Öffentliches Recht

Standort: Baurecht — Problem: Verwirkung von Nachbarrechten

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 10.6.2005
10 A 3664/03 (NVwZ-RR 2006, 236)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte ein Nachbar sich erst 13 Monate nach Rohbauabnahme und 10 Monate nach Schlussabnahme des Bauwerks an die Bauaufsichtsbehörden gewendet und einen Abriss des fertigen Bauwerks verlangt. Die Voraussetzungen für einen Abriss - formelle und materielle Illegalität des Bauvorhabens, vgl. dazu VGH BW, RA 2005, 51 = VBlBW 2004, 263; OVG NRW, RA 2003, 713 = NWVBl 2003, 386; Rasch, BauR 1988, 266 - lagen vor. Fraglich blieb allein, ob der Nachbar seinen Anspruch nicht verwirkt haben könnte, weil er so lange zugewartet hatte.

Das OVG NRW sieht die Verwirkung im Grundsatz von Treu & Glauben verankert (vgl. § 242 BGB). Es kommt daher zu dem Ergebnis, dass das Verstreichen eines erheblichen Zeitraums allein noch nicht für eine Verwirkung ausreiche; vielmehr müsse das Zuwarten auch treuwidrig gewesen sein. Dies setze voraus, dass beim Bauherrn durch die Passivität des Nachbarn ein Vertrauen dahingehend geschaffen worden sei, dass von diesem keine Einwände gegen das Bauvorhaben mehr erhoben werden.

Prüfungsrelevanz:

Diese Voraussetzungen hat das OVG aus dem Zivilrecht (§ 242 BGB) übernommenen. Zu ihrer Prüfung im Examen sei ergänzend Folgendes angemerkt:

1. Was ein "erheblicher Zeitraum" ist (sogen. *Zeitmoment*), lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern richtet sich nach dem Einzelfall. So sind aus dem Zivilrecht Fälle bekannt, in denen wenige Wochen bereits als ausreichend erachtet wurden (BGH, BB 1969, 383 zu einem Rücktrittsrecht), andererseits 28 Jahre nicht ausreichten (BGH, WM 1971, 1084 zu dinglichen Ansprüchen). Im öffentlichen Recht kann - wenn überhaupt - häufig § 58 II VwGO ein Leitfaden sein, der auch vom rechtsunkundigen, nicht belehrten Bürger ein Tätigwerden innerhalb eines Jahres verlangt. Im Baunachbarrecht wird vielfach von einem Jahr seit Kenntnis des Berechtigten vom Bauvorhaben in seiner konkreten Gestalt ausgegangen. Auch im vorliegenden Fall waren bspw. 13 Monate Anlass genug, einmal über Verwirkung nachzudenken. Aber nochmals: Es kommt letztlich immer darauf an, was im Einzelfall angemessen erscheint.

2. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Dritten (sogen. *Umstandsmoment*) wird in aller Regel zu bejahen sein, wenn von ihm Vermögensdispositionen getätigt worden sind (BGH, NJW 1984, 1684). Dies wird im Baunachbarrecht fast immer der Fall sein, denn Bauen kostet Geld. Trotzdem muss eine Verwirkung die Ausnahme bleiben. Daher ist genau zu prüfen, ob der Bauherr sich zu seinen Aufwendungen gerade durch die Passivität des Nachbarn ermuntert fühlen durfte (*Kausalität*). Hieran fehlte es letztlich im vom OVG entschiedenen Fall.

Übrigens lassen sich die o.g. Verwirkungskriterien über das Baunachbarrecht hinaus für andere Bereiche des öffentlichen Rechts verallgemeinern. Beispielhaft sei die Verwirkung des Klagerechts bei nicht fristgebundenen Klagen (im Examen besonders häufig: bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO) genannt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verwirkung nachbarrechtlicher Abwehransprüche: *BVerwG*, NVwZ 1991, 1182; *OVG NRW*, BauR 2002, 295; NWVBl 2000, 128; OVG MV, NVwZ-RR 2003, 15

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Garagenterrasse"

Leitsätze:

1. Öffentlich-rechtliche Abwehrrechte eines Nachbarn können nicht allein durch Zeitablauf verwirkt werden (wie BVerwG, BRS 65 Nr. 195). Die Verwirkung setzt vielmehr eine das Vertrauen des Bauherrn darauf, der Nachbar werde sein Abwehrrecht nicht mehr geltend machen, begründende Untätigkeit sowie ein sich hierauf einstellendes Verhalten des Bauherrn voraus.

2. Ist der Verlauf der richtigen Grenze in der Örtlichkeit unklar, fällt es in den Risikobereich des Eigentümers, wenn er seinem Bauvorhaben ohne vorherige amtliche Vermessung einen für ihn günstigen Verlauf der Grenze zu Grunde legt und infolgedessen die erforderlichen Grenzabstände nicht einhält. Der Nachbar handelt nicht treuwidrig, wenn

er in einer solchen Situation seine Rechte erst nach längerem Zeitablauf geltend macht.

Sachverhalt:
Der Kl. wandte sich etwa 13 Monate nach Rohbauabnahme und etwa 10 Monate nach Schlussabnahme an die Bauaufsichtsbehörde mit dem Begehren, gegen ein von seinem Nachbarn errichtetes Garagen- und Stallgebäude durch Erlass einer Abbruchverfügung einzuschreiten. Dem Nachbarn war zuvor eine Baugenehmigung erteilt worden; allerdings war der Grenzverlauf teilweise unklar, ohne dass eine amtliche Einmessung des Vorhabens stattgefunden hätte. Das tatsächlich errichtete Gebäude war um einen Meter länger als das genehmigte Vorhaben und hielt zur Grundstücksgrenze lediglich einen Abstand von etwa 2,50 m statt wie genehmigt von 3 m ein. Der beigel. Bauherr berief sich zur Rechtfertigung der Abstandflächenverletzung auf eine Erklärung des Kl. von 1958 und rügte, dass dieser sein Abwehrrecht verwirkt habe.
Das VG verpflichtete die bekl. Behörde zum Einschreiten; der Antrag auf Zulassung der Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:
Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung des VG (Zulassungsgrund nach § 124 II Nr. 1 VwGO) bestehen auf Grund des Antragsvorbringens nicht.

A. Voraussetzungen für Abrissverfügung
Das VG hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass das betr. Gebäude formell und materiell illegal errichtet worden und nicht genehmigungsfähig ist.

I. Formelle Illegalität
Die erteilte Baugenehmigung war inhaltlich eindeutig und erlaubte die Errichtung eines Gebäudes in den Maßen 4,99 m x 5,99 m und in einem Grenzabstand von 3 m. Das tatsächlich errichtete Gebäude weist demgegenüber Maße von etwa 5 m x 7 m und einen Grenzabstand von 2,52 m auf und stellt damit ein Aliud dar, das weder von der erteilten Baugenehmigung gedeckt ist noch dem materiellen Bauordnungsrecht (§ 6 V 5 NWBauO) entspricht.
Die erteilte Baugenehmigung ist, wie das VG zutreffend ausgeführt hat, erloschen (§ 77 NWBauO), weil der Beigel. mit der Errichtung des genehmigten Bauwerks nicht begonnen, sondern ein anderes errichtet hat.

II. Materielle Illegalität
Das errichtete Gebäude ist wegen des Abstandflächenverstoßes ohne Mitwirkung des Kl. - etwa durch Erteilung einer Baulast - auch nicht genehmigungsfähig, so dass die von der Antragsbegründung aufgeworfene Frage der planungsrechtlichen Zulässigkeit offen bleiben kann. Auch auf die Frage einer Nichtigkeit der Baugenehmigung kommt es vor diesem Hintergrund entgegen der Rechtsansicht des Beigel. nicht an.

B. Anspruch des Kl. auf Einschreiten
Die Rüge des Beigel., der Kl. sei unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nach Treu und Glauben an einer Geltendmachung von Abwehrrechten gehindert, führt gleichfalls nicht zur Annahme ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils und damit zur Zulassung der Berufung.

I. Kein Verzicht
In diesem Zusammenhang verweist die Antragsbegründung auf eine vom Kl. am 14.4.1958 unterzeichnete "Bescheinigung", wonach der "Bauschuppen" des Rechtsvorgängers des Beigel. "in der jetzigen Lage 1 Meter von meiner Grenze entfernt stehen bleiben und beziehungsweise verlängert werden kann."
Die Annahme, diese Erklärung drücke ein Einverständnis auch mit dem streitbefangenen Bauvorhaben aus, ist abwegig. Es ist schon unzutreffend, dass sich die Erklärung, wie die Antragsbegründung ausdrücklich ausführt, überhaupt auf ein Stallgebäude erstreckt. Nach ihrem Wortlaut erstreckt sie sich auf einen Bauschuppen, also auf ein zur Lagerung von Baumaterialien und -geräten bestimmtes und nicht auf ein zur Tierhaltung genutztes und mit entsprechenden Emissionen verbundenes Gebäude; eine Baugenehmigung für ein auch als Stall nutzbares Gebäude wurde dem Vater des Beigel. erst im Juli 1964 erteilt. Schon deshalb kann von einem aktiven Verhalten des Kl. zur Billigung des streitbefangenen Vorhabens nicht die Rede sein, so dass es auf die vom VG zu Recht verneinte Frage nicht mehr ankommt, ob die - vor In-Kraft-Treten der NWBauO unterzeichnete - "Bescheinigung" auch die vierzig Jahre später erfolgte Verdoppelung der Grundfläche unter Nichteinhaltung der erforderlichen Abstandfläche noch umfasst.

II. Keine Verwirkung
Schließlich hat der Kl. sein nachbarliches Abwehrrecht nicht verwirkt, so dass eine Zulassung der Berufung auch unter diesem Aspekt ausscheidet. In Betracht kommt im Hinblick auf die formelle Illegalität des streitbefangenen Gebäudes lediglich die Verwirkung des materiell-rechtlichen Abwehrrechts. Allerdings können öffentlich-rechtliche Abwehrrechte eines Nachbarn nicht allein durch Zeitablauf verwirkt werden (BVerwG, BauR 2003, 1031 = BRS 65 Nr. 195).

1. Voraussetzungen
Voraussetzung für eine Verwirkung ist vielmehr nach der ständigen Rechtsprechung des Senats in Übereinstimmung mit der - allerdings zur Verwirkung bundesrechtlich geregelter Abwehrrechte ergangenen - Recht-

sprechung des BVerwG eine Untätigkeit des Nachbarn, die ein Vertrauen des Bauherrn darauf rechtfertigt, der Nachbar werde das ihm eigentlich zustehende Abwehrrecht nicht mehr geltend machen (Vertrauensgrundlage), sowie ein sich hierauf einstellendes Verhalten des Bauherrn (Vertrauenstatbestand). Für das Merkmal der Treuwidrigkeit, das für den Rechtsverlust durch Verwirkung konstitutiv ist, bedarf es also neben dem Zeitablauf einer kausalen Verknüpfung des Verhaltens des Nachbarn einerseits mit demjenigen des Bauherrn andererseits.

Wann eine Verwirkung in diesem Sinne anzunehmen ist, hängt maßgeblich von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab; die Verwirkung als Grundlage für einen Rechtsverlust des Nachbarn trotz fortdauernder Rechtswidrigkeit und ggf. beeinträchtigender Wirkung einer baulichen Anlage kann allerdings nur in Ausnahmefällen angenommen werden (OVG Münster, 20.3.1997 - 10 A 4965/96 - Einschreiten der Nachbarn erst 2 Jahre nach Rohbaufertigstellung bzw. 20 Monate nach Fertigstellung als Fall der Verwirkung; vgl. auch Hahn/Schulte, Öffentlich-rechtliches BaunachbarR, 1998, Rdnrn. 416 ff.).

2. Subsumtion

Danach war im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt des ersten anwaltlichen Schreibens von Seiten des Kl. eine Verwirkung des materiell-rechtlichen Abwehrrechts - noch - nicht eingetreten. Der Kl. hat sich etwa 10 Monate nach Schlussabnahme und etwas mehr als 13 Monate nach Rohbauabnahme erstmals gegen das Vorhaben gewandt. Eine treuwidrige Untätigkeit liegt darin im Hinblick auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht; auch ist nicht zu erkennen, dass sich der Beigel. infolge der Untätigkeit des Kl. darauf einstellen durfte, die nach Fertigstellung des Rohbaus oder gar die gegen Ende der Bauzeit noch ausstehenden Investitionen zu tätigen, ohne Widerstand des Kl. gewärtigen zu müssen. Denn der Kl. durfte zunächst davon ausgehen, dass der behördlich genehmigte Anbau die erforderlichen Grenzabstände einhalten würde, da der Anbau an das vorhandene Gebäude jedenfalls einen deutlichen Rücksprung gegenüber dem grenznah errichteten Garagen- und Stallgebäude aufwies.

Der Umstand, dass die unter dem 28.8.1998 erteilte Baugenehmigung tatsächlich einen - vom Beigel. nicht eingehaltenen - Grenzabstand des Bauvorhabens von 3 m vorsah, bestätigt diese Einschätzung. Umgekehrt musste dem Beigel. als Bauherrn klar sein, dass ein Zurückweichen des Neubaus gegenüber dem Altbestand um einen Meter zur Wahrung der Grenzabstände nicht ausreichen würde, da der Altbestand nach der Baugenehmigung vom 14.7.1964 nur einen Grenzabstand von 1,50 m aufwies.

Im Hinblick auf den unklaren Grenzverlauf war es vor diesem Hintergrund für den Kl. zunächst kaum erkennbar, dass die sich über neun Monate hinziehenden Bauarbeiten zu einem formell und materiell illegalen Baukörper führten, gegen den er als Nachbar einschreiten konnte. Infolgedessen liegt in seinem Zuwarten keine treuwidrige Untätigkeit, die Grundlage für eine Verwirkung hätte sein können.

Standort: Kommunalrecht — Problem: Anspruch auf Öffentlichkeit

VG GIEßEN, BESCHLUSS VOM 06.05.2005
8 G 1096/05 (NVwZ-RR 2006, 277)

Problemdarstellung:

Im Kommunalrecht ist seit langem streitig, ob ein einzelnes Mitglied der Vertretung (des Rates) einen einklagbaren Anspruch darauf hat, dass der Rat auf seinen Antrag über Ausschluss oder Zulassung der Öffentlichkeit beschließt.

Namentlich das OVG NRW bejaht einen solchen Anspruch, übrigens nicht nur für ein einzelnes Mitglied, sondern auch für eine Fraktion (vgl. Vertiefungshinweise). Das OVG meint, dass bei Zulassung der Öffentlichkeit andere Rechte und Pflichten für die einzelnen Mitglieder der Vertretung gelten (z.B. hinsichtlich ihrer Verschwiegenheitspflicht) als unter Ausschluss der Öffentlichkeit, und diese Berührung des eigenen Rechtskreises genüge, um einen Anspruch auf Entscheidung der Vertretung über einen Antrag auf Ausschluss oder Zulassung der Öffentlichkeit zu bejahen.

Das VG Gießen vertritt im vorliegenden Beschluss die Gegenauffassung. Die Kammer legt die streitentscheidende Norm - § 52 I 1 HessGO - dabei geradezu schulmäßig aus.

Das VG Gießen vertritt damit die wohl h.M. Es ist jedoch zu beachten, dass die einschlägigen Regelungen von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich sein können. Deshalb darf man die Ergebnisse nicht einfach übertragen. Für eine Examensklausur empfiehlt es sich, die einschlägige Rspr. zum eigenen Landesrecht zu kennen (vgl. Vertiefungshinweise) und möglicherweise unterschiedlich zu entscheiden. Da der vorliegende Beschluss des VG Gießen durch den VGH Kassel bestätigt wurde (VGH Kassel, Beschluss vom 10.5.2005 - 8 TG 1268/05) kann also für Hessen als gesicherte Erkenntnis gelten, dass einzelne Ratsmitglieder keinen Anspruch auf Herstellung oder Ausschluss der Öffentlichkeit haben, ohne dass dies für NRW entsprechend gelten muss.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem ist - wie auch hier geschehen - im Rahmen eines sogen. “Kommunalverfassungsstreits”

schon in der Zulässigkeit anzusprechen. Die Klagebefugnis analog § 42 II VwGO setzt nämlich die Möglichkeit einer Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte des Klägers voraus. Im Fall des Kommunalverfassungsstreits streiten Organe oder Organteile der selben Gemeinde untereinander (hier: Ratsmitglied und Rat). Ein subjektives Recht in diesem Innenverhältnis kann nur in Form einer sogen. "wehrfähigen Innenrechtsposition" bestehen, die voraussetzt, dass gerade dem klagenden Organ oder Organteil ein eigenes Recht zugewiesen wird. Wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit von Ratssitzungen dem einzelnen Ratsmitglied also kein subjektives Recht vermitteln, ist es insoweit schon nicht klagebefugt.

Über die Prüfungsrelevanz des Kommunalverfassungsstreitverfahrens hat die RA immer wieder berichtet (zuletzt RA 2004, 726 m.w.N.). Kenntnisse in diesem Bereich gehören zu den Grundlagen des Kommunalrechts und des Verwaltungsprozessrechts. Besonders empfohlen sei daher der Beitrag von *Franz*, Jura 2005, 156, der den Kommunalverfassungsstreit aktuell, übersichtlich und trotzdem umfassend behandelt.

Vertiefungshinweise:

❑ Anspruch auf Öffentlichkeit in Ratssitzungen: *OVG NRW*, RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281 (bejaht); *VGH BW*, NVwZ-RR 1992, 373; OVG Nds., Beschluss vom 1.2.1993 - 10 M 3762/92 (verneint); *Bauer/Krause*, JuS 1996, 512

❑ Zur Verletzung des Öffentlichkeitsprinzips: *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 724

❑ Wehrfähige Innenrechtsposition im Kommunalverfassungsstreit: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *VGH BW*, NVwZ-RR 1992, 373; *Franz*, Jura 2005, 156; *Ehlers*, JuS 1990, 105

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Rauchverbot"

❑ *Examenskurs* : "Unter den Wolken"

Leitsatz:

Die Regelung über die Öffentlichkeit von Sitzungen der Gemeindevertretung (hier: Hessische Regelung des § 52 I 1 HessGO) berechtigt nicht den einzelnen Gemeindevertreter, eine Verletzung dieser Vorschrift zu rügen.

Sachverhalt:

Der Ast. stellte beim VG den Antrag, es der Ag. einstweilen zu untersagen, den Tagesordnungspunkt 29 „Rückabwicklung von Zahlung im Rahmen von Kapitalanlagen und Darlehen über den Finanzmakler G - Vorlage 1340/2005" - in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln. Das VG lehnte den Antrag ab.

Aus den Gründen:

Der Antrag ist unzulässig.

A. Statthaftigkeit

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

Der Ast. erstrebt vorbeugenden Rechtsschutz. Es kann dahinstehen, ob er insofern überhaupt einen Anordnungsgrund geltend gemacht hat oder dieser nicht schon deswegen verneint werden muss, weil der Ast. nicht dargelegt hat, dass die Stadtverordneten in der Sitzung vom 12.5.2005 tatsächlich mit Mehrheit die nichtöffentliche Befassung des fraglichen Tagesordnungspunktes beschließen werden.

B. Antragsbefugnis

Auf jeden Fall kann eine einstweilige Anordnung nicht ergehen, weil der Antrag nicht auf die Sicherung eigener Rechte des Ast. gerichtet.ist. Insoweit mangelt es an einer Antragsbefugnis.

I. § 42 II VwGO analog im Kommunalverfassungsstreit

Nach § 42 II VwGO analog ist ein Antrag nur zulässig, wenn der Ast. geltend macht, in seinen Rechten verletzt zu sein. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift ist hier geboten und kann nicht deswegen außer Betracht bleiben, weil es sich vorliegend um einen so genannten Kommunalverfassungsstreit handelt (vgl. dazu OVG Bautzen, LKV 1997, 229 = DVBI 1997, 1287f.). Auch im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreits kann nicht eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle im Wege einer so genannten Popularklage begehrt werden, vielmehr bedarf es für den Erfolg einer Klage oder eines Eilverfahrens der Verletzung eigener, dem Organ(-teil) zustehender Rechte. Der Ast. kann sich hier eines solchen Rechts nicht berühmen.

Der Verwaltungsprozess dient primär dem Schutz subjektiver Rechte, wie beispielhaft die auf eine subjektive Rechtsverletzung abstellenden Vorschriften zeigen, nämlich § 42 II VwGO und § 113 I, V VwGO, der die Begründetheit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen regelt. Auch im Rahmen eines kommunalen Verfassungsstreites, bei dem sich - wie im Streitfall - Mitglieder eines Organs gegen das Organ als Ganzes

wenden und über das Bestehen von innerorganschaftlichen Rechten streiten, ist der Rechtsschutz des Organmitglieds subjektiv-rechtlich begrenzt (vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 1989,470; DVBl 1994, 866 f.; OVG Bautzen, DVBl 1997, 1287 f.; Schnapp, VerwArch 78 [1987], 414). Die Anerkennung subjektiver Rechte ist nämlich nicht auf das Verhältnis Staat - Bürger (Außenrechtsverhältnis) beschränkt, sondern durchaus im organisationsinternen (Innen-)Rechtskreis möglich (vgl. z.B. Hufen, VerwaltungsprozessR, 5. Aufl. [2003], §§ 21, 20; Schnapp, VerwArch 78, 414 [416]; Schröder, NVwZ 1985, 246). Für den staatlichen Binnenbereich, namentlich die Kommunalverfassung, ist daher anerkannt, dass die intrapersonalen Rechtsbeziehungen einer Subjektivierung zugänglich sein können (vgl. Schenke, VerwaltungsprozessR, 7. Aufl. [2000], Rdnr. 228; Herbert, DÖV 1994, 108 ff.).

II. Wehrfähige Innenrechtsposition

Da Organe bzw. Organteile Befugnisse im öffentlichen Interesse wahrnehmen, ist ein solches eigenes Recht gegeben, wenn eine objektive Rechtsposition dem Organ(-teil) zur eigenständigen Wahrnehmung auch gegenüber anderen Gliederungen der Verwaltung übertragen ist (OVG Münster, NVwZ 2003, 494; NVwZ-RR 2002, 135; OVG Bautzen, LKV 1997, 229). Ob eine wehrfähige Innenposition eingeräumt ist, lässt sich nur durch Auslegung der jeweils maßgeblichen innerorganisatorischen Bestimmung ermitteln (vgl. OVG Münster, NVwZ 2003, 494; NVwZ-RR 2002, 135).

III. Subsumtion

Hier kann der einschlägigen Vorschrift des § 52 I 1 HessGO ein entsprechendes innerorganisatorisches subjektives öffentliches Recht des Gemeindevertreters nicht entnommen werden, die Öffentlichkeit einer Sitzung rechtlich zu bewirken.

1. Wortlaut

Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut dieser Norm. Danach gilt: "Die Gemeindevertretung fasst ihre Beschlüsse in öffentlichen Sitzungen." Diese gesetzgeberische Formulierung enthält keinen Hinweis auf eine eigene Berechtigung des einzelnen Gemeindevertreters, die Öffentlichkeit einer Sitzung verlangen zu können oder auf einen insoweit gesetzlich verliehenen, geschützten Status. Als Subjekt des Satzes wird lediglich die Gemeindevertretung in ihrer Gesamtheit erwähnt. Eine eigene Mitwirkungsposition des Gemeindevertreters ist auch den Regelungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit nicht zu entnehmen. Weder § 52 I 1 HessGO noch dessen Satz 2 nennen den Gemeindevertreter oder weisen ihm ein irgendwie auf Herstellung von Öffentlichkeit geartetes Mitwirkungsrecht oder eine in Bezug auf die Verwirklichung von Öffentlichkeit gerichtete Funktion zu.

2. Teleologie

Auch die ratio legis dieser Norm lässt solche Organrechte des einzelnen Gemeindevertreters nicht erkennen. Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Regelung bestehen darin, durch Sitzungsöffentlichkeit das Interesse der Bürgerschaft an der Selbstverwaltung zu wecken und zu unterhalten sowie die Anteilnahme der Bevölkerung an der Arbeit der Vertretungskörperschaft zu fördern. Die interessierte Öffentlichkeit soll Gelegenheit erhalten, sich auf Grund der öffentlichen Beratungen in den Vertretungskörperschaften eine eigene Meinung bilden zu können. Darüber hinaus ermöglicht die Sitzungsöffentlichkeit allgemeine öffentliche Kontrolle (vgl. OVG Schleswig, NVwZ-RR 2003, 774; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; OVG Münster, NVwZ 1990; 186; OVG Lüneburg, NVwZ 1983, 484 f.).

Hat unter Zugrundelegung dieser Funktion § 52 I HessGO nicht den einzelnen Gemeindevertreter oder Stadtverordneten im Blick, sondern ist diese Norm nur auf die außerhalb der Gemeindevertretung stehende Öffentlichkeit gerichtet, wäre es hiermit unvereinbar, den einzelnen Gemeindevertreter als den vom Gesetzgeber Begünstigten zu verstehen (vgl. Schnapp, VerwArch 78, 414 [431]).

Soweit teilweise die Rechtsprechung für vergleichbare Ländervorschriften anderer Ansicht ist unter Hinweis darauf, die herausragende Bedeutung der Kontroll- und Legitimationsfunktion des Öffentlichkeitsgrundsatzes bewirke eine wechselbezügliche Subjektivierung der organschaftlichen Beziehungen zwischen Gemeindevertreter und Gemeindevertretung (vgl. OVG Münster, OVGE 35, 8 [12]; ähnlich NVwZ-RR 2002, 135 f.), vermag die beschließende Kammer dem nicht zu folgen. Denn dies hätte zur Konsequenz, dass bloße objektivrechtliche Grundsätze, ohne dass die maßgebliche Norm selbst hierfür ihrem Wortlaut nach Anhalt böte, zu einer subjektivrechtlichen Anreicherung führten. Damit wäre indes systemwidrig verwaltungsgerichtliche Kontrolle nicht mehr auf individuelle Rechtsverletzungen beschränkt (ebenso VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; a.A. OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 135 f., das davon ausgeht, eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes berühre das freie Mandat eines Gemeindevertreters).

3. Systematik

Etwas anders ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beschlüsse der Gemeindevertretung nichtig sind, wenn sie unzulässigerweise in nichtöffentlicher Sitzung getroffen wurden (vgl. OVG Schleswig, NVwZ-RR 2003, 774; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2001, 462; VG Dessau, LKV 1996, 71; Gramlich, DÖV 1982, 139 [148]). Dem einzelnen Gemeindevertreter steht nämlich auch kein Anspruch darauf zu, dass nur rechtmäßige Beschlüsse gefasst werden (vgl. OVG Münster, NVwZ 2003, 494; NVwZ 1998, 325f.; OVGE 27,

258 [262]; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; VG Kassel, HSGZ 1988, 129; Bauer/Krause, JuS 1996, 512 [514]; Schnapp, VerwArch 78, 414 [420]).

IV. Ergebnis

Im Ergebnis ist somit zu Recht davon auszugehen, dass die Verletzung der Vorschriften über die Tagung in öffentlicher Sitzung nicht von Gemeindevertretern mit Erfolg gerügt zu werden vermag (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 373; HSGZ 1990, 333f.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 1.2.1993 - 10 M 3762/92; Schnapp, VerwArch 78, 414 [432]; Bauer/Krause, JuS 1996, 512 [514]; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. [2003], § 42 Rdnr. 80; Hufen, a.a.O., §§ 21, 24).

Fehlt es mithin an der Antragsbefugnis, kann dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen § 52 I HessGO gebietet, den fraglichen Tagesordnungspunkt in der Sitzung der Stadtverordnetenversammlung vom 12.5.2005 öffentlich oder nichtöffentlich zu behandeln.

Standort: POR — Problem: Polizeifestigkeit einer Versammlung

OLG CELLE, BESCHLUSS VOM 23.6.2005
22 W 32/05 (NVwZ-RR 2006, 254)

Problemdarstellung:

Versammlungen sind nach der Rspr. "polizeifest". Damit ist gemeint, dass die Einschränkung von Versammlungen sich allein nach dem bundesrechtlichen Versammlungsgesetz richtet und dieses einen Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht der Länder verbietet. Wollen die Polizei- oder Ordnungskräfte also gegen einen oder mehrere Versammlungsteilnehmer eine landesrechtliche Standardmaßnahme (Platzverweis, Ingewahrsamnahme usw.) ergreifen oder gar nach der Generalklausel vorgehen, muss die Versammlung vorher aufgelöst werden. Infolge der Auflösung liegt dann keine Versammlung i.S.d. Versammlungsgesetzes mehr vor, dieses sperrt folglich das allgemeine Polizei- und ordnungsrecht nicht länger.

Im vorliegenden Fall ging es nun um die Frage, welche Anforderungen an die Bestimmtheit einer solchen Auflösungsverfügung zu stellen sind. Das OLG Celle meint, der Begriff "Auflösung" müsse nicht ausdrücklich fallen, wenn für den Versammlungsteilnehmer (Laien) auch so erkennbar sei, dass die Versammlung aufgelöst werden soll. Das Gericht meint aber explizit, dass jedenfalls eine konkludente Auflösung (z.B. durch Schlagstockeinsatz) zu unbestimmt und daher nicht möglich sei.

Am Rande führt das Gericht noch aus, dass die Behandlung des Betroffenen *während* des Gewahrsams in den Grenzen von Schikane und Diskriminierung für die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme selbst irrelevant sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der Polizeifestigkeit von Versammlungen kann von entscheidender Bedeutung für die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme sein. Wird ein einzelner Versammlungsteilnehmer - wie hier - in Gewahrsam genommen, wäre diese Maßnahme offensichtlich rechtswidrig, solange die Versammlung noch andauert, denn im VersG ist eine Ingewahrsamnahme Einzelner nicht vorgesehen und das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht wäre gesperrt. Deshalb muss zuvor eine (hinreichend bestimmte) Auflösungsverfügung ergangen sein.

In der Literatur (siehe Vertiefungshinweise) wird die Polizeifestigkeit von Versammlungen allerdings z.T. gänzlich geleugnet: Wenn im VersG keine Regelung enthalten sei, gelte das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht subsidiär, könne also ohne Weiteres angewendet werden. Hiergegen spricht aber die besondere Schutzwirkung des Art. 8 GG, welche der Tatsache Rechnung trägt, dass die Versammlungsfreiheit in einer Demokratie besonders wichtig ist und daher nur unter den besonders strengen Voraussetzungen (denen des VersG) eingeschränkt werden darf. Ein Rückgriff auf das liberalere allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht ist danach unzulässig.

Die Auflösung der Versammlung ist aber nicht die einzige Möglichkeit, dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht zur Anwendbarkeit zu verhelfen: Will man nicht gegen die ganze Versammlung, sondern nur gegen einen einzelnen Teilnehmer vorgehen, kann (und muss) man diesen zuvor nach § 18 III VersG aus der Versammlung ausschließen. Dieser Ausschluss unterwirft ihn - und nur ihn - dann dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht.

Dass die Ingewahrsamnahme im konkreten Fall von den ordentlichen Gerichten - AG, LG und schließlich OLG - überprüft wurde, ist übrigens § 19 III NdsSOG geschuldet, der für die Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung eine abdrängende Sonderzuweisung enthält (vgl. § 40 I 2 VwGO).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Bestimmtheit einer Auflösungsverfügung: *OVG Berlin*, NVwZ-RR 2003, 896

❑ Für die Zulässigkeit Polizeifestigkeit von Versammlungen: *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837, [839]; *Schmidbauer/Steiner/Roese*, BayPAG, 1999, Art. 16 Rdnr. 32

❑ Gegen die Polizeifestigkeit von Versammlungen: *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Versammlungsrecht, § 1 Rz. 170; *Kloepfer*, Handbuch des Staatsrechts VI, § 143 Rz. 59; *Höfing*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rz. 56

❑ Durchsetzung von Platzverweisen durch Ingewahrsamnahme: *BayObLG*, NVwZ 2000, 467; *VGH Mannheim*, NVwZ 2003, 115; *VG Frankfurt a. M.*, NVwZ-RR 2002, 575; NVwZ 1998, 770

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Rechtes Verhalten"

❑ *Examenskurs* : "Der anachronistische Zug"

❑ *Assessorkurs* : "Fieser Verein"

Leitsätze:

1. Eine polizeiliche Auflösungsverfügung muss eindeutig und unmissverständlich formuliert sein. Sie muss unabhängig vom konkreten Wortlaut der Anordnung deren Bedeutung und Tragweite deutlich erkennen lassen.

2. Die Rechtmäßigkeit eines polizeilichen Gewahrsams wird durch dessen konkrete Ausgestaltung nur in Frage gestellt, wenn schwerwiegende Verstöße gegen verfassungsrechtlich geschützte Grundwerte vorliegen. Bloße Beschwernisse und Unannehmlichkeiten reichen hierfür nicht aus.

Sachverhalt:

Der Betroffene nahm am 13.11.2001 anlässlich des Castor-Transports zusammen mit ca. 100 bis 200 Personen an einer "Sitzblockade" auf der L-Straße in La. im Landkreis L. teil, obwohl die Bezirksregierung Lü. mit einer Allgemeinverfügung ein Versammlungsverbot u.a. auch für diese L-Straße erlassen hatte. Die "Sitzblockade" begann gegen 15 Uhr, als der Castor-Zug seinen Zielbahnhof D. erreichte. Nachdem die Polizei davon Kenntnis erlangt hatte, wurden Polizeieinheiten in La. zusammengezogen. Um 16.02 Uhr wurde durch den vor Ort leitenden Polizeibeamten folgende Aufforderung über die Lautsprecheranlage des Befehlskraftwagens an die Blockierer gesprochen:

"Achtung, Achtung! Hier spricht die Polizei. Ich wende mich mit dieser Durchsage an die Personen, die auf der L-Straße am Ortausgang La. in Richtung G. auf der Straße sitzen. Ihr Verhalten ist rechtswidrig. Für diesen Bereich besteht ein Versammlungsverbot. Ich fordere Sie auf, die Straße innerhalb von fünf Minuten, ich wiederhole, innerhalb von fünf Minuten zu verlassen. Sollten Sie dieser Aufforderung nicht nachkommen, werde ich die Straße, auch unter Anwendung von Zwangsmitteln, bis hin zum Einsatz des Schlagstocks, räumen lassen. Dies ist die erste Aufforderung, es ist 16 Uhr und 2 Minuten."

Nach zwei weiteren gleichlautenden Aufforderungen um 16.07 Uhr und 16.35 Uhr begann die Polizei die Teilnehmer der "Sitzblockade", die sich ganz überwiegend nicht entfernt hatten, von der Straße zu bringen und in Gewahrsam zu nehmen, darunter auch den Betr. Dieser wurde um 18.11 Uhr in der Gefangenensammelstelle N. aufgenommen. Während des Aufnahmeverfahrens musste sich der Betr. nackt ausziehen, um dann körperlich - auch im Intimbereich - durchsucht zu werden. Bis zu seiner Entlassung am 14.11. um 7.30 Uhr - der Castor-Transport hatte das Zwischenlager G. um 7.09 Uhr erreicht - befand er sich in einer Gewahrsamsammelzelle. Der Betr. hat am 29.11.2001 die richterliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung nach § 19 NdsSOG beantragt.

Mit Beschluss vom 15.9.2004 hat das AG nach mündlicher Anhörung des Betr. seinen Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung und der Behandlung während der Freiheitsentziehung als unbegründet zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Betr. hatte im Wesentlichen Erfolg.

Die weitere Beschwerde des bekl. Landes hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Ingewahrsamnahme des Betr. war nicht rechtswidrig.

A. Polizeifestigkeit der Versammlung

Nach den insoweit ausreichenden Feststellungen der Kammer lagen die Voraussetzungen für eine Ingewahrsamnahme nach § 18 I Nr. 2 a NdsGefAG (jetzt NdsSOG) i.V. mit § 29 I Nr. 2 VersG und nach §§ 18 I Nr. 3, 17 NdsGefAG (jetzt NdsSOG) vor. Die Ingewahrsamnahme war unerlässlich, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit, nämlich einen Verstoß gegen das Versammlungsgesetz nach § 29 I Nr. 2 VersG, zu vermeiden und um einen polizeilichen Platzverweis nach § 17 NdsSOG durchzusetzen.

I. Notwendigkeit einer hinreichend bestimmten Auflösungsverfügung

Der Betr. kann sich nicht auf den Schutz des Versammlungsrechts nach Art. 8 GG berufen.

Entgegen der Auffassung der Kammer hat die Polizei mit der Durchsage des leitenden Polizeibeamten über die Lautsprecheranlage des Befehlskraftwagens an die Blockierer die - durch Allgemeinverfügung verbotene - Versammlung in Gestalt der "Sitzblockade" wirksam nach § 15 III VersG a.F. (jetzt § 15 IV VersG i.F. des Gesetzes vom 24.3.2005, BGBl I, 969) aufgelöst. Auflösung ist die Beendigung einer bereits durchgeführten Versammlung mit dem Ziel, die Personenansammlung zu zerstreuen.

Der Schutz der Versammlungsfreiheit erfordert, dass die Auflösungsverfügung eindeutig und nicht missverständlich formuliert ist und für die Betr. erkennbar

zum Ausdruck bringt, dass die Versammlung aufgelöst ist (BVerfG, NVwZ 2005, 80). Die Auflösung einer öffentlichen Versammlung kann danach nicht konkludent, etwa durch Bildung einer Polizeikette, Aufstellung von Absperrgittern oder den Einsatz polizeilicher Schlagwerkzeuge, verfügt werden (OVG Berlin, NVwZ-RR 2003, 896 m. w. Nachw.). Dies ist ihren einschneidenden Folgen geschuldet.
Die Auflösungsverfügung nimmt als gestaltender Verwaltungsakt der Versammlung den im Versammlungsgesetzt konkretisierten Schutz des Art. 8 GG und eröffnet die Möglichkeit, gegen die Teilnehmer mit polizeilichen Maßnahmen vorzugehen. Sobald die Auflösung erklärt ist, haben sich die Teilnehmer sofort zu entfernen (§§ 18 I, 13 II VersG); ordnungswidrig handelt, wer sich trotz Auflösung nicht unverzüglich entfernt (§ 29 I Nr. 2 VersG).

II. Subsumtion
Diesen Anforderungen wird die Durchsage der Polizei hier - noch - gerecht. Zwar ist nicht ausdrücklich von einer "Auflösung" der Versammlung die Rede, aus der Formulierung ergibt sich aber auch unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes mit der erforderlichen Eindeutigkeit der Wille der Polizei, die Auflösung der Versammlung zu verfügen.
So sind die Teilnehmer der Sitzblockade zunächst unter Bezugnahme auf das Versammlungsverbot auf die Rechtswidrigkeit ihres Tuns hingewiesen und erst dann aufgefordert worden, die Straße zu verlassen. Damit war für sie eindeutig erkennbar, dass sie sich zu entfernen hatten und den Schutz des Versammlungsrecht nicht für sich in Anspruch nehmen konnten. Sie wussten auch, dass sie für den Fall der Nichtbefolgung mit polizeilichen Maßnahmen zu rechnen hatten. Die Warnfunktion als eigentlicher Sinn und Zweck der Auflösungsverfügung war hier - auch durch die mehrmalige Wiederholung der Durchsage - unzweifelhaft erfüllt. Bei dieser eindeutigen und für jedermann erkennbaren Sachlage war eine den Gesetzwortlaut des § 15 IV VersG wörtlich wiedergebende Formulierung ("Auflösung") aus Sicht des Senats ausnahmsweise entbehrlich.
Nach alldem liegt dieser Fall auch anders als in den vom Senat bislang zur selben Fragestellung entschiedenen Verfahren (OLG Celle, NVwZ-RR 2005, 543), in denen es an jeglicher Ansprache der Teilnehmer der (verbotenen) Versammlung mangelte; er ist auch sonst nicht mit den von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer nur "konkludenten" Versammlungsauflösung erörterten Sachverhalten vergleichbar (dazu im Einzelnen OVG Berlin, NVwZ-RR 2003, 896). Entgegen der Auffassung der Kammer handelte es sich bei der Durchsage auch nicht nur um einen Platzverweis nach § 17 NdsSOG. Zwar stellt die Aufforderung, die Straße zu räumen, einen Platzverweis im Sinne des Polizeirechts dar; dieser Aufforderung vorangeschickt war aber der Hinweis, dass das Verhalten der Teilnehmer der "Sitzblockade" wegen des Versammlungsverbotes rechtswidrig war. Damit lag - wie ausgeführt - insgesamt eine wirksame Auflösungsverfügung vor.

B. Behandlung während des Gewahrsams
Weitere Umstände, die eine Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme begründen könnten, liegen nicht vor.

I. Grundsätzliche Irrelevanz für Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme
Die Behandlung während des polizeilichen Gewahrsams und die Art und Weise der Unterbringung sind für die Frage der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme nach § 18 NdsSOG grundsätzlich unbeachtlich. Es kann nicht Aufgabe der ordentliche Gerichte sein, jeden einzelnen mit der Freiheitsentziehung im Zusammenhang stehenden Umstand auf seine Rechtmäßigkeit oder gar auf seine Vereinbarkeit mit Verwaltungsvorschriften wie der Polizeigewahrsamsordnung (Runderlass des Ministeriums vom 2.7. 2001, NdsMBl S. 622) hin zu überprüfen. § 19 NdsSOG ist eine Ausnahmevorschrift und beschränkt die nachträgliche gerichtliche Überprüfung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung als solcher (dazu Saiper, NdsSOG, § 19 Rdnrn. 1 ff.).

II. Ausnahme: Diskriminierung/Schikane
Die Umstände der Unterbringung können allerdings dann Bedeutung für die Frage der Rechtmäßigkeit des polizeilichen Gewahrsams gewinnen, wenn auf Grund einer Gesamtschau aller Umstände so schwerwiegende Verstöße gegen verfassungsrechtlich geschützte Grundwerte vorliegen, dass die Freiheitsentziehung trotz Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen des § 18 NdsSOG unverhältnismäßig erscheint. Bloße Beschwernisse und Unbequemlichkeiten stellen die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme indes nicht in Frage (dazu OLG Celle, NdsRpfl 2004, 348).
Anlass zu Überlegungen in diese Richtung könnte hier die vom Betr. als schikanös empfundene körperliche Durchsuchung sein, die auch dem Senat nach den Feststellungen der Kammer rechtlich fragwürdig erscheint. Anders als die Kammer ist der Senat aber der Auffassung, dass diese einzelne Maßnahme nicht die Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme insgesamt begründet. Vielmehr handelt es sich um eine von der Frage der Freiheitsentziehung rechtlich trennbare, auf einer besonderen, eigenen Ermächtigungsgrundlage (§ 22 NdsSOG) ergangene polizeiliche Maßnahme, die als eigenständiger Verwaltungsakt vom Betr. gesondert angefochten werden kann (§§ 40, 113 VwGO).
Die vom Betr. gerügte Art und Weise seiner Unterbringung begründet auch bei der gebotenen Gesamt-

würdigung keine Rechtswidrigkeit des polizeilichen Gewahrsams. Schwerwiegende Verstöße gegen verfassungsrechtlich geschützte Grundwerte liegen insoweit nicht vor.

Die von ihm in seiner mündlichen Anhörung beschriebenen Umstände - zeitweise Überbelegung der Sammelzelle, unzureichende Belüftung und Versorgung mit Getränken, Dauerbeleuchtung und Reglementierung des Toilettengangs - stellen sich als bloße Beschwernisse und Unbequemlichkeiten dar, die von den untergebrachten Personen noch hinzunehmen waren. Dass die Polizei - wie es in den Ausführungen des Betr. mitschwingt - insgesamt bewusst schikanös verfahren sei, lässt sich bei objektiver Betrachtung der beschriebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der fragwürdigen körperlichen Durchsuchung nicht belegen.

Standort: POR Problem: Präventives Handeln nach StPO

BVERWG, URTEIL VOM 23.11.2005
6 C 2.05 (NJW 2006, 1225)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, wer für den Erlass einer Vorladung zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen gegen einen Beschuldigten nach § 81 b 2. Alt. StPO zuständig ist und auf welchem Rechtsweg eine solche zu überprüfen ist.

Während § 81 b *1. Alt.* StPO ausdrücklich "für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens" geschaffen ist, also repressive Zwecke verfolgt, sollen die "Zwecke des Erkennungsdienstes" nach § 81 b *2. Alt.* StPO präventiven Charakter haben, d.h. nicht der Überführung des Täters im konkreten Fall dienen, sondern diesen von der BEgehung weiterer Taten abhalten, weil er wissen muss, dass seine Daten bekannt sind, bzw. die Aufklärung später begangener Taten erleichtern. Dieser Unterschied spielt schon für den Rechtsweg eine entscheidende Rolle, denn nur für repressive Maßnahmen besteht nach § 23 EGGVG eine abdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten.

Das VG hatte dies in seiner Entscheidung jedoch verkannt und den Verwaltungsrechtsweg bejaht, obwohl es entgegen der o.g. h.M. von einer eher repressiven Bedeutung des § 81 b 2. Alt StPO ausging, den Rechtsstreit also konsequenterweise an die ordentlichen Gerichte hätte verweisen müssen, §§ 173 VwGO i.V.m. 17 II GVG. Dies war für das im Wege der Sprungrevision nach § 134 VwGO mit dem Fall befasste BVerwG ärgerlich, denn als Rechtsmittelgericht war ihm eine erneute Entscheidung über den Rechtsweg verwehrt, §§ 173 VwGO i.V.m. 17a V GVG. Deshalb stellt das BVerwG zunächst zähneknirschend fest, dass man sich nur mit dem Fall befassen müsse, weil das VG inkonsequent entschieden hat.

Sodann meint das BVerwG, dass in der StPO keine Regelung über die Zuständigkeit für die Vorladung zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen nach § 81 b 2. Alt. StPO geregelt sei. Wegen des präventiven Charakters der Vorschrift (das BVerwG spricht von "Strafverfolgungsvorsorge") könne insoweit aber auf das allgemeine Polizeirecht der Länder zurückgegriffen werden.

Dies sieht eine - vom BVerwG nicht erwähnte - Literaturmeinung anders, die unmittelbar aus § 81 b 2. Alt. StPO die Kompetenz zur Vorladung ableiten will, weil das mit der Vorladung verfügte Erscheinen des Beschuldigten der Abnahme von Fingerabdrücken und der Fertigung von Lichtbildern denknotwendig immanent sei (vgl. Möller/Wilhelm, POR, 5. Aufl. Rdnr. 301; Hansen, Eingriffsrecht NRW, 2002, Rdnr. 270).

Prüfungsrelevanz:

Im Examen besteht leicht die Gefahr, dass die verschiedenen Ermächtigungsgrundlagen für erkennungsdienstliche Maßnahmen durcheinander gebracht werden. Deshalb seien sie noch einmal wie folgt systematisiert:

1. § 81 b StPO findet Anwendung, wenn Lichtbilder und Fingerabdrücke von einem "Beschuldigten" verlangt werden. Die Norm verdrängt dann gem. Art. 31 GG die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts.

a. Werden sie im Rahmen eines laufenden Strafverfahrens erhoben, um eine vom Beschuldigten möglicherweise begangene Straftat aufzuklären, sind sie also repressiver Natur, ist § 81 b 1. Alt. StPO einschlägig. Rechtsschutz gegen solche Maßnahmen ist vor den ordentlichen Gerichten zu suchen, § 23 EGGVG.

b. Werden hingegen von einem Beschuldigten losgelöst vom laufenden Strafverfahren Lichtbilder oder Fingerabdrücke verlangt, ist diese Maßnahme präventiver Natur. Sie richtet sich nach § 81 b 2. Alt. StPO. Rechtsschutz gewähren die Verwaltungsgerichte über § 40 I 1 VwGO, § 23 EGGVG greift nicht ein.

2. Werden Lichtbilder und Fingerabdrücke von einer Person verlangt, die zu diesem Zeitpunkt nicht Beschuldigte in einem Strafverfahren ist, ist § 81 b StPO nicht anwendbar. Es handelt sich dann um eine Standardmaßnahme nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht der Länder (vgl. zB. § 14 PolG NRW). Rechtsschutz gewähren auch hier allein die Verwaltungsgerichte über § 40 I 1 VwGO, sofern nicht das jeweilige Landesrecht eine abdrängende Sonder-

zuweisung enthält. § 23 EGGVG greift jedenfalls nicht ein.

Die richtige Ermächtigungsgrundlage spielt also schon für die Rechtswegzuweisung eine Rolle und ist dort - mit der modifizierten Subjektstheorie in der "öffentlich-rechtlichen Streitigkeit" nach § 40 I 1 VwGO - schon zu prüfen.

Das BVerwG bestätigt auch in seinem Urteil die ganz h.M., wonach der Bund trotz des präventiven Charakters des § 81 b 2. Alt StPO die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72 II, 74 I Nr. 1 GG zusteht. Dieses Problem wäre in der Rechtmäßigkeitsprüfung unter "Ermächtigungsgrundlage" zu erörtern, denn hätte der Bund keine Gesetzgebungskompetenz, wäre § 81 b 2. Alt. StPO formell verfassungswidrig und damit unwirksam.

Vertiefungshinweis:

❑ Fingerabdrücke von Strafunmündigen: *OVG NRW*, NJW 1999, 2689

Leitsatz:

Die Zuständigkeit für polizeiliche Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge nach § 81 b 2. Alt. StPO beurteilt sich nicht nach der Strafprozessordnung, sondern nach den Polizeigesetzen der Länder.

Sachverhalt:

Der Polizeipräsident in Berlin (Landeskriminalamt - LKA) ermittelte gegen den Kläger wegen des Verdachts der Geldwäsche. Im Verlaufe dieses Ermittlungsverfahrens lud das LKA ihn mit Bescheid vom 23.9.2003 zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen vor. Die Vorladung wurde auf dem Formular "Pol 1019 Vorladung zur ED-Behandlung" des Polizeipräsidenten in Berlin, LKA 312, verfügt. Die beabsichtigten Maßnahmen wurden mit "Fingerabdruck" und "Lichtbilder" bezeichnet. Als Rechtsgrundlage wurde § 81 b StPO 2. Altern. angegeben. Die formularmäßig vorgesehene Rechtsbehelfsbelehrung sowie die Anordnung der sofortigen Vollziehung wegen besonderer Eilbedürftigkeit waren durchgestrichen. Ausweislich eines Aktenvermerks vom 2. Oktober 2003 sind diese Formulartextteile aus Versehen gestrichen worden.

Der gegen die Vorladung eingelegte Widerspruch blieb ohne Erfolg. Auf die daraufhin erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 27.10.2004 den Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 23.9.2003 in der Fassung des Widerspruchsbescheids aufgehoben und die Sprungrevision zugelassen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Bescheid fehle es an einer Rechtsgrundlage, weil § 81 b StPO nicht zum Erlass eines Verwaltungsakts i.S.v. § 35 VwVfG ermächtige. Die herrschende Meinung gehe davon aus, erkennungsdienstliche Maßnahmen auf der Grundlage des § 81 b StPO hätten präventiv-polizeilichen Charakter und seien dem materiellen Polizeirecht zuzuordnen. Dem stehe eine andere Ansicht gegenüber, welche die Maßnahmen dem Strafprozessrecht zuordne, weil eine enge Verknüpfung mit dem Strafverfahren bestehe. In der neueren Literatur werde die Meinung vertreten, die seitherige Auffassung zu § 81 b 2. Alt. StPO lasse sich spätestens seit Einführung des DNA Identitätsfeststellungsgesetzes nicht mehr aufrechterhalten. Dieser Ansicht sei nach Abwägung aller Argumente zu folgen. Die erkennungsdienstliche Behandlung zur Vorsorge für die künftige Strafverfolgung sei weder Gefahrenabwehr im engeren Sinn noch Strafverfolgung im engeren Sinn. § 81 b 2. Alt. StPO weise aber die größere Sachnähe zum Strafverfahren auf.

Die dagegen eingelegte Sprungrevision des Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Sprungrevision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das im zweiten Rechtszug zuständige Oberverwaltungsgericht. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht und beruht darauf (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig.

I. Verwaltungsrechtsweg

Dabei hat der Senat nicht zu prüfen, ob der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet ist.

1. Keine Kontrollmöglichkeit der Rechtsmittelinstanz

Bei Maßnahmen der Polizei kann es zwar im Einzelfall streitig sein, ob diese die Gefahrenabwehr (oder sonstige Polizeiaufgaben) betreffen und somit auf dem Verwaltungsrechtsweg überprüft werden können oder ob es sich ebenso wie bei den Strafverfolgungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft um Maßnahmen von Justizbehörden auf dem Gebiet der Strafrechtspflege handelt, gegen die Rechtsschutz nach § 23 EGGVG auf dem ordentlichen Rechtsweg gewährt wird (BVerwGE 47, 255). Das Verwaltungsgericht hat aber den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO für gegeben gehalten. An diese Entscheidung ist das Revisionsgericht nach § 17 a Abs. 5 GVG (i.V.m. § 173 VwGO) gebunden. Gemäß § 17 a Abs. 5 GVG prüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Zweck dieser Vorschrift ist, die Frage der Rechtswegzuständigkeit zu einem möglichst frühen Zeitpunkt des Verfahrens in der ersten Instanz abschließend zu klären und das weitere Verfahren nicht mehr mit dem Risiko eines später erkannten Mangels des gewählten

Rechtsweges zu belasten (vgl. BT-Drucks 11/7030 S. 36 f.).

2. Inkonsequente Entscheidung des VG

Über die Frage des zulässigen Rechtsweges hat das zuerst angegangene Gericht zu entscheiden und zwar durch Beschluss, wenn es den beschrittenen Rechtsweg für unzulässig hält (§ 17 a Abs. 2 GVG), wenn eine Partei die Zulässigkeit des Rechtsweges rügt (§ 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG) oder wenn es eine Vorabentscheidung für zweckmäßig hält (§ 17 a Abs. 3 Satz 1 GVG). Gegen diesen Beschluss ist als statthafter Rechtsbehelf die Beschwerde vorgesehen (§ 17 a Abs. 4 GVG). Nach der Gesetzessystematik soll die Frage der Rechtswegzuständigkeit abschließend geklärt sein, bevor eine Entscheidung in der Hauptsache ergeht. Wird wie hier die Zulässigkeit des Rechtsweges vor der Hauptsacheentscheidung des zuerst angegangenen Gerichts weder von diesem noch von den Parteien in Frage gestellt, soll die in der Sache ergangene Entscheidung nicht mehr mit der Begründung angefochten werden können, der Rechtsweg sei nicht gegeben. Das Rüge- und Beschwerderecht der Parteien garantiert ausreichenden Rechtsschutz auch hinsichtlich der Einhaltung des Rechtsweges. Zugleich rechtfertigt die Kontrollmöglichkeit des übergeordneten Gerichts im vorgezogenen Verfahren die Beschränkung der Prüfungskompetenz durch das Rechtsmittelgericht im Verfahren zur Hauptsache (vgl. BT-Drucks 11/7030 S. 38; BGHZ 114, 1 ; BGHZ 119, 246). Den Weg der Vorabentscheidung über den Rechtsweg durch Beschluss hätte das Verwaltungsgericht wählen können, um die von ihm für klärungsbedürftig gehaltene Frage, ob § 81 b 2. Alt. StPO "die größere Sachnähe zum Strafprozess" aufweist, im Instanzenzug prüfen zu lassen. Es hat dies aber nicht getan. Statt dessen hat es, ohne die durch seine Rechtsauffassung zumindest nahegelegte Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zu erörtern, den Verwaltungsrechtsweg im Rahmen der Urteilsgründe bejaht.

3. Trotzdem keine Kontrollmöglichkeit

Die Entscheidung des Gerichts erster Instanz, ob es, wenn es den beschrittenen Rechtsweg für gegeben hält und dessen Zulässigkeit von keiner Partei gerügt worden ist, gemäß § 17 a Abs. 3 Satz 1 GVG einen Beschluss über die Rechtswegzuständigkeit fasst, erfolgt nach pflichtgemäßem richterlichen Ermessen und unterliegt nicht der Rechtskontrolle durch das übergeordnete Gericht. Nachdem das Verwaltungsgericht die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges in der Entscheidung zur Hauptsache bejaht hat, ist die Frage der Rechtswegzuständigkeit einer Prüfung im Rechtsmittelverfahren auch unter dem Gesichtspunkt eines Ermessensmissbrauchs entzogen (BVerwG, BayVBl 1998, 603).

II. Statthafte Klageart

Der Senat gewährt danach Rechtsschutz in der nach der Verwaltungsgerichtsordnung gebotenen Weise. Auch insoweit ist die vom Verwaltungsgericht aufgeworfene Frage nach der prozessrechtlichen Einordnung von Maßnahmen nach § 81 b 2. Alt. StPO nicht entscheidungserheblich.

Selbst wenn nämlich das Verwaltungsgericht den Verwaltungsrechtsweg in irriger Weise bejaht hätte, müsste das zuständige Gericht die volle Rechtsschutzfunktion übernehmen, das einschlägige materielle Recht anwenden und, wenn ihm mehrere Klage- oder Verfahrensarten nach seiner Prozessordnung zur Verfügung stehen, in derjenigen Verfahrensart entscheiden, die am meisten dem Rechtsschutzbegehren des Klägers entspricht (BVerwGE 27, 170; BFH, RPfleger 1992, 82; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9.Aufl. 2004, Rn. 159; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2003, § 11 Rn. 98). Das ist hier, wie das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen hat, die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO).

B. Begründetheit

I. VA-Befugnis

Das Verwaltungsgericht hält die Klage für begründet, weil die angefochtene polizeiliche Verfügung "als Verwaltungsakt" erlassen worden sei, wohingegen § 81 b 2. Alt. StPO entgegen der bisher herrschenden Meinung nicht zum Erlass von Verwaltungsakten i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG, sondern von Maßnahmen auf dem Gebiet des Strafprozessrechts ermächtige.

Diese Erwägungen stehen mit Bundesrecht nicht in Einklang. Die handelnde Behörde kann festlegen, ob sie gegenüber dem Bürger eine verbindliche Regelung treffen will oder nicht und welchen Inhalt die Regelung gegebenenfalls hat. Der betreffende Regelungsgehalt ist, soweit erforderlich, in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. Die Behörde hat aber keine Deutungshoheit darüber, auf welchem Rechtsgebiet sie tätig wird. Dies ist keine Frage des Regelungsgehaltes der von ihr zu erlassenden Maßnahme, sondern eine solche des Rechtsweges, auf dem diese Maßnahme im Streitfall zu überprüfen ist.

II. Zuständigkeit

Da sich diese Frage, wie dargelegt, im derzeitigen Stadium des Verfahrens nicht mehr stellt, hängt der Ausgang des Rechtsstreits davon ab, ob die Beklagte nach der als Rechtsgrundlage der angefochtenen Verfügung allein in Betracht kommenden Vorschrift des § 81 b 2 Alt. StPO berechtigt war, den Kläger zur Durchführung der beabsichtigten erkennungsdienstlichen Maßnahmen vorzuladen. Diese Prüfung hat das Verwaltungsgericht nicht vorgenommen. Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, kann sie im

Revisionsverfahren nicht mit einem abschließenden Ergebnis zugunsten des Klägers (§ 144 Abs. 4 VwGO) oder zu seinen Lasten nachgeholt werden, denn der entscheidungserhebliche Sachverhalt ist bislang nicht ausreichend geklärt.

1. Vorsorgender Charakter des § 81 b 2. Alt StPO

[…] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden erkennungsdienstliche Unterlagen nach § 81 b 2. Alt. StPO nicht für Zwecke eines gegen den Betroffenen gerichteten oder irgendeines anderen konkreten Strafverfahrens erhoben. Ihre Anfertigung, Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung in kriminalpolizeilichen Sammlungen dienen nach ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung vielmehr ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren der vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung von Straftaten durch § 163 StPO zugewiesen sind (vgl. Urteil vom 19. Oktober 1982 BVerwG 1 C 29.79 BVerwGE 66, 192; Beschluss vom 12. Juli 1989 1 B 85.89 DÖV 1990, 117). Es handelt sich mithin bei § 81 b 2. Alt. StPO nicht um eine Regelung im Bereich der Strafverfolgung, sondern um die Ermächtigung zu Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge (vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 30). Während § 81 b 1. Alt. StPO mit der ausdrücklichen Benennung der tatbestandlichen Voraussetzung "für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens" der Strafverfolgung dient, soll die Ermächtigung in § 81 b 2. Alt. StPO der zukünftigen Durchführung der Strafverfolgung in Bezug auf mögliche spätere oder später bekannt werdende Straftaten zugute kommen.

2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten ist unmittelbar der Befugnis für die konkurrierende Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu entnehmen, denn die dortige Zuständigkeitsbeschreibung für "das Strafrecht und den Strafvollzug" sowie das "gerichtliche Verfahren" enthält keine Einschränkung dahin, dass Maßnahmen, die sich auf zukünftige Strafverfahren beziehen, von der Zuweisung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nicht erfasst sein sollen (vgl. BVerfG, NJW 2005, 2603; BVerfGE 103, 21).

3. Keine Regelung in der StPO über Zuständigkeit für Vorbeugung von Straftaten

Die Strafprozessordnung bestimmt abgesehen von der ausnahmsweisen Zuständigkeit der Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft für Maßnahmen nach § 81 g StPO (DNA Identitätsfeststellung) und von der Bezugnahme auf das Landespolizeirecht in § 484 Abs. 4 StPO eine Zuständigkeit der Behörden und Beamten des Polizeidienstes lediglich für die Strafverfolgung (§§, 158, 160, 161, 163 StPO), enthält aber keine Regelung über die Zuständigkeit für Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge nach § 81 b 2. Alt. StPO.

4. Rückgriff auf allgemeines Polizeirecht der Länder

Daher beurteilt sich die Zuständigkeit des Polizeipräsidenten für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen nach Berliner Landesrecht. Das angefochtene Urteil enthält dazu keine Ausführungen. Deshalb ist der Senat nicht gehindert, die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften selbst anzuwenden und auszulegen (BVerwGE 39, 329). Die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten obliegt nach § 1 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 ASOG Bln der Polizei als Verwaltungsaufgabe, und Polizei im Sinne dieses Gesetzes ist nach § 5 Abs. 1 ASOG Bln der Polizeipräsident.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Beschuldigter

Der Polizeipräsident hat den Kläger zu Recht als Beschuldigten i.S. v. § 81 b 2. Alt. StPO angesehen, denn gegen ihn wurde wegen Geldwäsche (§ 261 StGB) ermittelt. Der Kläger hat im Revisionsverfahren vorgetragen, dass er wegen dieses Delikts erstinstanzlich verurteilt worden ist und gegen seine Verurteilung Berufung eingelegt hat. Aus dieser Entwicklung lässt sich kein Einwand gegen die Rechtmäßigkeit der getroffenen Anordnung herleiten, weil ein unmittelbarer Zweckzusammenhang zwischen der Beschuldigteneigenschaft des Betroffenen und den gesetzlichen Zielen der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81 b 2. Alt. StPO nicht besteht. Dass eine erkennungsdienstliche Behandlung nach dieser Vorschrift nur gegen einen Beschuldigten angeordnet werden darf, besagt lediglich, dass die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nicht an beliebige Tatsachen anknüpfen und zu einem beliebigen Zeitpunkt ergehen kann, sondern dass sie aus einem konkret gegen den Betroffenen als Beschuldigten geführten Strafverfahren hervorgehen und jedenfalls auch aus den Ergebnissen dieses Verfahrens die gesetzlich geforderte Notwendigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung herleiten muss. Der spätere Wegfall der Beschuldigteneigenschaft infolge der Beendigung des Strafverfahrens durch Einstellung, Verurteilung oder Freispruch lässt daher die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen unberührt (BVerwG, Buchholz 306 § 81 b StPO Nr. 1).

2. Lichtbilder, Fingerabdrücke

Die gegen den Kläger angeordneten Maßnahmen sind ihrem Inhalt nach gemäß § 81 b 2. Alt. StPO zulässig, weil diese Vorschrift ausdrücklich zur Anfertigung

von Lichtbildern und zur Abnahme von Fingerabdrücken ermächtigt.

3. Notwendigkeit

Die darüber hinaus für die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen zu erfüllenden gesetzlichen Anforderungen können indes anhand der im erstinstanzlichen Urteil getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht überprüft werden. Das betrifft insbesondere die Frage, ob die angeordneten Maßnahmen notwendig sind. Die erkennungsdienstliche Behandlung nach § 81 b 2. Alt. StPO soll, wie erwähnt, vorsorgend sächliche Hilfsmittel für die Erforschung und Aufklärung von Straftaten bereitstellen. Dementsprechend bemisst sich ihre Notwendigkeit danach, ob der Sachverhalt, der anlässlich des gegen den Betroffenen gerichteten Strafverfahrens festgestellt wurde, nach kriminalistischer Erfahrung angesichts aller Umstände des Einzelfalles Anhaltspunkte für die Annahme bietet, dass der Betroffene in den Kreis Verdächtiger einer noch aufzuklärenden anderen strafbaren Handlung einbezogen werden könnte und dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen den Betroffenen letztlich überführend oder entlastend fördern könnten (BVerwGE 66, 192). Ob die hier umstrittenen erkennungsdienstlichen Maßnahmen in diesem Sinne notwendig sind und ob sie darüber hinaus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen, lässt sich auf der Grundlage der vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen nicht beurteilen.

C. Entscheidung

Das angefochtene Urteil ist somit wegen Verletzung von Bundesrecht aufzuheben. Mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen ist es dem Senat nicht möglich, in der Sache selbst zu entscheiden (§ 144 Abs. 3 Nr. 1 VwGO); diese ist vielmehr zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO). Der Senat macht von dem ihm im Falle einer Sprungrevision in § 144 Abs. 5 Satz 1 VwGO eingeräumten Ermessen Gebrauch und verweist die Sache an das im zweiten Rechtszug zuständige Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zurück, weil dies einen Zeitgewinn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens verspricht.

Zivilrecht

Standort: Schuldrecht AT Problem: Rücktritt und Erfüllungsverlangen

BGH, URTEIL VOM 20.01.2006
V ZR 124/05 (NJW 2006, 1198)

Problemdarstellung:

Der Bekl. war in diesem Fall aufgrund des mit der Kl. geschlossenen Grundstückskaufvertrags verpflichtet, dieser lastenfreies Grundstückseigentum zu übertragen. Als die Löschungsunterlagen für die noch bestehenden Grundpfandrechte nicht rechtzeitig vorlagen, setzte die Kl. dem Bekl. eine Nachfrist von 10 Tagen und erhob nach fruchtlosem Fristablauf zunächst Klage auf Vertragserfüllung. Nachdem der Bekl. auf die Klagezustellung nicht reagiert hatte, erklärte die Kl. sodann den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte Ersatz der ihr zwecks Abschluss und Durchführung des Vertrages ent-standenen Aufwendungen i. H. v. ca. 17.000,- €.

Das BerGer. nahm an, der Rücktritt der Kl. vom Kaufvertrag sei nicht wirksam gewesen, obwohl nach fruchtlosem Ablauf der dem Bekl. gesetzten Nachfrist die Voraussetzungen des § 323 I BGB an und für sich vorlagen. Durch ihre nach Fristablauf erhobene und zunächst auf Vertragserfüllung gerichtete Klage habe die Kl. sich dann aber bindend entschieden, zunächst weiter am Vertrag festhalten zu wollen. Um danach doch noch zurücktreten zu können, hätte sie dem Bekl. zuvor erneut erfolglos eine Nachfrist setzen müssen. Der BGH erteilte in seiner vorliegenden Entscheidung dieser Rechtsauffassung eine klare Absage. Er verdeutlichte, dass der Gläubiger sein einmal nach § 323 I BGB begründetes Rücktrittsrecht nicht wieder verliert, wenn er zunächst doch noch einmal versucht, den vertragsbrüchigen Schuldner zu Erfüllung zu veranlassen. Nur in eng zu begrenzenden Ausnahmefällen kann die Rücktrittsausübung trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 323 I BGB als unzulässige Rechtsausübung gegen § 242 BGB verstoßen. Allein aufgrund eines Erfüllungsverlangens des Gläubigers nach Fristablauf ist dies jedoch nicht der Fall.

Prüfungsrelevanz:

Der Rücktrittsgrund des § 323 I BGB ist eine zentrale Vorschrift des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, die aufgrund der durch §§ 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB hergestellten Verknüpfung auch im kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht eine wichtige Rolle spielt. Dieses BGH-Urteil verdeutlicht, dass sie es dem Gläubiger möglichst einfach machen soll, gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner seine Rechte wahrzunehmen. Für den Schuldner, der seinen Leistungspflichten trotz nach wie vor bestehender Möglichkeit der Leistungserbringung nicht nachkommt, soll dagegen ein strenger Maßstab angelegt werden, indem nach einmal fruchtlos abgelaufener Nachfrist der zunächst weiter auf Vertragserfüllung pochende Gläubiger grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit behält, sich nunmehr für den Rücktritt (oder auch das Geltendmachen von Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB) zu entscheiden. Erst die Ausübung dieser Rechte durch den Gläubiger hat dann auch für ihn bindenden Charakter, vgl. insbes. § 281 IV BGB. Der BGH hat die Rechtsstellung des Gläubigers im Leistungsstörungsrecht durch dieses Urteil in begrüßenswerter Weise gestärkt.

Vertiefungshinweise:

❑ Nach erfolgloser Nachfrist keine Pflicht, verspätetes Angebot zur Nachbesserung anzunehmen: *BGH*, RA 2003, 370 = NJW 2003, 1526

❑ Zum Problem des Schadensersatzes (statt der Leistung) vor Fälligkeit der Leistung: *BGH*, RA 2003, 459 = NJW 2003, 1600

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das verschmähte Gefährt"

❑ *Assessorkurs:* "Spätes Kommen"

Leitsatz:

Ein einmal begründetes Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB geht nicht dadurch unter, dass der Gläubiger zunächst weiterhin Erfüllung verlangt.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von dem Bekl. zu 2 (im Folgenden: Bekl.) nach einem Rücktritt von einem Grundstückskaufvertrag Schadensersatz für Kosten, die ihr zur Durchführung des Vertrages entstanden sind. Die Parteien schlossen am 31.07.2003 einen notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag, in dem sich der Bekl. zur lastenfreien Übertragung des Grundstücks verpflichtete. Der Kaufpreis sollte bis zum 15.09.2003 nach Weisung des Notars gezahlt werden, wenn diesem u.a. bis zu diesem Tage die Löschungsunterlagen für die eingetragenen Grundpfandrechte vorlagen. Das

geschah nicht. Die Kl. setzte dem Bekl. mit anwaltlichem Schreiben vom 19.11.2003 eine Frist von zehn Tagen zur Vorlage der für die Löschung der Grundpfandrechte erforderlichen Unterlagen. Sie kündigte an, nach fruchtlosem Ablauf der Frist Klage auf Erfüllung und auf Ersatz des Verzugsschadens zu erheben. Der Bekl. ließ die Frist verstreichen. Mit der Ende Dezember 2003 zugestellten Klage hat die Kl. zunächst von dem Bekl. die Übereignung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangt. Der Bekl. hat auf die ihm zugestellte Klageschrift innerhalb der ihm von dem Gericht gesetzten Frist nicht erwidert. Mit anwaltlichem Schreiben vom 05.02.2004 erklärte die Kl., dass sie nicht mehr bereit sei, den Vertrag durchzuführen, und von dem Grundstückskaufvertrag zurücktrete. Mit Schreiben vom 06.02.2004 teilte die Grundschuldgläubigerin dem Notar mit, dass die Löschungsbewilligung dem Notar in den nächsten Tagen zugehen werde. Die Kl. hat im April 2004 ihre Klage umgestellt. Sie hat nunmehr Zahlung von 17.101,09 EUR nebst Zinsen für Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages verlangt. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 16.872,51 EUR nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision begehrt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts durch die Kl. infolge des fruchtlosen Ablaufs der Nachfrist für die Vorlage der zur lastenfreien Umschreibung erforderlichen Löschungsunterlagen zwar zunächst vorgelegen hätten; der mit Anwaltsschreiben vom 05.02.2004 erklärte Rücktritt sei aber dennoch unwirksam, weil die Kl. nach dem Ablauf der Frist ihr Wahlrecht im Sinne einer Forderung auf Vertragserfüllung ausgeübt habe. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und das Rücktrittsrecht gingen endgültig unter, wenn der Gläubiger nach Ablauf der Frist sein Wahlrecht für die Erfüllung ausübe. Der Gläubiger sei analog § 262 BGB an die getroffene Wahl gebunden. Er setze sich mit dem vorangegangen Erfüllungsverlangen in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise (§ 242 BGB) in Widerspruch, wenn er die Annahme der angebotenen Leistung ablehne. Der Gläubiger sei zwar schutzwürdig, wenn der Schuldner auch nach dem Erfüllungsverlangen nicht leiste. Er müsse dann aber ein zweites Mal eine angemessene Frist setzen, bevor er zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen könne.

B. Entscheidung des BGH in der Revision:
Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Rücktrittsvoraussetzungen gem. § 323 I BGB nach erfolglosem Fristablauf gegeben
Im Ausgangspunkt zutreffend hat das BerGer. die Voraussetzungen nach § 323 I BGB für die Entstehung eines Rechts der Kl. zum Rücktritt von dem Grundstückskaufvertrag bejaht. Der Bekl. hatte seine kaufvertragliche Verpflichtung nicht erfüllt, die Freistellung des Grundstücks von den in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Grundpfandrechten bis zu dem Zeitpunkt der Kaufpreisfälligkeit am 15.09.2003 zu ermöglichen, da er die für eine lastenfreie Umschreibung erforderlichen Löschungsunterlagen bis dahin nicht beigebracht hatte (vgl. dazu: Hagen/Bambring/Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 8. Aufl., Rz. 582). Die von der Kl. dem Bekl. mit dem anwaltlichen Schreiben vom 19.11.2003 gesetzte Frist von zehn Tagen war fruchtlos abgelaufen.

1. Ablehnungsandrohung nicht erforderlich
Damit war das gesetzliche Rücktrittsrecht aus § 323 I BGB entstanden. Dies setzt im Unterschied zu § 326 I BGB a.F., nach dem die Fristsetzung mit der Ankündigung einer Ablehnung der Leistung verbunden worden sein musste, nur noch voraus, dass der Schuldner eine nach dem Vertrag fällige Leistung innerhalb einer von dem Gläubiger nach dem Eintritt der Fälligkeit gesetzten angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung nicht erbracht hat.

2. Kein Problem der nachgeholten Leistung vor Zugang der Rücktrittserklärung
Dahinstehen kann, ob und unter welchen Voraussetzungen das gesetzliche Rücktrittsrecht erlischt, wenn der Schuldner zwar nach dem Ablauf der Nachfrist, aber noch vor der Erklärung des Rücktritts die geschuldete Leistung nachholt. Das war nicht der Fall. Das BerGer. hat festgestellt, dass der Bekl. bis zu dem Zugang der Rücktrittserklärung am 07.02.2004 die erforderliche Leistungshandlung nicht erbracht hatte, da die zur lastenfreien Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück erforderlichen Löschungsunterlagen dem Notar bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegen haben.

3. Kl. musste keine Rücksicht mehr auf Leistungsversprechen des Bekl. nehmen
Ebenfalls offen bleiben kann, ob ein Gläubiger, wenn er nach dem erfolglosen Ablauf einer von ihm gemäß § 323 I BGB gesetzten Frist den Schuldner auf Erfüllung verklagt und dieser daraufhin seine Leistung ankündigt, noch bis zum Ablauf der dafür erforderlichen Zeit warten muss, bevor er den Rücktritt erklären darf (so Münch.Komm.-BGB/Ernst, 4. Aufl., Bd. 2a, § 323 Rz. 156). Selbst wenn man eine solche Wartefrist for-

dert, bestand diese für die Kl. Anfang Februar 2004 nicht mehr. Der Gläubiger muss sich jedenfalls dann nicht mehr mit der Ausübung des Rücktrittsrechts zurückhalten, wenn nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist der Schuldner ihm bereits einmal zwar die baldige Leistung versprochen hat, aber auch diesem Versprechen nicht nachgekommen ist. So war es hier. Nach dem eigenen Vorbringen des Bekl. in seiner Berufungsbegründung hatte er vor Weihnachten 2003 der Klägerin die Übersendung der Löschungsbewilligungen für Anfang 2004 in Aussicht gestellt, was dann jedoch ebenfalls nicht erfolgte.

II. Kein Erlöschen des Rücktrittsrechts durch Leistungsverlangen nach Fristablauf

Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. ein Rücktrittsrecht der Kl. aus § 323 I BGB mit der Begründung verneint, dass das Verlangen des Gläubigers auf Erfüllung nach dem Ablauf einer gem. § 323 I BGB gesetzten Frist zur Leistung oder Nacherfüllung für diesen in dem Sinne bindend sei, dass damit das Rücktrittsrecht erlösche und erst nach einer erneuten fruchtlosen Fristsetzung wieder ausgeübt werden könne. Diese Ansicht wird zwar auch im Schrifttum vertreten (Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl., § 281 Rz. 15; Schwab, JR 2003, 133 [136]). Sie ist indes mit der gesetzlichen Regelung der Rechtsfolgen einer ergebnislosen Fristsetzung zur Nacherfüllung an den Schuldner nach § 281 I BGB und § 323 I BGB nicht zu vereinbaren. Die (weitere) Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs hebt auch dann, wenn sie im Wege einer Klage erfolgt, die Folgen der erfolglosen Fristsetzung gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner nicht auf. Der Gläubiger muss seine gesetzlichen Rechte gegenüber dem Schuldner nicht erst durch eine erneute Fristsetzung wieder begründen, sondern kann den Rücktritt erklären, wenn der Schuldner auch nach erneuter Leistungsanforderung durch die Klage nicht leistet (wie hier: Münch.Komm.-BGB/Ernst, § 323 Rz. 155, 156; Althammer, ZGS 2005, 375 [376]; zur Fristsetzung nach § 281 I BGB: Staudinger/Otto, BGB [2004], § 281 Rz. D 4).

1. Keine Anwendbarkeit der §§ 262 ff BGB auf Rechte des Gläubigers nach erfolgloser Nachfrist

Soweit das BerGer. eine Bindung an das Erfüllungsverlangen unter Bezugnahme auf die Vorschriften über die Wahlschuld (§§ 262 ff. BGB) zu begründen versucht, ist dies bereits im Ansatz fehlerhaft. Der fruchtlose Ablauf einer Nachfrist zur Leistung hat zur Folge, dass dem Gläubiger verschiedene Ansprüche und Rechte (auf Leistung, auf Schadensersatz statt der Leistung und zum Rücktritt) zustehen, unter denen er auswählen kann. Diese Rechte des Gläubigers beruhen - anders als bei der Wahlschuld nach § 262 BGB - nicht auf vertraglicher Vereinbarung, sondern sind Folge der gesetzlichen Anordnungen in §§ 281, 323 BGB für die Fälle mehrerer aufeinander folgender Vertragsverletzungen durch den Schuldner, der weder zu der vertraglich oder gesetzlich bestimmten Fälligkeit noch in der von dem Gläubiger gesetzten Nachfrist die von ihm geschuldete Leistung erbracht hat. Auf eine solche Befugnis des Gläubigers zur Auswahl (sog. elektive Konkurrenz), die dessen Rechte gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner erweitert (vgl. RGZ 108, 184 [187]), sind die dem Schutz des Schuldners dienenden Vorschriften über die Bindung des Gläubigers an die Wahl (§ 263 II BGB) und über den Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner nach fruchtloser Aufforderung an den Gläubiger zur Wahl (§ 264 II BGB) weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden (Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 262 Rz. 5 u. 11; Münch.Komm.-BGB/Krüger, 4. Aufl., Bd. 2a, § 262 Rz. 11 f.).

2. Für Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt Bindungswirkung gesetzlich geregelt: §§ 281 IV, 346 I BGB

Zu Recht macht die Revision auch geltend, dass eine solche Bindung an eine Wahl durch den Gläubiger nur für den Ausschluss des Anspruchs auf Erfüllung bestimmt ist, wenn der Gläubiger den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend macht (§ 281 IV BGB) oder sein gesetzliches Rücktrittsrecht aus § 323 I BGB ausübt, wodurch das Vertragsverhältnis nach § 346 I BGB umgestaltet wird. Für die weitere Verfolgung des Erfüllungsanspruchs nach dem Ablauf der Nachfrist ist Vergleichbares nicht angeordnet.

a. § 281 IV BGB erlaubt nur Umkehrschluss auf Bedeutung des Erfüllungsverlangens

Die Vorschrift des § 281 IV BGB kann auch nicht „reziprok“ angewendet werden, wenn der Gläubiger weiter Erfüllung begehrt (so indes Jauernig/Stadler, BGB, 11. Auflage, § 281 Rz. 15). Richtig ist vielmehr der aus § 281 IV BGB zu ziehende Umkehrschluss. Nur der Anspruch auf Erfüllung wird durch die Entscheidung des Gläubigers für einen der sekundären Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I BGB oder auf Rückabwicklung des Vertrages ausgeschlossen. Das Erfüllungsverlangen des Gläubigers lässt grundsätzlich dessen Befugnis unberührt, zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung überzugehen oder den Rücktritt zu erklären, selbst wenn es nach fruchtlosem Fristablauf nochmals geltend gemacht wird (Althammer, ZGS 2005, 375, 377).

b. Vertragliche Basis des Erfüllungsanspruches gegenüber gesetzlich geregelten Sekundäransprüchen

Der Anspruch auf Erfüllung beruht auf anderen Grundlagen und hat andere Voraussetzungen als die gesetzlichen Ansprüche aus Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Schuldner; die weitere Verfolgung des Erfüllungsanspruchs kann daher der Ausübung der

gesetzlichen Rechte auf Grund einer Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Schuldner nicht gleichgestellt werden (vgl. RGZ 102, 262 [264]). Das Recht des Gläubigers, Erfüllung zu verlangen, ergibt sich aus dem Vertrag selbst. Zur Ausübung dieses Rechts bedarf es keiner besonderen Erklärung des Gläubigers, und sein Bestehen schließt die sich aus dem fruchtlosen Ablauf einer Nachfrist ergebenden Möglichkeiten des Gläubigers nicht aus, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen oder von dem Vertrag zurückzutreten (vgl. RGZ 15, 66 [68]). Die Erhebung des Anspruchs auf Erfüllung ist weder als eine unabänderliche, rechtsgestaltende Willenserklärung noch als ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung oder auf das Rücktrittsrecht zu verstehen (RGZ 102, 262 [265]).

III. Rücktritt nach Erfüllungsverlangen keine unzulässige Rechtsausübung i. S. d. § 242 BGB

Rechtsfehlerhaft ist auch die Ansicht des BerGer., die Erklärung des Rücktritts sei eine mit Treu und Glauben nicht vereinbare, unzulässige Rechtsausübung, wenn der Gläubiger nach dem Ablauf einer Nachfrist zunächst eine Klage auf Leistung erhoben habe. Das ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Eine dahingehende Regelung ist im Gesetzgebungsverfahren zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verworfen worden. Der Entwurf vom Mai 2001 enthielt in den §§ 281 I, 323 I BGB (BT-Drucks. 14/6040) Bestimmungen, dass der Rücktritt durch den Gläubiger ausgeschlossen sein sollte, wenn der Schuldner wegen besonderer Umstände trotz der erfolglosen Fristsetzung nicht mit einem Rücktritt zu rechnen brauchte. Diese Vorschriften des Entwurfs sind jedoch nicht Gesetz geworden, sondern im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich abgelehnt worden. Im Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom Oktober 2001 (BT-Drucks. 14/7052, S. 185 und 192) ist das damit begründet worden, dass die einmalige fruchtlose Fristsetzung durch den Gläubiger ausreichen müsse, um zu dem Anspruch auf Schadensersatz überzugehen oder den Rücktritt zu erklären, wenn der Gläubiger die weitere Verfolgung des Erfüllungsanspruchs für nicht mehr zweckmäßig erachte. Der Schuldner könne und müsse sich nach dem Ablauf der von dem Gläubiger gesetzten Frist darauf einrichten, dass dieser Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder den Rücktritt erklären werde. Die Regelung solle insofern für den Gläubiger einfach zu handhaben und für den vertragsbrüchigen Schuldner streng sein. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Gläubiger im Einzelfall mit dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren sein kann, wenn etwa der Rücktritt zur Unzeit erklärt wird, kurze Zeit nachdem der Gläubiger erneut die Leistung angefordert hat (AnwK-BGB/Dauner-Lieb, § 323 Rz. 22; Münch.Komm.-BGB/Ernst, § 323 Rz. 155, 156). Das ist jedoch nach den getroffenen Feststellungen hier nicht der Fall, weil der Bekl. auch auf die erneute Leistungsaufforderung in der Klage über mehrere Wochen nicht geleistet und sich damit weiterhin vertragswidrig verhalten hat. Er musste deshalb damit rechnen, dass die Kl. von dem Vertrag zurücktreten und ihm gegenüber Ersatz für die Schäden aus ihren Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages verlangen wird.

IV. Aufhebung des Berufungsurteils und eigene Sachentscheidung

Das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Die Sache ist nach § 563 III ZPO zur Endentscheidung reif, da weitere Feststellungen zur Schadenshöhe nicht in Betracht kommen. Die Revision führt zur Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Die Kl. kann von dem Bekl. nach § 325 BGB i.V.m. §§ 280 I und III, 281, 284 BGB den Ersatz ihrer vergeblichen Aufwendungen zur Durchführung des Kaufvertrages verlangen. Solche hat sie wegen der Vergütung der Maklerin, der Kosten für die Eintragung eines Grundpfandrechts zur Kaufpreisfinanzierung, einer an den Fuhrunternehmer zu zahlenden Entschädigung für einen nicht durchgeführten Umzug sowie für die von den Kreditinstituten geltend gemachten Kosten für die geplante Finanzierung des Erwerbs dargelegt. Das Landgericht hat die geforderten Schadenspositionen in Höhe von insgesamt 16.872,51 EUR anhand der von der Kl. in dem Rechtsstreit vorgelegten Unterlagen zugesprochen. Weitere Feststellungen dazu kommen nicht mehr in Betracht, nachdem der Bekl. Einwendungen gegen diese Feststellungen des Landgerichts weder in der Berufungsbegründung noch in anderen in der Berufungsinstanz zu den Akten gereichten Schriftsätzen erhoben hat.

V. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 I, 97 I ZPO.

Standort: Kaufrecht Problem: Rügeobliegenheit des Käufers

BGH, URTEIL VOM 21.12.2005
VIII ZR 49/05 (NJW 2006, 1195)

Problemdarstellung:

Wieder einmal hatte der BGH eine gewährleistungsrechtliche Streitigkeit zwischen den Parteien eines Gebrauchtwagenkaufes zu entscheiden. Das streitgegenständliche Fahrzeug hatte hier einen Defekt des Katalysators und eine Beschädigung des Rahmenlängsträgers erlitten, beides verursacht durch ein Aufsetzen des PKW. Der Auffassung des BerGer., auf derartige Mängel, die durch äußere Einwirkungen auf die Kaufsache entstehen, die vor Gefahrübergang gem. § 446 BGB ebenso wie im Anschluss daran stattgefunden haben können, sei § 476 BGB nicht anwendbar, hatte der BGH zwischenzeitlich bereits in anderen Verfahren eine Absage erteilt (vgl. nachstehende Vertiefungshinweise).

Einen neuen Aspekt betrifft demgegenüber die Aussage, dass auch ein Käufer, der sich über den Grund für einen an der Kaufsache eingetretenen Defekt noch gar nicht klar ist, grundsätzlich zunächst dem Verkäufer die Gelegenheit geben muss, die Sache auf das Vorliegen eines Mangels zu untersuchen und nötigenfalls von sich aus die Nacherfüllung einzuleiten. Zudem kann der Käufer nicht aufgrund seiner Auffassung nach unverhältnismäßiger Kosten der Nacherfüllung direkt weitergehende Rechte wie etwa Kaufpreisminderung nach §§ 437 Nr. 2, 441 I, 323 I BGB geltend machen. Die Entscheidung, aufgrund derart hoher Kosten die Nacherfüllung gem. § 439 III BGB zu verweigern und so den Weg für weitergehende Gewährleistungsrechte frei zu machen (vgtl. § 440 S. 1 Fall 1 BGB), obliegt ebenfalls allein dem Verkäufer.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil des BGH, das im Ergebnis erneut einen Käufer, der aufgetretene Defekte an der Kaufsache voreilig selbst hat beseitigen lassen, leer ausgehen lässt, berührt zwei Themengebiete, die in der jüngsten Vergangenheit breiten Raum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eingenommen haben.

Einerseits behält der Senat seine Linie konsequent bei, derart voreiligen Käufern jegliche Ansprüche aufgrund des ohne zuvor erfolglos gesetzter Nacherfüllungsfrist beseitigten Mangels zu verweigern.

Andererseits bestätigt er sein verbraucherfreundliches Verständnis des § 476 BGB, den er auch und gerade im Falle solcher Mängel für anwendbar hält, die typischerweise jederzeit an einem gekauften Fahrzeug verursacht worden sein können. Die Grundzüge dieser aktuellen Rechtsprechung zu hochgradig praxisrelevanten Problemstellungen sind in jeder Phase der Examensvorbereitung unverzichtbares Wissen.

Vertiefungshinweise:

❑ Anwendbarkeit des § 476 BGB gerade auf Mängel, die typischerweise jederzeit auftreten können: *BGH*, RA 2005, 676 = NJW 2005, 3490

❑ Keine Kostenerstattung bei voreiliger Ersatzvornahme durch den Käufer: *BGH*, RA 2005, 262 = NJW 2005, 1348; *BGH*, RA 2005, 583 = ZGS 2005, 433; *LG Gießen*, RA 2004, 578 = NJW 2004, 2906

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"

❑ *Assessorkurs:* "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsätze:

1. Dass der Käufer eines Gebrauchtwagens nicht weiß, ob ein binnen sechs Monaten nach der Übergabe durch den Verkäufer aufgetretener Defekt des Fahrzeugs auf einen Sachmangel im Sinne des § 434 I 1 BGB zurückzuführen ist, entlastet ihn nicht von der Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, bevor er das Fahrzeug selbst reparieren lässt und wegen des Mangels die Minderung erklären oder einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend machen kann.

2. § 439 III BGB gewährt dem Verkäufer eine Einrede gegenüber der vom Käufer beanspruchten Art der Nacherfüllung, die der Verkäufer ausüben kann, aber nicht muss. Der Käufer kann deshalb nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten der Nacherfüllung sogleich die Minderung erklären, ohne dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben.

Sachverhalt:

Der Kl. kaufte am 23.09.2002 bei der Bekl., einer gewerblichen Autohändlerin, einen 1999 erstmals zugelassenen gebrauchten Pkw D., der ihm am 26.09.2002 übergeben wurde. In dem Kaufvertrag sind als Unfallschäden angegeben "Lack- + Blechschaden, Frzg. teilweise nachlackiert". Am 23.11.2002 suchte der Kl. nach Aufleuchten der Motor-Management-Kontrollleuchte während einer Fahrt auf der Autobahn in Höhe L. die nächstgelegene M.-Niederlassung auf. Dort wurde ein Defekt des Katalysators festgestellt, der auf ein Aufsetzen des Fahrzeugs zurückzuführen war. Für die Reparatur wurden dem Kl. von der Niederlassung 1.390,59 € in Rechnung gestellt. Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. zunächst Kosten für die Besei-

tigung eines nach seiner Behauptung durch das Aufsetzen des Fahrzeugs insgesamt verursachten Schadens in Höhe von 5.060,77 € nebst Zinsen geltend gemacht. Die Bekl. hat das Vorliegen von Mängeln im Zeitpunkt der Übergabe bestritten und beanstandet, dass ihr keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben worden sei. Nach Abweisung der Klage durch das Landgericht hat der Kl. mit seiner Berufung nur noch Zahlung von 2.246,38 € nebst Zinsen verlangt. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den Reparaturkosten für den Katalysator von 1.390,59 €, Kosten für eine Fahrzeugvermessung von 355,79 € und einem Minderungsbetrag von 500,- € für eine geringfügige Eindrückung am rechten Rahmenlängsträger. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein zweitinstanzliches Begehren weiter.

Aus den Gründen:
Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:
Gewährleistungsansprüchen des Kl. stehe entgegen, dass nicht vom Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 434 BGB) ausgegangen werden könne und die Beweislastumkehr des § 476 BGB nicht eingreife. Nach den Feststellungen des vom Landgericht beauftragten Sachverständigen seien die Beschädigungen am rechten Rahmenlängsträger sowie am rechten Katalysator durch einen Aufsetzvorgang verursacht worden, der im Laufe des weiteren Fahrbetriebes zur Verstopfung des Auspuffrohrs durch sich ablösende Teile geführt habe. Ob das Aufsetzen des Fahrzeugs vor oder während der Besitzzeit des Kl. erfolgt sei, habe der Sachverständige nicht beurteilen können, weshalb mangels Beweisangeboten des Kl. das Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht festzustellen sei. Auf die Vorschrift des § 476 BGB, nach der im Falle des Verbrauchsgüterkaufs bei Auftreten eines Sachmangels binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang in zeitlicher Hinsicht vermutet werde, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen habe, könne der Kl. sich nicht berufen. Sie komme nicht zur Anwendung bei Mängeln, bei denen das Auftreten innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang keinen hinreichenden Rückschluss auf das Vorliegen dieses Mangels bereits zur Zeit des Gefahrübergangs zulasse. Das sei anzunehmen, wenn der Mangel - wie hier - auf einer äußeren Einwirkung beruhe. Es bestehe kein Erfahrungssatz dahingehend, dass die Ursache für den Schaden vor der Übergabe der Kaufsache an den Käufer entstanden sei. Die Vermutung des § 476 BGB sei nur gerechtfertigt, wenn ein entsprechender Rückschluss auf das Vorliegen des später aufgetretenen Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit möglich sei.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des BerGer. scheitern Gewährleistungsansprüche des Klägers nach §§ 437, 434, 433 I 2 BGB nicht schon daran, dass er das Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, der Übergabe des Fahrzeugs (§ 446 S. 1 BGB), nicht bewiesen hat.

I. Eingedrückter Längsträger und defekter Katalysator Mängel i. S. d. § 434 I 1 BGB
Die Beschädigungen des Fahrzeugs am rechten Katalysator sowie am rechten Rahmenlängsträger stellen, soweit sie bereits bei Gefahrübergang vorhanden waren, einen Sachmangel des Fahrzeugs im Sinne des § 434 I 1 BGB dar. Nach dem Kaufvertrag sollte das Fahrzeug an Unfallschäden (nur) Lack- und Blechschäden erlitten haben und teilweise nachlackiert sein. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. wies es Ende November 2002 darüber hinaus gehende Beschädigungen des rechten Katalysators und des rechten Rahmenlängsträgers auf, die durch einen Aufsetzvorgang verursacht worden waren.

II. Anwendbarkeit des § 476 BGB
Da sich dieser Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe des Fahrzeugs am 29.09.2002 gezeigt hat, ist, anders als das BerGer. meint, gemäß § 476 BGB zu vermuten, dass das Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war.

1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs, § 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. Dass der Kl. das Fahrzeug zu einem Zweck erworben hat, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, hat auch die Bekl. im Laufe des Rechtsstreits nicht in Frage gestellt.

2. Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutungsregel des § 476 BGB
Nach § 476 BGB wird vermutet, dass ein Sachmangel, der sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigt, bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

a. Nicht Ursache der Sachmängel fraglich, sondern nur Zeitpunkt ihrer Verursachung
Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom

02.06.2004 - VIII ZR 329/03, BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299; Urteil vom 14.09.2005 - VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, unter B II 1 b bb (1)) begründet § 476 BGB eine (lediglich) in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass ein Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag; dem Käufer kommt die Beweislastumkehr grundsätzlich zugute, wenn das Vorliegen eines Sachmangels allein davon abhängt, ob eine Abweichung von der Sollbeschaffenheit, die sich innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe der Sache an den Käufer zeigt, bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. So liegt der Fall hier. Nach den Feststellungen des BerGer. sind die Beschädigungen des Fahrzeugs am Rahmenlängsträger und am Katalysator auf einen Aufsetzvorgang zurückzuführen. Die Ursache für den Schaden steht also (anders als in dem Fall, der dem Senatsurteil BGHZ 159, 215 zugrunde lag) fest. Für die Beantwortung der Frage, ob es sich dabei um einen Sachmangel im Sinne des § 434 I 1 BGB handelt, kommt es allein darauf an, ob sich der Aufsetzvorgang vor oder nach der Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger ereignet hat.

b. Beweislastumkehr nicht aufgrund Art des Mangels ausgeschlossen

Die Vermutung, dass die Beschädigungen schon bei der Übergabe des Fahrzeugs an den Kl. vorhanden waren, ist weder mit der Art der Sache noch mit der Art des Mangels unvereinbar. Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils bereits entschieden hat (Urteil vom 14.09.2005, aaO, unter B II 1 b cc (2)), wird die Vermutung des § 476 BGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass es sich um einen Mangel handelt, der typischerweise jederzeit eintreten kann und der für sich genommen keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf sein Vorliegen schon zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zulässt. Die gegenteilige Auffassung des BerGer. widerspricht dem in § 476 BGB normierten Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die mit ihr verbundene Einengung der Beweislastumkehr ließe die Vermutungsregelung gerade in den Fällen leer laufen, in denen der Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht zuverlässig festgestellt werden kann, und würde den mit der Regelung beabsichtigten Verbraucherschutz weitgehend aushöhlen. Die Vermutung, dass ein Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist nur 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 (Senatsurteil vom 14.09.2005, aaO, unter B II 1 b cc (2)). Um eine derartige Beschädigung handelt es sich nach den Feststellungen des BerGer. hier indessen nicht. Das Fahrzeug wies einen Schaden ausschließlich auf der Unterseite auf; dem Käufer musste deshalb das Schadensbild bei einer üblichen Besichtigung des auf dem Boden - nicht auf einer Hebebühne oder über einer Grube - stehenden Fahrzeugs nicht auffallen.

III. Urteil des BerGer. im Ergebnis trotzdem richtig

Das Berufungsurteil kann deshalb mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Die Entscheidung des BerGer. stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO). Dem Kl. steht ein auf Zahlung gerichteter Gewährleistungsanspruch gegenüber der Bekl. nicht zu, weil er ihr keine Gelegenheit gegeben hat, den Mangel des Fahrzeugs selbst zu beseitigen. Es kann offen bleiben, ob der Kl. wegen der Kosten für die Reparatur des Katalysators und für die Fahrzeugvermessung Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB verlangt oder ob er insoweit - wie auch wegen der Eindrückung am rechten Rahmenlängsträger - gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB die Minderung des Kaufpreises erklärt hat und Kaufpreisrückzahlung nach § 441 IV BGB fordert. Sowohl das Recht des Käufers, den Kaufpreis gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I und III, 281 BGB setzen - wenn nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände eingreift - voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat (Senatsurteile vom 23.02.2005 - VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348, unter II 1 a, zur Veröffentlichung in BGHZ 162, 219 bestimmt; vom 22.06.2005 - VIII ZR 1/05, ZGS 2005, 433, unter II 1; vom 07.12.2005 - VIII ZR 126/05, zur Veröffentlichung bestimmt, unter II 2). Das ist nach den Feststellungen des BerGer. nicht geschehen. Die Revision macht Gegenteiliges nicht geltend. Einer der Ausnahmetatbestände, in denen es nach den §§ 440, 281 II, 323 II BGB einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht bedarf, ist hier nicht gegeben.

1. Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht entbehrlich gem. §§ 281 II, 323 II Nr. 3 BGB

Gemäß §§ 281 II Halbsatz 2, 323 II Nr. 3 BGB ist eine Fristsetzung unter anderem dann entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs bzw. den sofortigen Rücktritt (gemäß § 441 I 1 BGB alternativ die sofortige Minderung) rechtfertigen. Solche Umstände ergeben sich weder aus den Feststellungen des BerGer. noch aus dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag des Klägers.

a. Nacherfüllungsfrist bezüglich des Katalysators

Soweit es um die Kosten für die Reparatur des Katalysators geht, hat der Kl. lediglich geltend gemacht, er habe im Zeitpunkt der Beauftragung der Werkstatt kei-

ne Kenntnis vom Vorliegen eines Sachmangels gehabt und er sei auf das Fahrzeug angewiesen gewesen. Beides entlastete ihn nicht von seiner Obliegenheit, der Bekl. Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben.

aa. Auch bei ungewisser Ursache für den Mangel Obliegenheit zur Kontaktaufnahme mit dem Verkäufer

Zwar kann ein plötzlich auftretender Defekt an einem Fahrzeug verschiedenste Ursachen haben und muss ein solcher auch, wenn das Fahrzeug erst zwei Monate zuvor erworben worden ist, nicht zwingend auf einen Sachmangel zurückzuführen sein, der dem Fahrzeug schon im Zeitpunkt der Übergabe anhaftete. Dennoch ist der Käufer gehalten, jedenfalls eine solche Möglichkeit in Betracht zu ziehen, wenn er etwaige Rechte gegenüber dem Verkäufer nicht verlieren will. Dass ihm wegen des Defekts Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer zustehen können, ist zumindest, wenn die Übergabe wie hier weniger als sechs Monate zurückliegt und dem Käufer deshalb die Vermutungsregelung des § 476 BGB zugute kommt, nicht so fern liegend, dass der Käufer damit nicht zu rechnen brauchte. Er kann deshalb nicht ohne Gefährdung seiner Rechte gegenüber dem Verkäufer sogleich eine Reparatur selbst vornehmen oder vornehmen lassen, wenn er nicht weiß, wodurch der Defekt verursacht worden ist. Vielmehr obliegt es ihm zur Erhaltung etwaiger Gewährleistungsansprüche auch in diesem Fall, zunächst dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Der grundsätzliche Vorrang der Nacherfüllung durch den Verkäufer soll diesen unter anderem in die Lage versetzen, eigene Feststellungen dazu zu treffen, ob die verkaufte Sache einen Mangel aufweist, auf welcher Ursache dieser beruht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat (Senatsurteil vom 23.02.2005, aaO, unter II 2 b bb (2)). Die Kosten eines dafür erforderlichen Transports des Fahrzeugs zum Verkäufer fallen nicht dem Käufer zur Last, sondern sind, wenn tatsächlich ein Mangel vorliegt, gemäß § 439 II BGB vom Verkäufer zu tragen.

bb. Möglichkeit des Kl., ein Ersatzfahrzeug anzumieten

Der Kl. hat nicht dargetan, dass oder aus welchen Gründen es ihm nicht möglich oder nicht zumutbar (§ 440 S. 1 BGB) war, der Bekl. Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Er hat zwar behauptet, er sei auf das Fahrzeug angewiesen gewesen. Aus dem vom Landgericht, auf dessen Feststellungen das BerGer. verweist, in Bezug genommenen Schreiben des Kl. vom 07.01.2003 ergibt sich jedoch, dass auch die M.-Niederlassung in L. den Katalysator nicht unmittelbar reparieren konnte und der Kl. deshalb zunächst seine Fahrt mit einem Mietwagen fortsetzte. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, warum er nicht, statt den Schaden durch die Niederlassung in L. sogleich beheben zu lassen, zunächst der Bekl. hätte Gelegenheit geben können, die Ursache festzustellen und den Mangel selbst zu beseitigen.

b. Fristsetzung bezüglich Fahrzeugvermessung und Längsträger

Soweit der Kl. Erstattung der Kosten einer Fahrzeugvermessung sowie Minderung wegen der Eindrückung am Rahmenlängsträger verlangt, macht er nach der Wiedergabe seines Sachvortrags im Berufungsurteil selbst nicht geltend, es lägen besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs bzw. die sofortige Minderung rechtfertigten. Darüber hinausgehenden Sachvortrag zeigt auch die Revision nicht auf.

2. Keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch die Bekl.

Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war weiter nicht deshalb entbehrlich, weil die Bekl. die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hätte (§ 281 II Halbsatz 1, § 323 II Nr. 1 BGB). Hinsichtlich der Reparatur des Katalysators hatte sie dazu keine Gelegenheit, weil der Kl. die Reparatur unmittelbar selbst in Auftrag gegeben hat. Hinsichtlich der Fahrzeugvermessung - unterstellt eine solche war oder ist zur endgültigen Behebung eines Sachmangels erforderlich - und der Beseitigung des Schadens am rechten Rahmenlängsträger könnte als konkludente Erfüllungsverweigerung allenfalls das Bestreiten eines Sachmangels durch die Bekl. in diesem Rechtsstreit in Betracht kommen. Der Kl. hat nicht vorgetragen, ob und gegebenenfalls wann er die Fahrzeugvermessung, für die er Kostenerstattung begehrt, tatsächlich vorgenommen hat. Sollte dies bereits vor Klageerhebung der Fall gewesen sein, scheidet eine Erfüllungsverweigerung durch das Verhalten der Bekl. im Prozess schon aus zeitlichen Gründen aus, weil ihr eine Nacherfüllung dann bereits zu Beginn des Verfahrens nicht mehr möglich war. Im Übrigen sind an die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen (Senatsurteil, BGHZ 104, 6 [13]; BGH, Urteil vom 15.12.1998 - X ZR 90/96, NJW-RR 1999, 560, unter II 1). Daran fehlt es hier. In dem Bestreiten von Mängeln liegt nicht ohne weiteres eine endgültige Nacherfüllungs-verweigerung; denn das Bestreiten ist prozessuales Recht des Schuldners. Vielmehr müssen zu dem bloßen Bestreiten weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte oder

werde umstimmen lassen (BGH, Urteil vom 12.01.1993 - X ZR 63/91, WM 1993, 623 = NJW-RR 1993, 882, unter II 3 a). Das ist nicht ersichtlich. Die Bekl. hat von Beginn des Rechtsstreits an stets auch gerügt, ihr sei keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden. Es erscheint deshalb zumindest möglich, dass sie bei einer an sie gerichteten Aufforderung des Kl. zur Nacherfüllung keinen Streit über das Vorliegen eines Sachmangels (mehr) geführt, sondern die Fahrzeugschäden beseitigt hätte.

3. Keine Entbehrlichkeit der Nachfrist gem. §§ 439 III, 440 S. 1 BGB

Zugunsten des Kl. kann schließlich auch keine Berücksichtigung finden, dass nach dem Ergebnis des vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachtens die Beseitigung des - geringfügigen - Schadens am rechten Rahmenlängsträger nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Das würde zwar möglicherweise die Bekl. dazu berechtigen, die Beseitigung des Mangels gemäß § 439 III 1 BGB zu verweigern, den Kl. aber nicht von der Notwendigkeit befreien, von der Bekl. gemäß § 439 I BGB Nacherfüllung in Form der Mangelbeseitigung oder in Form der Ersatzlieferung zu verlangen. Absatz III der Vorschrift gewährt dem Verkäufer eine Einrede gegenüber der vom Käufer beanspruchten Art der Nacherfüllung (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Dieses Recht kann der Verkäufer ausüben, er muss es aber nicht. Ihm soll durch die Ausgestaltung als Einrede vorbehalten bleiben, die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung auch mit überobligatorischen Anstrengungen vorzunehmen (Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rz. 39; Faust in: Bamberger/Roth, BGB, § 439 Rz. 35). Deshalb kann der Käufer nicht unter Hinweis auf § 439 III BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten der Nacherfüllung sogleich die Minderung des Kaufpreises erklären, ohne zuvor dem Verkäufer zumindest Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben.

Standort: Familienrecht Problem: Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche

BGH, URTEIL VOM 28.09.2005
XII ZR 189/02 (NJW 2006, 1268)

Problemdarstellung:

Obwohl die Parteien dieses Rechtsstreites bei sich abzeichnendem Scheitern ihrer Ehe durch Abschluss eines notariellen Ehevertrags scheinbar für klare Vermögensverhältnisse gesorgt hatten, stritten sie nun vor dem BGH über Ausgleichsansprüche infolge ihrer Trennung. Der klagende (Ex-) Ehemann war bereits vor Eheschließung als Arbeitnehmer im Unternehmen seiner beklagten ehemaligen Ehefrau tätig. Er setzte diese Arbeit auch noch einige Monate nach Abschluss des Ehevertrags vom 17.04.2000, in welchem die bis dato bestehende Zugewinngemeinschaft durch Gütertrennung abgelöst wurde, fort. Der Kl. hatte im Unternehmen die Position eines Geschäftsführers inne, zum Schutze vor dem Zugriff seiner zahlreichen Gläubiger bestand aber nur ein Arbeitsvertrag als Lagerarbeiter für monatlich 1.800,- DM brutto. Nachdem er dieses Arbeitsverhältnis aufgekündigt hatte, verlangte er von seiner (Ex-) Ehefrau einen Ausgleich in Höhe des hälftigen Unternehmenswertes.

Die Bekl. berief sich auf den geschlossenen Ehevertrag, in welchem sämtliche Zugewinnausgleichsansprüche zwischen den Parteien ausgeschlossen waren. Sollte dem Kl. aus Gesellschaftsrecht ein Anspruch zustehen, so sei dieser aufgrund der entsprechenden Vereinbarung ebenfalls ausgeschlossen. Nachdem die Bekl. sich mit dieser Auffassung in den beiden ersten Instanzen durchsetzen konnte, erreichte der Kl. mit seiner erst über die Nichtzulassungsbeschwerde erzwungenen Revision jedenfalls die Aufhebung des Berufungsurteils und eine Neuverhandlung der Angelegenheit.

Prüfungsrelevanz:

Pflichtstoff in den juristischen Staatsexamina sind jedenfalls die "Grundzüge" des Familienrechts. Hierzu zählt das Problem von außerhalb des Familienrechts angesiedelten Ausgleichsansprüchen zwischen Ehegatten ebenso, wie zwischen den Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Der viel zitierte Grundsatz, wonach allein aufgrund des Beendens einer eheähnlichen Gemeinschaft keinerlei Ausgleichsansprüche entstehen und auch die vermögensrechtlichen Auswirkungen der Ehescheidung allein dem Familienrecht zu entnehmen sind, ist stets mit der Ausnahmen zu lernen, dass sich aufgrund konkreter Abreden der Betroffenen im Einzelfall durchaus Ansprüche ergeben können. Dementsprechend ist diese Entscheidung des BGH sehr lehrreich, da sie zunächst klarstellt, dass eigentlich schon das Bestehen der Zugewinngemeinschaft gegen die Annahme einer sog. "Ehegatteninnengesellschaft" spricht. Anschließend zeigt der Senat allerdings auf, warum im vorliegenden Fall gleichwohl eine solche Innengesellschaft anzunehmen war. Den Streit, ob aus der Auseinandersetzung dieser Innengesellschaft resultierende Ansprüche neben den Zugewinn gem. § 1378 BGB treten oder diesem gegenüber nur subsidiäre Bedeutung haben, entschied der XII. Zivilsenat - erneut - zugunsten der erstgenannten Ansicht. Schließlich verdeutlichte er, dass auch die Annahme gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsansprüche

nach §§ 730 ff BGB zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen mindestens konkludent geschlossenen Vertrag über die Zusammenarbeit zu einem bestimmten Zweck voraussetzt.

Vertiefungshinweise:

❑ Keine Ausgleichsansprüche für Renovierungsleistungen nach Tod der Lebensgefährtin: *OLG Hamm*, RA 2002, 243 = FamRZ 2002, 159)

❑ Unwirksamkeit eines Ehevertrags bei klassischer "Einverdienerehe": *OLG München*, RA 2003, 229 = NJW 2003, 595

❑ Zur Berücksichtigung einer Arbeitnehmerabfindung im Zugewinnausgleich: *BGH*, RA 2004, 576 = NJW 2004, 2675

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das junge Glück"

Leitsätze:

1. Bei einer Ehegatteninnengesellschaft kommt ein Ausgleichsanspruch eines Ehegatten nicht erst dann in Betracht, wenn der Zugewinnausgleich nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt. Ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch besteht vielmehr neben einem Anspruch auf Zugewinnausgleich (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 155, 249 [255]).

2. Auch im Rahmen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft setzt die Annahme einer nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Zusammenarbeit der Partner einen zumindest schlüssig zustande gekommenen Vertrag voraus (in Abweichung von BGHZ 77, 55 und 84, 388; im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 142, 137 [153]).

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl., seine geschiedene Ehefrau, auf Auskunft und Ausgleichszahlung aus einer Ehegatteninnengesellschaft in Anspruch. Am 07.10.1996 schlossen die Parteien die Ehe. Im Jahr zuvor, nämlich gemäß Arbeitsvertrag vom 16.08.1995, wurde der Kl., der zuvor wegen erheblicher Schulden die eidesstattliche Versicherung abgegeben hatte, als Lagerarbeiter zu einem Bruttolohn von 1.800,- DM in dem auf den Namen der Bekl. betriebenen Unternehmen "M. S., Dienstleistungen" angestellt. Der Nettolohn von 1.250,- DM wurde ihm zunächst bar ausbezahlt. Ab Januar 1998 bis Dezember 1999 floss er auf ein Privatkonto der Bekl., von dem der gemeinsame Lebensunterhalt bestritten wurde. Abweichend von seiner im Arbeitsvertrag angegebenen Funktion führte der Kl. tatsächlich bis einschließlich Juli 1998 selbständig die Geschäfte des Unternehmens, während die Bekl. anderweitig als Angestellte tätig war. Erst ab August 1998 führten die Parteien das Geschäft gemeinsam. Infolge einer Ehekrise ab Ende 1999 trennten sich die Parteien am 01.02.2000. Am 17.04.2000 schlossen sie einen notariellen Ehevertrag, der u.a. folgende Regelungen enthält:

"2.1 Güterstandsvereinbarung

Die Beteiligten vereinbaren hiermit für ihre Ehe den Güterstand der G Ü T E R T R E N N U N G gemäß § 1414 BGB. […]

3. Zugewinnausgleich für die Vergangenheit

Die Beteiligten haben am 07.10.1996 die Ehe geschlossen. Für einen von diesem Tage bis heute angefallenen Zugewinn vereinbaren die Beteiligten folgendes:

• Herr J. D. S. und Frau M. G. S. sind sich darüber einig, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch seit Eheschließung bis heute nicht entstanden ist.

• Soweit ein Zugewinnausgleichsanspruch entstanden sein sollte, sind sich beide Beteiligten darüber einig, dass dieser bereits ausgeglichen worden ist durch Zahlungen bis heute, und verzichten gegenseitig auf die Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen (Erlass). Eine Wiedergabe der Zahlungen im Einzelnen hier in dieser Urkunde wünschen die Beteiligten nicht. Die eheliche Wohnung ist der Ehefrau zugeteilt worden. Der Hausrat ist abschließend geteilt.

4. Unterhaltsverzicht

Gemäß § 1585 c BGB verzichten hiermit die Beteiligten für die Zeit nach der Scheidung ihrer Ehe gegenseitig auf jedweden Unterhalt in allen Lebenslagen. [...] Die Beteiligten nehmen diese Verzichte hiermit gegenseitig je an. […]

5. Klarstellung

Die Beteiligten treffen über die vorstehenden Vereinbarungen hinaus keine weiteren Vereinbarungen, wie sie häufig in einen Ehevertrag aufgenommen werden, insbesondere nicht

- Vereinbarungen betreffend den Ausschluss des Versorgungsausgleichs (§ 1408 BGB). Der Versorgungsausgleich bleibt dem Richter vorbehalten."

Ebenfalls im April 2000 hoben die Eheleute durch nicht datierte Vereinbarung das Arbeitsverhältnis des Klägers einvernehmlich zum 31.12.2000 auf. Am 10.05.2000 beantragte die Bekl. die Scheidung der Ehe; der Scheidungsantrag wurde am 23.06.2000 zugestellt. Mit Schreiben vom 01.08.2000 kündigte der Kl. das Arbeitsverhältnis aus persönlichen Gründen zum 01.09.2000.

Der Kl. vertritt die Auffassung, zwischen ihm und der Bekl. habe eine Ehegatteninnengesellschaft bestanden, nach deren Auflösung durch die zum 01.09.2000 erfolgte Kündigung des Arbeitverhältnisses ihm ein Ausgleichsanspruch in Höhe des hälftigen Unternehmenswertes zustehe. Der Anspruch sei unabhängig vom Güterstand gegeben und insbesondere nicht durch den vereinbarten Verzicht auf Zugewinnausgleich ausgeschlossen. Der Kl. hat deshalb in der ersten Stufe

beantragt, die Bekl. zu verurteilen, ihm Auskunft über den Wert des Unternehmens durch Vorlage der - im einzelnen bezeichneten - Jahresabschlüsse für die Jahre 1995 bis 1999 zu erteilen. Die Bekl. ist dem Klagebegehren entgegengetreten. Sie meint, eine Ehegatteninnengesellschaft habe nicht bestanden, weil das Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Kl. durch den abgeschlossenen Arbeitsvertrag ausdrücklich geregelt worden sei. Einer Ehegatteninnengesellschaft stehe weiter entgegen, dass die erzielten Einkünfte gerade zum Leben ausgereicht hätten, weshalb ein über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck nicht verfolgt worden sei. Jedenfalls stehe dem Anspruch aber der Ehevertrag entgegen, der zur Vorbereitung der Scheidung abgeschlossen worden sei. Maßgeblich sei der bis dahin bestehende gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Bei diesem komme ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch nur dann zum Tragen, soweit der Zugewinnausgleich nicht zu einem angemessenen Ergebnis geführt habe. Über den Zugewinnausgleich hätten die Parteien sich aber geeinigt.
Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Kl. blieb erfolglos. Mit seiner Revision, die der Senat auf Nichtzulassungsbeschwerde zugelassen hat, verfolgt dieser sein Auskunftsbegehren weiter.

Aus den Gründen:
Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat die Auffassung vertreten, mit Abschluss des notariellen Ehevertrages vom 17.04.2000 sei von einem bindenden Ausschluss des Zugewinnausgleichs auszugehen, der auch den gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch des Kl. aufgrund der Auflösung der Ehegatteninnengesellschaft umfasst habe. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Das Landgericht habe zutreffend angenommen, dass die Rechtsbeziehungen der Parteien hinsichtlich des von der Bekl. betriebenen Unternehmens nach dem unstreitigen Sachvortrag als Ehegatteninnengesellschaft zu beurteilen seien. Im Verhältnis der Auseinandersetzung einer Innengesellschaft zum Güterrecht ergebe der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch nur dann einen Sinn, wenn ein Zugewinnausgleich nicht vorgenommen werde, weil der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch in diesem Fall einen billigen Ausgleich des in der Ehe Erwirtschafteten ermögliche. Vorrangig werde daher der Zugewinnausgleich durchgeführt, in dessen Rahmen geprüft werden müsse, ob dieser zu einem angemessenen Ausgleich der Mitwirkung des Ehegatten in der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des anderen Ehegatten führe. Sei dies der Fall, so habe es mit der Durchführung des Zugewinnausgleichs sein Bewenden. Erst wenn dies nicht zutreffe, sei ein zusätzlicher gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch zu prüfen. Letzterem komme danach lediglich eine subsidiäre Bedeutung zu, und er lebe erst auf, wenn der Zugewinnausgleich nicht als Billigkeitskorrektiv diene. Im vorliegenden Fall hätten die Parteien den notariellen Vertrag und den Aufhebungsvertrag bezüglich des Arbeitsverhältnisses in engem zeitlichem Zusammenhang abgeschlossen und in Ziffer 5 des notariellen Vertrages bestimmt, dass über die getroffenen Vereinbarungen hinaus keine weiteren Regelungen erfolgen sollten. Da mit den beiden Vereinbarungen die Scheidung hätte vorbereitet und die vermögensrechtliche Auseinandersetzung abgeschlossen werden sollen, sei davon auszugehen, dass von den in Ziffer 3 und 5 des notariellen Vertrages getroffenen Bestimmungen auch ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch des Klägers umfasst gewesen sei und er auf solche Ansprüche verzichtet habe, zumal er sich deren Geltendmachung nicht ausdrücklich vorbehalten habe. Das gelte insbesondere deshalb, weil der erhebliche Firmenwert auf Seiten der Bekl. vorhanden sei. Im Übrigen ergäben die Vereinbarungen in Ziffer 3 des notariellen Vertrages keinen Sinn, wenn damit nicht auch der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch des Kl. miterfasst wäre. Denn dieser sei im vorliegenden Fall nahezu identisch mit dem Zugewinnausgleichsanspruch, weil das Unternehmen der einzige wesentliche Vermögenswert der Bekl. sei. Der Kl. habe deshalb substantiiert vortragen und unter Beweis stellen müssen, dass der Zugewinn nicht zu einem angemessenen Ergebnis geführt habe. Daran fehle es.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft bezüglich des Unternehmens der Bekl. zutreffend
Die Annahme, dass zwischen den Parteien in Bezug auf das unter dem Namen der Bekl. betriebene Unternehmen eine Ehegatteninnengesellschaft bestanden hat, wird von der Revision als ihr günstig allerdings nicht angegriffen. Dagegen bestehen aus Rechtsgründen auch keine Bedenken.

1. Zugewinngemeinschaft grundsätzlich Indiz gegen Ehegatteninnengesellschaft
Der Senat hat bei Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, zwar nur in seltenen Fällen den Bestand einer Innengesellschaft angenommen, weil der im Fall der Scheidung gebotene Vermögensausgleich in der Regel bereits durch die Vorschriften über den Zugewinnausgleich gesichert ist (Senatsurteil vom 29. Januar 1986 - IVb ZR 11/85 - FamRZ 1986, 558 [559]).

Die Vorstellung der Ehegatten, über den Zugewinnausgleich an dem gemeinsam Erarbeiteten teilzuhaben, wird vielfach dagegen sprechen, ihr Verhalten hinsichtlich ihrer gemeinsamen Arbeit oder Wertschöpfung als Abschluss eines Gesellschaftsvertrages auszulegen. Der Umstand, dass die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand leben, ist deshalb als gewichtiges Indiz gegen das Zustandekommen einer Innengesellschaft durch schlüssiges Verhalten anzusehen (vgl. auch Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 3. Aufl., Rz. 458). Ausgeschlossen ist diese Möglichkeit indessen nicht (Senatsurteil BGHZ 142, 137 [143 ff]).

2. Voraussetzungen für Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft aufgrund konkludenten Verhaltens

Wesentliche Voraussetzung für die Annahme einer durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Ehegatteninnengesellschaft ist nach der Rechtsprechung des Senats ein über die Verwirklichung der Ehegemeinschaft hinausgehender Zweck, wie er etwa vorliegt, wenn die Eheleute durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam ein Unternehmen aufbauen oder gemeinsam eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben (Senatsurteile BGHZ 142 aaO. [150] und vom 26.04.1995 - XII ZR 132/93 - FamRZ 1995, 1062 [1063] unter 2 a). Das gilt auch dann, wenn das Betreiben des Geschäfts nur der Sicherung des Familienunterhalts dient (Senatsurteil vom 14.03.1990 - XII ZR 98/88 - FamRZ 1990, 973). Eine weitere Voraussetzung stellt das Erfordernis dar, dass die Tätigkeit des mitarbeitenden Ehegatten von ihrer Funktion her als gleichberechtigte Mitarbeit anzusehen ist (Senatsurteil vom 14.03.1990 aaO.), auch wenn dieser Gesichtspunkt bei einem Vermögenserwerb im Rahmen einer Ehegatteninnengesellschaft mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Beteiligungen nicht überbewertet werden darf, solange nur ein Ehegatte für die Gesellschaft einen nennenswerten und für den erstrebten Erfolg bedeutsamen Beitrag geleistet hat (Senatsurteil BHGZ aaO. [154]). Schließlich darf die Annahme einer durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Ehegatteninnengesellschaft nicht zu den von den Ehegatten ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen in Widerspruch stehen. Denn ausdrückliche Abreden gehen einem nur konkludent zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen vor (Senatsurteile vom 11.04.1990 - XII ZR 44/89 - FamRZ 1990, 1219 [1220]; vom 26.04.1995 aaO. [1063 f.] und vom 08.04.1987 - IVb ZR 43/86 - FamRZ 1987, 907 [908 f.]).

3. Vorliegen dieser Voraussetzungen im Verhältnis des Kl. zur Bekl.

Nach den getroffenen Feststellungen sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Ehegatteninnengesellschaft vorliegen kann, erfüllt sind. Der Kl. war ab August 1995 in dem auf den Namen der Bekl. laufenden Unternehmen tätig und hat bis einschließlich Juli 1998 selbständig die Geschäfte geführt, während die Bekl. anderweitig vollschichtig als Angestellte gearbeitet hat. Ab August 1998 führten die Parteien den Betrieb gemeinsam. Ob bei dieser Sachlage ein konkludent geschlossener Gesellschaftsvertrag angenommen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sie müssen den Schluss auf den Willen der Beteiligten zulassen, eine rechtliche Bindung gesellschaftsrechtlicher Art einzugehen. Einen solchen Willen hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen das BerGer. insoweit Bezug genommen hat, rechtsfehlerfrei bejaht, indem es maßgebend darauf abgestellt hat, dass die Parteien gemeinsam einen Betrieb aufbauen wollten und sich nur im Hinblick auf die Verschuldung des Kl. und zur Vermeidung des Zugriffs seiner Gläubiger dafür entschieden haben, im Außenverhältnis allein die Bekl. als Betriebsinhaberin auftreten zu lassen. Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass die aus dem Betrieb erwirtschafteten Erträge gerade für den Lebensunterhalt der Parteien ausreichten (vgl. Senatsurteil vom 14.03.1990 aaO.). Auch der von ihnen abgeschlossene Arbeitsvertrag steht dazu nicht in Widerspruch. Denn er sieht für den Kl. ein Entgelt von 1.800 DM,- brutto (= 1.250,- DM netto) monatlich vor, das für eine Tätigkeit als Lagerarbeiter vereinbart worden ist, für die tatsächlich ausgeübte Geschäftsführungstätigkeit aber keine adäquate Vergütung darstellt.

II. Gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch neben Zugewinnausgleich

Bei der Beendigung der Innengesellschaft findet keine gegenständliche Auseinandersetzung statt.

1. Ausgleichsanspruch gem. §§ 738 ff BGB bei Beendigung der Ehegatteninnengesellschaft

Es besteht vielmehr ein Ausgleichsanspruch in Form eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens, der sich nach den §§ 738 ff. BGB sowie einzelnen Vorschriften der §§ 730 ff. BGB bestimmt (Senatsurteil BGHZ 142 aaO. [155]; Arens, FamRZ 2000, 266 [268]).

2. Zum Verhältnis des Ausgleichsanspruchs nach §§ 738 ff BGB zum Zugewinnausgleich

Im Schrifttum ist allerdings umstritten, ob dieser Anspruch nur dann in Betracht kommt, wenn der Zugewinnausgleich nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt (so Schwab/Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. VII Rz. 249; Schwab/Borth, aaO. Kap. IX Rz. 31), oder ob beide Ansprüche nebeneinander bestehen, der gesellschaftsrechtliche Anspruch also nicht nur subsidiär gegeben ist (so Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 6 Rz. 192; Schulz,

FamRB 2005, 142; Wever, aaO. Rz. 478; ders. in Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht Rz. 5.152; Arens, aaO. [269 f.]).

Der Senat hat sich - nach Erlass des Berufungsurteils - der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen (Senatsurteil BGHZ 155, 249 [255]). Er hat die Rechtslage insoweit anders beurteilt als bei Ausgleichsansprüchen, die aus Wegfall der Geschäftsgrundlage eines familienrechtlichen Vertrages eigener Art und damit aus § 313 BGB hergeleitet werden, wie es insbesondere bei ehebezogenen Zuwendungen der Fall ist. Während dort die Unzumutbarkeit der bisherigen Vermögenszuordnung für den Anspruchsteller zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen gehört, also von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob der betreffende Ehegatte nicht schon durch andere Ansprüche genügend abgesichert ist, besteht bei dem Ausgleichsanspruch nach den §§ 738 ff. BGB für Zumutbarkeitsabwägungen kein Raum. Dieser Anspruch setzt - ebenso wenig wie der auf Ausgleich nach § 426 BGB gerichtete - nicht voraus, dass die bisherige Vermögenszuordnung unter Berücksichtigung des Güterrechts zu einem untragbaren Ergebnis führt (vgl. Haußleiter/Schulz, aaO. Rz. 192; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, aaO. Rz. 478). Er besteht deshalb neben einem Anspruch auf Zugewinnausgleich. Die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit sich der Auseinandersetzungsanspruch wegen der Systematik des Zugewinnausgleichs auswirkt, ist insofern ohne Bedeutung (vgl. dazu die Beispiele bei Schulz, aaO. [142 f.]).

III. Kein Ausschluss des gesellschaftsrechtlichen Ausgleichs durch Vertrag vom 17.04.2000

Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass mit dem notariellen Vertrag vom 17.04.2000 von einem rechtlichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs auszugehen sei, der auch den gesellschaftsrechtlichen Anspruch des Kl. aufgrund der Ehegatteninnengesellschaft umfasst habe. Dieses Ergebnis hat es aufgrund einer Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarungen - notarieller Vertrag und Vereinbarung über die Aufhebung des Arbeitsvertrages - gewonnen.

1. Revisionsrechtliche Überprüfung der tatrichterlichen Auslegung

Die betreffende Auslegung ist als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob dabei gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf Verfahrensfehlern beruht, etwa indem unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht gelassen wurde (st. Rspr., vgl. BGH Urteil vom 25. Februar 1992 - X ZR 88/90 - NJW 1992, 1967, 1968 m.w.N.). Die Auslegung des notariellen Vertrages in Verbindung mit der Aufhebungsvereinbarung bezüglich des Arbeitsvertrages ist in diesem Sinne fehlerhaft.

2. Gesellschaftliche Zusammenarbeit der Parteien nicht deckungsgleich mit Dauer der Zugewinngemeinschaft

Das BerGer. hat angenommen, mit den vorgenannten Vereinbarungen, die zusammen zu betrachten seien, hätten die Parteien die Scheidung vorbereiten und eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung untereinander abschließen wollen. Die Vereinbarung in Ziffer 3 des notariellen Vertrages ergäbe keinen Sinn, wenn damit nicht auch der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch des Kl. miterfasst wäre. Denn dieser Anspruch sei vorliegend nahezu identisch mit dem Zugewinnausgleichsanspruch, weil das Unternehmen der einzige wesentliche Vermögenswert der Bekl. sei.

a. Zusammenarbeit der Parteien über den 17.04.2000 hinaus

Dabei verkennt das BerGer., dass der Zugewinnausgleichsanspruch nur die Zeit vom Beginn bis zum Ende des Güterstandes erfasst, hier also den Zeitraum von der Heirat der Parteien am 07.10.1996 bis zum Abschluss des notariellen Vertrages vom 17.04.2000, durch den die Parteien Gütertrennung vereinbart haben. Die Innengesellschaft bestand indessen jedenfalls in der Zeit von der Heirat bis zum Ausscheiden des Kl. aus dem Betrieb zum 01.09.2000. Bei Abschluss des notariellen Vertrages mussten die Parteien sogar von dem vereinbarten Ausscheiden des Klägers zum 31.12.2000 ausgehen.

b. Zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Aber auch der Zeitraum, in dem vor der Eheschließung bereits eine gemeinsam erarbeitete Vermögensmehrung im Vermögen der Bekl. stattgefunden hat, kann für die Bemessung des Ausgleichs ebenso maßgebend sein wie derjenige, der nach dem erfolgten Güterstandswechsel liegt (vgl. Arens, aaO. S. 270). Denn eine gesellschaftsrechtliche Bindung kommt nicht nur für die Zeit von der Heirat an (als Ehegatteninnengesellschaft) in Betracht, sondern kann auch schon zuvor, also insbesondere während des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, vorgelegen haben. Ob dies hier der Fall war, hat das BerGer. nicht festgestellt. Davon wird es jedoch abhängen, ob auch bezogen auf diesen Zeitraum ein Ausgleich in Frage kommt. Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs kann selbst dann, wenn die Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft kein Gesellschaftsrechtsverhältnis begründet haben, eine Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln in entsprechender Anwendung der §§ 730 ff. BGB in Betracht kommen, u.a. wenn die Partner durch

beiderseitige Arbeit, finanzielle Aufwendungen und sonstige Leistungen zusammen ein Unternehmen aufbauen, betreiben und als gemeinsamen Wert betrachten und behandeln (BGHZ 84, 388 [390 f.]). An dieser Beurteilung hält der (nach der Geschäftsverteilung inzwischen zuständige) Senat allerdings nicht uneingeschränkt fest. Er vertritt vielmehr die Auffassung, dass eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit auch im Rahmen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft einen zumindest schlüssig zustande gekommenen Vertrag voraussetzt, eine rein faktische Willensübereinstimmung mithin nicht als ausreichend erachtet werden kann. Gerade, weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen ist, erscheint ein solcher für die Annahme einer nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertenden Zusammenarbeit der Partner erforderlich. Indizien hierfür können sich - ebenso wie für die Beurteilung, ob eine Ehegatteninnengesellschaft vorliegt - etwa aus Planung, Umfang und Dauer der Zusammenarbeit ergeben. In jedem Fall entsteht der Auseinandersetzungsanspruch erst mit der Auflösung der Innengesellschaft. Maßgebender Stichtag ist deshalb nicht ohne weiteres der Tag, an dem die Ehegatten sich getrennt haben, sondern der Zeitpunkt, zu dem sie ihre Zusammenarbeit tatsächlich beendet haben und der Geschäftsinhaber das Unternehmen allein weitergeführt hat (Wever, aaO. Rz. 468; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 142 aaO. [155]). Schon daraus folgt, dass Zugewinnausgleichs- und Auseinandersetzungsanspruch im vorliegenden Fall gerade nicht nahezu identisch sein dürften, da der Kl. - nach dem vom BerGer. in Bezug genommenen Sachvortrag der Parteien - auch tatsächlich weiterhin in dem Unternehmen mitgearbeitet hat, wenn auch in streitigem Umfang. Abgesehen davon ist die Würdigung des BerGer. nicht mit der in Ziffer 3 des notariellen Vertrages in erster Linie getroffenen Regelung zu vereinbaren. Danach waren die Parteien sich darüber einig, dass "ein Zugewinnausgleichsanspruch seit Eheschließung bis heute nicht entstanden ist". Wenn in der der Vereinbarung zugrunde gelegten Berechnung der Firmenwert in voller Höhe als Endvermögen auf Seiten der Bekl. berücksichtigt worden ist - was grundsätzlich allein geeignet wäre, einen zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Ausgleich zu vermeiden -, ist nicht verständlich, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch nicht entstanden sein soll. Die genannten Gesichtspunkte sprechen gegen die Würdigung, dass der - ausgeschlossene - Zugewinnausgleich auch den gesellschaftsrechtlichen Anspruch des Kl. umfasst. Dieser ist vielmehr erst zu einem späteren Zeitpunkt entstanden und kann neben der erfolgten Zugewinnausgleichsregelung geltend gemacht werden, soweit er darin nicht - teilweise - berücksichtigt worden ist. Ob und gegebenenfalls inwieweit dies der Fall ist, hat die Bekl., die sich auf einen bereits erfolgten Ausgleich beruft, darzulegen und zu beweisen.

IV. Aufhebung und Rückverweisung an das BerGer.
Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Da das BerGer. keine Feststellungen dazu getroffen hat, welche Jahresabschlüsse für das Unternehmen der Bekl. erstellt worden sind, diese aber geltend gemacht hat, die Abschlüsse, deren Vorlage der Kl. verlange, existierten teilweise nicht, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist deshalb an das BerGer. zurückzuverweisen, das die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben wird.

Standort: Mietrecht Problem: Anspruch auf Erlaubnis zur Untervermietung

BGH, URTEIL VOM 23.11.2005
VIII ZR 4/05 (NJW 2006, 1200)

Problemdarstellung:

Die Kl. dieses Rechtstreits bewohnten eine gemeinsame Wohnung in der Stadt B. Aufgrund ihrer beruflichen Verpflichtungen hielten sie sich hier jedoch kaum auf, der Kl. zu 2 hatte sich sogar eine zweite Wohnung nahe seiner Arbeitstelle angemietet. Um die hieraus resultierenden finanziellen Belastungen abzumildern, wollten die Kl. einen Teil ihrer Wohnung in B. untervermieten. Die gem. § 540 I BGB beim Vermieter begehrte Erlaubnis lehnte dieser trotz § 553 I BGB ab und bekam mit seiner Auffassung sogar vor Amtsgericht und Landgericht Recht. Letzteres argumentierte, der § 553 I 1 BGB gebe dem Mieter einen Anspruch auf Erlaubniserteilung primär in solchen Fällen, in denen der Mieter mit dem Untermieter zusammenwohnen wolle. Er sei daher nicht einschlägig, wenn der Mieter in der unter zu vermietenden Wohnung selbst seinen Lebensmittelpunkt gar nicht mehr habe.

Der BGH betont demgegenüber, dass es in erster Linie Zweck des § 553 I BGB sei, dem Mieter das Mietverhältnis zu erhalten, wenn er gleichwohl eine Interesse daran habe, die Räumlichkeiten (ganz oder teilweise) einem Dritten zu überlassen. Angesichts der immer stärker von Arbeitnehmern eingeforderten Mobilität könne sich ein solches Interesse auch gerade daraus ergeben, dass der Mieter seinen Lebensmittelpunkt verlagern musste. Dass dieser weiterhin in der betroffenen Wohnung angesiedelt sei, dürfe daher nicht zur Voraussetzung für die Erlaubniserteilung nach §§ 540 I, 553 I 1 BGB erhoben werden.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach Ersatzansprüchen des Vermieters als

Folge einer unberechtigten Untervermietung durch den Mieter darf wohl als Examensklassiker gelten, der es dem Aufgabensteller ermöglicht, die Klausurverfasser gleichsam auf eine "Rallye" durch sämtliche examensrelevanten Gebiete des BGB zu schicken. Von hier aus ist es dann nicht mehr weit zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mieter von Wohnraum aus § 553 I 1 BGB einen Anspruch auf Erteilung der nach § 540 I BGB in jedem Mietverhältnis erforderlichen Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung an Dritte ableiten kann. Die Entscheidung des BGH ist in diesem Zusammenhang zu begrüßen, da sie ausgehend von Sinn und Zweck des § 553 I BGB die Interessen von Wohnungsmietern schützt, die sich einerseits den Anforderungen eines nach Flexibilität verlangenden Arbeitsmarktes stellen, andererseits ihren (gemeinsamen) Zufluchtsort, an dem auch familiäre Bindungen bestehen mögen, nicht aufgeben wollen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Zustimmungspflicht des in der Wohnung verbleibenden Mieters bei Entlassung des Mitmieters aus dem Vertrag: *BGH*, RA 2005, 426 = NJW 2005, 1715

❑ Bemessungsgrundlage für die Mietminderung ist die Bruttomiete: *BGH*, RA 2005, 474 = NJW 2005, 1713

❑ Darlegungs- und Beweislast bei Schadensersatz wegen vorgeschobener Eigenbedarfskündigung: *BGH*, RA 2005, 523 = NJW 2005, 2395

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Geschäftshaus"

❑ *Examenskurs:* "Die folgenschwere Untervermietung"

Leitsatz:

Der Anspruch des Wohnungsmieters auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung setzt nicht voraus, dass der Mieter in der Wohnung seinen Lebensmittelpunkt hat.

Sachverhalt:

Die Kl. mieteten mit Vertrag vom 04.02.1992 von den Rechtsvorgängern des Bekl. eine Wohnung in B. Die 114,75 qm große Wohnung verfügt über 3 1/2 Zimmer, eine Kammer, eine Küche und ein Bad. Die Kl. zu 1 arbeitet in L. und hält sich nur zeitweise in B. auf. Der Kl. zu 2 lebt aus beruflichen Gründen überwiegend in W. bei O., wo er eine Wohnung angemietet hat. Mit Schreiben vom 18.07.2003 baten die Kl. den Bekl., ihnen die Erlaubnis zu einer Untervermietung von zwei Zimmern der Wohnung zu erteilen. Dies lehnte der Bekl. ab. Mit ihrer Klage begehren die Kl. die Zustimmung des Bekl. zu einer Untervermietung zweier Zimmer der Wohnung. Sie haben vorgetragen, lediglich einen Teil der Wohnung untervermieten zu wollen. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Mit ihrer vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer., dessen Entscheidung in GE 2005, 126 f. veröffentlicht ist, hat ausgeführt:

Den Kl. stehe kein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung gemäß § 553 I BGB zu, weil ihr Lebensmittelpunkt nicht mehr in B. sei. Zwar enthalte § 553 I BGB kein Tatbestandsmerkmal des "Lebensmittelpunktes"; dieser Umstand sei jedoch im Rahmen der Prüfung des berechtigten Interesses mit heranzuziehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei als berechtigt jedes, auch höchstpersönliche Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang stehe. Dies sei hier fraglos anzunehmen. Die von den Kl. angeführten Gründe seien auch von nicht unerheblichem Gewicht, weil das Vorhalten mehrerer Wohnsitze zu zusätzlichen Kosten führe, die durch die Untermiete reduziert würden; zusätzlich werde erreicht, dass die Wohnung nicht längere Zeit leer stehe. Ein so verstandenes erhebliches Interesse sei jedoch mit § 540 I BGB nicht zu vereinbaren, wonach grundsätzlich gerade keine Untervermietung möglich sein solle. Es sei nicht Sinn der Regelung, dass der Gesichtspunkt des gemeinsamen Wohnens völlig in den Hintergrund gedrängt werde. Mithin bedürfe es einer Abgrenzung für die Fälle, in denen zwar eine Wohnung aufrechterhalten werde, diese Bedingung aber auch für andere Wohnungen des Mieters zutreffe. Das Abgrenzungsmerkmal des Lebensschwerpunktes sei sachgerecht. Demgegenüber könne nicht angeführt werden, dass in der heutigen Zeit das Vorhalten mehrerer Wohnungen im Interesse des Mieters sei. Dem habe der Gesetzgeber im Rahmen der Kündigungsregelungen Rechnung getragen, so dass für den Mieter nur dieser Weg offen stehe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht meint das BerGer., dem Anspruch der Kl. auf Erteilung der Untermieterlaubnis gemäß § 553 I BGB stehe entgegen, dass sie ihren Lebensmittelpunkt nicht mehr in B. hätten. Unter Zugrundelegung des vom Bekl. bestrittenen, für das Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellenden Vorbringens der Kl., lediglich einen Teil der Wohnung untervermieten zu wollen, sind die Voraussetzungen des § 553 I 1 BGB erfüllt. Gemäß § 553 I 1 BGB (§ 549 II 1 Halbs. 1 BGB a.F.) kann der Mieter vom Vermieter die Erlaubnis verlangen, einen Teil des Wohn-

raumes einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, wenn für ihn nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse hieran entsteht. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift nicht, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann. Entgegen der Auffassung des BerGer. fehlt es nicht bereits dann an einem berechtigten Interesse des Mieters, wenn er Wohnraum untervermieten will, in dem er nicht seinen Lebensschwerpunkt hat (LG Hamburg, ZMR 2001, 973 [974]; a.A. LG Berlin, ZMR 2002, 49 [50]; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 553 Rz. 6).

I. Senkung von berufsbedingten Kosten berechtigtes Interesse der Mieter i. S. d. § 553 I BGB

Als berechtigt ist jedes, auch höchstpersönliche Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht (Senat, BGHZ 92, 213 [219] zu § 549 II 1 BGB a.F.; Staudinger/Emmerich, BGB (2003), § 553 Rz. 5 m.w.N..). Die Kl. halten sich aus beruflichen Gründen überwiegend außerhalb B. auf. Der Kl. zu 2 hat an seiner Arbeitsstelle in W. eine Wohnung angemietet; die Kl. zu 1 arbeitet in L. Das BerGer. hat den von den Kl. vorgetragenen Wunsch nach einer Entlastung von den Reise- und Wohnungskosten, die ihnen aus beruflichen Gründen entstehen, zutreffend als berechtigtes Interesse zur Untervermietung eines Teils der Wohnung angesehen (vgl. auch LG Berlin, NJW-RR 1994, 1289; LG Hamburg, WuM 1994, 535; Blank, aaO, Rz. 5 m.w.N.).

II. Lebensmittelpunkt irrelevant

Das BerGer. hat jedoch gemeint, ein so verstandenes berechtigtes Interesse sei mit § 540 I BGB nicht zu vereinbaren, wonach grundsätzlich keine Untervermietung möglich sein solle; ein Anspruch auf Erteilung der Untermieterlaubnis bestehe nicht, wenn der Mieter in der Wohnung nicht seinen Lebensmittelpunkt habe. Diesen Ort sieht das BerGer. dort, wo der Mieter seinen Alltag verbringt; es hat ihn hinsichtlich der Kl., die überwiegend außerhalb B. leben, für die Wohnung in B. verneint. Diese Einschränkung findet im Wortlaut der §§ 540 I, 553 I BGB keinen Anhalt. Sie ist auch weder mit der Systematik der gesetzlichen Regelung noch mit dem Zweck des § 553 I BGB vereinbar. Zwar bedarf der Mieter gemäß § 540 I 1 BGB (§ 549 I 1 BGB a.F.), der für alle Mietverhältnisse gilt, der Erlaubnis des Vermieters zur Weitervermietung der Mietsache an einen Dritten. Für den Bereich der Wohnraummiete gewährt § 553 I BGB dem Mieter jedoch einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind unter Berücksichtigung des mieterschützenden Zwecks der Regelung auszulegen.

1. Sinnen und Zweck der Regelung des § 553 I BGB

Das Mietverhältnis soll gerade auch dann aufrechterhalten werden, wenn der Mieter den Wohnraum teilweise einem anderen zum Gebrauch überlassen möchte (vgl. Senat, aaO, 217, zu § 549 II 1 BGB a.F; Münch.Komm.BGB/Schilling, 4. Aufl., § 553 Rz. 2). Der Gesetzeszweck, dem Mieter die Wohnung zu erhalten, bestimmt deshalb die Auslegung des Begriffs "berechtigtes Interesse" und sein Verhältnis zu dem in § 553 I 2 BGB genannten Zumutbarkeitserfordernis (Senat, aaO). Entgegen der Auffassung des BerGer. erfordert es der Zweck der gesetzlichen Regelung nicht, dass Dritte in die Wohnung aufgenommen werden, um gemeinsam mit diesen zu wohnen. Zwar ist in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 als Regelfall des gesetzlichen Anspruchs nach § 553 BGB die Aufnahme eines Lebenspartners zum Zwecke der Bildung oder Fortführung eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalts benannt (BT-Drucks. 14/4553 S. 49). Daraus folgt jedoch nicht, dass der Mieter nur dann einen Anspruch auf Erteilung der Untermieterlaubnis hat, wenn er beabsichtigt, mit dem Untermieter zusammenzuleben. Zudem kommt der Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft zunehmende Bedeutung zu, wie in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz hervorgehoben wird (aaO S. 38 f. zu den Kündigungsfristen). Dies kann es - wie im Falle der Kl. - erfordern, an einer anderenorts gelegenen Arbeitsstelle eine weitere Wohnung zu begründen. Bestünde ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung lediglich hinsichtlich derjenigen Wohnung, in der der Mieter (zur Zeit) seinen Lebensschwerpunkt hat, könnte der mit den Kosten einer doppelten Haushaltsführung belastete Mieter im Einzelfall zur Aufgabe der Wohnung gezwungen sein, deren teilweise Untervermietung er begehrt, etwa weil die Wohnung, in der er sich überwiegend aufhält, wegen ihres Zuschnitts oder ihrer Größe für eine Untervermietung ungeeignet ist. Dies würde dem Zweck des § 553 I BGB zuwiderlaufen, dem Mieter die Wohnung zu erhalten, und wäre zudem mit seiner grundsätzlich anzuerkennenden Entscheidung, sein Privatleben "innerhalb der eigenen vier Wände" nach seinen Vorstellungen zu gestalten (Senat, aaO, 219), nicht zu vereinbaren.

2. Schutz der Belange des Vermieters, § 553 I 1 BGB

Soweit durch die beabsichtigte Untervermietung schützenswerte Belange des Vermieters berührt werden, sind diese gemäß § 553 I 2 BGB unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu berücksichtigen und gegen die Interessen des Mieters abzuwägen (Senat, aaO, 220 f., 222). [...]

Strafrecht

Standort: § 211 StGB Problem: Heimtücke bei Kleinkindern

BGH, URTEIL VOM 10.03.2006
2 STR 561/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war von seiner Ehefrau, von der er geradezu abhängig war, wegen eines anderen Mannes verlassen worden. Die drei minderjährigen Kinder hatte die Frau in seiner Obhut belassen. Nachdem der Angeklagte eine erhebliche Menge Tabletten eingenommen hatte, um sich selbst zu töten, erstach er zunächst seinen knapp zweijährigen Sohn und dann seine etwa fünfjährige Tochter während diese schliefen. Er tat dies sowohl, weil er um die Zukunft seiner Kinder nach seinem Tode fürchtete als auch um seine Frau für das Fortgehen zu "bestrafen". Da der Suizidversuch des Angeklagten fehlschlug wurde er vom Landgericht Mühlhausen wegen Totschlags (§ 212 StGB) in zwei Fällen verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da jedenfalls bzgl. der Tötung der fünfjährigen Tochter ein Heimtückemord gegeben sein könnte.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte gehören in beiden Examen zu den am häufigsten zu prüfenden Tatbeständen. Gerade der Mord (§ 211 StGB) erfreut sich hier besonderer Beliebtheit, da hier nicht nur Probleme im Zusammenhang mit dessen - streitigen - Verhältnis zum Totschlag (vgl. RA 2006, 89) diskutiert werden können, sondern auch Detailkenntnisse bzgl. der einzelnen Mordmerkmale erwartet werden.

Im vorliegenden Fall geht es vor allem um das Mordmerkmal der "Heimtücke". Dieses ist nach ständiger Rechtsprechung und einem Teil der Literatur dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; 2005, 1287; NStZ 2003, 535; LK-Jähnke, § 211 Rn. 41 mwN), wobei das Opfer arglos ist, wenn es sich im Tatzeitpunkt keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (BGHSt 33, 363; BGH, NStZ-RR 1999, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 24 mwN) und wehrlos, wenn es aufgrund seiner Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten beitzt (BGHSt 20, 302; 32, 382; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 18 ff. mwN). In der Literatur wird teilweise zusätzlich noch eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens des Täters verlangt, wofür die Ausnutzung eins zwischen Täter und Opfer bestehenden Vertrauensverhältnisses erforderlich aber auch ausreichend sein soll (Joecks, § 211 Rn. 23; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN).

Bei der Tötung von Kleinstkindern wird die Möglichkeit einer heimtückischen Tötung grundsätzlich abgelehnt, da diese konstitutionell arg- und wehrlos seien und daher die böse Absicht des Täters weder erkennen noch ihr entgegentreten könnten (BGHSt 3, 330; LK-Jähnke, § 211 Rn. 42; NK-Neumann, § 211 Rn. 55 f. mwN). In diesen Fällen kommt eine heimtückische Tötung somit nur dann in Betracht, wenn der Täter einen natürlichen Abwehrmechanismus des Kindes bewusst ausschaltet (z.B. durch Versüßen des bitteren Giftes, vgl. BGHSt 8, 218; a.A. LK-Jähnke, § 211 Rn. 42) oder die Arg- und Wehrlosigkeit einer Aufsichtsperson ausnützt (BGHSt 3, 330 [332]; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 19 a mwN). Vom Einzelfall abhängig ist jedoch, bis zu welchem Alter die von dieser Auffassung angenommene "konstitutionelle Arg- und Wehrlosigkeit" eines Kindes (das sog. "Urvertrauen", vgl. Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 19 a) vorliegt. In der Vergangenheit war der BGH davon ausgegangen, dass bei einem 3jährigen Kind eine die Heimtücke begründende Arglosigkeit durchaus gegeben sein könne (BGH, NStZ 1995, 230). Deshalb betonte der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung, dass die vom Angeklagten getötete 5jährige Tochter vermutlich in der Lage war, einen auf ihr Leben zielenden Angriff zu erkennen und zu versuchen, Hilfe herbeizurufen, den Täter umzustimmen oder in sonstiger Weise dem Anschlag zu begegnen bzw. die Durchführung zu erschweren. Deshalb könne - jedenfalls nicht ohne eine genaue Prüfung der Persönlichkeit des Opfers - nicht davon ausgegangen werden, dass die Getötete nicht arg- und wehrlos war.

Weiter finden sich in der vorliegenden Entscheidungen Ausführungen zum Mordmerkmal der "niedrigen Beweggründe". Die Beweggründe des Täters für die Tötung sind dann niedrig i.S.v. § 211 StGB, wenn sie sittlich auf tiefster Stufe stehen und besonders verachtenswert sind (BGHSt 3, 133; StV 1994, 182; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 18 mwN). Handelt der Täter nicht nur aus einem einzigen Grund, sondern aus einem Motivbündel heraus, so kann vom Vorliegen niedriger Beweggründe nur ausgegangen werden,

wenn das handlungsleitende Motiv diesen Anforderungen entspricht (BGH, NStZ 1999, 19; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 11). Diese Rechtsprechung führt der BGH im vorliegenden Urteil fort.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Mordmerkmal der Heimtücke, insb. bei Tötung von Kleinstkindern: *BGH*St 8, 218; 18, 38; *BGH*, NJW 1978, 709; NStZ 1995, 230; *Rengier*, MDR 1979, 971; 1980, 6; *Winckler/Foerster*, NStZ 1996, 32

❑ Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe: *BGH*, StV 2000, 76; 2004, 205; NStZ-RR 2004, 234; *Otto*, Jura 1994, 146; *Selle*, NJW 2000, 892

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder 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. Das Opfer muss gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein.

2. Der Täter handelt gegenüber seinem Opfer auch schon dann heimtückisch, wenn er dessen Arglosigkeit nur bewusst ausnutzt, ohne dass es darauf ankommt, ob er sie bewusst herbeigeführt oder bestärkt hat.

3. Arglos ist regelmäßig auch der Schlafende, wenn er einschläft. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, dass ihm nichts geschehen werde; in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit. Arglos ist er hingegen nicht nur, ehe er einschläft. Wer sich zum Schlafen niederlegt, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf; sie begleitet ihn, auch wenn er sich ihrer nicht mehr bewusst ist.

4. Einem Kleinstkind gegenüber, das infolge seiner natürlichen Arg- und Wehrlosigkeit gegen einen Angriff auf sein Leben nichts unternehmen kann, ist heimtückisches Handeln in der Regel nicht möglich, weil seine Wahrnehmungsfähigkeit noch nicht ausgebildet ist. Diese Voraussetzungen fehlen jedoch bei einem Kind, das weit genug entwickelt ist, um einen auf sein Leben zielenden Angriff zu erkennen und zu versuchen, Hilfe herbeizurufen, den Täter umzustimmen oder in sonstiger Weise dem Anschlag zu begegnen bzw. die Durchführung zu erschweren.

5. Eine Ausnahme von der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke ist dann zu machen, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können. Allerdings ist schützender Dritter in diesem Sinne nur derjenige, der den Schutz des Kindes übernommen hat und ihn im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil er dem Täter vertraut.

6. Ob ein Beweggrund niedrig im Sinne von § 211 StGB ist, muss auf Grund einer Gesamtwürdigung beurteilt werden, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse und die Persönlichkeit des Täters einschließt. Beim Vorliegen eines so genannten Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv, welches der Tat ihr Gepräge gibt, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war Vater von drei Kindern, die zur Tatzeit 7 Jahre, 5 Jahre und vier Monate sowie ein Jahr und neun Monate alt waren. Seine Ehefrau, die Nebenklägerin, hatte - wie in der Vergangenheit schon des Öfteren - im September 2003 eine Beziehung zu einem anderen Mann aufgenommen und lebte - zwischen beiden Männern hin- und hergerissen - teils bei dem Angeklagten, teils bei ihrem neuen Liebhaber. Der Angeklagte, der sehr an seiner Ehefrau hing und von ihr geradezu abhängig war, hatte sich früher stets erfolgreich darum bemüht, diese zurück zu gewinnen, und zwar sowohl mit Liebesbeteuerungen als auch mit der Drohung, sich und die Kinder zu töten. Im Herbst 2003 reichte die Nebenklägerin die Scheidung ein, das elterliche Sorgerecht für die drei Kinder wollten sich beide Ehepartner teilen, das Aufenthaltsbestimmungsrecht sollte beim Angeklagten liegen.

Nach einem Streit mit ihrem neuen Liebhaber war die Nebenklägerin am 23. April 2004 zu dem Angeklagten und den Kindern zurückgekehrt, die darüber glücklich nunmehr an eine Fortführung der Ehe glaubten. Am 1. Mai 2004 wandte sich die Nebenklägerin für den Angeklagten überraschend wieder ihrem Liebhaber zu. Der Aufforderung, auch die Kinder mitzunehmen, kam sie nicht nach. Der Angeklagte, dessen Wut in Verzweiflung umschlug, konnte die erneute Trennung psychisch nicht verkraften und nahm am 2. Mai 2004 gegen 17.30 Uhr in Selbsttötungsabsicht insgesamt 18 Tabletten (Schmerzmittel und Antidepressiva) sowie Alkohol zu sich und brachte anschließend die Kinder zu Bett. Nach dem erneuten Genuss einer größeren Menge Alkohols, die zu einer max. BAK von 2,61 ‰ führte, fasste er gegen 20.30 Uhr den Entschluss, die

Kinder "mit in den Tod zu nehmen". Gleichgewichtige Beweggründe dafür waren, dass er zum einen verzweifelt war und sich um die Zukunft der Kinder nach seinem Tode sorgte, da seine Ehefrau diese vermeintlich nicht haben wollte, zum anderen wollte er seine Ehefrau anklagen und ihr vor Augen führen, sie hätte den Tod der Kinder durch die Rückkehr zu ihm verhindern können.

Der stark angetrunkene Angeklagte stieß seinem im elterlichen Schlafzimmer in einem Kinderbett schlafenden, ein Jahr und neun Monate alten Sohn Hannes ein Messer mit einer Klingenlänge von 22 cm in die Brust, was infolge Verblutens innerhalb einiger Minuten zu dessen Tode führte. Während dieser Zeit hielt der Angeklagte die Hand des sterbenden Kindes. Anschließend trank er weiter Alkohol und sandte der Nebenklägerin, die ihr Handy jedoch nicht eingeschaltet hatte, eine Kurznachricht über die Tötung des Kindes.

Zwischen 1.00 Uhr und 2.00 Uhr morgens begab sich der stark alkoholisierte Angeklagte (max. BAK 3,51 ‰) ins Kinderzimmer und stieß der dort schlafenden fünf Jahre und vier Monate alten Lisa Marie dasselbe Messer in die Brust. Das Mädchen erwachte dabei mit den Worten: "Papa, ich hab dich doch lieb". Infolge inneren Verblutens starb Lisa Marie nach etwa einer Stunde. In dieser Zeit streichelte der Angeklagte das Mädchen und brachte es auf ihre Bitte noch zweimal zur Toilette.

Zum Zeitpunkt der Tötungshandlungen war der Angeklagte infolge des Alkohol- und Tablettenkonsums in Verbindung mit einem zweitägigen Schlafentzug, einer affektiven Ausnahmesituation und der bei ihm bestehenden abhängigen (asthenischen) Persönlichkeitsstörung in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt.

Nach Tötung der Lisa Marie fühlte sich der Angeklagte nicht mehr in der Lage, auch noch seinen siebenjährigen Sohn Niklas zu töten. Er erwog, sich die Pulsadern aufzuschneiden, nahm davon aber Abstand, um Niklas nicht alleine zu lassen. Stattdessen reinigte er die Wohnung, damit der noch schlafende Junge nichts merken sollte und brachte diesen am nächsten Morgen gleich auf den Spielplatz. Er selbst wusch währenddessen die Leichen der Kinder, kleidete sie neu ein, legte sie mit Plüschtieren und Spielzeug in den Armen ins Ehebett und deckte sie bis zum Hals zu. Danach schrieb er seiner Ehefrau, die das Handy noch immer ausgeschaltet hatte, eine Kurznachricht, dass sie die Kinder noch einmal sehen könne und dass er sie liebe. Anschließend brachte er Niklas zu seiner Ehefrau in die Wohnung ihres Liebhabers. Er selbst kehrte kurz in die eigene Wohnung zurück, nahm in Selbsttötungsabsicht weitere 30 Tabletten (Antidepressiva) und lief in den nahe gelegenen Stadtwald, um dort auf seinen eigenen Tod zu warten. Am nächsten Tag wurde er von einem polizeilichen Suchtrupp am ganzen Körper zitternd und mit gläsernem Blick festgenommen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von dreizehn Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit der Sachrüge beanstanden die Revisionen der Nebenkläger die Verneinung der Mordmerkmale Heimtücke sowie niedrige Beweggründe und erstreben eine Verurteilung wegen Mordes. Die Rechtsmittel haben teilweise Erfolg. [...]

Das Landgericht hat das Tatgeschehen als Totschlag in zwei Fällen gewertet und ist jeweils von einem gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen ausgegangen. Das Vorliegen von Mordmerkmalen, insbesondere von Heimtücke und niedrigen Beweggründen, hat es ausgeschlossen.

Für das Mordmerkmal der Heimtücke fehle es an der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer. Der Angeklagte habe den Schlaf der Kinder gerade nicht zum Zwecke der Tötung herbeigeführt oder genutzt. Er habe den Tatentschluss vielmehr erst gefasst, als die Kinder schon schliefen und diese im Übrigen nicht in einer feindseligen Willensrichtung getötet. Zudem sei zweifelhaft, ob die beiden kleinen Kinder überhaupt die Fähigkeit zum Argwohn hatten. Niedrige Beweggründe seien nicht handlungsbestimmend gewesen, weil die Absicht des Angeklagten, seine Ehefrau zu bestrafen, nur eines von mehreren, nicht aber das tatbeherrschende Motiv gewesen sei.

II. Entscheidung des BGH

1. Zum Vorliegen eines Heimtückemordes bzgl. des Opfers Lisa Marie

Diese Erwägungen sind rechtsfehlerhaft und führen zur Aufhebung des Urteils, soweit es die Tat zum Nachteil des Mädchens Lisa Marie betrifft, weil das Landgericht die Voraussetzungen eines "Heimtückemordes" verkannt hat.

a. Zu den Voraussetzungen für Heimtücke

Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder 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 (BGHSt 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2 m.w.N.). Das Opfer muss gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSt 32, 382, 384). Arg-

los ist regelmäßig auch der Schlafende, wenn er einschläft. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, dass ihm nichts geschehen werde; in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit. Arglos ist er hingegen nicht nur, ehe er einschläft. Wer sich zum Schlafen niederlegt, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf; sie begleitet ihn, auch wenn er sich ihrer nicht mehr bewusst ist. Das besonders Gefährliche und Tückische, das den Täter lebenslanger Freiheitsstrafe aussetzt, liegt darin, dass er sein Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSt 23, 119, 120 f.). Entgegen der Auffassung des Landgerichts handelt ein Täter gegenüber seinem Opfer auch schon dann heimtückisch, wenn er dessen Arglosigkeit nur bewusst ausnutzt, ohne dass es darauf ankommt, ob er sie bewusst herbeigeführt oder bestärkt hat (BGHSt 8, 216, 219). Dass der Angeklagte hier seine Kinder nicht in der Absicht, sie anschließend zu töten, schlafen gelegt, sondern seinen Tatentschluss erst später gefasst hat, steht einer Verurteilung wegen Heimtückemordes deshalb nicht entgegen.

b. Zur heimtückischen Tötung von Kleinstkindern

Im Ansatz zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass einem Kleinstkind gegenüber heimtückisches Handeln in der Regel nicht möglich ist, weil es nicht fähig ist, anderen Vertrauen entgegenzubringen. Der Bundesgerichtshof hat es in ständiger Rechtsprechung abgelehnt, die Tötung eines sehr kleinen Kindes, das infolge seiner natürlichen Arg- und Wehrlosigkeit gegen einen Angriff auf sein Leben nichts unternehmen kann, als heimtückisch anzusehen, weil seine Wahrnehmungsfähigkeit noch nicht ausgebildet ist. Diese Rechtsprechung beruht darauf, dass der Begriff der Heimtücke auf etwas Heimliches hindeutet, man eine böse Absicht aber nur vor jemanden verheimlichen kann, der an sich in der Lage ist, sie wahrzunehmen (BGHSt 4, 11; 8, 216, 218). Hier war jedoch das Opfer Lisa Marie bereits fünf Jahre und vier Monate alt, also in einem Alter, in dem ein normal entwickeltes Kind einen auf sein Leben zielenden Angriff erkennen und danach versuchen kann, Hilfe herbeizurufen, den Täter umzustimmen oder in sonstiger Weise dem Anschlag zu begegnen bzw. die Durchführung zu erschweren (vgl. BGH NJW 1978, 705; NStZ 1995, 230 jeweils für ein dreijähriges Kind). Der neue Tatrichter wird deshalb festzustellen haben, ob Lisa Marie in diesem Sinne normal entwickelt und damit in der Lage war, den Angriff auf ihr Leben in irgendeiner Weise zumindest zu erschweren.

c. Zum Bestehen einer feindlichen Willensrichtung des Angeklagten

Der Annahme von Heimtücke steht nicht entgegen, dass es an der erforderlichen feindlichen Willensrichtung beim Angeklagten fehlte. Das kommt unter Umständen dann in Betracht, wenn ein zur Selbsttötung entschlossener Täter Angehörige seiner Familie, die er sehr liebt, aus Sorge um deren ungewisse Zukunft mit sich in den Tod nehmen will, weil er - möglicherweise in krankhafter Verblendung - meint, zum Besten seiner Familie zu handeln (BGHSt 9, 385; 37, 376; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 10; BGH NStZ 1995, 230). Hier handelte der Angeklagte jedoch nicht ausschließlich aus Sorge um das künftige Wohlergehen seiner Kinder, sondern auch, um seine Ehefrau anzuklagen und sie zu bestrafen, mithin in feindlicher Willensrichtung gegenüber seinen Kindern, die er für seine Rachegelüste opferte (vgl. MünchKomm-Schneider § 211 Rdn. 145).

2. Zum Fehlen von Mordmerkmalen bzgl. des Opfers Hannes

Demgegenüber weist das Urteil, soweit es die Tat zum Nachteil des Jungen Hannes anbelangt, keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

a. Zum Fehlen von Heimtücke

Der Annahme eines Heimtückemordes steht hier - wie vom Landgericht zutreffend erwogen - das Alter des Tatopfers von nur einem Jahr und neun Monaten entgegen. Das altersgerecht entwickelte Kleinkind Hannes war unter den hier gegebenen Umständen zum Argwohn zumal gegenüber seinem eigenen Vater bereits konstitutionell nicht fähig und konnte deshalb nicht heimtückisch getötet werden (vgl. BGHSt 4, 11; MünchKomm-Schneider, § 211 Rdn. 134).

Zutreffend weist die Revision zwar darauf hin, dass nach der Rechtsprechung eine Ausnahme der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke dann zu machen ist, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können (vgl. BGHSt 8, 216, 219; BGH NStZ-RR 2006, 43). Allerdings ist schützender Dritter auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung nur derjenige, der den Schutz des Kindes übernommen hat und ihn im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil er dem Täter vertraut (vgl. BGHSt 8, 216, 219; MünchKomm-Schneider § 211 Rdn. 42). Dass die im Nebenzimmer schlafenden fünf bzw. sieben Jahre alten Kinder Lisa Marie und Niklas hier zuvor den Schutz des jüngeren Bruders Hannes trotz der Gegenwart des leiblichen Vaters übernommen und sogar diesem gegenüber tatsächlich ausgeübt hätten, mithin dessen Aufsichtspersonen waren (vgl. Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 211 Rdn. 19 a), ist

unter den gegebenen Umständen nicht der Fall.

b. Zum Fehlen niedriger Beweggründe

Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe hat das Landgericht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei verneint. Ob ein Beweggrund niedrig ist, muss auf Grund einer Gesamtwürdigung beurteilt werden, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse und die Persönlichkeit des Täters einschließt. Beim Vorliegen eines so genannten Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv, welches der Tat ihr Gepräge gibt, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist (BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 20; BGH StV 2000, 76; 2004, 205; NStZ-RR 2004, 234). Hier hat das Landgericht nach umfassender Würdigung dem Motiv der Rache des Angeklagten an der Ehefrau angesichts seiner Sorge um das künftige Wohlergehen der von ihm geliebten Kinder sowie angesichts seiner Verzweiflung und seines Gefühls der Ausweglosigkeit, das auch zu den Suizidversuchen geführt hatte, keine so beherrschende Bedeutung zugemessen, dass es die Tötung insgesamt als eine verachtungswerte, auf tiefster Stufe stehende erscheinen ließe. Dies hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 79). [...]

Standort: § 316 a StGB — Problem: Ausnutzen der besonderen Verhältnisse

BGH, URTEIL VOM 23.02.2006
4 STR 444/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der sich von einem Taxifahrer nach Hause hatte fahren lassen, wartete am Zielort bis der Taxifahrer angehalten und das Automatikgetriebe des Fahrzeugs auf "Parken" gestellt hatte; dann sprühte er dem Fahrer Pfefferspray in die Augen und lief weg, um den Fahrpreis nicht zahlen zu müssen. Er wurde jedoch von dem nacheilenden Fahrer festgehalten. Das Landgericht Berlin verurteilte den Angeklagten zwar wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255, 250, 22, 23 I StGB) und gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I StGB); eine Strafbarkeit wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316 a StGB) hatte das LG abgelehnt. Der BGH bestätigte diese Entscheidung.

Prüfungsrelevanz:

§ 316 a I StGB stellt (ebenso wie §§ 239 a und b StGB) einen Tatbestand dar, der oft im Zusammenhang mit den hochgradig examensrelevanten Tatbeständen der §§ 249 ff. StGB anzusprechen ist. Insofern sind auch bzgl. § 316 StGB zumindest Grundkenntnisse erforderlich.

Der Tatbestand des § 316 a I StGB setzte bis zum 6. Strafrechtsreformgesetz (StrRG) 1998 voraus, dass der Täter einen Angriff auf den Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs "unternimmt". Kennzeichnend für eine solches "Unternehmensdelikt" (heute noch z.B. §§ 131 I Nr. 4, 184 I Nr. 3, 8, 9 StGB) ist, dass Versuch und Vollendung gleichgestellt sind (vgl. § 11 I Nr. 6 StGB). Durch das 6. StrRG wurde der Wortlaut der Norm jedoch dahingehend geändert, dass der Täter nunmehr einen Angriff "verüben" muss. Seitdem dürfte § 316 a I StGB wohl ein normales (Erfolgs-) Delikt darstellen. Was sich am Inhalt der Norm jedoch nicht geändert hat (und auch Gegenstand der Ausführungen des BGH in der vorliegenden Entscheidung ist) ist, dass das Opfer des Angriffs Führer eines Kraftfahrzeugs oder ein Mitfahrer sein muss und der Täter bei seinem Angriff die "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" ausnutzen muss.

Ein häufig auftretender Fall, in denen das Vorliegen der Voraussetzungen von § 316 a I StGB zu diskutieren ist, ist gegeben, wenn der Täter einen Taxifahrer zu einem (meist einsamen) Ort fahren lässt, um ihn dort zu überfallen, sei es, um dessen Tageseinnahmen zu erhalten, sei es auch nur, um die Fahrt nicht bezahlen zu müssen. Während der BGH in der Vergangenheit (vgl. BGHSt 13, 27; 15, 322; NStZ 2003, 35) in solchen Fällen den Tatbestand des § 316 a I StGB in ständiger (wenn auch nicht ganz einheitlicher) Rechtsprechung bejaht hatte, nahm er erstmals in der Entscheidung NStZ 2004, 207 (= RA 2004, 59), später präzisiert insb. durch NStZ-RR 2004, 171 (= RA 2004, 199) und NJW 2005, 2564 (= RA 2005, 559) hiervon Abstand. Diese Rechtsprechung wird mit dem vorliegenden Urteil fortgeführt.

Der BGH betont - wie bereits in der Entscheidung NJW 2005, 2564 - auch in der vorliegenden Entscheidung, dass § 316 a I StGB eine zeitliche Verknüpfung dergestalt voraussetze, dass das Opfer im Tatzeitpunkt (also beim Verüben des Angriffs) noch Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs sein müsse. Führer eines Kraftfahrzeuges im Sinne dieser Bestimmung sei, wer das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginne, es in Bewegung halte oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sei. Befinde sich das Fahrzeug nicht mehr in Bewegung, so sei darauf abzustel-

len, ob das Opfer als Fahrer noch mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst sei, was - auch bei einem Halt - regelmäßigder Fall sei, wenn der Motor des Fahrzeugs noch laufe. Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung, dass das zusätzlich erforderliche "Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" auch bei laufendem Motor in der Regel dann nicht mehr gegeben sei, wenn das Fahrzeug sich nicht mehr bewege. Ein solches Ausnutzen setze nämlich voraus, dass verkehrsspezifische Umstände vorlägen, die zu einer Beeinträchtigung der Abwehrmöglichkeiten des angegriffenen Fahrzeugführers führten. Solche Umstände könnten jedoch bei einem haltenden Fahrzeug - auch bei weiter laufendem Motor - grundsätzlich nicht angenommen werden, wenn nicht eine außergewöähnliche Situation gegeben sei, z.B. das Opfer bei einem Automatikwagen das Automatikgetriebe auf Dauerbetrieb belasse und mit dem Fuß auf der Bremse bleibe, um das Weiterrollen des Fahrzeugs zu verhindern (vgl. BGH, NJW 2005, 2564).

Weiter macht der BGH noch Ausführungen zur Strafminderung gem. §§ 21, 49 I StGB, wenn der Täter die verminderte Schuldfähigkeit i.S.v. § 21 StGB eigenverantwortlich (insb. durch Konsum von Alkohol) herbeigeführt hat. In gefestigter Rechtsprechung geht der BGH (durch eine Parallelwertung zur Rechtsfigur der actio libera in causa) mittlerweile davon aus, dass dem Täter eine Strafmilderung gem. § 21 StGB in diesem Fall regelmäßig zu versagen ist (vgl. BGH, NJW 2004, 3350). Der schuldmindernde Faktor der verminderten Schuldfähigkeit könne hier nämlich durch den schulderhöhenden Faktor der vorwerfbaren Herbeiführung der Alkoholisierung kompensiert werden. Dies setze jedoch - das betont der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung - voraus, dass es für den Täter vorhersehbar war, dass er im alkoholisierten Zustand Straftaten begehen werde, insb. weil er dies in der Vergangenheit bereits getan hat oder er sich in eine Situation begibt, in der erfahrungsgemäß eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Begehung von Straftaten im Zusammenhang mit Alkoholmissbrauch besteht. Da dies im vorliegenden Fall den Feststellungen nicht zu entnehmen war, war die vom LG durchgeführte Strafmilderung gem. §§ 21, 49 I StGB nach Auffassung des BGH nicht zu beanstanden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu den Voraussetzungen des § 316 a I StGB: *BGH*St 49, 8; *BGH*, NStZ 2003, 35; NJW 2004, 786; 2005, 2564; NStZ-RR 2004, 171; *Duttge/Nolden*, JuS 2005, 193; *Fischer*, Jura 2000, 434; *Ingelfinger*, JR 2000, 225; *Mitsch*, JA 1999, 662; *Wolters*, GA 2002, 303

❑ Zur Versagung von § 21 StGB wegen verschuldeter Herbeiführung des Zustands: *BGH*St 43, 77; *BGH*, StV 1997, 75; NJW 2004, 3350; *Foth*, NStZ 2003, 597; *Maatz*, StV 1998, 84; *Neumann*, StV 2003, 527

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: "Hansen"

❑ *Assessorkurs*: "Der Taxifahrer"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Führer eines Kraftfahrzeuges im Sinne von § 316 a StGB ist, wer das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Befindet sich das Fahrzeug nicht mehr in Bewegung, so ist darauf abzustellen, ob das Opfer als Fahrer noch mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist. Dies ist, auch bei einem nicht verkehrsbedingten Halt, regelmäßig der Fall, wenn der Motor des Fahrzeugs noch in Betrieb ist.

2. Ein Ausnutzen der "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" i.S.d. § 316 a StGB setzt voraus, dass der Angriff unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird. Das ist der Fall, wenn der Führer des Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann.

3. Verübt der Täter den Angriff im fließenden Verkehr oder bei einem verkehrsbedingten Halt, stellt dies ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass er dabei auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt. Aber auch bei einem nicht verkehrsbedingten Halt kann im Einzelfall eine Gegenwehr des angegriffenen Fahrzeugführers infolge spezifischer Bedingungen des Straßenverkehrs erschwert sein. Hierfür genügt jedoch nicht, dass der Fahrzeugmotor noch läuft und der Fahrer (allein) deshalb mit dem Betrieb des Fahrzeugs beschäftigt ist. Vielmehr müssen weitere verkehrsspezifische Umstände vorliegen, die zu einer Beeinträchtigung der Abwehrmöglichkeiten des angegriffenen Fahrzeugführers geführt haben.

Sachverhalt:

Der Angeklagte bestieg nach dem Besuch zweier Gaststätten, in denen er zuvor Wein und Bier in erheblichen Mengen zu sich genommen hatte, am frühen Morgen des 10. November 2004 ein Taxi. Als das Fahrtziel erreicht war, hielt der Taxifahrer gegen 3.10 Uhr - aufgrund der Tageszeit herrschte kein Verkehrs-

aufkommen - das Fahrzeug im Kreuzungsbereich zweier Straßen an, schaltete die Innenraumbeleuchtung ein und brachte bei laufendem Motor den Wählhebel für die Getriebeautomatik in die Parkstellung.
Anschließend bat er den im Fahrzeugfond sitzenden Angeklagten um die Entrichtung des Fahrpreises in Höhe von 9,80 Euro. Spätestens jetzt entschloss sich der erheblich angetrunkene Angeklagte, den Taxifahrer unter Einsatz eines mitgeführten Pfeffersprays an der Geltendmachung des Fahrpreises zu hindern. Er beugte sich vor, sprühte dem völlig überraschten Tatopfer Pfefferspray in das Gesicht und flüchtete nach einem kurzen Gerangel aus dem Fahrzeug. Als er wenig später stürzte, konnte er von dem nacheilenden Taxifahrer überwältigt werden. Durch den Einsatz des Pfeffersprays erlitt der Fahrer des Taxis Reizungen und Schmerzen an den Augen.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel
Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Sie erstrebt eine Verurteilung des Angeklagten (auch) wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316 a StGB). Ferner beanstandet sie, dass das Landgericht zu Gunsten des zur Tatzeit alkoholisierten Angeklagten bei der Bemessung der verhängten Strafe von der Milderungsmöglichkeit nach §§ 21, 49 StGB Gebrauch gemacht hat.
Das Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt nur in Bezug auf die Vornahme der Strafmilderung nach §§ 21, 49 StGB vertreten wird, hat keinen Erfolg. [...]

2. Entscheidung des BGH; zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 316 a StGB
Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 316 a StGB verneint.

a. Opfer war im Tatzeitpunkt "Führer eines Kraftfahrzeugs"
Allerdings war das Tatopfer zum Zeitpunkt des auf ihn verübten Angriffs (noch) Führer eines Kraftfahrzeugs und damit taugliches Tatobjekt einer Straftat nach § 316 a StGB. Führer eines Kraftfahrzeuges im Sinne dieser Bestimmung ist, wer das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist (BGHSt 49, 8, 14). Befindet sich das Fahrzeug nicht mehr in Bewegung, so ist darauf abzustellen, ob das Opfer als Fahrer noch mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist (BGH aaO). Dies ist, auch bei einem nicht verkehrsbedingten Halt, regelmäßig der Fall, wenn - wie hier - der Motor des Fahrzeugs noch in Betrieb ist (vgl. hierzu im Einzelnen BGH NJW 2005, 2564, 2565).

b. Kein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs
Liegt ein Angriff auf den Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Täter "dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" ausgenutzt hat. Danach ist erforderlich, dass der tatbestandsmäßige Angriff gegen das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird (BGHSt 49, 8, 11). Das ist (objektiv) der Fall, wenn der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann (BGH aaO S. 14 f.). Verübt der Täter den Angriff im fließenden Verkehr oder bei einem verkehrsbedingten Halt, stellt dies ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass er dabei auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt. Aber auch bei einem nicht verkehrsbedingten Halt (hier: zu dem Zweck, den Fahrpreis für die Beförderung zu kassieren) kann im Einzelfall eine Gegenwehr des angegriffenen Fahrzeugführers infolge spezifischer Bedingungen des Straßenverkehrs erschwert sein (vgl. die Beispielsfälle in BGH NJW 2005, 2564, 2565). Hierfür genügt jedoch nicht, dass der Fahrzeugmotor noch läuft und der Fahrer (allein) deshalb mit dem Betrieb des Fahrzeugs beschäftigt ist (BGH aaO). Vielmehr müssen weitere verkehrsspezifische Umstände vorliegen, die zu einer Beeinträchtigung der Abwehrmöglichkeiten des angegriffenen Fahrzeugführers geführt haben. Derartige Umstände hat das Landgericht mit dem Hinweis verneint, dass zur Tatzeit am Tatort kein Verkehrsaufkommen bestand, mithin das Tatopfer zum Zeitpunkt des Angriffs nicht mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen in einer Art und Weise beschäftigt war, die ihn in seiner Abwehrmöglichkeit beeinträchtigte. Dies ist nach den dargelegten Grundsätzen rechtlich nicht zu beanstanden, zumal die Feststellungen zudem belegen, dass auch das Fahrzeug des Tatopfers zum Tatzeitpunkt keiner besonderen Überwachung durch den Fahrer bedurfte, da es durch Einlegen des Automatikhebels in die Parkstellung gegen ein Wegrollen oder ungewolltes Beschleunigen hinreichend gesichert war.

3. Zur Strafmilderung gem. §§ 21, 49 I StGB

Auch die vom Landgericht nach Maßgabe der §§ 21, 49 Abs. 1 StGB vorgenommene Strafrahmenverschiebung weist keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit - wie hier - auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine Strafrahmenverschiebung nach den genannten Bestimmungen, wenn sich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant infolge der Alkoholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter im Rahmen des ihm gesetzlich eingeräumten Ermessens in wertender Betrachtung zu bestimmen; seine Entscheidung unterliegt nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Überprüfung (BGHSt 49, 239; Senatsurteil vom 15. Dezember 2005 - 4 StR 314/05).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Entscheidung des Landgerichts, den Strafrahmen des § 250 Abs. 3 StGB gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB zu mildern, nicht zu beanstanden. Die erkennende Strafkammer hat bei ihrer Entscheidung in erster Linie darauf abgestellt, dass der Angeklagte bislang noch nicht wegen eines Gewaltdelikts verurteilt worden ist und damit zum Ausdruck gebracht, dass eine in der Person des Angeklagten begründete, für ihn vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund seiner Alkoholisierung in Bezug auf die ausgeurteilte Tat nicht gegeben war. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen lag auch keine für den Angeklagten vorhersehbare Risikoerhöhung aufgrund der situativen Verhältnisse vor. Der Angeklagte befand sich nicht in einer gefahrträchtigen Lage, als er den Alkohol zu sich nahm. Auch danach hat er sich weder bewusst noch leichtfertig in die Tatsituation gebracht (vgl. hierzu BGHSt 49, 239, 243 f).

Der Angeklagte hat - wovon das Landgericht in zutreffender Anwendung des Zweifelssatzes ausgegangen ist - den Tatentschluss spontan erst unmittelbar vor Begehung der Tat gefasst. In Bezug auf die mitgeführte Pfefferspraydose hat er sich unwiderlegt dahin eingelassen, diese zu seinem Selbstschutz mit sich geführt zu haben. [...]

Standort: § 302 StPO — Problem: Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts

BGH, URTEIL VOM 23.02.2006
5 STR 457/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Verteidigerin des Angeklagten hatte außerhalb der Hauptverhandlung sowohl mit dem Vertreter der Staatsanwaltschaft als auch mit dem Vorsitzenden der Strafkammer darüber gesprochen, dass bei einer geständigen Einlassung des Angeklagten eine höhere Strafe als drei Jahre und sechs Monate nicht beantragt bzw. verhängt würde. Nach der - sehr kurzen - Hauptverhandlung beantragte die Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit der Verteidigung eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten, auf die das Gericht auch erkannte. Unmittelbar nach Verkündung des Urteils verzichtete der Angeklagte auf Rechtsmittel. Der BGH hielt die vom Angeklagten trotz des Verzichts auf Rechtsmittel eingelegte Revision gegen das Urteil für zulässig, da der Verzicht unwirksam gewesen sei.

Prüfungsrelevanz:

Prozessuale Probleme wie die im vorliegenden Fall diskutierte Unwirksamkeit eines vom Angeklagten erklärten Rechtsmittelverzichts sind eher im zweiten Examen relevant (gehören dort allerdings zum Standardwissen); im ersten Examen dürften sie außerhalb der entsprechenden Wahlfach- bzw. Schwerpunktbereichsgruppen - wenn überhaupt - allenfalls als Zusatzfrage in Klausuren oder in mündlichen Prüfungen eine Rolle spielen.

Gem. § 302 I StPO kann ein Rechtsmittelberechtigter (vgl. insb. § 296 StPO) auf Rechtsmittel verzichten. Als Prozesshandlung ist der Rechtsmittelverzicht bedingungsfeindlich (vgl. OLG Köln, NJW 1980, 2720; Meyer-Goßner, § 302 Rn. 20) und kann weder widerrufen noch angefochten werden (vgl. BGH, NJW 1984, 1974; NStZ 1997, 148; Joecks, StPO, § 302 Rn. 11). Ein wirksamer Verzicht führt dazu, dass die Entscheidung sofort rechtskräftig wird und trotz des Verzichts eingelegte Rechtsmittel unzulässig sind (Meyer-Goßner, § 302 Rn. 14, KK-Ruß, § 302 Rn. 6).

Allerdings ist nicht jeder vom Angeklagten erklärte Verzicht automatisch wirksam: Da ein Verzicht erklärt werden kann, sobald und solange auch Rechtsmittel eingelegt werden könnten, ist ein Verzicht vor der Urteilsverkündung unwirksam (denn vor Verkündung einer Entscheidung könnten auch keine Rechtsmittel eingelegt werden, vgl. BGHSt 43, 195; BGH, StV 2000, 542; Meyer-Goßner, § 302 Rn. 14). Bei einem nach Urteilsverkündung erklärten Verzicht erkennt die Rechtsprechung drei Fallgruppen der Unwirksamkeit des Verzichts an, auf die der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung eingeht: schwerwiegende Willensmängel des Angeklagten (z.B. weil in unzulässiger Weise mit Haft für den Fall der Weigerung gedroht wird (BGH, NJW 2004, 1885; StV 2004, 636) oder weil der Angeklagte die deutsche Sprache nicht be-

herrscht (OLG München, StV 1998, 636)), vorherige Verfahrensabsprachen ohne qualifizierte Rechtsmittelbelehrung (BGH (GrStS), NJW 2005, 1440; Joecks, StPO, § 302 Rn. 13) und sonstige Umstände bei Art und Weise des Zustandekommens des Verzichts (z.B. keine Gelegenheit des Angeklagten, sich vor dem Verzicht mit seinem Verteidiger zu beraten, vgl. BGHSt 45, 51).

Im vorliegenden Fall waren zwar außerhalb der Hauptverhandlung Vorgespräche über das Strafmaß geführt worden und eine qualifizierte Belehrung unterblieben, dennoch sah der BGH die zweite Fallgruppe nicht als gegeben an; die Vorgespräche allein stellten keine verfahrensbeendende Ansprache dar und eine solche sei auch in der Hauptverhandlung nicht getroffen worden (wo sie aber hätte vereinbart werden müssen, vgl. BGH, NJW 2004, 1396; Meyer-Goßner, Einl. Rn. 119 e), so dass auch eine qualifizierte Belehrung nicht erforderlich gewesen sei. Allerdings sei hier die dritte Fallgruppe gegeben, so dass der Verzicht im Ergebnis doch unwirksam sei. Die Vorgehensweise des Gerichts verletzte nämlich in erheblicher Weise das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren: die Vorgespräche über das Höchstmaß der Strafe wurden in der Hauptverhandlung nicht erwähnt; statt dessen wurde aufgrund der Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung auf eine Erklärung der Verteidigerin hin, die als geständige Einlassung des Angeklagten gewertet wurde, die Hauptverhandlung stark verkürzt durchgeführt. Das Gericht hatte außerdem den Angeklagten vor seinem Verzicht weder über sein Recht, Rechtsmittel einzulegen, belehrt noch ihm Gelegenheit zur Rücksprache mit seiner Verteidigerin gegeben. Zwar sei jeder Umstand für sich genommen u.U. nicht ausreichend, eine erhebliche Verletzung des ungeschriebenen "fair trial"-Grundsatzes zu bewirken, die Summe der Faktoren führe jedoch dazu, dass der Verzicht des Angeklagten wegen besonderer Umstände unwirksam sei.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts: *BGH*, NJW 2004, 1885; NStZ 1984, 18; 2001, 493; 2004, 636; NStZ-RR 2004, 228; *OLG Brandenburg*, StraFo 2001, 136; *Beulke/Angerer*, NStZ 2002, 443; *Peglau*, NStZ-RR 2002,464

❑ Zu Absprachen im Strafprozess: *BGH*St 43, 195; 45, 51; 48, 161; *BGH*, NStZ 2003, 242; *Küpper*, Jura 1999, 400; *Landau/Eschenbach*, NJW 1999, 321

❑ Zur Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts als Teil einer Absprache: *BGH*, StV 2001, 554; NSTZ 2002, 379; 2003, 677; NJW 2004, 1335; 2004, 1336; 2005, 1440; *Daliger*, JuS 2006, 8)

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Rechtsmittelverzicht ist als Prozesserklärung grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar. Ausnahmen hiervon bestehen allerdings namentlich in drei Fallgruppen, die zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führen können: schwerwiegende Willensmängel, vorangegangene Urteilsabsprachen ohne anschließende qualifizierte Rechtsmittelbelehrung und sonstige Umstände der Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsmittelverzichts.

2. Unverbindliche Vorgespräche unter den Verfahrensbeteiligten stellen, selbst wenn sie später zu einem weitgehend konsensualen Vorgehen aller Verfahrensbeteiligter führen, keine (konkludente) verbindliche verfahrensbeendende Absprache dar.

3. Kommt es allerdings im Vorfeld der Hauptverhandlung zu einem solchen (unverbindlichen) Austausch übereinstimmender Vorstellungen über die Höhe der Strafe für den Fall, dass der Angeklagte ein Geständnis ablegt, ist es aus Gründen der Fairness und Transparenz geboten, diese Umstände in der öffentlichen Hauptverhandlung zu erörtern. Fehlt es hieran, so kann ein vom Angeklagten erklärter Rechtsmittelverzicht unwirksam sein, wenn wegen einer Verteidigererklärung, die von allen Beteiligten lediglich auf Grund der außerhalb der Hauptverhandlung geschaffenen weitgehend konsensualen Basis als geständige Einlassung des Angeklagten gewertet wird, die Hauptverhandlung deutlich verkürzt durchgeführt wird.

Sachverhalt:

Die Verteidigerin war ursprünglich bestrebt, über eine Anwendung des § 31 BtMG eine Bewährungsstrafe für den Angeklagten zu erreichen, der vor der Hauptverhandlung noch keine Einlassung abgegeben hatte. Bei einem Vorgespräch hatte der Strafkammervorsitzende eine Anwendung des § 31 BtMG, dessen Grundlagen ggf. in Aussetzung der Hauptverhandlung überprüft werden könnten, für erwägenswert erachtet.

Indes erfuhr die Verteidigerin vor Beginn der Hauptverhandlung, dass der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft ein solches Vorgehen für unvertretbar halte, die Staatsanwaltschaft aber im Fall eines Geständnisses mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten "leben könne".

Daran anschließend erkundigte sich die Verteidigerin bei dem Strafkammervorsitzenden "nach der Strafvorstellung des Gerichts" und erfuhr von ihm, dass "die Kammer bei einer geständigen Einlassung des Angeklagten eine Strafe in Erwägung ziehe, die drei Jahre und sechs Monate nicht übersteige". Der beisitzende Richter nahm diese Äußerung wahr.

Nach Verlesung der Anklage und Belehrung über die

Einlassungsfreiheit erklärte sich der Angeklagte aussagebereit; er wurde vom Strafkammervorsitzenden gesondert "auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses hingewiesen sowie ergänzend gemäß § 31 BtMG belehrt". Eine daran anschließende, von der Verteidigerin erbetene Verhandlungspause nutzte diese zur Besprechung mit dem Angeklagten. Unmittelbar danach gab sie zunächst eine Erklärung zur Sache ab, deren Inhalt sich sodann der Angeklagte "zu Eigen machte". Im weiteren Verlauf der nach der Unterbrechung bis zum Beginn der Urteilsberatung eine halbe Stunde dauernden Hauptverhandlung sind lediglich Äußerungen des Angeklagten zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen protokolliert.

Der Staatsanwalt beantragte in seinem Schlussvortrag die Verurteilung des Angeklagten zu drei Jahren und sechs Monaten Gesamtfreiheitsstrafe.

Die Verteidigerin schloss sich diesem Antrag an. Nach Verkündung des Urteils, in dem eben diese in den Vorgesprächen bezeichnete, übereinstimmend beantragte Strafe verhängt wurde, erfolgte ohne Rechtsmittelbelehrung und ohne dass dem Angeklagten ausweislich des Protokolls ausdrücklich Gelegenheit zur Rücksprache mit seiner Verteidigerin gegeben wurde, sofort allseitiger Rechtsmittelverzicht.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen 103 Fällen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (§ 29 a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG), wegen 29 Fällen des (gewerbsmäßigen) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG) und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zur umfassenden Aufhebung des Urteils.

II. Entscheidung des BGH

1. Zur Zulässigkeit der Revision

Das fristgerecht (§ 341 Abs. 1 StPO) eingelegte Rechtsmittel ist zulässig. Der vom Angeklagten im Anschluss an die Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht erweist sich als unwirksam.

a. Zulässigkeit nur bei Unwirksamkeit des Verzichts

Ein Rechtsmittelverzicht ist als Prozesserklärung grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar (st. Rspr., vgl. nur BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 12 m.w.N.). Die Rechtsprechung erkennt allerdings Ausnahmen von diesem Grundsatz an. In Betracht kommen namentlich drei Fallgruppen, die zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führen können: Schwerwiegende Willensmängel (vgl. BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 17, 18 m.w.N.), vorangegangene Urteilsabsprachen ohne anschließende qualifizierte Rechtsmittelbelehrung (vgl. BGH - Großer Senat für Strafsachen [GS] - NJW 2005, 1440, zum Abdruck in BGHSt 50, 40 bestimmt) und sonstige Umstände der Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsmittelverzichts (BGHSt 45, 51). Hier liegt ein Unwirksamkeitsgrund der dritten Fallgruppe - unter Berücksichtigung der zur zweiten Fallgruppe entwickelten Grundsätze - vor.

b. Fehlen einer verfahrensbeendenden Absprache

Die Revision macht allerdings geltend, es habe eine Urteilsabsprache vorgelegen; da dem Angeklagten gleichwohl keine qualifizierte Belehrung über seine fortbestehende Rechtsmittelbefugnis erteilt worden sei, sei der Rechtsmittelverzicht unwirksam. Nach dem Hauptverhandlungsprotokoll (vgl. § 274 StPO; hierzu BGH - GS - aaO S. 1446) ist zwar weder eine solche qualifizierte noch überhaupt eine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden. Indes ist nicht der Nachweis erbracht worden, dass dem Verfahren eine verfahrensbeendende Absprache im Sinne der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zugrunde lag. [...]

[Im vorliegenden Fall] liegt weder eine ausdrückliche noch eine konkludente verfahrensbeendende Absprache vor: Die Berufsrichter, die ihr Verhalten nicht als Urteilsabsprache bewerten, haben eine einzuhaltende bindende Zusage ausdrücklich nicht abgegeben, die Pflichtverteidigerin hat eine solche - ungeachtet ihrer begründeten Hoffnung, das angesprochene, von ihr letztlich als für ihren Mandanten günstig gewertete Verhandlungsergebnis zu erreichen - auch selbst dem Prozessverlauf nicht entnommen. Weder sind die Schöffen nachweislich in eine Urteilsabsprache einbezogen worden, noch ist ein Verständigungsergebnis in öffentlicher Hauptverhandlung in Gegenwart aller betroffenen Prozessbeteiligten ausdrücklich angesprochen worden. Auf Einhaltung der für eine Urteilsabsprache von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Formerfordernisse (BGHSt 43, 195) vor Abgabe eines Geständnisses hat die Verteidigerin jedenfalls nicht nachdrücklich gedrängt. Damit sind letztlich nur unverbindliche Vorgespräche erwiesen, die freilich im Anschluss zu einem weitgehend konsensualen Vorgehen aller Verfahrensbeteiligter geführt haben. Infolge des überwiegend informellen Vorgehens fehlte es gleichwohl noch an einer von allen Beteiligten verbindlich gewollten verfahrensbeendenden Absprache (vgl. hierzu BGHR StPO vor § 1/faires Verfahren - Vereinbarung 14).

c. Zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts wegen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens

Der Rechtsmittelverzicht ist allerdings wegen folgender, auch vom Gericht zu verantwortender Umstände seines Zustandekommens unwirksam: Im Vorfeld der Hauptverhandlung kam es zum Austausch übereinstimmender Vorstellungen über die Höhe der Strafe für den Fall, dass der Angeklagte ein Geständnis ablegt. Diese Umstände wurden jedoch nicht in öffentlicher Hauptverhandlung erörtert. Dies wäre aus Gründen der Fairness und Transparenz bei dem Ausmaß der bei den Vorgesprächen erzielten übereinstimmenden Vorstellungen und angesichts des hiernach abgeleisteten Geständnisses geboten gewesen (vgl. BGHSt 43, 195, 205 f.). Vielmehr wurde auf der von allen Beteiligten lediglich außerhalb der Hauptverhandlung geschaffenen weitgehend konsensualen Grundlage nach als geständige Einlassung des Angeklagten gewerteter Verteidigererklärung die Hauptverhandlung deutlich verkürzt durchgeführt. Unmittelbar nach Urteilsverkündung hat das Gericht den Rechtsmittelverzicht des Angeklagten entgegengenommen, obgleich es ihn weder gemäß § 35 a StPO über sein Recht belehrt hatte, Rechtsmittel gegen dieses Urteil einzulegen, noch ihm zuvor ausdrücklich Gelegenheit zur Rücksprache mit seiner Verteidigerin zur Beratung über einen Rechtsmittelverzicht gegeben hatte (vgl. zu alledem BGH - GS - aaO S. 1445 f.).

Dem Senat unterliegen damit folgende Umstände zur Würdigung eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (vgl. auch BGH NStZ 2004, 636): fehlende Transparenz von übereinstimmenden Willensbekundungen von Staatsanwaltschaft, Gericht und Verteidigung über die Strafhöhe; Belehrung gemäß § 31 BtMG nach Austausch der Auffassungen von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung darüber, dass eine Anwendung dieser Norm ausgeschlossen ist; Abgabe eines Geständnisses in Kenntnis der Vorstellungen von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung über die Strafhöhe; fehlende Rechtsmittelbelehrung; Entgegennahme eines Rechtsmittelverzichts ohne ausdrückliche Gewährung einer Gelegenheit zur Beratung mit der Verteidigerin.

Zwar ist jeder dieser Umstände für sich gesehen noch nicht geeignet, die Unwirksamkeit der Prozesserklärung des Rechtsmittelverzichts zu begründen (vgl. Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 302 Rdn. 23 ff. m.w.N.). Jedoch ergibt sich solches vorliegend aus dem in seiner Gesamtheit durchgreifend bedenklichen Vorgehen des Gerichts, das damit im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverzicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen hat.

Diese Wertung folgt auch aus den Erwägungen des Großen Senats für Strafsachen: Danach ist im Interesse der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und aus Gründen der "Verfahrenshygiene" eine strikte Zurückhaltung des Gerichts bei der Förderung eines Rechtsmittelverzichts nach einem Hinwirken auf ein Geständnis des Angeklagten in Erwartung eines in Aussicht gestellten Verfahrensergebnisses geboten. Die trotz ausschließlich informeller Ausgestaltung eingehenden Vorgespräche und die hiermit verbundene Beeinflussung des Prozessverhaltens des Angeklagten verlangen für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts eine ähnliche Bewertung wie bei einer Urteilsabsprache. Hier hat der Angeklagte die Anklagevorwürfe in Kenntnis der übereinstimmenden Vorstellungen von Staatsanwaltschaft, Gericht und seiner Verteidigerin über die Strafhöhe eingestanden.

Nach der Verkündung des damit ebenfalls übereinstimmenden Urteils befand sich der Angeklagte in einer vom Gericht mitverursachten Gefahr, einen Rechtsmittelverzicht als folgerichtigen und unvermeidlichen Abschluss des überaus kurzen Hauptverfahrens zu akzeptieren. Dies machte wenigstens die Erteilung der von § 35 a StPO vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung und die Einräumung einer Beratung mit der Verteidigerin vor Erklärung des Rechtsmittelverzichts aus Fairnessgründen unerlässlich, um dem Angeklagten seine uneingeschränkte Rechtsmittelbefugnis zu verdeutlichen.

2. Zur Begründetheit der Revision

Die damit zulässige Revision hat umfassend Erfolg.

a. Zu den Verfahrensrügen

Zu den Verfahrensrügen merkt der Senat an:

Die Rüge eines - ersichtlich zu Unrecht behaupteten - Verstoßes gegen § 136 a StPO durch Ankündigung einer Verhaftung des Angeklagten für den Fall der Verweigerung eines Geständnisses oder durch Aufzeigen einer allzu beträchtlichen "Sanktionsschere" hat die Wahlverteidigerin in der Revisionshauptverhandlung nicht aufrechterhalten.

Bei der Divergenz zwischen den Charakterisierungen des Geständnisses im Urteil und dem protokollierten Ablauf der Hauptverhandlung liegt nicht ganz fern, dass die auf Verletzung des § 261 StPO gestützte Verfahrensrüge wegen eines für den Schuldspruch allein nicht tragfähigen Geständnisses durchgreifen würde. Dies bedarf indes keiner Entscheidung.

b. Zur Sachrüge

Zur Urteilsaufhebung führt jedenfalls die Sachrüge.

Mit der Annahme von 132 (richtig: 126) real konkurrierenden Taten des Verkaufs von Einzelmengen von einem bis zu 50 Gramm Marihuana zwischen Herbst 2002 und Herbst 2004 an überwiegend jugendliche Abnehmer übersieht das Landgericht die Möglichkeit einer Zusammenfassung von Einzelverkaufshandlun-

gen zur Tateinheit durch den vorausgegangenen Erwerb einer größeren zum Weiterverkauf bestimmten Rauschgiftmenge.

Die Möglichkeit einer so begründeten Bewertungseinheit (vgl. auch für Verbrechen nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG: BGH NStZ 2004, 109 m.w.N.) - oder mehrerer Bewertungseinheiten - lag hier auf der Hand, und zwar schon angesichts der Einzelverkäufe aus einem Ladengeschäft heraus, insbesondere aber auf Grund der abschließenden Sicherstellung einer zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Menge von über 130 Gramm Marihuana (Gegenstand des Schuldspruchs nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

Ersichtlich war die Strafkammer fixiert auf die Anklagefassung, an der sich das Urteil bis auf eine geringfügige Teileinstellung vollständig - bis hin zu dem erwähnten Zählfehler - orientiert, und auf den beschrittenen Weg informeller Verständigung; dies ist in Fällen, in denen Verständigungsanläufe nicht auf der notwendigen Basis gründlicher Durcharbeitung der Sache erfolgen, immer wieder zu beobachten (vgl. dazu Widmaier NJW 2005, 1985, 1986). Die Strafkammer hat danach die gebotene, hier vor etwa notwendigen Schätzungen zunächst durch Befragung des aussagewilligen Angeklagten ohne weiteres mögliche Sachaufklärung unterlassen, die zur rechtlich zutreffenden Beurteilung der gesamten angeklagten Straftaten unerlässlich war.

Hierauf beruht eine unhaltbare Beurteilung der Konkurrenzen. Allein durch die Annahme von 103 tatmehrheitlichen, jeweils auch bei kleinsten Verkaufsmengen nicht minder schweren Verbrechen nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG, daneben von 29 (richtig: 23, s. o.) tatmehrheitlichen, entsprechend auch bei kleinsten Verkaufsmengen besonders schweren Vergehen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 BtMG wird der Angeklagte auch beschwert. Feststellungen des Landgerichts auch nur teilweise aufrechtzuerhalten, hält der Senat bei der hier zur Überprüfung gestellten Verfahrensweise nicht für angezeigt.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Enteignender Eingriff

OLG BAMBERG, URTEIL VOM 24.2.2005
1 U 136/04 (NVwZ-RR 2006, 226)

Problemdarstellung:

Das OLG Bamberg hat einem Sanitätshaus Entschädigung aus enteignendem Eingriff zugesprochen, weil bei einem medizinischen Rettungseinsatz ein "Mietbett" zu Bruch gegangen war. Bei Reanimationsmaßnahmen war ein Sanitäter mit den Knien auf das mietweise zur Verfügung gestellte, motorisch verstellbare Pflegebett eines Sanitätshauses gestiegen, das dabei zusammenbrach und zerstört wurde. Rechtlich stellten sich folgende Probleme:

1. Der Rettungseinsatz wurde vom Roten Kreuz durchgeführt, jedoch von einem öffentlich-rechtlichen Zweckverband koordiniert. Das OLG stuft die Rettungsmaßnahme daher als hoheitliches Handeln ein, was den Weg zu Amtshaftung und Enteignungsentschädigung erst eröffnete, denn diese richten sich allein gegen den Staat.

2. Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) scheiterte jedoch an der Rechtmäßigkeit der Rettungsmaßnahme.

3. Es blieb der Anspruch aus enteignendem Eingriff übrig, den das OLG schulmäßig durchgeprüft und schließlich auch bejaht hat. Der Geschädigte müsse sich dabei - anders als bei der Amtshaftung nach § 839 I 2 BGB - auch nicht auf etwaige Ansprüche gegen Dritte verweisen lassen, weil Entschädigungsansprüche aus enteignendem Eingriff nicht subsidiär seien. Vielmehr sei es dem beklagten Rettungszweckverband unbenommen, seinerseits Regress beim Pflegebedürftigen zu nehmen.

Prüfungsrelevanz:

Ansprüche aus enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff gehören zum Standardwissen im Staatshaftungsrecht. Sie werden von der Rspr. aus §§ 74, 75 der Einführung zum allgemeinen Landrecht Preußens (EALR) in gewohnheitsrechtlicher Fortgeltung abgeleitet und greifen ein, wenn durch hoheitliches Handeln in Eigentumsrechte Privater eingegriffen wird. Während von einem "enteignungsgleichen Eingriff" bei rechtswidrigen Maßnahmen gesprochen wird, betrifft der enteignende Eingriff rechtmäßige Maßnahmen.

Beide Ansprüche setzen voraus, dass dem Privaten ein "Sonderopfer" zum Wohl der Allgemeinheit abverlangt wird, für das er eine Entschädigung gewissermaßen verdient. Beim "enteignungsgleichen Eingriff" ist das Sonderopfer regelmäßig gegeben, da grds. niemand rechtswidrige Eigentumseingriffe hinnehmen muss (vgl. Ossenbühl, StaatshaftungsR, 5. Aufl., S. 258 ff). Beim hier einschlägigen "enteignenden Eingriff" muss das Sonderopfer jedoch stets besonders festgestellt werden, da rechtmäßige Eigentumseingriffe grds. hinzunehmen sind. Keinesfalls liegt ein Sonderopfer vor, wenn der Eingriff Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 II GG) ist. Es müssen vielmehr besondere, außergewöhnliche Umstände vorliegen, die den Eingriff trotz seiner Rechtmäßigkeit zu einer besonderen Härte für den Betroffenen machen. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn er als Einziger (oder zumindest als einer von Wenigen) einen Schaden erleidet, der sich meist aus einer atypischen und unvorhergesehenen Folge hoheitlichen Handelns ergibt. Die Entscheidung des OLG enthält hierzu sehr prägnante Ausführungen, die sich gut in eine Klausur oder Hausarbeit übernehmen lassen.

Achtung: Handelt es sich bei der hoheitlichen Maßnahme im Gegensatz zum vorliegenden Fall um polizei- oder ordnungsrechtliches Einschreiten, enthalten die einschlägigen Gesetze der Länder vielfach eigene Entschädigungsnormen, die ggf. als Anspruchsgrundlage in Betracht kommen (vgl. z.B. §§ 39 OBG NRW, 80 NdsSOG, 38 OBG BBG, 72 SOG MV, 52 SächsPolG, 69 SOG LSA). Soweit darin eine Entschädigung für rechtswidrige Maßnahmen vorgesehen ist, gehen sie dem "enteignungsgleichen Eingriff" vor.

Vertiefungshinweise:

❑ Rettungsdienst als hoheitliches Handeln: *BGH*, NJW 2005, 429

❑ Ersatzanspruch des Trägers der Beschäftigungsstelle wegen Schädigung durch Zivildienstleistenden: *BVerwG*, NVwZ 2004, 1372

❑ Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff: *BGH*, RA 2001, 316 = DVBl 2001, 807

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die vergessene Motorsäge"

❑ *Examenskurs* : "Die Vögel"

❑ *Examenskurs*: "Das Pflichtexemplar"

Leitsätze:

1. Die Wahrnehmung der rettungsdienstlichen Aufgaben ist in Bayern auf Grund der öffentlich-rechtlichen Organisation insgesamt der hoheitlichen Betätigung zuzurechnen.

2. Die Haftung der am Rettungsdienst beteiligten Personen richtet sich nach den Grundsätzen der Amtshaftung.

3. Schäden am Eigentum Dritter können nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen oder des enteignenden Eingriffs zu ersetzen sein.

4. Eine Haftungssubsidiarität entsprechend § 839 I 2 BGB besteht insoweit nicht.

Sachverhalt:

Die Kl. ist ein Sanitätshaus und vermietet unter anderem Hilfsmittel für pflegebedürftige Personen. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit vermietete sie auch dem pflegebedürftigen X ein motorisch verstellbares Pflegebett.

Die Bekl. betreibt als öffentlich-rechtlicher Zweckverband u.a. die Rettungsleitstelle in A. Bei dieser ging am 12.1.02 ein Notruf des mittlerweile verstorbenen X ein. Die besagte Rettungsleitstelle der Bekl. verständigte daraufhin Mitarbeiter des Bayerischen Roten Kreuzes, die zu X eilten. Vor Ort stellte sich heraus, dass bereits Reanimationsmaßnahmen notwendig waren. Diese wurden im Pflegebett durchgeführt, wobei der Rettungssanitäter mit den Knien auf das Bett stieg. Infolge der Krafteinwirkung auf das Bett wurden der Rahmenmotor des Pflegebettes abgerissen und der Einliegerahmen verzogen. Hierdurch wurde ein Schaden i.H. von 1.796,33 Euro verursacht, den die Kl. von der Bekl. ersetzt verlangt.

Zu Recht?

Lösung:

Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch gegen die Bekl. auf Zahlung von 1.796,33 Euro hat.

A. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Ein solcher Anspruch könnte sich zunächst aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ergeben.

I. Beamter

Nach § 839 BGB muss ein "Beamter" gehandelt haben. Es muss sich jedoch nicht um einen Beamten im statusrechtlichen Sinn handeln. Vielmehr ist der Begriff des Beamten im haftungsrechtlichen Sinn auszulegen, wie Art. 34 S. 1 GG klarstellt, der nur von der Ausübung eines "öffentlichen Amtes" spricht, also jede Form hoheitlichen Handelns genügen lässt.

Gleichwohl ist hier zweifelhaft, ob überhaupt hoheitlich gehandelt wurde. Der Rettungssanitäter, welcher das Bett beschädigt und dadurch den Schaden verursacht hatte, war ein Mitarbeiter des Bayerischen Roten Kreuzes, das nicht staatlich organisiert ist. Das OLG nimmt aber trotzdem ein hoheitliches Handeln an, weil die Rettungsmaßnahme von der Bekl., einem staatlichen Zweckverband, koordiniert worden sei:

"Das LG hat zutreffend angenommen, dass der Bekl. hoheitlich tätig geworden ist. Der Rettungsdienst in Bayern ist öffentlich-rechtlich organisiert mit der Folge, dass die Wahrnehmung der rettungsdienstlichen Aufgaben sowohl im Ganzen, als auch im Einzelfall der hoheitlichen Betätigung zuzurechnen ist. Demgemäß sind auch die Rechtsbeziehungen, die bei Ausübung der Tätigkeit gegenüber den Leistungsempfängern entstehen, grundsätzlich öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Da sich der Rettungsdienst rechtlich und funktional aus der Tätigkeit des Notarztes und der übrigen am Rettungsdienst Bet. zusammensetzt, ist es auch sachgerecht, alle diese Personen einem einheitlichen Haftungsregime zu unterwerfen (BGH, NJW 2005, 429). Die Haftung der am Rettungsdienst bet. Personen richtet sich nach den Grundsätzen der Amtshaftung, Art. 34 S. 1 GG i. V mit § 839 I BGB."

Der handelnde Rettungssanitäter ist danach als Verwaltungshelfer der Bekl. tätig geworden. Er handelte als solcher in Ausübung eines öffentlichen Amtes und damit als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn.

II. Amtspflichtverletzung

Voraussetzung für eine Haftung des Bekl. nach diesen Grundsätzen wäre zunächst die Feststellung der Verletzung einer Amtspflicht. Dies kann aber im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden, da die eigentliche rettungsdienstliche Aufgabe zu Gunsten des Patienten X - soweit ersichtlich - ohne Verletzung derartiger Pflichten erfüllt wurde und jedenfalls keine zu Gunsten der Kl. bestehenden Amtspflichten verletzt wurden. Die zur Reanimation des Pflegebedürftigen erforderlichen rettungsdienstlichen Maßnahmen stellen auch einen Rechtfertigungsgrund dar, schließlich ist auch ein schuldhaftes Verhalten der am Rettungseinsatz beteiligten Personen nicht erkennbar."

Ein Amtshaftungsanspruch der Kl. gegen die Bekl. besteht somit nicht.

B. Notstand, § 904 S. 2 BGB

Der Kl. könnte ein Schadensersatzanspruch aber aus dem sogen. aggressiven Notstand gem. § 904 S. 2 BGB zustehen. Sie hat als Eigentümerin des Bettes einen Schaden erlitten, als die Kl. auf dieses im Rahmen einer Nothilfe zugunsten des X einwirkte. Allerdings handelte der Bekl. hoheitlich (s.o.). Fraglich ist, ob § 904 S. 2 BGB auf hoheitliches Handeln überhaupt an-

wendbar ist. Das OLG verneint dies:
”Eine Haftung des Bekl. gem. § 904 S. 2 BGB scheidet - wie schon das LG zutreffend festgestellt hat - aus, da diese Norm insgesamt bei der Ausübung von hoheitlichen Tätigkeiten nicht anwendbar ist, wie sich aus der systematischen Stellung und der Funktion des § 904 BGB ergibt, der dem Bereich der zivilrechtlichen Aufopferungshaftung und dort der Gruppe der Notstandsfälle zuzurechnen ist. Vielmehr sind etwaige Entschädigungsrechte des Eigentümers bei Verletzung seines Eigentums nach den Grundsätzen des enteignenden Eingriffs und des enteignungsgleichen Eingriffs zu beurteilen (vgl. Staudinger, BGB; Bearb. 2002, § 904 Rdnr. 51; BGHZ 117, 240 f. = NJW 1992, 3229).”

C. Enteignender Eingriff
Fraglich ist, ob ein Anspruch aus enteignendem Eingriff besteht. Dieses aus gewohnheitsrechtlicher Fortgeltung der §§ 74, 75 EALR entwickelte Rechtsinstitut findet Anwendung, wenn eine rechtmäßige hoheitliche Maßnahme bei einem Betroffenen unmittelbar zu - meist atypischen und unvorhergesehenen - Eigentumsbeeinträchtigungen führt, die er - da rechtmäßig - zwar hinnehmen muss, die aber die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren übersteigen (st. Rspr.; vgl. BGHZ 91, 20 [21 f., 26f.]; 112, 392 [399]; 129,124 [125]; 140, 285 [298]; Staudinger-Wurm, § 839 Rdnrn. 450, 478; Bamberger-Roth, § 839 Rdnr. 116).

I. Tatbestand

1. Hoheitliches Handeln
Hoheitliches Handeln liegt, wie oben gezeigt, mit der Reanimationsmaßnahme vor.

2. Eigentumseingriff
Das beschädigte Bett stand im Eigentum der Bekl., welche es an X nur vermietet hatte. Mithin liegt ein Eigentumseingriff im Form der Substanzverletzung (Sachbeschädigung) vor.

3. Kausalität
Die rettungsdienstliche Maßnahme - die Reanimation des X - kann auch nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Beschädigung des Bettes entfiele, denn ohne Reanimation wäre das Bett nicht überbelastet worden. Mithin war das hoheitliche Handeln auch äquivalent kausal für den Eigentumseingriff. Ferner lag die Beschädigung des Bettes infolge des Verhaltens des Sanitäters auch nicht derart außerhalb aller Wahrscheinlichkeit, dass unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz eine Kausalität verneint werden könnte.

4. Unmittelbarkeit
“Allerdings genügt es nicht, dass der entstandene Nachteil adäquat kausale Folge der hoheitlichen Tätigkeit ist, da dies auf die Annahme einer allgemeinen Gefährdungshaftung der öffentlichen Hand hinauslaufen würde, für die das geltende Recht aber keine Grundlage bietet. Erforderlich ist vielmehr, dass sich eine besondere Gefahr verwirklicht, die bereits in der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt ist, so dass sich der im konkreten Fall eintretende Nachteil aus der Eigenart dieser Maßnahme ergibt. Unmittelbarkeit ist danach zu bejahen, wenn das hoheitliche Handeln die besondere Gefahrenquelle schafft, aus der dann der Schaden entsteht (BGHZ 60, 302 [310 f.]; 100, 335 [338]).”
Die Reanimationsmaßnahme erforderte es, dass der Sanitäter mit den Knien auf das Bett stieg und mit intensiven Druckbewegungen auf X einwirkte. Die darin liegende Kraftentfaltung begründete gerade die besondere Gefahr, dass das Bett ihr nicht standhalten könnte. Indem die Beschädigung des Pflegebettes im Rahmen der Reanimationsmaßnahme erfolgte, liegt also auch eine Unmittelbarkeit der Schadensverursachung im o.g. Sinne vor.

5. Sonderopfer
Fraglich ist aber, ob der entstandene Nachteil in Form der Beschädigung des Pflegebettes sich auch als ein Nachteil darstellt, der die Schwelle des dem Einzelnen enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreitet.

a. Voraussetzungen
Das OLG führt aus, welche Anforderungen an das Überschreiten der Opferschwelle bei rechtmäßigen Maßnahmen zu stellen sind:
“Der Anspruch wegen enteignendem Eingriff setzt das Vorliegen eines Sonderopfers für die Allgemeinheit voraus. Dabei handelt es sich um einen zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, der den betroffenen Einzelnen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und ihn zu einem besonderen, den Übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgestattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger Einzelne unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft (BGHZ 6, 270 = NJW 1952, 972).”

b. Subsumtion
An einer derartigen Härte könnte es fehlen, wenn die Kl. wegen der Beschädigung des Bettes anderweitige Ersatzansprüche, etwa gegen die Erben des X, hätte und auf diese Weise Kompensation erlangen könnte. Das OLG erteilt derartigen Überlegungen jedoch eine Absage. Es kommt für das Sonderopfer lediglich auf die Primärebene - also den Eigentumseingriff -, nicht

auf die Sekundärebene - also mögliche Ersatzansprüche - an:
"Die Möglichkeit eines gegen die Erben des Pflegebedürftigen bestehenden Anspruches ändert auch nichts an der Annahme eines Sonderopfers zu Gunsten der Kl. Das Sonderopfer besteht bereits darin, dass die Kl. diesen Eingriff in ihr Eigentum hinnehmen musste und ihr dadurch ein Schaden entstanden ist, der die Schwelle des Zumutbaren überschreitet (s.o.). Ein eventuell auch gegen Dritte bestehender Ersatzanspruch ändert an dem einmal entstandenen Schaden am Eigentum nichts. Der Kl. als der Geschädigten kann nicht zugemutet werden, sich zunächst Befriedigung bei anderen Ersatzpflichtigen zu suchen. Die Kl. würde damit gezwungen, auf eigenes Risiko diese Ansprüche durchzusetzen und zu vollstrecken. So besteht insbesondere auch das Risiko, dass sich ein Anspruch der Kl. gegen die Erben wegen der Beschränkung der Erbenhaftung und einer möglichen Erschöpfung des Nachlasses nicht durchsetzen lässt. Dieses Risiko der Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit der Ansprüche würde ein weiteres Sonderopfer darstellen, das der Geschädigten nicht zugemutet werden kann. In diesem Sinne stellt sich die Beschädigung des Pflegebettes im Rahmen des Rettungseinsatzes, dem sich die Kl. auch nicht hätte widersetzen können, als echtes Sonderopfer dar."

6. Kein Ausschluss
"Der Anspruch ist auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Kl. einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch gegen die Erben des Pflegebedürftigen geltend machen kann. Anders als im Falle der Haftung wegen Amtspflichtverletzung besteht beim enteignenden Eingriff keine Haftungssubsidiarität. § 839 I 2 BGB ist eine auf Ansprüche aus Amtspflichtverletzung beschränkte Sondervorschrift; eine entsprechende Anwendung auf andere Ersatz- oder Entschädigungsansprüche öffentlich-rechtlicher Natur ist daher grundsätzlich ausgeschlossen (Staudinger, § 839 Rdnrn. 278, 492)."

II. Rechtsfolge
Zwar ist der Anspruch aus enteignendem Eingriff nicht auf (vollen) Schadensersatz gerichtet, sondern nur auf Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen. Diese umfasst nicht Naturalrestitution, wohl aber den Wertersatz für einen erlittenen Substanzschaden. Darum handelt es sich bei den hier von der Kl. geltend gemachten 1.796,33 Euro, so dass der Betrag auch auf dieser Grundlage erstattungsfähig ist.

D. Ergebnis
Die Kl. kann von der Bekl. 1.796,33 Euro aus den Haftungsgrundsätzen des enteignenden Eingriffs verlangen.

Standort: Zivilrecht — Problem: Erhaltungspflicht des § 1020 S. 2 BGB

BGH, URTEIL VOM 17.02.2006
V ZR 49/05 (NJW 2006, 1428)

Problemdarstellung:
Die Kl. dieses Rechtsstreites sind Eigentümer eines Grundstückes, das mit einem Wegerecht (Grunddienstbarkeit i. S. d. § 1018 BGB) zugunsten des im Eigentum der Bekl. stehenden rückwärtigen Grundstücks belastet ist. Das herrschende Grundstück der Bekl. wird über einen nicht befestigten, im Laufe der Jahre ausgefahren Weg über das dienende Grundstück der Kl. erschlossen. Die Kl. wollten den auch von ihnen benutzten Weg, auf dem sich bei Regen Wasser sammelte, instandsetzen und begehrten die hälftige Beteiligung der Bekl. an den hierfür erforderlichen Kosten. Eine solche Kostentragungspflicht konnte sich hier nur aus § 1020 S. 2 BGB ergeben, so dass der BGH einerseits zu entscheiden hatte, ob ein bloß eingefahrener Weg als "Anlage" i. S. d. Vorschrift angesehen werden kann. Ferner erschien für eine Kostentragungspflicht problematisch, dass der Weg auch von den Kl. benutzt wurde, also nicht allein der Ausübung der Grunddienstbarkeit diente.

Der BGH hat hierzu entschieden, dass § 1020 S. 2 BGB auch bei einer Mitbenutzung der Anlage durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks anzuwenden und hierbei im Zweifel von einer Kostenteilung auszugehen ist. Diesen Grundsatz wandte er auch auf den hier nur unbefestigten Weg an, so dass die Kl. mit ihrem Begehren im Ergebnis Erfolg hatten.

Prüfungsrelevanz:
Die Examensrelevanz auch des Immobiliarsachenrechts steht außer Frage, der Schwerpunkt liegt hier i. d. R. allerdings bei Problemen der Grundstücksübertragung gem. §§ 873, 925 BGB einschließlich des Rechts der Vormerkung sowie auf den Grundpfandrechten, bereits hier mit je nach Bundesland unterschiedlich starker Akzentuierung. Gleichwohl kann von Examenskandidaten auch erwartet werden, auf den ersten Blick unbekannte Probleme aus dem Bereich der Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff BGB), der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 ff BGB), des dinglichen Vorkaufsrechts (§§ 1094 ff BGB) etc. zu erfassen und jedenfalls einen juristisch fundierten Lösungsvorschlag zu unterbreiten. Hierfür bietet sich etwa die Argumen-

tation zu dem Begriff der "Anlage" i. S. d. § 1020 S. 2 BGB an. Die vorliegende Aufbereitung eines BGH-Urteils zu § 1020 BGB mag dementsprechend als Aufforderung verstanden werden, sich auch auf ggfs. etwas unbekannterem Gebiet einmal an einer Falllösung zu versuchen.

Vertiefungshinweise:

❑ Überblick über beschränkte dingliche Rechte: *Schreiber*, JURA 2006, 270

❑ Verbot, höher als "eineinhalbgeschossig" zu bauen, zulässiger Inhalt einer Grunddienstbarkeit: *BGH*, NJW 2002, 1797; Besprechung dieser Entscheidung: *Schmidt*, JuS 2002, 814

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der ratsuchende Onkel"

Leitsatz:

Auch ein unbefestigter, aus zwei Fahrspuren bestehender Weg, der ständig mit Kraftfahrzeugen befahren wird, ist eine Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Verpflichtung der Bekl., sich an den Kosten für die Wiederherstellung eines über das Grundstück der Kl. verlaufenden Weges zu beteiligen. Das Grundstück der Kl. ist mit einer Grunddienstbarkeit (Wegerecht) zugunsten des jeweiligen Eigentümers des dahinter liegenden Grundstücks belastet. Die Bekl. sind Eigentümer des Hinterliegergrundstücks. Sie und ihre Mieter erreichen es - auch mit ihren Kraftfahrzeugen - über das Grundstück der Kl. auf einem nicht befestigten, aus zwei ausgefahrenen Fahrspuren bestehenden Weg, den auch die Kl. befahren. Nach Regenfällen sammelt sich dort Wasser an. Die Kl. wollen - jetzt noch - die Feststellung erreichen, dass die Bekl. verpflichtet sind, sich zur Hälfte an allen Kosten zu beteiligen, die mit der Wiederherstellung eines der Ausübung des Wegerechts der Bekl. dienenden unbefestigten Weges auf dem Grundstück der Kl. in Zusammenhang stehen. Die Bekl. nutzen den streitgegenständlichen Weg mit zwei Fahrzeugen, ihre Mieter ebenso wie die Kl. mit einem Fahrzeug.

Besteht die hälftige Kostentragungspflicht der Bekl. ?

Lösung:

A. Unterhaltungspflicht kraft Vereinbarung, § 1021 I 2 BGB

Die geltend gemachte Kostentragungspflicht der Bekl. könnte sich zunächst aus § 1021 I 2 BGB ergeben. Danach kann in dem Fall, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks das Recht hat, eine vom Dienstbarkeitsberechtigten auf seinem Grundstück zwecks Ausübung der Grunddienstbarkeit betriebene Anlage mitzubenutzen, vereinbart werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es das Benutzungsrecht des Eigentümers erfordert.

I. Unbefestigter Weg als "Anlage"

Hier haben die Kl. als Eigentümer des belasteten Grundstücks den unbefestigten Weg zumindest auch benutzt. Hinsichtlich des Wegs könnte indes fraglich sein, ob dieser überhaupt als "Anlage" i. S. d. § 1021 BGB qualifiziert werden kann.

Stellt man hier auf die öffentlich-rechtliche Bedeutung des Begriffes "*bauliche* Anlage" ab, dürfte ein unbefestigter, bloß eingefahrener Weg nicht dazu zählen, da hier mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen vorliegen müssen (vgl. etwa die Legaldefinition in § 2 I 1 BauONW). Diese Frage kann hier aber dahinstehen, wenn eine Kostentragungspflicht der Bekl. Nach § 1021 I 2 BGB schon aus anderen Gründen offensichtlich scheitert.

II. Dingliche Vereinbarung durch Einigung und Eintragung

Nach § 1021 I 2 BGB kann eine Unterhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten zugunsten des Eigentümers des dienenden Grundstücks bestimmt werden. Es ist hier also eine explizite Vereinbarung erforderlich, die in das Grundbuch des dienenden Grundstücks einzutragen ist und sodann dinglicher Rechtsinhalt der Dienstbarkeit wird, während sie in Ermangelung der Eintragung lediglich schuldrechtlich wirkt (Palandt/Bassenge, § 1021 Rz. 1).

Hier ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien zur Frage der Kosten für die Unterhaltung des Weges überhaupt nicht bekannt, so dass von einem entsprechenden Inhalt der Grunddienstbarkeit ebensowenig ausgegangen werden kann, wie von einer zumindest schuldrechtlich wirkenden Vereinbarung

III. Zwischenergebnis

Eine Kostentragungspflicht der Bekl. gem. § 1021 I 2 BGB besteht nicht.

B. Kostentragungspflicht der Bekl. gem. § 1020 S. 2 BGB

Eine Pflicht, die Kosten für die Instandsetzung des unbefestigten Weges wenigstens anteilig zu tragen, könnte sich aber aus § 1020 S. 2 BGB ergeben. Danach hat der Dienstbarkeitsberechtigte eine zwecks Ausübung der Dienstbarkeit auf dem Grundstück gehaltene Anlage im ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten, soweit es das Interesse des Eigentümers erfordert.

I. Anwendbarkeit des § 1020 S. 2 BGB auf Instandsetzungsarbeiten

Diese Pflicht des Berechtigten dient dazu, Beeinträchtigungen des Eigentümers des dienenden Grundstücks zu verhindern, soll jedoch nicht die Benutzbarkeit der Anlage sichern (Palandt/Bassenge, § 1020 Rz. 3). Daher erscheint fraglich, ob im Falle der hier beabsichtigten Sanierung des Fahrweges eine in den Pflichtenkreis des Berechtigten nach § 1020 S. 2 BGB fallende Maßnahme überhaupt vorliegt. Insoweit die Kl. durch die Sanierung des Weges die sich auf ihrem Grundstück bei Regen bildenden Wasserlachen beseitigen wollen, streben sie allerdings die Beseitigung einer Beeinträchtigung ihres Grundstückseigentums an, so dass § 1020 S. 2 BGB hier anwendbar ist.

II. Unbefestigter Weg als "Anlage" i. S. d. § 1020 BGB

Dann müsste der unbefestigte Weg nunmehr als "Anlage" unter § 1020 S. 2 BGB zu subsumieren sein. Wie bereits unter A. I. dargestellt, erscheinen hier durchaus Zweifel angebracht. Diese Zweifel hegte im vorliegenden Fall auch das BerGer., wohingegen der BGH wie folgt argumentierte:

"Entgegen der Auffassung des BerGer. handelt es sich bei dem Weg um eine Anlage im Sinne dieser Vorschrift. Darunter versteht man eine für eine gewisse Dauer bestimmte, von Menschenhand zur Benutzung des Grundstücks geschaffene Einrichtung (Senat, BGHZ 149, 213 [217]). Nichts anderes ist der Weg, obwohl er unbefestigt ist und nur aus zwei Fahrspuren besteht. Denn er ist wenigstens durch ständiges Befahren mit Kraftfahrzeugen entstanden, falls er nicht irgendwann einmal angelegt wurde. Spätestens seit dem Entstehen der Fahrspuren und sonstiger Veränderungen der Erdoberfläche, die mit der Benutzung der Fläche zum Betreten und Befahren zusammenhängen, ist der unbefestigte Weg eine vom Menschen geschaffene Einrichtung, die der Ausübung der für den jeweiligen Eigentümer des Hinterliegergrundstücks bestehenden Dienstbarkeit auf unbestimmte Dauer dient. Darin unterscheidet sich der unbefestigte Weg von einer bloßen Veränderung des Grundstücks selbst, die keine Anlage i.S.v. § 1020 S. 2 BGB sein soll (Staudinger/Jörg Mayer, BGB [2002], § 1020 Rz. 12; Grziwotz, Grundbuch- und Grundstücksrecht, Rz. 434)."

Dementsprechend soll auch hier vom Vorliegen einer Anlage i. S. d. § 1020 S. 2 BGB ausgegangen werden

III. Kostentragungspflicht des Berechtigten bei Mitbenutzung der Anlage durch den Eigentümer

Ob demnach auch hier eine (anteilige) Kostentragungspflicht der Bekl. angenommen werden kann, erscheint jedoch deshalb fraglich, weil die Kl. als Eigentümer des belasteten Grundstücks den Weg mitbenutzen. § 1021 I 2 BGB könnte hier zu dem Rückschluss führen, dass einen Kostentragungspflicht des Berechtigten nur bei Mitbenutzungsrecht des Eigentümers und diesbezüglicher Vereinbarung anzunehmen ist. Für § 1020 S. 2 BGB könnte demgegenüber nur Raum sein, soweit dem Dienstbarkeitsberechtigten an der Anlage ein alleiniges Nutzungsrecht zusteht (vgl. etwa noch Palandt/Bassenge, 62. Auflage 2003, § 1020 Rz. 3 a. E.). Diesem auch noch vom BerGer. angenommenen Verständnis hat der BGH jedoch zwischenzeitlich eine Absage erteilt und dieser nunmehr nochmals bekräftigt:

"Rechtsfehlerhaft nimmt das BerGer. auch an, dass die Anwendbarkeit von § 1020 S. 2 BGB auf die Fälle beschränkt sei, in denen der Dienstbarkeitsberechtigte die Anlage ausschließlich allein nutze. Der Senat hat in seinem - erst nach dem Erlass des Berufungsurteils veröffentlichten - Urteil vom 12.11.2004 (BGHZ 161, 115 ff.) anders entschieden, nämlich dass der Berechtigte auch dann nach § 1020 S. 2 BGB zur Unterhaltung und Instandsetzung einer der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Anlage verpflichtet ist, wenn der Eigentümer die Anlage mitbenutzen darf, und dass der Berechtigte die Unterhaltungs- und Instandsetzungskosten nicht allein, sondern in entsprechender Anwendung von §§ 748, 742 BGB im Zweifel zur Hälfte tragen muss."

Der BGH hat diese Auffassung aaO. unter anderem auf die Überlegung gestützt, dass § 1020 S. 2 BGB nur eine besondere Ausprägung der Pflicht zur schonenden Ausübung der Dienstbarkeit gem. § 1020 S. 1 BGB sei. Diese Pflicht könne aber dadurch, dass der Grundstückseigentümer die Anlage mitbenutze, nicht abgeschwächt, sondern allenfalls intensiviert werden. Deshalb könne allein aufgrund der Mitbenutzung durch den Eigentümer eine Pflicht des Dienstbarkeitsberechtigten, die Anlage so zu erhalten, dass der Eigentümer durch sie - auch und gerade während seiner Mitbenutzung - nicht beeinträchtigt wird, nicht ausgeschlossen sein. Diese Argumentation erscheint überzeugend, so dass auch hier der aktuellen Rechtsprechung des V. Zivilsenats gefolgt werden soll.

IV. Hälftige Kostenteilung

Da sich eine Pflicht des Dienstbarkeitsberechtigten zur hälftigen Kostentragung aus der durch den BGH befürworteten entsprechenden Anwendung der §§ 742, 748 BGB nur "im Zweifel" ergibt, ist abschließend zu prüfen, ob die Umstände des Einzelfalls hier eine abweichende Kostenverteilung nahelegen. Hierzu jedoch der V. Zivilsenat:

"Anhaltspunkte dafür, dass hier eine andere Kostenverteilung angebracht ist, gibt es nicht. Zwar ist es möglich, dass es den Interessen der Parteien eher entspricht, die Unterhaltungspflicht an dem Maß der jeweiligen Nutzung auszurichten (Senat, Urt. v. 12.11.2004, V ZR 42/04, NJW 2005, 894 [897]; insoweit in BGHZ 161,

115 ff. nicht abgedruckt). Aber nach den von dem BerGer. getroffenen Feststellungen befahren die Bekl. den Weg mit zwei Fahrzeugen, ihre Mieter mit einem Fahrzeug und die Kl. allenfalls auch mit einem Fahrzeug. Damit steht fest, dass die Bekl. und ihre Mieter den Weg wenigstens zur Hälfte nutzen. Da die Kl. keine höhere Kostenbeteiligung verlangen, müssen die Bekl. jedenfalls die Hälfte der Wiederherstellungskosten tragen."

C. Ergebnis

Die von den Kl. geltend gemachte Pflicht der Bekl., die Hälfte der Kosten der Wiederherstellung des unbefestigten Weges auf dem Grundstück der Kl. zu übernehmen, besteht gem. § 1020 S. 2 BGB i. V. m. einer entsprechenden Anwendung der §§ 742, 748 BGB.

[Anm.: Führt der Grundstückseigentümer die Arbeiten durch, ohne dass der Dienstbarkeitsberechtigte dem widerspricht, kann dies zu einem Aufwendungsersatzanspruch des Eigentümers gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB aus berechtigter GoA führen. Lehnt der Dienstbarkeitsberechtigte es ab, sich an der Erhaltung der Anlage im ordnungsgemäßen Zustand zu beteiligen, kommt ein Anspruch des Eigentümers auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1, II Fall 1 BGB in Betracht. Das Bestehen der Grunddienstbarkeit führt zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Berechtigtem und Eigentümer, das nach Maßgabe der §§ 1020 - 1023 BGB konkretisiert ist, und auf das im Falle einer Pflichtverletzung die §§ 280 ff BGB anzuwenden sind (Palandt/Bassenge, § 1018 Rz. 1). Diesbezüglich sei die Lektüre des in den Entscheidungsgründen zitierten Urteils BGH NJW 2005, 894 zur weiteren Vertiefung anempfohlen.]

Standort: § 22 StGB — Problem: Unmittelbares Ansetzen bei Brandstiftung

BGH, URTEIL VOM 09.03.2006
3 STR 28/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wollten den Innenraum einer Diskothek in Brand setzen, um deren Betreiber die Versicherungssumme zu verschaffen. Dieser hatte ihnen eine Schlüssel mitgegeben, mit dem sie die äußere Tür der Diskothek öffnen konnten. Die innere Tür wollten sie vor Entzünden des Feuers mit einem Kuhfuß aufbrechen. Hierzu kam es jedoch gar nicht mehr, da sie vorher von der im Vorraum wartenden Polizei verhaftet wurden. Das Landgericht Hannover hatte die Angeklagten insb. wegen versuchter Brandstiftung (§§ 306 I, 22, 23 I StGB) verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision eines der Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Aufgaben aus dem Themenbereich des Versuchs sind in beiden Examen immer wieder zu finden; die Prüfung des unmittelbares Ansetzens i.S.v. § 22 StGB ist hier (vor allem in Nicht-Standard-Situationen wie bei Mit- oder mittelbarer Täterschaft oder beim Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts) eine häufige Problemstellung.

Im Rahmen des Strafrechts ist der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens des Täters zur Verwirklichung des Tatbestandes i.S.v. § 22 StGB von ganz entscheidender Bedeutung, da dies den Moment beschreibt, in dem die straflose Vorbereitungshandlung in einen strafbaren Versuch übergeht, also im Wesentlichen den Beginn strafrechtlich relevanten Verhaltens. Nach der mittlerweile ganz herrschenden sog. subjektiv-objektiven Theorie (zu anderen Meinungen vgl. Wessels/Beulke, AT, Rn. 599 f.) setzt der Täter dann unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes an, wenn er die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deshalb (aus Tätersicht) auch bereits eine konkrte Gefährdung des geschützten Rechtsguts eingetreten ist (BGH, wistra 2002, 263; StV 1997, 241; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601 mwN).

Der BGH betont im vorliegenden Fall, dass dieser Zeitpunkt nicht erst dann erreicht ist, wenn der Täter mit der eigentlichen Ausführungshandlung begonnen hat (hier also mit dem Inbrandsetzen), sondern dass der Versuchsbeginn auch bereits bei Vorbereitungshandlungen der Fall sein kann, wenn diese nach der Tätervorstellung bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmünden sollen oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Der BGH betont dann jedoch wieder, dass aufgrund der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen dies jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, was zwar für die Rechtsprechung eine sinnvolle Überlegung, für den Examenskandidaten aber nur wenig hilfreich ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum unmittelbaren Ansetzen i.S.v. § 22 StGB: *BGH*St 31, 178; 43, 177; *BGH*, JR 200, 293; wistra

2002, 263; *Berz*, Jura 1984, 511; *Knauer*, JuS 2002, 53; *Küper*, JZ 1992, 338; *Martin*, JuS 1999, 1134; *Meyer*, GA 2002, 367; *Rath*, JuS 1998, 1107

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs*: "Schmuckhändler"
❑ *Examenskurs*: "Feuerfalle"

Leitsatz (der Redaktion):
Gemäß § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt bzw. ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen, sofern sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht. Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles.

Sachverhalt (vereinfacht):
Ö plante, die von ihm betriebene Diskothek in Brand setzen zu lassen, um die Versicherungssumme kassieren zu können. Das Gebäude, in dem sich die Diskothek befand, stand im Eigentum des X. Ö beauftragte den Ü, der bei ihm als Türsteher tätig war und den Brand nicht selbst legen wollte, "zwei Leute für die Brandlegung zu besorgen". Ü gewann dafür A, der den Zeugen K mit dem Versprechen überredete, jeder könne dabei 10.000 € verdienen. Alle drei besprachen gemeinsam den Tatplan, wonach die Außentüre des Gebäudes mit einem von Ö zur Verfügung gestellten Schlüssel sowie eine verschlossene Zwischentüre zum Diskothekenraum mit einem mitgeführten Kuhfuß geöffnet, dort aus einem mitgebrachten Kanister Benzin verschüttet und dieses dann entzündet werden sollte. Ü, A und K begaben sich mit der vorgesehenen Ausrüstung (Schlüssel, Kuhfuß und Brandbeschleuniger) in die Nähe des Tatortes. Ü blieb im Fahrzeug, um die anderen nach der Brandlegung aufnehmen zu können. A und K gingen an einem Tag, an dem die Diskothek geschlossen war, zu dieser, öffneten mit dem Schlüssel die Außentüre, betraten das Gebäude und wurden noch im Vorraum von der Polizei festgenommen, an die K den Plan verraten hatte.

Strafbarkeit von Ü und A?

[Anm.: Straftaten des 27. Abschnitts sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit des A gem. §§ 306 I Nr. 1, 22, 23 I StGB
A könnte sich dadurch, dass er zusammen mit K den Vorraum der Diskothek betrat, wegen versuchter Brandstiftung gem. §§ 306 I Nr. 1, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung
Da es nicht zu einem Brand gekommen ist, ist die Tat des § 306 I Nr. 1 StGB nicht vollendet. Da es sich bei § 306 I StGB gem. § 12 I StGB um ein Verbrechen handelt, ist der Versuch strafbar (§ 23 I StGB).

2. Tatentschluss
A müsste Tatentschluss zur Begehung einer Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB gehabt haben.
Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

a. Bzgl. fremden Gebäudes
A müsste sich also zunächst vorgestellt haben, dass es sich bei der Diskothek um ein fremdes Gebäude handelte. Gebäude i.S.v. § 306 I Nr. 1 StGB ist ein (zumindest teilweise) umschlossenes Bauwerk, das - zumindest durch die eigene Schwere - mit dem Boden fest verbunden ist und den Aufenthalt von Menschen gestattet (Tröndle/Fischer, § 306 Rn. 3, § 243 Rn. 4). Fremd ist ein Gebäude, wenn es (zumindest im Mit-) Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 11).
A wusste, dass die Diskothek ein mit dem Boden fest verbundenes Bauwerk darstellte, das den Aufenthalt von Menschen zuließ. Auch wusste A, dass die Diskothek im Eigentum eines anderen stand und somit für ihn fremd war. A hatte also Tatentschluss bzgl. eines fremden Gebäudes.

b. Bzgl. Inbrandsetzen
A müsste weiter Tatentschluss gehabt haben, dieses Gebäude in Brand zu setzen. Ein "Inbrandsetzen" i.S.v. § 306 I StGB ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt (oder zumindest ein wesentlicher Teil davon) so vom Feuer erfasst ist, dass es auch nach Wegnahme der Zündflamme selbstständig weiterbrennt (BGH, StV 1988, 66; NJW 1989, 2900; Schönke/Schröder-

Heine, § 306 Rn. 13).
A hatte sich vorgestellt, dass nach dem Entzünden des Benzins auch der Fußboden und die Wände der Diskothek, also wesentliche Teile des Gebäudes, selbstständig brennen würden, A hatte also Tatentschluss bzgl. eines Inbrandsetzens.

A hatte Tatentschluss zur Begehung einer Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB..

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
A müsste auch unmittelbar zur Begehung der Brandstiftung angesetzt haben.
Der Täter setzt nach herrschender Meinung (der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie) dann unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes i.S.v. § 22 StGB an, wenn er die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen, so dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH StV 1994, 240; NStZ 1997, 83; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601 mwN).
Zum unmittelbaren Ansetzen führt der BGH im vorliegenden Fall aus: "Gemäß § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Dies ist entgegen der Auffassung der Revision und des Generalbundesanwalts nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt bzw. ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht. Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles. Hierbei können etwa die Dichte des Tatplans oder der Grad der Rechtsgutsgefährdung, der aus Sicht des Täters durch die zu beurteilende Handlung bewirkt wird, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium Bedeutung gewinnen (BGHSt 26, 201, 203; BGHR StGB § 22 Ansetzen 30 m. w. N.).
Nach diesen Maßstäben haben sich die Täter hier wegen versuchter Brandstiftung schuldig gemacht. Sie sind entsprechend einem fest gefassten und detaillierten Tatplan bereits mit den erforderlichen Tatmitteln in das in Brand zu setzende Gebäude eingedrungen. Sie mussten nur noch die Zwischentüre mit dem für diesen Zweck mitgeführten Kuhfuß aufhebeln sowie den ebenfalls mitgebrachten Brandbeschleuniger verteilen und entzünden. Damit haben sie vorgelagerte Handlungen begangen, die bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar eingemündet hätten. Dabei kam dem Öffnen der Zwischentüre unter den hier gegebenen Umständen nicht das Gewicht eines Zwischengeschehens zu, dessen Ausgang offen gewesen wäre oder das zu neuen Planungen oder Entschlussfassungen geführt hätte. Vielmehr war den Tätern das Vorhandensein der Zwischentüre und ihre Beschaffenheit bekannt, weshalb sie die gewaltsame Öffnung von vorneherein geplant und vorbereitet hatten.
Zudem lag hier ein sehr enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der geplanten Brandlegung vor. Die bereits in das Gebäude eingedrungenen Täter trennten nur noch wenige Meter und Sekunden von der Tatbestandsverwirklichung, so dass bereits eine hohe Gefährdung des zu schützenden Rechtsgutes gegeben war." A hat also unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)
A dürfte auch nicht gem. § 24 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.
Ein Rücktritt ist nach herrschender Meinung ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist; ein Fehlschlag in diesem Sinne ist gegeben, wenn der Täter glaubt, dass er den Erfolg gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne das Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette herbeiführen kann (BGH, NStZ 1999, 395; Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 7 ff. mwN).
Als A von der Polizei verhaftet wurde, die im Vorraum auf ihn wartete, war ihm klar, dass er den Erfolg des § 306 I StGB nicht mehr herbeiführen konnte. Der Versuch war somit fehlgeschlagen, so dass ein Rücktritt des A ausscheidet.

6. Ergebnis
A ist strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 22, 23 I StGB.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 306 a I Nr. 3, 22, 23 I StGB
A könnte sich durch das Betreten des Vorraumes weiter wegen versuchter schwerer Brandstiftung gem. §§ 306 a I Nr. 3, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung
Die Tat ist mangels Entstehung eines Brandes nicht

vollendet, die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 306 a I, 12 I, 23 I StGB.

2. Tatentschluss
A müsste Tatentschluss zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 306 a I Nr. 3 StGB gehabt haben. Dieser Tatentschluss wäre gegeben, wenn A den Willen gehabt hätte, eine Räumlichkeit, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient, zu einer Zeit, in der Menschen sich dort aufzuhalten pflegen, in Brand zu setzen.
Zwar wusste A, dass es sich bei der Diskothek um eine Räumlichkeit handelte, in der sich (zumindest während der Öffnungszeiten) Menschen aufzuhalten pflegen. Er wollte diese auch in Brand setzen (s.o.). Da er jedoch das Feuer an einem Tag legen wollte, an dem die Diskothek geschlossen war, stellte er sich nicht vor, dass die Inbrandsetzung zu einer Zeit erfolgen würde, in der Menschen sich dort aufzuhalten pflegen.
A hatte also keinen Tatentschluss zur Begehung einer schweren Brandstiftung.

3. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem. §§ 306 a I Nr. 3, 22, 23 I StGB.

III. Strafbarkeit des A gem. §§ 265 I, 22, 23 I StGB
A könnte sich allerdings durch das Betreten des Vorraumes wegen versuchten Versicherungsmissbrauchs gem. §§ 265 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung
Zu einer Beschädigung des Gebäudes ist es nicht gekommen, so dass § 265 I StGB nicht vollendet ist. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 265 II StGB.

2. Tatentschluss
A müsste Tatentschluss zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 265 I StGB gehabt haben.

a. Bzgl. eines tauglichen Tatobjekts
A müsste sich zunächst vorgestellt haben, dass es sich bei der Diskothek um eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache handelte.
A wusste, dass die Diskothek eine Sache darstellte. Er wusste auch, dass für diese eine Feuerversicherung, also eine Versicherung gegen Beschädigung und Untergang, bestand. A wusste, dass die Diskothek ein taugliches Tatobjekt i.S.v. § 265 I StGB darstellte.

b. Bzgl. einer tauglichen Tathandlung
A müsste weiter Tatentschluss gehabt haben, die Diskothek zu beschädigen, zu zerstören, in ihrer Brauchbarkeit zu beeinträchtigen, beiseite zu schaffen oder einem anderen zu überlassen. In Betracht kommt hier insb. ein Tatentschluss bzgl. einer Beschädigung.
Eine Beschädigung i.S.v. § 265 I StGB ist insbesondere dann gegeben, wenn der Täter in die Substanz des Tatobjekts eingreift (Tröndle/Fischer, § 265 Rn. 5, § 303 Rn. 6). A hatte sich vorgestellt, dass die Diskothek vom Feuer erfasst würde (s.o.), was eine Substanzverletzung darstellen würde. A hatte also Tatentschluss bzgl. einer Beschädigung.

c. Leistungsverschaffungsabsicht
A müsste schließlich in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen.
A hatte die Absicht, es zu bewirken, dass dem Ö als Versicherungsnehmer die Schadenssumme von der Versicherung ausgezahlt würde; er wollte also einem Dritten (dem Ö) eine Leistung aus der Versicherung verschaffen.

A hatte also Tatentschluss bzgl. der Begehung eines Versicherungsmissbrauchs.

3. Unmittelbares Ansetzen
A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.
Da nach der Vorstellung des A keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sein sollten bis zur Verwirklichung des Tatbestandes (durch das Inbrandsetzen der Diskothek) und aus seiner Sicht somit auch das geschützte Rechtsgut des § 265 StGB konkret gefährdet war, hatte A auch die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschritten und somit unmittelbar zur Begehung des § 265 I StGB angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Keine Rücktritt
Aufgrund des Vorliegens eines fehlgeschlagenen Versuchs (s.o.) ist ein strafbefreiender Rücktritt des A ausgeschlossen (s.o.).

6. Ergebnis
A ist strafbar gem. §§ 265 I, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit des Ü

I. Strafbarkeit des Ü gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB
Ü könnte sich dadurch, dass er mit A und K zum Tatort fuhr und dort im Auto wartete, wegen versuchter Brandstiftung in Mittäterschaft gem. §§ 306 I Nr. 1 StGB, 25 II, 23, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung
Der Tatbestand des § 306 I Nr. 1 StGB ist nicht vollendet und der Versuch gem. §§ 306 I, 12 I, 23 I StGB strafbar (s.o.).

2. Tatentschluss
Ü müsste Tatentschluss zur Begehung einer Tat gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB gehabt haben.

a. Bzgl. fremden Gebäudes
Ü wusste, dass es sich bei der Diskothek um ein Gebäude handelte, das im Eigentum des X stand, also um ein für ihn fremdes Gebäude.

b. Bzgl Inbrandsetzen
Ü müsste weiter Tatentschluss bzgl. einer Inbrandsetzung des Gebäudes gehabt haben.

aa. Bzgl. eigener Tathandlung des Ü
Ü hatte sich nicht vorgestellt, selbst die Diskothek in Brand zu setzen.

bb. Bzgl. gem. § 25 II StGB zurechenbarer Tathandlung des A
Ü hatte sich allerdings - ebenso wie A selbst (s.o.) - vorgestellt, dass die Diskothek durch eine Handlung des A in Brand gesetzt würde.
Wenn Ü sich weiterhin auch Umstände vorgestellt hätte, nach denen er gem. § 25 II StGB Mittäter des A wäre, dann wäre ihm die (geplante) Handlung des A gem. § 25 II StGB zuzurechnen und Ü hätte Tatentschluss bzgl. einer mittäterschaftlichen Tatausführung.

(1) Bzgl. gemeinschaftlicher Begehung
Ü müsste sich vorgestellt haben, die Tat mit A "gemeinschaftlich" i.S.v. § 25 II StGB auszuführen, d.h. er müsste insbesondere Tatentschluss bzgl. solcher Umstände gehabt haben, nach denen er selbst (Mit-) Täter wäre und nicht nur ein Teilnehmer an der Tat des A.
Unter welchen Voraussetzungen eine (Mit-) Täterschaft gegeben ist, ist streitig.

(a) Tatherrschaftslehre
Nach der in der Literatur herrschenden materiell-objektiven Theorie oder Tatherrschaftslehre ist eine Täterschaft nur dann gegeben, wenn der Beteiligte einen wesentlichen Beitrag leistet und hierdurch das Geschehen dergestalt in den Händen hält, dass er eine Zentralfigur der Tat darstellt (sog. Tatherrschaft, vgl. Joecks, StGB, § 25 Rn. 25). Ob eine Tatherrschaft zwingend voraussetzt, dass im Ausführungsstadium ein eigener Beitrag erbracht wird (so SK-Samson, § 25 Rn. 121; Roxin, JA 1979, 522) oder ob sie auch dann gegeben sein kann, wenn lediglich im Vorbereitungsstadium Beiträge erbracht werden (so die herrschende Meinung, vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 R. 66 mwN), kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da Ü Tatentschluss dahingehend hatte, im Ausführungsstadium zwar nicht die eigentliche Tathandlung des § 306 I StGB (das Inbrandsetzen) vorzunehmen, aber doch durch den Transport von A und K zum Tatort und das Wegfahren nach der Tatausführung wesentliche eigene Beiträge zu leisten.
Ü hat sich also Umstände vorgestellt, nach denen er Tatherrschaft hätte und hatte somit nach dieser Auffassung Tatentschluss bzgl. einer gemeinschaftlichen Begehung.

(b) Eingeschränkt-subjektive Theorie
Nach der von der Rechtsprechung vertretenen eingeschränkt-subjektiven Theorie setzt eine Täterschaft objektiv lediglich das Erbringen irgendeines Beitrags voraus, sofern der Betreffende bei der Vornahme der entsprechenden Handlung Täterwillen (animus auctoris) hat. Mit Täterwillen handelt derjenige, der die Tat als eigene will (RGSt 37, 58), was anhand einer wertenden Betrachtung zu ermitteln ist; wesentliche Indizien für den Täterwillen sind das eigene (wirtschaftliche) Interesse am Taterfolg, Art und Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder zumindest Tatherrschaftswille (BGHSt 37, 291; Tröndle/Fischer, Vor § 25 Rn. 4 mwN).
Der BGH stellt die Täterschaft des Ü bzw. den Tatentschluss diesbezüglich ohne ausführliche Diskussion fest: "Das Landgericht hat den Angeklagten Ü zutreffend als Mittäter angesehen. Er hat einen wesentlichen Tatbeitrag erbracht, weil er die Verbindung zwischen dem Auftraggeber Ö und den übrigen Tätern hergestellt und diese erst für ihn 'besorgt' hatte."
Ü stellte sich also auch nach dieser Meinung Umstände vor, die eine gemeinschaftliche Begehung i.S.v. § 25 II StGb darstellen.

(c) Zwischenergebnis
Nach beiden Auffassungen ist ein Tatentschluss des Ü bzgl. einer gemeinschaftlichen Begehung gegeben, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

(2) Bzgl. gemeinsamen Tatplans
Ü müsste weiter Tatentschluss dahingehend gehabt haben, mit A (und K) aufgrund eines gemeinsamen Tatplans zu handeln.
Ü wusste, dass sie die Inbrandsetzung gemeinschaftlich geplant hatten, so dass ein entsprechender Tatentschluss gegeben ist.

Ü stellte sich somit Umstände vor, nach denen er Mittäter des A wäre, so dass ihm die Inbrendsetzung der Diskothek durch A gem. § 25 II StGB zugerechnet

würde. Ü hatte somit Tatentschluss bzgl. eines mittäterschaftlichen Inbrandsetzens.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
Ü müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben.
Wann bei einer mittäterschaftlichen Tatbegehung ein unmittelbares Ansetzen gegeben ist, ist streitig.

a. Einzellösung
Einer Minderheitsmeinung in der Literatur zufolge ist bei der Mittäterschaft das unmittelbare Ansetzen für jeden Mittäter gesondert zu prüfen; maßgeblich (und ausreichend) für ein unmittelbares Ansetzen ist es, dass jeder Mittäter zu dem ihm zugedachten Tatbeitrag unmittelbar angesetzt hat (LK-Roxin, § 25 Rn. 198; SK-Rudolphi, § 22 Rn. 19).
Nach dem gemeinsamen Tatplan sollte Ü insbesondere A und K zum Tatort und nach Erledigung der Brandstiftung wieder nach Hause fahren. Da Ü die Hinfahrt bereits vollständig und plangemäß absolviert hat und somit zumindest einen Teil der ihm zugedachten Beiträge bereits erbracht hat, hat er nach dieser Auffassung unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt.

b. Gesamtlösung
Nach der herrschenden Meinung setzen alle Mittäter in dem Zeitpunkt unmittelbar an, in dem einer von ihnen dem Tatplan gemäß zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (BGH, wistra 1999, 386; LK-Vogler, § 22 Rn. 88; Wessels/Beulke, AT, Rn. 611).
A hat bereits unmittelbar angesetzt (s.o.). Da das Verhalten des A auch dem gemeinsamen Tatplan entsprach ist somit auch nach dieser Auffassung ein unmittelbares Ansetzen des Ü gegeben.

c. Zwischenergebnis
Nach allen Meinungen ist ein unmittelbares Ansetzen auch des Ü gegeben, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld
Ü handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt
Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des Ü gem. § 24 StGB sind nicht gegeben.

6. Ergebnis
Ü ist strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB.

II. Strafbarkeit des Ü gem. §§ 265 I, 25 II, 22, 23 I StGB

1. Vorprüfung
Die Tat gem. § 265 I StGB ist nicht vollendet und der Versuch strafbar (s.o.).

2. Tatentschluss
Ü wusste, dass es sich bei der Diskothek um eine gegen Beschädigung und Untergang versicherte Sache handelte. Er hatte sich auch vorgestellt, diese mittäterschaftlichen zusammen mit dem A zu beschädigen und hatte die Absicht, dem Ö Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen.
Ü hatte also Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Versicherungsmissbrauchs.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
Nach allen Auffassungen (s.o.) ist ein unmittelbares Ansetzen des Ü gegeben, da dieser zu seinem eigenen Beitrag (Transport von A und K zum Tatort) bereits unmittelbar angesetzt hatte bzw. dem Ü das sich im Rahmen des gemeinsamen Tatplans haltende unmittelbare Ansetzen des A (s.o.) zugerechnet wird.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld
Auch handelte Ü rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt
Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des Ü liegen nicht vor.

6. Ergebnis
Ü ist strafbar gem. §§ 265 I, 25 II, 22, 23 I StGB.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen
A und Ü haben jeweils durch dieselbe Handlung mittäterschaftlich eine versuchte Brandstiftung und einen versuchten Versicherungsmissbrauch verwirklicht. Diese Delikte bleiben in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen (Tröndle/Fischer, § 265 Rn. 18).
A und Ü sind also strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II, 22, 23 I; 265 I, 25 II, 22, 23 I; 52 StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Rüssel, Ulrike: "Zunkunft des Widerspruchsverfahrens"
Fundstelle:	NVwZ 2006, 523 (Heft 5)
Inhalt:	Das Widerspruchsverfahren steht auf der Kippe. In Niedersachsen ist es bereits für die Mehrzahl der Fälle abgeschafft, in NRW gibt es die Modellregion Ostwestfalen-Lippe, in der ebenfalls weitgehend ohne Widerspruchsverfahren operiert wird. In den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hessen, Hamburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt ist das Vorverfahren zumindest partiell ausgeschlossen. Die Autorin gibt einen Überblick über den status quo, beschäftigt sich mit Sinn und Zweck des Vorverfahrens und gibt schließlich einen Ausblick auf dessen Zukunft. Der Beitrag ist auch für Juristen aus anderen als den o.g. Bundesländern lesenswert, weil dort die Entwicklung beobachtet wird und sich die Rechtslage kurz- bis mittelfristig ändern kann.

Autor/Titel:	Schreiber, Wolfgang: "50 Jahre Bundeswahlgesetz - Rückblick, Ausblick"
Fundstelle:	DVBl 2006, 529 (Heft 9)
Inhalt:	Der Beitrag fasst sich beim weniger interessanten Rückblick auf die Historie des Bundeswahlgesetzes erfreulich kurz und nimmt sodann Stellung zu den aktuellen Problemen des Wahlrechts, die laufend Gegenstand der öffentlichen Diskussion und juristischer Prüfungsaufgaben sind. Beispielhaft sei an dieser Stelle nur die umstrittene Listenverbindung von Linkspartei und PDS bei der letzten Bundestagswahl genannt.

Autor/Titel:	Walter, Tonio: "Über den juristischen Stil"
Fundstelle:	Jura 2006, 344 (Heft 5)
Inhalt:	Der Autor fasst hier die Erkenntnisse seines recht langatmigen Buches zur juristischen Stilkunde prägnant zusammen. Der Beitrag ist amüsant zu lesen, weil er viele Beispiele mit Stilblüten aus Gesetzen, Urteilen und Fachbeiträgen enthält. Richtig verarbeitet mag er auch positive Auswirkungen auf den Schreibstil seines Lesers entfalten, die in schriftlichen Examensaufgaben nicht unbemerkt bleiben werden.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Kummer, Pierre M.: "Die Grundzüge der fehlerhaften Gesellschaft bürgerlichen Rechts"
Fundstelle:	JURA 2006, 330 (Heft 5)
Inhalt:	Der Autor behandelt eingehend die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Er stellt zunächst die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze zur Lösung des Problems von Wirksamkeitsmängeln bei der Gründung der Personengesellschaft oder bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags dar und versäumt es hierbei nicht, auf die ursprüngliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts für das Recht der Kapitalgesellschaften hinzuweisen. Außerdem werden Querverbindungen zu anderen Rechtsgebieten - etwa dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis im Arbeitsrecht - aufgezeigt und sodann die Anwendbarkeitsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Sonderproblemen wie z. B. dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags durch einen Verbraucher in einer Haustürsituation - ausführlich besprochen.

Autor/Titel:	Seel, Henning-Alexander: "Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Aufhebungsverträge - typische Klauseln und rechtliche Risiken""
Fundstelle:	JA 2006, 366 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag ist zur Lektüre durch Rechtsreferendare bestimmt, die in ihrer späteren beruflichen Praxis als Rechtsanwalt, möglicherweise aber auch schon aufgrund einer entsprechenden Modernisierung der Ausbildung in Examensklausuren vor der Aufgabe stehen werden, die bei vertraglicher Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bestehende Interessenlage zu erfassen und hieraus tragfähige, beiden Seiten gerecht werdende Formulierungen zu entwickeln. Überzeugend ist hier vor allem, dass die ansonsten wenig beachteten, mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer auftretenden sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen eingehend behandelt werden. Die Erörterung der jeweiligen Rechtsfragen wird durch konkrete Formulierungsvorschläge für diesbezügliche Vertragsklauseln ergänzt.

Autor/Titel:	Mückl, Patrick: "Rechtsfolgen einer fehlerhaften Unterrichtung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang - BAG, NZA 2005, 1302"
Fundstelle:	JuS 2006, 394 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag setzt sich mit einer Problematik auseinander, mit welcher sich das BAG in der zitierten Entscheidung ebenfalls zu befassen hatte: Ein Arbeitnehmer hatte der Übernahme seines Arbeitsverhältnisses nach § 613 a BGB durch den Erwerber des betroffenen Betriebsteils widersprochen (vgl. § 613 a VI BGB). Der aufgrund fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten durch den alten Arbeitgeber ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung hielt der Arbeitnehmer entgegen, diese sei aufgrund ungenügender Information über den Betriebsübergang nach § 613 a V BGB unwirksam. Der Autor schließt sich der Auffassung des BAG an, wonach eine solche Unwirksamkeit allein aufgrund der fehlerhaften Unterrichtung nicht Betracht kommt. Ferner werden der Charakter der Auskunftspflichten aus § 613 a V BGB als einklagbare Rechtspflicht, für deren Erfüllung Alt- und Neuarbeitgeber gesamtschuldnerisch haften, herausgearbeitet und die Frage weiterer Rechtsfolgen einer unterbliebenen Aufklärung wie eine Schadensersatzansprüch des Arbeitnehmers oder der Nichtbeginn der Monatsfrist des § 613 a VI BGB erörtert.

Strafrecht

Autor/Titel:	Hoffmann, Thomas-Michael: "Die Untätigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft bei Nichtentscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens"
Fundstelle:	NStZ 2006, 256 (Heft 5)
Inhalt:	Lehnt das zuständige Gericht den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens ab, so kann diese gegen diesen Beschluss gem. § 210 II StPO sofortige Beschwerde einlegen. Entscheidet das Gericht hingegen gar nicht über den Antrag, so ist ein Rechtsmittel zur Erzwingung einer entsprechenden Entscheidung in der StPO nicht vorgesehen. In diesen Fällen lässt die Rechtsprechung grundsätzlich - wenn auch nur in sehr engen Grenzen - eine Untätigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft zu. Der Verfasser nimmt eine aktuelle Entscheidung (OLG Dresden, NJW 2005, 2791 = RA 2005, 611) zum Anlass, die derzeitige Rechtsprechung darzustellen und (aus seiner Sicht als Staatsanwalt) wünschenswerte Veränderungen anzuregen. Für Studenten mit einem entsprechenden Schwerpunkt- oder Wahlfach oder alle Referendare sicher lesenswert.

Autor/Titel:	Duttge, Gunnar: "Rechtsprechungsübersicht zur (strafrechtlichen) Fahrlässigkeit"
Fundstelle:	NStZ 2006, 266 (Heft 5)
Inhalt:	Der Autor greift zahlreiche obergerichtliche Urteile der letzten Jahre auf, um die gegenwärtige Rechtsprechung zu zahlreichen typischen Problemen aus dem Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte (wie z.B. allgemeine Anforderungen an die Sorgfaltspflicht, Abgrenzung von Selbst- und Fremdgefährung, Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen usw.) darzustellen. Sehr übersichtlich und unbedingt lesenswert.

Autor/Titel:	Wirsch, Stefan: "Tatbeteiligte als Tatopfer"
Fundstelle:	JuS 2006, 400 (Heft 5)
Inhalt:	Vor allem im Bereich der Verkehrsdelikte (§ 315 c StGB) stellt es ein klassisches Problem dar, ob ein Beteiligter selbst die gefährdete Person (also das Tatopfer) darstellen kann. Der Verfasser zeigt auf, dass sich dieselbe Problematik auch bei § 306 a II StGB stellen kann und diskutiert ihre Lösung im Gutachten. Hierbei entscheidet er sich allerdings gegen die Lösung der Rechtsprechung, die in diesen Fällen bereits den Tatbestand verneint, sondern befürwortet die Annahme einer (rechtfertigenden) Einwilligung. Während die Kritik an der Rechtsprechung nachvollziehbar ist, ist die vorgeschlagene Lösung im Rahmen von § 306 a II StGB vielleicht befriedigend, auf § 315 c StGB aber wohl nicht übertragbar. Trotzdem, insb. wegen der ausführlichen Auseinandersetzung mit den verschiedenen Argumentationsansätzen, lesenswert.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN: JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster
Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545
http://www.jura-intensiv.de
ra@jura-intensiv.de

CHEFREDAKTION: Rechtsanwalt Frank Schildheuer (*zugleich Öffentliches Recht*)

REDAKTEURE: Rechtsanwalt Frank Bollmeyer (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*)
Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.

ABONNEMENT: Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.

BEZUGSPREISE: Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.

VERSAND: Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.

NACHBESTELLUNG: Einzelne Hefte *früherer* Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen.
Der Bezug von Einzelheften des *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.