

Öffentliches Recht

Standort: Staatsorganisationsrecht

Problem: Parlamentarisches Fragerecht

BAYVERFGH, ENTSCHEIDUNG VOM 26.07.2006
VF. 11-IVA/05 (NVwZ 2007, 204)

Problemdarstellung:

Der BayVerfGH nimmt in der vorliegenden Entscheidung Stellung zu der Frage, in welchem Umfang Staatsorgane auf parlamentarische Fragen (hier: durch Abgeordnete und eine Fraktion) zu antworten haben. Die Urteilsgründe sind dabei geradezu lehrbuchmäßig abgefasst:

I. Der Senat leitet das (nicht ausdrücklich geregelte) Fragerecht von Abgeordneten zunächst aus dem "freien Mandat" und der Gewaltenteilung her. Das freie Mandat berechtige den Abgeordneten, das ganze Volk zu repräsentieren. Dies setze voraus, dass er über alle Sachfragen umfassend informiert sei, woraus wiederum das Fragerecht folge. Hinzu komme, dass die Staatsgewalten sich gegenseitig kontrollieren, weshalb ein Abgeordneter als Teil eines Legislativorgans (hier: Bayerischer Landtag) ebenfalls von der Exekutive (hier: Bayerische Staatsregierung) Auskunft verlangen dürfe.

II. Sodann wird kurz festgestellt, dass mit dem Fragerecht eine entsprechende Antwortpflicht des Befragten korrespondiert.

III. Im Fall ging es um die Frage, ob die Antworten ausreichend waren. Der Senat differenziert diesbezüglich zwischen dem "Ob" und dem "Wie" der Antwort.

1. Beim "Ob" müsse grundsätzlich geantwortet werden, sofern die Frage ein Thema betreffe, das in den Zuständigkeitsbereich des Befragten falle. Dieser Zuständigkeitsbereich wird weit gesehen; er soll z.B. auch alle nachgeordneten Behörden und solche Stellen betreffen, auf die der Befragte Einfluss hat (z.B. im Wege der Aufsicht über andere Behörden oder der Einwirkung auf von ihm kontrollierte Gesellschaften). Ganz unterbleiben könne eine Antwort aber u.U. dann, wenn Grundrechte Dritter betroffen sind.

2. Beim "Wie" hingegen müsse dem Befragten eine gewisse Entscheidungsprärogative zugebilligt werden. Seine Antwort könne daher auch knapp ausfallen oder auf andere Informationsquellen verweisen, wenn eine detaillierte Antwort unzumutbar wäre, etwa weil sie unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand erfordern würde.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall spielt im bayerischen Landesrecht, könnte aber ohne Veränderungen auf Bundesrecht übertragen werden. Auch im Deutschen Bundestag ist das Fragerecht der Abgeordneten im Grundgesetz nicht geregelt; es wird aber auch aus dem "freien Mandat" des Art. 38 I 2 GG abgeleitet. Weitere Abgeordnetenrechte aus Art. 38 I 2 GG sind vor allem das Teilnahmerecht, das Rederecht, das Stimmrecht und das Antragsrecht.

Prozessual könnte der Fall über ein Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 64 ff. BVerfGG abgeprüft werden, in dem das fragende Organ oder Organteil (Abgeordneter, Fraktion) festgestellt haben möchte, dass die Antwort des befragten Organs oder Organteils nicht ausreicht.

Verlangt der Deutsche Bundestag als solcher - nicht zu verwechseln mit einzelnen Abgeordneten oder Fraktionen - Auskunft von einem Minister, greift Art. 43 I GG ein. Nach h.M. umfasst dieser nicht nur die Anwesenheits-, sondern auch eine Auskunftspflicht des Ministers gegenüber dem Deutschen Bundestag.

Vertiefungshinweise:

Fragerecht von Abgeordneten: *NWVerfGH*, NVwZ 1994, 678; *BayVerfGHE* 54, 62; *SachsAnhVerfG*, NVwZ 2000, 671; *Poppenhäger*, ThürVBl 2000, 152; *Lennartz/Kiefer*, DÖV 2006, 185

Kursprogramm:

Examenskurs : "Das Drama mit dem Lama"

Leitsätze:

1. Das parlamentarische Fragerecht hat das Ziel, die Arbeit der Abgeordneten zu erleichtern. Soweit es der Informationsgewinnung zum Zweck der Kontrolle der Staatsregierung dient, kann es sich nur auf Bereiche erstrecken, für die die Staatsregierung verantwortlich ist.

2. Die Überwachung einzelner Bankgeschäfte der Bayerischen Landesanstalt für Aufbaufinanzierung und der Bayerischen Landesbank fällt grundsätzlich nicht in den Zuständigkeitsbereich der Rechtsaufsichtsbehörde und kann damit auch nicht Gegenstand des parlamentarischen Fragerechts sein. Etwas anderes gilt nur; wenn im konkreten

Fall Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der rechtsaufsichtliche Verantwortungsbereich der Staatsregierung berührt sein kann.

3. Die parlamentarische Kontrolle erfasst nicht nur das Tätigwerden der Staatsverwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts. Sie erstreckt sich auf jegliche Staatstätigkeit, auch soweit sie sich privat-rechtlicher Unternehmensformen bedient. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, also gleichzeitig von der öffentlichen Hand und von Privaten gehaltenen Unternehmen gilt Entsprechendes, wenn sie von der öffentlichen Hand "beherrscht" werden.

4. Die Verhältnisse bei allein privat getragenen Unternehmen können in der Regel auch dann nicht Gegenstand einer parlamentarischen Anfrage sein, wenn diese staatliche Fördermittel oder Aufträge erhalten. Der parlamentarischen Kontrolle unterliegt jedoch das Verhalten der öffentlichen Hand bei der Subventionsgewährung und der Auftragsvergabe.

5. Grenzen des Fragerechts können sich ergeben, wenn die Beantwortung einer Anfrage Grundrechte Dritter berührt. In einem solchen Fall sind das Informationsinteresse des Abgeordneten und das Geheimhaltungsinteresse des Dritten unter Berücksichtigung der Bedeutung der Pflicht zur erschöpfenden Beantwortung parlamentarischer Anfragen für die Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Systems gegeneinander abzuwägen.

Sachverhalt:

Die Ast., Abgeordnete des Bayerischen Landtags bzw. eine Fraktion des Bayerischen Landtags sind, richteten einige Dutzend Anfragen an die Bayerische Staatsregierung. Diese umfangreichen Anfragen betrafen verschiedene Themengebiete und Zweiträume, so dass ihre Beantwortung z.T. umfangreiche Nachforschungen erfordert hätte, welche die Bayerische Staatsregierung unter Hinweis auf die Bindung von Kapazitäten und die dadurch beeinträchtigte Funktionsfähigkeit der Regierung ablehnte. Die Ast. halten dies für unzulässig. Das Gericht gab ihrem Antrag auf Verpflichtung der Bayerischen Staatsregierung zu weiter gehender Antwort teilweise statt.

Aus den Gründen:

A. Herleitung des Fragerechts

Das Frage- und Informationsrecht eines Abgeordneten und der Umfang der hierzu korrespondierenden Antwort- und Informationspflicht des befragten Staatsorgans sind in der Bayerischen Verfassung nicht ausdrücklich geregelt. Aus dem in Art. 13 II BayVerf. begründeten Status eines Parlamentsabgeordneten sowie allgemein aus den Aufgaben, die einem Parlament im

demokratischen Rechtsstaat zukommen, nämlich besonders der Mitwirkung an der Gesetzgebung und der Ausübung der Kontrolle über die Exekutive, folgt aber, dass ein Abgeordneter - im Rahmen bestimmter Grenzen - ein Recht auf Beantwortung seiner an die Staatsregierung gerichteten Fragen hat:

I. Freies Mandat

1. Art. 13 II 1 BayVerf. gibt jedem Abgeordneten das subjektive Recht, sein Mandat innerhalb der Schranken der Verfassung ungehindert auszuüben; er verbürgt ihm einen Kernbestand an Rechten auf Teilhabe am Verfassungsleben. Dazu gehört u.a. ein gewisser Mindestbestand an Rede- und Antragsbefugnissen.

Im Gesetzgebungsverfahren hat ein Abgeordneter das Recht, Initiativen zu ergreifen, abzustimmen, Anträge zu stellen und zu beraten. Um diese Rechte sachgerecht wahrnehmen zu können und hierdurch die Aufgabe zu erfüllen, mit der ihn der Wähler beauftragt hat, bedarf der Abgeordnete grundsätzlich umfassender Sachinformationen. Aus dem in Art. 13 II 1 BayVerf. gewährleisteten Status erwächst dem Abgeordneten mithin ein Recht darauf, dass ihm von der Seite der Exekutive grundsätzlich diejenigen Informationen nicht vorenthalten werden, die ihm die Erfüllung seiner Aufgaben als Vertreter des Volkes im Parlament ermöglichen, nämlich die sachverständige Beurteilung und Entscheidung von Sachfragen.

II. Gewaltenteilung

Neben der Gesetzgebung kommt dem Parlament die Kontrolle der Exekutive zu. Die Kontrollfunktion des Parlaments als grundlegendes Prinzip des parlamentarischen Regierungssystems und der Gewaltenteilung ist angesichts des regelmäßig bestehenden Interessengegensatzes zwischen regierungstragender Mehrheit und oppositioneller Minderheit wesentlich von den Wirkungsmöglichkeiten der Minderheit abhängig. Das Fragerecht des einzelnen Abgeordneten zur Ausübung der parlamentarischen Kontrolle über die Exekutive ist insoweit auch in Art. 16a I und II 1 BayVerf. begründet. Somit ist aus der Verfassung selbst das Recht eines jeden Abgeordneten herzuleiten, Fragen an die Staatsregierung zu richten.

B. Korrespondierende Antwortpflicht

Entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Begründung des Fragerechts und entsprechend dem Sinn und Zweck dieses Fragerechts ist die Exekutive grundsätzlich dazu verpflichtet, die Fragen eines Abgeordneten zu beantworten (BayVerfGHE 54, 62 [73 f.] m.w.N.).

C. Schranken

Die Antwortpflicht unterliegt allerdings bestimmten Grenzen. Diese können nicht für alle in Betracht kommenden Fälle abstrakt im Voraus bestimmt werden.

Sie ergeben sich in erster Linie aus der Verfassung und verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Zur Bestimmung der Grenzen im Einzelnen ist die Antwortpflicht nach dem "Ob" und dem "Wie" einer Antwort zu differenzieren, also danach, ob überhaupt eine Antwort gegeben werden muss und - gegebenenfalls - in welcher Art und Weise die Antwort zu erfolgen hat.

I. "Ob" der Antwort

Angesichts der Verankerung des Fragerechts - und damit auch der Antwortpflicht - in der Verfassung selbst besteht nur ein enger Entscheidungsspielraum über das "Ob" einer Antwort. Die Ablehnung, eine Frage überhaupt (materiell) zu beantworten, muss danach die Ausnahme sein. Dabei sind die Gründe für die Ablehnung anzugeben, damit diese nachvollziehbar wird und es dem anfragenden Abgeordneten möglich ist, gegebenenfalls in eine politische Auseinandersetzung über die Ablehnung einzutreten (BayVerfGHE 54, 62 [74]). Für die Beurteilung, ob im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Anfragen jeweils eine Antwortpflicht bestanden hat, sind folgende Grundsätze maßgeblich:

1. Kompetenzbereich des Befragten betroffen

Eine Beschränkung der Antwortpflicht ergibt sich aus der Funktion des Fragerechts. Es erfüllt keinen Selbstzweck, sondern hat das Ziel, die Arbeit der Abgeordneten zu erleichtern (NWVerfGH, NVwZ 1994, 678 [679]). Da es als Minderheitenrecht in erster Linie der Informationsgewinnung zum Zweck der Kontrolle der Regierung dient, kann es sich nur auf Bereiche erstrecken, für die die Regierung verantwortlich ist (BayVerfGHE 54, 62 [74]; SachsAnhVerfG, NVwZ 2000, 671 [672]).

In diesem Sinn hat die Geschäftsordnung für den Bayerischen Landtag das Fragerecht der Abgeordneten im Einzelnen ausgestaltet (vgl. BayVerfGH 46, 176 [180 f.]). Nach § 71 I 2 GeschOLT müssen sich schriftliche Anfragen auf Angelegenheiten beschränken, für die die Staatsregierung unmittelbar oder mittelbar verantwortlich ist. Damit knüpft die Geschäftsordnung an die Gliederung des Verwaltungsaufbaus in die unmittelbare Staatsverwaltung (Staatsregierung und nachgeordnete unselbstständige Behörden) einerseits und die mittelbare Staatsverwaltung durch rechtsfähige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts andererseits an.

Der Verantwortungsbereich der Staatsregierung umfasst demnach nicht nur das Regierungshandeln im engeren Sinn, sondern darüber hinaus auch die Regierungsverantwortung. Kontrollobjekt sind somit sowohl die von der Regierung selbst wahrgenommenen Aufgaben als auch der von ihr verantwortete Aufgabenbereich. Die Zuweisung von Verantwortung an eine Stelle setzt deren Verantwortungsfähigkeit voraus. Wer keine Möglichkeit besaß oder besitzt, auf ein Tun,

Dulden oder Unterlassen einzuwirken, kann dafür auch nicht zur Verantwortung gezogen werden. Für das parlamentarische Fragerecht bedeutet dies: Es erstreckt sich auf jeden politischen Bereich, in dem die Staatsregierung oder eines ihrer Mitglieder in seinem Aufgabenbereich tätig geworden ist oder sich geäußert hat, sowie auf jeden Bereich, in dem die Regierung oder eines ihrer Mitglieder kraft rechtlicher Vorschriften tätig werden kann (Gusy, ZRP 1998, 265 [266]; Geck, Die Fragestunde im Deutschen Bundestag, 1986, S. 81 f.; Poppenhäger, ThürVBl 2000, 121 [124 f.]).

a. Pflicht zur Nachforschung

Ist der Verantwortungsbereich der Staatsregierung betroffen, kann sie sich nicht auf Nichtwissen berufen. Sie ist dann gegebenenfalls zu Nachforschungen verpflichtet. Ist ihr Verantwortungsbereich dagegen nicht berührt, besteht auch keine Verpflichtung zur Aufklärung (Weis, DVBl 1988, 268 [271]).

b. Erstreckung auf nachgeordnete Stellen

Soweit sich das parlamentarische Fragerecht auf Handlungen oder das Unterlassen der Staatsregierung bezieht, wird durch das hierarchische Prinzip eine Verantwortlichkeit der Staatsregierung auch für nachgeordnete Behörden begründet. Die mit dem Hierarchieprinzip verbundenen Möglichkeiten der Aufsicht, von Weisungen und Eintrittsrechten verschieben die Verantwortungszusammenhänge von unten nach oben. Zugleich orientiert sich die Reichweite der Verantwortlichkeit der übergeordneten Staatsregierung nach dem Inhalt und den Grenzen des Hierarchieprinzips. Wo prinzipiell unbegrenzte Einwirkungsmöglichkeiten in der Hierarchie bestehen, ist ihre Verantwortlichkeit größer als dort, wo jene Einwirkungsmöglichkeiten in der Hierarchie begrenzt sind. So begründet die Fachaufsicht ein höheres Maß an Verantwortung der übergeordneten Stelle als die Rechtsaufsicht z. B. über selbstständige Anstalten des öffentlichen Rechts (Gusy, ZRP 1998, 265 [266 f.]).

aa. Unmittelbare Landesverwaltung

Werden staatliche Aufgaben unmittelbar durch die Staatsregierung und die ihr nachgeordneten Staatsbehörden wahrgenommen, ist die Auskunftspflicht der Staatsregierung nicht auf Fragen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns beschränkt. Die Rechenschaftspflicht bezieht sich - als Kehrseite der Einwirkungsmöglichkeiten der Fachaufsicht - grundsätzlich auch auf die Zweckmäßigkeit des Handelns (Lennartz/Kiefer, DÖV 2006, 185 [187]).

bb. Mittelbare Landesverwaltung

Dagegen erstreckt sich die Verantwortlichkeit der Staatsregierung bei rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, die Teil der mittelbaren Staatsverwaltung sind, nur auf die Rechtmäßigkeit (Meiler, Die

Verf. des Freistaates Bay., 4. Aufl. [1992], Art. 55 Rdnr. 28). [...]

Bezieht sich eine parlamentarische Anfrage auf den Aufgabenbereich einer Gemeinde, ist zu unterscheiden, ob diese in Angelegenheiten des übertragenen oder des eigenen Wirkungskreises tätig wird. Da die Gemeinden in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises an die Weisungen der übergeordneten Staatsbehörden gebunden sind (Art. 83 IV 4 BayVerf.), erstreckt sich die Verantwortlichkeit der Staatsregierung insoweit auch auf die Zweckmäßigkeit des Handelns (Fachaufsicht, Art. 109 II 1 BayGO); Eingriffe in das Verwaltungsermessen sind allerdings auf die in Art. 109 II 2 BayGO genannten Fälle beschränkt. Im eigenen Wirkungskreis der Gemeinden wacht der Staat gem. Art. 83 IV 3 BayVerf., Art. 109 I BayGO dagegen nur über die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Rechtsaufsicht). [...]

cc. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, also gleichzeitig von der öffentlichen Hand und von Privaten gehaltenen Unternehmen, hat Entsprechendes jedenfalls dann zu gelten, wenn sie von der öffentlichen Hand "beherrscht" werden. Denn im beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand ist ein sachlicher Grund zu sehen, sie der demokratischen Kontrolle, der öffentliche Tätigkeit stets unterliegt, zu unterwerfen, auch wenn dadurch private Interessen (mit) berührt sein können (Masing, *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, 1998, S. 326 ff., zum vergleichbaren Fragenkreis bei der Zulässigkeit parlamentarischer Untersuchungsausschüsse; Lennartz/Kiefer, *DÖV* 2006, 185 [188]; BremVerfG, *LVerfGE* 4; 211; Poppenhäger, *ThürVBl* 2000, 152 [155]). Sind jedoch in größerem Umfang private Anteilseigner beteiligt, nehmen der Umfang der Einwirkungsmöglichkeiten der Staatsregierung und damit auch ihre Verantwortlichkeit ab. Der parlamentarischen Kontrolle kann dann allerdings das Verhalten der von der öffentlichen Hand in die Unternehmensgremien entsandten Vertreter unterliegen.

2. Rein privatrechtliche Tätigkeit

Sinn des Fragerechts ist es, wie bereits ausgeführt, dem Abgeordneten zur Erfüllung seiner Aufgaben als Vertreter des Volkes im Parlament die Möglichkeit zur Gewinnung von Informationen zu verschaffen und die Kontrolle der Exekutive zu ermöglichen. Aus diesem Zweck des Fragerechts ergibt sich, dass rein private Bereiche grundsätzlich nicht Gegenstand parlamentarischer Anfragen sein können (BayVerfGHE 54, 62 [77]). Eine Ausnahme kann aber dann gegeben sein, wenn ein Bezug zur Verantwortlichkeit der Staatsregierung besteht (Glauben/Edinger, *DÖV* 1995, 941 [944]).

Hieraus folgt, dass die Verhältnisse bei allein privat getragenen Unternehmen in aller Regel nicht Gegenstand einer parlamentarischen Anfrage sein können, weil insoweit der öffentliche Bezug und damit das öffentliche Interesse an einer Klärung fehlen. Dies gilt auch dann, wenn diese Unternehmen in erheblichem Umfang öffentliche Mittel erhalten. Sie bleiben grundsätzlich privates Engagement und werden auch bei weit greifender Subventionierung nicht zum Mandatar des Volkes. In diesen Fällen nutzt der Staat privates Engagement, macht die betreffende Aufgabe aber nicht zur eigenen. Parlamentarisch verantwortlich ist insoweit nur die Exekutive und zwar nur dafür, dass Subventionen überhaupt bereitgestellt werden und wie deren Zweckbindung hinreichend überwacht wird. Thema einer Anfrage können also nur Umstände der Subventionsgewährung als solcher sein (vgl. Masing, S. 328 f., 335).

Ebenso wenig eröffnet grundsätzlich die Vergabe öffentlicher Aufträge an allein privat getragene Unternehmen ein parlamentarisches Fragerecht im Hinblick auf die Verhältnisse des privaten Vertragspartners. Der parlamentarischen Kontrolle unterliegt dagegen das Verhalten der öffentlichen Hand bei der Auftragsvergabe.

3. Grundrechte Dritter

Grenzen des Fragerechts können sich ferner ergeben, wenn die Beantwortung einer Anfrage Grundrechte Dritter berührt. Geht es um die Bekanntgabe personenbezogener Daten, ist das in Art. 100, 101 BayVerf., Art. 1, 2 I GG enthaltene Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (BayVerfGHE 57, 113 [119]) zu beachten. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind ebenfalls nicht nur einfach-rechtlich geschützt (vgl. z. B. § 85 GmbHG, §§ 93, 116, 404 AktG). Die entsprechenden Regelungen stellen vielmehr eine Ausformung der Eigentumsgarantie (Art. 103 I BayVerf., Art. 14 GG), aus der sich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergibt, sowie der durch Art. 101 BayVerf., Art. 12 I GG garantierten Berufsfreiheit dar.

Um festzustellen, ob schutzwürdige Interessen Dritter dem Auskunftsrecht entgegenstehen, sind das Informationsinteresse des Abgeordneten und das Geheimhaltungsinteresse des Dritten unter Berücksichtigung der Bedeutung der Pflicht zur erschöpfenden Beantwortung parlamentarischer Anfragen für die Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Systems gegeneinander abzuwägen. Die unterschiedlichen Interessen müssen einander im Weg der praktischen Konkordanz so zugeordnet werden, dass beide soweit wie möglich ihre Wirkungen entfalten. Diese Bewertung ist einzelfallbezogen anhand der jeweiligen konkreten Gesamtumstände vorzunehmen (BVerfGE 67, 100 [143 f.]; MVVerfG, *MVVerfGE* 13, 284 [298 f.]; Poppenhäger, *ThürVBl* 2000, 152 [155]; Lennartz/Kiefer, *DÖV*

2006, 185 [188 f.]; Kestler, ZParl 2001, 258 [268 ff.]; Weis, DVBl 1988, 268 [272]; Geck, S. 94 ff.; Glau- ben, ZParl 1998, 496 [503].

Dabei wird das landesverfassungsrechtlich verankerte Fragerecht der Abgeordneten durch bundesrechtlich geregelte Geheimhaltungspflichten nicht zwangsläufig überlagert. Art. 31 GG kommt insoweit nicht zur Anwendung, da die Verfassungsräume von Bund und Ländern grundsätzlich selbstständig nebeneinander stehen und im Übrigen das Erfordernis parlamentarischer Kontrolle auf Landesebene über Art. 28 I 1 GG auch bundesverfassungsrechtlich vorausgesetzt wird (Poppenbäger, ThürVBl 2000, 152 [155]).

II. "Wie" der Antwort

Soweit nach diesen Grundsätzen eine Antwortpflicht der Staatsregierung besteht, ist die Art und Weise, in der diese Antwort zu geben ist, das "Wie" der Antwort, zu bestimmen.

Die Verfassungsorgane und ihre Gliederungen sind zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet.

1. Kooperation erforderlich

Diese Rücksichtnahme gebietet, dass alle Verfassungsorgane bei der Ausübung ihrer Befugnisse und Aufgaben den Funktionsbereich des anderen Organs respektieren. Nur so ist ein sinnvolles Zusammenwirken mehrerer prinzipiell gleich geordneter Staatsorgane im Interesse bestmöglicher Verwirklichung des Gemeinwohls zu erreichen.

2. Aber Arbeitsaufwand zu berücksichtigen

Die Ausarbeitung einer Antwort auf eine Anfrage aus

dem Parlament kann einen großen Arbeitsaufwand erfordern, längere Zeit in Anspruch nehmen, Ressourcen der Verwaltung binden und Kosten verursachen. Schon daraus ergibt sich, dass die Staatsregierung notwendigerweise bei dem "Wie" ihrer Antwort einen gewissen Spielraum haben muss. Die Funktions- und Arbeitsfähigkeit der Staatsregierung darf durch die Beantwortung von Anfragen nicht gefährdet werden. Der Staatsregierung gebührt mithin bei der Beantwortung von Schriftlichen Anfragen eine gewisse Einschätzungsprärogative. Es liegt letztlich im Rahmen dieser Einschätzungsprärogative, wie die Staatsregierung ihre Antwort abfasst, in welchem Umfang sie auf Einzelheiten eingeht und ob sie sogleich oder erst nach gründlicher Auseinandersetzung mit der Frage antwortet.

Es ist daher z. B. grundsätzlich eine zulässige Form der Antwort, wenn der Anfragende in geeigneten Fällen auf andere öffentlich zugängliche Informationsquellen verwiesen wird, besonders auf Untersuchungen und Erörterungen im Parlament sowie auf frühere Antworten zu parlamentarischen Anfragen, oder wenn zusammenfassende, sich auf den Kern der Frage konzentrierende Antworten gegeben werden (BayVerfG-HE 54, 62 [75 f.] m.w.N.).

D. Ergebnis

Nach diesen Grundsätzen sind die Antworten der Staatsregierung, die den Gegenstand des Organstreits bilden, verfassungsrechtlich wie folgt zu beurteilen [wird ausgeführt].

Standort: Grundrechte Problem: Verhältnis von Art. 2 I i.V.m. 1 I GG zu Art. 10 I GG

BVERFG, URTEIL VOM 02.03.2006
2 BvR 2099/04 (BAYVBL 2007, 142)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hat im vorliegenden Urteil ausführlich Stellung zu dem Problem bezogen, wie Mobilfunkdaten grundrechtlich geschützt sind. Das Gericht differenziert insoweit zwischen dem Kommunikations- und Übertragungsteil einerseits und der (anschließenden) Speicherung von Daten andererseits.

1. Den Kommunikationsteil, also das Telefonat selbst einschließlich der dabei unausweichlich anfallenden digitalen Datenbestände, sieht das BVerfG als durch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 I GG geschützt an. Die anschließende Speicherung von Daten auf lokalen Datenträgern des Empfängers (z.B. einer SMS auf einer Speicherkarte, eines Anrufs auf dem Anrufbeantworter usw.) sieht das Gericht hingegen allein durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG in Gestalt des Rechts auf informa-

tionelle Selbstbestimmung als geschützt an. Wird also bspw. ein Telefongespräch abgehört, ist Art. 10 I GG einschlägig; wird hingegen eine Speicherkarte ausgelesen oder ein Anrufbeantworter abgehört, greift Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ein.

2. Das BVerfG betont, dass diese Trennung zwischen Kommunikation und Speicherung von Daten eine zeitliche, keine technische ist. Bis zur Beendigung des Gesprächs greift Art. 10 I GG ein, nach dem Auflegen hingegen Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Irrelevant sei hingegen, wie und wo Daten gespeichert würden, ob beim Empfänger, Absender oder Dritten (dem Telekommunikationsdienstleister zum Beispiel), auf welchem Gerät (Telefon oder externes Speichermedium) und in welcher Form (digital oder analog).

3. Im konkreten Fall waren gespeicherte Handydaten der Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Durchsuchung bekannt geworden. Das BVerfG bejahte daher neben einem Eingriff in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG einen solchen in Art. 13 I GG. Dieser habe wieder eine

andere Schutzrichtig als Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und stehe zu diesem daher in Idealkonkurrenz mit der Folge, dass beide Grundrechte betroffen (und, da der Eingriff sich im Fall nicht rechtfertigen ließ, auch beide verletzt) waren.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft drei Grundrechte und ihr Verhältnis zueinander. Sie lässt sich daher sehr gut in Prüfungsaufgaben übernehmen. Äußerst unglücklich ist allerdings der Prüfungsaufbau des BVerfG, das Art. 13 I GG innerhalb des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG prüft und auch nicht sauber zwischen den Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (durch Auslesen der Daten) und die Unverletzlichkeit der Wohnung (durch die Durchsuchung) differenziert. Völlig durcheinander gerät die Prüfung dann in der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die für beide Grundrechte zusammen geprüft wird und wo einmal von Durchsuchung, im nächsten Satz jedoch wieder von der Datenerhebung die Rede ist. Für ein Gutachten empfiehlt sich statt dessen folgender Aufbau:

I. Prüfung von Art. 10 I GG. Dort wäre eine Schutzbereichsbetroffenheit zu verneinen, weil das Fernmeldegeheimnis nur den Kommunikationsvorgang selbst, also das Telefonieren, nicht jedoch die anschließende Speicherung der Daten schützt.

II. Prüfung von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Ein Eingriff in den Schutzbereich durch den Zugriff auf die Daten wäre zu bejahen und auf seine Rechtfertigung durch die Schranken des Grundrechts zu überprüfen.

III. Prüfung von Art. 13 I GG durch die Durchsuchung. Auch hier wäre ein Eingriff in den Schutzbereich zu bejahen und an den Schranken des Art. 13 II GG zu messen.

Vertiefungshinweise:

Beschlagnahme eines Mobiltelefons: *BVerfG*, RA 2005, 173 = *NStZ* 2005, 337

Präventive Telefonüberwachung: *BVerfG*, RA 2005, 440 = *GRUR* 2005, 880; *Huber*, *NJW* 2005, 2260

Urteil des BVerfG zum "großen Lauschangriff": *BVerfG*, RA 2004, 153 und 280 = *NJW* 2004, 999

Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des "G 10": *BVerfG*, RA 1999, 411 = *BVerfGE* 93, 181

Leitsätze:

1. Die nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Verbindungsdaten werden nicht durch Art. 10 Abs. 1 GG, sondern durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und gegebenenfalls durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützt.

2. §§ 94 ff. und §§ 102 ff. StPO genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den hierauf gespeicherten Daten und entsprechen der vor allem für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geltenden Vorgabe, wonach der Gesetzgeber den Verwendungszweck der erhobenen Daten bereichsspezifisch, präzise und für den Betroffenen erkennbar bestimmen muss. Dem wird durch die strenge Begrenzung aller Maßnahmen auf den Ermittlungszweck Genüge getan (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -).

3. Beim Zugriff auf die bei dem Betroffenen gespeicherten Verbindungsdaten ist auf deren erhöhte Schutzwürdigkeit Rücksicht zu nehmen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich um Daten handelt, die außerhalb der Sphäre des Betroffenen unter dem besonderen Schutz des Fernmeldegeheimnisses stehen und denen im Herrschaftsbereich des Betroffenen ein ergänzender Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zuteil wird.

Sachverhalt:

Dem Verfahren liegt die Verfassungsbeschwerde einer Richterin am Amtsgericht zu Grunde, die sich gegen die Anordnung der Durchsuchung ihrer Wohnung aufgrund von § 102 StPO wegen des Verdachts der Verletzung von Dienstgeheimnissen wendet. Die Durchsuchung diene dazu, Kommunikationsverbindungsdaten auf dem Personalcomputer und dem Mobiltelefon der Beschwerdeführerin zu ermitteln, die einen Nachweis für Kontakte mit einem Reporter hätten ergeben können.

Aus den Gründen:

A. Verletzung von Art. 10 I GG

Die angegriffenen Beschlüsse greifen nicht in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis ein. Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht allein gegen die Durchsuchung ihrer Wohnräume an sich, sondern sieht sich durch den damit bezweckten Zugriff auf die in den Endgeräten der Telekommunikation gespeicherten Verbindungsdaten in ihrem Anspruch auf Wahrung der Vertraulichkeit räumlich distanzierter Kommunikation verletzt.

I. Allgemeines zum Schutzbereich

Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleisten die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Informationen und schützen damit zugleich die Würde des Menschen (vgl. *BVerfGE* 67, 157 [171]; 106, 28 [35]; 110, 33 [53]; Dürig, in:

Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt [Stand: Dezember 1973], Art. 10 Rn. 1). Art. 10 GG schützt die private Fernkommunikation. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleisten die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation, wenn diese wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf eine Übermittlung durch andere angewiesen ist und deshalb in besonderer Weise einen Zugriff Dritter - einschließlich staatlicher Stellen - ermöglicht. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis sind wesentlicher Bestandteil des Schutzes der Privatsphäre; sie schützen vor ungewollter Informationserhebung und gewährleisten eine Privatheit auf Distanz (vgl. Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. [2005], Art. 10 Rn. 19).

Das Fernmeldegeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 106, 28 [35 f.]). Die Beteiligten sollen weitestgehend so gestellt werden, wie sie bei einer Kommunikation unter Anwesenden stünden. Das Grundrecht ist entwicklungs offen und umfasst nicht nur die bei Entstehung des Gesetzes bekannten Arten der Nachrichtenübertragung, sondern auch neuartige Übertragungstechniken (vgl. BVerfGE 46, 120 [144]). Die Reichweite des Grundrechts beschränkt sich daher nicht auf die früher von der Deutschen Bundespost angebotenen Fernmeldedienste, sondern erstreckt sich auf jede Übermittlung von Informationen mit Hilfe der verfügbaren Telekommunikationstechniken. Auf die konkrete Übermittlungsart (Kabel oder Funk, analoge oder digitale Vermittlung) und Ausdrucksform (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) kommt es nicht an (vgl. BVerfGE 106, 28 [36]).

II. Unterscheidung zwischen Fernmeldevorgang und gespeicherten Inhalten

Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses umfasst sowohl den Inhalt der Telekommunikation als auch die näheren Umstände des Fernmeldevorgangs. Außerhalb des laufenden Kommunikationsvorgangs werden die im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation jedoch nicht durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt.

1. Fernmeldevorgang

Das Fernmeldegeheimnis schützt in erster Linie die Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen und damit den Kommunikationsinhalt gegen unbefugte Kenntniserlangung durch Dritte. Als Folge der Digitalisierung hinterlässt vor allem jede Nutzung der Telekommunikation personenbezogene Spuren, die gespeichert und ausgewertet werden können. Auch der Zugriff auf diese Daten fällt in den Schutzbereich des Art. 10 GG; das Grundrecht schützt auch die Vertrau-

lichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 110, 33 [53]; Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 - 1 BvR 668/04 -, NJW 2005, S. 2603 [2604]).

Dazu gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Endeinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist. Andernfalls wäre der grundrechtliche Schutz unvollständig; denn die Verbindungsdaten haben einen eigenen Aussagegehalt. Sie können im Einzelfall erhebliche Rückschlüsse auf das Kommunikations- und Bewegungsverhalten zulassen. Häufigkeit, Dauer und Zeitpunkt von Kommunikationsverbindungen geben Hinweise auf Art und Intensität von Beziehungen und ermöglichen auf den Inhalt bezogene Schlussfolgerungen (vgl. dazu BVerfGE 107, 299 [320]).

2. Anschließend gespeicherte Daten

Die nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Kommunikationsverbindungsdaten werden jedoch nicht durch Art. 10 Abs. 1 GG, sondern durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und gegebenenfalls durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützt.

a. Zeitliche Unterscheidung zwischen Fernmeldevorgang und Datenspeicherung

Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet insoweit in dem Moment, in dem die Nachricht bei dem Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist (vgl. Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. [2004], Art. 10 Rn. 42; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. [2005], Art. 10 Rn. 24; Bizer, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Loseblatt [Stand: 2001], Art. 10 Rn. 67; Lührs, wistra 1995, S. 19 [20]; Welp, NStZ 1994, S. 295; Götz, Kriminalistik 2005, S. 300 [301]; Hauschild, NStZ 2005, S. 339 f.; Bär, MMR 2005, S. 523 [524]; Thiede, Kriminalistik 2005, S. 346 [347]; Günther, NStZ 2005, S. 485 [489]). Die spezifischen Gefahren der räumlich distanzierten Kommunikation bestehen im Herrschaftsbereich des Empfängers, der eigene Schutzvorkehrungen gegen den ungewollten Datenzugriff treffen kann, nicht.

Post und Telekommunikation bieten die Voraussetzungen für die private Kommunikation zwischen Personen, die nicht am selben Ort sind, und eröffnen so eine neue Dimension der Privatsphäre (vgl. Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. [2005], Art. 10 Rn. 18 f.). Damit verbunden ist ein Verlust an Privatheit; denn die Kommunizierenden müssen sich auf die technischen Besonderheiten eines Kommunikationsmediums einlassen und sich dem ein-

geschalteten Kommunikationsmittler anvertrauen. Inhalt und Umstände der Nachrichtenübermittlung sind dadurch dem erleichterten Zugriff Dritter ausgesetzt. Die Beteiligten, die ihre Kommunikation mit Hilfe von technischen Hilfsmitteln über Distanz unter Nutzung fremder Kommunikationsverbindungswege ausüben, haben nicht die Möglichkeit, die Vertraulichkeit der Kommunikation sicherzustellen. Art. 10 Abs. 1 GG soll einen Ausgleich für die technisch bedingte Einbuße an Privatheit schaffen und will den Gefahren begegnen, die sich aus dem Übermittlungsvorgang einschließlich der Einschaltung eines Dritten ergeben (vgl. BVerfGE 85, 386 [396]; 106, 28 [36]; 107, 299 [313]). Das Fernmeldegeheimnis knüpft an das Kommunikationsmedium an (vgl. BVerfGE 100, 313 [363]; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. [2005], Art. 10 Rn. 32 und 40; Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. [2004], Art. 10 Rn. 25). Die Nachricht ist mit Zugang bei dem Empfänger nicht mehr den erleichterten Zugriffsmöglichkeiten Dritter - auch des Staates - ausgesetzt, die sich aus der fehlenden Beherrschbarkeit und Überwachungsmöglichkeit des Übertragungsvorgangs durch die Kommunikationsteilnehmer ergeben. Die gespeicherten Inhalte und Verbindungsdaten unterscheiden sich dann nicht mehr von Dateien, die der Nutzer selbst angelegt hat.

b. Eigene Einflussmöglichkeit des Verwenders auf nachträgliche Speicherung

Während für den Kommunikationsteilnehmer keine technischen Möglichkeiten vorhanden sind, das Entstehen und die Speicherung von Verbindungsdaten durch den Nachrichtenmittler zu verhindern oder auch nur zu beeinflussen, ändern sich die Einflussmöglichkeiten, wenn sich die Daten in der eigenen Sphäre des Teilnehmers befinden. Zum einen kann ein unbemerkter Zugriff Dritter auf die gespeicherten Daten ohne Kenntnis des Kommunikationsteilnehmers in der Regel nicht stattfinden. Damit entfällt ein wesentliches Merkmal, das die besondere Schutzbedürftigkeit im Rahmen des Fernmeldegeheimnisses begründet. Zudem hat es der Betroffene in erheblichem Umfang selbst in der Hand, ob die bei ihm vorhandenen Daten dauerhaft gespeichert werden.

Es ist zwar zu bedenken, dass sich die endgültige Löschung elektronisch gespeicherter Dateien regelmäßig nicht bereits durch die Betätigung der Löschfunktion des jeweiligen Gerätes bewerkstelligen lässt; vielmehr ist dies nach den Ausführungen der in der mündlichen Verhandlung gehörten Sachverständigen etwa bei Computerfestplatten erst durch Anwendung einer speziellen Software möglich. Ohne dass es in diesem Zusammenhang auf die wandelbaren Einzelheiten der Löscharbeit digital gespeicherter Daten ankäme, hat der Nutzer in seiner Herrschaftssphäre Möglichkeiten der Datenverarbeitung und -löschung - bis hin zur physischen Zerstörung des Datenträgers -, die ihm nicht zu

Gebote stehen, solange sich die Nachricht auf dem Übertragungsweg befindet oder die Kommunikationsverbindungsdaten beim Nachrichtenmittler gespeichert sind. Der Nutzer kann sich bei den seiner Verfügungsmacht unterliegenden Geräten gegen den unerwünschten Zugriff Dritter durch vielfältige Maßnahmen schützen, etwa durch die Benutzung von Passwörtern oder anderweitiger Zugangscodes sowie - bei Verwendung von Personalcomputern - durch Einsatz von Verschlüsselungsprogrammen und spezieller Software zur Datenlöschung. Die einerseits zu beobachtende zunehmende Komplexität der Gerätefunktionen als Folge der Konvergenz der Medien und Endgeräte geht andererseits vielfach mit einer verbesserten Oberflächengestaltung und Bedienbarkeit der Endgeräte einher. Gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 TKG müssen Diensteanbieter ihren Kunden die Möglichkeit einräumen, die Anzeige der Rufnummer eingehender Anrufe dauernd oder im Einzelfall zu unterdrücken.

c. Parallele zu sonstigen gespeicherten Daten

Für die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 10 GG - vor allem in Abgrenzung zu Art. 2 Abs. 1 GG - kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Nutzer die Löschung der in seiner Sphäre gespeicherten Verbindungsdaten in jedem Fall sicher bewirken kann. Maßgeblich ist vielmehr, dass insoweit eine Vergleichbarkeit mit den sonst in seiner Privatsphäre gespeicherten Daten gegeben ist, etwa dem selbst angelegten Rufnummernverzeichnis in einem Telefongerät oder den auf einer Computerfestplatte abgelegten Informationen. Die spezifischen Risiken eines der Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit des Teilnehmers entzogenen Übertragungsvorgangs bestehen dann nicht mehr.

Der spezielle Schutz des Fernmeldegeheimnisses durch Art. 10 GG schafft einen Ausgleich für den technisch bedingten Verlust an Beherrschbarkeit der Privatsphäre, der durch die Nutzung von Anlagen Dritter zwangsläufig entsteht, und errichtet eine besondere Hürde gegen den vergleichsweise wenig aufwendigen Zugriff auf Kommunikationsdaten, den die Nutzung der Fernmeldetechnik ermöglicht. Demgegenüber wird die von dem Bürger selbst beherrschbare Privatsphäre von anderen Grundrechten, insbesondere Art. 13 Abs. 1 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt.

d. Klarstellung: Keine technische Trennung zwischen Fernmeldevorgang und Datenspeicherung

Die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes endet nicht in jedem Fall am Endgerät der Telekommunikationsanlage (vgl. BVerfGE 106, 28 [37]). Eine Gefährdung der durch Art. 10 GG geschützten Vertraulichkeit der Telekommunikation kann auch durch einen Zugriff am Endgerät erfolgen. Ob Art. 10 Abs. 1 GG

Schutz vor solchen Zugriffen bietet, ist mit Blick auf den Zweck der Freiheitsverbürgung unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährdungslage zu bestimmen (vgl. BVerfGE 106, 28 [37]). Wird der laufende Kommunikationsvorgang überwacht, liegt ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis auch dann vor, wenn die Erfassung des Nachrichteninhalts am Endgerät erfolgt. Die Einheitlichkeit des Übermittlungsvorgangs steht hier einer rein technisch definierten Abgrenzung entgegen (vgl. BVerfGE 106, 28 [38]). Ist die Nachrichtenübermittlung abgeschlossen, bestehen jedoch für die nunmehr bei den Teilnehmern gespeicherten Kommunikationsinhalte und -umstände nicht mehr dieselben spezifischen Risiken, wie sie sich aus der Nutzung einer Fernmeldeeinrichtung als Kommunikationsmedium ergeben.

B. Verletzung von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Die angegriffenen Beschlüsse verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG.

I. Schutzbereich betroffen

1. Keine Subsidiarität zu Art. 13 I GG

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) tritt hier nicht hinter das ebenfalls betroffene Grundrecht aus Art. 13 GG zurück. Art. 13 GG geht zwar als spezielleres Freiheitsrecht regelmäßig Art. 2 Abs. 1 GG vor (vgl. BVerfGE 51, 97 [105]; Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. [2004], Art. 13 Rn. 119; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. [2005], Art. 2 Rn. 73). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht - auch in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung - wird aber dort nicht verdrängt, wo sich der Schutzbereich dieses Grundrechts mit demjenigen eines speziellen Freiheitsrechts nur partiell überschneidet oder in den Fällen, in denen ein eigenständiger Freiheitsbereich mit festen Konturen erwachsen ist (vgl. Scholz, AöR 100 [1975], S. 80 [116 ff.]; Murswiek, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 3. Aufl. [2003], Art. 2 Rn. 138).

So liegt es hier. Richtet sich die angeordnete Wohnungsdurchsuchung auf die Sicherstellung von Datenträgern oder Mobiltelefonen, auf denen Telekommunikationsverbindungsdaten gespeichert sind, so erschöpft sich die Maßnahme nicht in der Überwindung der räumlichen Grenzen der Privatsphäre. Vielmehr erfährt der Eingriff dadurch eine zusätzliche grundrechtsrelevante Qualität, dass er Aufschluss über einen Kommunikationsvorgang geben soll. Der besondere Gehalt des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, der das Grundrecht ausnahmsweise nicht hinter Art. 13 GG zurücktreten lässt, wurzelt in der Eigenheit der Verbindungsdaten und der Gewährleistung einer unversehrten räumlich distanzierten Kommunikation

als Ausdruck der Ergänzungsfunktion zu Art. 10 GG.

2. Sachlicher Schutzbereich

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist von dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 [43]).

Das Grundrecht dient dabei auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann, wenn für den Einzelnen nicht mehr erkennbar ist, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Die Freiheit des Einzelnen, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden, kann dadurch wesentlich gehemmt werden.

Ein von der Grundrechtsausübung abschreckender Effekt fremden Geheimwissens muss nicht nur im Interesse der betroffenen Einzelnen vermieden werden. Auch das Gemeinwohl wird hierdurch beeinträchtigt, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [43]).

3. Verhältnis zu Art. 10 I GG

Fernmeldegeheimnis und Recht auf informationelle Selbstbestimmung stehen, soweit es den Schutz der Telekommunikationsverbindungsdaten betrifft, in einem Ergänzungsverhältnis. In seinem Anwendungsbereich enthält Art. 10 GG bezogen auf den Fernmeldeverkehr eine spezielle Garantie, die die allgemeine Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verdrängt (vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312]; 110, 33 [53]; Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 - 1 BvR 668/04 -, NJW 2005, S. 2603 [2604]). Soweit der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis die Erlangung personenbezogener Daten betrifft, sind dabei die Maßgaben, die das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat (vgl. BVerfGE 65, 1 [44 ff.]), grundsätzlich auch auf die speziellere Garantie in Art. 10 Abs. 1 GG zu übertragen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 110, 33 [53]). Greift Art. 10 GG nicht ein, werden die in der Herrschaftssphäre des Betroffenen gespeicherten personenbezogenen Verbindungsdaten durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Damit wird der besonderen Schutzwürdigkeit der Telekom-

munikationsumstände Rechnung getragen und die Vertraulichkeit räumlich distanzierter Kommunikation auch nach Beendigung des Übertragungsvorgangs gewahrt. [...]

II. Eingriff

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt vor jeder Form der Erhebung personenbezogener Informationen (vgl. BVerfGE 65, 1 [43]; 67, 100 [143]). Ein Durchsuchungsbeschluss, der - wie hier - zielgerichtet und ausdrücklich die Sicherstellung von Datenträgern bezweckt, auf denen Telekommunikationsverbindungsdaten gespeichert sein sollen, greift in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein (vgl. BVerfGE 107, 299 [314] zu Art. 10 GG).

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Schranken

Beschränkungen des Art. 2 Abs. 1 GG bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1919]). §§ 94 ff. StPO und insbesondere §§ 102 ff. StPO entsprechen den verfassungsrechtlichen Vorgaben; auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bedarf es keiner zusätzlichen Eingriffsbeschränkungen.

Der Senat hat bereits entschieden, dass die §§ 94 ff. StPO den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den hierauf gespeicherten Daten genügen (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1919 f.]). Die Vorschriften entsprechen der vor allem für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geltenden Vorgabe, wonach der Gesetzgeber den Verwendungszweck der erhobenen Daten bereichsspezifisch, präzise und für den Betroffenen erkennbar bestimmen muss. Dem wird durch die strenge Begrenzung aller Maßnahmen auf den Ermittlungszweck - insbesondere die Aufklärung der Straftat - Genüge getan (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1920]). Dies gilt auch für die §§ 102 ff. StPO, die zur Vornahme von Durchsuchungsmaßnahmen ermächtigen und die Voraussetzungen dafür näher bestimmen. Da § 94 StPO grundsätzlich die Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern oder die Kopie der entsprechenden Daten ermöglicht, können auch dazu erforderliche Durchsuchungen angeordnet und durchgeführt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßig-

keit verlangt auch in Ansehung der besonderen Schutzwürdigkeit der im Endgerät des Betroffenen gespeicherten Verbindungsdaten und des insoweit bestehenden Ergänzungsverhältnisses von Art. 10 GG und Art. 2 Abs. 1 GG keine über die Voraussetzungen der §§ 94 ff. und §§ 102 ff. StPO hinausgehenden speziellen Eingriffsbeschränkungen [wird ausgeführt].

2. Eingriff von Schranken gedeckt

Der erhebliche Eingriff sowohl in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als auch in die Unverletzlichkeit der Wohnung bedarf jeweils im konkreten Fall einer Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 20, 162 [186 f.]; 96, 44 [51]; Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1920]).

a. Auch Eingriff in Schutzbereich des Art. 13 I GG

Die angegriffenen Beschlüsse sind auch an Art. 13 Abs. 1 und 2 GG zu messen. Art. 13 Abs. 1 GG bestimmt die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet (vgl. BVerfGE 42, 212 [219]; 103, 142 [150]). In seinen Wohnräumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 51, 97 [107]; 103, 142 [150]). Art. 13 Abs. 1 GG gewährt ein Abwehrrecht zum Schutz der räumlichen Privatsphäre und soll Störungen vom privaten Leben fernhalten (vgl. BVerfGE 89, 1 [12]).

Die grundrechtliche Gewährleistung wird dadurch verstärkt, dass Durchsuchungen nach Art. 13 Abs. 2 GG nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe, angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden dürfen. Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 57, 346 [355 f.]; 76, 83 [91]; 103, 142 [151]). Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können (vgl. BVerfGE 77, 1 [51]; 103, 142 [151]). Der Richter muss die beabsichtigte Maßnahme eigenverantwortlich prüfen; er muss dafür Sorge tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Durchsuchung genau beachtet werden (vgl. BVerfGE 9, 89 [97]; 57, 346 [355 f.]; 103, 142 [151]). Ihn trifft die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt (vgl. BVerfGE 103, 142

[151]).

b. Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 13 I GG

Der erhebliche Eingriff sowohl in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als auch in die Unverletzlichkeit der Wohnung bedarf jeweils im konkreten Fall einer Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 20, 162 [186 f.]; 96, 44 [51]; Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1920]).

aa. Durchsuchung

Die Durchsuchung muss vor allem in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen (vgl. BVerfGE 20, 162 [186 f.]; 59, 95 [97]; 96, 44 [51]; Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1922]). Hierbei ist nicht nur die Bedeutung des potentiellen Beweismittels für das Strafverfahren, sondern auch der Grad des auf die verfahrenserheblichen Gegenstände oder Daten bezogenen Auffindeverdachts zu bewerten (Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1922]). Zum Zwecke der strafrechtlichen Ermittlung darf in die Wohnung eines Verdächtigen nur eingedrungen werden, wenn sich gegen ihn ein konkret zu beschreibender Tatvorwurf richtet, also mehr als nur vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen (vgl. BVerfGE 44, 353 [371 f.]; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 - 2 BvR 1621/03 -, BVerfGK 2, 290 [295]). Die Durchsuchung muss zudem im Blick auf den bei der Anordnung verfolgten Zweck vor allem Erfolg versprechen (vgl. BVerfGE 42, 212 [220]; 96, 44 [51]).

bb. Zugriff auf die Mobilfunkdaten

Beim Zugriff auf die bei dem Betroffenen gespeicherten Verbindungsdaten ist auf deren erhöhte Schutzwürdigkeit Rücksicht zu nehmen (vgl. oben C.I.2.a) und C.II.5.b)cc)(1). Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich um Daten handelt, die außerhalb der Sphäre des Betroffenen unter dem besonderen Schutz des Fernmeldegeheimnisses stehen und denen im Herrschaftsbereich des Betroffenen ein ergänzender Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zuteil wird. Hierbei sind auch die Bedeutung der zu erfassenden Verbindungsdaten für das Strafverfahren sowie der Grad des auf die Verbindungsdaten bezogenen Auffindeverdachts zu bewerten (Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S. 1917 [1921]). Im Einzelfall können die Geringfügigkeit der

zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnahmenden Verbindungsdaten sowie die Vagheit des Auffindeverdachts der Maßnahme entgegenstehen.

Dem Schutz der Verbindungsdaten muss bereits in der Durchsuchungsanordnung, soweit die konkreten Umstände dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks erlauben, durch Vorgaben zur Beschränkung des Beweismaterials auf den tatsächlich erforderlichen Umfang Rechnung getragen werden. Dabei ist vor allem an die zeitliche Eingrenzung der zu suchenden Verbindungsdaten zu denken oder an die Beschränkung auf bestimmte Kommunikationsmittel, wenn die Auffindung verfahrensrelevanter Daten in anderen Endgeräten des Betroffenen von vornherein nicht in Betracht kommt. Bei dem Vollzug von Durchsuchung und Beschlagnahme - insbesondere beim Zugriff auf umfangreiche elektronisch gespeicherte Datenbestände - sind die verfassungsrechtlichen Grundsätze zu gewährleisten, die der Senat in seinem Beschluss vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 - entwickelt hat (vgl. NJW 2005, S. 1917 [1921 f.]). Hierbei ist vor allem darauf zu achten, dass die Gewinnung überschießender, für das Verfahren bedeutungsloser Daten nach Möglichkeit vermieden wird. Die Beschlagnahme sämtlicher auf einer Computerfestplatte gespeicherter Daten oder der gesamten Datenverarbeitungsanlage allein zum Zweck der Erfassung von Verbindungsdaten, etwa des E-Mail-Verkehrs, wird regelmäßig nicht erforderlich sein; vielmehr dürfte im Regelfall wegen des von vornherein beschränkten Durchsuchungsziels die Durchsicht der Endgeräte vor Ort genügen.

cc. Subsumtion

Die angegriffenen Beschlüsse des Landgerichts entsprechen nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

(1). Kontrolldichte des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht kann die angegriffenen Entscheidungen nicht umfassend auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern nur darauf überprüfen, ob ein Fehler sichtbar wird, der auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts - insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs - beruht oder ob die Rechtsanwendung bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 f.]; 95, 96 [127 f.]).

(2). Ergebnis

Danach verletzen die angegriffenen Beschlüsse des Landgerichts die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 13 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. [...] Das Landgericht hat zwar die Durchsuchungsanordnung hinreichend genau gefasst und zu Recht die Überprüfung der Verbindungsdaten auf den möglichen Tatzeitpunkt beschränkt. Es mag auch dahinstehen, ob die

bekannten Tatsachen überhaupt die Annahme eines Tatverdachts zuließen. Allenfalls war dieser als äußerst gering zu bewerten und vermochte - auch mit Blick auf die zwischenzeitlich verstrichene Zeit und die hierdurch bedingte äußerst geringe Auffindewahr-

scheinlichkeit - keinesfalls die vorgenommenen schwerwiegenden Eingriffe in die Grundrechte der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen [wird ausgeführt].

Standort: Straßenrecht

Problem: Ermessen bei Sondernutzungserlaubnis

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 02.08.2006
11 A 2642/04 (NWVBL 2007, 64)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis von Nebenbestimmungen abhängig gemacht werden kann.

1. Die Benutzung einer Straße über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung. Gemeingebrauch ist alles, was vom Widmungszweck der Straße umfasst ist. Ob eine Sondernutzung der Straße vorliegt, kann somit nicht einheitlich beantwortet werden, sondern richtet sich nach der Art der Nutzung und der Widmung der Straße. Das Autofahren ist bspw. auf einer Landstraße Gemeingebrauch, in der Fußgängerzone hingegen Sondernutzung.

2. Die Sondernutzung ist nach den straßen- und wegerechtlichen Bestimmungen der Länder von einer Erlaubnis abhängig (im Fall: § 18 I 2 StrWG NRW). Der Erlass von Nebenbestimmungen zu dieser Erlaubnis wird vielfach explizit zugelassen (im Fall: § 18 II 2 StrWG NRW); soweit keine explizite Regelung existiert, greift § 36 II VwVfG ein, da kein gebundener Anspruch auf die Sondernutzungserlaubnis i.S.d. § 36 I VwVfG besteht. Deren Erteilung liegt vielmehr im Ermessen der Behörde.

3. Bei der Ermessensentscheidung ist die Behörde jedoch nicht frei. Die Sondernutzungserlaubnis darf nach der hier wiedergegebenen Ansicht des OVG NRW vielmehr nur aus straßen- und wegerechtlichen Gründen versagt oder von Nebenbestimmungen abhängig gemacht werden. Solche sieht das Gericht etwa in der Leichtigkeit des Verkehrs, dem Schutz des Straßengrundes, dem Ausgleich der Interessen aller Benutzer etc. (vgl. im Einzelnen die Entscheidungsgründe), nicht aber in allgemeinen polizei- und ordnungsrechtlichen Erwägungen. Deshalb hielt es im vorliegenden Fall die zum Schutz der öffentlichen Ordnung erteilte Auflage, an einem Informationsstand keine schockierenden Bilder von abgetriebenen Föten zu zeigen, für ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

Prüfungsrelevanz:

Schon § 40 VwVfG bestimmt, dass sich die Ermessensausübung am Zweck des Gesetzes zu orientieren und die Ermessensgrenzen nicht zu überschreiten hat.

Eine saubere Ermessensprüfung hat also zunächst den Zweck der Ermächtigung zu ermitteln und sodann zu prüfen, ob dieser sich in den Ermessenserwägungen der Behörde widerspiegelt. Dass der Zweck der Sondernutzungserlaubnis straßen- und wegerechtlich motiviert ist, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Insofern überzeugt es, wenn das OVG NRW die zulässigen Ermessenserwägungen auf solche straßen- und wegerechtlichen Belange beschränkt. In praxi werden aber immer wieder polizei- und ordnungsrechtliche Belange zum Anlass genommen, Sondernutzungserlaubnisse zu verweigern oder - wie hier - von Auflagen abhängig zu machen. Man sollte sich gut einprägen, dass das nicht geht.

Prozessual enthalten die Urteilsgründe beiläufig die Feststellung, dass die vorliegende Nebenbestimmung angefochten werden konnte (bzw. nach ihrer Erledigung eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO statthaft ist). Damit folgt das OVG NRW der in der Rspr. des BVerwG zu beobachtenden Tendenz, die Anfechtung von Nebenbestimmungen umfassend zuzulassen, sofern eine Teilbarkeit der Nebenbestimmung vom Grundverwaltungsakt nicht logisch-prozessual von vornherein ausscheidet (vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Nur straßenrechtliche Kriterien bei Sondernutzungserlaubnissen zulässig: *VGH BW*, RA 2001, 190 = *NVwZ-RR* 2001, 159

Abgrenzung von Sondernutzung und Gemeingebrauch: *VG Berlin*, RA 2004, 472 = *NVwZ* 2004, 761 (Zelt für Hungerstreik); *VG Karlsruhe*, RA 2002, 47 = *NJW* 2002, 160; *BayVGH*, RA 2000, 376 = *BayVBl* 2000, 408 (beide zu Verkauf von Sonntagszeitungen); *VG Gießen*, RA 2001, 445 = *NVwZ-RR* 2001, 418; *SaarlOVG*, RA 1999, 248 = *NVwZ-RR* 1999, 218 (beide zu Wahlplakaten)

Drittschutz gegen Sondernutzungserlaubnis: *BayVGH*, RA 2004, 622 = *BayVBl* 2004, 533

Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen: *BVerwG*, RA 2001, 249 = *NVwZ* 2001, 429; *BVerwG*, RA 2001, 448 = *BayVBl* 2001, 474; *Störmer*, *DVBl* 1996, 81; *Schmidt*, *NVwZ* 1996, 1188

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Die störende Wahlwerbung"

Leitsätze:

1. Bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis hat sich die behördliche Ermessensausübung an Gründen zu orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Zu diesen Gründen können insbesondere ein einwandfreier Straßenzustand, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, der Ausgleich zeitlich und örtlich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßenbenutzer und Straßenanlieger oder Belange des Straßen- und Stadtbildes zählen.

2. Die für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde ist im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung aber nicht zur Beachtung aller anderen öffentlichen Belange berufen, die nur mittelbar im Zusammenhang mit der Straße stehen, d.h. insbesondere nicht zur Berücksichtigung allgemeiner ordnungsbehördlicher Gesichtspunkte.

Sachverhalt:

Der klagende Verein betreibt unter anderem durch Informationsstände Aufklärung zu Fragen der Abtreibung. Hierbei werden unter anderem Fotos mit der Abbildung toter, teils zerstückelter abgetriebener Föten und Teile toter Föten öffentlich gezeigt. Auf Antrag des Klägers erteilte ihm die Straßenbaubehörde eine Sondernutzungserlaubnis zur Inanspruchnahme eines öffentlichen Platzes, um dort einen Informationsstand aufzustellen. Des Weiteren verfügte die Behörde unter Hinweis auf das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Ordnung i.S.d. § 14 Abs. 1 OBG NRW: "Es ist untersagt, schockierende Photographien (z.B. Bilder von Totgeburten) und Darstellungen von Menschenrechtsverletzungen öffentlich an Plakattafeln zur Schau zu stellen. Sie dürfen nur interessierten Erwachsenen in Mappen zur Verfügung gestellt werden."

Gegen diese Nebenbestimmung wandte sich der Kläger ohne Erfolg. Nachdem sich die Sondernutzungserlaubnis zwischenzeitlich infolge Zeitablaufs erledigt hatte, stellte das OVG auf die zugelassene Berufung des Klägers fest, dass die angegriffene Nebenbestimmung rechtswidrig war.

Aus den Gründen:

Es ist antragsgemäß festzustellen, dass die angegriffene Nebenbestimmung rechtswidrig war, denn sie ist ermessensfehlerhaft erlassen worden.

A. Ermessensspielraum eröffnet

Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis steht grundsätzlich im Ermessen der Behörde. Ferner kann eine Sondernutzungserlaubnis gem. § 18 Abs. 2 Satz 2 StrWG NRW nach Ermessen mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

B. Grenzen

Der Behörde ist aber kein völlig freies Ermessen eröff-

net Sie hat ihr Ermessen vielmehr gem. § 40 VwVfG NRW entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

I. Zweck des Erlaubnisvorbehalts

Der gesetzliche Erlaubnisvorbehalt für eine straßen- und wegerechtliche Sondernutzung soll eine Nutzung der betroffenen Straßen und Wege sicherstellen, die den Widmungszweck, insbesondere den Gemeingebrauch, nicht wesentlich beeinträchtigt. Damit dient das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in erster Linie der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs, so wie ihn die Widmung der öffentlichen Sache zulässt. Nach der ständigen Rechtsprechung des beschließenden Gerichts hat sich die behördliche Ermessensausübung bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis daher an Gründen zu orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Zu diesen Gründen können insbesondere zählen ein einwandfreier Straßenzustand - Schutz des Straßengrundes und des Zubehörs -, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, der Ausgleich zeitlich und örtlich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßenbenutzer und Straßenanlieger - etwa Schutz vor Abgasen, Lärm oder sonstigen Störungen - oder Belange des Straßen- und Stadtbildes, d.h. baugestalterische oder städtebauliche Vorstellungen mit Bezug zur Straße und auf Grund eines konkreten Gestaltungskonzeptes - Vermeidung einer "Übermöblierung" des öffentlichen Straßenraumes, Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes u.Ä. - (vgl. OVG NRW, Urteil vom 21.7.1994 - 23 A 2163/93; Urteil vom 24.11.1994 - 23 A 742/93, MittNWSStGB 1995, 50; Beschluss vom 8.4.2005 - 11 A 2420/04, jeweils m.w.N.).

II. Sondernutzungssatzung der Stadt

Dass nur straßenbezogene Gesichtspunkte die Ablehnung einer Sondernutzungserlaubnis oder deren Verbindung mit Nebenbestimmungen rechtfertigen können, sieht auch die Sondernutzungssatzung der Stadt vor. Nach § 19 Satz 1 StrWG NRW kann die Gemeinde durch Satzung bestimmte Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten und in den Gemeindestraßen von der Erlaubnispflicht befreien und die Ausübung regeln. In § 6 Abs. 1 Satz 2 der Sondernutzungssatzung ist dementsprechend ausdrücklich bestimmt: "Sie (die Sondernutzungserlaubnis) kann versagt, widerrufen oder unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden, wenn dies für die Sicherheit und Ordnung des Verkehrs, zum Schutze der Straße oder zur Wahrung stadtgestalterischer oder städtebaulicher Belange erforderlich ist."

Neben der nach dem übergeordneten Landesstraßenrecht bereits bestehenden Bindung der Beklagten, bei ihrer Ermessensausübung nur Gründe mit einem straßenrechtlichen Bezug zu berücksichtigen, folgt dies

also ebenfalls aus dem nachgeordneten Satzungsrecht.

III. Polizei- und ordnungsrechtliche Belange

1. Grundsätzlich irrelevant

Demgegenüber ist die für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung jedoch nicht zur Beachtung aller anderen öffentlichen Belange berufen, die nur mittelbar im Zusammenhang mit der Straße stehen, d.h. insbesondere nicht zur Berücksichtigung allgemeiner ordnungsbehördlicher Gesichtspunkte (vgl. OVG NRW Beschluss vom 18.4.2005 - 11 A 2420/04; Fickert, Straßenrecht in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Aufl. 1989, § 18 StrWG NRW RdNr. 22; Sauthoff, Straße und Anlieger, 2003, RdNr. 657 ff.).

2. Allerdings fehlendes Sachbescheidungsinteresse bei evidenter Absicht, Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu begehen

Wenn mit der Sondernutzung evident die Begehung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verbunden wäre (vgl. in diesem Zusammenhang OVG NRW, NVwZ 1988, 269, 270; Urteil vom 14.4.1994 - 23 A 3521/91 -; siehe auch Fickert, a.a.O., § 18 StrWG NRW RdNr. 23), könnte von der Straßenbehörde allenfalls dem Gesichtspunkt Rechnung getragen werden, dass in einem solchen Fall das Interesse des eine Sondernutzungserlaubnis Beantragenden an der Erteilung einer uneingeschränkten, d.h. auch nicht mit Nebenbestimmungen versehenen Sondernutzungserlaubnis rechtlich nicht schutzwürdig wäre. Insoweit würde nämlich - wie in anderen Rechtsbereichen auch - der allgemeine Rechtsgedanke gelten, dass kein schützenswertes Interesse an der Erteilung einer Erlaubnis gegeben ist, wenn deren legaler Ausübung zwingende Hindernisse aus einem anderen Rechtsgebiet entgegenstehen. Im Übrigen kann die Straßenbehörde aus Kompetenzgründen, wenn die Sondernutzungserlaubnis zu einem gesetzwidrigen Verhalten missbraucht werden sollte, nur die zuständige Ordnungs- bzw. Polizeibehörde informieren und diese um entsprechende Maßnahmen bitten (so auch HessVGH, NVwZ 1987, 902, 903).

C. Subsumtion

Gemessen an diesen Maßstäben lagen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 StrWG NRW für den Erlass der in Rede stehenden Nebenbestimmung nicht vor. Die Beklagte hat - offensichtlich als Straßen- und nicht

als allgemeine Ordnungsbehörde handelnd - in ihrem Widerspruchsbescheid vom 18. Dezember 2003 zwar ausgeführt, "bei Erteilung der Sondernutzungserlaubnis sind Ermessensgesichtspunkte in erster Linie die Wahrung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie eines einwandfreien Straßenzustandes". Diese Erwägung ist dort allerdings nicht vor die Klammer gezogen, sondern steht räumlich wie inhaltlich ausschließlich im Zusammenhang mit der Begründung, warum der Sondernutzungserlaubnis ebenfalls die im vorliegenden Berufungsverfahren nicht mehr zum Streitgegenstand gehörende Nebenbestimmung betreffend die Untersagung einer Mitgliederwerbung beigefügt worden ist. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts und der Beklagten in ihrer Berufungserwiderung vermag daher der aus § 1 Abs. 2 StVO abzuleitende Verkehrssicherheitsgedanke die Ermessensausübung der Beklagten hinsichtlich der weiteren Nebenbestimmung zur Untersagung des Zeigens "schockierender Bilder" nicht zu tragen.

Die von der Beklagten im Widerspruchsbescheid geäußerte Wertung, es liege eine Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne des § 14 Abs. 1 OBG NRW vor, weil "die von der B.M. e.V. dargestellten Bilder nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS) als jugendgefährdend einzuschätzen sind", ist eine im allgemeinen Ordnungsrecht angesiedelte Erwägung, die nach dem vorstehend Dargelegten eine ermessensfehlerfreie Entscheidung auf straßenrechtlicher Grundlage nicht zu begründen vermag. Hinzu kommt, dass die Bestimmung des § 1 Abs. 1 GjS im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides vom 18. Dezember 2003 gar nicht mehr galt. Denn das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 1985 (BGBl I S. 1502), zuletzt geändert durch Art. 8b des Gesetzes vom 15. Dezember 2001 (BGBl I S. 3762), ist nach § 30 Abs. 1 Satz 2 des Jugendschutzgesetzes vom 23. Juli 2002 (BGBl I S. 2730), das gemäß der Bekanntmachung vom 1. April 2003 am gleichen Tag in Kraft getreten ist (BGBl I S. 476), außer Kraft getreten. Die Frage, ob ein Medium nach altem wie nach neuem Recht unter Zugrundelegung der gleichen Maßstäbe als jugendgefährdend einzustufen ist, bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Es wäre nämlich Sache der Beklagten gewesen, wenn sie es denn überhaupt erkannt hätte, dies im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen darzulegen.

Standort: VerwR AT**Problem: Verwaltungsakt**

BVERWG, BESCHLUSS VOM 01.11.2006
9 B 25.05 (NVWZ 2007, 340)

Problemdarstellung:

I. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, welche Rechtsnatur Fahrwassertonnen aufweisen, mit denen Schiffen das Fahrwasser gewiesen wird. Das BVerwG stuft diese als Verwaltungsakte in Form von Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) ein. Dabei zieht es eine Parallele zu Verkehrszeichen im Straßenverkehr, die es in st.Rspr. ebenfalls als Allgemeinverfügungen ansieht; diese Rspr. beziehe sich nicht spezifisch auf den Straßenverkehr, sondern gelte auch für Schifffahrtswege. Ausführungen macht das Gericht dabei nicht zu dem sonst bei Verkehrszeichen vorwiegend problematisierten Merkmal des "Einzelfalls" (§ 35 S. 1 VwVfG), sondern zur Regelungswirkung. Ähnlich wie bei Verkehrszeichen, wo auch nur Ge- und Verbotsschilder, nicht aber bloße Hinweisschilder Regulation entfalten, müsse auch für die Fahrwassertonnen geprüft werden, ob sie bloße Hinweise in Form von Sichtzeichen seien oder unmittelbare Rechtsfolgen entfalten. Letzteres sei der Fall, denn durch die Fahrwassertonnen würden die Schiffe nicht nur das Fahrwasser hingewiesen (wie etwa bei einem unverbindlichen Vorschlag, die gekennzeichnete Route sei die beste und sicherste), sondern der Rechtsstatus des gekennzeichneten Fahrwassers als Seeschifffahrtsstraße werde unmittelbar durch die Kennzeichnung mit den Fahrwassertonnen bestimmt. Darin liege der Regelungscharakter.

II. Verlegungen der Fahrwassertonnen (und die damit verbundenen Änderungen des Fahrwassers) werden seit vielen Jahren in den "Bekanntmachungen für Seefahrer", einem Blatt des Wasser- und Schifffahrtsamtes Hamburg publik gemacht. Das BVerwG sieht jedoch schon unmittelbar im Anbringen der Tonnen ihre (konkludente, § 37 II VwVfG) Bekanntmachung i.S.d. §§ 43 I, 41 VwVfG, demgemäß in einer Verlegung auch die (konkludente) Bekanntmachung einer neuen Fahrwasserregelung. Dies hat zwei Konsequenzen:

1. Bereits unmittelbar nach Installation bzw. Verlegung der Tonnen entfalten diese Regelungswirkung, so dass ab dann nur noch das (neu) gekennzeichnete Fahrwasser als Seeschifffahrtsstraße ausgewiesen ist.
2. Die zeitlich später erfolgte Veröffentlichung in den "Bekanntmachungen für Seefahrer" ist dann keine (eigene) Bekanntgabe mehr, sondern ein bloßer Hinweis auf die bereits mit Anbringung der Fahrwassertonnen konkludent erfolgte Bekanntmachung.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft das immergrüne Problem der

VA-Merkmale und der Bekanntgabe von Verwaltungsakten. Dass Verkehrszeichen aller Art - nach der vorliegenden Entscheidung also nicht nur solche des Straßenverkehrs - als Allgemeinverfügungen nach § 35 S. 2 VwVfG behandelt werden, gehört zum unerlässlichen Examenswissen. Lediglich eine ältere Mindermeinung stuft sie noch als Rechtsverordnung ein, weil es an einer Einzelfallregelung fehle (vgl. Vertiefungshinweise).

Dass ggf. neben dem Merkmal Einzelfall auch das Merkmal Regelung zu prüfen (und bei bloßen Warn- und Hinweisschildern zu verneinen ist), darf dabei nicht aus den Augen verloren werden.

Vertiefungshinweise:

- Verkehrszeichen als Verwaltungsakt: *BVerwGE* 102, 316; 59, 221; 92, 32; 97, 214; *BayVGH*, *NVwZ* 1984, 383; *Prutsch*, *JuS* 1980, 566
- Verkehrszeichen als Rechtsverordnung: *BayVGH*, *NJW* 1978, 1988; *Renck*, *JuS* 1967, 545; *Obermayer*, *NJW* 1980, 2387
- Bekanntgabe von Verkehrszeichen: *OVG NRW*, *RA* 2005, 320 = *NWVB1* 2005, 176
- Einzelfallregelung: *VG Freiburg*, *RA* 2005, 577 = *NVwZ-RR* 2005, 597
- Schulnote als Verwaltungsakt: *VG Braunschweig*, *RA* 2004, 561 = *NVwZ-RR* 2004, 576
- Regelungswirkung bei Verwarnung: *VG Neustadt*, *RA* 2002, 297 = *NVwZ-RR* 2002, 272
- Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verkehrszeichen: *VGH Kassel*, *RA* 1999, 457 = *NJW* 1999, 2057; *Rinze*, *NZV* 1999, 399; *Klenke*, *NWVB1* 1994, 288
- Klagebefugnis gegen Verkehrszeichen: *BVerwG*, *RA* 2004, 312 = *DVB1* 2004, 518

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Sichtzeichen, die der Begrenzung des Fahrwassers einer Seeschifffahrtsstraße dienen, sind Verwaltungsakte in der Form der Allgemeinverfügung.

Sachverhalt:

Die Beklagte hält in ihrer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision folgende Frage für grundsätzlich klärungsbedürftig: "Stellen Fahrwassertonnen, die Sichtzeichen nach der Seeschifffahrtsstraßen-Ordnung sind, wie im Straßenverkehr Allgemeinverfügungen und damit Verwaltungsakte dar und gilt dies ebenso für die Bekanntmachung von Fahrwasser-

tonnenverlegungen in den Bekanntmachungen für Seefahrer?" Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Rechtsnatur von Fahrwassertonnen

Soweit sich die Frage in ihrem ersten Teil auf die Rechtsnatur von Fahrwassertonnen richtet, ist sie nicht klärungsbedürftig, weil sie sich auf Grundlage der gesetzlichen Definitionen des Verwaltungsakts und der Allgemeinverfügung (§ 35 VwVfG) sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rechtsnatur von Verkehrszeichen beantworten lässt, ohne dass es hierzu der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedürfte. Die zur Begrenzung des Fahrwassers verlegten Tonnen sind hiernach vom Oberverwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht als Verwaltungsakte behandelt worden.

I. Verkehrszeichen als Verwaltungsakte

Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert amtliche Verkehrszeichen, die Ge- oder Verbote treffen oder sonst eine konkrete örtliche Verkehrssituation dauerhaft regeln, als Verwaltungsakte in der Form von Allgemeinverfügungen (vgl. Urteile vom 13. Dezember 1979, BVerwG 7 C 46.78; vom 27. Januar 1993, BVerwG 11 C 35.92 und vom 11. Dezember 1996, BVerwG 11 C 15.95). Diese Rechtsprechung ist nicht auf die Besonderheiten des Straßenverkehrs zugeschnitten und trifft deshalb für Schifffahrtszeichen (§ 5 der Seeschifffahrtsstraßen-Ordnung SeeSchStrO) mit entsprechendem Aussagegehalt in gleicher Weise zu (in diesem Sinne auch Friesecke, Bundeswasserstraßengesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2004, § 34 Rn. 3; Petersen, Deutsches Küstenrecht, 1989, R. 407). Zu derartigen Schifffahrtszeichen gehören auch Tonnen, die der Fahrwasserbegrenzung dienen.

II. Kein bloßes Hinweiszeichen

Dass es sich bei den Fahrwassertonnen um Zeichen handelt, die in Anlage I der Seeschifffahrtsstraßen-Ordnung nicht den Ge- und Verbotsschildern, sondern den Warn- und Hinweiszeichen zugeordnet werden (vgl. Abschnitt I B. 11 und 13), rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn die Aufgabe der Tonnen erschöpft sich nicht in ihrer Warn- und Hinweisfunktion. Vielmehr verlautbaren sie darüber hinaus eine verbindliche Rechtsfolgenanordnung und stellen mithin eine Regelung im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG dar.

Ihr Regelungsgehalt kann freilich nicht darin gesehen werden, dass sie wie die Vorinstanz meint das gesetzliche Fischfangverbot aus § 38 SeeSchStrO konkretisierten. Das Fischfangverbot wird nach der in dieser Vorschrift getroffenen Regelung hinsichtlich seines räumlichen Geltungsbereichs durch Bekanntmachungen nach § 60 Abs. 1 SeeSchStrO konkretisiert. Die

einschlägige Bekanntmachung der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord vom 28. September 1998 verwendet unter Nr. 22.2.1 zwar den näherer Festlegung bedürftigen Begriff des Fahrwassers (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SeeSchStrO), um den Verbotsbereich abzustecken. Diese Bezugnahme stellt aber lediglich eine tatbestandliche Anknüpfung an das Fahrwasser in seiner jeweiligen Ausdehnung dar, ohne dass der Fahrwasserbegrenzung hierdurch die Funktion zugewiesen würde, das Fischereiverbot zu regeln.

Der Regelungscharakter der Tonnen ergibt sich indes schon daraus, dass sie das Fahrwasser festlegen und damit den Rechtsstatus eines Teils der Seeschifffahrtsstraße bestimmen. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SeeSchStrO definiert das Fahrwasser vorrangig nicht mittels materieller Kriterien, sondern bestimmt, Fahrwasser im Sinne der Verordnung seien die Teile der Wasserflächen, die durch die Sichtzeichen B 11 und B 13 in Gestalt u.a. von Tonnen begrenzt oder gekennzeichnet werden. Den Tonnen wird somit konstitutive Wirkung beigemessen; sie dienen dazu, Lage und Ausdehnung des Fahrwassers mit Außenwirkung gegenüber den Benutzern der Seeschifffahrtsstraße verbindlich festzulegen. Diese Festlegung hat rechtliche Bedeutung in vielfacher Hinsicht. Neben dem Fischereiverbot knüpfen zahlreiche Regeln des Schiffsverkehrs an sie an (vgl. §§ 21 bis 26, 31 f. SeeSchStrO). Das belegt deutlich den Charakter der Tonnen als Zustandsregelungen, die im Sinne der 2. Alternative des § 35 Satz 2 VwVfG rechtserhebliche Eigenschaften des abgegrenzten Teils der Seeschifffahrtsstraße begründen.

B. Bekanntmachung von Tonnenverlegungen bloßer Hinweis

Dem zweiten Teil der von der Beschwerde aufgeworfenen Frage kommt gleichfalls keine grundsätzliche Bedeutung zu. Zwar mag er über den konkreten Fall hinausweisen, indem er auf eine ständige Übung des Wasser- und Schifffahrtsamtes Hamburg abhebt, die Verlegung von Fahrwassertonnen in den "Bekanntmachungen für Seefahrer" dieses Amtes publik zu machen. Auch insoweit gilt aber, dass sich die Fragestellung anhand der gesetzlichen Regelung des Verwaltungsakts ohne weiteres beantworten lässt.

Die Bekanntmachung stellt hiernach keinen selbständig neben die Tonnenverlegung tretenden Verwaltungsakt dar, sondern beinhaltet lediglich einen Hinweis auf die mit der Tonnenverlegung als solcher vorgenommene Regelung. Dafür sprechen sowohl Form als auch Inhalt der Bekanntmachung. Diese enthält keine Unterschrift oder Namenswiedergabe des verantwortlichen Amtsträgers, wie sie § 37 Abs. 3 VwVfG für schriftliche Verwaltungsakte vorschreibt. Eine Rechtsbehelfsbelehrung (§ 58 VwGO) als Indiz für die Verwaltungsaktsqualität fehlt ebenfalls. Ihrem Wortlaut nach beschränkt sich die Bekanntmachung darauf, die bereits erfolgte Verlegung der Tonnen un-

ter Angabe ihrer Position mitzuteilen; ein Erklärungswille, der sich auf eine mit der Bekanntmachung selbst bezweckte verbindliche Regelung richtete, kommt in ihr hingegen nicht ansatzweise zum Ausdruck. Schon aus diesen Gründen lassen sich Verlautbarungen dieser Art nicht als Verwaltungsakte qualifizieren. Es kommt hinzu, dass die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 SeeSchStrO getroffene Regelung über die Festlegung des Fahrwassers keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme bietet, neben die in den Tonnen verkörperte Regelung solle ein weiterer Regelungsakt treten, der gleichfalls das Fahrwasser festlege.

Ginge man von zwei Regelungen aus, wäre deren Verhältnis im Übrigen völlig unklar. Käme es zu Abweichungen zwischen ihnen, die schon wegen der wechselnden Strömungs- und Dünungsverhältnisse nicht ausbleiben können, so entstände für Schiffsführer und andere Betroffene Rechtsunsicherheit darüber, welche Regelung maßgeblich wäre. Dass die Fahrwassertonnen unter extremen Witterungsbedingungen abgetrieben werden und dadurch bei offenkundig gravierenden

Abweichungen vom zugewiesenen Standort womöglich ihre Wirksamkeit einbüßen können, rechtfertigt angesichts der vorstehend aufgezeigten, einer Doppelregelung zwingend entgegenstehenden Gesichtspunkte keine andere Beurteilung. Derartigen Ausnahmesituationen muss gegebenenfalls durch eine Neuansbringung abgedrifteter Tonnen Rechnung getragen werden.

Ergibt sich die fehlende Verwaltungsaktsqualität der in Rede stehenden Bekanntmachung mithin ohne weiteres aus dem Gesetz, so vermag die abweichende Beurteilung durch das Berufungsgericht die Zulassung der Revision nicht zu rechtfertigen. Eine fehlerhafte Rechtsanwendung als solche ist nicht geeignet, für die Frage, auf die sie sich bezieht, den Bedarf für eine revisionsgerichtliche Klärung zu schaffen. Die vom Berufungsgericht bestätigte Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung hinsichtlich der Verlegung der Fahrwassertonnen bleibt von der Qualifikation der Bekanntmachung als Hinweis ohne Verwaltungsaktsqualität unberührt. [...]

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 (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Ass. Kathrin Lütke-meier (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) 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 <i>früherer</i> 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 <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: Immobiliarsachenrecht

Problem: Vormerkung

BGH, URTEIL VOM 27.10.2006
V ZR 234/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Klä. verkaufte der Bekl. verschiedene Grundstücke. Der Kaufpreis sollte von der Bekl. in bar entrichtet werden und zwar 14 Tage nach Zugang einer Fälligkeitsbescheinigung des Notars. Deren Erteilung hatte u.a. zur Voraussetzung, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch der Bekl. durch eine Vormerkung gesichert war. Die Klä. konnte bzgl. eines der Grundstücke die Auflassungsvormerkung nicht bewilligen, da sie zu diesem Zeitpunkt ihrerseits noch kein Eigentum an dem fraglichen Grundstück hatte. Mithin trat die Klä. der Bekl. wirksam den ihrerseits bestehenden und vormerkungsgesicherten Anspruch auf Auflassung des Grundstücks ab. Die Klä. begehrt die Erstattung von Verzugszinsen und Kosten für die Rechtsverteidigung. Beide Ansprüche setzten die Fälligkeit des Kaufpreises voraus.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr in der Berufung stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Prüfungsrelevanz:

In der Entscheidung ging es im Kern um die Frage, wann der Anspruch der Klä. gegen die Bekl. auf Entrichtung des Kaufpreises gem. §§ 433 II, 311 b I BGB fällig ist. Die Parteien hatten vertraglich vereinbart, dass der Kaufpreis 14 Tage nach Zugang einer Fälligkeitsbescheinigung des Notars gezahlt werden soll. Die Erteilung der Fälligkeitsbescheinigung hatte u.a. die Voraussetzung, dass der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums durch eine Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB gesichert werden soll. Eine Bewilligung konnte bzgl. des einen Grundstücks nicht erfolgen, da die Klä. ihrerseits kein Eigentum daran hatte. Es stellte sich die Frage, ob die Abtretung des Anspruchs der Klä. auf Auflassung, der ebenfalls durch eine Auflassungsvormerkung gesichert war, ausreichend ist, um die Fälligkeit des Kaufpreises auszulösen. Dies lehnte der erkennende Senat ab, so dass die Revision Erfolg hatte. Der Anspruch aus abgetretenem Recht und der originäre Anspruch auf Auflassung sind nicht gleichwertig. Daher vermag der Anspruch aus

abgetretenem Recht die Fälligkeit des Kaufpreises gem. § 433 II, 311 b I BGB nicht auszulösen. Dies ist deshalb der Fall, da die Vormerkung ein akzessorisches Sicherungsrecht ist und insoweit von dem Bestand der Forderung abhängig ist. Der Käufer hat jedoch auf den Bestand der abgetretenen Forderung keinen Einfluss. Sofern also die Forderung nicht besteht oder erlischt, erlischt auch die Vormerkung und ist daher wirkungslos. Daher ist die Rechtsstellung des Käufers im Abtretungsfall eine schwächere als im Fall des originären Anspruchs.

Vertiefungshinweise:

- Zur Vormerkung einer Bauhandwerkersicherungshypothek: *BGH*, RA 2002, 25 = *NJW* 2001, 3701
- Zu examensrelevanten Problemen der Vormerkung: *Stamm*, JuS 2003, 48
- Zur Neueintragung einer erloschenen Vormerkung zur Sicherung eines deckungsgleichen Anspruchs: *BGH*, *NJW* 2000, 805 mit Anmerkungen *Zimmer*, *NJW* 2000, 2978

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das vorgemerkte Schwimmbad"
- Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Sicherheit aus abgetretener und originärer Vormerkung sind nicht gleichzusetzen. Der Käufer hat auf den Bestand des abgetretenen Anspruchs keinen Einfluss. Besteht der Anspruch nicht, erlischt die Vormerkung bedingt durch die Akzessorität und ist daher wirkungslos.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 28.11.1996 verkaufte die Klä. der Bekl. verschiedene Grundstücke sowie eine unvermessene Grundstücksteilfläche zu einem Gesamtkaufpreis von 4.199.999,60 DM. Eines dieser Grundstücke stand noch nicht im Eigentum der Klä.. Sie hatte dieses zuvor von der Fa. V. GmbH (V.) gekauft, welche es ihrerseits von der Fa. A. -GmbH (A.) gekauft hatte, und diese von der Stadt S.. Der von der Bekl. bar zu entrichtende Kaufpreis sollte 14 Tage nach Zugang einer Fälligkeitsbescheinigung des Notars gezahlt werden, die u. a. zur Voraussetzung hatte, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch der Bekl. -

ausgenommen die unvermessene Teilfläche - durch Eintragung von Vormerkungen gesichert war. Hinsichtlich des der Klä. bereits gehörenden Grundbesitzes wurde die Vormerkung am 26.02.1997 eingetragen. In das Grundbuch des Grundstücks, das die Klä. gekauft hatte, das aber noch nicht in deren Eigentum stand, wurde am selben Tage die Abtretung einer Vormerkung seitens der A. eingetragen, deren Eigentumsverschaffungsanspruch gegen die Stadt S. entsprechend gesichert worden war. Der Notar stellte eine Fälligkeitsbescheinigung aus. Die Bekl. zahlte den Kaufpreis nicht innerhalb von 14 Tagen, sondern erst nach weiteren 15 Tagen. Die Klä. verlangt - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - vertraglich bestimmte Verzugszinsen in Höhe von zuletzt 18.200 DM auf den bar zu entrichtenden Kaufpreis sowie die Erstattung von Anwaltsgebühren wegen eines Mahnschreibens vom 04.04.1997 in Höhe von 24.614,42 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klä. ist in dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat anwaltlich nicht vertreten gewesen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint, dass der Klä. der geltend gemachte Anspruch wegen verspäteter Zahlung des Nettokaufpreises zustehe. Die Fälligkeitsmitteilung des Notars sei inhaltlich richtig gewesen. Der Bekl. sei von einem nicht eingetragenen Käufer eine Auflassungsvormerkung abgetreten worden, die auch in das Grundbuch eingetragen worden sei. Damit habe sich die Bekl. in einer Situation befunden, die der eines Grundstückskäufers, zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen sei, vergleichbar gewesen sei. Die Bekl. sei durch diese Abtretung sogar insoweit besser gestellt gewesen, weil sie diese wie die Erstkäuferin, d.h. mit einer früheren "Sperrwirkung", erworben habe. Die Klä. könne auch die durch die Anforderung des Kaufpreises durch ihren Rechtsanwalt entstandenen Kosten als Verzugsschaden nach § 286 I BGB a.F. beanspruchen, da sich die Bekl. bei der Einschaltung des Anwalts am 04.04.1997 in Verzug befunden habe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Klä. ist zwar auf Grund der Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters berechtigt, den Rechtsstreit fortzuführen und die Ansprüche weiter zu verfolgen (vgl. BGH, Urt. v. 21.04.2005, IX ZR 281/03, NJW 2005, 2015, 2016). Ihr stehen indes die von dem BerGer. zuerkannten Ansprüche wegen verspäteter Zahlung des Kaufpreises nicht zu.

1. Fälligkeit des Kaufpreises bei Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Bekl.

Der Kaufpreis ist nach den Bestimmungen in § 4 I des Kaufvertrages nicht fällig geworden.

a. Fälligkeit bei Vorliegen der vertraglichen Voraussetzungen

Die vertragliche Vereinbarung hat das BerGer. dahin ausgelegt, dass die Fälligkeit des Kaufpreises nicht allein auf Grund der Mitteilung des Notars, sondern nur dann eintreten sollte, wenn auch die im Kaufvertrag dafür benannten Voraussetzungen tatsächlich vorlagen. Diese trichterliche Auslegung, die von der Revision - weil für ihre Auffassung günstig - nicht angegriffen wird, ist für den Senat bindend. Die vertragliche Absprache der Parteien dahin, dass die Fälligkeit des Kaufpreises nach notarieller Mitteilung über den Eintritt der dafür vereinbarten Voraussetzungen eingetreten sei, kann eine solche Erklärungsbedeutung haben (dazu BGH, Urt. v. 14.05.1985, IX ZR 64/84, WM 1985, 1109, 1111). Für Verstöße gegen Auslegungsregeln, Denkgesetze oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze, auf die die Überprüfung der trichterlichen Auslegung auch einer vertraglichen Regelung über den Eintritt der Fälligkeit nach Mitteilung des Notars beschränkt ist (Senat, Urt. v. 26.11.2004, V ZR 119/04, MittBayNot 2005, 395), ist nichts ersichtlich und auch nichts vorgetragen.

b. Vertragliche Voraussetzungen hier nicht gegeben

Die in § 4 I Buchstabe b des Kaufvertrages vereinbarte Voraussetzung der Kaufpreisfälligkeit ist nicht eingetreten, da eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Bekl. aus dem Kaufvertrag auf Verschaffung des Eigentums nicht eingetragen worden war. Die Eintragung der Vormerkung war an dem Grundstück noch nicht möglich. Es fehlte an der dafür erforderlichen Identität des Schuldners (Verkäufers) mit dem Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts (Senat, BGHZ 12, 115, 120; 134, 182, 188).

2. Eintritt der Fälligkeit durch Abtretung eines durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs

Die Kaufpreisfälligkeit ist auch nicht dadurch eingetreten, dass der Bekl. stattdessen der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch der A. aus deren Kaufvertrag mit der Stadt abgetreten wurde.

a. Abtretung gem. §§ 398, 401 BGB erfolgte wirksam. Soweit die Revision Einwendungen gegen die von dem BerGer. bejahte Wirksamkeit der Zession erhebt, sind diese allerdings unbegründet. Die Erklärung der Abtretung der Vormerkung durch die Erstkäuferin ist im Zweifel als Abtretung des vorgemerkten Anspruchs auszulegen, bei der das dingliche Sicherungsrecht nach § 401 BGB kraft Gesetzes auf den Zessionar übergeht (vgl. Senat, Urt. v. 17.06.1994, V ZR 204/92, NJW

1994, 2947; Staudinger/Gursky, BGB [2002], § 883, Rdn. 319). Damit brachte die Bekl. als Empfängerin der Abtretungserklärung nach außen auch den Willen zum Erwerb des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs zum Ausdruck, der für eine Annahme nach § 151 BGB erforderlich ist (vgl. BGHZ 74, 352, 356; 111, 97, 101). Mit der Eintragung der Übertragung erwarb die Bekl. die dingliche Sicherung aus der Vormerkung (Senat, Urt. v. 17.06.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947, 2948).

b. Keine Erlangung eines gleichwertigen Sicherungsrechts

Rechtsfehlerhaft sind jedoch die Ausführungen des BerGer., dass die Bekl. mit der "zedierten" Vormerkung ein gleichwertiges, in Bezug auf die Rangwirkung der Vormerkung (dazu: Senat, BGHZ 143, 175, 180; Weirich/Ivo, Grundstücksrecht, 3. Aufl., Rdn. 917) sogar besseres Sicherungsrecht als mit der Eintragung einer "originären" Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übereignung aus dem mit der Klä. geschlossenen Kaufvertrag erlangt habe. Davon kann nicht ausgegangen werden. Zu Recht beanstandet die Revision diese Gleichsetzung der Sicherheit aus abgetretener und originärer Vormerkung. Sie besteht schon deshalb nicht, weil der Bestand des abgetretenen Anspruchs dem Einfluss des nachfolgenden Käufers entzogen und die Vormerkung zu diesem Anspruch akzessorisch ist. Besteht er nicht, ist auch die Vormer-

kung wirkungslos (vgl. BGHZ 150, 138, 142 sowie zur fehlenden Gleichwertigkeit vgl. Staudinger/Pfeifer, BGB [2004], § 925, Rdn. 147 sowie das Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 1998, 213, 214). Ob eine Gleichwertigkeit der Sicherheit unter der Voraussetzung bejaht werden kann, dass der abgetretene Übereignungsanspruch "rechtsbeständig" geworden ist, weil gesetzliche oder vertragliche Rücktrittsrechte aus den vorangegangenen Grundstücksgeschäften nicht mehr bestehen, (KG, KG-Report 1997, 271, 274; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 883, Rdn. 44), kann dahinstehen, da hierzu weder etwas festgestellt, noch vorgetragen worden ist.

3. Rechtsfolge

Da der Kaufpreis bis zur Zahlung nicht fällig geworden ist, stehen der Klä. auch keine Ansprüche auf die im Kaufvertrag für den Fall verspäteter Zahlung vereinbarten Verzugszinsen und auf Ersatz der durch die Anforderung des Kaufpreises entstandenen Anwaltskosten zu.

Nach allem ist das BerGer. im Umfang der Anfechtung aufzuheben (§ 562 I ZPO) und das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

III. Nebenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 II, 97 ZPO.

Standort: Kaufrecht

Problem: Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung

BGH, URTEIL VOM 15.11.2006
VIII ZR 166/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Klä. erwarb bei der Bekl. einen Neuwagen. Der Kaufvertrag enthielt eine AGB - Klausel, nach der der Käufer seinen etwaigen Anspruch auf Mängelbeseitigung bei der Bekl. oder aber bei den für die Betreuung des Kaufgegenstandes anerkannten Fachbetrieben geltend machen könne. Allerdings sei die Verkäuferin in letzterem Falle zu informieren. Die Klä. stellte den PKW insgesamt fünf Mal bei zwei unterschiedlichen anerkannten Betrieben vor und rügte den Eintritt von Wasser in das Fahrzeuginnere und in den Kofferraum. Die Ursache dafür konnte jedoch bei keiner der Werkstätten aufgefunden werden. Die Klä. unterrichtete sodann, d.h. nach dem fünften Versuch der Nacherfüllung, die Bekl. von den fehlgeschlagenen Versuchen, den Wassereintritt zu verhindern. Daraufhin bot die Bekl. der Klä. an, den PKW abzuholen um selbst nach der Ursache zu forschen. Die Klä. ging darauf nicht ein und erklärte sodann den Rücktritt vom Kaufvertrag. Dies lehnte die Bekl. unter Hinweis auf die AGB ab. Dies deshalb, weil die Klä. die Bekl. erst nach dem

Versuch der fünften Nacherfüllung von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache informiert hatte und sich auf einen weiteren Versuch der Nacherfüllung nicht verweisen lassen wollte.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung befasste sich der erkennende Senat mit der Frage der Entbehrlichkeit der Fristsetzung im Falle eines Rücktritts gem. §346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1.Fall, 323 I BGB. Gem. § 323 I BGB ist der Käufer zur Fristsetzung zur Nacherfüllung verpflichtet. Darin kommt das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung zum Ausdruck. Nur ausnahmsweise ist die Fristsetzung entbehrlich. Dies ist gem. § 440 S. 2 BGB u.a. dann der Fall, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Ein Fehlschlag der Nacherfüllung ist grundsätzlich nach dem zweiten erfolglosen Versuch der Nacherfüllung anzunehmen. Vorliegend hat die Klä. fünf Versuche der Nacherfüllung bei zwei von der Bekl. anerkannten Unternehmen unternommen. In allen Fällen konnte die Ursache des Wassereintritts in den Fahrzeuginnenraum und den Kofferraum nicht aufgefunden werden.

Der erkennende Senat stellt klar, dass die Bekl. sich

das (erfolgreiche) Tätigwerden der zwei von ihr anerkannten Unternehmen zurechnen lassen muss. Dies deshalb, weil die dem Kaufvertrag zugrundeliegenden AGB dem Käufer das Recht einräumen, Ansprüche auf Mängelbeseitigung beim Verkäufer oder bei anderen vom Importeur/Hersteller für die Betreuung des Kaufgegenstandes anerkannten Betrieben geltend zu machen. Die Bekl. wendet insoweit ein, dass sie nie die Möglichkeit hatte, selbst nach der Ursache der Mängel zu suchen. Darauf kommt es indes gar nicht an. Die dem Käufer eingeräumte Befugnis setzt nicht voraus, dass er den Verkäufer vor dem Versuch der Nacherfüllung durch ein anerkanntes Unternehmen informiert oder gar dessen Einverständnis einholt; eine derartige Einschränkung lässt sich den Geschäftsbedingungen nicht entnehmen. Infolge der vom Verkäufer erteilten Ermächtigung wird der vom Käufer zur Nachbesserung eingeschaltete Betrieb vielmehr als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers tätig.

Der Ausübung des Rücktrittsrechts steht auch nicht der § 242 BGB entgegen. Richtig ist zwar, dass die Ausübung eines Rechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Einzelfall unzulässig sein kann, wenn dem Berechtigten eine mit seinem Anspruch in engem Zusammenhang stehende schwerwiegende Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt (Vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.11.2004 – V ZR 90/04, NJW-RR 2005, 743). Allerdings ist hier eine vertragliche Pflichtverletzung der Klä. nicht ersichtlich. Die seitens der Bekl. gestellten Bedingungen regeln nicht ausdrücklich, zu welchem Zeitpunkt der Käufer seinen Vertragspartner informieren muss, so dass dies im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Vgl. BGHZ 77, 116, 118; 102, 384, 389 f.). Die in Ziffer VII 2 NWVB geregelte Abwicklung einer Mängelbeseitigung bietet beiden Vertragspartnern Vorteile. Dem Käufer steht das gesamte Vertragshändler- und -werkstättenetz zur Verfügung, so dass er sich jeweils an eine nahe gelegene Werkstatt wenden kann; dies kommt auch dem Verkäufer zu gute, weil er dadurch unter Umständen erhebliche Transportkosten erspart, die dem Verkäufer bei berechtigten Mängelrügen zur Last fallen (§ 439 II BGB). Ferner sind mit der Schaffung eines kundenfreundlichen Servicenetzes im Interesse des Verkäufers liegende absatzfördernde Wirkungen verbunden. Das aus Sicht des Verkäufers möglicherweise erstrebte Ziel, zumindest einen Nachbesserungsversuch in der eigenen Werkstatt vornehmen zu können, ist mit Hilfe der Informationspflicht gar nicht zu erreichen, weil dem Käufer mit der Regelung in

Ziffer VII 2 a ein umfassendes Wahlrecht unter den autorisierten Werkstätten eingeräumt ist. Die von der Bekl. verwendete Formulklausel ist hinsichtlich des zeitlichen Rahmens, der dem Kunden für die Erfüllung der ihm auferlegten Informationspflicht zur Verfügung steht, objektiv mehrdeutig. Bei Mehrdeutigkeit einer Klausel kommt die Unklarheitenregelung des § 305c II BGB nach ständiger Rechtsprechung zur Anwendung. Danach gehen die dargelegten Zweifel hinsichtlich des Zeitpunktes der vom Käufer geschuldeten Information zu Lasten des Verkäufers.

Vertiefungshinweise:

- Zur Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung: *OLG Naumburg*, RA 2004, 454 = NJW 2004, 2022
- Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs: *Oechsler*, NJW 2004, 1825
- Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme: *BGH*, RA 2005, 262 = NJW 2005, 1348

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"

Leitsatz:

Die Klausel "Ansprüche auf Mängelbeseitigung kann der Käufer beim Verkäufer oder bei anderen vom Hersteller/Importeur für die Betreuung des Kaufgegenstandes anerkannten Betrieben geltend machen; im letzteren Fall hat der Käufer den Verkäufer hiervon zu unterrichten"(Ziffer VII 2 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kraftfahrzeugen und Anhängern - NWVB) ist wegen Mehrdeutigkeit nicht dahin auszulegen, dass die Unterrichtung des Verkäufers über die Geltendmachung von Ansprüchen des Käufers auf Mängelbeseitigung bei anderen vom Hersteller/Importeur für die Betreuung des Kaufgegenstandes anerkannten Betrieben zu erfolgen hat, bevor die Nachbesserung durch wiederholte erfolglose Mängelbeseitigungsversuche derartiger Betriebe fehlgeschlagen ist.

Sachverhalt:

Die Klä. erwarb am 23.08.2003 von der in M. geschäftsansässigen Bekl. einen Neuwagen C. zum Preis von 15.800 Euro. Die dem Vertrag zu Grunde liegenden "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kraftfahrzeugen und Anhängern, Stand April 2003" (NWVB) bestimmen u.a.: "VII. Sachmangel ... 2. Für die Abwicklung einer Mängelbeseitigung gilt folgendes:

Ansprüche auf Mängelbeseitigung kann der Käufer beim Verkäufer oder bei anderen, vom Hersteller/Importeur für die Betreuung des Kaufgegenstandes

anerkannten Betrieben geltend machen; im letzteren Fall hat der Käufer den Verkäufer hiervon zu unterrichten." Bis Ende August 2004 führte die Klä. das Fahrzeug insgesamt fünf Mal bei zwei verschiedenen C.-Fachbetrieben in S. vor und bemängelte u.a., dass Wasser in das Fahrzeuginnere und in den Kofferraum eindringe. Im Februar 2005 unterrichtete die Klä. die Bekl. über die nach ihrer Darstellung erfolglosen Versuche, die Undichtigkeiten des Fahrzeugs zu beseitigen. Die Bekl. bot der Klä. daraufhin an, das Fahrzeug zwecks Überprüfung und Behebung des Mangels in ihrer Werkstatt bei der Klä. abzuholen und ihr ein Leihfahrzeug zur Verfügung zu stellen. Die Klä. ging darauf nicht ein und erklärte mit Schreiben vom 07.03.2005 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Bekl. lehnte die Rückabwicklung des Kaufvertrages ab. Mit der Klage begehrt die Klägerin Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs die Zahlung von 15.209,80 € (zusammengesetzt aus dem Kaufpreis von 15.800 Euro, 75 € An- und Abmeldekosten und 30 € Unkostenpauschale abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 695,20 €) nebst Verzugszinsen und Feststellung des Annahmeverzuges.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

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

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klä. sei zum Rücktritt (noch) nicht berechtigt, weil sie der Bekl. keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe. Sie könne sich nicht darauf berufen, dass die Fristsetzung nach § 440 BGB entbehrlich gewesen sei. Zwar sei sie nicht schon deshalb an der Geltendmachung von Sekundäransprüchen gehindert, weil sie nicht der Bekl. selbst Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben habe, sondern zwei in S. ansässige Vertragshändler erfolglos eine Nachbesserung versucht hätten. Denn die Bekl. müsse sich die Nachbesserungsversuche der S. Werkstätten gemäß § 278 BGB entgegenhalten lassen, weil sie die Klä. in Ziffer VII 2 a ihrer Vertragsbedingungen von vornherein ermächtigt habe, die Nachbesserung in einer anderen C.-Vertragswerkstatt vornehmen zu lassen. Trotz mehrfacher vergeblicher Reparaturversuche sei die Nachbesserung nicht im Sinne des § 440 S. 2 BGB fehlgeschlagen, weil sich aus den Umständen etwas anderes ergebe. Die Klä. habe die ihr nach Ziffer VII 2 a der Geschäftsbedingungen obliegende Informationspflicht verletzt und könne sich deshalb auf die fehlgeschlagenen Reparaturversuche der Drittwerkstätten nicht berufen. Auch wenn die Klausel

VII 2 a keine ausdrückliche Vorgabe enthalte, wie und vor allem wann der Käufer den Verkäufer zu informieren habe, müsse der Käufer die Information in zeitlichem Zusammenhang mit der Nachbesserung und insbesondere vor der Vornahme des zweiten und letzten Nachbesserungsversuchs erteilen. Jedem verständigen Verbraucher müsse bewusst sein, dass er sich im Normalfall mit Mängelrügen und Nachbesserungsverlangen an seinen Vertragspartner wenden müsse und die in den NWVB enthaltene Regelung eine Ausnahme darstelle, die ihm eine Erweiterung seines Rechtskreises und eine flächendeckende Serviceleistung der Vertragshändler biete. Die Gewährleistungsansprüche und die damit verbundenen Kosten und Risiken beträfen ausschließlich den Verkäufer und nicht die Drittwerkstatt. Nur durch eine rechtzeitige Information werde der Zweck der Informationspflicht gewahrt, es dem Verkäufer doch noch zu ermöglichen, die Nachbesserung selbst durchzuführen oder den Drittbetrieb dabei zu unterstützen.

Die Klä. habe die so verstandene Informationspflicht verletzt, indem sie die Bekl. erst kurz vor der Erklärung des Rücktritts über die erfolgten Nachbesserungsversuche in Kenntnis gesetzt und sie vor vollendete Tatsachen gestellt habe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

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

1. Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung gem. § 440 S. 2 BGB

Der Klä. kann ein Anspruch aus § 346 I BGB in Verbindung mit § 437 Nr. 2, 1.Fall., §§ 440, 323 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 23. 08.2003 nicht mit der vom BerGer. gegebenen Begründung versagt werden. Nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachverhalt ist das von der Bekl. verkaufte Fahrzeug mit einem nicht unerheblichen (§ 323 V 2 BGB) Sachmangel behaftet, dessen Beseitigung trotz mehrerer Nachbesserungsversuche misslungen ist. Anders als das BerGer. meint, bedurfte es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht, weil die der Klä. zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen war (§ 440 BGB).

a. Zurechnung des Tätigwerdens von Hersteller/Importeur aus AGB

Im Ausgangspunkt zutreffend hat das BerGer. festgestellt, dass sich die Bekl. die Nachbesserungsversuche der von der Klä. aufgesuchten C.-Vertragswerkstätten zurechnen lassen muss und dass die Klä. daher nicht schon deshalb an der Geltendmachung von Sekundäransprüchen gehindert ist, weil sie der Bekl. zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit zur Nachbesserung in deren eigener Werkstatt gegeben hat. Die von der Bekl. verwendeten Geschäftsbedingungen räumen dem Käufer

in Ziffer VII 2 a ausdrücklich das Recht ein, sich für die Abwicklung einer Mängelbeseitigung statt an den Verkäufer an einen vom Hersteller/Importeur für die Betreuung des Kaufgegenstandes anerkannten Betrieb zu wenden. Wie das BerGer. zutreffend ausführt, setzt die dem Käufer eingeräumte Befugnis nicht voraus, dass er den Verkäufer zuvor informiert oder gar dessen Einverständnis einholt; eine derartige Einschränkung lässt sich den Geschäftsbedingungen nicht entnehmen. Infolge der vom Verkäufer erteilten Ermächtigung wird der vom Käufer zur Nachbesserung eingeschaltete Betrieb als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers tätig; der Verkäufer muss sich deshalb die von dieser Werkstatt ausgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten und die im Zusammenhang damit abgegebenen Erklärungen zurechnen lassen (Senat, Urteil vom 15.05.1985 – VIII ZR 105/84, WM 1985, 917 = NJW 1985, 2819 unter I 5 sowie Urteil vom 10.04.1991 – VIII 131/90, WM 1991, 1221 = NJW 1991, 1882 unter II 3 b).

b. Fehlschlag der Nacherfüllung durch nicht erfolgreiche Reparaturversuche, § 440 S. 2 BGB

Die der Klä. zustehende Art der Nacherfüllung ist fehlgeschlagen, weil der – behebbare – Mangel nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt durch die der Bekl. zuzurechnenden Reparaturversuche nicht beseitigt wurde. Mit der dem Käufer zustehenden Art der Nacherfüllung ist die vom Käufer gewählte (§ 439 I BGB) und vom Verkäufer nicht zu Recht verweigerte (§ 439 III BGB) Art der Nacherfüllung gemeint (vgl. Begründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucks. 14/6040, S. 233). Die Nacherfüllung in der Variante Nachbesserung, für die sich die Klä. entschieden hat, gilt gemäß § 440 S. 2 BGB nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Mehr als zwei Nachbesserungsversuche kommen deshalb etwa bei besonderer (technischer) Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei vorangegangenen Nachbesserungsversuchen in Betracht (Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 440 Rdnr. 18; Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2006, § 440 Rdnr. 10; Münch-Komm/Westermann, BGB, 4. Aufl., § 440 Rdnr. 11; Faust in Beck'scher Online-Komm. BGB, Stand 01.08.2006, § 440 Rdnr. 32). Derartige besondere Umstände hat das BerGer. nicht festgestellt. Die Bekl. beruft sich auch nicht auf besondere objektive Schwierigkeiten bei der Mängelbeseitigung, sondern darauf, dass sie bisher keine Gelegenheit hatte, persönlich auf die Behebung des Mangels Einfluss zu nehmen, um nicht Sekundäransprüchen der Klä. ausgesetzt zu sein. Entgegen der Ansicht des BerGer. ist dies kein Umstand, dem im Rahmen des § 440 S. 2 BGB Bedeutung zukommen könnte. Ein Recht des Verkäufers,

zum mindest einen eigenen Nachbesserungsversuch vorzunehmen, sieht die Klausel Ziffer VII 2 a NWVB nicht vor. Vielmehr muss die Bekl. sich, wie bereits ausgeführt wurde, die wiederholten erfolglosen Mängelbeseitigungsversuche der von der Klä. befugtermaßen eingeschalteten S. C. -Betriebe wie eigene gescheiterte Nachbesserungsversuche zurechnen lassen.

c. Ausübung des Rechts aus den AGB mit § 242 BGB zu vereinbaren

Dem BerGer. kann auch nicht darin gefolgt werden, dass sich die Klä. deshalb nicht auf die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 440 BGB berufen könne, weil sie die Bekl. nicht rechtzeitig über die Inanspruchnahme der S. Vertragswerkstätten informiert habe. Zwar kann die Ausübung eines Rechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Einzelfall unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine mit seinem Anspruch in engem Zusammenhang stehende schwerwiegende Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt (BGH, Urteil vom 26.11.2004 – V ZR 90/04, NJW-RR 2005, 743, unter II 2 b bb (1); Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 242, Rdnrn. 46, 47; Staudinger/Looschelders/Olzen, BGB, 2005, § 242, Rdnrn. 251 und 255, jew.m.w.Nachw.). Es fehlt aber bereits an einer Verletzung vertraglicher Pflichten durch die Klä., denn aus Ziffer VII 2 a NWVB ergibt sich keine Verpflichtung des Käufers, den Verkäufer spätestens vor dem zweiten Nachbesserungsversuch einer anderen Vertragswerkstatt über deren Einschaltung zu informieren. Die Vertragsbedingungen der Bekl. regeln nicht ausdrücklich, zu welchem Zeitpunkt der Käufer seinen Vertragspartner informieren muss, so dass dies im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (BGHZ 77, 116, 118; 102, 384, 389 f; Senat, Urteil vom 09.05.2001 – VIII ZR 208/00, WM 2001, 2008 = NJW 2001, 2165 unter II 2 a). Nach einer vor allem in der Literatur vertretenen Auffassung, der auch das BerGer. folgt, soll die in Ziffer VII 2 a NWVB geregelte Informationspflicht den Verkäufer in die Lage versetzen, die mit der Mängelabwicklung befasste Drittwerkstatt im Interesse einer erfolgreichen Mängelbeseitigung zu unterstützen bzw. zu kontrollieren oder die erforderliche Reparatur notfalls selbst durchzuführen (Seel, DAR 2004, 563, 564; Creutzig, Recht des Autokaufs, 4. Aufl., Rdnr. 7.2.6; ebenso LG Schwerin, DAR 2004, 590, 592; vgl. auch Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 410). Um einer solchen Funktion gerecht zu werden, müsste die Information möglichst frühzeitig, spätestens vor dem zweiten Nachbesserungsversuch erfolgen. Aus der

Sicht eines verständigen Verbrauchers ist ein so verstandener Zweck der ihm auferlegten Informationspflicht jedoch keineswegs eindeutig. Offensichtlich bietet die in Ziffer VII 2 NWVB geregelte Abwicklung einer Mängelbeseitigung beiden Vertragspartnern Vorteile. Dem Käufer steht das gesamte Vertragshändler- und -werkstättenetz zur Verfügung, so dass er sich jeweils an eine nahe gelegene Werkstatt wenden kann; dies kommt auch dem Verkäufer zu gute, weil er dadurch unter Umständen erhebliche Transportkosten erspart, die dem Verkäufer bei berechtigten Mängelrügen zur Last fallen (§ 439 II BGB). Ferner sind mit der Schaffung eines kundenfreundlichen Servicenetzes im Interesse des Verkäufers liegende absatzfördernde Wirkungen verbunden (vgl. Himmelreich/Andreae/Teigelack, *AutoKaufRecht*, 3. Aufl., Rdnr. 748). Dem Neuwagenkäufer stellt sich das Servicenetz des Herstellers/Importeurs als einheitliche Organisation dar. Er wird daher erwarten, dass jede vom Hersteller/Importeur autorisierte Werkstatt einen Fahrzeugmangel ebenso zuverlässig beheben wird wie der Betrieb, bei dem er das Fahrzeug gekauft hat. Das aus Sicht des Verkäufers möglicherweise erstrebte Ziel, zumindest einen Nachbesserungsversuch in der eigenen Werkstatt vornehmen zu können, ist mit Hilfe der Informationspflicht ohnehin nicht zu erreichen, weil dem Käufer mit der Regelung in Ziffer VII 2 a ein umfassendes Wahlrecht unter den autorisierten Werkstätten eingeräumt ist. Wie auch das BerGer. zutreffend ausführt, wird dem Verkäufer durch eine unverzügliche Information des Käufers daher nur die Möglichkeit eröffnet, sich in Absprache mit der eingeschalteten Werkstatt an den Reparaturarbeiten zu beteiligen oder diese auf sonstige Weise zu unterstützen. Dass diese sehr eingeschränkte Möglichkeit der Einflussnahme für den Verkäufer von erheblicher Bedeutung und dem Käufer vornehmlich aus diesem Grund eine Unterrichtungspflicht auferlegt ist, wird aus der Sicht des Kunden nicht hinreichend deutlich, zumal die Unterstützung einer vom Betrieb des Verkäufers mögli-

cherweise weit entfernt liegenden Vertragswerkstatt praktischen Schwierigkeiten begegnen (vgl. Schattenkirchner, *DAR* 2004, 592, 593) und Kosten verursachen dürfte, die durch die Schaffung eines Servicenetzes gerade vermieden werden sollen. Entgegen der Auffassung des BerGer. ist die dem Verkäufer durch Ziffer VII 2 a NWVB auferlegte Information des Verkäufers nicht sinnlos, wenn sie erst nach dem Fehlschlagen der Nacherfüllung durch mehrere erfolglose Mängelbeseitigungsversuche anderer Betriebe erteilt wird. Aus der maßgeblichen Sicht des verständigen Neuwagenkäufers kann der Zweck der Informationspflicht auch darin bestehen, dem Verkäufer, der sich mit einem Rücktritt oder mit Schadensersatzansprüchen des Käufers konfrontiert sieht, die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Voraussetzungen sekundärer Mängelrechte des Käufers erfüllt sind. Die von der Bekl. verwendete Formulklausel ist deshalb hinsichtlich des zeitlichen Rahmens, der dem Kunden für die Erfüllung der ihm auferlegten Informationspflicht zur Verfügung steht, objektiv mehrdeutig. Verbleiben nach Ausschöpfung aller in Betracht kommender Auslegungsmethoden aber Zweifel und sind mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, so kommt die Unklarheitenregelung des § 305c II BGB (früher § 5 AGBG) zur Anwendung (BGHZ 112, 65, 68; BGH, Urteil vom 09.07.2003, IV ZR 74/02, NJW-RR 2003, 1247 unter II. 2c, st. Rspr.). Danach gehen die dargelegten Zweifel hinsichtlich des Zeitpunktes der vom Käufer geschuldeten Information zu Lasten des Verkäufers (so auch Reinking/Eggert, aaO Rdnr. 410).

III. Zurückverweisung in der Sache an das BerGer.

Nach alledem kann das Urteil des BerGer. keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist noch nicht zur Entscheidung reif, da das BerGer. – vor dem Hintergrund seiner Rechtsauffassung folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von der Klä. geltend gemachten Mängel (fort)bestehen.

Standort: Bereicherungsrecht

Problem: Kündigung des Girovertrags

BGH, URTEIL VOM 05.12.2006
XI ZR 21/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Klä. überwies einen Betrag in Höhe von etwa 20.000 € auf ein Konto der H-GmbH bei der Bekl.. Noch am gleichen Tag wurde der Betrag bei der Bekl. auf dem angegebenen Konto verbucht. Die Bekl. hatte bereits zwei Jahre zuvor das Konto der H-GmbH wegen eines Insolvenzantrags der H-GmbH gekündigt, jedoch intern das Konto auch über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus weitergeführt. Fünf Wochen nach der Gutschrift auf dem Konto der H-GmbH

bei der Bekl., begehrte die Hausbank des Klä. die Rücküberweisung des fraglichen Betrages von der Bekl. Dies mit der Begründung, dass an den falschen Empfänger gezahlt worden sei. Die Bekl. wies dieses Begehren zurück mit dem Argument, dass der angegebene Zahlungsempfänger und der Kontoinhaber übereinstimmten. Die Bekl. informierte sodann den Insolvenzverwalter der H-GmbH vom Zahlungseingang und überwies den Betrag auf ein von ihm angegebenes Sonderkonto. Die Hausbank hat ihren Anspruch gegen die Bekl. an den Klä. abgetreten, so dass der Klä. aus eigenem und abgetretenem Recht ihren Anspruch verfolgt.

Das Landgericht hat der Klage auf Rückzahlung des Überweisungsbetrages antragsgemäß stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen und die Revision zugelassen. Der Klä. begehrt nunmehr die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Prüfungsrelevanz:

Die hier besprochene Entscheidung befasst sich im Schwerpunkt mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis im Rahmen der sog. Anweisungsfälle. Es sind zwei Leistungsverhältnisse zu unterscheiden: Die angewiesene Bank erbringt eine Leistung gegenüber ihrem Kunden, dem sog. Anweisenden (Deckungsverhältnis). Zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger besteht das sog. Valutaverhältnis. (Vgl. BGH, NJW 2005, 3213; NJW 2004, 1315) Wird der Leistungszweck gegenüber einem anderen verfolgt, als dem, der die tatsächliche Zuwendung erhält (Leistung im Dreiecksverhältnis), richtet sich der Kondiktionsanspruch grundsätzlich nicht gegen den Empfänger der Zuwendung, sondern gegen den Leistungsempfänger (BGH, NJW 1962, 1051). Diesen Grundsatz bestätigt der erkennende Senat in der vorliegenden Entscheidung, in der er einen Kondiktionsanspruch der Klä. gegenüber der Empfängerbank verneint. Die Empfängerbank handelt im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr grundsätzlich als Zahlstelle des Überweisungsempfängers. Konsequenz daraus ist, dass sie grundsätzlich auch nicht in die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einer Fehlüberweisung eingebunden ist (vgl. BGHZ 69, 186, 189; 128, 135, 137; 144, 245, 247). Hier liegt die Fallgestaltung vor, dass der Empfänger vom Überweisenden irrtümlich falsch bezeichnet wird. In diesem Fall liegt ein Fehler im Valutaverhältnis vor, der grundsätzlich auch in diesem bereicherungsrechtlich abzuwickeln ist (vgl. BGH, WM 1987, 530 f.). Interessant an dieser Entscheidung ist, dass die Auswirkungen der Insolvenz der Empfängerin auf die Leistungsbeziehungen ausführlich besprochen wird. Zur Zeit des Eingang des Überweisungsbetrages war der Girovertrag seit längerem durch die Vertragskündigung und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 115 I, § 116 S.1 InsO) erloschen. Diese Tatsache gebietet jedoch keine abweichende Beurteilung der Sachlage. Zwar verliert mit dem Erlöschen des Girovertrages das laufende Konto seine Eigenschaft als Zahlungsverkehrskonto. Die kontoführende Bank ist danach grundsätzlich nicht verpflichtet, nachträglich eingehende Beträge auf dem Konto zu verbuchen. Aber auch bei einem erloschenen Girovertrag ist die Bank in dessen Nachwirkung noch befugt, im Interesse ihres früheren Kunden eingehende Zahlungen weiterhin für ihn entgegenzunehmen, muss sie dann aber auf dem bisherigen Konto entsprechend § 676f S.1 BGB verbuchen bzw. nach § 667 BGB herausgeben. Auf die-

sen höchstrichterlich bereits entschiedenen Grundsatz (BGH, WM 2006, 28) hat auch die Insolvenz der ehemaligen Kontoinhaberin keinen Einfluss. Bereicherungsschuldnerin ist daher nicht die Bekl., sondern die H - GmbH. Der Klä. muss sich daher an den Insolvenzverwalter derselben halten. Dies ist auch interessen- und sachgerecht, da der Klä. durch die irrtümlich falsche Empfängerangabe die Ursache für die notwendige bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gesetzt hat.

Auch einen Anspruch aus abgetretenem Recht kann der Klä. nicht geltend machen. Das Rückforderungsbegehren der Hausbank des Klä. war verspätet und insoweit für die Empfängerbank analog § 676a IV S.1 BGB, § 676d II S.1 BGB unbeachtlich.

Vertiefungshinweise:

Zum gefälschten Überweisungsauftrag/Scheck: BGH, RA 2001, 643 = NJW 2001, 2968; BGH, NJW 1994, 2357; BGH, NJW-RR 1990, 120

Zum Kundenregress bei unwirksamer Überweisung: BGH, RA 2001 = NJW 2001, 3183; BGH, NJW 2001, 3190; BGH, NJW 1994, 2356

Zum Bereicherungsanspruch in Zessionsfällen: BGH, NJW 2005, 1369 mit Anmerkungen Schmidt, JuS 2005 649; Neef, JA 2006, 458

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Heimatfilm"

Leitsätze:

a) Auch bei einem rechtlich erloschenen Girovertrag ist eine Bank in dessen Nachwirkung noch befugt, auf den Namen des früheren Kunden unter Angabe der bisherigen Kontonummer eingehende Zahlungen weiterhin für ihn entgegenzunehmen, muss sie dann aber auf dem bisherigen - intern weitergeführten - Konto entsprechend § 676f S.1 BGB verbuchen bzw. nach § 667 BGB herausgeben.

b) Aus § 676a IV S.1, § 676d II S.1 BGB ergibt sich, dass eine Kündigung des Überweisungsvertrages durch den Überweisenden bzw. ein Überweisungsrückruf durch die Überweisungsbank nur möglich und von der Empfängerbank zu beachten ist, wenn ihr die entsprechende Mitteilung zugeht, bevor ihr der Überweisungsbetrag endgültig zur Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten zur Verfügung gestellt wird. Damit ist die Möglichkeit zum Rückruf der Überweisung gegenüber der bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtslage (vgl. Art. 228 II EGBGB), nach der ein Rückruf noch bis zur vorbehaltlosen Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten möglich war (vgl. Senatsbeschluss vom 23. 11.1999 - XI ZR 98/99, WM 2000, 25), eingeschränkt worden.

c) Der Ausschluss des Kündigungs-/Rückrufsrechts gemäß § 676a IV S.1, § 676d II S.1 BGB gilt entsprechend für den Fall, dass ein Girovertrag zwischen der Empfängerbank und dem Empfänger nicht mehr besteht, die Bank die Überweisung aber in Nachwirkung des früheren Vertrages für ihren ehemaligen Kunden entgegengenommen und ihm derart zugeordnet hat, dass für diesen jedenfalls ein Herausgabeanspruch nach § 667 BGB besteht.

Sachverhalt:

Der Klä. nimmt die bekl. Bank aus eigenem und aus abgetretenem Recht seiner Hausbank auf Rückzahlung eines Überweisungsbetrages in Anspruch. Der Klä. überwies am 02.07.2003 einen Betrag von 21.336,79 € auf ein Konto der H. GmbH (im Folgenden: GmbH) bei der Bekl., die den bei ihr am 08.07.2003 eingegangenen Betrag am selben Tag auf dem angegebenen Konto verbuchte. Dieses Konto hatte die Bekl. bereits im Juli 2001 wegen eines Insolvenzeröffnungsantrages der GmbH gekündigt, intern aber weitergeführt, auch nachdem im Juni 2002 das Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Am 08.08.2003 bat die Hausbank des Klä. die Bekl. um Rückerstattung des Überweisungsbetrages, weil dieser an einen falschen Empfänger gerichtet worden sei. Statt der GmbH habe eine H. Service GmbH Empfängerin des Überweisungsbetrages sein sollen. Die Bekl. lehnte dies mit der Begründung ab, dass angegebener Zahlungsempfänger und Kontoinhaber übereinstimmten. Sie unterrichtete den Insolvenzverwalter der GmbH über die eingegangene Zahlung und überwies den Betrag im September 2003 auf eine entsprechende Aufforderung des Insolvenzverwalters der GmbH vom 15.08.2003 auf dessen Sonderkonto. Die Hausbank hat ihre Ansprüche gegen die Bekl. an den Klä. abgetreten.

Das Landgericht hat der Klage auf Rückzahlung des Überweisungsbetrages von 21.336,79 € nebst Zinsen stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen und die Revision zugelassen. Der Klä. begehrt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt: Der Klä. habe keinen Rückzahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Bekl., weil diese die Überweisung erkennbar nur als Zahlstelle der GmbH entgegengenommen habe und dadurch nicht bereichert worden sei. Zur Entgegennahme als Zahlstelle sei die Bekl. in Nachwirkung des erloschenen Girovertrages zeitlich unbegrenzt befugt gewesen. Dem stehe auch der Rückruf des Überweisungsauftrages am 08.08.2003 nicht entgegen, weil er der Bekl. nicht vor dem Eingang des Überweisungsbetrages mitgeteilt

worden sei (§ 676a IV S.1 BGB). Bereits mit der Entgegennahme des Betrages durch die Bekl. habe der Insolvenzverwalter der GmbH einen Herausgabeanspruch aus § 667 BGB gegen die Bekl. erlangt. Die Kündigung des Überweisungsvertrages durch den Klä. habe daran nichts mehr ändern können.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

1. Grds. keine Leistungsbeziehung zwischen Bank und Überweisendem

Ohne Erfolg beanstandet die Revision, dass das BerGer. die Bekl. als bloße Zahlstelle angesehen und deshalb einen Bereicherungsanspruch des Klä. aus § 812 I 1, 2. Fall BGB gegen sie verneint hat.

a. Bank als Zahlstelle des Überweisungsempfängers

Die Bank des Überweisungsempfängers handelt im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr regelmäßig nur als bloße Leistungsmittlerin, d.h. als Zahlstelle des Überweisungsempfängers. Als solche steht sie in keinerlei Leistungsverhältnis zu dem Überweisenden, so dass sie grundsätzlich auch nicht in die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einer Fehlüberweisung eingebunden ist (vgl. BGHZ 69, 186, 189; 128, 135, 137; 144, 245, 247). Diese Rückabwicklung vollzieht sich vielmehr innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen, mithin zum einen zwischen dem Überweisenden und der von ihm beauftragten Überweisungsbank im so genannten Deckungsverhältnis, zum anderen zwischen dem Überweisenden und dem Überweisungsempfänger im so genannten Valutaverhältnis (vgl. BGHZ 147, 269, 273 m.w.Nachw.; Senatsurteil vom 21.06.2005 - XI ZR 152/04, WM 2005, 1564, 1565). Wenn der Empfänger vom Überweisenden irrtümlich falsch bezeichnet wird, liegt ein Fehler im Valutaverhältnis vor, der grundsätzlich auch in diesem bereicherungsrechtlich abzuwickeln ist (vgl. BGH, Urteil vom 09. 03.1987 - II ZR 238/86, WM 1987, 530 f.).

b. Keine Abweichung vom Grundsatz wegen der Kündigung des Girovertrages

Zu Recht hat das BerGer. trotz des Umstandes, dass der Girovertrag zwischen der Bekl. und der GmbH bei Eingang des Überweisungsbetrages bereits seit längerem durch die Vertragskündigung und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 115 I, § 116 S.1 InsO) erloschen war, keinen Anlass gesehen, von diesen Grundsätzen abzuweichen.

aa. Folge des Erlöschens des Girovertrages

Mit dem Erlöschen des Girovertrages verliert das laufende Konto allerdings seine Eigenschaft als Zahlungsverkehrskonto. Die kontoführende Bank ist da-

nach grundsätzlich nicht verpflichtet, nachträglich eingehende Beträge auf dem Konto zu verbuchen (vgl. Schimansky, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 47 Rdn. 19). Daraus folgt jedoch entgegen der Ansicht der Revision und eines Teils der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG Nürnberg ZIP 2002, 1762 f.; OLG Rostock ZIP 2006, 1812, 1813) nicht, dass die Bank des Begünstigten nach Erlöschen des Girovertrages nicht mehr als dessen Zahlstelle fungieren kann. Vielmehr ist sie - wie das BerGer. zu Recht angenommen hat - auch bei einem erloschenen Girovertrag in dessen Nachwirkung noch befugt, im Interesse ihres früheren Kunden eingehende Zahlungen weiterhin für ihn entgegenzunehmen, muss sie dann aber auf dem bisherigen Konto entsprechend § 676f S.1 BGB verbuchen bzw. nach § 667 BGB herausgeben (vgl. Senatsbeschluss vom 21.03.1995 - XI ZR 189/94, WM 1995, 745 m.w.Nachw.; Senatsurteil vom 15.11.2005 - XI ZR 265/04, WM 2006, 28, 30), was die Bekl. getan hat. Entgegen der Ansicht der Revision ist diese nachwirkende Befugnis im vorliegenden Fall nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Kündigung des Girovertrages bei Eingang des Überweisungsbetrages bereits etwa zwei Jahre zurücklag. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob die nachvertragliche Befugnis zur weiteren Zahlungsentgegennahme zeitlich unbegrenzt besteht, oder aber - ebenso wie nachvertragliche Pflichten der Bank - nur für einen angemessenen Zeitraum nach Erlöschen des Girovertrages (Schimansky aaO Rdn. 19). Denn auch der nach den Umständen angemessene Zeitraum war hier im Juli 2003 noch nicht verstrichen. Da die Ursache für das Erlöschen des Girovertrages in der Beantragung bzw. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens lag, war die Bekl. jedenfalls so lange noch zur Entgegennahme eingehender Zahlungen befugt, bis der Insolvenzverwalter ihr seine Entscheidung mitgeteilt hatte, wie mit dem ihm bekannten weitergeführten Konto und darauf eingegangenen Beträgen verfahren werden sollte.

bb. Auswirkungen der Insolvenz

Rechtlich ebenfalls nicht zu bestritten ist, dass das BerGer. das Vorgehen der Bekl. als bloße Zahlstellen-tätigkeit gewertet hat. Soweit die Revision meint, die interne Verbuchung des Zahlungseingangs ohne Benachrichtigung des Insolvenzverwalters sei hierfür nicht ausreichend, weil dadurch kein einer Gutschrift gleichzusetzendes Verfügungsrecht der GmbH begründet worden sei, trifft das nicht zu. Entgegen der Ansicht der Revision kann bereits nicht davon ausgegangen werden, die Bekl. habe den Insolvenzverwalter über den eingegangenen Überweisungsbetrag nicht unterrichtet. Im Tatbestand des Urteils des Landgerichts, auf den das Berufungsurteil Bezug nimmt, ist nämlich das Gegenteil bindend festgestellt worden (§ 559 ZPO). Danach hat der Insolvenzverwalter "auf

eine Mitteilung der Bekl. über Zahlungseingänge" um die Erstattung des streitigen Überweisungsbetrages auf sein Sonderkonto gebeten. Da eine Tatbestandsberichtigung nicht beantragt worden ist, hat der Senat davon auszugehen, dass die Bekl. dem Insolvenzverwalter den Eingang des streitigen Überweisungsbetrages mitgeteilt hat. Eine Gutschrift nach girovertraglichen Grundsätzen setzt zwar regelmäßig einen bestehenden Girovertrag voraus (BGHZ 161, 273, 278 f.; Schimansky aaO Rdn. 30). Das schließt es aber zum einen nicht aus, dass ein abstraktes Schuldversprechen bzw. -anerkennnis gemäß §§ 780 f. BGB auch durch die Buchung auf einem nachvertraglich fortgeführten Konto nach allgemeinen Grundsätzen zustande kommen kann (siehe dazu Senatsurteil vom 15.11.2005 - XI ZR 265/04, WM 2006, 28, 30; a.A. OLG Nürnberg ZIP 2002, 1762, 1763; OLG Rostock ZIP 2006, 1812, 1813). Zum anderen ist auch ohne Zustandekommen eines solchen abstrakten Schuldversprechens oder -anerkennnisses jedenfalls ein Anspruch des früheren Kontoinhabers gegen die Bank aus § 667 BGB auf Herausgabe des Betrages gegeben, den sie für ihn entgegengenommen hat. Das würde nach §§ 667, 681 S.2, 677 BGB sogar dann gelten, wenn eine Nachwirkung des Girovertrages nicht anzunehmen wäre. Dass die Bekl. bei der Entgegennahme des streitigen Überweisungsbetrages und dessen Verbuchung auf dem intern weitergeführten Konto für die frühere Kontoinhaberin gehandelt und die Überweisung nicht etwa als Zahlung an sich angesehen hat, steht außer Zweifel. Sie hat den Betrag wie eine Zahlstelle der früheren Kontoinhaberin vorbehaltlos zugeordnet (vgl. auch FG Hannover WM 1995, 1020, 1021 f.). Anders kann die von ihr zunächst vorgenommene, freilich unzulässige Verrechnung des eingegangenen Überweisungsbetrages mit dem Debet auf dem Konto der GmbH sowie die anschließende Herausgabe an den Insolvenzverwalter nicht verstanden werden. Bereicherungsschuldnerin ist daher nicht die Bekl., sondern die GmbH. Der Klä. muss sich daher an den Insolvenzverwalter halten. Dies ist auch interessen- und sachgerecht, da der Klä. durch die irrtümlich falsche Empfängerangabe die Ursache für die notwendige bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gesetzt hat.

2. Kein Anspruch aus abgetretenem Recht

Auch aus abgetretenem Recht der Hausbank des Klä. ist die Klage nicht begründet. Der von der Revision insoweit allein geltend gemachte, vom BerGer. nicht geprüfte Erstattungsanspruch wegen weisungswidriger Verwendung des Überweisungsbetrages gemäß §§ 675, 667, 398 BGB besteht nicht.

a. Kein weisungswidriges Verfahren der Empfängerbank

Die Empfängerbank ist allerdings gegenüber ihrer unmittelbaren Auftraggeberin verpflichtet, mit dem emp-

fangenen Überweisungsbetrag weisungsgemäß zu verfahren und hat ihn bei weisungswidriger Verwendung gemäß § 667 BGB ohne Rücksicht auf ein Verschulden herauszugeben (Senatsurteile vom 08.10.1991 - XI ZR 207/90, WM 1991, 1912, 1913, vom 12.10.1999 - XI ZR 294/98, WM 1999, 2255 und vom 14.01.2003 - XI ZR 154/02, WM 2003, 340, 341). Die Bekl. ist mit dem bei ihr eingegangenen Betrag aber nicht weisungswidrig verfahren, sondern hat ihn auftragsgemäß bereits am 08.07.2003 unter Verbuchung auf dem intern weitergeführten Konto der ihr angegebenen Überweisungsempfängerin gutgebracht.

b. Rückforderung war verspätet

Die ihr erst einen Monat später zugegangene Rückforderung des Betrages war verspätet und musste daher von ihr nicht mehr befolgt werden (§ 676a IV S.1 BGB, § 676d II S.1 BGB analog). Aus § 676a IV S.1, § 676d II S.1 BGB ergibt sich, dass eine Kündigung des Überweisungsvertrages durch den Überweisenden bzw. ein Überweisungsrückruf durch die Überweisungsbank nur möglich und von der Empfängerbank zu beachten ist, wenn ihr die entsprechende Mitteilung zugeht, bevor ihr der Überweisungsbetrag endgültig zur Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten zur Verfügung gestellt wird. Damit ist die Möglichkeit zum Rückruf der Überweisung gegenüber der bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtslage (vgl. Art. 228 II EGBGB), nach der ein Rückruf noch bis zur vorbehaltenen Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten möglich war (vgl. Senatsbeschluss vom 23.11.1999 - XI ZR 98/99, WM 2000, 25), eingeschränkt worden (vgl. Escher-Weingart, in: BuB Rdn. 6/186).

c. Ausschluss des Rückrufrechts

Entgegen der Ansicht der Revision ist der Ausschluss des Rückrufsrechts auch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, in dem zwar ein Girovertrag zwischen der Bekl. und der GmbH nicht mehr besteht, die Bekl. die Überweisung aber in Nachwirkung des Vertrages für ihre ehemalige Kundin entgegengenommen und ihr derart zugeordnet hat, dass für diese jedenfalls ein Herausgabeanspruch nach § 667 BGB besteht. Nach dem Wortlaut des § 676a IV S.1 BGB kommt es nur darauf an, dass der Empfängerbank der Überweisungsbetrag "zur Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten zur Verfügung gestellt wird", nicht darauf, dass eine wirksame Gutschrift erfolgt. Danach ist es nicht ausgeschlossen, dass die Empfängerbank dem Begünstigten auf andere Weise als durch eine wirksame Gutschrift ein Verfügungsrecht über den Überweisungsbetrag einräumt. Auch die Gesetzesmaterialien zum Überweisungsgesetz (vgl. BT-Drucks. 14/745 S. 13 Nr. 4a,

S. 26 zu Abt. 4) gehen davon aus, dass die §§ 676a ff. BGB auch dann anwendbar sind, wenn der Überweisungsbegünstigte bei der Empfängerbank kein Girokonto unterhält und deshalb eine girovertragliche Gutschrift nicht erfolgen kann. In diesem Fall sehen die Gesetzesmaterialien ausdrücklich eine Barauszahlung vor. Auch die Begründung des Gesetzgebers für die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit lässt sich auf den Fall der Entgegennahme des Überweisungsbetrages in Nachwirkung eines erloschenen Girovertrages übertragen. Grund der Beschränkung war nicht nur der Schutz des Begünstigten, sondern insbesondere der Empfängerbank, die sich bereits mit dem Zahlungseingang einem Anspruch des Begünstigten auf Herausgabe bzw. auf Gutschrift ausgesetzt sieht (Staudinger/Martinek, BGB Neubearb. 2006 § 676a Rdn. 20). Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Herausgabeanspruch aus § 676f S.1 BGB oder aus § 667 BGB folgt, da § 676f I BGB lediglich eine Konkretisierung des aus § 667 BGB abgeleiteten Herausgabeanspruchs darstellt (BGHZ 93, 315, 322; Bamberger/Roth/Schmalenbach, BGB § 676f Rdn. 12; Gößmann/Weber, Recht des Zahlungsverkehrs 4. Aufl. S. 33). Daher ist der Empfängerbank nach der Wertung des Gesetzgebers auch in diesem Fall ein entsprechender Schutz durch Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit für den Überweisenden zuzugestehen. Entgegen der Ansicht der Revision wird der Empfängerbank dadurch kein eigenmächtiges, nachhaltig weisungswidriges Verhalten ermöglicht. Voraussetzung für das Erlöschen des Kündigungsrechts des Überweisenden bleibt, dass die Empfängerbank durch Verbuchung des Überweisungsbetrages einen Herausgabeanspruch des früheren Kontoinhabers nach § 667 BGB begründet. Ist das nicht der Fall, weil sie den Zahlungseingang etwa auf ein Konto pro Diverse verbucht und damit nicht erkennbar dem früheren Kontoinhaber zuweist, ist ein Rückruf durch den Überweisenden noch möglich und von der Empfängerbank zu beachten (Münch-KommHGB/Häuser, Zahlungsverkehr B 212).

d. Verspätung des Rückrufs

Da die Bekl. hier bereits am 08.07.2003 mit der Verbuchung des Überweisungsbetrages auf dem intern weitergeführten Konto der GmbH einen Anspruch des Insolvenzverwalters auf Herausgabe gemäß § 667 BGB begründet hat, war der einen Monat später erfolgte Überweisungsrückruf verspätet und von ihr nicht mehr zu befolgen.

III. Zurückweisung der Revision

Die Revision des Klä. war nach alledem zurückzuweisen.

Standort: ZPO**Problem: Urkundenprozess**

BGH, URTEIL VOM 20.12.2006
VIII ZR 112/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Klä ist Vermieterin der Bekl.. Die Bekl. ist mit der Entrichtung des Mietzinses für mehrere Monate in Verzug. Die Klä. begehrt im Rahmen eines Urkundenprozesses gem. § 592 ZPO durch Vorlage des Mietvertrages den ausstehenden Mietzins von der Bekl.. Diese wendet ein, die Klage sei im Hinblick auf den mangelhaften Zustand der Wohnung nicht statthaft, wobei die Mängel unstreitig nach der Übergabe der Wohnung entstanden sind. Die Bekl. erhebt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung ist insbesondere für Referendare von Bedeutung. Die Fragestellung der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses gem. §§ 592 ff. ZPO ist in Examensklausuren zum zweiten Staatsexamen regelmäßig Klausurgegenstand.

Das Urkundenverfahren gem. §§ 592 ff. ZPO ist eine besondere Verfahrensart, die dem Klä. schnell einen vorläufig vollstreckbaren Titel (§ 708 Nr. 4 ZPO) verschaffen soll. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen müssen durch Vorlage von Urkunden (d.h. mindestens eine Urkunde, die sog. Grundurkunde) dargelegt werden, sofern sie beweisbedürftig sind. Welche die anspruchsbegründenden Voraussetzungen sind, richtet sich nach der anzuwendenden Norm. Die Urkunde muss nicht selbst Träger des geltend gemachten Rechts sein. Es genügt, dass die Urkunde die Tatsache nach den Grundsätzen allgemeiner Auslegung (BGH, NJW 1995, 1683) oder auch unter Einbeziehung von Umständen (BGH, NJW 2002, 2872) indiziell enthält. Um die Beschleunigung zu gewährleisten, stehen dem Klä. nur bestimmte Beweismittel zur Verfügung, § 595 II, III ZPO. Auch ist eine Widerklage im Rahmen des Urkundenprozesses nicht statthaft, § 592 I ZPO. Kann der Beweis nicht mit Urkunden geführt werden, wird die Klage als in der gewählten Prozessart unstatthaft - und nicht als unbegründet - abgewiesen. Im Urteil ist bei Widerspruch des Bekl. das sog. Nachverfahren vorzubehalten. In diesem Nachverfahren kann der Bekl. seine bereits erhobenen und auch neue Einwendungen mittels von § 595 ZPO abweichenden Beweismitteln darlegen.

In der Sache geht es um die Frage, ob der Vermieter im Rahmen eines Urkundenprozesses gegen den sich mit der Entrichtung des Mietzinses in Verzug befindlichen Mieters vorgehen kann. Der Mietvertrag, aus

dem sich die Verpflichtung zur Entrichtung des Mietzinses ergibt, ist eine Privaturkunde i.S.v. § 416 ZPO. In der Rechtsprechung ist unumstritten, dass der Vermieter gegen den Mieter im Urkundenprozess vorgehen kann, um den Mietzins zu erlangen (BGH, NJW 2005, 2701). Vorliegend stellt sich nur die Frage, was zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört. Der Mieter rügt die Mangelhaftigkeit des Mietobjektes, wobei unstreitig ist, dass bei Übergabe des Objektes kein Mangel vorlag. Der erkennende Senat löst diese Frage dahingehend, dass anspruchsbegründend nur der Abschluss des Mietvertrages sowie die Mangelfreiheit des Mietobjektes bei Übergabe dargelegt werden muss.

Vertiefungshinweise:

Zur Widerklage im Urkundenprozess: BGH, RA 2002, 218 = NJW 2002, 751

Zur Abstandnahme vom Urkundenprozess: BGH, NJW 2000, 143

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Geschäftshaus"

Assessorkurs: "Der Ehelohn"

Assessorkurs: "Das hinterlegte Gehalt"

Leitsatz:

Ansprüche auf Miete aus Wohnraummietverträgen können jedenfalls auch dann im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn der Mieter die Wohnung in vertragsgemäßem Zustand erhalten hat und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf stützt, ein Mangel sei nachträglich eingetreten (Fortführung von BGH, Urteil vom 01.06.2005 - VIII ZR 216/04, NJW 2005, 2701).

Sachverhalt:

Die Parteien schlossen am 30.10.2002 einen Mietvertrag über eine Wohnung in B. Die monatliche Miete betrug ab 01.01.2004 683,23 €, ab 01.01.2005 694,61 € und ab 01.03.2005 698,97 €. Die Bekl. zahlte die Miete für Dezember 2004 bis einschließlich April 2005 nicht; im Mai 2005 zahlte sie 559,18 € und im Juni 2005 629,07 €. Die Klä. fordert im Urkundenprozess unter Vorlage des Mietvertrages 3.680,08 € als rückständige Miete nebst Zinsen. Die Bekl. hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben. Sie ist der Ansicht, der Urkundenprozess sei nicht statthaft. Das Amtsgericht hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt und ihr die Ausführung ihrer Rechte vorbehalten. Die Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit ihrer

vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat, soweit hier noch von Interesse, ausgeführt: Der Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess stehe nicht entgegen, dass die Bekl. wegen behaupteter Mängel, die seit August 2004 bestünden, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebe. Wenn ein in Anspruch genommener Mieter diese Einrede erhebe, werde der Urkundenprozess erst dann unstatthaft, wenn feststehe, dass dem Mieter, dem die Mietsache ursprünglich mangelfrei überlassen worden sei, für sein Zurückbehaltungsrecht ein Mangelbeseitigungsanspruch als Gegenforderung zugestanden habe, die Mangelbeseitigung durch den Vermieter jedoch streitig geblieben sei und auch nicht durch Urkunden bewiesen werden könne. Denn sofern die Mietsache unstreitig mangelfrei überlassen worden sei, treffe nicht den Vermieter, sondern den Mieter - hier die Bekl. - die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nachträglich ein Mangel aufgetreten sei.

II. Entscheidung in der Revision

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Der Urkundenprozess gemäß § 592 ZPO ist im vorliegenden Verfahren statthaft. Die Klä. fordert die Leistung einer bestimmten Geldsumme und beweist sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden.

1. Statthaftigkeit des Urkundenprozesses bei Ansprüchen des Vermieters auf Mietzins, wenn dieser die anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkundenvorlage dargelegt, trotz Minderungsbegehren des Mieters

Der Senat hat bereits entschieden, dass Ansprüche auf Miete aus Wohnraummietverträgen im Urkundenprozess geltend gemacht werden können (Urteil vom 01.06.2005 - VIII ZR 216/04, NJW 2005, 2701 unter II 2 b). Er hat diese Aussage für den Fall getroffen, dass der Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, die Mangelfreiheit einer Mietsache gehöre nicht zu den anspruchsbegründenden Tatsachen im Sinne des § 592 ZPO, die der Vermieter in einem solchen Fall durch Urkunden zu beweisen habe. Die infolge einer Mangelhaftigkeit der Mietsache eintretende Mietminderung begründe eine materiell-recht-

liche Einwendung des Mieters, die im Prozess vom Mieter darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen sei. Offengelassen hat der Senat dabei, ob dies auch dann gelte, wenn der Mieter - wie hier - sich nicht (nur) auf eine Mietminderung berufe, sondern im Hinblick auf das Vorliegen von Mängeln die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB erhebe.

2. Einschränkung der Statthaftigkeit im vorliegenden Fall: obiger Grundsatz gilt nur, wenn die Mietsache unstreitig mangelfrei übergeben wurde

Diese Frage entscheidet der Senat nunmehr dahin, dass die Klage in einem solchen Fall jedenfalls dann im Urkundenprozess statthaft ist, wenn der Mieter unstreitig die Wohnung in vertragsgemäßem Zustand erhalten hat und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf stützt, ein Mangel sei nachträglich eingetreten (so auch Sturhahn, NZM 2004, 441 ff., 443; a.M. Greiner, NJW 2000, 1314 f.). Hat der Mieter die Mietsache unstreitig mangelfrei erhalten, trifft ihn grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast, wenn er später eingetretene Mängel geltend macht und darauf gestützt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt. Allein diese Ansicht vermeidet einen ansonsten nicht lösbaren Widerspruch. Denn wenn sich ein Mieter auf während der Mietzeit eingetretene Mängel beruft und deshalb Minderung geltend macht, ist er grundsätzlich für deren Vorhandensein darlegungs- und beweispflichtig. Erhebt er darüber hinaus auch noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, kann dies nicht dazu führen, nunmehr dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen. Denn auch wer die Einrede aus § 320 BGB geltend macht, muss beweisen, dass ihm eine unter das Gegenseitigkeitsverhältnis fallende Gegenforderung zusteht. Der das Zurückbehaltungsrecht des Mieters begründende, auf Mangelbeseitigung gerichtete Erfüllungsanspruch aus § 535 I S. 2, Halbs. 2 BGB setzt bei einer mangelfrei übergebenen Mietsache das nachträgliche Eintreten eines Mangels voraus, für das der Mieter die Beweislast trägt. Ob etwas anders angenommen werden kann, wenn der Mieter geltend macht, er habe die Sache überhaupt nicht erhalten oder sie sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen, bedarf keiner Entscheidung. Vorliegend ist nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. unstreitig, dass die Klä. der Bekl. die Mietwohnung jedenfalls zunächst frei von Mängeln überlassen hat. Deshalb trägt die Bekl. die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein eines erheblichen Mangels. Zutreffend hat ihr daher das Amtsgericht die Ausführung ihrer Rechte nach § 599 I ZPO vorbehalten.

*Strafrecht***Standort: §§ 211, 13 I StGB****Problem: Verdeckung einer "anderen" Tat**

BGH, URTEIL VOM 14.12.2006
4 STR 419/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war genervt darüber, dass seine Frau sich Freizeitaktivitäten widmete und ihn mit zwei kleinen Kindern allein zu Hause ließ. Als auch noch sein zehn Wochen alter Sohn ohne Unterbrechung schrie, schleuderte er den Kindersitz, in dem sich der Säugling befand, gegen einen Heizkörper, wodurch das Kind schwere Hirnverletzungen erlitt. Als die Frau des Angeklagten später zurückkam, erzählte der Angeklagte ihr nichts von den Verletzungen des Kindes. Die Mutter stellte diese aber trotzdem fest und brachte das Kind in ein Krankenhaus, wo es aber nicht mehr gerettet werden konnte. Das LG Saarbrücken verurteilte den Angeklagten wegen Totschlags (§ 212 I StGB). Die hiergegen gerichteten Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägerin, die eine Verurteilung wegen Mordes (§ 211 StGB) bzw. Mordes durch Unterlassen (§§ 211, 13 I StGB) forderten, wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte sind häufig Gegenstand von Examensaufgaben, insb. deshalb, weil sich daran sehr schön Probleme des Allgemeinen Teils entwickeln lassen. Aber gerade der Tatbestand des Mordes bietet auch Gelegenheit zu Aufgabenstellungen, in denen die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale zu diskutieren sind.

Im vorliegenden Fall geht es zum einen um die Voraussetzungen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe. Bei der Prüfung des Vorliegens von Mordmerkmalen ist stets zu berücksichtigen, dass § 211 StGB als einziges Delikt im deutschen Strafrecht keinen Strafraum besitzt, sondern eine zwingende Rechtsfolge, nämlich lebenslange Freiheitsstrafe. Werden also die Voraussetzungen eines Mordes bejaht, so muss nach dem Gesetzeswortlaut auf diese Strafe erkannt werden. Umstände, die für den Täter sprechen, können also nicht bei der Strafzumessung, sondern nur auf Tatbestandsebene berücksichtigt werden. Deshalb sind Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen (BVerfGE 45, 267; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 2).

Die erforderliche restriktive Auslegung bereitet allerdings gerade beim Mordmerkmal der "niedrigen Be-

weggründe" Probleme, da dieses sprachlich sehr weit gefasst und vom Gesetzgeber auch bewusst als - weiter - Auffangtatbestand konzipiert ist. Nach ganz herrschender Meinung ist ein Beweggrund des Täters dann "niedrig" i.S.v. § 211 StGB, wenn er sittlich auf tiefster Stufe steht und besonders verachtenswert ist (BGH, NJW 2002, 369; 2006, 97; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 18; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 95). Ob dies der Fall ist, ist auf Grund einer Gesamtwürdigung aller für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren einschließlich der Tatumstände, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu beurteilen (BGH, NStZ-RR 2003, 78; NStZ-RR 2006, 140; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 9). Handelt der Täter aus mehreren Tatmotiven (einem "Motivbündel") heraus, so muss das Hauptmotiv diese Voraussetzungen erfüllen (BGH, NStZ-RR 2004, 234; Lackner/Kühl, § 211 Rn 5c). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung weiter, dass verwerfliche Motive wie Wut, Rache oder Hass nur dann einen niedrigen Beweggrund i.S.v. § 211 StGB darstellen, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen (z.B. Rassenhass, vgl. BGH, NJW 1996, 471; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 12c). Als Hauptmotiv des Täters im vorliegenden Fall haben das LG und der BGH die Verärgerung des Täters über das ständig schreiende Kind und seinen Wunsch, endlich Ruhe zu haben, in Verbindung mit der Frustration darüber, dass er von seiner Frau mit den Kindern wiederholt alleine gelassen wurde, angesehen. Die Annahme des Landgerichts, dass eine solche Motivlage nicht sittlich auf tiefster Stufe stehe, hält der BGH für vertretbar und hat sie deshalb bestätigt.

Von der Nebenklägerin war weiter gerügt worden, der Angeklagte habe sich dadurch, dass er nach dem Zufügen der Verletzungen keine Rettungsmaßnahmen ergriffen habe, um den Tod des Kindes zu verhindern, auch wegen Mordes durch Unterlassen strafbar gemacht, da er zur Verdeckung einer anderen Straftat gehandelt habe. Ein Verdeckungsmord durch Unterlassen ist zwar grundsätzlich möglich (BGH, NJW 2000, 1730; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 30a). Die Tat, die der Angeklagte durch sein Unterlassen verdecken wollte, könnte aber nur der (im Zeitpunkt des Nichtergreifens von Rettungsmaßnahmen nur versuchte) Totschlag durch die Misshandlung des Kindes sein. Der BGH lehnte deshalb in der vorliegenden Entscheidung - in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung

(vgl. BGH, NStZ 2000, 498; 2003, 259) - einen Verdeckungsmord ab, da der Angeklagte von Anfang an mit Tötungsvorsatz gehandelt und diesen auch nicht zwischenzeitlich aufgegeben hat. Dann führt aber auch das spätere Hinzutreten des Motivs der Verdeckung nicht dazu, dass das bisher begangene (versuchte) Tötungsdelikt eine "anderen" Tat i.S.v. § 211 StGB darstellt.

Vertiefungshinweise:

Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB: BGHSt 47, 128; 50, 1; BGH, NStZ-RR 2000, 168; NStZ 2002, 369; Kargl, StraFo 2001, 386; Neumann, JR 2002, 471

Zum Verdeckungsmord durch Unterlassen: BGH, NStZ 2003, 312; Freund, NStZ 2004, 123; Theile, JuS 2006, 110; Wilhelm, NStZ 2005, 177

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Aßmann"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe der Tat "niedrig" i.S.v. § 211 II StGB sind, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv, welches der Tat ihr Gepräge gibt, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist.

2. Ist der maßgebliche Beweggrund des Täters für die Tötung eines Kleinkindes seine Verärgerung über das ständige Weinen des Kindes, verbunden mit dem Bestreben "Ruhe vor dem schreienden Kind zu haben", so ist es nicht selbstverständlich, dass dies Ausdruck einer niedrigen, besonders verachtenswerten Gesinnung ist.

3. Hat der Täter das Tatopfer mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und unterlässt er es anschließend, zur Verdeckung dieses Geschehens Maßnahmen zur Rettung des zunächst überlebenden Opfers einzuleiten, so ist eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes durch Unterlassen schon deshalb nicht gegeben, weil es an einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht "anderen" Straftat fehlt. Dies gilt selbst dann, wenn zwischen dem Handlungs- und Unterlassensteil eine zeitliche Zäsur liegt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war mit der Nebenklägerin verheiratet. Aus der Ehe sind zwei Söhne hervorgegangen, der am 10. April 2003 geborene Steffen Lars und das spä-

tere am 23. April 2005 geborene Tatopfer Mike Steven. Nach der Geburt des zweiten Kindes verschlechterte sich auf Grund von Arbeitsüberlastung und sich zuspitzender finanzieller Probleme das Verhältnis des Angeklagten zu seiner Ehefrau. Auch im Verhältnis zu seinen Kindern reagierte der Angeklagte zusehends gereizter und aggressiver. Bei den ihm häufig von seiner Ehefrau im Zusammenhang mit der Pflege von Mike übertragenen Aufgaben, etwa beim Ankleiden oder Windelwechseln, ging er sehr ungeduldig und grob, in zwei Fällen sogar mit derartiger körperlicher Kraft vor, dass das Kind erheblich verletzt wurde. In einem Fall, hatte er, als der Säugling beim Ankleiden strampelte, dessen linken Arm so fest gepackt und durch den Ärmel des Kleidungsstücks gezogen, dass das Kind einen Bruch des Oberarms erlitt. Bei einem weiteren Vorfall trug das strampelnde Kind durch einen heftigen Griff des Angeklagten beim Wickeln eine Spiralfaktur des rechten Oberschenkelknochens davon. Diese Vorfälle sind nicht Verfahrensgegenstand.

Am Tattag, den 9. Juli 2005, verließ die Nebenklägerin gegen 9 Uhr morgens die eheliche Wohnung zu einem Einkaufsbummel. Die Bitte des Angeklagten, Mike oder wenigstens den älteren Sohn Lars mitzunehmen, hatte sie zuvor abgelehnt. Hierüber war der Angeklagte verärgert, da er bereits am Vortag sowie bei mehreren Gelegenheiten zuvor allein die Pflege und Aufsicht über die Kinder wahrgenommen hatte, während seine Ehefrau Freizeitaktivitäten nachgegangen war. Im Verlauf des Morgens begann Mike zu quengeln und zu schreien. Der Angeklagte war "genervt"; er versuchte zunächst, das Kind durch Herumtragen und Schaukeln in seinem Kindersitz zu beruhigen. Weder durch anschließendes Füttern noch Wickeln gelang es ihm jedoch, das Kind vollständig ruhig zu stellen. Durch das fortwährende Schreien seines Sohnes wurde der Angeklagte immer ungeduldiger und gereizter. Hinzu kam, dass er auch den älteren Sohn Steffen zu beaufsichtigen hatte. Schließlich war der Angeklagte bereit, körperliche Gewalt anzuwenden, um Mike zum Schweigen zu bringen.

Zunächst schüttelte er den Säugling so heftig, dass hierdurch Einblutungen in dessen Augen hervorgerufen wurden. Als das Kind daraufhin weiter schrie, schlug ihm der Angeklagte mit der Hand mehrfach mit derart roher Gewalt auf das mit einer Windel bedeckte Gesäß, dass ein großflächiges Hämatom entstand.

Da Mike heftig weiter schrie, geriet der Angeklagte in eine derart aggressive, gereizte und ungeduldige Stimmung, dass ihm jedes Mittel recht war, um endlich Ruhe zu bekommen. Er führte - wovon das Landgericht zu seinen Gunsten ausgegangen ist - den Kindersitz, in dem das Kind unangeschnallt saß, mit einem wuchtigen Schlag gegen einen Heizkörper, so dass Mike aus dem Sitz heraus mit dem Kopf gegen den Heizkörper geschleudert wurde. Dem Angeklagten war hierbei bewusst, dass eine solche massive Gewaltein-

wirkung auch tödliche Verletzungen des erst zehn Wochen alten Kindes zur Folge haben konnte. Er nahm dies jedoch in Kauf, um den Säugling endlich zur Ruhe zu bringen. Mike erlitt infolge des Aufpralls eine Fraktur des linken Scheitelbeins und verlor das Bewusstsein. Gegenüber seiner unmittelbar danach zurückkehrenden Ehefrau versuchte der Angeklagte den Zustand des Kindes zu verheimlichen.

Diese bemerkte jedoch eine Beule am Kopf des Kindes und brachte es umgehend in eine Kinderklinik. Noch in der folgenden Nacht verstarb Mike an den schweren Hirnverletzungen, die er durch den Aufprall auf den Heizkörper erlitten hatte.

Zu den Beweggründen der Tat hat das Landgericht ausgeführt, mitursächlich für die Tat sei die Verärgerung des Angeklagten gegenüber seiner Ehefrau gewesen, die ihn zum Tatzeitpunkt nahezu zwei Tage mit den Kindern allein gelassen hatte, um ihren eigenen Interessen nachzugehen. Diese Verärgerung sei zum Zeitpunkt der Tathandlung jedoch bereits in den Hintergrund gerückt. Bestimmendes und unmittelbar tatalauslösendes Motiv sei die Verärgerung und Gereiztheit des Angeklagten über das ständige Schreien des Kindes gewesen. Der ohnehin gegenüber seinen Kindern ungeduldige und leicht reizbare Angeklagte habe nur noch das Ziel gehabt, Ruhe vor dem schreienden Kind zu haben. Diese Annahme werde durch die Einlassung des Angeklagten gestützt, der von einem ständigen "Plärren" des Kindes sowie seiner sich dadurch immer weiter steigender Gereiztheit berichtet habe. Auch der den Angeklagten noch am Tattag vernehmende Polizeibeamte habe bekundet, nach seinem Eindruck habe der Angeklagte aufgrund des ständigen Schreiens des Kindes die Nerven verloren und nur noch gewollt, dass dieses ruhig sei.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich der Angeklagte, die Staatsanwaltschaft und die Nebenklägerin mit ihren Revisionen.

Der Angeklagte rügt allgemein die Verletzung materiellen Rechts. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten und auf die Sachrüge gestützten Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft in erster Linie die Verneinung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe durch das Landgericht. Die Nebenklägerin wendet sich mit ihrem Rechtsmittel, mit welchem sie die Verletzung materiellen Rechts rügt, ebenfalls gegen die Verurteilung des Angeklagten lediglich wegen Totschlags. Sie vertritt die Auffassung, dass der Angeklagte des Mordes aus niedrigen Beweggründen, hilfsweise Tateinheitlich zum Totschlag des versuchten Verdeckungsmordes, begangen durch Unterlassen,

hätte schuldig gesprochen werden müssen. Sämtliche Revisionen erweisen sich als unbegründet. [...]

II. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägerin

1. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

Die Beweiswürdigung des Landgerichts zu den Beweggründen der Tat und zur Annahme eines (lediglich) bedingten Tötungsvorsatzes lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe stellen weitgehend den revisionsrechtlich unbeachtlichen Versuch dar, die Beweiswürdigung des Tatrichters durch die eigene zu ersetzen (zur eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit tatrichterlicher Beweiswürdigung vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2 und Überzeugungsbildung 33 m.w.N.).

2. Zur Verneinung niedriger Beweggründe

Das Landgericht hat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei das Vorliegen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe verneint.

a. Voraussetzungen für niedrige Beweggründe i.S.v. § 211 StGB

Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe der Tat "niedrig" sind und - in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag - als verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 35, 116, 127; 47, 128, 130). Gefühlsregungen wie Wut, Ärger, Hass und Rache kommen dabei in der Regel nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 36, 45 und 46 jew. m.w.N.). Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv, welches der Tat ihr Gepräge gibt, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 20; BGH NSStZ 2006, 338, 340 m.w.N.).

b. Zum Fehlen niedriger Beweggründe im vorliegenden Fall

Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung diese Grundsätze im Blick gehabt. Es hat sich im Ergebnis nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der maßgebliche Beweggrund des Angeklagten für die Tatbegehung, nämlich seine Verärgerung über das ständige Weinen des Kindes verbunden mit dem Bestreben "Ruhe vor dem schreienden Kind zu haben", Ausdruck einer niedrigen, besonders verachtenswerten Gesinnung des Angeklagten war. Hierbei war für das

Landgericht leitend, dass der Angeklagte nahezu zwei Tage mit der Aufsicht und Pflege beider Kinder befasst gewesen war, er vor der Tat mehrfach versucht hatte, Mike mit angemessenen Mitteln, etwa durch Wickeln und Füttern, ruhig zu stellen und das Kind gleichwohl immer wieder, zuletzt unaufhörlich weiter geschrien hatte. Ersichtlich hat es damit darauf abgestellt, dass der ohnehin leicht reizbare Angeklagte in dieser Situation nervlich überfordert war und es deshalb - und nicht aus einer auf tiefster Stufe stehenden, verwerflichen Gesinnung heraus - zu einem Aggressionsdurchbruch und der Gewaltanwendung gegen das Kind kam (vgl. hierzu BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 1, 31). Dies hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 79, 80; NStZ 2006, 338, 340) und ist vom Revisionsgericht hinzunehmen.

3. Zur fehlenden Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes durch Unterlassen (§§ 211, 13 I StGB)

Vergeblich rügt die Nebenklage, das Landgericht habe es jedenfalls rechtsfehlerhaft unterlassen, den Ange-

klagten im Hinblick auf sein Nachtatverhalten wegen eines tateinheitlich durch Unterlassen begangenen versuchten Verdeckungsmordes zu verurteilen. Hat der Täter das Tatopfer - wie hier - mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und unterlässt er es anschließend, zur Verdeckung dieses Geschehens Maßnahmen zur Rettung des zunächst überlebenden Opfers einzuleiten, so ist eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes durch Unterlassen schon deshalb nicht gegeben, weil es an einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht "anderen" Straftat fehlt (vgl. Senat, NStZ 2003, 312). Dies gilt selbst dann, wenn - wovon hier nach den getroffenen Feststellungen nicht auszugehen ist - zwischen dem Handlungs- und Unterlassensteil eine zeitliche Zäsur liegt (Senat aaO).

III. Die Revision des Angeklagten

Die Überprüfung des Urteils aufgrund der vom Angeklagten allgemein erhobenen Sachrüge hat weder zum Schuld- noch zum Strafausspruch einen den Angeklagten belastenden Rechtsfehler ergeben.

Standort: § 227 StGB

Problem: Unmittelbarkeitszusammenhang

BGH, BESCHLUSS VOM 30.08.2006

2 STR 198/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte A hatte zusammen mit einigen Freunden einen Taxifahrer zusammengeschlagen. Als der Fahrer bereits schwer verletzt war, bereute A wohl sein Tun, legte den Fahrer in sein Taxi und bemühte sich, seine Freunde davon abzuhalten, den Taxifahrer noch weiter zu verletzen, allerdings ohne Erfolg. Die anderen stachen mehrfach mit Messern auf das Opfer ein, wobei einer der Stiche den Fahrer tödlich verletzte. Das Landgericht Frankfurt am Main verurteilte den A insbesondere wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB). Gegen dieses Urteil hat die Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des A Revision eingelegt. Auch bei einer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision hat das Revisionsgericht jedoch das angefochtene Urteil gem. § 301 StPO auf Fehler zu überprüfen, auf die der Angeklagten seine Revision hätte stützen können (Meyer-Goßner, § 301 Rn 1). Deshalb beschäftigte sich der BGH mit der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 227 I StGB vorlagen, was er im Ergebnis bejahte.

Prüfungsrelevanz:

Die im vorliegenden Fall relevante Frage nach den Voraussetzungen für einen Zurechnungszusammenhang i.S.v. § 227 I StGB ist ein klassisches Problem, das immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben

ist.

Eine Erfolgsqualifikation wie z.B. § 227 StGB setzt zunächst eine äquivalente Kausalität zwischen dem Grunddelikt und dem Eintritt der schweren (qualifizierenden) Folge voraus (Joecks, § 227 Rn 6; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 2). Die Zurechnung eines solchen Erfolges setzt auch nicht voraus, dass der Täter ihn eigenhändig herbeigeführt oder vorhergesehen hat. Denn gem. § 18 StGB muss der Täter bei einer Erfolgsqualifikation bzgl. der schweren Folge nur wenigstens fahrlässig handeln. Wird also das Grunddelikt von mehreren Mittätern begangen, so sind alle Mittäter der Erfolgsqualifikation, wenn der Eintritt für alle vorhersehbar war (BGH, NStZ 2004, 684; 2005, 93; Tröndle/Fischer, § 227 Rn 2).

Eine besondere Voraussetzung der Erfolgsqualifikation ist jedoch, dass die schwere Folge durch eine typische Gefahr des Grunddelikts herbeigeführt wurde (sog. tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang oder Unmittelbarkeitszusammenhang, vgl. BGH, NJW 1992, 1708; 1995, 3194; Joecks, § 227 Rn 7). Unter welchen Voraussetzungen ein solcher Zusammenhang bei § 227 StGB angenommen werden kann, ist jedoch streitig. Ein Großteil der Literatur verlangt insofern, dass die schwere Folge (also der Tod des Opfers) gerade aus dem - vorsätzlich zugefügten - Körperverletzungserfolg resultiert (Joecks, § 227 Rn 7; SK-Horn/Wolters, § 227 Rn 10; Deubner, NJW 1960, 1068). Begründet wird dies vor allem mit dem Gesetzeswortlaut. Dieser verlangt nämlich, dass der Täter den Tod des Opfers "durch die Körperverletzung",

also die zugefügte Verletzung (den Verletzungserfolg) herbei führe. Auch spreche § 227 I StGB vom Tod "der verletzten Person". Dies zeige deutlich, dass das Grunddelikt stets vollendet sein müsse, da es sonst keine "verletzte" Person gebe. Nach der Gegenauffassung könne jedoch auch bereits eine versuchte Körperverletzung gem. § 227 I StGB qualifiziert sein, was der gesetzgeberischen Intention widerspreche. Die Gegenauffassung, insb. die Rechtsprechung, lässt es hingegen ausreichen, dass die schwere Folge durch die Körperverletzungshandlung verursacht wird (BGH, NStZ-RR 1998, 171; LG Kleve, NStZ-RR 2003, 235; Schönke/Schröder-Stree, § 221 Rn 5). Dies entspreche den Voraussetzungen des Unmittelbarkeitszusammenhangs bei anderen Erfolgsqualifikationen (z.B. § 251 StGB). Außerdem habe der Gesetzgeber durch den in § 227 I StGB enthaltenen Verweis auf die "§§ 223 bis 226" als Grunddelikte für die Körperverletzung mit Todesfolge insb. auch auf die jeweiligen Versuchsregeln (z.B. § 223 II StGB) verweisen wollen. Nach der Literaturauffassung komme aber eine versuchte Körperverletzung als Grunddelikt des § 227 StGB gerade nicht in Betracht, so dass dies dem Gesetzeswortlaut widerspreche.

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH die bisherige Rechtsprechung fort, ohne noch einmal im Detail auf den Streitstand oder die Argumentationen einzugehen.

Vertiefungshinweise:

Zum Unmittelbarkeitszusammenhang i.S.v. § 227 StGB: BGHSt 31, 99; BGH, NStZ 1997, 341; *Laubenthal*, JZ 1987, 1065; *Sowada*, JURA 2003, 552; *Wolters*, JuS 1981, 170

Kursprogramm:

Examenskurs: "Hooligan"

Leitsatz (der Redaktion):

Der für § 227 I StGB erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang ist auch dann gegeben, wenn das Opfer nicht unmittelbar an den ihm vom Täter zugefügten Verletzungen stirbt, aber dadurch nicht mehr in der Lage ist, sich gegen die Angriffe Dritter zu wehren und diese dann das Opfer tödlich verletzen.

Sachverhalt:

In der Nacht zum 20. Oktober 2001 hielten sich die Angeklagten [A, C und T] in der Diskothek "D" in F. auf. Dort zeigten sich A, T und Ca gegenseitig die [...] von ihnen mitgeführten Messer, was auch C und G bemerkten. Nachdem sie das Lokal verlassen hatten, hielten die Angeklagten gegen 3.45 Uhr am 20. Oktober 2001 ein Taxi an. Da der Angeklagte G sichtlich

betrunken war, verweigerte der Taxifahrer, das spätere Tatopfer E, eine Beförderung und wies diesen an, da er sich bereits in das Fahrzeug gesetzt hatte, wieder auszusteigen. Als die übrigen Angeklagten aus Verärgerung hierüber die Türen des Taxis mit Wucht zuschlugen, stieg der Fahrer ebenfalls aus, um die Angeklagten zur Rede zu stellen. Diese fassten spontan den Entschluss, E durch die Beibringung von Schlägen und Tritten einen "Denkzettel" zu erteilen. Ihr gemeinsamer Tatentschluss umfasste jedoch nicht die Tötung des Taxifahrers. C und A liefen von der Beifahrerseite zur Fahrertür des Taxis und begannen sofort, auf das Tatopfer einzuschlagen und es zu treten. Ca, G und T kamen kurze Zeit später ebenfalls zur Fahrerseite des Wagens und schlugen und traten auf E ein. Sodann stieß A, der seine ursprüngliche Angriffsabsicht aufgegeben hatte, das Tatopfer in das Taxi hinein, um es vor den weiteren Einwirkungen der anderen zu schützen, und griff den Fahrer nicht mehr an. Dies nahmen die übrigen Angeklagten wahr. Nunmehr trat der Angeklagte C durch die wieder weit geöffnete Fahrertür auf E ein, bis ihn A von hinten umfasste und wegzog. Daraufhin drängte sich der Angeklagte T nach vorn und stach mit seinem Messer zweimal in Richtung des Bauches des Taxifahrers, ohne ihn allerdings hierbei zu verletzen, und ein weiteres Mal in Richtung Oberkörper; dieser Stich wurde jedoch an die linke Halsseite des Opfers abgelenkt. Der Angeklagte T handelte dabei aus einem allein von ihm getroffenen Entschluss heraus, wobei er den Taxifahrer nicht zu töten beabsichtigte oder dies in Kauf nahm. Von den übrigen Angeklagten, die noch immer um den Wagen herumstanden, wurden weder die Messerstiche noch die hierdurch am Hals des Fahrers hervorgerufene Verletzung bemerkt.

Im Folgenden brachten einer oder mehrere der Angeklagten dem Opfer weitere Stiche mit einem Messer bei, von denen einer in das Herz des Taxifahrers drang und zu seinem Tod führte. Das Landgericht hat nicht festzustellen vermocht, welcher der Angeklagten diesen Stich ausgeführt hat. Ebenso wenig konnte es Feststellungen dazu treffen, ob die übrigen Angeklagten die Beibringung dieser Verletzungen bemerkten. [...]

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge und mit Beteiligung an einer Schlägerei zu mehrjährigen Jugend- bzw. Freiheitsstrafen verurteilt.

Auf die zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten Revisionen der Staatsanwaltschaft hat der Senat mit Urteil vom heutigen Tag das angegriffene Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung

und Entscheidung an eine Jugendkammer des Landgerichts Darmstadt zurückverwiesen. Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten T, C, Ca und A die Verletzung materiellen und formellen Rechts. Ihre Rechtsmittel haben mit der Sachrüge in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg (§ 349 IV StPO); i.Ü. sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

II. Entscheidung des BGH

1. Zur Strafbarkeit gem. § 227 I StGB

Soweit das Landgericht die Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt hat, ist der Schuldspruch, auch bezüglich des Angeklagten A, im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. [...] Die rechtliche Würdigung des Landgerichts, die Körperverletzungshandlungen des Angeklagten A seien für den Tod des Tatopfers E unmittelbar ursächlich geworden, ist nicht zu beanstanden und wird von den tatsächlichen Feststellungen getragen. Denn schon den Gewalthandlungen As haftete die tatbestandsspezifische Gefahr eines tödlichen Ausgangs an. Dieser unmittelbare Gefahrzusammenhang wurde durch die nachfolgenden Tathandlungen der weiteren Angeklagten nicht unterbrochen (vgl. BGH NSTZ 1992, 333, 334). Die für das Leben des Taxifahrers bestehende und sich im weiteren Verlauf realisierende Gefahr wurde durch die von A verübten Körperverletzungshandlungen unmittelbar mitbegründet. Das Tatopfer geriet bereits durch die Körperverletzungshandlungen As in eine Lage, in der es den weiteren Angriffen keine wirksame Gegenwehr mehr entgegenzubringen vermochte und den nachfolgenden Einwirkungen, die, für die Angeklagten vorhersehbar, zu seinem Tod führten,

schutzlos ausgeliefert war.

2. Zur Strafbarkeit gem. § 231 I StGB

Die Verurteilung der Angeklagten wegen einer tateinheitlich begangenen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

3. Zur Strafbarkeit gem. § 224 I Nr. 4 StGB

Die Verurteilung wegen tateinheitlich begangener gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB (sowie § 224 Abs. 1 Nr. 2, 4, 5 StGB, soweit es den Angeklagten T betrifft), hat jedoch zu entfallen. Der Tatbestand des § 224 StGB wird hier von demjenigen der Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB konsumiert (vgl. BGHR StGB § 227 Todesfolge 4; Tröndle/Fischer § 227 Rdn. 12). Denn nach den Feststellungen des Landgerichts wurde die Gefahr für das Leben des Opfers gerade durch das gemeinschaftliche Zusammenwirken der Angeklagten verursacht. Der in dem gemeinschaftlichen Angriff zum Ausdruck kommende Unrechtsgehalt wird daher von dem Unrechtsgehalt des § 227 Abs. 1 StGB mit umfasst.

4. Zu Aufhebung des Strafausspruchs

Die Änderung des Schuldspruchs durch den Senat hat die Aufhebung der Strafaussprüche mit den zugehörigen Feststellungen zur Folge. Denn das Landgericht hat die tateinheitliche Verwirklichung einer gefährlichen Körperverletzung durch die Angeklagten ausdrücklich strafschärfend berücksichtigt. Der Senat kann daher nicht ausschließen, dass sich dieser Umstand auf die Höhe der vom Landgericht erkannten Strafen ausgewirkt hat.

Standort: § 136 I 2 StPO

Problem: Nichtbeweisbarkeit der Belehrung

BGH, URTEIL VOM 08.11.2006
1 STR 454/06 (NSTZ-RR 2007, 80)

Problemdarstellung:

Bei einer Durchsuchung des Zimmers des Beschuldigten, der des Handelns mit Betäubungsmitteln verdächtigt war, hatten die Polizeibeamten diesen auch vernommen, wobei sich der Beschuldigte insb. zu einer bei ihm gefundenen Pistole geäußert hatte. Später konnten sich die Polizisten allerdings nicht mehr genau daran erinnern, den Beschuldigten vor der Vernehmung belehrt zu haben. Das Landgericht München I hatte die Äußerungen des Beschuldigten in der Vernehmung dennoch verwertet und diesen u.a. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a II Nr. 2 BtMG) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf die Revision des Beschuldigten hin auf.

Prüfungsrelevanz:

Beweisverwertungsverbote, ganz besonders solche wegen Verletzung einer Belehrungspflicht, stellen im zweiten Examen einen absoluten Standardstoff dar, der sich in alle Klausurtypen (Anwaltsklausur, Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft, Urteil und Revision) gut einbauen lässt. Auch im ersten Examen gehören diese Probleme zum strafprozessualen "Grundwissen", sodass sie in Zusatzfragen oder mündlichen Prüfungen auftauchen können.

Gem. § 136 I 2 StPO ist der Beschuldigte vor seiner ersten richterlichen Vernehmung darüber zu belehren, dass er sich nicht zur Sache äußern muss und jederzeit einen Verteidiger befragen kann. Gem. § 163a III 2, IV 2 StPO gilt dies auch für Vernehmungen des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei. Unterbleibt die erforderliche Belehrung, so darf die Aussage des Beschuldigten nicht verwertet werden (BGHSt 38, 214; Meyer-Goßner, § 136 Rn 20), jenen-

falls sofern der Beschuldigte sein Recht nicht kannte und der Verteidiger der Verwertung in der Hauptverhandlung widersprochen hat (BGHSt 42, 15; Müller, StV 1996, 358).

Problematisch ist es, wenn sich nicht mehr klären lässt, ob der Beschuldigte belehrt wurde oder nicht. Die herrschende Literatur hält die Aussage des Beschuldigten auch in diesem Fall nicht für verwertbar (Meyer-Goßner, § 136 Rn 20; Hauf, MDR 1993, 195; Roxin, JZ 1992, 923). Der BGH hingegen hat es für eine Verwertbarkeit der Aussage ausreichen lassen, dass es Indizien für eine erfolgte Belehrung gab, auch wenn sich diese nicht mit Sicherheit nachweisen ließ (BGHSt 38, 214; BGH, NStZ 1997, 609; StV 1999, 354). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass es solcher Indizien auch zwingend bedarf. Gibt es diese nicht und ist die Belehrung auch nicht - wie es Nr. 45 I RiStBV vorschreibt - aktenkundig gemacht worden, so ist so zu verfahren wie bei einer nachweislich unterbliebenen Belehrung, d.h. die Aussage darf nicht verwertet werden.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Beweisverwertungsverbot bei Unterbleiben der Belehrung des Beschuldigten gem. § 136 I 2 StPO: BGH, JZ 1992, 918; Hauf, MDR 1993, 195; Kaufmann, NStZ 1998, 474; Roxin, JZ 1992, 923; Wohlers, JR 2002, 295; Wollenweber, StV 1999, 355

Leitsatz (der Redaktion):

Liegen keine hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte für eine erfolgte Belehrung des Beschuldigten in einer Vernehmung vor, und kommt hinzu, dass ein Aktenvermerk im Sinne von Nr. 45 Abs. 1 RiStBV nicht gefertigt wurde, so dürfen Äußerungen, die der Beschuldigte in dieser Vernehmung gemacht hat, nicht verwertet werden.

Sachverhalt:

Im Rahmen einer Wohnungsdurchsuchung wurde im Zimmer des Angeklagten in einem Schuhkarton eine größere Menge Marihuana gefunden. In Griffweite zum Schuhkarton wurde darüber hinaus in einer Schachtel, die sich in der unteren Schublade des Nachtkästchens befand, eine funktionstüchtige Gaspistole sichergestellt. Die Waffe war zwar ungeladen, es befanden sich jedoch in der Schachtel auch zu der Waffe passende Pfefferkartuschen, mit denen die Waffe jederzeit hätte geladen werden können.

Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung das Drogengeschäft im Fall II. 4 ebenso eingeräumt wie in den Fällen II. 1 bis 3. Zu der gefundenen Gaspistole hat er sich dahin eingelassen, er habe nicht gewusst, dass sie sich im Nachtkästchen befunden habe. Das Nachtkästchen sei von seiner Schwester ein paar Tage vor seiner Festnahme aus einer Kammer im Dachgeschoss auf

seine Bitte hin in sein Zimmer getragen worden, um dort den Wecker abzustellen.

Er habe nie hineingeschaut. Die Strafkammer hat diese Einlassung durch die glaubhaften Angaben der Polizeibeamten M, W und K als widerlegt angesehen. Der Zeuge M hat ausgesagt, der bei der Durchsuchung anwesende Vater des Angeklagten habe nach Auffinden der Gaspistole geäußert, diese sei ein Erbstück und er sei verwundert, wie die Waffe in das Zimmer seines Sohnes gelangt sei. Der Angeklagte habe "sinngemäß geantwortet, er habe sie eine Woche zuvor geholt". Diese Aussage des Angeklagten haben die Polizeibeamten K und W bestätigt.

Der Verteidiger hat der Verwertung dieser Äußerung des Angeklagten widersprochen, weil der Angeklagte zu Beginn der Ermittlungshandlungen nicht - wie nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschrieben - belehrt worden sei. Die Strafkammer hat die drei Polizeibeamten dazu vernommen, ob eine Belehrung erfolgt sei. Dazu gab der Zeuge M an, er habe den Angeklagten "spätestens bei der [anschließenden] Durchsuchung seiner Person, als in seiner Hosentasche 4,76 g Marihuana aufgefunden wurden, belehrt. Ob er ihn zuvor belehrt habe, könne er nicht mehr sagen". Der Polizeibeamte K sagte aus, er selbst habe den Angeklagten nicht belehrt, "er vermute, dass eine Belehrung durch POM M erfolgte. Wo diese stattgefunden hat, könne er nicht mehr sagen". Der Polizeibeamte W gab an, "keine Angaben darüber machen zu können, ob der Angeklagte belehrt worden sei".

Die Strafkammer hat die Aussage des Angeklagten verwertet. Da sich nicht klären lasse, ob vor seiner Aussage zu der Gaspistole durch die Beamten eine Belehrung erfolgt sei, dürfe nach den Grundsätzen aus BGHSt 38, 214, 224 der Inhalt der Einlassung verwertet werden. Dem Angeklagten könne die Waffe aufgrund der Bekundungen der Polizeibeamten im Sinne eines bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zugerechnet werden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln (Fälle II. 1 bis 3) sowie wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 4) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf eine Verfahrensrüge und die Sachrüge gestützten Revision. Die Revision des Angeklagten führt zur Aufhebung der Verurteilung im Fall II. 4 und des Auspruchs über die Gesamtstrafe; im Übrigen ist sie un-

begründet.

II. Entscheidung des BGH; Zur Verfahrensrüge des Angeklagten

Die Verfahrensbeschwerde, mit der die Revision rügt, das Landgericht habe eine vom Angeklagten zum Fall II. 4 ohne Belehrung über sein Schweigerecht gemachte Aussage zu einer sichergestellten Gaspistole verwertet (Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO), hat Erfolg. [...]

1. Zur Verwertbarkeit der Äußerungen des Beschuldigten

Die freibeweisliche Würdigung der Strafkammer zu dem Vorliegen der Belehrung ist nicht tragfähig. Im Ausgangspunkt zutreffend hat die Strafkammer durch die Vernehmung der drei Polizeibeamten zu klären versucht, ob die in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO bezeichnete Belehrung erteilt worden ist oder ob es Hinweise dafür gibt, dass die Belehrung versäumt worden ist. Die vom Landgericht mitgeteilten Bekundungen der Polizeibeamten legen nahe, dass keiner der Beamten eine konkrete Erinnerung daran hatte, ob die vorgeschriebene Belehrung vor der Einlassung des Angeklagten zu der Gaspistole erfolgt ist.

Anders als in den Fällen in BGHSt 38, 214, 224 und BGH NStZ 1997, 609, in denen es jedenfalls Hinweise für eine erfolgte Belehrung gab, die sich nicht näher aufklären ließen, gibt es hier aufgrund der Aussagen der Polizeibeamten keine Anhaltspunkte für eine Belehrung. Es ist auch nicht festgestellt, dass einer der Polizeibeamten, den Richtlinien für das Straf- und

Bußgeldverfahren (Nr. 45 Abs. 1 RiStBV) entsprechend, eine Belehrung aktenkundig gemacht hat. Liegen somit keine hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte für eine erfolgte Belehrung vor, und kommt hinzu, dass ein Aktenvermerk im Sinne von Nr. 45 Abs. 1 RiStBV nicht gefertigt wurde, so dürfen Äußerungen, die der Beschuldigte in dieser Vernehmung gemacht hat, nicht verwertet werden.

2. Zum Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler

Auf diesem Verfahrensfehler beruht die Verurteilung im Fall II. 4 der Urteilsgründe; er erfasst auch die tateinheitliche Verurteilung wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Der Senat sieht davon ab, hinsichtlich des Schuldspruchs auf unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durchzuentscheiden. Mit der Aufhebung der Verurteilung im Fall II. 4 entfällt auch die Gesamtstrafe.

Zur Strafzumessung weist der Senat auf Folgendes hin: Sollte die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer wiederum zu dem Ergebnis kommen, dass im Fall II. 4 bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG vorliegt und gelangt sie auch zu einem minder schweren Fall nach § 30a Abs. 3 BtMG, so wird sie die Sperrwirkung des Strafrahmens des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zu beachten haben (st. Rspr.; vgl. nur BGH NJW 2003, 1679). [...]

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Abschaffung des Vorverfahrens**

BAYVERFGH, ENTSCHEIDUNG VOM 15.11.06
VF. 6-VII-05; VF. 12-VII-05 (BAYVBL 2007, 79)

Problemdarstellung:

Einige Bundesländer sind dazu übergegangen, das Widerspruchsverfahren abzuschaffen. Die Regelungen gehen dabei unterschiedlich weit. Teilweise ist die Abschaffung noch zu Erprobungszwecken zeitlich und/oder räumlich begrenzt (so z.B. in Nordrhein-Westfalen, wo zunächst in der Modellregion Ostwestfalen-Lippe das Widerspruchsverfahren mit Ausnahme einiger weniger Sachgebiete abgeschafft wurde, inzwischen aber eine landesweite Abschaffung von der Landesregierung geplant ist, die noch 2007 erfolgen soll); teilweise ist das Widerspruchsverfahren aber auch schon landesweit abgeschafft (so in Niedersachsen durch § 8a NdsAGVwGO, allerdings befristet bis zum 31.12.2009 und mit Ausnahme einiger Sachgebiete).

Der BayVerfGH hatte nun die Verfassungsmäßigkeit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch den bayerischen Landesgesetzgeber zu überprüfen, der diese zunächst räumlich auf den Regierungsbezirk Mittelfranken und zeitlich auf zunächst zwei Jahre (später verlängert um ein weiteres Jahr) beschränkt hat.

Fraglich war zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Landes, weil der Bund in § 68 VwGO und in Spezialregelungen (namentlich § 126 III BRRG) ein Widerspruchsverfahren vorgesehen hat. Da sämtliche bundesrechtlichen Regelungen jedoch Ausnahmen durch Gesetz zulassen, nimmt das Gericht an, dass der Bund von seiner (nach Art. 74 I Nr. 1 GG konkurrierenden) Gesetzgebungskompetenz keinen abschließenden Gebrauch gemacht habe, so dass die Länder nach Art. 72 I GG eigene, abweichende Regelungen treffen können. Dies soll nach dem BayVerfGH selbst dann gelten, wenn - wie in Bayern geschehen - das Vorverfahren sogar in den Fällen abgeschafft wird, in denen Bundesbehörden Bundesrecht anwenden.

In materieller Hinsicht prüft das Gericht einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip wegen der geringeren Kontrolldichte des gerichtlichen Verfahrens im Vergleich zum Widerspruchsverfahren, kommt aber zu dem Ergebnis, dass eine Zweckmäßigkeitkontrolle, die allein das Widerspruchsverfahren eröffnet (vgl. § 68 I VwGO im Unterschied zu § 113 I 1, V 1 VwGO),

verfassungsrechtlich grds. nicht geboten sei. Eine Ausnahme gelte nur bei bestehendem Beurteilungsspielraum der Behörden, wie er etwa bei Prüfungsentscheidungen gegeben sei; diese Ausnahme hatte der bayerische Gesetzgeber jedoch berücksichtigt, indem er insoweit das Widerspruchsverfahren bestehen lassen. Ferner wird ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wegen der zeitlich und räumlich beschränkten Geltung der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens geprüft; das Gericht hält eine solche jedoch durch den Erprobungszweck der Maßnahme für sachlich gerechtfertigt.

Prüfungsrelevanz:

Der BayVerfGH prüft den Fall anhand der Bayerischen Landesverfassung (BV). Die Entscheidung lässt sich aber ohne Weiteres auf Bundesrecht (GG) oder das Recht anderer Bundesländer übertragen, denn die angesprochenen Probleme (Gesetzgebungskompetenz, Rechtsstaatsprinzip, Gleichheitsgrundsatz) stellen sich länderübergreifend.

Hinzu kommt, dass die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens gegenwärtig überall in der politischen Diskussion ist, selbst in den Bundesländern, in denen noch keine gesetzliche Regelung erfolgt ist (Versuchsprojekte gibt es neben Bayern und Nordrhein-Westfalen noch in Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Hessen, Sachsen und Sachsen-Anhalt).

Zum Gleichheitssatz sei noch angemerkt, dass der BayVerfGH diesem nur ein reines Willkürverbot entnimmt, ohne auch nur zu erwähnen, dass die seit Jahren anerkannte "neue Formel" zumindest bei schwerwiegenden Belastungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (und damit eine Abwägung der widerstreitenden Interessen in der Angemessenheit) vornimmt, statt wie bei der Willkürformel jeden sachlichen Grund (ohne Interessenabwägung) zur Rechtfertigung genügen zu lassen (vgl. zur "neuen Formel" die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Abschaffung des Widerspruchsverfahrens: *Müller-Grune/Grune*, BayVBl 2007, 65; *Rüssel*, NVwZ 2006, 523; vgl. auch schon *Presting*, DÖV 1976, 269

☐ Zur "neuen Formel" bei Art. 3 I GG: *BVerfG*, RA

2005, 731 = DVBl 2006, 110; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pieroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282

Leitsatz:

Die befristete Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken (Art. 15 Nr. 21 AG VwGO) verstößt nicht gegen die Bayerische Verfassung.

Sachverhalt:

Art. 15 des bayerischen Gesetzes zur Ausführung der VwGO (AGVwGO) bestimmt, in welchen Fällen ein Widerspruchsverfahren in Bayern entfällt. Durch § 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des AGVwGO - im Folgenden: AGVwGOÄndG - wurde an diesen Art. 15 AGVwGO folgende Regelung angefügt:

“[Das Widerspruchsverfahren entfällt...] in allen Verfahren im Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006, in denen nach § 52 der Verwaltungsgerichtsordnung in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Nr. 4 dieses Gesetzes das Verwaltungsgericht Ansbach für die Entscheidung über eine Klage örtlich zuständig ist, mit Ausnahme von personenbezogenen Prüfungsentscheidungen. [...]”

Die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Ansbach erstreckt sich nach Art. 1 II Nr. 4 AGVwGO auf den Regierungsbezirk Mittelfranken. Nach § 2 AGVwGOÄndG galt diese Regelung für alle Verwaltungsakte und für beamtenrechtliche Feststellungs- und Leistungsklagen, die in diesem Zeitraum anhängig wurden. Durch § 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 23. Juni 2006 (GVBl S. 330) wurde die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken inzwischen bis zum 30. Juni 2007 verlängert.

X meint, die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken sei verfassungswidrig. Dies gelte schon deshalb, weil der Landesgesetzgeber hierfür keine Kompetenz habe, zumal sich die Regelung pauschal auf alle Verwaltungsakte und damit auch auf Verfahren erstrecke, in denen ausschließlich Bundesrecht zur Anwendung komme und/oder Bundesbehörden gehandelt haben. Ferner werde sein Recht auf effektiven Rechtsschutz verkürzt, da im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Gegensatz zum Widerspruchsverfahren nur subjektive Rechte geprüft würden und keine Zweckmäßigkeitkontrolle stattfinde. Schließlich und endlich sei die Festsetzung eines Erprobungszeitraumes von zunächst zwei und anschließend einem weiteren Jahr ebenso willkürlich wie die Beschränkung auf Mittelfranken. Es sei nicht einzusehen, warum ausgerechnet in Mittelfranken und ausgerechnet für diesen Zeitraum die Rechte der Bürger beschnitten würden.

Hat X Recht?

[Anm.: Der BayVerfGH hat nur eine Vereinbarkeit mit der Bayerischen Landesverfassung geprüft. Das folgende Gutachten soll jedoch anhand des Grundgesetzes erstellt werden.]

Lösung:

X hätte Recht, wenn die auf drei Jahre befristete Abschaffung des Widerspruchsverfahrens im Regierungsbezirk Mittelfranken verfassungswidrig wäre. Eine Verfassungswidrigkeit kann sich in formeller und materieller Hinsicht ergeben.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht ist insbesondere die Gesetzgebungskompetenz des Landes fraglich.

I. Grundsatz: Art. 70 I GG

Grundsätzlich haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz, Art. 70 GG.

II. Keine Ausnahme

Eine Ausnahme bestünde jedoch, wenn das Grundgesetz dem Bund die ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz übertragen hätte. Ausschließliche Kompetenztitel für eine Regelung des Widerspruchsverfahrens durch den Bund sind nicht ersichtlich; es kommt jedoch eine konkurrierende Kompetenz aus Art. 74 I Nr. 1 GG - “gerichtliches Verfahren” - in Betracht. Dann bliebe den Ländern nur eine eigene Regelungsmöglichkeit, soweit der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, Art. 72 I GG.

1. Regelungen im Bundesrecht

Regelungen zum Widerspruchsverfahren finden sich im Bundesrecht vor allem in §§ 68 ff. VwGO. Daneben existieren einige Spezialregelungen, etwa in § 126 III BRRG.

2. Abschließend

Fraglich ist jedoch, ob diese abschließend sind. Der VerfGH verneint dies angesichts der Öffnungsklausel des § 68 I 2, 1. Hs VwGO:

a. Öffnungsklausel in § 68 I 2, 1. Hs VwGO

“§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens vor Erhebung der Klage anordnet, beruht auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (“das gerichtliche Verfahren”, vgl. Oeter in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, RdNr. 27 zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 1; BVerwGE 61, 360/362). § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO enthält den Vorbehalt, dass es eines Widerspruchsverfahrens nicht bedarf, “wenn ein

Gesetz dies bestimmt". Der Bundesgesetzgeber hat also seine Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht ausgeschöpft, sondern Raum für abweichende Regelungen durch den Landesgesetzgeber gemäß Art. 72 Abs. 1 GG gelassen (vgl. BVerfGE 35, 65/73 f.)."

aa. Herrschende Meinung: Genereller Ausschluss möglich

"Die Öffnungsklausel in § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO lautete bis zum 31. Dezember 1996: 'wenn ein Gesetz dies für besondere Fälle bestimmt' [Hervorhebung im Original, Anm.d.Red.]. Durch Art. 1 Nr. 8 Buchst. a des Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGO-ÄndG) vom 1. November 1996 (BGBl I S. 1626) wurden die Wörter „für besondere Fälle“ mit Wirkung vom 1. Januar 1997 gestrichen. Damit ist § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO nach seinem Wortlaut zu einer inhaltlich nicht beschränkten Öffnungsklausel zugunsten der Länder geworden (Dolde/Porsch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, RdNr. 12 zu § 68; Geis, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, RdNr. 125 zu § 68; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 3. Aufl. 2005, RdNr. 18 zu § 68; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 31 RdNr. 13). Die Auffassung, § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO ermöglihe nur einen bereichsspezifischen Ausschluss des Widerspruchsverfahrens, findet (allein) in der Formulierung der Öffnungsklausel keine Stütze (Dolde/Porsch, a. a. O.)."

bb. Mindermeinung: Nur bereichsspezifische Ausnahmen möglich

"Allerdings sollte die Neuregelung nach der Begründung zum Gesetzentwurf des Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze bewirken, dass die Länder bereichsspezifisch den Widerspruch ausschließen können. Das bietet sich insbesondere für Genehmigungsverfahren an, in denen die Sach- und Rechtslage vor der ersten Verwaltungsentscheidung so umfassend geprüft wird, dass sich während des Widerspruchsverfahrens regelmäßig keine neuen Aspekte ergeben (BT-Drs. 13/5098, S. 23).

Daraus wird in Teilen der Literatur abgeleitet, dass der Ausschluss des Widerspruchsverfahrens unverändert rechtfertigungsbedürftig und nur bereichsspezifisch, nicht aber generell möglich sei (Rennert, in: Eyer- mann, VwGO, 12. Aufl. 2006, RdNr. 24 zu § 68; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, RdNr. 17 a zu § 68; Lindner, BayVBl 2005, 65/69).

Für diese Auffassung könnte auch eine Gesamtschau des § 68 Abs. 1 VwGO sprechen. Während § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO dem Grundsatz nach vom Erfordernis eines Vorverfahrens ausgeht, normiert der sich an-

schließende Satz 2 die Ausnahmen von dieser Regel. Wird jedoch die Öffnungsklausel des § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO aufgrund ihres Wortlauts weit ausgelegt, würde dies ermöglichen, dass der Grundsatz des Satzes 1 faktisch in das Gegenteil verkehrt wird."

cc. Ergebnis

"Selbst wenn man aber diesen Bedenken folgt, ist die angegriffene Regelung im Hinblick auf die Kompetenz des Landesgesetzgebers nicht zu beanstanden."

(1). Anwendung von Landesrecht durch Landesbehörden

"Sie sieht nämlich gerade keine generelle und dauerhafte Abschaffung des Widerspruchsverfahrens vor. Die Abschaffung ist vielmehr sowohl räumlich als auch zeitlich beschränkt, sie hat experimentellen Charakter. Damit ist sie einer bereichsspezifischen, sachlich begründeten Ausschließung des Widerspruchsverfahrens vergleichbar. Ziel der probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens ist es, die sachlichen oder instanziellen Bereiche herauszukristallisieren, in denen das Widerspruchsverfahren künftig dauerhaft entfallen könnte (LT-Drs. 15/145, S. 3). Die experimentelle Zielsetzung des Probelaufs ist eine hinreichende sachliche Rechtfertigung für die Inanspruchnahme der Kompetenz aus § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO (Lindner, BayVBl 2005, 65/69 f.)."

(2). Anwendung von Bundesrecht durch Landesbehörden

Lässt somit § 68 I 2, 1. Hs VwGO zumindest eine bereichsspezifische Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch Landesrecht zu, so verbleibt doch die von X aufgeworfene Frage, ob dies auch für solche Bereiche gilt, in denen von den bayerischen Landesbehörden ausschließlich Bundesrecht anzuwenden ist. Der BayVerfGH bejaht aber auch dies:

"Angesichts der aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG abgeleiteten und damit auf das Recht des gerichtlichen Verfahrens beschränkten Ermächtigung für den Landesgesetzgeber kommt es nicht darauf an, ob im Widerspruchsverfahren materiell Bundes- oder Landesrecht anzuwenden ist. Der landesgesetzliche Ausschluss des Widerspruchsverfahrens findet auf alle Verwaltungsverfahren Anwendung, für die das Land zuständig ist, gleichgültig ob es sich um den Vollzug eines Bundes- oder eines Landesgesetzes handelt (BVerfGE 35, 65/75).

Art. 15 Nr. 21 AGVwGO erfasst auch die Nachprüfung von Verwaltungsakten der bundeseigenen Verwaltung. Weder dem Wortlaut noch der Begründung der angegriffenen Norm sind Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Landesgesetzgeber die probeweise Abschaffung des Widerspruchsverfahrens einschränken und nicht auch auf den Bereich der bundes-

eigenen Verwaltung erstrecken wollte. Dass Bundesbehörden nach den Angaben der Staatsregierung nicht in die das Pilotprojekt begleitende Datenerfassung einbezogen wurden, vermag den dargestellten Inhalt des Gesetzes schon unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit und -bestimmtheit nicht infrage zu stellen.”

(3). Anwendung von Bundesrecht durch Bundesbehörden

Schließlich könnte jedenfalls insoweit keine Landeskompetenz bestehen, als Bereiche betroffen sind, in denen Bundesbehörden handeln (sogen. “bundeseigene Verwaltung”). Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens für Mittelfranken differenziert auch insoweit nicht, erstreckt sich also auch auf diesen Bereich. Der BayVGh hält selbst dies für zulässig:

“Es ist jedoch fraglich, ob sich die Kompetenz des Landesgesetzgebers zur probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens auch auf die bundeseigene Verwaltung und den Bereich außerhalb der Verwaltungskompetenzen der Länder erstreckt (Kopp/Schenke, RdNr. 17 a zu § 68). Das Widerspruchsverfahren ist einerseits Verwaltungsverfahren, das der Selbstkontrolle der Verwaltung dient und dessen Ausgestaltung – soweit es die bundeseigene Verwaltung betrifft – nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes dem Bund vorbehalten ist; andererseits ist das Vorverfahren aber auch Sachurteilsvoraussetzung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (vgl. Busch in Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2004, RdNr. 20 ff. vor § 79; Maunz in Maunz/Dürig, GG, RdNr. 83 zu Art. 74). Insoweit hat der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, wie bereits dargelegt, nicht ausgeschöpft. Eine Auslegung des § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO dahingehend, dass die Öffnungsklausel zugunsten des Landesgesetzgebers auch die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens als Sachurteilsvoraussetzung für Klagen im Zusammenhang mit bundeseigener Verwaltungstätigkeit erfasst, erscheint weder vom Wortlaut der Regelung noch von ihrer Intention her ausgeschlossen.

Der Bundesgesetzgeber hat sich mit der so verstandenen Ermächtigung in § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO noch nicht in einer Weise seiner Gesetzgebungskompetenz begeben, die mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes unvereinbar wäre. Es steht dem Bundesgesetzgeber frei, die Ermächtigung für den Landesgesetzgeber zu reduzieren und das Widerspruchsverfahren etwa für den Bereich der bundeseigenen Verwaltung wieder vorzuschreiben.”

Nach alledem stellen die §§ 68 ff. VwGO wegen der Öffnungsklausel des § 68 I 2, 1.Hs VwGO in keinem Fall eine abschließende Regelung dar mit der Folge, dass für die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch den Landesgesetzgeber eine Kompetenz nach

Art. 72 I GG verbleibt.

b. Spezialregelungen

Fraglich bleibt danach nur noch, ob es nicht an anderer Stelle im Bundesrecht abschließende, eine Landeskompetenz jedenfalls in ihrem speziellen Anwendungsbereich sperrende Regelungen gibt. Als solche kommt insbesondere § 126 III BRRG in Betracht. Der BayVerfGH entnimmt aber auch diesem keinen abschließenden Charakter:

“Im Bereich des Beamtenrechts ergibt sich die landesrechtliche Kompetenz zur probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens aus § 126 Abs. 3 Nr. 4 BRRG. Nach dieser Vorschrift bedarf es für Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis einschließlich der Leistungs- und Feststellungsklagen eines Vorverfahrens nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt. Im Vergleich zu § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO handelt es sich dabei um eine spezialgesetzliche – allerdings wortgleiche – Regelung, die ebenfalls die (probeweise) Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch Landesgesetz ermöglicht (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, BBG, RdNr. 26 zu § 172). Es ist § 126 Abs. 3 Nr. 4 BRRG nicht zu entnehmen, dass ein solches Gesetz nur im Rahmen einer beamtenrechtlichen Norm (etwa durch Änderung des Bayerischen Beamtengesetzes) möglich wäre. Auch Klagen der Bundesbeamten werden von der auf § 126 Abs. 3 Nr. 4 BRRG gestützten probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens erfasst. Insoweit gilt sinngemäß das bereits allgemein zum Bereich der bundeseigenen Verwaltung Ausgeführte.”

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht könnte die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens gegen das Rechtsstaatsprinzip sowie gegen Grundrechte verstoßen.

I. Rechtsstaatsprinzip

Ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip könnte sich aus der geringeren Kontrolldichte des gerichtlichen Verfahrens im Vergleich zum Widerspruchsverfahren ergeben.

[Anm.: In Bayern ergibt sich das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 3 I BV. Auf Bundesebene wäre Art. 20 III GG anzuführen. Soweit es um effektiven Rechtsschutz geht, ist dieser zudem in Art. 19 IV GG verankert und (im Gegensatz zu Art. 20 III GG) mittels Verfassungsbeschwerde einklagbar, vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG.)]

1. Geltendmachung subjektiver Rechte

X meint, im gerichtlichen Verfahren würden wegen § 42 II VwGO nur subjektive Rechte geprüft, während der Sachverhalt im Widerspruchsverfahren umfassend

geprüft würde. Das Gericht weist jedoch darauf hin, dass auch im Widerspruchsverfahren § 42 II VwGO (analog) gilt, eine Schlechterstellung durch Abschaffung des Widerspruchsverfahrens also nicht besteht:

“[X] befürchtet, dass bei Abschaffung des Widerspruchsverfahrens eine Kontrolle anhand des objektiven Rechts völlig entfiel; anders als der Verwaltungsbeamte prüfe der Verwaltungsrichter nur die Einhaltung subjektiver Rechte. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die zulässige Einlegung eines Widerspruchs nach § 70 Abs. 1 VwGO voraussetzt, dass der Widerspruchsführer “Beschwerter” ist, also durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung - sei es, weil die Maßnahme rechtswidrig oder weil sie unzweckmäßig ist - möglicherweise in eigenen Rechten betroffen ist (vgl. Rennert, a.a.O., RdNr. 9 zu § 69; Kopp/Schenke, RdNr. 6 zu § 69). Auch im Widerspruchsverfahren findet somit keine vom Schutz subjektiver Rechte losgelöste objektive Rechtskontrolle statt; es gibt keinen Popularwiderspruch.

Das Rechtsstaatsprinzip garantiert gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte öffentlicher Gewalt nur so weit, als rechtlich geschützte Interessen des Einzelnen berührt werden. Das Rechtsstaatsprinzip gewährt nicht selbst Rechte, sondern setzt die zu schützenden Rechte voraus (BVerfGE 15, 275/281; BVerfGE 51, 176/185). Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn dem Bürger die Kontrolle staatlichen Handelns nur im Gerichtsweg und nur im Hinblick auf die Verletzung subjektiver Rechte ermöglicht wird.”

2. Zweckmäßigkeitkontrolle

Eine Schlechterstellung findet aber insoweit statt, als im Widerspruchsverfahren auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts geprüft wird, § 68 I 1 VwGO, während die gerichtliche Kontrolle lediglich die Rechtmäßigkeitsprüfung umfasst, §§ 113 I 1 VwGO (Anfechtungsklage) und 113 V 1 VwGO (Verpflichtungsklage). Der VerfGH hält eine Zweckmäßigkeitkontrolle allerdings nur im Ausnahmefall für verfassungsrechtlich geboten, ihr Entfallen mit Abschaffung des Widerspruchsverfahrens daher grundsätzlich für verfassungsrechtlich unbedenklich:

a. Grundsatz

“Eine über die Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehende Zweckmäßigkeitkontrolle von Ermessensentscheidungen ist verfassungsrechtlich grundsätzlich ebenso wenig vorgeschrieben wie die verwaltungsinterne Nachprüfung von Verwaltungsakten in einem Vorverfahren (vgl. BVerfGE 35, 65/73; BVerfGE 60, 253/291).”

b. Ausnahme bei Beurteilungsspielraum

“Besonderheiten gelten nur dort, wo den Behörden ein

Beurteilungsspielraum zusteht. Sind hiervon materielle Grundrechte betroffen, so muss dem Betroffenen ermöglicht werden, Einwände bereits im Verwaltungsverfahren vorzubringen. Erfährt er - wie regelmäßig im Prüfungsrecht - von der Entscheidung und ihrer Begründung erst nach deren Erlass, so muss die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte durch eine - gegenständlich unbeschränkte - verwaltungsinterne Nachprüfung kompensiert werden (BVerfGE 84, 34/46 f.; BVerwGE 92, 132/136 f.). Hierfür muss der (Landes-)Gesetzgeber ein Verfahren bereitstellen, das zweckmäßigerweise ein Verfahren nach §§ 68 ff. VwGO ist, das aber auch bei Ausschluss des Vorverfahrens stattfinden muss (BVerwGE 92, 132/141 f.; Rennert, a.a.O., RdNr. 10 zu § 68). Dem hat der Gesetzgeber in Art. 15 Nr. 21 AGVwGO Rechnung getragen, indem er personenbezogene Prüfungsentscheidungen von der probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens ausgenommen hat.”

II. Gleichheitssatz

Die temporäre Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken könnte aber gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Das Gericht entnimmt diesem (nur) ein Willkürverbot:

“Der Gleichheitssatz verbietet Willkür. In seinem klassischen Gehalt verbietet er, gleiche Sachverhalte in willkürlicher Weise ungleich und ungleiche Sachverhalte in willkürlicher Weise gleich zu behandeln. Davon zu unterscheiden ist das allgemeine Willkürverbot, das der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit und der Abwehr gemeinschädlicher Regelungen auch dort dient, wo es nicht um die Beurteilung konkreter Vergleichspaare oder die ausnahmslose Einhaltung eines einheitlichen Regelungssystems geht. Es kann Normen mit einem solchen Maß von Sachwidrigkeit geben, dass ihnen die Geltung abgesprochen werden muss. Das Willkürverbot ist deshalb als allgemeine Rechtsschranke für staatliches Handeln dem Gleichheitssatz zuzuordnen und auch gegenüber dem Normgeber grundrechtlich zu sichern.”

[Anm.: In Bayern ergibt sich der Gleichheitssatz aus Art. 118 I BV. Auf Bundesebene wäre Art. 3 I GG heranzuziehen.]

1. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Eine solche Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem könnte zum einen in der zeitlichen Beschränkung auf zunächst zwei Jahre und dann ein weiteres Jahr, zum anderen in der räumlichen Beschränkung auf Mittelfranken liegen. Nach Ansicht des X werden dadurch gleich liegende Fälle ungleich behandelt, nur weil sie früher oder später bzw. innerhalb oder außerhalb Mittelfrankens spielen.

2. Sachliche Rechtfertigung

Ob insoweit tatsächlich eine solche Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt, könnte dahin stehen, wenn sie sich jedenfalls sachlich rechtfertigen ließe.

[Anm.: Der BayVerfGH geht in seiner Entscheidung ausschließlich auf die Rechtfertigung ein. Die Frage nach der Rechtfertigung stellt sich aber nur, wenn man eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bejaht. Es erscheint also vertretbar, eine solche anzunehmen, auch wenn sich dies der Entscheidung nicht explizit entnehmen lässt.]

a. Kontrolldichte

Der VerfGH führt zunächst aus, welche Anforderungen die Gerichte an eine solche Rechtfertigung stellen dürfen:

“Bei der Überprüfung, ob das allgemeine Willkürverbot eingehalten ist, hat der Verfassungsgerichtshof dem Gesetzgeber gegenüber Zurückhaltung zu wahren. Der Verfassungsgerichtshof darf nicht an die Stelle des Gesetzgebers treten. Es bleibt grundsätzlich dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen zu entscheiden, in welcher Weise den allgemeinen Gedanken der Angemessenheit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit Rechnung zu tragen ist. Nur wenn die äußersten Grenzen dieses Ermessens überschritten sind, wenn für die getroffene Regelung jeder sachlich einleuchtende Grund fehlt, ist der Gleichheitssatz verletzt (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH 48, 17/22 f.). Dabei kommt es darauf an, ob aus objektiver Sicht sachgerechte Gründe für die betreffende Regelung bestehen; es führt dagegen grundsätzlich nicht zur Verfassungswidrigkeit einer Norm, wenn es der Normgeber versäumt hat, tatsächliche Ermittlungen und fachliche Abwägungen vorzunehmen, oder wenn er die für den Erlass der Norm maßgeblichen Gründe nicht ausreichend dargelegt hat (VerfGH vom 29.9.2005 = VerfGH 58, 212/239).”

b. Subsumtion

Ob “sachgerechte Gründe” in diesem Sinne vorliegen, prüft (und bejaht) der VerfGH sodann im Hinblick auf die zeitliche und räumliche Begrenzung der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens:

aa. Zeitliche Begrenzung

“Dem Gesetzgeber muss zugebilligt werden, im Hinblick auf neue Entwicklungen, für die es an zuverlässigen Erfahrungen fehlt, während einer Versuchsphase tatsächliche Erhebungen vorzunehmen. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist dann besonders groß, wenn seine Vorschriften im Wesentlichen dazu dienen, auf einem neuen Sachgebiet Erfahrungen zu sammeln, die später die Grundlage für dauerhafte nor-

mativ Entscheidungen geben sollen. Bei einem Erprobungsgesetz mit Experimentiercharakter ist der Gestaltungsspielraum des Normgebers erweitert, d. h. der Rahmen, innerhalb dessen Regelungen noch als verfassungsgemäß angesehen werden können, ist mangels zuverlässiger Beurteilungsgrundlagen größer als sonst (VerfGH 39, 96/142; Stettner, NVwZ 1989, 806).”

(1). Grundsätzliche Zulässigkeit

“Für die angefochtene Norm ergibt sich ein Erprobungscharakter im geschilderten Sinn sowohl aus ihrer räumlichen Begrenzung als auch aus der ausdrücklichen Zielsetzung als befristete Regelung (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung LT-Drs. 15/145). Es ist legitim, wenn der Landesgesetzgeber zur Gewinnung belastbarer Erkenntnisse über die Auswirkungen einer Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in unterschiedlichen Rechtsgebieten eine befristete Erprobung vornimmt und zunächst in dieser Weise die durch § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO und § 126 Abs. 3 Nr. 4 BRRG eröffneten Ermächtigungen wahrnimmt, bevor gegebenenfalls auf der Basis dieser Ermächtigungen dauerhafte Regelungen getroffen werden.”

(2). Konkrete Regelung (zwei Jahre plus ein Jahr)

“Die Erstreckung des Probelaufs auf einen Zeitraum von – zunächst – zwei Jahren ist nicht sachwidrig. Es ist nicht zu beanstanden, dass dieser überschaubare Zeitraum für erforderlich gehalten wurde, um sachlich fundierte Daten zu erhalten. Die Verlängerung des Probelaufs um ein weiteres Jahr bis zum 30. Juni 2007 durch § 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 23. Juni 2006 (GVBl S. 330) ist ebenso wenig willkürlich. In der Begründung zu dem dieser Verlängerung zugrunde liegenden Gesetzentwurf der Staatsregierung (LT-Drs. 15/5007) wird darauf abgestellt, dass das Widerspruchsverfahren in Mittelfranken nach Ablauf der Probephase von zwei Jahren – möglicherweise nur für einen begrenzten Zeitraum – wieder aufleben würde, bis eine bayernweite Regelung getroffen ist. Die vorgesehene Lösung einer Verlängerung der Probephase bis zum Vorliegen einer endgültigen bayernweiten Regelung lässt sachwidrige Erwägungen nicht erkennen. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf (LT-Drs. 15/5007 S. 6) wird damit der Tatsache Rechnung getragen, dass sich aus den bisher während der probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken gewonnenen Erkenntnissen und Daten einerseits kein zwingender Anlass ergebe, das Pilotprojekt frühestmöglich zu beenden, die Auswertung der bisher vorliegenden Daten andererseits aber auch nicht zu derart aussagekräftigen Ergebnissen geführt habe, dass auf ihrer Grundlage bereits eine abschließende bayernweite Regelung ge-

troffen werden könnte. Es erscheine daher zweckmäßig, das Pilotprojekt der probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Mittelfranken weiterzuführen, bis die Auswertung der erhobenen Daten abgeschlossen werden könne und ein unmittelbarer Übergang in eine bayernweite Regelung möglich sei. Diese Bewertung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“

bb. Räumliche Begrenzung

(1). Grundsätzliche Zulässigkeit

“Ebenso wenig erscheint es sachwidrig, dass der Gesetzgeber die probeweise Abschaffung des Widerspruchsverfahrens nicht nur zeitlich, sondern auch räumlich begrenzt hat. Damit konnte er die mit der Erprobung naturgemäß verbundenen Unwägbarkeiten eingrenzen und das Vorhaben praktikabel gestalten.“

(2). Konkrete Regelung (Mittelfranken)

“Nicht zu beanstanden ist ferner, dass hierfür der Regierungsbezirk Mittelfranken ausgewählt wurde, da dieser – wie in der Begründung zum Gesetzentwurf ausgeführt wird – einerseits die Ballungsräume Nürnberg, Fürth und Erlangen sowie kleinere Städte, aber auch großflächige ländliche Gebiete umfasst und so-

wohl von seiner Größe als auch von seiner Struktur als „durchschnittlicher“ Regierungsbezirk qualifiziert werden kann. Daraus konnte der Gesetzgeber die Erwartung ableiten, dass die während des Erprobungszeitraums gewonnenen Erfahrungen aussagekräftig für das gesamte bayerische Staatsgebiet sind. Im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bewegt sich auch die Erwägung der Staatsregierung, dass es durch die Auswahl Mittelfrankens möglich sei, eine Paralleleerhebung in einem anderen, nach Einwohnerzahl und Struktur vergleichbaren Regierungsbezirk – ausgewählt wurde der Regierungsbezirk Schwaben – durchzuführen. Dadurch soll die bei einem Vorher/Nachher-Vergleich mögliche Beeinflussung der Ergebnisse, zum Beispiel durch Rechtsänderungen, konjunkturelle Schwankungen oder sonstige Besonderheiten im Weg der Gegenüberstellung mit zeitgleich gewonnenen Daten, die die Lage bei Durchführung eines Widerspruchsverfahrens wiedergeben, ausgeschlossen werden.“

C. Ergebnis

Die temporäre Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch den Freistaat Bayern für das Gebiet Mittelfrankens ist formell und materiell verfassungsgemäß.

Standort: Schadensersatz

Problem: Ärztlicher Behandlungsvertrag

BGH, URTEIL VOM 14.11.2006

VI ZR 48/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Klä., sowie ihr damaliger Lebensgefährte, der leibliche Vater des Kindes, begehren von dem die Klä. behandelnden Gynäkologen den Ersatz des bisher aufgewandten und noch künftig entstehenden Kindsunterhalts. Die Klä. ist Mutter eines im Jahr 2002 geborenen gesunden Kindes. Die Klä. war Patientin des Bekl.. Sie ließ sich von dem Bekl. zur Empfängnisverhütung ein Implantat in den Arm einsetzen. Etwa vier Monate danach wurde bei der Klä. eine Schwangerschaft festgestellt. Das Implantat war im Körper nicht mehr aufzufinden. Auch der Wirkstoff desselben war im Blut nicht nachweisbar. Beide Umstände lassen sich nur durch einen Behandlungsfehler des Bekl. erklären. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Bekl. verurteilt, an die Klä. Unterhaltsschadensersatz in Höhe von 14.082 € für den zurück liegenden Zeitraum (Dezember 2002 bis Dezember 2005) und bis zum Eintritt der Volljährigkeit des Sohnes monatlich im Voraus in Höhe von 135 % des Regelbetrages der jeweiligen Altersstufe der Regelbetragsverordnung abzüglich des jeweiligen

gesamten Kindergeldes zu bezahlen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Bekl., mit der er sein Ziel einer Klageabweisung weiter verfolgt.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung eignet sich gut, um eine ständig wiederkehrende Problematik aufzugreifen. Es bietet sich die Möglichkeit den vertraglichen Schadensersatzanspruch vom haftungsbegründenden bis hin zum haftungsausfüllenden Tatbestand exakt zu prüfen.

Inhaltlich ist die Frage “Kind als Schaden” schon häufig Gegenstand der Rechtsprechung und damit des Examens gewesen. Die hier zur Entscheidung stehende Konstellation ähnelt derjenigen “wrongful-life-Problematik”. In beiden Fällen geht es um die Erstattungspflicht des Arztes im Hinblick auf die entstehenden Unterhaltspflichten für ein geborenes Kind. Schwerpunkt dieser Fallkonstellationen ist insbesondere die Frage, welchen Zweck der jeweilige Behandlungsvertrag verfolgte. Es galt herauszustellen, dass es gerade Ziel des Vertrages war, eine Schwangerschaft und damit Unterhaltsleistungen zu vermeiden. Die Erörterung dieser Frage fällt regelmäßig unter dem

Gesichtspunkt des Schutzzweckes der Norm im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität an.

Darüber hinaus hat der BGH sich mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit eine noch nicht abgeschlossene Lebensplanung der Mutter beim Zurechnungszusammenhang Berücksichtigung finden muss. Das hat der erkennende Senat für diesen Fall jedoch abgelehnt.

Zu Prüfungszwecken eignet sich der Fall zudem, da sich die im Hinblick auf den Kindsvater die weitere Problematik des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stellt. Insoweit ist die Einbeziehung in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages die zentrale Frage.

Darüber hinaus könnte noch der Aufbau deliktischer Ansprüche abgefragt werden, die jedoch im Ergebnis nicht einschlägig waren.

Interessant sind darüber hinaus die Ausführungen des Senats zur Schadenshöhe. Für das erste Staatsexamen würden dazu jedoch keine Ausführungen verlangt. Zum besseren Verständnis und auch im Hinblick auf das 2. Examen werden die Erwägungen des Senats in Auszügen gleichwohl dargestellt.

Zwar stellt die Entscheidung eher eine Bestätigung der bereits bestehenden Rechtsprechung dar, sie eignet sich jedoch hervorragend für eine Schadensersatzklausur in vertraglicher und deliktischer Hinsicht.

Vertiefungshinweise:

- Zum Unterhalt für ein "Kind als Schaden": Müller, NJW 2003, 697; BGH, NJW 2002, 2636
- Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: BGH, RA 2004, 631 = NJW 2004, 3035; BGH, RA 2002, 342; Gehrlein, NJW 2002, 870
- Zur Arzthaftung wegen Aufklärungsmangels: BGH, RA 2001, 588 = NJW 2001, 2789
- Zum Schadensrecht: Keilmann, JA 2005, 700

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das verhängnisvolle Skateboard"
- Examenskurs: "Die aggressiven Holzwürmer"

Leitsätze:

a) In den Schutzbereich eines auf Schwangerschaftsverhütung gerichteten Vertrages zwischen Arzt und Patient ist nicht nur ein ehelicher, sondern auch der jeweilige nichteheliche Partner einbezogen, der vom Fehlschlagen der Verhütung betroffen ist.

b) Eine Ersatzpflicht des Arztes besteht in derartigen Fällen auch dann, wenn die gegenwärtige berufliche und wirtschaftliche Planung der Mutter durchkreuzt wird und die zukünftige Planung nicht

endgültig absehbar ist; einer abgeschlossenen Familienplanung in dem Sinne, dass auch die hypothetische Möglichkeit eines späteren Kinderwunsches völlig ausgeschlossen sein muss, bedarf es nicht.

c) Der Tatrichter darf bei der Bemessung des Betreuungsunterhaltsschadens einen Zuschlag in Höhe des Barunterhaltsschadens (135 % des Regelsatzes der Regelbetrag-Verordnung) als angemessenen Schadensausgleich ansehen, sofern nicht die Umstände des Falles eine abweichende Bewertung nahe legen.

Sachverhalt:

Die Klä. ist Mutter eines im Dezember 2002 geborenen gesunden Sohnes. Sie verlangt von ihrem Gynäkologen, dem Bekl., des den Eltern durch die Unterhaltspflicht entstandenen und noch entstehenden Schadens. Der Bekl. hatte es übernommen, der Klä. im Januar 2002 das lang wirkende Verhütungsmittel "Implanon" zu verabreichen. Bei diesem Präparat handelt es sich um ein circa 3 mm starkes und wenige Zentimeter langes Plastikröhrchen, welches oberhalb der Ellenbogenbeuge unter die Haut eingebracht wird. Der Bekl. hat die Behandlung abgerechnet, die Klä. hat sie bezahlt. Im Juli 2002 stellte der Bekl. bei der Klä. eine Schwangerschaft in der 16. Woche fest. Das "Implanon"-Implantat konnte nicht mehr gefunden werden. Der Wirkstoff des "Implanons" konnte im Blut der Klä. nicht nachgewiesen werden. Die Klä. konnte wegen der Schwangerschaft und der Betreuung des Kindes eine ihr zugesagte Arbeitsstelle nicht antreten. Der Vater des Kindes, den die Klä. im Zeitpunkt der Zeugung etwa seit einem halben Jahr kannte, hat die Vaterschaft anerkannt, lebt aber nicht mit der Klä. zusammen. Er kommt seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem gemeinsamen Sohn nach.

Die Klä. hat geltend gemacht, dem Bekl. sei beim Einsetzen des Verhütungsmittels ein Behandlungsfehler unterlaufen, so dass er hinsichtlich der nunmehr bestehenden Unterhaltspflicht ersatzpflichtig sei.

Fraglich ist, ob die Klä. einen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Schäden hat.

Abwandlung:

Zu prüfen ist weiterhin, ob der leibliche Vater des Kindes einen Anspruch auf Ersatz des Kindsunterhalts gegenüber dem Bekl. hat.

Lösung:

1. Teil: Ansprüche der Mutter

A. Anspruch der Klä. gem. § 280 I BGB

Die Klä. könnte einen Anspruch gegen den Bekl. auf

Ersatz der ihr bereits entstandenen und künftig noch entstehenden Schäden gem. § 280 I BGB haben.

I. Wirksames Schuldverhältnis

Zwischen der Klä. und dem Bekl. müsste ein wirksames Schuldverhältnis bestehen. Vorliegend ist es zwischen der Klä. und dem Bekl. zum Abschluss eines Behandlungsvertrages gekommen. Fraglich ist insoweit, um welche Art von Vertrag es sich bei einem "Behandlungsvertrag" handelt. In Betracht kommt ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB in Abgrenzung zu einem Werkvertrag gem. § 631 I BGB. Die Einordnung des Arztvertrages richtet sich danach, was der Arzt schuldet. Der Arzt schuldet grundsätzlich lediglich die Untersuchung und die Behandlung des Patienten als Leistung, jedoch schuldet er keinen Erfolg derselben. Hier war der Vertrag darauf gerichtet, der Klä. das Mittel "Implanon" zu verabreichen. Ein über die Verabreichung hinausgehender Erfolg, insbesondere die verhütende Wirkung des Mittels, war nicht Gegenstand des Vertrages. Mithin ist der Arztvertrag hier als Dienstvertrag gem. § 611 BGB einzuordnen.

II. Pflichtverletzung

Der Bekl. müsste eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag verletzt haben. Dem Bekl. ist bei der Verabreichung des Implantats ein Behandlungsfehler unterlaufen. Das Implantat war etwa vier Monate nach der Verabreichung im Körper der Klä. nicht mehr auffindbar. Zudem ließ sich der Wirkstoff im Blut der Klä. nicht mehr nachweisen. Mithin ist die Behandlung der Klä. fehlerhaft gewesen. Eine Pflichtverletzung des Behandlungsvertrages liegt vor.

III. Vertretenmüssen

Fraglich ist, ob der Bekl. die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 BGB widerleglich (Vgl. § 292 ZPO) vermutet. Vorliegend sind keine Anhaltspunkte für eine Exkulpation des Bekl. ersichtlich. Mithin ist das Vertretenmüssen zu bejahen.

IV. Rechtsfolge: Schadensersatz

Die haftungsbegründenden Voraussetzungen des § 280 I BGB liegen vor. Daher ist der Klä. grundsätzlich Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB zu gewähren, sofern es sich bei den geltend gemachten Unterhaltskosten um einen erstattungsfähigen Schaden handelt, der dem Beklagten zuzurechnen ist.

1. Erstattungsfähigkeit des Schadens

Fraglich ist, ob der von der Klä. geltend gemachte Unterhaltskosten einen Schaden im Rechtssinne darstellen. Dazu müsste die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern überhaupt den Schadensbegriff erfüllen. Streng genommen führte dies dazu, das Kind

als "Schadensquelle" zu betrachten. Dazu erging vor dem Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung (BverfG, NJW 1993, 1751). Demnach war die These, ein Kind könne Schadensquelle sein, mit Art. 1 I GG nicht zu vereinbaren: "Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst Willen zu achten, verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte bedarf deshalb einer Überprüfung. ..."

Gleichwohl hielt der BGH auch nach dieser Überprüfung an seiner Rechtsprechung fest. So auch in dieser Entscheidung.

"Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats sind - außerhalb der Fallgestaltungen, die aufgrund ärztlicher Fehler nicht durchgeführte bzw. fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche betreffen (vgl. dazu etwa Senatsurteile BGHZ 129, 178, 181 ff.; 143, 389, 393 ff.) - die mit der Geburt eines nicht gewollten Kindes für die Eltern verbundenen wirtschaftlichen Belastungen, insbesondere die Aufwendungen für dessen Unterhalt, als ersatzpflichtiger Schaden auszugleichen, wenn der Schutz vor solchen Belastungen Gegenstand des jeweiligen Behandlungs- oder Behandlungsvertrages war."

Bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung anhand der Differenzhypothese ergibt sich eine Verschlechterung der Vermögenslage der Klä. im Vergleich zur Situation, in der kein Kind geboren worden wäre. Demnach liegt ein Schaden vor.

[Anm.: Die urspr. Entscheidung des BverfG (BverfG, NJW 1993, 1751) entfaltete für den BGH keine Bindungswirkung. Der erkennende Senat des BverfG äußerte sich zu dieser Fragestellung lediglich in einer unverbindlichen obiter dictum Entscheidung. Die Rechtsansicht des BGH ist auch sachgerecht. Schließlich ist nicht das Kind als solches als Schaden zu begreifen. Es geht darum, die der Klä. durch die Unterhaltspflicht entstehenden Kosten zu ersetzen].

Mithin sind die Unterhaltskosten ein Schaden im Sinne des §§ 249 ff. BGB

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Fraglich ist, ob der Schaden kausal durch die Pflichtverletzung des Bekl. entstanden ist.

a. Äquivalenztheorie

Die Pflichtverletzung müsste äquivalent kausal für den Unterhaltsschaden ist. Dazu dürfte die Pflichtverletzung nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Schaden in der konkret eingetretenen Form entfiel. Hätte nun der Bekl. das Präparat lege artis implantiert, dann wäre die Schwangerschaft der Klä. nicht eingetreten und die Unterhaltskosten wären nicht ent-

standen. Bei ordnungsgemäßer Einlage des Präparats wäre eine volle empfängnisverhütende Sicherheit gewährt worden. Zudem ist die Versagerrate des Mittels "Implanon" vom Arbeitskreis Lakon (Langzeitkontrazeption) mit Null angegeben worden. Eine Kausalität im Sinne der Äquivalenz liegt somit vor.

b. Adäquanztheorie

Im Zivilrecht wird die Kausalität aufgrund der weiten Äquivalenz jedoch eher unter Adäquanzgesichtspunkten beurteilt. Fraglich ist, ob die Pflichtverletzung auch adäquat kausal für den eingetretenen Schaden ist. Dazu dürfte der eingetretene Schaden nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegen (vgl. BGH NJW-RR 2001, 887) bzw. die Pflichtverletzung muss die Möglichkeit des Erfolges der eingetretenen Art generell nicht unerheblich erhöht haben.

Vorliegend liegt es nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass eine misslungene Behandlung zum Zwecke der Verhütung eine Schwangerschaft zur Folge hat und dass durch die Geburt des Kindes Unterhaltsverpflichtungen entstehen. Insoweit ist war die Pflichtverletzung des Arztes auch adäquat kausal für den entstandenen Schaden.

c. Schutzzweck der Norm

Fraglich ist, ob vorliegend der Schutzzweck des Behandlungsvertrages konkret auf die Vermeidung von Unterhaltsverpflichtungen gerichtet ist. Bei den Unterhaltsverpflichtungen müsste es sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren entstammen, zu deren Abwendung die vertragliche Pflicht übernommen worden ist (vgl. BGH NJW 1999, 3203; 2005, 1420). Der entstandene Nachteil muss zu der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage in einem inneren Zusammenhang stehen. Vorliegend ist also erforderlich, dass der Behandlungsvertrag gerade die Vermeidung einer Schwangerschaft und dadurch bedingter Unterhaltspflichten zum Gegenstand hatte.

"Diese - am Vertragszweck ausgerichtete - Haftung des Arztes oder Krankenhausträgers hat der Senat insbesondere bejaht für Fälle fehlgeschlagener Sterilisation aus Gründen der Familienplanung (vgl. BGHZ 76, 259, 262; Senatsurteile vom 02.12.1980 - VI ZR 175/78 - VersR 1981, 278; vom 10.03.1981 - VI ZR 202/79 - VersR 1981, 730; vom 19.06.1984 - VI ZR 76/83 - VersR 1984, 864; vom 27.06.1995 - VI ZR 32/94 - VersR 1995, 1099, 1101), bei fehlerhafter Beratung über die Sicherheit der empfängnisverhütenden Wirkungen eines vom Arzt verordneten Hormonpräparates (Senatsurteil vom 03.06.1997 - VI ZR 133/96 - VersR 1997, 1422 f.) sowie für Fälle fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines genetisch behinderten Kindes (BGHZ 124, 128 ff.). Diese Rechtsprechung des Senats hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss des Ersten Senats vom 12.11.1997 als

verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet (BVerfGE 96, 375, 397 ff.)."

Der zwischen den Parteien geschlossene Behandlungsvertrag war darauf gerichtet, der Klä. das Mittel "Implanon" zu verabreichen. Einziger Zweck dieser Maßnahme konnte ersichtlich nur die Verhütung einer Schwangerschaft bei der Klä. sein. Dieser Zweck wurde nicht erreicht, weil dem Bekl. ein Behandlungsfehler unterlaufen ist. Durch die Verhütungsmaßnahme wollte sich die Klä. auch angesichts ihrer beruflichen Situation vor einer unerwünschten Unterhaltsbelastung schützen. Die Tatsache, dass die durch den Kindsunterhalt entstehenden Kosten nicht im Vordergrund des Behandlungsvertrags stehen, ist nicht relevant. Entscheidend ist, dass die Vermeidung von Unterhaltskosten jedenfalls ein - wenn gleich untergeordnetes Motiv - war. Dies wurde bereits höchstrichterlich bestätigt (vgl. Senatsurteile BGHZ 124, 128, 138; 143, 389, 394).

Demnach ist der eingetretene Schaden gerade vom Schutzzweck des vorliegenden Behandlungsvertrages erfasst.

d. "Überholende Kausalität"

Fraglich ist darüber hinaus, ob der Zurechnungszusammenhang dadurch entfallen könnte, dass die Klä. eventuell zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin ein Kind bekommen hätte und die Unterhaltsverpflichtung dann auch entstanden wäre. Ein solcher Einwand könnte vor dem Hintergrund einer noch nicht abgeschlossenen Lebensplanung der Klä. gerechtfertigt sein.

Der erkennende Senat verneint dies für den vorliegenden Fall. Demnach "ist die Haftung des Arztes nach den dargestellten Grundsätzen nicht davon abhängig, dass die Familienplanung der Eltern oder eines Elternteils "abgeschlossen" ist in dem Sinne, dass auch die hypothetische Möglichkeit eines späteren Kinderwunsches, etwa nach beruflicher Konsolidierung und mit einem anderen Partner, völlig ausgeschlossen werden muss. Zwar hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 18. 03.1980 (BGHZ 76, 259, 265) beiläufig ausgeführt, in den nicht seltenen Fällen, in denen ein junges Ehepaar - etwa um zunächst die wirtschaftlichen Grundlagen der Familie zu festigen oder den Ausbildungsabschluss eines Elternteils zu erleichtern - nur zunächst ein Kind nicht haben wolle, könne aus der Durchkreuzung des derzeitigen Zeitplans nicht schon auf eine nachhaltige Planwidrigkeit des demnach zur Unzeit geborenen Kindes geschlossen werden. Zutreffend nimmt das BerGer. aber an, dass auch eine aus persönlichen oder wirtschaftlichen Gründen auf längere Zeit geplante Kinderlosigkeit Grundlage dafür sein kann, die unerwünschte Belastung mit einer Unterhaltsverpflichtung der ärztlichen Vertragsverletzung zuzurechnen, wenn eine zukünftige Planung noch nicht absehbar ist. In einem solchen Fall kann die Haf-

tung nicht davon abhängen, dass der Geschädigten ein ohnehin nicht verifizierbarer Vortrag über ihre spätere Lebensplanung abverlangt wird. In Fällen der vorliegenden Art geht es - jenseits aller weltanschaulichen Erwägungen und aller Überlegungen, die das Eltern-Kind-Verhältnis betreffen - lediglich darum, dass eine von den Eltern nicht gewünschte Belastung der wirtschaftlichen Verhältnisse durch die Vertragsverletzung des Arztes herbeigeführt wird und dieser zuzurechnen ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 124, 128, 138 und vom 19.06.1984 - VI ZR 76/83 - aaO; ferner BVerfGE 96, 375, 400)... Auch ein auf Zeit angelegter Verzicht auf einen Kinderwunsch kann mithin die Haftung auslösen. Gerade bei Betroffenen, die am Anfang ihres Berufslebens stehen und zunächst auf Zeit geplant haben, ohne Kind zu bleiben, kann sich eine Vereitelung dieser Lebensplanung wirtschaftlich in schwer wiegender Weise auswirken. In solchen Fällen kann der Zurechnungszusammenhang nicht mit der Erwägung verneint werden, dass bei einer temporären Verhütungsmaßnahme nicht auszuschließen sei, dass sich später doch ein Kinderwunsch einstelle und dieser erfüllt werde. Eine solche Betrachtung berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Schaden in der konkreten nicht gewünschten Unterhaltsbelastung besteht und nicht dadurch hinwegdiskutiert werden kann, dass auf eine möglicherweise später willentlich entstehende ähnliche Belastung verwiesen wird. Das möglicherweise später geborene Kind kann nicht, etwa im Sinne einer "überholenden Kausalität", mit dem tatsächlich geborenen gleich gesetzt werden...

Selbst wenn sich bei der Klä. in Zukunft ein Kinderwunsch eingestellt haben würde, bezöge sich dieser auf den dann maßgeblichen Zeitpunkt und die anschließende Lebensphase. Die vom Bekl. verursachte Unterhaltsbelastung bleibt dessen ungeachtet bestehen. Wie oben bereits ausgeführt, entfällt die Haftung des Arztes allerdings dann, wenn im Einzelfall der innere Grund der haftungsrechtlichen Zurechnung, nämlich die Störung der Familienplanung, nachträglich weggefallen ist (vgl. Senatsurteil vom 19. 06. 1984 - VI ZR 76/83 - aaO). Dies hat das BerGer. gesehen und eine solche Fallgestaltung für den vorliegenden Fall verneint. Dagegen bringt die Revision nichts Erhebliches vor."

Demnach liegt ein kausal und zurechenbar verursachter Schaden vor.

3. Anspruch der Höhe nach

Fraglich ist, in welcher Höhe der Anspruch auf Schadensersatz zu bemessen ist. Grundsätzlich bestimmt sich der Schaden bzgl. der Unterhaltungspflicht bei einem ungewollten Kind nach der Differenzhypothese (Palandt-Heinrichs, Vorb. § 249 BGB Rn 47). Die Höhe des Anspruchs wird dabei auf den einen durchschnittlichen Lebensschnitt entsprechenden Unter-

halt begrenzt (BGH, NJW 1980, 1452; 1997, 1638; Müller, NJW 2003, 705). Das erkennende Gericht nimmt insoweit eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO vor.

"Betreffend den Barunterhaltsschaden hat der Arzt von den wirtschaftlichen Belastungen, die aus der von ihm zu verantwortenden Geburt eines Kindes hergeleitet werden, nur denjenigen Teil zu übernehmen, der für die Existenzsicherung des Kindes erforderlich ist (Senatsurteil vom 04.03.1997 - VI ZR 354/95 - VersR 1997, 698, 700). Dem wird der vom BerGer. ausgerichtete Betrag in Höhe von 135 % des Satzes der Regelbetrag-Verordnung gerecht. Soweit die Revision unter Hinweis auf frühere Entscheidungen des erkennenden Senats geltend macht, es sei auf den einfachen Satz der Regelbetrag-Verordnung abzustellen, entspricht dies nicht den geänderten rechtlichen Vorgaben. Nach der Streichung des § 1615 f. BGB a. F., auf den in dem Senatsurteil vom 04.03.1997 (aaO, S. 699) hingewiesen wird, ist für den Unterhalt eines minderjährigen Kindes auf einen Vomhundertsatz des jeweiligen Regelbetrags der Regelbetrag-Verordnung (vom 06.04.1998) abzustellen. Als Existenzminimum des Kindes sind 135 % des Regelbetrags anzusehen (BGH, Urteil vom 22.01.2003 - XII ZR 2/00 - NJW 2003, 1112, 1114; OLG Oldenburg, VersR 2004, 654, 655, jeweils m. w. N.; vgl. auch § 1612 b Abs. 5 BGB)."

[Anm.: Ausführungen zur Schadenshöhe werden in einer Klausur zum 1. Staatsexamen natürlich nicht erwartet. Zum besseren Verständnis der Materie und auch im Hinblick auf das 2. Examen wurden die Ausführungen hierzu angefügt.]

V. Ergebnis

Der Klä. steht demnach ein Anspruch gem. § 280 I BGB auf Erstattung der Unterhaltskosten zu.

B. Anspruch aus § 823 I BGB

Fraglich ist, ob die Klä. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I, 249 II 1 BGB bezüglich der entstandenen und künftigen Unterhaltskosten für das Kind hat.

I. Verletzung einer geschützten Rechtsposition

Es müsste eine geschützte Rechtsposition verletzt sein. In Betracht kommt hier die Verletzung der Gesundheit und des Körpers der Klä.. Schutzgut ist das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das sich in der körperlichen Befindlichkeit verwirklicht. Unter einer Verletzung ist jeder unbefugte Eingriff in die körperliche Integrität oder Befindlichkeit zu verstehen (Palandt-Sprau, § 823 Rn 4).

Jedenfalls die Schwangerschaft, sowie die infolge der Schwangerschaft und der Geburt des Kindes verursachten Schmerzen stellen eine Verletzung der kör-

perlichen Befindlichkeit dar. Somit ist eine Rechtsgutverletzung gegeben.

[Anm.: Auf die Unterhaltsverpflichtung als Verletzung des Vermögens kann im Rahmen des § 823 BGB nicht abgestellt werden, da das Vermögen nicht zu den dort geschützten Rechtspositionen zu zählen ist.]

II. Zurechenbare Handlung

Die Verletzung der Gesundheit müsste einer Handlung des Arztes zugerechnet werden. Insoweit ist der Behandlungsfehler sowohl äquivalent, als auch adäquat kausal für die aufgetretenen Schmerzen. Auch ist die Vermeidung dieser Schmerzen durchaus vom Schutzzweck des Behandlungsvertrages gedeckt.

Eine zurechenbare Handlung liegt vor.

III. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Erfüllung des Tatbestandes indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit war das Verhalten des Bekl. rechtswidrig.

IV. Verschulden

Der Bekl. müsste die Rechtsgutverletzung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben, § 276 I BGB.

Eine Vorsatzhaftung des Bekl. scheidet ersichtlich aus. Fraglich ist, ob der Bekl. fahrlässig handelte. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 II BGB. Vorliegend hat der Bekl. das Implantat nicht lege artis in den Körper der Klä. verbracht. Also ließ der Bekl. bei der Behandlung der Klä. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Betracht. Mithin ist das Verschulden zu bejahen.

Also liegen die haftungsbegründenden Voraussetzungen vor.

V. Rechtsfolge: Schadensersatz

Es müssten die haftungsausfüllenden Voraussetzungen gegeben sein. Dazu müsste der Schaden adäquat kausal auf die Rechtsgutverletzung zurückzuführen sein. Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Klä. steht jedoch in keinem ersichtlichen Zusammenhang mit dem hier geltend gemachten Unterhaltsanspruch für das Kind. Anders wäre zu urteilen, wenn die Klä. hier den Ersatz des immateriellen Schadens in Form von Schmerzensgeld geltend machte.

Also ist der haftungsausfüllende Tatbestand nicht gegeben. Mithin besteht kein Anspruch auf Ersatz der Unterhaltskosten gem. § 823 I BGB.

C. Anspruch aus §§ 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

Fraglich ist, ob die Klä. einen Anspruch auf Ersatz der Unterhaltskosten gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229

StGB hat.

Ohne Zweifel handelt es sich bei § 229 StGB um ein Schutzgesetz in diesem Sinne. Es liegt ein formelles Gesetz vor, welches dem Individualschutz dient. Auch ist der Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Allerdings scheidet in Übereinstimmung mit der obigen Prüfung des § 823 I BGB ein adäquat kausaler Schaden aus. Die Unterhaltsverpflichtungen sind nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst. Davon wären nur die Erstattung von Körperschäden bzw. die Heilbehandlungskosten dafür erfasst.

Folglich ist ein Anspruch insoweit nicht gegeben.

2. Teil: Abwandlung: Ansprüche des Vaters

A. Anspruch gem. § 280 I BGB i.V.m. VSD

I. Wirksames Schuldverhältnis

Zwischen dem Kindsvater und dem Bekl. müsste ein wirksames Schuldverhältnis bestehen.

1. Einigung über den Abschluss eines Behandlungsvertrages

Wie bereits dargelegt hatten sich die Klägerin und der Beklagte auf Abschluss eines Behandlungsvertrages geeinigt. Zwischen dem leiblichen Vater des Kindes und dem Beklagten besteht keine vertragliche Verbindung.

2. Einbeziehung des leiblichen Vaters in den Behandlungsvertrag mit der Mutter des Kindes nach den Grundsätzen des Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD)

Fraglich ist jedoch, ob sich der leibliche Vater ebenfalls auf den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter berufen kann.

a. Leistungsnähe

Dazu müsste der Vater bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung kommen und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein, wie der Gläubiger selbst (vgl. Palandt/Grüneberg § 328 Rn. 16).

Vorliegend müsste demnach auch der damalige nichteheliche Lebenspartner gleichfalls der Gefahr von Unterhaltsverpflichtungen im Falle eines Behandlungsfehlers ausgesetzt gewesen sein.

Der Lebenspartner ist im vorliegenden Fall der Gefahr einer aus der Schwangerschaft resultierenden Unterhaltsverpflichtung ebenso ausgesetzt wie die Klä. selbst. "Der erkennende Senat hat in Fällen fehlerhafter genetischer Beratung und sonstiger Fehler im vorgeburtlichen Bereich bereits die Einbeziehung des ehelichen Vaters in den Schutzbereich des Arztvertrages bejaht (Senatsurteile BGHZ 86, 240, 249 f.; 89, 95, 98;

151, 133, 136). Sie wird auch für Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft befürwortet (vgl. Gehrlein, MDR 2002, 638, 639; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., vor § 249 Rn. 48; Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearbeitung 2004, § 328 Rn. 132; ferner OLG Frankfurt, VersR 1994, 942, 943 mit Nichtannahmebeschluss vom 18.01.1994 - VI ZR 188/93). Der Streitfall nötigt nicht zur Entscheidung der Frage, in welchem Umfang nichteheliche Väter unter allen denkbaren Umständen, etwa bei ungestützten kurzfristigen Partnerschaften, in einen von der Frau abgeschlossenen, auf Empfängnisverhütung angelegten Behandlungsvertrag einbezogen sind. Jedenfalls ist die Feststellung des BerGer., die Voraussetzungen für eine Einbeziehung des Vaters des Kindes lägen unter den Umständen des Streitfalls vor, nicht zu beanstanden. Sofern die Arztleistung - wie hier - auch der wirtschaftlichen Familienplanung dient, ist ihr wesenseigen, dass der vertragliche Schutz denjenigen zukommt, die für den Unterhalt aufzukommen haben. Dies gilt nicht nur bei ehelicher Vaterschaft (Senatsurteil, BGHZ 76, 259, 262), sondern auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften und Partnerschaften, die bei Durchführung der Behandlung bestehen und deren auch wirtschaftlichem Schutz die Behandlung gerade dienen soll. Diese Voraussetzungen hat das BerGer. für den Streitfall rechtsfehlerfrei bejaht."

Insoweit war hier der damalige Lebenspartner der Klägerin ebenfalls vom Schutzbereich des Arztvertrages umfasst. Mithin ist die Leistungsnähe des Vaters zu bejahen.

b. Interesse des Gläubigers (Klä.) an der Einbeziehung

Fraglich ist, ob die Klä. ein Interesse an der Einbeziehung des Kindsvaters in den Behandlungsvertrag hat. Für ein solches Einbeziehungsinteresse ist erforderlich, dass der Gläubiger entweder für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich wäre oder aber wenn die Einbeziehung des Dritten von besonderem Interesse wäre und die Ausdehnung auf den Dritten sich aus einer Vertragsauslegung ergibt Palandt-Grüneberg, § 328 Rn 17 a).

Von letzterem ist vorliegend auszugehen. Bei einer Schwangerschaft der Klä. ist die Lebensplanung des Vaters genauso erheblich betroffen, wie die der Kindsmutter. Auch der Vater sollte vor den Unterhaltsfolgen einer Schwangerschaft geschützt werden. Ein Einbeziehungsinteresse ist gegeben.

c. Erkennbarkeit für den Schuldner (Bekl.)

Die Drittbezogenheit der Leitung müsste darüber hinaus für den Beklagten erkennbar gewesen sein. Dafür ist nicht erforderlich, dass dem Schädiger Name und Zahl der einziehungsbedürftigen Dritten bekannt sind (BGH, NJW 1995, 392). Für den Bekl. war erkennbar,

dass der damalige Lebenspartner mit in den Schutzbereich einzubeziehen war. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass dem Bekl. gegenüber keine genaueren Angaben zur Person des Lebenspartners seitens der Klägerin erteilt worden waren.

"Die Leistungsnähe des Dritten, das Interesse der Klä. an dessen Schutz, sein Schutzbedürfnis und die Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises (vgl. dazu Senatsurteile BGHZ 56, 269, 273 f.; vom 19.02.2002 - VI ZR 190/01 - VersR 2002, 767 f.; BGH, Urteil vom 26.06.2001 - X ZR 231/99 - NJW 2001, 3115, 3116 m. w. N.) lagen nach den Umständen des Streitfalls auch aus Sicht des Bekl. selbst dann vor, wenn ihm nähere Informationen zur Person des damaligen Lebenspartners der Klä. und späteren Kindsvaters fehlten. Entgegen den Ausführungen der Revision war es nicht erforderlich, dass die Klä. dem Bekl. den Kindsvater als ihren festen Partner vorstellte oder namentlich benannte. Um die von der Revision herausgestellte Fallgestaltung, bei der im Zeitpunkt der ärztlichen Leistung noch völlig offen ist, wann und gegebenenfalls mit wem künftig Geschlechtsverkehr ausgeübt wird, geht es nach den Feststellungen des BerGer. im Streitfall nicht." Die Erkennbarkeit für den Beklagte war mithin gewährleistet.

d. Schutzbedürftigkeit des Vaters

Der Lebenspartner müsste darüber hinaus schutzbedürftig sein. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Dritte wegen des Sachverhaltes, aus dem er den Anspruch herleitet, einen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch gegen den Gläubiger oder einen anderen hat (vgl. BGHZ 129, 169; OLG Köln NJW-RR 03, 101). Vorliegend bestehen seitens des Kindsvaters keinerlei Ansprüche gegen die Klä. oder gegen Dritte. Insoweit ist dieser auch schutzbedürftig.

e. Ergebnis

Demnach liegen die Voraussetzungen des VSD vor. Der Kindsvater kann sich auf den Behandlungsvertrag zwischen der Klä. und dem Bekl. berufen.

II. Pflichtverletzung

Der Beklagte hat durch seinen Behandlungsfehler eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag, wie bereits dargestellt, verletzt.

III. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird vorliegend vermutet, § 280 I 2 BGB. Eine Exkulpation hat nicht stattgefunden.

IV. Schaden

Dem Kindsvater ist ebenfalls infolge der Unterhaltsverpflichtungen ein Vermögensschaden entstanden. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Hinsichtlich der Höhe ist anzumerken, dass gemäß § 287 ZPO eine Schadensschätzung vorzunehmen ist. Dabei ist die Übernahmepflicht des Arztes, wie bereits dargelegt, auf den Teil beschränkt, der für die Existenzsicherung des Kindes erforderlich ist.

V. Kausalität und Zurechenbarkeit

Der Behandlungsfehler war sowohl äquivalent, als auch adäquat kausal für die Unterhaltsverpflichtung der Kindsvaters. Auch war die Vermeidung dieses Schadens vom Zweck des Behandlungsvertrages gedeckt.

Die Zurechenbarkeit scheidet auch nicht an dem Umstand, dass die Klä. zur Lebensplanung des Kindsvaters nichts vorgetragen hat und insoweit nicht auszuschließen ist, dass dieser in naher Zukunft ohnehin Unterhaltsverpflichtungen ausgesetzt gewesen wäre."Entgegen den Ausführungen der Revision ist der (der Klä. abgetretene) Schadensersatzanspruch des Kindsvaters nicht deshalb zu verneinen, weil die Klä. nicht konkret zu dessen Lebensplanung vorgetragen hat. Der Kindsvater ist in den Schutzbereich des mit der Klä. geschlossenen Behandlungsvertrages einbezogen. Deshalb kommt es auf die diesem Vertrag zugrunde liegende Planung der Klä. an. Im Übrigen ver-

weist die Revisionserwiderung mit Recht darauf, dass eine Störung der Lebensplanung durch die nichteheliche Vaterschaft und die damit verbundene Unterhaltsbelastung auf der Hand liegt. Dafür, dass der nichteheliche Vater die Vaterschaft gewollt hat, ist nichts vorgetragen und festgestellt."

Demnach ist auch die Zurechenbarkeit gegeben.

VI. Ergebnis

Dem Kindsvater steht somit ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 I BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegen den Bekl. zu.

B. § 823 I BGB bzw. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB Fraglich ist darüber hinaus, ob dem Kindsvater auch deliktische Ansprüche zustehen. Wie bereits erwähnt stellt das Vermögen jedoch keine geschützte Rechtsposition im Sinne des § 823 BGB dar. Die körperliche Integrität bzw. die Befindlichkeit des Kindsvaters ist durch ein Verhalten des Bekl. nicht betroffen. Damit scheidet deliktische Ansprüche des Kindsvaters aus.

Standort: §§ 253, 255 StGB

Problem: Drohung mit Unterlassen

BGH, URTEIL VOM 17.08.2006
3 STR 238/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte gegenüber den Opfern wahrheitswidrig behauptet, ihnen sei ein Killerkommando auf den Fersen, das Dritte mit der Tötung der Opfer beauftragt hätte. Er erklärte, dass er in der Lage sei, die Killer durch Geschenke zu besänftigen, dafür aber 10.000,- € von den Opfern benötige. Diese lehnten ab. Das Landgericht Itzehoe hatte den Angeklagten auf Grund dieses Verhaltens wegen versuchter räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da der Angeklagte keinen Tatentschluss zur Anwendung eines (qualifizierten) Nötigungsmittels gehabt habe.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte, und hier insb. Raub und (räuberische) Erpressung, stellen einen absoluten Standardstoff in beiden Examen dar. Die Problematik des vorliegenden Falls betrifft die Tathandlung der Drohung und kann deshalb auch bei anderen Delikten, die eine solche Tathandlung vorsehen, insb. § 240 StGB, relevant werden.

Als Tathandlung setzen die Erpressung, § 253 I StGB, und die räuberische Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, voraus, dass der Täter entweder Gewalt anwendet (bei §§ 253 I, 255 StGB Gewalt gegen eine Person) oder dem Opfer droht. Der einzige Unterschied zwischen der einfachen und der räuberischen Erpressung insofern besteht darin, dass der Täter bei § 253 I StGB - ebenso wie bei § 240 I StGB - nur mit (irgend-) einem empfindlichen Übel drohen muss, bei §§ 253 I, 255 StGB hingegen - ebenso wie bei § 249 I StGB - mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

Einigkeit besteht insoweit darin, dass auch die Drohung mit einem Unterlassen strafbar sein kann. Streitig ist allerdings insofern, ob eine solche Drohung nur dann strafbar ist, wenn den Täter eine Rechtspflicht zur Vornahme der entsprechenden Handlung trifft (so Joecks, § 240 Rn 23 ff.; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn 16; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 407; Schubarth, JuS 1981, 726) oder ob die Drohung mit einem Unterlassen auch ohne entsprechende Handlungspflicht strafbar sein kann (so BGHSt 31, 195; Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 234 ff. Rn 35; Tröndle/Fischer, § 240 Rn 34). Zumindest nach der letztgenannten Auffassung wäre es denkbar, im vorliegenden Fall eine tatbestandliche Drohung darin zu sehen, dass der Täter ankündigte, es zu unterlassen, die Killer zu beschwichtigen,

wenn die Opfer ihm kein Geld zahlen. Der BGH hat jedoch im vorliegenden Fall eine Drohung durch den Täter verneint (ebenso BGH, StV 1996, 482). Nach einer Literaturlauffassung liegt im vorliegenden Fall deshalb keine Drohung vor, weil der Täter nicht behauptet, selbst das drohende Übel anwenden zu können, sondern diese Macht auf andere bezieht (Joecks, § 253 Rn 10). Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht, da die Übergabe des Geldes bzw. der Geschenke, die nach der Darstellung des Täters die Killer aufhalten soll, vom Willen des Täters abhängig ist, sodass er es (jedenfalls auch) selbst in der Hand hat, ob das Übel eintritt. Grund für die BGH-Rechtsprechung ist wohl eher, dass der Angeklagte den Opfern letztlich Hilfe angeboten hatte. Er hatte so getan, als sei ihm das drohende Übel (die Tötung der Opfer) selbst unerwünscht, also von ihm nicht gewollt. Da er auch das Geld nicht für sich als Entlohnung gefordert hatte, sondern behauptet hatte, dass er es für Geschenke an die Killer verwenden werde, empfanden die Opfer sein Verhalten nicht als Bedrohung, sondern als "Hilfsangebot", sodass Tatbestände, die eine Drohung voraussetzen, nach Auffassung des BGH selbst im Versuch (mangels Tatentschluss) ausscheiden (ebenso Tröndle/Fischer, § 240 Rn 36).

Insofern unterscheidet sich der Fall auch vom "klassischen" Fall der Drohung mit einem Unterlassen, wie z.B. BGHSt 31, 195: Hier hatte ein Kaufhausdetektiv einer festgenommenen Ladendiebin gegenüber erklärt, er werde die bereits erstattete Anzeige "unter den Tisch fallen" lassen, wenn sie mit ihm schlafe. Der BGH hatte in diesem Fall eine Nötigungshandlung angenommen. Der Täter habe mit dem Unterlassen der Zurücknahme der Strafanzeige gedroht. In diesem Fall - anders als in der vorliegenden Entscheidung - behauptet der Täter jedoch auch nicht, auf der Seite des Opfers zu stehen. Es ist eindeutig, dass er dem Opfer nicht helfen, sondern dieses unter Druck setzen will, um für sich selbst einen Vorteil (den Vollzug des Beischlafs) zu erhalten. Die Annahme einer Drohung liegt hier also tatsächlich näher.

Vertiefungshinweise:

Zur Drohung mit Unterlassen: BGHSt 31, 195; 44, 251; BGH, StV 1996, 482 (entspricht dem vorliegenden Fall); Dencker, NStZ 1982, 462; Puppe, JZ 1989, 597; Stoffers, JR 1988, 492

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Die Ladendiebin"
 Assessorkurs: "Manegold"

Leitsatz (der Redaktion):

Zum Begriff der Drohung im Sinne der §§ 253, 255

StGB gehört zwar nicht, dass der Drohende ankündigt, er werde das in Aussicht gestellte Übel selbst verwirklichen. Wenn dies aber durch einen Dritten geschehen soll, muss in dem Bedrohten die Vorstellung geweckt werden, dass der Drohende den Dritten in der befürchteten Richtung beeinflussen könne und - bei Nichtvornahme der geforderten Vermögensverfügung - auch wolle.

Sachverhalt:

A hat H und B wahrheitswidrig vorgespiegelt, dass ein von Dritten beauftragtes Killerkommando auf dem Weg zu ihnen sei, um sie umzubringen. Die Killer seien durch Geschenke zu besänftigen. Er wolle das übernehmen. Hierfür benötige er 10.000,- €, die ihm H und B zahlen sollten. Tatsächlich beabsichtigte A, das von ihm geforderte Geld für sich zu verwenden, um sich zu bereichern. H und B kamen der Forderung jedoch nicht nach.

Strafbarkeit des A?

Aus den Gründen:

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB durch das "Angebot"

A könnte sich dadurch, dass er H und B das Angebot unterbreitete, die sie angeblich verfolgenden Killer durch Geschenke zu besänftigen und von H und B zu diesem Zweck 10.000,- € forderte, wegen versuchter räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, da H und B die von A beabsichtigte Handlung - Übergabe von 10.000,- € - nicht vorgenommen haben. Bei der räuberischen Erpressung handelt es sich um ein Verbrechen, §§ 255, 12 I StGB, sodass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung einer räuberischen Erpressung gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn. 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

A müsste sich also zunächst vorgestellt haben, gegen H und B ein qualifiziertes Nötigungsmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, einzusetzen. Dass A vorhatte, gegen H und B Gewalt anzuwenden, ist nicht ersichtlich. In Betracht kommt also nur ein Tatentschluss bzgl. einer Drohung mit gegenwärtiger

Gefahr für Leib oder Leben.

Drohung ist das Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 31, 201; Joecks, Vor § 232 Rn 7; Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 234 ff. Rn 30). Hierbei schließt es eine Drohung nicht aus, dass der Täter nicht in Aussicht stellt, das Übel selbst zu bewirken, sondern mit der Übelszufügung durch einen Dritten droht, sofern der Täter behauptet, auf den Willen des Dritten Einfluss zu haben (BGHSt 16, 387; LG Frankfurt, NJW 2005, 692; Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 234 ff. Rn 31). A wollte allerdings nicht ankündigen, H und B für den Fall, dass diese nicht zahlen sollten, die Killer "auf den Hals zu hetzen". Er wollte es so darstellen, als ob Dritte die Killer beauftragt hätten, so dass er nicht behaupten wollte, durch die Erteilung eines Tötungsauftrags oder ein entsprechendes Unterlassen auf den Willen Dritter Einfluss nehmen zu können.

A wollte allerdings behaupten, dass er es insofern in der Hand habe, ob H und B getötet würden, als er durch die Geschenke, die er mit dem von H und B zur Verfügung gestellten Geld kaufen würde, die Killer besänftigen würde. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verhalten eine Drohung darstellt. Hierzu der BGH: "[Die Verurteilung wegen räuberischer Erpressung] wird durch die Feststellungen nicht getragen, weil sich aus ihnen nicht ergibt, dass der Angeklagte den Zeugen mit einer gegenwärtigen Gefahr im Sinne des § 255 StGB gedroht hat. Zum Begriff der Drohung im Sinne der §§ 253, 255 StGB gehört zwar nicht, dass der Drohende ankündigt, er werde das in Aussicht gestellte Übel selbst verwirklichen. Wenn dies aber durch einen Dritten geschehen soll, muss in dem Bedrohten die Vorstellung geweckt werden, dass der Drohende den Dritten in der befürchteten Richtung beeinflussen könne und - bei Nichtvornahme der geforderten Vermögensverfügung - auch wolle (BGHSt 7, 197, 198; Senat, StV 1996, 482; BGHR StGB § 253 Abs. 1 Drohung 3). Hier hingegen täuschte der Angeklagte vor, den Zeugen helfen zu wollen, indem er mit den 'Killern' Kontakt aufnehmen und sie durch Geschenke besänftigen wolle. Dadurch musste sich bei den Zeugen der Schluss aufdrängen, dass der Angeklagte die Herbeiführung des Übels nicht nur nicht wollte, sondern - im Interesse der Zeugen - zu verhindern bestrebt war."

En Tatentschluss des A bzgl. einer Drohung ist somit nicht gegeben.

III. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 253 I, 22, 23 I; 240 I, 22, 23 I StGB durch das "Angebot"

Aus demselben Grund entfällt eine Strafbarkeit wegen

versuchter Erpressung gem. §§ 253 I, 22, 23 I StGB und versuchter Nötigung gem. §§ 240 I, 22, 23 I StGB.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber und zum Nachteil von B und H durch das "Angebot"

A könnte sich jedoch durch das Angebot wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

B und H haben das von A beabsichtigte Verhalten, die Übergabe des Geldes, nicht vorgenommen, sodass § 263 I StGB zumindest mangels Vermögensschadens nicht vollendet ist. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 263 II StGB.

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betruges gehabt haben.

1. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A müsste zunächst Tatentschluss gehabt haben, H und B über Tatsachen zu täuschen.

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (BGHSt 18, 237; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 493). Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Geschehnisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind (OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8).

A wollte durch das Gespräch, also eine intellektuelle Einwirkung, das Vorstellungsbild von H und B dergestalt beeinflussen, dass diese entgegen den Tatsachen glauben sollten, sie würden von einem Killerkommando verfolgt. Ob tatsächlich Killer damit beauftragt wurden, H und B zu töten, ist dem Beweise zugänglich, so dass es sich hierbei um eine Tatsache handelt, was A auch bewusst war.

A hatte also Tatentschluss, H und B über Tatsachen zu täuschen.

2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A müsste weiter Tatentschluss gehabt haben, durch die Täuschung bei H und B einen Irrtum zu erregen oder zu unterhalten.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (BGH, StV 1994, 82; Joecks, § 263 Rn 47).

H und B sollten nach dem Plan des A infolge der Täuschung glauben, ihnen sei ein Killerkommando auf den Fersen, wovon A wusste, dass es nicht der Wahrheit entsprach. A hatte also Tatentschluss bzgl. der täuschungsbedingten Erregung eines Irrtums bei H und B.

3. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass H und B auf Grund des Irrtums eine Vermögensverfügung vornehmen würden.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 55).

A hatte sich vorgestellt, dass H und B ihm auf Grund seiner Darstellung 10.000,- € übergeben würden, damit er davon Geschenke für die Killer besorgte. Er stellt sich also vor, dass H und B in Folge des Irrtums Besitz, Gewahrsam und auch Eigentum an den Geldscheinen verlieren würden und so ihr eigenes Vermögen mindern würden. A hatte Tatentschluss bzgl. einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung.

4. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

A müsste sich vorgestellt haben, dass durch die Verfügung bei H und B ein Vermögensschaden eintreten würde.

Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn das Opfer nach der Verfügung weniger Vermögen besitzt als davor, was durch eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenswerte zu ermitteln ist (BGH, NSTZ 1997, 32; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99). Da das Vermögen des Opfers durch die Vermögensverfügung stets gemindert wird (s.o.), ist ein Vermögensschaden somit nur dann nicht gegeben, wenn das Opfer für die erlittene Vermögensminderung ein Äquivalent erhält (Joecks, § 263 Rn 83, Lackner/Kühl, § 263 Rn 36).

Nach dem Plan des A sollten H und B für die Über-eignung des Geldes nichts als Äquivalent erhalten. Allerdings wollte A den Opfern nicht vorspiegeln, dass ihrem Vermögen ein Äquivalent zufließen würde. Nach dem Plan des A sollte ihnen klar sein, dass ihr Vermögen keine Mehrung erfahren würde und die 10.000,- € an die Killer fließen würden. Da ein Betrug grundsätzlich eine unbewusste Selbstschädigung des Opfers voraussetzt, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 263 I StGB aus, wenn das Opfer weiß, dass es für seine Verfügung kein Äquivalent erhalten wird, also bei einer bewussten Selbstschädigung (Joecks, § 263 Rn 99; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn 41, 101). In diesen Fällen ist nach herrschender Meinung jedoch ein Vermögensschaden jedenfalls dann gegeben, wenn das Opfer mit der Selbstschädigung einen bestimmten Zweck verfolgt und dieser verfehlt wird (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 102; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 552 ff.). A stellte sich vor, dass H und B ihm das Geld zu dem Zweck übergeben würden, damit die Killer zu bestechen, damit diese H und B nicht töten würden. Gleichzeitig glaubte A jedoch nicht daran, dass den beiden überhaupt Killer auf den Fersen waren und hatte vor, das Geld selbst zu

behalten. Der von H und B verfolgte Zweck sollte also verfehlt werden.

A hatte also Tatentschluss bzgl. der Herbeiführung eines verfügungsbedingten Vermögensschadens bei H und B.

5. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.

a. Bereicherungsabsicht

A müsste zunächst mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

A hatte es beabsichtigt, dass H und B ihm die 10.000,- € übergeben würden, was eine Bereicherung darstellen würde. A hat also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

b. Tatentschluss bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

A müsste sich auch vorgestellt haben, dass die beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig sei.

Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann rechtswidrig, wenn sie der materiellen Rechtslage widerspricht, wenn der Täter also keinen Anspruch auf den beabsichtigten Vermögensvorteil hat (BGHSt 19, 206, 216; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 111).

A wusste, dass er keinen Anspruch gegen H und B auf die Verschaffung der 10.000,- € hatte. Er hatte also Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Bereicherung.

c. Tatentschluss bzgl. Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A müsste auch Tatentschluss bzgl. der Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung haben.

Stoffgleich ist die von Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt, wenn sie also unmittelbar aus der schädigenden Verfügung resultiert (BGHSt 34, 379; BayObLG, NSTZ 2003, 264; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 108).

Der Schaden, den A den Opfern zufügen wollte, war der Verlust der 10.000,- € (s.o.). Genau dieses Geld sollte als Bereicherung durch dieselbe Verfügung (die Übergabe des Geldes) in sein Vermögen fließen, so dass A sich auch eine stoffgleiche Bereicherung vorstellte.

A hatte Tatentschluss zur Begehung eines Betruges.

III. Unmittelbares Ansetzen

A müsste unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.

Ein unmittelbares Ansetzen ist dann gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, wistra 2002, 263; Roxin, JuS 1979, 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

A hatte H und B bereits getäuscht. Nach seinem Plan sollten diese jetzt unmittelbar losgehen und das Geld besorgen und ihm übergeben, wodurch das Delikt vollendet würde. Er hat also bereits Handlungen vorge-

nommen, die bei ungestörtem Fortgang unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollten, sodass A unmittelbar angesetzt hat.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 StGB sind nicht gegeben.

VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.