantragten kurzen Zeitraum, sondern Aufzeichnungen von mehreren Tagen - vorgespielt. Dem widersprach der Verteidiger nicht. Die Verschriftung der in der Hauptverhandlung abgespielten Raumgesprächsaufzeichnung gibt über mehrere Tage hinweg aufgezeichnete Geräusche wie "pinkeln", "Spülung", "pupsen", "husten", "schnarchen" sowie Selbstgespräche des Angeklagten minutiös wieder.

Mit dem am 8. Dezember 2003 aufgezeichneten Selbstgespräch des Angeklagten, welches vom Landgericht - strengbeweislich - als Belastungsindiz gewertet wurde, hat es folgende Bewandnis:

Gegen 22:35 Uhr rief eine Arbeitskollegin den Angeklagten in dessen Krankenzimmer an; dieses Telefongespräch wurde ebenfalls aufgezeichnet. Die Arbeitskollegin berichtete, sie sei von der Kriminalpolizei über den Angeklagten, insbesondere über sein aggressives Verhalten befragt worden. Die Polizei habe sie auch befragt, ob er seine Hasen selbst geschlachtet habe und ob er Rechts- oder Linkshänder sei. Im Anschluss an dieses Telefongespräch führte der Angeklagte in seinem Krankenzimmer ein erregtes Selbstgespräch. Dabei rief er aus: "Sehr aggressiv, sehr aggressiv, sehr aggressiv! In Kopf hätt i eam schießen sollen, in Kopf hätt i eam schießen sollen, selber umgebracht ... in Kopf hätt i eam schießen sollen." Das Landgericht zog aus diesem Selbstgespräch - das Gegenstand der Verfahrensrüge ist - den Schluss, der Angeklagte habe sich Gedanken darüber gemacht, dass er durch das Erschlagen des M den Verdacht auf sich gelenkt habe. Es sei keine andere Erklärung ersichtlich, weshalb er in diesem Moment die Erwägung angestellt habe, ob es nicht besser gewesen wäre, "ihn in den Kopf zu schießen". Nach Überzeugung des Landgerichts habe sich diese Äußerung auf M bezogen. Eine andere Person, gegen die sich in diesem Moment nach dem Telefongespräch mit seiner Arbeitskollegin seine darin zum Ausdruck kommende Wut haben richten können, sei nicht ersichtlich.

### *Aus den Gründen:*

#### *I. Entscheidung des Landgerichts*

##### *1. Inhalt der Entscheidung*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes in Tatmehrheit mit Besitz einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit Verfahrensrügen und der Sachrüge. Die Revision hat hinsichtlich des Mordes Erfolg mit einer Verfahrensrüge, die ein Verwertungs-

verbot für die Erkenntnisse aus einer akustischen Wohnraumüberwachung (Selbstgespräch des Angeklagten) geltend macht. Hinsichtlich der Verurteilung wegen des Waffendelikts ist die Revision unbegründet.

## 2. Beweiswürdigung des Landgerichts

Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung geschwiegen und durch Verteidigererklärung die Tat bestritten. Das Landgericht hat sich aufgrund einer Gesamtschau mehrerer Belastungsindizien von der Täterschaft des Angeklagten überzeugt. Insbesondere habe der Angeklagte ein Motiv gehabt, Gewaltbereitschaft sei ihm auch nicht wesensfremd und nach der Tat habe er gegenüber der Polizei Täterwissen offenbart. Die Überzeugung des Landgerichts beruht aber auch auf dem Ergebnis der in der Hauptverhandlung vorgespielten Aufzeichnung der akustischen Wohnraumüberwachung. Daraus ergebe sich, dass der Angeklagte sich im Zuge der Wiederaufnahme der Ermittlungen "mit einer alternativen Tötungsart des M gedanklich befasst" habe.

## II. Entscheidung des BGH

Die Verfahrensrüge, mit der geltend gemacht wird, die Erkenntnisse der akustischen Wohnraumüberwachung hätten nicht verwertet werden dürfen, hat Erfolg.

### 1. Zum Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots gem. § 100 c V 3 StPO

Der Senat kann offen lassen, ob der Beschluss, mit dem die akustische Wohnraumüberwachung angeordnet wurde, inhaltlich den Anforderungen des Grundrechts aus Art. 13 GG genügt (vgl. BVerfGE 109, 279, 360). Er kann auch offen lassen, ob die Maßnahme im Hinblick auf die Erhebung absolut geschützter Informationen wenigstens zu unterbrechen war (vgl. BVerfGE 109, 279, 318). Denn nach § 100 c Abs. 5 Satz 3 StPO (in der jetzt geltenden Fassung auf Grund des Gesetzes vom 24. Juni 2005, BGBl I S. 1841) durfte das Landgericht das Selbstgespräch nicht - wie geschehen - zu Beweiszwecken verwerten.

Das hier geführte Selbstgespräch ist nämlich dem durch Art. 13 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen (§ 100 c Abs. 4 StPO). Erkenntnisse über solche Äußerungen unterliegen einem "absoluten Verwertungsverbot" und dürfen auch im Hauptsacheverfahren nicht verwertet werden (BVerfGE 109, 279, 331). Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit - hier die Aufklärung eines Mordes - können, so das Bundesverfassungsgericht, einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensge-

staltung nicht rechtfertigen (BVerfGE 109, 279, 313, 314). Das Selbstgespräch des Angeklagten in dem Krankenzimmer ist diesem - durch Art. 13 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten - Kernbereich zuzurechnen. Maßgebend dafür ist eine Kumulation mehrerer Umstände. Es handelte sich um ein aufgrund einer staatlichen Überwachungsmaßnahme aufgezeichnetes Selbstgespräch. Dieses Selbstgespräch hatte der Angeklagte in einem hier von Art. 13 GG geschützten Wohnraum geführt. Der Inhalt des Selbstgesprächs war in Bezug auf den Tatvorwurf interpretationsbedürftig. Dass das hier geführte Selbstgespräch dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist, ergibt sich aus Folgendem:

### a. Zur Zurechnung der fraglichen Äußerungen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung

Schon wegen der Art des Raumes, in dem das Selbstgespräch geführt wurde, besteht eine Vermutung, dass der Kernbereich tangiert sein kann. Das vom Angeklagten genutzte Krankenzimmer in einer Rehabilitationsklinik unterfällt dem Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG, weil ihm - wie einer Privatwohnung - typischerweise die Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung zukommt.

### aa. Zum Begriff der Wohnung i.Sv. Art. 13 GG

Der Begriff der Wohnung im Sinne von Art. 13 GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 32, 54, 69 ff.) nicht im engen Sinne der Umgangssprache zu verstehen, vielmehr ist er weit auszulegen (vgl. BGHSt 42, 372, 375 f.). Er umfasst zur Gewährleistung einer räumlichen Sphäre, in der sich das Privatleben ungestört entfalten kann, alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Wirkens gemacht sind (BTDrucks. 15/4533 S. 11; BVerfGE 89, 1, 12; Papier in Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 13 Rdn. 10 f.; Herdegen in Bonner Kommentar, GG Art. 13 Rdn. 26; Kunig in von Münch GG-Kommentar Bd. I Art. 13 Rdn. 10; AK-GG Berke- mann, 3. Aufl. Art. 13 Rdn. 51 ff.). Maßgeblich ist dabei die nach außen erkennbare Willensbetätigung desjenigen, der einem Raum kraft "Widmung" den Schutz der Privatheit verschafft (Hermes in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. Art. 13 Rdn. 17).

### bb. Zum Schutzbereich des Art. 13 GG

In der verfassungsrechtlichen Literatur besteht Einigkeit darüber, dass der Schutzbereich des Art. 13 GG über den alltagssprachlichen Wohnungsbegriff (Haupteinschließlich Nebenwohnräume) hinaus auch andere



Räume schützt, soweit sie als Räume der Freizeit, Räume der Mobilität, kultusbezogene oder der sozialen Beratung zuzuordnen sind und die Privatheit der Lebensgestaltung ermöglichen, denn deren Schutz soll durch diese Vorschrift umfassend gewährleistet werden (vgl. die Aufstellung bei Berkemann in AK-GG aaO Rdn. 41; Papier in Maunz/Dürig/Herzog aaO Rdn. 10 f.). Dazu zählen etwa Gartenhäuser, Hotelzimmer, Wohnwagen, Wohnmobile, bewohnbare Schiffe, Zelte, Schlafwagenabteile, nicht allgemein zugängliche Geschäfts- und Büroräume oder ein nicht allgemein zugängliches Vereinsbüro. Demgegenüber werden z. B. Unterkunftsräume eines Soldaten oder Polizeibeamten, Personenkraftwagen (vgl. BGH - Ermittlungsrichter - NSTZ 1998, 157) oder Hafträume in einer Justizvollzugsanstalt (vgl. BVerfG NJW 1996, 2643; BGHSt 44, 138) nicht als Wohnung im Sinne des Art. 13 GG angesehen.

*cc. Krankenzimmer als Wohnung i.S.v. Art. 13 GG*

Nach diesem Maßstab fallen auch Krankenzimmer unter den Schutzbereich des Art. 13 GG, selbst wenn diese Räumlichkeiten nur zu bestimmten Zwecken der Unterbringung und nur vorübergehend überlassen werden (entgegen Kunig in von Münch GG-Kommentar aaO Rdn. 15 und Cassardt in GG, Umbach/Clemens [Hrsg.], GG-Mitarbeiterkommentar, Bd. 1 Art. 13 Rdn. 33 jeweils unter Hinweis auf LSG Schleswig-Holstein, NJW 1987, 2958).

Zwar mag bei Krankenzimmern wie bei Geschäftsräumen nicht der volle Schutz des Art. 13 GG zugunsten der Wahrung der räumlichen Privatsphäre gelten wie bei der Wohnung im engeren Sinne, weil den Krankenhausärzten und dem übrigen Krankenhauspersonal aufgrund ihres Heil- und Betreuungsauftrages Betretungs-, Überwachungs- und Kontrollbefugnisse zustehen. Diese Rechte heben jedoch den Privatcharakter des Krankenzimmers nicht auf (vgl. für Geschäfts- und Betriebsräume Papier in Maunz/Dürig/Herzog aaO Rdn. 14). Ob etwas anderes gelten könnte, wenn der Patient sich nicht - wie hier - aus einem eigenen Rehabilitationsinteresse in einer Klinik aufhält, sondern auch außerhalb der Anwendungen regelmäßig einer durch medizinische Notwendigkeit oder durch Sicherheitsinteressen begründeten dauerhaften Überwachung bedarf, mag dahin stehen. Um eine solche Unterbringung handelt es sich vorliegend nicht.

Für die Menschenwürderelevanz der überwachten Äußerungen spricht auch, dass grundsätzlich nur Personen des besonderen von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 53a StPO geschützten Vertrauens Zutritt hatten. Von daher war insbesondere eine Kommunikation mit Berufsheimlichkeitsgeheimträgern zu erwarten.

*b. Inhalt der Äußerungen als Indiz für die Zugehörigkeit zum Kernbereich privater Lebensgestaltung*

Auch Art und Inhalt der Äußerung des Angeklagten sprechen für den absolut geschützten Kernbereich. Allerdings enthielt das Selbstgespräch - nach der durchaus vertretbaren Ansicht des Landgerichts - Angaben über den Tatvorwurf. "Gespräche", die Angaben über eine konkret begangene Straftat enthalten (Sozialbezug), gehören ihrem Inhalt nach nicht zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung (BVerfGE 109, 279, 319). Auch nach § 100 c Abs. 4 Satz 3 StPO sind sie dem Kernbereich grundsätzlich nicht zuzurechnen.

Hier besteht jedoch die Besonderheit, dass der Angeklagte nicht mit anderen kommuniziert, sondern ein Selbstgespräch geführt hat. Das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem Urteil vom 3. März 2004 bei der Frage eines derartigen Sozialbezuges primär auf die Kommunikation mit anderen Personen, das "Zwiegespräch", ab (BVerfGE 109, 279, 319, 321).

Das Urteil vom 3. März 2004 nimmt Bezug auf die Tagebuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. September 1989 (BVerfGE 80, 367). Wegen Stimmgleichheit ließ sich dort nicht feststellen, dass die Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen des Angeklagten zu Beweis Zwecken gegen das Grundgesetz verstieß. Maßgeblich für die Verneinung des Verfassungsverstößes durch vier Richter war, dass der Angeklagte seine Gedanken schriftlich niedergelegt hatte. Damit habe er sie aus dem von ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben (BVerfGE 80, 367, 376). Die vier anderen Richter waren hingegen der Ansicht, dass die tagebuchähnlichen Aufzeichnungen ausschließlich höchstpersönlichen Charakter - wie ein Selbstgespräch - hatten. Die Auseinandersetzung des Angeklagten mit dem eigenen Ich habe ihren höchstpersönlichen Charakter nicht deshalb verloren, weil sie dem Papier anvertraut worden sei. Trotz des in dem Beschluss vom 14. September 1989 bestehen gebliebenen Dissenses über die strafprozessuale Verwertung von tagebuchähnlichen Aufzeichnungen gehört das Selbstgespräch selbst nach den Maßstäben der die Entscheidung des Zweiten Senats tragenden vier Richter grundsätzlich zum absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Unzweifelhaft will der Betroffene in einem Selbstgespräch einen Lebenssachverhalt geheim halten. Daran ändert auch nichts, dass diesem "im nachhinein und von außen her eine Beziehung zu Allgemeinbelangen herangetragen werden [würde], die [ihm] ursprünglich, also aus sich heraus, nicht eigen war" (so die vier unterlegenen Richter zu den tagebuchähnlichen Aufzeichnungen, BVerfGE 80, 367, 382).

Das Gespräch mit sich selbst ist gekennzeichnet durch

unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte und hat persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen, Selbstanweisungen sowie seelisch-körperliche Gefühle und Befindlichkeiten zum Inhalt (Wenninger [Hrsg.], Lexikon der Psychologie, Stichwort "Selbstkommunikation", Band 4, S. 133). Das Selbstgespräch hat somit ausschließlich höchstpersönlichen Charakter und berührt aus sich heraus nicht die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft.

*c. Zur Abgrenzung von "Gespräch" i.S.v. § 100 c IV StPO und Selbstgespräch*

Die Anwendung dieser Grundsätze der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die vorliegende Fallgestaltung muss dazu führen, dass ein Selbstgespräch der vorliegenden Art - weil es in keiner Form verdinglicht und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben war - dem unantastbaren Kernbereich zuzurechnen ist.

Dies ergibt sich auch aus der in Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 erfolgten Novellierung in § 100c Abs. 4 Satz 3 StPO. Diese Bestimmung differenziert zwischen "Gesprächen" über begangene Straftaten und "Äußerungen", mittels derer Straftaten begangen werden.

Daraus folgt im Gegenschluss, dass "Gespräch" nur solche Äußerungen - wenigstens im "Zwiegespräch" - meint, die dazu bestimmt sind, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/4533, S. 14) macht das deutlich: "Sofern man dabei den Gedanken des Sozialbezugs entsprechender Äußerungen zugrunde legt ..., werden in der Regel auch Äußerungen eines Beschuldigten, die dieser tätigt, wenn er sich alleine in der überwachten Wohnung aufhält, oder Äußerungen, die nicht dazu bestimmt sind, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden, wie etwa unbewusst artikulierte Äußerungen, dem absolut geschützten Kernbereich unterfallen."

*d. Zum Umfang des Verwertungsverbots*

Der Senat braucht hier nicht zu entscheiden, ob Selbstgespräche, die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehen, schlechthin ("absolut", vgl. BVerfGE 109, 279, 332) unverwertbar sind. So mag etwa eine Verwertung ausschließlich zum Zwecke der Gefahrenabwehr in Betracht kommen, wenn das Selbstgespräch eines Kindesentführers Aufschluss darüber ergibt, wo das Kind gefangen gehalten wird. Auch kann es Fallgestaltungen geben, in denen das Selbstgespräch eindeutig entlastenden Inhalt hat (vgl. BVerfGE 109, 279, 369 ff.), weshalb auch der Angeklagte ein Interesse an der Verwertung haben kann.

*2. Antrag des Angeklagten auf Vorspielen der Auf-*

*zeichnungen kein Verzicht auf Verwertungsverbot*

Der Umstand, dass das Vorspielen der Aufzeichnungen auf Initiative des Angeklagten erfolgte, führt hier nicht zum Wegfall des Verwertungsverbots.

*a. Aufzeichnung des Selbstgesprächs nicht Inhalt der vom Angeklagten beantragten Beweisaufnahme*

Der Antrag des Angeklagten auf Abspielen der Aufzeichnungen hatte nur den engen Zeitraum der Festnahme am 17. Dezember 2003 zum Gegenstand. Begehrt war auch nur die freibeweisliche Klärung der Behauptung von verbotenen Vernehmungsmethoden. Vorgespielt hat das Landgericht indes auch die Aufzeichnung des Selbstgesprächs vom 8. Dezember 2003. Dieses Selbstgespräch hat es dann aber auch zum Schuldnachweis - strengbeweislich - verwertet.

*b. Zur Disponibilität des Beweisverwertungsverbots aus § 100 V 3 StPO*

Der Senat hat erwogen, ob der Angeklagte über die Verwertung disponieren kann, etwa in Form der Widerspruchslösung. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass die bei der akustischen Wohnraumüberwachung angefallenen Informationen auch Entlastendes enthalten (vgl. BVerfGE 109, 279, 369 ff.).

So könnte das Selbstgespräch auch ein gewichtiges Entlastungsindiz sein ("ich bin unschuldig, aber niemand glaubt mir") oder jedenfalls den Schuldumfang reduzieren (Nachweis der Voraussetzungen des § 213 1. Alt. StGB oder eines Affekts). Dem Angeklagten "zum Schutze seiner Menschenwürde" zu verbieten, diese Information zum Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) zu machen und damit jeder richterlichen Würdigung - auch bei der Anwendung des Zweifelsatzes - zu entziehen, erscheint schwerlich vorstellbar. Diese Fragen stellen sich - mit erheblicher praktischer Relevanz - auch bei dem eventuell gebotenen Abbruch der Überwachung oder bei der Löschung der Aufzeichnungen. Die Entscheidung, ob die Erkenntnisse belastend oder entlastend sind, wird zu diesem Zeitpunkt nicht stets zuverlässig getroffen werden können. Werden - um dem Angeklagten den möglichen Entlastungsbeweis zu erhalten - die Überwachung nicht abgebrochen oder die Aufzeichnungen nicht sogleich gelöscht, dann führt dies zwangsläufig zur Frage der Disponibilität zugunsten des Angeklagten mit der weiteren Frage, ob der Angeklagte nur eine selektive Verwertung ("Rosinentheorie") verlangen kann.

*c. Zum Fehlen des Erfordernisses eines Widerspruchs durch den Angeklagten*

Eines Widerspruchs bedurfte es hier jedoch nicht. Selbst wenn der Angeklagte mit der Möglichkeit rechnen musste, dass die vorgespielten Aufzeichnungen

insgesamt auch strengbeweislich verwertet würden, so war für ihn jedoch nicht ohne weiteres erkennbar, dass sich die Aufzeichnungen zu seinen Lasten auswirken würden.

Die dem Verteidiger infolge Akteneinsicht bekannten Gesprächsaufzeichnungen sind auch in der Anklageschrift nicht als klar belastende Beweismittel eingestuft. Im wesentlichen Ermittlungsergebnis ist ausgeführt, dass die Ergebnisse der Telekommunikationsüberwachung keine Hinweise zum Tatgeschehen erbracht haben. Die akustische Raumüberwachung habe ergeben, dass der Angeklagte mit anderen Personen keine relevanten Gespräche geführt habe. Die aufgezeichneten Selbstgespräche des Angeklagten zeigten innere Anspannung und Wut und hatten generell Gewalt gegen andere Personen zum Gegenstand. "Offensichtlich in Bezug zu den Ermittlungen" stünde zwar das Selbstgespräch des Angeklagten nach einem Telefonat mit einer Arbeitskollegin. Aber auch dieser Bewertung musste der Verteidiger nicht entnehmen, dass der Bezug zu den Ermittlungen auch als Belastungsindiz für die Täterschaft gewertet würde.

Hinzu kommt, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch ge-

macht hat und durch seinen Verteidiger die Tat bestreiten ließ. Damit ist offensichtlich, dass der Angeklagte mit einer strengbeweislichen Verwertung zu seinen Lasten nicht einverstanden war. Jedenfalls bei einer solchen Fallgestaltung bedurfte es keines ausdrücklichen Widerspruchs des Angeklagten gegen die Verwertung.

### *3. Zum Beruhen des Urteils auf der unzulässigen Verwertung der Aufzeichnungen*

Die Verurteilung wegen Mordes beruht - ausweislich der revisionsrechtlich allein maßgeblichen Urteilsgründe - auf der Verwertung des aufgezeichneten Selbstgesprächs des Angeklagten. Das Landgericht hat die Äußerungen des Angeklagten sowohl als gleichberechtigtes Einzelindiz in die Beweiswürdigung eingestellt, als dieses auch bei der Gesamtwürdigung noch einmal zur Bildung einer Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten herangezogen.

Ob eine Verurteilung des Angeklagten ohne Verwertung des aufgezeichneten Selbstgesprächs aufgrund der übrigen Beweisanzeichen möglich ist, muss dem neuen Tatrichter vorbehalten bleiben.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht Problem: Menschenwürde und lebenslange Freiheitsstrafe**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 06.07.2005  
2 BvR 2259/04 (DVBL 2005, 1260)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob ein Ausländer ausgeliefert werden darf, wenn ihm in einem anderen Staat eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung droht. Das BVerfG verwies in diesem Zusammenhang auf seine frühere Rspr. wonach innerstaatlich zwar nicht die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, wohl aber deren Vollzug gegen die Menschenwürde verstößt, wenn der Verurteilte keine Möglichkeit hat, irgendwann die Freiheit wieder zu erlangen. Diese Möglichkeit dürfe zudem nicht nur in einem Gnadenakt bestehen, sondern müsse in einem rechtlichen Verfahren gesetzlich geregelt sein.

Hier war es nun so, dass einem Straftäter in den USA eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Bewährungsmöglichkeit drohte. Zwar bestand die Möglichkeit eines Gnadenaktes, ein rechtliches Verfahren oder gar einen Anspruch auf Wiedererlangung der Freiheit nach gewisser Dauer gab es jedoch nicht.

Das BVerfG führt hierzu aus, dass es für innerstaatliche Fälle an seiner bisherigen Rspr. festhalte, bei ausländischen Staaten aber zu berücksichtigen sei, dass die dortigen Anschauungen von den hiesigen abweichen mögen. Die Menschenwürde könne daher nur vor einer Auslieferung in einen anderen Staat schützen, wenn die dort zu erwartende Strafe völkerrechtliche Mindeststandards verletze, d.h. "grausam, unmenschlich oder erniedrigend" sei. Dies sei bei einer Freiheitsstrafe ohne Bewährungsmöglichkeit nur dann der Fall, wenn es überhaupt keinen Weg in die Freiheit mehr gebe; schon die Möglichkeit eines Gnadenaktes lasse die Strafe aber nicht mehr als "grausam, unmenschlich oder erniedrigend" erscheinen, mag hierauf auch kein Anspruch bestehen und mag dieser in der Praxis des ausländischen Staates auch die Ausnahme sein.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG bereitet aus mehreren Gründen besondere Probleme:

1. Ihr Schutzbereich lässt sich nicht genau bestimmen. Zwei Herleitungen bieten sich an: Entweder ist die Menschenwürde ein dem Menschen in die Wiege gelegtes Gut, das seine Eigenständigkeit und Natur schlechthin ausmacht ("Mitgifttheorie"), oder es definiert der Einzelne selbst, worin seine persönliche Würde liegt ("Leistungstheorie"; Nachweise zu beiden Ansätzen bei Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 354 ff.). Der Unterschied zeigt sich bei der Disponibilität: Sieht man die Menschenwürde als jedem Menschen mitgegeben an, kann der Mensch über seine Würde nicht disponieren. Der kleinwüchsige Mensch im bekannten "Zwergenweitwurf"-Fall (VG Neustadt, NVwZ 1993, 98 ff.; Stock, NWVBl 1994, 195) wäre in seiner Menschenwürde verletzt. Definierte er seine Würde hingegen selbst, wäre dies nicht der Fall, wenn er sich freiwillig für eine derartige Veranstaltung zur Verfügung stellt. Auf derartige Definitionsversuche lässt sich das BVerfG nicht ein. Das Gericht ist der Auffassung, dass das Rechtssubjekt Mensch in keinem Fall zum Objekt staatlicher Willkür degradiert werden dürfe (sogen. "Objektformel"). Wann dies der Fall sei, müsse aber im Einzelfall überprüft werden. Häufig definiert es den Inhalt der Menschenwürde daher nicht positiv, sondern negativ dadurch, dass die Eingriffsakte umschrieben werden (vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 358). So auch bei der lebenslangen Freiheitsstrafe, deren Vollzug - nicht deren Verhängung - in die Menschenwürde eingreifen soll, wenn es keine gesetzlich geregelte rechtliche Möglichkeit zur Wiedererlangung der Freiheit gibt. Anders - wie erwähnt - im Ausland, wo mit dem vorliegenden Beschluss statt des rechtlichen Verfahrens auch die Möglichkeit eines Gnadenaktes genügen soll.

2. Die Menschenwürde kennt keine Schranken. Zahlreiche andere Grundrechte sind ebenfalls schrankenlos konzipiert, z.B. die in Art. 5 III GG genannten. Diese unterliegen aber gleichwohl verfassungsimmanenten Schranken, können also zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts - typischerweise Grundrechten Dritter - beschränkt werden. Bei der Menschenwürde besteht selbst diese Möglichkeit nicht. Zum einen ist sie "unantastbar", zum anderen gibt es keine Verfassungsnorm, die mit der Menschenwürde kollidieren könnte. (Nur) bei Art. 1 I 1 GG gilt folglich die Formel: "Ein-

griff gleich Verletzung", vgl. BVerfGE 75, 369, 380; Sachs-Höfling, GG, Art. 1 Rz. 11; Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rz. 10. Allein schon die fehlende Korrekturmöglichkeit auf Schrankenebene gebietet eine gewisse Zurückhaltung bei der Bejahung eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art 1 I 1 GG.

3. Nach wie vor streitig ist, ob die Menschenwürde überhaupt ein eigenständiges Grundrecht oder (nur) als Kernbereich in den speziellen Grundrechten enthalten ist. Für Examensaufgaben ist in jedem Fall zu raten, den Einstieg über ein spezielles Grundrecht zu suchen, wenn nicht explizit nach der Menschenwürde gefragt ist. So wurde der erwähnte "Zwergenweitwurf"-Fall über Art. 12 GG gelöst (Stock, a.a.O.), das Problem der Todesstrafe an Art. 2 II GG festgemacht (BVerfGE 60, 348, 354; Sachs-Höfling, GG, Art. 1 Rz. 20) usw.

#### **Vertiefungshinweise:**

Lebenslange Freiheitsstrafe aus strafrechtlicher Sicht: BGH, RA 2004, 587 = NVwZ-RR 2004, 294; Küper, JuS 2000, 740; Otto, Jura 1994, 141

Menschenwürde und Laserdrome: EuGH, RA 2004, 685 = EuZW 2004, 753; BVerwG, RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598

Postmortales Persönlichkeitsrecht als Ausfluss der Menschenwürde: BVerfG, RA 2001, 428 = DVBl 2001, 985

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Laserdrome"

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Zur Zulässigkeit der Auslieferung eines Ausländers trotz drohender lebenslanger Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung.**

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein US-amerikanischer Staatsangehöriger, wurde am 7. Juli 2004 in Deutschland festgenommen. Der Festnahme lag ein Haftbefehl des Superior Court für den Justizbezirk Marin County/Kalifornien (USA) vom 13. November 1998 zu Grunde. Hierin wird dem Bf. u.a. "schwerer Mord" zur Last gelegt, der nach dem Recht Kaliforniens eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung durch Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung nach sich zieht. Für wegen "schweren Mordes" verurteilte Straftäter besteht lediglich - wie für alle Strafgefangenen in Kalifornien - die Möglichkeit, eine Umwandlung ihrer Strafe in eine zeitige Freiheitsstrafe oder eine Begnadigung zu erreichen. Section 4801 Buchstabe a) Satz 1 des entsprechenden

California Penal Code lautet:

"Der Ausschuss für Angelegenheiten des Strafvollzugs kann dem Gouverneur von Zeit zu Zeit über jeden Gefangenen in einem Staatsgefängnis berichten, der nach Auffassung des Ausschusses wegen guter Führung, ungewöhnlich langer Haftzeit oder aus jedem anderen Grund, einschließlich des Battered-Woman-Syndroms, eine Umwandlung seiner Strafe oder eine Entlassung in Freiheit im Wege der Begnadigung verdient."

Die Entscheidung über den Gnadenakt trifft nach Art. V, Section 8 (a) der Verfassung des Staates Kalifornien der Gouverneur. Der Gefangene hat keinen Rechtsanspruch darauf, dass er dem Gouverneur vorgeschlagen wird. Er kann lediglich mittelbar durch sein Verhalten, z.B. gute Führung, darauf Einfluss nehmen.

Am 27. August 2004 ersuchten die USA um Auslieferung des Bf. Unter dem 20. September 2004 hat die Regierung der USA zugesichert, dass die Todesstrafe bei der Strafverfolgung des Bf. nicht beantragt und nicht verhängt werde. Mit Beschluss vom 5. November 2004 erklärte das Oberlandesgericht die Auslieferung des Bf. in die USA für zulässig.

Der Bf. meint, nach deutschem Verfassungsrecht müsse ein Verurteilter jedenfalls die Perspektive haben, irgendwann wieder auf freien Fuß gelangen zu können. Dies gebiete nach der Rechtsprechung des BVerfG der Schutz der Menschenwürde. Das amerikanische Bestrafungssystem werde im Hinblick auf die hier im Raum stehende lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung diesen Anforderungen nicht gerecht. Seine Auslieferung sei daher verfassungswidrig.

Wird der Bf. durch die Auslieferung an die USA in seiner Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG verletzt?

#### **Lösung:**

Der Bf. wird durch die Auslieferung in seiner Menschenwürde verletzt, wenn durch sie in den Schutzbereich des Art. 1 I 1 GG eingegriffen wird. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines solchen Eingriffs wäre von vornherein ausgeschlossen, da die Menschenwürde "unantastbar", mithin das einzig wirklich schrankenlose Grundrecht ist.

#### **A. Schutzbereich der Menschenwürde**

Eine generelle Definition der Menschenwürde gibt es nach Ansicht des BVerfG nicht. Vielmehr ist es immer eine Sache des konkreten Einzelfalles, ihren Inhalt zu bestimmen (BVerfGE 30, 1 [25]). Hier geht es um die Auslieferung eines Menschen an einen anderen Staat in Ansehung einer dort zu erwartenden lebenslangen Freiheitsstrafe.

### *I. Strafandrohung in anderen Staaten*

Zu beachten ist zunächst, dass hier nicht die Auslieferung selbst, also der Akt der nationalen öffentlichen Gewalt, sondern nur die Verhängung und Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe durch einen Drittstaat die Menschenwürde betreffen kann. Die Auslieferung trägt also allenfalls mittelbar dazu bei, dass die Menschenwürde des Bf. tangiert werden könnte. Fraglich ist, ob eine derartige mittelbare Auswirkung ausreicht, um den Schutzbereich zu betreffen.

#### *1. Völkerrechtlicher Mindeststandard zu achten*

Das BVerfG bejaht diese Frage im Grundsatz, indem es klarstellt, dass deutsche Stellen nicht durch Auslieferung daran mitwirken dürfen, dass Personen in anderen Staaten einer menschenunwürdigen Behandlung unterzogen werden. Ein Mindeststandard müsse in jedem Falle gewahrt werden:

“Die deutschen Gerichte sind von Verfassungs wegen gehalten, im Auslieferungsverfahren zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zu Grunde liegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar sind (vgl. BVerfGE 63, 332 [337 f.]; 75, 1 [19]; 108, 129 [136]). Zu den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen zählt der Kernbereich des aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Gebots der Verhältnismäßigkeit. Den zuständigen Organen der Bundesrepublik Deutschland ist es danach verwehrt, einen Verfolgten auszuliefern, wenn die Strafe, die ihm im ersuchenden Staat droht, unerträglich hart, mithin unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen erscheint. Tatbestand und Rechtsfolge müssen sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfGE 50, 205 [214 f.]; 75, 1 [16]; stRspr). Ebenso zählt es wegen Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zu den unabdingbaren Grundsätzen der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung, dass eine angedrohte oder verhängte Strafe nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein darf. Die zuständigen Organe der Bundesrepublik Deutschland sind deshalb gehindert, an der Auslieferung eines Verfolgten mitzuwirken, wenn dieser eine solche Strafe zu gewärtigen oder zu verbüßen hat (vgl. BVerfGE 75, 1 [16 f.]; 108, 129 [136 f.]).”

#### *2. Modifizierter Maßstab*

Das BVerfG stellt aber auch klar, dass bei der Beurteilung der Frage, was “grausam, unmenschlich oder erniedrigend” ist, nicht einfach der deutsche Maßstab angelegt werden darf. Vielmehr sei zu achten, dass in anderen Staaten andere Vorstellungen herrschen können:

“Anderes gilt hingegen dann, wenn die zu vollstreckende Strafe lediglich als in hohem Maße hart anzusehen ist und bei einer strengen Beurteilung anhand deutschen Verfassungsrechts nicht mehr als angemessen erachtet werden könnte. Das Grundgesetz geht nämlich von der Eingliederung des von ihm verfassten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft aus (vgl. Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 23 bis 26 GG; BVerfG, NJW 2004, S. 3407 [3408]). Es gebietet damit zugleich, insbesondere im Rechtshilfeverkehr Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und –anschauungen grundsätzlich zu achten (vgl. BVerfGE 75, 1 [16 f.]; 108, 129 [137]), auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen. Soll der in gegenseitigem Interesse bestehende zwischenstaatliche Auslieferungsverkehr erhalten und auch die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung unangetastet bleiben, so dürfen die Gerichte nur die Verletzung der unabdingbaren Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung als unüberwindbares Hindernis für eine Auslieferung zu Grunde legen.”

#### *II. Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe*

Unter dieser Prämisse differenziert das BVerfG sodann zwischen Verhängung und Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe. In der Verhängung sieht es kein Problem:

“Als unerträglich hart oder unmenschlich kann die dem Bf. in den Vereinigten Staaten drohende lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Strafaussetzung angesichts der Schwere der ihm zur Last gelegten Straftaten, zu denen unter anderem ein "schwerer Mord" gehört, nicht angesehen werden. Das deutsche Strafrecht sieht in § 211 Abs. 1 StGB als Strafe für einen Mord die lebenslange Freiheitsstrafe vor. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe für schwerste Tötungsdelikte bestehen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht (vgl. BVerfGE 45, 187 [254]). Die lebenslange Freiheitsstrafe für solche schwersten Rechtsgutsverletzungen ist mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des sinn- und maßvollen Strafs grundsätzlich vereinbar (vgl. BVerfGE 45, 187 [254 ff.]; 64, 261 [271]; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Dezember 1994 – 2 BvR 1697/93 –, NJW 1995, S. 3244, 3245 m.w.N.).”

#### *III. Vollzug ohne Möglichkeit der Reststrafaussetzung zur Bewährung*

Problematischer ist der Strafvollzug. Hierzu verweist das BVerfG auf seine bisherige Rechtsprechung:

*I. Chance auf Wiedererlangung der Freiheit*

“Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört es zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden (BVerfGE 45, 187 [229 und Leitsatz 3 Satz 1]). Es wäre mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) unvereinbar, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben müsste (vgl. BVerfGE 45, 187 [245]). Dies gilt auch im Falle einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe unter Feststellung der besonderen Schwere der Schuld, wobei im Einzelfall – verfassungsrechtlich unbedenklich – die lebenslange Freiheitsstrafe tatsächlich auch bis zum Lebensende vollstreckt werden kann (vgl. BVerfGE 64, 261 [272]). Fallgestaltungen, die es strikt verwehrten, dem innerlich gewandelten, für die Allgemeinheit ungefährlich gewordenen Gefangenen auch nach sehr langer Strafverbüßung, selbst im hohen Lebensalter, die Wiedergewinnung der Freiheit zu gewähren, und ihn damit auch von vornherein zum Versterben in der Haft verurteilten, sind dem Strafvollzug unter der Herrschaft des Grundgesetzes allerdings grundsätzlich fremd (vgl. BVerfGE, a.a.O.).”

*2. Begnadigungsmöglichkeit allein genügt nicht*

“Um diese Aussicht auf Wiedererlangung der Freiheit in einer Weise abzusichern, die rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht, genügt nach der Rechtsprechung des BVerfG für den Strafvollzug im Geltungsbereich des Grundgesetzes das Institut der Begnadigung allein nicht. Vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip für die Strafvollstreckung in Deutschland eine Entlassungspraxis, die gerichtlicher Kontrolle offen steht. Die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren sind gesetzlich zu regeln (vgl. BVerfGE 45, 187 [243 ff. und Leitsatz 3 Satz 2]).”

*IV. Zwischenergebnis*

Nach alledem schützt die Menschenwürde schon nach nationalen Maßstäben nicht vor der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Bei ihrem Vollzug muss dem Verurteilten aber die realistische, durch ein gesetzlich geregeltes Verfahren verbrieftete Möglichkeit verbleiben, die Freiheit eines Tages wieder zu erlangen. Droht eine Strafe in ausländischen Staaten, dürfen nationale Stellen der BRD nicht durch Auslieferung an ihrem Vollzug mitwirken, sofern dieser grausam, unmenschlich oder erniedrigend ist. Härten, die diese Schwelle nicht überschreiten, sind hingegen hinzuneh-

men.

*B. Subsumtion*

Nach diesen Maßstäben kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass die Auslieferung des Bf. an die USA die Menschenwürde nicht tangiert.

*I. Chance auf Wiedererlangung der Freiheit*

Auch das Recht des Staates Kalifornien ermögliche laut BVerfG dem Bf. eine Chance auf Wiedererlangung der Freiheit. Diese sei zwar geringer als in der BRD; dieser Umstand allein führe aber nicht zu einer grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Härte:

“Das Oberlandesgericht hat die sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden Anforderungen an einen menschenwürdigen Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe erkannt und geprüft, ob für den Bf. eine praktische Chance auf Wiedererlangung der Freiheit besteht. Es hat dies bejaht, ohne dass der Bf. hiergegen durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken aufzuzeigen vermocht hätte. [...]

Soweit der Bf. darauf hinweist, dass in den Vereinigten Staaten eine Begnadigung oder eine Umwandlung der Strafe im Falle eines zu lebenslanger Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung Verurteilten die Ausnahme darstellt, der Vollzug der verhängten Strafe bis zum Lebensende demgegenüber die Regel ist, vermag dies keine durchgreifenden Zweifel an der Einschätzung des Oberlandesgerichts zu begründen. Das Oberlandesgericht hat darauf hingewiesen, dass der Bf. trotz der ihm drohenden Strafe gemäß Section 4801 Penal Code die grundsätzliche Möglichkeit habe, die Freiheit wiederzuerlangen. Section 4801 Buchstabe a) Satz 1 des California Penal Code lautet: ‘The Board of Prison Terms may report to the Governor, from time to time, the names of any and all persons imprisoned in any state prison who, in its judgment, ought to have a commutation of sentence or be pardoned and set at liberty on account of good conduct, or unusual term of sentence, or any other cause, including evidence of battered woman syndrome.’

Damit besteht auch für den Bf. die Möglichkeit, dass das "Board of Prison Terms" ihn im Laufe der Zeit, etwa wegen guter Führung, für eine Begnadigung oder eine Strafwandlung vorschlagen wird, wobei die letztendliche Entscheidung über einen solchen Vorschlag beim Gouverneur liegt. Im Ergebnis hat der Bf. also eine – wenn auch gemessen an der deutschen Rechtslage möglicherweise geringere - Chance darauf, eine gegen ihn verhängte lebenslange Freiheitsstrafe tatsächlich nicht bis zum Lebensende verbüßen zu müssen.”

*II. Gesetzlich geregeltes Verfahren*

Allerdings sieht das kalifornische Recht - wie gezeigt - nur den Weg der Begnadigung durch den Gouverneur vor. Ein gesetzlich geregelter Anspruch auf Wiedererlangung der Freiheit in einem justizförmigen Verfahren fehlt. Das BVerfG meint aber, dass diese nationale Anforderung gerade wegen der völkerrechtlich zu achtenden anderen Maßstäbe in anderen Staaten ebenfalls nicht zu einer grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Härte beim Bf. führt:

“Der Zulässigkeit der Auslieferung steht nicht entgegen, dass in Kalifornien die Begnadigung oder die Umwandlung der Strafe nicht in einem justizförmigen Verfahren geprüft werden. Das Gebot, fremde Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten (siehe oben), schließt es aus, die in der deutschen Entwicklung des Rechtsstaats liegende Forderung nach

gerichtlicher Entscheidung zum unverzichtbaren Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung im Auslieferungsverkehr zu rechnen. Es lässt sich nicht allgemein feststellen, unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen die Hoffnung des Verurteilten, seine Freiheit wiederzuerlangen, in realistischer Weise erhalten bleibt. Kann diese Hoffnung sich etwa - wie hier - auf eine behördliche, in das Rechtssystem eingebettete Gnadenpraxis stützen, besteht kein Anlass, die Auslieferung deshalb zu verweigern, weil es an der nach deutschem Verfassungsrecht gebotenen Justizförmigkeit fehlt.”

*C. Ergebnis*

Der Bf. wird durch die Auslieferung an die USA nicht in seiner Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG verletzt.

**Standort: Zivilrecht****Problem: Anwendungsbereich des § 476 BGB**

BGH, URTEIL VOM 14.09.2005

VIII ZR 363 / 04 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. rügte in diesem Prozess nach Übergabe des von der Bekl. - einer KfZ-Händlerin - erworbenen gebrauchten Ford Fiesta diverse Mängel und erklärte den Rücktritt vom Kaufvertrag, nachdem die Bekl. innerhalb der von ihm gesetzten Frist die Beseitigung zweier Mängel angeboten, das Vorliegen weiterer Mängel aber abgestritten hatte.

Insbesondere hinsichtlich einer leichten Verformung des Kotflügels war problematisch, ob diese bereits bei Gefährübergang vorgelegen hatte, da hier der Kl. genauso während seiner zurückliegenden Nutzungszeit des PKW diesen Schaden verursacht haben konnte. Der BGH hatte daher Gelegenheit, grundlegende Regeln für die Anwendung der Beweislastumkehr des § 476 BGB festzuschreiben. Hiervon machte er auch Gebrauch, indem er klarstellte, dass die Frage des Zeitpunktes der Verursachung derartiger Schäden nicht auf die Prüfung des Sachmangels selbst vorverlagert und dem Käufer damit auch im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes doch wieder die Beweislast aufgebürdet werden kann. Dass solche Schäden durch Einwirkung auf die Kaufsache von außen typischerweise jederzeit verursacht werden können, steht der Anwendbarkeit des § 476 BGB nicht entgegen - vielmehr soll die Norm den Verbraucher vor den gerade aus dieser Erwägung entstehenden Beweisschwierigkeiten schützen. Stehen aber besonders augenfällige Beschädigungen in Rede, so kann dieses dafür sprechen, dass der Käufer diese bei Übergabe gesehen und gerügt haben müsste. Dann

kann sich die Unanwendbarkeit der Vermutungsregel daraus ergeben, dass diese mit der Art des aufgetretenen Mangels unvereinbar ist (vgl. § 476 BGB a. E.).

**Prüfungsrelevanz:**

Die Bedeutung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts und hier insbesondere der auf den Verbrauchsgüterkauf abstellenden Regeln der §§ 474 ff BGB für die juristischen Staatsexamina zu betonen, dürfte sich erübrigen. Hier werden jederzeit auch Detailkenntnisse und Interesse an aktuellen Rechtsprechungsentwicklungen verlangt. Auch die zahlreichen im Rahmen des § 476 BGB entstandenen Einzelfragen bilden hier keine Ausnahme und werden dementsprechend auch immer wieder innerhalb der Ausbildungsliteratur aufgegriffen (vgl. die Literaturschau in diesem Heft). Die Bearbeitung der hier in Fallstruktur aufbereiteten BGH-Entscheidung kann insofern zur grundlegenden Wiederholung der §§ 434 ff BGB genutzt und zur Erarbeitung weiteren Detailwissens herangezogen werden.

**Vertiefungshinweise:**

- Bei Eingreifen des § 476 BGB muss Verkäufer den vollen Beweis des Gegenteils erbringen: *OLG Celle*, RA 2004, 800 = *NJW* 2004, 3566
- Zur Anwendbarkeit des § 476 BGB nach Montage der Kaufsache durch Dritte: *BGH*, RA 2005, 98 = *NJW* 2005, 283

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : “Der defekte Synthesizer”



- Examenskurs : "Dolce vita"  
 Assessorkurs : "Der versicherte PKW"

**Leitsätze:**

- 1. Ein Sachmangel der Kaufsache kann sich dem Käufer auch dann erst nach Gefahrübergang "zeigen", wenn er ihn im Falle einer eingehenden Untersuchung schon bei der Übergabe hätte entdecken können.**
- 2. Die Vermutung, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist nicht schon dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichend sicheren Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang vorhanden war.**
- 3. Die Vermutung, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, kann auch für äußere Beschädigungen der Kaufsache wie etwa einen Karoserieschaden eines verkauften Kraftfahrzeugs eingreifen. Sie ist jedoch dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn es sich um äußerliche Beschädigungen handelt, die auch dem fachlich nicht versierten Käufer auffallen müssen.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Berechtigung des Kl. zum Rücktritt von einem Kraftfahrzeugkaufvertrag. Die Bekl. betreibt einen Neu- und Gebrauchtwagenhandel sowie eine Werkstatt mit Lackiererei. Am 28.10.2003 kaufte der Kl., der nicht in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelte, von ihr einen als Vorführwagen genutzten Pkw Ford Fiesta Ambiente, Baujahr 2001, Erstzulassung 2002, mit einer Laufleistung von 13.435 Kilometern zum Preis von 11.500,00 €. Das Fahrzeug wurde dem Kl. am selben Tag gegen Zahlung des Kaufpreises übergeben. Hierbei unterzeichneten der Kl. und der bei der Bekl. beschäftigte Kraftfahrzeugmeister K. ein formularmäßiges Übergabeprotokoll, in dem der Fahrzeugzustand durch Ankreuzen bestimmter Klassifizierungen festgehalten wurde. Bis auf die Reifen und Felgen, für die die Klassifizierung 2 – "Ohne Mängel und funktionstüchtig, Gebrauchsspuren und Verschleiß sind altersgerecht und lauleistungsbedingt, kein Reparaturbedarf" – angekreuzt wurde, sind alle aufgeführten Bauteile, darunter Karosserie, Sitze und Polster, der Klassifizierung 1 – "Einwandfreier Zustand, nur geringe Gebrauchsspuren und Verschleiß, regelmäßig gewartet, voll funktionstüchtig" – zugeordnet. Handschriftlich ist ein leichter Kratzer über der Beifahrertür mit dem Zusatz "Lack ausgebessert" vermerkt. Nach dem Formulartext ist das Übergabeprotokoll

"Grundlage für die einjährige Sachmängelhaftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer". Mit Schreiben vom 26.11.2003 forderte der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 10. Dezember auf, sich zur Beseitigung folgender Mängel bereit zu erklären: Schadhafte Felge hinten rechts; Unebenheit am Rand des vorderen rechten Kotflügels; [...] Flecken auf der hinteren Sitzbank und auf dem Beifahrersitz. Die Bekl. erklärte sich innerhalb der gesetzten Frist bereit, die Felge hinten rechts auszutauschen und die Rückbank zu reinigen. Die vom Kl. weiter behaupteten Mängel bestritt sie. Zu der von der Bekl. angebotenen Nachbesserung kam es nicht. Mit Schreiben vom 10.02.2004 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Bekl. auf, das Fahrzeug gegen Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 25.02.2004 zurückzunehmen. Dies lehnte die Bekl. ab. Der Kl. hat daraufhin Klage auf Rückzahlung des um eine Nutzungsentschädigung für gefahrene Kilometer verminderten Kaufpreises, zuletzt 10.858,83 €, nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgewähr des Fahrzeugs, erhoben. Ferner hat er beantragt festzustellen, dass die Bekl. sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde.

Hat die Klage Erfolg, wenn die Beseitigung der leichten Verformung am rechten Kotflügel ca. 100,00 € kosten würde und die Flecken auf dem Beifahrersitz gewöhnliche Gebrauchsspuren sind ?

**Lösung:**

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage ist zu beachten, dass der Kl. einerseits Verurteilung der Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises sowie zusätzlich die Feststellung, dass die Bekl. sich mit der Rücknahme des PKW in Annahmeverzug befindet, begehrt. Es sind mithin eine Zahlungsklage und eine Feststellungsklage auf ihre Zulässigkeit zu prüfen.

**I. Zulässigkeit der Zahlungsklage**

Gegen die Zulässigkeit der Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises - nach Abzug der Nutzungsentschädigung 10.858, 83 € - bestehen keine Bedenken.

**II. Zulässigkeit der Feststellungsklage: Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO**

Hinsichtlich des Feststellungsantrags müsste jedoch das gem. § 256 I ZPO erforderliche rechtliche Interesse des Kl. an der begehrten Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses gegeben sein.

Ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne ist eine aus einem konkreten Sachverhalt herzuleitende rechtliche Sonderbeziehung zwischen zwei Personen oder einer Person und einer Sache. Einzelne rechtliche Vorfragen einer solchen Sonderbeziehung sind dagegen keine Rechtsverhältnisse (Thomas/Putzo, § 256 Rz. 5, 10).

Das Bestehen von Annahmeverzug i. S. d. §§ 293 ff BGB ist grundsätzlich eine Voraussetzung für unterschiedliche sich aus dem Annahmeverzug ergebende Rechtsfolgen wie etwa den Aufwendungsersatzanspruch nach § 304 BGB. Letztgenannter stellt ein Rechtsverhältnis im oben genannten Sinne dar, die Vorfrage des Annahmeverzugs dagegen nicht (vgl. für den Schuldnerverzug etwa BGH, RA 2000, 567 = NJW 2000, 2280).

Gleichwohl wird eine Klage auf Feststellung des Annahmeverzugs von der heute ganz h. M. als ausnahmsweise zulässig angesehen, wenn es dem Kl. darum geht, auf diese Weise den gem. §§ 756, 765 ZPO erforderlichen Nachweis des Annahmeverzugs des Bekl. mit der diesem laut beehrtem Urteil gebührenden Gegenleistung zu erlangen. Nur auf diese Weise kann der Kl. möglichen Schwierigkeiten aus dem Weg gehen, die sich aus der Zug-um-Zug-Einschränkung der Verurteilung des Bekl. im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach §§ 765, 765 ZPO anderenfalls ergeben können (BGH, NJW 2000, 2663).

So liegt es auch in diesem Fall, in dem der Kl. den Annahmeverzug der Bekl. hinsichtlich der Rücknahme des Ford Fiesta festgestellt wissen will, um später seinen Kaufpreisrückzahlungsanspruch problemlos vollstrecken zu können. Das erforderliche Feststellungsinteresse nach § 256 I ZPO kann hier mithin angenommen werden. Die Feststellungsklage ist daher ebenfalls zulässig.

#### *B. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung gem. § 260 ZPO*

Die hier durch den Kl. vorgenommene Kombination einer Leistungs- mit einer Feststellungsklage ist als objektive Klagehäufung gem. § 260 ZPO nur zulässig, wenn für beide Klagen Parteiidentität besteht, dasselbe Prozessgericht zuständig und dieselbe Prozessart zulässig ist.

An letztgenannter Voraussetzung könnten Zweifel aufkommen, weil hier Leistungs- und Feststellungsklage miteinander verbunden sollen. Allerdings sind dieses nur unterschiedliche Klage-, nicht aber Prozessarten. Durch § 260 ZPO a. E. soll lediglich verhindert werden, dass etwa ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 ff ZPO) mit dem Hauptsacheverfahren verbunden wird (weitere Bsp. bei Thomas/Putzo, § 260, Rz. 13).

Im vorliegenden Fall ist die objektive Klagehäufung

dagegen zulässig.

#### *C. Begründetheit*

Auch hier ist nach Leistungs- und Feststellungsantrag des Kl. zu differenzieren.

##### *I. Begründetheit der Leistungsklage*

Die Zahlungsklage ist begründet, soweit dem Kl. gegen die Bekl. ein Anspruch auf Zahlung von 10.858,83 € zusteht.

##### *1. Anspruch gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB*

Ein solcher Anspruch könnte sich infolge eines wirksamen Rücktritts des Kl. vom Kaufvertrag aus § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB ergeben.

##### *a. Kaufvertrag*

Der Rücktrittsgrund der §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB setzt zunächst das Bestehen eines wirksamen Kaufvertrags voraus. Ein solcher wurde zwischen den Parteien am 28.10.2003 geschlossen.

##### *b. Mangel*

Die von der Bekl. gelieferte Kaufsache, der PKW Typ Ford Fiesta müsste mit einem Mangel behaftet sein. Der Kl. hat hier gleich mehrere Mängel gerügt.

##### *aa. Schadhafte Felge hinten rechts*

Zum einen rügte der Kl. einen Schaden an der hinteren rechten Felge des PKW. Hierin könnte ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB zu sehen sein, wenn durch den Schaden von einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung betreffend die Kaufsache abgewichen wird. Laut Übergabeprotokoll vom 28.10.2003, das nach Übereinkunft der Parteien Grundlage für die Sachmängelhaftung des Verkäufers sein soll, sollten Reifen und Felgen "ohne Mängel und funktionstüchtig" sein und nur altersgerechte Verschleißerscheinungen aufweisen. Von dieser Abmachung weicht die schadhafte Felge zu Lasten des Kl. ab, so dass hier ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB vorliegt.

##### *bb. Verformung des Kotflügels vorne rechts*

Weiterhin rügte der Kl. eine Verformung des vorderen rechten Kotflügels. Auch hierin könnte ein Mangel i.S.d. § 434 I 1 BGB zu sehen sein.

##### *(1) Abweichung von Festlegungen des Übergabeprotokolls*

Wiederum liegt eine seitens der Bekl. nicht eingehaltene Beschaffenheitsvereinbarung vor, denn "nach der mit der Erstellung des Übergabeprotokolls getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien sollte unter

anderem die Karosserie des Fahrzeugs der dort verwendeten (höchsten) Klassifizierung 1 entsprechen, sich also in einwandfreiem Zustand befinden. Daran fehlt es nach den von der Revision nicht angegriffenen, auf der Begutachtung durch einen Sachverständigen in der ersten Instanz beruhenden tatrichterlichen Feststellungen, weil Kotflügel und Stoßfänger vorn rechts durch eine seitliche Krafteinwirkung leicht nach innen verformt sind.”

*(2) Möglichkeit der Verursachung dieser Verformung durch den Kl. oder Dritte*

Nachdem der Kl. den Ford zunächst rügelos am 28.10.2003 entgegengenommen und die Verformung erst mit Schreiben vom 26.11.2003 gerügt hat, kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die Verformung in der Zwischenzeit durch den Kl. oder etwa im Rahmen eines leichten Unfalls durch einen Dritten verursacht wurde. Fraglich ist daher, ob von einem Mangel nur ausgegangen werden kann, wenn feststeht, dass die Verformung schon vor Fahrzeugübergabe verursacht worden ist. Dann müsste der Kl. für diese Umstände vollen Beweis erbringen. Die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Sachmangels sind von dem Käufer, der Gewährleistungsrechte geltend macht, zu belegen (Palandt/Putzo, § 434 Rz. 57/59 und § 476 Rz. 5). Allerdings könnte dieses Ergebnis einen Widerspruch zu der jedenfalls im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes geltenden Beweislastregel des § 476 BGB darstellen. Andererseits bezieht sich diese Vorschrift eigentlich nur auf die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes für das Vorliegen eines Mangels, nicht auf die des Mangels selbst. Der Senat ist der Ansicht, dass nicht erst dann von einem Sachmangel ausgegangen werden kann, wenn der Kl. beweisen konnte, dass die Verformung des Kotflügels bereits vor Fahrzeugübergabe vorgelegen hat. Vielmehr ist zu konstatieren, dass die Verformung des Kotflügels nicht mit den Vereinbarungen des Übergabeprotokolls übereinstimmt und deshalb einen Mangel darstellt. Ob dieser eine Gewährleistungspflicht der Bekl. nach sich zieht, hängt sodann vom Zeitpunkt des Vorliegens des Mangels ab, was unter Berücksichtigung einer möglichen Anwendbarkeit des § 476 BGB zu beurteilen ist [wird ausgeführt].

*cc. Flecken auf der Rückbank*

Der Kl. hat weiter auf der Rückbank des PKW Flecken entdeckt. Dem Übergabeprotokoll zufolge sollten sich Sitze und Polster in einwandfreiem Zustand befinden und nur geringe Gebrauchsspuren aufweisen. Eine hintere Sitzbank mit deutlich sichtbaren Flecken - davon ist hier in Abgrenzung zu den Flecken auf dem Beifahrersitz, die ausdrücklich als gewöhnliche Gebrauchs-

spuren bezeichnet werden, auszugehen - ist mit dieser Vereinbarung unvereinbar. Es liegt mithin auch diesbezüglich ein Sachmangel i. S. d. § 434 I 1 BGB vor.

*dd. Verunreinigung des Beifahrersitzes*

Auch der Beifahrersitz des Ford weist Flecken bzw. Verunreinigungen auf.

“Nach der Beurteilung des vom Landgericht angehörten Sachverständigen handelt es sich um übliche Gebrauchsspuren und damit auch nach der Beschaffensvereinbarung der Parteien nicht ohne weiteres um Mängel.”

*c. Maßgeblicher Zeitpunkt: Gefahrübergang gem. § 446 BGB*

Die somit festgestellten Mängel - Schaden an der Felge hinten rechts, Verformung des Kotflügels vorne rechts und verschmutzte Rückbank - müssten bei Gefahrübergang vorgelegen haben, vgl. Wortlaut des § 434 I 1 BGB. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs ist gem. § 446 S. 1 BGB derjenige der Übergabe der Kaufsache. Ob dieses hinsichtlich der gerügten Mängel, insbesondere der durch die Bekl. nicht als Mangel akzeptierten Verformung des Kotflügels, gegeben ist, kann nicht eindeutig festgestellt werden (vgl. oben C. I. 1. b. bb. (2)). Hier könnte das Vorliegen der Mängel bei Gefahrübergang aber gem. § 476 BGB vermutet werden.

*aa. Anwendbarkeit des § 476 BGB: Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474 I BGB*

“§ 476 BGB findet gemäß § 474 I BGB auf den hier zu beurteilenden Kauf eines Kraftfahrzeugs, einer beweglichen Sache, durch den Kl. als Verbraucher (§ 13 BGB) von der Bekl., die als Kraftfahrzeughändlerin Unternehmerin (§ 14 BGB) ist, Anwendung.”

*bb. Auftreten eines Sachmangels binnen 6 Monaten ab Gefahrübergang*

Binnen 6 Monaten seit Gefahrübergang müssten an der Kaufsache die festgestellten Sachmängel aufgetreten sein.

Die Rüge der Mängel durch den Kl. erfolgte eindeutig binnen 6 Monaten nach Gefahrübergang am 28.10.2003 durch Schreiben des Kl. vom 26.11.2003. Fraglich ist allerdings, inwieweit § 476 BGB auf Mängel anwendbar ist, die an und für sich schon bei Gefahrübergang hätten auffallen müssten. § 476 BGB könnte auf solche Mängel beschränkt sein, die sich überhaupt erst nach Gefahrübergang bemerkbar machen, weil der Verbraucher nur dann in Beweisschwierigkeiten geraten könnte, von denen ihn § 476 BGB befreien soll. Eine defekte Felge, verformte Kotflügel und verschmutzte Sitzbänke hätten dem Kl. bei sorg-

fältiger Untersuchung des KfZ dagegen schon bei Gefahrübergang auffallen können, wenn sie denn zu diesem Zeitpunkt bereits vorgelegen haben.

“Für eine dahingehende Einschränkung des Anwendungsbereichs sind dem Wortlaut der Vorschrift keine Anhaltspunkte zu entnehmen; sie wäre auch mit der vom Gesetzgeber angestrebten Verbesserung des Verbraucherschutzes nicht zu vereinbaren. Denn ein Mangel kann sich dem Käufer auch dann erst nach Gefahrübergang “zeigen”, wenn er ihn im Falle einer eingehenden Untersuchung schon bei der Übergabe hätte entdecken können. Allerdings kann für Mängel, die dem Käufer bereits bei der Übergabe hätten auffallen müssen, die Beweislastumkehr nach § 476 BGB deswegen ausgeschlossen sein, weil die Vermutung, dass ein solcher Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, mit der Art eines derartigen Mangels unvereinbar ist (dazu unten zu cc.).

*cc. Kein Ausschluss der Beweislastumkehr, § 476 BGB a. E.*

Die Beweislastumkehr dürfte nicht ausgeschlossen sein, weil die Vermutungsregel mit der Art der verkauften Sache oder des aufgetretenen Mangels unvereinbar ist (§ 476 BGB a. E.).

*(1) Anwendbarkeit des § 476 BGB auf den Kauf gebrauchter Sachen*

“Wie der Senat bereits entschieden hat, findet die Vorschrift des § 476 BGB auch auf den Verkauf gebrauchter Sachen Anwendung (Senatsurteil vom 02.06.2004 aaO; ebenso MünchKommBGB/S. Lorenz, 4. Aufl., § 476 Rz. 16 m.w.N. auch zur Gegenmeinung).”

*(2) Anwendbarkeit des § 476 BGB auf (erkennbare) äußere Beschädigungen der Kaufsache*

Allerdings könnte die Anwendbarkeit des § 476 BGB mit der Art der aufgetretenen Mängel unvereinbar sein, weil es sich um äußere Substanzverletzungen der Sache handelt. Hierzu wird zum Teil vertreten, dass bei derartigen Mängeln ein Rückschluss auf den Zeitpunkt ihres Vorliegens deshalb nicht in Betracht komme, weil sie typischerweise jederzeit verursacht werden können und ihr Auftreten binnen 6 Monaten keine hinreichende Wahrscheinlichkeit für ihr Vorhandensein bereits bei Gefahrübergang biete (so MünchKommBGB, aaO Rz. 17; Lorenz, NJW 2004, 3020 [3022]; Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 476 Rz. 4; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rz. 1312; i.E. auch Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 476 Rz. 35).

“Dieser Auffassung ist das BerGer. zu Recht nicht gefolgt. Schon der Wortlaut der Vorschrift lässt erkennen, dass die Vermutung im Regelfall zugunsten des

Käufers eingreifen und nur ausnahmsweise wegen der Art der Sache oder des Mangels ausgeschlossen sein soll. Mit diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis wäre es nicht zu vereinbaren, die Vermutung immer schon dann scheitern zu lassen, wenn es um einen Mangel geht, der jederzeit auftreten kann und es demzufolge an einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dafür fehlt, dass er bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. Die Vermutungsregelung liefe dann regelmäßig gerade in den Fällen leer, in denen der Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht zuverlässig festgestellt werden kann. Durch eine derartige Einengung der Beweislastumkehr würde der mit der Regelung intendierte Verbraucherschutz weitgehend ausgehöhlt. Ob dem BerGer. auch darin zu folgen ist, dass in den vorstehend erörterten Fällen die Vermutung dann nicht eingreift, wenn der Verkäufer den Mangel, sofern dieser schon bei Gefahrübergang vorhanden war, nicht erkennen konnte (ebenso Wietoska, ZGS 2004, 8 [10]), bedarf keiner Entscheidung. Nach den Feststellungen des BerGer. war die Verformung der Karosserie im vorderen rechten Bereich des Fahrzeugs für den Mitarbeiter K. der Bekl. erkennbar. [...]

Die Vermutung, dass ein Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist jedoch dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn es sich um äußerliche Beschädigungen der Kaufsache handelt, die auch dem fachlich nicht versierten Käufer auffallen müssen. Denn in einem solchen Fall ist zu erwarten, dass der Käufer den Mangel bei der Übergabe beanstandet. Hat er die Sache ohne Beanstandung entgegengenommen, so spricht dies folglich gegen die Vermutung, der Mangel sei schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen (Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 476 Rz. 34; vgl. auch Biedenbender in: Anwaltkommentar, § 476 Rz. 16; Haas in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rz. 439). Um eine derartige Beschädigung handelt es sich nach den dazu getroffenen, von der Revision nicht angegriffenen tatrichterlichen Feststellungen hier indessen nicht. Nach den Feststellungen des Landgerichts [...] besteht die Verformung darin, dass Kotflügel und Stoßfänger vorne rechts nicht bündig aneinander anschließen, sondern leicht nach innen verbogen sind. Diese geringfügige Beschädigung musste dem Kl. bei der Übergabe des Fahrzeugs nicht auffallen. Auch das Landgericht hat sie ausweislich der Entscheidungsgründe seines Urteils erst “bei genauer Betrachtung des Fahrzeugs im Termin ... und nach Hinweis des Sachverständigen auf die Schadensstelle auch selbst wahrnehmen (können)”.

Mithin greift die Vermutungsregel des § 476 BGB jedenfalls bezüglich des verformten Kotflügels dem Grunde nach ein, so dass davon auszugehen ist, dass

der gelieferte Ford diesen Mangel bereits bei Gefahrübergang aufwies. Da die Mängel an hinterer Felge und Rückbank nicht als offensichtlich ins Auge fallend beschrieben wurden, soll auch diesbezüglich von der Vermutung des § 476 BGB ausgegangen werden.

*dd. Kein Gegenbeweis der Bekl. gem. § 292 ZPO*

Allerdings kann eine gesetzliche Vermutung widerlegt werden, indem der Beweis des Gegenteils geführt wird (vgl. § 292 ZPO; OLG Celle, RA 2004, 800 = NJW 2004, 3566). Hierzu könnte die Bekl. möglicherweise auf das Übergabeprotokoll vom 28.10.2003 zurückgreifen, da durch dessen Unterzeichnung auch der Kl. Karosserie, Sitzen und Polstern bei Übergabe einen einwandfreien Zustand bescheinigt sowie Reifen und Felgen zumindest Mangelfreiheit attestiert hat. Dann müsste das Protokoll geeignet sein, über diesen Zustand den vollen Beweis zu erbringen.

“Das BerGer. hält das Übergabeprotokoll in Bezug auf Einzelheiten des Karosseriezustands [...] für nicht aussagekräftig, weil nach dem Protokoll eine genaue Überprüfung der Karosserie im einzelnen nicht erforderlich gewesen sei, vielmehr eine pauschale Beschreibung durch eine entsprechende Klassifizierung genügt habe. Aus diesem Grund, so folgert das BerGer., sei auch nicht zu erwarten, dass der Mitarbeiter K. der Bekl. den Mangel, wenn dieser bereits vorhanden gewesen wäre, erkannt und in das Protokoll aufgenommen hätte. Diesen – plausiblen – Erwägungen tritt die Revision nicht entgegen. Davon abgesehen erstreckt sich die Beweiskraft des Übergabeprotokolls ohnehin nicht auf den Zustand des Fahrzeugs bei dessen Übergabe an den Kl. Als Privaturkunde erbringt das Protokoll gemäß § 416 ZPO vollen Beweis lediglich dafür, dass die in ihm enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben worden sind. Dies ist nicht mehr als ein Indiz für die von der Bekl. zu beweisende (Haupt-)Tatsache, dass der Karosserieschaden vorne rechts bei der Fahrzeugübergabe noch nicht vorhanden war. Auch diese Indizwirkung ist indessen erheblich abgeschwächt, weil der Schaden, wie bereits ausgeführt wurde, für den Laien nur schwer zu erkennen ist und es deshalb nicht fern liegt, dass er zwar schon vorhanden war, vom Kl. bei der Erstellung des Protokolls aber nicht bemerkt worden ist.”

Der Bekl. ist es demzufolge nicht gelungen, die Vermutung des § 476 BGB zu entkräften.

*d. Erfolgreiche Nachfrist*

Der mangelbedingte Rücktritt vom Kaufvertrag setzt gem. § 323 I BGB grundsätzlich eine fruchtlos abgelaufene Nachfrist voraus. Der Käufer muss also vergeblich versucht haben, den ihm zunächst gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zustehenden Nacherfüllungsanspruch

geltend zu machen.

“Wegen der Schadhafteit der rechten hinteren Felge und des Flecks auf der Rückbank des Fahrzeugs besteht schon deswegen kein Rücktrittsrecht des Kl., weil die Bekl. sich [...] insoweit innerhalb der vom Kl. gesetzten Frist zur Nachbesserung bereit erklärt hat (§ 323 I BGB).”

Der Rücktritt des Kl. kann demzufolge nur noch auf die Verformung des vorderen rechten Kotflügels gestützt werden, da die Bekl. insoweit das Vorliegen eines Mangels bestritten und sich demzufolge innerhalb der gesetzten Nachfrist nicht zur Nacherfüllung bereit erklärt hat (vgl. im übrigen auch § 323 II Nr. 1 BGB).

*e. Kein Ausschluss des Rücktritts*

Bezüglich dieses Mangels dürfte auch kein rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Ausschlussgrund dem Rücktritt des Kl. entgegenstehen. Hier ist zu beachten, dass der Aufgabenstellung zufolge die Beseitigung der Verformung des Kotflügels lediglich ca. 100,00 € kosten würde. Zwar sind auch derartige Bagatellschäden unter den Sachmangebegriff des § 434 BGB zu subsumieren, allerdings nimmt § 323 V 2 BGB dem Gläubiger die Möglichkeit, sich wegen einer nur unerheblichen Pflichtverletzung des Schuldners im Wege des Rücktritts vollständig vom Vertrag zu lösen.

Hierzu der BGH, der zu dem Kostenaufwand für die Mangelbeseitigung auf keine tatrichterlichen Feststellungen zurückgreifen konnte:

“Falls es zutrifft, dass die Kosten für die Beseitigung der Verformung des Kotflügels und des Stoßfängers vorn rechts bei allenfalls 100,00 € liegen, handelt es sich bei diesem Mangel um eine unerhebliche Pflichtverletzung der Bekl. im Sinne des § 323 V 2 BGB, aus der der Kl. kein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag herleiten kann. Dabei kann offen bleiben, ob für die Frage der Erheblichkeit eines – wie hier – behebbaren Mangels im Sinne dieser Bestimmung stets auf die Kosten der Mangelbeseitigung abzustellen ist und bei welchem Prozentsatz vom Kaufpreis oder vom Wert der Sache in mangelfreiem Zustand die Grenze zur Erheblichkeit zu ziehen ist. Nach der Behauptung der Bekl. liegt der Mangelbeseitigungsaufwand hier bei nur knapp 1 % des Kaufpreises und damit ohne Zweifel unterhalb der Bagatellgrenze.”

Demzufolge ist der Rücktritt des Kl. hier gem. § 323 V 2 BGB ausgeschlossen.

[Anmerkung: Die Bekl. dürfte vor diesem Hintergrund auch berechtigt gewesen sein, die seitens des Kl. verlangte Nachbesserung gem. § 439 III BGB abzulehnen. Hinsichtlich des Rücktritts des Kl. hätte sich die Entbehrlichkeit der Nachfrist dann auch aus § 440 S. 1 Fall 1 BGB ergeben können. Da die Bekl. aber bereits

das Vorliegen eines Mangels abgestritten hat, wurde unter d. lediglich auf § 323 II Nr. 1 BGB hingewiesen.]

#### f. Ergebnis

Dem Kl. steht gegen die Bekl. kein Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung gem. § 346 I i. V. m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB zu.

#### 2. Anspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB

Möglicherweise könnte sich geltend gemachte Zahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung wegen Ausbleibens der geschuldeten Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB herleiten lassen.

Allerdings begehrt der Kl. hier Rückzahlung des vollen Kaufpreises gegen Rückgabe des PKW, mithin den sog. Großen Schadensersatz statt der Leistung oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung Dieser Anspruch ist nach § 281 I 3 BGB ebenfalls ausgeschlossen, wenn eine nur unerhebliche Pflichtverletzung des Schuldner vorliegt. Insofern gelten die identischen Grundsätze, wie zu § 323 V 2 BGB (Palandt/Heinrichs, § 281 Rz. 48).

Demzufolge kann der Kl. auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung nicht die

Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

[Anmerkung: Kann sich im Falle eines Bagatellmangels der Verkäufer hinsichtlich beider Arten der Nacherfüllung auf § 439 III BGB berufen, bleibt dem Käufer lediglich die Möglichkeit, den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 441 I BGB zu mindern oder den sog. Kleinen Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB zu verlangen. Für diese beiden Gewährleistungsrechte wäre die Nachfrist indes gem. § 440 S. 1 Fall 1 BGB entbehrlich. Im vorliegenden Fall macht der Kl. diese Rechte jedoch nicht geltend.]

#### 3. Ergebnis zur Leistungsklage

Die zulässige Klage auf Zahlung von 10.858,83 € ist unbegründet.

#### II. Begründetheit der Feststellungsklage

Da der Kl. den Kaufvertrag nicht durch wirksamen Rücktritt in ein Rückgewährschuldverhältnis verwandelt hat, kommt auch ein Annahmeverzug der Bekl. hinsichtlich der Rücknahme des Ford Fiesta nicht in Betracht.

Auch die Feststellungsklage ist mithin unbegründet, so dass die Klage insgesamt abzuweisen ist.

### Standort: § 244 I Nr. 1 a StGB

### Problem: Gefährliches Werkzeug

BGH, BESCHLUSS VOM 12.07.2005

4 STR 170/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der Täter war von seinem Begleiter auf einen Klein-Lkw aufmerksam gemacht worden, der vom Eigentümer mit steckendem Zündschlüssel geparkt worden war. Diesen wollte der Angeklagte nutzen, um damit nach Hause zu fahren. Als der Eigentümer des Fahrzeugs dies sah, verspernte er dem Angeklagten den Weg, woraufhin dieser ihn mit dem Fahrzeug umfuhr und flüchtete. Weil der Angeklagte bei der Tat ein Taschenmesser - ähnlich einem schweizer Offiziersmesser - in der Tasche gehabt hatte, hatte das LG Aachen ihn insb. wegen Diebstahls mit Waffen (§§ 242 I, 244 I Nr. 1 a StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil insofern auf, da dem Angeklagten das für § 244 I Nr. 1 a StGB erforderliche Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs nicht nachgewiesen werden könne.

#### Prüfungsrelevanz:

Diebstahl und die entsprechenden Qualifikationen stel-

len im Examen einen absoluten Standardstoff dar, so dass auch Detailkenntnisse als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Neben der Frage, was das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB erfordert, bietet der vorliegende Fall Anlass zu Ausführungen bzgl. des Vorliegens einer Wegnahme bei Beobachtung des Täters, der Voraussetzungen an die Zueignungsabsicht beim Diebstahl, der subjektiven Anforderungen an einen räuberischen Diebstahl sowie des Verhältnisses von § 315 b I Nr. 3 StGB und § 315 c StGB, allesamt Probleme, die zum Präsenzwissen in beiden Examen gehören.

Ein "Standardproblem" stellt mittlerweile die Frage dar, wann ein "Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB gegeben ist.

Der Begriff des "gefährlichen Werkzeugs", der erst durch das 6. StrRG 1998 in § 244 I StGB eingeführt wurde, entspricht demjenigen des § 224 I Nr. 2 StGB. Während er jedoch im Rahmen von § 224 I Nr. 2 StGB einhellig definiert wird als Gegenstand, der nach objektiver Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (BGH, NSTZ 1999, 616; Trönd-

le/Fischer, § 224 Rn. 9), stößt eine Übertragung dieser Definition auf § 244 I Nr. 1 a StGB auf Bedenken, da hier (anders als bei § 224 I Nr. 2 StGB) eine konkrete Verwendung des Werkzeugs gar nicht verlangt wird. Zur Frage, wie der Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.R.v. § 244 I Nr. 1 a StGB zu verstehen ist, existieren in der Literatur verschiedene Ansätze (vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 7 ff.): Teilweise wird bereits die abstrakte Möglichkeit, den Gegenstand als Verletzungswerkzeug einzusetzen, für ausreichend erachtet (SK-Günther, § 250 Rn. 11; Hörnle, Jura 1998, 169), teilweise wird auf die bestimmungsgemäße (Mitsch, BT 2, 1/236) oder die typische Verwendung des Werkzeugs (Schroth, NJW 1998, 2864) abgestellt oder neben der Möglichkeit der Zufügung schwerer Verletzungen durch diesen Gegenstand noch eine Gebrauchsabsicht oder zumindest ein Verwendungsvorbehalt verlangt (Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 262 f.; Geppert, Jura 1999, 602).

Die Rechtsprechung hat insofern einen etwas anderen Weg gewählt: Während sie für das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs im Rahmen von § 244 I Nr. 1 a StGB lediglich verlangt, dass der betreffende Gegenstand geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, zieht sie die Tathandlung des "Beisichführens" als Korrektiv heran. Im Gegensatz zur insofern wohl herrschenden Literatur (vgl. Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 12 mwN) soll es hierfür nämlich nicht bereits ausreichen, dass der Täter die Möglichkeit hat, während der Tat auf das Werkzeug zuzugreifen, sondern es wird zusätzlich das konkrete Bewusstsein des Täters vorausgesetzt, dass er ein - jederzeit einsatzbereites - Werkzeug zur Verfügung hat, mit dem er einem anderen Menschen erhebliche Verletzungen zufügen könnte (OLG Schleswig, NStZ 2004, 212; OLG Celle, RA 2005, 535). Während der BGH in der vorliegenden Entscheidung nicht wirklich dazu Stellung nimmt, ob die geringen Anforderungen der OLG-Rechtsprechung an die Gefährlichkeit des Werkzeugs tatsächlich genügen, folgt er jedenfalls bzgl. der hohen Voraussetzungen an das Beisichführen der Auffassung der OLG.

#### Vertiefungshinweise:

Zur Zueignungsabsicht bei der Wegnahme von Fahrzeugen: *BGH*, NStZ 1982, 420; 1996, 38; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 1996, 271; *Otto*, Jura 1989, 207

Zu § 244 I Nr. 1 a StGB: *BGH*, NJW 2003, 1677; NStZ-RR 2003, 12; *OLG Schleswig*, NStZ 2004, 212; *BayObLG*, StV 2001, 17; *OLG Celle*, RA 2005, 535; *Dencker*, JR 1999, 36; *Fischer*, NStZ 2003, 569; *Graul*, Jura 2000, 204; *Krüger*, Jura 2002, 526

Zur Beutesicherungsabsicht i.S.v. § 252 StGB:

*BGH*, JZ 1988, 471; *StraFo* 1999, 1000; *OLG Köln*, NJW 2005, 448 (= RA 2005, 500); *KG Berlin*, StV 2004, 67; *Küper*, JZ 2001, 730; *Perron*, JR 1991, 384

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Elektromeister"

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Messer, sofern sie nicht schon dem Waffenbegriff unterfallen, generell als "gefährliche Werkzeuge" i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB einzustufen. Ob dies grundsätzlich ungeachtet der Größe und der eigentlichen Bestimmung als Gebrauchsgegenstand eines solchen Messers auch für Taschenmesser in der Art von Schweizer Offiziersmessern gilt oder ob es im Hinblick darauf, dass sich das Mitsichführen eines solchen Taschenmessers als Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens als sozialadäquates Verhalten darstellt, einer einschränkenden Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 244 I Nr. 1 a StGB bedarf, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden.**

**2. Das Tatbestandsmerkmal des "Beisichführens" i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Täter das gefährliche Werkzeug bei der Tatausführung "bewusst gebrauchsbereit" bei sich hatte. Ein entsprechendes Bewusstsein liegt aber beim Beisichführen eines Taschenmessers mit einer Klingenslänge von nur 4,5 cm namentlich dann, wenn ein solches Messer vor der spontan begangenen Tat "ständig" (nur) zum Öffnen von Bierflaschen benutzt wurde, nicht auf der Hand.**

#### Sachverhalt (vereinfacht):

M und F hatten in der vorangegangenen Nacht und am Vormittag des Tattages in erheblichem Umfang Alkohol getrunken. Dabei hatte M zum Öffnen der Bierflaschen den Flaschenöffner an dem von ihm stets in einer Tasche seiner Kleidung mitgeführten Taschenmesser (Klingenslänge etwa 4,5 cm) verwendet. Als M und F an dem vorübergehend am Fahrbahnrand abgestellten Klein-Lkw des G vorbeigingen, bemerkte F, dass in dem nicht verschlossenen Fahrzeug der Zündschlüssel steckte. Er hatte spontan die Idee, mit dem Fahrzeug auf schnelle und bequeme Weise nach Hause fahren zu können, traute sich jedoch nicht, das Fahrzeug selbst zu entwenden. Er wies M, um diesen zur Entwendung des Fahrzeugs zu veranlassen, auf den steckenden Zündschlüssel hin. Um dem F zu beweisen, dass er im Gegensatz zu diesem "über die nötige Courage verfügte", ging M, der keine Fahrerlaubnis hatte, zu dem Lkw zurück, stieg ein und fuhr gerade-

aus davon. M hatte vor, das Fahrzeug nach Beendigung der Heimfahrt irgendwo unverschlossen stehen zu lassen.

Dabei war ihm bewusst, dass er aufgrund seiner erheblichen Alkoholisierung - seine Blutalkoholkonzentration betrug drei Stunden und zehn Minuten nach der Tat noch 2,82 ‰ - nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen. Nach einer Fahrtstrecke von etwa 60 bis 70 Metern hielt der M das Fahrzeug am Beginn einer lang gezogenen Linkskurve an, um F zusteigen zu lassen. G, der M und F bei der Entwendung seines Fahrzeugs beobachtet hatte, gelang es, den Lkw einzuholen. Er stellte sich vor den Lkw und legte beide Hände auf die Motorhaube des Fahrzeugs, um eine Weiterfahrt zu unterbinden. M gab zunächst kurz und kräftig Gas, um G Angst einzuflößen und ihn zu veranlassen, den Weg freizugeben. Als G darauf nicht reagierte, fuhr M mit heulendem Motor ruckartig und zügig an. Er wollte G zwar nicht gezielt anfahren, rechnete aber damit, dass dieser von der Vorderfront des Lkw erfasst werden könnte, und nahm dies jedenfalls billigend in Kauf. G, der versuchte auszuweichen, wurde vom Lkw erfasst, zur Seite weggeschleudert und erlitt in Folge des Sturzes Prellungen und Schürfwunden. M setzte seine Fahrt fort, weil er sich fluchtartig vom Ort des Geschehens entfernen wollte. Nach einer Fahrtstrecke von 150 bis 200 Metern stellte er den Lkw mit laufendem Motor auf einer Garagenzufahrt eines Grundstücks ab, weil M und F nach Entdeckung des Diebstahls und wegen des Unfalls mit der umgehenden Einleitung einer Fahndung rechneten und die Fortsetzung der Flucht mit dem Lkw deshalb für zu riskant hielten.

Wie hat M sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Von der Schuldfähigkeit des G ist auszugehen. §§ 142, 246, 249 StGB sind nicht zu prüfen.]

### **Lösung:**

#### *A. Strafbarkeit des M gem. § 242 I StGB durch das Losfahren mit dem Klein-Lkw*

Dadurch, dass M mit dem Klein-Lkw des G losfuhr, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Fremde bewegliche Sache*

Bei dem Klein-Lkw des G müsste es sich um ein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl des M, also um eine für M fremde, bewegliche Sache gehandelt haben.

Ein Klein-Lkw stellt eine bewegliche Sache dar. Fremd ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 4). Da der Klein-Lkw im Eigentum des G stand, war er für M fremd.

#### *2. Wegnahme*

M müsste das Fahrzeug weggenommen haben. Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams (Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 10)

##### *a. Fremder Gewahrsam*

Zunächst müsste aus Sicht des M fremder Gewahrsam an dem Klein-Lkw 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 Mitgewahrsam hat.

Zwar saß G im Tatzeitpunkt gerade nicht in seinem Klein-Lkw, jedoch wusste er, wo sich dieser befand, so dass er jederzeit auf das Fahrzeug zugreifen konnte und deshalb seiner Einwirkung auf die Sache keine Hindernisse entgegenstanden, wodurch sich die tatsächliche Sachherrschaft des G ergibt (vgl. RGSt 60, 272; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 25). Auch hatte G einen entsprechenden Herrschaftswillen, so dass er - trotz seiner Abwesenheit - zumindest nach der Verkehrsanschauung noch Gewahrsam an dem Klein-Lkw besaß. Hieran ändert sich auch nicht dadurch etwas, dass das Fahrzeug unverschlossen war und der Zündschlüssel steckte, was Dritten einen leichten Zugriff ermöglichte, da die Tatsache, dass ein Dritter mit Leichtigkeit Zugriff auf die Sache nehmen kann, bedeutet, dass der bestehende Gewahrsam nicht besonders sicher (also gelockert) ist, nicht jedoch unbedingt dem Fortbestehen von Gewahrsam entgegensteht (vgl. BGH, VRS 1962, 274; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 12). Es bestand also im Tatzeitpunkt Gewahrsam des G, also für M fremder Gewahrsam, an dem Klein-Lkw.

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

A müsste neuen Gewahrsam an dem Klein-Lkw begründet haben.

##### *aa. Voraussetzungen der Begründung neuen Gewahrsams*

Der Täter begründet dann neuen Gewahrsam, wenn er die Herrschaft über die Sache 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).

Zwar war M mit dem Klein-Lkw noch nicht weit gekommen, so dass es G sogar möglich war, den Wagen noch einzuholen. Jedoch befand sich M in der relativ sicheren Fahrerkabine, von der aus er das Fahrzeug kontrollieren konnte, und in die der G auch - wie sich später zeigen sollte - nicht so ohne Weiteres eindringen konnte. Die Sachherrschaft des M über das Fahrzeug war so stark, dass es dem Berechtigten G später nicht gelang, dem M dieses wieder abzunehmen. Somit hat M durch das Einsteigen und Losfahren mit dem Klein-Lkw grundsätzlich neuen Gewahrsam begründet.

#### *bb. Wegnahme trotz Beobachtung*

Einer Begründung neuen Gewahrsams an dem Klein-Lkw durch M könnte jedoch entgegen stehen, dass G den M bei seinem Tun beobachtete. Ob die Begründung neuen Gewahrsams und somit die Wegnahme der Sache auch bei Beobachtung des Täters durch den Bestohlenen möglich ist, ist streitig.

#### *(1) 1. Meinung*

Nach einer Auffassung, die früher auch von der Rechtsprechung vertreten wurde, steht eine Beobachtung des Täters durch das Opfer der Begründung neuen Gewahrsams und damit einer Vollendung der Wegnahme grundsätzlich entgegen (RGSt 76, 133; OLG Hamburg, NJW 1960, 1920; Hruschka, NJW 1960, 1189; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 40 mwN). Die Vollendung einer Wegnahme setze neben der Apprehension (dem Ergreifen) des Tatobjekts auch die Möglichkeit der Ablation, also des Fortschaffens, der Beute voraus; in den Fällen, in denen der Täter insb. von dem Gewahrsamsinhaber selbst oder von einer anderen zur Hilfe bereiten Person beobachtet wird, fehle es jedoch zumindest an letzterer, da grundsätzlich davon auszugehen sei, dass der Täter wegen der erfolgten Beobachtung am Fortschaffen der Beute gehindert werden wird.

Auch diese Auffassung würde jedoch im vorliegenden Fall trotz der Beobachtung des M durch G eine Wegnahme annehmen, da der M - wie der spätere Sachverhalt zeigt - von G nicht am Fortschaffen der Beute gehindert werden konnte. Es bestand also trotz der Beobachtung für den M die Möglichkeit der Ablation, so dass auch diese Auffassung eine Begründung neuen Gewahrsams annehmen würde (vgl. RGSt 66, 396; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 40).

#### *(2) 2. Meinung*

Nach herrschender Auffassung steht eine Beobachtung des Täters durch den Gewahrsamsinhaber oder einen

Dritten der Begründung neuen Gewahrsams nicht entgegen, da der Diebstahl

keine heimliches Delikt sei (BGHSt 41, 205; NStZ 1988, 270; OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1492; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 21 mwN). Allenfalls wenn der Täter von vornherein keine Chance hat, die Beute fortzuschaffen, kann eine vollendete Wegnahme entfallen (BGH, StV 1985, 323).

Da es M hier sogar geschafft hat, das erbeutete Fahrzeug fortzuschaffen, ist nach dieser Auffassung eine Begründung neuen Gewahrsams gegeben.

#### *(3) Zwischenergebnis*

Nach beiden Auffassungen hat M durch das Losfahren neuen Gewahrsam an dem Klein-Lkw begründet, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

#### *c. Gewahrsamsbruch*

M müsste den Gewahrsam des G auch gebrochen haben.

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er gegen oder ohne den Willen des Opfers aufgehoben wird (Küper, BT, S. 417; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 16 mwN).

G war nicht damit einverstanden, dass M mit seinem Klein-Lkw fortfuhr. Insbesondere hatte G den Schlüssel nicht deshalb steckenlassen, um einem Dritten das Wegfahren mit dem Auto zu ermöglichen. M hat also den Gewahrsam des G auch gebrochen.

M hat den Klein-Lkw des G weggenommen.

#### *3. Vorsatz*

M hatte auch den gem. § 15 StGB erforderlichen Vorsatz.

#### *4. Absicht rechtswidriger Zueignung*

M müsste auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

#### *a. Zueignungsabsicht*

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

A hatte die Absicht, den Wagen für die Heimfahrt zu benutzen. Wenn der Täter des Diebstahls in der Absicht handelt, das Tatobjekt zu benutzen, so stellt dies stets eine Aneignungsabsicht dar (vgl. BGH, MDR 1960, 689; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 52

mwN), so dass A mit Aneignungsabsicht gehandelt hat. A müsste jedoch auch mit dem Willen gehandelt haben, den G dauerhaft zu enteignen. A wollte den Klein-Lkw nach Beendigung der Fahrt unverschlossen stehen lassen. Wenn der Täter bei der Wegnahme eines Fahrzeuges jedoch vorhat, dieses nach Beendigung der geplanten Nutzung dem Zugriff Dritter preiszugeben, so dass es letztlich dem Zufall überlassen bleibt, ob der Eigentümer es zurückerlangt, reicht dies für die Annahme eines Enteignungswillens i.S.v. § 242 I StGB aus (BGH, NStZ 1996, 38; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 39 mwN). Da somit auch der erforderliche Enteignungswille gegeben ist, hat M mit Zueignungsabsicht gehandelt.

#### *b. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

Die von M beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

Die vom Täter beabsichtigte Zueignung ist rechtswidrig i.S.v. § 242 I StGB, wenn der Täter (und bei einer Drittzeignungsabsicht auch der Dritte) keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Zueignung des Tatobjektes hat (BGHSt 17, 87; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 50).

Ein Anspruch des M auf die Zueignung des Klein-Lkws ist nicht gegeben, so dass die von ihm beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig ist.

#### *c. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, muss diese auch vom Vorsatz des Täters umfasst sein (BGH, NJW 1990, 2832; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 28).

M wusste, dass er keinen Anspruch auf die Zueignung des Fahrzeuges hatte, so dass auch diese Voraussetzung gegeben ist.

M hat somit in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt und damit den Tatbestand des § 242 I StGB erfüllt.

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. M ist strafbar gem. § 242 I StGB.

#### *B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a StGB durch das Losfahren mit dem Klein-Lkw*

Dadurch, dass M mit dem Klein-Lkw des G losfuhr, könnte er sich auch wegen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Grunddelikt (§ 242 I StGB)*

M müsste zunächst den Tatbestand des Grunddeliktes - § 242 I StGB - verwirklicht haben.

Dies ist der Fall (s.o.).

##### *2. Qualifikation (§ 244 I Nr. 1 a StGB)*

M müsste weiter die Qualifikationsmerkmale des § 244 I Nr. 1 a StGB erfüllt haben, d.h. er müsste bei der Begehung des Diebstahls vorsätzlich eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. Hier könnte der M mit dem Taschenmesser ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben.

Hierzu der BGH: "Allerdings steht die Annahme des Landgerichts, dass ein Taschenmesser ein sonstiges gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift ist, im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach sind Messer, sofern sie nicht schon dem Waffenbegriff unterfallen, generell als 'gefährliche Werkzeuge' einzustufen (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 265 m.w.N.). Ob dies grundsätzlich ungeachtet der Größe und der eigentlichen Bestimmung als Gebrauchsgegenstand eines solchen Messers auch für Taschenmesser in der Art von Schweizer Offiziersmessern gilt (vgl. BGHSt 43, 266, 268 zu § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; vgl. auch Bay-ObLGSt 2000, 38, 39; OLG Schleswig NStZ 2004, 212, 214) oder ob es im Hinblick darauf, dass sich das Mitsichführen eines solchen Taschenmessers als Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens als sozialadäquates Verhalten darstellt, einer einschränkenden Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeuges im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB bedarf (vgl. OLG Braunschweig NJW 2002, 1735; OLG Frankfurt StV 2002, 145; für (kleinere) Taschenmesser ausdrücklich offen gelassen in BGH StV 2002, 191, NStZ-RR 2003, 12; zu den hierzu vertretenen Lösungsansätzen vgl. Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 244 Rdn. 8 ff.), braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. Jedenfalls ist nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte M das Messer im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB bei sich geführt hat.

Zwar hat das Landgericht festgestellt, dass sich die Angeklagten bei der Tatausführung dessen bewusst waren, dass der Angeklagte M sein Taschenmesser in einer Tasche seiner Kleidung bei sich hatte. Hierzu hätte es aber näherer Ausführungen bedurft, denn das Tatbestandsmerkmal des 'Beisichführens' ist nur dann erfüllt, wenn der Täter das gefährliche Werkzeug bei der Tatausführung 'bewusst gebrauchsbereit' bei sich hatte (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 12, 13 m.w.N.). Ein entsprechendes Bewusstsein liegt aber beim Beisichführen eines Taschenmessers mit einer Klingenlänge

von nur 4,5 cm namentlich dann, wenn ein solches Messer - wie hier festgestellt - vor der spontan begangenen Tat 'ständig' (nur) zum Öffnen von Bierflaschen benutzt wurde, nicht auf der Hand (vgl. BGH aaO m.w.N.)."

M hat also das Messer nicht i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB bei sich geführt.

## II. Ergebnis

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

### C. Strafbarkeit gem. § 248 b I StGB durch das Losfahren mit dem Klein-Lkw

Der durch das Losfahren mitverwirklichte unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs gem. § 248 b I StGB tritt hinter den Diebstahl an dem Fahrzeug (s.o.) zurück (§ 248 b I StGB a.E.).

### D. Strafbarkeit gem. §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB durch das Wegdrängen des G

Dadurch, dass M den G mit dessen Klein-Lkw zur Seite drängte, so dass dieser stürzte, könnte sich M wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Grunddelikt (§ 252)

M müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, des räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB, verwirklicht haben.

##### a. Taugliche Vortat

M müsste zunächst eine taugliche Vortat begangen haben ("bei einem Diebstahl").

M hat durch das Losfahren mit dem Klein-Lkw einen Diebstahl begangen (s.o.). Da dieser bereits nach dem Wortlaut des § 252 StGB eine taugliche Vortat darstellt, liegt dieses Tatbestandsmerkmal vor.

##### b. Auf frischer Tat betroffen

M müsste bei diesem Diebstahl auf frischer Tat betroffen worden sein.

Der Täter ist auf frischer Tat betroffen, wenn er bei der Ausführung der Tat oder alsbald nach deren Vollenendung am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe von einem anderen bemerkt wird (BGHSt 28, 224 [227]; Küper, Jura 2001, 21; Lackner/Kühl, § 252 Rn. 4).

M wurde hier von dem G bereits bei der Ausführung des Diebstahls wahrgenommen, so dass er von diesem auf frischer Tat betroffen wurde.

##### c. Raubmittel

M müsste ein Raubmittel angewendet haben.

M könnte zunächst mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des G gedroht haben.

Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386; Tröndle/Fischer, § 252 Rn. 8, § 249 Rn. 5, § 240 Rn. 31).

Durch das Aufheulenlassen des Motors hat M konkludent angekündigt, gleich loszufahren und den G zu überfahren, was bei diesem schwere Verletzungen zur Folge haben würde; M hat also mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des G gedroht.

M könnte durch das Losfahren auch Gewalt gegen eine Person angewandt haben.

Gewalt i.S.v. § 252 StGB ist der körperlich wirkende Zwang gegen einen Menschen, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder zu verhindern (BGH, NStZ 1982, 114; Tröndle/Fischer, § 252 Rn. 8, § 249 Rn. 4). Fährt ein Autofahrer auf einen Menschen zu, um diesen zum Ausweichen zu veranlassen, übt er einen körperlich wirkenden Zwang aus (da der Fußgänger dem Auto körperlich unterlegen ist). M tat dies auch, um den geleisteten Widerstand des G gegen die Wegnahme des Klein-Lkws zu überwinden, so dass hier Gewalt i.S.v. § 252 I gegeben ist (BayObLG, NJW 1995, 2646). M hat also auch Gewalt gegen eine Person angewandt.

##### d. Vorsatz

M handelte auch vorsätzlich.

##### e. Beutesicherungsabsicht

M müsste auch in der Absicht gehandelt haben, sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten.

Hierzu der BGH: "Der neue Tatrichter wird bei der erneuten Prüfung einer Strafbarkeit des Angeklagten M wegen eines Tateinheitlich begangenen (schweren) räuberischen Diebstahls zu beachten haben, dass die gemäß § 252 Abs. 1 StGB erforderliche Absicht, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, nicht der einzige Beweggrund des Täters für die Gewaltanwendung oder den Einsatz des Nötigungsmittels sein muss, sondern dass tatbestandsmäßig im Sinne der genannten Vorschrift auch handelt, wer sich der Strafverfolgung entziehen, gleichzeitig aber auch das Diebesgut verteidigen will (vgl. BGH NStZ 2000, 530, 531 m.w.N.). Dies kann insbesondere dann nahe liegen, wenn aus der Sicht des Täters - wie hier - das entwendete Fahrzeug zunächst weiterhin benötigt wird, um sich einen Vorsprung zu verschaffen."

Von einer Beutesicherungsabsicht des M kann somit ausgegangen werden.

##### 2. Qualifikation (§ 250 II Nr. 1 StGB)

Da der Täter des räuberischen Diebstahls "gleich ei-

nem Räuber" zu bestrafen ist, gilt für ihn nicht nur der Strafraum des Raubes (§ 249 I StGB) sondern auch dessen Qualifikationen (§§ 250, 251 StGB) (BGHSt 17, 180; Tröndle/Fischer, § 252 Rn. 13).

M könnte hier den Qualifikationstatbestand gem. § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Dazu müsste er bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist jeder Gegenstand, der - objektiv - nach der Art der konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen beim Opfer herbeizuführen (BGH, StV 1999, 92; 646; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 7). Ein Kraftfahrzeug, mit dem der Täter auf das Opfer zufährt, ist geeignet, diesen erhebliche Verletzungen zuzufügen, so dass der Klein-Lkw ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB darstellt. M hat dieses Werkzeug auch benutzt, um gegen G Gewalt anzuwenden und diesen zu bedrohen, so dass auch ein Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB vorliegt. Diesbezüglich handelte F auch vorsätzlich.

M hat also auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB erfüllt.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

M ist strafbar gem. §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB.

### E. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB durch das Wegdrängen des G

Durch das Wegdrängen mit dem Klein-Lkw hat M dem G vorsätzlich gedroht und Gewalt gegen ihn angewendet und ihn so dazu genötigt, es zu unterlassen, ihn am Wegfahren zu hindern. Die hierdurch begangene Nötigung gem. § 240 I StGB tritt jedoch hinter den räuberischen Diebstahl zurück (Schönke/Schröder-Eser, § 252 Rn. 13).

### F. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB durch das Wegdrängen des G

Dadurch, dass M den G mit dessen Klein-Lkw zur Seite drängte, so dass dieser stürzte, könnte sich M wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Grunddelikt (§ 223 I)

M könnte den G misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche

Wohlbefinden oder die körperliche Integrität des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3 a mwN).

Einen Menschen mit einem Lkw gewaltsam zur Seite zu drängen, stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar; da G hierdurch stürzte und schmerzhaft Verletzungen erlitt, wurden auch sein Wohlbefinden und seine körperliche Integrität erheblich beeinträchtigt.

Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6).

M hat durch das Wegdrängen des G bei diesem Schürfwunden und Prellungen, also pathologische Zustände, hervorgerufen und ihn somit an der Gesundheit geschädigt.

M hat somit den objektiven Tatbestand des § 223 I StGB erfüllt.

## 2. Qualifikation (§ 224 I)

### a. § 224 I Nr. 2 StGB

Da der Klein-Lkw, mit dem M den G zur Seite schob, ein gefährliches Werkzeug darstellt (s.o.), hat M die Tat auch mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen, so dass der Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB vorliegt.

### b. § 224 I Nr. 5 StGB

M könnte die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben.

Zwar ist im Rahmen von § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob diese Qualifikation bereits beim Vorliegen einer abstrakten Lebensgefahr gegeben ist (so BGH, NStZ-RR 1997, 67; Geerds, Jura 1988, 46; LK-Lilie, § 224 Rn. 36 mwN) oder ob sie den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr voraussetzt (Schröder, JZ 1967, 522; Stree, Jura 1980, 291; NK-Peaffgen, § 224 Rn. 27 mwN). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da es stets auch eine konkret lebensgefährdende Behandlung darstellen dürfte, einen anderen Menschen mit einem Auto anzufahren (vgl. BGH, VRS 14, 286). In diesem Fall hängt es ja nur vom Zufall ab, ob das Opfer nicht vielleicht unter das Fahrzeug gerät und so von diesem getötet wird, so dass auch eine konkrete Lebensgefahr und damit nach allen Auffassungen eine lebensgefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB gegeben ist.

## 3. Vorsatz

M hat es lt. Sachverhalt billigend in Kauf genommen, den G mit dem Klein-Lkw anzufahren, so dass er bzgl. der Tatbestandsverwirklichung auch mit zumindest

bedingtem Vorsatz gehandelt hat.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

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

### G. Strafbarkeit gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 b StGB durch das Wegdrängen des G

Dadurch, dass M den G mit dessen Klein-Lkw zur Seite drängte, so dass dieser stürzte, könnte sich M wegen qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 b StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Grundtatbestand (§ 315 b I Nr. 3 StGB)

#### a. Anwendbarkeit

§ 315 b I Nr. 3 StGB ist im Hinblick auf § 315 c StGB einschränkend dahingehend auszulegen, dass § 315 b I Nr. 3 StGB nur auf verkehrsfremde Eingriffe Anwendung findet (OLG Karlsruhe NJW 1978, 1991; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315 b Rn. 8 mwN). Verkehrsteilnehmer sind also grdsl. insofern privilegiert, als dass bei einer Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer durch sie nicht der (weite) Tatbestand des § 315 b I Nr. 3 StGB greift, sondern nur der (engere) Tatbestand des § 315 c I StGB. Ausnahmsweise ist § 315 b I Nr. 3 StGB jedoch dann auf einen Verkehrsteilnehmer anzuwenden, wenn sein Verhalten eine "Pervertierung" der normalen Teilnahme am Straßenverkehr darstellt; dies ist insb. dann der Fall, wenn ein Kfz-Fahrer sein Fahrzeug in verkehrsfreundlicher Gesinnung bewusst zweckwidrig einsetzt (BGHSt 28, 87; BGH, NJW 2003, 836; Krey, BT 1 Rn. 771). Nach BGH, NJW 2003, 1613 (= RA 2003, 327) ist dabei zusätzlich mindestens ein bedingter Schädigungsvorsatz des Täters erforderlich.

M war hier zwar im Tatzeitpunkt Autofahrer und somit Verkehrsteilnehmer und deshalb eigentlich kein Adressat des § 315 b I Nr. 3 StGB. Er hat jedoch sein Fahrzeug als Mittel zur Drohung und Gewaltanwendung und nicht als Fortbewegungsmittel verwendet und somit bewusst zweckwidrig eingesetzt. Auch war es M gleichgültig, ob durch sein Verhalten andere Verkehrsteilnehmer (insb. G) gefährdet oder gar verletzt oder getötet würden, so dass er auch in verkehrsfreundlicher Gesinnung gehandelt hat. Schließlich hatte M auch Körperverletzungs- und somit Schädigungsvorsatz (s.o.), so dass § 315 b I Nr. 3 StGB auf das Verhalten des M hier ausnahmsweise Anwendung findet.

#### b. Ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff

M müsste einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vorgenommen haben (wie ihn § 315 b I Nr. 1 und 2 StGB beschreiben).

M ist hier mit einem Klein-Lkw gezielt auf einen Menschen zugefahren. Dies stellt ein Verhalten dar, das von der Höhe der dadurch entstehenden Gefahren und dem Unwertgehalt der Tat den ersten beiden Varianten des § 315 b I StGB sicherlich vergleichbar ist. Ein ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff ist somit gegeben.

#### c. Dadurch konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

Durch den Eingriff müsste es zu einer (konkreten) Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert gekommen sein.

Durch das Zufahren auf den G, den gefährlichen Eingriff i.S.v. § 315 b I Nr. 3 StGB (s.o.), wurde der G sogar in nicht unerheblicher Weise verletzt, so dass eine konkrete Gefahr für die körperliche Unversehrtheit (den "Leib") des G als wesensgleiches Minus zur Verletzung natürlich auch gegeben ist.

#### d. Vorsatz

M handelte auch vorsätzlich, insb. auch bzgl. der Gefährdung des G, da M ja sogar einen Verletzungsvorsatz hatte (s.o.).

### 2. Qualifikation (§ 315 b III, 315 III Nr. 1 b StGB)

M könnte weiter in der gem. §§ 315 b III, 315 III Nr. 1 b StGB qualifizierenden Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu verdecken.

Ebenso wie bei § 211 StGB ist auch bei § 315 III Nr. 1 b StGB eine Verdeckungsabsicht auch dann gegeben, wenn die Tat als solche zwar schon entdeckt ist, der Täter aber verhindern will, dass er selbst als Täter identifiziert wird (BGH, NStZ-RR 1997, 132; Schönke/Schröder, § 315 Rn. 22, § 211 Rn. 34). So verhält es sich im vorliegenden Fall. Zwar hatte G den Diebstahl seines Fahrzeugs bereits bemerkt, jedoch kannte er den Täter M nicht persönlich, so dass ihm die Identität des Täters nicht bekannt war und M seine Identifizierung noch verhindern konnte, was er auch wollte. Der Annahme einer Verdeckungsabsicht steht auch nicht entgegen, dass M (auch) gehandelt hat, um sich im Besitz des Fahrzeugs zu erhalten (s.o.), da die Verdeckung für § 315 III Nr. 1 b StGB nicht der einzige vom Täter verfolgte Zweck sein muss (BGH, NStZ 2003, 261; Tröndle/Fischer, § 315 Rn. 22 a, § 211 Rn. 29).

*II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

*III. Ergebnis*

M ist strafbar gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 b StGB.

*G. Strafbarkeit gem. § 315 c I Nr. 1 a StGB durch das Wegdrängen des G*

Dadurch, dass M den G mit dessen Klein-Lkw zur Seite drängte, so dass dieser stürzte, könnte sich M wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I Nr. 1 a StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr trotz alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit*

M müsste im Straßenverkehr ein Fahrzeug geführt haben, obwohl er in Folge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen.

Der Täter führt ein Fahrzeug i.S.v. § 315 c I Nr. 1 StGB, wenn er dieses in Bewegung setzt oder während der Fahrbewegung unter Handhabung der technischen Vorrichtungen lenkt (BGH, NZV 1995, 364; Tröndle/Fischer, § 315 c Rn. 3).

M hat den Klein-Lkw des G, also ein Fahrzeug, in Bewegung gesetzt und auch während der Fahrt gelenkt, so dass er dieses Fahrzeug geführt hat. Er tat dies auch auf einer öffentlichen Straße, also im Straßenverkehr.

M müsste allerdings auch in Folge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage gewesen sein, das Fahrzeug sicher zu führen. Beim Führer eines Kraftfahrzeuges wird ab einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von 1,1 ‰ unwiderleglich vermutet, dass er nicht mehr in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen (BGHSt 37, 89; OLG Düsseldorf, MDR 1991, 171; Tröndle/Fischer, § 316 Rn. 25). M hatte hier mehr als drei Stunden nach der Tat noch eine BAK von 2,82 ‰, so dass diese im Tatzeitpunkt noch wesentlich höher gewesen sein muss. M war also auch alkoholbedingt fahruntüchtig.

*c. Dadurch konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert*

Durch die Trunkenheitsfahrt müsste es zu einer (konkreten) Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert gekommen sein.

Der BGH führt hierzu aus: "Auch die Annahme einer

vorsätzlichen Straßenverkehrsgefährdung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Feststellungen ergeben nämlich nicht, dass die alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit des Angeklagten M ursächlich für die Gefährdung des Tatopfers im Sinne des § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB war. Vielmehr hat der Angeklagte den Lkw bewusst und gezielt eingesetzt, um den Zeugen G zu veranlassen, ihm den Weg freizugeben und dabei mögliche Verletzungen des Zeugen billigend in Kauf genommen. Bei einer solchen Sachlage scheidet die Annahme einer Straßenverkehrsgefährdung neben dem hier vorliegenden vorsätzlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315 b StGB aus (vgl. BGHR StGB § 315 c Konkurrenzen 1)."

Es fehlt also an einer durch die Trunkenheit des M hervorgerufenen Gefahr für die genannten Rechtsgüter.

*II. Ergebnis*

M ist nicht strafbar gem. § 315 c I Nr. 1 a StGB.

*H. Strafbarkeit gem. § 316 I StGB durch das Wegdrängen des G*

Dadurch, dass M den G mit dessen Klein-Lkw zur Seite drängte, so dass dieser stürzte, könnte sich M wegen Trunkenheit im Verkehr gem. § 316 I StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand*

M hat im Verkehr ein Fahrzeug geführt, obwohl er in Folge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen (s.o.). Er handelte insofern auch vorsätzlich, so dass er den Tatbestand des § 316 I StGB verwirklicht hat.

*II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

*III. Ergebnis*

M ist strafbar gem. § 316 I StGB.

*I. Gesamtergebnis und Konkurrenzen*

Der Diebstahl gem. § 242 I StGB tritt hinter den schweren räuberischen Diebstahl gem. §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB zurück (NK-Kindhäuser, § 252 Rn. 37). Dieser bleibt jedoch wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche neben §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 b StGB und § 316 StGB bestehen, und zwar, da diese Delikte zumindest teilweise durch dieselbe Handlung verwirklicht wurden, in Tateinheit (§ 52 StGB).

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Pünder, Herrmann / Dittmar, Raoul: "Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 760 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Das Thema "wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden" hat besondere Examensrelevanz, weil die Rechtsprechung sich in der jüngeren Vergangenheit des öfteren damit befassen musste (die RA hat hierüber berichtet, vgl. zuletzt OVG NRW, RA 2004, 755 m.w.N.). Der Beitrag geht ausführlich auf alle Problemfelder ein, die anhand von kleinen Fällen beispielhaft erörtert werden.

<b>Autor/Titel:</b>	Schoch, Friedrich: "Begründung von Verwaltungsakten"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 757 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Die ordnungsgemäße Begründung von Verwaltungsakten ist nach § 39 VwVfG bei schriftlichen Verwaltungsakten Voraussetzung für deren formelle Rechtmäßigkeit. Der Beitrag zeigt, welche Rechtsprobleme aus der Begründungspflicht erwachsen können.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schmieder, Philipp und Volz, Markus: "Bezugspunkt und Bedeutung des Vertretenmüssens"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2005, 778 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Kurzbeitrag stellt die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte des Vertretenmüssens gem. § 280 I 2 BGB im Rahmen eines Schadensersatzanspruches wegen Pflichtverletzung innerhalb eines Schuldverhältnisses heraus. Es wird veranschaulicht, dass hier zwischen der Verletzung von Schutz- oder Treuepflichten gem. § 241 II BGB / § 242 BGB aus dem Schuldverhältnis einerseits und Verletzung anderweitiger Verhaltenspflichten, die letztendlich der Grund für das Ausbleiben eines versprochenen Leistungserfolges sein können, andererseits zu unterscheiden ist. Für §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB wird eindeutig Stellung dahingehend bezogen, dass Bezugspunkt des Vertretenmüssens das endgültige Ausbleiben der Leistung nach Fristablauf sein muss. Eine eindeutige Aussage, zu der sich der BGH in der Entscheidung RA 2005, 586 = NJW 2005, 2852 noch nicht durchringen konnte.

<b>Autor/Titel:</b>	Gsell, Beate: "Die Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2005, 967 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Ein weitere Beitrag zur durch die Schuldrechtmodernisierung neu geschaffenen Vorschrift des § 476 BGB, wonach im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes i. S. d. § 474 I BGB bei Auftreten eines Sachmangels binnen 6 Monaten ab Gefahrübergang (§ 446 BGB) vermutet wird, dass dieser Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe, solange dies nicht mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Nach einer Klarstellung dahingehend, dass der Käufer für die Voraussetzungen dieser Vermutungsregel (sog. Vermutungsbasis od. Vermutungstatbestand) - Auftreten des Sachmangels binnen der 6-Monatsfrist - darlegungs- und beweispflichtig bleibt, setzt die Autorin sich ausführlich mit dem Ausnahmetatbestand des § 476 BGB a. E. und den hier zu unterscheidenden Fällen auseinander.

<b>Autor/Titel:</b>	Wagener, Martin und Wahle, Stefan: "Hersteller, Quasi-Hersteller und Lieferant im ProdHaftG"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 3179 (Heft 44)
<b>Inhalt:</b>	Die Autoren setzen sich mit der Entscheidung BGH, NJW 2005, 2695 = RA 2005, 592 auseinander, in welcher der BGH grundlegende Maßstäbe für die Haftung des Herstellers, Quasiherstellers und Lieferanten (vgl. zu diesen Begrifflichkeiten § 4 I 1, 2, III ProdhaftG) für fehlerhafte Produkte nach § 1 I ProdHaftG festgeschrieben hat. Es wird erläutert, mit welchen Aussagen der BGH bereits in der Literatur diskutierte Probleme aufgegriffen hat (z. B.: Maßgeblich für Herstellereigenschaft nur tatsächliche Beteiligung am Herstellungsvorgang, nicht Erkennbarkeit zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens) und welche Aussagen tatsächlich neu sind (insbesondere die nur sehr geringen Nachforschungspflichten des Verbrauchers vor Inanspruchnahme des Lieferanten i. S. d. § 4 III ProdhaftG). Mit Ausnahme des zuletzt genannten Punktes findet die Entscheidung die Zustimmung der Autoren.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Eisenschmid, Norbert: "Neue Strafnormen zur Sachbeschädigung: Das Graffiti-Bekämpfungsgesetz"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2005, 3033 (Heft 42)
<b>Inhalt:</b>	Um Strafbarkeitslücken im Bereich der Sachbeschädigungsdelikte beim Anbringen von Graffiti zu schließen, hat der Gesetzgeber durch das sog. Graffiti-Bekämpfungsgesetz vom 01.09.2005 (BGBl I 2005, S. 2674) die §§ 303, 304 StGB geändert. Der Verfasser schildert neben der Entwicklung des Gesetzentwurfes den Inhalt der neuen Vorschriften sowie mögliche Probleme bei deren Anwendung und kommt zu dem - wohl berechtigten - Schluss, dass diese Gesetzesnovellierung keinen echten Fortschritt mit sich bringt.

<b>Autor/Titel:</b>	Heinrich, Bernd und Reichenbacher, Tobias: "Objektive Zurechnung und 'spezifischer Gefahrsammenhang' bei den erfolgsqualifizierten Delikten"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2005, 743 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Eine sehr ausführliche Besprechung der klassischen Frage, unter welchen Voraussetzungen der im Rahmen der erfolgsqualifizierten Delikte wohl erforderliche Unmittelbarkeits- oder deliktsspezifische Gefahrsammenhang gegeben ist und ob und inwiefern er sich von der objektiven Zurechnung des Erfolges unterscheidet. Dabei gehen die Autoren insbesondere auf die verschiedenen Auffassungen ein, legen dezidiert die verschiedenen Anknüpfungspunkte dar und erklären deren Darstellung in einem Gutachten. Sehr hilfreich.

<b>Autor/Titel:</b>	Hanft, Christian: "Referendarexamenklausur - Strafrecht: Die vorgetäuschte Autopanne"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2005, 1010 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	In dieser interessanten Klausur bespricht der Verfasser nicht nur klassische Probleme, insb. aus dem Bereich der Versuches, wie das unmittelbare Ansetzen bei vermeintlicher Mittäterschaft oder die Voraussetzungen für einen Rücktritt, sondern geht auch noch auf aktuelle Entwicklungen wie die neuere Rechtsprechung zu § 316 a I StGB ein. Die Darstellung der verschiedenen Meinungen, die Argumentationen und die Einhaltung des Gutachtenstils hätten zwar etwas besser sein können, aber alles in allem ein lesenswerter Übungsfall.