Öffentliches Recht

Standort: VwGO Problem: Widerruf der Zustimmung zur Sprungrevision

BVERWG, BESCHLUSS VOM 27.03.2006
6 C 27105 (NVWZ 2006, 834)

Problemdarstellung:

Die VwGO sieht in § 134 I vor, dass die Revision unter bestimmten Voraussetzungen unter Übergehung der Berufungsinstanz möglich ist. Voraussetzung für diese sogen. Sprungrevision ist u.a., dass Kläger und Beklagter ihr schriftlich zustimmen, § 134 I 1 VwGO. Im vorliegenden Fall hatten nun beide Parteien schriftlich zugestimmt, die Beklagte allerdings gleichwohl Berufung eingelegt, noch bevor der Kläger in Unkenntnis dessen seine Sprungrevision einlegte.

Das BVerwG hatte über die Zulässigkeit der Sprungrevision zu entscheiden. Es verneint diese, weil die Beklagte mit Einlegung der Berufung ihre Zustimmung zur Sprungrevision konkludent widerrufen habe. Wer Berufung einlege dokumentiere damit auch ohne ausdrückliche Erklärung schlüssig, dass er an seinem Verzicht auf diese Instanz nicht länger festhalten wolle.

Ob eine Zustimmung nach § 134 I 1 VwGO überhaupt widerrufen werden kann, ist allerdings sehr umstritten, denn immerhin ist eine Widerrufsmöglichkeit nicht geregelt, und durch die einmal erklärte Zustimmung entsteht bei der anderen Partei ein Vertrauensschutz. Das BVerwG lässt den Widerruf im vorliegenden Beschluss aber zumindest für die Fälle zu, in denen die Zustimmung zur Sprungrevision bereits vor dem Urteil der ersten Instanz erklärt worden ist und noch vor der Einlegung der Sprungrevision widerrufen wird. Zur Begründung muss es auf den Grundsatz von Treu & Glauben zurückgreifen, der auch im Verwaltungsprozess gelte.

Prüfungsrelevanz:

Das Berufungs- und Revisionsrecht in der VwGO erfreut sich ständiger Änderungsaktivitäten seitens des Gesetzgebers und ist allein aus diesem Grund immer im Auge zu behalten. Dass es in der VwGO bspw. (nur noch) eine Zulassungsberufung und -revision gibt, sollte zum Allgemeinwissen gehören. Daraus resultieren für den vorliegenden Fall weitere Probleme, denn häufig wird das VG die Berufung nicht zulassen mit der Folge, dass sie nicht - wie hier - einfach nach § 124a II VwGO eingelegt werden kann, sondern zunächst ihre Zulassung zu beantragen ist, § 124a IV VwGO. Einem solchen Zulassungsantrag müsste man in Konsequenz des vorliegenden Beschlusses gleichfalls die konkludente Widerrufserklärung entnehmen wie der Einlegung der Berufung (die es im Berufungszulassungsverfahren ja gar nicht gibt, § 124a V VwGO a.E.).

Ein Fall wie dieser, wo die Bekl. Berufung und der Kl. Sprungrevision eingelegt haben, kann sich i.Ü. nur ereignen, wenn *beide* Parteien durch ein Urteil des VG beschwert sind, weil die Beschwer eine ungeschriebene Voraussetzung der Zulässigkeit eines jeden Rechtsmittels ist. Die hier erfolgte Stattgabe eines Hilfsantrages (Beschwer der Bekl.) unter Abweisung des Hauptantrages (Beschwer des Kl.) ist ein Beispiel für eine solche Konstellation. Weitere, etwa die teilweise Aufhebung eines Verwaltungsakts im Rahmen der Anfechtungsklage (vgl. § 113 I 1 VwGO: "soweit") oder die teilweise Gewährung eines Anspruchs im Rahmen der Leistungs- oder Verpflichtungsklage, lassen sich denken.

Vertiefungshinweis:

❑ Zustimmung zur Sprungrevision: *Bepler*, NJW 1989, 686

Leitsätze:

1. Die Zustimmung nach § 134 I 1 VwGO ist bis zur Einlegung der Sprungrevision grundsätzlich widerruflich.

2. Weist das Verwaltungsgericht eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ab, hebt diesen aber auf den entsprechenden Hilfsantrag hin auf und lässt die Berufung und die Sprungrevision zu, so widerruft die Behörde, die der Sprungrevision bereits vor Erlass des Urteils zugestimmt hatte, ihre Zustimmung konkludent durch Einlegung der Berufung, wenn diese vor Einlegung der Sprungrevision erfolgt.

Sachverhalt:

Das VG hat mit Urteil vom 27.10.2005 den Hauptantrag der Kl., die Nichtigkeit der Verfügung der Bekl. vom 5.4.2004 und des Widerspruchsbescheids vom 10.3.2005 festzustellen, abgewiesen, jedoch auf den Hilfsantrag hin diese Verfügungen aufgehoben. Es hat die Berufung und die Revision zugelassen. Die Bekl. hatte der Sprungrevision bereits vor Ergehen des Ur-

teils des VG mit Schriftsatz vom 2.9.2005 zugestimmt. Die Kl. hat unter Beifügung einer Ablichtung der Zustimmungserklärung der Bekl. vom 2.9.2005 am 6.12.2005 die Sprungrevision eingelegt. Die Bekl. hatte zuvor am 29.11.2005 Berufung eingelegt. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die Sprungrevision ist unzulässig und daher gem. § 144 I VwGO durch Beschluss zu verwerfen.

A. Zustimmungserfordernis

Gemäß § 134 I VwGO steht den Beteiligten gegen das Urteil eines VG die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zu, wenn der Kl. und der Bekl. der Einlegung der Sprungrevision schriftlich zustimmen und wenn sie von dem VG im Urteil oder auf Antrag durch Beschluss zugelassen wird. Die Zustimmung zu der Einlegung der Sprungrevision ist, wenn die Revision - wie hier - im Urteil zugelassen ist, der Revisionsschrift beizufügen. Gemäß § 134 V VwGO gelten die Einlegung der Revision und die Zustimmung als Verzicht auf die Berufung, wenn das VG die Revision zugelassen hat.

B. Ursprünglich Zustimmung vorhanden

Die Kl. hat die zugelassene Sprungrevision gegen das am 8.11.2005 zugestellte Urteil am 6.12.2005 fristgerecht eingelegt. Dabei hat sie eine Ablichtung der Zustimmungserklärung der Bekl. beigefügt. Die Übersendung nur einer Ablichtung des Schriftsatzes der Bekl. vom 2.9.2005 ist nicht bedenklich, da sich das Original dieses Schriftsatzes bereits in den Gerichtsakten befand (vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 90). Auch der Umstand, dass die Zustimmung bereits vor Erlass des angefochtenen Urteils erklärt worden ist, ist unbedenklich.

C. Widerruf der Zustimmung

Die Zustimmungserklärung der Bekl. ist jedoch dadurch konkludent widerrufen worden, dass sie Berufung gegen das Urteil des VG eingelegt hat.

I. Widerruflichkeit der Zustimmungserklärung

In der Literatur wird überwiegend angenommen, dass die Zustimmungserklärung bis zur Einlegung der Revision widerruflich ist und die Einlegung der Berufung oder der Antrag auf Zulassung der Berufung als ein konkludenter Widerruf der Zustimmung zur Sprungrevision anzusehen ist (vgl. Maetzel, MDR 1966, 93 [96]; Schaeffer, NVwZ 1982, 21 [23]; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. [2005], § 134 Rdnr. 20; Neumann, VwGO, IV, § 134 Rdnrn. 50, 117; Pietzner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO II, § 134 Rdnrn. 21, 57; J. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11, Aufl. [2000], § 134 Rdnr. 7; a.A. Bader, in: Bader u.a., VwGO, 3. Aufl. [2005], § 134 Rdnr. 14).

Der Senat schließt sich der überwiegend vertretenen Rechtsauffassung an. Dafür spricht, dass die Parteien mit der Erklärung und der nachfolgenden Einlegung der Revision, die gem. § 134 V VwGO als Verzicht auf die Berufung gelten, einvernehmlich über den Instanzenzug disponieren. Die Verzichtswirkung des § 134 V VwGO tritt daher erst dann ein, wenn der Gegner die Sprungrevision tatsächlich einlegt (vgl. BGH, NJW 1997, 2387). Allein mit der Zustimmung ist die Prozesslage noch nicht abschließend gestaltet. Namentlich ist damit und mit einer entsprechenden Erklärung des Rechtsmittelgegners nicht, wie die Kl. meint, ein Prozessvertrag darüber abgeschlossen worden, dass nur noch Sprungrevision eingelegt werden soll. Dafür, dass wechselseitige Zustimmungen zur Sprungrevision als Prozessvertrag dahin zu verstehen sind, dass keine nach dem Prozessrecht ebenfalls mögliche Berufung eingelegt wird, ist nichts ersichtlich. Solchenfalls läge vielmehr der Abschluss eines Rechtsmittelverzichtsvertrags nahe. Derartige Erklärungen sind nicht anders zu beurteilen als etwa die übereinstimmende Erklärung, auf mündliche Verhandlung zu verzichten. Auch darin wird ein Prozessvertrag nicht gesehen (vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl. [2004], § 66 III 2 Rdnr. 9).

II. Widerrufsgrund

Die Zustimmung kann daher - ähnlich wie eine einseitige Erledigungserklärung (BVerwG, NVwZ-RR 1992, 276) - bis zur abschließenden Gestaltung der Prozessrechtslage durch Einlegung der Sprungrevision noch zurückgenommen werden. Zwar unterliegen Handlungen, die unmittelbar die Einleitung, Führung oder Beendigung des Prozesses betreffen, nicht der Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB. Das bedeutet indessen nicht, dass die Beteiligten sich an ihren Erklärungen ausnahmslos festhalten lassen müssen. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist vielmehr anerkannt, dass Prozesshandlungen unter bestimmten Umständen widerrufen werden können. Ein Widerruf kommt - was hier nicht in Rede steht - in Betracht, wenn ein Restitutionsgrund i.S. des § 580 ZPO vorliegt (dazu BVerwGE 57, 342 = NJW 1980, 135). Ein Widerruf kommt ferner dann in Betracht, wenn es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, der das gesamte Recht unter Einschluss der VwGO beherrscht, unvereinbar wäre, einen Beteiligten an einer von ihm vorgenommenen Prozesshandlung festzuhalten (vgl. zum Ganzen BVerwG, NVwZ-RR 1999, 407). Der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert es insbesondere auch, denjenigen Bet., der bereits vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils einseitig seine Zustimmung zur Sprungrevision erklärt hat, nicht daran festzuhalten, solange die Revision nicht zugelassen und wirksam eingelegt worden ist. Erklärt ein Verfahrensbeteiligter bereits vor Erlass des Urteils des VG seine Zustimmung zur Einlegung der Sprungrevision, kann

der Gegner auf den Bestand dieser Erklärung nicht vertrauen. Es ist noch unbekannt, wer im Rechtsstreit obsiegen wird und aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen das VG seine Entscheidung treffen wird. Ferner steht nicht fest, dass es überhaupt zur Zulassung der Sprungrevision kommt, erst recht nicht, dass eine zugelassene Sprungrevision auch eingelegt wird. Jedem Verfahrensbeteiligten muss klar sein, dass die Zustimmung zur Sprungrevision in dem dargelegten Verfahrensstadium bei Annahme ihrer Unwiderruflichkeit eine erhebliche Einschränkung des prozessualen Vorgehens zur Folge hätte, würde doch der Erklärende in Unkenntnis des erst noch ergehenden Urteils auf eine zweite Tatsacheninstanz verzichten, wenn er unterliegen und die Berufung zugelassen würde. Es kann indessen nicht darauf vertraut werden, dass bereits vor Kenntnis des Urteils und der dieses tragenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen eine derart bedeutsame Erklärung mit sofortiger Bindungswirkung abgegeben werden soll. Mit Recht wird daher in der verwaltungsprozessualen Literatur, wie dargestellt, überwiegend angenommen, die Zustimmungserklärung sei bis zur Einlegung der Sprungrevision widerruflich. Zum Zivilprozessrecht wird diese Auffassung ebenfalls von einem Teil des Schrifttums vertreten (Grunsky, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl. [1994], § 566a Rdnr. 5; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. [1988], Bd. 3, § 566 a Anm. B I c 2; a.A. Zöller/Gummer, ZPO, 25. Aufl. [2005], § 566 Rdnr. 4; Wenzel, in: MünchKomm. ZPO, 2. Aufl. [2000], § 566a Rdnr. 7). Der BGH hat zunächst, die Entscheidung nicht tragend, die Unwiderruflichkeit der Zustimmungserklärung angenommen (BGHZ 92, 76 [78] = NJW 1984, 2890). In dem bereits angeführten Beschluss vom 24.4.1997 (BGH, NJW 1997, 2387) hat er jedoch ausgeführt, dass die Einwilligung zur Sprungrevision erst dann als Berufungsverzicht wirkt, wenn der Gegner tatsächlich Sprungrevision einlegt.

III. Widerrufserklärung konkludent durch Berufungseinlegung möglich

Die Bekl. hat mit der Einlegung der Berufung deutlich gemacht, dass sie eine zweite Tatsacheninstanz für geboten erachtete. Nach ihrem Willen sollte also - entgegen dem Inhalt ihrer Zustimmungserklärung vom 2.9.2005 und sowohl für das Gericht als auch für die Kl. erkennbar - der Verzicht auf die zweite Tatsacheninstanz, der gem. § 134 V VwGO bei fortdauernder Zustimmung mit der nachfolgenden Einlegung der Sprungrevision durch die Kl. verbunden gewesen wäre, nicht eintreten. Die Einlegung der Berufung ist demnach als ein rechtzeitiger konkludenter Widerruf der Zustimmung zur Sprungrevision zu bewerten.

a. Keine verschiedenen Streitgegenstände

Dem kann mit Blick auf die Besonderheiten des vorliegenden Streitfalls nicht entgegengehalten werden, es lägen unterschiedliche Streitgegenstände vor. Streitgegenstand ist der prozessuale Anspruch, der durch die erstrebte, im Klageantrag zum Ausdruck kommende Rechtsfolge sowie den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll, gekennzeichnet ist (BVerwGE 96, 24 [23]). Die mit der Klage verfolgte Nichtigerklärung und hilfsweise Aufhebung des Bescheids der Bekl. vom 5.4.2004 und des Widerspruchsbescheids vom 10.3.2005 stehen in einem rechtlichen Stufenverhältnis und betreffen denselben Verwaltungsakt. Die Entscheidung über die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung hängt - wenn nicht mit dem VG bereits angenommen werden müsste, dass es jedenfalls an der dafür notwendigen Schwere und Offensichtlichkeit eines etwaigen Rechtsfehlers des angefochtenen Verwaltungsakts fehlt, was zur Unbegründetheit der Sprungrevision führen müsste - davon ab, ob die Verfügung der Bekl. rechtswidrig ist. Da anderenfalls die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen bestünde, kann der vorliegende Rechtsstreit nicht, wie es der Kl. vorschweben dürfte, gleichzeitig mit dem Nichtigkeitsfeststellungsantrag in der Revisionsinstanz und mit dem Anfechtungsantrag in der Berufungsinstanz anhängig sein. Das VG hat daher die Aussprüche über die Zulassung der Berufung und der Revision zu Recht auf das gesamte Verfahren bezogen.

b. Keine unzumutbaren prozessualen Nachteile für den Revisionsführer

Entgegen ihrer Auffassung erleidet die Kl. keine prozessualen Nachteile. Hinsichtlich einer Versäumung der Berufungsfrist durch den Revisionsführer in Fällen der vorliegenden Art muss grundsätzlich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Nach Durchführung des Berufungsverfahrens kann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die Revision zugelassen werden, so dass eine Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen durch das RevGer. auf dann geklärter Tatsachengrundlage erfolgen kann. Eine Kostenbelastung der Kl., welche sie ebenfalls anspricht, tritt nicht ein, wie sich aus den nachfolgenden Gründen ergibt.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 155 IV VwGO. Die Bekl. hat sich dadurch, dass sie bereits vor Erlass des angefochtenen Urteils der Sprungrevision zugestimmt, nachfolgend jedoch selbst gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung eingelegt und dadurch die Zustimmung zur Revision konkludent zurückgenommen hat, nicht widerspruchsfrei verhalten, was ihr zugerechnet werden muss. [...] Daher macht der Senat von dem ihm eingeräumten Ermessen dahin gehend Gebrauch, dass der Bekl. die Kosten des Revisionsverfahrens auferlegt werden.

Standort: § 48 VwVfG Problem: Frist bei Rechtsirrtum; § 50 VwVfG

VG FREIBURG, URTEIL VOM 28.10.2005
1 K 1928/04 (NVWZ-RR 2006, 464)

Problemdarstellung:

Das VG Freiburg hatte sich mit der Rücknahme einer Genehmigung zur Errichtung von Windenergieanlagen zu beschäftigen. In diesem Rahmen macht es mehrere interessante Ausführungen:

1. Das VG hält § 48 VwVfG neben § 21 BImSchG für anwendbar, weil § 21 BImSchG nur den *Widerruf* einer immissionsrechtlichen Genehmigung regele, es hier aber um deren *Rücknahme* ging.

2. § 50 VwVfG, der im Falle eines Drittwiderspruchs die Rücknahme des angegriffenen Verwaltungsakts unter deutlich erleichterten Voraussetzungen zulässt, sei nur anwendbar, wenn der Drittwiderspruch nicht nur eingelegt, sondern auch zulässig und begründet sei. Davon steht in § 50 VwVfG nichts, und es tobt ein erbitterter Streit darüber, welche Anforderungen an den Drittwiderspruch zu stellen sind (vgl. Vertiefungshinweise). Einig ist man sich zumindest darüber, dass der Drittwiderspruch zur Verhinderung von Missbrauch über seine Einlegung hinaus zumindest zulässig sein, d.h. vor allem der Dritte widerspruchsbefugt und damit analog § 42 II VwGO durch den angefochtenen VA zumindest möglicherweise in seinen Rechten verletzt sein muss. Ob eine solche Rechtsverletzung nicht nur möglich, sondern auch tatsächlich gegeben sein, d.h. der Drittwiderspruch auch begründet sein muss, ist hingegen nach wie vor sehr umstritten. Die in den Entscheidungsgründen vom VG für das Erfordernis der Begründetheit des Drittwiderspruchs zitierten Entscheidungen des BVerwG beschäftigen sich übrigens allenfalls am Rande mit dieser Frage. In BVerwG, NVwZ 1997, 272 ging es bspw. nicht um das Vorliegen der Voraussetzungen des § 50 VwVfG, sondern darum, ob einem zulässigen und begründeten Widerspruch nur durch positiven Widerspruchsbescheid oder auch durch Rücknahme des angefochtenen VA abgeholfen werden darf, bzw. unter welchen Voraussetzungen die Behörde zwischen diesen Möglichkeiten wählen darf. Diese Zitate sind m.a.W. mit Vorsicht zu genießen.

3. Vor allem aber ging es um die Frist des § 48 IV VwVfG. Das VG liegt mit seiner Ansicht, dass es sich hierbei um eine Entscheidungsfrist handele, die erst zu laufen beginne, wenn der Behörde alle für ihre Rücknahmeentscheidung relevanten Umstände bekannt sind, ganz auf der Linie der Rspr., die seit der Leitentscheidung des GS-BVerwG (E 70, 356, 363) geschlossen so verfährt. Deshalb beginnt die Frist bspw. nicht, bevor die Anhörung nach § 28 VwVfG durchgeführt ist. In der Literatur wird hingegen - streng am Wortlaut des § 48 IV VwVfG orientiert - vielfach auf eine Bearbeitungsfrist abgestellt, die schon ab Kenntnis der Tatsachen beginne, welche die Rechtswidrigkeit des zurückzunehmenden VA begründen. Danach würde bspw. die Anhörung nach § 28 VwVfG in die schon laufende Frist fallen.

Dass - wie das VG weiterhin annimmt - einerseits § 48 IV VwVfG über den Wortlaut ("Tatsachen") hinaus auch auf erkannte Rechtsanwendungsfehler anwendbar sei, andererseits aber die Zurechnung fremder Kenntnis nicht in Betracht komme, entspricht ebenfalls der h.M. (vgl. Vertiefungshinweise).

4. Schließlich ging es noch um die Frage, ob die Behörde ihr Rücknahmerecht schon vor Ablauf der Frist des § 48 IV VwVfG verwirken kann. Das VG bejaht dies grundsätzlich, wenn ein entsprechender Vertrauensschutz beim Betroffenen erweckt wurde, fand aber im konkreten Fall hierfür keine Anhaltspunkte.

Prüfungsrelevanz:

Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten sind das examensrelevanteste Thema aus dem Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts. Besonders § 48 VwVfG eignet sich hervorragend als Prüfungsstoff, weil die Rücknahme nach § 48 I VwVfG tatbestandlich einen rechtswidrigen Verwaltungsakt voraussetzt, so dass dem Kandidaten ein Verwaltungsakt aus praktisch jedem Rechtsgebiet zur Inzidenterkontrolle präsentiert werden kann, solange die Rücknahme dort nicht spezieller geregelt ist (vgl. etwa §§ 45 WaffG, 15 GaststG). Hinzu gesellen sich die hier angesprochenen Probleme mit der Frist des § 48 IV VwVfG und der möglichen Sperrwirkung des § 50 VwVfG.

Vertiefungshinweise:

❑ § 48 IV VwVfG bei Rechtsirrtum anwendbar: *BVerwG*, RA 2005, 254 = NVwZ-RR 2005, 341; *BVerwGE* 70, 356; 66, 61; *Schoch*, NVwZ 1985, 881 m.w.N.; a.A. *OVG Rh.-Pf.*, NVwZ 1984, 725

❑ Begründetheit des Widerspruchs als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 50 VwVfG: *Maurer*, VerwR AT, § 11 Rdnr. 70, 71; *Kopp/Ramsauer*, § 50 Rdnr. 24 (bejahend); *VGH BW*, NVwZ-RR 1997, 401 (nicht offensichtlich unbegründet genügt); *OVG NRW*, NVwZ 1989, 72; *BayVGH*, NVwZ 1997, 701 (Begründetheit irrelevant); *Gassner*, JuS 1997, 794

❑ Verwirkung des Rücknahmerechts: *BVerwGE* 110, 226 [236]; *BVerwG*, NVwZ-RR 2001, 198 (wegen Verzögerns des Anhörungsverfahrens)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die unerwünschte Go-Kart-Bahn"

❑ *Assessorkurs* : "Den Kosten entzogen"

Leitsätze:

1. Die für eine Rücknahme maßgebliche Jahresfrist nach § 48 IV BadWürttVwVfG ist auch in Fällen des Rechtsirrtums anwendbar, d.h. wenn die Behörde erst nachträglich erkennt, dass sie den vollständig bekannten Sachverhalt rechtlich unzutreffend gewürdigt hat.

2. Es stellt keine Verwirkung der Rücknahmebefugnis dar, wenn die Behörde noch wenige Monate vor ihrer Rücknahmeentscheidung den später zurückgenommenen Verwaltungsakt zur Heilung eines formellen Begründungsmangels ergänzt hatte.

Sachverhalt:

Die Kl. wendet sich gegen die Rücknahme einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für drei Windenergieanlagen. Die Klage wurde abgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Klage ist als Anfechtungsklage statthaft und auch sonst zulässig.

I. Klagebefugnis

Die Kl. ist als Rücknahmeadressat klagebefugt (§ 42 II VwGO). Einer etwaigen Übertragung der zurückgenommenen Genehmigung vom 25.9.2002/6.8.2003 an die S. im März 2003 kommt ungeachtet dessen, dass diese laut Erklärung der Kl. erst nach bestandskräftiger Genehmigung hat erfolgen sollen, keine Bedeutung (mehr) zu. Es ist davon auszugehen, dass im Anschluss an den Rücktritt der S. vom 8.6.2004 die Kl. die Genehmigung wieder zurückerhalten hat; eine vorübergehende Genehmigungsinhaberschaft der S. hat die Rücknahmeentscheidung gegenüber der Kl. nicht unwirksam werden lassen.

II. Allg. Rechtsschutzbedürfnis

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis kann schließlich nicht verneint werden. Die Kl. hat zwar im Mai 2003 eine geänderte, neue Genehmigung beantragt (Gegenstand des Parallelverfahrens 1 K 585/04) und hierzu im Juli 2003 schriftlich erklärt, die zur Neugenehmigung gestellten Windenergieanlagen sollten an Stelle der bereits genehmigten errichtet werden. Zugleich hat sie jedoch auch deutlich gemacht, dass sie von der ersten Genehmigung Gebrauch machen werde, wenn es nicht zur Genehmigung der neuen Anlagen komme. Das kann - im Sinne einer auflösenden Bedingung des zweiten Genehmigungsantrags bzw. einer aufschiebend bedingten Verzichtserklärung zum ersten Antrag - (wirtschaftlich sinnvoll) nur so verstanden werden, dass erst eine unanfechtbare neue Genehmigung das Interesse der Kl. an der bereits erteilten entfallen lässt. Da eine unanfechtbare neue Genehmigung (noch) nicht vorliegt ist diese Bedingung (noch) nicht eingetreten; mithin hat die Kl. im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ein berechtigtes Interesse, die Rücknahme der bereits enthaltenen Genehmigung aus der Welt zu schaffen.

B. Begründetheit

Die Klage ist jedoch unbegründet. Die Rücknahmeentscheidung des Landratsamts vom 24.5.2004 ist nicht rechtswidrig und verletzt folglich die Kl. nicht in ihren Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage der Rücknahme ist ausschließlich § 48 I, II bis IV BadWürttVwVfG. Die Rücknahme einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist im BImSchG - anders als der Widerruf (vgl. § 21 BImSchG) - nicht geregelt und wird nicht ausgeschlossen (Hausmann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR Bd. I, § 21 BImSchG, Stand: Okt. 1990, Rdnr. 2). Eine Aufrechterhaltung der behördlichen Rücknahmeregelung als Widerruf wäre allerdings auf Grund der erheblichen Wesensverschiedenheit der Institute ebensowenig in Betracht gekommen wie eine Umdeutung.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Rücknahmeentscheidung ist formell-rechtlich nicht zu beanstanden. Das Landratsamt ist sowohl die sachlich (§ 1 II Nr. 3, III 1 BImSchZuVO, § 13 I Nr. 1 BadWürttVwVfG) als auch die örtlich zuständige Behörde (§§ 48 V, 3 I Nr. 1 BadWürttVwVfG) hierfür gewesen. Ferner ist die Kl. zuvor angehört worden (§ 28 BadWürttVwVfG) und im Bescheid finden sich ausführliche rechtliche und tatsächliche Erwägungen sowohl zu den tatbestandlichen Handlungsvoraussetzungen als auch zur Ermessensbetätigung (§ 39 I BadWürttVwVfG).

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Keine Sperrwirkung des § 50 BadWürttVwVfG

Bei der Rücknahmeentscheidung durfte ferner nicht - was das Landratsamt im Ergebnis zu recht unterstellt hat - auf die erleichterten Voraussetzungen des § 50 BadWürttVwVfG zurückgegriffen werden. Das folgt daraus, dass die Rücknahmeentscheidung nicht wegen immissionsrechtlicher Rechtswidrigkeit (zu Lasten der Eheleute B) erging bzw. nicht deshalb ergehen konnte. Nur wenn sie nämlich auf den - allein beachtlichen weil zulässigen - Widerspruch der beigel. Eheleute B hin einen Rechtsverstoß gegen die diese als Nachbarn schützenden §§ 5 I 1 Nr. 1, 22 BImSchG sanktioniert hätte, wäre § 50 BadWürttVwVfG einschlägig gewesen. Durch die "soweit"-Regelung in dieser Vorschrift soll die Behörde von den Schranken der §§ 48, 49 Bad-

WürttVwVfG nur insoweit befreit sein, wie dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird. Nur soweit die bekämpfte Belastung des Verwaltungsakts genommen - wird, ist dieser dann frei rücknehmbar. Dies bedeutet, dass eine Aufhebung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 50 BadWürttVwVfG nicht erfolgen kann, wenn die Rechte des Dritten, die er mit seinem Rechtsbehelf geltend gemacht hat, dadurch nicht betroffen werden (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. [2001], § 50 Rdnr. 104; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. [2005], § 50 Rdnrn. 21 und 25).

a. Zulässigkeit des Drittwiderspruchs

Der spätestens im Schreiben der Eheleute B vom 30. 3. 2003 enthaltene Widerspruch ist zwar, weil sie Nachbarn im Sinne des Immissionsschutzrechts sind, zulässig gewesen (§ 5 I 1 Nr. 1 BImSchG [Rücksichtnahmegebot] i.V. mit § 42 II VwGO - zum Erfordernis der Zulässigkeit des Widerspruchs: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 50 Rdnr. 22 m.w.N.). Nachdem ihnen die Genehmigung nicht bekanntgegeben worden war, konnten sie schließlich auch noch binnen Jahresfrist (§ 242 BGB i.V. mit entsprechender Anwendung des § 58 VwGO) seit zuverlässiger Kenntnisnahmemöglichkeit - diese erhielten sie durch Schreiben des Landratsamts vom 17.3.2003 - Widerspruch erheben.

b. Begründetheit des Drittwiderspruchs

Hingegen fehlt es, wie unten bei der Frage der Rechtswidrigkeit der Genehmigung im Kontext des Rücksichtnahmegebots gem. §§ 5 I 1 Nr. 1, 22 BImSchG dargelegt ist, an der Begründetheit des Widerspruchs. Dem Sinn und Zweck des § 50 BadWürttVwVfG wird nur eine Auslegung gerecht, die sowohl Zulässigkeit als auch vollständige Begründetheit des Rechtsbehelfs im Zeitpunkt der Rücknahme verlangt (in diesem Sinn: BVerwG, NVwZ 1990, 857; NVwZ 1997, 272; Kopp/Ramsauer, § 50 Rdnr. 24; a.A.: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 401: es genügt, wenn kein offensichtlich unbegründeter Widerspruch vorliegt; noch weiter gehend VGH München, NVwZ 1997, 701 - auf Begründetheit des Widerspruchs kommt es nicht an).

2. Frist des § 48 IV VwVfG

Die mangels Einschlägigkeit des § 50 BadWürttVwVfG folglich geltende Jahresfrist nach § 48 IV BadWürttVwVfG war ferner im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Rücknahmebescheids am 27.5.2004 (für diesen Zeitpunkt, um die Jahresfrist zu wahren: Kopp/Ramsauer, § 48 Rdnr. 152; a.A.: BFH, NVwZ 1990, 1207 - Erlasszeitpunkt [= Verlassen des Behördenbereichs] genügt) auch nicht verstrichen. Nach § 48 IV 1 BadWürttVwVfG ist, wenn die Behörde von Tatsachen Kenntnis erlangt, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts rechtfertigen, diese nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig.

a. Anwendbarkeit auf Rechtsanwendungsfehler

Nach dem Beschluss des Großen Senats des BVerwG vom 19.12.1984 (BVerwGE 70, 356) findet die Vorschrift (auch) Anwendung, wenn die Behörde nachträglich erkennt, dass sie den beim Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts vollständig bekannten Sachverhalt unzureichend berücksichtigt oder unrichtig gewürdigt und deswegen rechtswidrig entschieden hat. Hinsichtlich der Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit lässt die Vorschrift also jeden Grund genügen und differenziert nicht danach, ob der Verwaltungsakt wegen eines "Tatsachenirrtums" oder eines "Rechtsirrtums" rechtswidrig ist (VGH Mannheim, Urteil vom 29.7.2005 - 5 S 2372/03). Vorliegend kommt allein die Rechtswidrigkeit wegen Rechtsirrtums - hier über das Vorliegen einer Verunstaltung des Landschaftsbildes durch das (genehmigte) Vorhaben der Kl. - in Betracht.

b. Entscheidungsfrist, nicht Bearbeitungsfrist

In einem solchen Fall kann für den Beginn der Jahresfrist des § 48 IV 1 BadWürttVwVfG jedoch nicht - wie die Kl. meint - auf den Zeitpunkt der angeblich fehlerhaften Entscheidung abgestellt werden. Das widerspräche dem Zweck der Jahresfrist als einer Entscheidungsfrist. Von der für sie bindenden Rechtsauffassung der übergeordneten Fachbehörde hat das Landratsamt erst mit Schreiben des Regierungspräsidiums F. vom 31.3.2004, in welchem eine entsprechende Rücknahmeweisung enthalten war, maßgebliche Kenntnis erhalten (so auch für den Fall einer im Fachaufsichtsweg durch Weisung des Regierungspräsidiums an das LRA veranlassten Rücknahme einer auf Grund "Rechtsirrtums" rechtswidrigen Baugenehmigung: VGH Mannheim, a.a.O.). Weiter gehend gehörte zur Herstellung der maßgeblichen Entscheidungsreife, nach deren Eintritt die Entscheidungsfrist des § 48 IV 1 BadWürftVwVfG erst beginnen konnte, auch noch das Anhörungsverfahren, und zwar unabhängig von dessen Ergebnis; denn die Einwände des Anzuhörenden können nur dann ernstlich zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen werden, wenn sich die Behörde ihre Entscheidung bis zum Abschluss des Anhörungsverfahrens offen hält. Das gilt auch und gerade, wenn es sich bei der zu treffenden Entscheidung um eine Ermessensentscheidung handelt, bei der - wie hier - zudem die für die Ermessensbetätigung maßgeblichen Umstände auch in der Sphäre des anzuhörenden Betroffenen liegen (BVerwG, NVwZ 2002, 485; BVerwGE 70, 356).

Demgemäß hat die einjährige Rücknahmefrist hier nicht vor dem 22.4.2004 begonnen, als die Stellungnahme der Kl. auf das ausführliche Anhörungsschreiben des Landratsamts hin dort eingegangen ist.

c. Positive Kenntnis des konkreten Amtswalters erforderlich

Die Jahresfrist beginnt erst zu laufen, wenn die Tatsachen vollständig, uneingeschränkt und zweifelsfrei ermittelt sind. Eine schuldhafte Unkenntnis der Behörde genügt nicht. Die Behörde erhält die Kenntnis, wenn der nach der innerbehördlichen Geschäftsverteilung zur Rücknahme oder zum Widerruf des Verwaltungsakts berufene Amtswalter - hier die (Untere) Iminissionsschutzbehörde des Landratsamts - positive Kenntnis erlangt hat. Einzelne Fachfragen begutachtende Mitarbeiter einer Behörde stehen diesem innenbehördlich zur rechtlichen Überprüfung berufenen Amtswalter nicht gleich. Würde die Jahresfrist dadurch verkürzt oder beseitigt, dass der zuständigen Behörde die Kenntnisse anderer Behörden zugerechnet werden, würde das mit § 48 IV 1 VwVfG verfolgte Ziel, der zuständigen Behörde eine hinreichend lange Zeit für eine Prüfung und Entscheidung zu gewähren, verfehlt (BVerwG, NVwZ 2001, 672; 70, 356). Deshalb kann sich die Kl. auch nicht darauf berufen, das Landratsamt habe anderweitige Stellungnahmen des Regierungspräsidiums F. - speziell diejenige der Bezirksstelle für Naturschutz und Landschaftspflege vom 15.6.2001 anlässlich der Bauleitplanung der beigel. Stadt X. - schon 2001 bzw. 2002 zur Kenntnis erhalten und "in die Akten" genommen.

3. Verwirkung

Eine Rücknahme war ferner nicht verwirkt.

a. Anwendbarkeit neben § 48 IV VwVfG

Allerdings ist, obwohl bereits § 48 IV BadWürttVwVfG auf dem Gedanken der Verwirkung beruht, gleichwohl noch Raum für die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Verwirkung. Die Behörde kann deshalb die Befugnis zur Rücknahme auch schon vor Ablauf der Frist verlieren, wenn sie durch ein entsprechendes Verhalten den Anschein erweckt, sie werde von ihrer Befugnis zur Rücknahme keinen Gebrauch machen (Kopp/Ramsauer, § 48 Rdnr. 147 m.w.N.).

b. Subsumtion

Ein Fall der Verzögerung des Fristbeginns ist vorliegend nicht ersichtlich. [...]

Standort: Verwaltungsrechtsweg Problem: Hoheitliches Handeln Privater

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 08.06.2005
8 E 283/05 (NWVBL 2006, 295)
VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 03.02.2006
26 K 1585/04 (NWVBL 2006, 305)

Problemdarstellung:

Das Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (IFG NRW) vom 27.11.2001 (GV NRW S. 806) begründet in § 4 I IFG NRW einen Anspruch natürlicher Personen auf Zugang zu Informationen gegenüber den in § 2 IFG NRW genannten staatlichen Stellen. Im vorliegenden Fall machte nun der Geschäftsführer einer GmbH in eigenem Namen einen solchen Auskunftsanspruch gegenüber einer Aktiengesellschaft (AG) geltend, der die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben in dem Bereich, auf das sich das Auskunftsbegehren bezog, übertragen worden war.

Das VG Düsseldorf meinte, für eine derartige Streitigkeit sei der Zivilrechtsweg eröffnet und verwies den Rechtsstreit daher gem. § 17a II 1 GVG an das zuständige ordentliche Gericht. Es stünden sich zwei Zivilrechtssubjekte - der Kläger und die beklagte AG - gegenüber, so dass es an einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO fehle.

Der hiergegen erhobenen Beschwerde gab das OVG NRW statt. Es komme für das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO nicht darauf an, ob der Staat durch seine eigenen Organe handle oder staatliche Aufgaben auf ein Privatrechtssubjekt übertragen habe; entscheidend sei allein die streitentscheidende Norm (bzw. das auf ihrer Grundlage begründete Rechtsverhältnis). Da das IFG NRW aber nur Auskunftsansprüche gegen staatliche Stellen normiere, bleibe die Streitigkeit öffentlich-rechtlich, auch wenn der Staat im konkreten Fall ein Privatrechtssubjekt mit der Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe betraut habe.

Das VG zeigte sich im Anschluss an diesen Beschluss uneinsichtig. Zähneknirschend beugte es sich der (bindenden) Vorgabe des OVG NRW bzgl. der Rechtswegzuweisung, nicht ohne aber nochmals klarzustellen, dass es bei seiner Auffassung bleibe. Wenn der Staat durch ein Privatrechtssubjekt handle, könne der daraus resultierende Streit allenfalls öffentlich-rechtlich sein, wenn es sich bei dem Privatrechtssubjekt um einen Beliehenen handele. Zwar regle § 2 IV IFG NRW ausdrücklich, dass auch juristische Personen des Privatrechts, denen öffentliche Aufgaben übertragen worden seien, als Behörde i.S.d. IFG NRW gelten; dadurch würden sie aber nicht Beliehene, weil sich die Beleihung auf den - so wörtlich - "eigentlichen Tätigkeitsbereich des Privaten" beziehen müsse.

In der Sache wies das VG sodann die Klage ab, weil der Auskunftsanspruch nach § 4 I IFG NRW explizit nur natürlichen Personen zustehe. Zwar sei der Kläger eine solche; er werde aber nur von der GmbH vorgeschoben, deren Geschäftsführer er sei. Versuche aber eine juristische Person durch das Vorschieben einer

natürlichen Person einen Auskunftsanspruch zu erlangen, der ihr von Gesetzes wegen nicht zustehe, handle sie rechtsmissbräuchlich.

Prüfungsrelevanz:

I. Die Entscheidungen zeigen sehr anschaulich, welche Probleme mit der "öffentlich-rechtlichen Streitigkeit" i.S.d. § 40 I 1 VwGO auftreten können, wenn der Staat durch Privatrechtssubjekte handelt. Die Lösung gibt die modifizierte Subjektstheorie, nach der eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn die streitentscheidende *Norm* aus dem öffentlichen Recht stammt, was wiederum der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet. Es kommt danach ausschließlich auf die (abstrakte) Norm an, nicht auf den (konkret) Handelnden. Mit anderen Worten ist der Ansicht des OVG NRW zuzustimmen, dass auch dann noch eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wenn der durch eine Norm allein verpflichtete Staat sich im konkreten Fall eines Privatrechtssubjekts zum Handeln bedient. Das VG Düsseldorf hat hingegen gleich in dreifacher Hinsicht Unrecht:

1. Ein Privatrechtssubjekt muss nicht Beliehener sein, um öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen zu können. Es gibt auch noch die Person des Verwaltungshelfers, dem öffentliche Aufgaben zur Wahrnehmung für einen Hoheitsträger übertragen werden (Beispiel: Schülerlotse, Abschleppunternehmer).

2. Wenn § 2 IV IFG NRW per Fiktion Privatrechtssubjekte zu Behörden i.S.d IFG NRW (und damit zu Anspruchsverpflichteten) erklärt, werden auch und gerade diese Verwaltungshelfer (und gerade *nicht* die Beliehenen) gemeint sein, denn Beliehene sind ohnehin selbst Behörden (allg.M., vgl. nur Maurer, VerwR AT, § 23 Rz. 59; für den vorliegenden Fall Bischopink, NWVBl 2003, 245, 247), so dass es einer Fiktion für sie gar nicht bedarf.

3. Unerklärt bleibt auch, warum das VG Düsseldorf verlangt, dass die Beleihung sich auf den "eigentlichen Tätigkeitsbereich des Privaten" beziehen müsse. Eine solche Voraussetzung wird - ganz abgesehen davon, dass unklar bleibt, was diese Floskel eigentlich bedeuten soll - soweit ersichtlich nirgends vertreten. Beliehener ist ein Privater, dem durch Gesetz die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im eigenen Namen übertragen worden ist (Beispiele: Notar nach § 1 BNotO; Kapitän auf See nach § 106 II SeemannsG), vgl. statt aller Maurer, a.a.O., Rz. 56). Ein Bezug zum "eigentlichen Tätigkeitsbereich des Privaten" wird nirgends gefordert (und demgemäß vom VG auch nicht mit Nachweisen belegt).

II. Ein Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen staatlicher Stellen existiert übrigens nicht nur in NRW. Inkraftgetreten sind Informationsfreiheitsgesetze bereits in den Bundesländern Brandenburg (zum 11. März 1998), Berlin (zum 16. Oktober 1999), Schleswig-Holstein (zum 10. Februar 2000), Mecklenburg-Vorpommern (zum 29. Juli 2006), Hamburg (zum 1. August 2006) und Bremen (zum 1. August 2006). Entwürfe zu Gesetzen dieser Art liegen in weiteren Bundesländern vor. Auch der Bund verfügt seit dem 1.1.2006 über ein eigenes IFG zusätzlich zu dem schon länger existierenden Umweltinformationsgesetz (UIG).

Vertiefungshinweise:

❑ Anmerkung zu diesen Entscheidungen: *Seidel*, NWVBl 2006, 306

❑ Zum IFG NRW: *Beckmann*, DVP 2003, 142; *Stollmann*, NWVBl 2002, 216; *Bischopink*, NWVBl 2003, 245

1. Teil: Beschluss des OVG NRW vom 08.06.2005 (8 E 283/05)

Leitsätze:

Für Klagen auf Erteilung von Auskünften nach § 4 Abs. 1 IFG NRW ist der Verwaltungsrechtsweg auch dann eröffnet, wenn der Anspruch gegenüber einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts geltend gemacht wird. Ob diese zum Kreis der nach § 2 Abs. 4 IFG NRW Anspruchsverpflichteten zählt, ist eine Frage der Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs.

Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von der Beklagten, einer Aktiengesellschaft, die Erteilung von Auskünften und die Aushändigung von Unterlagen über Vorgänge im Zusammenhang mit dem Ausbau einer Verkehrsanlage und deren öffentlicher Förderung. Zur Begründung dieses Begehrens beruft er sich auf einen Anspruch auf Informationszugang nach dem Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein--Westfalen (IFG NRW) vom 27.11.2001 (GV NRW S. 806). Das VG hat mit dem angefochtenen Beschluss den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit gem. § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das Landgericht X. verwiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Klägers hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die vom VG angenommenen Voraussetzungen für eine Verweisung des Verfahrens an die Zivilgerichtsbarkeit sind nicht erfüllt. Der vorliegende Rechtsstreit ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (nicht verfassungsrechtlicher Art) i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

A. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn - wie hier - eine ausdrückliche gesetzliche Rechtswegzuweisung fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (vgl. GSOG, BVerwGE 74, 369; OVG NRW, NWVBl. 2001, 19; BauR 2004, 1750 = NVwZ-RR 2004, 776).

I. Rechtsverhältnis entscheidet
Öffentlich-rechtlich sind danach Streitigkeiten, wenn sie sich als Folge eines Sachverhalts darstellen, der nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Der Charakter des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzbegehrens und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts.

II. Ansicht des Klägers irrelevant
Maßgeblich ist allein die tatsächliche Natur des Rechtsverhältnisses, nicht dagegen die rechtliche Einordnung des geltend gemachten Anspruchs durch den Kläger selbst (vgl. hierzu BVerwGE 96, 71; OVG NRW, a.a.O.).

B. Subsumtion
Ausgehend hiervon ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, weil die für das Rechtsschutzbegehren des Klägers in Betracht kommende Anspruchsgrundlage dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.
Der Kläger stützt die geltend gemachten Ansprüche auf Erteilung von Auskünften und Aushändigung von Unterlagen - allein - auf § 4 Abs. 1 IFG NRW. Danach hat jede natürliche Person nach Maßgabe des Informationsfreiheitsgesetzes NRW gegenüber den in § 2 IFG NRW genannten Stellen Anspruch auf Zugang zu den bei der Stelle vorhandenen amtlichen Informationen.

I. Modifizierte Subjektstheorie
§ 4 Abs. 1 IFG NRW stellt eine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Anspruchsgrundlage dar, weil diese Vorschrift allein eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt begründet.
Anspruchsverpflichtet sind nach § 4 Abs. 1 IFG NRW die in § 2 IFG NRW genannten Stellen. Diese sind sämtlich Träger staatlicher Gewalt. Für die in § 2 Abs. 1 Satz 1 IFG NRW genannten öffentlichen Stellen, nämlich Behörden, Einrichtungen und sonstige öffentliche Stellen des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts und deren Vereinigungen, liegt dies ohne weiteres auf der Hand.

II. Insbesondere bei Verwaltungshandeln durch Privatrechtssubjekte
Nichts anderes gilt aber für die in § 2 Abs. 4 IFG NRW als Anspruchsverpflichtete angesprochenen natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts. Denn § 4 Abs. 1 IFG NRW begründet für diese privatrechtlichen Personen nur insoweit eine Anspruchsverpflichtung, als sie öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen. Bei der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben werden aber auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts als Träger staatlicher Gewalt tätig. Dass die Vorschrift, auf die der Kläger seinen Anspruch stützt, eine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Anspruchsgrundlage darstellt, reicht für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs aus.

III. Normcharakter entscheidet, nicht Stellung der Parteien
Entgegen der Auffassung des VG ist es nicht erforderlich, dass "zumindest ein Verfahrensbeteiligter [...] eine Behörde oder eine mit hoheitlichen Befugnissen versehene sonstige Stelle sein" muss. Entscheidend für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist vielmehr allein, dass die vom jeweiligen Kläger geltend gemachte Anspruchsgrundlage eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt begründet und deshalb öffentlich-rechtlicher Natur ist. Ob der jeweilige Beklagte tatsächlich ein Träger staatlicher Gewalt ist, ist vielmehr allein eine Frage der Begründetheit der Klage. Das bedeutet für den vorliegend in Rede stehenden Fall, dass die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nicht mit der Begründung verneint werden kann, die Beklagte sei als Aktiengesellschaft eine juristische Person des Privatrechts. Vielmehr stellt es eine Frage der Begründetheit der - von den Verwaltungsgerichten zu entscheidenden - Klage dar, ob die Beklagte zu dem in § 2 Abs. 4 IFG NRW genannten Kreis der Anspruchsverpflichteten zu zählen ist.

2. Teil: Urteil des VG Düsseldorf vom 03.02.2006 (26 K 1585/04)

Leitsätze:
Der Anspruch auf Zugang zu Informationen steht nach § 4 Abs. 1 IFG NRW nur natürlichen Personen zu. Wird eine natürliche Person von einer juristischen Person lediglich vorgeschoben, um an behördliche Informationen zu gelangen, ist der Antrag der natürlichen Person unzulässig.

Sachverhalt:
Der Kläger, Geschäftsführer einer GmbH, der im Zusammenhang mit dem Ausbau einer Verkehrsanlage in einem zivilgerichtlichen Verfahren Forderungen gegen die Beklagte, eine Aktiengesellschaft, geltend macht, begehrt von dieser die Gewährung von Zugang zu Informationen, die den Ausbau der Verkehrsanlage sowie dessen Förderung durch die Bezirksregierung bzw. das zuständige Ministerium betreffen. Er stützt dieses

Begehren auf das Informationsfreiheitsgesetz NRW. Die Beklagte lehnte die Auskunfterteilung u.a. mit der Begründung ab, sie gehöre nicht zum Kreis der Anspruchsverpflichteten, da sie keine öffentlichrechtlichen Aufgaben i.S.d. § 2 Abs. 4 IFG NRW wahrnehme.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Klage ist unter Berücksichtigung des im vorliegenden Verfahren ergangenen Beschlusses des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 8.6.2005 (8 E 283/05 - vorstehend in diesem Heft) zulässig, wenngleich die Kammer aus den nachfolgenden Gründen unverändert der Auffassung ist, dass für das Begehren des Klägers der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben ist:

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Ob eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegt, richtet sich bei Fehlen einer ausdrücklichen Rechtswegzuweisung nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit demgemäß, wenn der in Rede stehende Sachverhalt nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Öffentliches Recht ist dabei die Gesamtheit jener Rechtssätze, bei denen zumindest ein Zuordnungssubjekt ausschließlich der Staat oder eine seiner Untergliederungen ist. Dies ist bei den Bestimmungen des IFG NRW der Fall, weil die §§ 4, 2 IFG NRW allein eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt begründen. Im Übrigen wird dies bestätigt durch die §§ 11 und 14 IFG NRW, wenn dort von der Gebührenerhebung für aufgrund dieses Gesetzes vorgenommenen Amtshandlungen und eine über die Anzahl der Widersprüche zu führende Statistik die Rede ist. Das IFG NRW berechtigt und verpflichtet mithin ausschließlich Träger öffentlicher (staatlicher) Gewalt.

II. Insbesondere bei Verwaltungshandeln durch Privatrechtssubjekte

Nichts anderes gilt auch angesichts der Regelung in § 2 Abs. 4 IFG NRW, der zufolge eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, sofern sie öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt, als Behörde im Sinne dieses Gesetzes gilt. Denn § 2 Abs. 4 IFG NRW erweitert nicht etwa den Anwendungsbereich des Gesetzes auf private Stellen, sondern stellt lediglich klar, dass auch Beliehene als Anspruchsverpflichtete anzusehen sind. Dies folgt unmittelbar daraus, dass natürliche oder juristische Personen des Privatrechts nur dann anspruchsverpflichtet sein sollen, wenn sie öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen. Denn nur dann werden sie als Träger staatlicher Gewalt tätig. Dass lediglich eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird, reicht hierfür nicht aus (vgl. OVG NRW, NWVBl 2002, 441 [442]; Beckmann, DVP 2003, 142 [144]; Stollmann, NWVBl 2002, 216, sowie Leitfaden zum IFG NRW: "Das Recht auf freien Informationszugang", S. 10; a.A. Bischopink, NWVBl 2003, 245 [251]).

III. Beliehenenstatus erforderlich

Beliehene sind aber nur solche Privaten, denen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes die Befugnis verliehen worden ist, Verwaltungsaufgaben selbstständig, in eigenem Namen und mit den Mitteln des öffentlichen Rechts wahrzunehmen (vgl. Kopp, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 14 m.w.N.). Die Beleihung muss sich dabei aber auf den eigentlichen Tätigkeitsbereich des Privaten beziehen. Dementsprechend kann § 2 Abs. 4 IFG NRW vorliegend nicht etwa als eine eine Beleihung regelnde Vorschrift angesehen werden.

Ist eine juristische Person des Privatrechts - wie vorliegend die Beklagte - nicht Beliehene, so handelt sie auch dann, wenn sie eine öffentliche Aufgabe erfüllt, stets privatrechtlich mit der Folge, dass ein gegen sie gerichtetes Begehren nicht auf eine dem öffentlichen Recht zugehörige Anspruchsnorm gestützt werden kann. Kann aber die vom Kläger herangezogene Anspruchsgrundlage offensichtlich nicht gegeben sein, so besteht auch kein Bedürfnis dafür, die Klage insoweit mit Rechtskraftwirkung im Verwaltungsrechtsweg abzuweisen (vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 359). Ohne Beleihung ist das Handeln Privater mithin stets privatrechtlicher Natur und unterliegt der Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte (vgl. Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 40 Rn. 88).

B. Begründetheit

Die nach dem eingangs Gesagten gleichwohl zulässige Klage ist aber nicht begründet.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zugang zu den von ihm begehrten Informationen. Gem. § 4 Abs. 1 IFG NRW hat jede natürliche Person nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes sind mithin juristische Personen vom Informationszugangsrecht ausgeschlossen.

I. Wirksamkeit der Ausschlussklausel

Dieser Ausschluss ist rechtlich nicht zu beanstanden. Dies gilt nicht zuletzt auch mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Denn der Gesetzgeber hat - wie sich aus dem Allgemeinen Teil der Begründung im Gesetzentwurf vom 12.6.2001 (LT-Drucks. 13/1311) ergibt, das Recht auf Informationszugang als eigenständigen Bürgerrechtsanspruch aufgefasst. Ausgehend von diesem Gesetzesverständnis ist der Ausschluss juristischer Personen aus dem Informationszugangsrecht nicht gleichheitswidrig.

Dies gilt umso mehr, als mit dem IFG NRW subjek-

tiv-öffentliche Rechte begründet werden, die über das verfassungsrechtlich Erforderliche hinausgehen. Es enthält mithin keine durch höherrangiges Recht gebotenen Regelungen mit der Folge, dass Einschränkungen entsprechend möglich sind (vgl. Schmitz/Jastrow, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NVwZ 2005, S. 984 f.).

II. Rechtsmissbrauch

Sind mithin juristische Personen des Privatrechts vom Informationszugangsrecht ausgeschlossen, so ist, soweit eine natürliche Person von einer juristischen Person lediglich vorgeschoben wird, um an behördliche Informationen zu gelangen, von einer unzulässigen Antragstellung durch die juristische Person selbst auszugehen (vgl. Stollmann, Das IFG NRW, NWVBl 2002, 216 [217]).

So verhält es sich vorliegend. Bereits eingangs des Antrages auf Informationszugang wird auf die Stellung des Klägers als Geschäftsführer der U-GmbH hingewiesen und es wird die Firmenanschrift und nicht etwa die private Anschrift des Klägers angegeben. Darüber hinaus ist der Antrag auf Informationszugang in einer Weise detailliert formuliert, die einem informationssuchenden, außenstehenden Bürger mangels Sachverhaltskenntnis so überhaupt nicht möglich ist. Der Formulierung des gestellten Informationsersuchens liegt vielmehr eine Sachverhaltskenntnis zugrunde, die nur bei der U-GmbH bzw. ihren Organen vorhanden sein kann.

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.

Zivilrecht

Standort: Zivilprozessrecht Problem: Anscheinsbeweis

BGH, URTEIL VOM 05.04.2006
VIII ZR 283/05 (NJW 2006, 2262)

Problemdarstellung:

Durch drei Instanzen hindurch war der Kl. dieses Rechtsstreites mit seinem Versuch unterlegen, Schadensersatz und Schmerzensgeld von einer Restaurantbetreiberin zu erhalten. Beim Verzehr eines Grilltellers war ein Zahn des Kl. abgebrochen, was nach dessen Meinung nur auf einen Fremdkörper in dem Fleisch zurückzuführen sein konnte. Da dieser aber nicht einmal auffindbar war, wäre einer Haftung der Bekl. nur nach den Regeln des Anscheinsbeweises herleitbar, wenn aus dem Umstand, dass bei Verzehr des Grilltellers ein Zahn abgebrochen ist ("Vermutungstatbestand") nach allgemeiner Lebenserfahrung typischerweise darauf geschlossen werden könnte, dass sich in der Speise ein Fremdkörper - etwa ein kleiner Stein - befunden haben muss ("Vermutungsfolge").

Der BGH schloss sich jedoch der Sicht des BerGer. an, wonach ein solcher Erfahrungssatz nicht bestehe, da eine Reihe ebenso wahrscheinlicher Ursachen für den Zahnbruch (etwa eine Vorschädigung des Zahns oder der Biss auf ein Knochen- oder Knorpelteil) denkbar sei. Diese Alternativursachen könnten jedoch keine Haftung der Bekl. begründen, so dass die Schadensersatzklage abzuweisen war.

Prüfungsrelevanz:

Das Erfassen eines zwischen den Parteien streitig gebliebenen Sachverhalts sowie die Festlegung des der gerichtlichen Entscheidung letztendlich zugrundeliegenden Tatsachenstoffes unter richtiger Anwendung der Regeln zur Darlegungs- und Beweislast spielen in der Ausbildung zum Assessorexamen eine wichtige Rolle. Häufige Fehlerquelle bilden hier Vermutungsregeln, die als gesetzliche Vermutungen i. S. d. § 292 ZPO und als tatsächliche Vermutungen zu beachten sein können.

Gesetzliche Vermutungen sind zu unterteilen in Tatsachenvermutungen (z. B. § 476 BGB, § 1117 III BGB) und Rechtsvermutungen (z. B. § 1006 BGB, § 1362 BGB). Will eine Prozesspartei sich auf eine solche gesetzliche Vermutung berufen, muss sie das Vorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen darlegen und ggfs. beweisen. Gelingt ihr dies, bleibt der Gegenpartei gem. § 292 ZPO die Möglichkeit, die Vermutungsfolge zu widerlegen, sie muss hierfür aber den vollen Gegenbeweis führen.

Tatsächliche Vermutungsregeln sind die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln des Anscheinsbeweises ("prima facie", vgl. Thomas/Putzo, § 286 Rz. 12 ff). Gelingt es einer Partei, das Vorliegen des Tatbestandes einer solchen Vermutungsregel darzulegen - woran der Kl. in diesem Fall bereits gescheitert ist - und ggfs. zu beweisen, so kann die Gegenpartei das Eingreifen der Vermutungsfolge bereits dadurch verhindern, dass sie die Überzeugung des Gerichts vom typischerweise anzunehmenden Geschehensablauf durch Aufzeigen im Einzelfall denkbarer Alternativen erschüttert.

Diese Regeln und Differenzierungen sollten von Kandidaten für das 2. Staatsexamen sicher beherrscht werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Keine Produkthaftung für "überharte" Erdnuss in einem Schokoriegel: *OLG Köln*, NJW 2006, 2272

❑ Beweis des ersten Anscheins für gemeinsame Verwahrung von ec-Karte und PIN-Nummer: *BGH*, RA 2005, 15 = NJW 2004, 3623

❑ Grundlegende Darstellung zivilprozessualer Beweislastregeln: *Schmidt*, JuS 2003, 1007 ff

❑ Zu § 476 BGB als gesetzliche Vermutung i. S. d. § 292 ZPO: *BGH*, NJW 2006, 2250 (in diesem Heft)

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* "Ein englisches Teeservice"

Leitsätze:

Das Abbrechen eines Zahns beim Verzehr eines aus verschiedenen Fleischstücken und Hackfleischröllchen bestehenden Gerichts ist nicht nach der Lebenserfahrung typischerweise auf das Vorhandensein eines in der Hackfleischmasse verborgenen festen (Fremd-)Körpers zurückzuführen. Dem Geschädigten kommt dafür folglich nicht der Beweis des ersten Anscheins zugute.

Sachverhalt:

Der Kl. besuchte am 22.12.2003 in Begleitung seiner Ehefrau das von der Bekl. betriebene Restaurant B. in B. Er verzehrte dort einen Grillteller, der aus verschiedenen Fleischstücken, zwei Hackfleischröllchen (Ce-

vapcici) sowie Reis und Gemüse bestand. Dabei brach ein Zahn des Kl. ab. Der Kl. führt dies darauf zurück, dass sich in einem der Hackfleischröllchen ein harter Fremdkörper - etwa ein kleiner Stein - befunden habe, wofür er die Bekl. verantwortlich macht. Die Bekl. bestreitet dies und verweist darauf, dass der Zahn auch beim Biss auf ein Knochen- oder Knorpelteilchen eines der Fleischstücke abgebrochen sein könne. Mit seiner Klage verlangt der Kl. Ersatz des Eigenanteils an den Kosten der zahnärztlichen Behandlung in Höhe von 505,75 €, Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für allen zukünftig aus dem Schadensereignis von 22.12.2003 entstehenden Schaden. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen

Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB in Verbindung mit dem Bewirtungsvertrag stehe dem Kl. nicht zu, weil es an einer Pflichtverletzung durch die Bekl. fehle. Der Kl. trage die Beweislast für seine Behauptung, der Grillteller habe einen harten Fremdkörper enthalten, der für das Abbrechen des Zahns ursächlich gewesen sei. Es gebe keinen Anscheinsbeweis dafür, dass dann, wenn einem Gast beim Verzehr einer Fleischspeise in einem Restaurant ein Zahn abbreche, sich ein Fremdkörper im Essen befunden haben müsse, der nur durch Unachtsamkeit des Wirts oder des Gaststättenpersonals in das Essen gelangt sein könne. Das gelte auch unter den hier im Einzelnen vorgebrachten Umständen. Zum einen sei schon nicht ausgeschlossen, dass der herausgebrochene Zahn des Kl. so vorgeschädigt gewesen sei, dass es nur eines kräftigen Zubeißens bedurft habe, um den Bruch zu verursachen. Ferner müsse gerade beim Verzehr eines Grilltellers grundsätzlich mit festeren Knorpelteilchen oder Knochenabsplitterungen gerechnet werden. Ein solches Teilchen könne sich noch auf dem Teller befunden haben und mit den vom Kl. angeblich zuletzt verzehrten Hackfleischröllchen aufgenommen worden sein. Zudem könne es auch vorkommen, dass in Hackfleischröllchen kleinere feste Knorpelstücke oder Knochenteilchen enthalten seien, ohne dass darin eine Pflichtverletzung des Wirts oder seines Personals zu sehen sei. Ein Anscheinsbeweis für die behauptete Ursache des Zahnabbruchs wäre allenfalls dann gegeben, wenn der Kl. den behaupteten Fremdkörper hätte vorlegen können.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

I. Voraussetzung für jegliche Haftung der Bekl.: Fremdkörper im Hackfleischröllchen

Zutreffend und insoweit von der Revision unbeanstandet ist das BerGer. davon ausgegangen, dass eine Haftung der Bekl. nach § 280 I BGB wegen einer Pflichtverletzung den vom Kl. zu erbringenden Nachweis voraussetzt, dass sich, was die Bekl. bestreitet, in dem Hackfleischröllchen, dessen Verzehr nach der Darstellung des Kl. den Verlust eines Zahns zur Folge hatte, ein harter Gegenstand befand, der beim Zubeißen zum Abbrechen des Zahns führte. Das Vorhandensein eines solchen Fremdkörpers ist objektive Voraussetzung sowohl der Haftung nach § 280 I BGB wegen Verletzung einer aus dem Bewirtungsvertrag folgenden Verhaltenspflicht als auch einer Schadensersatzpflicht der Bekl. nach § 433 I 2, § 434 I 2, § 437 Nr. 3, § 280 I BGB wegen eines Sachmangels des vom Kl. in der Gaststätte der Bekl. käuflich erworbenen Grilltellers. Im Ergebnis nichts anderes gilt für einen daneben möglicherweise gegebenen Ersatzanspruch nach § 823 I BGB oder § 1 I, IV des Produkthaftungsgesetzes.

II. Zeugenaussagen unergiebig, da Fremdkörper nach "Zahnbruch" nicht auffindbar

Diesen Nachweis kann der Kl. durch die von ihm hierfür benannte Zeugin W. - seine Ehefrau, die ihn beim Besuch des Restaurants der Bekl. begleitete - nicht erbringen. Denn nach seiner Darstellung war der Fremdkörper - vermutlich ein kleiner Stein - nach dem Abbrechen des Zahns nicht mehr auffindbar, weil er ihn verschluckt hatte. Daraus folgt, dass auch die Zeugin W. keine Angaben dazu machen kann, ob sich in dem vom Kl. verzehrten Hackfleischröllchen ein Fremdkörper befunden hatte.

III. Kein Beweis des ersten Anscheins für vom Kl. behaupteten Geschehensablauf

Das sieht die Revision nicht anders. Sie meint indessen, angesichts der unstreitigen und der durch die Zeugin W. unter Beweis gestellten Umstände sei entgegen der Auffassung des BerGer. von einem typischen Geschehensablauf auszugehen, sodass dem Kl. der Beweis des ersten Anscheins zugute komme. Das ist nicht richtig. Die Frage, ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das Revisionsgericht (BGHZ 100, 31 [33]; 160, 308 [313] m.w.N.).

1. Allgemeine Regeln des Anscheinsbeweises

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins nur bei typischen Geschehensabläufen anwendbar, das heißt in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Le-

benserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist (BGHZ aaO m.w.Nachw.). Dabei bedeutet Typizität nicht, dass die Ursächlichkeit einer bestimmten Tatsache für einen bestimmten Erfolg bei allen Sachverhalten dieser Fallgruppe notwendig immer vorhanden ist; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (BGHZ 160, aaO.; BGH, VersR 1991, 460).

2. Vermutungstatbestand in diesem Fall nicht gegeben
Wie das BerGer. zutreffend entschieden hat, fehlt es hier an einem in diesem Sinne typischen Geschehensablauf. Das Abbrechen eines Zahns beim Verzehr eines aus verschiedenen Fleischstücken und Hackfleischröllchen bestehenden Gerichts ist nicht nach der Lebenserfahrung typischerweise auf das Vorhandensein eines in der Hackfleischmasse verborgenen festen (Fremd-) Körpers zurückzuführen. Vielmehr kommen dafür, wie das BerGer. richtig erkannt hat, auch andere, nicht fernliegende Ursachen wie etwa eine Vorschädigung des abgebrochenen Zahns oder die versehentliche Mitaufnahme von Knochen- oder Knorpelresten, die nach dem Verzehr anderer Fleischstücke im Laufe der Mahlzeit auf dem Teller zurückgeblieben sind, in Betracht.

IV. Vertretenmüssen der Bekl. nicht mehr entscheidungserheblich
Da der Kl. somit schon nicht nachweisen kann, dass sich in dem Hackfleischröllchen, bei dessen Verzehr nach seiner Behauptung der Zahn abbrach, ein harter (Fremd-) Körper - sei es ein kleiner Stein, sei es ein Knochen- oder ein hartes Knorpelteilchen - befand, bedarf es keines Eingehens auf die weitere Frage, ob die Bekl. die dann gegebene Pflichtverletzung zu vertreten hätte.

Standort: Deliktsrecht Problem: Verkehrssicherungspflichten des Vermieters

BGH, URTEIL VOM 16.05.2006
VI ZR 189/05 (NJW 2006, 2326)

Problemdarstellung:
Die zum Unfallzeitpunkt gerade 2 Jahre alte Kl. stürzte beim Spielen mit ihrer Schwester gegen eine Zimmertür, die mit einem in 40 cm Höhe beginnenden Glaseinsatz versehen war. Da dieser Glaseinsatz nicht mit Sicherheitsglas ausgestattet war, zersplitterte das Glas mit der Folge, dass die Kl. ihre Sehkraft auf dem linken Auge durch einen eindringenden Splitter fast vollständig verlor.

Der BGH lehnte eine Ersatzpflicht des Vermieters der Familie der Kl. unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten ab. Die durch ihn zur Verfügung gestellte Wohnung entsprach den bauordnungsrechtlichen Vorschriften, die eine Pflicht zum Einbau von Sicherheitsglas in derartige Zimmertüren nicht statuieren. Auch lagen keine besonderen Anhaltspunkte für Gefahrensituationen vor, die den Vermieter zu Sicherungsmaßnahmen über den Maßstab des geltenden Bauordnungsrechts hinaus hätten verpflichten können. Der BGH sieht dann schon eher die Eltern kleiner Kinder in der Pflicht, auf eine weitergehende Sicherheitsausstattung ihrer Wohnung hinzuwirken, wobei es einen Ausschluss jeglicher Gefahrenmomente für spielende Kleinkinder ohnehin kaum geben kann.

Prüfungsrelevanz:
Eine klausurmäßige Bearbeitung dieses Falles hätte sich gutachterlich auch mit Schadensersatzansprüchen der Kl. aus dem zwischen dem bekl. Vermieter und ihren Eltern bestehenden Mietvertrag auseinanderzusetzen. Hierbei wären das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die aufgekommene Streitfrage, ob dieses nach der Schuldrechtsmodernisierung nunmehr in § 311 III BGB verankert ist, anzusprechen. Aufgrund des Fehlens eines Mangels der vermieteten Wohnung i. S. d. § 536 I BGB sowie jedweder anderen vorwerfbaren Pflichtverletzung des Bekl. wären aber auch dies Ansprüche abzulehnen. Angesichts der Dramatik des Falles betont der BGH zu Recht, dass dieses Ergebnis zwar hart erscheinen mag, die Kl. hier aber letztlich kein Unrecht, sondern "nur" ein Unglück erlitten hat. Gleichwohl lesenwert ist das Urteil schließlich aufgrund der ausführlichen Herleitung und Ausgestaltung deliktischer Verkehrssicherungspflichten. Diese stellen einen Teilbereich des Deliktsrechts dar, der ebenso ausbildungs- wie praxisrelevant ist.

Vertiefungshinweise:
❏ Verkehrssicherungspflicht des Gastwirtes bei "Stolperkante" zwischen Terasse und Innenbereich: *OLG Hamm*, RA 2000, 680 = NJW 2000, 3144
❏ Verkehrssicherungspflicht des Gebrauchtwagenverkäufers, das Alter der Reifen zu prüfen: *BGH*, RA 2004, 320 = NJW 2004, 1032
❏ Verkehrssicherungspflichten der Eigentümer eines "Grenzbaumes" i. S. d. § 923 BGB: *BGH*, RA 2004, 705 = NJW 2004, 3328

Kursprogramm:
❏ *Examenskurs:* "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

❑ *Examenskurs:* "Der defekte Gaszug"

Leitsatz:

Der Vermieter einer Wohnung verstößt nicht gegen seine Verkehrssicherungspflicht, wenn er die mit einem Glasausschnitt versehenen Zimmertüren der Wohnung, die insoweit den baurechtlichen Vorschriften entspricht, bei einer Vermietung an eine Familie mit Kleinkindern nicht mit Sicherheitsglas nachrüsten lässt.

Sachverhalt:

Die am 28.04.2001 geborene Kl. nimmt den Bekl. als Vermieter der Wohnung ihrer Eltern auf Schadensersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch. Die Eltern der Kl. sind seit 01.11.2001 Mieter einer 6-Zimmer-Wohnung in einem Anwesen des Bekl., das im Jahre 1966 errichtet worden ist. Seit 1986 handelt es sich bei den Wohnungen um Sozialwohnungen im Sinne der §§ 4 und 5 des Wohnungsbindungsgesetzes, deren Bezug eine Personenzahl von 5 erfordert, damit von der Gemeinde ein entsprechender Berechtigungsschein ausgestellt wird. Die Familie der Kl. lebt dort mit zwei Erwachsenen und drei Kleinkindern. Am 22.03.2003 lief die Kl. beim Spielen mit ihrer Schwester gegen eine in der Wohnung befindliche Kinderzimmertür. Die Tür bestand aus einem Holzrahmen mit einem Glasausschnitt, der im unteren Bereich in einer Höhe von 40 cm begann. Bei dem Glas handelte es sich nicht um Sicherheitsglas. Bei dem Unfall fiel die Kl. mit Kopf und Schultern in die Scheibe. Dadurch gelangte ein winziges Teil aus der zerbrochenen und zersplitterten Scheibe in das linke Auge der Kl., wodurch die Kl. die Sehkraft des linken Auges nahezu vollständig verlor. Das Amtsgericht hat die auf Zahlung von Schmerzensgeld und Feststellung gerichtete Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. verneint einen Anspruch der Kl. wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht. Zwar treffe den Vermieter grundsätzlich eine Verkehrssicherungspflicht gegenüber dem Mieter einer Wohnung. Dabei habe der Verkehrssicherungspflichtige aber nur solche Gefahrenquellen zu beseitigen bzw. vor ihnen zu warnen, die von den Verkehrsteilnehmern trotz gebotener Eigensorgfalt nicht ohne weiteres erkennbar seien oder auf die sie sich nicht ohne weiteres einstellen könnten. Art und Umfang der Verkehrssicherungspflicht bestimmten sich nicht nur nach der Intensität der Gefahr, sondern auch nach den Sicherheitserwartungen des Verkehrs. Danach dürfe der Mieter einer Wohnung sich nicht darauf verlassen, dass Glasausschnitte in Zimmertüren mit Sicherheitsglas ausgestattet seien. Dahingehende baurechtliche Vorschriften hätten weder bei Errichtung der Wohnungen im Jahr 1966 noch bei Einzug der Familie der Kl. noch zum Zeitpunkt des Unfalles existiert. Besondere Umstände, die eine über die baurechtlichen Vorschriften hinausgehende Verpflichtung des Verkehrssicherungspflichtigen erforderten, seien nicht erkennbar. Der Bekl. habe zwar gewusst, dass die Wohnung von einer Familie mit drei Kleinkindern bewohnt werde, habe aber nicht ernstlich damit rechnen müssen, dass ein Mieter "durch eine solche Scheibe" gehe. Es werde nicht behauptet, dass solche Vorfälle bereits zuvor vorgekommen seien. Zur Abwehr von Gefahren für die Kinder sei in erster Linie der Aufsichtspflichtige zuständig. Wenn die Eltern der Kl. auf die Ausstattung mit Sicherheitsglas Wert gelegt hätten, hätten sie nachfragen oder die Tür entsprechend überprüfen müssen. Auch für einen Laien wäre eine Ausstattung mit Sicherheitsglas an der Stempelung erkennbar gewesen. Mieter könnten nicht davon ausgehen, dass Zimmertüren einer im Jahre 1966 errichteten Wohnung mit Sicherheitsglas ausgestattet seien. Da der Gesetzgeber bis heute nicht die Ausstattung von Glastürausschnitten mit Sicherheitsglas verlange, handele es sich auch nicht um ein dringendes Sicherheitsbedürfnis, welches den Sicherungspflichtigen ausnahmsweise zu nachträglichen Maßnahmen verpflichtete.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Beurteilung des BerGer. hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Das BerGer. hat mit Recht einen Verstoß des Bekl. gegen die ihm als Vermieter obliegenden Verkehrssicherungspflichten verneint.

I. Grundlegende Herleitung der Verkehrs-sicherungspflichten

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der eine Gefahrenlage - gleich welcher Art - schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (vgl. etwa Senatsurteile vom 19.12.1989 - VI ZR 182/89 - VersR 1990, 498 [499]; vom 04.12.2001 - VI ZR 447/00 - VersR 2002, 247 [248]; vom 15.07.2003 - VI ZR 155/02 - VersR 2003, 1319 und vom 08.11.2005 - VI ZR 332/04 - VersR 2006, 233 [234], jeweils m.w.N.; vgl. auch BGHZ 121, 367 [375] und BGH, Urteil vom 13.06.1996 - III ZR 40/95 - VersR 1997, 109 [111]). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.

II. Pflicht zu Schutzmaßnahmen nur bei nahe liegender Gefahr der Verletzung fremder Rechtsgüter

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Haftungsbegründend wird eine Gefahr erst dann, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden (vgl. Senatsurteil vom 08.11.2005 - VI ZR 332/04 - aaO. m.w.N.). Deshalb muss nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Es sind vielmehr nur die Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die Schädigung anderer tunlichst abzuwenden (vgl. Senatsurteile vom 10.10.1978 - VI ZR 98/77 - und - VI ZR 99/77 - VersR 1978, 1163 [1165]; vom 15.07.2003 - VI ZR 155/02 - aaO. und vom 08.11.2005 - VI ZR 332/04 - aaO.). Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 I 2 BGB a.F., jetzt § 276 II BGB n.F.) ist genügt, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält (vgl. Senatsurteile vom 16.02.1972 - VI ZR 111/70 - VersR 1972, 559 [560]; vom 15.07.2003 - VI ZR 155/02 - aaO. und vom 08.11.2005 - VI ZR 332/04 - aaO.). Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise - hier der Wohnungsvermieter - für ausreichend halten darf, um andere Personen - hier: Mieter und deren Kinder - vor Schäden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zuzumuten sind; Voraussetzung für eine Verkehrssicherungspflicht ist, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können (vgl. Senatsurteile vom 12.02.1963 - VI ZR 145/62 - VersR 1963, 532; vom 19.05.1967 - VI ZR 162/65 - VersR 1967, 801; vom 04.12.2001 - VI ZR 447/00 - aaO.). Kommt es in Fällen, in denen hiernach keine Schutzmaßnahmen getroffen werden mussten, weil eine Gefährdung anderer zwar nicht völlig ausgeschlossen, aber nur unter besonders eigenartigen und entfernter liegenden Umständen zu befürchten war, ausnahmsweise doch einmal zu einem Schaden, so muss der Geschädigte - so hart dies im Einzelfall sein mag - den Schaden selbst tragen. Er hat ein "Unglück" erlitten und kann dem Schädiger kein "Unrecht" vorhalten (vgl. Senatsurteile vom 15.04.1975 - VI ZR 19/74 - VersR 1975, 812; vom 15.07.2003 - VI ZR 155/02 - aaO. und vom 08.11.2005 - VI ZR 332/04 - aaO.).

III. Zimmertür in Wohnung der Kl. keine Quelle nahe liegender Gefahren

Nach diesen Grundsätzen hat das BerGer. im Ergebnis mit Recht eine Haftung des Bekl. verneint.

1. Wohnungsausstattung verstieß nicht gegen baurechtliche Vorschriften

Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass baurechtliche Vorschriften, nach denen Zimmertüren mit Glasausschnitten in Wohnungen mit Sicherheitsglas ausgestattet werden müssen, weder zum Zeitpunkt der Errichtung der Wohnungen im Jahre 1966 existierten, noch zum Zeitpunkt des Einzugs der Familie der Kl. im Jahre 2001, noch zum Zeitpunkt des Unfalls im Jahre 2003. Nach § 40 II BauO NW ist lediglich geregelt, dass Glastüren und andere Glasflächen, die bis zum Fußboden allgemein zugänglicher Verkehrsflächen herabreichen, so zu kennzeichnen sind, dass sie leicht erkannt werden können. Für größere Glasflächen können zwar Schutzmaßnahmen zur Sicherung des Verkehrs verlangt werden, wobei für Glasflächen, die bis zum Fußboden reichen, jedoch keine besonderen Eigenschaften des Glases vorgeschrieben sind, sondern lediglich eine entsprechende Markierung. Nach den vom BerGer. getroffenen Feststellungen handelte es sich bei der Tür, an der sich die Kl. verletzt hat, nicht um eine bis zum Fußboden herabreichende Glastür, sondern um eine Zimmertür mit einem Glasausschnitt, der erst in einer Höhe von 40 cm begann. Die Revision macht selbst nicht geltend, dass die Zimmertür insoweit nicht den einschlägigen baurechtlichen Vorschriften entsprochen habe. Insofern ist der vorliegende Fall anders gelagert als derjenige, der dem Senatsurteil vom 31.05.1994 - VI ZR 233/93 - (VersR 1994, 996 [997]) zugrunde lag. Dort war der Geschädigte im Treppenhaus eines Mehrfamilienhauses beim Hinuntergehen auf der letzten Stufe einer aus Marmorstufen bestehenden Treppe gestürzt und mit dem Arm in eine aus gewöhnlichem Fensterglas bestehende Verglasung einer Treppenhausaußenwand gefallen. Das BerGer. weist zutreffend darauf hin, dass in diesem Fall baurechtliche Vorschriften bestanden, die besondere Sicherheitsvorkehrungen geboten hätten. Nach § 36 VII BauO NW sind Fenster, die unmittelbar an Treppen liegen und deren Brüstungen unter der notwendigen Geländerhöhe liegen, zu sichern. Grund hierfür ist, dass bei einem Treppenhaus zum einen die Gefahr eines Hinabstürzens in die Tiefe und zum anderen eine größere Wahrscheinlichkeit besteht, dass dort jemand zu Fall kommt, wobei im damals entschiedenen Fall hiermit ernstlich zu rechnen war, weil auf der unteren Stufe der Treppe ein nur 1,25 m breites Podest bis zur Außenwand vorgelagert war und sich kurze Zeit zuvor ein Vorfall ereignet hatte, bei dem das Fensterglas der Außenwand zu Bruch gegangen war.

2. Keine Pflicht des Bekl. zu über baurechtliche Anforderungen hinausgehenden Schutzmaßnahmen

Im vorliegenden Fall lagen nach den unangegriffenen

Feststellungen des BerGer. keine besonderen Umstände vor, welche eine über die baurechtlichen Vorschriften hinausgehende Verkehrssicherungspflicht des Vermieters hinsichtlich der Zimmertüren begründen konnten. Insbesondere waren keine ähnlichen Vorfälle seit Vermietung der Wohnungen im Jahr 1966 bekannt. Allein aus der Kenntnis des Bekl., dass die Wohnung von einer Familie mit drei Kleinkindern bewohnt wird, kann sich entgegen der Auffassung der Revision nichts anderes ergeben. Entsprach nach den baurechtlichen Vorschriften die Mietwohnung im Hinblick auf ihre Ausstattung mit verglasten Wohnungsinnentüren der Normalbeschaffenheit, so oblag es den obhutspflichtigen Eltern der Kl. zu entscheiden, ob sie unter den gegebenen Umständen eine solche Wohnung anmieten und für weitergehende (klein-)kindgerechte Schutzvorkehrungen sorgen wollten, wie sie auch in anderen Bereichen (z.B. Steckdosensicherungen, Schutzgitter, Kantenschutz etc.) üblich sind. Die Revision macht selbst nicht geltend, dass die Eltern der Kl. bei der Anmietung einer im Jahre 1966 errichteten Wohnung damit rechnen konnten, dass die Innentürverglasungen aus Sicherheitsglas bestanden, zumal nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. die Ausstattung mit Sicherheitsglas auch für einen Laien erkennbar ist, weil sich an dem Glaseinsatz bei Sicherheitsglas ein entsprechender Stempel befindet. Mieteten die Eltern der Kl. mit drei Kleinkindern eine Wohnung, die den geltenden baurechtlichen Sicherheitsvorschriften im Hinblick auf die Wohnungsinnentüren entsprach, so konnte dies nicht dazu führen, dass sich die Verkehrssicherungspflichten des Vermieters dahingehend erhöhten, nunmehr besondere (klein-) kindgerechte Sicherheitsvorkehrungen einbauen zu müssen. Es mag zwar wünschenswert sein, in künftigen baurechtlichen Vorschriften zum Schutz von Kindern und älteren Menschen, bei denen eine erhöhte Gefahr besteht, dass sie in Wohnungen zu Fall kommen, den Einbau von Sicherheitsglas vorzusehen. Solange dies jedoch noch nicht der Fall ist, treffen den Vermieter diesbezüglich im Regelfall keine erhöhten Verkehrssicherungspflichten.

IV. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 I ZPO.

Standort: Kaufrecht — Problem: § 476 BGB beim Kauf eines Tieres

BGH, URTEIL VOM 29.03.2006
VIII ZR173/05 (NJW 2006, 2250)

Problemdarstellung:

Das im März 2002 bei der Bekl. gekaufte Pferd litt - wohl erstmals - im August 2002 an einem sogenannten Sommerekzem - einer durch Mückenstiche hervorgerufenen allergischen Reaktion, die zu Entzündungsreaktionen der Haut führt. Ob das Tier bereits bei Gefahrübergang am 18.03.2002 derart sensibilisiert war, dass der nächste Kontakt mit dem Allergen die Reaktion auslösen würde, konnte der Sachverständige mittels tiermedizinischer Analysemethoden nicht mehr klären. Das BerGer. wandte demzufolge § 476 BGB an und ging von der Wirksamkeit des seitens des Kl. erklärten mangelbedingten - das Pferd kann in den Sommermonaten nicht als Reitpferd eingesetzt werden - Rücktrittes aus. Seine auf Kaufpreisrückzahlung gerichtete Klage hatte in der 2. Instanz somit weitgehend Erfolg.

Der BGH bestätigte die rechtlichen Erwägungen des BerGer. zu § 476 BGB weitestgehend. So kommt es für die Unternehmereigenschaft des Verkäufers gem. §§ 474 I, 14 I BGB lediglich darauf an, dass der Verkäufer selbständig, dauerhaft und planmäßig entgeltliche Leistungen am Markt anbietet. Auf die dem handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff immanente Gewinnerzielungsabsicht soll es dagegen aus Gründen des effektiven Verbraucherschutzes nicht ankommen. Auch ist § 476 BGB auf den Kauf von Tieren (entsprechend, § 90a S. 3 BGB) anwendbar und eine Tierkrankheit ist nicht generell ein Mangel, der seiner Art nach die Beweislastumkehr gem. § 476 BGB a. E. ausschließt. Insofern ist vielmehr eine differenzierte Betrachtung der jeweiligen Tierkrankheit im Einzelfall erforderlich.

Zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und Zurückverweisung gem. § 563 I ZPO kam es dagegen, weil der Bekl. - was das BerGer. nicht hinreichend gewürdigt hat - möglicherweise der Zeugenbeweis gelungen ist, dass das Pferd bis März 2002 an keinerlei Allergiesymptomen litt, diese also insbesondere auch nicht während des Sommers 2001 auftraten, als das Tier zuletzt mit dem Allergen in Kontakt war. Dann aber wäre der trotz Eingreifen des § 476 BGB gem. § 292 ZPO zulässige Gegenbeweis geführt. Dem Kl. bliebe dann ggfs. noch der Nachweis, dass das Pferd aufgrund einer schon bei Gefahrübergang vorhandenen genetischen Anomalie, die dann zum Ausbruch der Allergie führte, mangelhaft war.

Prüfungsrelevanz:

Tierkrankheiten gelten als Paradebeispiel für einen möglichen Ausschluss der Beweislastumkehrregel des § 476 BGB aufgrund der Art des streitgegenständlichen Mangels. Die vorliegende Entscheidung zeigt aber, dass sich hier - wie so oft - eine oberflächliche Betrachtungsweise verbietet, da es jeweils darauf ankommt, inwieweit das Vorliegen der Krankheit bei Gefahrübergang überhaupt hätte erkannt werden können. Nur soweit dies möglich ist, erscheint es berech-

tigt, den verkaufenden Unternehmer wegen seiner besseren Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich des Zustandes der Sache mit der Beweislastumkehr des § 476 BGB zu belasten. Andererseits hat der BGH in diesem Urteil erneut betont, dass Mängel, die typischerweise jederzeit auftreten können, gerade den wichtigsten Anwendungsbereich des durch § 476 BGB gewährleisteten Verbraucherschutzes darstellen. Angesichts der Häufigkeit höchstrichterlicher Entscheidungen zu § 476 BGB in der jüngsten Vergangenheit (vgl. u. a. die nachfolgenden Vertiefungshinweise) ist hier die Kenntnis auch der Details der Rechtsprechung für das Examen dringend zu empfehlen.

Vertiefungshinweise:

❑ Fahrlässige Vereitelung des im Rahmen von § 476 BGB möglichen Gegenbeweises: *BGH,* RA 2006, 141 = NJW 2006, 434

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

❑ Anwendbarkeit des § 476 BGB nach Montage der Kaufsache durch Dritte: *BGH,* RA 2005, 98 = NJW 2005, 283

❑ Zum Vertretenmüssen des Verkäufers (= Züchters) beim Tierkauf: *BGH,* RA 2005, 586 = NJW 2005, 2852

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der defekte Synthesizer"

❑ *Examenskurs:* "dolce vita"

Leitsätze:

1. Beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen.

2. Die Vermutung des § 476 BGB ist grundsätzlich auch auf den Tierkauf anzuwenden. Sie kann jedoch wegen der Art des Mangels bei bestimmten Tierkrankheiten ausgeschlossen sein; bei einer saisonal sichtbaren Allergie - hier: Sommerekzem eines Pferdes - ist dies nicht der Fall.

3. Zur Widerlegung der Vermutung des § 476 BGB bei einer Tierkrankheit.

Sachverhalt:

Die Bekl. betreibt die Zucht von Araber-Pferden. Sie verkaufte dem Kl. am 18.03.2002 einen 1997 geborenen Hengst zum Preis von 7.100,- €. Die Übergabe des Pferdes erfolgte am selben Tag. Mit Schreiben vom 17.09.2002 trat der Kl. unter Berufung auf gesundheitliche Mängel des Pferdes - insbesondere eine im August 2002 aufgetretene Allergie (sogenanntes Sommerekzem) - vom Kauf zurück. Die Bekl. lehnte die Rückabwicklung des Vertrages ab. Mit seiner Klage hat der Kl. Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes und Aufwendungsersatz - insgesamt Zahlung von 13.880,75 € nebst Zinsen - sowie die Feststellung begehrt, dass sich die Bekl. seit dem 19.09.2002 in Annahmeverzug befindet und verpflichtet ist, dem Kl. alle künftigen durch die Haltung des Pferdes entstehenden Kosten zu erstatten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das BerGer. die Bekl. zur Zahlung von 12.675,54 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes verurteilt und dem Feststellungsbegehren des Kl. entsprochen. Mit ihrer vom BerGer. zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

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

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

Die Bekl. sei gemäß § 346 I BGB in Verbindung mit §§ 326 V, 437 Nr. 2 BGB verpflichtet, den Kaufpreis von 7.100,- € an den Kl. zurückzuzahlen. Die Kaufsache sei mangelhaft, weil das Pferd an einem Sommerekzem leide und aufgrund dieser allergischen Erkrankung, die den Aufenthalt eines daran leidenden Pferdes im Freien während der Sommermonate nicht zulasse, zu der hier vereinbarten Verwendung (Distanzritte), aber auch zu der gewöhnlichen Verwendung (als Reitpferd) nicht geeignet sei. Dass dieser für den 30.08.2002 durch tierärztliche Bescheinigung und Laboruntersuchung nachgewiesene Sachmangel auch bereits am 18.03.2002 - bei Übergabe und Gefahrübergang - vorgelegen habe, folge aus der Vermutung des § 476 BGB. Die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf, darunter auch § 476 BGB, seien anwendbar, weil der Kl. Verbraucher und die Bekl. Unternehmerin seien. Die Unternehmereigenschaft der Bekl. ergebe sich daraus, dass sie planmäßig und dauerhaft Deckhengste und den Verkauf selbst gezogener Fohlen gegen Entgelt anbiete; unerheblich sei demgegenüber, ob die Bekl., wie sie betone, die Pferdezucht ohne Gewinnerzielungsabsicht betreibe. Die Voraussetzungen für die in § 476 BGB vorgesehene Vermutung seien erfüllt. Der in der allergischen Erkrankung - Sommerekzem - liegende Mangel des Pferdes habe sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt. Die Frage, ob dieser Mangel in Form der Sensibilisierung dergestalt, dass der nächste Kontakt mit dem Allergen zum Auftreten der überschießenden Reaktion der Immunabwehr und zu den daraus resultierenden Symptomen führe, bereits zum Zeitpunkt des Gefahr-

übergangs vorgelegen habe, lasse sich nach dem Gutachten des Sachverständigen nachträglich nicht aufklären. Die Unaufklärbarkeit des Zeitpunkts, zu dem die Erkrankung eingetreten sei, gehe gemäß § 476 BGB zu Lasten der Bekl. Entgegen der Auffassung des Landgerichts greife eine der gesetzlichen Ausnahmen von der Vermutung nicht ein; diese sei hier weder mit der Art der Sache noch der des Mangels unvereinbar. Die Ausnahmetatbestände seien im Interesse des Verbraucherschutzes eng auszulegen und könnten bei Tierkrankheiten jedenfalls dann nicht eingreifen, wenn - wie hier - im Zeitpunkt der Übergabe durch labormäßige Testverfahren hätte festgestellt werden können, ob die Erkrankung bereits vorgelegen habe. Da der hier vorliegende Mangel in überschaubarer Zeit nicht heilbar sei und nicht beseitigt werden könne, liege ein anfänglicher unbehebbarer Mangel vor, bei dem die Bekl. von der Leistung frei sei (§ 275 I BGB) und der Kl. zurücktreten könne, ohne zuvor eine Frist zur Nacherfüllung setzen zu müssen (§ 326 V BGB). Die Bekl. habe dem Kl. auch gemäß §§ 437 Nr. 2, 347 II BGB die notwendigen Verwendungen zu ersetzen. Es bestehe jedoch darüber hinaus kein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, weil die Bekl. das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht gekannt und ihre Unkenntnis auch nicht zu vertreten gehabt habe (§ 311 a II 2 BGB). Die Beweisaufnahme vor dem Senat habe insoweit ergeben, dass in der Zeit bis zum Vertragsschluss - auch im Sommer und Herbst des Jahres 2001, als letztmalig vor dem Verkauf ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Insekten aufgetreten sei - bei dem Pferd keine Symptome des Sommerekzems vorgelegen hätten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Dem Kl. kann ein Anspruch aus § 346 I BGB i. V. m. §§ 326 V, 437 Nr. 2 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 18.03.2002 mit der vom BerGer. gegebenen Begründung nicht zugebilligt werden. Die Revision rügt zu Recht, dass die vom BerGer. in Anwendung der Vermutung des § 476 BGB zum Nachteil der Bekl. getroffene Beweislastentscheidung auf einer Beweiswürdigung beruht, bei der das BerGer. unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht das gesamte Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme berücksichtigt hat; die insoweit in der Revisionserwiderung erhobene Gegenrüge aus § 286 ZPO greift ebenfalls durch.

I. Einordnung des Sommerekzems als Sachmangel i. S. d. §§ 434, 90 a BGB

Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. aufgrund der im August 2002 erhobenen Befunde festgestellt, dass das verkaufte Pferd zu dieser Zeit an dem sogenannten Sommerekzem litt. Hierbei handelt es sich nach dem vom BerGer. zugrunde gelegten Sachverständigengutachten um eine Allergie, bei der während der Sommermonate durch Mückenstiche eine (vorübergehende) lokale Entzündungsreaktion der Haut ausgelöst wird, die zu starkem Juckreiz des Pferdes führt und dadurch Scheuerstellen und Haarbruch an Mähne und Schweif verursacht. Dass diese Allergie bei dem Pferd im August 2002 aufgetreten ist, greift die Revision ebenso wenig an wie die vom BerGer. zutreffend vorgenommene Qualifizierung des Sommerekzems als Sachmangel im Sinne der §§ 433 I 2, 434 I i. V. m. § 90 a S. 3 BGB.

II. Zum Vorliegen des Sachmangels bei Gefahrübergang i. S. d. § 446 BGB

Mit Erfolg rügt die Revision jedoch die mit der Vermutung des § 476 BGB begründete Feststellung des BerGer., dass die Allergie des Pferdes, wie es § 434 I BGB als Voraussetzung für die Rechte des Kl. aus § 437 BGB verlangt, bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe.

1. Anwendbarkeit der §§ 474 ff BGB: Keine Gewinnerzielungsabsicht der Bekl. erforderlich

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das BerGer. die Regelung des § 476 BGB im vorliegenden Fall für anwendbar gehalten hat. Denn bei dem Kaufvertrag vom 18.03.2002 handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I BGB), für den § 476 BGB gilt. Die Stellung des Kl. als Verbraucher (§ 13 BGB) ist nicht im Streit. Auch hat das BerGer. mit Recht die Bekl. als Unternehmerin angesehen. Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 I BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

a. Bekl. bietet selbständig, planmäßig und dauerhaft entgeltliche Leistungen am Markt an

Eine gewerbliche Tätigkeit setzt - jedenfalls - ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (Soergel/Pfeiffer, BGB, 13. Aufl., § 14 Rz. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 14 Rz. 2 m.w.N.) Dies wird von der Revision ebenso wenig in Zweifel gezogen wie die Feststellung des BerGer., dass die Bekl. diese Voraussetzungen erfüllt, indem sie - wie sich aus ihrer Anzeigenwerbung in einer Fachzeitschrift für die Zucht von Araber-Pferden ergibt - unter der Bezeichnung “Araberhof R.” planmäßig und dauerhaft nicht nur Deckhengste für die Zucht, sondern auch Pferde aus der eigenen Nachzucht zum Verkauf anbietet.

b. Unternehmerbegriff des § 14 BGB folgt anderen Voraussetzungen als Kaufmannsbegriff

Die Revision meint jedoch, trotz des insoweit ge-

schäftsmäßigen Auftretens der Bekl. am Markt liege eine gewerbliche Tätigkeit nicht vor; hierfür sei weiter erforderlich, dass die Tätigkeit mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werde. Daran fehle es bei der Bekl., weil sie die Pferdezucht nur als Hobby betreibe; die damit einhergehenden Geschäfte dienten nur dazu, die Verluste etwas zu reduzieren. Dem ist das BerGer. mit Recht nicht gefolgt. Beim Verbrauchsgüterkauf setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherkreditrecht (BGHZ 155, 240 [246]) und auch der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum zur Auslegung des für § 474 BGB maßgeblichen Unternehmerbegriffs in § 14 I BGB (Münch.Komm.BGB/Micklitz, aaO, § 14 BGB Rz. 16 ff.; Soergel/Pfeiffer, BGB, aaO, § 14 Rz. 13; Staudinger/Habermann, BGB (2004) § 14 Rz. 35; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, § 14 Rz. 6; Palandt/Heinrichs, BGB, aaO, § 14 Rz. 2; Erman/Saenger, BGB, 11. Aufl., § 14 Rz. 8 ff., 12). Zwar ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff, der ebenfalls an den Gewerbebegriff anknüpft, eine Gewinnerzielungsabsicht des Kaufmanns oder selbständigen Unternehmers im Bereich des Handels- bzw. Unternehmensrechts grundsätzlich unverzichtbar (BGHZ aaO., 245 m.w.N.). Ob das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht im Handels- und Unternehmensrecht inzwischen überholt ist, hat der Bundesgerichtshof (aaO., 246) offen gelassen und bedarf auch hier keiner Entscheidung. Jedenfalls ist beim Verbrauchsgüterkauf - ebenso wie beim Verbraucherkredit (BGHZ aaO.) - die Unternehmerstellung des Vertragspartners des Verbrauchers nicht von der Motivation, Gewinn zu erzielen, abhängig. Zum Verbraucherkreditgesetz hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es für das Abgrenzungskriterium "in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit" in § 1 I VerbrKrG (a.F.) auf ein dauerhaftes Gewinnstreben des Kreditgebers nach dem Willen des Gesetzgebers im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes nicht ankommt (aaO., 246 f.). Dies gilt nicht nur für das Verbraucherkreditrecht, das hinsichtlich des Unternehmerbegriffs ohne sachliche Änderung in das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 491 ff. BGB) übernommen worden ist (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB (2004), § 491 Rz. 3, 7), sondern gleichermaßen für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB). Auch hier steht das Interesse des Gesetzgebers an einem wirksamen Verbraucherschutz, dessen Umsetzung in nationales Recht dem Gesetzgeber durch die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171/12) aufgegeben worden war, im Vordergrund und nicht die Anknüpfung an den traditionellen Gewerbebegriff des deutschen Handelsrechts. Dementsprechend wird in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drucks. 14/6040, S. 243) zur Erläuterung des Unternehmerbegriffs in § 474 BGB nicht auf den traditionellen Gewerbebegriff des deutschen Handelsrechts Bezug genommen, sondern darauf hingewiesen, dass der für § 474 BGB maßgebliche Unternehmerbegriff in § 14 BGB der Definition des Verkäufers in Art. 1 II Buchst. c der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspreche. Aus dieser Bezugnahme auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird deutlich, dass dem Unternehmerbegriff in § 474 BGB der europäisch-autonome Unternehmerbegriff zugrunde liegt (Soergel/Pfeiffer, aaO, Rz. 11), der vom Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt ist. Die überkommene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff hindert deshalb - wie bereits für den Verbraucherkredit entschieden (BGHZ 155, 240) - auch beim Verbrauchsgüterkauf nicht daran, für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit des Verkäufers auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht zu verzichten.

c. Effektiver Verbraucherschutz fordert Verzicht auf Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht

Dies ist im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes auch hier geboten, weil eine Gewinnerzielungsabsicht des Verkäufers als rein unternehmensinterne Tatsache dem Verbraucher beim Vertragsschluss häufig verborgen bleiben wird (vgl. BGHZ aaO., 246) und auch kein überzeugender Grund dafür ersichtlich ist, den Verbraucherschutz beim Verbrauchsgüterkauf davon abhängig zu machen, ob der Verkäufer mit einer in professioneller Weise betriebenen Geschäftstätigkeit Gewinn erzielen oder - wie die Bekl. für sich geltend macht - damit lediglich Verluste reduzieren will. Nichts spricht dafür, das Schutzbedürfnis des Verbrauchers, auf das für den Anwendungsbereich des Gesetzes wesentlich abzustellen ist, für geringer zu erachten, wenn dem Verkäufer, der am Markt - nach seinem gesamten Erscheinungsbild - als Unternehmer auftritt, die Absicht der Gewinnerzielung fehlt. Diesem für das Verbraucherschutzrecht maßgeblichen, allein auf die objektiven Gegebenheiten abstellenden Unternehmer- und Gewerbebegriff hat sich im Übrigen auch bereits die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff angenähert, soweit sie den Zweck der Gewinnerzielung dahin verstanden hat, dass der Geschäftsbetrieb auf Erzielung "dauernder Einnahmen" gerichtet ist (vgl. BGHZ 33, 321 [324] und 95, 155 [157], jeweils unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 02.12.1958 - VIII ZR 154/57, WM 1959, 161). Dass die von der Bekl. betriebene Pferdezucht zur Deckung der damit verbundenen Kosten auf die Erzielung wie-

derkehrender Einnahmen durch Deckgelder und Verkaufserlöse ausgerichtet ist, stellt die Bekl. selbst nicht in Abrede.

2. Etwaige formale Mängel der Verbrauchsgüter-kaufrichtlinie lassen § 476 BGB unberührt

Die Vorschrift des § 476 BGB ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht unwirksam. Es kann dahingestellt bleiben, ob die gemeinschaftsrechtliche Verbrauchsgüterkauf-richtlinie, wie die Revision unter Bezugnahme auf den zweitinstanzlichen Vortrag der Bekl. meint, etwa formunwirksam ist, weil der mit Beschluss 77/505/EWG vom 25.07.1977 (ABl. EG Nr. L 206 vom 12.08.1977, S. 11) eingesetzte Tierzuchtausschuss am Erlass der Richtlinie nicht beteiligt worden sei. Die Wirksamkeit der Regelung in § 476 BGB, durch die Art. 5 III der Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt worden ist, bliebe, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, von etwaigen formalen Mängeln der Richtlinie unberührt. Dagegen bringt die Revision nichts vor. Dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an den Europäischen Gerichtshof hat das BerGer. deshalb mit Recht nicht entsprochen. Für den im Revisionsverfahren wiederholten Antrag gilt nichts anderes.

3. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 476 BGB

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der in § 476 BGB geregelten Vermutung sind erfüllt. Die Allergie hat sich bei dem verkauften Pferd im August 2002 und damit innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt. Das Auftreten dieses Sachmangels begründet nach der Rechtsprechung des Senats eine - lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende - Vermutung, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag (BGHZ 159, 215; Senatsurteile vom 14.09.2005 - VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490 unter B II 1 b bb (1) und vom 23.11.2005 - VIII ZR 143/05, NJW 2006, 434 unter II 1 b aa). Dies gilt allerdings nach § 476 BGB dann nicht, wenn die Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Ein solcher Ausnahmetatbestand liegt hier jedoch, wie das BerGer. mit Recht angenommen hat, nicht vor.

a. Vermutung des § 476 BGB bei Tierkauf nicht generell ausgeschlossen

Die Vermutung des § 476 BGB ist gemäß der für Tiere maßgeblichen Verweisung in § 90 a S. 3 BGB auf die für Sachen geltenden Vorschriften auch beim Kauf eines Pferdes entsprechend anzuwenden; insoweit ist sie nicht schon mit der Art des Kaufgegenstandes unvereinbar (ebenso E. v. Westphalen, ZGS 2005, 210 [214]; Westermann, ZGS 2005, 342 [347]; Adolphsen, AgrarR 2001, 169 [172]; Augenhofer, ZGS 2004, 385 [386] mit Hinweisen auf die abweichende gesetzliche Regelung in Österreich). Die Revision meint dagegen unter Berufung auf eine in der Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Teil vertretene Auffassung (LG Verden, RdL 2005, 176; AG Worbis, RdL 2005, 146; AG Helmstedt, RdL 2005, 65; tendenziell auch OLG Oldenburg - 8. Senat, RdL 2005, 65; OLG Oldenburg - 14. Senat, RdL 2005, 65 und LG Lüneburg, RdL 2005, 66), § 476 BGB sei auf den Tierkauf grundsätzlich nicht anwendbar. Dies trifft nicht zu.

aa. Entfall der Sondervorschriften zum "Viehkauf" durch die Schuldrechtsreform

Durch das am 01.01.2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 1887) sind die bis dahin - auch für Pferde - geltenden Bestimmungen über den Viehkauf (§§ 481 bis 492 BGB) aufgehoben worden. Diese Regelungen sahen nur eine - gegenüber §§ 459 ff. BGB a.F. eingeschränkte - Gewährleistung für sogenannte Hauptmängel im Sinne der Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27.03.1899 (RGBl. S. 219) vor. Ziel der Aufhebung des besonders geregelten Viehgewährleistungsrechts war es, das allgemeine Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) auf die Gewährleistung bei jeder Art von Tierkauf anzuwenden (BT-Drucks. 14/6040, S. 207). Schon aus dem seitherigen Fehlen von Spezialvorschriften für die Gewährleistung beim Tierkauf folgt, dass auch die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB unter den Voraussetzungen des § 474 BGB auf den Tierkauf entsprechend anzuwenden ist (§ 90 a S. 3 ZPO). Dies kommt auch in der Begründung zu § 476 BGB zum Ausdruck, in welcher der Tierkauf als möglicher Anwendungsfall der Vermutung besonders angesprochen wird (BT-Drucksache 14/6040, S. 245).

bb. Erfordernis eines effektiven Verbraucherschutzes auch bei Tierkauf

Auch von der Sache her verbietet sich eine rückwirkende Vermutung über den Zustand des Tieres im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht in jedem Fall schon deshalb, weil es sich bei Tieren um Lebewesen handelt, die naturgemäß einem stetigen Wandel ihres körperlichen und gesundheitlichen Zustandes unterliegen. Eine derartige Vermutung enthielt bereits das frühere Viehgewährleistungsrecht in § 484 BGB a.F., wenn auch nur innerhalb wesentlich kürzerer Gewährfristen als der einheitlichen Frist von sechs Monaten in § 476 BGB. Entscheidend aber ist, dass der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, auf dem die aus Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommene Bestimmung des § 476 BGB beruht, für eine Anwendung dieser Regelung auch auf den Tierkauf spricht. Die Vermutung leitet ihren spezifisch verbraucherschützenden Charakter aus den schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und den - jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe

- ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers her (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Diese Erwägung trifft auch auf den Tierkauf zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer zu. Der gewerblich tätige Verkäufer vermag den Zustand des Tieres im Zeitpunkt der Übergabe im Regelfall besser zu beurteilen als ein Käufer, der mit dem Erwerb von Tieren nicht beruflich oder gewerbsmäßig befasst ist. Deshalb ist es gerechtfertigt, die Vermutung grundsätzlich auch auf den Tierkauf anzuwenden. Ob dies für alle Arten von Tieren gilt, kann offen bleiben; beim Kauf eines Pferdes ist die Anwendung der Vermutung jedenfalls nicht von vornherein wegen der Art des Tieres ausgeschlossen.

b. Auch Art des Mangels schließt Vermutung des § 476 BGB nicht aus

Die Vermutung ist im vorliegenden Fall auch nicht mit der Art des Mangels unvereinbar.

aa. Gerade Mängel, die typischerweise jederzeit auftreten können, erfordern Schutz des § 476 BGB

Zu diesem Ausschlusstatbestand hat der Senat - im Hinblick auf die äußere Beschädigung eines Kraftfahrzeugs - bereits entschieden, dass die Vermutung, ein Sachmangel habe bereits bei Gefahrübergang vorgelegen, nicht schon dann mit der Art des Mangels unvereinbar ist, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichenden Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang vorlag (Senatsurteil vom 14.09.2005 aaO., Leitsatz 2). Dies gilt im Grundsatz auch für den Tierkauf. Auch hier besteht aufgrund der Art des Mangels häufig Ungewissheit über dessen Entstehungszeitpunkt. Mit dem Regel-Ausnahmeverhältnis in § 476 BGB und dem verbraucherschützenden Charakter der Norm wäre es auch beim Tierkauf nicht zu vereinbaren, die Vermutung ohne weiteres schon daran scheitern zu lassen, dass der Entstehungszeitpunkt eines Mangels typischerweise nicht zuverlässig festgestellt werden kann; denn durch eine derartige Einengung der Beweislastumkehr würde der mit der Regelung intendierte Verbraucherschutz weitgehend ausgehöhlt (vgl. Senatsurteil aaO. unter II 1 b cc (2)).

bb. Beim Tierkauf zu beachtende Besonderheiten

Jedoch sind beim Tierkauf die Besonderheiten zu berücksichtigen, die sich aus der Natur des Tieres als Lebewesen ergeben. Deshalb sind Rechtsprechung und Schrifttum zum Anwendungsbereich der Vermutung bei beweglichen Sachen (§ 90 BGB) nicht unbesehen auf Tiere zu übertragen.

(1). Nur entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über Sachen, § 90 a S. 3 BGB

Dies folgt schon daraus, dass Tiere keine Sachen sind (§ 90 a S. 1 BGB) und auf sie die für Sachen geltenden Vorschriften daher nur entsprechende Anwendung finden können (§ 90 a S. 3 BGB). Anders als bewegliche Sachen unterliegen Tiere während ihrer gesamten Lebenszeit einer ständigen Entwicklung und Veränderung ihrer körperlichen und gesundheitlichen Verfassung, die nicht nur von den natürlichen Gegebenheiten des Tieres (Anlagen, Alter), sondern auch von seiner Haltung (Ernährung, Pflege, Belastung) beeinflusst wird. Darin lag der Grund für das Viehgewährleistungsrecht in §§ 481 ff. BGB a.F., das den Besonderheiten des Handels mit lebenden Organismen Rechnung tragen sollte (BT-Drucks. 14/6040, S. 206). Der wesensmäßige Unterschied zwischen Tieren und Sachen, der in der Bestimmung des § 90 a BGB zum Ausdruck kommt, ist nach der Aufhebung der §§ 481 ff. BGB a.F. im Zuge der Schuldrechtsreform nicht gegenstandslos geworden, sondern weiterhin von Bedeutung insbesondere für die Frage, inwieweit die Vermutung des § 476 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist. In den Gesetzesmaterialien zu § 476 BGB wird insoweit ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vermutung mit der Art des Mangels jedenfalls bei Tierkrankheiten häufig unvereinbar sein werde, weil wegen der Ungewissheiten über den Zeitraum zwischen Infektion und Ausbruch der Krankheit nicht selten ungewiss bleiben werde, ob eine Ansteckung bereits vor oder erst nach Lieferung des Tieres an den Käufer erfolgt sei; eine Vermutung, dass der Mangel zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen habe, lasse sich dann nicht rechtfertigen, was aber nicht unbedingt auch für andere Fehler eines Tieres gelten müsse (BT-Drucks. 14/6040, S. 245).

(2). Ausschluss gem. § 476 BGB a. E. je nach Tierkrankheit / Mangel differenziert zu beurteilen

Aus dieser Erläuterung zur Anwendung des § 476 BGB auf den Tierkauf geht hervor, dass sich die Frage, ob die Vermutung des § 476 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist, nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht für alle erdenklichen Erkrankungen und sonstigen Mängel von Tieren einheitlich bejahen oder verneinen lässt, sondern differenzierter Beurteilung je nach der Art der Erkrankung oder des sonstigen Mangels bedarf. Maßgeblich dafür sind einerseits der Sinn und Zweck des § 476 BGB - Privilegierung des Verbrauchers aufgrund besserer Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers über den Zustand des Tieres bei Gefahrübergang (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 245) - und andererseits die dabei auch zu berücksichtigenden Besonderheiten bestimmter Tierkrankheiten oder sonstiger Mängel, aus denen sich aufgrund der spezifischen Natur des Tieres die in der Begründung zu § 476 BGB (aaO.) beispielhaft aufgezeigten Grenzen für eine Beweislastumkehr ergeben können. Eine nach der spezifischen Art der Tierkrankheit oder des sonstigen Mangels differenzierende Beurteilung wird auch im rechtswissenschaftlichen

Schrifttum befürwortet (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO., § 476 Rz. 33; Münch.Komm-BGB/S.Lorenz, aaO., § 476 Rz. 17; Palandt/Heinrichs, aaO., § 476 Rz. 11; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 476 Rz. 4; Westermann, aaO., 347; E. v. Westphalen, aaO., 214; Augenhofer, aaO., 387) und hat bereits zu einer umfangreichen Judikatur der Instanzgerichte zum Anwendungsbereich der Vermutung bei bestimmten Mängeln von Tieren, insbesondere von Pferden, geführt (vgl. LG Aurich, ZGS 2005, 40 und OLG Oldenburg - 14. Senat, RdL 2005, 65 zum "Weben" eines Pferdes; OLG Oldenburg - 8. Senat, RdL 2005, 65 zur mangelnden "Rittigkeit"; OLG Hamm, RdL 2005, 66; LG Lüneburg, RdL 2005, 66 und AG Bad Gandersheim, RdL 2005, 66, jeweils zum "Spat"; OLG Düsseldorf, ZGS 2004, 271 zu einer Knochen- und Knorpelentzündung und LG Verden, RdL 2005, 176 zur Borreliose; AG Herne, ZGS 2005, 199 zu "Kreuzgalopp" und Rückenproblemen eines Pferdes; LG Essen, ZGS 2004, 399 zur Parvovirose eines Welpen).

cc. Beweislastumkehr bei streitgegenständlicher Allergie nicht ausgeschlossen

Das BerGer. hat die vorliegende Allergie des Pferdes zutreffend als nicht mit der Vermutung des § 476 BGB unvereinbar angesehen. Das Sommerekzem ist nach dem vom BerGer. zugrunde gelegten Sachverständigengutachten keine versteckte Krankheit, sondern eine saisonal sichtbare Allergie, bei der eine überschießende Reaktion des Immunsystems auf Mückenstiche zu dem vom Sachverständigen beschriebenen klinischen Erscheinungsbild (Entzündung der Haut, Juckreiz) führt. Auch das BerGer. geht davon aus, dass die durch Kontakt mit dem Reizstoff hervorgerufenen Symptome des Sommerekzems (Scheuerstellen, Haarbruch) nicht übersehen werden können. Es ist deshalb durchaus feststellbar, ob das Pferd unter dieser Allergie bereits vor Gefahrübergang einmal gelitten hat, auch wenn die Allergie im Zeitpunkt des Vertragschlusses selbst wegen des saisonbedingt fehlenden Kontaktes mit Mücken nicht sichtbar sein konnte. Für einen Ausschluss der Vermutung unter dem in der Gesetzesbegründung zu § 476 BGB (aaO.) hervorgehobenen Gesichtspunkt einer der Aufklärung nicht zugänglichen Ungewissheit über den Zeitpunkt der Entstehung einer später ausgebrochenen Infektionskrankheit (BT-Drucks. 14/6040, S. 245) ist deshalb hier jedenfalls kein Raum.

4. Feststellungen des BerGer. zum erstmaligen Auftreten der Allergie gleichwohl unzureichend

Die vom BerGer. aufgrund der Vermutung des § 476 BGB getroffene Beweislastentscheidung zum Nachteil der Bekl. kann jedoch mit der vom BerGer. gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Sie beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme des BerGer., es sei im vorliegenden Fall unaufklärbar, ob die Allergie des Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits vorgelegen habe. Zur Begründung hat sich das BerGer. insoweit allein auf das im ersten Rechtszug erstattete schriftliche Gutachten des Sachverständigen gestützt, nach dem die übermäßige Sensibilisierung des Pferdes im Nachhinein allenfalls für eine Zeit von vier bis sechs Wochen vor der am 30.08.2002 entnommenen Blutprobe gesichert feststellbar sei, während für die weiter zurückliegende Zeit eine Aufklärung rückschauend nicht möglich sei. Mit dieser Beschränkung auf die Ausführungen im schriftlichen Sachverständigengutachten hat jedoch das BerGer. verfahrensfehlerhaft nicht das gesamte Ergebnis der Beweisaufnahme gewürdigt. Sowohl die Revision als auch die Revisionserwiderung rügen zu Recht, dass das BerGer. aufgrund dieses Verstoßes gegen § 286 ZPO nicht hinreichend geprüft hat, ob die Bekl., wie die Revision meint, die Vermutung widerlegt hat oder ob im Gegenteil, wie die Revisionserwiderung geltend macht, das Vorliegen eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nachgewiesen ist.

a. Beweis des Gegenteils bleibt gem. § 292 ZPO möglich

Die Vermutung des § 476 BGB ist widerleglich. Greift sie ein, so obliegt dem Verkäufer der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO; Senatsurteil vom 23.11.2005 - VIII ZR 43/05, zur Veröffentlichung bestimmt unter II 1 b bb). Hierfür ist auch bei § 476 BGB eine Erschütterung der Vermutung nicht ausreichend; erforderlich ist vielmehr der volle Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache (ebenso OLG Celle, NJW 2004, 3566; Münch.Komm.BGB/ S. Lorenz, aaO., § 476 Rz. 22; Palandt/Putzo, aaO., § 476 Rz. 8 a; Westermann, aaO., 347; E. v. Westphalen, aaO., 102, 213; allgemein zu § 292 ZPO: Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 292 Rz. 2).

b. Pathologische Symptome der Allergie im Sommer 2002 erstmals aufgetreten

Da sich die Beweislastumkehr des § 476 BGB, wie dargelegt (oben unter B. II. 3.), auf die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung beschränkt, dass der binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretene Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, ist zur Widerlegung der Vermutung voller Beweis dafür zu erbringen, dass dieser Mangel - hier: die Allergie Sommerekzem - bei Gefahrübergang noch nicht bestand. Nach dem Ergebnis der im zweiten Rechtszug ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme, das vom BerGer. im Zusammenhang mit § 476 BGB nicht berücksichtigt worden ist, könnte der Bekl. dieser Beweis gelungen sein. Das BerGer. ist ersichtlich davon ausgegangen, dass die Vermutung nur durch einen Laborbefund widerlegt werden könne, der nachweist, dass die den Sachmangel begründende, mit pathologischen Symptomen verbundene Sensibilisie-

rung des Pferdes gegen Mückenstiche bei Vertragsschluss noch nicht bestand. Einen derartigen Befund kann die Bekl. nachträglich nicht vorlegen, weil bei Gefahrübergang eine Blutprobe nicht entnommen worden ist. Rückschlüsse auf den Grad der Sensibilisierung des Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs sind nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen aus dem Befund vom 30.08.2002, der nach dem Auftreten der klinischen Symptomatik des Sommerekzems erhoben worden ist, nicht zu ziehen. Ein immunologischer Befund ist jedoch nicht das einzige Beweismittel zur Widerlegung der Vermutung. Da die Allergie Sommerekzem nach dem Sachverständigengutachten untrennbar mit bestimmten pathologischen Symptomen verbunden ist, lässt sich die Vermutung, dass das Pferd bereits vor Gefahrübergang unter dieser Allergie litt und deshalb mangelhaft war, auch durch den Nachweis widerlegen, dass die Symptome des Sommerekzems bei dem Pferd bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs - trotz Aufenthalt des Pferdes im Freien und dadurch bedingtem Kontakt mit Mücken - noch nicht in Erscheinung getreten waren. Das BerGer. hat hierüber auch Beweis erhoben durch Vernehmung mehrerer Zeugen und hat aufgrund des Ergebnisses seiner Beweisaufnahme die Feststellung getroffen, dass bei dem Pferd bis zum Vertragsschluss - insbesondere im Sommer/Herbst 2001, als letztmalig vor dem Verkauf ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Insekten auftrat - keine Symptome des Sommerekzems vorgelegen hätten. Diese - von der Revisionserwiderung nicht beanstandete - Feststellung, die dem Sachverständigen bei seinem bereits im ersten Rechtszug erstatteten Gutachten nicht bekannt war, berücksichtigt des BerGer. jedoch nicht bei seiner Annahme, es sei unaufklärbar, ob das Pferd vor Gefahrübergang bereits unter der im Sommer 2002 aufgetretenen Allergie gelitten habe, und ist damit auch nicht ohne weiteres vereinbar. Wenn das Pferd bis zum Vertragsschluss, das heißt auch noch bei dem letzten Kontakt mit dem Allergen im Sommer/Herbst 2001, nicht allergisch auf den Kontakt mit dem Reizstoff reagierte, dann spricht dies dafür, dass die den Sachmangel begründende Allergie Sommerekzem bis zum Vertragsschluss (Gefahrübergang) noch nicht bestanden hatte, sondern erstmals im Sommer 2002 aufgetreten ist und dass deshalb die Tauglichkeit des Pferdes, im Sommer geritten zu werden, bis zum Vertragsschluss noch nicht beeinträchtigt war. Einen weitergehenden Beweis hätte die Bekl. zur Widerlegung der Vermutung des § 476 BGB, soweit es um die Allergie Sommerekzem geht, nicht zu führen. Die Vermutung des § 476 BGB bezieht sich auf den nach Gefahrübergang in Erscheinung getretenen Sachmangel, das heißt die Allergie, durch deren pathologische Symptomatik die Tauglichkeit des Pferdes, sich zur Sommerzeit im Freien aufzuhalten, eingeschränkt ist. Wenn dagegen nachgewiesen ist, dass eine allergiebedingte Einschränkung der Tauglichkeit des Pferdes bis zum Gefahrübergang noch nicht gegeben war, sondern erstmals im Sommer 2002 aufgetreten ist, so kommt eine Sachmängelhaftung nur dann noch in Betracht, wenn der Sachmangel - hier: die Allergie Sommerekzem - auf eine Ursache zurückzuführen ist, die ihrerseits eine vertragswidrige Beschaffenheit darstellt (vgl. Senatsurteil vom 23.11.2005, aaO., unter II 1a). Hierfür gilt die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr zugunsten des Käufers nicht; ob hinsichtlich einer solchen Ursache ein Sachmangel vorliegt, hat vielmehr der Käufer darzulegen und zu beweisen (BGHZ aaO., 217 f.; Senatsurteil vom 23.11.2005, aaO, unter II 1 b aa).

c. Kl. bliebe der Beweis einer bereits bei Gefahrübergang vorhandenen "genetischen Disposition" für die Allergie

Insoweit rügt der Kl. in der Revisionserwiderung allerdings zu Recht, dass das BerGer. unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht geprüft hat, ob dem Kl. - unabhängig von der Vermutung des § 476 BGB - der Beweis gelungen ist, dass sich das Pferd im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits in einem vertragswidrigen Zustand befand. Der Kl. macht geltend, dass die nach Gefahrübergang in Erscheinung getretene Allergie Sommerekzem auch dann, wenn sie erst im Sommer 2002 zum ersten Mal aufgetreten sein sollte, jedenfalls "in der Anlage" bei Gefahrübergang bereits vorhanden gewesen sei. Sie beruhe auf einer entsprechenden "Disposition" des Pferdes, die zwar - als Vorstufe der Allergie Sommerekzem - noch nicht mit einer pathologischen Symptomatik verbunden sei, die aber die Gefahr in sich berge, dass das Pferd später die Allergie ausbilden werde; schon darin liege ein Sachmangel. Die zunächst pauschale Behauptung des Kl. in den Vorinstanzen, die im Sommer 2002 ausgebrochene Allergie Sommerekzem habe sich aufgrund einer "genetisch bedingten" Disposition des Pferdes im Laufe des Lebens allmählich entwickelt, reicht allerdings zur substantiierten Darlegung eines vertragswidrigen Zustands des Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht aus. Der Käufer eines Tieres haftet nach § 434 BGB nur dafür, dass das Tier (bei Gefahrübergang) nicht krank ist und sich auch nicht in einem - ebenfalls vertragswidrigen - Zustand befindet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird. Insoweit gilt beim Verbrauchsgüterkauf nichts anderes. § 476 BGB enthält keine Garantie für den Fortbestand der Gesundheit eines Tieres und bürdet dem Verkäufer eines Tieres, das innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang erkrankt, nur den Gegenbeweis auf, dass die betreffende Krankheit noch nicht vorlag, nicht aber den Gegenbeweis, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs keine denkbare Ursache oder genetisch bedingte "Disposition" für die später ausgebrochene Krankheit vorlag. Die substantiierte Darle-

gung und der Nachweis einer konkreten Ursache, die bereits für sich genommen einen Sachmangel darstellt, obliegt vielmehr, wie ausgeführt (unter b.), auch beim Verbrauchsgüterkauf dem Käufer. Jedoch beanstandet der Kl. in der Revisionserwiderung zu Recht, dass das BerGer. verfahrensfehlerhaft nicht die Äußerung des Sachverständigen bei dessen mündlicher Anhörung vor dem Landgericht gewürdigt habe, die er, der Kl., sich im Berufungsrechtszug zu eigen gemacht habe; aus ihr ergebe sich, dass sich das Pferd bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs in einem vertragswidrigen Zustand befunden habe, auch wenn eine allergiebedingte Einschränkung seiner Verwendungsfähigkeit in der Sommerzeit nach dem Ergebnis der Zeugenvernehmung bis dahin noch nicht aufgetreten sei. Nach dem Sitzungsprotokoll hat der Sachverständige bekundet, dass in dem hier vorliegenden Fall "am 18.03.2002 bereits eine solche Disposition vorhanden war, die bei Kontakt mit Reizstoffen bereits zu diesem Zeitpunkt zu pathologischen Erscheinungen geführt hätte". Diese Äußerung gab Anlass zu der Prüfung, ob damit - unabhängig von der Vermutung des § 476 BGB - der Nachweis erbracht ist, dass sich das Pferd im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits in einem vertragswidrigen Zustand befand. Allerdings scheint die mündliche Äußerung des Sachverständigen in gewissem Widerspruch zu seinem schriftlichen Gutachten zu stehen, demzufolge eine medizinische Schlussfolgerung über das Vorhandensein von Antikörpern aus dem Ergebnis der Blutprobe vom 30.08.2002 rückwirkend über sechs bis acht Wochen hinaus nicht möglich sei. Das BerGer. wird daher - gegebenenfalls durch Befragung des Sachverständigen - zu klären haben, wie die mündliche Äußerung des Sachverständigen im Verhältnis zum schriftlichen Gutachten zu verstehen ist und welche Schlussfolgerungen sich für den Sachverständigen daraus und auch aus den Zeugenaussagen, die im ersten Rechtszug noch nicht vorlagen, für die Frage ergeben, ob sich das Pferd bereits bei Gefahrübergang in einem Zustand befand, aufgrund dessen damit zu rechnen war, dass das Pferd alsbald unter der Allergie Sommerekzem leiden werde.

III. Aufhebung und Rückverweisung an das BerGer. gem. § 563 I, III ZPO

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Daher ist die Sache an das BerGer. zurückzuweisen (§ 563 I und III ZPO).

Standort: Zwangsvollstreckungsrecht — Problem: Zustellung des Titels an GbR

BGH, BESCHLUSS VOM 06.04.2006
V ZB 158/05 (NJW 2006, 2191)

Problemdarstellung:

Aus einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde inkl. Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gem. §§ 794 I Nr. 5, 800 ZPO wollte die Gläubigerin hier die Zwangsverwaltung des streitgegenständlichen Grundstücks betreiben. Grundstückseigentümerin war eine aus 42 im Grundbuch eingetragenen Mitgliedern bestehende GbR. Die Zustellung des Vollstreckungstitels wurde jedoch nur an einen Gesellschafter H.-G- S. bewirkt, den die Gläubigerin für geschäftsführungsbefugt hielt. Sie wandte sich nun gegen die Ablehnung der Eröffnung des Zwangsverwaltungsverfahrens durch das Vollstreckungsgericht, das den Rechtsstandpunkt einnahm, es müsse entweder der Nachweis geführt werden, dass H.-G. S. allein geschäftsführender Gesellschafter der GbR sei, oder an alle 42 Gesellschafter zugestellt werden.

Dass es des Rechtsbeschwerdeverfahrens nach § 574 I Nr. 2, III ZPO i. V. m. den nachfolgenden Vorschriften bedurfte, um diese Rechtsauffassung endgültig zu korrigieren, erstaunt angesichts der recht eindeutigen Regelung des § 170 ZPO. Dessen Absatz I sieht bei nicht prozessfähigen Personen als Zustellungsadressat eine Zustellung an deren gesetzlichen Vertreter vor. Aus §§ 709 I, 714 BGB würde sich hier zunächst tatsächlich das Erfordernis der Zustellung an alle Gesellschafter ergeben, sofern der Gesellschaftsvertrag keine von § 709 I BGB abweichende Regelung enthält. Dies würde das jeweils mit einer Vollstreckung gegen eine GbR befasste Vollstreckungsorgan allerdings vor das mit dem Grundsatz des Formalismus der Zwangsvollstreckung kaum zu vereinbarende Problem stellen, dass es keinen Einblick in die Regelungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrags zur Geschäftsführungsbefugnis hat. Hier ist aber § 170 III ZPO zu beachten, der bei mehreren gesetzlichen Vertretern des Zustellungsadressaten die Zustellung an einen von ihnen ausreichen lässt. Die Zustellung an einen GbR-Gesellschafter reicht demzufolge jedenfalls dann aus, wenn nicht ausgerechnet diesem die Geschäftsführungsbefugnis und damit die Vertretungsmacht durch den Gesellschaftsvertrag entzogen ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Probleme und Streitfragen, die mit der rechtlichen Behandlung der im Rechtsverkehr nach außen auftretenden GbR verbunden sind, haben sich durch die Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit seitens des BGH keineswegs erledigt. Es ist daher nach wie vor jedem Examenskandidaten unabhängig von Wahlfach oder Schwerpunktsetzung dringend anzuraten, sich mit den Grundzügen des Rechts der GbR und der Entwicklung von Literatur und vor allem Rechtspre-

chung in den vergangenen Jahren vertraut zu machen.

Vertiefungshinweise:

❑ Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)GbR: *BGH*, RA 2001, 135 = BGHZ 146, 341

❑ Keine Grundbuchfähigkeit der GbR: *BayObLG*, RA 2003, 92 = NJW 2003, 70; *OLG Celle*, NJW 2006, 2194

❑ GbR kann nicht Verwalter nach dem WEG sein: *BGH*, NJW 2006, 2189

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"

❑ *Assessorkurs:* "Der Zwangsverwalter"

Leitsatz:

Der Vollstreckungstitel, aufgrund dessen die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfolgen soll, muss an ihren Geschäftsführer oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, an einen ihrer Gesellschafter zugestellt werden.

Sachverhalt:

Die Gläubigerin beantragte am 20.09.2004 die Anordnung der Zwangsverwaltung des in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks. In Abteilung I des Grundbuchs sind 42 Eigentümer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen. Als Vollstreckungstitel legte die Gläubigerin die gegen die in dem Grundbuch eingetragenen Eigentümer erteilte vollstreckbare Ausfertigung einer auf die Gläubigerin umgeschriebenen notariell beurkundeten Grundschuldbestellung vor, in welcher die Unterwerfungserklärung nach § 800 ZPO enthalten ist. Diese Ausfertigung war am 03.09.2004 an H.-G. S., einen der Gesellschafter der Schuldnerin, laut Zustellungsurkunde "als GF der BGB" zugestellt worden.

Mit Verfügung vom 24.09.2004 hat das Amtsgericht der Gläubigerin mitgeteilt, dass dem Antrag noch nicht entsprochen werden könne. Die Zustellung an H.-G. S. reiche nicht aus, weil die Gläubigerin nicht bewiesen habe, dass er von allen Gesellschaftern zum geschäftsführenden Gesellschafter bestellt worden sei; deshalb müsse der Vollstreckungstitel nebst -klausel an alle Miteigentümer bzw. Gesellschafter zugestellt werden. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Gläubigerin ist erfolgreich gewesen. Das Landgericht hat das Amtsgericht unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung angewiesen, von den darin geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen. Mit der von dem BeschwGer. zugelassenen Rechtsbeschwerde will die Schuldnerin unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und unter Zurückweisung der Beschwerde die Wiederherstellung der Verfügung des Amtsgerichts erreichen. Die Gläubigerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BeschwGer.

Nach Auffassung des BeschwGer. richtet sich der Vollstreckungstitel auch gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts; einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen diese Gesellschaft bedürfe es nicht. Der Titel sei ordnungsgemäß zugestellt worden. H.-G. S. sei geschäftsführender Gesellschafter der Schuldnerin. Ihm habe die Vertretungsbefugnis für die Entgegennahme von Zustellungen nicht entzogen werden können. Für die Anordnung der Zwangsverwaltung gegen die Gesellschaft sei es unerheblich, ob einige Gesellschafter, gegen die die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde erteilt worden sei, aus der Gesellschaft ausgeschieden oder niemals Gesellschafter gewesen seien; denn entscheidend sei der Inhalt des Grundbuchs. Dieser stimme im Hinblick auf die Eigentümereintragung mit den in dem Vollstreckungstitel genannten Gesellschaftern überein. Das hält im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand.

B. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 I Nr. 2, III ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 575 ZPO). Sie ist jedoch unbegründet. Das BeschwGer. hat das Amtsgericht zu Recht angewiesen, von seinen in der angefochtenen Verfügung geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen. Denn die Zustellung an H.-G. S. ist für die Anordnung der Zwangsverwaltung ausreichend. Auf seine Bestellung zum Geschäftsführer der Schuldnerin und auf die damit verbundene Vertretungsmacht (§ 714 BGB) kommt es entgegen der Ansicht der Vorinstanzen allerdings nicht an.

I. Gegen die Gesellschafter gerichteter Titel zur Vollstreckung in Gesellschaftsvermögen ausreichend

Mit einer rechtlich nicht zu beanstandenden Begründung geht das BeschwGer. davon aus, dass der von der Gläubigerin vorgelegte Vollstreckungstitel nach §§ 736, 794 I Nr. 5, 795, 800 I ZPO zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der Schuldnerin geeignet ist (vgl. BGH, Beschl. v. 16.07.2004, IXa ZB 288/03, WM 2004, 1827 [1828 ff]). Dagegen erhebt die Rechtsbeschwerde auch keine Einwände.

II. Angegebene Schuldner auch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen (§§ 146 I, 17 I ZVG)

Gleiches gilt für die weitere Annahme des BeschwGer., dass es für die Anordnung der Zwangsverwaltung unerheblich sei, ob einige der in dem Vollstreckungstitel genannten Personen niemals Gesellschafter gewesen oder aus der Gesellschaft ausgeschie-

den seien. Denn maßgeblich ist allein, ob sie als Eigentümer in dem Grundbuch eingetragen sind (§ 146 I ZVG i.V.m. § 17 I ZVG). Das ist hier der Fall.

III. Zustellung an H.-G. S. ausreichend für Eröffnung der Zwangsverwaltung

Im Ergebnis zutreffend nimmt das BeschwGer. an, dass die Zustellung des Vollstreckungstitels an H.-G. S. für die Anordnung der Zwangsverwaltung des Grundstücks ausreicht.

1. Erfordernis der Zustellung des Vollstreckungstitels

Nach § 750 I 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung u.a. nur beginnen, wenn der Vollstreckungstitel dem Schuldner bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Eine Zustellung durch den Gläubiger im Parteibetrieb reicht aus (§ 750 I 2 ZPO). Die Zustellung ist wirksam, wenn sie fehlerfrei nach § 166 ff. ZPO erfolgt ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

2. Zustellung an gesetzlichen Vertreter bei nicht prozessfähigen Parteien, § 170 I ZPO

Die Schuldnerin ist die richtige Zustellungsempfängerin, weil die Zwangsvollstreckung in das zu dem Gesellschaftsvermögen gehörende Grundstück erfolgen soll. Denn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie - wie hier die Schuldnerin - durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet; in diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig (BGHZ 146, 341). Zur Entgegennahme der Zustellung war nach § 170 I ZPO der gesetzliche Vertreter der Schuldnerin berufen (Senat, Beschl. v. 26.01.2006, V ZB 132/05, Umdruck S. 9 [zur Veröffentlichung bestimmt]). Gesetzliche Vertreter sind nach §§ 709 I, 714 BGB alle Gesellschafter, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht (BGH, Urt. v. 23.10. 003, IX ZR 324/01, WM 2004, 1290 [1292]). Letzteres ist hier der Fall. Das BeschwGer. hat festgestellt, dass H.-G. S. geschäftsführender Gesellschafter der Schuldnerin ist. Somit ist er ihr alleiniger gesetzlicher Vertreter (§ 714 BGB). Deshalb ist die Zustellung an ihn als Geschäftsführer notwendig (vgl. Behr, NJW 2000, 1137 [1138]; Müther, MDR 2002, 987 [989]).

a. H.-G. S. zur Zeit der Zustellung allein geschäftsführender Gesellschafter

Der Wirksamkeit der Zustellung steht nicht entgegen, dass sich der Umfang der Prüfungspflicht des Vollstreckungsgerichts (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 16.07.2004, IXa ZB 288/03, WM 2004, 1827 [1829]) nach Ansicht der Schuldnerin nicht darauf erstreckt, wer zur Geschäftsführung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts berufen ist. Zwar muss das Vollstreckungsgericht u.a. prüfen, ob die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Zustellungen (§ 750 ZPO) wirksam erfolgt sind (OLG Frankfurt, Rpfleger 1973, 323). Das ist bei der Zustellung an den Geschäftsführer einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Regel jedoch nur schwer möglich, weil die Geschäftsführerbestellung und eine Änderung in der Geschäftsführung ein Internum der Gesellschaft sind und Außenstehende hiervon nicht durch ein öffentliches Register sichere Kenntnis erlangen können. Insoweit gilt nichts anderes als für die Zustellung an sämtliche Gesellschafter als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft; auch der Wechsel der Gesellschaftereigenschaft und eine Änderung der Vertretungsbefugnisse werden nicht durch eine Registereintragung nach außen verlautbart (Senat, Beschl. v. 26.01.2006, V ZB 132/05, aaO.). Aber hier steht fest, dass H.-G. S. im Zeitpunkt der Zustellung alleiniger Geschäftsführer der Schuldnerin war. Das führt zu der Anwendung von § 170 Abs. 1 ZPO.

b. Bei Gesamtvertretung Zustellung an einen Vertreter ausreichend, § 170 III ZPO

Der Einwand der Schuldnerin, H.-G. S. habe keine Vertretungsmacht für die Entgegennahme der Zustellung des Vollstreckungstitels gehabt, bleibt ohne Erfolg. Zwar kann der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach außen wirkende Regelungen betreffend die Einschränkung der Vertretungsbefugnis ihrer Geschäftsführer enthalten (BGH, Urt. v. 06.02.1996, XI ZR 121/95, WM 1996, 2233). Ob aber danach auch die Befugnis zur Entgegennahme von Zustellungen an die Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, ist zweifelhaft; den Zweifeln braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn wenn H.-G. S. als Geschäftsführer der Schuldnerin keine Zustellungen für sie entgegennehmen durfte, galt für die Zustellung die gesetzliche Vertretungsregelung; danach waren alle Gesellschafter gesetzliche Vertreter der Schuldnerin. In diesem Fall reichte nach § 170 III ZPO die Zustellung an H.-G. S. als Gesellschafter aus. In dieser Eigenschaft war er uneingeschränkt vertretungsberechtigt.

c. Entgegennahme des Titels berührt nicht Grundlagen der GbR

Ebenfalls erfolglos wendet die Schuldnerin ein, dass die Zustellung des Vollstreckungstitels an sämtliche Gesellschafter habe erfolgen müssen, weil ihnen mit der Anordnung der Zwangsverwaltung die Befugnis zur selbständigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens genommen und damit in die Grundlagen der Gesellschaft eingegriffen werde. Diese Auffassung trifft nicht zu. Die Entgegennahme eines Vollstreckungstitels durch einen Gesellschafter berührt nicht die Grundlagen der Gesellschaft, sondern ist lediglich eine Voraussetzung für die Anordnung der Zwangsverwaltung, ohne dass diese der Zustellung notwendigerweise nachfolgen müsste (vgl. BGHZ 97,

392 [395]).

d. Grundsatz der Selbstorganschaft nicht berührt
Der von der Schuldnerin hervorgehobene Grundsatz der Selbstorganschaft einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der es verbietet, die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft unter Ausschluss sämtlicher Gesellschafter auf Dritte zu übertragen (BGH, Urt. v. 20.09.1993, II ZR 204/92, WM 1994, 237 [238]), spielt hier keine Rolle. Denn H.-G. S. ist Gesellschafter der Schuldnerin.

e. Identität von Grundstückseigentümer und Vollstreckungsschuldner hinreichend geprüft
Unverständlich ist der Hinweis der Schuldnerin auf die Pflicht des Vollstreckungsgerichts, bei der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück nach § 17 ZVG die Identität zwischen dem eingetragenen Eigentümer und dem Vollstreckungsschuldner festzustellen. Denn hier stimmen die in dem zugestellten Vollstreckungstitel genannten Schuldner mit den in dem Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Gesellschaftern überein. Das reicht für den Nachweis der Identität aus und steht auch in Einklang mit der von der Schuldnerin in diesem Zusammenhang hervorgehobenen Vorschrift des § 15 III GBV.

f. Anforderungen an Rubrum des Anordnungsbeschlusses hier unerheblich
Ob - wie die Schuldnerin meint - in dem Rubrum des Beschlusses über die Anordnung der Zwangsverwaltung eines zu dem Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehörenden Grundstücks sämtliche Gesellschafter als Eigentümer aufzuführen sind und der Beschluss ihnen zuzustellen ist, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. Denn das Rechtsmittel richtet sich nicht gegen den Anordnungsbeschluss des Amtsgerichts vom 11.10.2005. Deshalb kommt es in diesem Zusammenhang auch nicht auf die Heilung eines etwaigen Mangels der Zustellung des Vollstreckungstitels nach § 189 ZPO an (siehe dazu OLG Köln, JurBüro 2000, 48 [49]).

g. Eigenschaft von H.-G. S. als Empfangsvertreter der Schuldnerin offenkundig
Schließlich kann die Schuldnerin nicht mit ihrem Einwand durchdringen, dass der Vollstreckungstitel an H.-G. S. mit dem Zusatz “als GF der BGB” zugestellt worden ist. Denn die Bezeichnung als Geschäftsführer in der Zustellungsurkunde ist nicht erforderlich. Aus dem Inhalt des zugestellten Titels ergibt sich zweifelsfrei, gegen wen er sich richtet. Daraus folgt ohne weiteres, dass H.-G. S. die Zustellung als Vertreter der Schuldnerin entgegengenommen hat (§ 164 I 2, III BGB).

IV. Kostenentscheidung
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

Strafrecht

Standort: §§ 34, 211 StGB Problem: Putativnotstand und Rechtsfolgenlösung

BGH, URTEIL VOM 01.12.2005
3 STR 243/05 (NSTZ-RR 2006, 200)

Problemdarstellung:

Der Ehemann der Angeklagten hatte diese seit geraumer Zeit gedemütigt und war ihr gegenüber auch immer wieder handgreiflich geworden. Als die Angeklagte eine Liebesbeziehung mit einem Angestellten ihres Mannes anfing und dieser einen entsprechenden Verdacht hegte, drohte er damit, "uns alle umzubringen". Daraufhin beschlossen die Angeklagte und ihr Liebhaber, den Ehemann umzubringen. Nachdem drei Tötungsversuche mit Gift gescheitert waren, erschoss der Liebhaber den arglosen Ehemann nach Absprache mit der Angeklagten während einer Autofahrt.

Das LG Duisburg hatte einen mittäterschaftlichen Heimtückemord (§§ 211, 25 II StGB) angenommen. Die Angeklagte, die keine andere Möglichkeit gesehen habe, sich aus ihrer unerträglichen Ehe mit dem Opfer zu befreien, habe sich zwar irrig einen entschuldigenden Notstand gem. § 35 I StGB vorgestellt. Da dieser Irrtum jedoch vermeidbar gewesen sei, komme sie nicht in den Genuss der Strafmilderung gem. § 35 II 2 StGB. Allerdings lägen außergewöhnliche Umstände vor, die die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unzumutbar erscheinen ließen, so dass über die sog. "Rechtsfolgenlösung" (gem. § 49 I Nr. 1 StGB analog) nur eine zeitige Freiheitsstrafe zu verhängen sei. Der BGH wies darauf hin, dass ein vermeidbarer Irrtum i.S.v. § 35 II StGB stets zu einer Strafmilderung führen müsse, hob das Urteil des LG jedoch nicht auf, das dieses die Rechtsfolgenlösung zu Unrecht angewandt habe und deshalb die verhängte Strafe im Eregebnis angemessen sei.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wie auch Tötungsdelikte stellen in beiden Examen einen häufigen Prüfungsstoff dar, insb. wenn diese Themengebiete - wie im vorliegenden Fall - mit Irrtumsproblemen kombiniert werden. Deshalb ist das vorliegende Urteil als sehr examensrelevant einzuschätzen, wenn es auch keinen wesentlich neuen Ergebnisse beinhaltet.

Der vorliegende Fall stellt die in der Praxis recht häufig auftretende (und deshalb auch im Examen beliebte) Konstellation der Tötung eines sog. "Haustyrannen" dar. In solchen Fällen stellt sich zunächst meist die Frage, ob auch eine Dauergefahr, etwa wegen der über Jahre hinweg immer wieder auftretenden Gewalttätigkeit eines Familienmitglieds, eine gegenwärtige Gefahr i.S.v. §§ 34, 35 StGB darstellen kann. Gefahr i.S.v. §§ 34, 35 StGB ist ein Zustand, in dem der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist (BGHSt 48, 255; Tröndle/Fischer, § 34 Rn. 3, § 35 Rn. 2). Gegenwärtig ist eine Gefahr, wenn sie jederzeit in einen Schaden umschlagen kann (BGH, NJW 1989, 176; NK-Neumann, § 34 Rn. 56). Übereinstimmend mit der herrschenden Literatur betont der BGH, dass auch eine Dauergefahr eine gegenwärtige Gefahr i.S.v. §§ 34, 35 StGB darstellen kann (BGHSt 5, 375; Geerds, Jura 1992, 322; Tröndle/Fischer, § 34 Rn. 4 mwN). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH jedoch erneut klar (ebenso bereits BGHSt 48, 355 [359]), dass die Dauergefahr nur dann "gegenwärtig" ist, wenn sich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsgutes notwendigen Maßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Schaden sicher zu verhindern.

Sehr interessant ist die Entscheidung des Landgerichts, bei der Angeklagten von der irrigen Annahme eines entschuldigenden Notstandes i.S.v. § 35 I StGB auszugehen (sog. "Putativnotstand") und ihr wegen der Vermeidbarkeit dieses Irrtums eine Strafmilderung zu versagen. Hierbei ist zu beachten, dass bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S. 2 StGB die Strafe gemildert werden *kann* (fakultative Strafmilderung); bei einem vermeidbaren Irrtum über das Vorliegen eines entschuldigenden Notstandes jedoch *ist* gem. § 35 II 2 StGB die Strafe zu mildern (obligatorische Strafmilderung). Wenn der Irrtum der Angeklagten nicht vermeidbar gewesen wäre, wäre sie gem. § 35 II 1 StGB sogar völlig straflos gewesen.

Auch Thema des vorliegenden Urteils ist die sog. "Rechtsfolgenlösung" des BGH zum Heimtückemord. Bei § 211 StGB erweist sich in der Praxis häufig dessen Rechtsfolge als problematisch: Während alle anderen Tatbestände des deutschen Strafrechts einen Strafrahmen eröffnen und so dem Gericht die Möglichkeit bieten, den für den Täter sprechenden Umständen auf Strafzumessungsebene Rechnung zu tragen, ist als Rechtsfolge des Mordes eine zwingende lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen, ohne die Möglichkeit einer Strafzumessung oder der Annahme eines minder schweren Falles. Um dennoch eine verfassungskonfor-

me Anwendung von § 211 StGB zu gewährleisten müssen die Mordmerkmale stets restriktiv ausgelegt werden (BVerfGE 45, 187; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 2).

Dennoch sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an das Vorliegen des Mordmerkmals der Heimtücke stellt, relativ gering. Der BGH nimmt eine heimtückische Tötung bereits an, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGHSt 2, 251; 11, 139; 18, 37). Nach der herrschenden Literatur hingegen sind weitere Voraussetzungen erforderlich; meist wird das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer verlangt, was die Tötung als besonders verwerflichen Vertrauensbruch erscheinen lässt (SK-Horn, § 211 Rn. 32 f.; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN). Der BGH lehnt diese qualifizierten Anforderungen jedoch ab, da die Literaturauffassung den Anwendungsbereich des Heimtückemordes zu sehr einschränke und insb. klassische Fälle heimtückischer Tötung (die sog. "Heckenschützenfälle") nicht mehr unter § 211 StGB fallen würden, weil Täter und Opfer sich dort regelmäßig nicht kennen und somit auch kein Vertrauensverhältnis besteht.

Da die Rechtsprechung somit relativ schnell das Vorliegen eines Heimtückemordes bejaht, hat der Große Strafsenat des BGH zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse vorgeschlagen, in bestimmten außergewöhnlichen Fällen nicht die in § 211 I StGB eigentlich zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, sondern die Strafe gem. § 49 I Nr. 1 StGB analog zu mildern (sog. "Rechtsfolgenlösung", vgl. BGHSt 30, 105). Diese Anregung ist von der Rechtsprechung aufgegriffen worden und hat auch Anhänger in der Literatur gefunden (Kratzsch, JA 1982, 401; Rengier, NStZ 1984, 21). Im vorliegenden Fall betont der BGH jedoch (erneut), dass auf die Rechtsfolgenlösung nicht voreilig ausgewichen werden darf sondern nur dann, wenn die Entlastungsfaktoren den Charakter außergewöhnlicher Umstände aufweisen und die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen, was jedoch nur auf Grund einer umfassenden Würdigung der Tat möglich sei.

Interessant ist die Entscheidung des BGH im vorliegenden Fall, trotz der gerügten Fehler des Landgerichts das Urteil gem. § 354 I a StPO nicht aufzuheben, da die verhängte (zeitige) Freiheitsstrafe angemessen sei. Da das LG eine Strafmilderung gem. § 35 II 2 StGB gesetzeswidrig nicht durchgeführt und statt dessen (nach der Auffassung des BGH zu Unrecht) eine Strafmilderung über die Rechtsfolgenlösung vorgenommen hatte, impliziert diese Entscheidung des BGH, dass die Strafzumessung genauso ausgefallen wäre, wenn man nicht die Rechtsfolgenlösung angewandt, sondern die Strafe der Angeklagten über § 35 II 2 StGB gemildert hätte. Die vorliegende Entscheidung des 3. Strafsenats veranlasst also zu der Annahme, dass es für die Strafzumessung egal ist, ob die Strafe über §§ 35 II 2, 49 I Nr. 1 StGB gemildert wird oder als Folge der Rechtsfolgenlösung über § 49 I Nr. 1 StGB analog. Dies hatte der 1. Senat des BGH aber in der Entscheidung NJW 2003, 2464 (= RA 2003, 463) ausdrücklich noch anders gesehen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Gegenwärtigkeit der Gefahr i.R.v. §§ 34, 35 StGB bei Dauergefahren: *BGH*St 13, 197; *BGH*, NJW 1979, 2053; *Geerds*, Jura 1992, 322; *Otto*, NStZ 2004, 142

❑ Zur Vermeidbarkeit des Irrtums gem. § 35 II StGB: *BGH*St 18, 311; *Vogler*, GA 69, 115

❑ Zur sog. "Rechtsfolgenlösung" beim Heimtückemord: *BGH*St 30, 105; *BGH*, NJW 2003, 2464 (= RA 2003, 463); NStZ-RR 2004, 294 (= RA 2004, 587); RA 2005, 478; *Beckemper*, JA 2004, 99; *Kargl*, Jura 2004, 189; *Küper*, JuS 2000, 740; *Meurer*, NJW 2000, 2036; *Mitsch*, JuS 1996, 121;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

❑ *Examenskurs*: "Grunewaldsee"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine für die Notstandsvorschriften der §§ 34, 35 StGB grdsl. ausreichende Dauergefahr ist gegenwärtig, wenn sich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsgutes notwendigen Maßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Schaden sicher zu verhindern.

2. Bei einem Heimtückemord ist im Regelfall auf eine lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen; eine Abweichung durch Anwendung der sog. "Rechtsfolgenlösung" und Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe ist nur bei Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände aufweisen und die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen, und nur auf Grund einer umfassenden Würdigung der Tat möglich.

Sachverhalt:

Die Ehe der Angeklagten. mit Alfredo G, dem späteren Tatopfer, war von Tätlichkeiten und Demütigungen durch den ihr körperlich weit überlegenen Mann geprägt. Zu Beginn des Jahres 2004 unternahm die Angeklagte einen Selbsttötungsversuch mit Rattengift. Im Frühjahr 2004 entwickelte sich ein Liebesverhältnis zwischen ihr und dem Mitangeklagten F, einem Mitarbeiter in der von den Eheleuten G gemeinsam betriebenen Eisdiele. Der Ehemann schöpfte alsbald

Verdacht und es kam zu vermehrten, zunehmend heftigeren Tätlichkeiten. Dabei drohte er, sich eine Pistole zu besorgen und "uns alle umzubringen", falls er herausfinde, dass ein Verhältnis bestünde. Die Angeklagte sah sich vor die Alternative gestellt, "ich oder er", und habe subjektiv keine andere Möglichkeit gesehen, ihrer Ehe zu entfliehen. In der Folgezeit kam es zunächst zu 3 erfolglosen Mordversuchen. In den ersten beiden Fällen setzte sie ihm mit Rattengift versetzte Speisen vor. Da eine Wirkung ausblieb, bat sie den Mitangeklagten F, Fingerhutpflanzen zu sammeln. Dieser gab ihr jedoch [...] nur harmloses Pflanzenmaterial, das sie für giftig hielt. Auch die damit zubereiteten Speisen verzehrte Alfredo G folgenlos. Nachdem sich die Sorge der Angeklagten verstärkt hatte, ihr Ehemann könne Beweise für die Liebesbeziehung finden, entschloss sie sich, von weiteren Vergiftungsversuchen abzusehen und den Tod durch eine Schusswaffe herbeizuführen. Der Mitangeklagte F besorgte einen Revolver und erschoss am 08.08.2004 nach einem gemeinsamen Tatplan auf der Rückfahrt von der Arbeitsstelle in dem von der Angeklagten geführten Pkw von der Rückbank aus deren vor ihm sitzenden arglosen Ehemann.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Die Strafkammer hat einen gemeinschaftlich begangenen Heimtückemord angenommen. Die Voraussetzungen eines entschuldigenden Notstandes nach § 35 1 StGB hat sie verneint, da die vom Ehemann ausgehende Gefahr für Leib oder Leben anders abwendbar gewesen sei. Sie hätte polizeiliche oder gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen oder Zuflucht etwa in einem Frauenhaus suchen können. Allerdings habe die Angeklagte subjektiv nicht erkannt, dass sie die Gefahr auf diese Weise hätte abwenden können; ihr Irrtum sei aber vermeidbar gewesen, weshalb eine Strafmilderung nach § 35 Il StGB ausscheide. Jedoch lägen außergewöhnliche Umstände vor, die eine Strafmilderung nach § 49 I StGB unter Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105) rechtfertigen würden.

Das Landgericht hat gegen die Angeklagte Ariane G eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren und gegen den Mitangeklagten F eine lebenslange Freiheitsstrafe jeweils wegen Mordes verhängt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten war auf den Strafausspruch beschränkt. Sie hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

1. Strafmilderung bei vermeidbarem Irrtum über § 35 StGB als zwingende Rechtsfolge

Es kann offen bleiben, ob die Annahme eines Putativnotstandes einer rechtlichen Nachprüfung standhalten könnte, da die Angeklagte hierdurch nicht beschwert wird. Allerdings weist die auf dieser Grundlage vorgenommene Strafrahmenwahl einen Rechtsfehler auf, der sich regelmäßig zu Gunsten eines Angeklagten auswirkt:

Da die Strafkammer einen vermeidbaren Putativnotstand angenommen hat, hätte sie nach der zwingenden gesetzlichen Regelung des § 35 II 2 StGB die Strafe bereits aus diesem Grund nach § 49 I StGB mindern müssen. Dieser Fehler wird nicht dadurch ausgeglichen, dass sie stattdessen eine Strafrahmenverschiebung nach § 49 I StGB in entsprechender Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105) vorgenommen hat und damit vom gleichen Strafrahmen ausgegangen ist. Denn die Bestimmung der Strafe aus dem erst genannten Strafmilderungsgrund wird regelmäßig zu einem dem Angeklagten günstigeren Ergebnis führen, da die sonstigen für ihn sprechenden Strafzumessungsgesichtspunkte innerhalb des gemilderten Strafrahmens mit höherem Gewicht zu Buche schlagen, während sie bei der Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung in die der Strafrahmenmilderung zugrunde liegende Gesamtabwägung einfließen und sodann bei der konkreten Strafzumessung nicht mehr allzu gewichtig berücksichtigt werden können (BGHSt 48, 255, 263).

2. Keine Beschwer der Angeklagten durch fehlende Strafmilderung gem. § 35 II 2 StGB wegen dennoch korrekter Strafzumessung

Gleichwohl bedarf es einer Aufhebung des Urteils zur neuerlichen Prüfung der Straffrage nicht. Auch auf der Grundlage einer Strafrahmenverschiebung wegen eines vermeidbaren Putativnotstandes nach § 35 II 2 StGB ist die verhängte Freiheitsstrafe von 12 Jahren schuldangemessen i. S. d. § 354 I a StPO. Dabei wird ausgehend von den Feststellungen des LG berücksichtigt, dass die Tat neben der von zahlreichen Demütigungen, Drohungen und Tätlichkeiten gekennzeichneten Vorgeschichte wesentlich auch dadurch geprägt wird, dass der Tötungsentschluss erst nach einer Zuspitzung der Situation gefasst wurde, nachdem die Angeklagte mit dem Mitangeklagten F ein ehewidriges Liebesverhältnis aufgenommen hatte und befürchtete, ihr Ehemann könne Beweise dafür finden und entsprechend gewalttätig reagieren. Zudem waren der eigentlichen Tötung durch Erschießen 3 Mordversuche vorausgegangen, wobei sich das Geschehen vom Tötungsentschluss bis zur endgültigen Beseitigung des Ehemannes über etwa 3 Monate erstreckte. Es kommt erschwerend hinzu, dass die Angeklagte die Mitangeklagten, ihren Liebhaber Siegfried F, dessen Ehefrau Rahime F und die Betriebsangehörige E in das verbrecherische Handeln verstrickte und der Gefahr erheblicher Strafverfolgung aussetzte. Im Übrigen wird der Strafmilderungsgrund des Putativnotstandes nicht unerheblich durch den Umstand relativiert, dass der Irr-

tum der Angeklagten, sein Vorhandensein unterstellt, in Anbetracht der langen Überlegungszeit und der offenkundigen Abwendbarkeit der Gefahr bei nur geringer Anstrengung vermeidbar gewesen wäre, wobei die Angeklagte zudem die Versuche der Mitangeklagten E, sie von ihrem Tatplan abzubringen, missachtete.

III. Hinweise des BGH

Das Verfahren gibt dem Senat Anlass zu folgenden Hinweisen [...]

1. Zum Fehlen eines Irrtums i.S.v. § 35 II StGB

Die Annahme eines Irrtums der Angeklagten über das Vorliegen eines Notstands i. S, d. § 35 I StGB ist nicht ausreichend begründet:

Es ist bereits fraglich, ob auch in einem Fall wie hier eine gegenwärtige Gefahr, wie sie die Notstandsvorschriften nach §§ 34, 35 StGB voraussetzen, bejaht werden kann. Zwar erkennt die Rechtsprechung eine so genannte Dauergefahr als gegenwärtig an, wenn sich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsgutes notwendigen Maßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Schaden sicher zu verhindern (BGHSt 48, 255, 259). Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem damit zu rechnen war, dass der Aggressionstäter aus dem Schlaf heraus erwachen und sogleich zu körperlichen Misshandlungen schreiten könnte. Demgegenüber ist das Tatgeschehen hier dadurch gekennzeichnet, dass zwischen dem Entschluss zur Tötung des Ehemannes und seiner endgültigen Umsetzung ein Zeitraum von etwa 3 Monaten liegt und selbst der letztlich durchgeführten Erschießung ein Vorbereitungszeitraum von über eine Woche vorausging.

Die pauschalen Ausführungen zum Irrtum, wonach die Angeklagte "subjektiv keine andere Möglichkeit sah" und "nicht erkannt habe, dass sie die Gefahr auf die vorbezeichnete Weise Erfolg versprechend abwenden kann", erscheinen nicht ausreichend. Bei der festgestellten Sachlage, bei der die Annahme eines Putativnotstandes ohnehin fernlag, hätten die behaupteten irrigen Vorstellungen der Angeklagten näher und konkret dargelegt werden müssen, damit nachgeprüft werden kann, ob die vorgestellten Umstände, wenn sie zutreffen würden, die Annahme einer Notstandslage i. S. d. § 35 I StGB rechtfertigen könnten.

Im Übrigen lässt die Beweiswürdigung der Strafkammer zu diesem Punkt eine Auseinandersetzung mit der nahe liegenden Frage vermissen, ob nicht der wahre Grund für die Entscheidung der Angeklagten, sich nicht dem Zugriff ihres Ehemannes durch eine Flucht ins Frauenhaus oder entsprechende Maßnahmen, etwa nach dem Gewaltschutzgesetz, zu entziehen, sondern diesen lieber aus dem Wege zu räumen, darin bestand, dass sie eine weitere Tätigkeit in der bislang mit ihrem Ehemann betriebenen Eisdiele und ein Verbleiben in der Ehewohnung sicherstellen wollte.

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für die Anwendung der sog. "Rechtsfolgenlösung"

Abgesehen von dem oben unter II. 1. näher dargelegten Vorrang der gesetzlich vorgesehenen Strafrahmenmilderung nach § 35 II 2 StGB, erscheint hier die Anwendung der sog. Rechtsfolgenlösung rechtlich bedenklich. Der BGH hat wiederholt darauf hingewiesen, dass bei einem Heimtückemord im Regelfall auf eine lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen ist und eine Abweichung nur bei Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände aufweisen und die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen, und nur auf Grund einer umfassenden Würdigung der Tat möglich ist (vgl. BGH NStZ 2005, 154; BGHR StGB § 211 I Strafmilderung 5 mwN). Ob nach diesen strengen Maßstäben eine umfassende Würdigung unter Einbeziehung des Tathintergrunds des ehewidrigen Verhältnisses der Angeklagten mit dem Mitangeklagten F und der Verstrickung der Mitangeklagten in schweres Unrecht eine Strafrahmenmilderung hätte rechtfertigen können, erscheint fraglich.

Standort: § 253 I StGB — Problem: Bereicherungsabsicht

OLG JENA, BESCHLUSS VOM 27.09.2005
1 SS 259/05 (NSTZ 2006, 450)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte die Zeugin mit einer Schreckschusspistole bedroht und diese so zur Herausgabe ihres Handys gezwungen. Das Handy wollte der Angeklagte der Zeugin deshalb entziehen, weil sie sich an einer einsamen Stelle befanden und er ihr den Rückweg in die Stadt erschweren wollte; er warf das Handy später weg, ohne es benutzt zu haben.

Das Landgericht hatte den Angeklagten insb. wegen schwerer räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255, 250 StGB) verurteilt. Das OLG Jena hob diese Verurteilung auf, da dem Täter die für § 253 I StGB erforderliche Bereicherungsabsicht nicht nachzuweisen sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind in beiden Examen wohl der am häufigsten anzutreffende Deliktstyp. Auch der Tatbestand der Erpressung ist hier immer wieder zu prüfen. Dabei wird vom Kandidaten nicht nur die Kenntnis des Standardproblems der Abgrenzung von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255

StGB) verlangt, sondern auch Detailkenntnisse bzgl. tatbestandsspezifischer Probleme wie etwa der Bereicherungsabsicht bei der Erpressung.

Die Erpressung (§ 253 I StGB) setzt voraus, dass der Täter handelt, "um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern". Es genügt also nicht, dass der Täter durch sein Tun einen Vermögensvorteil tatsächlich erlangt; er muss gezielt handeln, um diesen Vorteil zu erlangen (dolus directus 1. Grades). Es ist also ein finaler Zusammenhang zwischen der Tathandlung und der Erlangung des Vermögensvorteils erforderlich, ein bloßes Inkaufnehmen der Bereicherung (dolus eventualis) oder die Erkenntnis, dass die Bereicherung als notwendige Folge des eigentlich erstrebten Zwecks eintreten wird (dolus directus 2. Grades), reicht nicht aus (BGH, NJW 1988, 2623; wistra 1999, 378; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 21).

Im vorliegenden Fall hatte der Täter zwar durch seine Tat einen Vermögensvorteil erlangt, nämlich den Besitz an dem Handy des Opfers (dass eine Besitzerlangung einen Vermögensvorteil und damit eine Bereicherung i.S.v. § 253 StGB darstellt, ist allgemein anerkannt, vgl. BGH, NStZ 2005, 155). Da es dem Täter jedoch nicht darauf angekommen war, in den Besitz des Handys zu gelangen, weil er es etwa besonders schön fand und für sich behalten oder es benutzen oder verkaufen wollte, sondern er das Handy dem Opfer nur entziehen wollte, damit dieses keine Hilfe herbeirufen konnte, hat das OLG Jena die vom Täter erlangt Bereicherung (die Besitzerlangung) nicht als einen Erfolg angesehen, den dieser herbeizuführen beabsichtigte. Konsequenterweise hat es deshalb eine Bereicherungsabsicht des Täters verneint und seine Verurteilung wegen (schwerer räuberischer) Erpressung aufgehoben (es verblieb dann allerdings noch eine Nötigung (§ 240 StGB)). Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung zu § 242 I StGB, die eine Zueignungsabsicht auch ablehnt, wenn es dem Täter nur darauf ankommt, dem Opfer die Sache zu entziehen, insb. um es zu ärgern oder zu behindern (BGH, MDR/H 1982, 810; BayObLG, NJW 1992, 2040; OLG Köln, NJW 1997, 2611; OLG Düsseldorf, NJW 1987, 2626).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Bereicherungsabsicht, insb. bei der Erlangung von Besitz: *BGH*St 14, 386**;** *BGH*, NJW 1982, 2265; 1988, 2623; NStZ 1996, 39

Leitsatz:

Zur Bereicherungsabsicht i. S. d. § 253 StGB bei abgepresster Herausgabe des Mobiltelefons, wenn es dem Täter nur darum geht, das Opfer dadurch in eine hilflose Lage zu bringen.

Sachverhalt:

Die betreffenden Feststellungen in dem angefochtenen Urteil lauten: "Als der Angeklagte E sich wieder in das Fahrzeug setzte, zog er plötzlich eine Gas- und Schreckschusspistole aus seiner Jackentasche, bedrohte damit die Zeugin P, forderte diese lauthals auf, ihr Handy herauszugeben und das Fahrzeug zu verlassen. Diesen Aufforderungen kam die Zeugin auch nach. Der Angeklagte schrie dabei weiterhin die Zeugin P an, sie solle dem F klar machen, er solle aus E. verschwinden und keine Drogen mehr verkaufen. Obgleich die Zeugin P durch die Bedrohung mit der Pistole, die sie für echt hielt, äußerst verängstigt war und das Fahrzeug sofort verlassen hatte, richtete sie an den Angeklagten E die Frage, ob er sie nicht wenigstens für die 5 €, die sie noch in ihrem Portemonnaie habe, mit zurück nach E. nehmen könne. Dies lehnte der Angekl. E jedoch mit den Worten: 'Ich bin doch kein Taxi!' ab. Anschließend verließ der Angeklagte mit dem gesondert Verfolgten W sowohl im Besitz des Bargeldes als auch des Handys das Gewerbegebiet in S. und ließ die Zeugin P dort allein zurück. Das Handy der Zeugin P warf der Angeklagte E anschließend weg."

Innerhalb der rechtlichen Würdigung heißt es: „Die Drohung mit der Waffe war darauf gerichtet, das Handy zu erlangen [...] Darauf, dass das Handy letztlich durch den Angeklagten E nicht wirklich benutzt wurde, sondern später weggeworfen wurde, kommt es für den Tatbestand der Erfüllung der räuberischen Erpressung nicht an."

Die in den Urteilsgründen niedergelegten Strafzumessungserwägungen schließlich enthalten folgende Aussage zur subjektiven Tatseite: "Hier war insbesondere zu berücksichtigen, dass es dem Angeklagten bei der Erlangung des Handys zum einen nicht darum ging, den in dem Handy verkörperten Vermögenswert zu erlangen, vielmehr wollte der Angeklagte verhindern, dass die Zeugin P mit dem Handy die Polizei informieren konnte."

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das LG verurteilte den Angeklagten wegen Betruges und schwerer räuberischer Erpressung in einem minder schweren Fall in Tateinheit mit Nötigung und wegen Unterschlagung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 3 Monaten und ordnete die Einziehung seines Pkw an. Mit der hiergegen gerichteten Revision rügte der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Revision hatte mit der Sachrüge teilweise Erfolg.

II. Entscheidung des OLG

Die Verurteilung wegen schwerer räuberischer Erpressung in einem minder schweren Fall (Tat 2) wird von den hierzu getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht getragen.

Der Tatbestand der räuberischen Erpressung (§§ 253,

255, 249 ff. StGB) setzt voraus, dass der Täter die Absicht hat, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern. Die Bereicherungsabsicht i. S. d. § 253 I StGB deckt sich inhaltlich vollständig mit der beim Betrug vorausgesetzten Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (BGH NStZ 1989, 22). Der Täter muss einen Vermögensvorteil anstreben, auf den er materiellrechtlich keinen Anspruch hat (BGH NJW 1982, 2265). [...]

Der sich aus der erstrebten Herausgabe des Mobiltelefons ergebende Vermögensvorteil des Angeklagten bestand in der Erlangung des Besitzes an diesem Gerät. Der bloße Besitz an der Sache ist als Vermögensvorteil anerkannt, wenn er einen eigenständigen Wert darstellt (BGHR StGB § 253 I Vermögenswert 2; BGHSt 14, 386, 388). Das ist bei dem Besitz an einem Mobiltelefon der Fall, denn solche Geräte pflegen im Wirtschaftsverkehr entgeltlich überlassen zu werden.

Für die Annähme der Bereicherungsabsicht i. S. d. § 253 I StGB reicht der Eintritt einer Bereicherung - hier in Gestalt der mit dem Besitz verbundenen Verfügungsmöglichkeit über ein Wirtschaftsgut - jedoch nicht aus. Maßgeblich ist allein, dass der Täter diese Bereicherung bei der Verwirklichung des äußeren Tatbestandes erstrebt hat. Es muss ihm - zumindest auch - auf die mit dem erstrebten Vorteil - objektiv - verbundene Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes seines Vermögens angekommen sein (BGH NJW 1988, 2623). Es genügt nicht, dass der Täter den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens vorausgesehen hat (BGH aaO).

In den folgenden Fällen eines abgepressten Besitzentzugs hat der BGH eine Bereicherungsabsicht angenommen: Der Angeklagte zwang einen Taxifahrer zum Verlassen des Fahrzeugs, setzte sich selbst ans Steuer und fuhr aus Freude am Autofahren mit der Taxe einige Zeit in der Gegend umher (BGHSt 14, 386, 389). Die Angeklagten überfielen den Fahrer eines Kleinbusses und verletzten jenen dabei schwer. Anschließend brachten sie ihr Opfer unter Vorhalt einer Maschinenpistole dazu, den Zündschlüssel herauszugeben. Sie wollten den Fahrer mitnehmen, um ihn am frühzeitigen Aufdecken der Tat zu hindern. Dabei beabsichtigten sie, nach Erhalt des Zündschlüssels den Bus als Fluchtfahrzeug zu benutzen. Die Fahrt sollte so lange dauern, bis sie an einer noch auszusuchenden Stelle von einer dritten Person wieder aufgenommen werden konnten (BGH NStZ 1996, 39). Die Bereicherungsabsicht hat der BGH mit der Begründung bejaht, es sei den Angeklagten auf den wirtschaftlichen Vorteil angekommen, der in der Nutzung des Kleinbusses als Transportmittel und Fluchtfahrzeug lag. Ein solches Streben brauche weder der einzige noch der in erster Linie verfolgte Zweck gewesen zu sein. Die Angeklagten hätten sich nicht auf das Vernichten des Fahrzeuges beschränkt, sondern hätten es zunächst genutzt.

In folgenden Fällen lag nach Auffassung des BGH hingegen keine Bereicherungsabsicht vor: Der Angeklagte hatte gegen das Opfer beträchtliche Geldforderungen. Da er den Ausgang des Zivilprozesses nicht abwarten wollte, lockte er das Opfer mit seinem Pkw an einen abgelegenen Ort. Dort wurde es von Mittätern des Angeklagten durch Drohung und Gewalt dazu veranlasst, mehrere vorbereitete Blankowechsel und eine Bescheinigung über die freiwillige Übergabe seines Fahrzeuges “für die Zeit der Schulden” zu unterzeichnen. Anschließend folgte das Opfer dem Befehl der Täter, aus dem Pkw auszusteigen, und ließ sie damit wegfahren. Der Wagen sollte ebenso wie die Wechsel, die die Täter für wirtschaftlich wertlos hielten, lediglich als Druckmittel zur Durchsetzung der Geldforderung dienen (BGHR StGB. § 253 I Bereicherungsabsicht 2). Der BGH wandte sich gegen die Annahme einer Bereicherungsabsicht bezüglich des vorübergehenden Besitzes des Kraftfahrzeuges mit der Erwägung, dass die “lnpfandnahme” des Kraftfahrzeuges nur als Druckmittel zur Durchsetzung der Geldforderung gedacht gewesen sei; auf den in der Benutzung oder Benutzungsmöglichkeit liegenden wirtschaftlichen Wert des Wagens hätten es die an der Tat Beteiligten hingegen nicht abgesehen. Der Angeklagte nötigte seinen Arbeitgeber dazu, wegen unbestrittener und fälliger Forderungen des Angeklagten einen Schuldschein auszustellen und dem Angeklagten als Sicherheit einen Farbfernseher und andere Gegenstände auszuhändigen. Der Angeklagte wollte das Opfer mit dieser Pfandnahme zur Zahlung seiner Schulden veranlassen. Er hatte vor, die Pfandstücke notfalls auf eigene Rechnung zu veräußern, wenn das Opfer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht zahlen würde (BGH NJW 1982, 2265 f). Einer Bereicherungsabsicht in Bezug auf den Farbfernseher und die übrigen Gegenstände stand nach Auffassung des BGH entgegen, dass nach den Feststellungen des Tatgerichts die von dem Angeklagten erstrebte Bereicherung in der Erlangung des Geldbetrages, den das Opfer schuldete, nicht aber in dem vorübergehenden Besitz der Pfandstücke bestand. Die Inpfandnahme des Farbfernsehers sei ersichtlich nur als Druckmittel gedacht, um das Opfer zur Einhaltung der erzwungenen Zahlungszusage zu veranlassen.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung könnte eine Bereicherungsabsicht des Angeklagten bezüglich des abgenötigten Handys nur dann angenommen werden, wenn fest stünde, dass es ihm zumindest auch auf die Erlangung des in der Verfügungsmöglichkeit über das Handy liegenden Vermögensvorteiles ankam, weil er das Gerät zweckentsprechend benutzen (insb. damit telefonieren) oder es später wirtschaftlich verwerten (insb. verkaufen) wollte oder zumindest beabsichtigte, es auf unbestimmte Zeit zur beliebigen Verwendung

im Besitz zu behalten. Derartige Feststellungen hat das LG indes nicht getroffen. Der den tatsächlichen Feststellungen gewidmete Abschnitt des Urteils trifft zur subjektiven Tatseite der schweren räuberischen Erpressung überhaupt keine Aussage. Der geschilderte objektive Sachverhalt, wonach der Angeklagte die Geschädigte lauthals aufforderte, ihr Handy herauszugeben und das Fahrzeug zu verlassen, er sodann mit seinem Pkw den Tatort verließ und das Handy anschließend wegwarf, lässt den Schluss auf die erforderliche Bereicherungsabsicht bezüglich des Mobiltelefons keinesfalls zu.

Im Gegenteil begründen die sonstigen im Zusammenhang mit dieser Tat festgestellten Tatsachen sowie die Ausführungen des LG im Rahmen der Strafzumessung ganz erhebliche Zweifel daran, dass es dem Angeklagten zumindest auch auf den im Besitz des Mobiltelefons liegenden wirtschaftlichen Vermögenswert ankam: Nachdem der eigentliche Zweck der Autofahrt, die Zeugin P um 710 € zu betrügen, erreicht war, ging die Fahrt weiter in das zu dieser Zeit fast menschenleere Gewerbegebiet S. bei E. Dort wurde die Zeugin lauthals aufgefordert, das Fahrzeug zu verlassen. Zugleich schrie der Angeklagte die Zeugin an, sie solle ihrem Lebensgefährten klar machen, er solle aus E. verschwinden und keine Drogen mehr verkaufen. Die Bitte der Zeugin, sie gegen Bezahlung zurück nach E. mitzunehmen, wurde mit einer zynischen Bemerkung abgelehnt. Vielmehr ließ man die Zeugin am Tatort allein zurück. Anschließend warf der Angeklagte das Handy weg. Wie wichtig ein Mobiltelefon für die junge Frau in dieser einsamen Gegend war, um zurück nach E. zu gelangen, zeigt die Schilderung des weiteren Geschehens, derzufolge die Zeugin den Inhaber einer Imbissstube sogleich um ein Handy bat und ihren Freund in E. anrief. Dies alles spricht deutlich dafür, dass es dem Angeklagten ausschließlich um die Beeindruckung des Lebensgefährten der Geschädigten, mit dem er verfeindet war und den er offenbar aus dem E.'er Drogengeschält verdrängen wollte, ging. Dem widerspricht nicht die im Abschnitt zur rechtlichen Würdigung enthaltene Feststellung, dass "die Drohung mit der Waffe darauf gerichtet (war), das Handy zu erlangen". Denn darin kommt nur der unmittelbare Zweck der Nötigungshandlung zum Ausdruck. Wenn es dem Angeklagten darum ging, den Lebensgefährten der Zeugin P zu bestrafen, zu provozieren, zu nötigen oder sonst zu beeindrucken, indem der Angeklagte die Freundin seines Kontrahenten bei Nacht in einsamer Gegend in "hilfloser" Lage, d. h. ohne Handy, "aussetzte", dann gehörte der Entzug des Handys zur Erreichung des gewünschten Erfolges notwendigerweise dazu. Dass es dem Angeklagten zugleich auf die Erlangung des mit einem Handy verbundenen Vermögensvorteils ankam, folgt daraus aber gerade nicht. Das Fortwerfen des Mobiltelefons nach Verlassen des Tatortes ("anschließend") indiziert vielmehr das Gegenteil. Nicht einmal zu einem einmaligen Gebrauch des Gerätes ist es gekommen. So stellt das LG im Rahmen der rechtlichen Würdigung ausdrücklich fest, dass "das Handy letztlich durch den Angeklagten E nicht wirklich benutzt wurde" [...]

Standort: § 55 StPO Problem: Zeugnisverweigerung nach rechtskräftiger Verurteilung

BGH, BESCHLUSS VOM 28.04.2006
STB 1/06 (NSTZ-RR 2006, 239)

Problemdarstellung:

Die Zeugin war in einem früheren Verfahren als Mitglied einer terroristischen Vereinigung wegen der Beteiligung an mehreren Sprengstoffanschlägen verurteilt worden. Die Generalbundesanwaltschaft ermittelte weiter gegen (noch) unbekannte Mitglieder der Terrorgruppe. In diesem Zusammenhang wurde die Zeugin aufgefordert, genaue Angaben über ihre Beteiligung an den abgeurteilten Taten sowie über die weiteren Beteiligten zu machen. Die Zeugin weigerte sich, die entsprechenden Auskünfte zu geben und berief sich auf ein Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 I StPO). Die Generalbundesanwaltschaft sah keine Verfolgungsgefahr i.S.v. § 55 I StPO und beantrage deshalb insb. die Anordnung eines Ordnungsgeldes (§ 70 I StPO) und von Erzwingungshaft (§ 70 II StPO) gegen die Zeugin. Der Beschwerde (§ 304 StPO) der Zeugin gegen die entsprechenden Anordnungen gab der BGH statt.

Prüfungsrelevanz:

Grundkenntnisse über die Voraussetzungen von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten im Strafprozess (§§ 52 ff. StPO) werden in beiden Examen erwartet. Das vorliegende, recht spezielle, Problem dürfte allerdings eher im zweiten Examen Relevanz erlangen.

Gem. § 55 I StPO ist ein Zeuge u.a. berechtigt, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm selbst die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. § 55 StPO ist somit Ausfluss des Grundsatzes, dass man sich in einem Strafverfahren nicht selbst belasten muss ("nemo tenetur se ipsum accusare"). Die für das Auskunftsverweigerungsrecht erforderliche Verfolgungsgefahr besteht insb. dann nicht, wenn der Zeuge wegen der früheren Tat bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, da dann gem. Art. 103 III GG eine erneute Verurteilung wegen derselben Tat ausgeschlossen ist ("ne bis in idem", vgl. BVerfG, NStZ 1985, 277; OLG Celle, NJW 1962, 2315). Diesen Grundsatz hat die Rechtsprechung jedoch in der Vergangenheit eingeschränkt,

wenn der Zeuge durch die Auskunft über die abgeurteilten Taten unter Umständen Angaben machen würde, die eine Strafverfolgung wegen weiterer, noch nicht abgeurteilter, Taten bewirken würden (BVerfG, NJW 2002, 1411; BGH, NStZ 2006, 178). Im vorliegenden Fall führt der BGH aus, dass gerade ein Mitglied einer terroristischen Vereinigung, die üblicherweise mehrere gleichartige Taten begeht, dann, wenn es Auskunft über bereits abgeurteilte Taten erteilt, immer Gefahr läuft, dabei auch Angaben zu machen, die die Einleitung eines Verfahrens wegen einer noch nicht abgeurteilten Tat bewirken könnten, sei es auch nur weil diese Angaben zu "Teilstücken in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude" werden könnten.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts bei rechtskräftiger Aburteilung der Vortaten: *BVerfG*, NJW 2002, 1411; *BGH*, NJW 1980, 2718; NJW 1999, 1413; NStZ 2006, 178; *Derksen*, JuS 1999, 1103; *Kehr*, NStZ 1997, 160; *Lesch*, NStZ 2005, 302; *Odenthal*, NStZ 1993, 52; *Sommer*, StraFo 1998, 8

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Verfolgungsgefahr i.S.v. § 55 StPO ist nicht auszuschließen, wenn zwischen der abgeurteilten Tat und anderen Straftaten, deretwegen der Zeuge noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu der abgeurteilten Tat die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringt.

2. Ein entsprechender Zusammenhang kann bei einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung gegeben sein, wenn es weiterer Straftaten verdächtig ist, für die ein Strafklageverbrauch nicht eingetreten ist. Hier liegt es auf der Hand, dass Erkenntnisse über die konkrete Beteiligung eines Mitglieds der Vereinigung an einer bestimmten Tat vielfach auch Rückschlüsse über seine und die Beteiligung von weiteren Mitgliedern an einer anderen Tat der Vereinigung zulassen und somit Teilstücke in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude werden können.

Sachverhalt:

Das OLG Stuttgart sprach die Beschwerdeführerin am 28.06.1989 u.a. des 43fach versuchten Mordes in Tateinheit mit versuchtem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und des schweren Raubes, jeweils begangen in Tateinheit mit mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung, schuldig. Diesem Urteil lagen der versuchte Sprengstoffanschlag auf die NATO-Schule in Oberammergau am 18.12.1984, ein Waffenraub am 05.11.1984 in Maxdorf und die Mitgliedschaft in der "RAF" von Februar 1984 bis z. B. 1986 zu Grunde. Am 28.04.1994 verurteilte das OLG Frankfurt a. M. die Beschwerdeführer wegen Mordes in Tateinheit mit schwerem Raub sowie eines weiteren Mordes an zwei Menschen in Tateinheit mit versuchtem Mord an zwei weiteren Menschen und mit Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion. Diesem Urteil lagen die Ermordung des US-Soldaten P am 07./08.08.1985 und der Sprengstoffanschlag auf die Rhein-Main-Airbase in Frankfurt a. M. am 08.08.1985 zu Grunde. Beide Urteile sind rechtskräftig.

Wegen der genannten Anschläge führt der Generalbundesanwalt auch weiterhin Verfahren gegen Unbekannt. In diesem Zusammenhang wurde die Beschwerdeführerin am 15.12.2005 vor dem Ermittlungsrichter des BGH als Zeugin vernommen. Dabei wurden ihr folgende Fragen gestellt: "Bitte schildern Sie im Zusammenhang den Anschlag auf die US-Airbase in Frankfurt am Main sowie den Ablauf der Ermordung des US-Soldaten P, soweit Ihnen das bekannt ist." "Waren Sie an dem Anschlag beteiligt?" "Waren G und M an den oben genannten Taten beteiligt?" Nachdem die Beschwerdeführerin die Beantwortung aller Fragen unter Berufung auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht abgelehnt hatte, hat der Ermittlungsrichter der Zeugin - nach Hinweis auf die Grundlosigkeit ihrer Weigerung und deren möglichen Folgen gern. § 70 StPO - auf Antrag des Generalbundesanwalts durch Beschluss die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt und gegen sie ein Ordnungsgeld in Höhe von 200 €, ersatzweise Ordnungshaft von 5 Tagen festgesetzt, sowie Erzwingungshaft, längstens bis zur Dauer von 6 Monaten, angeordnet. Die von der Zeugin hiergegen eingelegte Beschwerde, mit der sie sich gegen die Festsetzung des Ordnungsgeldes und die Anordnung von Erzwingungshaft wendet, hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Zur Beschwerde gegen die Anordnung der Erzwingungshaft

Die - hinsichtlich der Erzwingungshaft zulässige (§ 304 V StPO) - Beschwerde hat Erfolg. Der Antrag des Generalbundesanwalts war zurückzuweisen, weil der Beschwerdeführerin hinsichtlich aller Fragen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 I StPO zustand.

1. Verfolgungsgefahr i.S.v. § 55 I StPO trotz rechtskräftiger Aburteilung von Vortaten bei Zusammenhang zu evtl. noch nicht abgeurteilten Vortaten

Allerdings besteht eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr i. S. des § 55 I StPO grundsätzlich dann nicht mehr, wenn gegen den Zeugen ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, die Strafklage daher verbraucht ist und deswegen zwei-

felsfrei ausgeschlossen ist, dass er sich durch seine Antwort der Gefahr der Strafverfolgung aussetzt.

Eine solche Gefahr wird jedoch vielfach nicht auszuschließen sein, wenn zwischen der abgeurteilten Tat und anderen Straftaten, deretwegen der Zeuge noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu der abgeurteilten Tat die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringt. Das ist in einem Fall angenommen worden, in dem der rechtskräftig verurteilte Täter eines Raubüberfalls als Zeuge zur Identität seiner Komplizen befragt werden sollte und die Auskunft im Hinblick darauf verweigerte, dass es im Tatzeitraum zu ähnlich gelagerten Überfällen gekommen war, eine bandenmäßige Begehung in Betracht kam und die Identität einzelner Tatbeteiligter noch nicht geklärt werden konnte (BGH, StraFo 2006, 69 f. = NStZ 2006, 178). Aus demselben Grunde wurde auch einem Betäubungsmittelhändler ein Auskunftsverweigerungsrecht zugestanden, der wegen mehrerer eigener Handelsgeschäfte abgeurteilt worden war und nach Rechtskraft seiner Verurteilung zur Identität seiner Lieferanten als Zeuge befragt wurde, obgleich er im Verdacht stand, in Verbindung mit diesem Personenkreis weitere, nicht vom Strafklageverbrauch umfasste Betäubungsmitteldelikte begangen zu haben (BVerfG, NJW 2002, 1411 f.).

2. Zum Bestehen eines solchen Zusammenhangs bei Mitgliedern terroristischer Vereinigungen

Ein entsprechender Zusammenhang kann auch bei einem Mitglied einer terroristischen Vereinigung gegeben sein, wenn es weiterer Straftaten verdächtig ist, für die ein Strafklageverbrauch nicht eingetreten ist (vgl. dazu BGHSt 29, 288 [294] = NJW 1980, 2718). Die von einer solchen Vereinigung begangenen Straftaten sind vielfach dadurch gekennzeichnet, dass sie vom gleichen Täterkreis mit weitgehend gleich bleibender Aufgabenverteilung begangen werden, wobei häufig die verwendeten Tatmittel sowie die Art und Weise der Planung und Ausführung Übereinstimmungen aufweisen. Daher liegt es auf der Hand, dass Erkenntnisse über die konkrete Beteiligung eines Mitglieds der Vereinigung an einer bestimmten Tat vielfach auch Rückschlüsse über seine und die Beteiligung von weiteren Mitgliedern an einer anderen Tat der Vereinigung zulassen und somit "Teilstücke in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude" werden können (vgl. BGH, NJW 1999, 1413 mwN).

3. Zum Bestehen einer Verfolgungsgefahr infolge des genannten Zusammenhangs bei der Beschwerdeführerin

Eine auf einem derartigen Zusammenhang beruhende Verfolgungsgefahr war auch für die Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen. Sie steht im Verdacht, als Mitglied der "RAF" an weiteren, bislang nicht abgeurteilten Straftaten beteiligt gewesen zu sein, für die ein Strafklageverbrauch nicht eingetreten ist. Bei Beantwortung von Fragen nach den Beteiligten an ihren abgeurteilten Taten bestünde für die Beschwerdeführerin die Gefahr, dass sie durch deren Preisgabe zugleich auch Tatbeteiligte an weiteren, noch verfolgbaren eigenen Straftaten offenbart. Bei dieser Sachlage ist es nicht ausgeschlossen, dass sich durch die begehrte Auskunft die konkrete Gefahr einer Strafverfolgung der Beschwerdeführerin ergibt (vgl. BGH, StraFo 2006, 69f. = NStZ 2006, 178; BVerfG, NJW 2002, 1411 f. = NStZ 2002, 378).

Entsprechendes gilt indessen auch für jede andere weiterführende Erkenntnis zu den abgeurteilten Taten, die von der Befragung der Beschwerdeführerin erwartet wird. Auch bei solchen Erkenntnissen kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie im Rahmen einer mosaikartigen Beweisführung Bedeutung für den gegen die Beschwerdeführerin bestehenden Tatverdacht hinsichtlich weiterer Taten erlangen können.

II. Zur Beschwerde gegen die Festsetzung des Ordnungsgeldes

Diese Gründe stehen auch einer Festsetzung des beantragten Ordnungsgeldes entgegen. Daher hat der Senat seine Entscheidung, auch wenn eine (isolierte) Beschwerde gegen diese Anordnung nicht zulässig gewesen wäre, auf diese erstreckt und den Antrag der Bundesanwaltschaft insgesamt zurückgewiesen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Unterlassungsanspruch gegen Personenschutz

OVG KOBLENZ, URTEIL VOM 08.12.2005
12 A 10951/04 (NJW 2006, 1830)

Problemdarstellung:

Der Kl. des vorliegenden Falles gehört eine Wohnung in einem Mehrfamilienhaus, in dem auch ein Oberstaatsanwalt mit seiner Ehefrau lebt. Dieser OStA wird von Personen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität mit dem Tode bedroht, weshalb die Polizei zu seinem Schutz täglich Überwachungsmaßnahmen durchführt (Präsenz, Personenkontrollen, Videoüberwachung etc.). Die Kl. fühlt sich durch diese seit Jahren fortdauernden Maßnahmen in ihren Grundrechten verletzt. VG und OVG verneinten jedoch einen Unterlassungsanspruch. Zwar liege eine Grundrechtsbeeinträchtigung der Kl. tatsächlich vor; diese habe sie jedoch als notstandspflichtige Nichtstörerin nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht (im Fall: § 7 POG RP) zu dulden.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall wirft eine ganze Reihe von interessanten Fragen auf:

1. Zum einen ist die Anspruchsgrundlage auf Beendigung der Überwachungsmaßnahmen zu nennen, welche nur im öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gesehen werden kann. Dieser ist - ebenso wie der artverwandte Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) - gewohnheitsrechtlich anerkannt, greift im Unterschied zum FBA aber dort ein, wo es um die Abwehr künftiger Belastungen geht, während der FBA zur Beseitigung der Folgen eines bereits in der Vergangenheit liegenden Eingriffs dient.

2. FBA und öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch sind ausgeschlossen, wenn der Anspruchsteller den Eingriff in seine Rechte zu dulden hat. Das OVG prüft ausführlich die Notstandspflicht der Kl. aus § 7 POG RP (unausgesprochen: als gesetzliche Duldungspflicht) und bejaht diese i.E. Dabei beschäftigt es sich insbesondere mit der Frage, ob man nicht als weniger belastendes Alternativmittel dem OStA aufgeben könnte, die Wohnung zu wechseln:

a. Im Rahmen dieser Prüfung kommt es zu dem Ergebnis, dass eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage sich hierfür insbesondere nicht aus dem landesrechtlichen Beamtenrecht ableiten lasse.

b. Auch eine dienstliche Weisung scheide aus, weil sie jedenfalls unverhältnismäßig sei. Dabei lässt es die Frage, ob allein eine solche Weisung überhaupt ausreichend wäre, um den OStA zum Verlassen seiner Wohnung zu zwingen, explizit offen. Sie wäre jedoch zu verneinen: An anderer Stelle stellt das Gericht selbst fest, dass der OStA auch Grundrechtsträger sei und ein erzwungener Wohnungswechsel zumindest in seine Freizügigkeit aus Art. 11 GG eingriffe; für einen Grundrechtseingriff muss aber nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG und der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG immer eine gesetzliche Grundlage existieren. Zu Ende gedacht wäre eine solche "Weisung" übrigens gerade wegen der Grundrechtsbetroffenheit des OStA gar keine "Weisung" mehr, sondern entfaltete Außenwirkung (beträfe ihn als Person, nicht nur als Amtswalter) und wäre daher in Wirklichkeit ein belastender Verwaltungsakt, für den offensichtlich eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage notwendig wäre.

c. Abschließend war zu überlegen, ob nicht der OStA ebenso als Notstandspflichtiger nach der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel zu einem Wohnungswechsel gezwungen werden könnte, wie man von der Kl. als Notstandspflichtiger die Duldung der Überwachungsmaßnahmen verlangt. Wäre der OStA gewissermaßen notstandspflichtig gegen sich selbst - seine Person soll ja gleichzeitig durch die Überwachungsmaßnahmen *geschützt* werden -, stellte sich die Frage des Auswahlermessens unter mehreren Notstandspflichtigen. Das OVG verneint in Bezug auf den OStA aber schon eine Notstandspflicht aus § 7 POG RP aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, so dass es soweit nicht kommt.

Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidung der Vorinstanz: *VG Koblenz*, NZM 2004, 468

❑ Zulässigkeit der Installation von Überwachungskameras im vorliegenden Fall: *OLG Zweibrücken*, Beschluss vom 20.05.2003 (3 W 126/03)

❑ Videoüberwachung öffentlicher Plätze: *VGH BW*, NJW 2004, 1473; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 115 = NVwZ 2002, 117

Leitsatz:

Zur Verhältnismäßigkeit von polizeilichen Personen- und Objektschutzmaßnahmen gegenüber Nichtverantwortlichen (hier: Schutz eines mit dem

Tode bedrohten Staatsanwalts).

Sachverhalt:
Die Klägerin (Kl.) bewohnt in einem Acht-Familien-Haus eine Eigentumswohnung. Im selben Gebäude haben der Beigel. und seine Ehefrau eine Wohnung gemietet. Der Beigel. steht als Oberstaatsanwalt im Dienst des beklagten Landes. Er leitet Ermittlungen im Bereich der organisierten Kriminalität. Nach Informationen der Polizei soll er aus Rache getötet werden. Deshalb ist der Beigel. seit April 1999 als gefährdete Person eingestuft; das Schutzkonzept sieht unter anderem die ständige Bewachung des Anwesens, Personenkontrollen sowie die Präsenz eines Polizeibusses auf dem Nachbargrundstück vor. Darüber hinaus sind Videokameras vorhanden.
Im Februar 2000 wurden zwei Personen verhaftet und in der Folgezeit angeklagt, die von der StA unter anderem der Verabredung des Mordes an dem Beigel. verdächtigt wurden. Das Strafverfahren ist inzwischen durch Urteil des LG vom 1.9.2004 abgeschlossen. Die beiden Angekl. wurden wegen Betäubungsmittel-Delikten und der Verabredung zur Tötung einer anderen Person als des Beigel. zu langjährigen Haftstrafen verurteilt, hinsichtlich des Vorwurfs der Verabredung zum Mord an dem Beigel. jedoch freigesprochen.
Mit ihrer vor dem VG erhobenen Klage verfolgt die Kl. nach Ablehnung eines entsprechenden Antrags ihr Begehren weiter, die Überwachungsmaßnahmen einzustellen. Sie macht geltend, dass diese sie und die anderen Bewohner im Alltag seit Jahren ganz erheblich belasteten. Sie sei schließlich für die Gefährdung des Beigel. nicht verantwortlich. Ein Eingriff in ihre Grundrechte dürfe ihr deshalb nicht unbegrenzt zugemutet werden. Ferner solle der Beigel. doch in ein anderes Objekt umziehen. Dass er dies strikt ablehne, könne nicht zu ihren Lasten gehen, notfalls müsse man ihn eben zwingen.

Hat die Klage Erfolg?

[Anm.: Der Fall ist nachstehend wie im Original nach Landesrecht Rheinland-Pfalz gelöst. Alle anderen Bundesländer haben aber, soweit es auf Landesrecht ankommt, gleichlautende Vorschriften erlassen, sodass die Lösung ohne Mühe auf diese übertragen werden kann.]

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Nach § 40 I 1 VwGO setzt dies eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraus. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn das streitige Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist. Hier geht es der Kl. um die Beendigung von Personenschutzmaßnahmen der Polizei gegenüber dem Beigeladenen. Diese stützen sich in Ermangelung einer spezielleren Regelung auf die polizeiliche Generalklausel, hier § 9 I 1 POG RP, haben also hoheitlichen Charakter. Mithin ist nach der sogen. Kehrseitentheorie auch der Streit über ihre Beendigung öffentlich-rechtlicher Natur. Er ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, weil keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten. Schließlich greift auch die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 EGGVG nicht ein, weil Personenschutz zur Gefahrenabwehr und damit zu den präventiven Aufgaben der Polizei gehört und nicht, wie § 23 EGGVG voraussetzt, zum repressiven Handeln im Rahmen der Strafverfolgung.

II. Statthafte Klageart
Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Die Klägerin begehrt die Beendigung der Personenschutzmaßnahmen der Polizei gegenüber dem Beigeladenen. Hierfür kommt die allgemeine Leistungsklage in Betracht, die in der VwGO nicht eigens geregelt, aber vielfach erwähnt ist (z.B. in § 43 II VwGO) und deshalb allgemein als statthaft anerkannt wird. Sie greift ein, wenn es um die Vornahme oder das Unterlassen schlicht-hoheitlicher Tätigkeit geht.
Die streitgegenständlichen Überwachungsmaßnahmen sind nicht unmittelbar auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet und haben daher keinen Regelungscharakter i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Sie stellen somit keine Verwaltungsakte dar, sondern erschöpfen sich in tatsächlichen Vorgängen wie der Überwachung des Hauses usw. Das Unterlassen dieses schlicht-hoheitlichen Handelns kann mit der allgemeinen Leistungsklage geltend gemacht werden.

III. Klagebefugnis
Zur Vermeidung von Popularklagen müsste die Kl. ferner analog § 42 II VwGO klagebefugt sein, mithin eine Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte geltend machen können. Dazu genügt, wie die Formulierung "geltend macht" in § 42 II VwGO ausdrückt, bereits die Möglichkeit einer solchen Rechtsverletzung.
Hier könnte der Kl. der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch zur Seite stehen, mit dem das künftige Unterlassen eines bereits vorgekommenen, weiterhin drohenden hoheitlichen Handelns abgewehrt werden kann. Dieser Anspruch wird aus den jeweils betroffenen Freiheitsgrundrechten hergeleitet und ist heute gewohnheitsrechtlich anerkannt. Hier erscheint es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Kl. durch die

Personenschutzmaßnahmen in ihren Freiheitsgrundrechten aus Art. 2 I GG, 2 I i.V. 1 I GG und 14 I GG verletzt wird und somit einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch hiergegen hat.

IV. Klagegegner
Die allgemeine Leistungsklage ist in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip stets gegen den hinter der handelnden Behörde stehenden Hoheitsträger zu richten. Polizei ist Ländersache, so dass das beklagte Land Rheinland-Pfalz hier der richtige Klagegegner ist.

V. Allgemeines Rechtsschutzinteresse
Das allgemeine Rechtsschutzinteresse an einer verwaltungsgerichtlichen Klage besteht nur, wenn der Kläger keine einfachere, schnellere und effektivere Möglichkeit hat, sein Ziel zu erreichen. Im Fall der allgemeinen Leistungsklage ist daher vor der gerichtlichen Geltendmachung des Begehrens ein entsprechender Antrag bei der zuständigen Behörde zu stellen. Dies hat die Kl. hier erfolglos getan, so dass ihr zur Klage keine Alternative mehr blieb.

Die Klage ist mithin zulässig.

B. Beiladung
Der Beigel. war nach § 65 II VwGO notwendig beizuladen, da die begehrte Einstellung der Personenschutzmaßnahmen sich zwangsläufig unmittelbar auf seinen Status auswirken würde, eine Entscheidung hierüber mithin nur einheitlich ergehen kann.

C. Begründetheit
Die Klage ist begründet, soweit der Kl. der geltend gemachte Anspruch zusteht.

I. Anspruchsgrundlage
Als Anspruchsgrundlage kommt, wie oben ausgeführt, der gewohnheitsrechtlich anerkannt allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch in Betracht.

II. Tatbestand
Tatbestandlich setzt dieser einen hoheitlichen, nicht zu duldenden Grundrechtseingriff gegenüber dem Anspruchsteller voraus, dessen Wiederholung droht.

1. Hoheitliches Handeln
Die angegriffenen Personenschutzmaßnahmen sind, wie oben gezeigt, als Maßnahmen auf Grundlage der polizeilichen Generalklausel öffentlich-rechtlicher Natur.

2. Grundrechtseingriff
Art. 2 I GG schützt jedermann in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit, d.h. darin, zu tun und zu lassen was ihm beliebt oder - als "status negativus" - nicht hinnehmen zu müssen was ihm nicht beliebt. Mithin ist auch die Kl. darin geschützt, sich nicht staatlichen Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt zu sehen, die u.a. ihre Wohnung betreffen und bei der u.a. ihre Person gefilmt und ihr Tagesablauf überwacht wird. Ein Eingriff liegt vor, wenn das Grundrecht spürbar beeinträchtigt wird, also nicht nur eine Bagatelle vorliegt. Ein solcher Eingriff kann auch faktisch erfolgen, es muss sich nach dem modernen Eingriffsbegriff nicht um einen regelnden Rechtsakt handeln. Dass das Erdulden der beschriebenen Überwachungsmaßnahmen über Jahre hinweg - hier seit 1999 - keine Bagatelle darstellt, liegt auf der Hand. Der Kl. wird eine erhebliche Einschränkung ihrer Privatsphäre zugemutet. Damit liegt zumindest ein Eingriff in Art. 2 I GG vor.

[Anm.: Man könnte in einem Examensgutachten auch erwägen, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG oder das Eigentumsrecht an ihrer Wohnung aus Art. 14 I GG verkürzt sind. Diese Grundrechte wären gegenüber Art. 2 I GG spezieller und verdrängten diesen. Das Urteil des OVG enthält dazu jedoch keinerlei Ausführungen.]

3. Kausalität
Die Personenschutzmaßnahmen als hoheitliches Handeln können nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Beeinträchtigungen der Privatsphäre der Kl. entfielen. Mithin sind sie auch kausal für den Grundrechtseingriff.

4. Keine Duldungspflicht
Es besteht nur ein Anspruch auf Unterlassen solcher hoheitlicher Handlungen, welche die Kl. nicht zu dulden verpflichtet ist. Eine solche Duldungspflicht bestünde jedenfalls nicht, wenn die angegriffene Maßnahme rechtswidrig ist. Umgekehrt bestünde eine Duldungspflicht, wenn die Polizei gesetzlich dazu ermächtigt wäre, die Personenschutzmaßnahmen auch unter Eingriff in die Grundrechte der Kl. durchzuführen. Denn dann wäre der Grundrechtseingriff zum Schutz der "verfassungsmäßigen Ordnung" i.S.d. Art. 2 I GG, zu der u.a. alle Gesetze gehören, gerechtfertigt. Fraglich ist also, ob die Personenschutzmaßnahmen der Polizei zugunsten des Beigel. gesetzlich gerechtfertigt werden können.

a. Ermächtigungsgrundlage
Als Ermächtigungsgrundlage kommt nur die Generalklausel des § 9 I 1 POG RP in Betracht.

b. Formelle Rechtmäßigkeit
Die Polizei ist nach § 1 I, VII POG RP zur Gefahrenabwehr zuständig, wenn - wie hier - die Ordnungsbehörden mangels Mensch und Material dazu nicht in der Lage sind. Es geht auch nicht ausschließlich um

den Schutz privater Rechte i.S.d. § 1 III POG RP, sondern zumindest auch um die Verhinderung von Verstößen gegen die Rechtsordnung (StGB), ganz abgesehen davon, dass der Beigel. als Betroffener seine Sicherheit nicht selbst gewährleisten könnte.
Verfahrens- oder Formvorschriften für das hier vorliegende schlicht-hoheitliche Handeln sind nicht ersichtlich.

c. Materielle Rechtmäßigkeit

aa. Tatbestand
Tatbestandlich setzt § 9 I 1 POG RP eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sowie die Ordnungspflicht des Betroffenen nach §§ 4, 5 oder 7 POG RP voraus.

(1). Gefahr für die öffentliche Sicherheit
Zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gehören neben den staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen auch die Rechtsordnung und die Individualrechtsgüter wie Leib, Leben, Freiheit, Ehre und Eigentum. Nach dem Sachverhalt ist davon auszugehen, dass sowohl Leib und Leben des Beigel. durch mögliche Racheakte aus dem Bereich der organisierten Kriminalität drohen, womit gleichzeitig gegen die Rechtsordnung verstoßen würde (§§ 223 ff., 212 ff. StGB). "Gefahr" ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in naher Zukunft, wovon angesichts der fortdauernden Bedrohung des Beigel. auszugehen ist.

(2). Ordnungspflicht der Kl.
Fraglich ist aber, ob auch die Kl. zur Duldung solcher Maßnahmen verpflichtet ist. Da sie selbst weder den Beigel. bedroht noch eine solche Gefahr von ihren Sachen ausgeht, kommt eine Inanspruchnahme als Störer i.S.d. §§ 4, 5 POG RP nicht in Betracht. Fraglich ist aber, ob die Kl. nicht als Notstandspflichtige i.S.d. § 7 POG RP zur Duldung verpflichtet ist. Dann müssten die dort genannten vier Voraussetzungen vorliegen. Hierzu das OVG:

(a). Gegenwärtige erhebliche Gefahr, § 7 I Nr. 1 POG RP
"Die Maßnahmen des Bekl. im Rahmen des Schutzkonzepts, von denen auch die Kl. teilweise betroffen ist, dienen der Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr i.S. des § 7 I Nr. 1 POG RP. Eine solche liegt vor, wenn die Einwirkung eines schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder wenn eine Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Dabei sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts umso geringer, je größer der zu erwartende Schaden und je ranghöher das Schutzgut sind (vgl. OVG Koblenz, NVwZ 2002, 1528). Nach diesen Maßstäben besteht hier eine gegenwärtige erhebliche Gefahr.
Die Lebensgefahr für den Beigel. dauert an. Nach den Erkenntnissen des Bekl. besteht der Mordauftrag aus hochkriminellen Kreisen fort. Eine erhebliche Änderung der Erkenntnis- und Gefährdungslage, wie sie zu Beginn der Personen- und Objektschutzmaßnahmen für den Beigel. Mitte des Jahres 1999 bestand, ist nicht eingetreten. Zwar hat das LG in seinem Urteil vom 1.9.2004 zwei Personen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität, die unter anderem angeklagt waren, an der geplanten Tötung des Beigel. mitgewirkt zu haben, hinsichtlich dieses Tatvorwurfs aus Rechtsgründen freigesprochen. Diese Tat konnte den Angekl. nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden. Gleichwohl ergeben sich aus den Gründen des Urteils hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte, die immer noch eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des Beigel. begründen. Danach war dessen Tötung Gesprächsthema zwischen den beiden Hauptangekl., die wegen eines gleichartigen Delikts zu langjährigen Haftstrafen verurteilt worden sind, einer weiteren Angekl. sowie eines ebenfalls im hochkriminellen Milieu verkehrenden Zeugen. Bei verschiedenen Gelegenheiten wurden Möglichkeiten einer Tatbegehung erörtert. Diese bezogen sich sowohl auf denkbare unmittelbare Täter als auch auf in Betracht kommende Tatorte. Für den Auftragsmord wurde eine konkrete Summe genannt, die bereits an einen der Hauptangekl. ausbezahlt und angesichts des Personenschutzes für den Beigel. beträchtlich erhöht worden sein soll. [...]
Vor diesem tatsächlichen Hintergrund kann sich die Gefahr einer Tötung des Beigel. jederzeit verwirklichen. Es liegt eine aktuelle Gefahr vor, die angesichts der Schwere der zu erwartenden Rechtsgutverletzung, nämlich des Todes des Beigel., auch mit dem notwendigen Grad der Wahrscheinlichkeit droht."

(b). Keine Möglichkeit anderweitiger Gefahrenabwehr, § 7 I Nr. 2, 3 POG RP
"Da der Bekl. [sic! Richtig: Das beklagte Land, Anm. d. Red.] weder die Auftraggeber noch die möglichen Täter eines Mordes an dem Beigel. kennt, ist eine Gefahrenabwehr durch Inanspruchnahme der Verantwortlichen oder durch die Polizei allein nicht möglich (§ 7 I Nrn. 2 und 3 POG RP)."

(c). Eigengefährdung, § 7 I Nr. 4 POG RP
"Die Kl. kann zudem nicht mit Erfolg einwenden, sie werde mit einer erheblichen eigenen Gefährdung und unter Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen (§ 7 I Nr. 4 POG RP). Abzustellen ist insoweit nicht auf eine mögliche Gefährdung durch Dritte. Vielmehr ist die polizeiliche Maßnahme als solche in den Blick zu nehmen. Von dieser geht aber keine Gefährdung der Kl. oder die Verletzung höherwertiger Pflichten aus. Das hat das VG bereits zutreffend ausge-

führt; hierauf wird verwiesen."

Damit kann die Kl. als Notstandspflichtige auch in Anspruch genommen werden. Der Tatbestand ist erfüllt.

bb. Rechtsfolge
Die Polizei müsste auch ihr Ermessen nach § 9 I 1 POG RP fehlerfrei ausgeübt, insbesondere verhältnismäßig i.S.d. §§ 7 II, 2 POG RP gehandelt haben. Hierzu meint das OVG:
"Die Maßnahmen im Rahmen des Schutzkonzepts begegnen gegenüber der Kl. auch mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 7 II sowie § 2 POG RP) keinen rechtlichen Bedenken. Insbesondere wird die Kl. nicht über die Grenzen des Zumutbaren hinaus belastet."

(1). Geeignetheit
"Das Schutzkonzept ist grundsätzlich geeignet, die dem Beigel. drohende Gefahr abzuwehren. Das ist auch in dem unter anderem von der Kl. und dem Beigel. bewohnten Haus der Fall. Für die Annahme des Gegenteils fehlt es an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten. Dass auf den Beigel. ein Mordanschlag mit gemeingefährlichen Mitteln (z.B. ein Sprengstoffanschlag auf das gesamte Anwesen) verübt werden könnte, lässt sich den polizeilichen Erkenntnissen nicht entnehmen. Auch in dem Urteil des LG vom 1.9.2004 ist von gezielten Tötungshandlungen gegen den Beigel. die Rede."

(2). Erforderlichkeit
"Die polizeilichen Maßnahmen sind auch erforderlich. Ein die Kl. weniger belastendes, zum Schutz des Beigel. aber gleichermaßen geeignetes Mittel steht der Polizei nicht zur Verfügung. Insbesondere kann der Bekl. den Beigel. unter den gegebenen Umständen nicht zu einem Auszug aus seiner jetzt von ihm und seiner Ehefrau bewohnten Mietwohnung veranlassen. Ungeachtet der Tatsache, dass mit einem Wohnungswechsel die Problematik lediglich räumlich verlagert würde, stehen rechtliche Mittel hierfür nicht zur Verfügung."

(a). Keine beamtenrechtliche Ermächtigungsgrundlage
"Das Landesbeamtengesetz für Rheinland-Pfalz trifft in § 82 zwar Regelungen zur Wohnsitznahme durch Beamte. Diese sind im vorliegenden Fall jedoch nicht einschlägig. Der Beigel. nimmt seine Dienstgeschäfte ordnungsgemäß wahr (§ 82 I RhPfLBG). Die dienstlichen Verhältnisse erfordern es nicht, dass der Beigel. seine Wohnung innerhalb einer bestimmten Entfernung von seiner Dienststelle nimmt oder eine Dienstwohnung bezieht (§ 82 II RhPfLBG)."

(b). Keine beamtenrechtliche Direktionsbefugnis
"Der Dienstherr des Beigel. kann diesen auch nicht auf der Grundlage seiner beamtenrechtlichen Direktionsbefugnis zum Umzug verpflichten. Zwar hat der Beigel. als Beamter seinem Dienstherrn gegenüber eine besondere Treuepflicht, die aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums folgt (Art. 33 V GG). Diese gesteigerte Pflichtenbindung kann im Einzelfall dazu führen, dass ein Beamter Anordnungen Folge leisten muss, um seinen Dienstherrn von Maßnahmen gegenüber unbeteiligten Dritten freizustellen. Ob dies auch zu der Verpflichtung führen kann, einem Umzugsverlangen nachzukommen, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Denn eine solche Verpflichtung besteht jedenfalls nicht grenzenlos. Sie setzt eine Abwägung der im Einzelfall widerstreitenden Interessen voraus und muss verhältnismäßig sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch der Beamte Grundrechtsschutz genießt. Dies gilt im hier in Rede stehenden Zusammenhang besonders im Hinblick auf die Entfaltungsfreiheit im persönlichen und gesellschaftlichen Bereich, die Freizügigkeit sowie die eigentumsrechtlichen Positionen, auf die sich auch Mieter einer Wohnung berufen können (vgl. BVerfGE 89, 1 [6] = NJW 1993, 2035). Danach kann gegenüber dem Beigel. (und dessen Ehefrau) kein Umzug angeordnet werden. Eine solche dienstliche Weisung wäre unverhältnismäßig."

(c). Keine Notstandspflicht des Beigel.
Das OVG überlegt weiter, ob nicht auch der Beigel. als Notstandspflichtiger nach § 7 POG RP herangezogen und auf diese Weise nach der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel mit einem Wohnungsverweis belegt werden kann:
"Der Beigel. genießt das aus Art. 11 GG folgende Grundrecht auf Freizügigkeit. Er kann zusammen mit seiner Ehefrau den Ort wählen, an dem er sich aufhalten möchte. Der Beigel. und seine Ehefrau haben sich dafür. entschieden, die Wohnung im oben genannten Anwesen als ihren Lebensmittelpunkt beizubehalten. [...] Sein Beruf hat für den Beigel. bereits zu einer erheblich reduzierten privaten Lebensweise geführt. Ein Wohnungswechsel würde zudem zu einer noch weitergehenden sozialen Isolation führen, als sie der Beigel. und seine Ehefrau ohnehin hinnehmen müssen. Es ist ihnen deshalb nicht zumutbar, auch noch ihre Wohnung aufzugeben. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass der Bekl. sich zum Schutz des Beigel. auch ohne eine Ortsveränderung in der Lage sieht. Die Einschränkungen für den Beigel. und seine Ehefrau gehen insgesamt weit über das hinaus, was die Kl. und die anderen Mitbewohner an Belastungen hinzunehmen haben. Das rechtfertigt die der Kl. und allen anderen Mitbewohnern des Beigel. auferlegte "Sonderlast". Kommt danach eine Verpflichtung des Beigel. (und seiner Ehefrau) zum Wohnungswechsel auf beamten-

rechtlicher Grundlage aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht in Betracht, scheidet auch eine Anwendung des § 7 RhPfPOG in Bezug auf den Beigel. aus."

Mithin kommt eine Wohnungsverweisung des Beigel. insgesamt als taugliches Alternativmittel nicht in Betracht.

(3). Angemessenheit

"Dabei übersieht der Senat nicht, dass die durch das Schutzkonzept zu Gunsten des Beigel. durchgeführten Maßnahmen für die Kl. durchaus belastend sind. Diese Belastung liegt allerdings weniger in den konkreten polizeilichen Handlungen begründet. So bilden die Identitätskontrollen, von denen die Kl. selbst betroffen ist, mittlerweile die Ausnahme. Die Kl. wird nur noch etwa alle zwei Monate - und dann auch nur nachts - beim Betreten des Grundstücks überprüft. Lichtbilder der Kl. und der anderen Bewohner sowie eine sorgfältige Vorbereitung und Einarbeitung der zum Objektschutz eingesetzten Polizeibeamten können zu einem reibungslosen Ablauf der Überprüfungsmaßnahmen beitragen. Zwar wird der Bekl. nicht völlig von Kontrollen absehen können. Das gilt, besonders auch für Besucher der Kl. und eine damit einhergehende gewisse Einschränkung ihrer Außenkontakte. Jedoch lassen sich auch diese Kontrollmaßnahmen auf ein vertretbares Mindestmaß beschränken. Insofern besteht die Möglichkeit, Besucher vorher bei den Dienst habenden Polizeibeamten anzumelden, um so die eigentliche Überprüfung erheblich zu verkürzen. Was die Kl. aber vornehmlich belastet, ist die Gesamtsituation, in der sie nunmehr über eine Dauer von mehr als sechseinhalb Jahren lebt und mit der sie täglich erneut befasst wird. Die ständige Anwesenheit von Polizeibeamten auf dem Hausgrundstück zur Bewachung ist eine Situation, die durchaus als außergewöhnlich bezeichnet werden kann. Dies umso mehr, als sie dem Schutz vor schweren Straftaten hochkrimineller Kreise dienen soll, die dem Beigel. noch immer nach dem Leben trachten. Die Kl. wird somit täglich mit der Existenz eines kriminellen Milieus konfrontiert.

Die Beeinträchtigung durch diese Gesamtlage, die Auswirkungen auf den Alltag der Kl. und aller Bewohner des Anwesens hat, ist für den Senat nachvollziehbar. Es ist verständlich, dass sie gerade in der Zusammenschau aller Maßnahmen und ihres Grundes als hochgradig belastend empfunden werden kann. Das rechtfertigt es aber nicht, gegenüber dem Beigel. den Auszug aus der Wohnung im Haus T.-Straße in K. anzuordnen. Eine solche Anordnung wäre unverhältnismäßig und ist damit rechtlich nicht zulässig."

d. Zwischenergebnis

Die Kl. ist zur Duldung der Personenschutzmaßnahmen verpflichtet.

D. Ergebnis

Die Kl. hat keinen Unterlassungsanspruch, ihre Klage ist unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

Standort: Schuldrecht Problem: Aufklärungspflichten des KfZ-Vermieters

BGH, URTEIL VOM 28.06.2006
XII ZR 50/04 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit verlangte die klagende Autovermietung ausstehende Miete i. H. v. 1.390,98 € von dem Bekl. Dieser hatte nach einem Unfall, für dessen Folgen der Unfallgegner bzw. dessen Haftpflichtversicherung einzustehen hatten, einen Ersatz-PKW zu einem Tarif gemietet, der deutlich über den ortsüblichen Tarifen für Fahrzeuganmietungen zu privaten Zwecken lag. Die unfallgegnerische Haftpflichtversicherung hatte daher nur 746,97 € der Mietwagenrechnung beglichen. Gegenüber der geltend gemachten Restforderung verteidigte der Bekl. sich nun, indem er mit einem Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung (§ 280 I i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB) aufrechnete. Er vertrat die Ansicht, die Kl. hätte ihn darauf hinweisen müssen, dass die Haftpflichtversicherung seines Unfallgegners den angebotenen Mietwagentarif möglicherweise nicht in voller Höhe ersetzen werde.

Der BGH gab dem Bekl. Recht. Er stellt ausführlich die Tarifspaltung auf dem Autovermietermarkt dar, wonach "Normaltarifen" für Selbstzahler häufig wesentlich höhere "Unfallersatztarife" gegenüberstehen, die angeboten werden, wenn ein Unfallbeteiligter kurzfristig Ersatz für sein beschädigtes Fahrzeug benötige. Da diese erhöhten Tarife in der jüngeren Vergangenheit von der Rechtsprechung zunehmend kritisch beurteilt wurden und auch die Haftpflichtversicherer ihren vollumfänglichen Ersatz zunehmend verweigern, nimmt der BGH die Autovermieter in die Pflicht, auf derartige mögliche Schwierigkeiten hinzuweisen, wenn ein "Unfallersatztarif" angeboten wird. Unterbleibt dieser Hinweis und bekommt der Kunde die erhöhten Mietwagenkosten tatsächlich nur anteilig ersetzt, kann hieraus ein Ersatzanspruch aus § 280 I i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB resultieren. Der BGH betont jedoch ausdrücklich, dass es nicht Aufgabe des Vermieters ist, dem Kunden jegliches Vertragsrisiko abzunehmen und ungefragt auf günstigere Tarife - möglicherweise gar der Konkurrenz - hinzuweisen.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH weist in diesem Urteil auf die jüngste Dis-

kussion zur Rechtfertigung und Ersatzfähigkeit der "Unfallersatztarife" der Autovermieterbranche hin. Die nachstehenden Vertiefungshinweise zeigen auf, dass auch die Berichterstattung in der RA sich dieses Themas angenommen hat. In den zu entscheidenden Fällen lag bislang häufig die Konstellation vor, dass der Autovermieter selbst aus abgetretenem Recht seines Kunden beim Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers die Mietwagenkosten einforderte. Der BGH hat entschieden, dass die erhöhten Tarife gerechtfertigt und damit auch durch den Unfallverursacher zu ersetzender Schaden sein können, soweit sie durch besondere Leistungen des Vermieters aufgrund der Unfallsituation bedingt sind. Diese Leistungen dürfen aber gerade nicht darin bestehen, dass der Vermieter für seinen Kunden die Schadensregulierung gegenüber der gegnerischen Haftpflichtversicherung als "Service" anbietet und sich dessen Ersatzansprüche zu diesem Zweck abtreten lässt. Dann wäre schon die Abtretung gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig. Im vorliegenden Fall hat der BGH nun die Frage nach Aufklärungspflichten der Vermieter gegenüber ihren Kunden, die er in den vorangegangenen Entscheidungen stets offenlassen konnte, beantwortet.

Die Häufigkeit höchstrichterlicher Entscheidungen zu diesem Themenkreis in der jüngsten Vergangenheit und die enorme Praxisrelevanz der gesamten Problematik führen zu dem Schluss, dass insbesondere Prüfungsaufgaben zum 2. Staatsexamen sich schon bald hiermit befassen werden.

Vertiefungshinweise:

❑ "Unfallersatztarif" kann durch besondere, unfallbedingte Leistungen des Vermieters gerechtfertigt sein: *BGH*, RA 2005, 56 = NJW 2005, 135

❑ Rechtfertigung eines Unfallersatztarifs ist tatrichterlicher Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich: *BGH*, RA 2006, 80 = NJW 2006, 360

❑ Anforderungen an Rechtfertigung eines Unfallersatztarifs ohne Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG: *BGH*, RA 2006, 344 = NJW 2006, 1726

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Mieser Klebstoff"

❑ *Assessorkurs:* "Ärger mit den Akten"

Leitsätze:

1. Bietet der Autovermieter den Unfallgeschädigten ein Fahrzeug zu einem Tarif an, der deutlich über dem Normaltarif auf dem örtlich relevanten Markt liegt, und besteht deshalb die Gefahr, dass die Haftpflichtversicherung nicht den vollen Tarif übernimmt, muss der Vermieter den Mieter darüber aufklären. Es kommt nicht darauf an, ob der Vermieter mehrere oder nur einen einheitlichen Tarif anbietet.

2. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, den Mieter deutlich und unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass die (gegnerische) Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang erstatten werde.

Sachverhalt:

Die Kl, eine Autovermieterin, macht gegen den Bekl. rückständige Miete für die Überlassung eines Mietwagens geltend. Mit Vertrag vom 26.04.2003 mietete der Sohn des Bekl. nach einem Verkehrsunfall, bei dem der von ihm geführte Pkw des Bekl. beschädigt worden war, von der Kl. für die Zeit vom 26.04.2003 bis 10.05.2003 einen Ersatzwagen zum so genannten Standardtarif von 136,40 € zuzüglich Mehrwertsteuer je Tag. Die Kl. stellte 2.137,95 € in Rechnung. Dabei legte sie ihren "Standard-Tarif - 18 Tage" zugrunde, einen Pauschaltarif, der insgesamt für den Bekl. etwas günstiger war als die Berechnung nach dem Einzeltagessatz für 14 Tage. Die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners, dessen volle Haftung für den Unfallschaden nicht streitig ist, zahlte nur 746,97 €. Die Differenz verlangt die Kl. vom Bekl., der sich darauf beruft, die Kl. habe vor Abschluss des Mietvertrages nicht darüber aufgeklärt, dass eine Anmietung zu einem erheblich günstigeren Tarif möglich gewesen sei, dessen Ersatz von der gegnerischen Haftpflichtversicherung nicht abgelehnt worden wäre. Wegen der Verletzung dieser Pflicht stehe ihm ein Schadensersatzanspruch zu, mit dem er aufrechne.

Hat die Kl. einen Anspruch gegen den Bekl. auf Zahlung der restlichen Miete ?

Lösung:

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung restlicher Miete in Höhe von 1.390,98 € gem. § 535 II BGB haben.

A. Anspruch entstanden

Die Entstehung dieses Anspruches setzt das Zustandekommen eines wirksamen Mietvertrages sowie die Fälligkeit der Miete voraus.

I. Mietvertrag

Zunächst müsste zwischen den Parteien ein Mietvertrag zustandegekommen sein.

1. Vertretung des Bekl. durch dessen Sohn, § 164 I BGB

Das Zustandekommen eines Mietvertrags zwischen den Parteien des Rechtsstreits erscheint zunächst fraglich, da der Sohn des Bekl. den streitgegenständlichen Vertrag am 26.04.2003 mit der Kl. abschloss. Durch diese Einigung könnte der Bekl. aber berechtigt und verpflichtet worden sein, wenn sein Sohn ihn wirksam

gem. § 164 I BGB vertreten hat. Der Sohn des Bekl. müsste dann eine eigene Willenserklärung im Namen seines Vaters und mit Vertretungsmacht abgegeben haben.
Ausdrücklich wird ein Handeln des Sohnes im fremden Namen nicht erwähnt. Gem. § 164 I 2 BGB reicht es allerdings auch aus, wenn sich der Wille, im Namen eines Anderen zu handeln, aus den Umständen des Vertragsschlusses ergibt. Hier wurde ein Ersatz für den verunfallten PKW des Bekl. benötigt, den lediglich dessen Sohn zum Unfallzeitpunkt gesteuert hat, weshalb er auch mit der weiteren Abwicklung des Schadensereignisses von seinem Vater betraut gewesen sein mag. Da die Passivlegitimation des Bekl. zwischen den Parteien offensichtlich auch nicht streitig war, soll hier von einer wirksamen Stellvertretung nach § 164 I BGB ausgegangen werden.

[Anm.: Da dieser Punkt im konkreten Fall offensichtlich unproblematisch war, finden sich im Urteil des BGH hierzu keinerlei Ausführungen. Eine Klausuraufgabe kann hier natürlich durch Probleme des Stellvertretungsrechts ergänzt werden, dann werden die zu diskutierenden Umstände aber auch dem Sachverhalt zu entnehmen sein.]

2. Nichtigkeit des Mietvertrags, § 138 II, I BGB
Angesichts der hohen Diskrepanz zwischen den seitens der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners offensichtlich als angemessen erachteten Kosten (746,97 €) und der tatsächlichen Rechnungshöhe (2.137,95 €) könnte der Mietvertrag wegen auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gem. § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein.
§ 138 II BGB (Wuchergeschäft) setzt voraus, dass dieses Missverhältnis auf die Ausnutzung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, eines Mangels an Urteilsvermögen oder einer Willensschwäche des übervorteilten Vertragspartners zurückzuführen ist. Scheitert der Tatbestand des § 138 II BGB an diesen subjektiven Anforderungen, kann das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das idR. vorliegt, wenn die vom Schuldner zu erbringende Leistung um 100 % oder mehr über dem marktüblichen Preis liegt, immer noch zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB (wucherähnliches Geschäft) führen (Palandt-Heinrichs, § 138 Rz. 65, 67).
Hier liegen die von der Kl. eingeforderten Mietwagenkosten um 186 % über dem von der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners akzeptierten Wert. Allerdings kann ebenso in Zweifel gezogen werden, ob die Haftpflichtversicherung bei ihrem Regulierungsverhalten von angemessenen Mietpreisen ausgegangen ist. Zudem sind sogenannte "Unfallersatztarife", die erheblich über den Mietpreisen im Falle einer Fahrzeuganmietung zu anderen Zwecken liegen, durchaus marktüblich und seitens des BGH dem Grunde nach auch akzeptiert, solange diese Preiserhöhungen auf unfallbedingte Zusatzleistungen des Vermieters zurückzuführen sind, die ihrerseits ohne Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG erbracht werden können (vgl. BGH, RA 2005, 56 = NJW 2005, 135; RA 2006, 344 = NJW 2006, 1726).
Insofern lässt sich schon ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hier nicht mit Sicherheit feststellen, so dass eine Anwendung des § 138 BGB auf den streitgegenständlichen Mietvertrag ausscheidet. Der Vertrag ist mithin wirksam.

II. Fälligkeit, § 579 I 1 BGB
Der Anspruch der Kl. auf Mietzahlung gem. § 535 II BGB müsste auch fällig sein. Solange keine abweichende Parteivereinbarung vorliegt, ist die Miete für bewegliche Sachen gem. § 579 I 1 BGB am Ende der Mietzeit zu entrichten.
Die Mietzeit endete hier am 10.05.2003. Mit diesem Ablauf der Mietzeit war der Anspruch spätestens auch fällig.

B. Anspruch erloschen
Der Anspruch der Kl. aus § 535 II BGB dürfte nicht erloschen sein.

I. § 362 I BGB i. H. v. 746,97 €
Seitens der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners wurden auf die Forderung der Kl. i. H. v. 2.137,95 € bereits 746,97 € gezahlt. In dieser Höhe ist der Anspruch gem. § 362 I BGB erloschen, weshalb die Kl. folgerichtig auch nur noch den verbleibenden Anspruch i. H. v. 1.390,98 € geltend macht.

[Anm.: Bei dieser Zahlung der KfZ-Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall des § 267 BGB, da der Unfallgeschädigte insoweit einen eigenen Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer geltend machen kann, vgl. § 3 Nr. 1 PflVG (Schö. Nr. 63).]

II. Erlöschen des Restanspruches infolge Aufrechnung des Bekl., § 389 BGB
In Höhe der verbleibenden 1.390,98 € könnte der Mietzahlungsanspruch der Kl. jedoch gem. § 389 BGB erloschen sein, soweit der Bekl. wirksam mit einer Gegenforderung aufgerechnet hat. Dies setzt eine Aufrechnungslage gem. § 387 BGB, eine Aufrechnungserklärung des Schuldners gem. § 388 BGB und das Fehlen von Aufrechnungsverboten nach Maßgabe der §§ 390 ff BGB voraus.

[Anm. 1: Die vorstehende genannte Reihenfolge der Aufrechnungsvoraussetzungen entspricht dem für das 1. Staatsexamen gängigen Prüfungsaufbau. Im 2. Staatsexamen sollte ein praxisorientierter Aufbau ge-

wählt werden, der die Aufrechnungslage gem. § 387 BGB erst zum Schluss vorsieht, damit das Gericht sich nicht mit einer aufwendigen Prüfung des § 387 BGB aufhält, wiewohl die Aufrechnung ohnehin aus anderen Gründen, etwa am Eingreifen eines Aufrechnungsverbotes, scheitert. Im letztgenannten Fall soll der Bekl. zudem nicht der Gefahr ausgesetzt werden, ohne Not seine Gegenforderung mit Rechtskraftwirkung (§ 322 II ZPO !) aberkannt zu bekommen.
Anm. 2: Eine Aufgabe für das Assessorexamen könnte hier dadurch erweitert werden, dass verschiedene Probleme hinsichtlich der vorab zu prüfenden prozessualen Voraussetzungen einer Prozessaufrechnung aufgenommen werden. Um den vorliegenden Fall auch für Kandidaten für das Referendarexamen lesbar zu halten, soll auf Ausführungen hierzu verzichtet werden.]

1. Aufrechnungslage, § 387 BGB
Nach § 387 BGB muss der erfüllbaren Hauptforderung des Gläubigers eine gleichartige, fällige und gem. § 390 BGB auch durchsetzbare Gegenforderung des Schuldners gegenüberstehen.

a. Gegenforderung, § 280 I i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB
Dem Bekl. müsste mithin eine Gegenforderung gegen die Kl. zustehen. Diese könnte sich hier wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht aus § 280 I i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB ergeben.

aa. Schuldverhältnis
Zwischen den Parteien müsste dann ein vorvertragliches Schuldverhältnis i. S. d. §§ 280 I, 311 II Nr. 1 BGB bestanden haben. Ein solches kommt durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen unabhängig davon zustande, ob diese hernach auch zu einem Vertragsabschluss führen. Auch bei erfolgtem Vertragsabschluss sind Pflichtverletzungen, die zeitlich vor dem Abschluss liegen, nach §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB zu beurteilen (Palandt-Heinrichs, § 311 Rz. 19).
Hier haben Verhandlungen über die unfallbedingte Anmietung eines PKW bei der Kl. stattgefunden. Parteien des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehenden Schuldverhältnisses sind grundsätzlich die Parteien des in Aussicht genommenen Vertrags auch dann, wenn eine Partei einen Stellvertreter eingeschaltet hat (Jauernig-Vollkommer, § 311 Rz. 48). Somit bestand ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen der Kl. und dem Bekl. auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass letzterer gem. obigen Ausführungen zu A. I. 1. durch seinen Sohn vertreten wurde.

bb. Pflichtverletzung
Die Kl. müsste dann eine sie aufgrund des vorvertraglichen Schuldverhältnisses treffende Pflicht i. S. d. § 241 II BGB verletzt haben. Hier kommt ein Verstoß gegen eine Aufklärungspflicht in Betracht, da die Kl. vor Vertragsabschluss nicht darauf hingewiesen hat, dass die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners sich weigern könnte, den von ihr angebotenen Mietpreis vollständig zu ersetzen. Das Unterlassen dieses Hinweises kann aber nur dann als pflichtwidrig angesehen werden, wenn die Kl. verpflichtet war, dieses Umstand auch ohne Nachfrage seitens des Bekl. bzw. seines Sohnes von sich aus zu offenbaren. Zu den Hinweispflichten des Autovermieters der BGH:

(1). Bisheriger Streitstand zu Aufklärungspflichten des Autovermieters
"Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter eines Unfallersatzwagens besteht, ist in Rechtsprechung und Literatur streitig. Eine Aufklärungspflicht wird unter anderem bejaht von OLG Koblenz (NJW-RR 1992, 820); OLG Karlsruhe (DAR 1993, 229 [230]); OLG Frankfurt (NZV 1995, 108 [109]); OLG Stuttgart (NZV 1999, 169); LG Frankfurt (NZV 1996, 34); LG Regensburg (Urteil vom 07.10.2003 - 2 S 191/03 - NJW-RR 2004, 455); LG Dresden (Urteil vom 15.12.2005 - 8 S 122/05 -); LG Gießen (zfs 1994, 287); LG Bonn (Urteil vom 24.05.2004, VersR 2004, 1284); AG Frankfurt (NJW-RR 1999, 708); AG Düsseldorf (NJW-RR 2001, 133 [134]); AG Ettlingen (Urteil vom 11.02.2004 - 3 C 202/03 -); AG Hamburg-Harburg (Urteil vom 16.04.2003 - 647 C 508/02 -); AG Karlsruhe (Urteil vom 16.09.2003 - 5 C 138/03 -); AG Heidelberg (Urteil vom 05.02.2004 - 23 C 504/03 -); Münch.Komm./Emmerich, BGB, 4. Aufl., § 311 Rz. 141 m.w.N.; Geigel/Rixecker: Der Haftpflichtprozess, 24. Aufl. § 3 Rz. 67; Notthoff VersR 1996, 1200 [1205] und 1998, 144 [146] m.w.N.; Etzel/Wagner VersR 1993, 1192 [1193, 1195]; Griebenow NZV 2003, 353 [356, 357] m.w.N.; Freyberger MDR 2005, 301 [303]. Eine Aufklärungspflicht verneinen OLG Karlsruhe (OLG-Report 2004, 535); LG Heidelberg (Urteil vom 23.09.2004 - 1 S 7/04 -); LG Karlsruhe (Urteil vom 05.04.2004 - 5 S 203/01 -); LG Erfurt (Urteil vom 04.06.2004 - 2 S 3/04 -); LG Berlin (Urteil vom 17.07.2003 - 51 S 39/03); LG Halle (Urteil vom 07.08.2003 - 2 S 52/03 -); LG Düsseldorf (Urteil vom 19.09.2003 - 20 S 36/03 - Schaden-Praxis 2004, 53); LG Freiburg (Urteil vom 09.02.2004 - 1 O 131/03 -); Körber (NZV 2000, 68 f.); Göhringer (zfs 2004, 437 f.). Der Bundesgerichtshof konnte die Frage einer Aufklärungspflicht gegenüber dem Mieter eines Unfallersatzfahrzeuges bisher offenlassen (BGHZ 132, 373 ff.). Sie ist nunmehr zu entscheiden."

(2). Allgemeine Herleitung und Eingrenzung der Aufklärungspflichten des Vermieters
"Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(Senatsurteil vom 28.04.2004 - XII ZR 21/02 - NJW 2004, 2674 [2675]) obliegt dem Vermieter grundsätzlich eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Mieter hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die - für den Vermieter erkennbar - von besonderer Bedeutung für den Entschluss des Mieters zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann. Das Bestehen der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Person des Mieters und dessen für den Vermieter erkennbarer Geschäftserfahrenheit oder Unerfahrenheit. Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen und dessen Interessen wahrzunehmen. Der Mieter muss selbst prüfen und entscheiden, ob der beabsichtigte Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht. Es ist seine Sache, sich umfassend zu informieren und zu klärungsbedürftigen Punkten in den Vertragsverhandlungen Fragen zu stellen."

(3.) Annahme einer Aufklärungspflicht bei unfallbedingter Fahrzeuganmietung

"Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter, der nach einem Unfall ein Ersatzfahrzeug anmietet, im Grundsatz zu bejahen."

(3.1). Tarifspaltung: "Normaltarif" / "Unfallersatztarif"

"Auf dem Markt für Mietwagen herrscht in Deutschland eine Tarifspaltung. Wer aus privaten oder geschäftlichen Gründen einen Pkw mietet und die Miete selbst zahlt, hat dafür den so genannten "Normaltarif" zu entrichten. Benötigt der Geschädigte dagegen nach einem Unfall einen Ersatzwagen, wird ihm von zahlreichen Vermietern ein so genannter "Unfallersatztarif" angeboten (Griebenow, aaO. 353). Dieser übersteigt meist erheblich den für Selbstzahler angebotenen "Normaltarif". Derzeit liegen die Unfallersatztarife durchschnittlich um mindestens 100 % über dem örtlichen "Normaltarif" (vgl. Palandt-Heinrichs, § 249 Rz. 31; Freyberger, aaO.). Zuschläge bis zu 200 % über dem "Normaltarif" sind keine Seltenheit (vgl. Griebenow, aaO. 353). Selbst Überhöhungen bis zu 465 % kommen vor (Palandt/Heinrichs, aaO. m.w.N.)."

(3.2) Situation und Erwartungshaltung eines durchschnittlichen Unfallgeschädigten

"Ein durchschnittlicher Unfallgeschädigter gerät durch einen Verkehrsunfall nicht nur unvermittelt, sondern in aller Regel erstmals in eine Situation, einen Pkw anmieten zu müssen. Hält er den Unfallgegner für verantwortlich, geht er davon aus, dass dessen Haftpflichtversicherung die Kosten eines Mietwagens in vollem Umfang übernimmt. Er wird in dieser Auffassung bestärkt, wenn ihm der Vermieter einen Pkw zum "Unfallersatztarif" anbietet. Diese Anmietung zum "Unfallersatztarif" kann sich nachträglich als nachteilig für den Mieter herausstellen. Lehnt die gegnerische Haftpflichtversicherung die Regulierung nach dem "Unfallersatztarif" ab, weil der Mieter mit der Vereinbarung dieses Tarifs gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen habe, muss der Mieter die Differenz zum "Normaltarif" aus eigener Tasche bezahlen. Ein Nachteil zu Lasten des Mieters kann auch dann entstehen, wenn die gegnerische Haftpflichtversicherung den Haftungsanteil des Mieters am Unfall anders bewertet und den Schaden des Mieters nicht zu 100 % ersetzt. Der Mieter muss in diesen Fällen die auf ihn entfallende Quote aus dem "Unfallersatztarif" selbst tragen. Hätte er zum "Normaltarif" gemietet, hätte er nur die Quote aus dem "Normaltarif" selbst zu tragen."

(3.3) Wissensvorsprung des Vermieters

"Diese Tarifspaltung und die ihm damit drohenden Nachteile sind dem Mieter in der Regel nicht bekannt. Er geht vielmehr davon aus, dass der "Unfallersatztarif" gerade für seine Situation entwickelt wurde, von der gegnerischen Haftpflichtversicherung akzeptiert wird und für ihn insgesamt eine günstige Regelung darstellt. Er weiß regelmäßig auch nicht, dass er, falls sein Verursachungsbeitrag nachträglich anders gewertet wird, er bei Anmietung zum "Normaltarif" einen geringeren Nachteil hätte. Demgegenüber weiß der Vermieter, dass die Tarifspaltung zu den genannten Nachteilen führen kann, und er weiß auch, dass dem Mieter weder die Tarifspaltung noch die ihm daraus drohenden Gefahren vertraut sind, sondern dieser davon ausgeht, dass die Mietwagenkosten vollständig ersetzt werden, zumindest ihm aber kein Nachteil entsteht. Mit dem Autovermieter und dem Unfallgeschädigten stehen sich somit zwei ungleiche Vertragspartner gegenüber. Treu und Glauben gebieten es in einem solchen Fall, dass der (wissende) Vermieter den (unwissenden) Mieter aufklärt."

(3.4). Eingeschränkte Ersatzfähigkeit von Unfallersatztarifen nach BGH-Rechtsprechung

"Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Haftpflichtversicherer sei zur Erstattung der hohen Unfallersatztarife verpflichtet, so dass schon deshalb keine Aufklärungspflicht bestehen könne. Dem Vermieter könne nicht zugemutet werden, auf das rechtswidrige Verhalten der Versicherer hinzuweisen, um sich dadurch letztlich selbst zu schaden. Dem Mieter sei kein Schaden entstanden, weil er in jedem Fall Anspruch auf Erstattung des Unfallersatztarifs habe. Diese Auffassung mag eine gewisse Berechtigung gehabt haben, weil die Entscheidung des VI. Zivilsenats von 1996 (BGHZ 132 aaO.) in der Praxis dahin ausgelegt wurde, der Geschädigte könne einen Unfallersatztarif stets

und uneingeschränkt ersetzt verlangen (vgl. Freyberger, aaO. S. 302). Nach der neueren Rechtsprechung des VI. Zivilsenats zu den Unfallersatztarifen (Urteile vom 26.10.2004 - VI ZR 300/03 - NJW 2005, 135 ff.; vom 15.02.2005 - VI ZR 74/04 - NJW 2005, 1041 ff.; vom 15.02.2005 - VI ZR 160/04 - NJW 2005, 1043 ff.; vom 19.04.2005 - VI ZR 37/04 - BGHZ 163, 19 ff. und vom 14.02.2006 - VI ZR 126/05 - NJW 2006, 1506 ff.) ist der Haftpflichtversicherer gerade nicht ohne Weiteres zur Erstattung von über dem "Normaltarif" liegenden "Unfallersatztarifen" verpflichtet. Vielmehr kann der Geschädigte vom Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer nach § 249 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur den Ersatz derjenigen Mietwagenkosten verlangen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten darf. Der Geschädigte ist dabei ebenso wie bei anderen Kosten der Wiederherstellung und ebenso wie in anderen Fällen, in denen er die Schadensbeseitigung selbst in die Hand nimmt, nach dem aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit hergeleiteten Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren von mehreren möglichen den wirtschaftlichsten Weg der Schadensbehebung zu wählen. Das bedeutet für den Bereich der Mietwagenkosten, dass er von mehreren auf dem örtlich relevanten Markt - nicht nur für Unfallgeschädigte - erhältlichen Tarifen für die Anmietung eines vergleichbaren Ersatzfahrzeuges (innerhalb eines gewissen Rahmens) grundsätzlich nur den günstigeren Mietpreis ersetzt verlangen kann (BGH, Urteil vom 09.05.2006 - VI ZR 117/05 - zur Veröffentlichung bestimmt). Einer Aufklärungspflicht steht auch nicht das weitere Argument der Vermieter entgegen, dass die Haftpflichtversicherer bisher die "Unfallersatztarife" beglichen hätten. Seit 1992 bestand zwischen Mietwagenunternehmen und Versicherungswirtschaft Streit darüber, ob die Haftpflichtversicherung den so genannten "Unfallersatztarif" zu ersetzen hatte (Freyberger, aaO. S. 301). Am 07.05.1996 entschied der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 132, 373 f.), dass der Geschädigte dadurch, dass er nach einem Unfall ein Ersatzfahrzeug zum "Unfallersatztarif" anmietet, nicht gegen die Pflicht verstoße, den Schaden gering zu halten, vielmehr seien "im Grundsatz" die durch den Unfallersatztarif entstandenen Kosten erforderlich im Sinne von § 249 BGB. In der Folge entwickelte sich eine Regulierungspraxis, die den Unfallersatztarif überwiegend als erstattungsfähig ansah. Die Frage, ob der Geschädigte auch Zugriff auf preiswertere Tarife hatte, wurde häufig nicht mehr gestellt (Freyberger, aaO. 301). Gleichwohl kam es auch nach dieser Entscheidung immer wieder zu Schwierigkeiten bei der Regulierung von "Unfallersatztarifen". Die Instanzgerichte haben es oft abgelehnt, erheblich über dem "Normaltarif" liegende "Unfallersatztarife" als erstattungsfähig anzusehen (vgl. LG Bonn, Urteil vom 24.05.2004, VersR 1284; LG Freiburg, Urteil vom 11.03.1997, NJW-RR 1997, 1069; LG Bonn, Urteil vom 25.02.1998, NZV 1998, 417; AG Frankfurt, Urteile vom 20.11.1998, NJW-RR 1999, 708 und vom 06.09.2001, NZV 2002, 83; AG Düsseldorf, Urteil vom 07.03.2000, NJW-RR 2001, 133) Nach den Feststellungen des LG Regensburg (Urteil vom 07.10.2003 aaO.) wird die Durchsetzbarkeit von Unfallersatztarifen in der Praxis "inzwischen sehr skeptisch bis ablehnend" beurteilt."

Nach alledem ist das Bestehen einer Aufklärungspflicht bezüglich der Besonderheiten von "Unfallersatztarifen" dem Grunde nach anzunehmen.

(4). Umfang der Aufklärungspflicht des Vermieters

Fraglich bleibt aber, wie weit diese Pflicht des Vermieters geht, diesbezüglich drohende Schwierigkeiten bei der Schadensregulierung ungefragt zu offenbaren. Hierzu der BGH:

"Umstritten ist der Umfang der Aufklärungspflicht."

(4.1). Bisherige Beurteilung durch die Instanzgerichte

"Das Oberlandesgericht Koblenz (aaO.) hat 1992 eine Pflicht des Autovermieters bejaht, potentielle Kunden über die Art des gewünschten Vertrages zu befragen und ihnen alle für ihre Entscheidungen wesentlichen Fakten offen zu legen. Der Kunde sei ungefragt auf mögliche Abrechnungsschwierigkeiten gegenüber Versicherungen im Falle der Anmietung zu einem "Unfallersatztarif" und auf im Vergleich zu diesem Tarif günstigere eigene Tarife des Autovermieters aufmerksam zu machen. Diese Entscheidung hat in Rechtsprechung und Literatur überwiegend Zustimmung gefunden (Nachweise bei Körber NZV 2000, S. 68 [75]). Auch der 32. Deutsche Verkehrsgerichtstag 1994 hat empfohlen, den Autovermietern eine Pflicht zur Aufklärung über ihre verschiedenen Tarife aufzuerlegen. Zur Begründung wird angegeben, dass es dem durchschnittlichen Mietwagenkunden nur infolge einer solchen Information möglich sei, Kenntnis über die Möglichkeiten des Autovermietungsmarktes zu erlangen (Körber, aaO.). Seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.05.1996 (aaO), in der der VI. Zivilsenat die Frage, ob den Vermieter eine Aufklärungspflicht treffe, offen gelassen hat, wird der Umfang der Aufklärungspflicht von den Instanzgerichten sehr unterschiedlich beurteilt. Es hat sich ein breites Spektrum an Auffassungen entwickelt. Das Landgericht Bonn (aaO.) ist der Auffassung, der gewerbliche Vermieter müsse den Mieter insbesondere darauf hinweisen, dass der angebotene Unfallersatztarif über den Sätzen liege, die von den Haftpflichtversicherungen übernommen würden; zugleich müsse er über seine weiteren günstigeren Tarife informieren. Nach Meinung des Amtsgerichts Ettlingen (aaO.) muss der Autovermieter darauf hinweisen, dass neben dem Unfallersatztarif ein billigerer Normaltarif be-

steht. Nach Meinung des Landgerichts Regensburg (aaO.) wissen die Autovermieter aufgrund ihrer Erfahrungen mit Haftpflichtversicherungen und Gerichten, dass die Durchsetzbarkeit von Unfallersatztarifen inzwischen sehr skeptisch bis ablehnend beurteilt werde. Auf bevorstehende Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Mietwagenrechnung müsse der Pkw-Vermieter deshalb vor Abschluss des Mietvertrages den Mieter hinweisen. Insbesondere müsse er ihn auch darüber informieren, dass es "Normaltarife" gebe, die vom "Unfalltarif" erheblich nach unten abwichen. Das Amtsgericht Frankfurt (NJW-RR 1999, 708) hat entschieden, der Vermieter müsse, wenn er wisse, dass der von ihm konkret angebotene Mietwagentarif über den Sätzen liege, die von einer Haftpflichtversicherung ohne Abzug akzeptiert würden, den Unfallgeschädigten auf die möglicherweise entstehenden Schwierigkeiten bei der Erstattung hinweisen und den Kunden von sich aus über günstigere Tarife informieren, und zwar unabhängig davon, ob er selber günstigere Normal- oder Pauschaltarife anbieten könne. Das Amtsgericht Düsseldorf (aaO.) ist der Ansicht, der Vermieter müsse den Mieter auf die Besonderheiten des gespaltenen Tarifmarkts hinweisen und ihn darauf aufmerksam machen, dass die Versicherung des Unfallgegners möglicherweise nicht ohne Weiteres bereit sein werde, den angebotenen Unfallersatztarif zu akzeptieren."

(4.2) Beurteilung durch den erkennenden Senat nach Abwägung der widerstreitenden Interessen

"Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senatsurteil vom 28.04.2004 aaO) richtet sich nicht nur das Bestehen, sondern auch der Umfang der Aufklärungspflicht nach der Person des Mieters und dessen für den Vermieter erkennbarer Geschäftserfahrenheit oder Unerfahrenheit. Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen und dessen Interessen wahrzunehmen. Der Mieter muss selbst prüfen und entscheiden, ob der beabsichtigte Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht."

(4.2.1). Umfassende Offenbarungspflicht entspricht nicht der Marktwirtschaft

"Das bedeutet, dass die Interessen des Vermieters gegen die des Mieters abzuwägen sind. Neben dem Bedürfnis des Unfallgeschädigten nach Information über die Angebote des Vermieters und den gespaltenen Mietmarkt muss berücksichtigt werden, dass dem Vermieter nicht zugemutet werden kann, auf sein jeweils günstigstes Angebot aufmerksam zu machen. Müsste er gar, wie vom Amtsgericht Frankfurt gefordert (NJW-RR 1999, 708), auf günstigere Angebote der Konkurrenz hinweisen, wäre er gezwungen, seine Preise entsprechend anzupassen oder als Anbieter auszuscheiden. In der Marktwirtschaft hat aber derjenige, der den Vertrag schließt, sich selbst zu vergewissern, ob er für ihn von Vorteil ist oder nicht. Die Aufgabe der Preiskontrolle ist in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB primär dem Markt und dem darauf bestehenden Wettbewerb als "Entdeckungsverfahren" zugewiesen (Körber, aaO. S. 75). Eine Offenbarungspflicht des Leistungsanbieters über seine Preisgestaltung und diejenige der Mitbewerber besteht in der Marktwirtschaft gerade nicht (Schiemann, JZ 1996, 1077 [1078])."

(4.2.2). Auf mögliche Probleme bei der Schadensregulierung ggü. der Haftpflichtversicherung ist hinzuweisen

"Der Senat hält es deshalb nicht für erforderlich, dass der Autovermieter auf günstigere (eigene) oder gar fremde Angebote hinweist. Lediglich dann, wenn er dem Unfallgeschädigten einen Tarif anbietet, der deutlich über dem Normaltarif auf dem örtlich relevanten Markt liegt, und dadurch die Gefahr besteht, dass die Haftpflichtversicherung nicht den vollen Tarif übernimmt, muss er den Mieter darüber aufklären. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter mehrere oder - wie im vorliegenden Fall von ihm behauptet - nur einen einheitlichen Tarif anbietet. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, den Mieter deutlich und unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass die (gegnerische) Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang erstattet [...]; es ist dann Sache des Mieters, sich kundig zu machen, etwa indem er Kontakt zur Haftpflichtversicherung aufnimmt, weitere Angebote einholt oder sich anwaltlich beraten lässt."

(5). Verstoß der Kl. gegen die Aufklärungspflicht

Fraglich bleibt nach alledem, inwieweit angesichts des von der Kl. dem Bekl. angebotenen Mietpreises Schwierigkeiten mit der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers zu erwarten waren, auf welche die Kl. hätte hinweisen müssen. Hierzu der BGH:

"Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Bekl. liegt der hier geltend gemachte Mietzins deutlich über dem auf dem örtlich relevanten Markt bestehenden Normaltarif. Die Kl. hätte den Bekl. deshalb darauf hinweisen müssen, dass die Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang ersetzen werde."

Eine Pflichtverletung der Kl. lag damit vor.

cc. Vertretenmüssen

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist gem. der durch § 280 I 2 BGB statuierten Vermutungsregel davon auszugehen, dass die Kl. ihr Versäumnis i. S. d. § 276 I BGB zu vertreten hat.

dd. Schaden

Der Bekl. müsste auch einen nach §§ 249 ff BGB ersatzfähigen Schaden erlitten haben. Dieser erscheint

schwierig zu ermitteln, da über das verhalten des Bekl. im Falle einer pflichtgemäßen Aufklärung durch die Kl. nur spekuliert werden kann. Hier geht der BGH allerdings wie folgt vor:
"Es ist davon auszugehen, dass sich der Bekl. "aufklärungsrichtig" verhalten hätte (vgl. Palandt-Heinrichs, § 280 Rz. 39 unter Hinweis auf BGHZ 72, 92 [106]; 124, 151 [159]). Die Unsicherheit darüber, zu welchem Preis der Bekl. bei ordnungsgemäßer Aufklärung einen Wagen gemietet hätte, geht zu Lasten des Autovermieters (Körber, aaO. S. 76). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Bekl. einen Wagen zu einem günstigeren, vom Haftpflichtversicherer nicht beanstandeten Tarif angemietet hätte mit der Folge, dass die Klageforderung nicht entstanden wäre. Der Bekl. kann gemäß § 249 I BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Verhalten des Vermieters gestanden hätte (Palandt-Heinrichs, § 311 Rz. 56)."
Damit steht dem Bekl. eine Gegenforderung in Höhe der Klageforderung von 1.390,98 € zu.

b. Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit
Beide Forderungen sind als Zahlungsforderungen gleichartig und bestehen jeweils zwischen Kl. und Bekl.

c. Ergebnis zur Aufrechnungslage
Da schließlich die Hauptforderung erfüllbar und der Schadensersatzanspruch des Bekl. auch fällig und durchsetzbar ist, liegt eine Aufrechnungslage nach § 387 BGB vor.

[Anm.: Das Erfordernis der Durchsetzbarkeit der Gegenforderung ergibt sich aus § 390 BGB, der systematisch eigentlich den Aufrechnungsverboten zuzuordnen ist. Seine Berücksichtigung bereits im Rahmen der Aufrechnungslage hat sich jedoch eingebürgert, da die Vorschrift letztlich nur eine besondere Ausprägung des Erfordernisses der vollen Wirksamkeit der Gegenforderung darstellt (vgl. Palandt-Grüneberg, § 390 Rz. 1). Beachten Sie in der Klausur § 215 BGB, wenn der Gläubiger dem Aufrechnungseinwand die Einrede der Verjährung der Gegenforderung entgegenhält.]

2. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB
Der Bekl. müsste gem. § 388 BGB mit seiner Gegenforderung die Aufrechnung erklärt haben. Dieses hat er ausdrücklich getan.

3. Keine Aufrechnungsverbote, §§ 390 ff BGB
Für das Eingreifen von Aufrechnungsverboten nach Maßgabe der §§ 390 ff BGB liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Aufrechnung des Bekl. ist demzufolge wirksam.

C. Ergebnis
Der Anspruch der Kl. auf Zahlung restlicher Miete i. H. v. 1.390,98 € aus § 535 II BGB ist durch die wirksame Aufrechnung des Bekl. mit einem Schadensersatzanspruch aus § 280 I i. V. m. §§ 311 II Nr. 1, 241 II BGB in identischer Höhe gem. § 389 BGB erloschen. Die Kl. hat demzufolge keinerlei Ansprüche mehr gegen den Bekl.

Standort: Strafrecht — Problem: "Blenden" einer Blitzanlage

OLG MÜNCHEN, URTEIL VOM 15.05.2006
4ST RR 53/06 (NJW 2006, 2132)

Problemdarstellung:
Der Angeklagte hatte sein Auto so mit Reflektoren präpariert, dass bei einer Aufnahme durch eine "Blitzanlage" der Blitz der Kamera reflektiert wurde und deshalb das so erstellte Foto überbelichtet war und den Fahrer nicht erkennen ließ. Das AG hatte den Angeklagten wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 I Nr. 1, III StGB) verteilt, das LG hatte in der Berufung die Verurteilung aufgehoben und den Angeklagten freigesprochen. In der Revision hat das OLG München seinerseits den Freispruch aufgehoben, da der Angeklagte sich zwar nicht gem. § 268 StGB, sehr wohl jedoch wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB) strafbar gemacht habe.

Prüfungsrelevanz:
Zwar sind die im vorliegenden Fall zentralen Delikte (§ 268 StGB und § 303 StGB) selten alleiniger Schwerpunkt von Examensaufgaben, da es sich jedoch bei dem der vorliegenden Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt um eine häufig auftretende und sehr aktuelle Konstellation handelt, ist die Wahrscheinlichkeit, dass die hier angesprochenen Probleme als ein Tatkomplex einer Klausur oder in der mündlichen Prüfung angesprochen werden, recht hoch. Dabei könnte es dann insbesondere deshalb zu Probleme bei der Bearbeitung kommen, da die genannten Delikten normalerweise keinen Schwerpunkt in der Examensvorbereitung darstellen.
Eine beliebte "Abwehrmaßnahme" bei Autofahrern, die befürchten, von einer automatischen Blitzanlage im Verkehr insb. wegen erhöhter Geschwindigkeit fotografiert ("geblitzt") zu werden ist die Installation reflektierender Objekte in bzw. an ihrem Pkw (z.B. eine CD am Rückspiegel). Dies führt dann häufig dazu, dass durch die reflektierenden Oberflächen der Blitz der Fotoanlage reflektiert und das Foto überbelichtet wird, so dass der Fahrer (oder sogar das gesam-

te Fahrzeug) auf dem entstehenden Lichtbild nicht zu erkennen ist.

In einem vergleichbaren Fall hatte das AG Berlin-Tiergarten eine Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 268 I Nr. 1, III StGB angenommen (NStZ-RR 2000, 9). Bei dem von einer Blitzanlage aufgenommenen Foto handele es sich um eine technische Aufzeichnung i.S.v. § 268 II StGB. Der Angeklagte habe auch durch eine störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang das Ergebnis der Aufzeichnung i.S.v. § 268 III StGB beeinflusst. In diesem Zusammenhang stellt das AG Berlin-Tiergarten klar, dass für § 268 III StGB in den Funktionsablauf des aufzeichnenden Gerätes eingegriffen werden muss (so auch BGHSt 28, 305; Tröndle/Fischer, § 268 Rn. 13). Dass es hierbei nach herrschender Meinung nicht genügt, wenn das Gerät lediglich mit unrichtigen Daten beschickt wird (sog. "täuschende Beschickung"), da dies nur zum Entstehen einer "unrichtigen", nicht aber einer (für § 268 III StGB erforderlichen) "unechten" technischen Aufzeichnung führt (vgl. BGHSt 28, 305 [308]; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 268 Rn. 32 mwN), stehe der Annahme von § 268 StGB nicht entgegen, da der Täter nicht falsche Daten an das Gerät liefere, sondern die Gewinnung und Erkennung von Daten vielmehr insgesamt verhindere. Für eine denklogische (Zehntel-) Sekunde entstehe ein korrektes Bild des Fotografierten, das dann durch den Gegenblitz überbelichtet und unbrauchbar gemacht werde.

Diese Wertung lehnt das OLG München in der vorliegenden Entscheidung ab. Da der Täter verhindere, dass durch den Aufzeichnungsvorgang Daten gewonnen würden (wovon auch das AG Berlin-Tiergarten ausgeht), könne eigentlich überhaupt nicht von einer "Aufzeichnung" gesprochen werden, so dass der Täter auch nicht - wie von § 268 III StGB aber vorausgesetzt - das Ergebnis einer Aufzeichnung beeinflusse. Statt dessen nimmt das OLG eine Strafbarkeit des Täters wegen Sachbeschädigung an der Blitzanlage an. Hierbei verweist es darauf, dass nach herrschender Meinung ein "Beschädigen" i.S.v. § 303 I StGB nicht unbedingt eine Substanzverletzung voraussetzt (an der es im vorliegenden Fall natürlich fehlen würde), sondern insofern auch durch eine erhebliche Funktionsbeeinträchtigung ohne Substanzverletzung ausreichen kann (ebenso BGHSt 44, 38; Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn. 8 b mwN). Da der Angeklagte durch den Gegenblitz die Fotoanlage letztlich unbrauchbar mache (er verhindert dadurch, dass ein erkennbares Foto von ihm gemacht wird, was aber gerade der Zweck der Anlage ist), sei eine Sachbeschädigung gegeben. Das OLG verweist insofern auf eine Entscheidung des OLG Stuttgart (NStZ 1997, 342), in der dieses eine Sachbeschädigung einer Blitzanlage angenommen hatte, weil der Täter diese mit Senf eingeschmiert hatte, sodass keine Aufnahmen mehr angefertigt werden konnten und die Anlage (zumindest bis zu ihrer Reinigung) unbrauchbar wurde, ohne dass jedoch eine Substanzverletzung eingetreten wäre.

Ob sich allerdings - wie das OLG München glaubt - die Wertung der zitierten Entscheidung des OLG Stuttgart auf den vorliegenden Fall ohne weiteres übertragen lässt, erscheint zumindest fraglich. Zwar ist in beiden Fällen eine Substanzverletzung nicht gegeben, jedoch beinhaltet der dem Urteil des OLG Stuttgart zu Grunde liegende Sachverhalt immerhin eine physische Einwirkung des Angeklagten auf das Tatobjekt (das Beschmieren), während eine solche im vorliegenden Fall fehlt. Da aber gerade die physische Einwirkung für die Sachbeschädigung kennzeichnend ist, stellt sich schon die Frage, ob das bloße "Blenden" der Kamera wie im vorliegenden Urteil wirklich als "Beschädigung" gewertet werden kann.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Strafbarkeit des Verwendens von "Gegenblitzanlagen": *LG Flensburg*, NJW 2000, 1664; *AG Bad Kissingen*, DAR 1991, 35; *AG Berlin-Tiergarten*, NStZ-RR 2000, 9; *Geppert*, DAR 2000, 106; *Rahmlow*, JR 2000, 386

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Wie die Eltern so die Kinder"

Leitsatz:

Das Anbringen von Reflektoren, mit denen die von der Kamera einer Verkehrsüberwachungsanlage gefertigte Aufnahme unbrauchbar gemacht wird, erfüllt nicht den Tatbestand der Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 III StGB); Es kommt jedoch eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB in Betracht.

Sachverhalt:

A brachte an der Hinterseite der Sonnenblende an der Fahrerseite sowie an der Hinterseite des Innenspiegels seines Pkw mehrere Reflektoren an. Bei einer auf einer Bundesautobahn durchgeführten stationären Abstandsmessung mittels Blitzanlage wurde der Pkw des A auf Grund zu geringen Sicherheitsabstands geblitzt. Wie von A beabsichtigt, reflektierten die von ihm im Fahrzeuginnern angebrachten Reflektoren beim Auftreffen des Blitzlichts dieses, so dass der betreffende Bildausschnitt auf dem Lichtbild im Bereich des Fahrzeugführers überbelichtet war und eine Fahreridentifizierung dadurch unmöglich wurde.

Strafbarkeit des A nach dem StGB?

[Bearbeitervermerk: § 304 StGB ist nicht zu prüfen. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. § 268 I, III StGB durch das Anbringen der Reflektoren

Durch das Anbringen der Reflektoren an der Sonnenblende und am Rückspiegel könnte A sich wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen gem. §§ 268 I, III StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Technische Aufzeichnung

Bei dem von der Blitzanlage im Rahmen der Abstandsmessung erstellten Foto müsste es sich um eine technische Aufzeichnung i.S.v. § 268 StGB handeln. Eine Legaldefinition für diesen Begriff findet sich in § 268 II StGB. Danach ist eine technische Aufzeichnung eine Darstellung von Daten, Mess- oder Rechenwerten, Zuständen oder Geschehensabläufen, die durch ein technisches Gerät ganz oder zum Teil selbsttätig bewirkt wird, den Gegenstand der Aufzeichnung allgemein oder für Eingeweihte erkennen lässt und zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt ist, gleichviel ob ihr die Bestimmung schon bei der Herstellung oder erst später gegeben wird.

Zum vorliegenden Fall führt das OLG München aus: "Unstreitig ist, dass Lichtbilder, die wie vorliegend von einer automatischen, mit einer Messvorrichtung gekoppelten Kamera einer Verkehrsüberwachungsanlage gefertigt werden, technische Aufzeichnungen i. S. von § 268 StGB sind (vgl. Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 268 Rdnr. 8). Sie werden damit vom Schutzzweck des § 268 StGB erfasst."

2. Störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang

A müsste durch das "Blenden" der Kamera i.S.v. § 268 III StGB störend auf den Aufzeichnungsvorgang eingewirkt haben.

Hierzu erläutert das OLG München: "Diese Bestimmung [§ 268 StGB, der Red.] dient dem Schutz des Vertrauens darauf, dass ein Gegenstand, der im Rechtsverkehr als technische Aufzeichnung präsentiert wird, auch in dieser Form 'ohne Machinationen' entstanden ist und gerade deshalb, als Ergebnis eines automatisierten Vorgangs, die Vermutung inhaltlicher Richtigkeit für sich hat. In der Konsequenz des Schutzzwecks der Norm liegt es, den Echtheitsbegriff so zu bestimmen, dass in ihm der entscheidende Bezugspunkt des Vertrauens (der von menschlicher Einwirkung unberührte, in Übereinstimmung mit der Programmierung ablaufende Herstellungsvorgang) zum Ausdruck kommt (BGHSt 28, 300 [304] = NJW 1979, 1466). Die Tathandlung des störenden Einwirkens auf den Aufzeichnungsvorgang verlangt deshalb Eingriffe, die den selbsttätig-fehlerfreien Funktionsablauf des aufzeichnenden Geräts in Mitleidenschaft ziehen (BGHSt 28, 300 [305] = NJW 1979, 1466). Der Täter muss störend auf den Aufzeichnungsvorgang eingewirkt haben, sein Eingriff muss die konkrete Funktion des Geräts beeinträchtigen, das heißt zu inhaltlicher Unrichtigkeit der Aufzeichnung führen (Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, 51).

Die Anwendung von § 268 III StGB scheitert hier nicht daran, dass lediglich eine Manipulation am Bezugsobjekt im Sinne eines täuschenden Beschickens vorläge (so aber Gribbohm, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 268 Rdnr. 32; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 268 Rdnrn. 11 b, 13 a; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl., § 268 Rdnr. 9; vgl. auch Geppert, DAR 2000, 106 [107]), sondern vielmehr daran, dass der störende Eingriff die Entstehung einer Aufzeichnung überhaupt verhindert (Puppe, in: NK-StGB, 2. Aufl., § 268, S. 5000). Da die Einwirkung eine unrichtige Aufzeichnung verursachen muss, ist die völlige Verhinderung der Aufzeichnung durch Manipulationen am Objekt, die es für das Gerät unerkennbar machen, nicht tatbestandsmäßig (vgl. auch Puppe, in: NK-StGB, Losebl., 2. Aufl., § 268 Rdnr.40; dies., NJW 1974, 1174 [1175]). Dies ist vorliegend der Fall, weil das Anbringen der Reflektoren durch den Angeklagten dazu geführt hat, dass die Entstehung einer Aufzeichnung - die Aufnahme des Fahrers - überhaupt verhindert worden ist (vgl. auch BayObLGSt 1973, 158; vgl. ferner Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, § 268 Rdnr. 52).

Die gegenteilige Ansicht des AG Berlin-Tiergarten (NStZ-RR 2000, 9 = DAR 1999, 182) hat demgegenüber - soweit ersichtlich - in der Literatur keine Zustimmung gefunden (vgl. Geppert, DAR 2000, 106; Puppe, in: NK-StGB, § 268, S. 5000; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, § 268 Rdnr. 52; Tröndle/Fischer § 268 Rdnrn. 113, 13 a; Lackner/Kühl, § 268 Rdnr. 9)."

Eine störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang ist somit nicht gegeben.

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 268 StGB.

B. Strafbarkeit des A gem. § 274 I Nr. 1StGB durch das Anbringen der Reflektoren

A könnte sich jedoch durch das Anbringen der Reflektoren wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste eine eine Urkunde oder technische Aufzeichnung, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehörte, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben.

1. Technische Aufzeichnung

Bei dem Foto müsste es sich um eine technische Auf-

zeichnung i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB handeln.
Der Begriff der technischen Aufzeichnung i.S.v. § 274 StGB entspricht demjenigen des § 268 StGB (Tröndle/Fischer, § 274 Rn. 1 a), so dass das von der Blitzanlage erstellte Lichtbild eine technische Aufzeichnung darstellt (s.o.).

2. Tathandlung
Diese technische Aufzeichnung müsste A vernichtet oder unterdrückt haben.
Eine technische Aufzeichnung ist vernichtet i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB, wenn ihr Darstellungsinhalt vollständig beseitigt oder nicht mehr zu erkennen ist, so dass sie als Beweismittel nicht mehr besteht (RGSt 3, 370; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 7). Unterdrückt wird eine technische Aufzeichnung durch jede Handlung, durch die dem Berechtigten die Benutzung der Aufzeichnung als Beweismittel entzogen wird (OLG Düsseldorf, NJW 1989, 115; Tröndle/Fischer, § 274 Rn. 5).
Im vorliegenden Falle ergibt sich die Besonderheit, dass A nicht nachträglich auf das Foto einwirkt, sondern der Vorgang, durch den das Lichtbild letztlich unbrauchbar gemacht wird (die Reflexion des Blitzes) bereits stattfindet, bevor das Lichtbild oder auch nur das Negativ des Fotos in einer unbeeinflussten, brauchbaren Version entsteht. Aus diesem Grunde lehnt das OLG München auch eine tatbestandsmäßige Handlung des A ab: "Eine Strafbarkeit nach § 274 I Nr. 1 StGB wegen Vernichtung oder Unterdrückung einer technischen Aufzeichnung scheidet aus, weil eine solche [...] noch nicht existent war. Selbst wenn man mit dem AG Berlin-Tiergarten davon ausginge, dass jedenfalls eine 'denklogische Zehntelsekunde' lang ein auch das Bild des Fahrers enthaltenes Foto entstanden sein mag, das durch den Gegenblitz dann allerdings sofort wieder vernichtet wurde, fehlt es insoweit an einer hinreichend sicheren, dauerhaften stofflichen Fixierung einer solchen technischen Aufzeichnung (vgl. hierzu Geppert, DAR 2000, 106 [108])."
Eine tatbestandsmäßige Handlung des A ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis
A ist nicht strafbar gem, § 274 I StGB.

C. Strafbarkeit des A gem. § 303 a I StGB durch das Anbringen der Reflektoren
Durch das Anbringen der Reflektoren könnte A sich wegen Datenveränderung gem. § 303 a I StGB strafbar gemacht haben.
Eine Strafbarkeit gem. § 303 a I StGB setzt jedoch - vergleichbar zu § 274 I Nr. 1 StGB (s.o.) - voraus, dass der Täter bereits vorhandene Daten nachträglich verändert und ist deshalb nicht anwendbar, wenn der Täter wie hier bereits bei der (automatisierten) Erstellung der Daten auf den entsprechenden Vorgang einwirkt.
So auch die Lösung des OLG: "Ebenso setzt der Tatbestand der Datenveränderung nach § 303 a StGB voraus, dass solche Daten zuvor schon vorhanden waren (vgl. Geppert, DAR 2000, 106 [108])."
Eine Strafbarkeit des A gem. § 303 a StGB ist somit ebenfalls nicht gegeben.

D. Strafbarkeit des A gem. § 303 I StGB durch das Anbringen der Reflektoren
A könnte sich jedoch durch das Anbringen der Reflektoren wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB an der Blitzanlage strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde Sache
Bei der Blitzanlage müsste es sich um eine fremde Sache handeln.
Sache i.S.v. § 303 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn. 3). Fremd ist eine Sache, wenn sie im (zumindest Mit-) Eigentum eines anderen steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Tröndle/Fischer, § 303 Rn. 4, § 242 Rn. 5).
Bei der Blitzanlage handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand und mithin um eine Sache. Da die Blitzanlage im Eigentum der zuständigen Gebietskörperschaft steht, ist sie für den A auch fremd.
Die Blitzanlage ist also ein taugliches Tatobjekt.

2. Tathandlung
A müsste die Blitzanlage beschädigt oder zerstört haben.
Hierzu führt das OLG München aus: "Der Begriff der Beschädigung einer Sache verlangt keine Verletzung ihrer Substanz. Es genügt, dass durch körperliche Einwirkung auf die Sache die bestimmungsgemäße (technische) Brauchbarkeit nachhaltig gemindert wird (BGHSt 44, 34 [38] = NJW 1998, 2149 = NStZ 1998, 513 L; BayObLGSt 1987, 82 [83], jew. m. w. Nachw.; Stree, in: Schönke/Schröder, § 303 Rdnr. 8 b; Hoyer, in: SK-StGB, 6. Aufl., § 303 Rdnr. 7; Tröndle/Fischer, § 303 Rdnr. 6; Lackner/Kühl, § 303 Rdnr. 3; Zacyk, in: NK-StGB § 303 Rdnrn. 5, 6; Wolff, in: LK-StGB, § 303 Rdnrn. 5, 6; vgl. ferner OLG Frankfurt a. M., NJW 1987, 389 [390]; OLG Köln, NJW 1999, 1042 = NZV 1999, 134 [136], NStZ 2000, 32 L).
Das OLG Stuttgart (NStZ 1997, 342) hat das Vorliegen von Sachbeschädigung in einem Fall bejaht, in dem der Angeklagte die Scheiben vor dem Fotoobjektiv und dem Blitzlicht einer Geschwindigkeitsmessanlage mit Senf bzw. einer cremeartigen weißen Substanz beschmiert hatte mit der Folge, dass die Anlage bis zur Reinigung durch die Polizei funktionsunfähig war. Der Senat stimmt dieser Entscheidung - auch so-

weit dort § 316 I Nr. 1 StGB [gemeint ist wohl § 316 b I Nr. 1 StGB, der Red.] verneint wird - in Überstimmung mit der Literatur zu (vgl. Stree, in: Schönke/Schröder, § 303 Rdnr. 8 b).
Nach Auffassung des Senats liegt hier ein vergleichbarer Fall des Einwirkens auf die Funktionsfähigkeit der Messanlage vor. Durch das Anbringen der Reflektoren im Innenraum der Frontscheibe hat der Angeklagte seiner Absicht entsprechend erreicht, dass diese beim Auftreffen des Blitzlichts der Messanlage reflektierten, so dass der betreffende Bildausschnitt auf dem Lichtbild im Bereich des Fahrzeugführers überbelichtet war und eine Fahreridentifizierung dadurch unmöglich wurde. Die Messanlage, bestehend aus einem Aufnahmegerät und dem dabei verwendeten Aufzeichnungsmedium, war deshalb in ihrer bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit nicht unwesentlich gemindert und ließ sich nicht mehr funktionsentsprechend voll einsetzen. Dass der Eingriff - das Hervorrufen der Reflektion beim Auftreten des Blitzlichts - nur eine ganz kurze Zeitspanne andauerte (vgl. hierzu Stree, JuS 1988, 187 [188]), ist vorliegend unerheblich weil es dem Angeklagten gerade darauf ankam, das, Aufnahmegerät in der vorgesehenen Funktion im entscheidenden und allein maßgeblichen Moment unbrauchbar zu machen. Auch wenn das Gerät anschließend wieder - was zu unterstellen ist - voll funktionsfähig war, war die zeitweilige Funktionsunfähigkeit durchaus erheblich und nachhaltig: Ein brauchbares Lichtbild vom Fahrer des Pkw des Angeklagten kam nicht zu Stande (vgl. auch Stree, JuS 1988, 187 [190]). Anders als beispielsweise bei einer Maskierung des Fahrers ist hier durch die vom Blitzlicht ausgelöste Reflektion auch auf das Gerät und dessen Aufzeichnungsfunktion eingewirkt und dieses in seiner Funktionsfähigkeit jedenfalls nicht unerheblich beeinträchtigt worden (vgl. hierzu Stree, in: Schönke/Schröder, § 303 Rdnr. 10; Hoyer, in: SK-StGB, § 303 Rdnr. 7)."
Eine Beschädigung i.S.v. § 303 I StGB ist somit gegeben.

3. Vorsatz
Da der Tatverlauf genau dem Plan des A entsprach und dieser somit die den Tatbestand des § 303 I StGB ausfüllenden Merkmale kannte und verwirklichen wollte, handelte er auch vorsätzlich.

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

III. Strafantrag (§ 303 c StGB)
Der gem. § 303 c StGB grundsätzlich erforderliche Antrag ist lt. Bearbeitervermerk gestellt.

IV. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 303 I StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Kühling, Jürgen: "Vorwirkungen von EG-Richtlinien bei der Anwendung des nationalen Rechts - Interpretationsfreiheit für Exekutive und Judikative?"
Fundstelle:	DVBl 2006, 857 (Heft 14)
Inhalt:	EG-Richtlinien bedürfen zu ihrer innerstaatlichen Wirkung nach Art. 249 EG bekanntlich der Umsetzung in innerstaatliches Recht. Bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist spielen sie allerdings bei der Auslegung vorhandenen nationalen Rechts eine Rolle (sogen. "richtlinienkonforme Auslegung"). Der Beitrag geht - nach ausführlicher Darstellung des status quo in der Rechtsprechung - der Frage nach, ob und wann eine solche richtlinienkonforme Auslegung tatsächlich geboten ist.

Autor/Titel:	Janz, Norbert: "1:0 für private Wettanbieter?"
Fundstelle:	NWVBl 2006, 248 (Heft 7)
Inhalt:	Der Autor bespricht die "Sportwettenentscheidung"des BVerfG (RA 2006, 248 = NJW 2006, 1261 ff.), auf die auch in der RA bereits ausführlich eingegangen wurde. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass sich das Urteil des BVerfG, wonach ein Verbot privater Wettanbieter nur, aber immerhin zur Suchtbekämpfung (nicht hingegen aus fiskalischen Erwägungen) als verfassungsgemäß erweisen könne, als Pyrrhussieg für die privaten Wettanbieter erweisen könnte. Das vom sächsischen Innenministerium kürzlich ausgesprochene Gewerbeverbot gegen den wohl bekanntesten privaten Wettanbieter Deutschlands ("betandwin") scheint diese Einsätzung zu bestätigen; sie wird zudem dafür sorgen, dass das Thema "Sportwettenverbot" weiter besondere Aufmerksamkeit (und damit besondere Prüfungsrelevanz) genießen wird.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Wilhelm, Jan: "Das Merkmal "lediglich rechtlich vorteilhaft" bei Verfügungen über Grundstückrechte"
Fundstelle:	NJW 2006, 2353 (Heft 33)
Inhalt:	Die Frage, inwieweit Rechtsgeschäfte hinsichtlich ihrer unmittelbaren Folgen als lediglich rechtlich vorteilhaft (oder zumindest rechtlich neutral) zu bewerten sind, ist natürlich im Rahmen des Minderjährigenrechts aufgrund § 107 BGB von zentraler Bedeutung. Allerdings geht die ständige Rechtsprechung auch davon aus, dass der § 181 BGB ("Verbot des Insichgeschäfts") teleologisch zu reduzieren ist, wenn ein für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft in Rede steht. Dieses ist wiederum auch dann zu beachten, wenn minderjährige Kinder derartige Geschäfte mit ihren Eltern vornehmen wollen, da § 181 BGB über die §§ 1629 II 1, 1795 II BGB hier ebenfalls zu beachten ist und die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig machen kann. Der Autor nimmt nun die Entscheidungen BGH, RA 2005, 211 = NJW 2005, 415 und BGH, RA 2005, 342 = NJW 2005, 1430 zum Anlass, die diesbezügliche Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen und im Ergebnis dafür zu plädieren, die Möglichkeit des genehmigungsfreien Grundstückserwerbs durch Minderjährige gänzlich auszuschließen.

Autor/Titel:	Schroeter, Ulrich G.: "Probleme des Anwendungsbereichs des Verbrauchsgüterkaufrechts (§§ 474 ff BGB)"
Fundstelle:	JuS 2006, 682 (Heft 8)
Inhalt:	Die in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in nationales Recht für sog. Verbrauchsgüterkäufe in den §§ 474 ff BGB aufgenommenen Besonderheiten, d. h. insbesondere die im Vergleich zu "normalen Kaufverträgen" verschärfte Gewährleistung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache bilden den Gegenstand vieler Examensaufgaben und praktischer Streitigkeiten. Der Autor dieses Beitrages konzentriert sich auf die Darstellung möglicher Schwierigkeiten schon bei der Eröffnung des Anwendungsbereiches dieser Normen, indem er Fälle beleuchtet, in denen etwa ein Unternehmer die Kaufsache sowohl für seine berufliche Tätigkeit als auch zu privaten Zwecken nutzen will, oder indem er fragt, ob der beabsichtigte Kaufzweck (private / berufliche Zwecke) objektiv erkennbar sein muss oder die subjektive Willensrichtung des Käufers entscheidend ist.

Strafrecht

Autor/Titel:	Otto, Harro: "Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung"
Fundstelle:	NJW 2006, 2217 (Heft 31)
Inhalt:	In diesem Aufsatz befasst sich der Autor kurz aber fundiert und verständlich mit zahlreichen Problemen, die in den Themenkreis der "Sterbehilfe" im weiteren Sinne fallen: Neben der Frage nach der Strafbarkeit des Abbruchs von lebenserhaltenden Maßnahmen und der Frage, ob und inwieweit Patientenverfügungen strafrechtliche Relevanz erlangen können wird vor allem die Frage erörtert, ob ein Suizid einen Unglücksfall i.S.v. § 323 c StGB darstellt.

Autor/Titel:	Wagemann, Christian: "Natürliche Handlungseinheit bei Angriffen auf höchstpersönliche Rechtsgüter"
Fundstelle:	Jura 2006, 580 (Heft 8)
Inhalt:	Auf Konkurrenzebene können grundsätzlich mehrere Akte zu einer Handlung (in der sog. natürlichen Handlungseinheit) zusammengefasst werden. Problematisch wird dies, wenn durch diese Akte verschiedene höchstpersönliche Rechtsgüter betroffen werden. Während die Rechtsprechung hier mit der Annahme einer natürlichen Handlungseinheit relativ großzügig ist, hat die wohl herrschende Literatur eine solche meist abgelehnt. Der Verfasser setzt sich mit den verschiedenen Auffassungen, vor allem der Rechtsprechung, auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass die Lösung des BGH überzeugt. Wenig originell, aber immerhin eine übersichtliche Darstellung der Problematik.

Autor/Titel:	Kelker, Brigitte: "Erlaubnistatumstands- und Erlaubnisirrtum- eine systematische Eröreterung"
Fundstelle:	Jura 2006, 591 (Heft 8)
Inhalt:	Ein beliebter (und von vielen Examenskandidaten wegen seiner Schwierigkeit gefürchteter) Examensgegenstand im Strafrecht ist die irrige Annahme der Rechtmäßigkeit durch den Täter. Ein solcher Irrtum kann sich sowohl als Erlaubnis- als auch als Erlaubnistatbestandsirrtum darstellen und vor allem bei der letztgenannten Konstellation sind die entsprechenden Rechtsfolgen (höchst) streitig. Im vorliegenden Aufsatz stellt die Autorin die Gedanken dar, die den verschiedenen Auffassungen zur Auswirkung eines Erlaubnistatbestandsirrtums zu Grunde liegen und liefert wunderbar übersichtlich Argumente für und gegen jeden Ansatz. Außerdem diskutiert sie die Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums im Gutachten sowie auf seine Abgrenzung zum Erlaubnis- und Doppelirrtum. Ein unverzichtbarer Aufsatz sowohl zur Vertiefung als auch zur Wiederholung der Materie.